



MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Cilt- 23

Sayı - 1

Yıl - 2017

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Araştırmaları Dergisi



Yayın Sahibi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Dekan Prof. Dr. Serap HELVACI

Yazışma Adresi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Tıbbiye cad. Haydarpaşa/İstanbul
Tel.: 0216-338 7703 / Faks: 0216-338 7710
E-posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

ISSN - 2146-0590

Yıl - 2017 Cilt - 23 Sayı - 1

Basım

DOR Kitabevi Yayınevi ve Dağıtım Paz. Ltd. Şti.
Molla Fenari Sokak, Der Han 28/A, 34410 Cağaloğlu - İSTANBUL.

Sertifika No:12158

Matbaanın Adı: Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri (Sertifika No:27185)

Copyright © 2017

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi TÜBİTAK ULAKBİM
TR DİZİN Hukuk Veri Tabanında yer almaktadır.

YAYIN KURULU



Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (Başkan)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Gediz KOCABAŞ
Ar. Gör. Alper IŞIK
Ar. Gör. Asım Furkan TEKİR
Ar. Gör. Zafer İÇER

DANIŞMA KURULU



Prof. Dr. Mehmet AKAD (Kadir Has Üniversitesi)
Prof. Dr. Atilla ALTOP (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Nur CENTEL (Koç Üniversitesi)
Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR (Galatasaray Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL (Doğuş Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Arzu OĞUZ (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Tufan ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (İstanbul Aydın Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT (Özyeğin Üniversitesi)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın İlkeleri (MÜHF-HAD)

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayımlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bir yazının yayımlanmasında nihai takdir Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Yayın Kuruluna aittir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atamasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletmek zorunludur.
8. Dergiye gönderilecek makaleler, Türkçe ve İngilizce başlık, özet ile anahtar kelimeleri içermelidir.
9. Dergiye gönderilecek yazılar, .doc veya .docx dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri-12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri - 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalı ve yazılarda kesinlikle otomatik başlıklandırma kullanılmamalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.
11. Yazılar, elektronik ortamda (CD)'ye kaydedilmiş olarak elden veya posta ile dört nüsha (üç nüshasında yazarın adı gözükmeyecek biçimde) A4 boyutunda çıktısı alınarak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Haydarpaşa/İstanbul adresine teslim edilmelidir. Yazılar dergi adresine elektronik postayla da gönderilebilir.
12. Yazılarla birlikte, yazar veya yazarlarının iletişim bilgileri (unvanları, kurumları, açık adresleri, telefon numaraları, elektronik posta adresleri ve faks numaraları) ayrı bir sayfa halinde gönderilmelidir.

SUNUŐ



Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisinin 2017 yılı ilk sayısını, gene zengin içeriği ile yayına hazırladık. Yayın tarihini geciktirmemek için derginin basımı aşamasında gelen pek çok makaleyi de bir sonraki sayıya bırakmak zorunda kaldık.

Her zaman olduğu gibi bu sayıyı yayımlamanın ardından, yeni sayının yazılarını toplama ve hakem değerlendirmesi için gönderme çalışmalarımıza başlamış bulunuyoruz.

Dergimizin 2017 yılının ilk sayısına makaleleriyle katkıda bulunan yazarlara ve makaleleri titizlikle inceleyen sayın hakemlere teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Dergimize makale göndermek isteyen yazarlara, Hukuk Araştırmaları Dergisinin bir sonraki sayısının 2017 yılı Ekim ayında yayımlanacağını hatırlatmak istiyorum.

Her zamanki gibi özverili, dikkatli ve uyumlu çalışmalarıyla yayınların zamanında ve hatasız çıkmasını sağlayan Yayın Kurulu üyelerine teşekkür borçluyuz.

Dergimizin basımını gerçekleştiren, basım sürecinde her türlü talebimize cevap veren, kolaylık gösteren Elif Derbeder'e ve başta Akın Sedef olmak üzere Der Yayınevi'nin değerli mensuplarına teşekkür ederiz.

Yayın Kurulu adına

Prof. Dr. Bihterin Dinçkol

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine	
Prof. Dr. Osman CAN - Ar. Gör. Duygu ŞİMŞEK AKTAŞ.....	13
Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)	
Prof. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT	45
Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaada “İsteksiz veya Âciz” Doktrini: Suriye ve DAESH Örneği	
Prof. Dr. Selami KURAN - Arş. Gör. Hande GÜR	57
Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak “Askeri Gereklilik”: Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler	
Prof. Dr. Selami KURAN	
Ar. Gör. F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN	89
Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Hastanelerin, Tıbbi Personelin ve Tedavi Görenlerin Korunması	
Ar. Gör. Alper IŞIK	159
Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş	
Ar. Gör. Cansu KOÇ BAŞAR.....	195
Halk Tarafından Seçilen Cumhurbaşkanı’nın Siyasal Rejime Etkisi (Avusturya Örneği)	
Ar. Gör. Özge ÇELEBİ.....	233

ÖZEL HUKUK

- Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Kusurunun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu**
Prof. Dr. Serap HELVACI - Arş. Gör. Gülşah Sinem AYDIN..... 265
- Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması**
Prof. Dr. Sibel ÖZEL 303
- Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK M.25'in Kapsamı**
Prof. Dr. Sibel ÖZEL - Ar. Gör. Kazım ÇINAR 325
- Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış**
Yrd. Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK 345
- Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler**
Yard. Doç. Dr. Dilek CENGİZ..... 371
- Is International Trade Prepared For Multimodal Bill Of Lading? - An Analysis Of The Usage Of Multimodal Bills In International Trade And Its Legal Impacts**
Dr. Julia Constantino Chagas Lessa - Ivan S. Barnaba..... 441
- Haksız Fülde Hukuka Aykırılık Unsuru**
Ar. Gör. Gökçe KURTULAN..... 465



KAMU HUKUKU

Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine



Prof. Dr. Osman CAN* - Ar. Gör. Duygu ŞİMŞEK AKTAŞ**

ÖZET

Türkiye’de 2016 yılının ikinci yarısında ülke çapında olağanüstü hâl ilân edilmesinin ardından yürürlüğe konulan kanun hükümünde kararnameler, geniş düzenleme alanları ve kalıcı nitelikteki hükümleri sebebiyle tartışılmaktadır. Bu kanun hükümünde kararnamelerin bazı hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiası ile muhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesi’ne iptal talebi ile başvurulmuş ise de bu talep, yetkisizlik nedeniyle reddolunmuştur. Olağanüstü hâl kanun hükümünde kararnamelerinin bir yandan kanun gücünde norm ihdas ederken diğer yandan anayasallık denetiminden muaf tutulması, başta hukuk devleti ve erkler ayrılığı olmak üzere çok sayıda anayasal ilke ile çatışma hâlinindedir. Benzeri bir çatışmayı uluslararası hukuk bakımından gözlemlemek mümkündür. Anayasa’nın, olağanüstü hâl kanun hükümünde kararnamelerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağını ifade eden 148. Maddesinin okunmasında 121. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının birlikte değerlendirilmesi ve anayasal normlar arasındaki hiyerarşinin hem yatay hem düşey anlamda yeniden düşünülmesi, sorun çözümünde pratik ve yenilikçi sonuçlara ulaşılması bakımından faydalı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *olağanüstü hâl, kanun hükümünde kararname, normlar hiyerarşisi, erkler ayrılığı, anayasa mahkemesi*

ABSTRACT

Following the announcement of a countrywide state of emergency in Turkey in the second half of 2016, the statutory decrees have come under discussion due to their wide range of regulations and permanently influential provisions. The opposition party appealed to the Constitutional Court requesting a cancellation of the statutory decrees, claiming that

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD.

some of their provisions are contrary to the Constitution, however this request has been rejected due to lack of jurisdiction. Statutory decrees under state of emergency can produce norms that are as powerful as law on one hand, yet are excluded from constitutional supervision on the other. Therefore these decrees conflict with a large number of constitutional principles, in particular the rule of law and the separation of powers. A similar conflict also exists in terms of international law. However, a solution to the conflict exists that would allow constitutional supervision of the statutory decrees is found through a consideration of Article 148 and the second and third paragraphs of Article 121, combined with a reconsideration of the hierarchy between constitutional norms, both horizontally and vertically.

Key Words: *state of emergency, statutory decrees, hierarchy of norms, separation of powers, the constitutional court*

Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, 20.07.2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Kararı ile olağanüstü hâl ilân etmesinin ardından çıkartılan bir dizi kanun hükmünde kararname, gerek düzenledikleri konular gerekse bu konuları düzenleme biçimleri açısından güncel tartışmaların odağında yer almaktadır. Bahsi geçen kanun hükmünde kararnameler üzerindeki tartışmaların, ana hatlarıyla şu dört ekseninde yoğunlaştığı görülmektedir:

- Anayasa'nın ilgili hükümlerinde öngörüldüğü şekliyle olağanüstü hâlin gereklerini aşıp aşmadıkları;
- çeşitli yasalarda değişiklik yapıyor olmalarından ötürü etkileri itibariyle olağanüstü hâl dönemi sınırlarının dışına taşıp taşmadıkları;
- devletin idari yapısında esaslı değişikliklere yol açmalarının Anayasa'ya uygun olup olmadıkları;
- eklerindeki listeler ile kişilerin temel haklarını doğrudan etkileyen (ad hominem tarzı) işlem tesis ediyor olmalarının fonksiyon gaspı niteliğinde olup olmadığı;
- Anayasa Mahkemesi'nin bunlar üzerinde denetim yetkisinin bulunup bulunmadığı.

Bu çalışmada, olağanüstü hâl dönemi kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki konumu yeniden değerlendirilmek

suretiyle Anayasa Mahkemesi'nin bu kararnameler hakkında denetim yetkisinin olabilirliği tartişmasına odaklanılacaktır.

Çalışma, sadece teorik mahiyette bir akademik eser ortaya koymaktan çok, bilimsel eserlerde çokça tartişılan temel bir soruna hukuk dogmatik bir çözüml önerisi sunabilmeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda hukuk metodolojisi uygulanmak ve norm analizleri yapılmak suretiyle hukuk uygulayıcısına farklı karar alternatiflerinin hukuken mümkün olduğu gösterilmektedir.

Bir yandan düzenlemenin olağanüstü hâlin gerekleri nedeniyle acil ihtiyaçlara cevap verme zorunluluğu, diğer yandan denetim imkânsızlığı nedeniyle hukuk düzeni için geri dönülemez sonuçlara yol açabilme ihtimâli, zorlu bir ikilem yaratmaktadır. Yorumda tercih ne yönde olursa olsun, hukuk düzeni için esaslı bir meydan okumaya işaret etmektedir. Bu çalışma olağanüstü halden kaynaklanan siyasal zorunlulukları tartişmaya açmadan, hukuk devleti ilkesine uyum sağlayacak istisnaların olabilirliğine dikkat çekme çabasındadır. Bu nedenle geniş kapsamlı bir literatür taramasından özellikle kaçınılmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın geliştirmeye ve derinleştirmeye ihtiyaçı olduğunu göstermektedir.

Öte yandan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'un referandumda kabul edilmesi durumunda kanun hükmünde kararnameler (KHK'ler) rejimine ilişkin usûlî bazı değişiklikler olacaktır. Örneğin artık olağanüstü hâl (OHAL) ilan etmek veya olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi (OHAL KHK'si) çıkarmak, 2019 sonrasında "Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu" olmayaçağı için bu çalışmada geçen kimi ifadelerin geçerliliklerini yitireceği açıktır. Ancak çalışmamızın esas konusu, OHAL KHK'lerinin yargısal yönden denetlenebilirliğidir. Bu konuda bir değişiklik söz konusu olmadığından çalışmayı yayınlamada sakınca görmüyoruz.

I. "OLAĞANÜSTÜ HÂL"E VE "OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ"NE İLİŞKİN ANAYASAL DÜZENLEMELER

A. Genel olarak

Olağanüstü hal, devletin olağan hukuk kuralları ve uygulamalarıyla başa çıkmasına olanak bulunmayan âfet, ayaklanma, savaş gibi olağandışı bir durumla karşılaşma halinde, bunu ortadan kaldıracı

için başvuru istisnaî yönetim biçimidir.¹ Tüm demokratik ülkelerde şartları gerçekleştiğinde olağanüstü hâlin nasıl ilan edildiği, şartları ve sınırları ile bu dönemlerde hukuk devleti ilkesinin gereği yargısal denetimin kapsam ve istisnaları Anayasalar ile düzenlenir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 120. maddesinde, "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na olağanüstü hâl ilânına karar verme" yetkisi tanınmış ve bu kararın alınması usulü 121. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiştir. 121. maddenin ikinci fıkrasında ise olağanüstü hâl dönemlerinde alınabilecek her türlü tedbirin, uygulanacak temel hak ve özgürlük sınırlandırmalarının, kamu görevlilerine verilecek yetkilerin ve hayata geçirilecek olağanüstü yönetim usüllerinin normatif çerçevesi olarak Olağanüstü Hâl Kanunu'na işaret edilmiş; bu konuların Olağanüstü Hâl Kanunu'nda düzenleneceğinden bahsedilmiştir.

Olağanüstü Hâl Kanunu ise olağanüstü hâl dönemlerinde şiddet hareketlerine karşı gerekli görüldüğü takdirde başvurulabilecek olan tedbirlere, 11. maddesinde yer vermiştir. Bu maddede yer alan tüm tedbirler, doğası gereği bir veya birden fazla temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliğini taşıdığından, bunları ihlâl etme potansiyeline de sahiptir. Yine olağanüstü hâlin doğası gereği olağan dönemde geçerli olan denetim yolları bir bütün olarak ya geçerli değildir ya da bunlardan olağan dönemde gösterdikleri hız ve etkinliğe sahip olmaları beklenmez. Bu nedenle hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkeleri uyarınca Anayasa'nın 121. maddesinin göndermesiyle Olağanüstü Hâl Kanunu'nda öngörülen tedbirleri sınırlı sayıda anlamak ve dar yorumlamak yerinde olacaktır.

B. Olağanüstü hâllerde temel haklar sadece Olağanüstü Hâl Kanunu ile sınırlandırılabilir.

Olağanüstü dönemler, anayasalarda ve yasalarda yöntemleri, ihtiyaçların, yetki ve görevlerin, bireylerin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahale imkan ve araçlarının önceden tanımlanmış olduğu yöne-

¹ Selin Esen, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi, Ankara 2008, s. 8.

tim usullerin geçerli olduğu dönemlerdir. “Olağanüstü hâl”in ilnıyla kendiliğinden devreye girer ve geçerli olduğu süre boyunca ilgili olduğu alan ve konularda olağan yönetimi askıya alır. Olağanüstü hâlin ilanıyla hukukî bir rejim düzenlenmez, anayasal düzende önceden hazır bir hukuki rejim devreye girer. Yeni olan hukuki rejim değil, bu rejimin somut olaylara uygulanmasıdır.

Anayasanın 119-121. maddelerinin düzenleniŐ biçiminde OHAL KHK’lerine ilişkin bir anayasal tercih dikkati çekmektedir. Anayasanın 119. ve 120. maddeleri olağanüstü hâlin iki farklı nedene dayalı olarak ilan edilmesinin sebep, amaç ve usln düzenlemektedir. 121. madde ise olağanüstü hâllerle ilgili düzenlemelerin anayasal çerçevesini ortaya koymaktadır. Anayasal ereve, bu düzenlemelerin hem yetki normu, hem de meşruiyet normudur. Olağanüstü hâllerle ilgili düzenlemeler bu maddeden yetki almaktadır. Yine bu maddede öngörülen ereve dışına taŐtıėı anda meşruiyetini yitirir ve hukuken geçersiz hâle gelirler.

121. maddenin birinci fıkrası olağanüstü hâl ilânının yayımı, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) onayına sunulması ve kabulü usln düzenlemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin olağanüstü hâllerde sınırlandırılması rejimini düzenlemektedir. Buna göre temel hak ve zgrlkler Anayasa’nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda sınırlandırılabilir veya durdurulabilir. Anayasanın 15. maddesi, olağanüstü hâllerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini; bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini öngörmektedir. Bu maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü hâl, sıkıyönetim, savaş ve seferberlik hllerinde dokunulamayacak sert çekirdek haklara yer verilmiştir. Anayasa’nın 121. maddesinin ikinci fıkrasının analizine devam edersek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya kısmen yahut tamamen durdurulması hâlleri dışında, durumun gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne surette alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği ve onların hukuki statülerinde ne gibi değişiklikler olabileceği hususlarının da ayrıca düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu maddedeki “kanun” ifadesi, genel mahiyettedir. Yani TBMM’nin çıkaracağı herhangi bir kanun ile temel

hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 13. maddesindeki şartlar çerçevesinde sınırlandırılabilir; ancak 121. maddede olağanüstü hâl ilanını durumunda temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı, kısmen veya tamamen durdurulabileceği hususlarında “kanun” ifadesiyle yetinilmemiş, özel nitelikte “*Olağanüstü Hal Kanunu*” çıkarılmasını gerekli kılmıştır.

O halde olağan hallerde temel hak ve özgürlükler Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Olağanüstü hâllerin gerektirdiği daha ileri sınırlamalar, kısmen veya tamamen durdurmalar ya da Anayasa'da “olağan zamanlar” için öngörülen güvencelere aykırı tedbirler, ancak ve ancak Olağanüstü Hal Kanunu ile alınabilir.

Bunun bir sonucu olarak, OHAL Kanunu dışında bir kanunda, OHAL için geçerli olabilecek temel hak sınırlamasının yapılamıyor olması gerekir. Anayasa değişikliğinin ancak anayasa metninde bir değişiklik mümkün olması da benzeri bir sonuç yaratmaktadır. Diğer bir anlatımla, Anayasa metninde yapılmayan, ancak nitelikli çoğunlukla kabul edilmiş bir kanun metninin “Anayasa değişikliği” sayılması ve anayasal değerde görülmesi, Türkiye hukuk düzeninde mümkün değildir. Federal Almanya, Weimar Anayasası döneminde anayasa dışında anayasal nitelikte kanun uygulamalarının yol açtığı acı deneyimlerden hareketle, “Anayasa değişikliği, ancak anayasa metninde yapılacak bir değişiklik mümkün değildir.” hükmünü anayasaya koymuştur.

Anayasa'nın 121. maddesi, olağanüstü hâllerde temel hak sınırlamalarının ve Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirlerin “Olağanüstü Hal Kanunu” ile alınabileceğini açıkça belirtmiştir. Anayasanın bu açık hükmünü, olağanüstü hâl durumlarının ağır sonuçlarının öngörülebilir ve denetlenebilir olması; karmaşa içinde göz ardı edilmesinin amacı doğrultusunda yorumlamak akla yakın durmaktadır. Aksi durumda OHAL dönemlerinde tüm yasama faaliyetlerini OHAL ile ilişkilendirebilir, OHAL'in zorunlu kıldığı ile kılmadığı tedbirler arasında bir ayırım yapabilmek için ortadan kalkar. Bunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti ilkesine riayet bakımından ciddi sorunlara yol açacağı söylenebilir.

Olağanüstü halin gerekli kıldığı tedbirlerin ancak OHAL Kanunu ile alınabileceği yönündeki bu anayasal tercih karşısında, OHAL KHK'ları ile OHAL Kanununda değişiklik yapmak evleviyetle müm-

kün olmamak gerektir. Zira aksi durumda, Anayasanın durumun hassasiyeti nedeniyle olağan yasalara dahi bırakmadığı temel hak müdahaleleri yürütmenin düzenleyici işlemlerinin konusu haline gelir.

C. Anayasanın 13., 15., 91. ve 121/2 hükmü, OHAL KHK'leri için yetki kurallarıdır. Yetki ise usuldendir.

121. maddenin üçüncü fıkrası, olağanüstü hâllerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelere ilişkindir. Buna göre Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda” kanun hükmünde kararname çıkarabilir. “Olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda” temel hakların sınırlandırılması, kısmen veya tamamen durdurulması ile Anayasa’daki güvencelere aykırı tedbirlerin alınması 121. maddenin ikinci fıkrasına göre sadece Olağanüstü Hâl Kanunu’nun konusu olabileceğine göre, üçüncü fıkrada yürütmeye verilen KHK yetkisiyle, ya OHAL Kanunu konusu oluşturmayacak, yani “sınırlandırma, kısmen veya tamamen durdurma, Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alma” niteliğinde olmayan düzenlemeler yapılabilecektir; ya da OHAL Kanunu’nun uygulanmasını gösterici mahiyette düzenlemeler yapılacaktır. İlk durumda OHAL KHK’leri esasen ikinci fıkrada öngörülen konularda “düzenleme” mahiyetinde olup, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma özelliğine ve kapasitesine sahip değildir. İkinci durumda ise yine bir düzenleme mahiyetindedir, ancak sadece ikinci fıkrada belirtilen Kanunun uygulanmasını gösteren bir düzenleyici işlem mahiyetindedir.

Bu sonuç, Anayasa’nın 13. ve 91. maddelerindeki kesin düzenlemelerle de desteklenmektedir. Zira Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler *ancak* kanun ile sınırlandırılabilir. Anayasanın 91. maddesinin birinci fıkrasında olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerle *kişilik hakları* ile *siyasi haklar* istisnasıyla temel hakların sadece düzenlenebileceği, ancak olağanüstü hâllerde bu istisnaların kalkacağı ve tüm temel hakların OHAL KHK’leriyle düzenlenebileceği anlaşılmaktadır.; ancak Anayasa’nın 91. maddesi sadece *düzenlemeden* söz etmekte, hiçbir koşulda “*sınırlandırma*” imkânı sunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, olağanüstü hâllerle ilgili olarak düzenlenebilecek konulara dair sınırlama ve istisna kalkmakta, tüm temel haklar OHAL KHK’leriyle düzenlenebilir hâle gelmektedir. Ancak durum *düzenleme* yetkisini *sınırlama* yetkisine dönüştürmemektedir. Zira burada iki farklı kavram ve iki farklı hukukî kurum söz konusudur.

Bu durumda OHAL KHK'leriyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda çok açık bir anayasal yasak bulunduğu ve bunların ancak düzenlenmesine izin verildiği açık olduğuna göre, 121. maddenin üçüncü fıkrasında tanınan OHAL KHK'si çıkarma yetkisinin otantik bir yasama yetkisinden çok, 121. maddenin ikinci fıkrası kapsamına girmeyen konularla ilgili veya ikinci fıkranın uygulamasıyla sınırlı bir düzenleme yetkisi olarak yorumlanacağı açıktır. 91. maddede tüm temel hakların OHAL KHK'leri ile düzenlenebileceğine dair birinci fıkra hükmü, 121. maddede bu şekilde somutlaşmaktadır.

Bu durumda 121. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen OHAL KHK'leri ile temel hak ve özgürlükler düzenlenemez. Bu alan KHK'lerin konusunu oluşturamaz. KHK'leri çıkarma yetkisine sahip merciin temel hak ve özgürlükleri düzenleme yetkisi yoktur.

Diğer yandan OHAL KHK'lerinin OHAL Kanunu'nun kapsamına girmeyen alanlarla ilgili olması ya da OHAL Kanunu'nun uygulanması niteliğinde olması, bu KHK'ler ile OHAL Kanunu'nda değişiklik yapılamayacağına da işaret etmektedir.

O hâlde bu konudaki bir tartışma esas tartışmasından çok yetki, dolayısıyla usûl tartışması olarak görülebilir. Zira usûl meseleleri “nasıl” sorusuna cevap verir. “OHAL Kanunu'nda nasıl değişiklik yapılabilir?” sorusunun cevabı “Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun çıkardığı KHK'ler ile” şeklindedir. Anılan anayasal kurumun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

D. Anayasanın 121. Maddesi istisnai bir hiyerarşi öngörmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasanın 121. maddesinin ikinci fıkrası, OHAL KHK'lerinin hem yetki sınırlarını hem de meşruiyet çerçevesini oluşturmaktadır.

Anayasanın 121. maddesinin 2. fıkrası, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini, kısmen veya tamamen durdurulması ile Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması hususunda doğrudan doğruya bir kanuna, Olağanüstü Hal Kanunu'na referans vermiştir. Yine Anayasa'nın kendisi, müteakip fıkrada OHAL KHK'leri çıkarma yetkisini düzenlemiş ve bunların hangi alanlarda çıkarılabileceğini belirlemiştir. Bu yetki tanımı, 2. fıkra düzenlemesi tamamlandıktan, onu müteakiben yapılmıştır. Burada Ana-

yasa' nın lafzından ve sistematığından doğan açık bir hiyerarşiden söz etmek yanlış olmaz.

Bu hiyerarşiyi şu şekilde somutlaştırma mümkündür.

- Anayasanın 13., 15., 91. ve 121. maddenin 2. fıkrasından doğan anayasal çerçeveye;
- Anayasanın 121. maddesinin ikinci fıkrasının açık göndermesiyle OHAL Kanunu;
- Anayasanın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlendiği haliyle OHAL KHK'leri.

Bu tasarımda Anayasa kendi üstünlüğünü kanun ve altı düzenlemelere doğrudan bir tercih olarak nüfuz ettirmektedir. Olağanüstü hâlin düzenlenmesindeki hiyerarşiyi teoriye bırakmamakta, normlar arasındaki ilişkiyi ve normlar çatışması kurallarını bizzat tayin etmektedir.

Anayasa, OHAL Kanunu ile OHAL KHK'leri arasındaki ilişkiyi, olağan kanun hükmünde kararname ve yetki kanunu arasındaki ilişkiyi kurduğu şekilde kurmuş; bu bağı normlar arasındaki olağan hiyerarşik (*lex superiori*) ilişkiye bırakmamış, yasa gücünde iki tasarruf arasında genel kuraldan saparak yeni bir hiyerarşi yaratmıştır.

Buna göre OHAL Kanunu nasıl Anayasa'nın 13., 15., ve 121. maddelerine aykırı olamayacak ise; OHAL KHK'leri de hem Anayasa'nın bu hükümlerine, hem de OHAL Kanunu'na aykırı olamayacaktır. OHAL KHK'leri çıkarma yetkisi her ne kadar doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir yetki olsa da bu yetkinin, 121. maddenin 2. fıkrasında belirtilen OHAL Kanunu'nun uygulaması ve ona aykırı olmayan düzenleyici işlemler mahiyetinde olması nedeniyle esasen 121. maddenin üçüncü fıkrasının göndermesiyle ikinci fıkranın belirlediği çerçevede kullanılması mantıksal bir sonuçtur. Aynı örüntüyü takip ettiğimizde, OHAL KHK'leri yolu ile OHAL Kanunu'nda değişiklik yapılmasının da mümkün olmaması gerekir. Zira hiçbir düzenleme, hiyerarşik olarak daha alt bir düzenleme ile değiştirilemez. Üst düzenleme ile çelişen alt düzenleme, *lex superiori* kuralı gereği geçersiz hâle gelir.

Olağan dönemlerde belli konularda kanun hükmünde kararname çıkartabilmesi için Bakanlar Kurulu'nu yetkilendirme olanağı, TBMM'ye, Anayasa'nın "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Görev ve Yet-

kileri” başlıklı 87. maddesi ile tanınmaktadır. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun olağanüstü hâl dönemlerinde kanun hükmünde kararname çıkarması durumu ise, Anayasa’nın “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme*” başlıklı 91. maddesinin beşinci fıkrasında “*sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır*” ifadesi ile ayrı tutulmuştur. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre olağan dönemlerde kanun hükmünde kararname çıkarmak için TBMM’nin Bakanlar Kurulu’nu bir *yetki kanunu* ile yetkilendirmesi ve bununla çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstermesi gerekir; fakat, olağanüstü hâl dönemlerinde kanun hükmünde kararname çıkartabilmek için bu kez Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması gereken Bakanlar Kurulu’nun TBMM tarafından bu tür bir yetki kanunu ile yetkilendirilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bir karşılaştırma yapmak gerekirse,

- Her iki yetki de Anayasa’da yer almaktadır; ancak, olağan dönem KHK’leri için ayrıca bir anayasal organın (TBMM’nin) yetkilendirmesine ihtiyaç duyulmuştur.
- Olağan KHK’ler yetki kanununun belirlediği çerçevede çıkarılabilir ve bu çerçevede meşrulaştırılabilir. Olağan KHK’lerde yetkilendirme, kapsam, amaç, ilkeler vs. konusunda TBMM’nin iradesi belirleyicidir. OHAL KHK’leri ise 121. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş olmakla birlikte, doğrudan 121. maddenin ikinci fıkrası, Anayasanın 13., 15. ve 91. maddesi hükümleri çerçevesinde çıkarılabilir ve bu çerçevede meşrulaştırılabilir. OHAL KHK’leri için yetki bir bakıma önceden tanımlı “*mefruz*” bir yetki olarak görülebilir.
- Olağan KHK’lerde TBMM’ye geniş bir takdir imkânı tanınırken, OHAL KHK’lerinde olağanüstü hâlin doğasına uygun olarak TBMM’nin takdir yetkisi ortadan kaldırılmış; ancak olağanüstü hâlin haklar ve anayasal düzen için yaratacağı riskler dikkate alınarak, bizzat anayasa ile kesin kayıtlar getirilmiştir. Yani hem yetki doğrudan Anayasa’da tanımlanmış hem de yetkinin kapsamı ve kullanılabileceği çerçeve kesin bir şekilde Anayasa’da düzenlenmiştir.

- Her iki KHK de diğer kanunlardan farklı olarak, “kanun hükmünde” sayılmalarına rağmen, Anayasa’nın doğrudan işaret ettiği kanunlara aykırı olamazlar. Olağan KHK’ler yetki kanununa, OHAL KHK’ler de Anayasa’nın 121. maddesindeki hiyerarşi gereği OHAL Kanunu’na aykırı olamazlar. Böyle bir aykırılık, aynı zamanda Anayasa’ya da aykırılık oluşturur.

II. OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUNU VE OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

Olağanüstü hâl dönemi kanun hükmünde kararnamelerinin normlar hiyerarşisi içindeki yeri üzerine düşünürken, kademelenmenin kişilerin hayatlarına ilişkin etkisi ile denetime ilişkin boyutunu ayrı ayrı gözeterek akıl yürütmek gerekecektir.

Katı anayasa anlayışının geçerli olduğu ve anayasaya uygunluk denetiminin kural olarak Anayasa Mahkemeleri tarafından yapıldığı Kıta Avrupası sistemlerinde normlar hiyerarşisi sistemi geçerlidir. Buna göre kanun ve kanun gücündeki işlemler meşruiyetlerini anayasadan alırlar. Anayasaya aykırı olamazlar. Aykırılığın yaptırımını iptaldir. Aynı durum kanun ile kanun altı işlemler arasındaki ilişki için de geçerlidir. Bu işlemlerin meşruiyet kaynağı kanundur ve kanuna aykırı olamazlar. Aykırılığın müeyyidesi iptaldir.

Kişilerin hayatına etki etmeleri bakımından olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri de tıpkı olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi kanun hükmündedir. Bu kararnamelerin “kanun hükmünde” oluşu da kanunlar gibi genel, soyut, objektif nitelikte düzenleyici işlemler olmalarından kaynaklanmaktadır.

Ne var ki “kanun hükmünde olmak”, bu kararnamelere birer “kanun” olma niteliği bahşetmemektedir. Kanunlar normlar hiyerarşisinde Anayasa’dan hemen sonra gelir ve kanunun kanuna aykırılığından söz edilemez. Kanun kanuna aykırı olduğunda, *lex posteriori* kuralı işler. Yani sonra çıkarılan kanun önceki kanunu ilga eder. Zira tüm kanunlar hüküm ve sonuçları itibarıyla eşdeğerdir. Aynı geçerlilik derecesinde değerlendirilir. Türkiye Cumhuriyeti anayasal düzeninde de kanunlar arasında hiyerarşiden söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnameler, “kanun hükmünde” sayılsa bile kanun ile aynı hiyerarşik düzlemde yer almaz. En azından kendilerine meşruiyet kazandıran kanunlar ile aynı hiyerarşik etki ve değere sahip olduklarını ileri sürmek mümkün değildir. Yetki kanunu ile bu kanuna dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararname arasında bir aykırılık ve çatışma söz konusu olduğunda sonra çıkarılan kanun hükmünde kararname önceki yetki kanununu ilga edemez, onu hükümsüz kılamaz. Burada işleyen kural *lex posteriori* kuralı değil *lex superiori* kuralıdır. Yani üst kural alttaki kuralı ilga eder. Buna göre kanun hükmünde kararname, yetki kanununa aykırı olduğunda kanun hükmünde kararname geçersiz olur.

Bunun doğal sonucu da kanun hükmünde kararname ile yetki kanununda değişiklik yapılamamasıdır. Zira yetki kanunu ile kanun hükmünde kararname arasında *lex superiori* kuralı geçerlidir. Bu kurala göre alt norm, üst norma aykırı olamaz. Aykırı olduğunda geçersiz hale gelir. Oysa iki eşdeğer hukuki işlem, örneğin iki kanun arasında bir aykırılık söz konusu olduğunda, sonraki kanun önceki kanunu değiştirmiş olur. Kanunlarda değişiklik sonraki bir kanunla olur. Sonraki kanunun getirdiği değişiklik, mantık gereği, önceki kanuna veya kanundaki bir ifadeye aykırı, onu ortadan kaldıran bir değişikliktir.

Yetki kanununda yapılacak her bir değişiklik, mantıken, değişiklikten önceki hâle aykırı bir kural ile mümkündür. Kanun hükmünde kararname yetki kanunuyla eş değer olmadığından, onunla yaşayacağı bir çatışma, yetki kanununda değişiklik anlamına gelemmez, aksine kanun hükmünde kararnamenin geçersizliğine yol açar. Bu mantık gereği, kanun hükmünde kararname ile yetki kanununda değişiklik yapılamaz. Aksini iddia etmek, Anayasa’nın 91. maddesinin açıkça ihlâlinden başka sonuç vermez.

Aynı değerlendirme, Anayasanın 121. maddesindeki açık anayasal tercih nedeniyle OHAL KHK ile OHAL Kanunu arasında da geçerlidir.

Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri için dayandıkları yetki kanununa uygun olmak nasıl bir zorunluluksa ve aksi durum Anayasa Mahkemesi tarafından bir iptal sebebi oluşturuyorsa, olağanüstü hâl dönemi kanun hükmünde kararnamelerinin Olağanüstü Hâl Kanunu karşısındaki durumu da üst normla uyumluluk arayışında böyle görülmelidir. 1983’te kabul edilen ve olağanüstü hâl kanun hükmünde

kararnamelerinin hukukî çerçevesi olarak tanımlanan Olağanüstü Hâl Kanunu'na Anayasa'da bu yönde yapılan doğrudan atıf, olağanüstü hâl kararnameleri ile alınan önlemlerin bu Kanuna uygun olması zorunluluğunu gösterir. Anayasa teorisi ve uluslararası hukuk yaklaşımı da aynı sonuca götürmektedir.²

Meseleye başka bir yönden de bakılabilir. Anayasa, 91. maddesinde “yetki kanunu”na yer vermek suretiyle bu kanunu bizzat tanımlamaktadır. Olağanüstü hâller ile ilgili olarak da 121. maddesinde doğrudan doğruya ve ismen “Olağanüstü Hâl Kanunu”nu zikretmektedir. Onun dışında kanun koymaya işaret ettiği her durumda soyut bir “kanun”dan söz etmektedir. Olağan kanunlar, anayasada açıkça bir atıf yapılmasa da Anayasanın 87. maddesi gereği TBMM tarafından çıkarılabilmektedir. Ancak kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi için herhangi bir kanun yerine, “yetki kanunu”ndan söz edilmektedir. Olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kısmen veya tamamen durdurulması ve Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması hususunda da “Olağanüstü Hâl Kanunu”ndan söz edilmektedir.

Anayasanın doğrudan ve ismen bu kanunlara atıfta bulunması, bu kanunları diğer kanunlar karşısında daha farklı bir konuma yerleştirdiği şeklinde yorumlanabilir. Bu yaklaşım kabul edildiğinde, yetki kanununda sadece bu yetki kanununa dayalı çıkarılan kanun hükmünde kararname ile değişiklik yapılamayacağı gibi, diğer kanunlarla da değişiklik yapılamamalıdır. Aynı şekilde olağan kanunların zımnen OHAL Kanunu'nda ilgaya yol açamayacağının kabul edilmesi gerekir. Bu yaklaşım esas alındığında, gerek olağan dönem gerekse OHAL KHK'lerinin “kanun hükmünde” olmaları, diğer kanunlar bakımından savunulabilir hale gelmektedir. Bu durumda dahi yetki kanunu ile OHAL Kanununu ilga edememeleri gerekmektedir. Dolayısıyla Yetki Kanunu ve OHAL Kanunu anayasal sistemde kanunların dışında, kendileriyle ilişkili olabilecek kanunlara karşı korunaklı, ancak aykırılık durumunda iptal yaptırımının devreye girmeyeceği bir statüye sahip olduğu söylenebilir; en azından tartışılabilir olduğu savunulabilir.

² Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkartılan 667-676 No'lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, paragraf 25, 12 Aralık 2016, Strazburg.

Ancak bu yaklaşım, elbette, olağan kanunların yetki kanunu ile OHAL Kanunu'na aykırı olamaması gibi bir sonuca teorik olarak da olsa götürebildiğinden, tartışmalıdır.

Burada yaratılan düzey farklılaşması Fransa, İspanya, Romanya gibi ülke anayasalarında kendilerine hiyerarşik anlamda olağan kanunların üzerinde bir yer bulan organik kanunlar bakımından da gözlemlenmektedir.

Her iki yaklaşımda da OHAL Kanunu ve OHAL KHK'si ile, yetki kanunu ve KHK arasında bir hiyerarşik ilişkinin varlığından söz etmek yanlış olmayacaktır. Bu hiyerarşik ilişki, üst norma aykırılık nedeniyle iptale yol açamasa da, Anayasa'ya aykırılıkla sonuçlanması ve iptale götürebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin, OHAL KHK'leri ile OHAL Kanunu'nda değişiklik yapılamayacağı ve OHAL KHK'lerinin sadece OHAL süreciyle sınırlı geçerliliğe sahip olacağını öngören içtihadı da metodolojik olarak kısmen ve örtülü biçimde bu kabule dayanmaktadır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ ÜZERİNDEKİ DENETİM YETKİSİ

A. 2016 öncesi içtihadı

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 150. maddesinden aldığı yetki ile kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetimini gerçekleştirebilir. Öğretide, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri için 148. madde ile oluşturulan istisnaya bakılarak, bunlar için öngörülen tek denetimin³ veya asıl denetimin⁴ TBMM'nin siyasî denetimi olduğu ifade edilir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinden hareketle, anayasa koyucunun olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin sadece TBMM tarafından denetlenebileceği sonucuna ulaşmaktadır (E. 2016/36, K. 2016/1987, Prg. 15).

³ (Özbudun, 2014: 267)

⁴ (Teziç, 2014: 46)

Buna karşın önceki içtihatlarında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesini daha serbest bir yorumla ele almış ve kendisini, olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin kapsamı itibariyle olağanüstü hâlin zamanını ve mekânını aşır aşmadığını değerlendirmeye yetkili görmüştü. Aşır boyutu itibariyle düzenlemenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olmaktan çıkıp olağan dönem KHK'sine dönüştüğü, bunun da yetki kanununa dayanmaması nedeniyle iptaline karar vermişti.

Mahkeme E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararında belirttiği ve E.1991/6, K.1991/20, E.1992/30, K.1992/36 ile E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararlarında sürdürdüğü içtihadında, “*olağanüstü hâl KHK'si*” adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağı tutmadığı olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden de Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade ederek, olağanüstü hâl KHK'sından söz edebilmek için yer, zaman ve konu ölçütlerini ortaya koymuştu. Anayasa Mahkemesi bu ölçütler çerçevesinde olağanüstü hâl ilanının gerekli kıldığı konuya ilişkin olmayan veya olağanüstü hâlin geçerli olduğu yer ya da dönem hâricinde yürürlükte olacak düzenlemeleri, olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde görmeyerek bunların olağan dönem KHK'si olduğunu (dönüşme teorisi) değerlendirip yargı denetimine konu yapmıştı (E. 2016/36, K. 2016/1987, Prg. 21).

Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin eski içtihadında OHAL gereklerinin dışına çıkan KHK'ların olağan KHK'ya dönüşeceği ve bunların da Anayasanın 91. Maddesinde zorunlu görülen yetki kanununa dayanmamaları nedeniyle iptal edileceği yaklaşımı oldukça sorunludur.⁵ Zira bir norm kendiliğinden nitelik değiştirmez, başkalaşmaz ve başka bir norma dönüşmez. Buradaki Anayasaya aykırılık esasen Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte 121. maddesinden doğmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu eski içtihadına yönelik eleştirisine bu yönden katılmak gerekir.

⁵ Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s. 219

B. Venedik Komisyonu'nun Yaklaşımı

Venedik Komisyonu'nun görüşüne göre eğer olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleriyle Olağanüstü Hâl Kanunu'nda değişiklikler veya ona eklemeler yapabileceği kabul edilirse, bu kanun hükmünde kararnameler de tıpkı diğer yasama işlemleri gibi anlaşılmalı ve Anayasa Mahkemesi'nin kanunlar üzerindeki bilindik denetim usulüne tabi olmalıdırlar. Eğer tersi durum söz konusu ise, yani olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin kanunun altında yer aldığı kabul edilecekse, o hâlde Olağanüstü Hâl Kanunu ile tam bir uyum içinde olmalıdırlar. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, parlamentonun olağanüstü kanun hükmünde kararnameleri onaylarken kabul ettiği kanunların anayasaya uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunmalıdır.⁶

Venedik Komisyonunun bu yaklaşımı, Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılında geliştirdiği içtihadattan daha farklı - ve kanımızca metodolojik olarak daha doğru - temellere dayanmakla birlikte, sonuç olarak Anayasa Mahkemesi eski içtihadı ile uyumlu görünmektedir.

C. İçtihadta köklü değişiklik

Anayasa Mahkemesi'nin doktrinde büyük destek gören ve uzun yıllar değişmeyen içtihadı, 2016 yılı kararlarında terk edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin durumu yeni değerlendirme biçimine göre, olağanüstü hâl dönemi kanun hükmünde kararnamesi şeklinde yapılan düzenlemelerin bu niteliği gerçekten taşıyıp taşımadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yapması beklenen inceleme, aynı zamanda kanun hükmünde kurallarının içeriğinin de değerlendirilmesi ve bu yolla da esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimlerinin yapılması anlamına gelmektedir⁷. Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir incelemeyi yapması ise Anayasa'nın 148. maddesi hükmü karşısında mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin son kararlarındaki ifadelerle göre, bir olağanüstü hâl dönemi kanun hükmünde kararnamesinin hukuki nitelendirmesini yapmakta ister onu ortaya çıkaran organ

⁶ Venedik Komisyonu'nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkarılan 667-676 No'lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, paragraf 192, 12 Aralık 2016, Strazburg.

⁷ Anayasa Mahkemesi, 12.10.2016 tarih ve E. 2016/167, K. 2016/160 sayılı karar.

dikkate alınarak şeklî nitelendirme veya ister içeriği itibariyle maddi nitelendirme yapılsın; ulaşılabilecek olan sonuç, Anayasa'nın 148. maddesinde bu tür kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tutulduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

1. Anayasal çerçeve tayini

Anayasa Mahkemesi metodolojik olarak, önce OHAL KHK'lerinin anayasal çerçevesini tayin etmeye çalışıyor. Mahkemeye göre olağanüstü yönetim usûlleri, olağan yönetim usullerinin yetersiz kaldığı durumlarda devreye girer. Olağanüstü yönetimlere neden olan tehlikelerin bertaraf edilebilmesi, olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içinde bulunan yürütmenin yetkilerinin artırılmasını gerektirebilmektedir.

Mahkeme bu tespiti yaptıktan sonra olağanüstü yönetim usullerinin “anayasal çerçevesi”nin çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır: *“Bununla birlikte demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir.”* (Prg. 4).

Mahkeme, kararın 7. paragrafından KHK'ler ile OHAL KHK'leri arasındaki en temel ayrımı “yetki” unsuru yönünden yapmakta, OHAL KHK'lerine ilişkin yetkinin doğrudan Anayasa'dan alındığı tespitini yapmaktadır. Yine OHAL KHK'leri ile Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hak ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK'ler düzenlenemeyeceğini, buna karşın OHAL KHK'leri için böyle bir konu kısıtlaması olmadığını tespit etmektedir. Diğer bir farklılığı ise, OHAL KHK'lerinin olağan KHK'lerden farklı olarak TBMM Genel Kurulunda “öncelikle” ve “ivedilikle” görüşülmesi hususunun birtakım sürelerle bağlanarak somutlaştırılmış olması biçiminde tespit etmektedir.

Mahkeme ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırma rejiminin de olağan dönemlerden farklılaştığını, olağanüstü hâllerde sınırlandırmanın Anayasa'nın 15. maddesine göre işlediğini tespit et-

miştir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin KHK'ler ile sınırlandırılmayacağına yönelik açık anayasal kurala rağmen, KHK denetimini konu edinen bir kararda, Anayasa'nın 15. maddesine yapılan atıf kafa karıştırıcı niteliktedir.

2. İçtihadın dayanakları

Anayasa Mahkemesi önceki içtihadından, Anayasa'nın 148. maddesinin lafzî ve tarihsel yorumunu esas alarak sapmış ve katı pozitivist bir yaklaşımı benimsemiştir.

Anayasa Mahkemesi, kararında içtihat değişikliğine gittiğini açıklarken, -teslim etmek gerekir ki- batı demokrasilerindeki yüksek yargı mercilerinin kararlarında rastlandığı gibi metodolojik olarak gerekçelendirme yolunu seçmiştir. Mahkemenin ifadesiyle “*Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir*” (Prg. 20). Bu yaklaşımın yeni olduğu ve hukuk bilimi adına bir kazanç olduğunu teslim etmek gerekir.

Mahkeme, OHAL KHK'lerinin de hukukî denetime tabi tutulmasının arzulanabilir olduğunu; ancak bunun, yargı denetimine bizzat Anayasa tarafından getirilmiş kısıtlamaların ve istisnaların varlığını ve uygulamasını etkilemeyeceği kanaatindedir (Prg. 12).

Mahkeme öncelikle katı lafzî bir yorumu öne çıkarmaktadır. Anayasanın 148. maddesinde yer alan “*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz*” ifadesini, Anayasa'nın denetim yetkisine sahip olmadığını göstergesi olarak kabul edilmiştir (Prg. 13).

Mahkeme'nin gerekçesinde takip eden önermeler ve hüküm cümleleri, lafız ile ulaşılan sonucu pekiştirmeye yönelik ikincil gerekçelerdir.

İkincil gerekçelerin bir kısmı tarihsel yorum yönteminden, diğer kısmı ise Anayasa'nın diğer hükümlerinin yardımıyla sistematik yorum yönteminden yararlanılarak üretilmiştir.

Mahkeme, Anayasakoyucunun OHAL KHK'lerinin Anayasa Mahkemesi'nce denetiminin istemediğini, bunun yerine Meclis denetimini arzuladığını Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinden hareketle ileri sürmektedir. *“Olağanüstü hâller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii âfet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir.”* Mahkemeye göre bu ifadeler, denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir.

D. Eleştiri

Anayasa Mahkemesinin tarihsel olarak eski dönem içtihatlarıyla arasına mesafe koyma çabası ve bunu hukukî gerekçelere dayandırması saygın bir çaba olarak görülmelidir. Bu gereklidir de. Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde yaşadığı toplumsal, siyasal ve kurumsal değişimler, bir bütün olarak yargıda, özelde Anayasa Mahkemesi'nde bakış açısı farklılaşmasına yol açtı. Bireysel Başvuru kurumunun rolünün burada hayati olduğunu görüyoruz. Bunun bir yansıması olarak artık ideolojik gerekçelerle özgürlüklerin alanı daraltılmıyor denebilir. Anayasa Mahkemesi'nin aynı yaklaşım değişimini resmi ideoloji lehine yasama ve yürütmenin takdir alanının daraltılması konusunda da sergilemesi olumlu bir gelişmedir. Anayasa Mahkemesi, kuruluşunda tanımlanan “resmi ideoloji muhafızlığı”⁸ rolünden uzaklaşmaktadır.

Yine de Anayasa Mahkemesi'nin önceki yaklaşımıyla arasına mesafe koyma çabası, politik bir tepkisellik nedeniyle, hukukun üstünlüğü ve anayasal demokrasi gerekleriyle bağdaşmayan başka bir uca savrulmayla sonuçlanmamalıdır.

Demokratik hukuk devletlerinde, Anayasa Mahkemeleri temel hakların ve anayasanın üstünlüğünün korunmasının, iktidarın anayasayla sınırlandırılmasının ve nihai hedef olarak esasen milletin hukuk ve demokrasi prosedürleri yoluyla egemenliğini icra edebilmesinin güvencesidir. Anayasa Mahkemelerinin bu ontolojik işlevi, Anayasa yo-

⁸ Osman Can, “The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d’Etat” in: *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, London-New York 2011, 259-278; Ceren Belge, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey” in: *Law & Society Review* 40 (3): 653-692.

rumunda da yol gösterici mahiyettedir. Anayasa Mahkemelerinin bu işleve uygun bir yargısal pratik içinde olmaları siyasi aktivizm değildir. Varlık nedenlerinin bir ifadesi, dolayısıyla hukuki meşruiyetlerini sürdürebilmelerinin yegane yoludur.

Türkiye gibi, Anayasalarında resmi ideolojiyi hukuken bağlayıcı kılan kuralları barındıran, hem de evrensel değerleri değiştirilemez hükümler olarak kabul eden ülkelerde, Anayasa Mahkemelerinin işi zordur. Olağan şartlarda birbiriyle bağdaşması imkânsız iki farklı kararın “anayasaya uygun” olarak telâkki edilmesi mümkündür. Sırf bu nedenle Anayasa Mahkemesi yargıcının kınanamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen ve temel haklara ilişkin sözleşmeleri iç hukuka önceleyen hüküm ile 2010 yılında kabul edilen bireysel başvuru kurumu, Anayasa'nın bütününde ağırlık merkezinin kaymasına yol açmıştır. Artık resmî ideoloji veya benzeri öncüller demokrasi, hukukun üstünlüğü ve temel hak ve özgürlükler karşısında ve onlara rağmen geçerlilik iddiasında bulunamaz.

Bu genel değerlendirmeler ışığında Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğini şu yönlerden eleştirmek mümkündür:

1. Anayasa Metninin Yeni Anlam Bütünlüğü Dikkate Alınmamıştır

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Anayasa'nın tüm kuralları, Anayasa'da ortaya çıkan yeni tercihler ışığında, Anayasa'nın yeni anlam bütünlüğü içinde yorumlanmalıdır. Anayasa'nın ilk metnindeki bir hüküm, Anayasa esaslı değişimlere uğradıktan ve ağırlık merkezi farklılaştıktan sonra çok daha farklı yorumlanacak ve uygulanacaktır. 1982 yılında Anayasaya aykırı olmayan bir uygulama ve yorum, 2017 yılındaki Anayasa metnine pekala aykırı olabilecektir.

O hâlde Anayasa'nın hem yeni metninin ortaya koyduğu objektif anlam bütünlüğünün dikkate alınması, hem de yürürlüğe girdiğinden bu yana metinde yapılan değişikliklerin seyrine bakılması Anayasal kurallarının anlam ve amacının tayininde hayati niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında “*demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlık-*

larını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir”⁹ ifadesi, ancak bu yorum ile anlam kazanabilir. Oysaki Mahkeme’nin sonraki paragraflardaki yorum, bu ifadenin geçerli olmadığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi içtihat değişikliğine giderken, Anayasa’nın 148. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin lafzını esas almıştır. Anayasanın diğer hükümleri ya OHAL KHK’leri rejiminin normatif-teorik kapsamının anlaşılması için *obiter dictum* mahiyetinde karara konu olmuş ya da Mahkeme’nin OHAL KHK’lerinin neden denetleyemeyeceğini kanıtlamak için kullanılmıştır. OHAL KHK’lerinin hukukî rejimini ortaya koyan hükümler; ki bunlar, Anayasa’nın en temel kurallarıdır, Mahkemenin denetim yetkisinin olup olmadığı tartışmasında bütünüyle göz ardı edilmiş görünmektedir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK’lerinin anayasal çerçevesinin anlatıldığı bölümde Anayasa’nın 91., 121 ve 122. maddelerindeki güvence normlarına, 13. ve 15. maddelerine açıkça; 2. maddesine ise “demokrasi”, “hukuk devleti” gibi kavramlar üzerinden örtülü bir şekilde dayanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin neden denetim yapamayacağı bölümde, Anayasa’nın 148. maddesinin 1. fıkrası merkezde olmak kaydıyla, 11. maddeye, Anayasa’nın Mahkeme’yi de bağladığını ve 6. maddeye ise Mahkeme’nin kaynağını Anayasa’dan almayan bir yetki kullanamayacağını vurgulamak için başvurmuştur.

Anayasanın 148. maddesinin anlam ve kapsamı sadece tarihsel-genetik yorumla açıklanmak istenmiştir. Mahkeme bunun için kurucu iktidara danışmanlık işlevi bulunan Danışma Meclisi görüşmelerine bakmıştır. Ancak yine tarihsel yorumun dışında olmayan, buna karşın kuralın objektif amacının tespitinde daha isabetli olan *Anayasanın bütününde zaman içinde meydana gelen değişiklikler* ile ilgilenmemiştir. Öte yandan Anayasanın bugünkü metninin anlam bütünlüğüne bakmamış, dolayısıyla sistematik yorumu göz ardı etmiş görünmektedir.

Kuşkusuz başka şekilde objektif amacı tayin edilemeyen bir kural için, kuralın kabul edildiği tarihteki yasama çalışmalarına müracaat edilebilir. Ancak bu müracaatın anlam ve kapsam tayininde etkisi,

⁹ Aynı karar prg. 4

Anayasa metninde otuz beş yılda yapılan pek çok köklü değişikliklerin yol açtığı anlam farklılaşmalarından daha güçlü ve belirleyici değildir. Özellikle birbiri ile farklı sonuçlara götürebilecek yorumlar söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin tercih edeceği yorum, tartışmasız biçimde, özgürlükler lehine olan yorumdur. Anayasa Mahkemesi 148. maddenin lafzi ve genetik yorumunu esas almıştır. Ancak bu yorumun Anayasanın 2., 13., 15 ve 121. maddelerindeki özgürlük ve hukuk güvencelerini anlamsızlaştırma potansiyeli barındırdığı inkar edilemez. Böyle bir yorum kanımızca Anayasa Mahkemelerinin varlık sebebiyle pek bağdaşmamaktadır.

Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını öngören 11. madde, sadece 148. maddenin birinci fıkrasını değil; Cumhuriyetin temel niteliklerini düzenleyen 2. madde, yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen 7. madde, OHAL KHK'leriyle dahi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmayacağını belirten 13., 15. ve 91. maddeleri de kapsamaktadır. Yani bu maddeler de başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm erkleri ve kamu kurumlarını da bağlamaktadır.

2. Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'lerin Mahiyetleri ile Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Statülerine Değinmemiştir

Anayasa Mahkemesi'nin yorumu, Anayasa'nın 121. maddesiyle uyum içinde değildir. 121. maddenin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, durdurulması ve halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl alınacağı ile kamu görevlilerinin hukuki durumlarında ne gibi değişikliklerin yapılacağı ile olağanüstü yönetim usullerinin OHAL Kanunu'nda düzenleneceğini ifade etmektedir. Bu hüküm, Mahkeme'nin "demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir" ifadesinin normatif temelini oluşturmaktadır. Buna göre OHAL durumunda temel sınırlamaları ancak OHAL Kanunu ile yapılabilir. OHAL KHK'leri, OHAL Kanunu ile düzenlenmesi öngörülen herhangi bir alanı düzen-

leyemez, ancak OHAL Kanunu'nun uygulanmasını gösterir. Hiyerarşik olarak OHAL Kanunu'na tabi ve ona aykırı olamaz.

O halde Anayasanın 15. maddesi ile çatışan ve 121. maddenin 2. fıkrasındaki açık hükme aykırı, dolayısıyla Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun yetki alanına girmeyen bir konuda düzenleme yapılması usûlî bir sorundur.

Mahkeme OHAL KHK'lerinin hukukî mahiyetini irdelememiş, 148. maddenin genetik ve lafzi incelemesiyle yetinmek suretiyle, Anayasa'nın 121. maddesindeki hiyerarşiyi göz ardı etmiştir. OHAL KHK'lerinin olağan bir yasama faaliyeti gibi değerlendirilip, denetimden sarfı nazar edilmesi eleştiriye açıktır.

3. Hiçbir Anayasal İstisna, Anayasanın Geçerliliğini Etkileyecek Şekilde Yorumlanamaz ve Uygulanamaz

Anayasa Mahkemesi'nin katı lâfzî ve genetik yorumu, oldukça sorunlu sonuçlara yol açmaktadır.

Kabul etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadı, hukuk tekniği ve usûl açısından sorunlu da olsa, OHAL KHK'lerinin belirli sınırlar içinde kalmalarını sağlamıştı. Bu şekilde Olağanüstü Hal'in her şeye rağmen yine de hukuk ve anayasa içi bir durum olarak kalması mümkün olmuştu. Dolayısıyla biçimsel ve usulen sorunlu olsa da maddi anlamda hukuk devleti için çok önemli bir sonuç üretmişti.

Mahkeme'nin yeni içtihadı 148. maddenin 1. fıkrasındaki ifadenin katı lâfzî yorumu dışında hukuk düzeninin usûlî ve maddî bütünlüğüyle ilgili herhangi bir ölçüt, parametre ve uyarı barındırmadığından, TBMM'nin siyasî denetimi dışında kontrol edilmesi imkansız bir iktidar tasarrufunun yolunu açmıştır. Dolayısıyla biçimsel açıdan “mantıklı ve tutarlı” olmakla birlikte, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğünü bütünüyle tehlikeye düşürebilecek bir sonuç üretebilecek mahiyettedir.

Günümüz parlamenter sistemlerinde, özellikle katı ve disiplinli ideolojik parti sistemlerinin geçerli olduğu Türkiye'de mecliste çoğunluğu bulunan bir siyasi parti iktidarında, etkin bir TBMM denetimi pek mümkün değildir. Dolayısıyla lafzen Danışma Meclisi tutanaklarında yer almış meclis denetimi olgusunu, OHAL KHK'leri gibi hukuk devleti ve özgürlükler bakımından geri dönülmesi güç yıkımların engellenmesi bağlamında dikkate alamayız.

Denetimsizliğin yol açabileceği bazı sorunları liste halinde sıralarsak;

- Temel hakların düzenlenmesiyle yetinilmeyebilir, temel hakların yürütme erki tarafından sınırlandırılması mümkün hale gelir. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ve "savaş halinde dahi" dokunulması yasak olan çekirdek haklara dokunmak, onları ihlal etmek mümkün hâle gelir. Bu şekilde Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ikinci kısmı etkinliğini yitirebilir.
- Yasa ile düzenlenmesi zorunlu her alan KHK ile düzenlenebilir. Kurumlar kalıcı bir şekilde KHK'ler ile değiştirilebilir. Yani esasen Meclisin yasama faaliyetinde bulunmasına gerek kalmayabilir. Anayasa'nın Meclis için getirdiği ve Anayasa Mahkemesi'nin de denetimine tabi tuttuğu sınırlamaların hiçbiri yürütme için geçerli olmayabilir. Kısacası TBMM'nin sahip olduğu yasama yetkisi, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı bir şekilde yürütme tarafından üstlenilebilir. Böyle bir durumda Anayasa'nın üçüncü kısmının birinci bölümü olan "Yasama"ya dair hükümler etkinliğini yitirebilir.
- OHAL KHK'lernin denetiminin imkânsızlığı nedeniyle yargı alanında pek çok kurumsal düzenleme yapılabilir, yargı güvenceleri kaldırılabilir. Hatta Anayasa Mahkemesi kanununda dahi değişiklikler yapılabilir ve Mahkemenin görevini yapması fiilen ve hukuken imkânsızlaştırılabilir. Böyle bir durumda Anayasa'nın üçüncü kısmının üçüncü bölümü olan "Yargı"ya dair hükümler de etkinliğini yitirebilir.
- Nihayetinde Anayasa'nın genel esaslar kısmındaki hükümlere aykırı düzenlemeler getirilebilir ve sonuçta bir bütün olarak Anayasa'nın etkinliği ortadan kaldırılabilir ve Anayasa teknik olarak yürürlükte kalsa da, hukukî etkinliğini yitirmiş olabilir.¹⁰

¹⁰ Türkiye 1878-1908, 1960-1961, 1980-1983 dönemlerinde benzer bir durumu deneyimlediğini söylemek mümkündür.

Bu ihtimâller sadece teorik bir tartışmanın konusu değildir. Pratikte gerçekleşmesinin önünde herhangi bir hukuki engel kaldığını söylemek mümkündür.

Bu durumda şu soruya cevap vermek gerekir: Anayasa'nın bir hükmü, Anayasa'nın bir kısmının veya bütününün etkinliğini ortadan kaldırmaya yol açacak şekilde yorumlanabilir mi? Diğer bir ifadeyle tüm erkleri, devlet organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayıcı en üstün hukuk normu olan, yasama, yürütme ve yargı yetkisinin, dolayısıyla OHAL ilânının ve OHAL KHK'lerini çıkarma yetkisinin kaynağı olan Anayasa'nın, yürütmeye verdiği OHAL KHK'leri çıkarma yetkisiyle kendini etkisiz ve hükümsüz kılmayı amaçlamış olabilir mi? Yani Anayasa'nın, öngördüğü düzeni ortadan kaldırma ve yok etme yetkisini tanıdığı ileri sürülebilir mi?

Bununla bağlantılı olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığını düzenleyen 11. maddesine atıf yaparken, sadece Anayasa'nın 141. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine bakıp, Anayasa'nın toplamda 192 madde ve yüzlerce kurallarının üstünlüğü ve bağlayıcılığını dikkate almayan bir yoruma öncelik vermesi, Mahkeme için ontolojik bir krize yol açmaz mı?

Bu sorular spekülâtif görülebilir; ancak hukuki denetimin imkansızlaştığı bir durumda, spekülasyonların gerçeğe dönüşmesinin, iyi niyetlerle veya otokontrol taahhütleriyle engellenmesi oldukça güçtür.

Burada şu itiraz ileri sürülebilir: Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası hükmüne rağmen, Anayasa Mahkemesi OHAL KHK'lerini denetlediğinde, Anayasa Mahkemesi kaynağını anayasada almayan bir yetki kullanmak suretiyle hukuksuz bir alana geçtiği, dolayısıyla verdiği kararın hukuken geçersiz olduğu iddia edilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini biçim denetimi örtüsü altında esas yönünden denetlediği kararlar bu nedenle eleştirilmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin OHAL KHK'lerini denetlemesinin sorunsuz olduğunu ileri sürmek güçtür. Ancak burada Anayasa değişikliklerinden farklı bir durum söz konusudur. Tali kurucu iktidar, esasen asli kurucu iktidar ile aralarında nitelik farkı bulunmayan bir iktidardır. Onu tali kılan husus, kendi iradesiyle mevcut Anayasa'da değişiklik yapmaya karar vermesidir. Aynı çoğunlukla yeni bir Anayasa yapmaya karar verdiğinde, "tali kurucu" sıfatı ortadan kalkar. Bu nedenle tali kurucu iktidar için Anayasa'da öngörülen usuli ve maddi sınırlamalar,

esasen politik bir mesajdan daha güçlü değildir. Kurucu iktidarın üzerinde referans alacağı ve bağlayıcı herhangi bir hukuk kuralı yoktur. Tali kuruculuğa karar verdiğinde dahi, Anayasa'nın değiştirme usulünü düzenleyen 175. maddeye uymak ve ilk üç maddeyi değiştirmek kaydıyla Anayasanın tümünü değiştirebilir. Üstelik tali kurucu iktidarın tasarrufu olan Anayasa değişikliği ile asli kurucu iktidarın tasarrufu olan Anayasa, hukuki mahiyeti, üstünlüğü ve bağlayıcılığı itibariyle özdeştir. Aralarında bir hiyerarşi yoktur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin denetim girişimi, tali kurucu iktidarın varlığını ve iradesini tespiti yarayan “teklif ve oylama çoğunluğunun bulunup bulunmadığı ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartı” dışında, bütünüyle politik bir denetim olmaya mahkumdur.¹¹

Buna karşın OHAL KHK'leri OHAL Kanunu, bir bütün olarak Anayasa hükümlerine, Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla ortaya çıkan anayasal ilke ve değerlere, nihayetinde Anayasanın 90. Maddesi üzerinden uluslararası hukuka uymak zorundadır. Anayasa iradesi olmadığı gibi, esasen yasama iradesi de değildir. OHAL KHK'leri hukuken meşru olmak için Anayasanın öngördüğü organ tarafından, Anayasa'da öngörülen sebebe bağlı olmalı ve yine Anayasanın ortaya koyduğu çerçeve içinde kalmalı, yani konu itibariyle sınırlı bir alanda etki ve geçerli olmalıdır. OHAL KHK'lerin anayasa aykırılığı onların meşruiyetlerini ortadan kaldırırken, tali kurucu iktidar tasarrufunda bir aykırılık, anayasanın öngördüğü usulle ortaya çıkması, yani “doğmuş olması” şartıyla, asli kuruculuk anlamına gelir.

Öte yandan bu KHK'lerin meclise sunulup kanunlaşacağı, kanunlaşmayla birlikte Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulacağı, dolayısıyla teorik riskin pratikte düşük olduğu savunulabilir. Ancak Meclisin KHK'lerini hemen gündeme alıp kanunlaştırmasını zorlayıcı bir mekanizma bulunmamaktadır. Yine, KHK'lerin kabul edilmesiyle kanunlaşacakları hususu, genel bir kabul olmakla ve anayasal teamül olarak işlemekle birlikte, bunun kesin anayasal zorunluluğun bulunmadığını, Meclisin uygulamasını değiştirip OHAL KHK'lerini kanun yerine “*karar*” ile kabul etmesinin mümkün olduğunu not etmek gerekir.

¹¹ Bu husustaki geniş kapsamlı tartışmalar ve ulaşılan sonuçlar için bkz., Osman Can, Anayasanın Değiştirilemez Maddeleri, Kurucu İktidar ve Demokratik Kuruculuk, Alfa Yay., İstanbul 2013, s. 177 vd.

Bu durumda KHK kanuna dönüşmeden, Meclisçe onaylanmış KHK olarak varlığını devam ettirecektir.

OHAL KHK'lerinin anayasallık denetimine kapatılmasıyla Anayasakoyucunun “Anayasanın bir hükmü ile, Anayasanın bir kısmının veya bütününün etkinliğini ortadan kaldırmasına izin verdiği” şeklinde bir sonucu amaçladığını ileri sürmek mümkün olmadığına göre, Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinin yeniden anlamlandırılması ve denetimin imkansızlığı görüşünün gözden geçirilmesi gerekir.

E. Sonuç ve Öneri

Hiçbir anayasal düzen, kendi öngördüğü biçimsel hukuki kurumlar ve kurallar kullanılmak suretiyle kendinin ortadan kaldırılmasına izin vermez. Anayasal düzenin kendini korumak için öngördüğü imkânlar, anayasal düzenin etkinliğini ve geçerliliğini ortadan kaldırmak, ona zarar vermek için kullanılamaz. Hukuka ve anayasal düzene içkin bu temel ilkenin pozitif hukuksal olarak düzenlenmesi zorunlu değildir.

Anayasakoyucu da buna benzer bir ihtimâli öngörmüş ve 2001 yılında yapılan değişiklikte devletin kimi organlarının da yetkilerini kötüye kullanabileceğini kabul etmiştir. 14. maddenin 2. fıkrasının yeni biçimine göre “*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa-da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.*”

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması başlığı altındaki bu düzenlemedeki temel tercihin, anayasal yetki normlarının yorumlanmasında da aynı şekilde geçerli olduğunda şüphe yoktur.

Ölçülülük ilkesi nasıl anayasada yer almasa da hukuk düzeninin varlığını ve anlamını koruması için gerekliyse, bu şekilde Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal değerde bir ilke olarak kabul edilip kullanılıyorsa, cari hukuk düzenini etkisizleştiren “extra constitutionem” bir düzene yol açacak yorumlara izin verilmemesi de anayasal bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 148. maddesi, anayasal düzenin olağanüstü durumlarda kendini korumak için getirmiş olduğu bir istisnadır. İstisna genel

kuralı güçlendirir, sürdürülebilir ve uygulanabilir kılınmasını sağlar. Ancak istisnalar hiç bir surette genel kuralı geçersizleştirecek bir etkiye sahip olamazlar, bu yönde yorumlanamaz.

Bununla birlikte 148. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan “Ancak olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” hükmü karşısında, yukarıdaki değerlendirmelerimiz, sınırsız ve çekincesiz bir şekilde “OHAL KHK’lerine karşı dava açılabilir” sonucuna da götürülemez.

Kanaatimizce kural olarak OHAL KHK’lerine karşı Anayasa Mahkemesi’nde esas veya biçim yönünden dava açılmaz; ancak anayasal düzeni koruma amaçlı bu kural, yine anayasal düzenin temel esaslarını koruma amacıyla yeniden bir içerik sınırlamasına tabi tutulmalıdır. Yani denetlenemezlik kuralı, Anayasal düzenin temel esaslarını tehlikeye atacak bir katılıkta uygulanamaz, “OHAL KHK’leri her yönden denetlenebilir” şeklinde de geçersizleştirilemez.

Bir kere OHAL KHK’leri konu itibarıyla sınırlı bir alanda izin verilen yürütme tasarruflarıdır. Anayasa’nın 119-121. maddeleri, 91. maddenin 1. fıkrası, Anayasa’nın 13. ve 15. maddeleri OHAL KHK’lerinin “meşru” çerçevesini çizmektedir. Bu sınırlar dışına taşan bir OHAL KHK’si Anayasanın koruma alanının dışına çıkmakta, dolayısıyla Anayasanın korunması amacından uzaklaşıp, anayasal düzene ve temel değerlerine zarar vermeye başlamaktadır. Bu nedenle OHAL KHK’leri konu yönünden sınırlı olarak anlaşılmalı ve bu sınırlılığı ölçüsünde de Anayasa Mahkemesinin denetiminin dışında görülmelidir. Sınırı taşıdığı ölçüde denetimin yolu açık kabul edilmelidir.

İkinci olarak, OHAL KHK’lerini çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir. Bu yetki Anayasa’nın 121. maddesinde şarta bağlı olarak tanınmıştır. Bu şartın dışında bir alanda düzenleme yapmak yetkisiz bir tasarruf demektir. OHAL şartlarıyla ilişkili olarak derin ve ağır sonuçları olan tasarruflardan oldukları için, yetkisizlik, yukarıda da açıklandığı üzere, yasama ve yargı fonksiyonunu bütünüyle etkisizleştirme tehlikesi barındırmaktadırlar. Bu boyutu itibarıyla hem konu yönünden, hem de usul yönünden anayasal sınırları ihlal ettiği ölçüde denetlenebilir mahiyette görülmelidirler.

Kuşkusuz Mahkeme bu alanda öngörülebilir sağlam ölçütler geliştirebilir, Anayasal düzenin korunması amacıyla sınırlı bir şekilde de-

netim yolunu açarken, aynı zamanda açtığı bu yolu, her bir KHK'nin konusunu ve niteliğini göz önünde bulundurarak daraltabilir. Bu yol- la OHAL durumunda dahi sistemi bir “özgürlükçü demokratik hukuk devleti” olarak ayakta tutmak için zorunlu ölçüde denetime imkan sağ- larken, daraltıcı bir yorumu esas alarak 148. maddenin 1. fıkrasındaki denetlenemezlik kuralını da ayakta tutmaya devam edebilir. Özgürlük- leri ve hukukun üstünlüğünü korurken, diğer yandan siyasi takdir ala- nında kendi kendini sınırlayabilir (*judicial self-restraint*), sonuç olarak anayasayı korurken, istisnai olarak yaptığı denetimin meşruiyetini de sağlamış olur.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da öngörülmedi- ği halde, kendisine Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini türe- tirken, bu yetkinin istisnaî bir şekilde kullanılması hususunda kendini ciddi bir şekilde sınırlamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi bu çerçevede bu güne kadar herhangi bir anayasa değişikliğini iptal etmemiştir.¹²

Diğer bir örneği yine Alman tarihinden vermek mümkündür. Almanya yargısı, henüz devletin yeniden inşasının tamamlanmadığı, dolayısıyla federal yasama organının henüz çalışmaya başlamadığı dö- nemde (1945-1949) Nasyonal Sosyalizmden kalan ırkçı yasaların uygu- lanmasından, ihmal suretiyle sarf-ı nazar etmiştir. Gustav Radbruch'un geliştirdiği formüle göre;

“Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasalar ve icra gücüyle güvence altına alınmış pozitif hukukun, içerik itibariyle adalet- siz ve amaca uygun olmasa bile uygulanması yoluyla çözümlenir; velev ki pozitif hukukun adalete aykırılığı öyle tahammül edilemez bir düzeye ulaşmış olsun ki, adalet karşısında ‘yanlış hukuk’ olarak geri çekilmek zorunda kalsın. *Yasal haksızlık* durumları ile yanlış içeriğe sahip olmak- la birlikte uygulanan yasalar arasında net bir sınır çizmek imkânsızdır; ancak başka bir sınır çizilebilir: Adaletin bir amaç olarak dahi tayin edilmediği, adaletin özünü oluşturan eşitliğin pozitif hukuk oluşturulur- ken bilinçli olarak reddedildiği yerde, yasa sadece ‘yanlış’ hukuk değil, ‘hukuk’ dahi olamaz.”¹³ Diğer bir ifadeyle yasalar adil olmak bir yana, ilkesel olsa dahi adil olmayı hedeflemedikleri, adaletsizliğin silahına

¹² Osman Can, Kurucu İktidar, a.g.e., s. 140.

¹³ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Südde- utsche Juristenzeitung SDJ 1 (1946), s. 105-108 (107).

dönüştükleri yerde, yasa “yasa” değildir. Zira hâkimiyeti, gücü, iktidarı hukuka dönüştüren şey, adalettir.

Bu yaklaşıma göre gerçekten de “*adaletin özünü oluşturan eşitliğin bilinçli olarak reddedildiği*” Nürnberg Yasaları ihmal edilmek suretiyle hukuk tesis edilmişti. Ancak bu uygulama çok istisnai olarak kaldı. Zira aynı yaklaşımın iki Almanya’nın birleşmesinin ardından eski komünist Doğu Almanya yasaları için de benimsenmesi yönündeki çağrılar Alman hukuk yargılamasında karşılık bulmadı.

Alman yargısı pozitif hukukun yargıç için istisnasız bağlayıcılığı ilkesine, adaleti amaçlamayan, hatta adaletsizliğin aracına dönüşen yasaların ihmal edilmesi gerektiği düşüncesiyle istisna getirirken, yine istisnayı oldukça dar yorumlayarak pozitif hukukun bağlayıcılığına gölge düşürmemiştir. Aksine bu istisnayı, pozitif hukukun meşruiyetine katkı sağlayacak şekilde yorumlayıp uygulamıştır.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 15. maddesinde “savaş durumunda dahi” dokunulması yasaklanmış çekirdek hakları ihlal ettiği, yasama ve yargı yetkisini bütünüyle etkisizleştirdiği ölçüde ve bununla sınırlı olarak OHAL KHK’leri denetleyebilmelidir. Anayasanın 148. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesindeki denetlenemezliğe Anayasa-koyucunun objektif olarak yüklediği işlev ancak bu şekilde gerçekleştirilebilir.

KAYNAKÇA

- BELGE, Ceren (2006). “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey” in: *Law & Society Review* 40 (3):
- CAN, Osman (2013). *Kurucu İktidar Anayasanın Değiştirilemez Maddeleri Demokratik Kuruculuk*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- CAN, Osman (2011). “The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d’Etat” in: *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, London-New York: Oxford University Press.
- ESEN, Selin. (2008). *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü hâl Rejimi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖZLER, Kemal (2000). *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları
- ÖZBUDUN, Ergun. (2014). *Türk Anayasa Hukuku (15. Baskı)*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* SDJ 1 (1946)
- TEZİÇ, Erdoğan. (2014). *Anayasa Hukuku (17. Baskı)*, İstanbul: Beta Yayınları.

GÖRÜŞ VE KARARLAR

- Anayasa Mahkemesi, 12.10.2016 tarih ve E. 2016/167, K. 2016/160 sayılı karar, *Resmi Gazete*, 04.11.2016, Sayı 29878.
- Venedik Komisyonu’nun 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişiminin Ardından Çıkarılan 667-676 No’lu Kanun Hükmünde Kararnameler Üzerine Türkiye Raporu, 12 Aralık 2016, Strazburg.

Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m.121)



Prof. Dr. Özlem Yenerer ÇAKMUT*

ÖZET

Kişilerin kamu makamlarına seslerini duyurabilmeleri için tanınmış dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi hak arama özgürlüğünün ihlali olarak karşımıza çıkar. Bu ihlalin önlenmesi ise korunan hukuki değeri zedeleyen hareketin yapılmasının cezalandırılmasını gerektirir. Bu amaçla Türk Ceza Kanunu dilekçe hakkının kullanımına engel teşkil eden hareketlerin yapılmasını yasaklamış ve ihlalini ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu yolla Anayasal bir hak koruma altına alınmıştır.

Anahtar kelimeler: Dilekçe hakkı, hak, hak ihlali.

SUMMARY

Detention the enjoyment of right petition, which is recognized to reach out public authorities, appears as a violation of right to legal remedies. The prevention of this violation incurs that the acts harm protected legal interest are punished. For this purpose, Turkish Penal Code outlaws the acts inhibit the enjoyment of right petition and entails penalty to violation of whom. Thus a constitutional right is protected.

Keywords: Right petition, right, violation of right.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana-bilim Dalı.

I. Giriş

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu TCK m.121'de; "Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolünür" biçiminde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın *Siyasi Haklar ve Ödevler* başlığını taşıyan Bölümünde yer almış bulunan m.74'e göre; "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir."

Kişilerin dilekçe hakkı Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nun yanında Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun¹ ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu² ile de düzenlenmiş, kullanım koşulları belirlenmiştir. Öte yandan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu m.29³ kişilerin adı geçen Kanun'un uygulanmasında ihmali, kusuru veya kastı varsa cezai anlamda sorumluluklarının dışında disiplin hukuku hükümleri çerçevesinde sorumluluklarının bulunduğu da açıkça belirtmiştir.

Dilekçe hakkı, hak arama özgürlüğünün en önemli araçlarından biridir. Bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin işlerlik kazanması, korunması ve sağlanması bakımından önemli bir araç görevi görmektedir. Aynı zamanda bilgi edinme hakkının kullanılmasında etkin ve destekleyici hak olma niteliğine de sahiptir⁴.

¹ 01.11.1984 Gün ve 3071 sayılı Kanun (RG 10.11.1984, No.18571).

² 09.10.2003 Gün ve 4982 sayılı Kanun (RG 24.10.2003, No.25269).

³ Bilgi Edinme Kanunu m.29; "Bu Kanunun uygulanmasında ihmâli, kusuru veya kastı bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında, işledikleri fiillerin genel hükümler çerçevesinde ceza kovuşturması gerektirmesi hususu saklı kalmak kaydıyla, tâbi oldukları mevzuatta yer alan disiplin cezaları uygulanır./ Bu Kanunla erişilen bilgi ve belgeler ticarî amaçla çoğaltılamaz ve kullanılamaz."

⁴ O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artaç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III (Madde 86-146), Ankara 2010, 3853.

II. Eski ve Yeni Kanun'un Karşılaştırılması

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi fiili suç olarak düzenlenmemiştir. 5237 Sayılı Kanun ile bu nitelikteki fiiller suç haline getirilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

III. Suçla Korunan Hukuki Değer

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu ile korunan hukuksal değer, bireylerin Anayasa ve yasalar tarafından kendilerine tanınmış bulunan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesine yönelik fiillerin önlenmesi olarak ifade edilebilir. Bu yolla bireyler tek başlarına veya toplu olarak kullanabilme hakkına sahip oldukları ve taleplerini resmi makamlara iletebilmelerini sağlayan imkanları ellerinde tutarlar. Böylece maddenin Gereğesi'nde de belirtilen, sahip oldukları -toplu veya münferiden ve ancak bireyler tarafından kullanılabilen- subjektif ve -resmi makamlara taleplerini iletebilme olanağı sağlayan- kamusal hakkın kullanılmasını önleyen ihlallere engel olunmak amaçlanmaktadır⁵. Diğer bir ifade ile hak arama özgürlüğünün kullanılmasının korunması sağlanmaktadır⁶.

IV. Suçun Konusu

Suçun konusu dilekçedir. Kelime anlamı itibarıyla **dilekçe**, *bir dileği bildirmek için resmî makamlara sunulan, imzalı ve adresli, pullu veya pulatsız yazı, istida, arzuhâl* demektir⁷. Maddenin Gereğesi'nde de dilekçe kavramı "kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına yazılı olarak yaptığı başvuruyu ifade eder", biçiminde tanımlanmıştır⁸.

3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun dilekçede bulunması zorunlu şartları, hakkın kullanımının koşullarını düzen-

⁵ N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gereğeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 214-215; A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007, 957.

⁶ Ç.Arslan/B.Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 552.

⁷ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama, 30.11.2012, saat. 14.10.

⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Gereğeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 215.

lemiştir⁹. Buna göre; Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurabileceklerdir. Ayrıca Türkiye’de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe olması kaydıyla bu haktan yararlanabileceklerdir (3071 sK. m.3). Öte yandan dilekçe, sahibinin ad, soyad, imzası ile iş veya ikametgâh adresini ihtiva etmelidir (3071 sK. m.4). Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idari makama verilmiş ise bu makam tarafından yetkili idari makama gönderilecek ve durumdan dilekçe sahibine bilgi verilecektir (3071 sK. m.5). Dolayısıyla dilekçe hakkını kullanacak kişilerin bu Kanun’da belirlenmiş esaslara riayet etmesi gereklidir. Aksi halde dilekçe incelenmeyecektir (3071 sK. m.6).

V. Suçun Faili

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilecektir. Dolayısıyla suç özgü suç olma özelliği taşımaktadır¹⁰. Unutulmamalıdır ki, failin ilgili yasal düzenlemeler gereğince dilekçeyi kabul etmek ve gereğini yapmak bakımından görevli ve yetkili olması gereklidir. Aksi halde salt kamu görevlisi olmak suçun faili olmak bakımından yeterli olmayacaktır¹¹.

VI. Suçun Mağduru

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun mağduru dilekçe verme hakkına sahip herkeştir¹². Türkiye’de ikamet eden yabancılar da -karşılıklılık esası gözetilerek- mağdur olabilirler.

⁹ Dilekçe Hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bak.A.Erol, Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku, Ankara 2005, 261 vd.; Y.Hız/Z.Yılmaz, Açıklamalı-Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004, 13 vd.

¹⁰ Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 553.

¹¹ V.Ö.Özbek/N.Kanbur, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi”, V.Ö.Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008, 821; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, (Madde 1-140), 958.

¹² E.Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140), İstanbul 2006, 507.

VII. Suçun Unsurları

1. Maddi unsur

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun maddi unsurunun hareket kısmı, yetkili kamu makamlarına verilen dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın *kabul edilmemesidir*. Kamu görevlisi ihmali bir harekette bulunmakta; kabul etmek zorunda olduğu dilekçeyi almamaktadır¹³. Suçun oluşumu bakımından madde metninde hiçbir ayırım yapılmaksızın *kamu makamlarına verilen dilekçeden* söz edilmiştir. Dolayısıyla dilekçenin verildiği ve kabul edilmediği yerin kamu makamı olması gereklidir¹⁴.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluşumu için mağdurun dilekçeyi belli bir hakkını kullanmak için vermesi gerekmektedir. Hak, mağdurun kişisel, sosyal veya ekonomik durumuna, malvarlığına ya da vatandaşlığına ilişkin konularda olabilir. Kavramı geniş düşünmek ve benzeri hususları da kapsam içinde değerlendirmek gereklidir. Hak kullanımı niteliğinde bulunmayan dilekçelerin kabul edilmemesi TCK m.121'in oluşumuna engel olacaktır. Örneğin dilek içeren dilekçelerin kabul edilmemesi durumunda bahsi geçen suç oluşmayacaktır¹⁵.

Dilekçe yazılı olmak ve belirli unsurları taşımak zorundadır. Ancak kamu makamlarına yöneltilen talep sözlü de olabilir. Böyle bir durumda talebin tutanağa geçirilmesi gerekmektedir. Tutanak tutulması amacıyla yapılan sözlü beyanın yetkili ve görevli kamu görevlisi tarafından hukuki bir neden olmaksızın tutanağa bağlanmaması durumunda TCK m.121'de düzenlenmiş bulunan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu oluşacaktır¹⁶. Salt sözlü başvurunun kabul edilmesi TCK m.121'de düzenlenmiş suçu oluşturmayacaktır¹⁷.

¹³ Özbek/Kanbur, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi, TCK İzmir Şerhi, 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), 821.

¹⁴ S.Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 191.

¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3855.

¹⁶ Özbek/Kanbur, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi, TCK İzmir Şerhi, 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), 821. Ayrıca bak. TCK m.121'in Gerekçesi, Centel/Zafer/Çakmut, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 215.

¹⁷ A.Gökcen, "Hürriyete Karşı Suçlar (TCK 106-122)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, 25.12.2012.

Dilekçenin verileceği yer ile ilgili özel bir hukuki düzenleme olabileceği gibi, dilekçenin belli bir süre içinde de verilmesi mevzuatta belirtilmiş bulunabilir. Böyle bir halde dilekçenin ilgili yere verilmesi ve/veya süresi içinde verilmesi gereklidir. Eğer özel olarak belirtilen yere dilekçe verilmemişse ve/veya süresi içinde verilmemişse ilgili olmayan makam dilekçeyi reddederse TCK m.121'deki suçun oluştuğunu belirtmek mümkün olmayacaktır¹⁸.

Madde Gereğesi'nde, süreli işlemlerde, dilekçenin süresinde verilmesine karşın, kabulünün geciktirilmesi halinde de dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluşacağı ifade edilmektedir¹⁹.

Suçun tamamlanması için dilekçenin; baştan kabul edilmemesi diğer bir ifade ile hiç alınmaması, süreli işlemlerde kabul ve ilgili yere kaydının geciktirilmesi²⁰, alınıp yırtılması, çöpe atılması vb. biçimde kayıt altına alınmaması gereklidir²¹. Kanaatimizce dilekçe alınıp kaydı yapıldıktan sonra dilekçe hakkında işlem yapılmaması, kanunen emredildiği halde ilgisine bilgi verilmemesi TCK m.121'de yer alan suçunu değil, görevi kötüye kullanma suçunu –ihmal suretiyle- oluşturacaktır²².

Verilen dilekçenin kabul edilmesi veya talebin tutanağa geçirilerek alınması ve ancak içeriğinde talep edilenlerin yerine getirilmemesi halinde TCK m.121'de yer alan suçun oluştuğunu belirtmeye olanak yoktur. Talebin kabulü ile yerine getirilmesi farklı konulardır. Talep hukuka aykırı olarak yerine getirilmemiş ise ilgililer hakkında Türk Ceza Kanunu'nun ilgili başka suçları nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilecektir²³.

¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3856-3857.

¹⁹ TCK m.121'in Gereğesi bak.Centel/Zafer/Çakmut, Gereğeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 215.

²⁰ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, 508.

²¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3857.

²² Aynı yönde bak. Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3857.

²³ Aynı yönde bak. Özbek/Kanbur, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi, TCK İzmir Şerhi, 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), 821.

2. Hukuka aykırılık unsuru

TCK m.121’de yer alan suçun işlenmesi için yetkili kamu makamlarına verilen dilekçenin “hukuki bir neden olmaksızın” kabul edilmemesi gereklidir. Kamu görevlisi kanundan kaynaklanan bir yetki sonucu veya görevinin gereği olarak dilekçeyi kabul etmiyorsa bu durumda fiil hukuka aykırı olmayacak ve suçun olduğundan söz edilemeyecektir²⁴.

Hukuki bir nedene dayalı olarak verilen bir dilekçe kabul edilmiyorsa bu durumda fiil hukuka uygun olacaktır.

3. Manevi unsur

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, kasten işlenebilen bir suçtur; fail verilen dilekçeyi kabul etmek bakımından kanunen görevli ve yetkili olduğunu, hukuken dilekçeyi kabul etmemek için bir neden olmadığını bilecek ve bu neticeyi isteyecektir²⁵. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Faildeki saikin önemi yoktur.

VIII. Suç ve Cezaya Etki Eden Nedenler

1. Suçu ağırlaştırıcı nedenler (suçun nitelikli halleri)

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun işlenmesi halinde fail hakkında cezasının ağırlaştırılmasını öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Suçu hafifleten nedenler

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun işlenmesi halinde fail hakkında cezasının hafifletilmesini öngören özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan genel hafifletici nedenler bu suçta da geçerli olacaktır.

²⁴ Özbek/Kanbur, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi, TCK İzmir Şerhi, 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), 822.

²⁵ Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, (Madde 1-140), 958.

IX. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, yetkili ve görevli kamu görevlisini dilekçenin verilmesi ve kamu görevlisinin hukuki bir neden olmaksızın dilekçeyi kabul etmemesi ile tamamlanmaktadır. Suç ihmalî bir suçtur. Soyut tehlike suçudur. Herhangi bir zararın veya somut bir tehlikenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs mümkün görünmemektedir²⁶.

2. İçtima

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu bakımından suçların içtimaına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından, genel kurallar çerçevesinde, TCK m.42-44'e göre, ortaya çıkabilecek sorunların çözülmesi yoluna gidilecektir. Özellikle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, bir kişinin farklı zamanlarda verdiği dilekçelerin reddedilmesi veya birden fazla kişinin verdiği dilekçelerin tek fiille reddedilmesi hallerinde TCK m.43 düzenlemesi kapsamında zincirleme suç hükmünün uygulanması söz konusu olabilecektir²⁷.

3. İştirak

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, iştirak bakımından bir özellik taşımamaktadır. Suça iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır (TCK m.37-39). Öte yandan suç özgü bir suç olduğundan kamu görevlisi olmayan kişilerin suça iştiraki söz konusu olduğunda TCK m.40 çerçevesinde failerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğuna gitmek mümkün olabilecektir²⁸.

²⁶ Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I, 509; Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, I.Cilt, (Madde 1-140), 958. Aksi yönde görüş için bak. Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 555; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3858. İhmalî suçlara teşebbüsün mümkün olduğu görüşü için bak.A.Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, 411. Ayrıca ihmalî suçlara teşebbüs konusunda teorik görüşler için bak.N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, I, İstanbul 2011, 74-76.

²⁷ Özbek/Kanbur, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi, TCK İzmir Şerhi, 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), 822. Aksi görüş için bak.Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140), 505.

²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III, 3858.

X. Yaptırım

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu işleyen fail, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Madde metninde cezanın alt sınırı açıkça belirtilmediğinden TCK m.49/1 gereğince bu ceza bir aydan az olamaz. Her halükarda verilecek mahkumiyet kısa süreli hapis cezası olacağından, cezanın TCK m.50 çerçevesinde seçenek yaptırım veya tedbirlere çevrilmesi mümkündür²⁹. Ayrıca dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu kasıtlı bir suç olduğundan mahkumiyet halinde failin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılması söz konusu olacaktır. Bu yoksunluklar kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)³⁰. Kamu görevini kötüye kullanarak bu suçu işleyen kişi hakkında TCK m.53/5 kapsamında, verilen cezanın yarısından bir katına kadar da hak yoksunluğuna hükmedilecektir.

²⁹ Söz konusu seçenek yaptırımlar şunlardır: 1) Adlî para cezasına çevirme, 2) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararı aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderme, 3) en az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme, 4) mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama, 5) sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgeleri geri alma, belli bir meslek ve sanatı yapmayı yasaklama, 6) mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalışma.

³⁰ Söz konusu hak yoksunlukları şunlardır: 1) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun kalma, 2) seçme ve seçilme ehliyetinden yoksun kalma (Bu konudaki iptal kararının kapsamı için bak. AyM, 08.10.2015-2014-140/2015-85-RG 24.11.2015, No.29542), 3) velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun kalma, 4) vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun kalma, 5) bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun kalma.

Suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyete hükmedilmiş ise verilen cezanın infazının ertelenmesi koşulları varsa söz konusu olabilir (TCK m.51). Öte yandan verilecek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kanuni koşullar oluşmuş ise mümkündür (CMK m.231).

XI. Zamanaşımı

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun dava zamaşıımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamaşıımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamaşıımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamaşıımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66).

XII. Muhakemeye İlişkin Kurallar

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır. Suçu yargılamakla görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir³¹.

XIII. Sonuç

Dilekçe hakkı, 1982 Anayasası'nın *Siyasi Haklar ve Ödevler* başlığını taşıyan Bölümünde yer almış bulunan hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda kullanılmasına olanak tanıyan önemli haklardandır.

Kişilerin kamu makamlarına seslerini duyurabilmeleri için tanınmış bu hakkın kullanılmasının engellenmesi hak arama özgürlüğünün ihlali olarak karşımıza çıkar. Bu ihlalin önlenmesi ise korunan hukuki değeri zedeleyen hareketin yapılmasının cezalandırılmasını gerektirir niteliktedir. Bu amaçla Türk Ceza Kanunu dilekçe hakkının kullanımına engel teşkil eden hareketlerin yapılmasını yasaklamış ve ihlalinin ceza yaptırımına bağlamıştır. Bu yolla Anayasal bir hakkın korunması sağlanmaya çalışılmıştır.

³¹ 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 11 (RG 07.10.2004, No.25606).

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004,
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005,
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, I, İstanbul 2011,
- Donay, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007,
- Erol, Ahmet, Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku, Ankara 2005,
- Gökcan, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar (TCK 106-122)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, 25.12.2012.
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama, 30.11.2012, saat.14.10.
- Hız, Yüksel/Yılmaz, Zekeriya, Açıklamalı-Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Ankara 2004,
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992,
- Özbek, V. Özer/Kanbur, Nihat, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi”, V. Ö. Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), 2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008,
- Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Cilt, (Madde 1-140), Ankara 2007,
- Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, I (m.1-140), İstanbul 2006,
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, III (Madde 86-146), Ankara 2010,

Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaa “İsteksiz veya Âciz” Doktrini: Suriye ve DAEŞ Örneği*



Prof. Dr. Selami KURAN** - Arş. Gör. Hande GÜR***

ÖZET

Devlet-dışı aktörler, sınırları belli bir ülkeye sahip olmadıklarından faaliyetlerini devam ettirebilmek için bir devletin ülkesine ihtiyaç duymaktadırlar. Ülkesini kullandıkları ev sahibi devlet, bu birimlerle işbirliği içinde olabilir ve aktif destek sağlayabilir. Ya da aktif destekte bulunmaksızın pasif olarak bu birimlerin kendi ülkesini kullanmalarına izin verebilir.

Bu çalışmada ele alınacak konu, ev sahibi devletin devlet-dışı aktörlerin faaliyetlerine karışma düzeylerinden bir tanesi olan isteksiz veya âciz olma durumunda, mağdur devletin ev sahibi devletin ülkesinde bu birimlere yönelik kuvvet kullanıp kullanamayacağıdır. Konuyla ilgili olarak bahsedilecek olan, DAEŞ'e yönelik müdahale ile yeniden gündeme gelen “isteksiz veya âciz” doktrinidir. Buna göre devlet-dışı aktörlere ev sahipliği yapan devletlerin, bu birimlerin faaliyetlerini engellemek istememesi veya bu konuda âciz kalmaları durumunda, ev sahibi devletin ülkesinde bu birimlere yönelik kuvvet kullanmaları konusu tartışılmaktadır. Uluslararası hukukta henüz tam olarak yerini bulamamış bu doktrinin, devlet-dışı aktörlere karşı meşru müdafaa konusuna yeni bir boyut kazandıracağı kesindir.

Anahtar Kelimeler: Meşru müdafaa, Devlet-dışı Aktörler, “İsteksiz veya Âciz” Doktrini, Suriye, DAEŞ

* Bu makale, “Devlet-dışı Aktörlere Karşı Meşru Savunmada “İsteksiz veya Aciz” Doktrini” isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk A.B.D.

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk A.B.D.

ABSTRACT

As non-state actors do not have a bordered country, they need a country of a state to continue their activities. This host state, of which country they use, can be in collaboration with these units and provide active support. Or, without providing active support, it can allow these units to use its country, passively.

The issue which will be examined in this study is that if the host state will use force against these units in its country in case of that it is reluctant or helpless, which is one of the levels of interfering to non-state actors' activities by the host country, or not. This will be mentioned concerning to the issue is the "reluctant or helpless" doctrine, which reawaken with the action against ISIS. According to that, in case the host countries to non-state actors do not want to prevent activities of these units or they become helpless in that issue, it is being discussed that the use of force by the host country. It is certain that, this doctrine, which has not found its own level in the international law yet, will add a new dimension to the issue of necessary defence against non-state actors.

Keywords: *Self Defense, Non-state Actors, Unwilling or Unable Doctrine, Syria, ISIS*

I. EV SAHİBİ DEVLETİN ÜLKESİNDE MEŞRU MÜDAFAA HAKKININ KULLANILMASI

Devlet-dışı aktörlerin silahlı saldırıları, bu birimlere ev sahipliği yapan devlete atfedilebilir olmasa dâhi saldırılardan mağdur olan devlet yine de bu aktörleri ev sahibi devletin ülkesinde hedef gösterebilir mi? UAD, 2005 yılında Kongo'daki Silahlı Faaliyetler Davası'nda¹ ve 2004 yılında İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar konusunda vermiş olduğu Danışma Görüşü'nde;² bir devletin ülkesinde gerçekleşen silahlı saldırı eğer ülke devletine at-

¹ ICJ Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, ss.168-283 <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> (21.03.2016).

² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, s. 136. <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (21.03.2016).

fedilemiyorsa ev sahibi devletin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kuvvet kullanmalar hukuk dışı olacaktır ve dolayısıyla etkisizlik temeli ile de gerekçelendirilemeyecektir minvâlinde bir yorumda bulunmuştur. UAD'nin konuya ilişkin bu görüşü 11 Eylül olaylarından sonra ortaya konmuştur. Bu da demek oluyor ki, Divan, konuya ilişkin devlet uygulamalarından ve akademik çalışmalardan haberdar olmasına rağmen bu tarz bir görüşü desteklememiştir.³ UAD'nin Kongo Davası'nda vermiş olduğu kararı, devlet-dışı aktörler üzerinde etkili olamayan 'ev sahibi devletin ülkesinde' kuvvet kullanılmasını yasaklayan bir görüş olarak değil de; silahlı saldırı ev sahibi devlete atfedilemezken 'ev sahibi devlete yönelik' kuvvet kullanmayı yasakladığı şeklinde yorumlanmıştır.⁴ Bazı yazarlar salt terörist saldırıları önleyememenin bir devletin ülkesinde doğrudan kuvvet kullanılmasını meşrulaştırmaya çağını savunurken,⁵ diğerlerine göre meşru müdafaa'nın gereklilik şartı mağdur devletin ev sahibi devletin ülkesinde meşru müdafaa hakkını kullanmasına müsaade etmektedir.⁶ Bu yazarlar,⁷ isteksiz veya âciz olan devletin ülkesinde askerî operasyonlar gerçekleştirmeyi, bu devletin ülkesini devlet-dışı aktörlerin diğer devletlere karşı terörist saldırılar gerçekleştirebilecekleri bir platform olarak kullandırmama yükümlülü-

³ Dawood I. Ahmed, "Defending Weak States Against the 'Unwilling or Unable' Doctrine of Self-Defense." **Journal of International Law & International Relations**, 9.1 , April 2013, ss.1-46

⁴ Kimberly N. Trapp, "Back to Basis: Necessity, Proportionality and the Right of Self-Defense Against Non-State Terrorist Actors", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol 56, 2007, ss.141-156, dn. 33, s.147.

⁵ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Antonio Cassese, "The International Community's 'Legal' Response to Terrorism", **International and Comparative Law Quarterly**, Vol 38, 1989, ss.589-608; Mary O'Connell, "Lawful Self Defense to Terrorism", **University of Pittsburgh Law Review**, 2002, Vol.63, ss.889-908.

⁶ Dawood, s.12.

⁷ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Yoram Dinstein, **War, Aggression and Self Defense**, 4th Edition, New York: Cambridge University Press, 2005, s.247. ; Noam Lubell, **Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors**, New York: Oxford University Press, s.42. ; Trapp, s.147 ; Greg Travalio, John Altenburg, "Terrorism, State Responsibility and the Use of Military Force." **Chicago Journal of International Law**, Vol 4, No 1, (2003), ss. 97-120; Michael N. Schmitt, "'Change Direction' 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self Defense", **International Law Studies**, Vol.84, ss.265-301.

ğünü yerine getirmesi açısından meşrulaştırılacağını tartışmaktadırlar.⁸ Onlara göre devletin bir silahlı saldırıya dahil olması, kuvvet kullanmayı meşrulaştırmak için değil; gerçekleştirilecek kuvvet kullanmanın ne türde olacağının saptanması açısından etkilidir. Yani saldırılar ev sahibi devlete atfedilmediği veya ev sahibi devlet mağdur devletin meşru müdafaa hakkını kullanmasına engel olmadığı sürece; ev sahibi devletin kendisi silahlı saldırıların hedefi olamaz. Ancak ülkesinde bulunan devlet-dışı aktörler, ev sahibi devletin rızası olmadan da saldırıların hedefi olabilecektir.⁹

II. “İSTEKSİZ VEYA ÂCİZ” DOKTRİNİ

Bir devletin ülkesinde yerleşmiş bulunan devlet-dışı aktörün komşu bir devlete saldırılarda bulunması ve bu saldırıların devam etmesinin olası olması hâlinde, mağdur devlet kendini savunabilmek için bu aktörlerin ev sahibi devletin ülkesinde bulunan üslerine saldırılarda bulunmak isteyebilir. Uluslararası hukukta devlet-dışı aktörlere karşı meşru müdafaa "isteksiz veya âciz doktrinini" (the unwilling or unable doctrine) tartışılıyor olmasının sebebi tam olarak bu sorudur: Ev sahibi devlet ile devlet-dışı aktör arasında görünür bir bağlantı olmadığı ve ev sahibi devletin kendi ülkesinde mağdur devletin bu birimlere yönelik müdahalelerine rıza göstermediği durumda; mağdur devlet ev sahibi devletin terörist tehditleri önlemedeki isteksizliğini veya acziyetini öne sürerek o devletin ülkesinde bu birimlere karşı meşru müdafaa hakkı çerçevesinde eylemlerde bulunabilir mi?¹⁰

“İsteksiz veya âciz” doktrinini şöyle bir senaryo ile açıklayabilmek mümkündür: A devletinin silahlı saldırıya uğramış ve bundan dolayı mağdur olan devlet olduğu, X örgütünün silahlı saldırıyı gerçekleştiren devlet-dışı aktör olduğu kabul edilsin. Gerçekleşen silahlı saldırı,

⁸ “New Threats and the Use of Force” Peter Viggo Jakobsen, Jens Elo Rytter (Editör), Copenhagen, Danish Institute for International Studies, 2005, s.46. <http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?lang=en&id=16807> (30.04.2016).

⁹ Dawood, ss.12-13.

¹⁰ Kinga Tibori-Szabó, “The ‘Unwilling or Unable’ Test and the Law of Self-defense”, ss.73-97. Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy (Ed.), **Fundamental Rights in International and European Law - Public and Private Law Perspectives**, The Hague: T.M.C Asser Press, 2015, ss.76-77, s.89.

X örgütünün üslendiği B devleti ülkesinde tasarlanmış ve bu ülkeden tatbik edilmiş olsun. Şayet saldırı B devletinden A devletine karşı gerçekleşmiş olsaydı hiç kuşkusuz A devleti BM Şartı madde 51 hükmü uyarınca meşru müdafaa hakkına dayanarak B devletine karşı saldırıda bulunabilecekti. “İsteksiz veya âciz” doktrinine göre mağdur devlet, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan terörist birimlerin faaliyetlerini önlemede isteksiz veya âciz olduğunu ileri sürerek, bu birimlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilecektir. Burada A devleti meşru müdafaa hakkına dayanarak B devletin ülkesel egemenliğini ihlâl etmek suretiyle, X örgütünün hedeflerine saldırıda bulunacaksa B devletin X örgütüne yönelik harekete geçmekte isteksiz veya yetersiz olduğunun kanıtlanması gerekmektedir.

Uluslararası hukukta meşru müdafaaya ilişkin önemli bir kaynak olan BM Şartı “isteksiz veya âciz” doktrini açık bir biçimde öngörmediğinden bu doktrinin yasal dayanağı hakkında öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Deeks, doktrinin temelinin tarafsızlık hukukuna dayandığını ifade etmektedir.¹¹ 5. Lahey Sözleşmesi’ne göre tarafsız devletin ülkesine dokunulamaz ve çatışma hâlindeki devletlerin bu ülkelere askerî harekât düzenlemeleri yasaktır.¹² Yine Sözleşme’ye göre “*Tarafsız bir devletin, tarafsızlığına yapılan tecavüzü, zor kullanmak suretiyle olsa bile, geri çevirmeye icbar etmesi düşmanca bir hareket telâkki edilemez*”.¹³ Her ne kadar antlaşmada yer almasa da birçok akademisyen ve devletin askeri kılavuzları tarafından, tarafsız devletin tarafsızlığına ilişkin yükümlülüklerini etkin olarak yerine getirememesi halinde savaşılan devletin bu çaresizliğe müsamaha göstermemesi gerektiği kabul edilmiştir.¹⁴ Bununla birlikte, uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna

¹¹ Bkz. Ashley S. Deeks, “Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense, *Virginia Journal of International Law*, Vol: 52, No: 3, 2012, ss.483-550, s.497-503.

¹² 5. Lahey Sözleşmesi, Kara Harbinde Tarafsız Devletlerin ve Şahısların Hakları ve Vazifeleri Hakkında Sözleşme (18 Ekim 1907), Madde 1-2. Sözleşme metninin Türkçesi için bkz. <http://askerihukuk.net/?pnum=217&pt=HARP+HUKUKU+SÖZLEŞMELERİ> (04.05.2016). Silahlı çatışmalarda uyulması gereken uluslararası insancıl hukukun temel kuralları için ayrıca bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.9, Sayı.123-124, 2014, ss.37-64, s. 41.

¹³ Ibid., madde 10.

¹⁴ Deeks, s.499.

göre savaşan devlet, tarafsız ülke karasularında diğer savaşan devletin ticaret gemilerini zapt ve geminin mallarını müsadere edemez. Tarafsız devlet, zapt ve müsadere bulunan savaşanı şayet gücü yetmiyorsa protesto edebilir; gücü yetiyorsa, onun gemisini zapt edip, diğerini serbest bırakabilir. Eğer tarafsız devletin, bu tür eylemleri engelleme konusundaki zafiyeti diğer savaşana zarar veriyorsa, bu savaşan tarafsız devletin tarafsızlığına saygı gösterilmesini bizzat sağlayabilir.¹⁵ Tüm bu kaynaklardan anlaşılmaktadır ki, tarafsız devlet, diğer savaş durumunda olan devletlerin kendi tarafsızlığını ihlâl etmesini önlemekte isteksiz veya âciz davranıyorsa; tarafsızlık hukuku, savaş durumundaki başka bir devletin ihlâlî durdurmak için tarafsız devletin ülkesinde kuvvet kullanmasına izin vermektedir.¹⁶ Deeks, sınırları tam olarak oturmamış olmasına karşın “isteksiz veya âciz” doktrininin; savaşçı devletin, tarafsızlığını korumakta isteksiz veya âciz davranan tarafsız devletin ülkesinde eylemde bulunma hakkı bağlamında ele alındığında, uluslararası hukuka iyice yerleşmiş olabileceğini düşünmektedir.¹⁷ Bu durum mevcut şartlara uyarlanacak olursa, ülke devleti yani ev sahibi devlet, tarafsız devlet; devlet-dışı aktör ise, tarafsız bölgeyi ihlâl eden savaşçı devlet olarak değerlendirilebilir. Ancak bu düşünce kabul edildiğinde bu doktrinin uygulanma alanının kısıtlanacağı düşünülmektedir. Çünkü bu tür kurallar BM Şartı'nın öncesine dayanmakta ve sadece savaşan devletler arasındaki uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanmaktadır.¹⁸

Doktrinin kökenini uluslararası örf ve adet hukukundaki meşru müdafaanın gerekli olması şartına dayandıran bir görüş de mevcuttur. Buna göre mağdur devlet meşru müdafaaya dayanarak kuvvet kullanmanın gerekli olup olmadığı değerlendirmesini yaparken, ev sahibi devletin devlet-dışı aktöre karşı harekete geçmekteki istekliliğini ve bunu yapabilme kapasitesini hesaba katmalıdır. Eğer ev sahibi devlet, devlet-dışı aktörler tarafından mağdur devlete yönelik tehdide ilişkin gerekeni yapmaya istekli ve muktedirse, mağdur devletin meşru müdafa hakkına başvurması gereksizdir. Ancak ev sahibi devletin isteksiz

¹⁵ Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım, 2012, s.80.

¹⁶ Deeks, s.499.

¹⁷ *Ibid.*, s.501.

¹⁸ Willams, ss.630-631.

veya âciz olması durumunda mağdur devletin bu birimlere müdahalesi gereklidir.¹⁹

Başka bir görüş ise, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metni ile açıklığa kavuşturulan, devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukukun ilkelerinden yola çıkarak doktrinin kaynağını bulmaya çalışmıştır.²⁰ Buna göre devletlerin devlet-dışı aktörler üzerinde sağladıkları kontrolün derecesine bağlı olarak bu aktörlerin silahlı saldırıları o devlete isnat edilebilmekte ve bu durum meşru müdafaa hakkının haklılığını belirlemede rol oynamaktadır.²¹

Birçok devlet ve yazar, ev sahibi devletin ülkesinde bulunan devlet-dışı aktörün yaratmış olduğu tehlikeyi azaltmak için alması gereken tedbirler konusunda isteksiz veya âciz olduğu durumda, mağdur devletin meşru müdafaa hakkının doğduğunu savunmaktadır. Mağdur devlet böylece ev sahibi devletin rızasını alma yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır. "İsteksiz veya âciz" doktrininden çokça bahsedilmiş olmasına rağmen bu doktrinin sınırları belirsiz kalmaya devam etmektedir.²² Bu doktrinin lehine bir görüşte olan Deeks, doktrinin uygulanabilmesinde mağdur devletin uyması gereken belli anahtar kurallar belirlemiştir. Buna göre mağdur devlet:

- i. Tek taraflı olarak kuvvet kullanmaktansa öncelikle ev sahibi devletin rızasını veya işbirliğini aramalıdır.
- ii. Ev sahibi devletten devlet-dışı aktörün yaratmış olduğu tehdidin üzerine gitmesini istemeli ve bunun için yeterli bir süre tanımalıdır.

¹⁹ Ibid., s.640.

²⁰ Uluslararası hukukta kural olarak yalnızca resmi yetkilerini kullanan devlet organlarının davranışları devlete isnat edilebilir; buna karşılık devlet-dışı aktörlerin davranışları doğrudan devletin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Ne var ki, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metni bu açıdan iki önemli istisna getirmektedir. Madde 8 ve 11. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tom Ruys ve Sten Verhoeven, "Attacks by Private Actors and the Right of Self Defense", **Journal of Conflict and Security Law**, 2005, Vol.10 No.3, ss.289–320, s.299-301.

²¹ Dawood, s.9.

²² Gareth D. Williams, "Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test." **U. N. S. W. Law Journal**, Vol. 36 No. 2 (2013), ss. 619-641, s.625.

- iii. İlgili bölgeye ilişkin ev sahibi devletin kontrol ve kapasitesini değerlendirmelidir.
- iv. Ev sahibi devletin tehdidi giderebilmek için önerisi değerlendirilmelidir.
- v. Mağdur devletle olan daha önceki ilişkisinin değerlendirilmesi yapılmalıdır.²³

Bu kriterler ev sahibi devletin ülkesel egemenliği etkilenmesin diye ve devlet-dışı aktörlerin neden olduğu tehlikeyle başa çıkabilmesi için ona sunulmuş bir olanaktır. Böylece meşru müdafanın gereklilik şartının sağlanacağı düşünülmektedir.²⁴

Deeks gibi Dinstein de “isteksiz veya âciz” doktrininin uygulanabilmesi için bir takım ölçütler belirlemiştir:

- i. Mağdur devlet tarafından gerçekleştirilecek kuvvet kullanma, devlet-dışı bir aktör tarafından daha önceden yapılmış bir silahlı saldırıya tepki olarak meydana gelmelidir. İlerisi düşünülerek, gelecekte muhtemel bir saldırı olacağı hesaplanarak yapılmamalıdır.
- ii. Bu saldırıların devamının geleceği muhtemel olmalıdır. Böylece ülke dışında kuvvet kullanma eylemi cezalandırma değil; savunma amaçlı olacaktır.
- iii. Mağdur devlet ev sahibi devletin bu tarz saldırıların gerçekleşme ihtimalini gidermek için kendi ülkesinde gerekli eylemlerde bulunmakta isteksiz veya âciz olduğunu soruşturmalı ve doğrulamalıdır.
- iv. Mağdur devlet ilk olarak ev sahibi devletin rızasını aramalıdır.
- v. Mağdur devletin kuvvet kullanması son çare olmalıdır; öncelikle diğer yasal yollar denenmeli son olarak kuvvet kullanımına başvurulmalıdır.²⁵

Mağdur devlet, ev sahibi devletin isteksizliği veya acziyetine ilişkin bir değerlendirmede bulunmadan önce devlet-dışı aktörlere karşı

²³ Deeks, s.490.

²⁴ Williams, s.625.

²⁵ Dinstein, *War, Aggression and Self Defense*, s.250.

müdahalede bulunabilmek için her zaman ev sahibi devletin kesin ve geçerli rızasını aramalıdır. Meşru müdafaa fiili ev sahibi devlete karşı değil; ev sahibi devletin ülkesinde yer alan devlet-dışı aktöre karşı gerçekleştiğinden, söz konusu meşru müdafaa hakkı ev sahibi devletin ülkesel egemenliğinin ihlâl edilmesini meşrulaştıramaz. Eğer ev sahibi devlet müdahaleye rıza gösterirse, mağdur devlet bu müdahalesi için yasal bir dayanak elde etmiş olur. Keza ev sahibi devlet müdahaleye izin verdiğinde “isteksiz veya âciz” doktrinin uygulanması da gereksiz olacaktır. Ancak ev sahibi devletin müdahaleye onay vermeyeceği kesin olarak anlaşıldığı zaman ve harekete geçmenin de zorunlu olduğu durumda, mağdur devlet ev sahibi devletin rızasını arama yükümlülüğünden kurtulmaktadır.²⁶

Devlet-dışı aktörlerin yaratmış olduğu tehdidi önlemede isteksiz veya âciz davranan devletin ülkesinde bu aktörlere karşı kuvvet kullanmanın meşru olduğu savı, ABD yönetiminin hukuki pozisyonuna iyice yerleşmiş durumdadır ve bu sav daha önceden de birkaç devlet tarafından resmi olarak onaylanmıştır.²⁷ Buna rağmen bu doktrin uluslararası hukukta -her ne kadar kimi yazarlar uluslararası örf ve adet hukukunun iyi yapılandırılmış bir kuralı olduğunu iddia etseler de- genel olarak tartışmalı görülmektedir.²⁸

²⁶ Szabó, s.90.

²⁷ Ryan Goodman, “International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria”, **Just Security**, 28 August 2014, <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/> (04.05.2016).

²⁸ “İsteksiz veya âciz” doktrinin tartışmalı olduğunu düşünen yazarlar: Tom Ruys, **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter, Evolutions in Customary Law and Practice**, New York: Cambridge University Press, 2010, s.502-510. ; Ryan Goodman, “International Law – and the Unwilling and Unable Test – for US Military Operations in Syria”, **Just Security**, 12 September 2014, <https://www.justsecurity.org/14949/international-law-unwilling-unable-test-military-operations-syria/> (04.05.2016). ; Kevin Jon Heller, “Do Attacks on ISIS in Syria Justify the “Unwilling or Unable” Test?”, **Opinio Juris**, 13 December 2014, <http://opiniojuris.org/2014/12/13/attacks-isis-syria-justify-unwilling-unable-test/> (04.05.2016). “İsteksiz veya âciz” doktrininin iyi yerleşmiş olduğunu düşünen yazarlar: Deeks, s.501-506. ; Michael Lewis, “What Does the ‘Unwilling or Unable’ Standard Mean in the Context of Syria?”, 12 September 2014, <https://www.justsecurity.org/14903/unwilling-unable-standard-context-syria/> (04.05.2016). “İsteksiz veya âciz” doktrinin uluslararası hukuka iyice yerleştiğini iddia etmeksizin bu doktrini öneren yazarlar: Lubell, s.42.; Williams, s.639,640.

“İsteksiz veya âciz” doktrinin tartışmalı olması, bu konuya ilişkin devlet uygulamalarının azlığından ve muğlaklığından kaynaklanmaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaaya ilişkin devlet uygulamalarına bakıldığında, meşru müdafaanın diğer tüm şartlarının sağlandığı varsayımıyla şu şekilde olduğu görülmektedir: 1. Uluslararası hukuk, devlet-dışı aktörü gönderen, yönlendiren veya kontrol eden devletin ülkesinde bu birimlere karşı meşru müdafa hakkının kullanılmasına kesin surette izin vermektedir. 2. Bir devlet, her ne kadar doğrudan göndermese ve kontrol etmese de devlet-dışı bir aktöre önemli ölçüde destek sağlıyorsa bu devletin ülkesinde bu birimlere yönelik meşru müdafa hakkının kullanılması da geniş çapta kabul görmektedir. 4. Ev sahibi devletin bir devlet-dışı aktöre fazla önemli olmayan bir destekte bulunması veya bu birimleri barındırması durumunda ise, mağdur devletin meşru müdafa hakkını kullanıp kullanmayacağı meselesi tartışmalıdır. 4. Ayrıca tartışmalı olan bir konu daha vardır ki, o da, ülkesinde bulunan devlet-dışı aktörle herhangi bir bağlantısının olmamasına rağmen bu aktörlerin gerçekleştirdikleri saldırıları durdurmakta isteksiz veya âciz davranan ve mağdur devletin müdahalesine rıza göstermeyen ev sahibi devletin ülkesinde bu birimlere karşı meşru müdafa çerçevesinde kuvvet kullanılıp kullanılmayacağıdır.²⁹

Ev sahibi devlet ile ülkesinde üslenen devlet-dışı aktör arasındaki bağlantı, devletin bu birimleri göndermesi, yönlendirmesi, kontrol etmesi, küçük veya büyük destekler sunması durumlarında açıktır. Ancak “isteksiz veya âciz” doktrininde ev sahibi devlet ile devlet-dışı aktör arasında bağlantı mevcut değildir. Konuya ilişkin devlet uygulamalarına bakıldığında, mağdur devletlerin barındırma argümanına (*harbouring argument*) veya “isteksiz veya âciz” doktrinine dayandığı görülmektedir. Mağdur devlet açısından ev sahibi devletin isteksizliği, bu devletin devlet-dışı aktörleri ülkesinde barındıracağına dair anlaşması anlamına gelmektedir. Devletin salt isteksizliği veya aciziyeti ileri sürüldüğünde dâhi bu iddia, her devletin çeşitli aktörler tarafından kendi ülkesinden faaliyette bulunulmasını engelleme yükümlülüğü ile birlikte düşünülmektedir. Bu durum ev sahibi devlet ile devlet-dışı aktör arasında bir bağ olmadığında zorluklara neden olmaktadır. Devletlerin destek verme veya barınma imkânı sağlama iddialarına girmeksizin yalnızca “isteksiz veya âciz” doktrininin saf hâline dayandıkları çok az ör-

²⁹ Szabó, s.86.

nek vardır. 1970'lerden itibaren İsrail birçok kez bu doktrini gündeme getirmiştir. Aynı şekilde Türkiye 1990'larda ve 2007-2008'de dolaylı olarak bu doktrine başvurmuştur. İran ve Rusya da çeşitli durumlarda bu doktrine dayanmışlardır. Bu örnekler “isteksiz veya âciz” doktrinin örf ve adet hukuku olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan devlet uygulamalarının geniş çaplı, yeknesak ve tipik olması şartlarını sağlamaktadır.³⁰

“İsteksiz veya âciz” doktrininin devlet uygulamalarında ve akademik yorumlamalarda kendisine mahsus bir pozisyonu vardır. Diğer taraftan bu doktrinin, kuvvet kullanmaya ilişkin uluslararası tanınan bir norm olarak var olup olmadığıyla ilgili sorular mevcuttur. Aslında devletler, yaptırımını olan bir kural olduğuna inandıklarını belirterek, sıklıkla doktrine atıfta bulunurlarsa bunun uluslararası örf ve adet kuralı hâline gelmesi mümkündür. Deeks, devletlerin, “isteksiz veya âciz” doktrinin hukuki bir zorunluluk tescil ettiğine dair inançlarının olmadığını açıkça ileri sürdüklerine dair hiçbir örnek olayın olmadığını belirtmiştir.³¹ “İsteksiz veya âciz” doktrinine dayanan devletler, bunun yasal bir zorunluluk olduğuna dair bir kanaatte değillerse ve bunu açıkça iddia ediyorsa, bu doktrinin uluslararası bir örf adet hukuku hâline gelmesi olasılık dışıdır.³² Bu doktrinin uluslararası örf ve adet hukuku hâline gelebilmesi için, devletler tarafından “isteksiz veya âciz” doktrininin işletilmesine dair yasal zorunluluk bilincinin oluşması yani bu

³⁰ Szabó, s.87. UAD Statüsü madde 38/1(b), uluslararası örf ve adet hukukunu, ‘hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın delili’ olarak açıklamaktadır. Metnin Türkçe tercümesi için bkz. Selami Kuran, Derya Aydın Okur, Meltem Sarıbeyoğlu ve Reşat Volkan Günel, **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, ss.3-29, s.37. Bir uygulamanın uluslararası teamül hukuku hâline gelebilmesi için iki şartın varlığı aranmaktadır: Bu konuda devletlerin uygulaması ve bu kuralın uygulanmasının gerekli olduğuna ilişkin devletlerin kanaati. (opinio juris sive necessitatis) Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt: 1: Kurallar**, Uluslararası Kızılhaç Komitesi. (Türkçeye tercüme edenler: Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtarcan, Mehmet Cengiz Uzun, Abdullah Kaya). İstanbul: Beta Basım A.Ş. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, 2005. s.xxxix.

³¹ Deeks, s.503.

³² William, s.634.

durumun teamül olduğuna ilişkin ve zorunluluk teşkil ettiğine ilişkin bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

III. “İSTEKSİZ VEYA ÂCİZ” DOKTRİNİ ÇERÇEVESİNDE SURİYE VE DAEŞ ÖRNEĞİ

Günümüzde “isteksiz veya âciz” doktrininin başvurulduğu en güncel örnek, ABD ve Koalisyon Güçleri’nin Irak Şam İslam Devleti (DAEŞ)³³ hedeflerine karşı yürütmüş olduğu operasyonlardır. Suriye’ye yönelik sınır ötesi hava saldırıları, devlet-dışı aktörlere karşı ülke dışında meşru müdafaaya ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Her ne kadar operasyonlar hâlâ devam ediyor olsa ve müdahalelerin meşruiyetine ilişkin son söz henüz söylenmemiş olsa da, şimdiye kadar ileri sürülen argümanlar “isteksiz veya âciz” doktrinine işaret etmektedir. Bu bölümde DAEŞ’e yönelik operasyonlar, siyasî ve uluslararası

³³ DAEŞ Suriye’nin kuzeyinde ve Irak’ın batısında, Arap dünyasının kalbinde Suriye, Lübnan, Filistin, Ürdün ve İsrail’i kapsayan coğrafyada bir İslami halifelik kurma amacıyla güç kazanmış radikal İslamcı bir gruptur. DAEŞ, 29 Haziran 2014’te Halifelik ilan ederek, İslam Devleti (*Islamic State*) adında yeni bir devlet kurduğunu açıklamış ardından Irak ve Suriye’de kontrol ettiği bölgelerde toprak ele geçirmeye ve ülkesel kontrol ve yönetim icra etmeye başlamıştır. DAEŞ, halen kontrol ettiği bölgelerde vergi toplamakta, mahkemeler kurmakta, petrol pompalamakta ve Esed rejimine elektrik satmaktadır. Bkz. Fatma Taşdemir, “İç Savaş Çerçevesinde Terörizm ve DAEŞ Örneği”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 11, S. 42, 2015, ss. 41-67, ss.60-61. DAEŞ’in Türkçe, İngilizce ve Arapça olarak çeşitli kullanımları mevcuttur. Bu isim değişiklikleri ise, DAEŞ terör örgütünün kendisini, 2004 yılında Irak El-Kaide’si (*Al-Qaeda in Iraq*); 2007’de Irak İslam Devleti (*The Islamic State in Iraq, ISI*); 2013’te Irak Suriye (veya Şam) İslam Devleti (*The Islamic State in Iraq and Syria veya Islamic State in Iraq and al-Sham, ISIS*); Temmuz 2014’teki hilafet ilanından sonra İslam Halifelik Devleti (*State of the Islamic Caliphate, SIC*) olarak isimlendirmesinden kaynaklanmaktadır. DAEŞ, Suriye’nin başkenti Şam’ın, diğer dillerdeki çeşitli kullanımlarından ötürü ISIL (*Islamic State of Iraq and the Levant*) olarak da karşımıza çıkmaktadır. DAEŞ (*Al-Dawla al-Islamiya fil 'Iraq wal-Sham*) ise örgütün Arapça dilindeki kullanımıdır. Bu çalışmada DAEŞ kısaltması tercih edilmiştir. DAEŞ’in farklı kullanımları için bkz Faisal Irshaid, “Isis, Isil, IS or Daesh? One Group, Many Names”, BBC News, 2 December 2015, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27994277> ; M. R. “The Many Names of ISIS (also known as IS, ISIL, SIC and Da'ish)”, *The Economist*, 28 September 2014, [http://www.economist.com/blogs/economist-explains-19](http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/09/economist-explains-19) (22.04.2016).

ilişkiler bazında ele alınmaksızın yalnızca uluslararası hukuk boyutuyla incelenecektir.

DAEŞ, Suriye’de 2013 yılında süregelen iç savaşın ortasında meydana gelmeye başlamıştır. DAEŞ, Haziran ayına kadar Kuzey Irak boyunca hızla yayılmış ve Irak’ın en büyük ikinci şehri olan Musul’u ele geçirmiştir.³⁴ Bunun üzerine Irak, 25 Haziran 2014’te BM’ye bir mektup göndermiş ve DAEŞ tarafından oluşturulan tehdidin ele alınması için uluslararası toplumdan yardım talep etmiştir.³⁵ Bunun üzerine Ağustos ayında ABD, Irak’taki DAEŞ hedeflerine yönelik hava saldırılarına başlamıştır.³⁶ Bu durum için, DAEŞ’e ait veya DAEŞ’e bağlılık yemini etmiş radikal kişilerce Irak’a yapılan saldırıların, Irak devletini ve insanlarını ciddi derecede etkileyen geniş çaplı bir silahlı saldırı olmasından daha öte bir ihtilaf olduğu söylenebilir.³⁷ Söz konusu saldırıların sonucunda, Irak’ın kesin surette meşru müdafaya başvurma hakkı doğmuş ve uluslararası topluma yapmış olduğu bu yardım çağrısı meşru müdafaa hakkının kolektif yönünü harekete geçirmiştir.

Irak, bir önceki mektubuna müteakip 20 Eylül 2014 tarihinde BM’ye bir mektup daha göndererek yardım talebini tekrarlamış ve ülkesinde gerçekleşecek silahlı saldırıya rızasının olduğunu açıklamıştır.³⁸ Birçok devlet, Irak’ta DAEŞ’e yönelik askerî operasyonlara katılırken, Irak Hükümeti’nin rızası olduğu için yasal olarak bu eylemlerde bulduklarını ileri sürmüşlerdir.³⁹

³⁴ Bkz. Peter Baker ve Eric Schmitt, “Many Missteps in Assessment of ISIS Threat”, New York Times, 29 September 2014, http://www.nytimes.com/2014/09/30/world/middleeast/obama-fault-is-shared-in-misjudging-of-isis-threat.html?_r=0 (17.04.2016).

³⁵ UN Doc. S/2014/440, (25 June 2014), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/440 (17.04.2016).

³⁶ Bkz. Baker ve Schmitt, http://www.nytimes.com/2014/09/30/world/middleeast/obama-fault-is-shared-in-misjudging-of-isis-threat.html?_r=0 (17.04.2016).

³⁷ Szabó, s.93.

³⁸ UN Doc. S/2014/691, (20 September 2014), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/691 (17.04.2016).

³⁹ Bkz. Fionnuala Ni Aolain, “Authorizing Force: A Review of Turkish, Dutch French Action”, **Just Security**, <https://www.justsecurity.org/16282/authorizing-force-review-turkish-dutch-french-action/> (22.04.2016)

Uluslararası hukuk, devletlerin, kendi ülkesi içindeki kanun ve nizamı yeniden tesis etmesi için diğer devletlerden askerî yardım talebinde bulunmalarına izin vermektedir.⁴⁰ Ayrıca bir devletin, başka bir devlet tarafından kendi ülkesinde gerçekleştirilecek eylemlere rızasının olması rızanın sınırları içinde kalındığı sürece söz konusu eylemi rıza gösteren devlet açısından meşrulaştırmaktadır. Irak'taki mevcut hükümet, uluslararası toplum tarafından meşru hükümet olarak tanındığından; DAEŞ ile mücadele konusunda ülkesinde kuvvet kullanılmasına ilişkin vermiş olduğu rıza hakkında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Irak Hükümeti'nin kendi topraklarında kuvvet kullanılmasına göstermiş olduğu rızası, ABD ve Koalisyon Güçleri'nin Irak topraklarında DAEŞ'e karşı yürüttükleri operasyonlar açısından hukuki bir zemin sunmaktadır.⁴¹ Kısacası Irak'ta kuvvet kullanılmasının yasal dayanağı, davet üzerine müdahale (*intervention by invitation*)'dir. Yardım için hükümetin yapmış olduğu bu açık talep göz önünde tutulduğunda, bu açıklamanın Koalisyon Güçleri'nin Irak'ta kuvvet kullanması için dayandıkları sağlam bir temel olduğu söylenebilir.⁴²

Sonuç olarak ABD ve müttefiklerinin Irak topraklarında DAEŞ'e yönelik kuvvet kullanmasının meşruluğunun tartışmaya pek açık olmadığı söylenebilir. Mağdur devlet durumundaki Irak'ın bu konu hakkındaki talebi ile Irak adına kolektif meşru müdafaa şartlarından biri sağlanmış olmaktadır.⁴³

Irak'ta yürütülenlerin aksine Suriye'de DAEŞ'e yönelik operasyonların uluslararası hukuktaki dayanağı daha karışık, tartışmaya açık

⁴⁰ Louise Arimatsu, Michael N. Schmitt, "Attacking "Islamic State" and the Khorasan Group: Surveying the International Law Landscape", **Columbia Journal of Transnational Law Bulletin**, C. 53, ss. 1-29, s.6.

⁴¹ Derya Aydın Okur, "DAEŞ'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 14, Sayı 2, Temmuz 2015, ss.39-65, s.46.

⁴² Claus Kress, "The Fine Line Between Collective Self-Defense and Intervention by Invitation: Reflections on the Use of Force Against 'IS' in Syria", **Just Security**, 17 February 2015, <https://www.justsecurity.org/2015/02/17/clauss-kress-force-isil-syria/> (29.04.2016).

⁴³ Aydın Okur, s.46.

ve müphemdir.⁴⁴ Çünkü Irak'ın yardım çağrısının Suriye'ye doğru genişlemesi söz konusu değildir.⁴⁵

DAEŞ, ABD Irak'ta çeşitli eylemlerde bulunduğu sırada dâhi Suriye'deki birçok bölgeyi ele geçirmekteydi.⁴⁶ 2014 yılının Eylül ayında ABD tarafından yönetilen Koalisyon Güçleri, Suriye'de DAEŞ'i aynı zamanda ABD de Suriye'deki Horasan Grubu'nu da vurmaya başlamıştır.⁴⁷ Daha önceki hava saldırıları Irak Hükümeti'nin rızası dahilinde ve sadece Irak topraklarıyla sınırlı olduğu için bu durumun meşruiyeti uluslararası hukuk açısından ihtilafli görülmemiştir. Ne var ki, Suriye'ye yapılan hava saldırıları başladığında durum farklılaşmış ve Suriye'nin toprak bütünlüğünün ihlâlini açıklamak için çok yönlü bir yasal dayanak gerekmiştir.⁴⁸

Suriye, kendi ülkesinde DAEŞ'e karşı gerçekleştirilecek müdahalenin belirsizliğe yer vermeyecek biçimde bir saldırı teşkil edeceğini uluslararası kamuoyuna duyurmuştur. Milli Uzlaşma Bakanı Ali Haydar, Suriye yönetiminin izni olmadan Suriye topraklarına yapılacak herhangi bir ABD müdahalesinin saldırı olarak görüleceği ve uluslararası yasalar gereği Suriye topraklarında askerî olsun ya da olmasın herhangi bir operasyonun Suriye ile işbirliği hâlinde gerçekleşmesi gerektiği uyarısında bulunmuştur.⁴⁹

⁴⁴ Arimatsu ve Schmitt, s.8.

⁴⁵ Kress, <https://www.justsecurity.org/20118/clus-kreb-force-isil-syria/> (29.04.2016).

⁴⁶ Hatta bazı kaynaklara göre DAEŞ'in, Suriye topraklarının yüzde otuz beşini kontrol altına alındığı söylenmektedir. Bkz. Zeina Karam, A Look at the State Militans in Syria, Associated Press 28 August 2014 http://www.masslive.com/news/index.ssf/2014/08/a_look_at_the_islamic_state_mi.html (17.04.2016).

⁴⁷ ABD resmi yetkilileri bu grubu, küçük; fakat aşırı derecede tehlikeli, ABD ve diğer batı ülkelerine saldırılar düzenleyen, deneyimli El Kaide üyelerinden oluşan bir grup olarak tanımlamaktadırlar. Monica Hakimi, "Defensive Force Against Non-State Actors: The State of Play", **International Law Studies**, Vol. 91, 2015, ss.1-35. s.21.

⁴⁸ Jens David Ohlin, "The Unwilling or Unable Doctrine Comes to Life", **Opinio Juris**, 23 September 2014, <http://opiniojuris.org/2014/09/23/unwilling-unable-doctrine-comes-life/> (17.04.2016).

⁴⁹ "Syria Warns US Against Act of 'Aggression'", The Citizen, 12 September 2014, <http://www.thecitizen.in/index.php/NewsDetail/index/1/534/Syria-Warns-US-Against-Act-of-Aggression> (29.04.2016)

Irak'ın operasyonlara rıza göstermesi ve hatta bizzat talep etmesi söz konusu iken; Suriye'nin bu şekilde bir rızasının olduğu söylenemez. ABD'nin temel iddiası, Suriye'nin DAES ile mücadele konusunda isteksiz ya da âciz olması nedeniyle Irak adına kolektif meşru müdafaa operasyonlarının Suriye topraklarında da yürütülebileceğidir.⁵⁰ 23 Eylül 2014'te ABD'nin BM temsilcisi Samantha Power, BM Genel sekreteri Ban Ki-moon'a, Suriye'de ABD tarafından yönetilen operasyonların uluslararası hukuktaki meşruiyeti ile ilgili bir mektup göndermiştir. Mektupta şu ifadeler yer almaktadır:

23 Eylül 2014

“Ekselansları,

Irak'ın 20 Eylül 2014'de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta ve 25 Haziran 2014'de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektup da dahil olmak üzere Irak tarafından yapılan diğer beyanlarda, Suriye'deki güvenli bölgede meydana gelen, devam eden DAES saldırılarının ağır tehdidiyle karşı karşıya olduklarına açıklık getirmiştir. Bu güvenli bölgeler, DAES tarafından Irak sınırı boyunca ve Iraklı vatandaşlara yönelik saldırıları eğitime, plânlama, finanse etme ve yürütme amacıyla kullanılmaktadır. Bu sebeplerle Irak Hükümeti, Irak'ta devam eden saldırıları sonlandırmak, Irak vatandaşlarını korumak ve Irak güçlerinin Irak sınırlarının kontrolünü yeniden kazanmalarını kolaylaştırmak ve destek olmak amacıyla, DAES'in Suriye'deki yerleşim yerlerini ve askerî barınaklarını vurmak için ABD'nin uluslararası girişimlerin öncülüğünü yapmasını talep etmiştir. DAES ve Suriye'deki diğer terörist gruplar yalnızca Irak için değil, ABD ve bölge içindeki ve ötesindeki müttefiklerimiz de dahil olmak üzere pek çok devlet için bir tehdittir. Buradaki olayda olduğu gibi tehdidin bulunduğu devletin hükümeti, ülkesinin bu tür saldırılar için kullanılmasını engellemekte isteksiz veya âciz olduğu durumda devletler, BM Şartı madde 51'de ifade edildiği üzere doğal olan, bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kendilerini savunmak zorundadırlar. Suriye rejimi göstermiştir ki bu güvenli bölgelerin karşısında bizzat kendisi duramayacak ve durmayacaktır. Dolayısıyla ABD, Irak'ta devam eden

⁵⁰ Aydın Okur, s.45.

DAEŞ tehdidini ortadan kaldırmak, Irak vatandaşlarını başka saldırılardan korumak ve Irak güçlerinin, sınırlarının kontrolünü yeniden sağlamalarına imkân vermek için, Suriye’de gerekli ve orantılı askerî operasyonlar başlatmıştır. Bunun yanı sıra ABD, kendisine, işbirlikçilerine ve müttefiklerine sorun yaratan terörist tehditlerin üzerine gitmek için Horasan Grubu olarak bilinen, El Kaide’nin Suriye’deki uzantısına, askerî operasyonlar yürütmüştür.

Bu mektubun Güvenlik Konseyi’ne belge olarak devredilmesini istirham ederim.

Samantha J. Power”⁵¹

Mektupta DAEŞ ve Suriye’deki diğer terörist grupların yalnızca Irak için değil; aynı zamanda ABD ve diğer birçok devlet için tehdit oluşturduğu; Suriye’nin ise, tüm bunlar karşısında isteksiz veya âciz davranmasından dolayı bu devletlerin Şart’ın 51. maddesi kapsamında bireysel veya kolektif meşru müdafaa haklarını kullanabilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.

ABD’ye göre kendisi, Irak adına kolektif meşru müdafaa çerçevesinde Irak’a yönelik devam eden DAEŞ’in sebep olduğu, doğrudan ve devam eden tehditlere karşılık verme konusunda yardım etmektedir. Bu tehditler, DAEŞ’in Suriye’deki kuvvetlerinden geldiği ve Suriye, tehdidi giderme konusunda isteksiz veya âciz davrandığı için Suriye’ye yönelik operasyonlar meşruiyet kazanmıştır.⁵² Görüldüğü gibi ABD temsilcisinin bu mektubu, ABD’nin operasyonlarını Suriye topraklarına doğru genişletmesini “isteksiz veya âciz” doktrininden yola çıkarak meşrulaştırmıştır. Buradaki en zayıf bağlantı ise, “isteksiz veya âciz” doktrinidir. “İsteksiz veya âciz” doktrini perdesinden bakıldığında ortaya bir takım pürüzler çıkmaktadır.⁵³

⁵¹ UN Doc. S/2014/693, (23 September 2014), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2014%2F695&Submit=Search&Lang=E (17.04.2016).

⁵² Jennifer Daskal, Ashley Deeks, Ryan Goodman, “Strikes in Syria: The International Law Framework”, **Just Security**, 24 September 2014, <https://www.justsecurity.org/15479/strikes-syria-international-law-framework-daskal-deeks-goodman/> (27.04.2016).

⁵³ Szabó,93; Daskal, Deeks ve Goodman, <https://www.justsecurity.org/15479/strikes-syria-international-law-framework-daskal-deeks-goodman/> (27.04.2016).

İlk olarak tüm bu müdahalelerin Irak adına yapıldığı düşünüldüğünde, Irak'ın "isteksiz veya âciz" doktrinini kabul ettiği açık değildir.⁵⁴ ABD'nin Suriye'de DAES'i vurma yetkisinin, Irak'ın Suriye ile ilgili saptamaları ve bu konudaki yardım talebine bağlı olduğuna ilişkin güçlü bir kanının ortaya atılması mümkündür. Bu durumda ABD eğer Suriye'de DAES'e yönelik operasyonları Irak'ın meşru müdafaa hakkına dayandırıyor, o zaman Irak'ın, ABD'nin doğrudan Suriye'ye kuvvet kullanmasını istemesi gerekirdi. Ancak Irak bunu açıkça istememiştir. Ayrıca Irak'ın "isteksiz veya âciz" doktrinini kabul ettiğini ve Suriye'nin bu açıdan başarısız olduğunu saptaması gerekirdi.⁵⁵ Irak, 20 Eylül 2014'te göndermiş olduğu mektupta, Irak sınırlarının dışında DAES'in güvenli bölgelerinin olduğuna ve bunların Irak vatandaşlarına ve Irak'ın güvenliğine doğrudan bir tehdit oluşturduğuna açıkça işaret etmiştir. Mektup şu şekilde devam etmiştir: "*Tüm bu sebeplerden ötürü uluslararası hukuk ve ilgili iki taraflı ve çok taraflı antlaşmalar doğrultusunda ve ulusal egemenlik ve Anayasa'ya saygı çerçevesinde Amerika Birleşik Devletlerinden, DAES'in askerî barmaklarını ve mevkillerini vurmak için uluslararası girişimin önderliğini yapmasını sarîh muvafakat ile, talep ediyoruz. Bu tür saldırıların amacı Irak'a yönelik süregelen tehdidi sonlandırmak, Irak vatandaşlarını korumak ve en nihayetinde Irak güçlerine destek olmak ve Irak sınırının kontrolünü tekrar sağlamalarını kolaylaştırmaktır.*"⁵⁶

Görüldüğü gibi Irak, uluslararası hukuka ve kendi ulusal egemenliğine işaret ederek, ülke dışında kuvvet kullanma konusunda aşırıya kaçmayan bir yaklaşım önermektedir. Diğer taraftan Irak ABD'ye, rızasıyla kendi sınırları dışındaki DAES mevkillerini vurması konusunda talepte bulunmaktadır. Mektup ustalıkla kaleme alınmıştır. Irak'ın Suriye'de yapılacak müdahaleye rıza gösterildiği anlaşılır durumdadır; fakat mektupta bu durum kesin olarak adlandırılmamıştır. Irak'ın sesli bir şekilde Suriye'deki saldırıları desteklediğini düşünenlere karşın⁵⁷

⁵⁴ Ryan Goodman, "International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria", <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/> (18.04.2016).

⁵⁵ Goodman, "International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria", <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/> (18.04.2016).

⁵⁶ UN Doc. S/2014/691, (20 September 2014), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2014/691 (18.04.2016).

⁵⁷ Bkz. Ashley Deeks, "The UK's Article 51 Letter on Use of Force in Syria", **Lawfare**, 12 December 2014, <https://www.lawfareblog.com/uks-article-51-letter-use-force-syria> (24.04.2016).

bu durumdan Irak'ın açıkça “isteksiz veya âciz” doktrinini kabul ettiği sonucunun çıkarılması pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca Türkiye'nin Irak topraklarında PKK karşıtı saldırılarını çoğunlukla onaylamayan bir tutum içinde olduğu düşünüldüğünde, Irak'ın bu doktrini desteklememesi şaşırtıcı olmaz.⁵⁸ Suriye'de DAES'e yönelik operasyonların “isteksiz veya âciz” doktrinine dayanması gerektiğini düşünen yazarlar, Ürdün, Bahreyn, Katar, Birleşik Arap Emirlikleri'nin de Suriye'de hava saldırılarında bulunmalarının ve yasal gerekçelerini açıkça sunmamış olsalar da muhtemelen ABD ile aynı teoriye istinat ettiklerinin dikkate değer olduğunu da dile getirmektedirler.⁵⁹ Fakat Bağlantısızlar Hareketi (*Non-Aligned Movement*) üyesi bu dört devlet aynı zamanda Türkiye'nin Kuzey Irak'ta sınır ötesi saldırılarına ve “isteksiz veya âciz” doktrinine sürekli olarak karşı çıkmışlardır.⁶⁰ Ayrıca bu dört devletin üyesi oldukları Arap Devletleri Ligi⁶¹, 2006'da İsrail'in Lübnan'da Hizbullah'a yönelik saldırıları bağlamında resmi olarak “isteksiz veya âciz” doktrinini resmi bir şekilde reddetmiştir.⁶² Irak'ın “isteksiz veya âciz” doktrinini desteklememesi yalnızca kendisinin de Arap Devletleri Ligi üyesi olmasından değil; ayrıca 2007 ve 2008 yılları arasında Türkiye'yi sürekli olarak ülkesel egemenliğini ihlâl ederek, kendi ülkesindeki PKK üslerine saldırmasından dolayı alenen suçlamasından da kaynaklanmaktadır.⁶³ Irak'ın “isteksiz veya âciz” doktrini hakkındaki yaklaşımı sadece siyasî olarak fırsatlardan yararlanma şeklinde değerlendirilmektedir.⁶⁴

⁵⁸ Szabó, s.94.

⁵⁹ Bkz. Deeks, “The UK's Article 51 Letter on Use of Force in Syria”, <https://www.lawfareblog.com/uks-article-51-letter-use-force-syria> (24.04.2016).

⁶⁰ Kevin Jon Heller, “Do Attacks on ISIS in Syria Justify the ‘Unwilling or Unable’ Test?”, *Opinio Juris*, 1 December 2014, <http://opiniojuris.org/2014/12/13/attacks-isis-syria-justify-unwilling-unable-test/> (27.04.2016). ; Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter*, ss.431-432.

⁶¹ Üye devletler için bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı Resmi Sitesi, “Arap Devletleri Ligi (AL)”, <http://www.mfa.gov.tr/arap-ligi.tr.mfa> (27.04.2016).

⁶² Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter*, s.543.

⁶³ *Ibid.*, s.461.

⁶⁴ Kevin Jon Heller, “Do Attacks on ISIS in Syria Justify the ‘Unwilling or Unable’ Test?”, <http://opiniojuris.org/2014/12/13/attacks-isis-syria-justify-unwilling-unable-test/> (27.04.2016).

Operasyona katılan diğer devletlerin “isteksiz veya âciz” doktrini hakkındaki tutumlarına ilişkin olarak kimi devletlerin açık bir şekilde bu kavrama yer verdikleri, kimilerininse yer vermedikleri söylenebilir. Örneğin, Türkiye 24 Temmuz 2015 tarihinde BM’ye gönderdiği mektupta, 20 Temmuz 2015’te DAES tarafından Suruç’ta gerçekleştirilen saldırıya⁶⁵ ve 23 Temmuz 2015’teki Kilis’in Elbeyli ilçesindeki sınır çatışmasına⁶⁶ değinerek; Suriye’nin DAES için güvenli bölge hâline gelmeye başladığını ve bu bölgelerin DAES için eğitim, plânlama, finansman ve sınır ötesi saldırıları için kullanıldığını ifade etmiştir. Ayrıca mektupta Suriye rejiminin kendi ülkesinden kaynaklanan bu tehditleri engelleme konusunda ne istekli ne de yeterli olduğu ve bu durumun Türkiye’nin güvenliğini ve vatandaşlarının emniyetini açıkça tehlikeye düşürdüğü yer almaktadır. Tüm bunların neticesinde Türkiye, BM madde 51’in sunduğu bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkının kendisinin doğal bir hakkı olduğunu ve Koalisyon Güçleri ile birlikte terörist tehdide karşı koymak ve ülkesinin ve vatandaşlarının güvenliğini temin etmek amacıyla DAES’e karşı gerekli ve orantılı askerî müdahaleyi başlattığını açıklamıştır.⁶⁷ Türkiye bu mektubun gönderilmesinden bir gün sonra yani 25 Temmuz 2015’te Suriye’deki ilk hava saldırısını gerçekleştirmiştir.⁶⁸

Görüldüğü gibi Türkiye de ABD gibi Suriye’de DAES’e yönelik operasyonlar bakımından hem bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkına dayanmış hem de “isteksiz veya âciz” doktrinine atıfta bulunmuştur.⁶⁹

İngiltere, 25 Kasım 2014 tarihinde Güvenlik Konseyi’ne gönderdiği mektupta, kendisinin Irak adına kolektif meşru müdafaa için oluşturulan ABD önderliğindeki uluslararası koalisyonun bir parçası olarak bu girişimi desteklemek için gerekli önlemleri aldığını belirt-

⁶⁵ “Şanlıurfa Suruç’ta Büyük Patlama”, Hürriyet, 20 Temmuz 2015, <http://www.hurriyet.com.tr/sanlıurfa-suruca-buyuk-patlama-29591017> (28.04.2016).

⁶⁶ “Kilis Sınırında DAES’le Çatışma”, Habertürk, 23 Temmuz 2015, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/1106676-kilis-sinirinda-isdile-catisma> (28.04.2016).

⁶⁷ UN Doc. S/2015/563, 24 July 2015, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2015%2F563&Submit=Search&Lang=E (28.04.2016).

⁶⁸ “PKK ve DAES’e Hava Operasyonu”, BBC Türkçe, 25 Temmuz 2015, http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/07/150725_operasyon_aciklama (28.04.2016).

⁶⁹ Aydın Okur, s.48.

miştir. İngiltere mektubunda, Suriye'nin isteksiz veya âciz olduğuna ilişkin herhangi bir saptama yapmamıştır.⁷⁰ Aynı şekilde Fransa da 8 Eylül 2015'te Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta Irak'ın 20 Eylül 2014'te yapmış olduğu yardım talebine atıfta bulunmuş ve DAES'e karşı Suriye'de madde 51 kapsamında eylemlerde bulunduğunu ifade etmiştir. Fransa meşru müdafaa hakkında bahsederken bireysel mi kolektif mi olduğundan bahsetmemiş ve İngiltere gibi o da Suriye'nin isteksiz veya âciz devlet olduğuna ilişkin bir açıklama yapmamıştır.⁷¹

Kanada ve Avustralya ise, Güvenlik Konseyine göndermiş oldukları mektuplarında benzer ifadeler kullanmışlar ve Suriye'nin DAES ile mücadelede isteksiz veya âciz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanada, 31 Mart 2015'te gönderdiği mektubunda, tehdidin bulunduğu devletin hükümetinin ülkesinden meydana gelen saldırıları önlemede isteksiz veya âciz olduğu durumda, devletlerin madde 51 çerçevesinde doğal olan bireysel ve kolektif meşru müdafaa haklarını kullanabileceklerini vurgulamış ve Kanada'nın Irak adına kolektif meşru müdafaa çerçevesinde gerekli ve orantılı tedbirleri aldığını bildirmiştir.⁷² Avustralya da

⁷⁰ UN Doc. S/2014/851, (26 November 2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2014%2F851&Submit=Search&Lang=E (28.04.2016). İngiltere, Suriye'de DAES'e yönelik ilk hava saldırısını 2 ve 4 Aralık 2015'te gerçekleştirmiştir. Bkz. "Britain Carries out First Syria Airstrikes after MPs Approve Action Against Isis", The Guardian, 3 December 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/dec/02/syria-airstrikes-mps-approve-uk-action-against-isis-after-marathon-debate> (28.04.2016).

⁷¹ UN Doc. S/2015/745, (9 September 2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2015%2F745&Submit=Search&Lang=E (28.04.2016). Fransa, Suriye'de DAES'e karşı ilk hava saldırısını 27 Eylül 2015'te gerçekleştirmiştir. Bkz. "France Launches Its First Airstrikes Against ISIS in Syria", CNN, 28 September 2015, <http://edition.cnn.com/2015/09/27/middleeast/syria-france-isis-bombing/> (28.04.2016).

⁷² UN Doc. S/2015/221, (31 March 2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2015%2F221&Submit=Search&Lang=E (28.04.2016). Kanada, DAES'e karşı ilk hava saldırısını 8 Nisan 2015'te gerçekleştirmiştir. Bkz. Murray Brewster, "Canadian Jets See First Action in Syria, Bombing ISIL Garrison Near Aleppo", The Canadian Press, 8 April 2015, <http://news.nationalpost.com/news/world/israel-middle-east/canadian-jets-see-first-action-in-syria-bombing-isis-garrison-near-aleppo> (28.04.2016).

Irak adına yürütülen kolektif meşru müdafaya destek olduğunu açıklamıştır.⁷³

Rusya da Suriye’de DAES’e yönelik saldırılarda bulunmuştur⁷⁴ Ancak Rusya’nın hukuki dayanağı diğerlerinden farklı olarak Suriye’nin rızasını almış olmasıdır. Rusya, Suriye’nin onayı ve rızası ile ülkede operasyon yürüttüğünden, Suriye’nin egemenliği açısından Rusya’nın askerî operasyonlarının tartışmasız olduğu söylenebilir.⁷⁵

Suriye’de yürütülen operasyonlara ilişkin ikinci sorun, ABD’nin DAES’in yalnızca Irak için değil; aynı zamanda kendisi de dahil olmak üzere diğer birçok devlet için tehdit oluşturduğunu iddia etmesidir.⁷⁶ Başka bir deyişle, bu durumun Irak adına kolektif meşru müdafaa hakkı oluşturmasının yanı sıra ABD tarafından bireysel meşru müdafaa hakkının da iddia edildiği görünmektedir. ABD bireysel meşru müdafaa hakkına başvurabilmek için kendisini, DAES tarafından gerçekleştirilmesi muhtemel bir silahlı saldırının mağduru olarak düşünmektedir.⁷⁷

Üçüncü olarak, Suriye’yi DAES’le mücadele etme konusunda isteksiz veya âciz olarak yorumlamak için herhangi bir detay bulunmamaktadır. Topraklarında devam eden yoğun çatışmalar düşünüldüğünde, Suriye’nin kendi sınırlarından Irak’a sığırayan DAES terör örgütünü engellemekteki yeterliliği tartışmaya açıktır.⁷⁸ BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon, Samantha Power’ın gönderdiği mektubun ardından o günün ilerleyen saatlerinde, Power’ın mektubunda yer verdiği Suriye’nin DAES ile mücadelede âciz olduğuna ilişkin teorisini destekleyen bir konuşma yapmıştır. Ban Ki-moon, Suriye’deki DAES hedeflerine yönelik saldırıların, Suriye hükümetinin artık etkin kontrol sağlayamadığı

⁷³ UN. Doc. S/2015/693, (9 September 2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2015%2F693&Submit=Search&Lang=E (28.04.2016). “Australia Carries Out First Airstrikes Over Syria”, Rural Focus, 16 September 2015, <http://www.ruralfocusshow.com.au/news/blog/2015/9/australia-carries-out-first-airstrikes-over-syria/> (28.04.2015).

⁷⁴ Rusya’nın Suriye’de DAES’e karşı ilk saldırısı 1 Ekim 2015’te gerçekleşmiştir. Bkz. “Russia Launches First Airstrikes in Syria”, CNN Politics, 1 October 2015, <http://edition.cnn.com/2015/09/30/politics/russia-syria-airstrikes-isis/> (28.04.2016).

⁷⁵ Aydın Okur, s.49.

⁷⁶ UN Doc. S/2014/693, (23 September 2014), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S%2F2014%2F695&Submit=Search&Lang=E (18.04.2016).

⁷⁷ Szabó, s.94.

⁷⁸ Ibid.

bölgelerde gerçekleştiğini vurgulayarak bunun inkar edilemez olduğunu ve bu radikal grubun uluslararası barış ve güvenliğe yakın bir tehdit oluşturduğunu ifade etmiştir.⁷⁹

Devletler, ülkelerinin devlet-dışı aktörler tarafından diğer devletlere saldırılar düzenlenen bir üs olarak kullanılmasını önleme yükümlülüğü altındadır. Devletler, eğer bu tür saldırıların kendi ülkelelerinde plânlanması, hazırlanması veya sergilenmesini önlemede isteksiz veya âciz davranırlarsa mağdur devletlerin önleyici tedbir alma hakları doğmaktadır. Bu olayda ise Suriye'nin, kendi topraklardan DAEŞ'in Irak'a karşı saldırı plânları ve hazırlıkları yapmasını ve bunları infaz etmesini önleyemediği, bu konuda acizlik gösterdiği düşünülmektedir.⁸⁰ Ne var ki, ABD ve müttefikleri tarafından bireysel veya kolektif meşru müdafaa iddiaları bağlamında Suriye'nin DAEŞ tehdidiyle mücadele etmedeki yetersizliğinin boyutu açıkça tartışılmamıştır.⁸¹ Ancak zaten Suriye'nin rızası alınarak Rusya'nın 30 Eylül 2015 tarihinde Suriye'de DAEŞ'e karşı saldırılar düzenlemeye başlamasıyla artık Suriye'nin askerî açıdan âciz olduğunu söylemek pek mümkün olmayacaktır. Önemli bir askerî güce sahip olan Rusya DAEŞ ile mücadelede Suriye'ye yardım etme kudretine sahiptir.⁸²

Aynı şekilde Suriye'nin kendi topraklarının DAEŞ tarafından kullanılmasını önleme konusunda isteksiz olduğu söylenemez. Tam tersine, Suriye 2011'den beri kendi ülkesinde DAEŞ'e ve diğer ayrılıkçı gruplara karşı yoğun bir çatışma hâlinindedir.⁸³ Hatta 2014 yılının Ağus-

⁷⁹ Bkz. UN News Centre, Ban Ki-moon's Speeches, 23 September 2014, http://www.un.org/apps/news/infocus/speeches/statments_full.asp?statID=2356#.VyCzt8feF-U (47.04.2016).

⁸⁰ Lewis, Suriye, DAEŞ'e karşı ABD ile işbirliği yapmak istese dâhi bu konuda göstermiş olduğu acizliğin göz ardı edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Michael Lewis, "What Does the 'Unwilling or Unable' Standard Mean in the Context of Syria?", 12 September 2014, <https://www.justsecurity.org/14903/unwilling-unable-standard-context-syria/> (25.04.2016).

⁸¹ Szabó, s.94.

⁸² Maj. Patrick Walsh, "What if Assad Becomes Willing Now that Russia is Able?", 20 October 2015, <https://www.lawfareblog.com/what-if-assad-becomes-willing-now-russia-able> (25.04.2016).

⁸³ "Timeline of Syria's Raging War, Al-Jazeera English", 9 August 2014, <http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2012/02/201225111654512841.html> (18.04.2016).

tos ayında Suriye Hükümeti adına Dış İşleri Bakanı Walid Moallem, DAEŞ'e karşı ABD de dahil herhangi bir tarafta işbirliği ve eşgüdüm sağlama konusunda veya bölgesel ya da ulusal ittifak yapmaya hükümetinin hazır olduğunu açıklamıştır.⁸⁴ Suriye Hükümeti'nin DAEŞ'i desteklemediği, barınmaları için olanak sunmadığı ve hatta DAEŞ ile bir iç silahlı çatışma hâlinde olduğu ayrıca DAEŞ ile mücadele konusunda ABD ve ortaklarına işbirliği teklifinde bulunduğu göz önüne alındığında, Suriye rejiminin DAEŞ ile mücadelede isteksiz olduğunu söylemek neredeyse imkânsızdır.⁸⁵

Dördüncü olarak, Suriye DAEŞ'e karşı kendi ülkesindeki bu harici müdahaleye razı olmuş gibi görünmektedir. Suriye Hükümeti, hükümet ile eş güdümlü bir şekilde yürütülen saldırıların hukuka aykırı adlandırılmayacağını belirtmiştir. Yeter ki, bu saldırılar hükümet ile işbirliği içinde yürütülsün.⁸⁶ Suriye ve ABD arasında süregelen çatışma düşünüldüğünde böylesine bir durumun yaşanması aslında dikkate değerdir. ABD Dışişleri Bakanlığı sözcüsünden Suriye'nin bu beyanının yorumlanması istenildiğinde, ABD yönetiminin Suriye'nin onayını aramadığının altını çizmiştir.⁸⁷ Aynı şekilde ABD başkanı Barack Obama, Birleşik Devletler'in, DAEŞ'e karşı mücadelede, Esad rejimini değil; Suriye karşıtı ittifakı fiili yönetim olarak tanıyacağını ifade etmiştir.⁸⁸ Suriye'nin DAEŞ'i ortadan kaldırma konusunda isteksiz veya âciz olduğu ileri sürülse dâhi, bunlar tek başına ABD'ye Suriye'nin birlikte mücadele etme teklifini reddetme hakkı vermemektedir. DAEŞ tehdidini

⁸⁴ "Syria Offers to Help Fight Isis but Warns Against Unilateral Air Strikes", The Guardian, 26 August 2016, <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/26/syria-offers-to-help-fight-isis-but-warns-against-unilateral-air-strikes> (18.04.2016).

⁸⁵ Aydın Okur, s.56.

⁸⁶ "Syria Offers to Help Fight ISIS but Warns Against Unilateral Air Strikes, The Guardian", 26 August 2016, <http://www.theguardian.com/world/2014/aug/26/syria-offers-to-help-fight-isis-but-warns-against-unilateral-air-strikes> (17.04.2016).

⁸⁷ "White House won't Commit to Asking Congress for Syria Strike", The Hill, 25 August 2014, <http://thehill.com/policy/defense/215905-white-house-wont-commit-to-asking-congress-for-syria-strike> (19.04.2016).

⁸⁸ "US to Formally Recognise Syrian Opposition", The Guardian, 12 December 2012, <https://www.theguardian.com/world/2012/dec/12/us-formally-recognise-syrian-opposition> (28.06.2016).

etkin biçimde sonlandırmak için Suriye Hükümeti ile işbirliği yapmak gerekirse öncelikle bu yolun denenmesi gerekmektedir.⁸⁹ Amaç devlet-dışı aktörü yok etmekse, bu birimlere yönelik operasyonlar ancak ev sahibi devlet ile eş güdümlü bir biçimde olduğunda etkili bir şekilde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla bu şekilde bir yol izlendiğinde hem mağdur devletin hem de ev sahibi devletin ülkesel egemenlikleri korunmuş olacaktır. Devlet-dışı saldırılara karşı kolektif meşru müdafaa, davet üzerine müdahaleyi tamamlayıcı bir roledir. Kısacası bir devletin isteksiz veya âciz olduğunu öne sürerek o devlete müdahalede bulunmak, tüm bu yollar denendikten sonra yani davet üzerine müdahalenin sonuçsuz kalmasından sonra ileri sürülmelidir. DAEŞ'e karşı ABD önderliğindeki koalisyon ile Suriye Hükümeti'nin işbirliği yapması hâlinde etkili bir askerî operasyon sağlanabileceği düşünülmektedir.⁹⁰

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, ev sahibi devletin (Suriye), ülkesinde bulunan devlet-dışı aktörlere karşı (DAEŞ), bu aktörlerle baş edebilmek için tehdit edilen devletle (Irak adına ABD ve diğerleri) askerî operasyon işbirliği konusunda istekli veya muktedir olması durumunda, bu tehdit edilen devletin yani ABD'nin çeşitli siyasî sebeplerden dolayı işbirliği yapmak istememesi hâlinde hangi uluslararası hukuk kuralının uygulanacağını tespiti güçleşmektedir. Bu durumda "isteksiz veya âciz" doktrinin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁹¹

ABD yönetiminin DAEŞ'in Suriye topraklarında operasyon gerçekleştirmesini engelleme konusunda, Suriye'yi neden isteksiz veya âciz olarak addettiğine ilişkin hiçbir bilgi verilmemesi göz önüne alındığında, ABD'nin Suriye ile işbirliğinde menfaatinin olmaması resmi daha da bulanıklaştırmaktadır.⁹²

Öte yandan devletlerin bu konudaki isteksiz veya acziyetinin sabit ve kesin olmadığı düşünülmelidir. Özellikle bir devletin bu isteksiz veya acziyetinin diplomatik yollarla veya ülkesinde kuvvet kullanılmasıyla giderileceği hakkında bilgilendirilmesi durumu değiştirebilecektir.

⁸⁹ Aydın Okur, s.56.

⁹⁰ Kress, <https://www.justsecurity.org/20118/clus-kreb-force-isil-syria/> (29.04.2016).

⁹¹ Goodman, "International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria", <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/> (25.04.2016).

⁹² Szabó, s.94.

Bir gün bu devletin müdahale etmekte isteksiz veya âciz olduğu söylenebilirken, ertesi gün durum değişiklik gösterebilecektir. Bu durum dahili ve harici politikaların birbirleri ile yarışına bağlıdır ve her an değişebilir.⁹³ Bu yüzden “isteksiz veya âciz” doktrinin tespiti ve uygulanabilmesi için Deeks’in önerisine göre; öncelikle ev sahibi devletin rızası alınmaya çalışılmalı veya işbirliğinde bulunmak için girişimlerde bulunulmalı, ardından ev sahibi devlete bu tehditle kendisinin mücadele etmesi önerilmeli ve bunun için yeterli sürenin tanınması gerekmektedir. Sonra ev sahibi devletin o bölgedeki kontrol ve kapasitesi olabildiğince isabetli bir şekilde tespit edilmeli, ev sahibi devletin tehdidi savmak için hangi yollara başvuracağı değerlendirilmeli ve ev sahibi devletin, buna benzer durumlarda daha önce nasıl bir tavır takındığının değerlendirilmesi yapılmalıdır.⁹⁴

ABD ayrıca devam ettirdiği hava saldırılarını meşrulaştırmak için Güvenlik Konseyi’nin 2249 sayılı kararına dayanmıştır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptarsa kuvvet kullanılmasına izin verebilmektedir. Fakat BMGK’nın, Irak ve Suriye’de DAES’e karşı yürütülen mücadelelere ilişkin kuvvet kullanma yetkisi verdiği herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Irak ve Suriye’deki müdahaleleri Şartın 7. Bölümü kapsamında gerçekleştiren eylemlere bağlamak mümkün olmayacaktır. DAES’in 26 Haziran 2015’te Tunus Susa’da,⁹⁵ 10 Ekim

⁹³ Jonathan Horowitz, “Does the Unwilling/Unable Test Hang on Territorial Control?: A Response to Michael Lewis”, 12 September 2014, <https://www.justsecurity.org/14953/unwillingunable-test-hang-territorial-control-response-michael-lewis/> (25.04.2016) Buna karşın Lewis, bu durumun sabit olduğunu ve devletin ulusal çıkarlarıyla diğer devletlerin egemenliği arasında denge gözeten, dinamik bir yaklaşımdan ziyade “isteksiz veya âciz” doktrininin kısa yoldan etkili bir biçimde sonuca ulaştırdığını savunmaktadır. Michael Lewis, “What Does the ‘Unwilling or Unable’ Standard Mean in the Context of Syria?”, 12 September 2014, <https://www.justsecurity.org/14903/unwilling-unable-standard-context-syria/#more-14903> (25.04.2016).

⁹⁴ Deeks, s.506

⁹⁵ Bkz. “Tunisia: at least 37 dead in attack on hotel in Sousse”, Euronews, 26 June 2015, <http://www.euronews.com/2015/06/26/tunis-at-least-27-dead-in-attack-on-hotel/> (27.04.2016).

2015'te Ankara'da,⁹⁶ 31 Ekim 2015'te Mısır Sina'da,⁹⁷ 12 Kasım 2015'te Beyrut ve 13 Kasım 2015'te Paris'te⁹⁸ gerçekleştirdiği saldırıların ardından Güvenlik Konseyi 20 Kasım 2015 tarihinde 2249 sayılı kararı kabul etmiştir. Söz konusu kararda Güvenlik Konseyi, bahsedilen ve bunlar dışındaki DAEŞ saldırılarını ve rehin alma ve öldürme eylemlerini şiddetle kınamış, ölenlerin ailelerine, Tunus, Türkiye, Rusya Federasyonu, Lübnan ve Fransa hükümetlerine ve vatandaşları bu saldırılardan mağdur olmuş diğer tüm ülkelerin hükümetlerine ve halklarına taziyelerini sunmuş ve DAEŞ'in uluslararası barış ve güvenliği ciddi bir şekilde tehdit ettiğini belirtmiştir. Ayrıca kararda uluslararası hukuka ve özellikle BM Şartına uygun olarak, Suriye ve Irak'taki DAEŞ kontrolü altındaki aldığı bölgelerde girişimleri arttırmak ve işbirliği içinde olmak, DAEŞ tarafından gerçekleştirilen terörist saldırıları önlemek ve ortadan kaldırmak, Irak ve Suriye'nin önemli bölümlerinde tesis ettikleri güvenli bölgeleri yok etmek için bunu yapabilecek kapasiteye sahip üyeleri her türlü önlemi almaya çağırılmaktadır.⁹⁹

Bu karar, kuvvet kullanılmasına izin verilen daha önceki Güvenlik Konseyi kararlarına benzese de tam olarak bu durumu ifade etmemektedir. BMGK tarafından bu şekilde bir kuvvet kullanımına izin verdiğinde, genellikle BM Şartı 7. Bölümü altında kuvvet kullanılacağını açıkça içeren ifadelerle başvurmuştur. Bununla birlikte söz konusu karar gerçekleştirilecek eylemlerin BM Şartı ve uluslararası hukuka uygun olması gerektiğini belirtmiştir; bu demek oluyor ki, karar, ülkesel egemenliğe ilişkin kuralları veya Şartın 2/4. maddesi ve 51. maddesini hükümsüz kılmamıştır. Bu yüzden ABD, operasyonlarını meşrulaştırmak için Suriye'nin rızasına, uygun bir BMGK kararına veya gerekçeli meşru mü-

⁹⁶ Bkz. "Nearly 100 dead as Ankara peace rally rocked by blasts", Aljazeera, 10 October 2015, <http://www.aljazeera.com/news/2015/10/explosions-hit-turkey-ankara-peace-march-151010073827607.html> (27.04.2016).

⁹⁷ Bkz. "Egypt says no survivors from Russian pláne crash", The Guardian, 31 October 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/oct/31/russian-plane-crashes-in-sinai-egyptian-pm-says> (27.04.2016).

⁹⁸ Bkz. "Paris attacks kill more than 120 people—as it happened", The Guardian, 14 November 2015, <http://www.theguardian.com/world/live/2015/nov/13/shootings-reported-in-eastern-paris-live> (27.04.2015).

⁹⁹ UN Doc. S/RES/2249, (20 November 2015), [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2249\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2249(2015)) (27.04.2016).

dafaa argümanına dayanmalıdır.¹⁰⁰ Ancak operasyonlar için Suriye'nin rızası alınmamıştır, kuvvet kullanılmasına izin veren bir BMGK kararı da yoktur. Koalisyon Güçleri'nin Suriye'ye gerçekleştirdikleri operasyonların hukuka uygun olup olmaması meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığına bağlıdır; ki, bu konu da tartışmalıdır.¹⁰¹

Meşru müdafaa açısından bakıldığında doktrinine başvurulması durumunda, gereklilik şartının nasıl yerine getirileceği de tartışmaya açık bir konudur. Her ne kadar Irak'a yapılan saldırılar açıkça silahlı saldırı anlamına gelse ve devam eden DAESH tehdidi açıkça acil bir müdahaleyi gerektirse de Suriye'nin istekliliği ve yeterliliğinin reddedilmesi ve Suriye'nin şarta bağlı rızasına itibar edilmemesi meşru müdafaa kapsamında tek yanlı kuvvet kullanma konusunda gerekliliğin ayrıntılı bir değerlendirilmesi olarak yorumlanmamalıdır.¹⁰²

“İsteksiz veya âciz” doktrini ABD Hükümeti için iyice yerleşmiş bir hukuki durum olmasına rağmen yine de uluslararası hukukta tartışmalı bir konu olmayı sürdürmektedir. “İsteksiz veya âciz” doktrini, uluslararası hukukta bir devletin başka bir devletin ülkesinde kuvvet kullanmaya ilişkin en önemli yasağının tartışmalı olan bir istisnasıdır. Burada istisnanın istisnası yaratılmaya çalışılmaktadır. Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının önemi düşünüldüğünde bu istisnanın geniş olarak yorumlanmasının bir takım sorunları da beraberinde getireceğini söylemek mümkündür.¹⁰³

SONUÇ

İsteksiz veya âciz doktrini, öğretide sıkça tartışılmasına ve bazı devletler tarafından desteklenmesine rağmen, sınırları belirsiz kalmıştır. Bu sebeple de uluslararası hukukta genel kabul görmüş bir doktrin değildir. Ancak kimi yazarlar tarafından ileri sürülen ve bu doktrine başvurulmadan önce ev sahibi devletin rızasının aranması ve işbirliği teklifi bu eylemlerin meşruluğu için çok daha sağlam bir dayanak ola-

¹⁰⁰ Jonathan Horowitz, “Is the US Allowed to Control a Syrian Airfield?”, **Just Security**, 27 January 2016, <https://www.justsecurity.org/28988/allowed-control-syrian-airfield/> (27.04.2016).

¹⁰¹ Aydın Okur, s.43.

¹⁰² Szabó, s.95.

¹⁰³ Goodman, “*International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria*”, <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/> (25.04.2016).

caktır. Bununla birlikte ev sahibi devletin bu birimlerin eylemlerini engelleme kapasitesi iyice değerlendirilmeli, isteksiz veya âciz olduğuna bu değerlendirmeden sonra karar verilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında ABD ve koalisyon güçlerinin Suriye'deki eylemlerinin meşruluğu tartışmalıdır. ABD, DAES ile mücadelede Suriye'nin işbirliği teklifine sıcak bakmamış ve eylemde bulunabilmek için Suriye Hükümeti'nin rızasını da aramamıştır. Ayrıca Suriye'nin DAES ile mücadelede isteksiz veya âciz olduğu da kesin olarak kabul edilmiş değildir. Nitekim Suriye'nin kendisinin de DAES ile mücadele halinde olduğu göz önüne alınırsa isteksiz olmadığı yorumu kolaylıkla yapılabilecektir. Öte yandan Suriye'nin DAES'le mücadelede Rusya'nın desteğini arkasına aldığı düşünüldüğünde âciz olduğuna ilişkin iddialar da geçerliliğini bir ölçüde yitirmektedir.

Devlet dışı aktörlerin yaratmış olduğu tehdidi önlemede isteksiz veya aciz davranan devletin ülkesinde bu aktörlere karşı kuvvet kullanmanın meşru olduğu savı ABD yönetiminin hukuki pozisyonuna iyice yerleşmiş durumda olmasına rağmen isteksiz veya aciz doktrinin uluslararası hukukta henüz yerleşmemiş bir teori olmaya devam ettiği söylenebilir. Etkisiz bir ev sahibi devletin ülkesinde bulunan devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkına ilişkin antlaşmalar hukukunda herhangi bir dayanak bulunmadığı ve bu konunun uluslararası bir örf ve adet hukuku olduğunun da tartışmalı olduğu bilinmektedir. UAD'nin bu doktrini tanımaktan kaçınması ve mağdur devletin etkisiz olduğunu iddia ettiği ev sahibi devletin ülkesinde kuvvet kullanmasının evrensel olarak kabul görmediği de göz önüne alındığında, söz konusu doktrinin halen belirsiz olduğu söylenebilir. Öte yandan uluslararası örf ve adet hukuku hâline gelebilmesi için, devletler tarafından isteksiz veya âciz doktrininin işletilmesine dair yasal zorunluluk bilincinin oluşması yani bu durumun teamül olduğuna ilişkin ve zorunluluk teşkil ettiğine ilişkin bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

İsteksiz veya âciz doktrini doğru uygulandığı taktirde uluslararası hukukta elverişli olabilir ancak doktrin, BM Şartı madde 2/4'ün bir istisnasını oluşturacaksa, o zaman bu maddenin zaten var olan istisnası olan meşru müdafaa hakkının üzerine inşa edilmek zorundadır. Dolayısıyla bu doktrin, madde 51'deki meşru müdafaanın kullanılmasının bir gerekçesi veya haklı bir sebebi olarak düşünülmeli ve yalnızca mevcut kuralların kapsamını geliştirmeyi amaçlamalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Dinstein, Yoram. **War, Aggression and Self Defense**. 4th Edition. New York: Cambridge University Press, 2005.
- Henckaerts, Jean-Marie ve Louise Doswald-Beck. **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt: 1: Kurallar**. Uluslararası Kızılhaç Komitesi. (Türkçeye tercüme edenler: Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek, Bleda R. Kurtdarcan, Mehmet Cengiz Uzun, Abdullah Kaya). İstanbul: Beta Basım A.Ş. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, 2005.
- Kuran, Selami, Derya Aydın Okur, Meltem Sarıbeyoğlu ve Reşat Volkan Günel. **Uluslararası Hukuk Temel Metinler**. Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Lubell, Noam. **Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors**. New York: Oxford University Press, 2010.
- Ruys, Tom. **Armed Attack and Article 51 of the UN Charter, Evolutions in Customary Law and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Tütüncü, Ayşe Nur. **İnsancıl Hukuka Giriş**. İstanbul: Beta Basım, 2012.

Makaleler

- Aolain, Fionnuala Ni. "Authorizing Force: A Review of Turkish, Dutch French Action", **Just Security**. 16 October 2014. <https://www.justsecurity.org/16282/authorizing-force-review-turkish-dutch-french-action/> (22.04.2016).
- Arimatsu, Louise ve Michael N. Schmitt. "Attacking "Islamic State" and the Khorasan Group: Surveying the International Law Landscape", **Columbia Journal of Transnational Law Bulletin**. Vol.53 (2014): 1-29.
- Aydın Okur, Derya. "DAEŞ'e Karşı Suriye'de Yapılan Operasyonların Meşruiyeti Bakımından 'İsteksiz ya da Aciz Devlet' Teorisi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: 14, Sayı: 2 (Temmuz 2015): 39-65.
- Baker, Peter ve Eric Schmitt, "Many Missteps in Assessment of ISIS Threat", **New York Times**. 29 September 2014. http://www.nytimes.com/2014/09/30/world/middleeast/obama-fault-is-shared-in-misjudging-of-isis-threat.html?_r=0 (17.04.2016).
- Cassese, Antonio. "The International Community's 'Legal' Response to Terrorism", **International and Comparative Law Quarterly**. Vol.38 (1989): 589-608.
- Dascal Jennifer, Ashley Deeks ve Ryan Goodman. "Strikes in Syria: The International Law Framework", **Just Security**. 24 September 2014. <https://www.justsecurity.org/15479/strikes-syria-international-law-framework-daskal-deeks-goodman/> (27.04.2016).
- Dawood I. Ahmed, "Defending Weak States Against the 'Unwilling or Unable' Doctrine of Self-Defense.", **Journal of International Law & International Relations**. Vol.9, No.1 , (April 2013): 1-46.

- Deeks, Ashley S. "Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extra-territorial Self-Defense", **Virginia Journal of International Law**. Vol.52, No.3 (2012): 483-550.
- Deeks, Ashley. "The UK's Article 51 Letter on Use of Force in Syria", **Lawfare**. 12 December 2014. <https://www.lawfareblog.com/uks-article-51-letter-use-force-syria> (24.04.2016).
- Goodman, Ryan. "International Law – and the Unwilling and Unable Test – for US Military Operations in Syria", **Just Security**. 12 September 2014. <https://www.justsecurity.org/14949/international-law-unwilling-unable-test-military-operations-syria/> (04.05.2016).
- Goodman, Ryan. "International Law on Airstrikes Against ISIS in Syria", **Just Security**. 28 August 2014. <https://www.justsecurity.org/14414/international-law-airstrikes-isis-syria/>(04.05.2016).
- Hakimi, Monica. "Defensive Force Against Non-State Actors: The State of Play". **International Law Studies**. Vol. 91 (2015): 1-35.
- Heller, Kevin Jon. "Do Attacks on ISIS in Syria Justify the 'Unwilling or Unable' Test?", **Opinio Juris**. 1 December 2014. <http://opiniojuris.org/2014/12/13/attacks-isis-syria-justify-unwilling-unable-test/> (27.04.2016) .
- Horowitz, Jonathan. "Is the US Allowed to Control a Syrian Airfield?", **Just Security**. 27 January 2016. <https://www.justsecurity.org/28988/allowed-control-syrian-airfield/> (27.04.2016).
- Horowitz, Jonathan. "Does the Unwilling/Unable Test Hang on Territorial Control?: A Response to Michael Lewis", **Just Security**. 12 September 2014. <https://www.justsecurity.org/14953/unwillingunable-test-hang-territorial-control-response-michael-lewis/> (25.04.2016).
- Irshaid, Faisal. "Isis, Isil, IS or Daesh? One Group, Many Names", **BBC News**. 2 December 2015. <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27994277> (22.04.2016).
- Jakobsen, Peter Viggo Jens Elo Rytter (Ed.). **Copenhagen, Danish Institute for International Studies**. "New Threats and the Use of Force". 2005. <http://www.isn.ethz.ch/Digital-Library/Publications/Detail/?lang=en&id=16807> (30.04.2016).
- Karam, Zeina. "A Look at the State Militans in Syria", **Associated Press**. 28 August 2014. http://www.masslive.com/news/index.ssf/2014/08/a_look_at_the_islamic_state_mi.html (17.04.2016).
- Kress, Claus. "The Fine Line Between Collective Self-Defense and Intervention by Invitation: Reflections on the Use of Force Against 'IS' in Syria", **Just Security**. 17 February 2015. <https://www.justsecurity.org/20118/claus-kreb-force-isil-syria/> (29.04.2016).
- Lewis, Michael. "What Does the 'Unwilling or Unable' Standard Mean in the Context of Syria?", **Just Security**. 12 September 2014. <https://www.justsecurity.org/14903/unwilling-unable-standard-context-syria/> (25.04.2016).

- M. R., “The Many Names of ISIS (also known as IS, ISIL, SIC and Da’ish)”, **The Economist**. 28 September 2014. <http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2014/09/economist-explains-19> (22.04.2016).
- O’Connell , Mary. “Lawful Self Defense to Terrorism”. **University of Pittsburgh Law Review**. Vol.63 (2002): 889-908.
- Ohlin, Jens David. “The Unwilling or Unable Doctrine Comes to Life”, **Opinio Juris**. 23 September 2014. <http://opiniojuris.org/2014/09/23/unwilling-unable-doctrine-comes-life/> (17.04.2016).
- Ruys, Tom ve Sten Verhoeven. “Attacks by Private Actors and the Right of Self Defense”. **Journal of Conflict and Security Law**. Vol.10, No.3 (2005): 289–320.
- Skalar Sarıbeyoğlu, Meltem. “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler”. **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 9, Sayı. 123-124 (2014):37-64.
- Schmitt, Michael N. “ ‘Change Direction’ 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self Defense”. **International Law Studies**. Vol.84 (2007): 265-301.
- Szabó, Kinga Tibori. “The ‘Unwilling or Unable’ Test and the Law of Self-defense”, Ed. Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy (Ed.). **Fundamental Rights in International and European Law - Public and Private Law Perspectives**. The Hague: T.M.C Asser Press, 2015. 73-97.
- Taşdemir, Fatma. “İç Savaş Çerçevesinde Terörizm ve DAES Örneği”. **Uluslararası Hukuk ve Politika**. Cilt: 11, Sayı: 42 (2015): 41-67.
- Trapp, Kimberly N. “Back to Basis: Necessity, Proportionality and the Right of Self-Defense Against Non-State Terrorist Actors”. **International and Comparative Law Quarterly**. Vol 56 (2007): 141-156.
- Travalio, Greg ve John Altenburg. “Terrorism, State Responsibility and the Use of Military Force”. **Chicago Journal of International Law**. Vol.4, No.1 (2003): 97-120.
- Walsh, Maj. Patrick. “What if Assad Becomes Willing Now that Russia is Able?”, **Lawfare**. 20 October 2015. <https://www.lawfareblog.com/what-if-assad-becomes-willing-now-russia-able> (25.04.2016).
- Williams, Gareth D. “Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the ‘Unwilling or Unable’ Test”. **U. N. S. W. Law Journal**. Vol.36 No.2 (2013):619-641.

Uluslararası Mahkeme Kararları

- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

Silahlı atışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak ‘‘Askeri Gereklilik’’: Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler



Prof. Dr. Selami KURAN*

Ar. Gör. F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN**

ÖZET

Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların yok edilmesini meşru gösteren bir araç olarak askeri gereklilik istisnası ileri sürülmektedir. 1863 tarihli Cephedeki Birleşik Devletler Hükümet Orduları için Talimatlar, 1899 – 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri, 1935 tarihli Sanatsal ve Bilimsel Kurumların ve Tarihi Anıtların Korunmasına Dair Sözleşme, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli I No.lu Ek Protokolü, 1954 tarihli Silahlı atışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi ve Silahlı atışmalarda Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin İkinci Protokolü’nde kültürel varlıkların korunmasına yönelik dolaylı ya da doğrudan hükümlere yer verilmektedir. Devletlerin ısrarları nedeniyle uluslararası hukukun bir ilkesi olan askeri gereklilik istisnasına sözleşmelerde yer verilmesinin önüne geçilememektedir.

Bu çalışmada öncelikle silahlı çatışmalardan kültürel varlıkların ne Şekilde etkilendiği ele alınmaktadır. Ardından askeri gereklilik doktrininin ne olduğu ve ne Şekilde ortaya çıktığından bahsedilmektedir. Uluslararası hukukta kültürel varlıkların korunmasına ilişkin başlıca düzenlemelere değinilerek askeri gereklilik ilkesinin bu düzenlemeler doğrultusunda Devletler tarafından ne Şekilde yorumlanabileceği incelenmeye alışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Silahlı atışmalar, kültürel varlık, askeri gereklilik

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk A.B.D.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk A.B.D.

ABSTRACT

The principle of military necessity, which is a well-established principle of international humanitarian law, has been long defended as a justification of the destruction of cultural property in the times of armed conflict. Although, several provisions that provide protection of cultural property can be found in Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field 1863, Hague Conventions of 1899-1907, Geneva Conventions 1949 and Additional Protocol I 1977, Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954 and Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1999, States still insist to champion the principle of military necessity at the expense of the protection of cultural property.

In this article, first, the impact of armed conflicts on cultural properties is taken into consideration. Second, the article provides an analysis of the doctrine of military necessity and its historical background in relation to the protection of cultural property. Finally, the primary instruments that relate to the protection of cultural property are evaluated. Thus, it is clarified in the article how States should interpret the doctrine of military necessity without hindering the cultural property protection.

Keywords: *Armed conflicts, cultural property, military necessity*

I. SİLAHLI ÇATIŞMALARIN KÜLTÜREL VARLIKLAR ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Kültürel varlıkların her biri farklı insanlık kayıtları içermekte olup, dünyanın ve insanların anlayışına katkıda bulunmaktadır. Kültürel varlıklar milli gurur kaynağıdır. Bir ülkenin kültürel mirası yok edildiğinde ülke, asla iyileşemeyeceği bir darbe almaktadır. Askeri yenilginin moral bozuculuğunun yanı sıra silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların da zarar görmesi çatışmaların yıkıcı etkisini daha da arttırmaktadır.¹

¹ Kirstin E. Petersen, "Cultural Apocalypse Now: The Loss of the Iraq Museum and a New Proposal for the Wartime Protection of Museums", *Minnesota Journal of International Law*, 16 Minn. J. Int'l L., Winter, 2007, s.190.

Bazı yıkıcı eylemler rastlantısal iken diğer durumlarda savaşanlar, askeri gereklilik argümanını kullanarak kültürel varlıkların yıkımını haklı göstermeye çalışmaktadırlar. Anıtlara, ibadet yerlerine ve değerli sanat eserlerine saldırılmasındaki amaç, düşmanın kimliğini, tarihini, kültürünü ve geleceğini dolayısıyla da varlığını kanıtlar nitelikteki tüm izlerini yok etmek olmaktadır.²

Silahlı çatışmalar uzun süre kültürel varlıkların yok edilmesi ve savaş ganimeti olarak yağmalanması ile sonuçlanmıştır.³ Kültürel varlıklara verilen zararlara ilk kez kısıtlamalar getirilmesi tapınak, kilise ve benzer kutsal yerlerin korunması düşüncesiyle ortaya çıkmıştır.⁴ Günümüzde ise savaşanları kültürel varlıkları yok etmeye yönelten farklı faktörler bulunmaktadır. Kültürel varlıkların silahlı çatışmalar sırasında yok edilmesi soykırım ya da etnik temizlik siyasetinin bir parçası olarak tezahür edebilmekte ve belirli bir grup üzerinde hakimiyet kurabilmek amacıyla onlara ait tarihi ve fiziksel varlığını yok etme yoluna gidildiği görülmektedir. Örneğin, İkinci Dünya Savaşı'nda Nazilerin Yahudilere ait kültürel varlıkları yok etmesi, soykırım politikasının ayrılmaz bir parçası olduğunu göstermektedir.⁵ Ne yazık ki Soğuk Savaş'ın sonunda meydana gelen çatışmalar, kültürel endişelerin de ne ölçüde ana sorun olduğuna yeterli miktarda kanıt sağlamıştır.⁶

Kültürel varlıkların silahlı çatışmalar sırasında hedef olması büyük ölçüde iki kategoriye ayrılabilir: İlk olarak silahlı çatışmalardaki zorunluluk ve askeri gereklilikten kaynaklanan kaçınılmaz zararlar ve ikinci olarak çatışmanın tarafları ya da taraflardan birinin kararlaştır-

² *François Bugnion*, "The Origins and Development of the Legal Protection of Cultural Property in The Event of Armed Conflict", 50th Anniversary of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/65shtj.htm>, 2004, (e.t. 08.09.2015).

³ Jiri Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Legal Monographs and Treaties, 1996, s.3.

⁴ Toman, s.4.

⁵ Ana Filipa Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*. New York: Cambridge University Press, 2006, s.163.

⁶ Ashlyn Milligan, "Targeting Cultural Property: The Role of in International Law, *Journal of Public and International Affairs*", 2008, s.98, <https://www.princeton.edu/jpia/past-issues-1/2007/Letter.pdf> (e.t.30.11.2016).

dığı savaş politikasının bir sonucu olarak kültürel varlıkların kasten yıkılması. Uluslararası hukukta söz konusu farklı gerekçeler, kuralların etkililiğinin sorgulanmasını ve Devletlerin kültürel varlıkların hedef olmayacağı bir sistem oluşturma yetkinliklerinin ele alınmasını gerektirmektedir.⁷

Kültürel ve siyasi motivasyonlar, askeri gereklilik durumuyla karşılaştırıldığında ikincil önemde kalmaktadır. Askeri gereklilik durumunda kültürel varlıkların korunması konusunun bazı belirsiz yönleri vardır.⁸ Bu nedenle askeri gereklilik kavramının uluslararası hukuk bağlamında tanımlanması ve kültürel varlıkların korunmasında bu kavrama atfedilen rolün açıklanması oldukça önemlidir.

II. ASKERİ GEREKLİLİK KAVRAMI

Gereklilik; kültürel varlığın kullanımı, saldırının fiziksel koşulları ve talimatnamelerin sınırlamaları ile ilgilidir.⁹ En geniş anlamıyla gereklilik, ilk başvuru çözümleri olarak gerçek çatışma şeklinde uygulanır. Bu nedenle *jus ad bellum* ve *jus in bello* ile ilgilidir.¹⁰ Korunan alanlarına yapılan saldırılara izin verilmesi askeri gereklilik doktrini- dir.¹¹ Diğer bir deyişle askeri gereklilik, askeri hedefe ulaşmada kuvvet kullanılmasına izin vermektedir.¹²

Gereklilik ilkesi, uluslararası hukukun çok yönlü bir ilkesidir. Şöyle ki gereklilik uluslararası hukukun belli kurallarının kaynağında

⁷ Milligan, s.96.

⁸ Hiram Abtahi, "The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *The Harvard Human Rights Journal*, Vol.14, Spring, 2001, s.12.

⁹ G.J. Adler, "Targets in War: Legal Considerations. in Falk", Vol.3, 1968 - 1972 (q.u.1), s.308.

¹⁰ Hilaire McCoubrey, *The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity*, Vol.30, *Military Law and War Review*, 1991, s.217.

¹¹ Maj Joseph B. Berger III, Maj Derek Grimes, Maj Eric T. Jensen, *Operational Law Handbook*, Vol.20, 2004, s.12, <http://www.fas.org/irp/doddir/army/law2004.pdf> (e.t.30.11.2016).

¹² Askeri gereklilik, "Kullanılan güç durumun gerektirdiği miktardan fazla olmadığı sürece, zorlayıcı kuvvetlerin istenen sona ulaşması için izin veren bir savaş ilkesi" olarak tanımlanmaktadır, *Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004, 1014.

bulunurken, uluslararası kuralların uygulanması için bazen bir koşul ve bazen de eylemlerin haksızlığını engelleyen bir durumdur.¹³

Kültürel mirası koruyan uluslararası düzenlemeler, askeri zorunluluğun gereği olarak kültürel sit alanlarının meşru askeri hedef haline gelmesiyle bu korumanın sınırlandırılmasına yol açacaktır. Bu sınırlama askeri gereklilik istisnası olarak adlandırılrsa da kültürel mirasın korunması yükümlülüğünün mutlak olmadığını ayrıca belirtmekte yarar vardır.¹⁴

Askeri gereklilik ilkesinin uygulanması her zaman bugün anlaşıldığı şekilde olmamıştır. Geçmişte askeri gereklilik kavramı, savaşan tarafların her türlü şiddet eylemini, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan gerçekleştirmelerinin mazereti olarak kullanılmıştır.¹⁵ Gereklilik doktrini tarihsel bağlamda kendini koruma (self-preservation) hakkına ilişkin olarak da kullanılmıştır. Kendini koruma hakkı, Devletlerin temel ve belki de en önemli hakkıdır ve Devletin fiziksel, insani ve manevi korumasını kapsamına almaktadır. Gereklilik, bir Devletin meşru çıkarlarından herhangi birini güçlü şekilde korumasını haklı kılmak amacıyla gereken şartları ortaya koymaktadır.¹⁶ Askeri gereklilik fikri esasen Devletin egemenlik hakkından kaynaklanan hayati çıkarlarını savunmak amacıyla tedbir almak şeklinde ortaya çıkmıştır.¹⁷

Uluslararası insancıl hukukta askeri gereklilikten daha yanlış anlaşılan bir kural mevcuttur. “Savaştaki gereklilik savaş biçimini geçersiz kılar (*Kriegsraison geht vor Kriegsmanier*)” şeklindeki bu kural, hem silahlı çatışmalar sırasında yapılan istismarları haklı çıkarmış hem de savaşanlara pratik çözüm sağlamıştır. Askeri gerekliliğin öncülü olarak 19. yüzyılda “Savaştaki gereklilik savaş biçimini geçersiz kılar” şeklinde-

¹³ Nicholas Tsagourias, “Necessity and the Use of Force: A Special Regime, Necessity Across International Law”, Netherlands Yearbook of International Law, I. F. Dekker and E. Hey (Eds.), TMC Asser Press, Springer, Vol. 41, 2010, s.12.

¹⁴ Patty Gerstenblith, “The Destruction of Cultural Heritage: A Crime Against Property or a Crime Against People?”, The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law, Vol.15, 2016, s.365.

¹⁵ Craig J.S. Forrest, “The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts”, California Western International Law Journal, Vol. 37, No. 2, 2007, s.191.

¹⁶ Tsagourias ve diğerleri, s.13.

¹⁷ McCoubrey, s.217.

ki Alman doktrininde askeri gereklilik köklerini bulmaktadır.¹⁸ 1800'lü yılların ortalarından 1900'lü yılların başlarına kadar Avrupa'da popüler olan *Kriegsraison* görüşü askeri gereklilik ilkesine savaş hukukuna göre üstünlük vermekteydi. Söz konusu dönemde örneğin, bir Devlet, kendini koruması gerektiği her durumda bu gerekçeyi ileri sürmekteydi. *Kriegsraison* teorisine göre gereklilik iddiasıyla savaşan bir Devlet, yenilgiye uğramamak için herhangi bir savaş hukuku kuralını ihlal edebilir.¹⁹ *Kriegsraison* görüşünün uygar uluslar tarafından artık kabul görmediği anlaşılmaktadır.

Gerekliliğe ilişkin doktrinler, hukuki hükümlerin uygulanması, yorumlanması ve gereklilik koşullarının anlaşılması amacıyla ortaya çıkmıştır.²⁰

Schwarzenberger'e göre, silahlı çatışmalar hukukunda gerekliliğin temel rolü, *jus in bello* tarafından normatif düzenleme kontrol alanını genişletmesidir. Savaş kuralları, iki büyük şekillendirici taraf arasındaki mücadelenin sonucunda ortaya çıkmaktadır. Savaşa ilişkin düzenlemeler, savaşın gerekliliği ve medeniyet standardının gereksinimleriyle oluşmaktadır.²¹ Schwarzenberger'in açıklamaları, uygar standartlar ve askeri gereklilik arasındaki gerilimi analiz etmek amacıyla yapılmıştır. Schwarzenberger'in görüşü, açıkça askeri gereklilik ile ilgili bir eylemin daha hukuka uygun gerçekleştirilmesini sağlar.²²

Alman hukukçu Oppenheim, askeri gereklilik anlayışını şu şekilde belirtir “*Saldırı ve savunma amacıyla düşmanın malvarlığına verilen yıkım ve zarar, gerekli bir zarar ve yıkımdır ve bu nedenle meşrudur. Savaş sırasında savaş alanındaki bu tür malvarlıklarının zarar görmelerine ve yok edilmelerine izin verilmekle kalınmaz, aynı zamanda savaş ya da kuşatma hazırlığında da zarar görmelerine ve yok edilmelerine izin verilir. Bir sa-*

¹⁸ Michael N. Schmitt, “Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.50, No.4, 2010, s.796.

¹⁹ Peter A. Ragone, “The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age, *International Law and Politics*”, Vol.16, 1984, s.704.

²⁰ McCoubrey, s.237.

²¹ Georg Schwarzenberger, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*. Vol. II: The Law of Armed Conflict. Stevens & Sons Ltd., London, 1968, s. 4.

²² McCoubrey, s.220.

vunma pozisyonunu güçlendirmek için bir ev zarar görebilir veya yıkılabilir. Bir ordunun geri çekilmesini içerecek şekilde savaş meydanında bir köye ateş açılabilir. Savaşan tarafın elindeki bir düşman kalesinin istihkam çevresindeki bölge tahrip edilebilir ve bu nedenle tüm özel ve kamusal binalar tahrip edilebilir ve belirli alandaki tüm köprüler patlatılabilir. Eğer bir çiftlik, bir köy hatta bir kasaba savunmaya hazırlanmış ise kamusal ve sivil malvarlığına birçok yönden zarar verilmesi ya da tümünden yok edilmesi gerekli olabilir.²³

Askeri gereklilik ile ilgili ikinci görüş Jean Pictet tarafından daha sınırlayıcı bir model şeklinde ortaya koyulmuştur. Buna göre savaş hukukunda hiçbir şey askeri gerekliliğe öncelik vermemektedir.²⁴ Pictet'e göre gerekliliğin ihtiyaçlarına cevap veren kurallar, özellikle uluslararası insancıl hukuka odaklanmaktadır. Yine de Pictet'in görüşü Schwarzenberger'in görüşüne göre daha sınırlayıcıdır.²⁵

Huber; Devlet gerekliliği, savaş gerekliliği ve askeri gereklilik şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Buna göre Devlet gerekliliği söz konusu Devletin hayati çıkarlarının, bağımsızlığının ve haysiyetinin korunmasına ilişkindir. Savaş gerekliliği, askeri hedefe ulaşılmasına ilişkindir. Askeri gereklilik ise hukuka aykırı bir eylemin kaçınılmaz hale gelmesiyle, askeri operasyonların başarısının güvence altına alınmasıdır.²⁶

Modern silah teknolojisi nedeniyle askeri gereklilik istisnasına artık ihtiyaç duyulmadığı iddia edilmektedir. John Henry Merryman'a göre askeri gereklilik "Saldırgan savaşın ulusal politikaların meşru bir aracı olarak değerlendirildiği" bir çağın parçasıdır.²⁷ Dolayısıyla savaş

²³ Lassa Oppenheim, *International Law, A Treatise*, 2 vols., 2nd edn (London: Longmans, Green, 1912), vol. II, para. 150'den aktaran Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, s.23.

²⁴ Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 1985, s. 88.

²⁵ McCoubrey, s.220.

²⁶ M. Huber, *Die kriegsrechtlichen Vertreige and die Kriegaraison*. *Zeitschrift fur Völkerrecht*. Vol. VII. 1913'den aktaran Laszlo Buza, "The State of Necessity in International Law", 1 *Acta Juridica*, Vol.1, 1959, s.222.

²⁷ John Henry Merryman, "Two Ways of Thinking About Cultural Property", Vol. 80, 1986, s.840.

stratejilerinde meydana gelen değişiklikler nedeniyle Merryman, askeri gereklilik istisnasının modasının geçmiş olduğunu savunmaktadır.²⁸

Askeri gereklilik, çatışmanın genel olarak çözümüne yönelik eyleme ihtiyaç duyulduğunda askeri faaliyete yetki veren subjektif doktrindir. Bu nedenle genel silahlı çatışmalar bağlamında askeri ihtiyaçlar ile insan hayatının dengelenmesi askeri gereklilik kapsamındadır.²⁹ Örneğin, İkinci Dünya Savaşı'nda Normandiya Savaşı sırasında, Müttefik Kuvvetler, Alman askerlerinin ve Fransız sivillerinin bulunduğu kasabaları ağır şekilde bombalamıştır. Hayatını kaybeden sivillerin sayısı çok fazla olsa da hava saldırıları Fransa'yı kurtarmak ve ardından Nazi Almanyası'nı durdurmak, Müttefikler'in öncelikli amacını oluşturmuştur. Siviller ile askeri ihtiyaçların bu şekilde dengelenmesi, askeri gereklilik doktrininde doğru bir eylem olarak değerlendirilmektedir.³⁰

Birinci Dünya Savaşı'ndan önce, Alman görüşü, gerekliliğin savaş yasalarının bağlayıcı gücünü zayıflatacağını savunmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra meydana gelen savaş suçlarına ilişkin yargılamalar söz konusu tartışmayı durdurmuştur. Örneğin, Rehine Olayı'nda (*United States v. List (The Hostage Case)*) Alman generaller, askeri gerekliliğin işgal sırasında sivillerin öldürülmesi gibi eylemleri haklı gösterdiğini savunmuştur.³¹ Askeri gereklilik silahlı düşmanların ve savaştaki silahlı çatışmalar nedeniyle yok edilmesi kaçınılmaz olan diğer kişilerin yok edilmesine izin verir. Fakat bu durum intikam almak üzere masum kişilerin öldürülmesine izin vermemektedir. Kültürel varlıkların hukuka uygun şekilde yok edilmesi savaşın gereklilikleri bağlamında zorunlu olmalıdır. Kültürel varlıkların yok edilmesi ve düşman kuvvetlerinin yenilgiye uğratılması arasında makul bir bağlantı olmalıdır.³²

²⁸ Sarah Eagen, "Preserving Cultural Property: Our Public Duty: A Look at How and Why We Must Create International Laws That Support International Action", *Pace International Law Review*, Vol.13, 2001, s.442.

²⁹ Mark J. T. Caggiano, "The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance Over Conventional Form", *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.20, Spring, 1993, s.496.

³⁰ Caggiano, s.496.

³¹ *United States v. List (The Hostage Case)*, Case No. 7, 19 Feb. 1948, *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, 1950, s.1230.

³² Schmitt, s.797.

Askeri gereklilik uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlal edilmesini meşrulaştıran bir araç değildir.³³ Askeri gereklilik ilkesi uluslararası hukuk kuralları ile sınırlandırılmıştır.³⁴ Askeri gereklilik pozitif kuralların ihlalini haklı kılmaz.³⁵ Askeri gereklilik ilkesi orantılılık ilkesi ile sınırlıdır. Orantılılık, varlıklara verilecek zarar ve insan hayatının kaybına karşı kazanılacak askeri hedefin değerinin dengelenmesi olarak tanımlanır.³⁶ Orantılılık ilkesi askeri gereklilikten kaynaklanmaktadır, çünkü askeri gereklilik ilkesi silahlı çatışma amacıyla gerekli güç kullanımına izin vermektedir. Orantılılık hem insanın acı çekmesini hem de fiziksel yok oluşunu gereksiz yere arttıran ya da ağırlaştırır³⁷ gücü yasaklamaya yöneliktir. Bu nedenle orantılılık ilkesi öngörülecek somut ve doğrudan askeri avantaja bağlı olarak aşırı sayıda sivilin tesadüfen hayatını kaybetmesi, yaralanması, sivil nesnelere zarar görmesi ya da bunların birkaçının gerçekleşmesine neden olacak saldırıları yasaklar.³⁸ Doktrinde askeri gereklilik ilkesini reddeden görüşe göre neredeyse her ihlal için bir savunma sağlamak uluslararası insancıl hukukun faydalı etkisini azaltmaktadır. Askeri gereklilik doktrini düzenleyici bir sınır olarak işlev görmemektedir, çünkü silahlı çatışmalar sırasında askeri komutanın gerekliliğe ilişkin kararının tahmin edilmesi pek mümkün görünmemektedir.³⁹

Askeri gereklilik ilkesi uluslararası teamül hukuku mahiyetini kazanmış insancıl hukukun temel bir hükmü haline gelmiştir. Uluslararası teamül **hukuku kurallarında askeri amaçlarla kültürel var-**

³³ Eric Talbot Jensen, "The International Law of Environmental Warfare: Active and Passive Damage During Armed Conflict", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.38, January 2005, s.178.

³⁴ Ragone, s.702.

³⁵ *United States v. List (The Hostage Case)*, Case No. 7, 19 Feb. 1948, *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, 1950, s.1253.

³⁶ Ragone, s.707.

³⁷ Meltem Sarıbeyoğlu, "Kitle İmha Silahlarının Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi*, Cilt.3, Sayı 5, 2004, s.33-34.

³⁸ Walter Gary Sharp, "The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia: Defining The Offenses", *The Maryland Journal of International Law & Trade*, Vol.23, 1999, s.46.

³⁹ Caggiano, s.496.

lıkların kullanılması ile ilgili olarak Kural 39’da “Baskın askeri gereklilik durumu dışında, halkların kültürel malvarlığı için büyük önem taşıyan malları tahribe ya da bozulmaya maruz bırakabilecek şekilde kullanmak yasaktır” hükmü düzenlenmiştir.⁴⁰ Devletlerin uygulamasına göre bu kural, hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturmaktadır.⁴¹ Mevcut askeri antlaşmalar kapsamında olmayan durumlarda bile savaşçılar ve siviller, uluslararası hukuk kuralları, insanlık yasası ve kamu vicdanının emri altındadır. Söz konusu geniş tabanlı koruma Lahey Sözleşmeleri’nin Martens Hükümü’nde somutlaştırılmış ve uluslararası mahkemeler tarafından uluslararası hukuk kuralı olarak kabul edilmiştir.⁴²

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne dayanarak hangi ilkelerin uluslararası insancıl hukukunun teamül hukuku kuralı haline gelen düzenlemeleri saptamaya yönelik bir çalışma yürütmüştür.⁴³ Bu çalışma sonucunda kültürel varlıklara ilişkin belli kuralların uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiği ileri sürülmüştür.⁴⁴

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nde “zorunlu” kavramına yer verilerek daha yüksek bir askeri gereklilik eşiği sağlanmak istenmiştir.⁴⁵

⁴⁰ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, International Committee of The Red Cross, Cambridge University Press, 2005, Rule 39.

⁴¹ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, International Committee of The Red Cross, Cambridge University Press, 2005, s.131.

⁴² Caggiano, s.498.

⁴³ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law Vol. I: Rules, International Committee of The Red Cross, 2005.

⁴⁴ Patty Gerstenblith, “From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century”, Georgetown Journal of International Law, Vol.37, Winter 2006, s.301.

⁴⁵ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/> (e.t. 02.10.2015); Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı’nın tercümesi için bkz. Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair

Ancak askeri gereklilik istisnasının nasıl uygulanacağına yönelik başka bir yol gösterici hüküm bulunmamaktadır.⁴⁶

Askeri gereklilik günümüzde silahlı çatışmalar sırasında, düşmanın kısmen veya tamamen kontrol altına alınabilmesi ve düşman silahlı kuvvetlerinin zayıflatılması için gerekli olan kuvvetten fazlasının kullanılmasını yasaklamaktadır.⁴⁷ Günümüz uygulamasında ise düşmanın zayıflatılması amacı için gerekli olan kuvvet oranının tespiti ve bu üst sınırın üzerine çıkılmaması savaşan taraflardan beklenmektedir. Dolayısıyla askeri gereklilik, aşırıya kaçan şiddet eylemlerinin engellenmesine hizmet eden bir hal almıştır.⁴⁸ Askeri gereklilik doktrininin hiçbir şekilde saldıran ya da savunan kuvvetlere sınırsız ve kontrolsüz güç vermediği genel olarak kabul edilmektedir. Herhangi bir sivil nesne askeri kullanımda olduğu takdirde, onu koruyan hukuki statüsünü kaybederek askeri hedef haline gelir. Varlıkların tahrip edilmesi ve düşman kuvvetlerinin aşılması arasında makul bir bağlantı olmalıdır. Demiryollarını, iletişim hatlarını ya da düşman tarafından kullanılacak diğer varlıkları yok etmek meşrudur. Askeri operasyonlarda gerektiği takdirde evler ve kiliseler dahi yok edilebilir.⁴⁹ Askeri gereklilik ilkesi, silahlı çatışmalarda savaşçıların yanı sıra kültürel varlıkların da yok edilmesine izin vermektedir.⁵⁰

Dünya savaşlarının ardından askeri eylemlerin hangilerinin aşırı olduğunu tam olarak değerlendirmek imkânsız hale gelmiştir.⁵¹ Teknolojideki ilerlemeler düşman topraklarındaki köylerin bombalanmasını tamamen mümkün kılmaktadır.⁵² Sonuç olarak tüm sivil varlıklar aniden saldırıya açık ve elverişli hale gelmiş ve savunulan ve savunulması arasındaki ayırımın önemi kaybolmuştur. Uluslararası hukukta sözleş-

Sözleşme, <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14270/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html> (e.t. 02.10.2015).

⁴⁶ Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.369.

⁴⁷ Gökhan Güneysu, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Adalet Yay., Ankara, 2014, s.180.

⁴⁸ Güneysu, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, s.180.

⁴⁹ Sharp, s.46.

⁵⁰ Sharp, s.45.

⁵¹ Caggiano, s.497.

⁵² Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006, s.36.

melerde askeri gereklilik ilkesinin uygulanması bazı sorunlar teşkil etmektedir. Aşağıda uluslararası hukukta askeri gerekliliğe ilişkin dolaylı ya da doğrudan hükümler sözleşmelerin düzenlemeleri incelenmektedir.

III. KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE ASKERİ GEREKLİLİĞE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1) 1863 tarihli Cephedeki Birleşik Devletler Hükümet Orduları için Talimatlar (Lieber Kodu)

Kültürel değere sahip varlıklar ile ilgili ortaya çıkan endişeler 19. yüzyılda artmıştır. Napolyon'un yenilgisinin ardından sanat eserlerinin yağmalanması ve iade uygulamaları "uygar uluslar arasındaki savaş yöntemine aykırı" şeklinde kınamaya tabi tutulmuştur.⁵³ Bu tür kaygılar, savaşı insancılaştırma çabalarında, özellikle dini kurumların ve sanat eserlerini barındıran müzelerin korunmasına yönelik bir dizi kurallar içeren 1863 tarihli Cephedeki Birleşik Devletler Hükümet Orduları için Talimatlar'da (*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*) belirgin hale gelmiştir.⁵⁴ Bu düzenleme ile birlikte askeri gereklilik kavramı silahlı çatışmalar hukukuna dahil edilmiş olup, askeri gereklilik ilkesi önemli ölçüde Lieber'in görüşlerine dayandırılmıştır.⁵⁵

İç Savaş sırasında Birlik kuvvetlerini sınırlayan askeri gereklilik ilkesine yazılı bir metinde ilk kez 1863 tarihli Lieber Kodu'nda yer verilmiştir.⁵⁶ Askeri gereklilik ilkesi "Mümkün olduğunca, düşmanın tam teslimini elde etmek üzere uluslararası hukukun yasaklamadığı önlemlerin vazgeçilmez" olması gerekçesiyle Devletler tarafından kullanılabi-

⁵³ Toman, s.7.

⁵⁴ *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*. 24 April 1863.

⁵⁵ Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.366; Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

⁵⁶ Schmitt, s.801; Forrest, s.183.

lir.⁵⁷ Lieber Kodu, orduların düşmana karşı nasıl davranması gerektiğine dair Devlet tarafından ortaya konan ilk resmi kurallardır.

Lieber Kodu, Devlet tarafından hazırlanan ve düşmana nasıl davranılması gerektiğini içeren ilk resmi kurallardan oluşmaktadır. Silahlı çatışmalar hukukunda ilk kez askeri gereklilik kavramına söz konusu Kod'da yer verilmiştir. Lieber Kodu, şiddeti sınırlandıracak başka herhangi bir ilkenin üstünlüğünün olmadığı durumda askeri gerekliliğin tanımını yaparak modern silahlı çatışmalar hukukuna büyük teorik katkı yapmıştır.

Orduların davranışlarını kontrol etmek için ilk girişim ve savaş yönetim etiğine ilişkin ikna edici bir metin olmasının yanı sıra Lieber Kodu'nun etkisi Birleşik Devletler Ordusu'nun ötesine nüfuz etmiştir.⁵⁸ Lincoln ve komutanlarının karşılaştığı sorunların çoğu antlaşmalarda kural haline gelmesine rağmen, Lieber Kodu modern savaş hukukunun önemli bir kaynağı olmaya devam etmektedir.⁵⁹

Lieber, Kod'u hazırlarken tarihsel ve çağdaş derlemelerden, örneklerden ve metinlerden yararlanmıştır. Askeri gerekliliğe ilişkin Başkan Lincoln'ün bildirimleri ve diğer kamusal belgeler şüphesiz askeri gereklilik doktrininin tanımlanmasında kullanılan kaynaklar arasında yer almıştır. Askeri bir hedefi elde etmek için başvuru tek yol olarak askeri gerekliliğe ilişkin en temel sınırlama, Lincoln'ün aldığı kararlar ortaya çıkmıştır. İç savaşın başlarında Lincoln, askeri gerekliliği, eski bir doktrin olan düşmanın özel ve kamusal varlıklarına el koyulmasını sınırlandırıcı bir doktrin olarak kabul etmiştir. Savaş ilerledikçe bu sınırlama giderek gevşetilmiştir. Böylece Fort Sumter'in düşmesinin ardından Başkan, milislere seslenmiş ve malvarlıklarına karşı herhangi bir yıkımı ya da ülkenin herhangi bir yerinde barışçıl vatandaşlara yönelik herhangi bir rahatsızlığı önlemek için azami özenin gösterileceği emrini vermiştir. "Savaşın sonucunu korumak üzere zaruri" tüm önlemleri içerecek şekilde askeri gerekliliği tanımlayan Lieber, askeri operasyonları sınırlayan diğer ilkeler ne olursa olsun "hükümetin korunması için vazgeçilmez bir gereklilik" şeklindeki Başkan Lincoln'ün askeri stan-

⁵⁷ U.S. Dep't of Army, Field Manual 27-10, The Law of Land Warfare, para. 3.a (18 July 1956) (C1, 15 July 1976), https://www.loc.gov/tr/frd/Military_Law/pdf/law_warfare-1956.pdf (e.t.30.11.2016).

⁵⁸ Carnahan, s.213.

⁵⁹ Carnahan, s.219.

dardını kapsayacak kadar geniş bir kavrama yer vermiştir. Başkan Lincoln, 100 numaralı Genel Emirleri onayladığında Başkomutan olarak kendi kararları ve uygulamaları bu konu hakkında en iyi delili teşkil etmiştir.⁶⁰

Lieber, *Kriegsraison*'un silahlı çatışma hukukunda bir kural olarak ya da kuralı aşan bir istisna olarak ortaya çıkmasından kaygı duymaktaydı. Sonuç olarak askeri gereklilik kavramına Kod'da yer verilmesindeki asıl amaç sınırlamaya yönelik olmuştur.⁶¹

Kod'daki üç madde askeri gereklilik ilkesini açıklamaktadır.⁶² Söz konusu maddeler 14, 15 ve 16. maddelerdir.

Lieber Kodu'nun 14. maddesinde askeri gerekliliğin tanımı yapılmıştır. Buna göre askeri gereklilik, "Uygur uluslar tarafından anlaşıldığı üzere, savaşın sona ermesi için vazgeçilmez olan tedbirlerin gerekliliğini içermektedir ve modern hukuka ve savaş teamüllerine göre meşrudur."⁶³ "Vazgeçilmez" kavramı yoruma açıktır. Bir yandan da daha az yıkıcı alternatiflerin kullanılması durumunda bazı fiillerin yasaklanması anlamını da taşımamaktadır.⁶⁴ 14. maddede eylemlerde, belirlenmiş olan savaş kurallarıyla uyumlu olduğu ölçüde, genel olarak savaşın amaçlarını gerçekleştirmek için her türlü tahribatı öngörmektedir.⁶⁵ 14. maddeye göre askeri gereklilik sadece "modern hukuka ve savaş yöntemlerine göre meşru" olan eylemleri haklı göstermektedir.⁶⁶ Özellikle

⁶⁰ Burrus M. Carnahan, "Lincoln, Lieber and The Laws of War: The Origins and Limits of The Principle of Military Necessity", *American Journal of International Law*, Vol.92, 1998, s.219.

⁶¹ Scott Horton, "Kriegsraison or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War", *Fordham International Law Journal*, Vol.30, 2007, s.580.

⁶² John C. Dehn, "The Commander-In-Chief and The Necessities of War: A Conceptual Framework", *Temple Law Review*, Vol.83, Spring 2011, s.629.

⁶³ Eric A. Posner, "International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 141", Chicago, 2006; Merryman, *Two Ways Of Thinking About Cultural Property*, s.838.

⁶⁴ Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.366.

⁶⁵ Schmitt, s.802.

⁶⁶ Instructions for the Government Armies of the US in the Field, prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No 100 by President Lincoln, 24 April 1863.

14. maddede yer alan askeri gerekliliğin genel tanımının Başkan Lincoln bildirileri tarafından şekillendirildiği anlaşılmaktadır.⁶⁷

Lieber'in bir diğer sınırlandırması 15. maddede bulunmaktadır. Buna göre askeri gereklilik kavramına bir antlaşmayı ihlal etmek üzere başvurulamaz.⁶⁸ 15. madde savaşçılar dışındaki kişilere zarar verilmesinin kaçınılmaz olduğunu öngörmesine rağmen, bu zararı tesadüfi ve önlenemez şekilde sınırlandırmaktadır.⁶⁹ Lieber Kodu açıkça sivil bağışıklıktan ya da orantılılık ilkesinden bahsetmese de orantılılık ilkesinin erken dönemdeki versiyonu olduğu iddia edilebilir. 15. madde "Askeri gereklilik, doğrudan doğruya silahlı düşmanların hayatının veya uzvunun ve savaşın silahlı mücadelesinde yok edilmeleri kaçınılmaz olan diğer kişilerin yok edilmesini kabul eder" şeklindedir.⁷⁰ Askeri gerekliliğin bir emri olmayan diğer bir deyişle kaçınılmaz olmayan keyfi ve orantısız askeri eylem ve saldırılar, Kod'a göre hukuka aykırı kabul edilecektir.⁷¹ 15. maddedeki askeri gereklilik, malvarlıklarının tümünden yok edilmesine izin vermektedir ve bu düzenleme ileride oluşturulacak olan 1954 Lahey Sözleşmesi'ndeki düzenlemede benzer şekilde yer alacaktır.⁷²

Bir diğer sınırlandırma ise 16. maddede bulunmaktadır. Buna göre askeri gereklilik tartışmalarının asla üstesinden gelemeyeceği bir dizi özel kurallar listelenerek daha genel bir sınırlandırmaya gidilmiştir. 16. maddede askeri gereklilik, intikam uğruna ya da acı çektirmek üzere ceza verme, savaş dışında sakatlamak ya da yaralamak, itiraf ettirmek üzere zorla işkence şeklinde acımasızlığı kabul etmez hükmü yer almaktadır.⁷³ Bu hükme göre gerekli olmak şartıyla savaşçılara yönelik tüm saldırılar acımasız olmadığı sürece gerçekleştirilebilir. Bu hük-

⁶⁷ Carnahan, s.215.

⁶⁸ Horton, s.581.

⁶⁹ Schmitt, s.802.

⁷⁰ Eric Jaworski, "Military Necessity and Civilian Immunity: Where is the Balance?", *Chinese Journal International Law*, Vol.2, 2003, s.179.

⁷¹ Gökhan Güneysu, "Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *TAAD*, Yıl.4, Sayı.14, 2013, s.456.

⁷² Roger O'Keefe, "The Protection of Cultural Property in Armed Conflict", *Amicus Curiae*, Issue 71, Institute of Advanced Legal Studies, Autumn 2007, s.3. pp.2-6.

⁷³ Horton, s.581.

mün tersine uluslararası insancıl hukuk, askeri gerekliliğe dayanarak insancıl bir kuraldan sapmaya neden olabilir.⁷⁴ Örneğin 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'nin 23(g) maddesinde zorunlu şekilde savaşın gereklilikleri tarafından talep edilmedikçe düşmanın malvarlığının yok edilmesi ya da el koyulması yasaklanmaktadır. 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 53. maddesi işgalci güçlerin belirli varlıkları yok etmesini “askeri hareketin bu imhayı kat’i olarak zaruri kıldığı haller müstesna” olmak üzere yasaklamaktadır. Kültürel varlıkların korunması 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesinde “Askeri bir zaruretin kaçınılmaz hükmü altında ihlal edilebileceği” şeklinde daraltılmıştır. 1977 tarihli I No.lu Protokol zorunlu askeri gerekliliğin varlığı halinde aşağıdaki eylemlere izin vermektedir:

- 54(5) maddede, “Çatışan bir Taraf kendi kontrolü altındaki sınırlar içerisinde, zorunlu askeri gereklilikler nedeniyle ihtiyaç duyulan yerlerde paragraf 2’de yer alan yasalara aykırılığa hüküm getirebilir”,
- 62(1) maddede, “Sivil savunma ve yardım personeli faaliyetleri üzerindeki kısıtlamalar” ve
- 67(4) maddede, “Sivil savunmaya ilişkin görevlerin yürütülmesi için ayrılmış malzeme ve binaların karşı tarafın eline geçmesi.”

Savaş usulü 15 ve 16. maddelerde ele alınmaktadır. 15.madde, bir çatışmanın amacına ulaşması için meşru olan belirli sayıdaki askeri hedefleri listelerken, 16. madde, *jus in bello* askeri gerekliliğin sınırlayıcı rolünü yansıtmaktadır. 16. maddeye göre genel olarak askeri gereklilik, barış dönemini tekrar sağlamayı zora sokacak herhangi bir düşmanlık eylemini içermemektedir. Böylece 14. maddedeki askeri gereklilik iki anlamda kullanılmaktadır: Eylemlerde ilk komuta eden Devletin savaştan ayrı tutulmayacağı (*indispensable*), ikinci olarak ise söz konusu eylemleri üstlenenin araç ve yöntemlerinin sınırlanması şeklindedir.⁷⁵ 14. maddede bulunan “modern hukuka ve savaş usulüne göre meşru” şeklindeki ek ifade, 15 ve 16. maddelerde tanımlandığı gibi askeri gerekliliğin ikinci kullanımını içermektedir.⁷⁶

⁷⁴ Schmitt, s.802.

⁷⁵ Forrest, s.185.

⁷⁶ Forrest, s.186.

Lieber Kodu'nun 31. maddesinde zafer kazanan bir ordunun kamu servetini, tüm kamusal taşınır varlıkları ele geçirmesinin uygun olduğu belirtilmektedir. Özel ve kamusal varlıklar arasındaki ayrım önemlidir, çünkü kiliselere, güzel sanatlar müzelerine ve eğitim kurumlarına ait varlıklar Kod'un 34. maddesine göre özel malvarlığı olarak kabul edilmiştir.⁷⁷

36. maddeye göre özel mülkiyete dair eşyaların bulunduğu yerden kaldırılması, kaldırmanın zarar vermeden yapılması ve nihai sahipliğin barış antlaşması yoluyla belirlenmesiyle mümkündür.⁷⁸

Lieber Kodu'nun 38. maddesinde özel varlıklara sadece askeri zorunluluk durumunda el koyulabileceği düzenlenmiştir. Bu madde, kültürel varlıkların silahlı çatışmalarda karşılaştığı tehlikelerden korunmasına ilişkin sonraki antlaşmalarla bir koruma sağlanması nedeniyle önemlidir.⁷⁹ Lieber Kodu'nun 38. maddesinden bu yana askeri gereklilik istisnası farklı şekillerde mevcut olmasına rağmen, askeri gereklilik istisnası, Devletlerin kültürel varlıkları gereksiz şekilde yok etmesini haklı kılmasına izin vermektedir.⁸⁰

Lieber Kodu'nun 34 ve 38. maddeleri arasındaki hükümlerde askeri gereklilik ilkesi gereğince, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmadığı sürece önlemlerin alınmasına ve düşmanın tam teslimi için vazgeçilmez olduğunda açıkça sivil varlıkların yok edilmesine izin verilmektedir. Eğer askeri gereklilik sivil nesnelere yok edilmesi mecburi bir şekilde uygulanmasını gerektiriyorsa, hangi nesnelere meşru askeri hedefleri oluşturduğunun ve sivil niteliği nedeniyle hangi nesnelere koruma tanınacağıının belirlenmesi gerekmektedir.⁸¹

⁷⁷ Matthew Smart, "The Necessary Changes to be Made Before International Cultural Heritage Laws Will Protect Immoveable Cultural Property", *Chicago-Kent Law Review*, 91 Chi.-Kent L. Rev., 2016, s.772.

⁷⁸ Smart, s.772.

⁷⁹ Andrea Cuning, "The Safeguarding of Cultural Property in Times of War & Peace", *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, Vol.11, 2003, s.215.

⁸⁰ Petersen, s.181.

⁸¹ Ronald T.P. Alcalá, "Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict", *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, 2015, s.214.

Lieber Kodu, silahlı çatışmalar hukukunun gelişiminde derin bir etki sağlamıştır.⁸² Silahlı çatışmalar hukuku hakkında Brüksel Deklarasyonu⁸³ ve Oxford El Kitabı⁸⁴ gibi daha sonraki değişiklikler ve yorumlarda düşman varlığının yok edilmesine “savaşın gereği olarak başvurulabileceği” kabul edilmiştir.⁸⁵ Silahlı çatışmalar hukukunun durumu ile ilgili olarak Lieber Kodu, Brüksel Deklarasyonu, Oxford El Kitabı ikna edici metinler olmalarına rağmen bağlayıcı uluslararası sözleşmeler arasında yer almamışlardır.⁸⁶

2) 1899-1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri

Savaş hukuku kuralları yüzyıllar öncesine dayanmaktadır, ancak bu kuralların modern dönemde 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'yla oluştuğu kabul edilmektedir. Geleneksel hükümler yoluyla uluslararası silahlı çatışmalardaki eylemler 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'nda sınırlandırılmıştır. Kurallar, askeri gereklilik istisnası içermektedir.⁸⁷

Kültürel varlıklara saldırılmasının meşru olduğu çok sınırlı vakalarda “zorunlu askeri gereklilik (*imperative military necessity*)”in etkisiyle bu saldırının azaltılmasına yönelik daha net düzenlemeler yapılması çabalarına rağmen devam eden söz konusu problem, 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'ndan beri süregelmektedir.⁸⁸ Lahey Hukuk Kuralları

⁸² Forrest, s.184.

⁸³ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brussels, 27Aug. 1874.

⁸⁴ The Laws of War on Land, Pub. The Institute of International Law, Adopted by: The Institute of International Law at Oxford, 9 Sept. 1880.

⁸⁵ Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brussels, 27Aug. 1874, art. 13(g) “Düşmana ait varlığa, savaşın gerekliliğince talep edilmediğinde zorunlu olmayan tahrip veya el koyma özellikle yasaktır”; The Laws of War on Land, Oxford 9 Sep 1880, art. 32(b) “Kamusal ya da özel varlığın yok edilmesi için bu yıkımın savaşın zorunlu gereği olması gerekmektedir.”

⁸⁶ Alcalá, s.213.

⁸⁷ Posner, s.3.

⁸⁸ A Blue Shield for the Protection of our Endangered Cultural Heritage, Proceedings of the Open Session co-organized by PAC Core Activity and the Section on National Libraries, Translated and edited: Corine Koch, Glasgow, 2002, s.14.

incelendiğinde, askeri gereklilik ve insancıl kaygılar arasında hassas bir dengenin gözetilmesinin önemli olduğu görülmektedir.⁸⁹

Lahey Konferansları sonunda kabul edilen kurallar, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin yasal olarak üç temel ilke üzerinde yer almaktadır.⁹⁰ İlk olarak sanatsal, dinsel ve bilimsel varlıklar, askeri amaçlar için kullanılmadığı sürece saldırılarda dokunulmazdır.⁹¹ İkinci olarak, ilk ilkedeki varlıklar askeri gerekliliğin gereksinimi tarafından nitelendirileceklerdir.⁹² Üçüncü olarak işgalci bir güç kültürel varlıkları yok edemez, zarar veremez, yağmalayamaz. Kültürel nesnelere ve yapılara özel varlıklar şeklinde muamele edilmelidir. Lahey Düzenlemeleri'nin ihlali uluslararası yaptırımlara tabidir.⁹³

1899 tarihli II No.lu Kara Savaşlarına İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin Önsöz'ünde askeri gereklilik istisnasının ağır basan şekilde "Askeri gerekliliklerin izin verdiği ölçüde, savaşın kötü etkilerini azaltmak amacıyla" mevcut olduğu belirtilmektedir.⁹⁴

⁸⁹ Malcolm Shaw, *International Law, Sixth Edition*, Cambridge University Press, 2008, s.1184.

⁹⁰ Matthew Lippman, "Art and Ideology in the Third Reich: The Protection of Cultural Property and the Humanitarian Law of War", *Penn State International Law Review*, Vol.17, 1998, s.10.

⁹¹ 1907 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague; Annex to the Convention: Regulations respecting the laws and customs of war on land - Section II : Hostilities - Chapter I : Means of injuring the enemy, sieges, and bombardments – Regulations, art.27, Türkçe tercümesi: http://askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/kara_harbinin_kanunlari_ve_adetleri_hakkinda_sozlesme.pdf (e.t.19.12.2015).

⁹² 1907 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague; Annex to the Convention: Regulations respecting the laws and customs of war on land - Section II : Hostilities - Chapter I : Means of injuring the enemy, sieges, and bombardments – Regulations, art. 23(g).

⁹³ David Keane, "The Failure to Protect Cultural Property in Wartime", *Journal of Art and Entertainment Law*, Vol.14, 2004, s.6.

⁹⁴ Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, The Hague, 29 July 1899, Preamble.

1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'nin 22. maddesinde, "Muharip Devletler düşmana zarar verme araçlarının seçiminde sınırsız bir hakka sahip değildirler" ilkesi kabul edilmektedir. Bu ilke, uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ve askeri gereklilik arasında bir dengeyi temsil etmektedir.⁹⁵

Uluslararası hukukta zorunlu askeri gereklilik ile ilgili ilk sınırlama, 1899 tarihli II No.lu Kara Savaşlarına İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin 23(g) maddesinde yer alan düşman varlıklarını imha etme ya da el koymanın sınırlanması yönündeki hükümdür.⁹⁶ Söz konusu düzenleme 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeler'in 23(g) maddesindeki düzenleme ile aynı şekilde ele alınmıştır. Burada kültürel varlıkların korunması ve askeri gerekliliğe ilişkin daha fazla hüküm içermesi nedeniyle IV. Lahey Sözleşmesi'ndeki düzenlemeden bahsedilmesi tercih edilmiştir. Buna göre IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeler'in 23(g) maddesinde savaşın gereği olmadığı sürece, düşmana ait varlıklara el koymak ve söz konusu varlıkları yok etmek yasaklanmıştır.⁹⁷ Diğer bir deyişle 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeler'in 23(g) maddesine göre karşı tarafın varlığına el koymak ya da yok etmek kural olarak yasak iken, ancak "savaşın gereği olarak zorunluluk" durumunda istisnaen izin verilmektedir.⁹⁸ 23(g) maddede Düzenlemeler'deki yasaklar bağlamında askeri gerekliliğe bağlılık belirtilmektedir. Askeri gereklilik savunması hariç olmak üzere zorunlu askeri gereklilik yükümlülüğüne bir kez başvurulduğunda, kuralın ihlali ile karşı karşıya kalma durumu kuvvetlenecektir.⁹⁹ Düzenlemede savaşın gereği kavramı tanımlanmamış, fakat bu kavramın genel olarak saldırgan ve savunmacı askeri eylemler durumlarının ikisinde de kaçınılmaz durum-

⁹⁵ Schmitt, s.798.

⁹⁶ Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm> (09.09.2015).

⁹⁷ McCoubrey, s.235.

⁹⁸ Elizabeth Varner, "Symposium on Moral and Ethical Perspectives in War, Terrorism, and Military Law: The Art of Armed Conflicts: An Analysis of The United States Legal Requirements Towards Cultural Property Under The 1954 Hague Convention", 44 Creighton Law Review, 1185, June, 2011, s.1203.

⁹⁹ G.I.A.D. Draper, "Military Necessity and Humanitarian Imperatives", Military Law and Law of War Review, Vol.12, 1973, s.133.

ları kapsadığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁰ 23 (g) maddede olduğu gibi çoğu kural düşmana ait varlıkları korumayı amaçlamaktadır.

23(g) maddedeki hüküm, askeri gereklilik istisnası olarak bilinmektedir. Varlıkların yok edilmesine yalnızca askeri açıdan gerekli olduğu ölçüde izin vermektedir. Dolayısıyla savunmasız bir binanın tahrip edilmesi savaşın gerekliliği ise 23(g) madde 25. maddenin ihlal edilmesini mazur gösterecektir.

1899 tarihli II No.lu Kara Savaşlarına İlişkin Lahey Sözleşmesinin ve 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeler'in 25. madde hükmü de aynı şekilde düzenlenmiştir. Saldırı ve bombalama kuralına ilişkin ayırım yapmak ilkesine yine bu hükümde yer verilmiştir. 25. maddeye göre hangi yolla olursa olsun savunmasız kasaba, köy, bina ya da konutların saldırıya ya da bombardımana uğraması yasaktır.

27. maddede kültürel varlıklara dolaylı şekilde koruma önerilmektedir. 27. maddeye göre, "Kuşatmalar ve bombardımanlarda aynı anda askeri amaçla kullanılmadıkları sürece dine, sanata, bilim ve hayır işlerine, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere adanan yapılardan mümkün olduğunca kaçınmak (*spare*) üzere gerekli tüm adımlar atılmalıdır." Bu hüküm açıkça kültürel miras alanlarını koruması da söz konusu varlıkları ya da hastaneleri kültürel sit alanı olarak askeri amaçlarla kullanılmadıkları sürece kiliseler kadar korumaktadır. Eğer söz konusu varlıklar askeri amaçlar için kullanılmış olsalar dahi yok edilmeleri 23(g). madde ile kontrol edilmektedir.¹⁰¹ "Mümkün olduğunca" ifadesi genel bir istisna olmasına rağmen, feragatin sadece korunan bir sit alanının askeri amaçlarla kullanılmasında uygulanacağı belirtilmektedir. Bu durum sit alanını meşru bir hedef haline getirmesinin yanı sıra söz konusu sit alanının askeri amaçlarla kullanılıp kullanılmadığı bakımından standart oluşturmaktadır. "Mümkün olduğunca" standardının gereklilik tanımını "başka bir seçeneğe sahip olmama" şeklinde takip ettiği görülmektedir. Ayrıca "mümkün olduğunca" şeklindeki niteleyici ifade kültürel varlıkların, geniş anlamda sivil kültürel varlıkların zarar görmesi ya da yok edilmesi kasıtsız ve kaçınılmaz olduğu sürece meşru değildir inancını yansıtmaktadır.¹⁰² Bu düzenlemenin

¹⁰⁰ Roger O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.23.

¹⁰¹ Smart, s.773.

¹⁰² O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.24.

aksine 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeleri el koymayı, kötüye kullanmayı, yok etmeyi ve kasti zararları yasaklayan 56. maddesi herhangi bir gereklilik sınırlaması içermemektedir.¹⁰³

27. madde savaş hukukunun insancıl kaygılarını yansıtmaktadır. Söz konusu hüküm kullanımı nedeniyle nesnelere sahip oldukları korumayı kaybedebileceklerini teyit etmektedir. Örneğin, savunmasız sivil nesnelere saldırmaya yönelik meşru bir askeri gereklilik bulunmaktadır. Askeri gerekliliğe, sivil yerleri barındıran savunulan köylerin genel bombardımanını haklılaştırmak için başvurulabilir, çünkü bombardıman halkı teslim olmaya ikna etme aracı olarak görülebilir.¹⁰⁴ Birinci Dünya Savaşı sonunda Lahey Düzenlemeleri'nde yer alan bombalama kuralları, pratik olmaması nedeniyle büyük ölçüde terk edilmiştir, çünkü Batı Cephesi boyunca köylerde askerlerin aynı zamanda birçok yerde mevcut olması nedeniyle savaşan Devletler tarafından 25. madde üzerindeki ortak anlayış bağlamında, her köyün "savunulan yer" şeklinde nitelendirilmesine neden olmuştur.¹⁰⁵ Tartışmaya açık şekilde ön hatların gerisinde bulunan büyük bir savaş seferberliği sonucunda köylerin çok sayıda asker içermesi nedeniyle silahlı çatışmaların geçerli kuralı bağlamında saldırıya tabi olacaktır.¹⁰⁶ 27. madde bağlamında ABD ordusu dini varlıklar, sanatsal varlıklar, tarihi binalar ve anıtlara "mümkün olduğu kadar" zarar vermeme şeklinde bir sorumluluğu kabul etmiştir.¹⁰⁷ Lahey Düzenlemeleri silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasını sağlamaya çalışmaktadır, ancak 27. maddenin nitelendirmesi esasen savaş alanında herhangi bir fayda sağlamamaktadır.¹⁰⁸

1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'ne Ek Düzenlemeler'in 26. maddesinde mümkün olduğu takdirde bir saldırı gerçekleşmeden önce sivil nüfusun uyarılması düzenlenmektedir.¹⁰⁹ 1907 tarihli IV. Lahey

¹⁰³ Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.367.

¹⁰⁴ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.24.

¹⁰⁵ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.36.

¹⁰⁶ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.36.

¹⁰⁷ Varner, s.1201.

¹⁰⁸ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.37.

¹⁰⁹ *Empirical Approaches to the International Law of War*, Moderator: Aaron Fellmeth, Panelists: Richard Jackson, *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 16, 2008, s.389.

Sözleşmesi'nin 26. maddesi, olası askeri koşulların durumuna göre potansiyel imkansızlığı ifade eden üstü kapalı bir hükümdür.

1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'nin 56. maddesinde ise Devlete ait olan ve dine, sanata ve bilime adanan varlıkların, özel varlıklara tanınan korumadan eşit düzeyde yararlanacağı belirtilmektedir.¹¹⁰

1899 ve 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri savaş hukukunu kodifiye edilmiş kurallardır. Her iki düzenlemede de istilacı gücün yağma eyleminde bulunmasını yasaklayan ve istilacı gücün, işgal ettiği ülkenin yasalarına saygı duyması gerektiğini düzenleyen benzer hükümler yer almaktadır.¹¹¹

Her iki düzenleme de savaşın gereği ya da ihtiyacı söz konusu olduğunda kültürel sit alanlarının ve nesnelere izin vermektedir.¹¹² Bu nedenle 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri, Birinci Dünya Savaşı sırasında kültürel varlıkların yaygın şekilde tahrip edilmesini engelleyememiştir.¹¹³ Lahey Düzenlemeleri, savaşan kuvvetlerin askeri gerekliliğe sahip olmadığı takdirde özel ve kamu varlıklarının kasten zarar verilmesi ya da ele geçirilmesinin yasaklanmasına dair eskiden beri süregelen doktrini kodifiye etmiştir. Böylece IV. Lahey Sözleşmesi, bu doktrinin kültürel varlıklar üzerindeki etkisini yansıtmaktadır.¹¹⁴

Yüzyıllar öncesine dayanan savaş hukuku kuralları, modern dönemde 1899 ve 1907 Lahey Konferansları'yla kodifiye edilmiştir. Konferanslar sonunda kabul edilen Sözleşmeler'de askeri gereklilik istisnasına yer verilmiş olup, doğrudan kültürel varlıkların korunmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Düzenlemeler'deki asıl amaç düşmana ait varlıkların korunmasıdır. Kamusal varlıklar ve malvarlıklarının korunmasına yer verilen Düzenlemeler'de kültürel varlıkların korunması, kamusal varlıkların korunmasına ilişkin olan kurallarla sağlanmaktadır. Hatta Devlete ait olan ve dine, sanata ve bilime adanan varlıkların, özel varlıklara tanınan korumadan eşit düzeyde yararlanacağı hükmü,

¹¹⁰ Varner, s.1201.

¹¹¹ Cuning, s.216.

¹¹² Cuning, s.216.

¹¹³ Patrick J. Boylan, "Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO, CLT-9j/Wh/12, 1993, s.24.

¹¹⁴ Posner, s.3.

kamusal varlıklara tanınan korumayı malvarlıklarının sahip olduğu koruma ile aynı düzeye çıkarmaktadır.

Uluslararası hukukta zorunlu askeri gerekliliğe getirileni ilk sınırlama, 1899 - 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri ile sağlanmıştır. Düzenlemeler’de askeri gereklilik ilkesi gereği öne sürülerek savunmasız sivil nesnelere saldırmaya yönelik meşru bir gerekçe bulunmamaktadır. Düzenlemeler’e göre askeri gereklilik ilkesi daraltılıp bir istisna haline getirilmiştir. Böylece düşmana ait varlıkların imha edilmesi ya da el koyulması sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak savaşın gereği olmadığı sürece, düşmana ait varlıklara el koymak ve söz konusu varlıkları yok etmek yasaklanmıştır.

Kültürel varlıklara saldırmanın meşru olduğu vakalar oldukça sınırlıdır. Zorunlu askeri gerekliliğin etkisiyle kültürel varlıklara yapılacak saldırının azaltılmasına yönelik daha net düzenlemelerin oluşturulması çabalarına rağmen 1899 ve 1907 Lahey Konferansları, süregelen problemi çözememiştir.

3) 1935 tarihli Sanatsal ve Bilimsel Kurumların ve Tarihi Anıtların Korunmasına Dair Sözleşme (Roerich Paktı)

İkinci bir dünya savaşının yaşanmaması maksadıyla Sanatsal ve Bilimsel Kurumların ve Tarihi Anıtların Korunmasına Dair Sözleşme 1935 yılında Washington’da yapılan toplantıda Amerikan Devletler Örgütü tarafından tamamen kültürel varlıkların savaşta korunmasına ilişkin ilk çok taraflı sözleşme olarak yürürlüğe girmiştir.¹¹⁵ Kısaca Roerich Paktı olarak isimlendirilen bu Sözleşme, sadece Amerika Devletleri arasında imzalanmıştır. Pak’ta öngörülen koruma bir bayrakla işaretlenen binalarla sınırlı kalmıştır.¹¹⁶

Roerich Paktı istisna olmak üzere, bahsedilen tüm sözleşmeler askeri gereklilik istisnasını içermektedir. Pak’tın 1. maddesi kültürel varlıklara yönelik koşulsuz “saygı ve koruma” içermekte olup, askeri ge-

¹¹⁵ Inter American Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Monuments, League of Nations, 15 April 1935 (Roerich Pact).

¹¹⁶ Sibel Özel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yay., İstanbul, 1998, s.95.

reklilik istisnası içermemektedir.¹¹⁷ 3. maddede ise anıtların ve kurumların işaretlenmesi ile ayırt edici bir bayrak kullanımını yer almaktadır.

Roerich Paktı, Amerika kıtası ile sınırlı olsa da kültürel varlıkların korunması problemini uluslararası düzeyde ele alan ilk belgedir ve aralarında ABD'nin de bulunduğu 10 Devlet arasında halen yürürlüktedir.¹¹⁸ Sadece taşınmaz kültürel varlıkları koruyan Pakt, temel ayrıntılardan yoksundur. Hala yürürlükte olmasına rağmen uygulamada ölü bir metin olması nedeniyle kültürel varlıkların korunması konusunda başarısız olmuştur.¹¹⁹

4) 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri

İkinci Dünya Savaşı sırasında, kültürel varlıkların maruz kaldığı büyük kayıplara karşılık olarak uluslararası toplum tarafından 1949 yılında Cenevre Sözleşmeleri kabul edilmiştir.¹²⁰ Cenevre Sözleşmeleri'nin silahlı çatışmalar sırasında askerlerin ve hükümetlerin görev ve sorumluluklarını açığa kavuşturması umulmaktaydı. Cenevre Sözleşmeleri, askeri politikaların önemli bir parçası haline gelmesine rağmen, silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların korunmasına ilişkin rehberlik sağlayamamıştır.¹²¹

¹¹⁷ Birov, s.242; Posner, s.10.

¹¹⁸ Neslihan Kürüm, Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne, Aralık, 2005, s.57; Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 april 1935, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/325?OpenDocument> (e.t.13.12.2016).

¹¹⁹ John Henry Merryman, "Cultural Property Internationalism", International Journal of Cultural Property, Vol.12, 2005, s.18.

¹²⁰ Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries, International Committee Of The Red Cross, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp> (e.t.); Türkçe tercümesi için bkz. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Ed. Melike Batur Yamaner, Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul.

¹²¹ Matthew D. Thurlow, "Protecting Cultural Property in Iraq: How American Military Policy Comports with International Law", Yale Human Rights & Development Law Journal, Vol.8, 2005, s.159; Sözleşmelerin getirdiği koruma rejiminin başlıca noktalarda özeti için bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, "Silahlı Çatışmalar-

Askeri gereklilik, askeri hedefin doğru şekilde saptanmasıyla, kültürel sit alanlarının imha edilmesine olanak tanımaktadır.¹²² Asıl sorun gerekliliğin ifade ve zorunluluk derecesinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda ortaya çıkmaktadır. UNESCO Taslak Sözleşmesi, General Eisenhower'ın talimatlarından şu kısmı aktarmaya çalışarak bu sorunu çözmeye çalışmıştır: “Askeri gereklilik görüşüne karşı çıkacak hiçbir durum yoktur. Bu kabul edilen bir ilkedir. Askeri gereklilik kavramı bazen askeri ya da kişisel kolaylık hakkında konuşulduğunda kullanıldı. Boşluğu ya da kayıtsızlığı gizlemesini istemiyorum.”¹²³ İkinci Dünya Savaşı sırasında General Dwight Eisenhower komutanlara bir kültürel alanın ne zaman yok edileceğini belirlemek üzere serbestçe takdir yetkisinin tanınmasının tehlikeli olduğunu söz konusu açıklama ile belirtmiştir. General Eisenhower'ın kaygısı yerindedir. Yerel komutanlar, neyin askeri gerekliliği oluşturduğunu belirlemek için geniş şekilde takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte kültürel bir sit alanı ne kadar önemliyse, üst düzey bir komutanın herhangi bir saldırıyı onaylama olasılığı da o kadar yüksektir. ABD Savunma Bakanlığı avukatı Binbaşı Todd J. Enge, herhangi bir askeri girişimden önce Pentagon ve Beyaz Saray'ın kültürel sit alanlarına ilişkin “vurulmaması gerekenler listesi” oluşturduğunu belirtmiş, söz konusu sit alanlarına Pentagon ya da Başkan'ın izni olmaksızın bombalanmayacağını ya da kasten saldırıya uğramayacağını belirtmiştir.¹²⁴

I. Cenevre Sözleşmesi, modern *jus in bello* yapısının geliştirilmesi için bir başlangıç noktası olmuştur. Sözleşme'nin 50. maddesi askeri gereklilik arz etmeyen yasadışı ve keyfi yürütülen operasyonlarda, dolaylı şekilde kültürel varlıkların kapsamlı yıkımını ve el koyulmasını yasaklamaktadır.¹²⁵

Askeri gereklilik emirlerini farklı şekilde ele alan dolaylı hükümlerden bir diğeri II. Cenevre Sözleşmesi'nin 18. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddede “Her muharebeden sonra, ihtilafa dahil taraflar

da Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, Sayı.123-124, 2014, s. 41.

¹²² Operational Law Handbook, 2004, s.13, <http://fas.org/irp/doddir/army/law2004.pdf> (e.t.22.11.2016).

¹²³ Gerstenblith, The Destruction of Cultural Heritage, s.368.

¹²⁴ Thurlow, s.170.

¹²⁵ McCoubrey, s.235.

deniz kazazedelerinin, yaralıların ve hastaların aranılıp toplatılmaları, yağmaya ve kötü muamelelere karşı korunmaları” belirtilmektedir. Bu hüküm, temel insani zorunluluk olan arama ve kurtarmadan ödün vermeden, gereklilik ilkesini dikkate almaktadır. Bu hüküm ile ilgili olup ancak daha açık şekilde ele alınan bir hüküm olan II. Cenevre Sözleşmesi’nin 28. maddesi hastalarla ilgili olarak gerekliliği detaylandırmıştır.¹²⁶

Savaş esirlerine ilişkin III. Cenevre Sözleşmesi’nin bazı hükümleri askeri gerekliliği düzenlemektedir. 19. maddesine göre “Harp esirleri, esir alındıklarından sonra mümkün olan en kısa zamanda tehlikeden azade olacak kadar muharebe bölgesinden uzak kamplara tahliye olunacaklardır.” 23. maddede “Askeri mülahazalar buna imkan verdiği ölçüde, harp esiri kampları gündüz vakti havadan açıkça seçilebilecek şekilde yerleştirilmiş PG veya PW harfleriyle işaretlenecektir” yer almaktadır. Her iki hüküm de dolaylı şekilde askeri gereklilik emrine ilişkindir.¹²⁷

Savaş sonrası dönemde IV. Cenevre Sözleşmesi’nin 33. maddesi kültürel mirasın korunması ve uluslararası insancıl hukukun diğer yönleri arasında bir ayrışma başlatmıştır.¹²⁸ IV. Cenevre Sözleşmesi askeri ve insani gereksinimler arasındaki etkileşimi göstermektedir. Böylece 33(2) maddede “yağma yasaktır” hükmü belirtilmektedir. Benzer bir hüküm yukarıda bahsedilen II. Cenevre Sözleşmesi’nin 28. maddesinde yer almaktadır. İnsancıl zorunluluk, acil askeri gereklilik istisnasının konusudur.¹²⁹

IV. Cenevre Sözleşmesi’nin 53. maddesi de askeri gerekliliği içeren bir başka maddedir. Sözleşme’nin 53. maddesinde askeri operasyonlarda yıkımların mutlak gereklilik arz etmesi durumu hariç olmak üzere, işgal edilmiş ülkede kültürel varlıkların yok edilmesi yasaklanmaktadır. Bu maddeye göre işgal eden Devlet, şahıslara ve Devlete ait menkul veya gayrimenkul varlıkları, ancak askeri operasyonların “kesin bir şekilde gerekli” kıldığı hallerde imha edebilir. Burada kısıtlayıcı bir askeri gereklilik kavramı kabul edilmiştir. Korunan varlığın sahibinin, Devlet

¹²⁶ McCoubrey, s.230.

¹²⁷ McCoubrey, s.231.

¹²⁸ Gerstenblith, s.344.

¹²⁹ Draper, s.138.

mi veya gerçek kişiler mi olduğunun bu madde ile bir önemi kalmamıştır. Bu madde, sadece işgal söz konusu olduğunda ve işgal edilen topraklarda uygulanacaktır.¹³⁰

IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 147. maddesi "Kapsamlı yıkım ve varlıklara el koyulması askeri gereklilik ile haklı çıkarılamaz ve kasten hukuka aykırı gerçekleştirilmiş olmaktadır" hükmünde düzenlenen koruma, 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi'nde tanınan korumadan daha geniş değildir. Bununla birlikte 144. maddede Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin kendi askerlerine söz konusu metni öğretmesi düzenlenmektedir. Çünkü IV. Cenevre Sözleşmesi sivil varlıklara ilişkin kurallar içermekte, her askerin ve komutanın silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların ile ilgili bilgi alınmasının gereğini sağlamaktadır.¹³¹

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, açıkça askeri gereklilik kuralı olmadıkça ya da başka şekilde Devletler tarafından kabul edilmedikçe, askeri gerekliliğin silahlı çatışmalar hukukunun bir kuralı üzerinde etkisi olmadığı genel görüşünü güçlendirmektedir.¹³² Silahlı çatışmalar hukuku, savaşın ve askeri hedeflerin gerekliliklerine tabi olarak silahlı çatışma yöntemlerini kısıtlarken, askeri gerekliliğe daha az saygı duyarak insan hayatının ve sivil nesnelerin korunmasını daha çok ön plana çıkarmaktadır. Kültürel varlıkların korunmasına uluslararası insancıl hukukta önemli ölçüde yer verilmemekle birlikte, silahlı çatışmalar hukuku bağlamında değerlendirilmesi çok daha ön planda yer almaktadır.¹³³

Sonuç olarak son yarım yüzyıl içerisinde hukuki, siyasal, insancıl ve hatta askeri yelpazede silahlı çatışmaların yönetimi ile ilgili askeri gerekliliğin dahi aşamayacağı bazı mutlaklıkların olması gerektiği yönünde ağırlıklı bir görüş oluşmuştur.

Cenevre Sözleşmeleri, kültürel varlıkların korunmasına ilişkin daha önceki metinlerde yer alan özel hükümleri kapsamamasının yanında askeri gereklilik istisnasına yer vermemektedir.¹³⁴ Kültürel varlıkların korunmasının Cenevre Sözleşmeleri'nde düzenlenmemesinin

¹³⁰ Güneysu, Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, s.167.

¹³¹ Thurlow, s.159.

¹³² Draper, s.138.

¹³³ Gerstenblith, s.345.

¹³⁴ Birov, s.219.

nedeni, kültürel mirasın yok edilmesinin diğer savaş suçlarıyla aynı derece önemli bir suç olarak görülmemesinden kaynaklanmaktadır.

5) 1954 tarihli Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi

Askeri gereklilik istisnasının uluslararası insancıl hukukun gelişimi içerisinde oldukça uzun bir geçmişi vardır. İnsancıl hukukun geleneksel prensiplerinde askeri gereklilik, insanlık (*humanity*) ve ayırt etme (*discrimination*) ilkelerini saymak mümkündür. Bu prensiplerin kendileri insancıl hukukun temelini oluşturmaktadır. Bunların başka bir fonksiyonu da henüz yeterli düzenlemenin mevcut olmadığı durum ve konularda da insancıl hukukun boşluklarını kapatmaktır.¹³⁵

1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ile karşılaştırıldığında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ndeki askeri gereklilik istisnası 40 yılı aşkın sürede kodifiye edilmiş ve uluslararası insancıl hukukun en önemli ilerlemesi olarak kabul edilmişse de bu sorun 1954 Konferansı'ndaki ana sorunlardan biri olarak tekrar ele alınmıştır.¹³⁶ Temeli Prusya militarizminde bulunan askeri gereklilik istisnası, 1954 yılında Lahey'de düzenlenen diplomatik konferansta tartışılmış ve bir oy fark ile Sözleşme'de yer verilmiştir.¹³⁷ Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık ve Türkiye askeri gereklilik istisnasının dahil edilmesi gerektiğini savunurken; SSCB, Romanya, Yunanistan, Belçika, Ekvador ve İspanya bu tür bir istisnanın 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi ilkeleri ile bağdaşmayacağını ileri sürmüşlerdir.¹³⁸ ABD ve Birleşik Krallık'ın askeri delegeleri, askeri gereklilik istisnasının Sözleşme'ye eklenmesi konusunda ısrarcı olmuşlar ve bu hususu Sözleşme'nin kabulü için olmazsa olmaz bir koşul olarak ileri sürmüşlerdir.¹³⁹ Önerilen istisnaya SSCB ve diğer sosyalist blok ülkelerinin yanı sıra Fransa, Yunanistan ve İspanya'yı da içeren bazı batı Avrupa ülkeleri karşı çıkmıştır. Askeri gereklilik istisnasına karşı çıkan diğer Devletler, nihai antlaşma metninin ABD ve Birleşik Krallık tarafından kabul edilmesini kesinlikle gerekli görmüşler ve konferanstakilerin çoğunluğuyla askeri gereklilik hükmüne, feragat etme

¹³⁵ Güneysu, s.164.

¹³⁶ Boylan, s.56.

¹³⁷ John Henry Merryman, Two Ways Of Thinking About Cultural Property, s.838.

¹³⁸ John Henry Merryman, Two Ways Of Thinking About Cultural Property, s.835.

¹³⁹ Boylan, s.56.

şartı da eklenerek istisnanın dahil edilmesine karar verilmiştir.¹⁴⁰ Ancak Sözleşme metninde askeri gereklilik hükmüne yer verilmesine rağmen uzun süre ABD ve Birleşik Krallık, Sözleşme'ye taraf olmamıştır.¹⁴¹

İkinci Dünya Savaşı sırasında kültürel varlıklara ağır zarar verilmesi ve 1935 tarihli Roerich Paktı ile 1899 ve 1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri'nde yer alan koruyucu hükümler, 1954 Lahey Sözleşmesi'ne büyük ölçüde ilham kaynağı olmuştur.¹⁴² Çoğu ülke, bahsedilmiş olan düzenlemeler doğrultusunda oluşturulan ve 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde üstü kapalı şekilde yer verilen karşılıklılık hükmünü dikkate almış, açıkça kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanılması durumunda herhangi bir korumadan yararlanmasına izin vermemiştir.¹⁴³

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, kültürel varlıkların çalınması ve yağmasının yasaklanmasına yer vererek 1907 tarihli IV. Lahey Sözleşmesi ile ortak bazı ilkeler içermektedir.¹⁴⁴ Söz konusu tarihi izleyen süreçte 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 23. maddesinde düşmanın sahip olduğu varlığın yıkıma uğraması ya da el koyulması sınırlandırılmıştır.¹⁴⁵ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, düşmanlıkların yürütülmesin-

¹⁴⁰ Boylan, s.57.

¹⁴¹ 1954 Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin listesi için bkz. Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 14 May 1954, https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=400 (e.t.13.12.2016).

¹⁴² Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, Preamble, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/> (e.t. 02.10.2015); Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın tercümesi için bkz. Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme, Önsöz, <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14270/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html> (e.t. 02.10.2015).

¹⁴³ Phillipe Hamel, "The 1999 Protocol to the Convention on Protection of Cultural Property in Armed Conflict, Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – A Challenge in Peace Support Operations", Ed. Edwin R. Micewski and Gerhard Sladek, Vienna, 2002, s.99.

¹⁴⁴ Cunning, s.221.

¹⁴⁵ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/> (e.t. 02.10.2015).

de geçerli olan diğer sınırlamalarda olduğu gibi bu düşünceden yararlanmıştır.¹⁴⁶

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde de askeri gereklilik istisnası öngörülmekte olup, askeri amaçlarla kullanıldığı takdirde kültürel varlıkların dokunulmazlıktan yararlanamayacağı belirtilmektedir.¹⁴⁷ Lahey Sözleşmesi'nde kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanılması yasaklanmıştır. Ancak varlıklar “askeri gereklilik” durumunda askeri amaçlarla kullanılabilir. Diğer bir deyişle Sözleşme, kültürel varlıklara yönelik düşmanca eylemleri yasaklamakta ancak söz konusu yasaklamadan askeri gereklilik durumunda vazgeçilebileceğini öngörmektedir.¹⁴⁸ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi kültürel varlıklara zarar verilmesini askeri hedef haline getirilmeleri ve yapılacak bir askeri saldırıyı “zorunlu askeri gereklilik” durumunda gerekli olması şartlarına bağlamıştır.¹⁴⁹

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların korunmasına dair genel ilke, söz konusu varlıkları koruma ve varlıklara saygı gösterme yükümlülüğüne dayanmaktadır.¹⁵⁰

3. maddede kültürel varlıkların korunması, mümkün olan en iyi maddi koşulların sağlanması amacıyla barış zamanında alınacak tüm hazırlık tedbirlerini kapsamaktadır.¹⁵¹ 3.maddeye göre Devletlerin bi-

¹⁴⁶ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm> (09.09.2015).

¹⁴⁷ Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 14 May 1954, <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/the-hague-convention/> (e.t. 02.10.2015).

¹⁴⁸ Adil Ahmad Haque, “Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict”, Stockholm Center for the Ethics of War and Peace, <http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/> (06.09.2015)

¹⁴⁹ Protection of cultural property in the event of armed conflict, International Committee of the Red Cross, 29.10.2010, <https://www.icrc.org/en/document/protection-cultural-property-armed-conflict> (e.t. 10.10.2015).

¹⁵⁰ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.8.

¹⁵¹ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.8.

rincil görevi Tarafların ülkeleri üzerindeki kültürel varlıkları silahlı bir çatışmanın önceden tahmin edilebilecek etkilerine karşı emniyet altına almak ve uygun göreceklere tedbirleri barış zamanından itibaren hazırlamaktır.¹⁵²

1954 yılındaki konferansta, kötüye kullanmaya açık olduğu düşüncesiyle 4. maddeye yer verilip verilmeyeceği konusu oldukça tartışılmıştır. Bazı Devletler askeri gereklilik istisnasının eklenmesinin 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin askeri bakımdan uygulanabilir olmasının tek yolu olduğunu ve daha fazla Devleti taraf olmaya teşvik edeceğini savunmuştur.¹⁵³ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi askeri gereklilik tanımını içermeyip bu tanıma askeri koşullarına göre kültürel varlıkları yok etme yetkisi verip vermeyeceğini Devletlerin kendi kararına bırakmaktadır. Sözleşme'nin 4. maddesinde "İnsanlığın kültürel mirasının korunması taahhüdü, ancak askeri bir zaruretin kaçınılmaz hükmü altında ihlal olunabilir" hükmü yer almaktadır.¹⁵⁴ 4. maddeye göre taraflar, hem kendilerinin hem de diğer Devletlerin kültürel varlıklarını zarara ya da yok etmeye maruz bırakması muhtemel herhangi bir amaçla kullanılmaktan ve varlıklara karşı herhangi bir düşmanca eylemi yönlendirmekten kaçınılmalıdır. Sözleşme'nin 4. maddesi askeri gerekliliği haklı kılan koşulları belirtmektedir. Böylece bir askeri komutanın düşman bir keskin nişancının bir katedralde olduğunu fark etmesiyle bütün katedralin yok edilmesi emrini vermesi haklı çıkacaktır.¹⁵⁵ 4. madde, tarafların yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu ihlalin sonuçları ile ilgili bir hüküm içermemektedir.

Modern silah teknolojisi günümüzde askeri gereklilik istisnasına olan ihtiyacı azaltmaktadır. Ayrıca ölçülülüğe gerek yoktur.¹⁵⁶ Eğer bir keskin nişancının bir katedralde olduğu fark edilirse, katedralin tümünün yok edilmesi haklı bir davranış olacaktır. Söz konusu örnek ile Eski Yugoslavya'da karşılaşılmıştır. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde zorunlu askeri gerekliliğin ne anlama geldiğine kimin karar vereceğine

¹⁵² Toman, s.91.

¹⁵³ Toman, s.75.

¹⁵⁴ Eagen, s.426.

¹⁵⁵ Birov, s.243.

¹⁵⁶ Birov, s.201.

ilişkin hiçbir gereklilik duyulmamış olması daha problematiktir.¹⁵⁷ Bu geniş yorum, Eski Yugoslavya'daki çatışmalar sırasında askeri gerekliliğin kötüye kullanılması ile sonuçlanmıştır.¹⁵⁸ Sırp, Hırvatların tarihi binalara ait sığınaklarda askeri tesisler kurulduğunu iddia etmiştir. Eğer iddialar doğruysa bu tür bir kullanım, 4. maddede zorunlu askeri gereklilik bağlamında sit alanlarına saldırılması için hükümete izin vermiş olabilir. Hırvatların ya da Bosnalıların bu tür bir kullanımı, kültürel varlıklara saygı yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir. Buna ek olarak Sırp, Hırvatların, bazı sit alanlarını bombaladığını iddia etmiştir. Hırvat kültürel varlıklar kültürel varlıklarına karşı Sırp'ların yönelttikleri eylemler, Sözleşme'nin 4. maddesini ihlal etmektedir.¹⁵⁹

Körfez Savaşı sırasında, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden nispeten olumlu sonuç alınmasına rağmen, Sözleşme'nin uygulanmasıyla ilgili bazı sorunlar yaşanmıştır. Özellikle Sözleşme'ye taraf Irak, Kuveyt'teki müzelerden ve saraylardan yaklaşık 17.000 ila 20.000 kültürel varlığın kaldırılmasını haklı kılmak amacıyla 4. maddeyi kötüye kullanmıştır.¹⁶⁰ Irak "askeri gereklilik" in kendisini değerli kültürel varlıkları Kuveyt'ten götürmeye zorlayarak onları askeri tahribata karşı korumak için Bağdat'a götürmeye sevk ettiğini iddia etmiştir. UNESCO ile karşı karşıya kaldıklarında, Irak Dışişleri Bakanı Birleşmiş Milletler'e Kuveyt'ten getirilen tüm kültürel varlıkların geri gönderileceğine dair söz vermiştir.¹⁶¹ Verilen sözün yerine getirilmediğini kontrol etmek amacıyla UNESCO Irak'ın ihlallerini duyurarak ve çalınan eserler hakkında bilgi toplayarak elinden gelenin en iyisini yapmıştır. Ancak kampanyanın başarısının hayati yönü Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve ABD tarafından uygulanan siyasi baskıdan kaynaklanmıştır.¹⁶² Neyse ki Irak sonunda Kuveyt'ten götürdüğü kültürel var-

¹⁵⁷ Boylan, s.22.

¹⁵⁸ Keane, s.20.

¹⁵⁹ Karen J. Detling, "Eternal Silence: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia", The Maryland Journal of International Law & Trade, Vol.17, 1993, s.69.

¹⁶⁰ Eagen, s.423.

¹⁶¹ Iraqi Raiders, The Washington Post, June 15, 1991, A22.

¹⁶² Birov, s.236.

lıkları iade etmişti, fakat bunu Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve ABD'nin gözetiminde yapmıştır.¹⁶³

4. maddenin 1. paragrafında taraf Devletlerin kültürel varlıklara karşı askeri eylemde bulunmaktan kaçınma yükümleri düzenlenmektedir.¹⁶⁴ Diğer bir deyişle taraf Devletlere kültürel varlıkları askeri hedef haline getirmeme yükümü getirilmiştir. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(1) maddesinde belirtilen, taraf Devletlerin silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların ve yakın çevresinin yok edilmesi ya da hasara uğratılmasından kaçınmak amacıyla kullanılmasından sakınmaları ve “zorunlu askeri gereklilik” istisnası hariç, başka bir Devletin kültürel varlığına karşı düşmanca eylemlerden kaçınması gereği dikkati çekmektedir.¹⁶⁵ Bu mahiyetteki malların üzerine veya yakınına silah yerleştirilmesi bu malları askeri hedef haline getireceğinden bu tarz eylemler de 1. paragraf ile yasaklanmıştır.¹⁶⁶ Diğer bir deyişle, düşman askeri, bir amaç için korunan bir anıtı ya da bu gibi nesnelere kullandığında veya her tür “Savaş Aracı”nı korunan bir yere yerleştirdiğinde, kültürel varlıklar sahip olduğu korumayı 1954 tarihli Sözleşmesi bağlamında kaybetmekte ve sadece bu tür bir askeri kullanımın sona ermesi durumunda söz konusu korumayı geri kazanmaktadır. Bu eylem yapılmadığı takdirde aracın ne kadar önemli olduğuna bakılmaksızın meşru bir askeri hedef haline gelmektedir.¹⁶⁷ “Zorunlu askeri gereklilik” durumunda kültürel varlıklara saygı yükümlülüğünden kurtulabilir.¹⁶⁸ Kültürel varlıklara saygı, söz konusu varlıklara karşı herhangi bir düşmanca eylemde bulunmaktan uzak durma ve eğer gerekli ise her tür

¹⁶³ Eagen, s.424.

¹⁶⁴ Güneysu, Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, s.122.

¹⁶⁵ The 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, <http://uscbs.org/1954-hague-convention.html> (e.t.28.11.2016); Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.15.

¹⁶⁶ Forrest, s.200.

¹⁶⁷ A Blue Shield for the Protection of our Endangered Cultural Heritage, Proceedings of the Open Session co-organized by PAC Core Activity and the Section on National Libraries, translated and edited by Corine Koch, Glasgow 2002, s.6.

¹⁶⁸ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.8; Varner, s.1218.

hırsızlık, yağma ya da kötüye kullanma ve vandalizm eylemlerini yasaklama, önleme ve durdurma anlamına gelmektedir.¹⁶⁹

Askeri gereklilik hali, gerçekleştirilen ve 1. paragraf hükümlerine aykırı olan tahrip edici eylemi kesinlikle gerekli kılıyor olmalıdır. Burada sadece askeri gerekliliği değil, zorunlu olan bir askeri gerekliliği aramak yerinde olacaktır. Bu yüzden 4(1). maddenin ihlal edilmesini önlemek isteyen askeri karar alıcılar, bu madde ile korunan unsurlara zarar verilmesi söz konusu veya muhtemel olduğunda, normalde beklenenden daha sıkı bir kontrolde bulunarak askeri planlamayı gerçekleştirmelidir.¹⁷⁰

Uluslararası hukuk, kültürel varlıkların yok edilmesini önlemede ve sorumluların cezalandırılmasında sınırlı bir başarı elde etmiştir. Bu başarısızlık Suriye'deki mevcut yıkımdan da anlaşılabilir. Suriye'de meydana gelen ihtilaf hem taşınır hem de taşınmaz kültürel varlıkların yok edilmesiyle ülkenin zengin tarihini silmektedir. Suriye'deki yıkımın etkili olmasının temel nedeni Dünya kültürlerinin erime potası olmasından ileri gelmektedir. Suriye medeniyet beşiğinin ortasında durmaktadır. Tarihin çeşitli dönemlerinde Büyük İskender, Cengiz Han, Timur ve Selahaddin Eyyübi'nin orduları ya Suriye'ye saldırmış ya da Suriye'nin belli bir kesimini savunmuştur. Suriye; Yahudilere, İsraililere, Kenanilere, Fenikelilere, Müslümanlara ve Perslere ev sahipliği yapmış ve yapmaktadır. Söz konusu kültürlerin kalıntıları kültürel açıdan en zengin ve en eski bölgelerinden olan Şam ve Halep gibi şehirlerde bulunmaktadır. Suriye genelinde çok sayıda yer UNESCO'nun Dünya Mirası Listesi'ne alınmıştır.¹⁷¹ 2011 yılının Mart ayında Orta Doğu'da meydana gelen Arap Baharı hareketinin bir parçası olarak hükümet karşıtı protestolar meydana gelmiştir. Beşşar Esad hükümeti, muhalefeti zorla bastırmaya çalışmıştır. Birkaç ay içerisinde hükümet ile isyancılar arasındaki çatışma, iç savaşa dönüşmüştür. Hem hükümet hem de

¹⁶⁹ The 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, <http://uscbs.org/1954-hague-convention.html> (e.t.28.11.2016); Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.15.

¹⁷⁰ Güneysu, s.122.

¹⁷¹ UNESCO World Heritage List, Syrian Arab Republic, <http://whc.unesco.org/en/statesparties/sy> (25.01.2017).

isyancılar, önemli uluslararası desteğe sahip olmuştur. İsyancılar; ABD, Birleşik Krallık, Fransa, Katar, Suudi Arabistan, Türkiye gibi Devletler ve El Kaide gibi çeşitli İslamcı gruplar da dahil olmak üzere uluslararası müttefiklerce desteklenmektedir. Diğer taraftan Rusya, İran ve Hizbullah açıkça hükümeti desteklemektedir. Buna ek olarak Suriye hükümeti Kuzey Kore, Venezuela, Irak, Çin ve Cezayir tarafından da desteklenmektedir.¹⁷²

Suriye'deki iç savaşın meydana getirdiği istikrarsızlıktan faydalanarak DAEŞ/İŞİD (ISIS/ISIL/DAESH) adlı bir örgüt Suriye'de faaliyet göstermeye başlamıştır. DAEŞ'in yıllarca ana odak noktası Irak'tı. DAEŞ'in Suriye'ye girdiği kesin zamanı tespit etmek zor olmakla birlikte, 2013 yılı içerisinde Suriye'ye girdiği tespit edilmiştir.¹⁷³ 2014 Ocak ayından itibaren çeşitli isyancı gruplar, DAEŞ'i şehirlerden çıkarmak amacıyla DAEŞ'e saldırmıştır. Söz konusu saldırı çok başarılı olmamıştır. 2014 Haziran'ından itibaren DAEŞ, daha önce isyancıların elinde olan toprakları ele geçirmiştir.¹⁷⁴ Suriye'ye ilk girişinden bu yana DAEŞ Suriye'nin batısındaki kültürel miras alanlarına ilerlemiştir.¹⁷⁵ Hükümet, asiler ve DAEŞ kültürel mirasın yok edilmesinden sorumludur. Bununla birlikte sorumluluk düzeyi her üç grup için aynı seviyede değildir. Kusur, imha etmenin türüne bağlıdır. Suriye'de imha türleri kasten imha, yağma yoluyla imha ve askeri operasyonlar yoluyla imha şeklinde üç ana kategoriye ayrılabilir. Hiçbir askeri gereklilik durumu olmaksızın yapılan yok etme faaliyeti en üst düzeyde kusur taşımaktadır. Yağma yoluyla imha da kasten bir imha eylemidir ve aynı zamanda yüksek kusurluluk düzeyi taşımaktadır. DAEŞ'in yağma yoluyla finansman sağladığı bilinmektedir.¹⁷⁶

¹⁷² Smart, s.762.

¹⁷³ ISIS Fast Facts, CNN, 14 Oct. 2015, <http://www.cnn.com/2014/08/08/world/ISIS-fast-facts/> (e.t.28.11.2016).

¹⁷⁴ Syria Iraq: The Islamic State Militant Group, BBC NEWS, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-24179084> (e.t.28.11.2016).

¹⁷⁵ Smart, s.763.

¹⁷⁶ Robert Fisk, Isis Profits from Destruction of Antiquities by Selling Relics to Dealers-and Then Blowing up the Buildings They Come from to Conceal the Evidence of Looting, Independent, <http://www.independent.co.uk/voices/isis-profits-from-destruction-of-antiquities-byselling-relics-to-dealers-and-then-blowing-up-the-10483421.html> (e.t.28.11.2016).

Genel hükümler başlığı altında kültürel varlıklar için geniş bir koruma sunulmaktadır ve 4(1). maddede söz konusu koruma özetlenmektedir.¹⁷⁷ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin DAEŞ için geçerli olduğu varsayımından hareketle, DAEŞ'in kültürel miras varlıklarını kasten yok etmesi 4(1). maddenin ihlalini oluşturmaktadır. Buna ek olarak hükümetin ve asilerin kültürel varlıkları askeri amaçla kullanmaları da 4(1). maddeye aykırıdır.¹⁷⁸

DAEŞ zorunlu askeri gerekliliğe dayanan bir gerekçe olmaksızın, bilinen ve bilinmeyen kültürel miras alanlarına ve nesnelere yönelik geniş şekilde hasar ve yıkım gerçekleştirmiştir. Bu tür bir yıkım Irak'ın kuzeybatı bölgesindeki çok sayıda Hristiyan kilisesi ve manastırının, Musul'daki Nebi Yunus Cami'nin ve antik Palmira bölgesindeki çok sayıda unsurun patlatılması eylemleriyle gerçekleşmiştir. Ayrıca DAEŞ, Ninova Kapısı'ndaki Lamassu'nun kaya matkabi ile yok edildiğine ve Musul Müzesi'nde kültürel varlıkların tahrip edilmesine ilişkin videolar yayınlamıştır.¹⁷⁹ Askeri faaliyet öncesi bile olsa tarihi ve dini yapıların çevresine askeri nesnelere yerleştirilmesi eylemlerinin 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturduğu açıktır. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda Devlet dışı aktörler bağlamında 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri DAEŞ'e uygulandığında, tanınmış bir Devletin statüsüne sahip olup olmadığına bakılmamaktadır. Silahlı çatışmalar bağlamında ortaya çıkan söz konusu eylemler 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi için gerekli olan bir başka unsuru yerine getirmektedir.¹⁸⁰ DAEŞ, kasıtlı olarak askeri gereklilik olmaksızın kültürel sit alanlarını yok etmiştir.¹⁸¹

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(1). maddesi taraf Devletlerin söz konusu varlıkların düşmanca eylemlerden ve askeri amaçlarla kullanılmasından kaçınılmasını öngörse de güncelliğini yitirmesi nedeniyle artık kullanılmayan bir hüküm haline gelmiştir. Bu nedenle

¹⁷⁷ Smart, s.779.

¹⁷⁸ Smart, s.780.

¹⁷⁹ Gerstenblith, s.372.

¹⁸⁰ Gerstenblith, s.373.

¹⁸¹ Diğer yandan bu tür eserlerin ticarete konu edildiği hakkında şüpheler de bulunmaktadır. Bkz. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, "BM Güvenlik Konseyi'nin Terörün Finansmanının Engellenmesine İlişkin Son Kararıyla Öngörülen Önemli Değişiklikler", Güncel Hukuk, Mart 2015/3-135, s. 29.

4(1). maddesi 4(2). maddesi ile birlikte ele alınmalıdır. 4(2). madde, 1. paragraftaki yükümlülüklerden sadece zorunlu bir şekilde askeri gereklilik durumlarında kurtulabileceğini öngörmektedir.¹⁸² Boylan'ın incelemesinde belirttiği üzere, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde yer alan korumanın temel ilkesi olan bu istisnanın tanımının yapılmamış olması ciddi bir eksikliklerdir.¹⁸³

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin kültürel varlıkların korunması konusunda getirdiği bir kısıtlama "askeri gereklilik" halidir. Askeri gereklilik istisnası 4(2) maddede belirtilmiş olup, Sözleşme'nin en tartışmalı hükümlerinden biri olmuştur.¹⁸⁴ 4. maddenin 1. paragrafı tarihi sit alanlarını ya da kültürel nesnelere içeren yerlerin çevresini ya da korunmasında kullanılan aletleri askeri amaçlar için kullanmaktan kaçınarak taraf Devletlere kültürel varlıklara saygı gösterilmesi görevini yüklerken, 2. paragraf bu görevden "askeri gereklilik" durumunda kurtulacağını öngörmektedir.¹⁸⁵ Başka bir deyişle 4(2) maddeye göre 1. paragrafta açıklanan taahhütlerin ancak askeri bir zaruretin kaçınılmaz hükmü altında ihlal edilebileceği belirtilmektedir. Bu hüküm, Sözleşme görüşmelerinde çeşitli tartışmalardan sonra kabul edilmiştir.¹⁸⁶ Eleştirilerden biri askeri gereklilik kavramının belirsiz olması ve bu alanın kullanımındaki koşulların özellikle gereklilik teriminin hızlı ve kolayca değişken olduğu şeklindedir.¹⁸⁷ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi hangi durumlarda askeri gerekliliğin "zorunlu" olduğunu belirtmemektedir. Bu nedenle terimlerin yorumu taraf Devletlere bırakılmıştır. Devlet uygulamalarında yüksek ihtimal ile belirsizliğe ya da söz konusu terimlerin kötüye kullanılma riskine yol açacaktır.¹⁸⁸

¹⁸² O'Keefe, s.121.

¹⁸³ Boylan, s.54.

¹⁸⁴ John C. Johnson, "Under New Management: The Obligation to Protect Cultural Property During Military Occupation", *Military Law Review*, Vol. 190/191, 2006-2007, s.129.

¹⁸⁵ Zoë Howe, "Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-state Actors?: A Study of Iraq and Libya", *Texas International Law Journal*, Vol. 47, Issue 2, s.409.

¹⁸⁶ Özel, s.102.

¹⁸⁷ Merryman, *Two Ways Of Thinking About Cultural Property*, s.838.

¹⁸⁸ Thomas Desch, "Problems in the Implementation of the Convention from the Perspective of International Law, Protection of Cultural Property in the Event

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesi Devletlerin “askeri gerekliliğin zorunlu olarak böyle bir feragati gerektirdiği hallerde” kültürel varlıklara saygı gösterme yükümlülüğünden, kurtulmasına izin vermektedir.¹⁸⁹ Söz konusu hükme getirilen en önemli eleştiri, askeri gereklilik kavramının belirsiz olması ve kolaylıkla “uygunluk” kavramının etkisinde kalabilmesidir. Örneğin, Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrası savaş suçluları askeri zorunluluk kıstasını standart bir savunma olarak ileri sürmüşlerdir.¹⁹⁰

O’Keefe’e göre askeri hedef kavramı, çağdaş Devletlerin geliştirdiği askeri gereklilik kavramıdır.¹⁹¹ Askeri gereklilik ve askeri hedef kavramları aynı ilkenin farklı gelişim aşamalarında yer alan kavramlardır. Bu nedenle 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 4(2) maddesindeki terim genel askeri gereklilik kavramını içermektedir. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 4(2) maddesi önemli tartışmalar sonucunda kabul edilmiştir. Sözleşme’yi hazırlayanların çoğunluğu söz konusu duruma karşı çıkmış ve bu nedenle oy çokluğuyla 4(2) madde Sözleşme’ye eklenmiştir.¹⁹² Bu durum Sözleşme’yi hazırlayanların askeri gereklilik ilkesi ile bütün olarak insancıl hukuk çerçevesinin dışında silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına dair hukuk kuralının koyulması konusunda yetersizliklerini göstermektedir.

4(3) maddeye göre taraf Devletler kültürel varlıklara karşı her tür hırsızlık, yağma ya da kötüye kullanma ve vandalizm eylemlerini durdurmayı üstlenmektedir. Söz konusu sınırlamadan zorunlu askeri gereklilik durumunda dahi feragat edilemez.¹⁹³ Yerel halk tarafından gerçekleştirilse dahi ulusların hırsızlık ya da talan eylemlerini önleme yükümlülüğü öngörülmektedir. 4(3) maddeye göre Sözleşme’ye taraf

of Armed Conflict – A Challenge in Peace Support Operations”, Ed. Edwin R. Micewski and Gerhard Sladek, Vienna, 2002, s.3.

¹⁸⁹ Petersen, s.178; Gerstenblith, s.267.

¹⁹⁰ Özel, s.103.

¹⁹¹ O’Keefe, s.128.

¹⁹² O’Keefe, s.121.

¹⁹³ Neeru Chadha, “Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

bir Devletin ülkesinde bulunan taşınır kültürel varlıklara el koymak yasaklanmaktadır.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(3) maddesi Bağdat'ta bulunan Irak Müzesi'nin 2003 Nisan'ında yağmalanması olayına kadar neredeyse hiç yorumlanmamıştı.¹⁹⁴ Müze, Özel Cumhuriyet Muhafızları'nın karşısında stratejik bir askeri konumda bulunmanın yanı sıra (Müzeyle yakınlığı göz önüne alındığında tartışmalı bir konumda bulunmaktaydı), Dicle'nin geçtiği Al-Ahrar Köprüsü'ne 900 metre uzaklıkta bulunmaktaydı. ABD'nin Bağdat işgali sırasında Irak kuvvetleri, müzenin içinde çatışma pozisyonları ve askeri takviye konusunda hazırlanmışlardı.¹⁹⁵ Ancak 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi¹⁹⁶'nin ya da uluslararası teamül hukukunun ihlal edildiğini söyleyebilmek için hedefe ulaşmanın başka bir yolu olmadığı gerekçesiyle askeri gereklilik dışında müzenin kullanıldığının kanıtlanmış olması gerekirdi. Bağdat'taki ulusal müzenin Irak kuvvetleri tarafından işgal edilmesi, ABD'nin buna karşı olarak uluslararası teamül hukuku çerçevesinde binalara ya da binaların çevresine orantısız şekilde zarar vermekten sorumlu tutulmasına yol açmaktadır. Ancak, buna rağmen müze ABD askerleri açısından meşru bir hedef olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle silahlı çatışmalar sırasında binalara ya da içeridekilere zarar vermek uluslararası hukukun ağır ihlalini oluşturmayacaktı.¹⁹⁷

Benzer şekilde Birinci Körfez Savaşı'nda Saddam Hüseyin, Irak hava kuvvetlerine ait uçakları paha biçilemez arkeolojik anıtların olduğu antik Sümer'e ait Ur alanının yanına konumlandırmıştı. Söz konusu alan meşru askeri hedef olmasına rağmen, ABD bu alanın yok edilmesi kararını vermekten kaçınmıştır.¹⁹⁸ Saddam Hüseyin'in eylemleri değer-

¹⁹⁴ Patty Gerstenblith, "Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage during Armed Conflict", *Archaeologies: Journal of the World Archaeological Congress*, Vol.5, No.1, 2009, s.22.

¹⁹⁵ Matthew Bogdanos, "The Casualties of War: The Truth About the Iraq Museum, *American Journal of Archaeology*", Vol.109, No.3, 2005, s.501.

¹⁹⁶ Irak, olayların yaşandığı dönemde ve günümüzde 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraftır.

¹⁹⁷ Milligan, s.97.

¹⁹⁸ Mary Ellen O'Connell, "Occupation Failures and the Legality of Armed Conflict: The Case of Iraqi Cultural Property", *Ohio State University Moritz College of Law, Working Paper No.6*, 2004, s.5.

lendirildiğinde, karşı tarafı askeri gereklilik istisnası olmaksızın nesnelere hedef almaya teşvik etmek amacıyla kültürel varlıkları kasten kullandığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu durum zorunlu askeri gereklilik bağlamında yapıldığında yine de 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin ve uluslararası teamül hukukunun ihlali anlamına gelmektedir. Hukuki düzenleme büyük ölçüde yeterli görünse de bazı durumlarda bu tür nesnelere kullanımını bakımından daha kapsamlı bir alt sınırın koyulması gerekebilir.¹⁹⁹ 1999 tarihli İkinci Protokol bu durumla başa çıkmak üzere düzenlenmiş olmasına rağmen taraf olan Devlet sayısının az olması söz konusu rejimi zayıflatmaktadır.²⁰⁰

Saygının gösterilmesi gereksinimi (zorunlu askeri gereklilik konusu olarak) hırsızlık ve yağmaya karşı etkin önlemler içeren ve kültürel varlıklara karşı misillemeyi yasaklayan 4. maddenin 3. ve 4. paragraflarındaki iki ek hüküm ile açıklığa kavuşturulmuştur.²⁰¹ 4(4) maddeye göre kültürel varlıklara karşı misilleme eylemleri yasaktır.²⁰² Sözleşme'de yer alan bir Devletin ülkesinde ya da diğer taraf Devletlerin ülkelerinde bulunan kültürel varlıkların ayrıcalığının gözetilmesi hem eylemde bulunma hem de eylemden kaçınma görevlerinden oluşmaktadır. 4. maddenin 3. ve 4. paragraflarına göre taraf Devletlerin birbirlerinin “ülkelerinde bulunan taşınır kültürel varlıklarına el koyma” ve “kültürel varlıklarına karşı herhangi bir misilleme eyleminden kaçınma” yükümlülüğü vardır. Söz konusu yükümlülük mutlaktır.²⁰³ Özetle; 2,3 ve 4. maddeler silahlı çatışmalarda taraf Devletlerin kültürel varlıkları koruması ve aynı zamanda ayrıcalık tanınmasına yönelik müspet tedbirleri almalarını gerektirmektedir.²⁰⁴

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 9. maddesi gereğince özel koruma tanınan kültürel varlıkların askeri kullanımını ya da yakın çev-

¹⁹⁹ Milligan, s.98.

²⁰⁰ 1954 Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi'nin 1999 İkinci Protokolü'ne taraf olan Devletlerin listesi için bkz. Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. The Hague, 26 March 1999, <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=15207&language=E> (e.t.13.12.2016).

²⁰¹ Boylan, s.57.

²⁰² Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.349.

²⁰³ Forrest, s.205.

²⁰⁴ Forrest, s.205.

resinin askeri kullanımı, askeri gereklilik istisnası olmaksızın yasaklanmaktadır.²⁰⁵ 9. maddede sağlanan koşulsuz dokunulmazlık sadece 8. maddede belirtilen özel koruma durumunda uygulanabilir. 9. madde ile karşılaştırma yapılması sıklıkla 1. maddede belirtilen kültürel varlıkların askeri kullanımda kesinlikle dokunulmaz olduğu şeklinde yanlış bir sonuca ulaştırmaktadır. Bu tür bir kullanım sadece zorunlu askeri gereklilik koşulları altında yapılabilir. 13(5) maddeye göre özel koruma altındaki varlıklar, kaçınılmaz askeri gereklilik durumları dışında askeri amaçlar için kullanılamaz.²⁰⁶

Korumayı özel kılan, Sözleşme'nin sağladığı Özel Koruma Altındaki Kültürel Varlıkların Uluslararası Kaydı (*International Register of Cultural Property under Special Protection*) ile kültürel varlıkların kayıt altına alınması yoluyla verilen özel korumadır. Bu tanıtımın sağladığı açık avantaj, kayıt altına alınan kültürel varlıkların kaza sonucu hasara uğramasını veya imha edilmesini azaltmaktır. Öte yandan, bu durum zarar verici riski de arttırmaktadır. Geçmişte yaşanan deneyimler, saldırıya ya da işgal eden güçlerin önemli taşınır ulusal hazine ve koleksiyonları kasten hedef alması durumuna yol açtığını göstermiştir. Bu gerçekler ışığında kültürel varlıklar için öngörülen özel koruma normal koruma ile karşılaştırıldığında avantaj sağlamadığı görülmektedir. Askeri gereklilik durumu olana kadar özel koruma kullanılmamaktadır. Özel koruma karşı tarafça dokunulmazlığın ihlal edildiği durumlarda kullanılabilir.²⁰⁷ Özel koruma rejimi uygulamada Sözleşme'nin az ya da çok etkisiz kalmasına sebebiyet vermiştir, bu nedenle İkinci Protokol'ün hazırlık aşamasında "gelişmiş koruma" üçüncü bir kategorinin oluşturulmasına yol açmıştır.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesinde "Yüksek Akit Taraflardan biri, özel koruma altına alınan bir kültürel varlık hakkında 9. maddedeki taahhütlerini ihlâl edecek bir harekette bulunduğu takdirde hasım taraf, bu ihlal keyfiyetinin devamı müddetince, ilgili malın dokunulmazlığına riayet mecburiyetinden kurtulmuş olur. Şu kadar ki, mümkün oldukça ve önceden bu ihlal hareketine makul bir

²⁰⁵ Geoffrey S. Corn, "Snipers in the Minaret—What Is the Rule?, The Law of War and the Protection of Cultural Property: A Complex Equation", *The Army Lawyer*, Vol.386, 2005, s.37.

²⁰⁶ Keane, s.16.

²⁰⁷ Desch, s.4.

müddet içinde son verilmesini talep eder” hükmü yer almaktadır. Bu bir paradoksun parçasıdır. Genel koruma rejimi kapsamında verilen korumanın özel koruma altındaki kültürel varlıklardan daha iyi olduğu savunulmaktadır.²⁰⁸ 11. madde büyük önem taşıyan kültürel varlıkların gelişmiş korumadan yararlanabilmesini sağlamak amacıyla özel koruma kavramını içermektedir. Bu rejim silahlı çatışmalar sırasında taşınır kültürel varlıkların korunduğu barınaklar, anıtlar ve diğer önem taşıyan taşınmaz kültürel varlıkları içeren merkezler gibi sınırlı sayıdaki yerler için uygulanmaktadır. Büyük endüstri merkezi ya da askeri hedeften belirli bir mesafede bulunanların ve Uluslararası Kültürel Varlıklar Sicili’ne kayıt ettirilenlerin askeri gerekçelerle kullanılmamasını sağlamaktadır.²⁰⁹

11(2) madde askeri gereklilik gerekçesiyle açık bir istisna getirmektedir. 11(2) maddede özel koruma altındaki varlıkların sahip oldukları dokunulmazlığı “istisnai durumlardan olan kaçınılmaz askeri gereklilik” durumunda kaybedeceği düzenlenmektedir.²¹⁰ Böylece 11(2) maddeye göre savunmada olan taraf, özel koruma rejimi bağlamındaki yükümlülüğünü ihlal ederse, kültürel varlıkların dokunulmazlığını sadece askeri gerekliliğin kaçınılmaz olduğu istisnai bir durumda geri alabilir. 11(2) ve 11(3) maddelerine göre Sözleşme sadece askeri gerekliliğe başvurulmasını olağanüstü ve kaçınılmaz durumların yanı sıra istisna kararının bir kuvvetin komuta subayı ya da daha büyük bir birimin komutanı tarafından yapılabileceğini şart koşmaktadır. Özel koruma rejiminin kapsamının dar olması, özellikle kültürel varlıkların büyük endüstri merkezlerinden ya da askeri hedeflerden yeterli uzaklıkta bulunması gerektiği yönünden eleştirilmişti. Söz konusu rejim genel koruma bağlamındaki korumadan büyük ölçüde bir farklılık göstermemiş ve askeri gerekliliğin geniş ve baskın istisnasına tabi olmuştur. Sonuç olarak az sayıda Devlet kendi kültürel varlıklarının bu rejime tabi tutulmasına izin vermiştir.²¹¹

19. madde uyarınca uluslararası olmayan karakterdeki silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması genişletilmekte, savaşçıların 4. madde uyarınca kültürel varlıklara saygı gösterilmesine bağlı kalması

²⁰⁸ Hamel, s.98.

²⁰⁹ Forrest, s.207.

²¹⁰ Detling, s.60.

²¹¹ Forrest, s.208.

gerekmektedir. Savaşçılar kültürel varlıkları tehlikeye maruz bırakmamalı, vandalizm ve yağmadan korunmalıdırlar.²¹²

Devletler, askeri gereklilik hükmünün 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi ile tutarsız olduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu hükmün Sözleşme'ye eklenmiş olmasına rağmen, ABD uzun süre Sözleşme'ye taraf olmamıştır. Bununla birlikte ABD, Irak Müzesi'nin korunması konusundaki başarısızlığını askeri gereklilik ilkesi ile haklı göstermeye çalışmıştır.²¹³ ABD Genel Kurmay Başkanlığı Genel Sekreteri General Richard Myers'a göre savaş operasyonları bir müzeyi korumaktan daha önemlidir.²¹⁴ Ordunun bu davranışı, Irak'taki 9 bölgesel müzenin yağmacılar tarafından yıkıldığı ilk Körfez Savaşı'ndaki deneyimi hatırlatmıştır.²¹⁵

Tartışmalar, kültürel varlıkların kurtarılmasının insan hayatının üstünde tutulmasına yoğunlaşmamaktadır. Tartışmaların büyük çoğunluğu, kültürel varlıkların kesinlikle gerekli olmadığı sürece risk altına alınmaması ya da feda edilmemesine ilişkindir. Sözleşme'deki "askeri gereklilik" tanımını oluşturmak üzere, Sözleşme'nin taraflarca kolayca istismar ve manipüle edilmeden daha sıkı şekilde bir işleve kazandırılmaya ihtiyacı vardır.²¹⁶ Sözleşme'de askeri gereklilik ile ne kastedildiğinin tanımlanması gerekmektedir. Mevcut Sözleşme uyarınca Sözleşme'ye taraf olan Devletlerin "askeri gerekliliğin" ne olduğunu tanımlamasına geniş şekilde izin verilmektedir. Bu sorun Körfez Savaşı sırasında Kuveyt müzelerinde meydana gelen yağmalama olaylarında gündeme gelmiştir.²¹⁷ Sözleşme'deki askeri gereklilik istisnası Sözleşme'deki sorumluluklardan kaçmak amacıyla uygunsuz bir şekilde

²¹² Detling, s.69.

²¹³ Douglas Jehl and Elizabeth Becker, Experts' Pleas to Pentagon Didn't Save Museum, N.Y. Times, Apr. 16, 2003, B5, <http://www.nytimes.com/2003/04/16/world/a-nation-at-war-the-looting-experts-pleas-to-pentagon-didn-t-save-museum.html> (e.t.22.11.2016).

²¹⁴ Douglas Jehl and Elizabeth Becker, Experts' Pleas to Pentagon Didn't Save Museum, N.Y. Times, Apr. 16, 2003, B5, <http://www.nytimes.com/2003/04/16/world/a-nation-at-war-the-looting-experts-pleas-to-pentagon-didn-t-save-museum.html> (e.t.22.11.2016).

²¹⁵ Petersen, s.182.

²¹⁶ Eagen, s.427.

²¹⁷ Eagen, s.442.

kullanıldığından tamamen kaldırılmalı ya da dar bir şekilde sınırlandırılmalıdır. Sözleşme bağlamında hükümetler arası bir danışma organı oluşturulabilir.²¹⁸

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde askeri gerekliliğe bir istisna olarak doğrudan yer verilmektedir. Sözleşme'ye göre kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanılması yasaktır. Kültürel varlıklar sadece “askeri gereklilik” durumunda askeri amaçlarla kullanılabilir. Askeri hedef haline getirilen ve yapılacak bir askeri saldırıyı “zorunlu askeri gereklilik” durumunda gerekli olması şartlarıyla kültürel varlıklara saygı yükümlülüğünün ortadan kalkar. Sözleşme'de düzenlenen askeri gereklilik istisnasına göre kültürel varlıklar askeri amaçlarla kullanıldıklarında sahip oldukları dokunulmazlık kalkmaktadır. Bu tür bir askeri kullanım sona ermeden tekrardan sahip oldukları korumayı geri kazanamazlar. Özetle Sözleşme'de kültürel varlıklara yönelik düşmanca eylemler yasaklanmakta olup, söz konusu yasaklamadan askeri gereklilik durumunda vazgeçilebilmektedir.

Askeri hedeflere saldırıların sınırlandırılması amacına büyük ölçüde ulaşılmıştır. Unutulmamalıdır ki 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli Protokolleri'nden önce kabul edilmiştir. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan olaylar temelinde hazırlanmıştır. Böyle bir savaşın ortasında 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, değerli kültürel varlıkların korunmasına hizmet etmiştir.²¹⁹ Söz konusu kısıtlamalara rağmen, İkinci Dünya Savaşı boyunca birçok şehirdeki kültürel varlıkların yok edilmesi, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ndeki zorunlu askeri gereklilik doktrininin kaldırılmasına yetersiz destek sağlamıştır. Söz konusu Sözleşme, silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuki rejimin temel taşı olmaya devam etmektedir.

6) 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 tarihli I No.lu Protokol

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi Sözleşme tüm şehirlerin saldırıya uğrama durumunun kaçınılmaz şekilde kabul edildiği İkinci Dünya

²¹⁸ Birov, s.241.

²¹⁹ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm> (09.09.2015).

Savaşı'nın arka planında hazırlanmıştır. Bu tür bir savaşın ortasında, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi değerli kültürel varlıkların korunması konusunu ele almıştır. Sözleşme, kültürel varlıklara “zorunlu askeri gereklilik” durumunda saldırılabileceğine yer verirken, askeri gereklilik istisnasının tanımını yapmamıştır. 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol söz konusu yaklaşımı kaldırarak, daha net bir tanım ile sadece askeri hedeflerin saldırı nesnesi olacağına yer vermiştir. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne göre kültürel varlıklar sivil özelliktedir ve askeri bir hedef haline gelmediği sürece saldırılmamalıdır. Kültürel varlıklara sadece başka bir alternatif olmaması durumunda saldırılabilir.²²⁰ 1977 tarihli Ek Protokoller, büyük ölçüde 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin hükümlerini yansıtmaktadır.²²¹ 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 tarihli Protokoller tartışmasız olarak Lahey Düzenlemeleri geleneğini, silahlı çatışmalar mağdurlarını koruma konusunda Cenevre geleneği ile birleştirmiştir.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri doğrudan kültürel varlıkların korunması ile ilgili hüküm içermemektedir. Fakat 1977 tarihli Ek Protokoller kültürel varlıkları da ele almaktadır.²²²

Uluslararası Adalet Divanı'nın Nükleer Silahlar kararında askeri gereklilik, ayırt etme ilkesini sınırlamaktadır.²²³ Bu uluslararası teamül hukuku kuralı 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'ün 48. maddesinde yansıtılmakta ve “Taraflar, daima, sivil halk ile muhripleri, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmeli ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece askerî hedeflere yöneltmelidirler” hükmüne yer verilmektedir.

1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'ün 51. maddesi orantılılık ilkesini düzenlemektedir. Söz konusu hükmün teamül hukuku olması hakkında herhangi bir anlaşmazlık bulunmamaktadır. 51. Madde aynı zamanda insancıl kaygılar ve askeri gereklilik arasındaki dengely yan-

²²⁰ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.3.

²²¹ Gerstenblith, *The Destruction of Cultural Heritage*, s.345.

²²² Johnson, s.130.

²²³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. 226, 257, 8 July 1996.

sıtmaktadır.²²⁴ Ölçülülük ilkesinin kabul edilmesi uluslararası insancıl hukukun dönüştürücü değişimini göstermektedir.²²⁵

I No.lu Ek Protokol'ün 51(5)(b) maddesinde düzenlenen *jus in bello* ilke olarak ölçülülük; beklenen somut ve doğrudan askeri avantaj ile ilgili olarak ölçüsüz şekilde sivil hayatın kaybı, sivillerin yaralanması, sivil nesnelere zarar verilmesi ya da bunların bir kombinasyonu ile sonuçlanması beklenen her saldırıyı yasaklamaktadır.

1977 tarihli I No.lu Ek Protokol hakkındaki Kızılhaç'ın yorumlarına göre kültürel varlıklar, yapıları ve amacı gereği askeri hedef olmazlar görüşü konusunda fikir birliği sağlanmıştır. Ancak tüm tartışma bulunduğu yer konusunda yapılmıştır. Üçüncü Çalışma Grubu Komitesi yer kriterini hiçbir neden belirtmeden eklemiştir.²²⁶ Diplomatik Konferans'ta verilen örneklerden biri tarihi köprüler olmuştur. Bu örnek yanıltıcı olarak değerlendirilmiştir. Çünkü bu tür köprülerin kullanılması askeri eylemlere etkili bir katkıda bulunabilir.²²⁷ Bu tartışmanın üzerine Kanadalı Delege spesifik bir örnek sunmuştur. Askerlerin geri çekilmesi tarihi bir duvar tarafından engellenebilir ve eğer bir dağ ya da vadi geçidinde bulunuyorsa duvardan başka bir yol bulunmayabilir. Duvarın etrafından dolaşmak çok zaman alacağı için komutan duvarı kırma emri verebilir. Böyle bir durumda tarihi duvar askeri eylemlerde kullanılmış olur ve bulunduğu konum nedeniyle askeri hedef haline gelir.²²⁸

I No.lu Ek Protokol'ün 52(2) maddesi silahlı çatışmalar hukuku bağlamında, "Saldırıları kesinlikle askeri hedeflerle sınırlı olacaktır" şeklinde kısa ve öz bir şekilde Devletlerin modern gereksinimlerini belirt-

²²⁴ Empirical Approaches to the International Law of War, Moderator: Aaron Fellmeth, Panelists: Richard Jackson, Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution, Vol.16, 2008, s.389.

²²⁵ O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.24.

²²⁶ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht/Geneva, 1987, s. 636, para. 2021.

²²⁷ Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

²²⁸ Sandoz ve diğerleri, s. 636, para. 2021.

mektedir.²²⁹ Askeri hedefin tanımı I No.lu Ek Protokol'ün 52(2) maddesinde kabul edilmiştir. I No.lu Ek Protokol'ün 52 (2) maddesindeki askeri hedefin tanımı, Silahlı Çatışmalarda Uygulanacak Uluslararası İnsancıl Hukuku Geliştirme Diplomatik Konferansı'nın önemli başarılarından biridir.²³⁰ O'Keefe'e göre askeri hedef kavramı, çağdaş Devletlerin geliştirdiği askeri gereklilik kavramıdır. Bu nedenle O'Keefe 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesini, askeri hedef ilkesini içeren 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I No.lu Ek Protokol'ün 52. maddesinin kabulünden bu yana ortaya çıkan teamül kurallarına uygun olarak yorumlamaktadır. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesindeki askeri hedef kavramı ile birleştirilmesi sonucunda, askeri eylemlere etkili bir katkı yapması ve kesin bir askeri fayda sunması durumunda kültürel varlıklara yöneltilen bir saldırıya izin verilmektedir.²³¹ I No.lu Ek Protokol'ün 52(1) maddesine göre sivil nesnelere ve 2. paragrafta tanımlandığı şekilde askeri hedef olmayan tüm nesnelere, herhangi bir saldırıda hedef olmayacaktır.

Herhangi bir sivil nesne askeri kullanımda olduğu takdirde, onu koruyan hukuki statüsünü kaybederek askeri hedef haline gelir. Örneğin, İsrail Savunma Kuvvetleri'nin görüşüne göre bir apartmanda bulunan tek bir daire askeri amaçlar için kullanılırsa tüm apartman askeri hedef haline gelir. Söz konusu görüşe göre, yok edilmesiyle elde edilecek askeri fayda, binanın değeri ile kıyaslandığında sivil vatandaşlar ikinci planda kalsa bile, tüm binanın yok edilmesi meşrudur.²³²

Kültürel varlıklar her durumda sivil nesne tanımına uymaktadır.²³³ Fakat O'Keefe, bu kurala yönelik bazı istisnalar ortaya koymaktadır. Kale ve hisar gibi askeri binalar askeri hedef olabilirler, çünkü askeri amaçlarla kullanılmaktadırlar ve bu yerlerin yok edilmesi askeri

²²⁹ Alcalá, s.214.

²³⁰ Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm> (09.09.2015).

²³¹ O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.128.

²³² Adil Ahmad Haque, "Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict", Stockholm Center for the Ethics of War and Peace, <http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/> (06.09.2015)

²³³ O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.204.

bir faydadır. Tarihi ulaşım araçları doğaları gereği askeri hedef olabilirler çünkü askeri ulaşım için kullanılabilir. O'Keefe, kültürel varlıkların potansiyel ya da *de facto* kullanımının askeri bir eyleme etkili bir katkı yapabileceği ve bu nedenle bunlara, askeri hedefler olarak davranılabileceği kanısındadır.²³⁴

I No.lu Ek Protokol'ün 52. maddesine göre orantılılık kuralı somut askeri fayda bağlamında ölçülü olmayan saldırıların yasaklandığı 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesi bağlamında uygulanmalıdır.²³⁵ Bu görüş bazı nedenlerle desteklenebilir. Öncelikle askeri gereklilik ve askeri hedef kavramları aynı ilkenin farklı gelişim aşamalarında bulunan kavramlardır. Bu nedenle 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesindeki terim, genel askeri gereklilik kavramını içermektedir.²³⁶ Bu durum Sözleşme'yi hazırlayanların askeri gereklilik ilkesi ile bütün olarak insancıl hukuk çerçevesinin dışında silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına dair hukuk kuralının koyulması karşısında yetersizliklerini göstermektedir. Bu genel kavramın arkasındaki mantık, kültürel varlıkların korunmasındaki mantık ile aynıdır. Bu nedenle 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, insancıl hukukun bir parçasını oluşturmaktadır.

I No.lu Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yorumlanması daha da zorlaşmıştır. Sözleşme'nin aksine, hem saldıran taraf hem de savunmada olan taraf zorunlu askeri ihtiyaçlar temelinden feragat ederek kendine fayda sağlayabilir. Savunmada olan taraf, I No.lu Ek Protokol bağlamında saldıran tarafa göre daha kötü bir pozisyonudur. Çünkü kültürel varlığın askeri eylemleri destekleme amaçlı kullanılmaması yükümlülüğü bağlamında kendine fayda sağlayamayacaktır. Saldıran taraf, Sözleşme ile karşılaştırıldığında, I No.lu Ek Protokol bağlamında ayrıcalıklıdır. Saldıran taraf I No.lu Ek Protokol'ün 52(2) maddesine göre askeri gereklilik durumunu kanıtlama zorunluluğu olmadan, askeri nesne haline geldiği sürece meşru şekilde kültürel varlıklara saldırabilecektir. I No.lu Ek Protokol ve 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi arasındaki bu tutarsızlık açık bir şekilde I No.lu Ek Protokol'ün görüşmeleri sırasında fark edilmiştir, fakat tatmin edici bir şekilde çözülememiştir.²³⁷

²³⁴ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.205.

²³⁵ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.128.

²³⁶ O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, s.121.

²³⁷ Desch, s.3.

“Ayırt etme” 51 ve 52. maddelerde ayrıca sivil nesnelere ve askeri hedefler bakımından da ortaya koyulmaktadır.²³⁸ I No.lu Ek Protokol’ün 51 ve 52. maddeleri askeri gereklilik bağlamında ayrımı işlevselleştirmektedir. Böylece 51. madde sivillere yapılan saldırıyı yasaklar, çatışmada yer alan siviller, savaşta doğrudan yer aldıkları sürece söz konusu korumayı kaybederler.²³⁹

53. madde hükmü açıkça askeri gereklilik istisnası sağlayan 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin hükümlerini içermektedir. Başka bir deyişle, I No.lu Ek Protokol’ün 53. maddesi 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’ndeki düzenlemenin ve uluslararası teamül hukukunun tekrarı şeklindedir.²⁴⁰ 53. maddede kültürel varlıkların askeri girişimleri destekleyici eylemlerde kullanılması yasaklanmaktadır. Korunan nesnelere askeri girişimleri destekleyici şekilde kullanıldığı durumlarda Protokol’ün 53. maddesi açıkça ihlal edilir.²⁴¹ Uygulamadaki problem, askeri faaliyetlerde kullanılması ya da gelişigüzel saldırıya maruz kalmaları nedeniyle kültürel varlıklara saldırılmasıdır.²⁴²

Askeri gerekliliğin zorunlu olduğu durumlar dışında, kültürel varlıklar karşı tarafça askeri amaçlarla kullanılsa bile, çatışmanın tarafı söz konusu yükümlülük ile bağlıdır. İnsancıl hukukun temel önermesinden kaynaklanan bu düzenleme askeri gereklilik ve insancılık ilkesi arasında denge kurmaktadır. Kültürel varlıklara yönelik misilleme eylemleri yasaktır. Söz konusu yasaklamanın bir istisnaya imkan vermediği I No.lu Ek Protokol’ün 53(c) maddesinde tekrarlanmaktadır. Uluslararası insancıl hukuk kültürel varlıkların korunması yükümünü çatışmaya taraf olanlara yüklemektedir.²⁴³

²³⁸ Empirical Approaches to the International Law of War, Moderator: Aaron Fellmeth, Panelists: Richard Jackson, Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution, Vol. 16, 2008, s.389.

²³⁹ Schmitt, s.803.

²⁴⁰ Johnson, s.131.

²⁴¹ Sandoz ve diğerleri, s. 648, para. 2079.

²⁴² Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

²⁴³ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.9.

53. madde bazı kategorilerde yer alan kültürel varlıklara, askeri gereklilik istisnası olmaksızın koruma sağlamaktadır. 53. maddeye göre kültürel varlıklar, kullanımları bakımından etkili şekilde askeri eyleme katkıda bulunduğu takdirde, 52(2) maddenin sağladığı korumayı kybedebilirler.²⁴⁴

54(5) maddesine göre zorunlu askeri gereklilik durumunda bir Devletin ülkesinde nesnelere yok edilmesi sivil nüfusun hayatta kalması bakımından zaruri kabul etmektedir. “Zorunlu” kavramının eklenmesi açıklıktan uzaktır, ancak gerekliliklerin ciddiyetini açıkça vurgulamaktadır.²⁴⁵

Geleneksel uluslararası insancıl hukuk görüşü, insancıl değerlerle askeri gereklilik arasında denge kurmaya çalışmaktadır.²⁴⁶ Söz konusu insancılık ve askeri gereklilik arasındaki denge uluslararası insancıl hukukun belirli bazı kurallarında da görülebilir. Örneğin I No.lu Ek Protokol’ün 54(2) maddesi sivil nüfusun hayatta kalması için vazgeçilmez nesnelere karşı saldırıları yasaklamaktadır.²⁴⁷

51(5)(b) maddedeki düzenlemeyi tekrar eden Protokol’ün 57(2) (a)(ii) maddesine göre bir saldırıyı planlayanlar ya da saldırıya karar verenlerin, sivil hasarı önlemek ya da en aza indirmek için *inter alia* mümkün olan her türlü önlemleri alması ve somut ve doğrudan askeri avantajı aşarak sivil hasara neden olması beklenen bir saldırıyı başlatma kararı almaktan kaçınması gerekmektedir. Çok sayıda askeri hedefin veya hedeflerden birinin kültürel varlıklardan oluşması durumunda bir tercih yapmak gerekirse, kültürel varlıklardan oluşan hedefe saldırılmamalıdır. Aslında bu hüküm I No.lu Ek Protokol’ün 57(3) maddesinin bağlamında saldırılmaması gereken kültürel varlıkları, askeri hedeflere eklemektedir.²⁴⁸

²⁴⁴ O’Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.216.

²⁴⁵ McCoubrey, s.234.

²⁴⁶ Lawrence Hill-Cawthorne, “The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law”, Israel Law Review, Vol. 47:2, 2014, s.226.

²⁴⁷ Hill-Cawthorne, s.230.

²⁴⁸ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nde kültürel varlıklara “zorunlu askeri gereklilik” durumunda saldırılabileceğine yer verilmiş ancak askeri gereklilik istisnasının tanımı yapılmamıştı. 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol'de bu tür bir yaklaşım yerine, daha net şekilde sadece askeri hedeflerin saldırı nesnesi olacağına yer verilmektedir. Protokol'e göre kültürel varlıklar her durumda sivil nesne tanımına uymaktadırlar ve askeri hedef olmayan tüm nesnelere, bir saldırıda hedef olmayacaktır.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri doğrudan kültürel varlıkların korunması ile ilgili bir hükme yer verilmemiş olsa da 1977 tarihli Ek Protokoller de kültürel varlıklar da ele alınmaktadır. 1949 cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri'nin amacı sivillerin korunması olduğundan askeri gereklilik ve insancılık ilkeleri arasında denge kurmak daha ön plandadır.

7) Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 1999 tarihli İkinci Protokolü

Somali, Irak, Kuveyt ve Eski Yugoslavya'da silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların yok edilmesinin ardından, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri ile birlikte yeterince geniş kabul görmediği ve sıkı bir koruma rejimi sağlamadığı açık hale gelmiştir. Askeri gereklilik istisnasının tanınması, korumayı zayıflatan bir rejim olarak görülmüştür.²⁴⁹ 1995 Kasım'ında UNESCO öncülüğünde, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin gerçekleştirdiği toplantıda Delegeler, özellikle Eski Yugoslavya'daki çatışmalar sırasında 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanma mekanizmasının iyileştirilmesini önermişlerdir.²⁵⁰ Hırvatistan ve Slovenya, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ndeki kültürel varlıkların korunmasına askeri gereklilik istisnası getiren maddenin kaldırılmasını tavsiye etmiştir. 1993 Boylan Raporu'nda, 1954 Lahey Sözleşmesi'nin gözden geçirilmesi ve taraf Devletlerin askeri gereklilik istisnasından vazgeçmesi gerektiğine yer verilmiştir.²⁵¹ 1998 yılında taraf Devletlerin talebi üzerine uzmanların katıldığı toplantıda 1999 yılında yapılacak diplomatik konferansın temeli atılmıştır. Konferans'ta 1954 tarihli La-

²⁴⁹ Boylan, s.57.

²⁵⁰ Sandholtz, s.219.

²⁵¹ Boylan, s.57.

hey Sözleşmesi'nin değiştirilmesinden çok, destekleyici yeni bir protokolün oluşturulmasına karar verilmiştir.²⁵² Diplomatik konferans 15 Mart 1999 tarihinde Lahey'de başlamıştır. Görüşmelerin temeli UNESCO Sekreterliği ve Hollanda Hükümeti tarafından atılmış ve bir taslak protokol hazırlanmıştır.²⁵³

1999 yılında İkinci Protokol, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne karşı olan tepkilere bir cevap niteliğinde ve Sözleşme'yi destekleyici olarak hazırlanmıştır.²⁵⁴ 1999 tarihli İkinci Protokol, Sözleşme metnini özellikle sıkça eleştirilen zorunlu askeri gereklilik istisnası ve özel koruma rejimi yönünden değiştirmektedir. 1999 tarihli İkinci Protokol kültürel bir sit alanının askeri hedef haline gelip gelmediği sorusu temelinde askeri gereklilik kavramını daha dar tanımlamaktadır.²⁵⁵

1999 tarihli İkinci Protokol bağlamında en zor ve belki de inceleme süreci boyunca en tartışmalı olan mesele, 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4(2) maddesine uygun olarak zorunlu askeri gereklilik temelinde, kültürel varlıklara saygı gösterilmesi yükümlülüğünden vazgeçmek olmuştur. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni hazırlayanlar 4(2) maddenin çıkarılmasını desteklememişti. Bu durumda olduğu gibi 1999 tarihli İkinci Protokol'ü hazırlayanlar da askeri gerekliliğin anlamını 6. maddede daha dar bir anlamda düzenleyerek kısıtlamaya karar vermiştir. Askeri gerekliliğe ilişkin hükümler 1999 tarihli İkinci Protokol'ün 6. maddesinde düzenlenmektedir. Askeri gerekliliğe ilişkin "zorunlu" kavramı 1999 tarihli İkinci Protokol'de belirli bir askeri hedefe ulaşmak için mevcut başka seçenek olmaması şeklinde ifade edilerek açıklığa kavuşturulmuştur.²⁵⁶ Askeri gereklilik hem saldıran hem

²⁵² UNESCO Executive Board, Report of the Secretary-General on the Results of the Meeting of Governmental Experts on the Revision of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954, UNESCO Doc. 155 EX/51, 11-13 May 1998.

²⁵³ UNESCO, Summary Report, Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 15-26 Mar. 1999.

²⁵⁴ Forrest, s.210.

²⁵⁵ O'Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.263.

²⁵⁶ Megan Kossiakoff, "The Art of War: The Protection of Cultural Property During The "Siege" of Sarajevo (1992-95)", Journal of Art and Entertainment Law, Vol.14, 2004, s.127.

de savunmada olan taraf bakımından talep edilebilir. Askeri gereklilik istisnası yıkıcı tarafın belirgin bir savunma ve gerekçe öne sürmesine izin vermektedir.²⁵⁷

6(a) maddesine göre düşmanlıklar sırasında askeri gereklilik temelinde sadece doğrudan kültürel varlıklara yönelik bir eylem söz konusu olduğunda aşağıdaki koşullar yerine geldiği zaman ve devam ettiği sürece kültürel varlıkların korunmasından vazgeçilebilir:

- kültürel varlığın işlevi nedeniyle askeri hedef haline getirilmesi ve
- “Bu hedefe karşı düşmanca bir tavır sergilemeyle edinilecek askeri üstünlüğe eşdeğer bir üstünlük elde etmenin elverişli başka bir şartının olmaması.”²⁵⁸

6. maddeye göre başka herhangi bir seçenek mevcutsa, kültürel varlıkların imha edilemeyeceği ve askeri amaçlarla kullanılmayacağı açıkça belirtilmektedir.²⁵⁹ Bu madde silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların korunmasını arttırmaktadır. Çünkü 6. madde ile 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol’ü takiben, askeri gereklilik daha net bir şekilde tanımlanmış ve askeri gerekliliğin ortaya çıkabileceği koşullar sınırlandırılmıştır.²⁶⁰ Bu tanım, askeri gereklilik kavramıyla ilgili olarak 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 4(2) maddesinde olduğu gibi askeri hedef ve sivil nesnelere arasındaki ayrımı içermektedir. Böylece bu tanım 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol’ün 52. maddesi ile uyumludur.²⁶¹ Askeri hedefin tanımı 1977 tarihli I No.lu Ek Protokol’ün 52(2) mad-

²⁵⁷ Forrest, s.219.

²⁵⁸ Howe, s.415; The 1954 Hague Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, <http://uscbs.org/1954-hague-convention.html> (e.t.19.12.2015); Neeru Chadha, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILY-BIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

²⁵⁹ Smart, s.782.

²⁶⁰ Sandholtz, s.220.

²⁶¹ Jan Hladik, “Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, International Journal of Cultural Property”, The Hague, Netherlands, 15-26 March 1999, Vol. 8, No. 2, 1999, s.528.

desinde kabul edilmişti. Bu şekilde 1999 tarihli İkinci Protokol, kültürel varlıklara karşı gerçekleştirilen düşmanca eylemleri askeri hedef olmak durumuyla sınırlamaktadır.²⁶² İkinci Protokol kültürel varlıklara saldırılması koşullarını belirterek, askeri gereklilik doktrinini sınırlamaya çalışmaktadır. İkinci Protokol bağlamında askeri gereklilik kavramı askeri hedef kavramı ile bağlantılıdır.²⁶³

Protokol'ün 6(a) maddesi, askeri gerekliliğe başvurulduğu zaman, askeri gerekliliğin tanımının belirlenmesini sağlamaktadır. Konumu, yapısı, amacı ya da kullanımı nedeniyle askeri eyleme destek sağlamak suretiyle kültürel varlık askeri hedef halini aldığı anda kültürel varlığın yok edilmesi askeri fayda sağlayabilir ve bu askeri faydayı elde etmede uygulanacak başka bir alternatif yok ise askeri eylem, zorunlu askeri gereklilik bağlamında meşru kabul edilir. "İşlev (*function*)" kavramı askeri gereklilikten vazgeçmeyi sınırlayabilir. Geçmişte askeri faaliyetlerde örneğin, kale gibi çok sayıda kültürel varlık, askeri amaçlarla kullanılmadığı sürece askeri hedef olmamıştır.²⁶⁴ Bu nedenle, askeri hedef kavramının kullanımı dar yorumlanmalıdır. Ancak bu hüküm, askeri avantaj kavramını formüle etmeyi çok az başarabilmektedir.

Gereklilik ve fayda aynı anlama gelmemektedir. Hükümlerde askeri fayda elde etme bağlamında bir serbestliğe izin verildiği görülmekte ve kültürel varlıkların korunmasında gereklilikten ziyade askeri kolaylık lehine eylemler onaylanmaktadır. Askeri gereklilik ve orantılılık kavramları, silahlı çatışmalar hakkında kesin sınırları belirlemektedir. Silahlı bir **çatışmada** sadece meşru hedefe orantılı olan ve amacına ulaşmak için gerekli olan eylemlere izin verilir.²⁶⁵ Orantılılık ilkesi

²⁶² Neeru Chadha, "Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments", Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

²⁶³ Neeru Chadha, "Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments", Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

²⁶⁴ Forrest, s.213.

²⁶⁵ Hans-Peter Gasser, "For Better Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: A Proposal for Action", The American Journal of International Law, Vol. 89, No. 3, 1995, s.637.

sivil varlıkları kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Tarihi bir kilisenin yok edilmesi orantılı değildir ancak komuta ve kontrol merkezi haline gelmiş aynı tarihi kilisenin yok edilmesi orantılıdır.²⁶⁶ 6(a) maddesi düşmanca bir şekilde hareket etmek amacıyla kültürel varlıklara karşı bir Devletin askeri gereklilik istisnasına başvurabilmesi durumlarını belirtmektedir. Bu madde, taraf Devletin sadece “kültürel varlık işlevi gereği askeri bir hedef haline gelmişse” ve “edinilecek askeri üstünlüğe eşdeğer bir üstünlük elde etmenin elverişli başka bir şartı yoksa” bu istisnaya başvurabileceğini belirtmektedir. Böylece 1999 tarihli İkinci Protokol, askeri fayda ve askeri gereklilik arasındaki dengeyi belirterek, askeri gereklilik istisnasını daha da meşrulaştırmıştır.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin zorunlu askeri gereklilik olması koşuluyla, kültürel varlıkların askeri eylemlerde kullanılmasına izin verdiği istisnanın içeriği çok açık değildir. Klasik bir örnek olarak geri çekilen askerlerin, kültürel varlıkları savunma amaçlı kullanılması amacıyla barınak olarak kullanmaları verilebilir.²⁶⁷ İstisna, “Zorunlu askeri gereklilik durumu ile başka bir alternatif olmaması” durumuyla sınırlıdır.²⁶⁸ 1999 tarihli İkinci Protokol'ün 6(b) maddes göre kültürel varlıkların askeri amaçlarla kullanılması bağlamında “zorunlu askeri gereklilik”, sadece benzer bir askeri fayda öngörülemediği sürece haklı neden oluşturabilir.²⁶⁹

1977 tarihli Birinci Protokol'ün 57(2)(c) maddesine göre saldırıdan önce sivil nüfusa yapılacak saldırılarda etkili bir uyarı yapılmalıdır. Bu durum göstermektedir ki bazı bakımlardan kültürel varlıkların ko-

²⁶⁶ Adil Ahmad Haque, “Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict”, Stockholm Center for the Ethics of War and Peace, <http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/> (06.09.2015)

²⁶⁷ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

²⁶⁸ Neeru Chadha, “Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

²⁶⁹ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.24.

runması sivil nüfusun korunmasına benzemektedir.²⁷⁰ 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesi askeri gereklilik durumuna kimin karar vereceği konusunda sessiz kalırken, 1999 tarihli İkinci Protokol'ün 6(c) maddesine göre, zorunlu askeri gereklilik kararı, şartların başka türlü bir duruma izin vermediği yerde, bir tabura eşit ya da daha büyük bir birimde görevli sadece bir kuvvet komuta subayı tarafından alınabilir.²⁷¹

Kültürel varlıklar askeri fayda elde edileceği zaman kullanılabilirler ve bu zorunlu askeri gerekliliğe eşittir. Askeri fayda öncelikli olduğundan ve erken uyarı bu fayda olumsuz etkileyeceğinden, erken uyarı koşuluna uyulması tartışmalıdır. 6(c) maddesi askeri gereklilik istisnasının kullanımını sınırlayan iki kriter daha içermektedir. İlk olarak istisnaya başvurma kararı, “Zorunlu askeri gereksinime başvurulma yönündeki bir karar ancak büyüklük bakımından bir tabura eşdeğer ya da daha büyük bir kuvveti veya şartlar aksi yönde elverişli olmadığına daha küçük bir kuvveti kumanda eden bir subay tarafından alınabilir.” Üst düzey subayların astlarından daha objektif davranması nedeniyle bunun objektiflik sağladığı düşünülmektedir.²⁷² Ayrıca daha düşük kıdemdeki subayların bu tür kararlar almalarına rehberlik edecek kurallar mevcut olmadığından, 6. madde kültürel varlıkların korunması için küçük bir fayda sağlamaktadır.²⁷³

Devletlerin düşmanlıklarda kültürel varlıkları koruması görevleri ele alınırken, İkinci Protokol'ün 8. maddesi bir taraf Devletin, “kültürel varlıkları askeri hedeflerin çevresinden uzaklaştıracak ya da buldukları yerde gerekli korumayı sağlayacak” tedbirler almasını ve “askeri hedefleri kültürel varlıkların yakınına” kurmamasını öngörmektedir. Aynı şekilde 7. maddede savaşan karşı Devlet, kültürel varlıklara karşı saldırılması olasılığına karşı birtakım önlemler alarak hareket etmelidir.

²⁷⁰ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

²⁷¹ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.24; Howe, s.415.

²⁷² Forrest, s.214.

²⁷³ Forrest, s.214.

7 ve 8. maddeler bağlamında kültürel varlıklara karşı gerçekleştirilen saldırıyı ya da bu tür bir saldırının etkilerini azaltmak amacıyla aşağıdaki önleyici tedbirler alınmalıdır:

- Kültürel varlıkların saldırıda hedef olmaması için mümkün olan her şey yapılmalıdır,
- Kültürel varlıklara verilebilecek olası zararları minimize eden bir bakış açısıyla, saldırı araç ve yöntemlerinin seçiminde mümkün olan tüm önlemler alınmalıdır,
- Çatışmanın tarafları kültürel varlıklara olası bir zarara sebebiyet verebilecek bir saldırı başlatmaktan kaçınmalıdırlar,
- Eğer kültürel varlıkların korunması amacı belirgin hale gelirse ve saldırının yukarıda belirtilen zarara neden olması bekleniyorsa, saldırı iptal edilmeli ya da askıya alınmalıdır,
- Taşınır kültürel varlıklar askeri hedeflerin çevresinden kaldırılmalı ya da buldukları yerde yeterli şekilde korunmalıdır,
- Çatışmanın tarafları askeri hedefleri kültürel varlıkların yakınına yerleştirmekten kaçınmalıdır.²⁷⁴

“Özel koruma” rejimi uygulamada 1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin az ya da çok etkisiz kalmasına sebebiyet vermiştir. Bu nedenle 1999 tarihli İkinci Protokol’ün hazırlık aşamasında “gelişmiş koruma” denilen yeni üçüncü bir kategorinin oluşturulmasına karar verilmiştir.²⁷⁵ 1999 tarihli İkinci Protokol’ün sağladığı en önemli yenilik, kültürel varlıkların korunmasında gelişmiş koruma kavramının getirilmesi olmuştur.²⁷⁶ İkinci Protokol, gelişmiş koruma rejimini insanlık için büyük önem taşıyan kültürel varlıklar bakımından öngörmektedir. Böylece İkinci Protokol bağlamında özel koruma rejiminin yerini gelişmiş koruma almıştır.

10. maddeye göre kültürel varlıkların “gelişmiş koruma” adı altında korunması için sadece insanlık için büyük önem taşıyan varlıklar olması değil, aynı zamanda yeterli ulusal, hukuki ve idari tedbirler ile

²⁷⁴ Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC, s.24.

²⁷⁵ Desch, s.4.

²⁷⁶ O’Keefe, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, s.263.

korunması ve askeri amaçlar ya da askeri alanların korunması amacıyla kullanılmaması gerekmektedir. 10(c) maddesine göre gelişmiş koruma sağlamak isteyen Devlet, bu şekilde varlıkların kullanılmayacağını doğrulayan bir beyanda bulunmalıdır. Bunun sonucunda İkinci Protokol uzaklık şartını ortadan kaldırmıştır. Yeni sistem bağlamında 10. maddeye göre gelişmiş korumanın uygulanabilmesi için Gelişmiş Koruma Altındaki Kültürel Varlıkların Listesi'nde yer alabilmek üzere kültürel varlıkların şu şartları taşıyor olması gerekmektedir:

- İnsanlık için büyük önem taşıyan kültürel miras olmalıdır,
- İstisnai kültürel ve tarihsel değerini kabul ederek en yüksek seviyede koruma sağlamak üzere yeterli iç hukuk ve idari tedbirler ile korunuyor olması gerekmektedir,
- Askeri amaçlar için kullanılmıyor olmalıdır,
- Askeri alanları korumak üzere kullanılmıyor olmalıdır,
- Kültürel varlıklar üzerinde kontrolü olan taraf Devlet tarafından yapılacak deklarasyon ile bu şekilde kullanılmayacağı taahhüt edilmiş olmalıdır.²⁷⁷

Diğer şartlar olmazsa olmaz koşulları oluştursa da iç hukuk tarafından yapılması gereken düzenlemeler vazgeçilmez bir unsur olmamaktadır.

Genel koruma ve gelişmiş koruma arasındaki asıl fark, saldırıyı gerçekleştirenin yükümlülüklerinden değil kültürel varlıkları elinde bulunduran Devletin yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır. Genel koruma durumunda kültürel varlıkları elinde bulunduran Devletin, ihtiyaç olması halinde varlıkları askeri hareket için kullanarak askeri hedefe dönüştürme hakkı var iken gelişmiş koruma durumunda kültürel varlıkları elinde bulunduran Devletin kültürel varlıkları, askeri hareket için kullanarak askeri hedef haline getirme hakkı kesinlikle bulunmamaktadır.²⁷⁸

Liste'ye kayıtlı varlıkların askeri amaçlarla kullanılması İkinci Protokol'ün ağır ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle gelişmiş

²⁷⁷ Desch, s.4.

²⁷⁸ Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

koruma yanılıcıdır. Sistemin esası “kayıt” ya da “tasdik edilmiş koruma” ile ilgilidir. Varlıkları elinde bulunduran Devlet, varlıkların askeri amaçla kullanılmayacağı sözünü kayıt altına aldırır veya tasdik ettirir. Bunun sonucunda varlık bir saldırının hedefi haline gelmez. Varlıkları, Liste’ye kayıt ettirmenin fayda düşmanın bu durumdan haberdar olması ve varlıklara gerçekleştirilecek saldırının, saldıran Devlet açısından ciddi sonuçları olacağını bilinmesidir.²⁷⁹

Gelişmiş koruma sağlamada kolaylaştırılan prosedür, kültürel varlıklara daha yüksek seviyede koruma sağlamaktadır. Askeri gereklilik ve katı yaptırımlar konularındaki büyük hassasiyetler daha iyi uygulama mekanizması sağlayacaktır. Protokol ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanmaktadır. Bu nedenle Protokol kurallarının ağır ihlali evrensel yargı yetkisine dayanılarak iç çatışmalarda da uygulanabilir.

11. maddeye göre Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Komitesi, varlıklara gelişmiş koruma sağlamak üzere kurulmuştur. İkinci Protokol tarafından sağlanan gelişmiş koruma rejimi bağlamında sit alanlarının kayıt altına alınması ile bu tür kültürel varlıklar hiçbir koşulda askeri amaçlar için kullanılamaz duruma gelmektedir.²⁸⁰ Kültürel varlıkların gelişmiş koruma altındaki kültürel varlıklar listesine dahil edilme talebinde öngörülen, ancak taraf Devletin iç hukukunda yeterli tedbir kriterlerini yerine getiremediği bazı istisnai olaylarda söz konusu Devletin uluslararası yardım talebi şartını kabul etmesiyle gelişmiş koruma yine sağlanabilmektedir. Taraf Devletlerin, silahlı bir çatışmada kültürel varlıkları saldırı nesnesi yapmaktan ya da askeri hareketi destekleyici herhangi bir kullanımdan kaçınarak, gelişmiş koruma altındaki kültürel varlıklara dokunulmazlık tanıma yükümlülüğünden kurtulma imkanı yoktur.²⁸¹

13. maddeye göre bir kültürel varlık işlevi nedeniyle bir kez askeri hedef haline geldiğinde ve başka öngörülebilir bir alternatif olmadığında, sahip olduğu korumayı kaybeder.²⁸² 13. maddenin (1)(a) ve (1)(b)

²⁷⁹ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

²⁸⁰ Milligan, s.96.

²⁸¹ Desch, s.4.

²⁸² Neeru Chadha, “Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent

paragraflarında gelişmiş koruma altındaki kültürel varlıkların korumayı kaybedebileceği koşullar tanımlanmaktadır. 13(1)(a) maddesi kültürel varlığın gelişmiş koruma statüsünü 14. madde bağlamında değerlendirerek askeri amaçlarda kullanılması ya da askeri eylemlerin desteklenmesi nedeniyle bu tür bir korumanın askıya alınması ya da iptali ile kaybedeceğini belirtmektedir. 13(1)(b) maddesi kültürel varlık kullanımını nedeniyle ve kullanıldığı sürece askeri hedef olmaktadır. Askeri hedef kavramı tanımlanmışken, askeri eylem ve askeri amaç kavramları tanımlanmamıştır.²⁸³

13. maddeye göre askeri gerekliliğe başvurma kararı, en üst düzeydeki karar komutanı tarafından alınmalı ve saldırıdan önce bir uyarıda bulunulmalıdır. Aksi takdirde, 12. maddeye göre kültürel varlıklar ya da varlıkların yakın çevreleri, askeri hareketi destekleme amaçlı kullanılmamalıdır. Özellikle bu yükümlülükte askeri gereklilik istisnası bulunmamaktadır.

14. maddeye göre gelişmiş koruma tanınan varlıklar, kullanımları nedeniyle askeri hedef haline geldiğinde özel statülerini kaybedecektir. Askeri hedefler 1(f) maddesinde “[Y]apısı, konumu, amaçları ya da faydaları bakımından askeri faaliyetlere etkili katkılarda bulunan ve geçerli yönetim sırasında kısmi ya da tamamen zarar görmeleri, ele geçirilmeleri, etkisizleştirilmeleri tartışmasız bir askeri üstünlük sağlayan hedefler” olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu koşullar altında, gelişmiş korumadan yararlanan kültürel varlıklara, yalnızca askeri hedef halşne getiren kullanıma son vermenin tek yolunun yok edilmeleri ve zararı en aza indirmek için önlemlerin alınması halinde saldırılabilir.

Askeri hedefin tanımında iki kriter bulunmaktadır. Kriterlerden ilki; nesnelere yapı, konumu, amacı, kullanımınıdır. İkincisi ise yok ederek, ele geçirerek, etkisizleştirerek kazanılacak askeri fayda şeklindedir. Nesnelere yapı, konumu, amacı ve kullanımı, askeri faaliyete etkin katkı yapmalıdır. Askeri fayda zamanın koşulları bakımından kesin olmak zorundadır. Bu nedenle askeri hedef kavramı askeri gereklilik

Developments”, ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).

²⁸³ Jean-Marie Henckaerts, “New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).

fikrini içermektedir. Bir nesne bir kez askeri hedef haline gelirse, bazı istisnalar saklı kalmak üzere yok edilebilir, ele geçirilebilir ya da etkisizleştirilebilir. Askeri hedef olan nesnelerin sınırlandırılması, silahlı çatışmaların belli sınırlarının olduğuna katkıda bulunmaktadır. Sonuç olarak, askeri hedef kavramı insancıl hukukun askeri çıkar ve insancıl kaygılar arasında kurduğu dengeyi belirtmektedir.²⁸⁴

1999 tarihli İkinci Protokol'ün 15. maddesi aynı zamanda bireylerin kültürel varlıklara verdikleri zararlardan dolayı kovuşturulacağı durumları düzenlemektedir.²⁸⁵ Kültürel varlığı gelişmiş koruma bağlamında saldırı nesnesi haline getirmek ya da kültürel varlığı gelişmiş koruma bağlamında kullanmak ya da yakın çevresini askeri harekate destek için kullanmak savaş suçlusu olarak bireyin cezai sorumluluğunu gerektirdiğinden İkinci Protokol'ün ağır ihlalini oluşturmaktadır.²⁸⁶

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi, kültürel varlıklara yönelik düşmanca eylemleri yasaklamaktadır. Ancak söz konusu yasaklamadan askeri gereklilik durumunda vazgeçilebilir. İkinci Protokol'e göre her ne zaman askeri kullanımda olsalar ve askeri fayda elde etmek için gerekli olsalar, kültürel varlıklara saldırılması meşrudur. Söz konusu düzenleme kültürel varlıkların silahlı çatışmalarda korunmasını zayıflatmaktadır.²⁸⁷

1999 tarihli İkinci Protokol'ün olumlu yanlarına değinmek gerekirse 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin bazı hükümlerini güncellemekte, kültürel varlıkların koruma rejimini 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 1977 tarihli I No.lu Ek Protokolü'ne uygun olarak açıklamaktadır.

İkinci Protokol'de kültürel varlıkların korunması ile insan hayatının korunması ve askeri gereklilik arasındaki denge sorunu tatmin edici bir şekilde giderilmiştir. İkinci Protokol, koruma düzeyi açısından

²⁸⁴ Jean-Marie Henckaerts, "New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict", International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jq37.htm> (09.09.2015).

²⁸⁵ Howe, s.415.

²⁸⁶ Desch, s.5.

²⁸⁷ Adil Ahmad Haque, "Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict", Stockholm Center for the Ethics of War and Peace, <http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/> (06.09.2015).

önemli bir ilerlemeyi temsil etmektedir. Protokol, askeri gerekliliğin açık bir tanımını yaparak olası kötüye kullanımını ya da belirsiz yorumları önlemektir. Protokol ile insanlık için büyük öneme sahip kültürel varlıkların ulusal mevzuat tarafından korunmaları sağlanmaktadır. Bunun yanında askeri amaçlarla kullanılmayan kültürel mirasın korunması amacıyla “gelişmiş koruma” şeklinde yeni bir koruma kategorisi tanınmaktadır. Protokol kültürel varlıklara zarar veren ağır ihlal hallerinde uygulanacak yaptırımları ve kişilerin cezai sorumluluğuna neden olan koşulları düzenlemektedir.

SONUÇ

Silahlı çatışmalarda bir ülkenin kültürel varlığına zarar verildiğinde ya da yok edildiğinde karşı tarafa geri dönüşü olmayan bir zarar verilmiş olmaktadır. Bu zararın tamamen ortadan kaldırılamaması nedeniyle askeri gereklilik şeklinde bir istisnaya sözleşmelerde yer verilmektedir. Sözleşmelerde somut şekilde askeri gereklilik istisnasına yer verilmesi 19. yüzyıldan bu yana gözlemlenmektedir. 1863 tarihli Lieber Kodu ile başlayan süreci, 1899-1907 tarihli Lahey Düzenlemeleri takip etmiştir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nde bahsedilen önceki düzenlemelerde yer alan askeri gereklilik istisnasına doğrudan yer verilmemiş ve kültürel varlıkların korunması silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasının ardında kalmıştır.

Kültürel varlıkların korunması müstakil bir madde olarak ilk kez 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Sözleşme silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların doğrudan korunmasına ilişkindir. Ancak askeri gereklilik istisnasını içermesi ve söz konusu istisnanın içeriğini düzenlememesi nedeniyle bu kavramın kötüye kullanılmasının önüne geçilememiştir.

1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin askeri gereklilik istisnasını ayrıntılı şekilde düzenlememesi nedeniyle yaşanan silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların askeri gereklilik ileri sürülerek yok edilmesinin önüne geçilememiş ve 1999 yılında 1954 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne ek bir protokol kabul edilmiştir.

Askeri gereklilik istisnasına uluslararası düzenlemelerde yer verilmeye devam edildiği sürece, kültürel varlıklar hedef olduklarında ya da can kaybını azaltmak amacı iddia edildiğinde, kültürel varlıklara karşı yürütülen askeri eylemler devam edecektir.

KAYNAKÇA

- ABTAHI Hiram**, The Protection of Cultural Property in Times of Armed Conflict: The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *The Harvard Human Rights Journal*, Vol.14, Spring, 2001, ss.1-32.
- ADLER G.J.**, Targets in War: Legal Considerations. in Falk, Vol.3, 1968 - 1972 (q.u.1), ss. 281-326.
- ALCALA Ronald T.P.**, Babylon Revisited: Reestablishing a Corps of Specialists for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict, *Harvard National Security Journal*, Vol. 6, 2015. ss.206-254.
- BERGER Maj Joseph B. III, Maj Derek Grimes, Maj Eric T. Jensen**, Operational Law Handbook Vol.20, 2004, <http://www.fas.org/irp/doddir/army/law2004.pdf> (e.t.30.11.2016).
- BIROV Victoria A.**, Prize or Plunder?: The Pillage of Works of Art and the International Law of War, Vol.30, 1998, ss.201-249.
- BOGDANOS Matthew**, The Casualties of War: The Truth About the Iraq Museum, *American Journal of Archaeology*, Vol.109, No.3, 2005, ss.477-536.
- BOYLAN Patrick J.**, Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention of 1954), UNESCO, CLT-9j/Wh/12, 1993.
- BUGNION François**, The Origins and Development of the Legal Protection of Cultural Property in The Event of Armed Conflict, 50th Anniversary of the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 2004, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/65shtj.htm> (e.t. 08.09.2015).
- BUZA Laszlo**, The State of Necessity in International Law, Vol:1, *Acta Juridica*, The State of Necessity in International Law, Vol.1, 1959, ss.205-228.
- CAGGIANO Mark J. T.**, The Legitimacy of Environmental Destruction in Modern Warfare: Customary Substance Over Conventional Form, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol.20, Spring, 1993, ss.478-506.
- CARNAHAN Burrus M.**, Lincoln, Lieber and The Laws of War: The Origins and Limits of The Principle of Military Necessity, *American Journal of International Law*, Vol.92, 1998, ss.212-231.
- CHADHA Neeru**, Protection of Cultural Property During Armed Conflict: Recent Developments, *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. 12, 2001, <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/12.html> (e.t.19.12.2015).
- CORN Geoffrey S.**, Snipers in the Minaret-What Is the Rule?, *The Law of War and the Protection of Cultural Property: A Complex Equation*, *The Army Lawyer*, Vol.386, 2005, ss.28-40.

- CUNNING Andrea**, The Safeguarding of Cultural Property in Times of War & Peace, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, Vol.11, 2003, ss.210-238.
- DEHN John C.**, The Commander-In-Chief and The Necessities of War: A Conceptual Framework, *Temple Law Review*, Vol.83, Spring, 2011, ss.600-664.
- DESCH Thomas**, Problems in the Implementation of the Convention from the Perspective of International Law, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – A Challenge in Peace Support Operations*, Edited: Edwin R. Micewski Gerhard Sladek, Vienna, 2002, ss.1-9.
- DETLING Karen J.**, Eternal Silence: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia, *The Maryland Journal of International Law & Trade*, Vol.17, 1993, ss.40-75.
- DRAPER G.I.A.D.**, Military Necessity and Humanitarian Imperatives, *Military Law and Law of War Review*, Vol.12, 1973, ss.129-142.
- EAGEN Sarah**, Preserving Cultural Property: Our Public Duty: A Look at How and Why We Must Create International Laws That Support International Action, *Pace International Law Review*, Vol.13, 2001, ss.407-448.
- FORREST Craig J.S.**, The Doctrine of Military Necessity and The Protection of Cultural Property During Armed Conflicts, *California Western International Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 2007, ss.177-219.
- GASSER Hans-Peter**, For Better Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: A Proposal for Action, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 3, 1995, ss.637-644.
- GERSTENBLITH Patty**, Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage during Armed Conflict, *Archaeologies: Journal of the World Archaeological Congress*, Vol.5, No.1, 2009, ss.18-31.
- GERSTENBLITH Patty**, From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century, *Georgetown Journal of International Law*, Vol.37, Winter, 2006, ss.245-351.
- GERSTENBLITH Patty**, The Destruction of Cultural Heritage: A Crime Against Property or a Crime Against People?, *The John Marshall Law School Review of Intellectual Property Law*, Vol.15, 2016, ss.336-393.
- GÜNEYSU Gökhan**, Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, *Adalet Yay.*, Ankara, 2014.
- GÜNEYSU Gökhan**, Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, *TAAD*, Yıl.4, Sayı.14, 2013, ss.451-465.
- HAMEL Phillipe**, The 1999 Protocol to the Convention on Protection of Cultural Property in Armed Conflict, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict – A Challenge in Peace Support Operations*, Ed. Edwin R. Micewski and Gerhard Sladek, Vienna, 2002, ss.97-98.

- HAQUE Adil Ahmad**, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Cultural Property Under the Law of Armed Conflict, Stockholm Center for the Ethics of War and Peace, <http://stockholmcentre.org/cultural-property-under-the-law-of-armed-conflic/> (06.09.2015).
- HENCKAERTS Jean-Marie and Louise Doswald-Beck**, Customary International Humanitarian Law, International Committee of The Red Cross, Cambridge University Press, 2005.
- HENCKAERTS Jean-Marie**, New Rules For The Protection Of Cultural Property In Armed Conflict, International Review of the Red Cross, No. 835, 1999, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jq37.htm> (09.09.2015).
- HILL-CAWTHORNE Lawrence**, The Role of Necessity in International Humanitarian and Human Rights Law, Israel Law Review, Vol. 47, No.2, 2014, ss.225-251.
- HLADIK Jan**, Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, International Journal of Cultural Property The Hague, Netherlands, Vol. 8, No. 2, 15-26 March 1999, ss.526-529.
- HORTON Scott**, Kriegerraison or Military Necessity? The Bush Administration's Wilhelmine Attitude Towards the Conduct of War, Fordham International Law Journal, Vol.30, 2007, ss.575-598.
- HOWE Zoë**, Can the 1954 Hague Convention Apply to Non-state Actors?: A Study of Iraq and Libya, Texas International Law Journal, Vol. 47, Issue 2, 2013, ss.403-425
- HUBER M.**, Die kriegsrechtlichen Vertreige and die Kriegerarison. Zeitschrift fur Völkerrecht. Vol. VII. 1913'den aktaran **Laszlo Buza**, The State of Necessity in International Law, 1 Acta Juridica, Vol.1, 1959.
- JAWORSKI Eric**, "Military Necessity" and "Civilian Immunity": Where is the Balance?, Chinese Journal International Law, Vol.2, 2003, ss.175-206.
- JENSEN Eric Talbot**, The International Law of Environmental Warfare: Active and Passive Damage During Armed Conflict, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol.38, January, 2005, ss.145-185.
- JOHNSON John C.**, Under New Management: The Obligation to Protect Cultural Property During Military Occupation, Military Law Review, Vol. 190/191, 2006-2007, ss.111-152.
- KEANE David**, The Failure to Protect Cultural Property in Wartime, Journal of Art and Entertainment Law, Vo.14, 2004, ss.1-38.
- KOSSIAKOFF Megan**, The Art of War: The Protection of Cultural Property During The "Siege" of Sarajevo (1992-95), Journal of Art and Entertainment Law, Vol.14, 2004, ss.108-169.

- LIPPMAN Matthew**, Art and Ideology in the Third Reich: The Protection of Cultural Property and the Humanitarian Law of War, *Penn State International Law Review*, Vol.17, 1998, ss.1-97.
- MCCOUBREY Hilaire**, The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity, *Vol.30*, 1991, ss.217-240.
- MERRYMAN John Henry**, Cultural Property Internationalism, *International Journal of Cultural Property*, Vol.12, 2005, ss.11-39.
- MERRYMAN John Henry**, Two Ways Of Thinking About Cultural Property, *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4, October 1986, ss. 831-853.
- MILLIGAN Ashlyn**, Targeting Cultural Property: The Role of in International Law, *Journal of Public and International Affairs*, 2008, ss.91-106, <https://www.princeton.edu/jpia/past-issues-1/2007/Letter.pdf> (e.t.30.11.2016).
- O'CONNELL Mary Ellen**, Occupation Failures and the Legality of Armed Conflict: The Case of Iraqi Cultural Property, *Ohio State University Moritz College of Law*, Working Paper No.6, 2004, ss.1-31.
- O'KEEFE Roger**, The Protection of Cultural Property in Armed Conflict, *Amicus Curiae*, Issue 71, Institute of Advanced Legal Studies, Autumn 2007, ss.2-6.
- O'KEEFE Roger**, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006.
- OPPENHEIM Lassa**, *International Law, A Treatise*, 2 vols., 2nd edn (London:Longmans, Green, 1912), vol.II.'den aktaran **Roger O'Keefe**, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, 2006.
- ÖZEL Sibel**, *Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması*, Alkim Yay., İstanbul, 1998.
- PETERSEN Kirstin E.**, Cultural Apocalypse Now: The Loss of the Iraq Museum and a New Proposal for the Wartime Protection of Museums, *Minnesota Journal of International Law*, Vol.16, Winter, 2007, ss.162-191.
- PICTET Jean**, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Martinus Nijhoff, 1985.
- POSNER Eric A.**, International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 141*, Chicago, 2006, ss.1-20.
- RAGONE Peter A.**, The Applicability of Military Necessity in the Nuclear Age, *International Law and Politics*, Vol.16, 1984, ss.701-713.
- SANDHOLTZ Wayne**, The Iraqi National Museum and International Law: A Duty to Protect, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.44, 2005, ss.185-240.

- SANDOZ Yves**, Christophe Swinarski and Bruno Zimmerman (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC/Martinus Nijhoff, Dordrecht/Geneva, 1987.
- SARIBEYOĞLU Meltem**, Kitle İmha Silahlarının Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Cilt.3, Sayı.5, 2004, ss.21-53.
- SCHMITT Michael N.**, Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delicate Balance, Virginia Journal of International Law, Vol.50, No.4, 2010, ss.795-839.
- SCHWARZENBERGER Georg**, International Law as applied by International Courts and Tribunals. Vol. II: The Law of Armed Conflict. Stevens & Sons Ltd., London, 1968.
- SHARP Walter Gary**, The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia: Defining The Offenses, The Maryland Journal of International Law & Trade, Vol.23, 1999, ss.14-76.
- SHAW Malcolm**, International Law, Sixth Edition, Cambridge University Press, 2008.
- SKALAR SARIBEYOĞLU Meltem**, Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.9, Sayı.123-124, 2014, ss.37-64.
- SKALAR SARIBEYOĞLU Meltem**, “BM Güvenlik Konseyi’nin Terörün Finansmanının Engellenmesine İlişkin Son Kararıyla Öngörülen Önemli Değişiklikler”, Güncel Hukuk, Mart 2015/3-135, ss. 29-31.
- SMART Matthew**, An Issue of Monumental Proportions: The Necessary Changes to be Made Before International Cultural Heritage Laws Will Protect Immovable Cultural Property, Chicago-Kent Law Review, Vol.91, No.2, 2016, ss.759-802.
- THURLOW Matthew D.**, Protecting Cultural Property in Iraq: How American Military Policy Comports with International Law, Yale Human Rights & Development Law Journal, Vol.8, 2005, ss.152-187.
- TOMAN Jiri**, The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Legal Monographs and Treaties, 1996.
- TSAGOURIAS Nicholas**, Necessity and the Use of Force: A Special Regime, Necessity Across International Law, Netherlands Yearbook of International Law, I. F. Dekker and E. Hey (Eds.), TMC Asser Press, Springer, Vol.41, 2010, ss.11-44.
- VARNER Elizabeth**, Symposium on Moral and Ethical Perspectives in War, Terrorism, and Military Law: The Art of Armed Conflicts: An Analysis of The United States’ Legal Requirements Towards Cultural Property Under The 1954 Hague Convention, Vol.44, June, 2011, ss.1186-1243.
- VRDOLJAK Ana Filipa**, International Law, Museums and the Return of Cultural Objects. New York: Cambridge University Press, 2006.

DİĞER KAYNAKLAR

- A Blue Shield for the Protection of our Endangered Cultural Heritage, Proceedings of the Open Session co-organized by PAC Core Activity and the Section on National Libraries, translated and edited by Corine Koch, Glasgow 2002, ss.1-35.
- Empirical Approaches to the International Law of War, Moderator: Aaron Fellmeth, Panelists: Richard Jackson, Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution, 16 Willamette J. Int'l L. & Dispute Res., 2008.
- FIŞK Robert, Isis Profits from Destruction of Antiquities by Selling Relics to Dealers and Then Blowing up the Buildings They Come from to Conceal the Evidence of Looting, Independent, <http://www.independent.co.uk/voices/isis-profits-from-destruction-of-antiquities-byselling-relics-to-dealers-and-then-blowing-up-the-10483421.html> (e.t.30.11.2016).
- Instructions for the Government Armies of the US in the Field, prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No 100 by President Lincoln, 24 April 1863, art 14, reprinted in Dietrich Schindler and Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflict: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (4th edn, Martinus Nijhoff 2004).
- Iraqi Raiders, *The Washington Post*, June 15, 1991 at A22.
- ISIS Fast Facts, CNN, 14 Oct. 2015, <http://www.cnn.com/2014/08/08/world/ISIS-fast-facts/> (e.t.30.11.2016).
- JEHL Douglas and Elizabeth Becker, Experts' Pleas to Pentagon Didn't Save Museum, N.Y. Times, Apr. 16, 2003, B5, <http://www.nytimes.com/2003/04/16/world/a-nation-at-war-the-looting-experts-pleas-to-pentagon-didn-t-save-museum.html> (e.t.22.11.2016).
- KÜRÜM Neslihan, *Uluslararası İlişkilerde Kültür Varlıklarının Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Trakya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Edirne, Aralık, 2005.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. 226, 257, 8 July 1996.
- Operational Law Handbook, 2004, s.13, <http://fas.org/irp/doddir/army/law2004.pdf> (e.t.22.11.2016).
- Practical Advice for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, Advisory Service on International Humanitarian Law, ICRC.
- Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War, Brussels, Aug. 27, 1874.
- Protection of cultural property in the event of armed conflict, International Committee of the Red Cross, 29.10.2010, <https://www.icrc.org/eng/war-and-law/conduct-hostilities/cultural-property/overview-cultural-property.html> (e.t. 10.10.2015).
- Syria Iraq: The Islamic State Militant Group, BBC NEWS, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-24179084> (e.t.30.11.2016).

The Laws of War on Land, Pub. The Institute of International Law, Adopted by: The Institute of International Law at Oxford, 9 Sept. 1880.

U.S. Dep't of Army, Field Manual 27-10, The Law of Land Warfare, para. 3.a (18 July 1956) (C1, 15 July 1976).

UNESCO Executive Board, Report of the Secretary-General on the Results of the Meeting of Governmental Experts on the Revision of the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954, UNESCO Doc. 155 EX/51, 11-13 May 1998.

UNESCO, Summary Report, Diplomatic Conference on the Second Protocol to the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, The Hague, 15-26 Mar. 1999.

UNESCO World Heritage List, Syrian Arab Republic, <http://whc.unesco.org/en/statesparties/sy> (25.01.2017).

Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda
Hastanelerin, Tıbbi Personelin ve Tedavi
Görenlerin Korunması
(Protection of Hospitals, Medical Personnel
and Persons Being Treated in the International
Law of Armed Conflict)



Ar. Gör. Alper IŞIK*

*“Harbe giden sarı saçlı çocuk!
Gene böyle güzel dön;
Dudaklarında deniz kokusu,
Kırpiklerinde tuz;
Harbe giden sarı saçlı çocuk!”
Orhan Veli*

ÖZET

Suriye'nin Şam, Afganistan'ın Kunduz, Yemen'in Hacca kentlerinde bulunan hastaneler çeşitli saldırılar sonucunda vurulmuştur. Savaş ya da silahlı çatışma zamanında hukukun ortadan kaybolması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu yüzden silahlı çatışmalar hukuku kurallarıyla bu alandaki boşluk doldurulmaktadır. Çalışmada bu saldırılardan yola çıkarak silahlı çatışmalar hukuku kapsamında; hastanelere, tıbbi personele ve tedavi görenlere yönelik olarak yapılan saldırıların meşru olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Silahlı Çatışmalar Hukuku, Hastanelerin Korunması, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Tıbbi Personelin Korunması*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

ABSTRACT

Hospitals located in Damascus in Syria, Kunduz in Afghanistan and Hajj in Yemen were targeted by several armed attacks. Protection provided by law does not vanish at the time of war or armed conflict. Moreover, the gap in this area is filled by the law of armed conflict. In this paper, it will be analysed whether or not the attacks against the hospitals, medical personnel and patients being treated in these facilities are legitimate within the context of those attacks.

Key Words: *Armed Conflict Law, Protection of Hospitals, 1949 Geneva Conventions, International Criminal Court, Protection of Medical Personnel*

1. GİRİŞ

Silahlı çatışmalar esnasında yalnızca çatışmaya katılanlar değil, çatışmanın tarafı olmayanlar da zarar görmektedir. Son yıllarda Suriye'nin Şam¹, Afganistan'ın Kunduz², Yemen'in Hacca kentlerinde³ yaşanan olaylarda bu kentlerde bulunan hastaneler çeşitli saldırılar sonucunda vurulmuştur.

Sınır Tanımayan Doktorlar (Médecins Sans Frontières) Örgütü'nün raporlarına yansıdığı kadarıyla, Şam'da bombalanan farklı hastanelerde, iki hastane personeli ve iki hasta hayatını kaybederken 16 kişi de yaralanmıştır. Kunduz'da gerçekleşen saldırıda ise toplamda 42 kişi hayatını kaybetmiştir. Bu kişilerden 14'ü MSF çalışanı, 24'ü hasta, 4'ü de tıbbi personele yardımcı olan hasta yakınlarıdır. Hacca'da gerçekleşen saldırıda ise 11 kişi hayatını kaybetmiş, 19 kişi de yaralanmıştır.

¹ Şam ve Çevresinde Dört Hastane Daha Vuruldu <http://sinirtanimayandoktorlar.org/saha-projeleri/samda-dort-hastane-daha-vuruldu/> Erişim Tarihi: 27.02.2017.

² ABD Güçlerince Bombalanan Kunduz'daki MSF Hastanesinde Ölü Sayısı 42'ye Yükseldi http://sinirtanimayandoktorlar.org/gorus-ve-tartisma/kunduz_olu_sayisi_42_oldu/ Erişim Tarihi: 27.02.2017

³ Yemen'de MSF'nin Desteklediği Hastaneye Hava Saldırısı <http://sinirtanimayandoktorlar.org/sahadan-haberler/yemen-abs-hastanesine-hava-saldirisi/> Erişim Tarihi: 27.02.2017

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere silahlı çatışmalarda hastanelerin, buralarda görev yapan tıbbi personelin ve tedavi görenlerin korunması hususu gerektiği gibi uygulanmamaktadır. Çalışmada ilk olarak silahlı çatışmalara ve ayrımlarına ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Daha sonra silahlı çatışmalar hukukunun temel düzenlemelerine kısaca değinilecek ve söz konusu düzenlemeler bağlamında hastane, tıbbi birim, tıbbi personel ve tedavi gören kavramlarının tanımı ve kapsamı belirlenecektir. Daha sonra söz konusu kurum ve kişilere yönelik korumanın kapsamı ve sona erme durumlarından bahsedilecektir. Son olarak ise hastane, tıbbi birim, tıbbi personel ve tedavi görenlere yönelen ihlallerin yaptırımı konusu, devletin ve bireylerin sorumluluğu bağlamında açıklanmaya çalışılacaktır.

1.1. Silahlı Çatışma Kavramı

Silahlı çatışmalar hukuku kuralları, savaş esirlerine, sivillere, yaralı ve hastalara yapılacak muameleleri ve savaşta uygulanması yasak yöntemleri ve çatışma durumundaki insan haklarını düzenler⁴. Ancak doktrinde silahlı çatışmalar ya da savaş hukuku adı altında savaşın kurallarının düzenlenemeyeceği görüşü de ortaya atılmaktadır. Çünkü silahlı çatışmalar hukuku fikrini eleştirenler, savaş anında bu hukuki değerlerin terkedileceğini düşünmektedir⁵. Ancak savaşın yıkıcı etkisinin özellikle savaşa katılmayanları da etkilediği düşünüldüğünde, söz konusu kuralların önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Savaş ya da silahlı çatışma kavramları, silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanma kapsamını belirlemek bakımından önem taşımaktadır. Kuralların amacı, silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak ve bu amaçla savaşın ve sivillere yapılması gereken asgari davranış ve yardımları belirlemektir⁶. Klasik uluslararası hukuk anlayışında savaş, iki ya da daha fazla devletin silahlı güçleri arasında, birinin diğerinin üzerinde üstün gelme amacı güttüğü ve galip gelenin

⁴ **Malcolm N. SHAW**, *International Law*, 6th Edition, Cambridge University Press, New York, 2008, s. 1167.

⁵ Bu görüşlere ilişkin tartışmalar için bkz. **Christopher GREENWOOD**, "The Law Of War (*International Humanitarian Law*)" in, "International Law", Ed: **Malcolm D. EVANS**, First Edition, Oxford University Press, New York, 2003, s. 790.

⁶ **Ayşe Nur TÛTÛNCÛ**, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006, s. 1.

diğer devlete barışın teminatı olarak bazı koşullar yüklediği bir mücadele olarak tanımlanır⁷. Uluslararası hukukun kurucularından sayılan Grotius'a göre “savaş, uyumsuzluklarını zorlama yollarına başvurarak çözmeye çalışanların karşılıklı durumudur”⁸. Ancak savaş kavramı ile ilgili olarak uluslararası hukukta kabul edilen ve bağlayıcı olan bir tanım yoktur⁹. Zaman içinde savaş kavramı, yerini silahlı çatışma kavramına bırakmıştır.

Silahlı çatışmaların uluslararası hukukun kapsamına girmesi ise 1864 yılında 16 Avrupa ülkesi tarafından imzalanan “Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi” ile olmuştur¹⁰. Bu sözleşmede, hasta ve yaralıların bakımı, sağlık personeli, binalar ve yolların korunmasının yanı sıra sağlık hizmeti gören kişi ve kurumların ayırıcı simgeler kullanılması öngörülmüştür¹¹. Bu dönemden başlayarak 1949 Cenevre Sözleşmelerine kadar geçen süreçte silahlı çatışmalar, devletler arası ve belirli bir yoğunluktaki silahlı çatışmalar olarak görülmüştür. BM Şartı uyarınca silahlı çatışma, fiili bir durum olarak değerlendirilir. Bu duruma paralel olarak Cenevre Sözleşmelerinde de silahlı çatışmanın tam bir tanımına rastlanmaz¹².

Bir devletin diğer devlete karşı herhangi bir nedenle kuvvet kullanması durumunda uluslararası silahlı çatışmalar hukuku devreye girer¹³. Silahlı çatışmalar ile ilgili olarak karşılaşılan en önemli sorunlar-

⁷ Lassa OPPENHEIM, *International Law: A Treatise Vol II War and Neutrality*, Ed: Ronald F. ROXBURGH, 3rd Edition, Longmans, Green and Co, London-New York, 2006, s. 67.

⁸ Hugo GROTIUS, *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)*, Çev: Seha L. MERAY, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 222-204, Ankara, 1967, s. 17.

⁹ Gary D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 21.

¹⁰ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, 15. Bası, Ankara, 2016, s. 530.

¹¹ Osmanlı Devleti bu sözleşmeye 1865 yılında taraf olmuştur. Muzaffer SENCER, *İnsan Hakları ve Savaş*, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, TODAİE, Sayı: 12/1, 1990, s. 15

¹² TÖTÜNCÜ, s. 53.

¹³ Christopher GREENWOOD, “Scope of Application of Humanitarian Law, in *The Handbook of International Humanitarian Law*”, Ed: Dieter FLECK, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008, s. 46.

dan biri uluslararası hukukta silahlı çatışma durumunun ortaya çıkması için savaş ilanının gerekli olup olmadığıdır. Silahlı çatışmaların başlaması bir tarafın fiilen diğer tarafa silahlı saldırısı ile gerçekleşebileceği gibi bir tarafın diğerine savaş ilan etmesiyle de başlayabilir. Dolayısıyla savaş ilanının zorunlu olduğuna ilişkin bir uluslararası teamül hukuku kuralı mevcut değildir¹⁴.

Kural olarak uluslararası hukukta kuvvet kullanmak yasaktır. Günümüzde kuvvet kullanmanın yasaklanmasına ilişkin gözden kaçmaması gereken önemli bir belge ise BM Şartı md. 2/4'e¹⁵ göre kuvvet kullanmanın kural olarak yasaklanmış olmasıdır¹⁶. Madde metnine baktığımızda kuvvet kullanmanın yanı sıra, kuvvet kullanmanın bir tehdit olarak kullanılması da yasaklanmıştır¹⁷. BM Şartı bu yönüyle, “uluslararası sosyal sözleşme (*contrat social international*)” olarak nitelendirilebilir¹⁸. Kuvvet kullanma yasağı uluslararası hukukun *jus cogens* kuralları arasında yer almaktadır¹⁹.

Kuvvet kullanma yasağının istisnası ise BM Şartı'nın VII. Bölümünde yer alan hükümler ve özellikle md. 51'de²⁰ düzenlenen meşru

¹⁴ PAZARCI, s. 550.

¹⁵ “Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf> Erişim Tarihi: 15.03.2017

¹⁶ Christine GRAY, *International Law and the Use of Force*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008, s. 30; Patrick DAILLIER/Alain PELLET, *Droit International Public*, 7eme Édition, L. G. D. J., Paris, 2002, s. 939.

¹⁷ Yücel ACER/İbrahim KAYA, *Uluslararası Hukuk*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 276.

¹⁸ Pierre-Marie DUPUY, *Droit International Public*, 8eme Édition, Éditions Dalloz, Paris, s. 608.

¹⁹ Yusuf AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 95.

²⁰ “Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hâle getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği

savunma hakkıdır²¹. BM Antlaşmasının 51. Maddesi, meşru savunma hakkını bir doğal hak olarak görür²². Bu hakkın kullanılabilmesi için, devletin bir silahlı saldırıya hedef olması gerekir²³. Kuşkusuz bu düzenlemede, hedef olunan saldırının niteliği de önem taşımaktadır. Meşru savunma ile ilgili olarak saldırının fiilen gerçekleşmiş olması koşulunun aranıp aranmayacağı hususu, ortaya önleyici meşru savunma kavramını²⁴ çıkartmıştır.

İsrail'in, 1967 yılında komşusu olan Arap ülkelerinin topraklarını işgal etmesiyle sonuçlanan Altı Gün Savaşı ve 1981 yılında Irak'ın inşa etmekte olduğu *Osirak* reaktörünü vurarak tahrip etmesi, meşru savunma hareketinden ziyade, bir önleyici meşru savunma hareketi olarak nitelendirilir²⁵. BM Şartı'nın 51. Maddesi incelendiğinde, silahlı bir saldırının varlığı hususu şüphe götürmez bir biçimde meşru savunmanın devreye girebilmesi için gereklidir²⁶. Bu duruma paralel olarak aynı maddede yer alan "*hedef olma*" tabiri ise, önleyici meşru savunma kavramının, meşru savunma kavramının kapsamına girmediğini göstermektedir²⁷. Önleyici meşru savunma ile ilgili olarak karşılaşılan en son örneklerden biri de ABD'nin 2003'te Irak'a gerçekleştirdiği harekattır. Söz konusu hareket, Irak'ın sahip olduğu kitle imha silahları sebep gösterilerek gerçekleştirilmiş, ancak operasyonun ardından böyle

biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez". Türkçe tercüme için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf> Erişim Tarihi: 27.05.2016

²¹ TÜTÜNCÜ, s. 13; PAZARCI, s. 512; AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s. 107; DUPUY, s. 611; DAILLIER/PELLET, s. 941; GRAY, s. 118; Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003, s. 702.

²² Turgut TARHANLI, "*Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk*", *Anayasa Yargısı Dergisi* Cilt: 20, Ankara, 2003, s. 134.

²³ PAZARCI, s. 521.

²⁴ Önleyici meşru savunma kavramıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Fatma TAŞDEMİR, "*Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı*", *Uluslararası Hukuk ve Politika* Cilt 2, No. 5, 2006, s. 75-89.

²⁵ TARHANLI, s. 140.

²⁶ AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s. 109.

²⁷ ACER/KAYA, s. 279.

bir durumun olmadığı anlaşılmıştır²⁸. Söz konusu örnek, önleyici meşru savunma kavramının doğurabileceği olumsuz sonuçları göstermesi bakımından önemlidir²⁹. Son olarak belirtmek gerekir ki önleyici meşru savunma kavramının geçerliliğine dair uluslararası alanda bir görüş birliğinden söz etmek mümkün değildir³⁰.

1.2. Uluslararası Hukukta Silahlı Çatışmanın Türleri

Silahlı çatışmalar, iki ayrı tür altında incelenebilir. Bunlardan ilki uluslararası nitelikte silahlı çatışma, diğeri de uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmadır.

1.2.1. Uluslararası Nitelikte Silahlı Çatışmalar

En az iki devletin dahil olduğu çatışmalar, uluslararası nitelikte silahlı çatışma olarak adlandırılır. Savaş ilanının mevcut olup olmaması silahlı çatışmanın tespitinde dikkate alınan bir durum değildir³¹. Uluslararası silahlı çatışmaları da iki türe ayırmak mümkündür. Bunlar devletlerarası silahlı çatışmalar ve uluslararasılaşmış silahlı çatışmalardır.

1.2.1.1. Devletlerarası Silahlı Çatışmalar

Devletlerarası silahlı çatışmalar, savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmalar olarak ikiye ayrılabilir.

a. Savaş

Savaşın uluslararası hukuk belgelerine yansımış bir tanımı yoktur. Doktrinde ise objektif ve sübjektif olmak üzere iki ögenin varlığı aranır. Objektif öge, devletlerarasında bir silahlı çatışma varlığı; sübjektif öge ise, taraflardan en az birisinin söz konusu silahlı eylemleri savaş niyetiyle (*animus belligerandi*) gerçekleştirmesidir. Doktrin ortaya attığı bu tanım, pratikteki birçok savaşı kapsamadığı için eksik bulunmaktadır³².

²⁸ GRAY, s. 220.

²⁹ AKSAR, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, s. 113.

³⁰ PAZARCI, s. 521.

³¹ TÛTÛNCÛ, s. 55.

³² Örneğin, Türkiye'nin II. Dünya Savaşının sonlarına doğru Almanya'ya savaş ilan etmesi, bu tanımın kapsamına girmemektedir. PAZARCI, s. 538.

b. Savaşa Varmayan Sınırlı Silahlı Çatışmalar

Savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmalar ise devletlerin savaş amacı taşımadan gerçekleştirdiği eylem ya da çatışmaları tanımlamak için kullanılır. Çatışan taraflardan birinin savaş niyetine (*animus belligerandi*) sahip olması, eylem ya da faaliyetin savaş olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur. Çatışan taraflar dışında kalan üçüncü tarafların, durumu savaş olarak nitelendirmesi ise durumun savaş olduğunu tespit için yeterli değildir. Dolayısıyla, taraflardan en az biri tarafından savaş değerlendirilmesi yapılmadıkça, savaş durumundan değil, savaşa varmayan silahlı çatışmadan söz edilmelidir³³. 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 2. Maddesine³⁴ göre bu sözleşme hükümleri devletlerarası silahlı çatışmaların her iki türüne de uygulanır³⁵.

Bir devletin diğer bir devletin ülkesinden her ne sebeple olursa olsun işgalci olarak bulunması, söz konusu devletler arasında bir uluslararası silahlı çatışmanın var olduğu anlamına gelir³⁶. Savaşa varmayan silahlı çatışmalara, Birleşmiş Milletler Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin, bir kararında 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin yorumlarına atıfta bulunarak, devletler arasında birbirlerinin silahlı

³³ PAZARCI, s. 539.

³⁴ “Sulh zamanında yürürlüğe girecek olan hükümleri hariç, işbu Sözleşme harp ilanında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çikabilecek silahlı anlaşmazlık halinde, harp hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi uygulanacaktır. Sözleşme, aynı zamanda, Yüksek Akit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, bu işgal hiçbir askeri mukavemetle karşılanmasa dahi uygulanacaktır. Anlaşmazlık halinde Devletlerden biri işbu Sözleşmeye taraf teşkil etmiyorsa, buna taraf olan Devletler karşılıklı münasebetlerinden Sözleşmeye bağlı kalacaklardır. Bundan başka bu Devletler, taraf olmayan Devletçe Sözleşme hükümleri kabul ve tatbik edildiği takdirde, o Devlete karşı Sözleşme ile bağlı olacaklardır”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, **Yay. Haz.: Melike BATUR YAMANER/A. Emre ÖKTEM/Bleda KURTDARCAN/Mehmet C. UZUN**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 3.

³⁵ *Commentary of 2016 Article 2: Application of the Convention* para. 236.
<https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518#50> Erişim Tarihi: 10.03.2017.

³⁶ *Commentary of 2016 Article 2: Application of the Convention* para 288.
https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518#_Toc452462851 Erişim Tarihi: 30.03.2017.

güçlerine müdahaleye varan uyuşmazlıkları, çatışmanın süresine yahut kaç kişinin öldüğüne bakmaksızın, uluslararası silahlı çatışma sayması örnek olarak verilebilir³⁷.

1.2.1.2. Uluslararasılaşmış Silahlı Çatışmalar

Kural olarak, belli bir devletin ülkesinde gerçekleşen silahlı çatışmalar özünde bir iç silahlı çatışmadır. Ancak bazı koşullar bu çatışmaların uluslararasılaşması ve devletlerarası silahlı çatışma sayılması sonucunu doğurur. Doktrin genelde üç durumda silahlı çatışmanın uluslararasılaşmış olduğunu kabul etmektedir. Bunlardan ilki devletin hükümetine karşı silahlı mücadele gösteren güçlere savaşan statüsü verilmesi durumudur. İkinci durum, bir iç savaş halinde yabancı devletlerin silahlı çatışmalara katıldığı durumlardır³⁸. Üçüncü bir durum olarak ise ulusal kurtuluş savaşları ele alınacaktır.

a. Savaşan Statüsünün Verilmesi

İlk durum olan savaşan statüsünün verilmesi durumunu savaşan statüsünü veren tarafa göre iki ihtimal altında incelemek gerekmektedir. Savaşan statüsünü veren taraf, üçüncü bir devlet ise, bu durum yalnızca savaşan statüsünü veren devlet açısından silahlı çatışmanın uluslararasılaşması sonucunu doğuracaktır. Savaşan statüsünü veren taraf, kendisine karşı silahlı mücadele yürütülen devlet ise, çatışmanın uluslararası bir silahlı çatışma olarak nitelendirilerek silahlı çatışma hukuku kurallarının uygulanması mümkündür³⁹. Savaşan statüsünün verilmesine örnek olarak 1989'da Sovyetler Birliği'nin çekilmesinin ardından Afganistan ve 1990'dan sonra Liberya'nın durumu gösterilebilir⁴⁰.

³⁷ *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, Dava No: IT-96-21-T, Tarih: 16 Kasım 1998, s. 79.
http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf Erişim Tarihi: 10.03.2017.

³⁸ **Sylvain VITE**, "Typology Of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts And Actual Situations", *International Review of the Red Cross*, Vol: 91, Num: 873, Mart, 2009, s. 71.

³⁹ **PAZARCI**, s. 541.

⁴⁰ **Melda SUR**, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 287.

b. Yabancı Devletlerin Silahlı Çatışmalara Katılması

Bir iç silahlı çatışmada yabancı devletler, hükümete karşı çatışan kuvvetlerin yanında olarak silahlı çatışmaya destek olur ve çatışmaya silahlı kuvvetleriyle doğrudan karışırsa bu silahlı çatışmalar iki devlet arasındaki bir silahlı çatışmaya dönüşür ve uluslararasılaşmış bir silahlı çatışma halini alır⁴¹. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Tadic kararında da bu görüşü benimsemektedir⁴². Bununla birlikte, yabancı devletin yasal bir hükümete karşı çatışan gruba verdiği desteğin niteliği de önem taşımaktadır. Bu destek, başkaldıranlara yardım ve destek sağlama boyutunda dolaylı bir kuvvet kullanma niteliğinde kalıyorsa, bu faaliyetlerin gerçek bir silahlı saldırı boyutuna erişip erişmediğini tespit etmek gerekmektedir.

Bir yabancı devletin, bir iç savaş esnasında yasal hükümete karşı doğrudan veya dolaylı olarak silahlı kuvvet kullanması durumunda aktörler bakımından bir ayrıma gidilmektedir. Silahlı çatışmanın arz ettiği karma nitelik dolayısıyla yasal hükümet ile başkaldıran kuvvet arasındaki çatışma uluslararası olmayan silahlı çatışma niteliğini haizken, yasal hükümet kuvvetleri ile yabancı devlet güçleri arasındaki silahlı çatışmalar, uluslararası silahlı çatışma olarak değerlendirilir. Uluslararası Adalet Divanı tarafından karara bağlanan bir davada, çatışmanın devletler arasında gerçekleşen kısmı uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun kapsamında değerlendirilirken⁴³; başkaldıran kuvvetlerle gerçekleşen çatışma, uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak değerlendirilmiştir⁴⁴.

⁴¹ PAZARCI, s. 541.

⁴² *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, Dava No: IT-94-1-T, Tarih: 7 Mayıs 1997, s. 197.
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf> Erişim Tarihi: 10.03.2017.

⁴³ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, Para 218.
<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> Erişim Tarihi: 10.03.2017

⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, Para 219.
<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> Erişim Tarihi: 10.03.2017

c. Ulusal Kurtuluş Savaşlarının Durumu

Sömürgecilğe, yabancı hakimiyetine ve ırkçı rejimlere karşı yürütülen silahlı çatışmalar, 1949 Cenevre Sözleşmeleri bağlamında uluslararası silahlı çatışma olarak kabulü, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1973 yılında aldığı bir kararda belirtilmektedir⁴⁵. Ancak söz konusu karar üzerinde, Genel Kurul'da 83 lehte, 13 aleyhte, 19 ise çekimser oy kullanılmıştır⁴⁶. Bu durum, karar üzerinde devletler arasında bir görüş birliği olmadığını belirtmesi açısından önemlidir.

Kendi kaderini tayin hakkını kullanan ulusların dahil olduğu silahlı çatışmalara yer veren ilk anlaşma ise 1977 tarihli, "1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (Ek I Numaralı Protokol)" dür⁴⁷. Söz konusu protokolün 1. Maddesinin 4. Fıkrası⁴⁸, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak 2. Maddesinde belirtilen durumlara ek olarak, kendi kaderini tayin hakkını kullanan ulusların da Ek I Numaralı Protokol'ün kapsamına girdiğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Ek I numaralı Protokol'e taraf olan devletlerin, ulusal kurtuluş savaşı niteliğindeki çatışmalara, uluslararası silahlı çatışma hukuku kurallarını uygulamaları gerekmektedir⁴⁹.

1.2.2. Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma

Silahlı muhalif gruplarla mücadele eden düzenli silahlı birlikler veya birbiriyle çatışan silahlı gruplar da dahil olmak üzere, tek bir devletin ülkesiyle sınırlı olan çatışmalar, uluslararası olmayan silahlı

⁴⁵ UNGA Res 3103 (XXVIII) (12 December 1973)
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3103\(XXVIII\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3103(XXVIII)&Lang=E&Area=RESOLUTION) Erişim Tarihi: 10.03.2017.

⁴⁶ PAZARCI, s. 542.

⁴⁷ VITE, s. 70.

⁴⁸ "Önceki fıkrada sözü edilmiş Milletler Şartı'nda ve Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliği Hakkındaki Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nde hüküm altına alınan kendi kaderini tayin hakkını kullanan halkların, sömürgeci tahakküme, yabancıların işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadele ettiği silahlı çatışmalar da dahildir".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 180.

⁴⁹ PAZARCI, s. 543.

çatışmalar olarak adlandırılır⁵⁰. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar, adından da anlaşılacağı gibi negatif bir tanıma sahiptir. Bir silahlı çatışma söz konusudur ama niteliği uluslararası değildir. Dolayısıyla çatışmaya dahil taraflardan en az birinin devlet olmadığı çatışmalar bu karakteri taşır⁵¹.

1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesi⁵², uluslararası olmayan silahlı çatışmalara özellikle insancıl muamele konusunda uygulanacak kuralları öngörmektedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak Cenevre Sözleşmelerinin haricinde 1954 tarihli

⁵⁰ TÜTÜNCÜ, s. 56; Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kavramı için ortaya atılan diğer tanımlar için bkz.

Fatma TAŞDEMİR, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 7-9

⁵¹ VITE, s. 75.

⁵² “Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terkedenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklere dir.

Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun, memnudur ve memnu kalacaktır:

a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşice muamele, işkence ve eziyet,
b) Rehine almak,
c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretamiz ve haysiyet kırıcı muameleler,
d) Medeni milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkumiyet kararları ile idam cezarının infazı.

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir.

Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilat, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arzedebilecektir.

Anlaşmazlık halindeki taraflar, bundan başka; hususi anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır. Yukarıdaki hükümlerin uygulanması anlaşmazlık halinde bulunan tarafların hukuki durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 2.

“*La Haye Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme*⁵³”nin 4 ve 19. Maddelerinden bahsedilebilir.

1977 yılında, II. Dünya Savaşı sonrasında silahlı çatışmalardaki gelişmeleri takiben İsviçre Federal Konseyinin daveti üzerine toplanan diplomatik konferansta, birtakım düzenlemelere gidilmesi düşünülmüş ve biri uluslararası silahlı çatışmalar, diğeri de uluslararası olmayan çatışmaları kapsamak üzere iki Protokol kabul edilmiştir⁵⁴. Bu protokollerden II numaralı olanı uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin üçüncü hukuki düzenlemeyi oluşturmaktadır. Söz konusu protokol, 1977 tarihli “*Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol (Protokol II)*⁵⁵”dür. II Numaralı Ek Protokol’de, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesinde yer alan yükümlülükler daha da genişletilmiştir ve yasaklanan eylemler detaylandırılmıştır⁵⁶. Diğer düzenlemelerin aksine Protokol II, 1. Maddesinde⁵⁷, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin bir tanım getirmektedir.

⁵³ Sözleşme metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800563.pdf Erişim Tarihi: 06.03.2017.

⁵⁴ **Anthony CULLEN**, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 62.

⁵⁵ Protokol metni için bkz. *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, s. 265 vd.

⁵⁶ **KOLB/HYDE**, s. 67.

⁵⁷ “1. 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesini, mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan işbu Protokol 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokolün (1. Protokol) 1. Maddesince kapsanmayan ve bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkan verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesine ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır.

2. İşbu Protokol, silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanmaz”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 266.

1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1954 La Haye Sözleşmesinde uluslararası olmayan silahlı çatışmaların tanımının yapılmamasından hareketle doktrinde bu iki sözleşme ve 1977 tarihli II numaralı Ek Protokol arasında bir ayırım olduğu görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüşe göre, 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve 1954 La Haye Sözleşmesinde sözü geçen uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramı, 1977 tarihli Ek II numaralı Protokol'de yer alan uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramından daha geniştir. Dolayısıyla bu kuralların uygulanacağı durumlar arasında da bir ayırım yapılmaktadır⁵⁸. Buna göre, 1977 tarihli Ek II Numaralı Protokol, 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesine göre, daha yüksek bir uygulama eşiği içermektedir. Bunun anlamı, Ek II Numaralı Protokol'ün yüksek yoğunlukta iç silahlı çatışmalara; ortak 3. Madde'nin ise, yüksek yoğunlukta olmayan iç silahlı çatışmaları uygulanmasıdır⁵⁹.

Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda, mafya veya gangster grupları gibi kriminal organizasyonların bir silahlı çatışmanın tarafı olamaması gerektiğini, yalnızca siyasi amaç taşıyan grupların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak mevcut düzenlemelerde bu koşulu destekleyecek bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁰.

1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli II numaralı Protokol açısından bakıldığında uluslararası olmayan silahlı çatışma için üç koşul göze çarpmaktadır. Bu koşullar; ilk olarak silahlı çatışmanın hükümet kuvvetleri ile başkaldıran örgütlü silahlı grubun arasında geçmesidir. İkinci koşul, şiddet eylemlerinin yoğunluğuyla ilgilidir ve iç gerginlik veya iç karışıklığı kapsam dışında bırakır. Üçüncü koşul ise başkaldıran silahlı grubun askeri örgütlenme düzeyi ve buldukları ülkede denetim güçlerine ilişkindir. Buna göre başkaldıran silahlı kuvvetler sorumlu bir komutanın yetkisi altında bulunmalı, kuvvetler silahlı çatışma hukuku kurallarına uyulmasını sağlayabilecek durumda olmalı ve anılan gruplar silahlı çatışmanın cereyan ettiği devlet ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri eylemler yapabilmesine olanak verecek bir denetime sahip olmalıdır⁶¹.

⁵⁸ PAZARCI, s. 545-546.

⁵⁹ TAŞDEMİR, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, s. 168.

⁶⁰ VITE, s. 78.

⁶¹ PAZARCI, s. 547.

2. Silahlı Çatışmalar Hukukuna İlişkin Temel Düzenlemeler

Silahlı çatışmalar hukuku, çatışmada yer almayan ya da artık yer almayan kişileri savaş zamanı korumayı ve savaş yöntem ve araçlarının kısıtlanmasını amaçlayan kurallar bütünü olarak tanımlanabilir⁶². Bir başka deyişle silahlı çatışma durumlarının etkilerini sınırlandırmak için savaşçı ya da sivillere yapılması gereken asgari muamele ve yardıma dair kuralları içeren hukuk dalıdır⁶³. Konuyla ilgili olarak, 1949 Cenevre Sözleşmelerinden bu yana, bireylere verilen önemin vurgulanması amacıyla, uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin kurallar, uluslararası insancıl hukuk kuralları olarak da adlandırılmaktadır⁶⁴. Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kuralları Latince olarak, *jus in bello*⁶⁵ tabiriyle de ifade edilir. Silahlı çatışmalar hukuku kurallarının yürürlüğe girebilmesi her şeyden önce bir silahlı çatışmanın mevcudiyeti gerekmektedir⁶⁶.

Silahlı çatışma hukuku ve buna ilişkin teamül hukuku kuralları, La Haye'de düzenlenen 1899⁶⁷ ve 1907 Sözleşmelerindeki⁶⁸ kodifiye

⁶² Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 9, Sayı: 123-124, s. 39.

⁶³ TÜTÜNCÜ, s. 53.

⁶⁴ PAZARCI, s. 530.

⁶⁵ Konuyla ilgili bir diğer Latince kavram olan *jus ad bellum*, savaş ya da kuvvet kullanma koşullarını düzenlerken; *jus in bello*, silahlı çatışmaya katılan tarafların çatışmayı nasıl yürüteceklerine ilişkin kuralları düzenler. Denis ALLAND, *Droit Internatioanl Public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000, s. 523; Robert KOLB/Richard HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict*, Hart Publishing, Portland, 2008, s. 15; *International Humanitarian Law, Answers to Your Question*, ICRC Focus, Geneva, 2005, s. 8

⁶⁶ Shane DARCY, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 83.

⁶⁷ *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899.* <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=CD0F6C83F96FB459C12563CD002D66A1&action=openDocument> Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁶⁸ *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.* <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId>

çabalarının konusunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte 1874 tarihli Brüksel Konferansı'nın⁶⁹ sonuçlarıyla birlikte 1868 tarihli St. Petersburg Bildirisi⁷⁰ de anılması gereken metinler arasındadır. La Haye kurallarıyla özellikle savaşan tarafların çatışma esnasındaki hak ve yükümlülükleri düzenlenir ve uluslararası bir silahlı çatışmada düşmana zarar verecek araç ve yöntemlerin seçimine dair sınırlamalar getirilmektedir⁷¹. Günümüzde ise silahlı çatışmalar hukukunun temel belgeleri 12 Ağustos 1949 tarihini taşıyan dört adet Cenevre Sözleşmesi ve 8 Haziran 1977 tarihini taşıyan iki Ek Protokol'dür⁷². Ek Protokoller, çatışmalarda sivillere tanınan korumayı artırmakta ve savaş yöntem ve araçlarını sınırlandırmaktadır⁷³.

2.1. Uluslararası Hukuk Düzenlemelerine Göre Silahlı Çatışma Kuralları

Uluslararası hukukta silahlı çatışmaların yürütülmesine ilişkin olarak bir takım genel kurallar mevcuttur. Bu kurallar karada, havada ve denizlerdeki çatışmalarda uygulanacak ortak kurallardır.

Bu genel kuralların yanı sıra karada, havada ve denizlerdeki çatışmalara uygulanacak özel kurallar da mevcuttur. Genel kurallar, çatışmalara katılan kişiler, çatışma dışı kalacak kişiler, çatışmada uygulanacak yöntemler ve araçlar ve ayrıca çatışmalarda korunması gereken kişiler, mallar ve çevreye ilişkin genel kurallardır. Kurallara kısaca değinecek olursak, savaşçı sıfatının silahlı çatışma eylemine doğrudan katılma hak-

d=4D47F92DF3966A7EC12563CD002D6788&action=openDocument Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁶⁹ *Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874.* <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135> Erişim Tarihi: 15.03.2017

⁷⁰ *Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868.* <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C> Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁷¹ TÜTÜNCÜ, s. 4.

⁷² Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri için bkz. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp> Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁷³ SARIBEYOĞLU, *Güvenli Bölgeler...*, s. 39.

kı olan kişiye ait olduğunu söyleyebiliriz⁷⁴. Bu sıfatın kara, hava ve deniz savaşlarında da değişmeyen bir sıfat olduğunu belirtmek gerekir.

Değnilmesi gereken bir diğer önemli kural, silahlı çatışmalar sırasında kullanılabilir silahlar ve izlenebilecek yöntemler hakkındaki düzenlemelerdir. 20. Yüzyıla kadar bu konuda herhangi bir sınırlamaya rastlanmamakla birlikte bu zamandan sonra askeri gereklilik ve insancıl düşünceler ön plana çıkmıştır. Bu konuda kabul edilen ana ilke, 1907 tarihli “*La Haye Kara Savaşları Kuralları Sözleşmesine Ek Yönetmeliğin*”⁷⁵ 22. Maddesinde yer verilen “*çatışanlar düşmana zarar verme araçlarının seçiminde sınırsız bir hakka sahip değildir*” şeklindeki ilkedir.

Bu ana ilkeyi doktrin, üç alt ilke şeklinde formüle etmektedir. Bunlar; çatışmalarda gereksiz acıların ve ölümlerin yasaklanması, çatışmalar sırasında güven suiistimali niteliğindeki faaliyetlerin yasaklanması ve çatışmalarda savaş dışı olan kişiler ile sivil yerlerin hedef alınmasının yasaklanmasıdır⁷⁶. Bununla birlikte uygulamada kabul edilen ve ayırt etme ilkesi olarak adlandırılan ilkeye göre, silahlı çatışmalar sırasında sadece askeri hedeflerin meşru hedef olacağını belirtmek gerekir⁷⁷. Ancak askeri gereklilikten kaynaklı olarak sivil hedeflere ya da sivillerin yoğun bulunduğu bölgelere saldırı düzenlenebileceği kabul edilse de bu saldırıdan umulan askeri sonuç ile yapılan eylem arasında bir orantılılık aranmaktadır. Bu ilke doktrinde orantılılık ilkesi şeklinde ifade edilir⁷⁸.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI, s. 572; Melike BATUR YAMANER, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, Arıkan Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2007, s. 51; TÜTÜNCÜ, s. 84, SOLIS, s. 188; Marco SASSOLI/Antoine A. BOUVIER, *How Does Law Protect in War? Volume I*, Second Edition, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2006, s. 149.

⁷⁵ *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Annex To The Convention: Regulations Respecting The Laws And Customs Of War On Land - Section I: Hostilities - Chapter I: Means Of Injuring The Enemy, Sieges, And Bombardments - Regulations: Art. 22.* <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=56AA246EA8CFF07AC12563CD0051675A> Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁷⁶ PAZARCI, s. 578.

⁷⁷ BATUR YAMANER, s. 74.

⁷⁸ PAZARCI, s. 579.

2.2. Hastaneler, Tıbbi Birimler, Tıbbi Personel ve Tedavi Görenlere İlişkin Temel Düzenlemeler ve İstisnalar

2.2.1. Hastaneler ve Tıbbi Birimler

a. Hastaneler ve Tıbbi Birimlerin Korunması

Uluslararası silahlı çatışmalarda, Cenevre Sözleşmeleri ve uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kuralları, çatışma bölgesindeki sağlık tesislerinin ve personellerinin korunması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Silahlı çatışmalar hukukunun korunması kapsamına giren hastanelere saldırı meselesi, yalnızca yukarıda adı geçen olaylarda değil, Aralık 2008-Ocak 2009'da gerçekleşen Gazze saldırılarında da gündeme gelmiştir. Bu saldırılarda İsrail Ordusunun, İsrail'in yaralıları müdahale etmek isteyen görevlilere engel olduğu, *Al-Quds* Hastanesi örneği başta olmak üzere bizzat hastaneleri ve sağlık görevlilerini hedef almak suretiyle söz konusu hükümleri açıkça ihlal ettiği BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilen Goldstone Raporu ile tespit edilmiştir⁷⁹.

Tıbbi birimlerle ilgili olarak Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin çalışmalarına yansıyan yakın tarihli bazı olaylar mevcuttur. Bunlardan bazıları, 1996-1997 yıllarında cereyan eden 1. Kongo Savaşında, Lemara Hastanesine girilerek 30 hasta ve tıbbi personelin öldürülmesi; Somali'de yağma ve kovulma sonucunda tıbbi hizmetlerin aksaması ve beslenme sıkıntılarından kaynaklı olarak ortaya çıkan kıtlık ve sağlık sorunları; Afganistan Kandahar'da 2011 yılında bir ambulansın polis eğitim alanına düzenlenen intihar saldırısında kullanılması gibi olaylardır⁸⁰.

1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'ün 8/e maddesi tıbbi birimleri şu şekilde tanımlamaktadır; “yaralı, hasta, deniz kazazedelerinin aranması, toplanması, nakledilmesi, teşhis ve tedavi edilmesi, ilkyardım müdahalesi de dahil olmak üzere ya da hastalıkların önlenmesi gibi sihi amaçlar için örgütlenmiş askeri ya da sivil kuruluşlar ve diğer birimler anlamına gelmektedir”. Bu terim hastaneler ve diğer benzeri birimle-

⁷⁹ **Ahmet Hamdi TOPAL**, “27 Aralık 2008- 18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 1099.

⁸⁰ **Fiona TERRY**, “Violence Against Health Care: Insights From Afghanistan, Somalia, And The Democratic Republic Of The Congo”, International Review of Red Cross, Volume 95 Number 889 Spring 2013, s. 28.

ri de kapsamaktadır. Askeri ya da sivil arasında bir ayırım yapılmadığı için, her iki türdeki sağlık tesisleri, koruma kapsamına girer⁸¹. Bu tanımın kapsamına giren yapılar veya tesisler, silahlı çatışma sırasında hedef alınmaları ve vurulmaları kesinlikle yasaklanmış olan yapılar ve tesislerdir⁸².

1949 tarihli I ve IV Numaralı Cenevre Sözleşmelerinde de bu konuya ilişkin hükümler kaleme alınmıştır. Kapsamı, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol tarafından, sivil sähhi birimleri de içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu genişleme, büyük ölçüde, asker ya da sivil birim ayırımı yapmadan genel olarak sähhi birimlerden söz eden, devletlerin uygulamalarıyla da desteklenmektedir⁸³. I Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 19. Maddesi⁸⁴ ve sivil sähhi birimleri düzenleyen IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 18. Maddesinde⁸⁵ de bu durum açıkça belirtilmiştir. Askeri tıbbi tesislerin korunması ve tesislere saygı

⁸¹ *Commentary Of 1987, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. Para 369. <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=73ED2A33F274494CC12563CD00430247> Erişim Tarihi: 15.03.2017.

⁸² PAZARCI, s. 590; Şener ÇELİK, “Suriye İç Savaşı’nda Silahlı Çatışma Hukuku İhlalleri”, İGÜSBD, Cilt: 1 Sayı: 2, Ekim 2014, s. 48; *Basic Rules of The Geneva Conventions and Their Additional Protocols*, Understanding Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2006, s. 16; SASSOLI/BOUVIER, s. 166.

⁸³ Jean-Marie HENCKAERTS/Louise DOSWALD-BECK, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt: 1: Kurallar*, Çev: A. Emre ÖKTEM/Melike BATUR YAMANER/Dolunay ÖZBEK/Bleda R. KURTDARCAN/Mehmet Cengiz UZUN/Abdullah KAYA, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 101.

⁸⁴ “Sağlık servisine bağlı sabit müesseseler ve seyyar sähhiye birlikleri hiçbir surette tecavüze maruz bırakılmayarak muhâripler tarafından hüremet görecek ve himaye olunacaklardır”. 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 9.

⁸⁵ “Yaralıları, hastaları, malulleri ve loğusa kadımları tedavi için teşkil edilen sivil hastaneler, hiçbir vechile taarruza uğrayamazlar. İhtilafa dahil taraflar her zaman bu hastanelere riayet ve bunları himaye edeceklerdir.

İhtilafa dahil taraflar, bütün sivil hastanelere, sivil hastane mahiyetlerini tevsik eden ve işgal ettikleri binaların, 19’uncu madde medlulünce onları himayeden mahrum bırakan maksatlarla kullanılmadıklarını tespit eden bir vesika vereceklerdir.

Sivil hastaneler, Devlet tarafından müsaade olunursa, seferi silahlı kuvvetlere mensup yaralı ve hastaların vaziyetini islaha mütedair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin 38nci maddesinde derpiş edilen alameti farika ile belirtilecektir.

gösterilmesi, uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun eski kurallarından biridir ve ilk olarak 1864 Cenevre Sözleşmesinde yer almıştır⁸⁶. Bu sözleşmede, yalnızca yaralı ve hastalar değil, tıbbi personel, tıbbi birimler ve tıbbi nakliye araçları da koruma altına alınmıştır⁸⁷.

Bu yapılar saldırıların hedefi olmamanın yanı sıra, tarafların koruma yükümlülüğünün olduğu yapılardır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, bu durumun negatif ve pozitif olmak üzere iki boyutu olduğunu belirtmektedir. Saldırılara hedef olunamaması durumu negatif bir dokunmama yükümlülüğünü taraflara yüklemektedir. Pozitif boyutu ise savaşanların bu tesisleri hedeflerden ayırmaları konusunda çaba göstermekle yükümlü olmalarıdır⁸⁸. Bu düzenlemeye paralel olarak 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'ün 12. Maddesi⁸⁹ de benzer hükümler içermektedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar-

İhtilafa dahil taraflar, melhuz herhangi bir tecavüz hareketini bertaraf etmek üzere, sivil hastaneleri belirten işaretlerin düşmanın kara, hava ve deniz kuvvetlerince açıkça görülebilmesini teminen, askeri icapların müsaadesi nisbetinde, lüzumlu tedbirleri alacaklardır.

Askeri hedeflerin yakınlığı hastaneler için tehlike teşkil edeceğinden hastanelerin bu gibi hedeflerden imkan nispetinde uzakta bulunmasına itina gösterilmesi muvafık olur”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 127-128.

⁸⁶ Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949 Commentary of 2016, para 1773. <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BBF9A4E655C90872C1257F7A0054937B> Erişim Tarihi: 17.03.2017.

⁸⁷ Alexander BREITEGGER, “The Legal Framework Applicable To Insecurity and Violence Affecting The Delivery Of Health Care In Armed Conflicts And Other Emergencies”, International Review of the Red Cross Volume 95 Number 889 Spring 2013, s. 91.

⁸⁸ Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Ed: Jean s. PICTET, ICRC, Geneva, 1994, s. 147.

⁸⁹ “1. Sıhhi birimler her zaman saygı görmeli ve korunmalı ve saldırıya hedef olmamalıdır. 2. Fıkra I, aşağıdaki şartları yerine getirdikleri ölçüde sivil sıhhi birimlere de uygulanacaktır:

- a) Çatışmanın Taraflardan birine ait olmak,
- b) Çatışmanın Taraflardan birinin yetkili makamı tarafından tanınmış ve yetkilendirilmiş olmak; ya da
- c) Bu protokolün Madde 9, fıkra 2 sine ya da 1. Sözleşme'nin Madde 27 sine uygun olarak yetkilendirilmiş olmak”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 189.

ra ilişkin kuralları düzenleyen Ek II Numaralı Protokol'de de benzer hükümler yer almaktadır. Söz konusu Protokol'ün 11. Maddesi⁹⁰ tıbbi birimler ve tıbbi nakliye araçlarının her zaman korunacağını ve saldırı hedefi olamayacağını açıkça belirtir. Ancak söz konusu korumanın da sona erdiği durumlar vardır.

b. Hastanelerin ve Tıbbi Birimlerin Korumasının Sona Ermesi

Hastane ve tıbbi birimlerin korunmasının sona ermesiyle ilgili olarak Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinde bir takım zarar verici hareketler ve zarar verici nitelikte olmayan hareketlerden bahsedilerek korumaya bir kapsam çizilmeye çalışılmıştır. Zarar verici nitelikte olmayan hareketlerin icra edilmesi, hastane ve tıbbi birimlere tanınan korumayı sona erdirmez.

1949 tarihli IV Numaralı Cenevre Sözleşmesinin 19/2 maddesinde hem de 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'ün 13/2 maddesinde zarar verici nitelikte sayılmayacak hareketler belirtilmiştir. Buna göre; birim personelinin kendilerini ya da sorumlu oldukları yaralı ve hastaları savunmak için hafif bireysel silahlarla donatılmış olması, birimin bir gözcü, nöbetçi veya muhafız takımı tarafından korunması, birimde yaralı ve hastalardan alınan ve henüz yetkili makamlara teslim edilmemiş küçük silah ve cephanelerin bulunması, birimde tıbbi sebeplerden dolayı silahlı kuvvetler mensuplarının ya da diğer muhariplerin bulunması zararlı bir hareket olarak sayılmamaktadır. Dolayısıyla bu gerekçelere dayanarak hastanelerin ya da diğer sıhhi birimlerin korunmasının hukuken geçerliliğini yitirdiği iddia edilemeyecektir.

Korumanın sona ermesine ilişkin olarak ise I Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 21. Maddesi⁹¹, IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi'nin 19.

⁹⁰ "Tıbbi birimlere ve tıbbi nakliye araçlarına saygı gösterilecek ve bunlar her zaman korunacaktır ve saldırı hedefi olmayacaktır".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 272.

⁹¹ "Sağlık servisine bağlı seyyar sıhhiye birlik ve müesseseleri ancak insani vazifeleri haricinde düşmana zarar verecek efalde bulunmak maksadıyla kullanıldıkları takdirde himaye edilmeyeceklerdir. Mahaza, bu himaye münasip hallerde makul bir mühlet ile yapılan ve neticesiz kalan bir ihtardan sonra kesilecektir".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 9.

Maddesi⁹² ve Ek I Numaralı Protokol'ün 13. Maddesinin⁹³ göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ise Ek II Numaralı Protokol'ün 11/2 maddesinin⁹⁴ dikkate alınması gerekmektedir. Bu maddelerden çıkan ortak sonuç, hastanelere tanınan korumanın, hastanenin insani görevler haricinde ve düşmana zarar verici hareketlerde buldukları takdirde sona ereceği yönündedir. Ancak bu korumanın sona ermesi gerektiği hallerde, makul bir süre tespit eden bir uyarının yapılması ve sonuçsuz kalması gerekmektedir⁹⁵.

2.2.2. Tıbbi Personelin ve Tedavi Görenlerin Korunması

a. Tıbbi Personelin Korunması

Tıbbi personel, tıbbi birimler ve tıbbi amaçlı taşıma hizmetleri bir bütün olarak tıbbi hizmetler şeklinde ifade edilir⁹⁶. Silahlı çatışmalar hukukunda bazı hedeflere saldırılması özel olarak yasaklanmıştır. Bu konudaki en eski kural sivillere saldırılmasının yasaklanmasıdır⁹⁷. Ancak, sivillere saldırılmasının bir uluslararası anlaşma ile doğrudan ve

⁹² “Hastanelere karşı gösterilmesi lazım gelen himaye, insani vazifeler haricinde ve düşmana zararlı hareketlerde bulunmak için kullanıldıkları takdirde, sakıt olur. Bununla beraber bu himaye münasip görülecek biçimle ahvalde, makul bir mühlet tesbit eden ve neticesiz kalan bir ihtardan sonra sakıt olacaktır.

Bu hastanelerde, yaralı veya hasta askerlerin tedavi edilmeleri veya bu askerlerden alınan ve henüz alakalı makamlara tevdi edilmemiş olan portatif silahların ve cephanelerin bulunması, zararlı bir hareket olarak telakki edilmeyecektir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 126.

⁹³ “Sivil sıhhi birimlerin gerektirdiği koruma, bu birimler, insani işlevleri dışında, düşmanın zararına olan eylemler gerçekleştirmek için kullanılmadıkları sürece sona ermeyecektir. Ancak söz konusu koruma sadece, gerektiği hallerde makul bir süre tespit eden bir uyarının sonuçsuz kalmasının ardından sona erebilir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 191.

⁹⁴ “2. Tıbbi birimlere ve tıbbi nakliye araçlarına sağlanan koruma, sadece kendi insancıl görevleri dışında düşmanca eylemlerde bulunulmak için kullanılması durumunda sona erebilir. Ancak koruma, koşulların elverdiği durumda makul bir süre sınırı koyan bir uyarının yapılması ve bu süre sonunda uyarının dikkate alınmaması durumunda kaldırılacaktır”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 272.

⁹⁵ Basic Rules of The Geneva Conventions and Their Additional Protocols, s. 16.

⁹⁶ François BOUCHET-SAULNIER, *İnsancıl Hukuk Sözlüğü*, Çev: Selahattin BAĞDATLI, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 281.

⁹⁷ PAZARCI, s. 596.

açıkça yasaklanması ilk kez, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'ün 51. Maddesinde yer almıştır⁹⁸.

Tıbbi personel terimi ise silahlı çatışmanın bir tarafınca sadece yaralıların, hastaların ve deniz kazazedelerinin aranması, tahliyesi, taşınması, ilk yardım dâhil olmak üzere teşhis ve tedavisi, ayrıca, hastalıkların önlenmesi, tıbbi birimlerin idaresi ya da tıbbi nakliye araçlarının işleyişi ya da idaresi ile görevlendirilen personeli işaret etmektedir⁹⁹. Bu tanımlar Ek I Numaralı Protokolün 8. Maddesinin c¹⁰⁰ ve e¹⁰¹ bentlerinde yer almaktadır.

Silahlı kuvvetlere bağlı olarak görevlendirilen tıbbi personelin korunması ise 1949 tarihli I Numaralı Cenevre Sözleşmesinin 24. Maddesinde¹⁰² hastane gemilerinde yer alan tıbbi personelin korunması ise

⁹⁸ 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 214.

⁹⁹ HENCKAERTS/ DOSWALD-BECK, s. 90.

¹⁰⁰ "Sihhi Personel" çatışma Taraflarından biri tarafından, alt-fıkra (e) de sayılan sıhhi amaçlar için ya da sıhhi birimlerin idaresi için ya da sıhhi nakliyelerin yürütülmesi ve idaresi için münhasıran görevlendirilen kişiler anlamına gelmektedir. Bu görevlendirmeler sürekli ya da geçici olabilir. Bu terim aşağıdaki unsurları kapsar:

- i) Birinci ve İkinci Sözleşmelerde belirtilen ve sivil savunma örgütlerinde görevlendirilen kişiler dahil olmak üzere çatışmanın Taraflarından birinin sivil ya da askeri sıhhi personeli,
- ii) Bir çatışma tarafınca usulince tanınmış ve yetkilendirilmiş olan ulusal Kızıl Haç (Kızılay, Kızıl Aslan ve Güneş) Dernekleri ve diğer ulusal gönüllü yardım derneklerinin sıhhi personeli,
- iii) 9. maddenin 2. fıkrasında belirtilen sıhhi nakil birim ya da araçlarının sıhhi personeli" 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 185.

¹⁰¹ "Sihhi birimler", yaralı, hasta ve deniz kazazedelerinin aranması, toplanması, nakledilmesi, teşhis ve tedavi edilmesi -ilk yardım müdahalesi de dahil olmak üzere- ya da hastalıkların önlenmesi gibi sıhhi amaçlar için örgütlenmiş askeri ya da sivil kuruluşlar ve diğer birimler anlamına gelmektedir. Örnek vermek gerekirse bu terim, hastaneler ve diğer benzeri birimleri, kan nakli merkezlerini, önleyici tıp merkezlerini ve enstitülerini, sıhhi malzeme merkezlerini ve bu gibi birimlerin sıhhi depolarını ve ecza depolarını da kapsar. Sihhi birimler sabit ya da seyyar, sürekli ya da geçici olabilir". 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 186.

¹⁰² "Münhasıran hasta ve yaralıların araştırılması, kaldırılması, nakli, tedavisi veya hastalıkların önlenmesi ile vazifelendiren personel, sıhhiye birlik ve müesseseleri idaresi, personeli, silahlı kuvvetlere bağlı imam ve rahipler her zaman ve yerde himaye edilecek ve saygı göreceklidir".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 10.

II numaralı Cenevre Sözleşmesinin 36. Maddesinde¹⁰³ kaleme alınmıştır. I Numaralı Ek Protokolün 15. Maddesiyle¹⁰⁴ de kapsamı askeri tıbbi personelden başka sivil tıbbi personeli de içine alacak şekilde genişlemiştir. Bu kişiler Protokol'de tanınan korumadan yararlanması için sadece tıbbi görev yapmak zorundadır. Görevlendirme sürekli ise, saygı ve koruma sürekli olarak geçerlidir. Tıbbi görevlendirme sadece geçici ise, saygı ve koruma sadece bu görevlendirme süresince geçerlidir.

Yalnızca çatışmanın tarafınca tıbbi görevle görevlendirilen tıbbi personel korunan statüden yararlanabilir. Bu kişiler savaş esiri statüsüne sahip değildir ancak savaş esiri korumasına ihtiyaç duydukları durumlarda, manevi ihtiyaçları ve sağlık durumları el verdiği ölçüde, savaş esirlerinin göreceği muamelelere tabi olmak üzere, alıkonabilirler¹⁰⁵. Bununla birlikte, esir düşen tıbbi personel, esir düşen savaşanlar için tıbbi görevine devam etmekteyse aynı korumadan yararlanacaktır. Ancak bu durum tıbbi personelin keyfi bir şekilde alıkonması anlamına gelmemektedir.

¹⁰³ "12 ve 13 ncü maddelerde yazılı şahısların tıbbi ve ruhani hizmetlerine tahsis edilmiş olup düşman eline düşen dini, tıbbi memurlarla hastane memurları hürmet ve himayeye mazhar olacaklardır; yaralıların ve hastaların tedavileri için lüzum olduğu müddetçe bu memurlar vazifelerine devam edeceklerdir. Bundan sonra, mezkur memurları elinde tutan başkumandan, imkan görür görmez kendilerini geri yollayacaktır. Memurlar gemiyi terkederlerken şahsi malları olan eşyayı alıp götürebileceklerdir".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 37.

¹⁰⁴ "1. Sivil sıhhi personel saygı görecektir ve korunacaktır.

2. Gereklik halinde, muharebe etkinlikleri nedeniyle sivil sıhhi hizmetlerin bozulup dağıldığı bir alandaki sivil sıhhi personele mümkün olan her türlü yardım sağlanacaktır.

3. İşgal Gücü işgal edilen topraklardaki sivil sıhhi personele, insancıl işlevlerini en iyi şekilde yerine getirmesini sağlamak için her türlü yardımı sağlayacaktır. İşgal Gücü, bu işlevlerin yerine getirilmesi sırasında bu personelden, tıbbi nedenler dışında, herhangi bir kişinin tedavisine öncelik vermesini isteyemez. Bu personel, insancıl misyonları ile bağdaşmayan görevleri yerine getirmeye mecbur edilemeyecektir.

4. Çatışmanın ilgili Tarafınca gerekli addedilen denetim ve güvenlik önlemleri saklı kalmak üzere, sivil sıhhi personel, hizmetlerinin zaruri olduğu bütün yerlere giriş hakkına sahip olacaktır.

5. Sivil dini personel saygı görecektir ve korunacaktır. Sözleşmelerin ve işbu Protokolün sivil sıhhi personelin korunması ve teşhisine ilişkin hükümleri dini personele de aynı şekilde uygulanır".

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 191.

¹⁰⁵ SASSOLI/BOUVIER, s. 163.

Harp esirlerinin sayısı, tıbbi ihtiyaçları ve sağlık durumlarına bakılarak bu kişilere olan ihtiyaç nispetinde alıkonabilirler. Geri verilmeyen tıbbi personel harp esiri sayılmaz ancak I Numaralı Cenevre Sözleşmesinin 28. Maddesine göre¹⁰⁶, Cenevre Sözleşmelerinin harp esirlerine ilişkin bütün hükümlerinden istifade ederler. Tıbbi görev yapan diğer kişiler, çatışmaya doğrudan katılmadıkları sürece, saldırılara karşı sivil olarak korumadan yararlanırlar. Bu kişiler tıbbi personel kapsamına dâhil değildir ve bu nedenle ayırt edici simgeleri kullanamazlar¹⁰⁷.

Tıbbi personelin korunmasının sona ermesine ilişkin olarak ise, tıbbi birimlere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Dolayısıyla yukarıda anlatılan, tıbbi birimlerin korunmasının sona ermesine ilişkin hükümler, tıbbi personele de uygulanabilir¹⁰⁸. Bunlardan en önemlisi, tıbbi personelin çatışmalara doğrudan katılmasıdır. Ancak, ne yaralı ve hasta düşman askerlerini tedavi etmek ya da düşman askeri üniformasını giymek tek başına düşmanca eylem olarak değerlendirilmez. Bu duruma ek olarak, tıbbi personelin kendilerini ya da hastaları koruyabilmek için taşınabilir silahlar ile donatılması ve silahların bu amaçla kullanılması, korumanın kaybı sonucunu doğurmaz¹⁰⁹.

b. Tedavi Görenlerin Korunması

1977 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokol'ün 8/a maddesine¹¹⁰ göre, “‘‘Yaralılar’’ ve ‘‘Hastalar’’; travma, hastalık ya da diğer bedensel ya da akli rahatsızlıklar ya da sakatlıklar nedeniyle, tıbbi yardım ya da bakıma muhtaç olan ve herhangi bir muhasamat eyleminden kaçman asker ya da siviller anlamına gelir. Bu terimler aynı zamanda doğum olaylarını, yeni doğmuş bebekleri ve sakatlar ile hamile kadınlar gibi acil tıbbi yardıma

¹⁰⁶ “‘‘24 ve 26’ncı maddelerde tayin edilen personel muhasım tarafın eline düşerse ancak harp esirlerinin adedi, manevi ihtiyaçları ve sağlık durumlarının gerektirdiği ölçüde alıkonabilecektir. Bu suretle geri verilmeyen personel mensupları harp esiri sayılmamakla beraber harp esirlerinin göreceği muameleye dair olan 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin bütün hükümlerinden istifade edeceklerdir’’.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 12.

¹⁰⁷ HENCKAERTS/ DOSWALD-BECK, s. 90.

¹⁰⁸ HENCKAERTS/ DOSWALD-BECK, s. 93.

¹⁰⁹ HENCKAERTS/ DOSWALD-BECK, s. 93

¹¹⁰ 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 184.

ya da bakıma ihtiyaç duyabilecek ve herhangi bir muhasamat eyleminden kaçınan diğer kişileri de kapsamaktadır”.

Savaş zamanı hasta ve yaralılara bakım sağlanması dini, ahlaki ve insani düşüncelerin bir yansımasıdır¹¹¹. Savaş zamanında hasta ve yaralıların korunmasından anlaşılması gereken ise, bakıma muhtaç sivil ve asker bütün kişilerdir. Hasta ve yaralılara ilişkin ilk göze çarpan düzenleme 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. Maddesidir¹¹². Söz konusu madde, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin olarak düzenlenmiş olsa da, hasta ve yaralılara her koşulda gösterilen önemi vurgulaması bakımından önemlidir. Bir diğer düzenleme ise 1949 tarihli I Numaralı Cenevre Sözleşmesinin 12. Maddesidir¹¹³. Bu maddeye göre, silahlı kuvvetler mensupları ve aynı Sözleşmenin 13. Maddesinde yer verilen kişilerden yaralı veya hasta olanlar da korumadan yararlanırlar. Bu kişiler, kendilerini elinde bulunduran devlet tarafından insanîyetle muamele görmek ve tedavi edilmek zorundadır.

I Numaralı Sözleşmenin 35. Maddesi, bu korumanın nakil esnasında da uygulanacağını hükme bağlamıştır¹¹⁴. 1949 tarihli IV Numaralı Cenevre Sözleşmesi savaş zamanı sivillerin korunmasına ait hüküm-

¹¹¹ Şule ÖZSOY, “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 19- 20, 1997-1998, s. 114.

¹¹² “Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlığın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır:

1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silahlarını terkedenler ve hastalık, yaralılık, mevküflük veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kistasa dayanan ve aleyhte görülen hiçbir tefrik yapılmadan insani surette muamele göreceklendir.

2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 2.

¹¹³ “Silahlı kuvvetler mensupları ve 13 ncü maddede sayılan diğer şahıslardan yaralı veya hasta olanlar her halişkârda saygı göreceklendir ve korunacaklardır”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 5.

¹¹⁴ “Hasta ve yaralı veya sıhhi malzeme nakliyatı seyyar sıhhi birlikler gibi saygı ve himaye görecektir. Bu nakliyat veya taşıtlar muhasım tarafın eline düştüğü takdirde, hasta ve yaralıların durumu muhasım tarafça sağlanmak şartıyla harp kanunlarına tabi tutulacaktır”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 14.

ler içermektedir¹¹⁵. IV Numaralı Cenevre Sözleşmesinin 16. Maddesi¹¹⁶ bu konuda bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre yaralı ve hastalar, maluller ve gebe kadınlar özel bir korumaya sahip olacaktır.

1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokollerin de konuya ilişkin birtakım düzenlemeleri mevcuttur. I Numaralı Ek Protokol'ün 10. maddesi¹¹⁷ önceki düzenlemelere paralel şekilde yaralı ve hastaların korunmasını düzenlemektedir. Kapsam olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen Ek II Numaralı Protokol'ün 7. Maddesi¹¹⁸ de önceki hükümlerle benzer bir koruma getirmektedir.

3. İhlalin Yaptırımı

Hiç şüphesiz hastane gibi tıbbi tesislere, tıbbi personele ve burada tedavi görenlere karşı saldırıda bulunmak yukarıda bahsedilen Cenevre Sözleşmeleri düzenlemelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu tür ihlaller, söz konusu fiilleri işleyen veya bu durumda payı olan devletlerin

¹¹⁵ Aynı sözleşmede yer alan, çocukların korunmasına ilişkin hükümler için bkz. **Meltem SARİBEYOĞLU**, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Düzenlemeler*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 1, s. 223.

¹¹⁶ “Yaralılar ve hastalar, maluller ve gebe kadınlar hususi bir himayeye ve saygıya mazhar olacaklardır.

Askeri icapların müsaadesi nispetinde, ihtilafa dahil herhangi bir taraf, ölümlerin veya yaralıların araştırılması, kazazedelere ve vahim tehlikeye maruz diğer şahıslara yardım edilmesi ve binaların yağmalara ve fena muamelelere karşı himaye olunması için alınan tedbirleri terviç ve iltizam edecektir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 127.

¹¹⁷ “1. Hangi tarafa mensup olursa olsun, tüm yaralılar, hastalar ve deniz kazazedeleri saygı görecektir ve korunacaktır.

2. Her şart altında, bu kişilere insanca muamele edilecek ve bu kişiler imkanlar ölçüsünde ve mümkün olan en kısa zamanda, durumlarının gerektirdiği tıbbi bakım ve ilgiyi görecektir. Bu kişiler arasında, tıbbi ölçütlere dayanan ayrımlar dışında hiçbir ayırım gözetilmeyecektir”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 187.

¹¹⁸ “1. Silahlı çatışmada yer almış olsun olmasın bütün yaralılar, hastalar ve deniz kazazedelerine saygı gösterilecek ve bunlar koruma altına alınacaktır.

2. Bu kişiler her koşulda insanca muamele görecektir ve imkanlar elverdiğince mümkün olan en kısa sürede durumlarının gerektirdiği tıbbi bakım altına alınacaktır. Bu kişiler arasında tıbbi kriterler dışında hiçbir şekilde ayırım yapılmayacaktır”.

12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, s. 271.

sorumluluğuna gidilmesine sebep olduğu gibi; söz konusu fiilleri işleyen gerçek kişilerin de savaş suçu bağlamında cezai sorumluluklarının doğmasına neden olur. Bu tür ihlallerle mücadele etmek adına söz konusu fiillerin soruşturulması ve sorumluların yargı önüne çıkartılarak yargılanması uluslararası hukuk açısından bir zorunluluktur. Burada sorumluluk açısından devletlerin ve bireylerin sorumluluğu hususu ayrı değerlendirilmektedir.

3.1. Devletlerin İhlalden Dolayı Sorumluluğu

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu konusuna ilişkin kurallar genellikle örf ve adet kuralı niteliğindeki kurallardır¹¹⁹. Bu kuralların kodifikasyon çalışmaları sonucunda BM Uluslararası Hukuk Komisyonu ortaya bir sözleşme tasarısı çıkartmıştır¹²⁰. Uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun çiğnenmesi, faillerin sorumluluğunu gerektirir. Eğer ihlali gerçekleştiren devletse, devletin sorumluluğu gündeme gelir.

Devletin, uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kurallarının ihlalden dolayı sorumlu olması, köklü bir örf ve adet kuralıdır¹²¹. Gözden kaçmaması gereken bir nokta, hastanelere, tıbbi personele ya da tedavi görenlere yönecek saldırıların bireyler tarafından gerçekleştirildiğidir. İhlali gerçekleştiren bireyler, devleti adına onun bir organı olarak hareket ediyorsa ya da görevleri vesilesiyle bu ihlalleri gerçekleştirmişse devletin sorumluluğu söz konusudur. Özellikle yaralılar, hastalar ve tıbbi personele karşı zararlar karşılıklı önlemlerin devletin sorumluluğunu doğurduğu kabul edilmektedir¹²².

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ise devletin ve hükümet karşıtı kuvvetlerin eylemleri arasında bir ayrıma gidilir. Devlet, yabancılara yönelik ihlallerle ilgili olarak kendi eylemlerinden sorumludur ancak hükümet karşıtı kuvvetin verdiği zararlar kural olarak devletin so-

¹¹⁹ **Kenan DÜLGER**, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 45.

¹²⁰ Tasarı metninin çevirisi için bkz. **Hakkı Hakan ERKİNER**, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 308-327.

¹²¹ **DÜLGER**, s. 111.

¹²² **PAZARCI**, s. 647, 650.

rumluluğunda değildir. Hükümet dışı kuvvetlerin başarılı olarak hükümeti ele geçirmeleri halinde ise devletin sorumluluğu gündeme gelir¹²³.

Devletin sorumluluğu hususu, uluslararası hukukun genel kuraları çerçevesinde gerçekleştirilir. Zaman zaman BM Güvenlik Konseyi de devletleri çeşitli ihlallerden dolayı sorumlu tutma yoluna gitmektedir. Örneğin Güvenlik Konseyi 674¹²⁴ ve 687¹²⁵ numaralı kararlarıyla, Irak'ı, Kuveyt'e gerçekleştirdiği saldırılardan dolayı sorumlu tutmuş ve zararın tazmini için bir tazmin komisyonu kurmuştur¹²⁶. Sorumlu olan devletin, onarım yükümlülüğü başka biçimlerde de ortaya çıkabilmektedir. Öncelikle mümkün ise eski hale iade imkanları araştırılmalıdır. Eski hale iade, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesinin 35. Maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, devlet, ihlalden önceki halin yeniden tesis edilmesini sağlamak için eski hale iadeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür¹²⁷. Eski hale iadenin mümkün olmaması durumunda tazminat yükümlülüğü devreye girer. Bu husus da BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesinin 36. Maddesinde düzenlenmektedir¹²⁸. Tazminatın da zararı gidermemesi halinde ise manevi olarak tatmin kurumu devreye girer¹²⁹. Tarziye adı verilen bu kurum, eski hale iade ve tazminat ile onarılamayan zararlar ölçüsünde uygulanır. Tarziye, aynı projenin 37. Maddesinde yer almaktadır. Tarziye, ihlalin kabul edilmesi, üzüntünün bildirilmesi ya da resmi yollarla özür dilenmesi gibi biçimlerde olabilir¹³⁰.

Uygulamada devletler arasında bu durum genellikle, silahlı çatışmaların sona ermesinden sonra yapılan barış antlaşmalarına konan hükümlerle ya da zarar verilen tarafsız devletin yurttaşlarının zararlar-

¹²³ PAZARCI, s. 651.

¹²⁴ UNSC Res 674 (29 October 1990) UN Doc S/RES/674 [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/674\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/674(1990)) Erişim Tarihi: 30.03.2017.

¹²⁵ UNSC Res 687 (3 April 1991) UN Doc S/RES/687 [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/687\(1991\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/687(1991)) Erişim Tarihi: 30.03.2017.

¹²⁶ SUR, s. 294.

¹²⁷ ERKİNER, s. 201.

¹²⁸ ERKİNER, s. 205.

¹²⁹ DÜLGER, s. 239.

¹³⁰ ERKİNER, s. 214.

rını tespit amacıyla kurulan hakemlik mahkemelerinin tavsiyeleriyle giderilmektedir¹³¹.

3.2. Bireylerin İhlalden Dolayı Sorumluluğu

Devletin sorumluluğunun uluslararası hukuku uygulanabilir kılmadığı noktada bireylerin sorumluluğunun da gündeme gelmesi bir zorunluluktur. Yukarıda bahsedilen, devlete yönelebilecek yaptırımlar, tarihsel tecrübelerle bakıldığında caydırıcı olmaktan uzaktır. Bu sebepten dolayı, uluslararası ceza hukuku düzenlemeleri, bireylerin sorumlu tutulduğu bir alandır ve bu yönüyle devlete bütün olarak yüklenen sorumluluğun bir istisnasını oluşturur¹³².

Uluslararası alanda bireysel cezai sorumluluk kavramı, İkinci Dünya Savaşı öncesinde Versailles Anlaşması ve Birinci Dünya Savaşı sonrasında II. Wilhelm davasıyla kabul edilmesine rağmen kavramın gelişmesi Nuremberg Yargılamaları ile başlamıştır¹³³. Savaş suçlarının failleri, uluslararası hukukta yalnızca gerçek kişiler olabilir. Faillerin devlet görevlisi olup olmamalarının cezai sorumluluğa etkisi yoktur¹³⁴. Söz konusu ihlallerin yargılanması konusunda ise Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsünün 8. Maddesi gereği, savaş suçlarının büyük bir bölümünün yargılanması için yetkili kılınmaktadır¹³⁵. UCM'nin Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlali ve savaş suçları şeklinde bir ayrıma gittiğini görmekteyiz. Ancak savaş suçları kavramı aslında bu iki kategoriye de içine almaktadır¹³⁶.

Savaş suçları başlığını taşıyan 8/2 Maddesinin, (b) bendinin (ix) alt bendinde yer alan “askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlı kullanılan binalara, hastanelere ve hasta ve ya-

¹³¹ PAZARCI, s. 650.

¹³² Cansu KOÇ, *Roma Statüsü Bağlamında İnsanlığa Karşı Suçlarda Devlet Politikası*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 171.

¹³³ E. Van SLIEDGERT, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2003, s. 38.

¹³⁴ PAZARCI, s. 663.

¹³⁵ Günal KURŞUN, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2011, s. 21.

¹³⁶ Yusuf AKSAR, *Evensel Yargı Kuruluşları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 145.

*ralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi*¹³⁷ hükmü söz konusu fiilin bir savaş suçu olduğunu göstermektedir¹³⁸. Bununla birlikte 8/2 (b) bendinin (xxiv) alt bendine göre, “uluslararası hukuka uygun olarak Cenevre Sözleşmelerince öngörülen ayırt edici işaretler kullanan personele yönelik bilinçli saldırılarda bulunmak”¹³⁹ uluslararası silahlı çatışmalarda bir savaş suçu oluşturmaktadır. Bu savaş suçu Cenevre Sözleşmelerince öngörülen ayırt edici işaretleri kullanma hakkına sahip olduğu için, tıbbi personeli de kapsamaktadır¹⁴⁰. Söz konusu koruma, özel olarak korunan, tıbbi birimler ve tıbbi nakliye birimleri, Kızıl Ay, Kızılhaç, Kızıl Aslan gibi insancıl organizasyonları da kapsamaktadır¹⁴¹.

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda savaş suçları UCM Statüsünün 8/2 Maddesinin c ve e bendinde düzenlenmektedir¹⁴². Bu maddenin¹⁴³ (ii) alt bendine göre, “ayırt edici amblemleri kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve ulaşımı bilerek saldırı düzenlenmesi”, ve (iv) alt bendine göre de “askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi” savaş suçu olarak düzenlenmiştir.

UCM’nin savaş suçlarına vereceği ceza ise UCM Roma Statüsü’nün 77 ve 78. Maddelerinde¹⁴⁴ düzenlenmiştir. Hapis cezasına

¹³⁷ Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü Türkçe tercümesi için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf Erişim Tarihi: 15.03.2017.

¹³⁸ Bu hükme paralel olarak, 8. Maddenin (e) bendinde de aynı düzenleme yer almış ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da bu durumun savaş suçu kapsamına girdiği belirtilmiştir. **Ersan ŞEN**, *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 98.

¹³⁹ Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü. https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf Erişim Tarihi: 15.03.2017.

¹⁴⁰ **HENCKAERTS/DOSWALD-BECK**, s. 88.

¹⁴¹ **Antonio CASSESE**, *International Criminal Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008, s. 92.

¹⁴² **SLIEDGERT**, s. 36.

¹⁴³ Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü. https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf Erişim Tarihi: 15.03.2017.

¹⁴⁴ Madde metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf Erişim Tarihi: 30.03.2017.

ek olarak, para cezası veya suçtan kaynaklanan mal, varlık ve kazançlara el konulması da öngörülmüştür¹⁴⁵.

Söz konusu sorumluluğa ek olarak, sorumlular hakkında iç hukuk düzeyinde silahlı çatışmanın tarafı olan devletler veya evrensel yargı yetkisi çerçevesinde herhangi bir devlet tarafından yargılama süreci başlatılabileceği gibi sorumluların uluslararası düzeyde yargılanmasına yönelik ad hoc bir mahkeme kurulması da mevcut seçenekler arasında yer almaktadır¹⁴⁶.

SONUÇ

Hastaneler, diğer tıbbi birimler, tıbbi personel ve tedavi görenler, uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun özel bir şekilde koruduğu kategoride yer almaktadır. Bu yapılara ve kişilere, çatışma esnasında bilerek saldırmak söz konusu düzenlemelerle yasaklanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Bununla birlikte, çatışma taraflarına bu yapı ve kişileri koruma yükümlülüğü getirerek hem negatif hem de pozitif bir yükümlülükle söz konusu koruma sağlanmaya çalışılmıştır.

Günümüze kadar gelen silahlı çatışmalarda söz konusu ihlaller masum siviller ya da çatışma dışı kalmış kişilere telafisi mümkün olmayacak zararlar vermektedirler. Dolayısıyla, silahlı çatışmaların en temel ilkesi ve ortaya çıkış amacı sayılabilecek, çatışmanın etkilerinin minimuma indirgenmesi amacının tekrar hatırlanması ve uluslararası alanda söz konusu ihlalleri yaptırıma bağlamakla görevli bir yargı kurumu olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin daha aktif bir rol izleyerek silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanmasını sağlaması gerekmektedir.

Günümüzde hala süregelen ve bu yüzden yargı önüne gelmesi zaman alacak olan ihlaller için ise; uluslararası barışı sürekli kılmak amacıyla oluşturulan BM Güvenlik Konseyi'nin mevcut silahlı çatışmalara, silahlı çatışmalar hukuku kurallarının tam olarak uygulanması yönünde etki etmesi de bir seçenek olarak düşünülmelidir.

¹⁴⁵ CASSESE, s. 422.

¹⁴⁶ TOPAL, s. 1112.

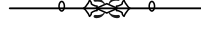
KAYNAKÇA

- 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, **Yay. Haz.: Melike BATUR YAMANER/A. Emre ÖKTEM/Bleda KURTDARCAN/Mehmet C. UZUN**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- ACER, Yücel/KAYA, İbrahim**, *Uluslararası Hukuk*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- AKSAR, Yusuf**, *Evrensel Yargı Kuruluşları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- AKSAR, Yusuf**, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ALLAND, Denis**, *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, Paris, 2000.
- Basic Rules of The Geneva Conventions and Their Additional Protocols, Understanding Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, 2006.
- BATUR YAMANER, Melike**, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, Arıkan Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2007.
- BREITEGGER, Alexander**, “The Legal Framework Applicable To Insecurity and Violence Affecting The Delivery Of Health Care In Armed Conflicts And Other Emergencies”, *International Review of the Red Cross* Volume 95 Number 889 Spring 2013.
- BROWNLIE, Ian**, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, 2003.
- CASSESE, Antonio**, *International Criminal Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- Commentary IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, **Ed: Jean s. PICTET**, ICRC, Geneva, 1994.
- CULLEN, Anthony**, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- ÇELİK, Şener**, “Suriye İç Savaşı’nda Silahlı Çatışma Hukuku İhlalleri”, *İGÜSBD*, Cilt: 1 Sayı: 2, Ekim 2014.
- DAILLIER, Patrick /PELLET, Alain**, *Droit International Public*, 7eme Édition, L. G. D. J., Paris, 2002.
- DARCY, Shane**, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- DUPUY, Pierre-Marie**, *Droit International Public*, 8eme Édition, Éditions Dalloz, Paris, 2006.
- DÜLGER, Kenan**, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- ERKİNER, Hakkı Hakan**, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

- GRAY, Christine**, *International Law and the Use of Force*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- GREENWOOD, Christopher**, “The Law Of War (International Humanitarian Law)” in, “International Law”, Ed: **Malcolm D. EVANS**, First Edition, Oxford University Press, New York, 2003.
- GREENWOOD, Christopher**, “Scope of Application of Humanitarian Law, in The Handbook of International Humanitarian Law”, Ed: **Dieter FLECK**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- GROTIUS, Hugo**, *Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli Ac Pacis)*, Çev: Seha L. MERAY, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 222-204, Ankara, 1967.
- HENCKAERTS, Jean-Marie/DOSWALD-BECK, Louise**, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku Cilt: 1: Kurallar*, Çev: **A. Emre ÖKTEM/Melike BATUR YAMANER/Dolunay ÖZBEK/Bleda R. KURTDARCAN/Mehmet Cengiz UZUN/Abdullah KAYA**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- International Humanitarian Law, Answers to Your Question*, ICRC Focus, Geneva, 2005.
- KOÇ, Cansu**, *Roma Statüsü Bağlamında İnsanlığa Karşı Suçlarda Devlet Politikası*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.
- KOLB, Robert/ HYDE, Richard**, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict*, Hart Publishing, Portland, 2008.
- KURŞUN, Günel**, *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2011.
- OPPENHEIM, Lassa**, *International Law: A Treatise Vol II War and Neutrality*, Ed: **Ronald F. ROXBURGH**, 3rd Edition, Longmans, Green and Co, London-New York, 2006.
- ÖZSOY, Şule**, “İnsancıl Hukukun Gelişimi”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 19- 20, 1997-1998.
- PAZARCI, Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- SARIBEYOĞLU SKALAR, Meltem**, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması İçin Güvenli Bölgeler*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 9, Sayı: 123-124.
- SARIBEYOĞLU, Meltem**, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Çocukların Korunmasına İlişkin Düzenlemeler*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 1.
- SASSOLI, Marco/ BOUVIER, Antoine A.**, *How Does Law Protect in War? Volume I*, Second Edition, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2006.

- SENCER, Muzaffer**, İnsan Hakları ve Savaş, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, TODAİE, Sayı: 12/1, 1990.
- SHAW, Malcolm Nathan**, *International Law*, 6th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- SLIEDGERT, E. Van**, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2003.
- SOLIS, Gary D.**, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- SUR, Melda**, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- TARHANLI, Turgut**, “Kuvvet Kullanma, Meşruiyet ve Hukuk”, Anayasa Yargısı Dergisi Cilt: 20, Ankara, 2003.
- TAŞDEMİR, Fatma**, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, Uluslararası Hukuk ve Politika Cilt 2, No. 5, 2006.
- TAŞDEMİR, Fatma**, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- TERRY, Fiona**, “Violence Against Health Care: Insights From Afghanistan, Somalia, And The Democratic Republic Of The Congo”, International Review of Red Cross, Volume 95 Number 889 Spring 2013.
- TOPAL, Ahmet Hamdi**, “27 Aralık 2008- 18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur**, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006.
- VITE, Sylvain**, “Typology Of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts And Actual Situations”, International Review of the Red Cross, Vol: 91, Num: 873, Mart, 2009.

Osmanlı Millet Sisteminden Ulusa Geçiş



Ar. Gör. Cansu KOÇ BAŞAR*

Özet

Osmanlı İmparatorluğu, içerisinde farklı din, mezhep ve ırklara mensup toplulukların bulunduğu çok milletli bir siyasal yapıya sahiptir. Ancak Osmanlı millet sistemi, imparatorluğun güçsüzleşmesi ile birlikte bozulmaya başlamıştır. Ekonomik güce sahip olan azınlıklar, 19. yüzyılın başlarından itibaren siyasi bağımsızlık isteğine sahip olmuşlardır. Uluslaşma süreç ve duygusuna en geç geçenler ise özellikle Türkler olmuştur. Buna karşın Tanzimat ve Meşrutiyet dönemlerinin birikimi ve milli mücadele döneminin ulusal kavrayışı neticesinde ulus olma ve bir ulus devlet kurma fikri gelişmiştir. Bu çalışmada ise çok milletli bir imparatorluktan ulusa giden süreç, tarihsel sıralaması dikkate alınarak takip edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Osmanlı millet sistemi, ulus, ulus devlet.*

Abstract

The Ottoman Empire has a “millet” system in which communities belonging to different religions, sects and races are found. However, The Ottoman “millet” system began to deteriorate with the weakening of the empire. Minorities with economic power had the desire for political independence from the beginning of the 19th century. However, Particularly Turks passed on to the process and the sense of nation building at the latest. For all that, as a result of the accumulation of Tanzimat and Meşrutiyet periods and national comprehension of the national struggle period, the idea of nation building and establishing a nation state have developed. In this study, the process from Ottomon “millet” system to the nation will be tried to be explained by considering its chronology.

Keywords: *The Ottoman millet system, nation, nation state.*

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Araştırma Görevlisi.

I. Klasik Dönem Osmanlı İmparatorluğu'nun Çok Milletli Siyasal Yapısı

Osmanlı Devleti, çeşitli din, mezhep ve ırklara mensup toplulukları bünyesinde bulunduran çok milletli bir yapıya sahiptir. Devletin siyasal, toplumsal ve idari yapısı ise ırk ya da dil esasına göre değil, din ve mezhep temeline göre şekillenmiştir. Bireylerin toplum içerisindeki statüsünü belirleyen en temel faktör de din olmuştur. Toplum, inanç temeline göre, Müslüman, Yahudi, Rum, Ermeni gibi çeşitli “milletlere” ayrılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nda millet, günümüzdeki anlamını içermemekte, bir din ya da mezhebe bağlı topluluk anlamına gelmektedir. Arapça'da da millet, dini topluluğu karşılayan bir terimdir. Osmanlı Devleti'nde yaşayan toplulukları din ya da mezhep esasına göre örgütleyerek yönetme biçimi “millet sistemi” olarak adlandırılmakta ve bu sistem İslam hukukunun da bir kurumu olarak işlev görmektedir. Müslümanlar, hâkim millet olarak kabul edilmektedir.¹ Millet kelimesi ise daha çok gayrimüslimleri ifade etmek için kullanılmaktadır.²

Osmanlı Devleti'ndeki millet kavramının Batılı anlamdaki karşılığını bulmak ise güçtür. Eğer millet, “ulus” (nation)³ karşılığında kullanılacak olursa, bu kavram, genel olarak, belli bir toprak parçası üzerinde yaşayan ve aynı dili konuşan toplumu işaret edecektir. Oysa Osmanlı Devleti'nde millet kavramı içerisinde ifade edilen topluluklar, farklı bölgelerde dağınık biçimde oturmakta ve aynı dili konuşmamaktadır. Bu toplulukların ırk birliğine sahip olmaları da söz konusu değildir.

1 **Bilal Eryılmaz**, Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, Ağaç Yay., İstanbul, 1992, sf. 10-13; İlber Ortaylı, Millet Sistemi, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 4, İstanbul, 1985, sf.996-997; **Karen Barkey/ George Gavrilis**, The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy, Ethnopolitics, Ethnopolitics, Vol: 15, No:1, 2016, sf. 26.

2 **M. Macit Kenanoğlu**, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, 3. Baskı, Klasik Yay., İstanbul, 2012, sf.44.

3 1789 Fransız Devrimi'nin burjuva devrimcilerine göre ulus, hukuk açısından bölünmez, içinde çeşitli çıkar ayrılıklarının ve çelişmelerinin bulunmadığı eşit yurttaşlardan oluşan bir topluluk, yani soyut halktır. Sieyès'in geliştirdiği yaklaşıma göre ulus, birbirinden bağımsız, kanun önünde eşit fertlerden meydana gelir; hem bireylerden hem de belli bir zaman ve yerde yaşamakta olan bireylerin oluşturduğu toplumdaki farklı olarak geçmiş, yaşamakta olan ve gelecek kuşakları içine alır, bkz. **Arda Atakan**, Putlaştırılmış Bir Kavram: Milli İrade, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, Der Yay., İstanbul, 2012, sf. 231-233.

Aynı zamanda millet kavramını, kilise örgütü şeklinde tahayyül etmek de doğru olmayacaktır. Batı'daki kilise örgütü, devletten bağımsız bir statüye sahipken Osmanlı Devleti'ndeki milletler, Osmanlı'nın siyasi ve idari yapısına dahildir ve millet liderleri aynı zamanda devletin birer memurudur.⁴ Bu arada belirtilmelidir ki, baskın olan görüşe göre, Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin kurumsal anlamda bir yapılanmanın içine girmeleri, İstanbul'un fethi ile birlikte gerçekleşmiştir. İstanbul Rum Patrikhanesi'nin Osmanlı hakimiyetine girmesi ile Bizans'ta var olan kilise teşkilatı, Osmanlı Devleti'ne geçmiş, daha sonra buna paralel olarak yeni patrikhaneler kurulmuştur.⁵

Osmanlı Devleti'nde hukuk ise esas itibariyle İslam hukukundan oluşmaktadır.⁶ İslam devletlerinde din ve devlet ilişkisi de Hıristiyan teokrasisine nazaran farklıdır. Hıristiyan teokrasisinde hükümdar, doğrudan ya da papa aracılığı ile iktidarı Tanrı'dan aldığı ileri sürmektedir. İslamiyet'te ise iktidarın tümü Tanrı'ya aittir ve bu iktidarın başka bir ortağı ya da sahibi olamaz. Müslüman halk yani "ümme" yeryüzünde Tanrı'ya vekillik eder. Tanrı, egemenliği hükümdara değil ümmete vermiştir. Halife ya da sultan, egemenliği halk aracılığı ile almıştır. İslam ümmeti tek bir ümmettir.⁷ Osmanlı Devleti de esasen kendisini, dinin hükümleri ve gerekleri ile sınırlandırmıştır. Teokratik bakımdan tutarlı olan bu halin, uygulamada tam olarak işler olması ise mümkün değildir. Çünkü padişahın dünyevi alandaki otoritesini frenleyen hiçbir yönetim ya da makam bulunmamaktadır, onun sınırı ancak uhrevidir. Padişahın karşısında yönetilenlerin söz sahibi olması ise zaten mümkün

⁴ Eryılmaz, sf.12-13; ayrıca bkz. **Bernard Lewis**, Modern Türkiye'nin Doğuşu, 8. Baskı, Arkadaş Yay., Ankara, 2015, Çev: Boğaç Babür Turna, sf. 445; Ancak gayrimüslim liderlere verilen yetkilerin ve kilisenin, devlet içinde devlet oluşturduğu yönünde görüşler de vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kenanoğlu**, sf.31-33.

⁵ **Kenanoğlu**, sf.32.

⁶ **Mehmet Akif Aydın**, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2009, sf.65.

⁷ **Mehmet Akad/ Bihterin Vural Dinçkol/ Nihat Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 12. Basım, Der Yay., İstanbul, 2016, sf.71-72; İslam politikasının temelinde İslam peygamberinin Medine'de kurup yönettiği dini ve siyasi topluluk bulunuyordu: *Umma dun al-Nas*, yani insanoğlunun geri kalanından ayrı tutulmuş topluluk, ümmet. Dünya ise *Darül-İslam* ve *Darül-Harap* olarak bölümlere ayrılıyordu, bkz. **Lewis**, sf.444.

değildir.⁸ Padişahın yanında devlet yetkilerinin kullanılmasına katılan görevliler olsa da gerçek bir yetki paylaşımı olduğu düşünülemez. Zira bütün görevliler yetkilerini sadece padişaktan alır ve Divan ise ancak bir danışma organı niteliğindedir.⁹

Osmanlı Devleti'nde sınıflı toplum yapısı olduğunu söylemek de söz konusu olamaz. Siyasi, toplumsal hatta ekonomik açıdan en önemli sınıflandırma *Müslüman*, *Zımmi* ve *Harbi* sınıflandırmasıdır.¹⁰ Ancak bununla beraber toplumda iki farklı statü olduğu da görülür: Yönetici konumundaki *askeriler* ve yönetilen konumundaki *reaya*.¹¹ Reaya, kendisinden vergi alınan kesimdir ve yönetilenleri ifade eder. Bu kelimenin tekili raiyettir ve sürü anlamına gelir.¹²

Osmanlı Devleti'nin hukuki ve siyasi yapısında uzun bir dönem büyük değişikliklerin olmadığı söylenebilir. Ancak 19. yüzyıldan itibaren Osmanlı Devleti'nde önemli siyasi, sosyal, ticari, ekonomik ve hukuki değişikliklerin yaşandığı görülmektedir.¹³ Bu süreçte Osmanlı millet sistemi, imparatorluğun iktisaden güçsüzleşmesi ve Batı emperyalizminin de etkisiyle bozulmaya başlamıştır. Batı'nın himayeci politikalarının da sonucunda ekonomik güce sahip olan azınlıkların, 19. yüzyılın başlarından itibaren siyasi bağımsızlık istencine sahip olmaya başladıkları görülmektedir. Bu noktada millet örgütlenmesinden uluslaşma süreç ve duygusuna en geç geçenlerin Müslümanlar ve özellikle

⁸ Mehmet Akad/ Nihat Bulut/ Yusuf Şevki Hakyemez/ Cevat Okutan, Küreselleşme ve Türkiye, Ed. Cevat Okutan, Seçkin Yay., Ankara, 2007, sf.181-183.

⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2000, sf.25.

¹⁰ *Harbiler*, Darül-Harp bölgesinde bulunanlar yani İslam toprağında yaşamayanlardır; *Zımmiler* ise İslam Devleti'nin himayesi altındaki gayrimüslim tebaadır, bkz. Lewis, sf.445.

¹¹ Cihan Osmanağaoğlu, Tanzimat Dönemi İtibariyle Osmanlı Tâbiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, Legal Yay., İstanbul, 2004, sf.60.

¹² Bkz. Ferit Devellioğlu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 5. Baskı, Aydın Kitabevi, 1982, sf. 1049; Berkes ise dönemin özelliğini şöyle açıklıyor: “Tanrı toplumun bölümlerini ayrı ayrı yerlere koymuş, her birine verdiği görevle onları yerlerine yerleştirmiştir. Bu topluma reaya yani sürü denir. Tanrı'nın seçtiği vekili ya da gölgesi bu sürünün çobanıdır. Hayatın kanunu inkılâp değil nizamdır. İdeal olan değişme, devrim ya da ilerleme değil, dengedir.”, Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, 23. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016, sf.31.

¹³ Bkz. Aydın, sf.419.

de Türkler olduğu da belirtilebilir. Dağılmakta olan Osmanlı toplumunun yeniden birleştirilmesi ve sistemin bir anlamda yeniden düzenlenmesi çabası, özellikle Tanzimat dönemi reformları ile kendisini göstermiştir.¹⁴ Bu dönem ve devamında ortaya çıkan fikir ve müesseseler, imparatorluğun çok milletli siyasal düzeninden çıkarak uluslaşma sürecine girmesine de zemin hazırlamıştır.

II. Tanzimat Dönemi Belgeleri ve Millet Sistemi

Batılılaşma belki de en geniş tarifi ile çağdaş bir toplum ve hürriyetçi esaslara dayanan bir devlet kurmak amacıyla girişilen teşebbüsler ve gerçekleştirmelerdir. Osmanlı Devleti'nde Batılılaşma eğilimleri 18. yüzyıla kadar uzanır.¹⁵ Tanzimat dönemi olarak adlandırılan reform (islahat) dönemi de birden bire ortaya çıkmış değildir. Islahat silsilesini devam ettiren ve onları daha sonra ortaya çıkacak aynı nitelikteki hareketlere bağlayan bir zincirin halkasıdır. Bu sebeptendir ki Tanzimat döneminde ele alınacak ilk belge olan *3 Kasım 1839 Gülhane Hattı Hümayun* daha öncesinde de var olan Tanzimat fikrinin bir parçasıdır; ancak reform sürecinin yasal zemine oturtulması bakımından bir başlangıçtır.¹⁶

Gülhane Hattı Hümayun ile tebaanın hayat, namus ve mülkiyet hakları güvence altına alınmıştır. Bunun yanı sıra iltizam ve iltizama bağlı her türlü sömürünün kaldırılması, düzenli ve kuralına uygun bir biçimde orduya asker alınması, kamuya açık biçimde adil yargılanmanın sağlanması ve kanunların önünde dinine bakılmaksızın herkese eşitlik ilkesine uygun davranılması yönündeki ilkeler kabul edilmiştir. Özellikle eşitliğe ilişkin getirilen açıklama, geleneksel İslami uygulama ile bağdaşmamaktadır.¹⁷ Dolayısıyla Gülhane Hattı'nın Osmanlı Devleti'nin klasik millet sisteminden ve hâkim millet anlayışından uzaklaştığını gösteren noktasının, Osmanlı toplumunu bir arada tutma

¹⁴ **Cevdet Küçük**, Osmanlılarda "Millet Sistemi" ve Tanzimat, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 4, İstanbul, 1985, sf.1022-1023; **Ortaylı**, Millet, 1001; **Barkey/ Gavrilis**, sf.27.

¹⁵ **Tarık Zafer Tunaya**, Batılılaşma Hareketleri I, Yeni Gün Yay., 1999, sf.27-28.

¹⁶ **Tunaya**, sf.42-43; **Carter Vaughn Findley**, Princeton Studies on the near East Ser.: Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922, Princeton University Press, 2012, sf. 62.

¹⁷ **Lewis**, sf.149-150.

çabası ile eşitlik ilkesi temelinde geliştirilmeye başlanan *Osmanlıcılık* fikri olduğunu söyleyebiliriz. Bunun bir yansıması olarak yine Gülhane Hattı Hümayun'da "*Devlet ve millet gayreti ve vatan muhabbeti*"nden bahsedilmektedir.¹⁸ Burada esasen dinine bakılmaksızın tüm Osmanlı tebaasına işaret etme niyeti bulunmaktadır. Din ve mezhep esasına dayalı olan millet sistemi yerine tüm Osmanlı tebaasına işaret etmek suretiyle *Osmanlıcılık* üzerinde durulmuştur. Ancak bununla beraber aynı belgede "*ahali-i İslam*" ve "*milel-i saire (İslam dışındaki milletler)*" den de bahsedilir ve bu ayırım korunur. Yine de *ahali-i İslam* ve *milel-i saire* eşitliği üzerinde durulması, hâkim millet anlayışından uzaklaşmış olduğunu açıkça göstermektedir. Burada henüz benimsenmemiş de olsa, bir Osmanlıcılık fikri ile İslami bağlılık arasında karmaşıklığın olduğu söylenebilir. Gülhane Hattı'nda Türk unsurunun dikkate alınması ise söz konusu olmamıştır.¹⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki Gülhane Hattı Hümayun'un, Avrupa devletlerinin baskısı altında hazırlanan bir ferman olmakla birlikte, kurullara danışma ilkesini getirmesi dolayısıyla parlamenter rejimi haber verir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Bu ferman ile padişahın kendi egemenlik haklarını sınırlaması, vergilerin yeniden düzenlenmesi, kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasının yanında yürütmenin yasal çerçevede çalışması gereği de kabul edilmiştir.²⁰

1839 Gülhane Hattı Hümayun ile ortaya konulan vaatler, özellikle gayrimüslim tebaanın haklarını geliştirmek ve korumak amacıyla düzenlenen 1856 *Islahat Fermanı* ile yinelenmiştir. Bu ferman, din farkı gözetilmeksizin bütün uyrukların eşit işlem görmesi ilkesini de getirmiştir. Gülhane Hattı Hümayun ve *Islahat Fermanı* ile getirilen ilkelerin etkinliği ise tam olarak sağlanmış değildir; çünkü padişahın yetkilerini sınırlandıracak mekanizmalar yoktur ve ferman hükümlerine uyup uymamak yine padişahın takdirindedir.²¹ Bununla beraber fermanların

¹⁸ Gülhane Hattı Hümayun'un tam metni için bkz. **Suna Kili/ A. Şeref Gözübüyük**, *Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1985, sf.11-13.

¹⁹ **Lewis**, sf.454; **Eryılmaz**, sf.56.

²⁰ **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, sf.359.

²¹ **Özbudun**, sf.26; ayrıca bkz. **Recai G. Okandan**, *Âmme Hukukumuzun Ana Hatları*, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul,

tümüyle etkisiz olduğu da düşünülmemelidir. Zira imparatorluğun idari ve hukuki yapısı değişmeye başlamıştır.²²

III. Genç Osmanlılar'ın ve I. Meşrutiyet Dönemi'nin Uluslaşmaya Etkisi

A. Genç Osmanlılar

Tanzimat döneminde ortaya konulan fermanlardan, beklenen olumlu sonuçların alınamaması üzerine gelişen süreçte, Tanzimatçı devlet adamlarının ıslahatları ile yetinmeyen “Genç Osmanlılar (Yeni Osmanlılar) Cemiyeti” kurulmuştur.²³ Zamanın fikir ve edebiyat alanındaki liderleri bu çatı altında toplanmıştır. Şinasi, Namık Kemal, Ali Suavi, Ziya Paşa, Agâh Efendi tüm ayrılıklarına rağmen padişahın mutlak otoritesine karşı ilk muhalefet nüvelerini ortaya koymuşlardır. 1860 yılında Agâh Efendi'nin *Tercüman-ı Ahvâl*, 1862'de Şinasi'nin *Tasvir-i Efkâr* ve Ali Suavi'nin *Muhbir* gazeteleri Genç Osmanlıların fikirlerini dile getirdikleri yayın organları olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁴

Genç Osmanlılar, mutlakiyete karşı hürriyet ve eğitimin önemini vurgulamışlardır. Osmanlı Devleti'nin en iyi biçimde meşruti rejimle yönetilebileceğini ve bu sayede ırk ve din farkı olmaksızın tüm Osmanlıların birbirine bağlanarak, *Osmanlılık* kavramına yani devlete

1971, sf. 73-75; **Feroz Ahmad**, *The Young Turks and The Ottoman Nationalites*, University of Utah Press, 2014, sf.1.

²² **İlber Ortaylı**, *Türkiye'nin Yakın Tarihi*, 24. Baskı, Timaş Yay., İstanbul, 2017, sf.13.

²³ Tanzimat hareketlerinin yürütücüsü olan Ali Paşa ve Fuad Paşa, ıslahatı Reşit Paşa'nın başlattığı biçimde “kameralizmin” bir uzantısı olarak uygulamışlardır. Buna göre, tebaaya fazlaca hürriyet vermek söz konusu değildir, zira hedef devleti kurtarmaktır. Genç Osmanlılar ise buna karşı koyarak hürriyet istemiş ve bunun anayasaya dayalı bir parlamento ile mümkün olacağını düşünmüşlerdir, bkz. **Şerif Mardin**, *Türk Modernleşmesi*, 24. Baskı, İletişim Yay., İstanbul, 2015, sf.86; Kameralizm, aydın despotizmini kuram haline getirmiş düşünce olarak ifade edilebilir, bkz. **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, sf.357.

²⁴ **Vahdettin Engin**, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Devamlılık ve Modernleşme Mücadelesi: Türkiye Cumhuriyeti'nin Tarihi Temelleri, İmparatorluktan Ulus Devlete Türk İnkılap Tarihi*, Ed. Cemil Öztürk, 9. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2016, sf. 59.

bağlılık duyacaklarını düşünmüşlerdir.²⁵ Genç Osmanlılar sayesinde, Osmanlı'da ilk defa fert iktidar karşına çıkmıştır. Saray karşısına basın, dernek kurma gibi özgürlükleri getirerek Batılı muhalefeti oluşturan bu topluluk olmuştur. Osmanlı'daki ilk “*umumi efkâr*”²⁶ yapıcısı da Genç Osmanlılar'dır.²⁷ Genç Osmanlılar'ın oluşturduğu muhalefet ile beraber padişahın kuramsal olarak var olan mutlak dokunulmazlığı sarsılmış ve toplumsal bağlılığın odak noktasına halkı yerleştirmek bakımından önemli bir adım atılmıştır. Böylece artık tamamen padişaha ait olduğu düşünülmeyen bir *vatan* kavramı ön plana çıkmaya başlamıştır. Vatanseverlik, günümüzdeki anlamı ile milliyetçiliğin temel değerini oluşturduğundan, bu kavramın Genç Osmanlılar tarafından işlenmesi, uluslaşma süreci bakımından önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir.²⁸ Ayrıca Genç Osmanlılar, ülkelerini “*Türkiye*” olarak adlandırmışlardır. O dönemde Türkiye, Batıların Türk ülkesini tarif etmek için kullandıkları bir tabirdir; fakat Osmanlı'da “*Türkiye*” kelimesinin kullanıldığı görülmemektedir.²⁹ Hatta Türk ifadesi de kaba, cahil, anlayışsız gibi anlamlarda kullanılmaktadır.³⁰

Bunlara karşın Genç Osmanlılar'ın günümüzdeki milliyetçilik anlayışından son derece uzak olduklarını da söylemek gerekir. Bir kere, Genç Osmanlılar, öngördükleri çözüm yolu içerisinde din bağlarını vurgulamışlardır. Onlara göre, Tanzimat kültür taklitçiliği yoluna girdiği için Müslümanları sarsmış ve kültür konusunda kısır kalmıştır. Batı'ya teslimiyeti reddetmişler; fakat buna getirdikleri çözümü, şeriatan alacakları ilkeler üzerine kurmuşlardır. Şeriatı, her şeyin temeli ve çözümü olarak görmüşlerdir. Tanzimat'ın boş bıraktığını düşündükleri felsefi ve ahlaki alanı da İslam felsefesi ile doldurmak yönünde hareket

²⁵ **Baskın Oran**, Atatürk Milliyetçiliği, 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, t.y., sf.39.

²⁶ *Umumi efkâr*, kamu oyu, kamusal bir sorun hakkında siyasal karar alma durumunda olanları etkileme, anlamına gelmektedir, bkz. **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, sf.349.

²⁷ **Tunaya**, sf.44-45, 82-85; ayrıca bkz. **Engin**, sf.60.

²⁸ Bkz. **Oran**, sf. 40-41; **Tunaya**, sf.82-85; **Ahmad**, The Young Turks, sf. 4.

²⁹ Ancak ülkenin Türkiye olarak adlandırılması, Jön Türkler döneminde yaygınlaşmıştır, bkz. **Lewis**, sf.450.

³⁰ Bkz. **Oran**, sf.43; **Ziya Gökalp**, Türkleşmek, İslâmlaşmak, Muasırlaşmak, Kültür Bakanlığı Ziya Gökalp Yayınları:4, Ankara, 1976, sf.43-44.

etmişlerdir.³¹ Böylece Osmanlıcılık fikri yanında İslamcılık fikrine yaklaşmışlardır.

B. I. Meşrutiyet

Genç Osmanlılar'ın meşrutiyet talepleri, sonuçsuz kalmamıştır. 1876'da Genç Osmanlılar tarafından desteklenen Mithat Paşa'nın da katkıları ile Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk anayasası olan *Kanuni Esasi* (1876 Anayasası), padişahın atadığı bir komisyon tarafından hazırlanmış, yine padişah tarafından kabul ve ilan edilmiştir. Kanuni Esasi ile devlet iktidarı belirli prensiplere bağlanmış ve meşruti rejime geçilmiştir. Böylece ülkede I. Meşrutiyet adı altında yeni bir dönem başlamış; padişah tarafından atanan Meclis-i Âyan ve seçimle iş başına gelen Meclis-i Mebusan'dan oluşan Osmanlı Parlamentosu açılmıştır.³²

Öncelikle söylemek gerekir ki Kanuni Esasi'de, toplumun iktidarın kaynağı olduğuna dair bir hüküm yer almamaktadır. Tam aksine madde 3'te, "*Saltanatı seniyei Osmaniye hilâfeti kübrayı İslâmiyeyi haiz olarak sülalei âli Osmandan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir.*" ve madde 4'te "*Zatı hazreti padişahi hasbel hilâfe dini İslâmın hâmisi ve bilcümle tebei Osmaniye'nin hükümdar ve padişahıdır.*" denilmektedir. Bu hükümler, egemenliğin ya da iktidarın kaynağını doğrudan açıklamakta; ancak devletin monarşik yapısına ve egemenliğin padişaha hak olduğuna işaret etmektedir. Üstün iktidarın ve bununla ilgili yetkilerin padişaha ait olduğu kabul edilmiştir. Topluma ise bu geniş yetkilere iştirak etme imkanı verilmemiştir. Dolayısıyla gerçek bir meşrutiyet rejiminde olması gereken niteliklerin sağlandığı söylenemez. Zira yapılan birtakım düzenlemelere karşın her konuda padişaha son sözü söyleme yetkisinin verilmesi, bu düzenlemeleri de işlevsiz bırakmıştır.³³

Kanuni Esasi'nin temel doktrini, Tanzimat fikrinin bir uzantısı olarak *Osmanlıcılık* fikri olmuştur. Varılmak istenen, devletten ayrılma eğiliminde bulunan tebaayı, menfaat bağlarıyla bağlayıp imparatorluğun devamına ortak etmektir. Nitekim Kanuni Esasi, sekiz ve yir-

³¹ Bkz. **Mardin**, sf.87-88; **Oran**, sf.40; **Tunaya**, sf.45-46.

³² Bkz. **Okandan**, sf.139-143; **Bülent Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 17. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2008, sf.133; **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, sf.360.

³³ **Okandan**, sf.148-151; **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, sf.360; **Tanör**, *Osmanlı-Türk*, sf.135-136.

mi altıncı maddeleri arasında “*Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin Hukuku Umumiyesi*” başlığı altında vatandaşlara verilen hakları düzenlemiştir. Böylece kişi hakları tüm Osmanlı tebaası için düzenleme bulmuş, siyasal haklar bakımından halkın bütünü eşit tutulmuştur. Bu düzenlemeler, hâkim millet anlayışından iyice uzaklaşıldığını ve bunun yerini “*Osmanlı*” kavramının aldığını gösterir.³⁴

Osmanlıcılık anlayışı, temel hak ve özgürlüklerin başlangıç kısmında yer alan yurttaşlık tanımı ile belirginleşmiştir. Madde 8’de yer alan tanıma göre, “*Devlet-i Osmaniye Tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise olsun bila istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir.*” Bu düzenleme ile din ve ırk farkı gözetilmeksizin, Osmanlı tabiiyetinde bulunanların tümünün Osmanlı olarak tabir edileceği ortaya konulmuştur. Böylece geleneksel yurttaşlık anlayışının ve eski millet sisteminin değiştiği açık bir şekilde görülmüştür. Yurttaşlara din ve mezhep ayrımı yapılmaksızın verilen haklardan yola çıkarak devletin laik bir anlayışı benimsediğini düşünmek ise doğru olmayacaktır. Nitekim Kanuni Esasi’nin 11. maddesinde, “*Devleti Osmaniye’nin dini dini İslamdır.*” demektedir.³⁵

Kanuni Esasi’nin uluslaşma süreci içerisindeki yerini ele alırken dil konusuna ilişkin getirilen hükümlerin ayrıca önemli olduğunu söylemek gerekir. Anayasa’nın 18. maddesinde, “*Tebaa-i Osmaniye’nin hizmetinde devlette istihdam olunmak için devletin lisanı resmi olan Türkçeyi bilmeleri şarttır.*” demektedir. Bu madde ile devletin resmi dilinin Türkçe olduğu ve kamu hizmetinde çalışacak olanların Türkçe bilmesi gereği ortaya konulmuştur. Madde 57’de “*Heyetlerin müzakeratı lisanı Türki üzere cereyan eder ve müzakere olunacak layihaların suretler tab ile yövmü müzakereden evvel azaya tevzi olunur.*” denerek, meclis çalışmalarının Türkçe yapılacağı belirtilmiştir. “*Heyet-i Mebusan için azalığa intihabi caiz olmıyanlar şunlardır: Evvelâ tebaai devleti aliyeden olmıyan saniyen nizamı mahsusu mucibince muvakkaten hizmeti ecnebiye imtiyazını haiz olan salisen Türkçe bilmıyen rabian otuz yaşını ikmal etmiyen (...)*” şeklinde

³⁴ Eryılmaz, sf.90-91; Kanuni Esasi’nin tam metni için bkz. Kili/ Gözübüyük, sf.31-44.

³⁵ Alper Işık, Türkiye’de Ulus Devlet ve Gayrimüslim Azınlık, 12 Levha Yay., İstanbul, 2016, sf.51-52.

başlayan madde 68 hükmünde ise vekil seçilebilme şartları içerisinde Türkçe bilmek koşulu yer almıştır.

Türkçe'nin resmi dil olarak kabulü, kamu hizmetine girebilmek ve milletvekili seçilebilmek için getirilen Türkçe bilme koşulu ve meclis çalışmalarının Türkçe yapılacak olması, uluslaşma süreç ve düşüncesine sağlayacağı katkı bakımından yadsınamaz. Çünkü dil, ulusal bütünlüğü sağlamada en önemli faktörlerdendir. Uluslaşma süreçlerinin tarihsel örnekleri de bunu ortaya koymaktadır. 1789 *Fransız Devrimi* sonrasında, Fransızca'nın tüm Fransızlar tarafından benimsenmesi yönünde adımlar atılmıştır. Jakobenler için Fransızca, özgürlük, bilim ve ilerleme doğrularını herkesin önüne seren, eşitliğin sürekliliğini sağlayan devrimci bir araçtır. Almanlar ve İtalyanlar ise milli dillerini, Fransızlardan da farklı olarak onları Alman ya da İtalyan yapan biricik unsur olarak görmüşlerdir.³⁶

1876 Anayasası'nda Türkçe'nin resmi dil olarak belirlenmesi ve bununla ilişkili olan bahsettiğimiz hükümler, dolayısıyla ulusçuluk fikrini akla getirebilir. Ancak daha önce bahsedildiği üzere Kanuni Esasi'de Osmanlıcılık anlayışının hakim olduğu görülmektedir. Türkçe'nin anayasada tercih edilmesinin sebebi de Türk unsurun, siyasi ve ekonomik bakımdan daha güçlü ya da diğer unsurlar üzerinde hakim grup olması, dolayısıyla Avrupa'daki örnekleri ile örtüşen bir ulusçuluk fikri değildir. Türkçe'nin geleneksel olarak devlet idaresinin dili ve padişahın konuşma dili olması bu düzenlemelerin sebebi olabilir.³⁷ Dile ilişkin düzenlemeler, ulusçuluk ideolojisinin bir sonucu olmasa da ulusu var eden dil ve kültür birliğinin çok önemli bir siyasi bir araç olduğunun görülmesi bakımından son derece önemlidir. Bunda aynı zamanda Genç Osmanlıların dilde sadeleşme çalışmalarının da etkili olduğunu söylemekte yarar vardır.³⁸

1876 Anayasası, kısa bir dönem yürürlükte kalmıştır. Öncelikle Mithat Paşa, Anayasa'nın 113. maddesine dayanılarak 7 Şubat 1877'de

³⁶ Bkz. **E. J. Hobsbawn**, 1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, "Program, Mit, Gerçeklik", Ayrıntı Yay., İstanbul, t.y., Çev: Osman Akınhay, sf.125-127; **Rukiye Akkaya**, Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu, Legal Yay., İstanbul, 2004, sf.74-78.

³⁷ **Rukiye Akkaya Kia**, 1876 Kanuni Esasi 18. Maddesi Üzerine, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 3-4, 2011, sf.37.

³⁸ Bkz. **Akkaya Kia**, 1876, sf.42.

sürgün edilmiştir. 1878'de ise II. Abdülhamit, Osmanlı Rus Savaşını öne sürerek anayasal rejimi rafa kaldırmıştır. 30 yıl sürecek bir istibdat dönemi başlamıştır. Kanuni Esasi ile oluşturulan Osmanlı Parlamentosu ise sadece iki yasama dönemi çalışabilmiştir.³⁹ Ancak kısa süren parlamento deneyimi, bir ideal olarak nesilden nesile intikal etmiştir. Birinci Meşrutiyet, ıslahat hareketlerinin sembolü olmuştur. Meşrutiyet adı verilen rejim, ıslahatların ilk şartı hatta kendisi haline gelmiştir. Bu idealin yaşatıcıları ise II. Abdülhamit istibdadına karşı *Jön Türkler* hareketinin mensupları olmuştur.⁴⁰

IV. Jön Türkler'in ve II. Meşrutiyet Dönemi'nin Uluslaşmaya Etkisi

A. Jön Türkler ve Siyasi Düşünceleri

Jön Türk hareketi, Osmanlı İmparatorluğu'nda modern ihtiyaçlara göre değişiklik yapmak isteyen ihtilalciler olarak tarif edilebilir. Bu hareketin hedefinde öncelikle II. Abdülhamit'in şahsı ve kurduğu rejim vardır. Genç Osmanlılar'dan farklı olarak Jön Türkler, ülke içerisinde çalışmamıştır. Bu sebeple de modern ve akılcı görüşlere daha yatkındırlar. Jön Türklerin arasında bölünme ve farklılaşmaların olduğu da görülmektedir. Bu ayrışma 1902'de gerçekleştirilen I. Jön Türk Kongresi'nde belirginleşmiş ve Jön Türklerin hayata geçirmek istediği fikir ve müesseseler esas itibariyle iki grup etrafında toplanmıştır. Bu iki gruptan ilki, Ahmet Rıza Bey'in lideri olduğu Terakki ve İttihat Cemiyeti adını alacak grup, diğeri ise Prens Sabahattin'in lideri olduğu, Teşebbüsü Şahsi ve Âdemi Merkeziyet Cemiyeti adını alacak grup ve onun İlmi İçtima doktrinidir.⁴¹ Ahmet Rıza Bey'in önderliğindeki grup, imparatorluğu bir arada tutmak için Osmanlılık fikrini ileri sürmüşler; ancak bunun yanında Türklerin yönetici ve egemen olmaları amacını taşımışlardır. İlmi içtima doktrinini etrafında toplanan ve liberaller ola-

³⁹ Okandan, sf.139; Ahmad, *The Young Turks*, sf. 5.

⁴⁰ Tunaya, sf.59.

⁴¹ Tunaya, sf.85-87; Ahmad, *The Young Turks*, sf. 6; Mardin, sf.15-16; I. Jön Türk Kongresi'ne ilişkin olarak bkz. Rukiye Akkaya, *Prens Sabahattin, Liberte Yay.*, Ankara, 2005, sf. 23-31.

rak adlandırılabilir olan grup ise anayasal monarşi ve *Osmanlılık* taraftarıdır. İleri sürdükleri çözüm, bölgesel özerklik ve yerelleşmedir.⁴²

Dönemin siyasal ve politik tartışmalarının ise üç ideoloji etrafında şekillendiği söylenebilir. Osmanlı tahtına bağlı olan farklı toplulukları bir arada tutmayı amaçlayan Genç Osmanlı ideali, *Osmanlılık*; imparatorluğu, İslam pratiğine ve İslam toplumundaki dayanışmaya dayandırmaya çabalayan İslamcılık ve Türklerin birliğini amaçlayan *Türkçülük*.⁴³ Osmanlı İmparatorluğu'nda yer alan üç siyaset tarzının yarattığı çeşitlik, Jön Türkleri düşündürmüştür. Nitekim bu üç siyaset tarzının da imparatorluk içerisinde dayanak kabul edebileceği bir karşılığı vardır.⁴⁴

Osmanlılık, İslamcılık ve Türkçülük fikirleri, Yusuf Akçura'nın 1904'te *Türk* adlı dergide yayımlanan Üç Tarz-ı Siyaset başlıklı çalışmasında açıklanmıştır. Akçura'ya göre, *Osmanlılık*, Osmanlı hükümetine tâbi olan milletleri birleştirmeyi hedeflemektedir. Buradaki asıl amaç, Osmanlı Devleti'ndeki Müslümanlara ve gayrimüslimlere aynı siyasi hak ve yükümlülükleri vermek, din ve düşünce hürriyeti sağlamak, bu yolla aralarındaki din ve soy farklılığına rağmen tüm ahaliyi bir arada tutarak Osmanlı milletini meydana getirmek ve imparatorluğu eski asli şekli ve sınırlarıyla muhafaza etmektir. Ancak Akçura'ya göre bu görüş, Almanlar tarafından ortaya konulan ırka dayalı milliyetçilik anlayışının etkinlik kazanması ile dayanağını kaybetmiştir. Genç Osmanlıların da somut ve gerçekçi bir programa sahip olamamaları dikkate alındığında, Osmanlılık fikrinin başarısızlığa uğrayacağı görülmüş ve bu fikir yerini İslamcılığa bırakmıştır. İslamcılık, Osmanlı padişahında hilafet hakkının olmasından faydalanarak bütün Müslümanları, Osmanlı Devleti idaresinde birleştirmeyi hedeflemiştir. Soy farkına bakılmaksızın dindeki ortaklığa ve “*din ve millet birdir*” kaidesine dayanarak bütün Müslümanları tek millet haline getirmeye çalışmıştır. Bu siyaset tarzı, Müslüman ve gayrimüslimler arasındaki ayrışmayı arttıracak unsurlara sahiptir. Gayrimüslim tebaanın, hukuki eşitlik ve tam özgürlük sağlansa dahi Osmanlı siyaset topluluğunda bulunmayacağına anlaşılmıştıktan sonra, Genç Osmanlılar da gayrimüslimlere ve

⁴² Bkz. **Feroz Ahmad**, *Modern Türkiye'nin Oluşumu*, 15. Basım, Kaynak Yay., İstanbul, 2016, sf.47; **Mardin**, sf. 97-100; **Findley**, sf. 292; **Işık**, sf.53.

⁴³ **Erik Jan Zürcher**, *Turkey: A Modern History* (1), I.B. Tauris, 2004, sf. 127-128.

⁴⁴ Bkz. **Tunaya**, sf.90-93.

onların koruyucusu olan Hıristiyan Avrupa'ya düşmanlık göstermeye başlamışlardır. İslamcılık fikrini savunan II. Abdülhamit, aslında karşısında olduğu Genç Osmanlılarla bu konuda uyuşmaktadır. *Akçura'ya göre*, İslamcılık, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat döneminde düzeltmeye çabaladığı devlet şeklini yeniden alması ve dolayısıyla meşrutî rejimden de uzaklaşması anlamına geliyordu. Devletin içerisindeki ayrışmanın belirginleşmesi, ayaklanma ve isyanların artması muhtemeldi ve öyle oldu. Irka dayanan siyasi bir Türk milleti oluşturmak hedefindeki *Türkçülük* ise ne daha önceki Türk devletlerinde, ne o zamana kadarki Osmanlı Devleti'nde ne de Tanzimat ve Genç Osmanlı hareketlerinde görülmüştür. Türkçülük fikri, siyasi olmaktan çok ilmi bir nitelikte gelişme göstermiştir. Türkçülük fikrinin oluşmasında Almanlarla ilişkilerin artmasının ve Almanların dil ve tarih alanındaki çalışmalarının öğrenilmesinin etkisinin olduğu söylenebilir. Türkçülük fikri Osmanlı sınırları ile de bağlı değildir, bu ideoloji farklı devletlerde bulunan Türkleri de akla getirmektedir.⁴⁵

Bu dönemde, Osmanlıcılık, İslamcılık ve Türkçülük fikirlerinin, Jön Türkler arasında *Üç Tarz-ı Siyaset* başlıklı çalışmada açıklanan anlamları ile kullanıldığı görülmektedir. Ancak Türkçülük, henüz hiçbir grup tarafından savunuluyor değildir.⁴⁶ Bununla birlikte kültürel bir akım olarak Türkçülüğün, henüz Jön Türkler dahi yokken ortaya çıktığını söylemek gerekir. Bu akım 1860'lı yıllara kadar uzanır. Özellikle Türk dili ve kökeni hususunda çalışmalar yapılmıştır. Batı'da Türk dili ve sanatına olan ilginin artması, Türkoloji'nin gösterdiği gelişim, bu kültürel akımın kaynağı olmuştur. Söz konusu gelişmeler, Osmanlı'dan önce Rusya'daki Türkler arasında yankı uyandırmış, tüm Türklerin dil birliği aracılığı ile bir araya gelme olasılığundan bahsedilmeye başlanmıştı.⁴⁷

B. II. Meşrutiyet ve Türkçülük Politikası

Jön Türkler, aralarındaki ayrışmalara rağmen, Abdülhamit rejimine karşı çıkışları ve meşrutiyet talepleri konusunda bir arada hareket edebilmişlerdir. 1907'de Paris'te toplanan II. Jön Türk Kongresi

⁴⁵ Yusuf Akçura, *Üç Tarz-ı Siyaset*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1976, sf. 19-24.

⁴⁶ Berkes, sf.401.

⁴⁷ Oran, sf.43-44.

sonunda, Abdülhamit'in tahttan indirilmesi, yönetimin değiştirilmesi, meşrutiyet ve meşveret usullerine uygun yeni bir yönetimin kurulması amaçlarında birleşilerek bu yönde bir beyanname yayımlanmıştır. Ardından tüm yurtta bu yönde eylemler gerçekleştirilmiştir.⁴⁸ Bu eylemleri durdurmak ve tahttan indirilme ihtimalini ortadan kaldırmak amacıyla da taşıyarak II. Abdülhamit, 1908'de, 1876 Kanuni Esasi'ni, bir hattı hümayun ile yeniden yürürlüğe koymuş ve II. Meşrutiyet ilan edilmiştir.⁴⁹ Ancak Abdülhamit'in tahtta kalması uzun sürmemiş, miladi takvime göre, 13 Nisan 1909'da ortaya çıkan, 31 Mart Olayı'nın bastırılmasının ardından 27 Nisan'da toplanan Meclis, Abdülhamit'in tahttan indirilmesine ve yerine kardeşi Mehmet Reşat'ın geçirilmesine karar vermiştir.⁵⁰

Bu süreç neticesinde İttihat ve Terakki'nin etkinliği artmıştır.⁵¹ Kanuni Esasi'de 1909 değişiklikleri yapılmış, Anayasa'nın tekrar ilga edilmesi ihtimalini ortadan kaldırmak için padişahın yetkileri önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Meclis-i Mebusan'ın yetkileri genişletilmiş, Bakanlar Kurulu'nun Meclis-i Mebusan'a karşı sorumluluğu açıkça belirtilmiştir. Mithat Paşa'nın sürgün edilmesine neden olan 113. madde ise Anayasa'dan çıkarılmıştır. Bu arada, Anayasa'da yer alan haklar, 1876'da olduğu gibi tüm yurttaşlara tanınmıştır.⁵²

II. Meşrutiyet'in ilk yıllarında, İttihat ve Terakki'nin asıl ideolojisi diyebileceğimiz Türkçülük politikasını ortaya koymakta çekingen kaldığı görülmektedir. Devlete egemen duruma gelinceye kadar, bu ideoloji açığa çıkarılmamış, Osmanlıcılık ve İslamcılık ekseninde kalınmıştır. Bunda İslami kesimin tepkisinden ve Arapların yabancılaşmasından çekinilmesinin etkili olduğu söylenebilir.⁵³ Hatta Türkçü program ve eğilimleri gizleme amacı, İttihat ve Terakki'nin cemiyet ve fırka ayrımını meşrutiyetten sonra da devam ettirmesinin ve cemiyet

⁴⁸ Akkaya, Prens, sf. 41.

⁴⁹ Bkz. Findley, sf.294; Ahmad, Modern, sf. 48-50; Berkes, sf.401.

⁵⁰ Zürcher, sf.97-98.

⁵¹ Bkz. Sina Akşin, İttihat ve Terakki, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 5, İstanbul, 1985, sf.1426.

⁵² Özbudun, sf.27; Işık, sf.54-55.

⁵³ Bkz. Oran, sf.42-43.

politikalarını gizli ilerletmesinin muhtemel nedenleri arasında görülmektedir.⁵⁴

İttihat ve Terakki gücünü artırmaya başladıktan sonra programında önemli değişiklikler yapmıştır. Özellikle 1911 yılından sonra *Osmanlılık* prensibinin, ikinci plana atıldığı görülmektedir. İttihat ve Terakki Kongrelerinde alınan kararlar, *Türklük şuurunun* oluşması ve bu hususu sağlayacak çalışmalar üzerinde odaklanmıştır. 1913 yılından itibaren artan bu çalışmalar, İttihat ve Terakki'nin tek ve iktidar partisi olması sebebiyle süreklilik ve devamlılık da sağlamıştır.⁵⁵ İttihat ve Terakki'nin Türkçülük programının hız kazanmasında Balkan savaşlarında alınan yenilgilerin de etkisi olmuş, Hıristiyan milletleri ulusal bilinç kazanmış imparatorluğun Osmanlılık anlayışı ile kurtarılamayacağı anlaşılmıştır. Bu arada Arap ve Türklerle imparatorluğu ayakta tutma fikri ile İslamcılık savunulsa da, Arapların imparatorluktan ayrılmak istemesi bu ideolojiyi savunulamaz hale getirmiştir. Artık tek seçenek olarak Türk halkı vardır ve İttihat ve Terakki de siyasete egemen hale geldiği bu dönemde, Türkçü ve Batıcı görüşlerini daha rahat bir şekilde ortaya koyabilmiştir.⁵⁶ İttihat ve Terakki'nin Türkçülük anlayışında ulus ve ulus devlet kavrayışını aramak için ise erkendir. Nitekim Türkçülük akımında henüz ulus kavramı yer almamakta, bunun yerine Türk ırkına dayanılmaktadır. Aynı şekilde ulus devlet bilincinin olduğu da söylenemez. Çünkü Türkçülük çok milletli imparatorluğu kurtarmak için önerilmiş, bu amaç gerçekleştirilemezse de *Turan* adı verilen bölgelerde yeni bir imparatorluk kurulması düşünülmüştür.⁵⁷

İttihat ve Terakki'nin ekonomik alanda da Türkçülük anlayışını yansıttığını söylemek gerekir. Ülke ekonomisinde azınlıkların yerine, Türkleri egemen kılmak ve halkı tarımdan ticaret ve sanayiye yönlendirerek, Batı ülkelerinin düzeyine ulaştırmak istenmiştir. Bu amaçla 1913'te Teşvik-i Sanayi Kanunu çıkarılmış ve Türklere parasız fabrika arsası, makine, ham ve yarı işlenmiş mallar için gümrük bağımsızlığı sağlanmıştır. Vergiler ise taksitli bağlanmıştır. Ulusal bir banka olan İttihatçılar tarafından kurulmuş, ulusal sanayi 1916'dan sonra serbestçe saptanmaya başlanan gümrüklerle korun-

⁵⁴ Bkz. Akşin, İttihat, sf.1426.

⁵⁵ Bkz. Tunaya, sf.61-62.

⁵⁶ Bkz. Oran, sf.42-43; Işık, sf.59.

⁵⁷ Oran, sf.55.

muştur.⁵⁸ Özellikle savaş dönemi, bir Türk kapitalist sınıfı geliştirmek, Türkleri iktisadi faaliyetlere sokmak, şirketler, bankalar, kooperatifler örgütlemek demek olan “iktisadi Türkçülük” ün yerleştiği bir dönem olmuştur. İktisadî Türkçülüğün gerisinde iktisadi bağımsızlık amacının olduğu da ortadadır. Bu dönemde İttihat ve Terakki'nin gittikçe devletçi uygulamalardan yana tavır aldığı söylenebilir.⁵⁹

Dönemin kültürel alandaki gelişmelerine bakıldığında ise yine *Türkçülük* ve *Batıcılık* prensiplerinin etkin olduğu görülmektedir. Eğitimin laik olması, dini teşkilatın okullara müdahale etmemesi, üniversite muhtariyetinin sağlanması, hukuk alanında laikleşme amacıyla tedbirler alınmış, müesseseler kurulmuştur. Kadın haklarına önem verilmiş ve bu hususta düzenlemeler yapılmıştır. Dilde Türkçecilik ve Osmanlı alfabesinin sadeleştirilmesi yönündeki çalışmalar da İttihat ve Terakki'nin bu hususta ortaya koyduğu icraatlar arasında yer alır.⁶⁰ Türkçülük fikrinin gelişmesinde ayrıca, eğitimci yönü ile ülkenin birçok yerine dağılan Türk Ocakları etkili olmuştur. Resmi olarak 1912 yılında kurulan Türk Ocağı, Türkçülüğü destekleyenlerin buluşma yeri haline gelmiştir. Türk Yurdu dergisi ile bağlantıları oldukça kuvvetlidir ve bu dergi Ocağın birincil yayın organı olmuştur. Bir çeşit dernek olan Türk Ocakları'nın amaçları arasında, Türk ırkının ve dilinin gelişmesi için çalışmak vardır. Ocak, siyasi partilerle ise doğrudan bağ kurmayacaktır.⁶¹ Bu noktada İttihat ve Terakki ile Ocağın arasındaki en önemli birleştirici unsur, *Ziya Gökalp* olmuştur.⁶² *Ziya Gökalp*'in geliştirdiği milliyetçilik anlayışının, bu dönemde etkin olduğu ve *Türkçülük* akımına ilmi bir nitelik kazandırdığı söylenebilir.⁶³ *Gökalp*, millet kelimesinin Osmanlı'daki anlamını eleştirmiş; ümmet, millet ve devlet kavramlarının birbirinden ayrı oldukları saptamasını yapmıştır.⁶⁴ Ulusçuluğun bir ırkçılık sorunu olmadığını, çağdaş bir toplum olma, evrensel ümmet ve evrensel Osmanlı imparatorluğu anlayışlarından çıkma sorunu olduğunu belirlemiştir. Türk halkının kültürü ile Türk, fakat uygarlığı ile

⁵⁸ Oran, sf.48-49.

⁵⁹ Akşin, İttihat, sf. 1435.

⁶⁰ Bkz. Tunaya, sf.62-64; Oran, sf.51; Ahmad, Modern, sf.44-45.

⁶¹ Lewis, sf.474; Zürcher, sf. 130.

⁶² Tunaya, sf.62-64.

⁶³ Bkz. Engin, sf.69.

⁶⁴ Bkz. Gökalp, Türkleşmek, sf.80-86.

Batı'ya mı yoksa İslam uygarlığına mı bağlı olacağı sorusuna ise Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak formülü ile cevap vermiştir.⁶⁵ Ziya Gökalp'in İttihat ve Terakki içerisindeki etkinliği göz önüne alındığında, partinin Türkçülük programının bu anlayış ile gelişme gösterdiğini söylemek mümkün olacaktır.

Görüldüğü üzere II. Meşrutiyet yılları, Türkiye tarihinde gerçek manada *umumi efkâr* olgusunun ortaya çıktığı ve siyasi hayatın Batılı anlamda ilerleme gösterdiği bir süreci meydana getirmiştir. *Tunaya'ya göre*, bu dönemim otoriter özelliklerinin yanında ıslahatın milli, laik ve otarşik bir devlet formülüne ulaşmak istediği de ortadadır. II. Meşrutiyet döneminde uzun zamandır cesaret edilemeyen kararlar alınmış; ancak o da çoğunlukla, Osmanlıcılık ve İslamcılık kadroları içinde kalmak zorunda olduğundan çekingen, muhafazakâr ve tavizci kalmıştır. İkinci Meşrutiyetin ıslahat hareketleri devamlı olarak İslamcı cephe ve İlmiye sınıfının muhalefeti ve engellemesi ile karşılaşmıştır.⁶⁶ Bunlara karşın meşrutiyet döneminde İttihatçıların izlediği yolun ve Türkçülük akımının uluslaşma sürecine zemin hazırladığını söylemek gerekir. İktisadi Türkçülük, dilde Türkçecilik, Batıcı anlayış ile düzenlenmeye çalışılan eğitim, hukuk alanında laikleşme çabaları, kadın haklarına önem verilmesi gibi konular buna kanıt olabilir. Nitekim bu yöndeki çalışmalar, Cumhuriyet döneminde de devam etmiştir. Ayrıca İttihat ve Terakki 1918'de feshedilse de İttihatçıların birçoğunun milli mücadele döneminde de etkin olduğu bilinmektedir.⁶⁷

V. Kongre İktidarları Dönemi ve Uluslaşma

A. Genel Olarak

Birinci Dünya Savaşı sonrasında, henüz Kurtuluş Savaşı başlamamışken Osmanlı Devleti oldukça güçsüz hale gelmiştir. Sanayi ve ticaret işgal altında bulunan kıyılardaki büyük kentler etrafında toplanmış, kamu hizmetleri ve ulaşım ağı da yabancı şirketlerin eline geçmiştir. Ekonomik durumun kötülüğünün yanında savaşın birçok farklı cephede ilerlemesi, saray ve çevresinin Kurtuluş mücadelesi aleyhine yayımladığı fetvalar halkın ulusal bilinç kazanmasının önündeki

⁶⁵ Bkz. **Berkes**, sf. 438-439.

⁶⁶ **Tunaya**, sf.64-65.

⁶⁷ Bkz. **Oran**, sf. 49-54; **Akşin**, İttihat, sf.1435.

önemli engeller olarak ortaya çıkmıştır.⁶⁸ Ancak özellikle azınlıkların güçleneceği endişesi, halkın hareketlenmesine neden olmuştur. Doğu bölgelerinde genellikle Ermenilerin, Batı bölgelerinde ise genellikle Rumların güç kazanmasından çekinilmiştir.⁶⁹ 30 Ekim 1918’de imzalanan Mondros Ateşkes Antlaşması’nın meydana getirdiği huzursuzluk ise halkın *Türklük şuurunun* gelişmesine zemin hazırlamıştır.⁷⁰ Bunların etkisiyle 1918 yılı itibarıyla Anadolu ve Trakya’da kongre iktidarları ortaya çıkmaya başlamış ve sürecin belirleyici unsuru da onlar olmuştur. Mondros Ateşkes Antlaşması ile TBMM’nin açılışı arasında geçen sürece “Kongre İktidarları Dönemi” denmektedir.

Anadolu ve Trakya’da otuz kadar kongre gerçekleştirilmiştir. Kongre tipi örgütlenme biçimi, henüz ulusal önderlik ortaya çıkmamışken oluşmuştur. İşgal tehditlerine karşı öz savunma ihtiyacından ve devlet iktidarını kullananların bu ihtiyaca cevap verememesinden doğmuşlardır. Çalışma ve etkinlik alanı bakımından yereldirler. Osmanlıcı ve ümmetçi anlayışlardan, fetih, cihat, turan hedefi gibi ideallerden uzak oldukları da söylenebilir.⁷¹ Ancak bununla beraber henüz bir ulus devlet kurma çabasının olduğu da söylenemez. Çünkü amaçlanan genellikle imparatorluktan ayrılmamak ya da bölgesel bir birim kurarak varlıklarını devam ettirebilmektir.⁷²

Yerel kongre iktidarları öncesinde *Kuvayı Milliye*, çeteler gibi oluşumlar da vardır. Ancak kongre iktidarları, bu savunmanın sivil ve kurallı bir şekilde, yeniden yapılandırılmasını sağlamaktadır.⁷³ Ayrıca yerel kongreler, örgütlenme biçimi bakımından da demokratik meşruluk ve temsil anlayışına dayanmaktadır. Kongre üye ve organları, belli bir süre için ve seçimle iş başına gelmektedir. Değişik yörelerin dengeli temsiline de ayrıca önem verildiği görülmektedir. Ancak temsil ağı özellikle varlıklı ve okur-yazar tabakaları kapsayıp yoksul ve diğer emekçi kesim bu seçim ve temsil mekanizmalarının genellikle dışında

⁶⁸ Ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **Oran**, sf.59-66.

⁶⁹ **Oran**, sf.112.

⁷⁰ Bkz. **Mücteba İlgürel**, Milli Mücadele’de Balıkesir Kongreleri, Yükseköğretim Kurulu Matbaası, İstanbul, 1999, sf.3-4.

⁷¹ **Bülent Tanör**, Kurtuluş Kuruluş, 8. Baskı, Cumhuriyet kitapları, İstanbul, 2007, sf.61-65.

⁷² **Oran**, sf.113.

⁷³ **Tanör**, Kurtuluş, sf.65.

kaldığından günümüz demokratiklik anlayışından farklıdır. Fakat dönem koşullarına bakıldığında, zaten Osmanlı seçim sistemi de bundan farklı değildir. Dolayısıyla Osmanlı sistemine oranla bir gerilemeden söz edilemez. Aksine siyasal hareketlilik ve canlılık sayesinde bu kişiler de siyasal katılım bakımından eskisine oranla daha aktif hale gelmişlerdir.⁷⁴ Silahlı gücün ancak devlet tekelinde olması mümkünken kongrelerce silahlı güçler de oluşturulmuştur. Savunma, maliye, kamu düzeni, ekonomi, toplum yaşamı ve dış ilişkilere ilişkin de kararlar alınmıştır. Yerel kongreler bu anlamda açıkça devlete ait olan işlevleri üstlenmişlerdir, zira buna *halkın rızası* vardır. Bu ölçütler dikkate alındığında her ne kadar uluslaşma düşüncesi olmasa da yerel kongre iktidarları demokratikleşme, uluslaşma ve dünyevileşme yönünde önemli bir adım olmuştur. Çünkü artık padişahın hakimiyetine karşı halkın egemenliği etkin olmaya başlamıştır. Halife padişahın ve hükümetin teslimiyetçi tavrından da kaynaklanan bu tepki nedeniyle, boşlukları halk doldurmaya başlamış, siyasal iktidar parça parça halkın eline geçmiştir.⁷⁵

Mayıs 1919 ise kongre iktidarları bakımından bir dönüm noktası niteliğindedir. Öncelikle 15 Mayıs 1919'da İzmir'in işgali halkın hareketlenmesine ve mücadelenin yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Mustafa Kemal Paşa'nın Samsun'a çıkışının ardından ise Anadolu'daki çalışmalar yoğunlaşmış ve kurtuluş savaşının temelleri atılmıştır. Gelecek yıllarda sürecek olan ulusal hareket planının ana teması ise Amasya'da ortaya konulmuştur.⁷⁶ Amasya günleri, ulusal kongre iktidarının oluşmasına zemin hazırlamıştır. Ulusal önderliğin çekirdeği, burada doğmuş, direnişin ulusallaşması yine bugünlerde başlamıştır. Amasya grubu, Mustafa Kemal Paşa, Ali Fuat, Refet, Rauf Beyler ve telgraf hattındaki yüksek komutanlar Kâzım Karabekir ve Mersinli Cemal Paşa'dan oluşmaktadır. Amasya grubu, uluslaştırıcı ve merkezileştirici anlayışla hareket etmiştir.⁷⁷

⁷⁴ **Bülent Tanör**, Türkiye'de Kongre İktidarları, 4. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016, sf.126-127.

⁷⁵ Bkz. **Tanör**, Kurtuluş, sf.68-76.

⁷⁶ **Lewis**, sf.324-334; **Cevat Dursunoğlu**, Milli Mücadele'de Erzurum, 2.Baskı, Erzurum Kitaplığı, 1998, sf.52-53.

⁷⁷ **Tanör**, Kongre İktidarları, sf.185; **Sina Akşin**, Türkiye'nin Yakın Tarihi, 6. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2006, sf.116.

Mustafa Kemal Paşa, girişimin kişisel olmak niteliğinden çıkarılması ve bütün ulusun birlik ve dayanışmasını sağlayacak ve yansıtacak bir kurul adına yapılması gereklerini ortaya koymuş ve 21 / 22 Haziran 1919'da, emir subayı Cevat Abbas Bey'e Amasya Genelgesi'ni (Amasya Tamimi) yazdırmıştır.⁷⁸ Genelge, “*vatanın tamamıyeti, milletin istiklâli tehlikededir.*” diye başlamakta ve “*milletin istiklâlini yine milletin azim ve kararı kurtaracaktır.*” demektedir.⁷⁹ Amasya Genelgesi, ulusun bağımsızlığını yine ulusun azim ve kararı kurtaracaktır diyerek “*ulusal egemenlik*” ilkesinin, kurtuluş mücadelesinin temeli olacağını ilan etmiştir. Aynı zamanda kurtuluş mücadelesi ile amaçlanın padişahın ya da halifenin kurtarılması olmayacağı da ortaya konulmuştur.⁸⁰ Genelgede ayrıca, “*Milletin hal ü vazını derpiş etmek ve sada-yı hukukunu cihana işittirmek için her türlü tesir murakabeden azade bir heyet-i milliyenin vücudu elzemdir.*” ve “*Anadolu'nun bilvücu en emin mahalli olan Sivas'ta milli bir kongrenin serian inikatu takarrur etmiştir.*” demektedir. Böylece artık ulusal bir kurulun ve ulusal bir kongrenin oluşturulması gereği yani uluslaşma fikri ortaya konulmuştur.

B. Erzurum Kongresi

Kurtuluş örgütlenmesinin yerellikten ulusallığa geçişinin, yerel bir kongre olarak toplanan fakat aldığı kararlar bakımından ulusal nitelikte olan Erzurum Kongresi ile sağlandığını söyleyebiliriz. Nitekim Erzurum Kongresi'nde alınan kararlar, tüm yurda yönelik olmuş, Kongre'nin bölgede bir Ermenistan Devleti kurulmasını engelleme amacı ile sınırlı kalınmamıştır. Bunda, Mustafa Kemal Paşa'nın Kongre başkanlığını yürütmesinin önemli bir etken olduğu söylenebilir. Erzurum Kongresi aynı zamanda Doğu Anadolu'da yürütülen mücadelelerin de birleştirilmesini sağlamıştır.⁸¹ Erzurum Kongresi kararlarında, “*kuva-yi milliyeyi amil ve irade-i milliyeyi hâkim kılmak esastır.*” denerek ulusal egemenlik talebi yinelenmiştir.⁸² Bunun yanı sıra “*hudud-u milliye dahilinde bulunan bilcümle akşamı vatan bir küldür. Yekdiğerinden infikâk kabul*

⁷⁸ Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, Parola Yay., 2016, sf.29.

⁷⁹ Amasya Genelgesi için bkz. Atatürk, sf.29.

⁸⁰ Bihterin Vural Dinçkol, Atatürk Devrimi, Der Yay., İstanbul, 2001, sf.65-66.

⁸¹ Vural Dinçkol, Atatürk, sf.70; ayrıca bkz. Oran, sf.114; Suna Kili, Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli, Yenigün Yay., 1998, sf. 64.

⁸² Erzurum Kongresi Kararları için bkz. Atatürk, sf. 50-51.

etmez.” şeklindeki hüküm ile toprak bütünlüğü talebi de ortaya konulmuştur. Vatanın bütünlüğüne ilişkin alınan kararlarla Misak-ı Milli'nin temel esaslarının belirlendiği söylenebilir.⁸³ Daha sonra Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilecek olan Misak-ı Milli ile hâkim olunan hattın sınır olarak kabul edildiği ve bir *anavatan* kavramına ulaşıldığı görülmektedir.⁸⁴ Böylece mücadelenin, imparatorluk fikri ya da turan hedefi gibi ideallerle değil, ulaşılabilir sınırlar içerisinde ve gerçekçi bir zeminde ilerlediği ortaya konulmuştur. Kongre kararlarında ayrıca, gerektiği takdirde geçici bir hükümetin kurulabileceği, Hıristiyan azınlıklara siyasal egemenliği bozacak nitelikte ayrıcalıkların verilmeyeceği ve manda ve himayenin kabul edilmesinin söz konusu olmadığı da vurgulanmıştır.

C. Sivas Kongresi

Erzurum Kongresinde, ulusal sınırlar içerisinde yurdun bir bütün olduğu, gerekirse ulusun geçici bir hükümet kuracağı, ulusal iradenin egemen kılınacağı yönünde alınan kararlar, artık yerellikten çıkıldığını yurt çapında bir örgütlenmenin başladığını açıkça göstermektedir.⁸⁵ Ancak bu fikrin olgunlaşması, Sivas Kongresi'nde gerçekleşmiştir. Sivas Kongresi'nde Erzurum Kongresi tüzüğü görüşülmüş ve gerekli görülen değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikler, uluslaşma anlayışını güçlendirecek nitelikte olmuştur. Öncelikle cemiyetin adı, “Şarki Anadolu Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti” iken “Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti” olmuştur. “Heyet-i Temsiliye, Şarki Anadolu'nun heyet-i umumiyesini temsil eder kaydı yerine heyet-i temsiliye vatanın heyet-i umumiyesini temsil eder.” hükmü getirilerek de Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti adını alan cemiyetin ve Heyet-i Temsiliyesi'nin tüm yurdu temsil edeceği açıklanmıştır. Yapılan değişikliklerle ayrıca, ön görülen *idare-i muvakkatenin* (geçici yönetim), belli bir bölgenin değil yurdun herhangi bir parçasının terk ve ihmali halinde kullanılabilmesi; mücadelenin sadece Ermenilik ve Rumluk şeklinde ifade edilen azınlıklara değil büyük devletlere karşı da verileceği belirlenmiştir. Sivas Kongresi'nin “*intibahı milli*” den doğduğu da özellikle vurgulanmıştır.⁸⁶

⁸³ Bu yöndeki görüşleri için bkz. **Dursunoğlu**, sf. 98-99; **Lewis**, sf. 335.

⁸⁴ Bkz. **Oran**, sf. 153-155.

⁸⁵ **Oran**, sf. 114.

⁸⁶ Bkz. **Atatürk**, sf. 66; **Tanör**, Kurtuluş, sf. 80.

Mücadelenin yerellikten çıkıp ulusallaşmaya başlaması monarşik egemenlik anlayışından iyice uzaklaştığı göstermektedir. Çünkü bunun yerine *ulusal egemenlik* kültürü gelişmeye başlamış, çok millî ve ümmetçi yapıdan ulusal değerlere ve kültüre geçiş yaşanmıştır. Amasya günlerinde, askeri örgütün merkezle bağı kopararak, önderlik çekirdeği hükümetin yerini almıştır. Yerel Kongre İktidarları Kuvayı Milliyelerini, Heyeti Temsiliye'ye ve Osmanlı ordusu da birliklerini, adım adım kongre iktidarına bağlayarak askeri özerkleşmeyi beslemiştir. Sivas Kongresi, rıza ve yaptırım gücüne sahip olmuş, bu sebeple bir iktidar haline gelmiş ve aldığı kararları uygulayabilmiştir.⁸⁷ Ayrıca bu dönemde, *kurumsallaşma* yönünde de gelişme sağlandığı görülmektedir. Bir kere Sivas'ta kurulan örgütün adı, daha önce birçok örneği olduğu gibi "hukuk" vurgusu taşımaktadır: Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti. Amaç ise Müdafaa-i Hukuki Millîye'dir. Örgütlenmenin gerekçesi ve amacı hukuki formülasyonlarla açıklanmış, kongrelerin toplanmasında ve cemiyetlerin kurulmasında yasal usullere uyulmuştur. Mustafa Kemal Paşa da kararları, kongre heyeti namına ya da Heyet-i Temsiliye adına imzalamıştır.⁸⁸ Kurumsallaşma çabası mücadelenin gayrişahsileşmesi için son derece önemlidir. Bununla beraber söz konusu anlayış, siyasi iktidar haline gelen yapının bir hukuk devletine evrilebileceğini işaret etmektedir.

Sivas Kongresi'ne katılım aslında beklenenden az olmuştur. Bunun sebepleri arasında, yerel kongrelerin henüz ulusal birleşmenin önemini kavrayamamış olması ve ilk kez askerden gelen bu çağrının İttihatçı-asker çağrısı olarak algılanmış olma ihtimali görülebilir. Fakat temsil eksikliği sorunu yaşam pratiği içerisinde çözülmüştür. Sivas Kongresi, "Umumi Kongre" olarak tanınmış, Heyet-i Temsiliye üyeleri, "halkın mümessili" olarak kabul görmeye devam etmiştir.⁸⁹

⁸⁷ Bkz. **Tanör**, Kurtuluş, sf.91-98; Yaptırım gücü ve halkın rızası ile kongre iktidarları, siyasal iktidar niteliği kazanmışlardır, zira siyasal iktidarların en belirgin özelliklerinden biri zor kullanma gücüne sahip olmaları ise diğeri de halkın buna gösterdiği rızadır. Siyasal iktidara ilişkin açıklaması için bkz. **Münci Kapani**, Politika Bilimine Giriş, 33. Basım, Bilgi Yay., İstanbul, 2013, sf. 52-53.

⁸⁸ **Tanör**, Kongre İktidarları, sf. 194-203.

⁸⁹ Bkz. **Tanör**, Kurtuluş, sf. 81-82; **Zürcher**, sf. 150.

D. Balıkesir Kongreleri

Sivas Kongresi sonrasında, uluslaşma kavrayışını henüz benimseyemeyen ve Sivas Kongresi'nden ayrı hareket eden kongreler olmuştur.⁹⁰ Balıkesir Kongreleri, başlangıçta Sivas Kongresi'nde alınan kararlara "müstakil kalma" niyetleri dolayısıyla mesafeli durmuşlardır. III. Balıkesir Kongresi'nde ise Sivas Kongresi'nde alınan karara uyulmuş cemiyetin adı "Müdafaa-i Hukuk" olarak değiştirilmiştir; ancak tam anlamıyla bir birleşme sağlanmamıştır.⁹¹ IV. Balıkesir Kongresi'nde Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti haline gelmesi onaylanmış ve Sivas Kongresi kararlarına uyulması gereği kabul edilmiştir. Ancak bu aşamadan sonra dahi Sivas Kongresi kararlarına tam olarak uyulduğu söylenemez. Örneğin, vilâyet kongrelerinin kendi çapında olması gerekirken Balıkesir Kongresi'nin yetki alanını genişleterek Bursa ile Bilecik'i içine aldığı görülmektedir. Ayrıca Balıkesir'de alınan kararlar yeni bir tüzüğün maddeleri görünümde olmuştur. Dolayısıyla Balıkesir Kongresi'nin Sivas Kongresi kararlarına katılımdan sonra dahi kendine güveninin devam ettiği ve tam bir bağlılığın olmadığı söylenebilir. Bunda İstanbul'da Meclis-i Mebusan'ın açılmış olmasının da etkili olduğunu ileri sürmek mümkündür. Müstakil kalma niyeti, Balıkesir Kongresi tarafından yer yer ortaya konulsa da bu karar ve tasavvurlar, TBMM'nin açılması ile beraber ancak kağıt üzerinde kalmıştır.⁹²

VI. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Açılması ve 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu: Ulus Devlete Geçiş

1920 yılında, daha önce Erzurum Kongresi'nde temel esasları belirlenmiş olan Misak-ı Milli, Meclis-i Mebusan tarafından alınan bir karar ile kabul edilmiştir. Misak-ı Milli kararları ile Meclis-i Mebusan, Arap topraklarının hukuken bırakılabileceğini; ancak bunun dışında kalan Osmanlı-İslam çoğunluğunun yaşadıkları yerlerin kendilerine bırakılması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca kararlarda, ülkenin siyasi, iktisadi ve adli gelişimini engelleyen her türlü kayıt ve sınırlamalara karşı olunduğundan bahsedilmiş, yeni sınırlar içerisindeki ülkenin üzerine düşecek borçları, bağımsızlığını zedelemeyecek şekilde ödeyeceği

⁹⁰ Bkz. **Oran**, sf.72-73.

⁹¹ **Vural Dinçkol**, Atatürk,sf.70-71.

⁹² **İlgürel**, 205-206.

söylenmiştir.⁹³ Misak-ı Milli kararlarından sonra özellikle İngilizlerin baskısı artmış ve Meclis-i Mebusan, çalışamaz hale gelmiştir. Nitekim 18 Mart 1920'de Osmanlı Meclisi son kez toplanarak kendisini süresiz olarak tatil etmiştir. 11 Nisan'da ise Osmanlı Parlamentosu, padişah tarafından nihai olarak feshedilmiştir.

Mustafa Kemal Paşa ise 19 Mart 1920'de illere, bağımsız sancaklara, kolordu komutanlarına bir bildiri göndermiştir. Bildiride, "... *makarr-ı devletin masuniyetini, milletin istiklâlini ve devletin tahsilini temin edecek tedabiri teemmül ve tatbik etmek üzere millet tarafından, salâhiyet-i fevkalâdeyi haiz bir meclisin, Ankara'da içtimaa daveti ve dağılmış olan meb'usandan Ankara'ya gelebileceklerin dahi bu meclise iştirak ettirilmesi zaruri görülmüştür. (...)*" demektedir.⁹⁴ Bu bildiri ile "olağanüstü yetkileri haiz" bir meclisin toplanması gereği ortaya konulmuştur. Aslında Mustafa Kemal Paşa'nın niyeti, toplanacak meclisin, rejimi değiştirme yetkisine sahip bir "kurucu meclis" olmasıdır. Ancak Mustafa Kemal Paşa, bu konuda aldığı uyarılar neticesinde daha ılımlı bir ifade tercih etmiş ve kurucu meclis yerine olağanüstü yetkileri haiz meclisten bahsetmiştir.⁹⁵ Kullanılan ifade ile açıkça söylenmemiş olsa da meclisin kurucu bir meclis olacağına işaret edilmiştir. Bu, artık meşrutiyet rejiminin ilanının söz konusu olmayacağını, aksine yeni bir devlet kurulaçığını haber vermektedir.

Bu gelişmelerin ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi açılmıştır. Mustafa Kemal Paşa, başkan seçilmiştir. Henüz saltanat ve hilafetin kaldırılması fikrinin ise olgunlaşmış olduğu söylenemez.⁹⁶ Ancak, meclisin, ulusun meclisi olduğu daha baştan, tercih edilen isimle ortaya konulmuştur. Bir kere ülkeye Türkiye denilmiştir. Memalik-i Osmaniye ya da Osmanlı Devleti şeklindeki adlandırma ülkenin hanedanın mülkü olduğu izlenimi vermekteyken, bundan vazgeçilmiş, demokratik anlayışa uygun olarak ve Batılı örnekleri de dikkate alınarak ülkenin ismi belirlenmiştir. Millet sözcüğü ise ulusu temsil etme anlamında kul-

⁹³ **Mustafa Budak**, *Misâk-ı Milli'den Lozan'a İdealden Gerçeğe Türk Dış Politikası*, 5. Baskı, Küre Yay., İstanbul, 2014, sf.159-160, 182.

⁹⁴ **Atatürk**, sf.296.

⁹⁵ Bkz. **Atatürk**, sf.296.

⁹⁶ Bkz. **Oran**, sf.90-91.

lanılmıştır.⁹⁷ Bu, TBMM'nin daha sonra ortaya koyduğu çalışmalarla daha anlaşılır hale gelecektir.

Tanör, meclisin adında yer alan “Büyük” kelimesinin ise meclisin üzerinde bir padişah otoritesinin olmadığını gösterdiğini ifade etmektedir. Zaten “*bütün mülki ve askeri makamların ve bütün milletin mercii Büyük Millet Meclisi*” olarak belirlenmiş ve böylece padişah, İstanbul Hükümeti ve Kanuni Esasi'nin yasama organı devre dışı bırakılmıştır. Saltanat ve hilafetin kurtarılması hedefleri açıklanmışsa da bunların, daha çok taktiksel nedenlere dayandığı söylenebilir. TBMM, aldığı kararlar ve çıkardığı yasalar bakımından da ihtilalci niteliğini ortaya koymuştur. Dolayısıyla artık Osmanlı Devleti'nin meşruti rejiminden tamamen farklı bir yapının ortaya konulduğu görülmektedir.⁹⁸

TBMM, 20 Ocak 1921'de ise Teşkilatı Esasiye Kanunu'nu kabul etmiştir. Devletin yeni şeklini haber veren bu anayasa, Kanuni Esasi'yi yürürlükten kaldırmamıştır. Çünkü bu Anayasa, henüz Kurtuluş Savaşı devam ederken kabul edilen bir geçiş dönemi anayasası olarak ortaya konulmuştur. Yine bu sebeple, oldukça kısadır. Anayasa'da sadece devletin teşkilatına ilişkin olmak üzere yirmi üç madde yer almış, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak da düzenleme yapılmamıştır.⁹⁹ Buna karşın 1921 Anayasası ile kuruluş aşamasındaki ulus devletin temel ilkeleri ve kurumları belirlenmiştir.

Öncelikle 1921 Anayasası'nın ilk maddesi ile ulusal egemenlik ilkesinin temel alınacağı ortaya konulmuştur. Maddede “*Hakimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfil idare etmesi esasına müstenittir.*” denilmektedir.¹⁰⁰ Böylece, egemenliğin kayıtsız ve şartsız ulusa ait olacağı anayasal bir hükümle ilan edilmiş, ulusal egemenlik ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, uluslaşma ve ulus devlet düşüncesinin bir sonucudur. Nitekim 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin üçüncü maddesinde de egemenliğin kaynağının

⁹⁷ **Akşin**, Yakın Tarih, sf.138-139; Türkiye Büyük Millet Meclisi adının 23 Nisan 1920'de resmileştirdiğini gösteren “TBMM'nin sureti teşekkülü hakkında heyeti umumiye kararı” için bkz. **Gözübüyük/ Kili**, sf.87.

⁹⁸ **Tanör**, Osmanlı-Türk, sf.245.

⁹⁹ **Bihlerin Vural Dinçkol/ Alper Işık**, 1924 Anayasası'nda Yurttaşlık Anlayışı, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 2015, sf.21-22.

¹⁰⁰ 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun tam metni için bkz. **Kili/ Gözübüyük**, sf. 91-93.

ulus olduğu, hiçbir kişi ya da kurumun kaynağını ulustan almayan bir otoriteyi kullanamayacağı düzenlenmiştir. Böylece yasama yetkisinin kralın elinde olması durumu son bulmuş, Fransız Devriminin ve çağın getirdiği liberal anlayışa uygun olarak ulusal egemenlik ilkesi açıklanmıştır.¹⁰¹ Osmanlı İmparatorluğu'ndan ulus devlete geçiş aşamasında da, egemenliğin kaynağının ulus olduğunun kabulü, daha önce yerel ve ulusal ölçekli kongrelerde vurgulandıktan sonra görüldüğü üzere artık anayasal bir hüküm haline gelmiştir. Osmanlı Devleti'nde ortaya çıkan demokratik nitelikli gelişmeler, padişahın mutlak iktidarını sınırlandırmaya yönelikken ulus devletin kuruluşu aşamasındaki gelişmeler, egemenliğin kaynağına yönelik olmuştur. İktidarın sınırlandırılması ya da paylaşılması değil, halka verilmesi söz konusudur. 1921 Anayasası ile devlet ve toplum ilişkisinin farklı bir şekilde kurulacağı ortaya konulmuş, Osmanlı'daki devletin toplumdaki gelmediği görüşü terk edilmiş ve devletin temelini ulus olduğu kavrayışı sağlanmıştır. Bu yönüyle 1921 Anayasası'nın, bir ulus devlet kurma görevini üstlendiği söylenebilir.¹⁰² Ulusal egemenlik ilkesinin kabul edilmesi ile ayrıca, saltanat ve hilafetin kaldırılacağına işaret edilmişse de bunun gerçekleştirilmesi henüz olmamış, Kurtuluş Savaşı'nın başarıya ulaşması beklenmiştir.¹⁰³

Anayasa'nın üçüncü maddesi ise "*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur.*" diye başlamaktadır. Yani yeni bir devlet olarak "Türkiye Devleti"nden bahsedilmiştir. Ulusal mücadelenin, esas itibarıyla Türk milliyetçiliğine dayanmakla birlikte, Türk olan ve olmayan unsurların antiemperyalist birliğini temsil ettiği göz önüne alındığında, Türkiye Devleti ibaresinin, etnik kökeni, dili ve dini ne olursa olsun, Misak-ı Milli sınırları içerisinde yaşayan insanların siyasal birleşmesini ifade ettiği söylenebilir.¹⁰⁴ 1921 Anayasası'nda devletin adı bu şekilde belirlenmişken ulus adı ise henüz zikredilmiş değildir.¹⁰⁵

Başka bir taraftan 1921 Teşkilatı Esasiye'de meclis hükümeti sisteminin benimsendiği görülmektedir. Yani yasamanın üstünlüğünün kabul edildiği sisteme geçilmiş, ulusun temsilcisi olan meclis, en üstün ku-

¹⁰¹ Bkz. Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, sf.158.

¹⁰² Oktay Uygun, Devlet Teorisi, 12 Levha Yay., İstanbul, 2014, sf.443; Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, sf.363.

¹⁰³ Tanör, Osmanlı-Türk, sf.255.

¹⁰⁴ Tanör, Osmanlı-Türk, sf.254.

¹⁰⁵ Vural Dinçkol/ Işık, sf.21-22.

rum haline gelmiştir.¹⁰⁶ Anayasa'ya göre yasama ve yürütme kuvvetleri TBMM'de toplanmış (madde 2), meclisin bakanlara yol gösterebileceği ve gerektiğinde onları değiştirebileceği kabul edilmiştir, (madde 8).¹⁰⁷ Meclis hükümeti sistemi, olağanüstü koşullardan doğan, geçici bir seçenek olarak ortaya çıkmıştır. Cumhuriyetin ilanı ve 1924 Anayasası'nda parlamenter usullere yaklaşılması yönündeki düzenlemelerden de bunu çıkarmak mümkündür. Bununla beraber çok milletli imparatorluktan ulus devlete geçiş sürecinde temel alınan ilkenin ulusal egemenlik, ana kurumun ise TBMM olduğu da ortadadır.¹⁰⁸

VII. Lozan Antlaşması ve Cumhuriyetin İlanı: Ulus Devletin Temellerinin Atılması

İtilaf Devletleri, 28 Ekim 1922 tarihinde TBMM Hükümeti'ni İsviçre'nin Lozan kentinde toplanacak olan Barış Konferansı'na davet etmiştir; ancak bu konferansa İstanbul Hükümeti de çağırılmış ve bir anlamda İtilaf Devletleri, İstanbul Hükümeti'ni tanımaya devam ettiklerini ortaya koymuştur. Bunu önlemek amacı ile 1 Kasım 1922'de saltanat kaldırılmıştır. Bu gelişmenin ardından konferansa sadece TBMM Hükümeti davet edilmiş ve hariciye vekili olması sağlanan İsmet Paşa, konferansa gidecek heyetin başkanlığına oybirliği ile seçilmiştir.¹⁰⁹ Sekiz ay devam eden ve önemli tartışmaların yaşandığı bir süreç sonunda 24 Temmuz 1923'te Lozan Barış Antlaşması imzalanmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan antlaşmalarda, yenen devletlerin istekleri doğrultusunda hareket edilirken Lozan Antlaşması eşitlik prensibi gereği karşılıklı uzlaşma esasını ortaya çıkarmıştır. Bu antlaşma ile bağımsız Türkiye Devleti'nin varlığı kabul edilmiş ve Türkiye ile batılı devletlerin ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Türklerin yok edilmesi amacı taşıyan Sevr Antlaşması'ndan sonra

¹⁰⁶ Bkz. Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, sf.363.

¹⁰⁷ Özbudun, sf.28.

¹⁰⁸ Tanör, Osmanlı-Türk, sf.288-289.

¹⁰⁹ Vural Dinçkol, Atatürk, sf.121; Akşin, Yakın Tarih, sf.165-166; Lewis, sf.346. Ayrıca saltanatın kaldırılması sürecinde hilafet kaldırılmamış, bu iki sorun birbirinden ayrı tutulmuştur. Hilafetin kaldırılması gereği aynı zamanda dile getirilmiş olsaydı Meclis'te çok daha büyük engellemeler ile karşılaşılacağı ve hatta saltanatın da kaldırılamaması riskinin ortaya çıkabileceği öngörülebilir, bkz. Kili, sf.105.

Lozan Antlaşması ile Türklerin bağımsızlığı ve Misak-ı Milli kabul ettirilmiştir.¹¹⁰

Lozan Antlaşması'nda azınlıkların korunmasına ilişkin hükümler de yer almıştır. Bu hükümler ile eşitlik ilkesi temelinde korumalar sağlanmış ve aslında oluşturulacak "Türk ulusu" kavramının içeriğinin nasıl doldurulacağı sorusuna da önemli cevaplar verilmiştir. Antlaşmaya göre, Türk Hükümeti, Türkiye'de oturan herkesin, doğum, bir ulusal topluluktan olma, dil, soy ya da din ayrımı yapmaksızın, hayatlarını ve özgürlüklerini korumayı tam ve eksiksiz olarak sağlamayı yükümlenir. Türkiye'de oturan herkes, her inancın, dinin ya da mezhebin, kamu düzeni ve ahlak kurallarıyla çatışmayan gereklerini, ister açıkta isterse özel olarak, serbestçe yerine getirme hakkına sahip olacaktır, (madde 38). Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyrukları, Müslümanların yararlandıkları medeni yurttaşlık haklarıyla siyasal haklardan yararlanacaktır. Türkiye'de oturan herkesin, din ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşit olacağı; din, inanç ya da mezhep ayrılığının, hiçbir Türk uyruğunun, yurttaşlık haklarıyla siyasal haklarından yararlanmasına, özellikle kamu hizmet ve görevlerine kabul edilme bakımından, bir engel sayılmayacağı belirtilmiştir, (madde 39). Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk uyrukları, hem hukuk bakımından hem de uygulamada, öteki Türk uyruklarıyla aynı işlemlerden ve aynı güvencelerden yararlanacaklardır, (madde 40). Kamusal eğitim konusunda ise Türk Hükümeti, Müslüman olmayan uyrukların önemli bir oranda oturmakta oldukları il ve ilçelerde, bu Türk uyruklarının çocuklarına ilkokullarda ana dilleriyle öğretimde bulunulmasını sağlamak bakımından, uygun düşen kolaylıkları gösterecektir. Ancak bu hükmün, Türk Hükümetinin, söz konusu okullarda Türk dilinin öğrenimini zorunlu kılmasına engel olmayacaktır, (madde 41).¹¹¹ Görüldüğü üzere Lozan Antlaşması ile zaten süreç içerisinde savunulamaz hale gelen Osmanlıcılık anlayışının ortadan kalktığı ve yeni kurulan devletin bir ulus devlet olarak şekilleneceği ortaya çıkmıştır.¹¹²

Lozan Antlaşması ile kazanılan siyasal başarının ardından, 29 Ekim 1923'te, yenilenmiş ikinci dönem meclisi, Cumhuriyet'i ilan

¹¹⁰ **Vural Dinçkol**, Atatürk, sf.122; Ayrıca bkz. **Lewis**, sf.343.

¹¹¹ Lozan Antlaşması için bkz. Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler, 3. Baskı, Cilt:8, YKY, Sayı:1-49, Çev: Seha L. Meray.

¹¹² Bkz. **Işık**, sf.71.

etmiştir. 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı “*Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun*” ile bu ilan gerçekleştirilmiştir.¹¹³ Kanunun birinci maddesi şöyledir: “*Hakimiyet, bilâ kaydü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfil idare etmesi esasına müstenittir. Türkiye Devleti’nin şekli Hükümeti, Cumhuriyettir.*” Teşkilatı Esasiye Kanunu’na eklenen bu madde ile aslında fiilen var olan cumhuriyet resmileştirilmiştir.¹¹⁴ Zira TBMM’nin açılması ile beraber ortaya çıkan rejim zaten bir meşrutiyet rejimi sayılamayacağından, adı konulmamış bir cumhuriyet olarak devam etmiştir. Çünkü bu süreç itibariyle karar alma ve icra etme süreçlerinde monarşinin ve padişahın rolü zaten ortadan kalkmıştır.¹¹⁵

Ayrıca Cumhuriyet’i ilan eden 29 Ekim 1923 tarihli Kanun ile 1921 Anayasası’nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulmasıdır. Cumhurbaşkanı’nın TBMM’nin kendi üyeleri tarafından seçileceği öngörülmüştür. Hükümetin kuruluş usulü değiştirilmiştir. Meclis hükümeti sisteminden bir nebze uzaklaşarak parlamenter sisteme yaklaşılmıştır.¹¹⁶ Bahsedilen değişikliklerden bir diğeri ise kanunun ikinci maddesi ile getirilen hükümdür. Buna göre, “*Türkiye Devleti’nin dini, Dini İslamdır. Resmi lisanı Türkçedir.*” Bu düzenleme, 1876 Kanuni Esasi’nde de yer almaktaydı. Ancak o dönemde resmi dilin kabul edilmesi uluslaşma düşüncesine dayanmıyorken artık ulus devletin bir gereği olarak resmi dilin Anayasa’da yer aldığını söylememiz mümkündür.

VIII. 1924 Anayasası ve Ulusun Adı: “Osmanlı”dan “Türk”e

Cumhuriyetin ilanından sonra, yeni ihtiyaçlara cevap verebilecek, 1921 Anayasası’na göre daha kapsamlı bir anayasa ihtiyacı doğmuştur. Bu amaçla, 1960 yılına kadar yürürlükte kalacak olan 1924 Anayasası, TBMM tarafından yürürlüğe konulmuştur. 1924 Anayasası hazırlanırken 1921 Anayasası’nın ilk dokuz maddesi esas alınmış; ancak buna ek olarak mantıki sıralama yapılmış, gerekli sonuçlar çıkarılmış ve birçok yeni hüküm daha ortaya konulmuştur. Ulusal egemenlik

¹¹³ Bkz. **Kemal Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2000, sf.44; **Kili/ Gözübüyük**, sf. 103.

¹¹⁴ **Vural Dinçkol**, *Atatürk*, sf.134.

¹¹⁵ **Tanör**, *Osmanlı-Türk*, sf.246.

¹¹⁶ **Gözler**, sf.45.

ilkesi tekrar ve önemle ele alınmış, çalışmaların yol gösterici ilkesi olarak kabul edilmiştir. Bununla beraber bağımsız yargı erki ve meclise karşı sorumlu olan bir yürütme erki oluşmasını sağlayacak hükümler üzerinde de çalışmalar yapılmıştır.¹¹⁷ 1924 Anayasası'nda egemenliğin ulusa ait olduğu esası, açıkça kabul edilmiştir. Madde 1'e göre, "*Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.*" ve madde 3'e göre, "*Hakimiyet bilâkaydüşart Milletindir.*"¹¹⁸

1924 Anayasası'nda bir ulus ve ulus devlet oluşturma amacının belirgin bir biçimde ortaya konulduğu görülmektedir. Anayasa hazırlığı sırasında yapılan meclis görüşmelerinde, Türkiye'de bütün halkın devlet idaresine katılmasına imkan veren ve saltanat idaresinde olduğu gibi bir kişinin hükümdarlığı anlamına gelmeyen bir hükümet şeklinin devamı üzerinde önemle durulmuştur. Bunu sağlamak için de halka "Osmanlı" değil "Türk" denmesi gereği, ortaya çıkan farklı görüşlerin tartışılmasından sonra, ifade edilmiştir. Çünkü ulus fikri, eski hükümdar soyuna dayanan bu sıfat ile bağdaşmamaktadır. Türkler arasında yaşayan çeşitli ırk ve dinlere mensup kişilerin de Türk topluluğunun dışında bırakılmaması gereği ortaya konulmuştur.¹¹⁹ Nitekim Anayasa'nın kamu haklarını düzenleyen beşinci bölümü "*Türklerin Hukuku Âmmesi*" başlığını taşımaktadır. Görüldüğü üzere Anayasa'da yer alan hakların öznesi olarak ulus adı verilmiş ve ulusun adı "*Türkler*" olarak gösterilmiştir. 1921 Anayasası'nda yer alan "*Türkiye halkı*" ifadesinden de vazgeçilmiştir. Bu bölümde yer alan ilk madde (madde 68), "*Her Türk hür doğar hür yaşar.*" şeklinde başlamaktadır. Bir sonraki maddede "*Türklerin kanun nazarında eşit oldukları*" belirtilmiştir. Yani "herkes" karşılığı olarak "ulus ismi" yer almıştır. Aynı yönde madde 10 ve 11'de milletvekili seçme ve seçilme haklarının öznesi, belirli koşulları sağlayan *Türkler* olarak gösterilmiştir. Bu tercihlerle ulaşılmak istenenin çok milletli bir siyasi yapıdan ulusa geçişi sağlamak ve bir ulus yaratmak olduğu söylenebilir.¹²⁰ *Türk* kelimesinin ifade ettiği anlam ise

¹¹⁷ Bkz. **Edward C. Smith**, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1958, Cilt:13, Sayı:3, Çev: Mümtaz Soysal, sf.106-107.

¹¹⁸ 1924 Anayasası'nın tam metni için bkz. **Kili/ Gözübüyük**, sf. 111-131.

¹¹⁹ Bkz. **Smith**, sf.107-108.

¹²⁰ Bkz. **Bihlerin Vural Dinçkol**, 1924 Anayasası Döneminde Siyasal Muhalefet, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Cilt: 21, Sayı: 2, 2015, sf. 343; **Işık**, sf.73.

Madde 88'de yer alan vatandaşlık tanımında ortaya konulmuştur. Buna göre, “*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Türk) ülâk olunur.*” Düzenleme, yurttaşlığa işaret etmekte, ırksal bir tanımlama yapmamaktadır. Bu tanım, ayrıca laikleşme bakımından da dinsel bir temele değil ulus devletin esasları olan “*ulus oluşturma fikrine*” işaret etmektedir. Tek bir dine ya da ırka mensubiyetin aranmaması dolayısıyla da çoğulcu yurttaşlık anlayışının benimsendiği görülmektedir.¹²¹ Burada yapılan tanımlamanın Atatürk'ün aynı yıllarda ortaya koyduğu, “*Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türkiye halkına Türk milleti denir.*” tanımı ile uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Maddede Türk ifadesi, dinsel ve ırksal bir anlamda kullanılmamış, “Türkiye ahalisi” denerek *coğrafi* ve “vatandaşlık itibariyle” denerek *siyasi* anlama geldiği vurgulanmıştır.¹²²

1924 Anayasası'nda TBMM'nin üstünlüğünün korunduğu sistemden ise vaz geçilmiş değildir. Ancak 1921 Anayasası'na nazaran parlamenter sisteme yaklaşıldığı görülmektedir. Hem meclis hükümeti sistemine hem de parlamenter sisteme has özellikler anayasada yer almıştır.¹²³ Bahsedilen özellikleri dikkate alındığında 1924 Anayasası'nın demokratik nitelikli olmasına karşın çoğunlukçu demokrasi anlayışını yansıttığını söylemek mümkündür. Nitekim TBMM'nin en üstün güç olması onu her türlü yargısal ve siyasal denetimden muaf hale getirmektedir. Buna karşın tek parti döneminde, devletin totaliterleşmesine neden olabilecek uygulamalar görülmemektedir.¹²⁴ Dolayısıyla bu dönemin hem bir ulus devlet oluşturmanın hem de demokratikleşmenin temellerini oluşturduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç

Osmanlı Devleti klasik dönemi içerisinde çok milletli bir siyasal yapıya sahip olmuştur. Toplum inanç temeline göre, çeşitli “milletlere” ayrılmış ve Müslümanlar, hâkim millet olarak görülmüştür. Ancak özellikle 19. yüzyıldan itibaren Osmanlı Devleti'nin iktisaden güçsüzleşmesinin ve Batı'nın himayeci politikalarının etkisiyle azınlıkların

¹²¹ Vural Dinçkol/ Işık, sf.24-25.

¹²² Tanör, Osmanlı-Türk, sf.309-310.

¹²³ Bkz. Özbudun, sf. 31-32.

¹²⁴ Vural Dinçkol/ Işık, sf.24; aynı yöndeki değerlendirmesi için bkz. Maurice Duverger, Siyasi Partiler, 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974, sf.358-362.

bağımsızlık talepleri gündeme gelmeye ve Osmanlı millet sistemi aşınmaya başlamıştır. Millet sisteminin bozulmaya başlaması, Batı'da var olan "ulus" fikrinin Osmanlı'da gelişmesini doğrudan sağlamamış, aksine imparatorluğu ayakta tutma çabası etkin olmuştur. Bu çaba, Tanzimat dönemi reformları ile kendisini göstermiştir. Tanzimat döneminde özellikle eşitlik ilkesi üzerinde durulmuş, dolayısıyla hâkim millet anlayışından uzaklaşmıştır. Bu durum, Genç Osmanlıların ideali haline gelen Osmanlılık anlayışı ile belirginleşmiştir. Genç Osmanlıların da etkisiyle 1876'da meşrutiyet rejimine geçilmesi ise padişahın mutlak kabul edilen otoritesinin sarsılmasına neden olmuş ve egemenliğin kaynağına toplumu yerleştirme düşüncesinin gelişimi bakımından önemli bir gelişme sağlanmıştır. Ancak I. Meşrutiyet dönemi kısa sürmüş ve 1878 yılı itibarıyla 30 yıl süren bir istibdat dönemi yaşanmıştır. Bu dönem içerisinde ise meşrutiyet ideali devam etmiş ve ayrıca Osmanlılık, İslamcılık ve Türkçülük politikaları ekseninde politik gelişmeler ortaya çıkmıştır. 1908'de meşrutiyetin tekrar ilanından sonra ise ilk zamanlarda, Osmanlılık ve İslamcılık politikaları daha çok dile getirilmiştir. Ancak özellikle Balkan Savaşlarında alınan yenilgilerden sonra, Hıristiyan azınlıkların ulusal bilinç kazandığı görülmüş ve dolayısıyla imparatorluğun Osmanlılık yolu ile kurtarılamayacağı anlaşılmıştır. İslamcılık politikası ise Arapların da imparatorluktan ayrılma düşüncesine sahip olmaları nedeniyle savunulamaz hale gelmiştir. Osmanlılık ve İslamcılık fikirleri bu şekilde etkisizleştikten sonra, siyasette tek güç haline gelmiş olan İttihat ve Terakki, öncesinde de sahip olduğu fakat dile getirmekte çekingen kaldığı Türkçülük politikasını, daha rahat bir şekilde uygulamaya başlamıştır. İttihat ve Terakki'nin çalışmaları ile karşılık bulan Türkçülük fikri, henüz bir ulus oluşturma ve ulus devlet kurma anlayışında olmasa da uluslaşma süreç ve düşüncesine önemli katkı sağlamıştır. Bu dönemde, Cumhuriyetin ilanından sonra da devam eden birçok fikir ve müessesenin temelleri atılmıştır. 1918'de imzalanan Mondros Ateşkes Antlaşması'ndan sonra ise Osmanlı Devleti, oldukça güçsüz hale gelmiş ve bir öz savunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı, devlet iktidarını kullananların karşılayamaması dolayısıyla kongre iktidarları oluşmaya başlamış ve sürecin belirleyici unsuru onlar olmuştur. Ortaya çıkan yerel ölçekli kongrelerden sonra, öncelikle Amasya Tamimi ile önderlik çekirdeği oluşturulmuş, kurtuluş mücadelesinin temelini ulusal egemenlik ilkesi olacağı ilan edilmiştir. Mücadelenin ulusallaşması ise Erzurum ve Sivas Kongreleri ile sağlanmıştır. Bu, ulusal egemenlik anlayışının gelişmesi bakımından

son derece önemli bir adım olmuş, çok milletli ve ümmetçi anlayıştan çıkılarak ulusal değerlere yaklaşmıştır.

Bu süreci TBMM'nin açılması izlemiştir. Açılan meclisin kurucu meclis olacağına işaret edilmesi ile esasen yeni bir devletin kurulacağı ortaya konulmuştur. Nitekim TBMM tarafından henüz Kurtuluş Savaşı devam ederken çıkarılan 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu'nda yeni bir devlet olarak "Türkiye Devleti"nden bahsedilmiştir. Ayrıca Teşkilatı Esasiye Kanunu ile egemenliğin kaynağının ulus olduğu, anayasal bir hüküm haline gelmiştir. Ulus devlete geçiş sürecinde ulusal egemenlik ilkesi temel alınırken ulusun temsilcisi olan meclis de ana kurum olarak kabul edilmiştir. Bu sürecin devamında, Batılı devletlerle ilişkilerin yeniden düzenlenmesini sağlayan Lozan Antlaşması imzalanmış, Türklerin bağımsızlığı ve Misak-ı Milli kabul ettirilmiştir. Özellikle azınlıklara ilişkin getirilen hükümlerle kurulan yeni devletin bir ulus devlet olarak şekilleneceği ortaya konulmuştur. 1923'te ise yenilenmiş TBMM tarafından çıkarılan bir kanun ile de Cumhuriyet ilan edilmiş ve TBMM'nin açılışından beri aslında fiilen var olan cumhuriyet resmîyet kazanmıştır. Ulusun adının belirlenmesi ise 1924 Anayasası ile sağlanmıştır. Anayasa'da yer alan hakların öznesi Türk olarak gösterilmiş, Türk kelimesinin içeriği ise yapılan yurttaşlık tanımı ile ortaya konulmuştur. "*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın Türk ülâk olunur*" şeklindeki tanımla Türk ifadesinin, dinsel ve ırksal bir içeriğe sahip olmadığı belirtilmiş, siyasi ve coğrafi bağ vurgulanmıştır. Neticede, devam etmesi imkansızlaşan millet sistemi ve Osmanlıcılık politikası yerine, çağdaş ve demokratik ilkeleri hedef alan bir ulus devlet anlayışı geliştirilmiş ve bu doğrultuda bir "ulus" oluşturulmuştur.

KAYNAKÇA

- Ahmad, Feroz**, Modern Türkiye'nin Oluşumu, 15. Basım Kaynak Yay., İstanbul, 2016.
- Ahmad, Feroz**, The Young Turks and The Ottoman Nationalites, University of Utah Press, 2014.
- Akad, Mehmet/ Bulut, Nihat/ Hakyemez, Yusuf Şevki/ Okutan, Cevat**, Küreselleşme ve Türkiye, Ed. Cevat Okutan, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- Akad, Mehmet/ Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat**, Genel Kamu Hukuku, 12. Basım, Der Yay., İstanbul, 2016.
- Akçura, Yusuf**, Üç Tarz-ı Siyaset, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1976.
- Akkaya Kia, Rukiye**, 1876 Kanuni Esasi 18. Maddesi Üzerine, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 3-4, 2011.
- Akkaya, Rukiye**, Küreselleşme Olgusu Karşısında Ulus Sorunu, Legal Yay., İstanbul, 2004.
- Akkaya, Rukiye**, Prens Sabahattin, Liberte Yay., Ankara, 2005.
- Akşin, Sina**, İttihat ve Terakki, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 5, İstanbul, 1985.
- Akşin, Sina**, Türkiye'nin Yakın Tarihi, 6. Baskı, İmaj Yay., Ankara, 2006.
- Atakan, Arda**, Putlaştırılmış Bir Kavram: Milli İrade, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan, Der Yay., İstanbul, 2012.
- Atatürk, Mustafa Kemal**, Nutuk, 3. Baskı, Dil Derneği, 1998.
- Aydın, Mehmet Akif**, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2009.
- Barkey, Karen/ Gavrilis, George**, The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy, Ethnopolitics, Ethnopolitics, Vol: 15, No:1, 2016.
- Berkes, Niyazi**, Türkiye'de Çağdaşlaşma, 23. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016.
- Budak, Mustafa**, Misâk-ı Milli'den Lozan'a İdealden Gerçeğe Türk Dış Politikası, 5. Baskı, Küre Yay., İstanbul, 2014.
- Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 5. Baskı, Aydın Kitabevi, 1982.
- Dursunoğlu, Cevat**, Milli Mücadele'de Erzurum, 2.Baskı, Erzurum Kitaplığı, 1998.
- Duverger, Maurice**, Siyasi Partiler, 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974.
- Engin, Vahdettin**, "Osmanlı İmparatorluğu'nun Devamlılık ve Modernleşme Mücadelesi: Türkiye Cumhuriyeti'nin Tarihi Temelleri", İmparatorluktan Ulus Devlete Türk İnkılap Tarihi, Ed. Cemil Öztürk, 9. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2016.

- Eryılmaz, Bilal**, Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, Ağaç Yay., İstanbul, 1992.
- Findley, Carter Vaughn**, Princeton Studies on the near East Ser. : Bureaucratic Reform in the Ottoman Empire: The Sublime Porte, 1789-1922, Princeton University Press, 2012.
- Gökalp, Ziya**, Türkleşmek, İslâmlaşmak, Muasırlaşmak, Kültür Bakanlığı Ziya Gökalp Yayınları:4, Ankara, 1976.
- Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2000.
- Hobsbawn, E. J.**, 1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, "Program, Mit, Gerçeklik", Ayrıntı Yay., İstanbul, t.y., Çev: Osman Akinhay.
- İşık, Alper**, Türkiye'de Ulus Devlet ve Gayrimüslim Azınlık, 12 Levha Yay., İstanbul, 2016.
- İlgürel, Mücteba**, Milli Mücadele'de Balıkesir Kongreleri, Yükseköğretim Kurulu Matbaası, İstanbul, 1999.
- Kapani, Münci**, Politika Bilimine Giriş, 33. Basım, Bilgi Yay., İstanbul, 2013.
- Kenanoğlu, M. Macit**, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek, 3. Baskı, Klasik Yay., İstanbul, 2012.
- Kili, Suna**, Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli, Yenigün Yay, 1998.
- Kili, Suna/ Gözübüyük, A. Şeref**, Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., Ankara, 1985.
- Küçük, Cevdet**, Osmanlılarda "Millet Sistemi" ve Tanzimat, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 4, İstanbul, 1985.
- Lewis, Bernard**, Modern Türkiye'nin Doğuşu, 8. Baskı, Arkadaş Yay., Ankara, 2015, Çev. Boğaç Babür Turna.
- Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler, 3. Baskı, Cilt:8, YKY, Sayı:1-49, Çev: Seha L. Meray.
- Mardin, Şerif**, Türk Modernleşmesi, 24. Baskı, İletişim Yay., İstanbul, 2015.
- Okandan, Recai G.**, Âmme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap, İstanbul Üniversitesi Yay., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.
- Oran, Baskın**, Atatürk Milliyetçiliği, 2. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, t.y.
- Ortaylı, İlber**, Millet Sistemi, Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi, Cilt: 4, İstanbul, 1985.
- Ortaylı, İlber**, Türkiye'nin Yakın Tarihi, 24. Baskı, Timaş Yay., İstanbul, 2017.
- Osmanağaoğlu, Cihan**, Tanzimat Dönemi İtibariyle Osmanlı Tâbiyyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi, Legal Yay., İstanbul, 2004.
- Özbudun, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2000.
- Smith, Edward C.**, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1958, Cilt:13, Sayı:3, Çev: Mümtaz Soysal.

- Tanör, Bülent**, Kurtuluş Kuruluş, 8. Baskı, Cumhuriyet kitapları, İstanbul, 2007.
- Tanör, Bülent**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 17. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2008.
- Tanör, Bülent**, Türkiye’de Kongre İktidarları, 4. Baskı, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 2016.
- Tunaya, Tarık Zafer**, Batılılaşma Hareketleri I, Yeni Gün Yay., 1999.
- Uygun, Oktay**, Devlet Teorisi, 12 Levha Yay., İstanbul, 2014.
- Vural Dinçkol, Bihterin**, 1924 Anayasası Döneminde Siyasal Muhalefet, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt:21, Sayı:2, 2015.
- Vural Dinçkol, Bihterin**, Atatürk Devrimi, Der Yay., İstanbul, 2001.
- Vural Dinçkol, Bihterin/ Işık, Alper**, 1924 Anayasası’nda Yurttaşlık Anlayışı, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 2015.
- Zürcher, Erik Jan**, Turkey: A Modern History (1), I.B. Tauris, 2004.

Halk Tarafından Seçilen Cumhurbaşkanı'nın Siyasal Rejime Etkisi (Avusturya Örneği)*

The Effect Of Popular Elected President To The Political Regime (The Austria Example)



Ar. Gör. Özge ÇELEBİ**

ÖZET

İlk kez Birleşik Krallık'ta ortaya çıkan parlamenter rejim, zaman içinde gelişimini sürdürmüş ve çoğu demokratik ülke tarafından kendi siyasal sistemleri doğrultusunda çeşitli değişikliklere uğrayarak kullanılmaya devam edilmiştir. Öte yandan Cumhurbaşkanı'nın doğrudan belirlendiği ve ona özgün geniş bir yetki alanının yaratıldığı yarı-başkanlık rejimleri, 20. Yüzyılın sonlarından itibaren bir çok Avrupa ülkesinde hızla yayılmaya başlamıştır. Ancak günümüzde hala yarı-başkanlık ve parlamenter rejim ayrımı konusunda tam bir oйдаşma sağlanamamaktadır. Bu sorunun temelinde, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın tek başına parlamenter rejimi yarı-başkanlığa dönüştürüp dönüştürmediği sorunsalı yer almaktadır. Çalışmamızda, ilk önce yarı-başkanlık ve parlamenter rejim konusunda siyasal öğretilerde ortaya çıkan tartışmalar değerlendirilecek, sonrasında bu teorik değerlendirmeler, Cumhurbaşkanlarının yetkilerinin ölçümü doğrultusunda Avusturya örneği üzerinden çözüme kavuşturulacaktır.

* Bu makale, "1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı Seçim Usulünün Siyasal Rejime Etkisi" başlıklı yayınlanmamış doktora tezinin bir kısmının, düzeltilip güncellenmiş halidir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ozgecancelebi@yahoo.com.tr.

Anahtar Kelimeler: *Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçimi, Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin ölçümü, Cumhurbaşkanı'nın yasama-dışı yetkileri, siyasal rejim türü.*

ABSTRACT

The parliamentarism that first appeared in the United Kingdom, carried on growing in time and continued to be used with some changes according to their political system by a lot of democratic country. On the other side semipresidential regimes in which President is determined directly and given a wide range of power specific to him, started to spread rapidly in a lot of European countries as of late 20th century. Today there is still no consensus between the discrimination of semipresidential regimes and parliamentarism. The basis of this problem is that the problematic of the popular elected President's turning the parliamentarism into semipresidential regimes. In this study, at first the arguments which appeared on political literature about the semipresidential regimes and parliamentarism will be evaluated, and then this theoretic evaluations will be solved on measurement of President's power based on Austria example.

Keywords: *the popular election of president, measuring presidential power, non-legislative powers of president, regime type.*

GİRİŞ

Parlamente rejimlerde, yürütmenin sorumsuz kanadı olan devlet başkanı, soy bağı veya seçimle göreve gelmektedir. Soy bağına göre belirlenen devlet başkanı, parlamente rejimin beşiği olan Birleşik Krallıkta olduğu gibi, meşruti parlamente rejimlerde uygulanan yöntemdir. Hükümet şekli Cumhuriyet olan parlamente rejimlerde ise Cumhurbaşkanı seçimle göreve gelmekte, bu seçimler ise çoğunlukla parlamento tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak parlamento tarafından seçilenlere göre az olmakla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın halkoyuyla belirlendiği ülkeler de mevcuttur. Fakat halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanlığı makamı, kimi yazarlar tarafından parlamente rejim mekanizması, dışında tutulmakta ve doğrudan belirlenen Cumhurbaşkanı'nın, rejimi yarı-başkanlığa çevireceği savunulmaktadır.

Cumhurbaşkanı'nın doğrudan belirlenmesi, fakat ona tanınan yetkilerin parlamenter rejimin mantığına uygun bir şekilde düzenlenmesi, günümüzde dahi zorluğunu muhafaza eden bir konudur. Parlamenter rejim mekanizması içinde sembolik yetkileri olan Cumhurbaşkanları, halkoyu ile göreve geldiklerinde “siyasi meşruluk” düşüncesi içinde aktif bir rol oynamak isteyebilmekte ve hatta kullanabilecekleri yetkileri sembolik konumdan fazla olduğunu savunabilmektedirler. Cumhurbaşkanlarının sahip olduğu yetkilerin hangilerinin sembolik nitelikte, hangilerinin bunu aşacak nitelikte “güçlü” bir yetki konumunda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir oydurma söz konusu değildir. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak parlamenter rejim ve yarı-başkanlık rejimlerinin tanımları ve bu tanımlarda yer alan tartışmalı kısımlar ortaya koyulacak, ikinci olarak Cumhurbaşkanlarına tanınan hangi yetkilerin “güçlü/önemli” yetki statüsüne girdiği, rakamsal verilerle incelenecektir. Çalışmanın son kısmında ise Avusturya örneği üzerinden, doğrudan seçilen Cumhurbaşkanı'nın konumu ve kullandığı yetkilerin, siyasal rejime olan etkisi tespit edilecektir.

I. Öğretideki Tartışmalar Işığında Parlamenter Rejim ve Yarı-Başkanlık Rejimlerinin Nitelendirilmesi

Parlamenter rejimlerde, halkoyu ile belirlenen devlet başkanlığı makamı ve kullandığı yetkilerin başkalaşımı, siyasal rejimlerin tasnifinde önemli değişikliklere sebep olmuş ve ortaya yeni bir siyasal rejim kategorisi çıkarmıştır: Yarı-Başkanlık Rejimi. Bu tanımları ilk kullanan kişi, gazeteci ve Le Monde gazetesinin kurucusu olan Hubert Beuve-Méry'dir.¹ Beuve-Méry 1959'da ilk kez gazetesinde kullandığı bu tanımları, 1987'de bastığı yazısında yinelemiştir.² Akademik anlamda bu terimi kullanan ilk kişi ise Maurice Duverger'dir. Duverger 1970 yılında, Politik Sistemler kitabının 11. baskısında bu tanımları ortaya atarak Fransa, Avusturya, Finlandiya ve son olarak da yürürlükten kalkan Weimar Anayasasının yarı-başkanlık tasnifi içinde değerlendirmiştir.³

¹ Robert ELGIE, “The Politics of Semi-Presidentialism”, Robert Elgie (eds.) in Comparative European Politics Semi Presidentialism in Europe, 1999, s.1.

² ELGIE, s.1.

³ Maurice, DUVERGER, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris: Presses Universitaires de France, 11th ed, 1970, s. 279 Aktaran: Robert ELGIE, “Three waves of semi-presidential studies.”, Democratization, Vol. 23, No.1, 2015, s. 50.

Yarı-başkanlık rejiminin ortaya çıkış nedenleri ülkelere göre farklılık göstermektedir. Bu nedenlerin arasında tarihsel nedenler olabileceği gibi, kimi zaman da Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkilerin çeşitli sebeplerle güçlendirilmesi yer almaktadır. Ancak bazı ülkelerde de, otoriter başkanlık rejimine geçiş basamağı olarak, yarı-başkanlık rejimi kullanılmaktadır.⁴

Duverger'e göre, bir rejimin yarı-başkanlık olarak sınıflandırılması için üç koşul mevcut olmalıdır. Bu koşullar şunlardır:⁵ Cumhurbaşkanı'nın genel oyla seçilmesi, Cumhurbaşkanı'nın oldukça önemli siyasal güçlere sahip olması, Cumhurbaşkanı'nın yanında, yürütme ve hükümet gücünü elinde bulunduran fakat meclisin çoğunluğunun desteğine bağımlı olan başbakan ve bakanların olmasıdır. Duverger 1990'ların başına kadar öğretide yarı-başkanlık rejimine ilişkin yaptığı tanımla "tek kişi" olma özelliğini sürdürmüş, ancak nitelendirdiği bu rejime karşı zamanla eleştirel yaklaşımlar ortaya çıkmıştır.⁶ Örneğin O'Neil'e göre, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan seçimi, tek başına rejimi yarı-başkanlık yapmaz; bu kurum oldukça güçlü yetkilerle donatıldığı takdirde o ülkenin siyasal rejimi için yarı-başkanlık nitelmesi yapılabilir. Fakat Elgie'ye göre, Duverger'in yaptığı tanımın temel sorununu, "Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu oldukça önemli siyasal güçler" unsurunun belirsizliğidir.⁷ Buna göre bazı yetkiler kimileri için oldukça önemli iken, kimileri için standart olabilecektir. Çoğu kez de Cumhurbaşkanı önemli yetkilere sahip olduğu halde, yetkilerini siyasi pratikte kullanmamaktadır. Bu durumda ise rejimi yarı-başkanlık olarak değerlendirmek yürütme açısından önemli bir probleme dönüşebilmektedir.⁸

Duverger'nin yarı-başkanlık tanımı çoğu bilim insanı tarafından benimsenmiş olsa da, Sartori ve Elgie, yarı-başkanlık rejiminin karakteristik özelliklerini Duverger'a göre farklı bir şekilde nitelendirmekte-

⁴ Democracy Reporting International, Systems of Government: Semi-Presidential Model, Briefing Paper, No..27, March 2012, s. 1.

⁵ Maurice DUVERGER, "A new political system model: Semi-presidential government." European Journal of Political Research 8, 1980, s. 166

⁶ ELGIE, "Three waves of Semi-Presidential Studies", s.50

⁷ ELGIE, "Three waves of Semi-Presidential Studies", s.51.

⁸ ELGIE, "Three waves of Semi-Presidential Studies", s.51.

dir.⁹ Öte yandan, Sartori'ye göre yarı-başkanlık rejimleri için beş karakteristik özellik mevcuttur:

- Cumhurbaşkanı, belirli bir görev süresi için halkoyuyla seçilir (doğrudan ya da dolaylı olarak).
- Cumhurbaşkanı, yürütme gücünü başbakan ile paylaşır.
- Cumhurbaşkanı parlamentodan bağımsızdır, ancak tek başına ya da doğrudan hükümet etmeye yetkili değildir. Bu sebeple işlemleri hükümet aracılığıyla yerine getirilmelidir.
- Bakanlar kurulu Cumhurbaşkanı'na karşı bağımsız, parlamento'ya karşı bağımlıdır. Bakanlar Kurulunun bağımlılığı, parlamentonun hem güvenoyuna hem de güvensizlik oyuna tabi olmasından kaynaklanır. Kabinenin, her iki durumda da parlamento çoğunluğunun desteğine ihtiyacı vardır.
- Yarı-başkanlığın çift otoriteli yapısı, farklı denge mekanizmalarına izin verir. Yürütme içinde güç hâkimiyetinin yer değiştirmesi için, her bileşenin potansiyel özerkliği mevcuttur.

Elgie ise yaptığı tanımla, Cumhurbaşkanı'nın belirsiz bazı yetkilerinden kaynaklanan karışıklıkları ortadan kaldırmaya çalışmaktadır.¹⁰ Elgie'ye göre, belli süreyle seçilen Cumhurbaşkanı, yasamaya karşı sorumlu bir başbakan ve kabinenin varlığı yarı-başkanlık rejimini oluşturur.¹¹ Elgie'nin tanımında eksik olan unsur, ilgili devletlerin anayasalarının incelenme gereksinimidir. Ancak yarı-başkanlık rejiminin kırılma noktası, Cumhurbaşkanı ile başbakanın güçlerinden oluşmakta ve şu soru etrafında şekillenmektedir: bu ikisi ülkelerinin yararına birlikte çalışmaya ve işbirliğine mi hazırlar, yoksa kendi ülkelerini hasara uğratacak şekilde birbirlerine karşı çekişmeye mi hazırlar?¹² Shen'e göre bu husus, akıllara unutulmaması gereken bir noktayı daha getirmektedir:

⁹ Yu-chung SHEN, "The Anomaly of the Weimar Republic's Semi-Presidential Constitution", *Journal of Politics and Law*, Vol. 2, N.3, 2009, s.36.

¹⁰ Robert, ELGIE, "What is semi-presidentialism and where is it found? in Robert ELGIE & S. MOESTRUP (eds.), *Semi-presidentialism Outside Europe*, New York: Routledge. 2007, s. 6 Aktaran: SHEN, "The Anomaly of the Weimar Republic's Semi-Presidential Constitution", s.36.

¹¹ ELGIE, "Three waves of Semi-Presidential Studies", s.51.

¹² SHEN, s.36.

Cumhurbaşkanı ve başbakan yürütme gücünü paylaşır, ancak anayasal yetki onlar tarafından farklı zamanlarda kullanılırsa, rejimin hala yarı-başkanlık olduğu savunulabilir mi?¹³ Ancak bize göre ortaya çıkan soru işaretleri bununla sınırlı kalmamaktadır.

Elgie her ne kadar yaptığı tanımla Cumhurbaşkanı'nın yetkilerine yer vermeyerek kafa karışıklıklarını gidermek istese de, bu durum iki soruyu gündeme getirmektedir. İlk soru, yetkileri parlamenter rejimle benzer ölçüde tutulmuş Cumhurbaşkanı ve yasamaya karşı sorumlu bakanlar kurulunun varlığı halinde, rejim için yarı-başkanlık tanımı yapıp yapılamayacağıdır. İkinci açmaz ise, yetkileri geniş Cumhurbaşkanı ve yasamaya karşı sorumlu Bakanlar Kurulu unsurları olmasına rağmen, ülkenin mevcut sistemi (anayasal ve siyasal), fren-denge mekanizmalarıyla Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini kullanmaya olanak vermiyorsa, yine de yarı-başkanlık rejiminden söz edilebilir mi? Elgie'in yaptığı tanımlar bu soruları yanıtlamaya olanak tanımamaktadır. Sartori'nin savunduğu özellikler ise saf yarı-başkanlık rejimi olarak nitelendirebileceğimiz Fransa'nın bile uzağında kalmaktadır. Fransa'da bakanlar kurulu parlamento karşısında olduğu gibi Cumhurbaşkanı karşısında da sorumludur, ayrıca Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullanabildiği önemli anayasal yetkiler de mevcuttur.

Tüm bu nedenlerden dolayı çalışmamızda Duvergeryan yaklaşım benimsenmiştir. Ancak Duverger'in yaptığı tanımda kullandığı, "Cumhurbaşkanı'nın oldukça önemli siyasal yetkilere sahip olması" ölçütünü netleştirebilmek için, bu yetkilerin ölçümüne ihtiyaç vardır.

II. Halk Tarafından Seçilen Cumhurbaşkanlarının Yetkilerinin Ölçümü

Yarı-başkanlık rejimlerinde belirleyici husus, Cumhurbaşkanı'na atfedilen güçtür. Cumhurbaşkanı'na verilen fazla miktarda güç, mevcut rejimi başkanlık rejimine doğru kaydırırken, ona verilen az yetki ise rejimi parlamentarizme dönüştürmektedir.¹⁴ Ancak anayasal ve yasal koşullar dışında, siyasal gelenekler, seçim ittifakları ve Cumhurbaşkanı adaylarının kişilikleri gibi faktörler de rejimin niteliği açısından oldukça etkilidir. Tüm bu etkenler arasında elbette en etkili husus, Cumhurbaşkanı'na verilen anayasal yetkilidir.

¹³ SHEN, s.36.

¹⁴ Democracy Reporting International, Systems of Government: Semi-Presidential Model, Briefing Paper, No.27, March 2012, s.5.

Duverger'in yarı-başkanlık rejiminin örnekleri arasında gösterdiği ülkeler, Fransa (V. Cumhuriyet), Finlandiya, Avusturya, İrlanda, İzlanda, Weimar Cumhuriyeti ve Polonya'dır.¹⁵ Duverger Fransa Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini "çok güçlü yetkiler" olarak tanımlamış; Avusturya, İrlanda ve İzlanda'yı "sembolik yetkili" Cumhurbaşkanı'na sahip ülkeler arasında değerlendirilmiş; Weimar Cumhuriyeti, Finlandiya ve Portekiz'i ise Cumhurbaşkanı ve hükümetin dengeli koordinasyonuna sahip ülkeler kategorisine sokmuştur.¹⁶ Duverger'e göre Avusturya, İrlanda ve İzlanda uygulamada parlamenter rejime sahip, anayasalarında yer alan asgari özellikler nedeniyle de yarı-başkanlık olarak değerlendirilmişlerdir.¹⁷ Duverger'nin ortaya attığı bu tanım ve örnekler, çoğu yazar tarafından tartışılmış, özellikle Avusturya, İrlanda ve İzlanda'da siyasal rejimin tanımı hususunda oйдаşma sağlanamamıştır. Sartori gibi kimi yazarlar ise, "Cumhurbaşkanı halk tarafından seçiliyor olsa da, onların anayasal yetkiler bakımından zayıf olması halinde, mevcut rejimin yarı-başkanlık rejimi dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır. Wu, bu görüşü farklı bir şekilde ele alarak, parlamenter rejimin genel oyla seçilen Cumhurbaşkanı unsuruyla birleştirilmiş halini yarı-başkanlık olarak yorumlamakta, ancak Cumhurbaşkanı kayda değer yetkiler kullansa da kullanmasa da, genel oyla seçimin ona büyük bir otorite sağlayamayacağını savunmaktadır.¹⁸

Siyasal rejim türlerinde devlet başkanlarının yetkileri, özellikle yarı-başkanlık ve parlamenter rejim ayrımının tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. İlk olarak 1992 yılında Shugart ve Carey, yaptığı çalışmalarda devlet başkanına ait on yetki alanı belirlemiştir.¹⁹ Bu yetki alanı çeşitli yazarlar tarafından geliştirilerek ölçüm analizleri ortaya çıkarılmış olsa da, bu analizler arasında en öne çıkanı, yine Shugart & Carey tarafından geliştirilen yasama ve yasama-dışı yetki listesinin 0-4

¹⁵ DUVERGER, s. 165-187.

¹⁶ DUVERGER, s. 168.

¹⁷ DUVERGER, s.167-177.

¹⁸ Yu-shan, WU, "Semi-Presidentialism and Nascent Democracies as a Research Agenda.", in the World Congress of International Political Science Association, Fukuoka, July. 2006, s.5-8.

¹⁹ Matthew Soberg SHUGART, John M CAREY, Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral Dynamics, Cambridge University Press, 1992, s. 150.

arası değere göre ölçüldüğü analizdir.²⁰ Shugart ve Carey'in ölçüm tablosu, Metcalf tarafından yeniden şekillenerek düzenlenmiş ve mevcut çalışmaya “yargısal denetime başvuru” yetkisi de eklenmiştir. Tablo, akademik çevreler tarafından en yaygın kullanılan ve en uzun ömürlü tablo olma özelliğini taşımaktadır.²¹ Buna göre devlet başkanının yetkileri iki ana grup halinde şu şekilde puan verilip, tablolaştırılmıştır:²²

Devlet Başkanlarının Yasama Yetkileri

Paket Veto/ Geri Gönderme	Yasa Gücünde Kararname Çıkarmak	Yasama Girişimi	(Yasaları) Referanduma Götürme Yetkisi	Yargısal Denetime Başvuru Yetkisi (a priori anayasaya uygunluk denetimi)
Mutlak veto (4) Nitelikli çoğunlukla aşılabilir veto (3) Mutlak çoğunlukla aşılabilir veto (2) Basit geri gönderme yetkisi (1) Yetkinin olmayışı (0)	Sınırsız ve tek başına kullanılan anayasal yetki (4) Geçici ve sınırlamalara tabi yetki (2) Sınırlı yetki (1) Yetkinin olmayışı/ yetki yarasına bağlılık (0)	Parlamentonun değişiklik yapmaması (4) Parlamentonun sınırlı şekilde değişiklik yapması (2) Parlamentonun istediği şekilde değişiklik yapması (1) Yetkinin olmayışı (0)	Sınırsız yetki (4) Sınırlı yetki (2) Bakanın ortak imzası ile (1) Yetkinin olmayışı (0)	Devlet başkanının tek başına yetkili olması (4) Devlet başkanının bu yetkiyi Kabine/parlamentonun çoğunluğu ile birlikte kullanması (2) Devlet başkanının bu yetkiyi kabine/parlamentonun azınlık üyeleriyle birlikte kullanması (1) Yetkinin / a priori denetimin olmayışı (0)

Tablo 1: Devlet başkanlarının yasama yetkilerinin ölçümü

²⁰ Lee Kendall, METCALF, “Measuring presidential power. Comparative Political Studies.”, Vol. 33, No:5, 2000, s. 664.

²¹ Robert, ELGIE, “Duverger Semi-presidentialism And The Supposed French Archetype.”, West European Politics, Vol. 32, No. 2, 2009, s. 256.

²² Philipp KÖKER, Veto Et Peto: Patterns of Presidential Activism in Central and Eastern Europe, Yayınlanmamış Doktora Tezi, University College London, s.24; Şule ÖZSOY BOYUNSUZ, Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye için Tavsiye Edilebilirliği, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay, 2014, s..96-98.

Devlet Başkanlarının Yasama-dışı Yetkileri

Kabinenin Oluşumu	Gensoru
<ul style="list-style-type: none"> Devlet başkanının, parlamentonun rızasına ihtiyaç duymadan bakanları atayabilmesi (4) Devlet başkanının, parlamentonun rızası ile bakanları atayabilmesi (3) Devlet başkanının belirlediği kabineyi parlamentonun onayına ya da güvenoyuna sunabilmesi (2) Devlet başkanının başbakanı, parlamentodan güvenoyu alabilecek kişiler arasından seçmesi, bakanların ise başbakan tarafından devlet başkanının rızası ile belirlenebilmesi (1) 	<ul style="list-style-type: none"> Parlamentonun güvensizlik oyunun olmayışı ve kabinenin düşürülemediği (4) Parlamentonun güvensizlik oyunun olması ancak devlet başkanının bunun üzerine parlamentoyu feshedebilmesi (2) Kurucu güvensizlik oyunun varlığı (1) Kısıtlama olmadan gensoru yetkisinin kullanılabilmesi (0)

Tablo 2: Devlet başkanlarının yasama-dışı yetkilerinin ölçümü

Shugart ve Carey'in ölçümlerine göre, tablodan teorik olarak alınabilecek en yüksek puan kırktır, fakat uygulamaya bakıldığında, başkanlık rejimiyle yönetilen ülkelerde dahi bu skor en fazla 11-12 puan dolaylarındadır.²³

Shugart ve Carey'in tablosunu düzenleyen Metcalf, Avusturya, Finlandiya, Fransa, Bulgaristan, Hırvatistan, Makedonya, Polonya (1997), Romanya ve Slovenya'yı bu teste tabi tutarak değerlendirmeye almıştır.²⁴ Bu ülkeleri yeniden gözden geçirmek gerekirse, Fransa Cumhurbaşkanı'nın güçlü yetkileriyle birlikte, yarı-başkanlık rejiminin saf bir örneğidir. Polonya'da güçlü Cumhurbaşkanı yetkileriyle yarı-başkanlık rejimine sahip ülkeler arasında kabul edilmektedir. Hırvatistan, Makedonya ve Romanya ise 2015 Freedom House ölçütlerine göre özgür/tam demokratik kabul edilen ülkeler arasında yer almamıştır.²⁵ 2016 Freedom House raporunda ise söz konusu ülkeler, inceleme-

²³ Robert ELGIE, "Duverger Semi-presidentialism And The Supposed French Archetype", s. 255.

²⁴ METCALF, s.675.

²⁵ Freedom House ölçütlerinde ülkeler, demokratik değer skalasında 1-7 arasında verilen puana göre değerlendirilmektedir. 1 puan alan ülkeler, "en demokratik ülke" skalasında yer almaktadır. "Silencing the Messenger: Communication

ye tabi tutulanlar arasında yoktur.²⁶ İrlanda ve İzlanda, Shugart&Carey ve Metcalf tarafından ölçüm tespitine tabi tutulmamıştır. Fakat bu iki ülke, Duverger'in çalışmasında da olduğu gibi birçok çalışmada siyasi rejim açısından tartışılan ülkeler arasında olduğu için ölçüme tabi tutulmalıdır. Özsoy ise Metcalf'in revize ettiği tabloyu ilgili ülkelerle birlikte, Slovenya ve Slovakya'yı da ekleyerek verileri güncellemiştir.²⁷ Tüm bu açıklamaların ardından karşımıza çıkan tablo şu şekildedir:²⁸

Ülkeler	veto	kısmi veto	kararname	yası teklifi	bütçe yetkisi	referandum	anayasa yargısına başvuru	Toplam
Avusturya	0	0	0	0	0	0	0	0
Bulgaristan	2	0	0	0	0	0	0	2
Finlandiya	1	0	0	0	0	0	0	1
İrlanda	0	0	0	0	0	0	4	4
Slovakya	2	0	0	0	0	0	0	2
Slovenya	0	0	0	0	0	0	0	0

Tablo 3: Ülke Örneklerine Göre Cumhurbaşkanlarının yasama yetkileri.

Ülkeler	kabinenin kuruluşu	kabinenin görevine son verilmesi	Gensoru	parlamentonun feshi/seçimlerin yenilenmesi	Toplam
Avusturya	1	0	0	4	5
Bulgaristan	0	0	0	1	1
Finlandiya	0	1	0	0	1
İrlanda	0	0	0	0	0
Slovakya	1	0	0	1	2
Slovenya	1	0	1	1	3

Tablo 4: Ülke Örneklerine Göre Cumhurbaşkanlarının yasama-dışı yetkileri.

Apps Under Pressure”, <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2016>, Erişim Tarihi: 5.11.2016.

²⁶ “Freedom in the World 2015”, https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015#.Wlafc_mLTIW, Erişim Tarihi: 5.12.2016.

²⁷ ÖZSOY, s.100, 103.

²⁸ ÖZSOY, s. 100, 103.

Yukarıdaki tabloya göre, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçildiği demokratik ülkeler arasında, yasama yetkilerini en yüksek olan ülke İrlanda'dır. İrlanda Cumhurbaşkanı'nın yüksek puan almasını, "Anayasa yargısına başvuru" yetkisi sağlamaktadır. İrlanda'nın arkasından gelen Slovakya ve Bulgaristan, Cumhurbaşkanı'na mutlak veto yetkisini ancak parlamento üye tam sayısının salt çoğunluğuyla geçmesi gereken yasaların varlığı halinde tanımaktadır.²⁹

Tabloya göre Cumhurbaşkanı'nın yasama-dışı yetkilerini ele aldığımızda, en yüksek skora sahip olan ülke Avusturya'dır. Avusturya Cumhurbaşkanı'na verilen en önemli yetki fesih yetkisidir. Fesih yetkisi, yarı-başkanlık olarak kabul edilen rejimlerde dahi Cumhurbaşkanı'nın yetki alanını oldukça genişleten ve rejimi dönüşüme uğratma konusunda güçlü etkilere sahip olan bir yetki olarak yerini almaktadır. Avusturya'yı Slovenya ve Slovakya Cumhurbaşkanları takip etmektedir. Ancak bu iki ülkenin Cumhurbaşkanları, yasama-dışı yetkileri bakımından geniş takdir alanlarına sahip değildir, yetki ölçüm tablosunda ki değerlerden de anlaşılacağı üzere, mevcut yetkiler en düşük düzeyde puanla değerlendirilmiş, bu durum bize onursal konuma sahip Cumhurbaşkanlığı makamını işaret etmiştir.

Genel olarak bu ülkelere baktığımızda uygulamada Avusturya, İrlanda ve Slovenya'da, düzenli olarak güçsüz Cumhurbaşkanları göreve gelirken, öte yanda güçlü bir başbakan ve çoğunlukla aktif bir yasama organını bulunmaktadır.³⁰ Üç ülkede meydana gelen uygulama, partilerin Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin seyreltilmesi için bir oydaşmanın sağlanmış olması ve yarı-başkanlık rejiminin geleneksel parlamenter rejimle sonuçlanmasıyla kendini göstermektedir.³¹ Siaroff ise Bulgaristan dışında tüm ülkelerin Cumhurbaşkanlarını aynı konumda toplayarak, Avusturya, Slovakya, Slovenya ve Finlandiya'da (2000'den sonra), Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin zayıf olduğunu ve bu "sembolik yetki-

²⁹ ÖZSOY, s.100.

³⁰ Robert, ELGIE, *Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance*, New York: Oxford University Press, 2011, s. 27.

³¹ Rafael Mart'nez, MARTINEZ, "Semi-presidentialism: a comparative study.", in presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops, Mannheim, 1999, s. 21, 44.

li” konumla ortaya çıkan siyasal rejimin parlamenter rejim olduğunu savunmaktadır.³²

İzlanda, önceleri tabloda yer alan ülkelerle sembolik konumda bulunan Cumhurbaşkanı nedeniyle sık sık anılmış olsa da, İzlanda Cumhurbaşkanı hem yasama yetkileri hem de yasama-dışı yetkileri bakımından oldukça güçlü konuma sahiptir. Cumhurbaşkanı’nın uzun yıllar sembolik olarak nitelendirilmesinin nedeni, bu yetkilerini kullanmamalarıdır. Fakat bu sebep dışında, Cumhurbaşkanı’nın güçlü yetkileri kullanmasını engelleyen denge ve denetim mekanizmaları yoktur. Nitekim İzlanda Cumhurbaşkanı’nın yetkilerini kullanmayacağı ve değiştirmeyeceği anayasal teamül haline gelmişken, İzlanda’da ortaya çıkan mali kriz tüm bu tabloyu değiştirmiştir.³³ Mali kriz döneminde Cumhurbaşkanı, hükümet tasarısını iki defa veto etmiş ve imzalanmayan tasarılar nedeniyle referandum yolu işletilmiştir.³⁴ Doğrudan seçilmiş bir Cumhurbaşkanı, önemli anayasal güçler kümesi, bu güçlerin kullanımının hem yasal, hem de çekici geldiği politik bağın birleşimi, oldukça etkili Cumhurbaşkanlarına yol açabilmektedir.³⁵ Mevcut Avrupa ülkelerinde halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanlarının kendilerine tanınan yetkileri kullanmamayı tercih etmelerine rağmen, İzlanda Cumhurbaşkanı’nın bu güçlü yetkileri kullanmayı tercih etmesi ve bunun önünde herhangi bir anayasal engel olmayışı, siyasal rejimi yarıbaşkanlığa çevirmiştir. Bu nedenle İzlanda, Özsoy tarafından yetki ölçümü yapılan ülkeler tablosunda gösterilmiş olsa da, belirtilen sebeplerden dolayı çalışmamızda yarı-başkanlık rejimi olarak değerlendirilmiş ve ülke örnekleri tablosundaki değerlendirme kısmından çıkarılmıştır. Avusturya örneği, en fazla yasama-dışı yetkiye sahip Cumhurbaşkanı’na fesih konusunda önemli bir yetki tanıyan anayasaya sahip olması nedeniyle örneklem ülke olarak çalışmamızda yer alacaktır.

³² Alan, SIAROFF, “Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction.”, *European journal of political research*, Vol.42, N.3, 2003, s. 307.

³³ Robert, ELGIE, “Presidential power and the Austrian presidential election” <http://presidential-power.com/?p=5661> , Erişim Tarihi: 17.11.2016.

³⁴ ELGIE, “Presidential power and the Austrian presidential election”.

³⁵ ELGIE, “Presidential power and the Austrian presidential election”.

III. Avusturya: Yasama-dışı Yetkileri Fazla Cumhurbaşkanı Örneği

A. Cumhurbaşkanı'nın Konumunu Belirleyen Tarihi Nedenler

Avusturya Anayasası'nın ortaya çıkmasını hızlandıran faktörler, I. Dünya savaşı ve Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nun çözülmesi ardından ortaya çıkan siyasi güçlerin, güçlü bir parlamento ve zayıf bir Cumhurbaşkanı konumunun yaratılması konusunda aldıkları kararlardır.³⁶ Anayasa, siyasi parti temsilcileri ve Profesör Hans Kelsen'in de bulunduğu Yüksek Mahkeme uzmanlarının çalışmalarından oluşan bir yapıya sahiptir. Alınan bu karar doğrultusunda uzlaşılı kültürüyle yapılan Federal Avusturya Anayasası, 1 Ekim 1920 tarihinde Kurucu Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir.³⁷

Wilhelm Miklas'ın 1928'de parlamento tarafından Cumhurbaşkanı seçilmesinin ardından bir yıl sonra "Nationalrat (Milli Meclis)" tarafından, Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesini düzenleyen anayasa değişikliği yapılmıştır.³⁸ 1951'e kadar Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçimi, Nazi Almanya'sı tarafından yaşanan işgal ve bağımsız bir devletin yeniden tesis edilme çabaları nedeniyle hayata geçirilememiştir.³⁹ Cumhurbaşkanı Miklas, yükselen faşizm karşısında "Anayasa Muhafızlığı" görevini gösterememiş, 1933 yılında meclis başkanlarının istifası nedeniyle meydana gelen sorunları çözmek için hiçbir girişimde bulunmamıştır.⁴⁰ Bu krizin ardından Miklas, kendi başkanı olduğu Hristiyan Sosyal Parti'yi azınlık hükümeti olarak atayarak, bu hükümetin teklifi üzerine parlamentoyu feshetmiş-

³⁶ Domenico, ROSANI , The Head of State in Austria, Italy, The Netherlands: A Brief Comparative Study. 2014, s. 4.

³⁷ "The Political System: Parliamentary Democracy". <http://www.austria.org/parliamentary-democracy/> , Erişim Tarihi: 7.12.2016.

³⁸ "When should we start to consider a country as semipresidential?", <http://www.semipresidentialism.com/?cat=37> , Erişim Tarihi: 11.10.2016.

³⁹ "Austria – Will the April presidential elections bring an end to the SPÖ-ÖVP dominance of federal." <http://presidential-power.com/?p=4686> , Erişim Tarihi: 17.12.2016.

⁴⁰ Wolfgang C, MÜLLER, "Austria", ELGIE, Robert (eds.) in Comparative European Politics Semi Presidentialism in Europe 13, 1999, s.25.

tir.⁴¹ Tüm bunların sonucunda, otoriter rejim tesisini gerçekleştirmeye çalışan hükümetin işi kolaylaşmış ve hükümet 1934 yılında parlamentonun kendi kendini feshettiğini duyurmuştur.⁴²

Ünlü yazar Müller'e göre Cumhurbaşkanı'nın yapması gereken, hükümetin görevine son vererek yeni bir hükümetin atanması ve resmi olarak yeni hükümetin talebi üzerine Milli Meclis seçimlerinin yenilenmesiydi. Cumhurbaşkanı Miklas'ın anayasa ihlallerine kayıtsız kalması, 1938'de hükümetin gönüllü olarak Hitler'e teslim olmasına neden olmuştur. Parlamenteoya yapılan baskı karşısında, Miklas'ın kendi partisi lehine kötüye kullandığı konumu, daha sonraki dönem için "güçlü Cumhurbaşkanlığı" isteğini yok eden başlıca sebeptir.⁴³ 1986'ya kadar Cumhurbaşkanlığını kazanan Sosyalist Parti'nin izlediği politika, "sembolik yetkili Cumhurbaşkanı" tercihine uygun davranma yönünde olmuştur.⁴⁴ 1951 yılından bu yana halkın seçtiği Cumhurbaşkanları sembolik ve partiler üstü konumlarını sürdürmektedir.

B. Federal Avusturya Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı'nın Konumu ve Yetkileri

1. Cumhurbaşkanı'nın Adaylık Şartları ve Seçim Usulü

Federal Avusturya Anayasası'nın III. kısmında düzenlenen "Federal Yürütme" erkinin "İdare" başlığı, 60-68. maddeler arasında "Federal Cumhurbaşkanı" makamına özgülenmiştir. Ancak Cumhurbaşkanı'nın konumu ve yetkileri bu maddelerle sınırlı değildir. Federal Avusturya Anayasası, devlet iktidarının düzenlenmesi ile ilgili birçok maddede Cumhurbaşkanlığı makamına çeşitli düzenlemelerle yer vermiştir.

Cumhurbaşkanı aday olabilmek için gerekli şartlar, Anayasanın 60. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra göre, Milli Konsey seçimlerinde oy kullanma yeterliliğine sahip ve 35 yaşında olan kişiler Cumhurbaşkanlığı seçimi için aday olabilecektir. Milli Konsey

⁴¹ Yu-chung, SHEN, "Evolution of Semi-Presidentialism: Toward a Quasi-Parliamentary or a Quasi-Presidential System?", s. 10, http://paperroom.ipso.org/papers/paper_26149.pdf, Erişim Tarihi: 23.4.2016; MÜLLER s.26.

⁴² MÜLLER, s.25.

⁴³ SHEN, Yu-chung. Evolution of Semi-Presidentialism: Toward a Quasi-Parliamentary or a Quasi-Presidential System?", S.10; MÜLLER s.26.

⁴⁴ MÜLLER, s.26.

seçimlerinde oy kullanmak için aranan şartların yer aldığı m. 26/4'e göre, seçimin yapılacağı tarihte Avusturya vatandaşı olanlar Cumhurbaşkanını seçilebilecektir. Buraya kadar Cumhurbaşkanlığı adaylığı için aktarılan "olumlu" şartların yanında, adayın taşımaması gereken "olumsuz" şartlar da mevcuttur. Buna göre hiçbir hanedan mensubu, Cumhurbaşkanlığı makamı için aday olamayacaktır (m. 60/3).

Federal Avusturya Cumhurbaşkanı, halk tarafından doğrudan seçilir. Seçime egemen olan eşitlik, gizlilik ve şahsilik ilkeleri ve tüm diğer seçim usulleri anayasanın 60. maddesinde düzenlenmiştir. Tek kişinin aday olması durumunda seçimler, referandum şeklinde gerçekleştirilmelidir. Cumhurbaşkanlığı seçimi için aranan seçmen şartları, Milli Konsey seçimlerinde aranan şartlarla aynıdır.⁴⁵ Eyalet kanununda "mecburi oy" düzenlenmesinin varlığı halinde, Cumhurbaşkanlığı seçimleri için zorunlu oy uygulaması gerçekleştirilir.

Seçim sonuçlarına göre, geçerli oyların yarısından fazlasını alan aday Cumhurbaşkanı seçilir. Bu çoğunluk sağlanmadığı takdirde, ikinci tur oylamaya geçilerek, ilk turda en çok oyu alan iki aday arasında ikinci tur oylama gerçekleştirilecektir. Tamamlanan seçim sonrası sonuçlar, Federal Şansölye (Başbakan) tarafından resmi olarak ilan edilir. Cumhurbaşkanlığı seçimleri konusunda yapılan itirazları karara bağlamakla yükümlü yargı organı Anayasa Mahkemesidir (m. 141/1.a).

Federal Avusturya'da hali hazırda 12. Cumhurbaşkanı görevini sürdürmektedir. 11. Cumhurbaşkanı'nın görevinin son bulması nedeniyle yapılan 12. Cumhurbaşkanlığı seçimleri, yapılan hatalı uygulamalar sonucunda sakatlanmış ve bu nedenle seçimler belli bir süre sonra yenilenmek zorunda kalınmıştır. Dünya gündemini de uzun süre meşgul eden 12. Avusturya Federal Cumhurbaşkanlığı seçimleri bu yönüyle üzerinde durulması gereken önemli konulardan biridir. 11. Cumhurbaşkanı Heinz Fischer'in 8 Temmuz 2016'da görev süresinin sona ermesi nedeniyle Cumhurbaşkanlığı seçimlerine toplam yedi aday katılmış ve seçimin ilk turu 24 Nisan 2016'da gerçekleştirilmiştir. Katılımın % 68.5 olduğu seçimlerde ilk turda seçilmek için yeterli oy oranına ulaşan herhangi bir aday yoktur. İlk turda merkez sağ ve sol partiler beklenenin altında oy alarak, beş ve altıncı sırada yer almışlardır. İlk turda Hofer'ı

⁴⁵ Federal Avusturya Anayasası m.26/1'e göre: "Milli Konsey, nispi temsil esaslarına göre, en geç seçim tarihinin hitamında on sekiz yaşını tamamlamış kadın ve erkekler tarafından, eşit, doğrudan, gizli ve şahsi oy esaslarıyla seçilir."

(Özgürlük Partisi), Van der Bellen (Yeşiller Partisi) izlerken, bağımsız aday Irmgard Griss % 18.9, Rudolf Hundstorfer (Sosyal Demokratik Parti) % 11.3, Andreas Khol (Avusturya Halk Partisi) % 11.1 ve bağımsız aday Richard Lugner % 2.3 ile seçimi tamamlamıştır.⁴⁶ Aşırı sağcı aday Hofer, Avrupa Birliği karşıtı söylemlerinin yanında yetkilerini daha sık kullanan aktif bir Cumhurbaşkanı olacağını beyan etmiş ve ilk turda en yüksek oyu alan aday olmuştur.⁴⁷ Oysa Avusturya'da şimdiye kadar, aktif role bürünecek hiç kimsenin Cumhurbaşkanlığı için aday gösterilmesi suretiyle, siyasi uzlaşıyla aday gösterilenler onursal role sahip Cumhurbaşkanlığı makamını sürdürmeye devam etmiştir.⁴⁸ Hofer'ın oylarının yükselmesi, hükümete karşı eleştirilerin ortaya çıkmasına neden olmuş ve Başbakan Werner Faymann'a, "aşırı sağın yükselişini yeterince önleyememek" konusunda yapılan eleştiriler 9 Mayıs'ta Başbakan'ın istifasına yol açmıştır.⁴⁹ Ancak Hofer'ın oyları ikinci tur öncesinde de yükselmeye devam etmiştir. Bu yükselişin sebebi, Hofer'ın göçmen karşıtı söylemleridir. Kamuoyunda meydana gelen bu tedirginliğin nedeni, aktif rol oynamak isteyen Cumhurbaşkanı'dan kaynaklanabilecek olası siyasi ve hukuki krizlerdir. Anayasada Cumhurbaşkanı'na geniş bir yürütme yetki alanı tanınmamasına rağmen Cumhurbaşkanı'nın bu yöndeki isteği, kendisine ve hükümete tanınan yetki alanının tartışılması için bir potansiyel oluşturabilir, hatta Romanya ve Polonya'da olduğu gibi, yetkilerin yorumlanması için Anayasa Mahkemesi'ne gidilebilir.⁵⁰

Hofer'ın göçmen karşıtı çevreler tarafından desteklenen söylemleri eşliğinde, ikinci tur seçimleri tamamlanmış ve 22 Mayıs'ta yapılan

⁴⁶ "Was Austria's presidential election really a vote against populism?", The London School of Economics and Political Science, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/12/14/austria-presidential-election-populism/>, Erişim Tarihi: 6.11.2016.

⁴⁷ "Austria – Green candidate Van der Bellen beats far-right Hofer in repeat of runoff election", <http://presidentialactivism.com/2016/12/07/austria-green-candidate-van-der-bellen-beats-far-right-hofer-in-repeat-of-runoff-election/>, Erişim Tarihi: 15.12.2016.

⁴⁸ ELGIE, "Presidential power and the Austrian presidential election."

⁴⁹ "Austrian Chancellor, Werner Faymann, Resigns as Right Wing Rises", https://www.nytimes.com/2016/05/10/world/europe/austrian-chancellor-werner-faymann-resign.html?_r=0, Erişim Tarihi: 22.12.2016.

⁵⁰ ELGIE, "Presidential power and the Austrian presidential election."

ikinci tur seçimlere en yüksek oyu alan iki aday olan Alexander Van der Bellen ve Nobert Hofer katılmıştır. Fakat Özgürlük Partisi'nin 8 Haziran'da yaptığı başvuru üzerine bu tur, Anayasa Mahkemesi tarafından seçim usullerine uyulmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Gerçekleştirilen tur Avusturya seçim tarihinde, “seçim yaparken yanlış yapılabilecek her şeyin örneği” olarak nitelendirilmiş ve hem ulusal hem de uluslararası basında geniş çapta yankı bulmuştur. 14-15 yaş grubundaki bireylerin seçmen olarak yazılması, posta yoluyla gönderilen zarfların erken açılması ve sayılmamış oyların kasıtlı olarak tahrip edilmesi Yüksek Mahkemenin, iptal kararına dayanak oluşturan usulsüzlükleridir.⁵¹ Oy pusulalarındaki hatalı yapıştırma uygulaması yüzünden, seçim 4 Aralık tarihine ertelenmiş ve nihayet yapılan seçimler sonucunda, Alexander Van der Bellen % 53.3 oy oranıyla seçimleri galibiyetle tamamlamıştır.⁵²

Federal Cumhurbaşkanlığı Seçim Turları	DB Seçim Tur ve Tarihleri	Seçime Toplam Katılım	Alexander Van der Bellen	Nobert Hofer
1. Tur	24.04.2016	% 68.5	% 21.3	% 35.1
İptal edilen 2. Tur	22.05.2016	% 72.7	% 50.3	% 49.7
Tekrarlanan 2. tur	4.12.2016	% 74.1	% 53.3	% 46.7

Tablo 4: 2016 Avusturya Devlet başkanlığı Seçimleri⁵³

2. Cumhurbaşkanı'nın Andı ve Görev Süresi

Cumhurbaşkanı andı, Federal Avusturya Anayasası'nın 62. maddesinde düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı göreve başlarken, Federal Meclis önünde ant içer. Cumhurbaşkanı'nın, “*Anayasaya ve Cumhuriyetin yasalarına sadakatle bağlı kalacağıma ve görevimi sahip olduğum bilgi ve inançlarla en iyi şekilde yapmaya çalışacağıma ant içerim.*” şeklinde düzenlenen andı, başlangıçta seküler bir görünüm sergilemektedir. Ancak

⁵¹ “Austria – Green candidate Van der Bellen beats far-right Hofer in repeat of runoff election.”

⁵² “Austria – Green candidate Van der Bellen beats far-right Hofer in repeat of runoff election.”

⁵³ “Austria – Green candidate Van der Bellen beats far-right Hofer in repeat of runoff election”.

aynı maddenin ikinci fıkrasında “Dini beyanların belirtilmesi kabule şayandır.” denilerek bu görünümün zıddını teşkil eden bir düzenlemeye de yer verilebilmiştir. Cumhurbaşkanı’nın görev süresi ise altı yıl olup, takip eden dönem yeniden seçilmesi (sadece bir kez olmak kaydıyla) mümkün kılınmıştır (m. 60/5).

3. Cumhurbaşkanı’nın Görev ve Yetkileri

Anayasa, Cumhurbaşkanı’nın görev ve yetkilerini genel olarak 65. maddede düzenlemiştir. Bu görev ve yetkiler şunlardır: Cumhuriyeti uluslararası alanda temsil etmek, yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek ve yetkilendirmek, yabancı devlet diplomatik temsilcilerinin atanmasını onaylamak, yurtdışında görev alacak diplomatik temsilcileri atamak ve antlaşmaları imzalamak. Aynı maddenin ilk fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanı, istisnai nitelikte antlaşmaları imzalarken, bu antlaşmaların kararnameyle çıkartılarak uygulanması konusunda bazı talimatlar verebilir.

65. madde değerlendirildiğinde, Avusturya Cumhurbaşkanı’nın klasik parlamenter rejimdeki Cumhurbaşkanı’na tanınan sembolik yetkilerin biraz daha üstünde yetkilere sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bu yetki, m. 65’in ikinci fıkrası ile konu bakımından sınırlandırılmıştır. Madde 65/1 kapsamında ki antlaşmalar, mevcut yasalarda değişiklik yapmayıp ilave yük getirmeyen, m. 50’ye göre federasyonun yürütme yetkisine katılımını gerektiren antlaşmalar içinde olmayan ve m. 16/1 uyarınca eyaletlerin kendi yetki alanına giren konularda komşu devletlerle veya onları oluşturan eyaletlerle yaptığı antlaşmaların kapsamında yer alan antlaşmalar olmak zorundadır. Kayıtlanan alanlar bunlarla sınırlı olmayıp, m. 65/1’in Cumhurbaşkanı’na özgülediği alan dışında kalan siyasi nitelikli antlaşmaların Milli Konsey’in onayı ile yapılması şarttır, ayrıca eyaletlerin özerk yetki alanlarına giren antlaşmalarda ise Federal Konsey’in onayı aranmaktadır (m. 50).

Bazı Anayasa Hukukçuları tarafından Cumhurbaşkanı’na dış ilişkiler konusunda tanınan bu yetkinin tekelci yetki statüsünde olduğu savunulsa bile, uygulamada Cumhurbaşkanı’nın dış ilişkiler alanında güçlü yetkileri yoktur.⁵⁴ Görev süresi sona eren Cumhurbaşkanı’larından Rudolf Kirchschräger de, uluslararası politikanın hükümet

⁵⁴ MÜLLER, Austria, s. 35.

tarafından yürütüldüğünü ifade etmiştir.⁵⁵ Bu şekilde anlaşıldığında, Cumhurbaşkanı'nın Federal Hükümeti m. 16/1 veya m. 50'nin kapsamına girmeyen konularda antlaşmalar yapmakla yetkilendirebilmesi mümkündür. Böyle bir yetki, hükümetin kararnameler çıkarma yoluyla antlaşmaları uygulayabilmesine de olanak sağlamaktadır (m. 66/2).

65. maddenin düzenlediği başka bir yetki alanı Cumhurbaşkanı'nın "atama" ve "af" yetkileridir. Madde 65/2 uyarınca Cumhurbaşkanı'nın atama yetkileri şunlardır: federal yetkililer, görevliler ve federal devlet memurlarını atayıp resmi unvanlar vermek ve mesleki unvanlar oluşturmak. Cumhurbaşkanı'nın fahri ayrıcalık verme, ödüllendirme vb. konularda kullanacağı yetkilerin sınırları özel kanunlarla düzenlenmektedir (m. 65/3). Cumhurbaşkanı'nın af yetkileri ise belli kişilerin cezalarının affı, mahkeme hükümlerini hafifletmek ve değiştirmek ve adli takibata tabi ceza kovuşturmalarını resen kaldırmak şeklinde düzenlenmiştir. Son olarak bu madde kapsamında Cumhurbaşkanı'na tanınan en "ilginç yetki", nesebi belirsiz çocukların, ebeveynlerinin talebi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından nesebi belli hale getirilmesidir. Kuşkusuz bu yetki modern çağda amaçladığı anlamı yitirmiştir.

Anayasanın 65. Maddesi haricinde Cumhurbaşkanı'na tanınan ve sembolik yetki bağlamında yer alan diğer atama yetkileri de mevcuttur. Öte yandan Cumhurbaşkanı, çeşitli federal devlet memurları için atama yetkilerini Federal Hükümetin ilgili üyelerine devredebilmekte ve federal hükümete bu yetkileri astlarına devretme yetkisi tanıyabilmektedir (m. 66/1). Cumhurbaşkanı ayrıca, federal hükümetin ve Milli Konsey'in önerisi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne, Federal Hükümetin önerisi üzerine Danıştay ve Federal İltica Mahkemesi'ne üye atamaktadır (m. 147, m. 134, m. 129/c). Anayasa Mahkemesi ve Federal İltica Mahkemesi dışındaki hakimler, Federal Konsey'in önerisi üzerine Cumhurbaşkanı ya da ilgili bakan tarafından atanmaktadır (m. 86). Ancak Cumhurbaşkanı, atamalar için yapılan önerileri kabul etmek zorunda değildir. Nitekim göreve gelen Cumhurbaşkanları, bu önerileri kontrol etmekte ve bazen onları reddetmektedir.⁵⁶

Anayasa'nın 80. maddesine göre Cumhurbaşkanı, Federal Ordunun Başkomutanıdır. Ancak bu yetki Cumhurbaşkanının ordu üzerinde

⁵⁵ MÜLLER, Austria, s. 35.

⁵⁶ MÜLLER, Austria, s. 36.

sınırsız takdir alan olduğu anlamına gelmez. Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetki semboliktir ve savunma kanununun Cumhurbaşkanıya tanıdığı alan dışında, ordu üzerindeki yetkisi hükümetin belirlediği sınırlar içinde ilgili bakan tarafından kullanılır ve ordu üzerinde üst komuta yetkisi yine ilgili bakan tarafından yerine getirilir.

Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın yasamaya ilişkin yetkileri de bulunmakta olup, bunlardan ilki, federal yasaların onanması için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanma şartıdır (m. 47/1). Ancak Cumhurbaşkanı'nın imzası anayasaya göre tek başına yeterli değildir, m. 47/3 uyarınca, federal yasaların başbakan tarafından da imzalanması zorunludur. Cumhurbaşkanı'nın imza şartının niteliği, yasa yapım sürecinde gerekli çoğunluk sayılarına uyulup uyulmaması gibi anayasal gerekliliklerin incelenmesinden ibarettir. Öğretide genel kabul gören yoruma göre söz konusu yetki, yasaların anayasaya uygun olmaması nedeniyle veto edilmesi şeklinde kullanılmamaktadır.⁵⁷ Şimdiye kadar sadece 1934 yılında, hükümetin parlamentodan muhaliflerin arındırdığı dönemde, yeni anayasa yapımı için çıkarılan kanunlar Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir.⁵⁸ Bu istisnai olay dışında Cumhurbaşkanları, anayasal teamüller gereğince kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmamaktadır.⁵⁹

Cumhurbaşkanı Anayasa'nın 18. maddesi uyarınca, kararnameler çıkarabilmektedir. Cumhurbaşkanlarının kararname çıkarma yetkisi ona güçlü bir alan yaratan ve siyasal rejimi parlamentarizmden uzaklaştıran önemli bir yetki kalemidir. Ancak Avusturya Anayasası, bu yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmasına cevaz vermemektedir. Cumhurbaşkanı, Federal Hükümetin tavsiyesi ve ortak imzası ile kanunda geçici değişiklikler yapan kararname çıkarabilir. Yasa gücündeki kararnameler sadece sebebe bağlı olarak çıkarılabilir. Milli Konseyin toplantıda olmadığı veya toplantı yapmasının engellendiği bir durumda ve toplum için açık ve telafisi mümkün olmayan herhangi bir zararı önlemek için, Milli Konseyin karar almasını gerektiren acil tedbirlerin alınması gerekli olursa yasa gücünde kararname çıkarılabilecektir. Çıkarılan kararnamelerin Milli Konsey tarafından 4 hafta

⁵⁷ MÜLLER, Austria, s. 37.

⁵⁸ MÜLLER, Austria, s. 38.

⁵⁹ ELGIE, Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance, s.159-160.

içinde görüşülmesi zorunlu olup, mevcut kararnameler ya onaylanacak ya da reddedilecektir (m. 18/4). İkinci olarak, anayasaya göre mevcut kararnameler konu bakımından da sınırlıdır. Anayasa hükümlerini değiştirecek düzenlemeler içeren, devlet yönetimi ve vatandaşlara mali yükümlülükler getiren, çalışma ve sosyal güvenlik mevzuatını düzenleyen konularla ilgili kararname çıkarılamaz. “Olağanüstü hal yetkisi” olarak adlandırılan bu yetki şimdiye kadar hiçbir dönemde Cumhurbaşkanları tarafından kullanılmamıştır.⁶⁰ Cumhurbaşkanı'nın yasama alanına ilişkin yasa teklifi, anayasa yargısına başvuru, referandum, bütçe gibi konularda başka hiçbir yetkisi bulunmamaktadır. Referandum sadece meclise tanınmış bir yetkidir. Bir yasa hakkında m. 43 uyarınca referanduma gidilme kararı alınmışsa, referandumun Cumhurbaşkanı yasayı imzalamadan önce yapılması gerekmektedir.

Federal Avusturya Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'na tanınan yasama-dışı yetkiler, yasama yetkilerine göre ağırlık kazanmaktadır. Bu yetkilere baktığımızda ilk incelenmesi gereken yetki başlığı, kabinenin kurulmasıdır. Anayasaya göre hükümet, parlamenter rejimlerde olduğu gibi, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (m. 70). Federal Cumhurbaşkanı, Federal Şansölye (Başbakan) ve onun tavsiye ettiği bakanlardan oluşan hükümeti atar. Hükümet üyelerinin Milli Konsey üyesi olması zorunlu değildir (m. 70/2). Hükümetin başı olan Şansölye ya da bakanların atanması için mecliste herhangi bir oylama yapılmasına gerek duyulmamaktadır.⁶¹ Bu uygulamadan hareketle Avusturya, Danimarka, Hollanda ve Norveç'te olduğu gibi, negatif parlamentarizmi benimseyen ülkeler arasında yer almaktadır.⁶² Negatif parlamentarizmin en belirgin sonucu, Avusturya'da olduğu gibi, hükümetin kurulmasından ve görevine son verilmesinin de oldukça kolay oluşudur.⁶³ Hükümet göreve başlarken güven oylamasının olmaması, Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkilerini güçlendirse de Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisi, anayasa m. 74 ile dengeleyici bir biçimde düzenlenmektedir. Buna göre

⁶⁰ MÜLLER, s. 38.

⁶¹ “The Federal Chancellor”, <http://www.austria.org/the-federal-chancellor/>, Erişim Tarihi: 17.1.2016.

⁶² Tom, LOUWERSE, “Unpacking positive and negative parliamentarism.”, in workshop “The Evolution of Parliamentarism and Its Political Consequences” of the European Consortium of Political Research, 2014, s. 8.

⁶³ LOUWERSE, s. 8.

Hükümet'in tamamının ya da herhangi bir üyesinin, görev esnasında verilen gensoru önergesi ve üye tam sayısının yarısıyla toplanan meclisin güvensizlik oylarıyla düşürülebilmesi mümkündür.

Anayasanın 70/3 maddesine göre bakanlardan birinin azli, Şansölyenin tavsiyesi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmekte ise de, Şansölyenin ya da hükümetin tümünün azli için herhangi bir tavsiyeye gerek yoktur. Azil işlemlerinde müşterek imza şartı aranmadığı gibi, Cumhurbaşkanı bu yetkiyi tek taraflı kullanmaktadır. Ancak Milli Konsey'in toplantı halinde olmadığı bir dönemde, Cumhurbaşkanı'nın hükümeti ataması söz konusu olursa, yeni hükümetin tanıtılması için bir hafta içinde toplantı yapılacak şekilde, Milli Konsey'in m. 28/2'ye göre olağanüstü toplantıya çağırılması zorunludur (m. 70/3).

Cumhurbaşkanı'nın bir diğer yasama-dışı yetkisi fesihdir. Bu yetki alanı, Metcalf tarafından yeniden düzenlenip, Özsoy tarafından revize edilen ülke ölçüm tablosu içinde, Avusturya'yı en fazla yasama-dışı yetkiye sahip Cumhurbaşkanı konumuna yükselten, önemli bir yetki alanıdır. Anayasa m. 29'a göre, Cumhurbaşkanı Millet Meclisi'ni feshedebilmektedir. Fakat parlamentonun feshi için, hükümetin öneride bulunması şart olup, bu yetki Cumhurbaşkanı'nın münhasır yetkileri arasında yer almamaktadır.⁶⁴ Yasama dönemi sona ermeden önce Milli Konsey de, salt çoğunlukla çıkardığı basit yasa ile seçimleri öne alabilmektedir (m. 29/2). Böyle bir durumda Cumhurbaşkanı hükümetten gelen talebi kabul etmek zorunda değildir.⁶⁵ Cumhurbaşkanı, aynı nedenle bir kez parlamentoyu feshedebilirken, bu durumda seçimlerin tarihini belirleme görevi Anayasa ile hükümete verilmiştir. Buna göre, seçim tarihi belirlenirken uyulacak süre, yeni seçilen Millet Meclisi'nin ilk toplantısını en geç fesih tarihinden yüz gün sonra yapmasına olanak verecek şekilde gerçekleştirilmelidir. Milli Konsey'in feshi durumunda ise yetkileri, yeni meclis ilk kez toplanıncaya kadar devam etmektedir (m. 29/son). Tüm bunlardan varacağımız çıkarım, Cumhurbaşkanı'nın fesih yetkisini kullanırken geniş bir takdir yetkisine sahip bırakılmayıp, çeşitli kayıtlamalarla yetkinin daraltılması yoluna gidilmesidir. Uygul-

⁶⁴ Kaare STROM, Wolfgang C. MÜLLER, Torbjörn BERGMAN (eds.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2006, s. 168.

⁶⁵ ÖZSOY, s.149.

lamada Avusturya Cumhurbaşkanı, 1930'dan beri fesih yetkisini kullanmamıştır.⁶⁶

4. Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluk ve Sorumsuzluk Halleri

Federal Cumhurbaşkanı, kendisine tanınan yetkileri parlamenter rejimlerde olduğu gibi “destek-imza kuralı” ile kullanmaktadır (m. 67). İstisnai bir hüküm bulunmadıkça Cumhurbaşkanı'nın resmi işlemlerinin geçerli olması, Federal Şansölye ya da ilgili bakanın imzasını taşımasına bağlıdır (m.67/2). Cumhurbaşkanı tüm resmi işlemlerinde, Federal Hükümetin ya da onun yetkilendirdiği Bakanın tavsiyesini esas almalıdır (m. 67/1).

Cumhurbaşkanı, m. 142'de belirtilen Federal Anayasanın ihlali bakımından Federal Meclis'e karşı sorumludur (m. 68) ve anayasayı ihlal etmesi durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanacaktır (m. 142/1). Cumhurbaşkanı hakkında bir suçlamada bulunulabilmesi için Federal Meclis'in 68. madde uyarınca toplanması gereklidir. Federal Meclis, Milli Meclis veya Federal Konsey kararıyla Başbakan tarafından toplanabilir (m.68/2). Cumhurbaşkanı hakkında bir suçlamada bulunulabilmesi, ancak meclislerden her birinin üye tam sayısının salt çoğunluğunun katılımı ve 2/3 çoğunluğuyla karar alınması halinde mümkün olabilmektedir (m. 68/3). Cumhurbaşkanı görev süresi sona ermeden, Milli Konsey tarafından alınan bu karar ve yapılacak referandum ile görevinden alınabilir (m. 60/6). Referanduma gidilmesi yönünde alınan karar sonrası, Cumhurbaşkanı, yetkilerini kullanması söz konusu değildir.⁶⁷ Oylama sonucunda yarıdan fazla oy çıkması durumunda, Cumhurbaşkanı'nın görevine son verilir. Görevden alma kararı referandum sonucunda reddedilirse, seçimlerin yenilenmesi ve Milli Konsey'in feshi gerekmektedir (m. 29/1). Fakat bu durumda dahi görevine devam eden Cumhurbaşkanı'nın görev süresi 12 yılı aşamaz (m. 60). Bu düzenleme, Cumhurbaşkanı'nın görevine son verilmesi için meclisin sahip olduğu yetkiyi sınırlandırarak, denge ve denetim işlevi gören bir mekanizmayı ortaya çıkarmıştır. Öte yandan referandum, *de facto* olarak seçmenin Cumhurbaşkanı ile meclis arasında tercihte bulunması anlamına da gelmektedir.⁶⁸

⁶⁶ STROM, s. 168.

⁶⁷ MÜLLER, Austria, s.28.

⁶⁸ MÜLLER, Austria, s.29.

Avusturya Cumhurbaşkanı'na görevi dışında dava açılabilmesinin yolu Anayasa ile herkese tanınmış, fakat bu durum m. 63 uyarınca Federal Meclis'in iznine bağlanmıştır. Bu konuda yapılacak yasal takibatın, Federal Meclis tarafından yürütülüp yürütülemeyeceği Milli Meclis'in oyuyla belirlenmektedir ve bu yönde alınacak bir karar doğrultusunda, Federal Meclis Federal Şansölye tarafından derhal toplanmaktadır (m. 62/2). Ancak şimdiye kadar Cumhurbaşkanı'nın görevden alınmasına veya yargılanmasına sebep olacak bir sorumluluk mekanizması işletilmemiştir.⁶⁹

5. Cumhurbaşkanına Vekâlet Edilmesi

Avusturya Federal Anayasası'nın 64. maddesi, ayrıntılı bir şekilde Cumhurbaşkanı'na vekâlet durumunu düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı görevini yerine getirmekten alıkonulmuş ise kendisinin görevlerinin tümü Federal Şansölyeye devredilecektir. Ancak ilgili madde, Federal Şansölyenin vekâletini belli bir süreyle kayıtlamıştır. Federal Cumhurbaşkanının görevini yerine getiremediği süre yirmi günden uzun olursa, Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmış veya Cumhurbaşkanı m. 64/6 uyarınca görevlerini yerine getirmekten alıkonulmuş ise makama oluşturulan komite vekâlet edilir. Bu komite, Milli Konsey Başkanı başkanlığında, İkinci ve Üçüncü Başkanlarından oluşmakta olup, Anayasaya göre Cumhurbaşkanının tüm görevlerini üstlenir ve oy çokluğuyla karar alır (m. 64/1,2). Konsey Başkanlarından bir ya da ikisinin, makamlarının boşalması ya da görevlerinden alıkonulması durumunda Komite üyelerin fiili katılımı olmadan da gerekli toplantı ve karar nisabına sahip olduğu kabul edilir, oyların eşit olması söz konusu olursa Komite Başkanı'nın oyu belirleyicidir (m. 64/3).

Son olarak Cumhurbaşkanlığı makamının süresiz boşalması durumunda, Federal Hükümet, Cumhurbaşkanlığı seçimleri için hemen hazırlıklara başlar. Böyle bir durumda Komite'nin görevi, seçimden sonra Cumhurbaşkanının onanması amacıyla, Federal Meclisi toplamaktır (m. 64/4).

6. Uygulama ve Rejimin Değerlendirilmesi

Avusturya Federal Cumhurbaşkanı, halk tarafından seçilen ve yetki ölçüm tablosu dahilinde yasama-dışı yetkileri fazla olan bir konu-

⁶⁹ MÜLLER, Austria, s.29.

ma sahiptir. Ancak uygulamada yetkinin düzenlendiği gibi kullanılması söz konusu değildir.⁷⁰ Şimdiye kadar hiçbir Cumhurbaşkanı, başbakanın görevine son vermemiş, kanunları geri çevirmemiş ve parlamento feshetme yetkisini kullanmamıştır.⁷¹ Avusturya’da uygulamada, sembolik Cumhurbaşkanı karşısında, güçlü başbakan ve çoğunlukla aktif bir yasama organı bulunmaktadır.⁷² Ayrıca iki zıt parti olan Sosyal Demokratlar ve Avusturya Halk Partisi arasında geleneksel büyük koalisyonlar kurulmakta, Cumhurbaşkanları ise 1953 ve 1959’da olduğu gibi nüfuzlarını kullanarak bu yapıyı koruyabilmektedirler.⁷³

Ortaya çıkan anayasal ve siyasal yapı uyarınca Avusturya’nın siyasal rejimini sınıflandıran yazarlar ikiye ayrılmaktadır. İlk görüş, her ne kadar doğrudan seçilen bir Cumhurbaşkanı olsa da, ortaya çıkan rejimin parlamenter olduğu yönündedir. İkinci görüş ise, mevcut rejimi yarı-başkanlık olarak sınıflandırmaktadır. İlk görüşü savunan yazarlar arasında yer alan Shen, Avusturya’nın siyasal rejimini “parlamenter benzeri (quasi-parliamentarism)” olarak nitelendirmektedir.⁷⁴ Shen’e göre parlamenter benzeri rejimlerde Cumhurbaşkanı parti lideri değil, aracı konumdadır ve hükümeti oluşturmak için parlamentodaki çoğunluğa uyum sağlar. Martinez ise Avusturya’nın anayasal hükümlere göre yarı-başkanlık rejimi sınıflandırmasına dâhil olmalarına rağmen, uygulamanın yarı-başkanlık şeklinde olmadığını ifade etmektedir.⁷⁵ Siaroff da benzer bir şekilde, “sembolik yetkili” Cumhurbaşkanı’nın, uygulamada rejimi parlamenter yaptığını vurgulamaktadır.⁷⁶ Sartori bu görüşlere benzer şekilde Avusturya’nın yarı-başkanlık rejimi içinde değerlendirilemeyeceğini, Cumhurbaşkanı’nın sadece kâğıt üzerin-

⁷⁰ Antonio, GARRIDO, “Semi-Presidentialism and Democracy: A Comparative Perspective”, A World Congress of the International Political Science Association, IPSA Santiago de Chile, 2009, s. 4.

⁷¹ Wolfgang C, MÜLLER, “Austrian Governmental Institutions: Do They Matter?”, West European Politics, Vol. 15, No. 1, 1992, p. 99–131. ; ELGIE Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance, s.158.

⁷² ELGIE, Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance, s.27.

⁷³ ELGIE, Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance, s.158.

⁷⁴ SHEN, Evolution of Semi-Presidentialism: Toward a Quasi-Parliamentary or a Quasi-Presidential System?, s. 10.

⁷⁵ MARTINEZ, s. 4.

⁷⁶ SIAROFF, s.307.

de güçlü olduğunu ifade etmektedir.⁷⁷ İkinci görüşte yer alan Müller'e göre, parlamentoya karşı sorumlu başbakan ve hükümeti atama/azletme yetkilerine sahip, doğrudan seçilen Cumhurbaşkanı, Avusturya'yı 1929 Anayasa referandumundan itibaren yarı-başkanlık rejimine sokmaktadır.⁷⁸ Elgie ise anayasal yetkiler bakımından yarı-başkanlık kategorisine soktuğu Avusturya için "de facto olarak parlamenter rejim" tanımı yapmakta ve bu bakımdan Avusturya'yı uygulamada yarı-başkanlığın istisnası olarak görmektedir.⁷⁹

Avusturya'da Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi, tarihi nedenlere dayanmaktadır. Asli kurucu iktidarın tercihi, doğrudan belirlenen Cumhurbaşkanı karşısında, güçlü bir başbakan ve parlamentodan yana olmuştur. Avusturya Cumhurbaşkanı da, Anayasada kendilerine tanınan yasama-dışı yetkilerin fazlalığına rağmen, parlamenter rejimlerde olduğu gibi sembolik bir konumda kalmayı tercih etmektedir. Cumhurbaşkanı'nın bu tercihlerinin ötesinde, Anayasa da Cumhurbaşkanı'nın yetki alanını çeşitli mekanizmalarla dengelemekte ve bu yetkilerin büyük bir kısmının ancak karşı-imza kuralına göre kullanılmasına cevaz vermektedir. Karşı-imza kuralı gereğince hükümet, parlamenter rejimlerde olduğu gibi yasama organına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı'nın anayasaya aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle m.142 uyarınca anayasayı ihlalden dolayı meclise karşı sorumlu tutulması, ayrıca görev süresi bitmeden referandum ile görevine son verilebilmesi gibi kontrol mekanizmaları, Cumhurbaşkanı'nın "siyasi meşruluk" iddialarıyla yetki kataloğunu genişleterek demokratik rejimin varlığını tehlikeye düşürme olasılığının önünü kesmektedir.

Son yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aşırı sağcı Hofer'ın "aktif politikada yer alma vaadi", Avusturya Cumhurbaşkanı'nın İzlanda örneğinde olduğu gibi, yetkilerini kullanan bir Cumhurbaşkanı olup olmayacağı sorusunu akıllara getirmiştir. Fakat hem kamuoyunun hem de Miklas'tan beri göreve gelen Cumhurbaşkanı'nın tercihi, her zaman sembolik Cumhurbaşkanı'ndan yana olmuştur. Son turda Hofer'ın göçmen karşıtı politikalarına karşı Van der Bellen'ı des-

⁷⁷ Sartori, GIOVANNI, Comparative Constitutional Engineering. New York: New York University Press. 1997, s. 127 Aktaran SHEN, Evolution of Semi-Presidentialism: Toward a Quasi-Parliamentary or a Quasi-Presidential System?, s. 10

⁷⁸ MÜLLER, Austria, s.1.

⁷⁹ ELGIE, Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance, s.159.

tekleyen Avusturya seçmeni, bunun en somut kanıtıdır. Ortaya konan tüm bu nedenlerden dolayı, ilk görüşteki yazarları destekler bir şekilde, siyasal rejim konusundaki görüşümüze göre Avusturya'nın yönetim biçimi, parlamenter rejimdir. Kanımızca, rejimin Bulgaristan ya da İzlanda örneklerinde olduğu gibi saptalara olanak vermesi son derece zavıf gözükmektedir.

SONUÇ

Öğretide ilk kez Duverger tarafından ortaya atılan yarı-başkanlık rejiminin tanımı ve unsurları, günümüzde hala birçok tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu tartışmaların en önemli sebebi Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin, doğrudan siyasal rejimi değiştirip değiştirmedığı hususudur. Duvergeryan yaklaşımdan hareketle, rejimin yarı-başkanlığa dönüşebilmesi için halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı yanında, ona tanınan güçlü anayasal yetkilerin ve elbette hem parlamento, hem de Cumhurbaşkanı karşısında sorumlu bir hükümetin, siyasal rejim içerisinde yer alması gerekmektedir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanına tanınan hangi yetkilerin önemli olduğu konusunda objektif bir ölçüm açık bir şekilde siyasal rejimin tanımlayıcısı olacaktır. Bu konuda öğretilde en açık analizlerin yapıldığı yetki ölçüm tablosu, Shugart-Carey tarafından ortaya atılan ve Metcalf tarafından düzenlenen yetki ölçüm kataloğudur.

Freedom House ölçütlerine göre “en demokratik” olarak nitelenen ülkeler arasında altısı, Cumhurbaşkanı halk tarafından seçildiği halde parlamenter rejim uygulamalarını sürdürmeye devam eden ülkelerdir. Çalışmamızda bu ülkeler arasında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği, yasama-dışı yetkileri en yüksek Cumhurbaşkanına sahip ülke olan Avusturya örneği incelenmiştir. Avusturya örneğinden de açık bir şekilde anlaşıldığı gibi, anayasalarında Cumhurbaşkanı'nın doğrudan seçimi hususunda değişiklik yapan ülkeler, bu değişikliği Cumhurbaşkanına aktif bir rol atfetmek için değil, çeşitli tarihi nedenler dolayısıyla yapmışlardır. Cumhurbaşkanının doğrudan seçimi, parlamenter rejimi yarı-başkanlık rejimine dönüştürmek için tek başına yeterli bir sebep değildir. Aksine, Aralık ayında gerçekleştirilen Avusturya Cumhurbaşkanlığı seçiminde de görüldüğü üzere, doğrudan seçimin kendisine siyasal meşruluk sağladığını düşünen ve aktif rol oynamak isteyen Cumhurbaşkanı adayları, kamuoyu tarafından tepkiyle karşılanmaktadır. Bu tepkinin sebebi, asli kurucu iktidarın yarattığı

sembolik Cumhurbaşkanı, aktif hükümet ve güçlü parlamento dengesinin bozulacağı ve siyasi krizlere dayanak oluşturacağı inancıdır.

Sonuç olarak, köklü parlamenter demokrasiye sahip ülkelerde Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçimi, siyasal rejimi tek başına başkalaştıran bir unsur olarak görülmemekte, mevcut yönetim biçimi, parlamenter rejim uygulamalarıyla işlemeye devam etmektedir. Söz konusu ülkelerde, siyasal rejimin işlerliğini olumsuz yönde etkileyecek her türlü popülist girişim, "parlamenter rejimin sürdürülebilmesi" amacıyla, siyasi parti uzlaşmaları, kamuoyu desteği ve anayasa yargısının işlevselliği yoluyla önlenmektedir.

KAYNAKÇA

- Democracy Reporting International, Systems of Government: Semi-Presidential Model, Briefing Paper, No. 27, March 2012, s.5.
- DUVERGER, M, "A new political system model: Semi-presidential government." *European Journal of Political Research* 8, 1980, p. 165–187.
- ELGIE, Robert, "Duverger Semi-presidentialism And The Supposed French Archetype.", *West European Politics*, Vol. 32, No. 2, 2009.
- ELGIE, Robert, *Semi-Presidentialism Sub-Types and Democratic Performance*, New York: Oxford University Press , 2011.
- ELGIE, Robert, "The Politics of Semi-Presidentialism", ELGIE, Robert (eds.) in *Comparative European Politics Semi Presidentialism in Europe* 13, 1999.
- ELGIE, Robert, "Three waves of semi-presidential studies.", *Democratization*, Vol. 23, No.1, 2015, p. 49-70.
- GARRIDO, Antonio, "Semi-Presidentialism and Democracy: A Comparative Perspective", *A World Congress of the International Political Science Association , IPSA Santiago de Chile*, 2009 .
- KOKER, Philipp, *Veto et Peto: Patterns of Presidential Activism in Central and Eastern Europe*, Thesis, University College London, 2015.
- LOUWERSE, Tom, "Unpacking positive and negative parliamentarism", in workshop "The Evolution of Parliamentarism and Its Political Consequences" of the European Consortium of Political Research, 2014, p. 10-15.
- MARTINEZ, Rafael Mart'nez, "Semi-presidentialism: a comparative study", in presentation at the ECPR Joint Sessions of Workshops, Mannheim, 1999, p. 26-31.
- METCALF, Lee Kendall, "Measuring presidential power. *Comparative Political Studies*", Vol. 33, No:5, 2000, p. 660-685.
- MÜLLER, Wolfgang C, "Austria", ELGIE, Robert (eds.) in *Comparative European Politics Semi Presidentialism in Europe* 13, 1999.
- MÜLLER, Wolfgang C, "Austrian Governmental Institutions: Do They Matter?", *West European Politics*, Vol. 15, No. 1, 1992, p. 99–131.
- ÖZSOY BOYUNSUZ, Şule, *Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye için Tavsiye Edilebilirliği*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yay, 2014.
- ROSANI, Domenico, *The Head of State in Austria, Italy, The Netherlands: A Brief Comparative Study*. 2014.
- SHEN, Yu-chung, "Evolution of Semi-Presidentialism: Toward a Quasi-Parliamentary or a Quasi-Presidential System?", http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_26149.pdf, Erişim Tarihi: 23.4.2016.
- SHEN, Yu-chung, "The Anomaly of the Weimar Republic's Semi-Presidential Constitution", *Journal of Politics and Law*, Vol. 2, No.3, 2009, s.35-43.

- SHUGART, Matthew Soberg, "Comparative executive-legislative relations: Hierarchies vs. transactions in constitutional design.", University of California, Irvine, Center for the Study of Democracy, 2005.
- SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M, Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral Dynamics, Cambridge University Press, 1992.
- SIAROFF, Alan, "Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction.", European journal of political research, Vol.42, N.3, 2003, p. 287-312.
- STROM, Kaare, Wolfgang C. MÜLLER, Torbjörn BERGMAN, Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies, Oxford University Press, 2006.
- WU, Yu-shan, "Semi-Presidentialism and Nascent Democracies as a Research Agenda.", in the World Congress of International Political Science Association, Fukuoka, July. 2006.

İnternet Kaynakları

- "Austria – Green candidate Van der Bellen beats far-right Hofer in repeat of runoff election", <http://presidentialactivism.com/2016/12/07/austria-green-candidate-van-der-bellen-beats-far-right-hofer-in-repeat-of-runoff-election/>, Erişim Tarihi: 15.12.2016.
- "Austria – Will the April presidential elections bring an end to the SPÖ-ÖVP dominance of federal." <http://presidential-power.com/?p=4686>, Erişim Tarihi: 17.12.2016.
- "Austrian Chancellor, Werner Faymann, Resigns as Right Wing Rises", https://www.nytimes.com/2016/05/10/world/europe/austrian-chancellor-werner-faymann-resign.html?_r=0, Erişim Tarihi: 22.12.2016.
- "Freedom in the World 2015", https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2015#.Wlafc_mLTIW, Erişim Tarihi: 5.12.2016.
- "Presidential power and the Austrian presidential election", <http://presidential-power.com/?p=5661>, Erişim Tarihi: 17.11.2016.
- "Silencing the Messenger: Communication Apps Under Pressure", <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2016>, Erişim Tarihi: 5.11.2016.
- "The Federal Chancellor", <http://www.austria.org/the-federal-chancellor/>, Erişim Tarihi: 17.1.2016.
- "The Political System: Parliamentary Democracy". <http://www.austria.org/parliamentary-democracy/>, Erişim Tarihi: 7.12.2016.
- "Was Austria's presidential election really a vote against populism?", The London School of Economics and Political Science, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/12/14/austria-presidential-election-populism/>, Erişim Tarihi: 6.11.2016.
- "When should we start to consider a country as semipresidential?", <http://www.semipresidentialism.com/?cat=37>, Erişim Tarihi: 11.10.2016.



ÖZEL HUKUK

Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu

“The Question Of Whether Culpa Is Needed In The “Negotiorum Gestio” Which Derives From The Infringement Of The Personal Right”



Prof. Dr. Serap HELVACI* - Arş. Gör. Gülşah Sinem AYDIN**

ÖZET

Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin III. fıkrası, kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz işgörmeye hükümleri uyarınca istenebileceğini düzenlemektedir. Türk Medenî Kanunu m. 25/III hükmünün sözüne bakıldığında, kusurun söz konusu kazanç talebi bakımından bir varlık şartı olduğu sonucuna varılamamaktadır. Ancak kurumun hukukî temeli vekâletsiz işgörmeye olduğundan, şartlar belirlenirken vekâletsiz işgörmeye açısından da değerlendirme yapılması zorunludur. Çalışmada kusur şartı kişilik hakkı ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörmeye özelinde araştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Kişilik Hakkı, Vekâletsiz İşgörmeye, Kusur, Türk Medenî Kanunu, Türk Borçlar Kanunu.*

ABSTRACT

The 3rd paragraph of the Article 25 of Turkish Civil Code regulates that the gains obtained by way of unlawful assault to personal right could be demanded under the provisions regarding performance of negotiorum gestio. Considering the literal meaning of Article 25/III of Turkish Civil Code, it is not able to deduce that culpa is an essential

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

condition for demand of mentioned gains. However, since the legal basis depends on the provisions regarding the performance of negotiorum gestio, it is also compulsory to make an evaluation in terms of the conditions of performance of negotiorum gestio, when the conditions of demand are determined. In this study, the condition of culpa will be examined specific to the personal right under the provisions regarding the performance of negotiorum gestio.

Keywords: Personal Right, Negotiorum Gestio, Culpa, Turkish Civil Code, Turkish Law of Obligation.

I. Giriş

Günümüzde kişilik hakkı ihlalleri, özellikle teknolojinin her geçen gün gelişmesi ile birlikte, sıklıkla karşılaşılan bir sorun hâline gelmiştir. Çünkü söz konusu gelişim, hukuken koruma altında olan kişisel değerlere, rıza dışında yapılabilecek hukuka aykırı saldırıları da kolaylaştırmaktadır¹. Aynı şekilde gelişen toplum ve teknoloji koşullarında kişilik hakkı ihlalleri ve bu ihlaller dolayısıyla kazanç elde edilmesi durumları da giderek artmaktadır. Böylece TMK² m. 25/III uyarınca kişilik hakkının vekâletsiz işgörme yolu ile korunması gün geçtikçe daha çok ihtiyaç duyulan bir kurum hâline gelmektedir. Söz konusu maddeye göre “*Davacının, ..hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır*”. Görüldüğü üzere hükümde elde edilen kazancın istenmesinde hukukî temel bakımından vekâletsiz işgörme hükümlerine yollama yapılmakta, bu yolla başkasının kişilik hakkına, hukuka aykırı saldırıda bulunan kimsenin, saldırı dolayısıyla elde ettiği kazanç, kişilik hakkı ihlâl edilen tarafından istenebilmektedir.

Türk Medenî Kanunu m. 25/III hükmünün sözünde kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilen kazanç istenirken, *kusur* bir şart olarak yer almamaktadır. Bununla beraber, söz konusu hükümde kazanç talebine ilişkin hukukî temel bakımından vekâletsiz işgörme hükümlerine yollama yapıldığı için kurumun şartları belirlenirken

¹ Arpacı, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000, sh. 141.

² Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607, Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.

vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Dolayısıyla kurumun koşulları arasında kusurun yer alıp almadığı değerlendirilmesi, öncelikle burada hangi vekâletsiz işgörme türünün bulunduğu tespitine, sonrasında söz konusu vekâletsiz işgörme türünün koşulları arasında kusurun var olup olmadığına bağlıdır.

Ayrıca TMK m. 25/III, ZGB³ Art. 28a/III hükmü; TBK⁴ m. 526 vd., OR⁵ Art. 419 vd. hükümleri göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Bakıldığında ZGB Art. 28a/III hükmü de tıpkı TMK m. 25/III hükmünde olduğu gibi kazancın istenmesi konusunda, kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin vekâletsiz işgörme hükümlerine başvurma hakkının saklı olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'ndaki düzenlemeye ilişkin değerlendirme yapılırken, karşılaştırmalı olarak İsviçre Hukuku'nun konuya ilişkin düzenlemesinin incelenmesi kaçınılmaz olmaktadır.

II. Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörmenin Vekâletsiz İşgörme Türleri İçindeki Yeri

Türk Hukuku'nda TMK m. 25/III ile vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümlere yapılan yollama neticesinde, kişilik hakkının ihlâli dolayısıyla elde edilen kazanç istenirken uygulanacak hükümler Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ve devamı maddeleridir. Söz konusu düzenlemeler, Türk Borçlar Kanunu'nun “*Özel Borç İlişkileri*” ile ilgili İkinci Kısmı'nda, “*Vekâletsiz İşgörme*” başlığı altında Onuncu Bölüm'de yer almaktadır. Bu bölümde, “*İş sahibinin hak ve borçları*” başlığı altında, işin işsahibinin menfaatine yapılması hâlindeki sorumluluk ve işin işgörenin menfaatine yapılması hâlindeki sorumluluk şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır.

Yine benzer şekilde mehzaz kanun olan ZGB Art. 28a/III hükmünde de kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilen kazanç bakımından vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümler saklı tutul-

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Bu Kanun 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht). Bu Kanun 30 Mart 1911 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

muştur. İsviçre Borçlar Kanunu'nda vekâletsiz işgörme, “*Özel Borç İlişkileri*”ni düzenleyen İkinci Kısım'da 419. ile 424. maddeler arasında düzenlenmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 419. ile 422. maddeleri arasında, “*iş sahibi yararına vekâletsiz işgörme*”; 423. maddesinde ise, “*işgörenin yararına vekâletsiz işgörme*” hükme bağlanmıştır.

Bu ayırım için kullanılacak terim konusunda öğretilerde fikir birliğine varılamadığı ve ayırımın değişik terimlerle ifade edildiği görülmektedir. Bununla beraber çoğunlukla, *gerçek - gerçek olmayan vekâletsiz işgörme* terimleri kullanılmaktadır. Bu terimi tercih eden yazarlara göre, vekâletsiz işgörmekten söz edebilmek için, iş sahibinin menfaatine hareket etme iradesi gereklidir. Bu açıdan bakıldığında, vekâletsiz işgörme ile kastedilen, iş sahibinin menfaatine iş görülmesi hâlidir. İşgörenin kendi menfaatine hareket etmesi hâlinde aslında ortada bir vekâletsiz işgörme bulunmamaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda, işin gerek iş sahibinin gerekse işgörenin menfaatine görülmesi durumlarının bazı farklılıklarla aynı hükümlere tâbi tutulduğu görülmektedir. Kanunların bu tercihinden ötürü, söz konusu yazarlar, iş sahibinin menfaatine vekâletsiz işgörme hâlini *gerçek vekâletsiz işgörme*; işgörenin menfaatine vekâletsiz işgörme hâlini ise *gerçek olmayan vekâletsiz işgörme* olarak isimlendirmektedir⁶.

⁶ Bu ayırımı yapanlar için bkz. **Becker**, Hermann: Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934, Art. 423 OR, N. 1; **Ulusan**, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İfade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, sh. 57-58, dn. 3; **Hofstetter**, Josef: Die Geschäftsführung ohne Auftrag in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel und Stuttgart 1979, sh. 209; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, İstanbul 2016, N. 986; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip): Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C. I, İstanbul 2010 (Borçlar Genel), § 8, N. 5, sh. 71; **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Hatemi**, Hüseyin): Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh. 495; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, sh. 1360; **Öz**, Turgut: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Sebepsiz Zenginleşme), sh. 74; **Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schneyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (Guhl/Schneyder), § 49, N. 38, N. 46; **Hatemi**, Hüseyin: Türk Hukuku'nda “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme” Kurumuna İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısı-

Buna karşın bazı yazarlar bu ayrımı *iş sahibinin menfaatine (yararına) vekâletsiz işgörmeye* ile *kendi menfaatine (yararına) vekâletsiz işgörmeye* şeklinde ifade etmektedir⁷.

Başka bir görüş ise, vekâletsiz işgörmenin, *caiz vekâletsiz işgörmeye* ve *caiz olmayan vekâletsiz işgörmeye* şeklinde ikiye ayrıldığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, vekâletsiz işgörmeden söz edebilmek için, işgörenin, işsahibinin menfaatine hareket etme gibi bir iradeye sahip olması aranmaz. Kendi menfaatine başkasının işlerine müdahale etme durumunda da gerçek anlamda bir vekâletsiz işgörmeye vardır. Şu kadar ki, vekâletsiz işgörmenin caiz ve caiz olmayan türleri bulunmaktadır⁸.

na Armağan, İstanbul 2000, (sh. 383-389), sh. 383 vd.; **Arkan Akbıyık**, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999, sh. 19; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Ankara 2013 (Basın), sh. 354; **Schmid**, Jörg/**Stöckli**, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, § 20, N. 1990 vd.; **Gönen**, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul 2011, sh. 205; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2014 (Borçlar Özel), sh. 739; **Baş Süzel**, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul 2015, sh. 7.

⁷ **Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Bası, İstanbul 2015, N. 138, sh. 247; **Özdemir**, Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara 2001, sh. 82; **Moser**, Rudolf: Die Herausgabe des wiederrechtlich erzielten Gewinnes (insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 423 OR), Zürich 1940, sh. 90.

⁸ **Tandoğan**, Halûk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957 (Vekâletsiz İş Görme), sh. 66 vd.; **Zevkliler**, Aydın/**Gökayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, sh. 675; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, İstanbul 2014, sh. 227.

Öğretide tercih edilen bir diğer ayrım *caiz (tecviz edilen) vekâletsiz işgörmeye* - *caiz olmayan (tecviz edilmeyen) vekâletsiz işgörmeye* ayrımındaki caiz vekâletsiz işgörmeyi, gerçek vekâletsiz işgörmeye ile; caiz olmayan vekâletsiz işgörmeyi ise gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ile eş anlamda kullanmaktadır, bkz. **Yavuz/Acar/Özen**: sh. 1360; Ancak öğretide gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin kendi içinde caiz ve caiz olmayan şeklinde ikiye ayrıldığını belirten bir görüş de vardır, bkz. **Eren**: Borçlar Özel, sh. 739. İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki yeni bir eğilim ise vekâletsiz işgörmeyi, *caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye*, *caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye*, *iyi niyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye* ve *kötü niyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye* olmak üzere dörtlü bir ayrım ile ele almaktadır. Bu görüşe göre, ilk olarak

Bazı yazarlara göre ise gerçek - gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ayırımındaki, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kapsamına sokulan durumlarda, aslında ayrı bir hukukî kurumdan söz edilmelidir. Burada “gerçek olmayan” ifadesi yeterli değildir ve bu hâl için, “haksız karışma”⁹ ya da “iş gasbı”¹⁰ terimlerinin kullanılması isabetli olur.

Kanımızca TBK m. 530 hükmünün kenar başlığı ile içeriği uyumsuz olduğundan, bu ayırımın kenar başlıkları dikkate alınarak ayırımın “iş sahibinin menfaatine vekâletsiz işgörmeye - işgörenin menfaatine vekâletsiz

işgören, iş sahibinin açık (sarih) ya da örtülü (zımnî) bir yasaklamasının olmadığı durumda, iş sahibine ait zorunlu bir işi, iş sahibinin menfaatine olarak görürse *caiz gerçek vekâletsiz işgörmeye* söz konusu olur. İkinci olarak iş sahibine ait bir iş, iş sahibinin menfaatine olarak görülmeyle birlikte, zorunlu bir iş değil ya da iş sahibinin açık ya da örtülü yasaklaması var ise bu hâlde *caiz olmayan gerçek vekâletsiz işgörmeye* söz edilmelidir. Üçüncü olarak işgörenin, kendi menfaatine iş sahibinin hukuk alanına el atarken iyiniyetli olması durumunda *iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye* gerçekleşir. Son olarak işgörenin kendi menfaatine iş sahibinin hukuk alanına el atarken kötünüyetli olması durumunda *kötünüyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye* vardır, ki yalnızca bu durumda TBK m. 530 hükmü uygulanma alanı bulur, **Honsell**, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007 (BSK OR-İşleyen), **BSK OR-Weber**: Vor. Art. 419-424, N. 10; **Huguenin**, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014, N. 2163, N. 2187 vd.; **Gümüş**: sh. 225-227.

⁹ **Schulz**, Fritz: System der Rechte auf dem Eingriffserwerb, 1909, sh. 479, aktaran **Tandoğan**: Vekâletsiz İş Görme, sh. 65.

¹⁰ **Suter**, Richard: Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 1933, sh. 114-115; **Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (OR BT), sh. 261; **Widmer**, Beat: Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (Neue Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169), Basel/Frankfurt 1985, sh. 80; **BSK OR-Weber**: Art. 423, N. 1; **Esser**, Josef/**Weyers**, Hans-Leo: Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Heidelberg 2000, § 46 IV, sh. 25; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, N. 59.15; **Honsell**, Heinrich (Hrsg.): Kurzkommentar Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2008, (KUKO-İşleyen), **KUKO-Weber**: Art. 423 OR, N. 1; **Huguenin**, Claire/**Müller-Chen**, Markus/**Girsberger**, Daniel (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bügschaft Art. 319-529 OR, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (CHK OR-İşleyen), **CHK OR-Huguenin/Jenny**: Art. 423, N. 1.

ışgörmeye” şeklinde yapılması yeterli görülemez. Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunu m. 530 hükmünün içeriğinde işin, iş sahibinin menfaatine yapılmamış olması hâlinde söz konusu maddenin uygulanacağına değinilmiştir. Bu hükmün kapsamına işgörenin, yetkisiz olarak kendi menfaatine, üçüncü bir kimsenin menfaatine veya iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak işgördüğü tüm durumlar girmektedir¹¹. Bu sebeple bize göre de klâsik görüş uyarınca işgörenin, iş sahibinin açık ya da örtülü bir yasaklamasının olmadığı durumlarda, iş sahibine ait bir işi, iş sahibinin menfaatine olarak görmesi *gerçek vekâletsiz işgörmeye*; bunun dışındaki tüm durumlar *gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye* şeklinde ifade edilmelidir.

Bu kapsamda kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla kazanç elde edilmesi durumunda, kişilik hakkı ihlâl edilen kendi menfaatini gözetmektedir. Dolayısıyla kazanç istemine ilişkin TMK m. 25/III hükmünde yollama yapılan hüküm gerçek olmayan vekâletsiz işgörenin düzenlendiği TBK m. 530¹²; aynı yönde ZGB Art. 28a/III hükmünde yollama yapılan hüküm OR Art. 423¹³ maddesidir. Bu anlamda

¹¹ **Hoffstetter:** sh. 211; **Bucher:** OR BT, sh. 261; **Schmid,** Jörg: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg Schweiz 1992, N. 730; **BSK OR-Weber:** Art. 423, N. 3; **KUKO-Weber:** Art. 423 OR, N. 1, N. 3; **Schmid/Stöckli:** § 20, N. 2032; **Baş Süzel:** sh. 7-8.

¹² **Oğuzman,** Kemal/**Seliçi,** Özer/**Oktay-Özdemir,** Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2016, sh. 256; **Dural,** Mustafa/**Öğüz,** Tufan: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016, N. 785; **Zevkliler,** Aydın/**Acabey,** M. Beşir/**Gökayla,** K. Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, sh. 550; **Öztan,** Bilge: Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Ankara 1997, sh. 162; **Arpacı:** sh. 162; **Arkan Akbıyık:** sh. 77; **Helvacı,** Serap: Gerçek Kişiler, 7. Bası, İstanbul 2016, sh. 166; **Kılıçoğlu:** Basın, sh. 356; **Özel,** Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ankara 2004, sh. 80; **Gönen:** sh. 204-205; **Kılıçoğlu Yılmaz,** Kumru: Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2014, sh. 92.

¹³ **Meier-Hayoz,** Arthur (Hrsg.): Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragverhältnisse, 5. Teilband, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Artikel 407-424 OR, Bern 1986 (BerKomm OR-İşleyen), **BerKomm OR-Gautschi:** Art. 423, N. 2b; **Schmid:** N. 920; **Gauch,** Peter (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (ZK OR-İşleyen), **ZK OR-Schmid:** Art. 423, N. 43;

kişilik hakkı ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörmeye yönelik TMK m. 25/III ile ZGB Art. 28a/III hükmü gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin özel bir görünüm biçimidir.

Ayrıca İsviçre öğretisine göre ZGB Art. 28a/III hükmünde hukukî sonuca değil, hukukî temele yollama yapıldığından, gerçek olmayan vekâletsiz işgörme kurumunun tüm şartları geçerlidir. Dolayısıyla gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin şartlarının sorumluluk bakımından aynen aranacağı kabul edilmektedir¹⁴.

Söz konusu yollamanın hukukî temel veya hukukî sonuç bakımından yapılması hususu Türk öğretisinde tartışılmamıştır. Bununla birlikte kanımızca TMK m. 25/III hükmünde kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesinin TBK m. 530 hükmüne dayandığının belirtilmesi, yollamanın hukukî temel bakımından yapıldığının kabul edildiğini göstermektedir¹⁵. O nedenle TMK m. 25/III hükmü uyarınca kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesinde TBK m. 530 hükmünün koşulları aranmalıdır.

Verilen bilgiler ışığında kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme kurumunun şartları; kişilik hakkının ihlâli

Geiser, Thomas: Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel/Frankfurt 1990, sh. 248, sh. 252; **BSK OR-Weber**: Art. 423, N. 3, N. 16; **Nietlispach**, Markus: Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Bern 1994, sh. 417; **Guhl/Schneyder**: § 49, N. 44, N. 46; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-217 ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2006 (BSK ZGB-İşleyen), **BSK ZGB-Meili**: Art. 28a, N. 18; **Hürlimann-Kaup**, Bettina/**Schmid**, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N. 953; **Breitschmid**, Peter/**Rumo-Jungo**, Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen -und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Zürich/Basel 2012 (CHK ZGB-İşleyen), **CHK ZGB-Aebi Müller**: Art. 28a, N. 19; **KUKO-Weber**: Art. 423 OR, N. 8; **Schmid/Stöckli**: § 20, N. 2033; **Huguenin**: N. 2170; **CHK OR-Huguenin/Jenny**: Art. 423, N. 2.

¹⁴ **Geiser**: sh. 248, sh. 252; **Schmid**: N. 920; **ZK OR-Schmid**: Art. 423, N. 43; **Nietlispach**: sh. 417; **CHK OR-Huguenin/Jenny**: Art. 423, N. 2; **Baş Süzel**: sh. 278-279.

¹⁵ Türk öğretisinde burada hukukî temel bakımından yollama yapıldığını belirten görüş için bkz. **Baş Süzel**: sh. 278-279.

yolu ile işgörme, kazanç elde edilmesi, hukuka aykırılık ve kişilik hakkı ihlâli ile kazanç elde edilmesi arasında nedensellik bağının bulunmasıdır¹⁶.

Belirtilen bu şartlara ek olarak gerçek olmayan vekâletsiz işgörme bakımından kusur şartının gerekli olup olmadığı hususunda ise öğretilerde tartışma bulunmaktadır. Söz konusu tartışma kişilik hakkı ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörme bakımından da önemlidir. Zira belirttiğimiz üzere kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesinde hukukî temel gerçek olmayan vekâletsiz işgörmedir. Bu kapsamda aşağıda, ilk önce gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kusurun bir şart olarak aranıp aranmayacağı sorununa öğreti ve yargı kararlarının bakışı irdelenecektir. Sonrasında bu tartışmaya ilişkin kanaatimiz açıklanarak, kusurun aranıp aranmayacağı sorunu kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme özelinde değerlendirilecektir.

III. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmenin Şartları Arasında Kusurun Yer Alıp Almadığı Hususu

A. Genel Olarak

İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku'nun gerçek olmayan vekaletsiz işgörme düzenlemelerinin sözünde kusur şartına yer verilmemiştir. Bununla birlikte söze göre (lafzî) yorum ancak amaçsal yorum ile örtüşüğünde kabul görebilir. Dolayısıyla düzenlemenin amaçsal yorum bakımından değerlendirmeye tâbi tutulması da zorunludur.

Öte yandan Alman Hukuku'na bakıldığında BGB¹⁷ § 687 (1) hükmüne göre, “*Kişi başkasına ait işi için kendisine ait olduğunu düşünerek görmüşse 677-686 hükümleri uygulanma alanı bulmaz*”. Kanunda 677-

¹⁶ **Geiser:** sh. 251 vd.; **Inderkum,** Mattihias: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich-Basel-Genf 2008, N. 405; **Schmid:** N. 921 vd.; **Hausheer,** Heinz/**Aebi-Müller,** Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012, § 14, N. 14.71 vd.; **Helvacı,** Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001 (Koruyucu Davalar), s. 177; **Helvacı:** sh. 165; **CHK ZGB-Aebi Müller:** Art. 28a, N. 19; BGE 133 III 153 vd., www.servat.unibe.ch/dfr/c3133153.html (14 Ocak 2017).

¹⁷ Bürgerliches Gesetzbuch. Bu Kanun 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

686 hükümleri vekâletsiz işgörmeye ilişkin hükümlerdir. Yine BGB § 687 (2) uyarınca “Kişi başkasına ait işi kendi işiymiş gibi görürken, yetkisi olmadığını biliyorsa, işsahibi 677, 678, 681, 682 hükümlerini bu kişiye karşı ileri sürebilir. İşsahibi bunları ileri sürdüğünde, işgören 684 1. cümle uyarınca sorumlu olur”. Maddede yollama yapılan “Zenginleşmenin geri verilmesi” başlıklı 684. paragrafa göre ise, “683 hükmünün şartları söz konusu değilse, işsahibi işgörenden işgörme yoluyla elde ettiği her şeyi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edebilir. Eğer rıza verirse 683’e dayalı talep söz konusu olur”.

Görülmektedir ki Alman Medenî Kanunu’nun sözünde, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun aksine, işgörenin niyetine önem verilerek “Kişi başkasına ait işi kendi işiymiş gibi görürken, yetkisi olmadığını biliyorsa ...” denilmiş ve işgörenin, gördüğü işin başkasına ait olduğunu “biliyor olması” aranmıştır. Bu nedenle Alman Hukuku’nda başkasının hukuksal alanına bilinçsizce veya yanılma sonucu müdahale hâlinde gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir¹⁸.

Bu doğrultuda Alman Hukuku’ndan farklı olarak İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku’ndaki gerçek olmayan vekâletsiz işgörme düzenlemelerinin sözünde kusurun bir şart olarak yer almamasının sebebini belirlerken İsviçre Borçlar Kanunu’nun hazırlık sürecine bakılmalıdır¹⁹. Buna göre 1875 ve 1877 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarılarının 479. maddesinde işgörenin hatayla işi kendi yararına görmesi hâli hükmün kapsamında yer almaktaydı. Buna karşın 1879’da tasarı değişikliğe uğrayıp 482. maddede “hatayla işin görülmesi” kısmı çıkarılmış ve 1881 yılında tasarı bu hâli ile kanunlaşmıştır²⁰. Tasarıda yapılan değişikliğin gerekçesi açıklanmamıştır. Böylece öğretisi ve yargı kararlarında konuya ilişkin olarak farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

¹⁸ **Suter:** sh. 129 vd.; **Medicus, Dieter/Lorenz,** Stephan: Juristische Kurz-Lehrbücher, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2012, § 131, N. 1123; **Esser/Weyers:** § 46 V, sh. 26.

¹⁹ **Schmid:** N. 779-780; **Arkan Akbıyık:** sh. 36; **Baş Süzel:** sh. 41.

²⁰ **Schmid:** N. 779-780; **Baş Süzel:** sh. 41.

B. Öğreti ve Yargı Kararlarında Kusur Sorunu

1. Öğretinin Soruna Bakışı

a. Kusuru Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmenin Bir Koşulu Olarak Kabul Etmeyen Görüş

Öğretide bir görüşe göre 1881 yılında kanunlaşan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, 1879 tarihli Tasarı'nın 482. maddesinde yer alan "hatayla işin görülmesi" hâlinin hükmün kapsamından çıkarılmasının sebebi önceki metinde yazım hatası olmasıdır. Değişiklik sonucunda önceki metinde yer alan yazım hatası düzeltilmiştir²¹.

Bu görüş uyarınca kanun koyucu kusurlu veya kötüniyetli olma bakımından sessiz kaldığı için gerçek olmayan vekâletsiz işgörme uyarınca kazancın istenmesi, işgörenin kusurlu olması şartına bağlı olmadığı gibi iş sahibinin menfaatine olmaksızın kötüniyetle hareket etmesi şartına da bağlı değildir²². İşgörenin yetkisiz olması yeterlidir. Yoksa

²¹ **Suter:** sh. 119 vd.; **Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, 2. Auflage, Zürich 1945, Art. 423, N. 1.

²² **Suter:** sh. 138; **Oser/Schönenberger:** Art. 423, N. 2; **Becker:** Art. 423 OR, N. 1; **Schumacher, Robert:** Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse: insbesondere ihre Wiederrechtlichkeit, Freiburg 1960, sh. 217; **Riklin, Franz:** Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischen Privatrecht, Freiburg 1968, sh. 419; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir:** sh. 256; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükmüler, 20. Baskı, Ankara 2016 (Borçlar Genel), sh. 874; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Kocayusufpaşaoğlu):** Borçlar Genel, § 8, N. 5, sh. 72; **Guhl/Schneyder:** § 49, N. 46; **Öztan:** sh. 162; **Bucher, Andreas:** Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Auflage, Basel 1995 (Persönlichkeitsschutz), N. 605; **Hausheer/Aebi-Müller:** § 14, N. 14.72; **Helvacı:** sh. 165; **Özel:** sh. 80; **Inderkum:** N. 428-429; **BSK ZGB-Meili:** Art. 28a, N. 18; **Gönen:** sh. 206; **Kılıçoğlu** gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ilişkin davaya, "Kusuru Şart Koşmayan Davalar" ana başlığı altında yer vermektedir, **Kılıçoğlu:** Basın, sh. 317, sh. 354 vd; Türk Medenî Kanunu m. 3 hükmünde kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlardan bahsedildiği için iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hâllerde ve ölçüde koruyucu rol oynayacağı, dolayısıyla gerçek olmayan vekâletsiz işgörme bakımından Kanun hükmünde yer almamasına rağmen iyiniyetli olmanın bir şart olarak kabul edilmesinin ancak de lege ferenda açıklama olarak görülebileceği yönünde bkz. **Kılıçoğlu Yılmaz:** sh. 60-61; Aynı şekilde temelinde Türk Borçlar

işgörenin, TMK m. 3 hükmü anlamında, gördüğü işin başkasına ait olduğunu, yani başkasının hukuk alanına karışarak kazanç elde ettiğini bilmesi gerekmez²³.

Nitekim haksız olarak elde edilen malvarlığı değerlerinin iadesini amaçlayan bir diğer kurum olan sebepsiz zenginleşme hakkında sorumluluğun doğmasında gerekse iade bakımından kusur şartına yer verilmemiş iken, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye işgören kişinin kazancı iş sahibine vermesi yükümlülüğü bakımından kusur koşulunun aranması bir çelişki oluşturur. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin aksine, sebepsiz zenginleşmede iade noktasında iyiniyetli ve kötünietli zenginleşen bakımından ayrıma gidilmesi ise kurumlar arasındaki farkı ortaya koymaktadır²⁴. Bu görüşe göre gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kusurun ya da kötünietin aranmaması kanun koyucu tarafından yapılmış bilinçli bir tercihtir.

b. Kusuru Gerçek Olmayan Vekâletsiz İşgörmenin Bir Koşulu Olarak Kabul Eden Görüş

İsviçre Hukuku ve Türk Hukuku'nda giderek ağırlık kazanan diğer bir görüşe göre her ne kadar 1881 yılında kanunlaşan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yapılan bu değişikliğin gerekçesi tasarı ya da Kanun'un gerekçesinde yer almasa da "*hatayla işin görülmesi*" ifadesinin çıkarılması ilk tasarıda değişiklik yapılmasıdır. Yani iyiniyetli işgören kapsam dışında tutulmak istenmiştir²⁵.

Kanunu'nun 530. maddesine dayanan fikrî haklara saldırıdan doğan kazanç talebi bakımından saldırıda bulunanın kusurlu ya da kötünietli olmasının gerekmediği yönünde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, § 20, N. 99, sh. 317-318.

²³ **Suter**: sh. 137-138; **Oser/Schönenberger**: Art. 423, N. 2; **Becker**: Art. 423 OR, N. 1, N. 3; **Hausheer/Aebi-Müller**: § 14, N. 14.72; **Inderkum**: N. 428-429; **Kılıçoğlu Yılmaz**: sh. 60-61; Aynı yönde **Zevkliler/Gökyayla**, "*vekâletsiz işgörenin, işin başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi çıkarına yapmış olduğu işlerde*" caiz (gerçek) olmayan vekâletsiz işgörmeden söz edileceğini belirterek, kusurun ya da kötünietli olmanın gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin bir unsuru olmadığına işaret etmektedir, **Zevkliler/Gökyayla**: sh. 675.

²⁴ Aynı yönde bkz. **Inderkum**: N. 428-429; **Kılıçoğlu Yılmaz**: sh. 56.

²⁵ **Hofstetter**: sh. 207; **Arkan Akbıyık**: sh. 36-37; **Baş Süzöl**: sh. 42.

Bu görüş uyarınca hüküm, amaca göre yorum metodu ile yorumlanmalıdır. Söz konusu görüşe göre hükmün cezalandırma amacı ve özel hukuk cezası niteliği bulunmaktadır. Hükmün getiriliş amaçlarından biri başkasının hukuk alanına müdahale ederek işgörülmesini önlemek ve işgöreni cezalandırmaktır. Bu ise kişinin kusurlu davranışını gerektirir. Burada kusur adı altında bakılacak olan işgörenin kötüniyetidir. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden söz edebilmek için sadece başkasına ait işgörülmesi yeterli değildir. İşgörenin niyeti de önemlidir. Gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ancak işgören kişi kötüniyetli olarak kendi menfaatine hareket etmişse söz konusu olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinin (OR Art. 423) içerdiği ağır yaptırım iyiniyetli, yani başkasının hakkını istismar ederek kazanç elde ettiğinin farkında olmayan bir kimseye uygulanmamalı ve bu yolla adalet sağlanmalıdır²⁶.

²⁶ **Moser:** sh. 218; **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görme, sh. 203; **Hofstetter:** sh. 211 vd.; **BerKomm OR-Gautschi:** Art. 423, N. 1b, N. 1c; **Holenstein,** Patrizia: Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1983, sh. 168 vd.; **Widmer:** sh. 89; **Bucher:** OR BT, sh. 261; **Lischer,** Urs: Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Basel und Frankfurt 1990, sh. 46-47, sh. 50-51, sh. 73; **Kocayusufpaşaoğlu,** Necip/**Hatemi,** Hüseyin/**Serozan,** Rona/**Arpacı,** Abdülkadir (**Hatemi,** Hüseyin): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. II, 2. Bası, İstanbul 1998 (Sözleşme Dışı Sorumluluk), § 1, N. 32, sh. 16; **Hatemi/Serozan/Arpacı,** (**Hatemi:** sh. 495; **Schmid:** N. 771; **ZK OR-Schmid:** Art. 423, N. 21-25, N. 31; **BSK OR-Weber:** Art. 423, N. 8, N. 11; **Arkan Akbıyık:** sh. 37-39, sh. 42; **Hatemi:** sh. 385-386; **Baygın,** Cem: Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İfade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2002, (sh. 571-602), sh. 575; **Bürgi-Wyss,** Alexander Christoph: Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005, sh. 208; **KUKO-Weber:** Art. 423 OR, N. 1, N. 5; **Gümüş:** sh. 246; **Schmid/Stöckli:** § 20, N. 2035 vd.; **Antalya,** Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015, sh. 579; **Huguenin:** N. 2163, N. 2176; **CHK OR-Huguenin/Jenny:** Art. 423, N. 11; **Eren:** Borçlar Özel, sh. 754; **Baş Süzel:** sh. 43; **Serozan** ise kusursuz şekilde bir başkasına ait işin görülmesi durumunda müdahale zenginleşmesi talebine yer olduğunu belirtmektedir, **Kocayusufpaşaoğlu,** Necip/**Hatemi,** Hüseyin/**Serozan,** Rona/**Arpacı,** Abdülkadir (**Serozan,** Rona): İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 7. Bası, İstanbul 2016 (Haksız Zenginleşme), § 24, N.

Ayrıca sorumluluk hukuku kapsamında nasıl ki haksız fiil ile sözleşmesel sorumlulukta kusur prensibi ve sebepsiz zenginleşmeden doğan iade yükümlülüğünde iyiniyete göre bir ayırım geçerli ise yine bu sistem içinde bulunan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme bakımından da böyle bir ayırımın yapılması gerekir²⁷. Bu nedenle her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinin (OR Art. 423) kenar başlığı ile metninden böyle bir sonuca ulaşılamasa da hüküm amacına uygun şekilde sınırlandırılarak (*teleolojik redüksiyon*) daraltıcı yoruma tâbi tutulmalı ve hükmün yalnızca kötüniyetli işgören bakımından uygulanacağı kabul edilmelidir²⁸. Böylece bu görüşteki yazarlar kusuru, kötüniyet olarak ifade etmektedir²⁹. Yazarlara göre kötüniyetli işgören, başkasının hukuk alanına, herhangi bir hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebebe dayanmaksızın müdahale ederek, onun haklarını istismar yolu ile o kimseye ait iş gördüğünü ve bu yolla kazancı elde ettiğini bilen veya kendisinden beklenen özeni gösterse idi bilmesi gereken kişidir³⁰. “Biliyor olma” kastı, “bilmesi gerekme” ise ihmâli kapsamaktadır³¹. Hatta bilmesi gerekme durumunun yalnızca ağır ihmâli kapsadığını, hafif ihmâl hâlinde gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin varlığının kabul edilmemesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır³². Ancak

23; İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nın 69. maddesine bakıldığında “bilmesi veya bilmesi gerekmesi” koşuluna açıkça yer verilmiştir (metin için bkz. <http://or2020.ch/#>).

²⁷ Hofstetter: sh. 212 vd.; Lischer: sh. 46; Arkan Akbıyık: sh. 37, sh. 42; Schmid/Stöckli: § 20, N. 2038; Baş Süzel: sh. 44.

²⁸ Schmid/Stöckli: § 20, N. 2038.

²⁹ Tandoğan: Vekâletsiz İş Görme, sh. 203-204; Hostenstein: sh. 168 vd.; Widmer: sh. 89; Schmid: N. 771; ZK OR-Schmid: Art. 423, N. 21, N. 31; Lischer: sh. 73; BSK OR-Weber: Art. 423, N. 3, N. 8; Arkan Akbıyık: sh. 40; Hatemi: sh. 385-386; Baygın: sh. 575; Bürgi-Wyss: sh. 208; KUKO-Weber: Art. 423 OR, N. 3, N. 5; Gümüş: sh. 246; Schmid/Stöckli: § 20, N. 2036, N. 2038; Huguenin: N. 2176-2177; CHK OR-Huguenin/Jenny: Art. 423, N. 11; Baş Süzel: sh. 45.

³⁰ BerKomm OR-Gautschi: Art. 423, N. 1c; Bucher: OR BT, sh. 261; ZK OR-Schmid: Art. 423, N. 23-24; Lischer: sh. 73; Schmid/Stöckli: § 20, N. 2036; Huguenin: N. 2162.

³¹ Hofstetter: sh. 211 vd.; BerKomm OR-Gautschi: Art. 423, N. 1c; Lischer: sh. 73; ZK OR-Schmid: Art. 423, N. 23-24; BSK OR-Weber: Art. 423, N. 3, N. 8; KUKO-Weber: Art. 423 OR, N. 3, N. 5; Gümüş: sh. 246.

³² BSK OR-Weber: Art. 423, N. 8 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Serozan): Haksız Zenginleşme, § 24, N. 23; Baş Süzel: sh. 46; Kötüniyet

işgörenin, ayrıca iş sahibine zarar verme amacı ile hareket etmesi anlamamaktadır³³.

Bu hâlde iyiniyetli işgörene karşı ileri sürülecek taleplerin hangi hukukî temele dayanacağı hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre müdahaleden doğan sebepsiz zenginleşme kapsamında, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade yükümlülüğünü düzenleyen TBK m. 79/I (OR Art. 64) hükmü burada kıyasen uygulanmalı ve iyiniyetli işgören sadece elinde kalan miktarı vermekle sorumlu tutulmalıdır³⁴. Diğer bir görüşe göre bu durumda elde edilen kazanç, iş sahibi ile iyiniyetli işgören arasında bölüştürülmelidir. Buna benzer son bir görüş uyarınca iyiniyetli işgören kullandığı hakkın uygun karşılığını iş sahibine vermeli, eğer fazladan bir kazanç elde etmişse bunu kendisinde tutabilmelidir³⁵. Görüldüğü üzere kusuru gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin bir koşulu olarak kabul eden görüş, işgörenin iyiniyetli olması hâlinde iadenin hangi kuruma dayalı olacağı hususunda kendi içinde son derece tartışmalıdır.

2. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın Soruna Bakışı

Kusur sorununa ilişkin olarak yargı kararlarına bakıldığında, Federal Mahkeme'nin kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesi hakkında verdiği bir içtihadına göre, söz konusu sorumluluk

kapsamında bilmek ya da bilmesi gerekme durumlarının ancak kast ya da olası kast düzeyinde olması durumunda gerçek olmayan vekâletsiz işgörme meydana getirebileceğine ilişkin bkz. **Huguenin**: N. 2176.

³³ **ZK OR-Schmid**: Art. 423, N. 25; **Gümüş**: sh. 246.

³⁴ **Moser**: sh. 218-219; **Tandoğan**: Vekâletsiz İş Görme, sh. 203; **Holenstein**: sh. 173; **Hofstetter**: sh. 211 vd., sh. 214; **Widmer**: sh. 88-89; **BerKomm OR-Gautschi**: Art 423, N. 2a; **Schmid**: N. 735, N. 1128; **ZK OR-Schmid**: Art. 423, N. 34-35; **Lischer**: sh. 46; **BSK OR-Weber**: Art. 423, N. 8, N. 11; **Hatemi**: sh. 386; **Schmid/Stöckli**: § 20, N. 2049; **Antalya**: sh. 581; **Huguenin**: N. 2189; **Baş Süzel**: sh. 50-51; **Serozan ve Baygın** ise bu durumda müdahale zenginleşmesi talebine yer olacağını ifade etmektedir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Serozan)**: Haksız Zenginleşme, § 24, N. 23; **Baygın**: sh. 575; Kişinin kendisine ait sanarak başkasına ait olan işi görmesi durumunu “iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz işgörme” olarak nitelendirmekle birlikte, bu ilişkinin sebepsiz zenginleşme kurallarına tâbi olacağına ilişkin bkz. **Gümüş**: sh. 246, sh. 252.

³⁵ Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. **Baş Süzel**: sh. 49; Bu çözümlerin keyfi olacağı hususunda **Tandoğan**: Vekâletsiz İş Görme, sh. 203.

bakımından kişilik hakkını ihlâl edenin kusuru aranmamaktadır³⁶. Yine kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesine ilişkin olmamakla birlikte Federal Mahkeme'nin gerçek olmayan vekâletsiz iş-görme hakkında verdiği başkaca kararlarında OR Art. 423 hükmünün uygulanması için işgörenin kötüniyetinin şart olmadığı, hükmün kötüniyetli gibi iyiniyetli işgörene de uygulanacağı belirtilmiştir³⁷.

Buna karşın Federal Mahkeme'nin -kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesi hakkında olmamakla beraber- gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye ilişkin yakın tarihli kararlarında kusur koşulunu arayarak OR Art. 423 hükmünün sadece kötüniyetli işgörene uygulanacağını kabul ettiği görülmektedir. Buna göre gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye işgören başkasının haklarını ihlâl ettiğini bilmeli veya gerekli özeni gösterse idi bilecek durumda olmalıdır. Eğer işgören iyiniyetli ise kazancın verilmesi gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye değil, sebepsiz zenginleşmeye dayandırılmalıdır³⁸.

Yine Yargıtay da benzer şekilde kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesine ilişkin olmamakla birlikte, gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hakkında verdiği kararlarda, işgörenin, başkasının hukuk alanına hukuka aykırı şekilde müdahale yolu ile iş gördüğünü ve bu yolla kazanç elde ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyor olmasını aramaktadır³⁹.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Görüldüğü üzere gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin meydana gelebilmesi için kusuru bir şart olarak kabul eden görüş uyarınca, vekâletsiz işgörenden elde ettiği kazancın istenebilmesi için onun kusur adı altında kötüniyetli olması gereklidir.

³⁶ BGE 133 III 153 vd., www.servat.unibe.ch/dfr/c3133153.html (14 Ocak 2017).

³⁷ BGE 97 II 169 vd., www.servat.unibe.ch/dfr/c2097169.html (14 Ocak 2017); BGE 47 II 195, www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2047195.pdf (14 Ocak 2017).

³⁸ BGE 129 III 422, www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c3129422.html (14 Ocak 2017); BGE 126 III 382, www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c31266382.html (14 Ocak 2017).

³⁹ Yargıtay İBK, 4.6.1958, E. 1958/15, K. 1958/6, www.kazanci.com (14 Ocak 2017); Yargıtay 3. HD, 8.12.2003, E. 2003/14214, K. 2003/14097, www.kazanci.com, (14 Ocak 2017).

Buna karşın bize göre TBK m. 530 hükmünün açık hükmü karşısında gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin gerek koşulları gerekse sonuçları bakımından kusur ya da iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapılamaz. Kanımızca hükmün, amaca göre yorum metodu ile yorumu da böyle bir sonuca götürmez.

Öncelikle kusurun kötüniyet olarak ifade edilmesi hususu ele alınırsa, bu kavramların birbirinden tamamen farklı kavramlar olduğu vurgulanmalıdır. *Kusur* kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamış olmakla birlikte, İsviçre ve Türk öğretisinde yapılan tanımlar ışığında, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmakla birlikte hukuka aykırı sonuçtan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır⁴⁰. Buna göre kusurun, kast ve ihmâl olmak üzere iki çeşidi bulunur. Hukuka aykırı sonucu isteyerek bir davranışta bulunma *kasdı*⁴¹ ifade eder. Hukuka aykırı sonucu istemiş olmamakla birlikte bu sonuçtan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak, durum ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemek ise ihmâldir⁴² ve ihmâl, ağır ihmâl ve hafif ihmâl olmak üzere iki çeşittir.

⁴⁰ **Becker**, Hermann: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar Bd./N. VI/1, 2. Auflage 1945 (BerKomm OR-Becker), Art. 41, N. 92 vd.; **Tandoğan**, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010 (Mes'uliyet Hukuku), sh. 45; **Eren**: Borçlar Genel, sh. 591 vd.; **Keller**, Max/**Gabi**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988, sh. 54 vd.; **von Tuhr**, Andreas/**Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, Zürich 1979, sh. 427 vd.; **Oğuzman/Öz**: N. 153; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1995, § 5, N. 44 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, (**Hatemi**): Sözleşme Dışı Sorumluluk, § 7, N. 11 vd., sh. 69-70; **Antalya**: sh. 25 vd.; **Huguenin**: N. 1976 vd.

⁴¹ **Tandoğan**: Mes'uliyet Hukuku, sh. 46; **von Tuhr/Peter**: sh. 427; **Oğuzman/Öz**: N. 158; **Eren**: Borçlar Genel, sh. 596-597; **Keller/Gabi**: sh. 55; **Oftinger/Stark**: § 5, N. 44; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, (**Hatemi**): Sözleşme Dışı Sorumluluk, § 7, N. 13, sh. 69; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, N. 22.12; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016, (Borçlar Genel), sh. 327; **Antalya**: sh. 28; **Huguenin**: N. 1976.

⁴² **Tandoğan**: Mes'uliyet Hukuku, sh. 48; **von Tuhr/Peter**: sh. 429; **Oğuzman/Öz**: N. 159; **Eren**: Borçlar Genel, sh. 598-599; **Keller/Gabi**: sh. 55-56; **Oftin-**

Ağır ihmâl, hukuka aykırı sonucu meydana getiren davranışta bulunurken, o davranışta bulunan kişinin şartlarına sahip herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemek iken; *hafif ihmâl*, hukuka aykırı sonucu meydana getiren davranışta bulunurken, o davranışta bulunan kişinin şartlarına sahip herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir⁴³. Eş söylemle kast hâlinde irade hem davranışa hem de sonucuna yönelmekte iken; ihmâlde davranış iradî olsa da sonuç istenmemekte, yine de orta zekâlı, makul ve dürüst insan tipinin öngörebileceği bir sonucun öngörülemediği olması sebebi ile kişi kusurlu sayılmaktadır.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nda kusur konusunda yeni bir yaklaşım benimsenmiştir. Bununla amaçlanan kast ve ağır ihmâlî aynı sonuçlara bağlamaktır. Buna göre kusur, ağır kusur ve hafif kusur şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda kast ve ağır ihmâl, ağır kusur olarak değerlendirilirken, hafif ihmâl hafif kusura denk gelmektedir⁴⁴.

İyiniyetli olmama/kötüniyet kavramı ise kusur kavramından tamamen farklıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesinde iyiniyet kavramı düzenlenmektedir. Bu madde kapsamında öğretide iyiniyet, durumun gerektirdiği özeni gösterdiği hâlde, bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukukî sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilmemek şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁵. Söz konusu tanımın zıt anlamından iyiniyetli olmayan kimseye, yani kötüniyetli kimseye de ulaşılabilir. Buna göre iyiniyetli olmama/kötüniyet bir hakkın kazanılmasına veya başka bir hukukî sonucun gerçekleşmesine ait bir engeli bilmek veya

ger/Stark: § 5, N. 48; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Hatemi):** Sözleşme Dışı Sorumluluk, § 7, N. 14, sh. 70; **Schwenzer:** N. 22.14; **Kılıçoğlu:** Borçlar Genel, sh. 328; **Antalya:** sh. 30-31; **Huguenin:** N. 1977.

⁴³ **Tandoğan:** Mes'uliyet Hukuku, sh. 54-55; **von Tuhr/Peter:** sh. 430-431; **Oğuzman/Öz:** N. 159; **Eren:** Borçlar Genel, sh. 602; **Keller/Gabi:** sh. 57 vd.; **Oftinger/Stark:** § 5, N. 105 vd.; **Schwenzer:** N. 22.22; **Kılıçoğlu:** Borçlar Genel, sh. 328; **Antalya:** sh. 36-37; **Huguenin:** N. 1985 vd.

⁴⁴ **Kılıçoğlu:** Borçlar Genel, sh. 328; **Antalya:** sh. 38.

⁴⁵ **Oğuzman, M. Kemal/Barlas,** Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bastı, İstanbul 2016, N. 821; **Riemer,** Hans Michael: Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2003, § 6, N. 3; **Hürlimann-Kaup/Schmid:** N. 328; **Antalya, Gökhan/Topuz,** Murat: Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükmüleri, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Bastı, İstanbul 2016, s. 324.

durumun gerektirdiği özeni gösterse idi bilebilecek durumda olacaktır⁴⁶. Dikkat edilirse kötünîyetli davranışın, “*bilmek*” konusunda kasıtlı davranışla, “*bilememek*” konusunda ise ihmâl ile örtüştüğü gözlemlenir. Ancak iki kurumun işlevi birbirinden farklıdır. Kötünîyet, bir hakkın kazanılmasına yönelik eksikliğe ilişkin iken; kusur, davranışa vücut veren iradenin hukuk düzeni ile çatışmasına ilişkindir.

Yer verilen genel bilgiler doğrultusunda gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin meydana gelebilmesi için işgörenin kötünîyetli olması bir koşul olarak aranır, bu hususta kötünîyetli işgören, başkasının hukuk alanına müdahale ederek o kimseye ait iş gördüğünü ve bu yolla kazanç elde ettiğini bilen veya kendisinden beklenen özeni gösterse idi bilmesi gereken kişidir. Oysa gerçek olmayan vekâletsiz işgörme sorumluluğunun doğması için işgörenin kötünîyetli olması yerine kusurlu olmasının aranması varılacak sonucu tamamen değiştirir. Bir kimse, başkasına ait iş görmek sureti ile bu yolla kazanç elde etmeyi istemiş veya istememiş olmakla birlikte bu yolla kazanç elde etmekten kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamış ise kusurlu olur. İlk durumda yani bir kimse, başkasına ait iş görmek sureti ile bu yolla kazanç elde etmeyi istemiş ise kastla hareket etmiştir; yok eğer istememiş olmakla birlikte bu yolla kazanç elde etmekten kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamış, durum ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemiş ise işgörenin ihmâli vardır. Yine bir kimse kazanç getirecek işi yaparken, kendisinin içinde bulunduğu şartlara sahip herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş ise ağır ihmâl ile davranmış olur. Buna karşın kişi kazanç getirecek işi yaparken, kendisinin içinde bulunduğu şartlara sahip herkesin değil, dikkatli ve tedbirli birinin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş ise hafif ihmâl ile davranmıştır.

Diğer yandan kusur adı altında iyiniyetli vekâletsiz işgörene TBK m. 530 hükmünün uygulanmayacağını söyleyen görüşlerin getirdikleri çarelerin de işsahibi açısından adalet duygusunu tatmin etmeyebileceğini vurgulamak isteriz. Çünkü daha önce yer verdiğimiz üzere ileri sürülen çözümlerden biri iyiniyetli işgören hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasıdır. Bu durumda TBK m. 79/I hükmü uyarınca işgören kazancın istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğu-

⁴⁶ **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, İstanbul 2016, N. 1194; **Riemer**: § 6, N. 12; **Hürlimann-Kaup/Schmid**: N. 326; **Antalya/Topuz**, s. 326.

nu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlü olacaktır. Ancak bu sonuç önemini özellikle kazancın konusunu parça borcu niteliğinde taşınır ya da taşınmaz bir eşyanın oluşturduğu durumlarda gösterir. Şöyle ki; işgörenin iyiniyetli olması gerekçesi ile TBK m. 79 hükmüne başvurulduğunda işgören elinde kalanla sorumlu olacağı için, bu sonuç kazancın konusunun bir taşınır ya da taşınmaz olduğu durumlarda bizi adaletli bir sonuca ulaştırmaz.

Örnek olarak başkasının hukuk alanına yetkisi olmaksızın müdahale edip bu yolla kazanç olarak bir taşınmaz edinen iyiniyetli işgören, kazancın istendiği anda bu taşınmazı başka bir kimseye malik sıfatı ile sahip olduğu tasarruf yetkisine dayalı olarak bağışlamış ise artık söz konusu kazancı geri vermekle yükümlü olmayacak, satmış ise yalnızca elinde kalan satış bedelini vermekle yükümlü olacaktır. Ama bu hâlde işgören iyiniyetli de olsa başka bir kimsenin hukuk alanına müdahale ederek kazanç sağlamıştır ve bize göre kazancın tamamı hukuk alanına müdahale edilen iş sahibine verilmelidir.

Bunlara ek olarak, öğretide TMK m. 3 hükmünde kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlardan bahsedildiği için buradan yola çıkılarak iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hâllerde ve ölçüde koruyucu rol oynayacağı ifade edilmektedir⁴⁷. Örneğin BGB § 687 (1) hükmünde bu husus açıkça öngörülmüş iken, TBK m. 530 hükmünde iyiniyete ya da “*biliyor olma/bilmesi gerekme*” gibi iyiniyetli olmanın aranacağına işaret eden herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle Türk Hukuku’nda gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin meydana gelebilmesi için başkasına ait işin iş sahibinin menfaatine yapılmamış olması yeterlidir. Bunun dışında başkasına ait işi iş sahibinin menfaatine olmaksızın görenin niyetine bakılmamalıdır.

Ayrıca kanun koyucu sorumluluk hukukunda iyiniyet - kötüniet ayrımı yaptığı durumlarda (örneğin sebepsiz zenginleşme ya da haksız zilyetlikteki gibi), bu ayrıma sorumluluğun bir koşulu olarak değil, iade rejimi bakımından yer vermiştir. Şu hâlde iyiniyet - kötüniet ayrımı yapılacaksa da bu ayrımın sorumluluğun doğması için bir şart olarak değil, ancak sonuçları bakımından getirilmesi uygun olur. O yüzden iyiniyet - kötüniet ayrımına gidilecekse bir defa gerek iyiniyetli gerekse

⁴⁷ Oğuzman/Barlas: N. 809, N. 821; Dural/Sarı: N. 1200; Riemer: § 6, N. 10; Hürlimann-Kaup/Schmid: N. 329; Akkanat, Halil: Türk Medenî Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010, sh. 175; Antalya/Topuz, s. 335.

kötünîyetli işgören bakımından gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin koşullarının gerçekleştiği, ancak kötünîyetin kazancın iş sahibine verilmesi noktasında farklılık yaratacağı gibi bir ayırım ortaya konmalıdır. Bu nedenle daha önce yer verdiğimiz kötünîyetli işgören bakımından gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye gerçekleşirken, iyiniyetli işgören bakımından sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşeceği görüşünü benimsemiyoruz. Aksi hâlde böyle bir tutum birbirinden tamamen farklı işlev ve koşullara sahip iki kurum olan sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kurumları arasındaki esaslı farklılığı ortadan kaldıracaktır. Ancak bu yapılan tespitler dahi, TMK m. 3 hükmünde kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlardan bahsedilmesi dolayısıyla iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hâllerde ve ölçüde koruyucu rol oynayacağı gerçeği karşısında, *de lege ferenda* açıklamalardan öteye gidemez. Eş söylemle kanunda açık düzenleme yapılmadıkça bu görüşün savunulması mümkün değildir.

Kaldı ki kanun koyucunun böyle bir amacı olsa idi, tıpkı TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi açıkça kusurlu olma şartına ya da TMK m. 993 ve 996 aralığında yer alan haksız zilyedin iadesi ve TBK m. 79-80 hükümlerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşenin iadesi sorumluluğunda olduğu gibi iyiniyet - kötünîyet ayırımına yer verebilirdi. Dolayısıyla biz, *de lege lata hukuk (olan hukuk)* açısından, başkasının hukuk alanına hukuka aykırı müdahale dolayısıyla elde edilen kazancın, işgörenin kusurlu ya da kötünîyetli olup olmamasına bakılmaksızın istenebileceği kanaatindeyiz. Zira bu durumda işgören iyiniyetli de olsa yetkisi olmaksızın başkasının hukuk alanına müdahalede bulunarak bir kazanç elde etmiştir.

Bunların yanı sıra TBK m. 528/I hükmüne bakıldığında, maddede yalnızca sınırlı ehliyetsiz bakımından sorumluluğun sınırlandırıldığı görülmektedir. Şöyle ki; TMK m. 16 hükmü kapsamında ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların⁴⁸, başka bir kimsenin hakkını ihlâl dolayısıyla bir kazanç elde etmeleri durumunda, bu kimselerden söz konusu kazancın istenmesi mümkündür. Ancak bu durumda kazanç talebi bakımından bir sınırlama devreye girmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 528/I hükmü uyarınca işgören, sözleşme ehliyetinden yoksun olduğunda, yalnızca kazançtan elinde kalanı vermekle yükümlü olmakta,

⁴⁸ Türk öğretisinde bu duruma çoğunlukla “*sınırlı ehliyetsizlik*” denmektedir, Arpacı: sh. 55; Helvacı: sh. 78.

kazancın bir kısmını iyiniyetle elden çıkarmış ise bu kısımdan sorumlu olmamaktadır. Hükümde geçen “sözleşme ehliyetinden yoksun” olma ile ne kastedildiğine madde metninden ulaşılamamaktadır. Ancak bununla ayırt etme gücü bulunmayan, yani tam ehliyetsiz bir kimseden söz edilmediği açıktır. Zira tam ehliyetsiz bir kimsenin işgörme iradesi bulunmayacağı gibi onun iyi ya da kötüniyetli olduğu şeklinde bir ayırma da gidilemez⁴⁹. Bu nedenle hükümde sözleşme ehliyetinden yoksun olma ile kastedilen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yani sınırlı ehliyetsizlerdir. İşte bu düzenlemenin zıt anlamından sonuç çıkarılarak da (*argumentum e contrario*), kanaatimizce tam ehliyetli kimsenin gerek iyiniyetli gerekse kötüniyetli olduğu durumda kazancın verilmesi bakımından sorumlu olacağı yorumuna ulaşılabılır.

Son olarak belirtilmelidir ki gerçek olmayan vekâletsiz işgörme sorumluluğu için kusur ya da kötüniyetin bir şart olarak aranması, işsahibi bakımından bir de işgörenin kusurlu ya da kötüniyetli olduğuna yönelik ispat sorununu gündeme getirecektir. Öğretide işgörenin kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat etmesinin, işsahibi tarafından işgörenin kötüniyetli olduğunun ispat edilmesine kıyasla daha kolay olduğu, çünkü işgörenin başkasının hukuk alanına bilerek müdahalede bulunduğu, bu nedenle ispat külfetinin tersine çevrilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁰. Ancak diğer görüş uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz işgörme kapsamında kusur ya da iyiniyetin bir şart olarak aranması durumunda, bu olguların ispatına ilişkin ispat yükü işsahibindedir. Zira TMK m. 6 ve HMK⁵¹ m. 190 hükmü kapsamında ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Yine TMK m. 3 hükmüne göre aslolan iyiniyettir⁵². Gerçekten de kusurun bir an için kurumun koşulları arasında yer aldığı kabul edilirse, bu konuda ispat yükü işsahibinde olacaktır. Bu noktada ispat yükünü tersine çevirme yolunda korunması üstün bir menfaat de söz konusu değildir.

⁴⁹ **Baş Süzel:** sh. 96; Aksi yönde **Gümüş:** sh. 236.

⁵⁰ **Moser:** sh. 239; **Baş Süzel:** sh. 53-54.

⁵¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.10.2011.

⁵² **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görme, sh. 204; **Schmid:** N. 795; **ZK OR-Schmid:** Art. 423, N. 37; **Huguenin:** N. 2177; **CHK OR-Huguenin/Jenny:** Art. 423, N. 12.

Bu gerekçelerle bize göre şu an için Türk Borçlar Kanunu'nun açık hükmü karşısında gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin gerek koşulları gerekse sonuçları bakımından kusur ya da iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapılamaz.

Belirtilmelidir ki katıldığımız görüş uyarınca kusurun bir koşul olarak aranmaması tam ehliyetsizin başkasının hukuk alanına müdahalesi dolayısıyla elde ettiği kazancı, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye hükümlerince iş sahibine vermesine de yol açmayacaktır. Çünkü maddî fiile dayanan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye sorumluluk için işgörenin asgari olarak ayırt etme gücüne sahip olması gerekir⁵³. İşgören ayırt etme gücüne sahip değilse elde edilen kazanç dolayısıyla doğan haksızlık, ayırt etme gücünü dahi gerektirmeyen sebepsiz zenginleşme hükümleri ile giderilebilir⁵⁴. Bununla beraber gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye bakımından TBK m. 65 ve m. 59 hükümlerinin kıyasen uygulanma alanı bulabileceği ve bu koşullar altında istisnaî olarak tam ehliyetsizin de kazancı verme yükümlülüğünün doğabileceği unutulmamalıdır⁵⁵.

IV. Sorunun Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Özelinde Değerlendirilmesi

Türk ve İsviçre Hukuku'nda kişilik hakkının ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesinde hukukî temelin gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye olduğuna yukarıda detaylı olarak değinildi. Bu kapsamda kusura ilişkin gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye bakımından yer verilen tartışmalar TMK m. 25/III ile ZGB Art. 28a/III hükümleri özelinde uryarlanırsa şu sonuçlara varılır.

⁵³ **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görmeye, sh. 173, sh. 199; **Hofstetter:** sh. 184; **Uluslan:** sh. 59; **Özdemir:** sh. 110, sh. 121; **Arkan Akbıyık:** sh. 42; **Baygın:** sh. 599; **KU-KO-Weber:** Art. 423 OR, N. 1; **Kılıçoğlu Yılmaz:** sh. 38, sh. 57; **Baş Süzel:** sh. 94.

⁵⁴ **Kılıçoğlu Yılmaz:** sh. 57.

⁵⁵ Kişilik hakkı ihlâli haksız fiil oluşturduğu için, tam ehliyetsiz işgören hakkında, haksız fiile ilişkin hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 65 hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz. **Suter:** sh. 57; **Oser/Schönenberger:** Art. 421, N. 1; **Becker:** Art. 421 OR, N. 3; **ZK OR-Schmid:** Art. 421, N. 11; **Özdemir:** sh. 121; **CHK OR-Huguenin/Jenny:** Art. 421, N. 6; **Baş Süzel:** sh. 94; **Gümüş:** sh. 236.

Kusur adı altında işgörenin kötünietli olmasını şart kabul eden görüşe göre, kişilik hakkını ihlâl dolayısıyla bir kazanç elde eden kim-seden söz konusu kazancın istenebilmesi için kişilik hakkını ihlâl eden, başkasının kişilik hakkını ihlâl ederek o kimseye ait iş gördüğünü ve bu yolla kazanç elde ettiğini biliyor veya kendisinden beklenen özeni gösterse idi bilmesi gerekiyor olmalıdır. Yok eğer başkasının kişilik hakkını hukuken geçerli bir sebebi bulunmaksızın ihlâl eden, kendi şahıs varlığı alanında hareket ettiğini ya da başkasının şahıs varlığı alanına girmesi için geçerli bir sebebi olduğunu düşünmekte yeterli gerekçelere sahipse artık gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hükümleri uygulanamayacaktır⁵⁶. Bu durumda iyiniyetli olarak kişilik hakkını ihlâl eden bakımından hangi hükümlerin devreye gireceği hakkında yine gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye iyiniyetli işgörene uygulanacak hükümler bakımından benimsenen görüşe göre, farklı sonuçlara varılabilir.

Buna karşın diğer görüşe göre gerçek olmayan vekâletsiz işgöremenin varlığından bahsedebilmek için kusur adı altında işgörenin kötünietli olması gerekmez. Yukarıda gerekçeleri ile belirttiğimiz üzere kanımızca isabetli olan görüş de budur. Söz konusu görüş kabul edildiği durumda, kişilik hakkı ihlâl dolayısıyla elde edilen kazancın, kişilik hakkını ihlâl edenin kusurundan bağımsız olarak kişilik hakkı ihlâl edilene verilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır.

Gerçekten de TMK m. 25/III ve TBK m. 530 hükümlerine bakıldığında, hükümlerin lafzının kusur hakkında herhangi bir bilgi içermediği görülmektedir. Daha önce gerekçeleri ile detaylı olarak açıkladığımız üzere kanımızca TBK m. 530 hükmünün amaca göre yorumu da kusurun, kurumun şartları arasında yer aldığı sonucuna işaret etmemektedir. Aksine aşağıda örnekler ışığında detaylı olarak açıklayacağımız üzere, kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme özelinde değerlendirme yapıldığında, amaçsal yorum kusurun kurumun koşulları arasında yer almaması gerektiği sonucuna götürmektedir. Şöyle ki;

Kusur koşulu getirmeyen kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme kurumu, kişilik hakkına yapılan saldırı dolayısıyla elde edilen kazancın, kusurlu ya da kötünietli olmadığı gerek-

⁵⁶ Hofstetter: sh. 211; Geiser: sh. 246; Lischer: sh. 73; Bucher: Persönlichkeitsschutz, N. 605; Schmid: N. 931-932; Arkan Akbıyık: sh. 78; Baş Süzal: sh. 279; Aksi yönde bkz. Riklin: sh. 419.

çesi ile ihlâl edenin yanına bırakılmasını önleyerek, adaleti sağlama ve hakkaniyeti gerçekleştirme işlevi görmektedir⁵⁷.

Bu işlev şu kurgusal olay ışığında net bir şekilde görülebilir. Son romanı üzerinde çalışmalar yapan ünlü yazar (Y)'nin kanunî mirasçısı yoktur. (Y) vasiyetname ile apartman görevlisi (K)'yi mirasçı olarak atamıştır. (Y) taslağını bitirdiği son romanını yayımlamadan önce ölür. Ardından (K) bu roman taslağını paraya çevirme yolunda bir yayınevi ile anlaşır ve tek mirasçı olarak eser üzerindeki mâlî hakka sahip olduğundan ücretini de alır. Ancak romanın yayımlanmasından sonra romanda verilen apaçık ipuçları dolayısıyla romanın baş kahramanın ünlü bir iş adamı olduğu herkes tarafından öğrenilir. Apartman görevlisi savunmasında taslağı hiç okumadan bir yayınevine götürerek ücreti aldığını, ayrıca gerek doğru dürüst okuma yazma bilmemesi gerekse sosyal statüsü sebebi ile romanın içindeki kişileri tanıma imkânının olmadığını söyler. Bu gerekçeler ışığında olayda (K)'nin kusursuz olduğu görülmektedir. İşte kişilik hakkı ihlâli dolayısıyla elde edilen kazancın istenmesinin, kişilik hakkını ihlâl edenin kusuruna bağlı olduğu kabul edilirse, söz konusu kazancın (K)'den istenmesi mümkün olmayacaktır. Oysa talebin kusurdan bağımsız olduğu kabul edilirse olayda (K)'nin kusuru olmasa da (K), ünlü kişinin kişilik hakkına saldırı sonucunda romanın gelirine yönelik alacak davasının borçlusu olabilecektir.

Belirtilmelidir ki zaten olguların çoğunda kişilik hakkını ihlâl eden kusurlu olarak hareket etmektedir. Ancak ihlâl edenin kusursuz olarak yarıldığı durumlarla nadiren de olsa karşılaşılabilir. Bu kapsamda kişilik hakkını ihlal eden *kusursuz olarak*; "*kendisinin yetkili olduğu*" hususunda, "*ihlâlê konu olan kişisel değerin kime ait olduğu*" hususunda ya da "*kişilik hakkı sahibinin menfaati*" konusunda yanılabilir.

⁵⁷ **Hausheer/Aebi-Müller:** § 14, N. 14.70-14.71; **Inderkum:** N. 431; **Baş Süzel:** sh. 235-236, sh. 276-277; Genel olarak gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye dayalı kazanç talebinin adaletin sağlanmasında rol oynadığına ilişkin bkz. **Hofstetter:** sh. 176 vd.; **ZK OR-Schmid:** Art. 423 OR, N. 93; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Kocayusufpaşaoğlu):** Borçlar Genel, § 8, N. 5, sh. 71-72; **Arkan Akbıyık:** sh. 62, sh. 103; **Kılıçoğlu Yılmaz:** sh. 2-3, sh. 9, sh. 23-24, sh. 83; Genel olarak gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin hakkaniyeti sağlama fikrine dayandığı hususunda bkz. **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görme, sh. 60; **Dural/Öğüz:** N. 786; **Özdemir:** sh. 90.

Söz konusu ihtimâlleri sırasıyla ele alırsak; ilk olarak kişilik hakkını ihlâl eden, kendini yetkili sanarak ihlâl dolayısıyla bir kazanç elde ederse öncelikle ihlâl edenin bu işi kimin menfaatine gördüğüne bakılmalıdır. Çünkü bir işin görülmesi bakımından kendisine yetki verilen kişi kural olarak o işi işsahibinin hesabına yaparken; gerçek olmayan vekâletsiz işgörmede işgören, işi işsahibinin menfaatine görmemektedir. Şu hâlde görüşümüzce kusur bir şart olarak aranmadığından, kendini yetkili sanan⁵⁸ ve bu konuda yanılarak başkasının kişilik hakkını ihlâl eden kimse, bu yolla bir kazanç sağlar ve bunu yaparken işsahibinin hesabına hareket etmez ise ondan elde edilen kazanç gerçek olmayan vekâletsiz işgörme temeli ile istenebilir⁵⁹.

Bu tespit kurgusal bir olay üzerinden şu şekilde örneklendirilebilir. (V), ünlü şarkıcı (M)'nin vekili olsun. Parasız kaldığı bir dönemde (M), içinde kendi kişilik hakkını ihlâl eden hususları barındıran günlüklerini, yayımlatması için (V)'ye teslim etmiştir. Bunun üzerine yayımcı firma ile anlaşılan (V), ahzu kabza yetkisi ile paranın ödenmesi için kendi banka hesap numarasını da bildirmiştir. Fakat (M) sonradan eski bir hayranının yardımı ile acil para sıkıntısından kurtulmuş ve günlüklerinin yayımlanması talebinden vazgeçtiğini (V)'ye bildirmiştir. (V), söz konusu bildirimini Nepal'e yapacağı uçak yolculuğu başlamadan biraz önce almış ancak yolculuk sebebi ile yayını durduramamış ve para temsilcinin banka hesabına yatmıştır. Görüldüğü üzere olayda (V), (M)'nin kişisel değerini kendisinin yetkili olduğunu sanarak ihlâl etmiştir. Her ne kadar (V) kusursuz olsa da (M), elde edilen bu kazancı gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye dayalı olarak isteyebilir.

⁵⁸ Bu hâlde işgören kendini yetkili sansa da yabancı bir iş gördüğünün bilincindedir, **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görme, sh. 142.

⁵⁹ **Tandoğan:** Vekâletsiz İş Görme, sh. 143; Bir görüşe göre işgörenin kendini yetkili sanarak başkasına ait bir işi görmesi hâlinde işgören iyiniyetli olduğu ve gerçek olmayan vekaletsiz işgörme kapsamında sorumluluğa gidilebilmesi için kötüniyetli olmak şart olduğundan, bu durumda gerçek olmayan vekaletsiz işgörmekten söz edilemez, **Arkan Akbıyık:** sh. 34, sh. 39; Bir diğer görüşe göre işgörenin yanılma da kusuru olup olmadığı önemlidir. İşgörenin kendinin yetkili olduğu hususunda yanılması durumunda kastı olmasa da eğer ağır ihmâl derecesinde kusuru varsa ve işi kendi ya da işsahibi dışında bir üçüncü kişinin menfaatine görmüş ise gerçek olmayan vekaletsiz işgörmekten doğan sorumluluğun şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir, **Baş Süzel:** sh. 47-48.

İkinci olarak kişilik hakkını ihlâl eden, ihlâl konu olan kişisel değerın kime ait olduğu hususunda yanılarak, kişilik hakkı sahibinin menfaatine olmaksızın bir kazanç sağlayabilir. Kanaatimizce kusur bir şart olarak aranmadığından bu ihtimâle dayalı elde edilen kazancın da gerçek olmayan vekâletsiz işğörme temeli ile istenmesi imkânı vardır⁶⁰.

Kurgusal bir olay ile açıklamak gerekirse, “Yeni Bir Star Aranıyor” yarışmasına iki arkadaş olan (A) ile (B) birlikte katılmaya karar vermiş olsun. Yarışma sonunda birinci gelen hem bir dizide rol alacak hem de 100.000TL para ödülü kazanacaktır. Yarışmaya çeşitli açılardan çekilmiş pozları içeren otuz adet fotoğrafın yer aldığı CD ile başvurulmaktadır. Arkadaşlar her ikisinin CD’sini (B)’nin yollayacağı hususunda anlaşmıştır. Ancak (A) son anda ailesinin karşı çıkması üzerine başvurmadan vazgeçtiğini (B)’ye söylemiştir. (B) ise kendi CD’si sanarak (A)’nın CD’sini yarışmaya göndermiştir. Gönderilen CD’de yer alan fotoğraflar ile yarışmada birinci gelmesi üzerine 100.000 TL’lik para ödülü (B)’nin bildirdiği banka hesabına yatırılmış ve gazetede yarışma sonunda meşhur dizide oynayacak kişinin belli olduğuna ilişkin çıkan haberde (A)’nın resimlerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere olayda (B), (A)’nın kişisel değerını, kendisinin kişisel değeri sanarak kendi menfaatine kullanmıştır. Her ne kadar (B) kusursuz olsa da (A), elde edilen bu kazancı gerçek olmayan vekâletsiz işğörmeye dayalı olarak isteyebilmelidir.

Üçüncü olarak ihlâl eden, kişilik hakkı sahibinin menfaati konusunda yanılarak, ihlâl niteliğindeki hukuka aykırı saldırının kişilik hakkı sahibinin menfaatine olacağını sanabilir ve bu yolla kendi menfaatine bir kazanç sağlayabilir. Bu durumda ihlâl eden, kişilik hakkı sahibinin menfaatinin ne yönde olduğu konusunda yanılmaktadır. Kanımızca kusur bir şart olarak aranmadığından bu ihtimâle dayalı elde edilen kazancın da yine gerçek olmayan vekâletsiz işğörme temeli ile istenmesi mümkündür. Zira yanılarak da olsa ihlâl eden başkasının kişilik hakkını kullanarak bir kazanç elde etmiştir⁶¹.

⁶⁰ Öğretide bir görüşe göre bu durumda eğer işğören yanılmasında hafif ihmâl derecesinde kusurlu ya da kusursuz ise iyiniyetli sayılmalı ve gerçek olmayan vekâletsiz işğörmeden söz edilmemelidir. Yok eğer ağır ihmâl varsa artık gerçek olmayan vekâletsiz işğörmeden doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiştir, **Baş Süzel:** sh. 48.

⁶¹ Aynı yönde işğören tarafından öyle sanılsa da aslında iş sahibinin menfaatine olmayan durumlarda, caiz olmayan (gerçek olmayan) vekâletsiz işğörmeden söz edileceğine ilişkin bkz. **Zevkililer/Gökyayla:** sh. 675.

Bu ihtimâl de kurgusal bir olay üzerinden şu şekilde somutlaştırılabilir. Geçmişinde ünlü olan sinema sanatçısı (S) alzheimer hastası olsun. Çok yakın arkadaşı (A), (S)'nin bu durumundan ötürü bakıma ihtiyaç duyacağından para gerekeceğini görmüş ve onun özel günlüklerini hiçbir şekilde ayırt etme gücünün bulunmamasından ötürü iznini almadan ve (S) alzheimer olduğundan kişilik hakkının ihlâl edilmiş olmayacağı düşüncesi ile sahte vekâletname kullanarak bir yayınevine kitap olarak basılması konusunda anlaşmış ve (S) sözleşmeyi bedeli sonradan (A)'ya ödemek üzere temsilen imzalamış, paranın ödenmesi için de kendi banka hesap numarasını vermiştir. Ancak kitap yayımlanmadan önce (S) ölmüş ve bu nedenle kitap daha da büyük cirolara ulaşmıştır. Bunun üzerine (A), (S)'nin bakımı için artık masraf gerekmediği düşüncesi ile banka hesabına yatan parayı kendisi alıkoymuştur. Görüldüğü üzere olayda (A), yaptığı ihlâl niteliğindeki davranışın (S)'nin menfaatine olduğunu düşünerek hareket etse de sonuçta kendi menfaatine kazanç sağlamıştır. Her ne kadar (A) kusursuz olsa da (S)'nin mirasçıları, elde edilen bu kazancı gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye dayalı olarak isteyebilmelidir.

Elbette yer verilen üç kurgusal örnekte de sonradan rıza verilirse, artık kişilik hakkı ihlâl edilen bakımından -yoksun kalınan kazanç kaybı şeklinde- fakirleşme unsuru da gerçekleşeceğinden, sebepsiz zenginleşme ile gerçek olmayan vekâletsiz işgörme talebi yarışacaktır. Zira bize göre sebepsiz zenginleşmede fakirleşme bir unsurdur⁶². Ancak rıza-

⁶² Bu konuda klasik görüşe göre, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesi için zenginleşmenin diğer tarafın fakirleşmesinin karşılığı olması gerekir. Bu görüş OR Art. 62/I hükmüne ve TBK m. 77/I hükmüne dayanmaktadır. Bu hükümler uyarınca eğer fakirleşme olmadan bir zenginleşme ortaya çıkmış ise, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlere başvurulamayacağı görüşü savunulmaktadır. Bu durumda başvurulacak kurum gerçek olmayan vekaletsiz işgörmedir, bkz. **BerKomm OR-Becker**: Art. 62, N. 7; **Moser**: sh. 44; **Schumacher**: sh. 211; **Reisoğlu**, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961, sh. 105 vd.; **von Tuhr/Peter**: sh. 472 vd.; **Oğuzman/Öz**: N. 943; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, (**Kocayusufpaşaoğlu**): Borçlar Genel, § 8, N. 5, sh. 72-73; **Yavuz/Acar/Özen**: sh. 1368; **Öz**: Sebepsiz Zenginleşme, sh. 36-37, sh. 40 vd.; **Schwenzer**: N. 55.08; **Kılıçoğlu**: Basın, sh. 352; **Arkan Akbıyık**: sh. 74; **Hatemi**: sh. 386; **Kılıçoğlu**: Borçlar Genel, sh. 535; Şartın aranmaması hâlinde Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinin boşa döneceği yönünde bkz. **Nomer**: N. 140, sh. 248; **Öz**, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012 (Yenilikler), sh. 15.

nın verilmediği kurguda kazanç ancak gerçek olmayan vekâletsiz işgörme ile istenebilir.

Ayrıca daha önce değinildiği üzere gerçek olmayan vekâletsiz işgörme sorumluluğu için kusuru ya da kötüniyeti bir şart olarak arayan görüş, kişilik hakkı ihlâli özelinde bir de ihlâl edenin kusurlu ya da kötüniyetli olduğuna yönelik ispat sorununu gündeme getirecektir. Zira bu durumda TMK m. 6 ve HMK m. 190 hükmü kapsamında ispat yükü kişilik hakkı ihlâl edilende olur.

Yaptığımız değerlendirmeler sonucunda görülmektedir ki TMK m. 25/III ve TBK m. 530 hükümlerinin sözünde kusur ya da kötüniyet ten söz edilmezken hükmün ratio legisi (konuluş amacı) ya da hakkaniyet gereği kurumun şartları arasına kusur veya kötüniyeti dâhil etmek, kişilik hakkı ihlâl edilenin durumunu zorlaştıran bir tutum olmaktadır. Oysa kişilik hukuku kapsamında getirilen kanunî düzenlemelerin ratio legisi (konuluş amacı), kişilik hakkı ihlâl edileni korumaktır. Bu

Diğer görüşe göre fakirleşme sebepsiz zenginleşmenin bir koşulu değildir. Fakirleşme olmadan da zenginleşme mümkündür. Her zenginleşme mutlaka bir fakirleşmeye denk gelmez. Zenginleşen için, başka bir kimsenin hukuk alanına müdahale ederek bir malvarlığı değeri kazanılması yeterlidir, bkz. **Holenstein**: sh. 60 vd.; **Eren**: Borçlar Genel, sh. 888-889; **Schmid**: N. 1328; **ZK OR-Schmid**: Art. 423, N. 181; **Nietlispach**: sh. 177 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Serozan)**: Haksız Zenginleşme, § 24, N. 8; **Baygın**: sh. 591; **Bürgi-Wyss**: sh. 123-124; **Huguenin**: N. 1780; **Antalya**: sh. 571; Aynı yönde fakirleşmenin mutlaka ekonomik olarak ölçülebilir olmasına gerek olmadığı, bu kapsamda manevî bir menfaat azalmasından da söz edilebileceğine ilişkin bkz. **Schaufelberger**, Peter C.: Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Zürich 1981, sh. 137. Nitekim fakirleşme şartını arayan görüşün, fakirleşme olmayan hâlleri Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesi kapsamında çözmeye çalışmasını, iyiniyetli zenginleşene bu hükmün uygulanamayacağı gerekçesi ile eleştiren görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Serozan)**: Haksız Zenginleşme, § 24, N. 9.

Türk Hukuku'nda Türk Borçlar Kanunu'nun 77. maddesinin fakirleşme şartını kaldırdığı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, (Serozan)**: Haksız Zenginleşme, § 24, N. 8; **Antalya**: sh. 571; Aksi yönde yeni maddenin değişikliğe rağmen hâlâ "başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşmeden" söz ettiği, şu hâlde zenginleşme için bir başkasının malvarlığından veya emeğinden yararlanmak gerektiğine göre, zenginleşmenin yine fakirleşmeden kaynaklanacağı görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**: N. 943 vd.; **Öz**: Yenilikler, sh. 13; **Kılıçoğlu**: Basın, sh. 352; **Nomer**: N. 140, sh. 248; **Kılıçoğlu Yılmaz**: sh. 37.

amaç doğrultusunda kişilik hakkı sahibinin kişisel değerlerinin ihlâli yolu ile elde edilen kazançların mümkün olduğunca -iyiniyetli de olsa, kusursuz da olsa- ihlâl edende bırakılmaması gerekir. Zaten verdiğimiz kurgusal örneklerde de görüldüğü üzere kişilik hakkını ihlâl edenin kusursuz olacağı durumlar çok istisnai örneklerden oluşabilmektedir. Bu nedenle kişisel görüşümüz kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörmenin şartları arasında ihlâl edenin kusurlu ya da kötüniyetli olmasının yer almadığı yönündedir. Bu görüşümüz ile İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nın 69. maddesinde "*bilmesi veya bilmesi gerekmesi*" koşuluna açıkça yer veren değişiklikten de vazgeçilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁶³.

V. Sonuç

Çalışma çerçevesinde kişilik hakkı ihlâlinden doğan vekâletsiz işgörme kurumunun gerek koşulları gerekse sonuçları bakımından kusur ya da iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapılamayacağı sonucuna varılmıştır. Şöyle ki;

Türk Medenî Kanunu m. 25/III ve TBK m. 530 hükümlerinin lafzından kusur koşulu hakkında herhangi bir bilgiye ulaşılamamaktadır.

Kusurun kurumun koşulları arasında yer almaması sayesinde, kişilik hakkına yapılan saldırı neticesinde elde edilen kazancın, kusursuz olduğu gerekçesi ile ihlâl edenin yanına bırakılması önlenmekte, adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirme işlevi sağlanmaktadır.

Kaldı ki kanun koyucu tarafından haksız olarak elde edilen malvarlığı değerlerinin iadesini amaçlayan bir diğer kurum olarak sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade sorumluluğu bakımından da kusur şartına yer verilmemiştir. Şu durumda gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye, işgören kişinin kazancı iş sahibine verme yükümlülüğü bakımından kusur koşulunun aranması bir çelişki yaratır.

Ayrıca öğretilerde, kusur adı altında iyiniyetli vekâletsiz işgörene sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını belirten görüş, kişilik hakkı ihlâl edilen açısından adalet duygusunu tatmin etmeyebilir. Çünkü TBK m. 79/I hükmü uyarınca işgören kazancın istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlü olmaktadır. Bu husus ise önemini özellikle kazancın

⁶³ Metin için bkz. <http://or2020.ch/#>.

konusunu parça borcu niteliğinde taşınır ya da taşınmaz bir eşyanın oluşturduğu durumlarda gösterir.

Yine TBK m. 528/1 hükmüne bakıldığında, maddede yalnızca sınırlı ehliyetsiz bakımından sorumluluğun sınırlandığı görülmektedir. Bu düzenlemenin zıt anlamından çıkan sonuç da (*argumentum e contrario*), tam ehliyetli kimsenin gerek iyiniyetli gerekse kötüniyetli olduğu durumda kazancın verilmesi bakımından sorumlu olacağı yorumuna ulaştırmaktadır.

Öte yandan kusurun, iyiniyetli olmama/kötüniyet olarak ifade edilmesi hukuk tekniği açısından isabetli değildir. Bu kavramlar birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Ayrıca TBK m. 530 hükmü uyarınca iyiniyet - kötüniyet ayırımına da gidilemez. Zira TMK m. 3 hükmünde kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlardan bahsedildiği için, iyiniyetin ancak kanunun öngördüğü hâllerde ve ölçüde koruyucu rol oynayacağı kabul edilmektedir.

Bu nedenle kanaatimizce konu kişilik hakkı ihlâlinden doğan gerçek olmayan vekâletsiz işgörme özelinde düşünüldüğünde, ilgili kanunî düzenlemelerin söz ve amaca göre yorumlanması, kurumun koşulları arasında kusur ya da kötüniyet kavramına yer verilmemesini gerektirmektedir. Belirtilmelidir ki kişilik hukuku kapsamında getirilen kanunî düzenlemelerin ratio legisi (konuluş amacı), kişilik hakkı ihlâl edilene korumaktır. Bu amaç doğrultusunda kişilik hakkı sahibinin kişisel değerlerinin ihlâli yolu ile elde edilen kazançların mümkün olduğunca -iyiniyetli de olsa, kusursuz da olsa- ihlâl edende bırakılmaması gerekir.

KISALTMALAR

Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BerKomm	Berner Kommentar
bkz.	bakınız
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
C.	Cilt
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
dn.	dipnot
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	Herausgeber; herausgegeben
İBK	İçtihadî Birleştirme Kararı
K.	Karar
KUKO	Kurzkommentar
m.	madde
N.	Kenar Numarası
OR	Bundesgesetz vom 30 Marz 1911 Betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
sh.	sayfa
§	Paragraf
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	ve devamı
Vor.	Vorbemerkungen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
ZK	Zürcher Kommentar

KAYNAKÇA

- Akkanat**, Halil: Türk Medenî Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul 2010.
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2015.
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Bası, İstanbul 2016.
- Arkan Akbıyık**, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1999.
- Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000.
- Baş Süzel**, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-, İstanbul 2015.
- Baygın**, Cem: Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu, Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2002, (sh. 571-602).
- Becker**, Hermann: Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern 1934.
- Becker**, Hermann: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar Bd./N. VI/1, 2. Auflage 1945 (BerKomm OR-Becker).
- Breitschmid**, Peter/**Rumo-Jungo**, Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen -und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Zürich/Basel 2012 (CHK ZGB-İşleyen).
- Bucher**, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988 (OR BT).
- Bucher**, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. Auflage, Basel 1995 (Persönlichkeitsschutz).
- Bürgi-Wyss**, Alexander Christoph: Der unrechtmässig erworbene Vorteil im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 2005.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2016.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, İstanbul 2016.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016 (Borçlar Genel).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2014 (Borçlar Özel).
- Esser**, Josef/**Weyers**, Hans-Leo: Schuldrecht, Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Heidelberg 2000.

- Gauch**, Peter (Hrsg.): Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, 3. Auflage, Zürich 1993 (ZK OR-İşleyen).
- Geiser**, Thomas: Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel/Frankfurt 1990.
- Gönen**, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkının Korunması, İstanbul 2011.
- Guhl**, Theo/**Koller**, Alfred/**Schneyder**, Anton K./**Druey**, Jean Nicolas: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000 (Guhl/Schneyder).
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Hatemi**, Hüseyin: Türk Hukuku'nda "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme" Kurumuna İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (sh. 383-389).
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Hatemi**, Hüseyin): Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012.
- Helvacı**, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001 (Koruyucu Davalar).
- Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Hofstetter**, Josef: Die Geschäftsführung ohne Auftrag in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel und Stuttgart 1979.
- Holenstein**, Patrizia: Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Zürich 1983.
- Honsell**, Heinrich (Hrsg.): Kurzkomentar Obligationenrecht Art. 1-529, Basel 2008, (KUKO-İşleyen).
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-217 ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2006 (BSK ZGB-İşleyen).
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegand**, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007 (BSK OR-İşleyen).
- Huguenin**, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014.
- Huguenin**, Claire/**Müller-Chen**, Markus/**Girsberger**, Daniel (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bügschaft Art. 319-529 OR, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012 (CHK OR-İşleyen).
- Hürlimann-Kaup**, Bettina/**Schmid**, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.

- Inderkum**, Mattihias: Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich-Basel-Genf 2008.
- Keller, Max/Gabi**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1988.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukusal Sorumluluk, 4. Bası, Ankara 2013 (Basın).
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara 2016 (Borçlar Genel).
- Kılıçoğlu Yılmaz**, Kumru: Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip): Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, C. I, İstanbul 2010 (Borçlar Genel).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Hatemi**, Hüseyin): Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. II, 2. Bası, İstanbul 1998 (Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir (**Serozan**, Rona): İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, C. III, 7. Bası, İstanbul 2016 (Haksız Zenginleşme).
- Lischer**, Urs: Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Basel und Frankfurt 1990.
- Medicus**, Dieter/**Lorenz**, Stephan: Juristische Kurz-Lehrbücher, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2012.
- Meier-Hayoz**, Arthur (Hrsg.): Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragverhältnisse, 5. Teilband, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Artikel 407-424 OR, Bern 1986 (BerKomm OR-İşleyen).
- Moser**, Rudolf: Die Herausgabe des wiederrechtlich erzielten Gewinnes (insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 423 OR), Zürich 1940.
- Nietlispach**, Markus: Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Bern 1994.
- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 14. Bası, İstanbul 2015.
- Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Auflage, Zürich 1995.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul 2016.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, İstanbul 2016.

- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2016.
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529, 2. Auflage, Zürich 1945.
- Öz, Turgut:** Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990 (Sebepsiz Zenginleşme).
- Öz, Turgut:** Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012 (Yenilikler).
- Özdemir, Gökçe:** Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara 2001.
- Özel, Sibel:** Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Öztan, Bilge:** Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 7. Bası, Ankara 1997.
- Reisoğlu, Seza:** Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961.
- Riemer, Hans Michael:** Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2003.
- Riklin, Franz:** Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischen Privatrecht, Freiburg 1968.
- Schaufelberger, Peter C.:** Bereicherung durch unerlaubte Handlung, Zürich 1981.
- Schmid, Jörg:** Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg Schweiz 1992.
- Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert:** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010.
- Schumacher, Robert:** Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse: insbesondere ihre Wiederrechtlichkeit, Freiburg 1960.
- Schwenzer, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
- Suter, Richard:** Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, Bern 1933.
- Tandoğan, Halûk:** Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957 (Vekâletsiz İş Görme).
- Tandoğan, Halûk:** Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010 (Mes'uliyet Hukuku).
- Tekinalp, Ünal:** Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Ulusan, İlhan:** İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- von Tuhr, Andreas/Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, Zürich 1979.

Widmer, Beat: Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (Neue Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169), Basel/Frankfurt 1985.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com

www.swisslex.ch/

www.servat.unibe.ch/

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması

The Refusal of the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Case of Invalidity of Arbitration Agreement



Prof. Dr. Sibel ÖZEL*

ÖZET

Tahkim anlaşması geçersiz ise, verilen hakem kararının tenfizi, aleyhine tenfiz istenen tarafın bunu ileri sürmesi üzerine reddedilecektir. Pek çok uluslararası sözleşme ve milletlerarası tahkim ile ilgili iç hukuk mevzuatı tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği ile ilgili maddi kanunlar ihtilafı kuralı getirmiş ve yazılılık esasını kabul etmiştir. Diğer taraftan tahkim sözleşmesi, taraf ehliyeti açısından ve esastan da geçerli olmalıdır.

Bu makale tahkim sözleşmesinin şekli geçerlilik koşullarını, taraf ehliyetine ve tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuku irdelemektedir.

***Anahtar kelimeler:** tahkim sözleşmesi, şekli geçerlilik, taraf ehliyeti, esastan geçerlilik*

ABSTRACT

Enforcement of the arbitral awards will be refused at the request of the party against whom it is invoked, if that party proves that the arbitration agreement which is essential for the arbitration proceeding is null and void. Most international conventions and national arbitration laws contain substantive conflict of law provisions in relation to form requirements which is in writing. On the other hand

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı.

arbitration agreements must be valid in terms of party's capacity and substantiality.

This article analyses the formal requirements of arbitration agreement as well as applicable law to capacity of the parties to enter into an arbitration agreement and to its substantive validity.

Key words: *arbitration agreement, formal validity, party capacity, substantial validity.*

I. Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde öncelikle ele alınması gereken husus geçerli bir tahkim sözleşmesine binaen verilmiş bir hakem kararı olup olmadığıdır. Zira tarafların uyuşmazlığı devlet yargılaması yerine, özel bir yargılama prosedürüne tâbi tutmaları bu yönde yaptıkları bir anlaşmanın sonucudur ve bu anlaşma yargılama neticesi verilen hakem kararının temelini oluşturmaktadır¹.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde geniş bir uygulama alanı bulan 1958 tarihli New York Sözleşmesi² m. V(1)(a) tanıma ve tenfiz engeli olarak bu hususu “ II. Maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise” şeklinde düzenlenmiştir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak iç hukuk düzenlememiz olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)³ m. 62(1) (a) “tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış” ise diyerek, tahkim sözleşmesi/şartının yokluğunu ve ayrıca m. 62 (1) (e) ile de “tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise” diyerek, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini bir tanıma/tenfiz engeli saymıştır.

¹ Tahkimin hukuki niteliği ile ilgili teorilerle ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 66 vd.

² Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi RG. 25.09.1991-21002.

³ RG. 12.12.2007-26728.

Dolayısıyla 1958 New York Sözleşmesi kapsamındaki yabancı hakem kararlarının tenfizinde yazılı olarak yapılması gereken tahkim sözleşmesinin ehil taraflarca esastan geçerli bir sözleşme olarak kurulması önemlidir. Tahkim sözleşmesinin bu unsurlarından biriyle sakatlanması hakem kararının tanınması/tenfizini, davalının bu yönde bir itirazıyla engelleyecektir.

New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarının tanınması/tenfizi ise MÖHUK hükümlerine göre gerçekleşecektir⁴. MÖHUK'daki şartlar New York Sözleşmesi ile paralellik arz etmektedir⁵. Ancak New York Sözleşmesinde açıkça vurgulanan taraf ehliyeti meselesi MÖHUK'ta tenfiz kuralları içinde yer almamıştır.

Tahkim anlaşmasının yokluğu ya da geçersizliği tahkim yargılaması sırasında, hakem kararının iptali aşamasında ileri sürülebilecektir. Tenfiz aşamasında bu hususun ileri sürülmesinin iyi niyete aykırılık teşkil edip etmediğinin cevaplanması gerekmektedir.

New York Sözleşmesi ve MÖHUK tahkim sözleşmesinin geçersizliğini bir tenfiz engeli olarak açıkça düzenlemiş ve taraflara bunu ileri sürme hakkı vermiştir. Bununla birlikte tahkim yargılaması ya da iptal davası aşamasında bunu ileri sürmeyen taraf ilk kez tenfiz davasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ortaya koyarsa, bu hususun iyi niyete aykırı olup olmadığının ve tenfiz davasına etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Doktrin tahkim yargılaması sırasında tahkim sözleşmesi/şartının geçersizliği yönünde bir itirazda bulunmayan ve görev belgesini bu şekilde imzalayan davalının, tenfiz aşamasında karar aleyhine çıktığında bunu bir tenfiz engeli olarak ileri sürmesini iyi niyet kurallarına aykırılık kabul etmektedir⁶. Yine tahkim sözleşmesinin ifasına dönük davranışlarda bulunan yani tahkim heyetinden gelen tebligata cevap veren, hakemini seçen, tahkim heyetinin yetkisini kabul eden tarafın da tenfiz

⁴ Bkz. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2016, s. 424.

⁵ AKINCI, s. 423; ŞANLI; Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 483.

⁶ AKINCI, s. 122.

aşamasında tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyete aykırılık olarak değerlendirilmektedir⁷.

Yargıtay 11. HD 09.04.2004 tarihli kararında davalı tarafın vekilinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel yetkisinin bulunmadığı, bu nedenle tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığına dair itirazın ilk defa tenfiz aşamasında yapılmış olmasını TMK m. 2'ye aykırı görmüştür⁸. Aynı şekilde Yargıtay 19. HD de 7.11.2002 tarihli kararında davalının kendisine gönderilen sayısız tahkim işlemi ve sözleşmesel yazışma karşısında suskun kalmasına rağmen, tenfiz aşamasında tahkim şartının şirket yetkilisi tarafından yapılmadığını ileri sürmesini dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur⁹. Ancak bu hususun Yargıtay'ın tüm kararlarında istisnasız benimsendiğini söylemek mümkün değildir. Muhtemelen davacı tarafın bu yönde bir itirazı olmaması nedeniyle tenfiz davasının davalısının tahkim anlaşmasının geçersizliğini tahkim yargılamasında yapıp yapmadığı meselesinin incelenmediği kararlar da mevcuttur. Bir kararında Yargıtay tarafların Londra Tahkim Mahkemesini kararlaştırdığı ancak Paris merkezli UTO'nun (ICC) kendini yetkili görüp hakem kararını verdiği bir olayda tenfiz aşamasında yapılan UTO'nun yetkilendirilmediği itirazını kabul etmiş ve UTO tahkim yargılamasında bu

⁷ ŞANLI, s. 427. Mahkeme kararları için bkz. Id. s. 427 dn. 511. Ancak maddi hukuk sözleşmesine dönük ifa ile tahkim sözleşmesinin ifasına dönük davranışlar birbiriyle karıştırılmamalıdır. Tahkim şartı esas sözleşmenin bir hükmü olarak düzenlense de iki sözleşme birbirinden bağımsızdır. Esas sözleşmenin ifasına dönük hareketler bundan bağımsız bir sözleşme olan tahkim sözleşmesinin de ifası anlamına gelmez. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 27.11.1988 tarihli kararında taşıma sözleşmesinin tahkimle ilgili 43. maddesi hariç diğer maddelerine davacı tarafca itiraz edilmemiş ve fiilen uygulanmış olmasını sözleşmenin bütünü açısından kabul ederek tahkim şartını da ifa sebebiyle geçerli saymış ve tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiasını iyi niyete aykırı görmüştür. Temel sözleşme ifa nedeniyle geçerli olmasına rağmen tahkim sözleşmesinin ifa hareketleri yapılmadığı sürece geçerli olmadığı ve bu durumun iyi niyete aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. ŞANLI, s. 426-427.

⁸ Yargıtay 11. HD. 09.04.2004 T, 2003/6774 E, 2004/3751 K sayılı kararı. Bkz. ŞANLI, s. 428-429.

⁹ Yargıtay 19.HD. 7.11.2002 T, 2002/2249 E, 2002/7219 K sayılı kararı. Bkz. ŞANLI, s. 427-428.

itirazın yapılıp yapılmadığını, tarafların UTO'nun yetkisini kabul edip etmediğini araştırmamıştır¹⁰.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği şekil, taraf ehliyeti ve esastan geçerlilik açısından ele alınmalıdır. Bu hususlardan birinin sakatlığı verilen hakem kararının tenfizini engelleyecektir.

II. Tahkim Sözleşmesinin Şeklen Geçerliliği

1958 tarihli New York Sözleşmesi tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı yerine maddi milletlerarası özel hukuk normu getirmiştir. Madde II'ye göre tahkim anlaşması yazılı olarak yapılmalıdır. Yazılılıktan anlaşılması gereken karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye derc edilmiş bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesidir. Genel kabul gören görüş tahkim anlaşmasının yazılı olması şartının imza zorunluluğunu içermemesidir¹¹.

Her ne kadar New York Sözleşmesi'nde yazılı anlaşmaya vurgu yapılmışsa da modern tahkim kanunlarında bu vurgudan vazgeçilmiş ve anlaşmanın bir şekilde yazılı bir belge ile açıklanması yeterli görülmüştür¹². Buna göre yazılılık şartı imzalı metinler dışında, teati edilen mektup, elektronik posta gibi her çeşit telekomünikasyon ortamını ihtiva etmektedir. Bu örnekler sınırlayıcı değildir ve gelecekteki iletişim araçlarının tümünü kapsamaktadır. Önemli olan anlaşmanın yazılı kayıt verebilecek durumda olmasıdır¹³.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu dahil modern milletlerarası tahkim kanunları tahkim sözleşmelerinin şekli geçerliliğinde New York Sözleşmesi'nin ötesinde bir düzenleme yapmışlardır. TMTK m. 4/2'ye göre "...dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş"

¹⁰ Yargıtay 19. HD. 7.06.2011 T, 2011/4149 E, 2011/7619 K sayılı karar (www.kazanci.com (20.09.2016).

¹¹ REDFERN, Alan/HUNTER, Martin: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London Sweet&Maxwell, 2003, s. 141.

¹² Id. s. 142.

¹³ ÖZEL, s. 63. UNCITRAL Model Kanun ve Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu yanında diğer milli tahkim kanunlarında konunun nasıl ele düzenlendiği konusunda bkz. ÖZEL, s. 62 vd.

olması yeterlidir. Buna göre davacı tahkim yargılamasını başlatıp dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasından bahsetmiş ve davalı da cevap dilekçesinde buna itiraz etmemiş ise tahkim anlaşmasının yazılılık şartı gerçekleşmiş sayılır. Ancak New York Sözleşmesi maddi kural olarak m. 2’de bu hususa değinmediği için tenfizi istenen hakem kararı davalının dava dilekçesinde varlığı iddia edilen tahkim sözleşmesine itiraz etmemesi neticesi verilmişse bu hakem kararının tenfizi aşamasında, m. 2’ye göre tahkim sözleşmesinin olmadığına iddia edilebileceği öne sürülmüştür¹⁴. Ancak yukarıda belirtildiği üzere tahkim yargılamasında ileri sürülmemeyen tahkim sözleşmesine ilişkin itirazın tenfiz aşamasında ileri sürülmesi iyi niyete aykırı kabul edilmekte ve hukuken korunmamaktadır. Diğer yandan New York Sözleşmesi m. VII (1) tenfiz ülkesindeki daha müsait hükümler dairesinde hakem kararının tenfize imkân tanımaktadır. MÖHUK’daki hakem kararlarının tenfizi şartları tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine ilişkin bir hüküm getirmemektedir. Tahkim sözleşmesinin yokluğu bir tenfiz engelidir. Tahkim yeri hukukuna göre itiraz edilmeyen dava dilekçesinde belirtilen yazılı tahkim sözleşmesine binaen hakem kararı verilmişse benzer şartı öngören Türkiye’de de hakem kararının tenfize engel teşkil eden bir durum olmayacaktır.

Tahkim sözleşmesinin yazılı olarak yapılması koşulu bazı özel durumların bu bağlamda ele alınmasını gerektirmektedir. Bunlardan ilki genel işlem şartlarına yapılan atıftır. Taraflar yaptıkları bir sözleşmede genel şartlar kategorisinde yer alan kurallara atıf yapmışlarsa (örneğin GAFTA’nın 100 nolu genel şartları) bu şartlar sözleşmenin bir parçası haline gelir ve o şartlarda yer alan tahkim klotu da sözleşmenin bir parçası olarak yazılılık koşulunu yerine getirmiş olur¹⁵.

Diğer bir özel durum konişmentoyu ciro yoluyla devralan hamilin, taşıyan ile taşıtan arasında yapılan taşıma sözleşmesi (charter party) içinde yer alan tahkim şartı ile bağlı olup olmadığı hususudur. Burada ciro edilen konişmento charter party şartlarına atıf yapmakta ve konişmento hamili de ciro etmekle atıf yapılan yazılı tahkim sözleşmesindeki tahkim şartının tarafı haline gelmektedir¹⁶. Dolayısıyla atıf

¹⁴ AKINCI, s. 122.

¹⁵ ÖZEL, s. 64.

¹⁶ Türk, Alman ve İngiliz hukuklarındaki konişmento-charter party ilişkisi için bkz. ÖZEL, s. 64 vd.

yoluyla esas sözleşmenin parçası haline gelen yazılı belgede yer alan tahkim şartı tahkim sözleşmesinin yazılı olması yönündeki zorunluluğu yerine getirmektedir. Bu özel durumların taraf iradesi (tahkime rıza) açısından değerlendirilmesi şekil meselesinin dışında tahkimin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka göre incelenecektir.

III. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarının Ehliyetsizliği

A. Tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti

Tahkim sözleşmesi usuli sonuçları olan bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu için bütün sözleşmelerde olduğu gibi tarafların sözleşme yapma ehliyetini haiz olması gerekmektedir. Ehliyetsiz tarafın yaptığı sözleşme hukuken geçersizdir ve bu geçersizlik yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizinde bir engel olarak 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde yerini almıştır¹⁷.

1958 New York Sözleşmesi'ne göre ehliyete uygulanacak olan hukuk tarafların haklarında uygulanması gereken hukuktur. Bu hukuk tenfiz hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir¹⁸.

1. Gerçek kişiler

Yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizi davası Türkiye'de açıldığında tahkim sözleşmesi yapan gerçek kişilerin ehliyetine uygulanacak olan hukuk MÖHUK m. 9(1)'e göre belirlenecektir. Buna göre gerçek kişinin hak ve fiil ehliyeti onların milli hukukuna göre belirlenecektir. Ancak m. 9(2) işlem güvenliği ilkesi nedeniyle milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişinin işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olması halinde, yaptığı sözleşme ile bağlı olduğunu kabul etmiştir¹⁹.

¹⁷ MÖHUK da aynı yönde bir tenfiz engeli yer almamaktadır.

¹⁸ ÖZEL, S. 68; ŞANLI, s. 412; LEW, Julian/MISTELIS, Loukas/KRÖLL, Stefan: Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 117-118; JAHNG, Yong-Beum/KIM, Ryull: "The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Korea: With Focus on the US Matters" 15 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 567 (2015) s. 590. Tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilafının esas alınması gerektiği görüşü için bkz. AKINCI, s. 372.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015, s. 222 vd; TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağ-

Dolayısıyla milli hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmayan veya ehliyetsiz olmasına rağmen tahkim sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukuna göre de ehil olmadığı için işlem güvenliği ilkesinin sözkonusu olmadığı durumlarda tahkim sözleşmesi hukuken geçersiz olacak ve buna binaen verilen hakem kararlarının tanıma/tenfizine de itiraz etme imkânı olacaktır.

2. Şirketler

Milletlerarası tahkimde tahkim sözleşmesinin tüzel kişi olan tarafı ticari şirket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şirketlerin ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9(4) uyarınca tüzel kişilerin statülerindeki idare merkezi hukukudur²⁰. Ancak fiili idare merkezi Türkiye’de ise Türk hukuku uygulanabilir.

Dolayısıyla şirketlerin statülerinde idare merkezi olarak gösterilen yer hukukuna göre hak ve fiil ehliyetleri belirlenecektir. Tüzel kişilerin sözleşme yapma ehliyeti meselesi gerçek kişilerden farklı olarak sadece fiil ehliyetini değil, hak ehliyeti meselesini de içermektedir. Bu itibarla bir şirketin yapmış olduğu tahkim sözleşmesinde öncelikle böyle bir şirketin hukuken var olup olmadığı (hak ehliyeti) ve ardından şirketi temsil yetkisine sahip kişilerin şirket adına tahkim sözleşmesi yapıp yapamayacağı (fiil ehliyeti) meselesinin incelenmesi gerekmektedir²¹. Her iki ehliyet için de statüdeki idare merkezi hukuku yetkili-

lama Kuralları, İstanbul 2016, s. 65 vd; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 209 vd; ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 110 vd.

²⁰ Tüzel kişilerin ehliyetinde kuruluş yeri ve idare merkezi teorilerinin birlikte ele alınması konusunda bkz. ÖZEL, s. 69. Avrupa Birliği hukuku açısından bkz. ÖZEL, Sibel: “Avrupa Birliği’nde Şirketlerin Yerleşim Serbestisinin Lex Societis ile Olan İlişkisi” Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi no. 5, s. 905 vd.

²¹ Yargıtay 11. HD 07.11.1989 T, 1990/2931 E, 1991/6828 K sayılı kararında müzakerelerin “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. Tic. AŞ” ile yapıldığı bir tahkim sözleşmesinde imzanın onun temsile yetkili olmayan “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Ticaret Limited Şirketi” tarafından atılmış olması karşısında tenfiz davasını husumet yönünden reddetmiştir. Nakleden ŞANLI, s. 414. Aynı şekilde tenfiz konu bir hakem kararında tahkim sözleşmesindeki imzanın davalı şirket temsilcisi Osman Yıldırım’ya ait olmadığından saptanması üzerine geçerli bir tahkim şartı olmadığı gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilmiştir. Yargıtay

dir. Ancak MÖHUK m. 9(4)'ün getirdiği tek taraflı bağlama kuralı gereği fiili idare merkezinin Türkiye olması halinde hâkim ehliyetle ilgili ihtilafları Türk hukukuna göre çözümleyebilir.

Şirketlerin hak ehliyeti meselesinde uygulanacak hukuk ultra vires teorisini kabul etmekte ise, şirketler ancak şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuu çerçevesinde işlem yapabilecektir. Şirket işletme mevzuu dışında bir konuda sözleşme yapar ve bu sözleşmeye tahkim şartı koyarsa, ehliyetsizlik sebebiyle tahkim sözleşmesinin bağlayıcı olmadığı iddia edilebilir²².

3. Devlet ya da devlet kuruluşları

Ehliyet meselesinde en problemlili konulardan biri tahkim sözleşmesinin bir tarafının devlet ya da devlet kuruluşu olması halinde, bu tarafın kendi hukukuna dayanarak ehliyetsiz olduğu ve bu nedenle tahkim sözleşmesiyle bağlı olmadığı iddiasıdır²³. Devlet ya da kamu kuruluşunun tahkim sözleşmesi yapma imkânı tümüyle yasaklanabileceği gibi ancak bazı makamların onayı ile ya da belli kategori devlet memurlarınca yapıldığı takdirde geçerli olacağı kararlaştırılmış olabilir²⁴.

New York Sözleşmesi'nde belirtildiği üzere ehliyet tarafa uygulanan hukuka göre belirlendiği için tahkim sözleşmesi yapma ehliyeti olmadığını ileri süren devlet veya devlet kuruluşu bizzat kendi hukukuna dayanmaktadır. Bir devletin kendi hukukuna göre tahkim sözleşmesi yapamayacağı iddiası, tahkimde yargı muafiyeti kavramından sonra ele alınması gereken bir meseledir. Zira milletlerarası hukukta devletin yargı muafiyeti bir egemen devletin bir başka ülke mahkemesinde yargılanmasına belli koşullarda engel olmaktadır²⁵. Ancak modern hukuk

19. HD. 15.11.1995 T, 9108/9685 Nakleden ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet: Uygulamada İhtiyati Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Ankara 1997, s. 510-514.

²² REDFERN/HUNTER, s. 145-146.

²³ Bkz. REDFERN/HUNTER, s. 146.

²⁴ CHUCKWUMERİJE, Okezie: Choice of Law in International Commercial Arbitration, Greenwood Publishing Group. 1994, s. 41.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, Aslan: Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984, s. 176 vd.

sistemleri tahkim sözleşmesi yapan bir devletin tahkim yargılamasında yargı bağımsızlığı iddiasında bulunamayacağını kabul etmektedir²⁶.

Devlet tahkim sözleşmesini imzalayan kişinin devlet adına bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi yapma hakkı olmadığını ya da kendi hukukuna göre belli makamların onayı olmadığını ileri sürerse, tahkim sözleşmesi hukuken geçersiz olacak, dolayısıyla da devletin yargı bağımsızlığı devam edecektir²⁷.

Devlet ya da devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine sözkonusu devletin kendi hukukunun uygulanması ve buna göre ehliyetsizlik sebebiyle tahkim sözleşmesinin geçersizliği iddiası, ehliyetle uygulanacak hukukun lex arbitri olması gerektiği yönünde görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır²⁸.

Bu yaklaşım İsviçre DÖHK²⁹ m. 177(2) hükmüyle kanunlaşmıştır. Buna göre “bir devlet ya da devlet tarafından kontrol edilen bir kurum ya da organizasyonun taraf olduğu tahkim sözleşmesinde devlet ya da devlet kuruluşu kendi hukukuna dayanarak tahkim sözleşmesine taraf olma ehliyeti olmadığını ya da uyuşmazlığın tahkim sözleşmesi kapsamına girmediğini ileri süremez”. Böylelikle devlet ya da devlet kontrolündeki bir kuruluşun tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine, ehliyetle ilgili genel hükümleri düzenleyen İDÖHK m. 154-155 uygulan-

²⁶ Bkz. ÖZEL, Sibel: “Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağımsızlığı” İBD, c. 65 (1991) s. 906-907; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: “Devletin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü” MHB, Yıl: 22/Sayı: 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 556 vd; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 745 vd; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: International Arbitration Law and Practice, Kluwer Law International 2001, s. 278 vd.

²⁷ Mısır devleti ile SPP arasında Mısır hukukuna göre tahkim sözleşmesi olmadığı yönünde verilen Fransız mahkeme kararı için bkz. ÖZEL (yargı bağımsızlığı) s. 906-907.

²⁸ Devletin kendi hukukuna dayanarak tahkim sözleşmesi yapma ehliyetinin olmadığını ileri sürmesinin milletlerarası kamu düzenini bozduğu yönünde bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 737.

²⁹ İngilizce metin için bkz. Swiss-American Chamber of Commerce: Swiss Federal Act on International Private Law, English Translation of Official Text, Zurich, 1989.

mayacak; yabancı devlet ya da devlet kuruluşları kendi kanunlarına göre ehliyetsiz bile olsa İsviçre’de tahkim sözleşmesi ile bağlı olacaktır³⁰.

İsviçre düzenlemesi devletin veya devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma ehliyetini sübjektif tahkime elverişlilik kapsamında ele alarak meseleyi *lex fori*’ye dahil etmiştir. Dolayısıyla tahkim yerinin İsviçre olduğu bir tahkim prosedüründe hem hakemler hem de İsviçre mahkemeleri devlet ya da devlet kuruluşlarının tahkim sözleşmesi yapma konusunda kendi hukuklarında mevcut ehliyetsizlik sebeplerinden etkilenmeden tahkim sözleşmesi yapma ehliyetleri olduğunu kabul edip, tahkim sözleşmesiyle bağlı oldukları sonucuna varacaktır³¹.

İsviçre’de verilen bir hakem kararı Türkiye’de tenfiz edilmek istendiğinde, aleyhine tenfiz istenen devlet ya da devlet kuruluşu New York Sözleşmesi m. V(a)’ya göre ehliyetsizlik gerekçesiyle tenfize itiraz edecektir. Burada ehliyete uygulanacak olan hukuku Türk hâkiminin kanunlar ihtilafı kuralları gereği (MÖHUK m. 9) yabancı devlet hukuku olduğundan, o hukuka göre ehliyetsizlik sebepleri dikkate alınacak ve tahkim sözleşmesi geçersiz olduğundan tenfiz talebi reddedilecektir³².

IV. Temsilci Aracılığı ile Yapılan Tahkim Sözleşmesinde Temsilcinin Tahkim Sözleşmesi Yapma Yetkisi

Tahkim sözleşmesi taraflardan birinin 3. kişi konumunda olan temsilcisi aracılığı ile yapıldığında³³ bu temsilcinin tahkim sözleşmesinin diğer tarafı ile adına sözleşme yaptığı taraf arasında bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi kurma yetkisinin olup olmadığı hususunun da ayrıca

³⁰ ABDULLA, Zina: “The Arbitration Agreement” in *International Arbitration in Switzerland* ed. By Gabrielle Kaufman-Kohler&Blaise Stucki, Kluwer Law International 2004, s. 24; ÖZEL, s. 74.

³¹ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. ÖZEL, s. 74.

³² Hakem kararı New York Sözleşmesi’ne taraf olmayan bir ülkede verilirse tenfiz talebi MÖHUK şartlarına göre incelenecektir. Karar İsviçre düzenlemesine benzer bir hükmü esas alan bir ülkede verilirse, MÖHUK m. 62 tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyeti ile ilgili tenfiz engeli getirmedeği için, hakem kararı tenfiz edilebilecektir.

³³ Tüzel kişiyi temsil eden kişinin yapmış olduğu tahkim sözleşmesinde bu kişinin gerçekte tüzel kişiyi temsil yetkisinin olup olmaması tüzel kişinin fiil ehliyeti ile ilgilidir. Üçüncü kişi temsilci ise tüzel kişinin yetkili organı olmayan dışarıdan bir kişinin tüzel kişi adına tahkim sözleşmesi yapmasını ifade etmektedir.

incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle avukatların tahkim sözleşmesi yapmalarına imkân veren özel yetkiyle donatılıp donatılmadıklarının tahkim sözleşmesinin geçerliliği üzerindeki etkisi bir vasıflandırma sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bazı hukuklarda avukatın tahkim sözleşmesi yapması için özel yetki aranmazken³⁴, Türkiye³⁵ dahil bazı hukuk sistemleri avukatın özel bir yetkiyle donatılmasını tahkim sözleşmesi yapabilmesi için zorunlu kabul etmektedir³⁶. Temsilci aracılığıyla yapılan tahkim sözleşmesinde temsilcinin yetkisi meselesindeki vasıflandırma farklılıkları, tahkim sözleşmesinin bu bağlamdaki geçerliliğine uygulanacak hukukun da farklı olmasına yol açacaktır.

Doktrinde bir görüş temsilcinin temsil olunan adına tahkim sözleşmesi yapma yetkisini tahkim sözleşmesinin esasına ait bir mesele olarak vasıflandırmaktadır. Temsil olunanın temsilciye tahkim anlaşması yapma yönünde özel bir yetki vermemiş olması taraf iradesiyle ilgilidir ve irade sakatlıklarına uygulanacak hukuk temsil yetkisi için de uygulanmalıdır³⁷.

Diğer bir görüş ise New York Sözleşmesi'nin V. Maddesinde kullanılan "incapacity-ehliyetsizlik" teriminin tahkim sözleşmesini imzalayan kişinin tahkim anlaşmasının tarafını temsil yetkisine sahip olmama ihtilafını da kapsadığını ileri sürerek, temsilcinin özel yetkiye sahip olmamasını da V. Madde anlamında tenfiz reddi saymakta, dolayısıyla meseleyi taraf ehliyeti başlığı altında vasıflandırmaktadır³⁸.

³⁴ Örneğin İngiliz, Hollanda, İsviçre, Amerikan hukuklarında avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel bir yetki ile donatılması gerekli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 75-76.

³⁵ Türk BK m. 388/III'e göre "Hususi bir selahiyeti haiz olmadıkça vekil dava ikame edemez. Sulh olamaz, tahkim edemez. Kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya hak ile takyit edemez". Aynı şekilde HMK m. 74'e göre avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için kendisine özel yetki verilmesi gerekir.

³⁶ Örneğin İtalyan, İspanyol, İsveç hukuklarında avukatın tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetkiye sahip olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 76.

³⁷ ESEN, Emre: "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 tarihli Yargıtay HGK Kararı" MHB, Yıl: 23/Sayı: 1-2/2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 386-387, 401. (Yetkisiz Temsilci)

³⁸ AKINCI, s. 372. Müellifin atfı yaptığı ABDULLA'ya göre ehliyet kavramı iki hususu bünyesinde barındırmaktadır: Bir yanda tahkim sözleşmesinin tarafı olan

Kanaatimizce temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel yetkiye sahip olup olmaması temsil statüsü olarak vasıflandırılmadır³⁹. Buradaki mesele temsilcinin, temsil olunan adına bağlayıcı bir sözleşme yapıp yapamayacağı meselesidir. Bu itibarla taraf ehliyeti ya da sözleşmenin esastan geçerliliği ile ilgili bir husus değildir.

MÖHUK m. 30(2) temsil yetkisi ile ilgili özel bir bağlama kuralı getirmiştir. Buna göre “Temsilcinin bir fiilin temsil olunanı üçüncü bir kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyerinin bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır”.

Dolayısıyla Türkiye’de işyeri olan bir avukat müvekkili kim olursa olsun tahkim sözleşmesi yapmak için BK m. 388/III uyarınca özel bir yetkiye sahip olmalıdır. Buna karşılık Türk şirketi işyeri İngiltere’de olan bir avukat aracılığıyla tahkim sözleşmesi yaparsa, İngiliz avukatın tahkim sözleşmesi yapma yetkisi işyeri olan İngiliz hukukuna tâbidir ve İngiliz hukukunda özel bir yetki aranmadığı için Türk şirketi adına sözleşme yapma yetkisi alan İngiliz avukat bu sözleşmeye, vekâletnamesinde özel bir yetki olmasa da tahkim şartı koyabilir. Ancak İngiliz avukat temsil yetkisini bilfiil Türkiye’de kullanır ve müvekkili adına sözleşmeyi Türkiye’de imzalarsa, tahkim şartı için özel yetki ile donatılması gerekir.

Yargıtay HGK’nun karara bağladığı bir olayda⁴⁰ taraflar ekmeklik buğday alımı konusunda yaptıkları anlaşmaya GAFTA hakemliği şar-

kişinin ehliyeti; diğer yanda tahkim sözleşmesini başkası adına yapan kişinin ehliyeti (s. 24). Bununla birlikte müellif başkası adına tahkim sözleşmesi yapan kişinin ehliyetine, adına sözleşme yaptığı tarafın ehliyetine uygulanacak hukukun uygulanacağı sonucunu çıkarmamaktadır. Dolayısıyla temsilcinin özel yetkiye sahip olup olmaması meselesini “temsilci ehliyeti” olarak adlandırmak taraf ehliyetine uygulanacak hukukun temsilci yetkisine de uygulanacağı anlamına gelmemektedir. New York Sözleşmesi haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsizlikten bahsettiği için temsilcinin yetkisi bu başlık altında ele alındığında da temsil yetkisinin tâbi olduğu hukukun tespiti gerekmektedir.

³⁹ Aynı yönde bkz. ŞANLI, s. 412.

⁴⁰ HGK, 11.10.2000, 2000/19-1122 E, 2000/1256 K. İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, Yıl: 42, Mayıs 2002, Sayı: 497; s. 1079.

tı koymuştur. Uyuşmazlık sonucu GAFTA tarafından verilen hakem kararının Türkiye’de tenfizi talebinde davalı diğer tenfiz itirazları yanında tahkim sözleşmesinin yetkisiz temsilci tarafından imzalandığını ileri sürmüştür. HGK sözleşmeyi imzalayan MB’nin sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığını, bu konuda özel yetki verilmediğini, kamu düzeni nedeniyle BK m. 388/III’de özel yetki kuralı getirildiğini belirterek yabancı hakem kararının tenfizini reddetmiştir⁴¹.

Bu olayda Yargıtay HGK, BK. m. 388/III’ü doğrudan uygulamış, meselenin kanunlar ihtilafı yönünü görmemiştir⁴². BK. m. 388/III hükmü *lex causae*’nın Türk hukuku olduğu durumda uygulanacaktır. Dolayısıyla temsilcinin işyeri Türkiye’de ise veya temsil yetkisini fiilen Türkiye’de kullanıyorsa, tahkim sözleşmesi yapabilmesi için bu konuda özel yetkiye sahip olması gerekir. Ancak işyeri Türkiye değilse veya temsil yetkisini fiilen Türkiye dışında kullanmışsa artık BK m. 388/III hükmü uygulanma imkânına sahip değildir. Temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma yetkisi temsilcinin işyeri veya temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukukuna göre belirlenmesi gerekir. Bu itibarla vekilin özel yetki olmadan tahkim sözleşmesi yaptığı hallerde BK m. 388/III hükmüne dayanarak tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu gerekçesiyle yabancı hakem kararlarının tenfizine engel olmak doğru değildir ve New York Sözleşmesi m. V(a) hükmü buna dayanak teşkil etmemektedir.

V. Tahkim Sözleşmesinin Esastan Geçerliliği

Tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliği tarafların bağlayıcı olarak bir tahkim sözleşmesi yapıp yapmadıklarını belirleme amacı taşımaktadır. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak olan hukuk temel olarak taraf iradelerinin geçerliliğine karar verecektir. Örneğin taraf iradesinin hata, hile, tehdit gibi etkenlerle sakatlanmasının sonucu esasa uygulanan hukuka göre saptanacaktır. Bunun yanında tahkim sözleşmesinin ifası (gecikme, imkânsızlık vs) taraflar ve uyuşmazlık açısından sözleşmenin kimleri ve hangi uyuşmazlıkları kapsadığı meseleleri de tahkimin esasına uygulanan hukuka göre çözümlenecektir⁴³.

⁴¹ Id, s. 1080.

⁴² Yargıtay 19.HD. 21. 05.2007 T, 2007/380 E, 2007/5114 K sayılı kararında da BK m. 388/III hükmünü doğrudan uygulamıştır. www.kazanci.com (20.09.2016).

⁴³ ABDULLA, s. 18; ÖZEL, s. 79.

Bu bağlamda tahkimin esastan geçersizliği ile tahkime elverişsizlik kavramlarının birbiriyle örtüşmediği de hatırlanmalıdır. Tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılan tahkim anlaşması elbette geçersizdir ancak bu mesele milletlerarası tahkim hukukunda ayrıca ele alınmıştır. Dolayısıyla tahkime elverişsizliğe uygulanacak hukuk ile tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuk farklıdır. Tahkim sözleşmesinin esastan geçersizliği yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında da ayrı ve bağımsız bir bağlama noktası ile belirlenmiş, davalı tarafın ileri sürmesine bağlı bir tenfiz engeldir⁴⁴.

New York Sözleşmesi tenfiz engelleri içinde tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliğini öncelikle tarafların seçtiği hukuka, böyle bir seçim yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna tâbi tutmuştur. Aynı düzenleme MÖHUK m. 62(e)'de de yer almıştır. Tahkim sözleşmesi usul hukuku sonuçları olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu için hukuk seçimi burada da kendini göstermektedir. Taraflar tahkim sözleşmesinin tâbi olacağı hukuku belirleme serbestisine sahiptir. Ancak tahkim sözleşmesinin temeldeki sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle temel sözleşme için yapılan hukuk seçiminin tahkim sözleşmesi için de geçerli olduğu ileri sürülemez⁴⁵.

Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere hukuk seçmelerini halinde, hakem kararının verildiği ülke hukukuna bakılacaktır. Hakem kararının verildiği yer tahkim yeri olarak belirlenen yerdir⁴⁶. Somut olayda hakem kararının imzalandığı, taraflara gönderildiği yer belirlenen tahkim yerinden farklı ise bu yer kararın verildiği yer olarak dikkate alınmayacaktır⁴⁷.

1. Taraf iradelerinin yorumu

Tahkim sözleşmesinin taraflarının tahkime gitme iradelerinin yorumu da tahkimin esastan geçerliliğine uygulanacak hukuka tâbidir.

⁴⁴ ÖZEL, s. 79.

⁴⁵ Uyuşmazlığın esası için yapılan hukuk seçiminin tahkim sözleşmesi için de esas alındığına ilişkin kararlar bulunmaktadır. Bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 120 dn. 69.

⁴⁶ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 96.

⁴⁷ ÖZEL, s. 85.

Taraf iradelerinin belirsiz ve çelişkili olması durumunda tahkim anlaşması geçersiz olmaktadır⁴⁸. Burada önemli olan tahkim anlaşmasının yorumunda esas alınacak siyasadır. Geçmişte mahkemelerin yargı yetkisini kısıtlayan tahkim anlaşmaları dar yorumlanarak uyuşmazlığın devlet yargısında görülmesini hedefleyen yorumlar tercih edilirken, günümüzde tahkime bakış değiştiği için tarafların tahkime gitme iradeleri daha geniş bir yorumla ele alınarak tahkim sözleşmesinin geçerliliği yönünde kararlar verilmektedir⁴⁹.

Bununla birlikte yine de tahkim iradesinin açık ve net olması aranmaktadır. Örneğin uyuşmazlığın UTO (ICC)'ya götürüleceğine ilişkin şart, UTO'nun Paris'teki Uluslararası Ticaret Odası olarak anlaşılmasına rağmen, uyuşmazlığın UTO'nun tahkim kurallarıyla mı yoksa uzlaştırma veya diğer alternatif yöntemlerle mi çözülmesi gerektiği hususunda belirlilik ortaya koymadığı için geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Aynı şekilde UTO kurumsal tahkimine atıf yerine UTO'nun hakem olacağına ilişkin şartlar ya da tahkim veya devlet yargısına gitmenin alternatifli olacağına ilişkin klozlar da tahkim iradesini açık ve net olarak ortaya koymamaktadır⁵⁰.

Türk Yargıtay'ı tarafların tahkim dışında kalan resmi yargı yollarını sözleşme ile kapatmış olmasını aramaktadır. Tahkim klozu yanında resmi mahkemelere başvurulacağının belirtilmesi tahkim sözleşmesinin geçersizliği olarak yorumlanmaktadır⁵¹.

Yargıtay'a konu bir olayda taraflar arasında yapılan tedarik ve satın alım münhasır genel bayiiliği sözleşmesinde uyuşmazlıkların İngiliz kanunlarına göre İngiltere'deki Uluslararası Tahkim Mahkemesine götürüleceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Davacı taraf, davasını Londra'daki Uluslararası Tahkim Mahkemesi yerine merkezi Paris'te olan Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkim mahkemesine götürmüş ve UTO da kendisini yetkili sayarak hakem kararını vermiştir. Bu hakem kararının tenfizi davasında Yargıtay, Londra'da Uluslararası Tahkim Merkezi bulunup bulunmadığının araştırılmasını, var ise uyuş-

⁴⁸ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 150.

⁴⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 150-151; ÖZEL, s. 86-87.

⁵⁰ REDFERN/HUNTER, s. 172-173,

⁵¹ Kararlar için bkz. ŞANLI, s. 416 dn. 498.

mazlığın sözkonusu tahkim mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır⁵².

İlk derece mahkemesi bozma kararına uymuş ve taraflar arasındaki uyuşmazlığa Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesinde bakılması gerektiğini ileri sürerek tenfiz davasının reddine karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine, taraflar arasındaki sözleşmenin 10. Maddesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak hakem kararının Londra'da verilmiş bulunması, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesinin uluslararası bir tahkim kurumu olması, bu tahkim kurumunun Paris'teki Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Merkezinden farklı bulunması nedeniyle temyiz itirazları reddedilmiş ve taraflar arasındaki sözleşmede Paris merkezli UTO, tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmadığı için ortada tarafların anlaşmasına uygun bir hakem mahkemesinden verilmiş bir karar olmadığı gerekçesiyle tenfiz talebi reddedilmiştir⁵³.

2. Tahkim şartı içeren bir belgeye yapılan yollama halinde taraf iradelerinin yorumu

Yukarıda tahkim şartının yer aldığı bir metne yapılan atfın geçerli bir tahkim sözleşmesi kurulması için yeterli olup olmadığı meselesini tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği açısından incelemiştik. Burada aynı meseleyi taraf iradesi açısından ele alacağız. Zira yollama yapılan metinde yer alan tahkim şartını bilmeyen taraf, tahkim sözleşmesine rızası olmadığını ileri sürebilir.

aa. Genel işlem şartlarına yapılan yollama

Yollama yoluyla tahkim sözleşmesi yapılmasının en tipik örneği tahkim şartının yer aldığı genel işlem şartlarına yapılan atıftır. Temel sözleşmenin bir parçası ya da eki olduğu açıklanan genel işlem şartları içinde tahkim klozu varsa taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

⁵² Yargıtay 19.HD. 15.09.2009 T, 2009/5703 E, 2009/825 K sayılı kararı (www.kazanci.com) (20.09.2016).

⁵³ Yargıtay 19. HD. 07.06.2011 T, 2011/4149 E, 2011/7619 K sayılı kararı (www.kazanci.com) (20.09.2016).

⁵⁴ ÖZEL, s. 9; ŞANLI, s. 417-418; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 142.

bb. Konişmentodan charter party'e yapılan yollama

Deniz taşımacılığında taşıyan ile taşıtan arasında yapılan taşıma sözleşmesi (charter party) içinde yer alan tahkim şartına, malın temsil eden konişmentoda atıf yapıldığında, bu konişmentoyu ciro yoluyla devralan ve taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan hamilin tahkim klozuyla bağlı olup olmadığı⁵⁵ meselesi de tahkim sözleşmesinin esasına uygulanan hukuka tâbidir⁵⁶.

Türk hukukunda genel atıfların yeterli olmadığı, charter party'deki tahkim klozunun konişmento hamilini bağlaması için tahkim klozuna atıf yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Burada önemli olan hamilin konişmentoyu devraldığı anda tereddüde yer vermeyecek şekilde tahkim sözleşmesinin varlığını anlayabilmesidir⁵⁸.

cc. Alacağın temliki

Alacağın temliki halinde alacağı temellük edenin tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmadığına genel kabul gören görüş devralanın otomatik olarak tahkim sözleşmesinin tarafı olacağıdır⁵⁹. Türk hukukunda da sözleşmede aksine hüküm yoksa temlik edenin şahsına özgü olanlar dışındaki bütün rüçhan hakları, fer'i haklar alacakla beraber temellük

⁵⁵ Ulusal hukukların konuyu düzenleyiş biçimleri için bkz. ÖZEL, s. 64 vd.

⁵⁶ ESEN, Emre: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul 2008, s. 73.

⁵⁷ ŞANLI, Cemal: "Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu" MHB, Yıl: 22/Sayı: 2/2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 776 (Konşimentonun devri); ESEN, s. 171.

⁵⁸ ÜLGENER, Fehmi: "Konşimento ve Navlun Sözleşmesindeki Tahkim/Yetki Klozlarının Uygulanması ile İlgili Sorunlar" Deniz Hukuku Dergisi, Yıl:4, Sayı: 1-2/Mart-Haziran 1999, s. 74. Yargıtay kararları için bkz. Id, s. 61-63. Yargıtay kararlarına göre charter party'deki tahkim şartına yapılan atıf konşimento hamilinin tahkim sözleşmesi ile bağlı olması için yeterlidir. Tahkim sözleşmesi ile bağlı olmak istemeyen konşimento hamilinin konşimentoda tahkim şartına yapılan atfı çizerek ciro etmesi gerekmektedir (ÖZEL, s. 66). Yargıtay içtihatlarının eleştirisi için bkz. ESEN, s. 173.

⁵⁹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 147. Fransız içtihatları için bkz. ULUOCAK, Nihal: "Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağın Temliki ile İntikali-Fransız İçtihadı" MHB, Yıl: 19-20/Sayı: 1-2/1999-2000, s. 993 vd.

edene geçer. Tahkim şartı da alacağın fer'ileri arasında yer aldığı için alacağın devri ile birlikte aksine hüküm yoksa tahkim şartı da temellük edene geçer⁶⁰.

dd. Grup şirket içinden yapılan tahkim sözleşmesinde tarafların belirlenmesi

Milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim şartının aynı grup içinde yer alan ve sözleşmeye imza atmayan ana şirket ve yavru şirketleri de kapsadığını kabul eden kararlar mevcuttur. Sözleşmenin hazırlanmasında, ifasında ana şirket ya da yavru şirket (hakim şirket ya da bağlı şirket) aktif rol oynamışsa, sözleşme o grubun içindeki tek bir şirketle değil, grubun kendisi ile yapılmış sayılmaktadır⁶¹. Grup şirketler doktrini bağlamında tahkim sözleşmesinde imzası olmayan grup içi şirketin tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmadığı meselesi de tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka tabidir⁶²

Grup şirketler doktrini ya da perdenin kaldırılması teorisi ile tahkim sözleşmesinde imzası olmayan aynı grup içindeki bir şirketin tahkim sözleşmesi ile bağlılığı Türk hukukunda kabul edilmemektedir⁶³. Tüzel kişiliklerin hukuki ayrılığı ilkesinin sorumluluktan kurtulmak için bir araç olarak kullanılmasına dürüstlük kuralı ile engel olma çabası, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiyi bu sözleşmeyle bağlı tutmak için yeterli görülmemektedir. Bu noktada tarafın tahkim iradesinin olmadığı kabul edilmektedir⁶⁴.

⁶⁰ ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 782-783; ŞANLI, s. 430 vd. Bu noktada tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı ilkesi temellük edenin tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri sürmesine dayanak teşkil etmez. Zira tahkim şartı temel sözleşmeye ve bu sözleşmenin ekonomisine bağlıdır ve alacağın akıbetini takip eder. ULUOCAK, s. 996.

⁶¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 146. Grup şirketler doktrini ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s. 98 vd. Ayrıca bkz. HANOTIAU, Bernard: "Groups of Companies in International Arbitration" in Pervasive Problems in International Arbitration ed. By Loukas A. Mistelis and Julian D.M Lew, Kluwer Law International 2006, s. 279 vd; BREKOULAKIS, Stavros: Third Parties in International Commercial Arbitration, Oxford University Press, 2010, s. 149 vd.

⁶² BREKOULAKIS, s. 165.

⁶³ ESEN, s. 101.

⁶⁴ ŞANLI, s. 433-435; ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 786-787; ESEN, s. 336.

Grup içindeki bir şirketle yapılan tahkim anlaşmasının grup içindeki bir diğer şirketi bağlayıp bağlamayacağı hususu bir yorum meselesi olarak tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir⁶⁵. Ancak milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim şartının kapsadığı tarafların kimler olduğuna karar verme meselesinde çok farklı bağlama noktalarının esas alındığı görülmektedir⁶⁶. Bununla birlikte pek çok kararda tahkim yeri hukukunun esas alındığı ve bu hukukun da tahkim sözleşmesinin esasına uygulanan hukuk olduğu saptanmıştır⁶⁷.

Grup şirketler teorisinin uygulanmasıyla tahkim anlaşmasının tarafı olarak kabul edilmiş bir şirket, verilen hakem kararının tenfizi aşamasında New York Sözleşmesi'ndeki tenfiz engellerinden biri olan m. II anlamında yazılı tahkim anlaşmasının tarafı olmadığını ileri sürerek tenfize engel olabilecektir⁶⁸.

Sonuç

Tahkim prosedürü neticesinde verilen hakem kararı taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesine dayanmaktadır. Bu itibarla tahkim sözleşmesinin geçersiz olması verilen hakem kararının da tenfiz edilmesine engel olmaktadır. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi yabancı hakem kararlarının tenfizinde sözleşme yapmaya ehil olmayan kimselerce yapılan veya esastan geçersiz olan ya da yazılılık koşulunu yerine getirmeyen bir tahkim sözleşmesine binaen verilen hakem kararlarının tenfiz edilmeyeceğini açıkça belirlemiştir.

Aslında tahkim sözleşmesinin geçersizliği tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmektedir. Ancak hakemlerin o aşamada dikkate almadıkları iddialar tenfiz hâkiminin önüne getirildiğinde, hâkim sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre inceleme yapacaktır. Diğer yandan tahkim sözleşmesindeki sakatlık iddiası tahkim yargıla-

⁶⁵ ÖZEL, s. 94; ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 787-788.

⁶⁶ Bkz. ÖZEL, s. 94.

⁶⁷ GRIGERA NAON, Horacio: "Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration" 289 Collected Courses, 9 (2001), s. 137, 142,153.

⁶⁸ ŞANLI (Konişmentonun devri) s. 788.

masında dillendirilmemiş ve ilk defa tenfiz aşamasında ileri sürülmüşse, Türk Yargıtay'ı bu hususu TMK m. 2'ye aykırı görmektedir.

Tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliği 1958 New York Sözleşmesinde maddi kanunlar ihtilafı normu olarak düzenlenmiştir. Madde II'ye göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Tahkim sözleşmesinin yazılı olma kuralı imza zorunluluğu anlamına gelmemektedir.

Tahkim sözleşmesinin taraf ehliyeti açısından geçerliliği ehliyete uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Burada tenfiz hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tarafların ehil olup olmadığını inceleyecektir. Temsilci aracılığıyla yapılan tahkim sözleşmesinde temsilcinin tahkim sözleşmesi yapma konusunda özel bir yetkiye sahip olup olmaması meselesi temsil statüsü olarak vasıflandırılmalı ve buna göre uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

Tahkim sözleşmesinin esastan geçerliliği tarafların bağlayıcı bir tahkim sözleşmesi yapıp yapmadıklarını belirlemektedir. Taraf iradelelerinin hata, hile, tehdit gibi etkenlerle sakatlanıp sakatlanmadığı, uyumsuzluk açısından sözleşmenin kimleri ve hangi uyumsuzlukları kapsadığı meseleleri tahkimin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Tahkimin esastan geçerliliği ayrı ve bağımsız bir bağlama noktasına tâbidir. Tahkim sözleşmesi usul hukuku sonuçları olan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu için taraflara hukuk seçme hakkı verilmiştir. Ancak tahkim sözleşmesinin temeldeki sözleşmeden bağımsız oluşu nedeniyle, temel sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, tahkim sözleşmesinin esası için de seçilmiş kabul edilmez. Tahkim sözleşmesinin esası için hukuk seçiminin olmadığı her durumda, tahkim sözleşmesi hakem kararının verildiği ülke hukukuna tâbidir.

Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK M.25'in Kapsamı*



Prof. Dr. Sibel ÖZEL** - Ar. Gör. Kazım ÇINAR***

ÖZET

Yabancılık unsuru içeren hukuki işlem ve ilişkiler, hakkaniyet gayesiyle ve bağlama kuralları vasıtasıyla mahkemenin bulunduğu yerin dışında başka bir devlet hukukuna bağlanabilir. Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerde ise genellikle taşınmaz yeri hukuku esas alınmaktadır. Konuya ilişkin MÖHUK'un 25. maddesinde de taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmelerin taşınmazların bulunduğu yer hukukuna tabi kılınacağı belirtilmiştir. Sözü edilen maddenin uygulama alanını belirleyebilmek adına maddede ifade edilen taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada taşınmazlara ilişkin sözleşmeler; taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler şeklinde bir ayrım tabi tutularak MÖHUK'un 25. maddesinin çerçevesi oluşturulmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, kanunlar ihtilafı, taşınmazın bulunduğu yer hukuku, lex rei sitae.

ABSTRACT

Legal actions and relations including a foreign element can be subjected to a different applicable law other than the law of forum because of the idea of justice and by means of conflict of law rules. However legal actions relating to immovables are mostly subjected to the law of place of immovable property. Similarly Article 25 of Turkish

* Bu makale 'Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk' isimli yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı

*** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Private International and Procedural Law (PIL) states that contracts regarding immovables and their usage are subject to the law of state where they are located. On the other hand in order to determine the scope of the said article, the concept of ‘contracts regarding immovables’ and ‘contracts regarding the usage of immovables’ need to be dealt with. In this paper, the scope of the said article has been formed by dividing contracts regarding immovables into two as contracts regarding rights in rem in immovables and contracts regarding the usage of immovables.

I. GENEL OLARAK

A. Giriş

Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler bir takım bağlama kuralları aracılığıyla belli bir ülke hukukuna bağlanır. Bu kurallar çoğunlukla 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹(MÖHUK)’da yer almaktadır. Kanununun 24 ilâ 33. maddelerinde borçlar hukukuna ilişkin bağlama kuralları düzenlenmiştir. Sistematik olarak öncelikle genel hüküm niteliğinde sözleşmelere uygulanacak hukuk ve sonrasında bazı özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Sözleşmelere ilişkin özel düzenlemelerden birisi de ‘taşınmazlara ilişkin sözleşmeler’i düzenleyen 25. maddedir. Buna göre *taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır*. Maddenin gerekçesinde ise bunun, yani *lex rei sitae* kuralının evrensel bir ilke olmasından dolayı böyle bir hükmün konulduğu ifade edilmektedir.

Taşınmazlara ilişkin sözleşme kavramının Türk hukuk doktrininde kavramsal bir altyapısı bulunmamaktadır. Yani MÖHUK’ta taşınmaza ilişkin sözleşme ifadesi kullanılmasına karşın özel hukukumuz içerisinde böyle bir sözleşme tipinden bahsedilememektedir. Buna karşın MÖHUK içerisinde verilen diğer pek çok bağlama konusunun tanımı ya da unsurları iç hukukumuzda belirtmekte, vasıflandırma yapılırken bu tanım ya da unsurlar esas alınmaktadır. Dolayısıyla bu maddenin kapsamının irdelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri düzenleyen MÖHUK m.25’in kapsamı incelenmiş fakat maddede belirtilen bağlama noktasının detaylı değerlendirmesi

¹ RG. 12.12.2007, S.26728.

yapılmamıştır. Bunun yanında taşınmazlara ilişkin sözleşme yapma ehliyetine ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konuları üzerinde durulmamıştır.

B. Taşınmaz Kavramı

Türk hukukunda taşınmaz kavramının çerçevesini Türk Medeni Kanunu² çizmektedir. Kanunun 704. ve 998. maddesi göz önünde bulundurulursa şu üç şeyin en başta taşınmaz olarak ele alınması gerekir: a) Arazi; b) Tapu kütüğünde ayrı sayfa açılan bağımsız ve sürekli haklar; c) Kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler.³ Bununla birlikte MÖHUK'un Türk özel hukukuna bir bütün olarak baktığı göz önünde bulundurularak başka kanunlarda da taşınmaz eşya statüsünde bir şeyin var olup olmadığını göz önünde bulundurmak gerekir. Zira kanunlara göre kavramın içeriği değişebilmektedir.⁴ Buna karşın sınırlı durumlarda taşınmaz gibi muamele gören şeylerin dışında bir eşyanın varlığından söz edilememektedir. Ancak paylı mülkiyet ilişkisinde pay sahibi kişinin tek başına bağımsız olarak, mülkü üzerinde birtakım işlemleri yapmasına izin verildiği için “pay”ı taşınmaz olarak değerlendirmek mümkündür.⁵

² RG. 08.12.2001, S.24607.

³ Detaylı bilgi için bkz. Lale SİRMEN, Eşya Hukuku, Ankara, 2015, 136-139; Mehmet ÜNAL / Veysel BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2016, s.311-322; Jale AKİPEK / Turgut AKINTÜRK, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s.456-460; Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul, 2012, s.162-167; Selahattin Sulhi TEKİNAY/ Servet AKMAN/ Haluk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, Tekinay Eşya Hukuku – Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet (Cilt 1) İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s.244-250; Faruk ACAR, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (*Taşınmaz Kavramı*), Ankara, 2008, s.22-50.

⁴ Her şeyden önce, 704. maddede sınırlı sayılanlar arasında yer almayan bir şey, başka kanunlar bakımından taşınmaz sayılsa bile, TMK'nın uygulanması açısından sayılmayacağı ifade edilmektedir. Bunun dışında örneğin Örneğin TMK bakımından taşınmaz olarak nitelendirilemeyen gemi siciline kayıtlı gemiler İcra İflas Kanunu'nun uygulanması bakımından taşınmaz sayılır. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 357.

⁵ ACAR, Taşınmaz Kavramı, s.45. Paylı mülkiyet ve payın hukuk niteliği hakkında detaylı değerlendirme için bkz. İlker ÖZTAŞ, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul, 2011, s.12 vd. Yazar paylı mülkiyette payın durumu ile TMK m.704'te yer alan, tapuda ayrı sayfa açılmış bağımsız ve

C. Vasıflandırma

Kanunlar ihtilafı kurallarına konu teşkil eden bu kavramlar, dava ile ilişkisi olan bütün hukuk sistemlerinde aynı anlam ve içeriğe sahip değildir.⁶ Buna literatürde vasıflandırma sorunu denmektedir.⁷ Bu sorunun yasal bir çözümü yoktur. Doktrinde başta *lex fori*'ye göre ve *lex causae*'ya göre olmak üzere farklı çözüm yolları önerilmektedir.⁸

Bir eşyanın hukuki özelliğinin yani taşınır veya taşınmaz olduğunun tespitini eşyanın bulunduğu yer hukuku yapmalıdır.⁹ Bir başka deyişle bir şeyin taşınmaz olarak vasıflandırılmasında *lex rei sitae* esas alınmalıdır. Aynı şekilde aynı bir tasarrufun mücerret ya da illi bir işlem olup olmadığını eşyanın bulunduğu yer hukuku belirleyecektir.¹⁰

sürekli haklar arasında paralellik kurmuş ve kanun koyucu tarafından payın bağımsızlaştırıldığını ifade etmiştir. Bkz. s.31.

6 Bu konuda yaygın bir örnek zamaşımı müessesesidir. Nitekim zamaşımı Türk hukukunda maddi hukuk içerisinde değerlendirilirken İngiliz hukukunda usul hukukuna dâhil edilir. Mesela Türk mahkemesinde görülen bir davada esasa uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olduğunu düşünelim. Zamaşımının vasıflandırılmasında *lex fori* esas alınırsa esasa uygulanacak hukuk olan İngiliz hukuku zamaşımına da uygulanır. Buna karşın vasıflandırmada *lex causa* esas alınırsa İngiliz hukukuna göre usuli bir mesele olduğundan Türk hukukundaki zamaşımı süresi ve şartları olaya tatbik edilecektir. Çünkü usuli konular *lex fori*'ye tabidir. Cemal ŞANLI / Emre ESEN / İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s.47-48.

7 ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.48-49; Gülören TEKİNALP / Ayfer UYANIK, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016, s.34; Vahit DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2015, s.177; Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015, s.95 vd. Bu durum ayrıca 'vasif ihtilafı' olarak nitelendirilmektedir. Aysel ÇELİKEL / Bahadır ERDEM, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016, s.75 vd.

8 ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s.50; ÇELİKEL/ERDEM, s.79 vd.; TEKİNALP/UYANIK, s.35-36; NOMER, s.99-101.

9 Ayrıca bir şeyin eklenti ya da bütünleyici parça olup olmadığını tespitini taşınmazın bulunduğu yer hukuku yapmalıdır. NOMER, s.300; ÇELİKEL/ERDEM, s.88.

10 Fakat eğer işlem sebebe bağlı ise, borç doğuran hukuki işlem, kendi hukukuna tabi olur. Geçerliliği kendi borç sözleşmelerine uygulanan hukuka göre tayin edilen borçlandırıcı işlemlerin, aynı tasarrufların sebebini teşkil edebilip edemeyeceğini *lex rei sitae* belirler. NOMER, s.300.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin içeriği ise kuşkusuz bir ülkede neyin taşınmaz olarak kabul edileceğine göre değişiklik arz edecektir.

Milletlerarası özel hukuk adaleti çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre vasıflandırma yapılmalıdır. Taşınmaz kavramının içeriği ülkeden ülkeye değişebileceği ve ülkelerin kendi ülkelerindeki taşınmazların belirlenmesinde mutlak egemen olduğu açıktır. Özellikle yabancı bir ülkede taşınmaz olarak kabul edilen bir şeyin Türk hukukunda taşınmaz olarak nitelendirilmediği durumlarda *lex fori*'ye göre hüküm kurulması pratikte uygulanabilme sorunlarına yol açacaktır. Dolayısıyla taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin vasıflandırılmasında *lex fori*, sorunun çözümünde yetersiz kalmaktadır.

Taşınmazlar, nitelikleri gereği yere bağlıdır ve dolayısıyla bir şeyin taşınmaz olup olmadığı *lex rei sitae*'ye göre belirleneceği için hâkim önüne gelen somut olayda öncelikle uyumsuzluk konusu, devir ya da bir sınırlı aynı hak tesisi içeren sözleşmelerin veya kullandırma sözleşmelerinin objesinin *lex rei sitae*'ye göre taşınmaz olup olmadığının incelemesini yapmalıdır. Bu nitelendirmenin ardından eğer sözleşmenin konusu yabancı ülke hukukuna göre taşınmaz ise bu sözleşme de taşınmazlara ilişkin sözleşme olarak vasıflandırılmalı ve MÖHUK m.25'e göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Aksi durumda genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24 üzerinden uygulanacak hukuk belirlenmelidir.

D. Hükümün Kapsamı

MÖHUK'un 25. maddesinin içeriğinden hareketle hüküm iki kısma ayırarak incelemek yerinde olacaktır. Bu ayırım taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler şeklinde yapılabilir. Nitekim MÖHUK'un 25. maddesinin içeriğinden yer alan 'taşınmazlara ilişkin sözleşmeler' ifadesinden kastedilenin 'taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler' olduğu anlaşılmaktadır. Aynı hak üzerinde bir borç doğurmayan 'taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler'in maddede ayrıca belirtilmesi, bu anlamın çıkarılmasını kolaylaştırmaktadır.

Bu çerçeveden madde başlığının, madde içeriğini tam karşılamadığı düşünülebilir. Buna karşın kanun koyucu uzunca bir madde başlığını koymayı uygun görmemiş olabilir. Şu halde üst başlık olarak kullanılan taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, taşınmaz ile alakalı her türlü söz-

leşmeleri içermekteyken, madde içeriğinde taşınmazların aynına ilişkin ve taşınmazların aynı söz konusu olmaksızın diğer kullanım hallerine ilişkin sözleşmeler şeklinde bir ayırım söz konusudur.

Sonuç itibariyle MÖHUK'un 25. maddesinin kapsamı hem taşınmaz üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmelerden hem de taşınmaz üzerindeki kullandırma sözleşmelerinden oluşmaktadır ve bu ikisi ayrı olarak ele alınmalıdır.

II. TAŞINMAZLARIN AYNINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

A. Kavramsal Çerçeve

Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler kavramından öncelikle anlaşılması gereken taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerdir. Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ise 'taşınmazların aynının sözleşme konusu yapıldığı sözleşmeler' ya da 'taşınmazlar üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmeler' olarak ifade edilebilir. Bu türden sözleşmeler vasıtasıyla sağlanan hak gereğince taşınmazlar üzerinde herhangi bir aynı hakkın tesisi ya da kaybı mümkün olmaktadır. Doktrinde bu kavram 'taşınmaz üzerinde aynı hak tesisi talep hakkı veren sözleşmeler'¹¹ ya da 'taşınmazlar üzerindeki aynı hakları konu alan sözleşmeler'¹² şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtilen kavramsal çerçeve içerisinde taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin kapsamının oldukça geniş olduğu görülmektedir. Nitekim taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerin yanı sıra taşınmaz üzerinde bir irtifak hakkı ya da rehin hakkı gibi bir sınırlı aynı hak tesis eden sözleşmeler, taşınmazların aynına ilişkindir.

Türk hukuku açısından taşınmaz sayılan şeyler yukarıda belirtilmiştir. Bu bakımdan arazi, bağımsız ve sürekli haklar ile bağımsız bölümler üzerinde herhangi bir aynı hakkın tesisine ya da kaybına ilişkin sözleşmeler MÖHUK m.25 bağlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler olarak kabul edilmelidir.

¹¹ NOMER, s.331.

¹² Hacı CAN / Ali Gümrak TOKER, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2015, s.269.

Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler, borç doğurucu iki ya da çok taraflı hukuki işlemlerdir. Sözleşme vasıtasıyla taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliği konusunda taraflara talep hakkı verilmesi, bu sonucu değiştirmez. Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ile nispi bir borç ilişkisi doğar. Dolayısıyla sözleşmenin herkese karşı ileri sürülebilme kabiliyeti yoktur.

B. Resmi Şekil Şartının Etkisi

Türk hukukunda taşınmazlar üzerindeki aynı hakka ilişkin hukuki işlemler kural olarak resmi şekle tabi tutulmuştur.(TK m.26, TMK m.706,731) Türk hukukunda var olan resmi şekil şartı, taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerde borçlandırıcı işlem - tasarruf işlemi ayrımını zorlaştırmakla birlikte sözleşmelerin nispiğine hanel getirmez. Bununla birlikte resmi şekil şartının olup olmaması bir sözleşmenin taşınmazın aynına ilişkin bir sözleşme olup olmamasına etki etmez. Bir diğer deyişle şekil konusu, ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olup taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin kapsamını belirlemede etkili olmaz. Dolayısıyla resmi şekil şartı aranmayan taşınmazlar üzerindeki aynı hakların konu edildiği sözleşmeler de MÖHUK m.25 kapsamında değerlendirilecektir.

Tereke malları üzerinde elbirliği halinde mülkiyete sahip bulunan mirasçılarının TMK m.676/3 gereğince yazılı şekilde yaptıkları miras paylaşma sözleşmesi geçerli kabul edilmektedir.¹³ Keza 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu¹⁴nun 2. maddesine göre “*Yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal temlik dahil bulunan diğer kooperatiflerin ana sözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği hakkındaki taahhütler başka bir resmi şekil aranmaksızın muteberdir.*” Ayrıca ticaret şirketlerine sermaye konulması borcu bakımından Türk Ticaret Kanunu¹⁵nun 128. maddesi, sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti konulması borcunu içeren

¹³ Bilge ÖZTAN, Miras Hukuku, Ankara, 2012, s.450; Ali Naim İNAN / Şeref ER-TAŞ / Hakan ALBAŞ, Miras Hukuku, İzmir, 2012, s.552; Ahmet KILIÇOĞLU, Miras Hukuku, Ankara, 2013, s.379-380; Gökhan ANTALYA / İpek SAĞLAM, Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s.448. Ayrıca bkz. Yarg. HGK. E.1998/2-121, K.1998/157, T.25.02.1998; Yarg. HGK. E.2011/14-408 K.2011/402 T.08.06.2011 (Erişim:legalbank.net)

¹⁴ RG. 10.05.1969, S.13195.

¹⁵ RG. 14.02.2011, S.27846.

şirket sözleşmesi hükümlerinin resmi şekil aranmaksızın geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bunun dışında taşınmazın aynına ilişkin bazı sözleşmelerde resmi şekil şartı aranmakta fakat tapu sicilinde tapu müdür ve/veya memurları huzurunda yapılması gerekmemektedir. Örneğin TMK'nın 677/2. maddesine göre terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde, daha doğrusu miras payı üzerinde mirasçı olmayan üçüncü bir kişi ile yapılan pay üzerindeki sözleşmeler noterde düzenlenmelidir. Sözü edilen tüm bu sözleşmelerin yabancılık unsuru barındırması durumunda uygulanacak hukukun tespiti MÖHUK'un 25. maddesine göre gerçekleştirilecektir.

C. Doğrudanlık

Bir sözleşmeye taşınmaza ilişkin sözleşme nitelemesi yapabilmek için o sözleşmenin taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, sırf o sözleşme ile taşınmazlar üzerinde aynı hakka ilişkin bir borç doğmuş olmalıdır. Örneğin müvekkili adına taşınmaz mal edinme borcu yükleyen vekâlet sözleşmesinde taşınmaz üzerinde aynı hakka ilişkin bir borç doğmamaktadır. Burada vekilin edimi taşınmaz alım ya da benzeri bir işlemi yapmaktır. Fakat esasen taahhüt ettiği hizmeti yerine getirmektedir.¹⁶ Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren böyle bir vekâlet sözleşmesi, taşınmaza ilişkin olduğu kabul edilemeyecek, MÖHUK m.25 kapsamına dâhil olamayacaktır. Zira bu sözleşmede henüz taşınmaz sözleşmeye konu edilmemiş, bir taahhüt verilmiştir. Buna karşın vekilin bu sözleşmeden elde ettiği yetkiye dayanarak bir başkasıyla yaptığı sözleşme taşınmaza ilişkin bir sözleşmedir ve MÖHUK m.25 kapsamına sokulmalıdır.¹⁷

Herhangi bir aynı hak kategorisine dâhil edilmeyen fakat iradi olarak taşınmaz mülkiyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran hukuki işlemler üzerinde ayrıca durmak gerekir. Gerçekten de alım (iştirâ), geri alım (vefa) ve önalım (şufa) hakları malikin devir yetkisini kısıtlayan tasarruf yetkisi kısıtlamaları olmakla birlikte bir sınırlı aynı hak olarak değerlendirilmemektedir.¹⁸ Bu hakların iradi olarak tahsisi bir sözleş-

¹⁶ SİRMEN, s.343.

¹⁷ Tapu Sicil Tüzüğü gereğince tapu görevlileri, vekilin tapuda böyle bir işlem yapabilmesi için noter tarafından düzenlenen bir vekâletname isteyecektir. SİRMEN, s.343.

¹⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.532 vd.; SİRMEN, s.384; Fikret EREN, Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet), Ankara, 2014, s.442 vd.

me vasıtasıyla olmaktadır. Örneğin taşınmaz maliki yapacağı bir alım sözleşmesi ile sözleşmenin diğer tarafına tek taraflı bir irade beyanıyla malın alıcısı olabilme imkânı tanımaktadır. Alım hakkı burada yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmektedir.¹⁹ Yani sözleşme ile mülkiyetin devri gerçekleşmemekte, fakat sözleşmeye dayanarak mülkiyetin naklini sağlayan bir işlem yapılabilmektedir. Nitekim doktrinde bu sözleşmenin alıcının irade beyanında bulunma iradi şartına bağlı bir alım satım sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir.²⁰ Geri alım hakkı ise başkasına satılıp devredilen bir malın tek taraflı irade beyanıyla geri alınabilmesini sağlayan haktır.²¹ Ayrı bir sözleşme ile yapılabileceği gibi satım sözleşmesine konulan bir kayıtle da geri alım hakkının tanınması mümkündür. Son olarak önalım hakkı, malikin üçüncü bir kişiye satılması ya da ekonomik olarak satışa eşdeğer bir işlem yapılması halinde hak sahibine yapacağı beyanla malın alıcısı olma yetkisini veren haktır.²² Bununla birlikte bu haklar TMK m.1009 kapsamında tapu kütüğüne şerh edilebilecektir. Sonuç itibarıyla herhangi bir aynı hak olarak nitelenemese de alım, geri alım ve önalım haklarına ilişkin sözleşmeler netice itibarıyla bu sözleşmelere dayanarak taşınmazın devri sonucunu

¹⁹ Mehmet AYAN, Eşya Hukuku II- Mülkiyet, Konya, 2013, s.372; Turhan ESENER / Kudret GÜVEN, Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s.261; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.432; Ayrıca TBK m.237'de alım sözleşmesi resmi şekil şartına tabi tutulmuştur. Bu düzenlemenin taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemlerin genel ilke olarak resmi şekle tabi tutulması ilkesinin bir parçası olduğu ifade edilmiştir. SİRMEN, s.385. Alım sözleşmesinin esaslı noktaları, tarafların kimliği, satış konusu mal ve satış bedelidir. Taraflar ayrıca alım hakkının süresi ve şerh verilmesi konularını da düzenleyebilirler. Ancak TBK m.238 gereğince bu süre en çok 10 yıl olabilir.

²⁰ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s.94 vd; Ayrıca OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.532 dn.1107.

²¹ EREN, Mülkiyet, s.460 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.536-537; AYAN, s.372; ESENER/GÜVEN, s.262.

²² EREN, Mülkiyet, s.442 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.538; ESENER/GÜVEN, s.258; SİRMEN, s.389. Diğer iki hakka ilişkin sözleşmeden farklı olarak önalım sözleşmesinin geçerliliği resmi şekle tabi tutulmamış, yazılı şekilde yapılması yeterli görülmüştür. Geri alım sözleşmesinin geçerli olması için TBK m.237'de resmi şekil aranmakla birlikte bu şeklin tapu müdürlüğü memurları önünde gerçekleştirilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat TST m.47/b'ye göre noterce düzenlenmiş sözleşme sicile şerh için yeterli görülmüştür.

doğuracağından bunları MÖHUK m.25 bağlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirmek gerekir.

D. Taşınmazların Aynına İlişkin Bazı Sözleşmeler

Yukarıda çerçevesi çizilmeye çalışılan taşınmazlara ilişkin sözleşmeler kavramının kapsamı oldukça geniştir. Nitekim uygulamada yoğun kullanılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, devre mülk sözleşmeleri ve bazı durumlarda finansal kiralama sözleşmeleri MÖHUK anlamında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerdendir. Buna karşın kural olarak inşaat sözleşmeleri taşınmazların aynına ilişkin bir sözleşme olmayıp genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk çerçevesinde sonuca gidilecektir.²³

Türk hukukunda taşınmaz satış vaadi sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu²⁴, Tapu Kanunu²⁵ ve Noterlik Kanunu²⁶nda yer almakta, sözleşmenin hukuki niteliği konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.²⁷ Geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bir ya da iki taraf satış sözleşmesinin yapılmasını isteme

²³ Ziya AKINCI, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.81 vd.; Hüseyin Akif KARACA, “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m.24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi” MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3 (Özel Sayı), 2016, s.1501 vd. Ayrıca Roma Konvansiyonu’nun şerhi niteliğinde olan ve Roma 1 Tüzüğü’nün hazırlanmasında önemli bir kaynak işlevi gören Giuliano ve Lagarde Raporunda inşaat sözleşmelerinin taşınmaza ilişkin bir sözleşme kabul edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Guliano, Mario ve Paul Lagarde. Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of European Union, No: C282, 1980 Raporun tam metni için bkz. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)

²⁴ RG. 04.02.2011, S.27836.

²⁵ RG. 29.12.1934, S.2892.

²⁶ RG. 05.02.1972, S.14090.

²⁷ Hakim görüşe (Kocayusuflubaşoğlu, s. 67 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.391; Eren, s.209; Akipek/Akıntürk, s.272) ve Yargıtay’a göre (Yarg. 14. HD. E.2006/5221 K.2006/6071, Aktaran: Mehmet Handan Surlu, Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 2011, s.33-40) taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, bir ya da birden fazla tarafa, bir taşınmazın satış sözleşmesinin yapılmasını istemek hakkı veren önsözleşmedir.

hakkı kazanmaktadır.²⁸ Bir başka deyişle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile bir tarafın taşınmaz satış sözleşmesi yapma borcu doğar. Taşınmaz maliki bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, alıcının açacağı davanın ve dava sonunda verilen hükmün niteliği farklı bir tartışma konusudur. Burada hâkim görüş²⁹ ve Yargıtay uygulaması³⁰ gereğince mülkiyetin alıcıya geçirilmesi için iki ayrı dava söz konusu olmamalı, alıcı açacağı bir dava ile mahkeme kararı vasıtasıyla mülkiyeti tescilsiz kazanmalıdır.³¹ Bu durumda taşınmaz satış vaadi sözleşmesi vasıtasıyla taşınmazın aynına ilişkin doğrudan bir borç doğmakta, dolayısıyla MÖHUK m.25 kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir.³²

Tipik bir sözleşme olmayan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde³³ yüklenici olarak müteahhidin temel borçları sadakat ve özen borcu çer-

²⁸ Nitekim bu haliyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi alım hakkı sözleşmesinden farklıdır. Alım hakkı sözleşmesinde alım hakkı kullanılıncaya muhatap taşınmazın mülkiyetini devir borcu altına girmektedir. Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.394.

²⁹ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959, s.170; Mustafa ÇENBERCİ, Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1986, s.160-161; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, s.231; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.695.

³⁰ Yarg. 14. HD. E.2011/6312, K.2011/7489; Yarg. 14. HD. E.2011/5856 K.2011/7339 (Erişim: www.kazanci.com)

³¹ Buna karşın diğer görüşe göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde alıcı, açacağı dava ile taşınmaz sahibini satışın yapılması yönünde irade beyanında bulunmasını sağlayacaktır. Yani ilgilinin mahkemeden alacağı karar, satış sözleşmesi hükmündedir. Bu bakımdan alıcı mahkeme kararını ibraz ederek tapuda satış senedini resmi şekilde düzenlettirebilecektir. Eğer satıcı tescil talebinden kaçınırsa bu takdirde alıcı yeni bir dava ile mülkiyetin üzerinde geçirilmesini talep edecektir. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.397.

³² 2675 sayılı MÖHUK zamanında Yargıtay'a intikal eden bir davada, Türk hukukuna göre sözleşme şartlarının yerine getirilmemesinden dolayı tescilin tashihi reddedilirken muhalefet şerhinde işlem şarta bağlı tipik bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak görülmüş ve Alman hukukuna göre geçerli olarak yapılan işlemin Türk hukuku açısından da geçerli olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yarg. 2. HD. E.2001/1071, K.2001/3978 Aktaran: Ahmet Cemal RUHİ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2013, s.227-228.

³³ Karma tipli bir sözleşme olduğunda şüphe olmamakla birlikte bu karma sözleşmeyi oluşturan bileşen sözleşmeler konusunda da doktrinde farklı fikirlere rastlamak

çevesinde yapıyı inşa etmek ve sonra teslim etmektir.³⁴ Buna karşın iş sahibi ya da arsa sahibinin borçları ise arsa paylarını devir³⁵ ve üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirmektir.³⁶ Taraflardan birinin ediminin arsa payını devir olması, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin de esasen taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin bir araya gelmesiyle oluşan bir karma sözleşme olması sebebiyle bu sözleşmeleri, taşınmazlara ilişkin bir sözleşme olarak vasıflandırmak gerekecektir. Paylı mülkiyet üzerinde kurulan devre mülk hakkının tesisine ya da devrine ilişkin sözleşmeler de taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerden birisidir. Zira pay üzerinde bir aynı hak tesis edilmektedir.

III. TAŞINMAZLARIN KULLANIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Yabancılık unsuru içeren taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler de taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, mülkiyetin naklini ya da bir hakkın kesin olarak devrini değil, sadece o şey ya

mümkündür. Taşınmaz satım ile eser sözleşmesi karması olduğunu söyleyenler (*Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s.4-5*) olduğu gibi taşınmaz satış vaadi ile eser sözleşmesinin bir araya gelmesiyle oluşan bir sözleşme olduğunu ifade edenler (*Nezih Sütçü, Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2013, s.30*) de vardır.

³⁴ “Eserin teslimi koşulu her şeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleşebilir. Tamamlanmış olmak olgusu ise eserin objektif ölçüler içerisinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin işverenin eser üzerindeki fiili hâkimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gerekir ki bu da hukuki teslim anlamına gelir.” Yarg. 15. HD. E.1984/1074, K.1984/3475 Aktaran: ERMAN, s.33 dn.3.

³⁵ “İnşaatın öngörülen seviyeye gelmesine rağmen, arsa sahibinin arsa paylarının belirlenen bölümlerini müteahhide devretmekten kaçınması temerrüt sonucunu doğurabilir ve bu durumda müteahhit bu kısım için tescil davası açabilir.” ERMAN, s.53.

³⁶ Örneğin arsa sahibinin belediyedeki işlemlerin tamamlanması için müteahhide gerekli vekaleti vermemesi veya onu azletmesi ile müteahhidin edimini yerine getirmesi mümkün olmamakta ya da zorlaşmaktadır. Dolayısıyla arsa sahibinin burada üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir.

da hakkın kullanımını ve/veya ondan yararlanılmasını hedeflerler.³⁷ Doktrinde bu tip sözleşmelerin ivazlı kullandırma ve ivazsız kullandırma sözleşmeleri olarak ayrıma tutulduğu görülmektedir. Kira sözleşmesi ile finansal kiralama(leasing) sözleşmesi gibi para veya misli bir eşyanın, eşyanın kullanım amaçlı devrine karşılık olarak talep edildiği sözleşmeler ilk kategoriyi teşkil ederken; karşılıksız devir borcu doğuran ariyet (kullanım ödöncü) ile tüketilen bir eşyanın mislen iadesini öngören karz sözleşmeleri (tüketim ödöncü) ise ivazsız kullandırma sözleşmeleri içerisinde yer alır.³⁸

Tüketim ödöncü sözleşmelerinin taşınmazlara uygulanırlığı yoktur. Zira taşınmazlar, misli bir eşya, bir başka deyişle tüketilebilen bir eşya olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla MÖHUK m.25 kapsamında taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerden kasıt taşınmazlara ilişkin kira ve ariyet sözleşmeleridir ve bunlara ilişkin hukuki işlem ve uyumsuzluklara taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Kira sözleşmesi genel hükümler dışında Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci bölümünde ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Yani tipik bir sözleşmedir.³⁹ Bir şeyin kullanımının veya kullanımla birlikte yararlanılmasının diğer tarafa bırakılması, diğer tarafın kira bedelini ifa taahhüdü ve irade uyuşması, sözleşmenin unsurları olarak kabul edilmektedir.⁴⁰ Kiracı ile kiraya veren arasındaki bu borç ilişkisinin varlığı, kural olarak tasarruf işlemine bağlı değildir. Ayrıca kira sözleşmesi ile sınırlı aynı hak tesisi mümkün değildir.⁴¹

Kira sözleşmeleri ile elde edilen kiracılık hakkının şerh edilebilmesi üzerinde ayrıca durmak gerekir. TBK'nın 312. maddesine göre taşınmaz kiralalarında, *sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir*. Bununla birlikte şerhin etkisine ilişkin olarak

³⁷ Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s.18, 363-373; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015, s.21.

³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.18.

³⁹ Tipik sözleşme, yasanın objektif önemli (esaslı) noktalarını belirlediği, hatta yasa tarafların konumlarının, haklarının ve yükümlülüklerinin ele alındığı sözleşmelerdir. Faruk ACAR, Kira Hukuku Şerhi (Kira), İstanbul: Beta, 2015, s.6.

⁴⁰ Murat AYDOĞDU /Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017, s.368;YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.363 vd.

⁴¹ ACAR, Kira, s.65.

TBK'da bir hükme yer verilmemiş, TBK'nın gerekçesinde belirtildiği üzere TMK m.1009'a bırakılmıştır. Yani kişisel hak olarak sınıflandırılan kiracılık hakkının şerhi, tescilin yapılışına ait kurallara göre yapılacaktır. Esas itibarıyla kira sözleşmesi ile elde edilen hakkın şerh edilmesi talebe bağlı olmakla birlikte, şerhe bağlanan yasal etkinin aksi kararlaştırılmaz.⁴²

Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre şerh edilen bir kişisel hak şerh vasıtasıyla aynı hakka dönüşmez.⁴³ Nitekim TMK m.1009'a göre, kiracılık hakkı *o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir*. Dolayısıyla kira sözleşmesi taşınmazın aynına ilişkin bir müdahale bulunamaz, fakat kişisel hakların şerh edilmesinin iki temel sonucu vardır. Birincisi, şerh verilen hak ile ilgili borç ilişkisini eşyaya bağlı borç haline getirir. Yani şerhten sonra taşınmazın sahipleri değişse bile her malik kendi mülkiyeti esnasında doğacak borçla yükümlü olur. İkinci sonuç ise şerhin munzam etkisidir. Bu durumu ifade için aynı etki deyimi de kullanılmaktadır. Bir nevi taşınmazı sonradan edinen kişilere karşı iyiniyeti ortadan kaldıran bir işlev görür.⁴⁴

Bir diğer kullandırma sözleşmesi olan kullanım öduncü sözleşmesi TBK'nın 379 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kira sözleşmesinden en önemli farkı, kullanıma karşılık bir bedelin belirlenmemesidir. Bu durum kullanım öduncü sözleşmesi ile kira sözleşmesi arasında bazı ek farklılıkların oluşmasını sağlamaktadır. Kullanım öduncü sözleşmesinde ödünç alanın kural olarak ürünleri elde etme ve tüketme imkânına sahip olması, ödünç verenin ayıptan ve zapttan sorumluluğunun bulunmaması, şerhinin mümkün olmaması; kira sözleşmesinden farklılık arz eden başlıca özellikleridir.

IV. MÖHUK m.25 İLE AYNI HAKLARA İLİŞKİN BAĞLAMA KURALI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Hem MÖHUK'un 21. maddesinde hem de 25. maddesinde bağlama noktası olarak taşınmazın bulunduğu yer hukuku (*lex rei sitae*)

⁴² ACAR, Kira, s.318.

⁴³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.386-387; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.253; SİRMEN, s.203; AYAN, s.320.

⁴⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.383; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.253-254.

kullanılmıştır. Fakat bu iki hükmün içeriğinin farklı olduğunu vurgulamak gerekir.

MÖHUK'un 21. maddesi aynı haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralını düzenleyen hükümdür. Maddenin ilk fıkrasına göre, *taşınmalar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu ilke hukukuna tabidir*. Buna karşın taşınır eşyanın taşınabilme özelliğinden dolayı *lex rei sitae* yeterli görülmemiştir. Mesela bir taşınır mal, işlem anında tesadüfî olarak bir yerde bulunabilir ve bu da hukuki ilişki ile yakın bağlantısı bulunmayan bir hukuka işaret edebilir. Bu mahzurları önlemek için taşınmakta olan mallar ve yer değişikliği durumunda kazanılmamış aynı haklar için ikinci ve üçüncü fıkrada özel düzenlemeler getirilmiştir. Oysa taşınmazlar için bu ihtimaller söz konusu değildir. Bununla birlikte 21. maddenin son fıkrasında getirilen özel bir düzenleme ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli taşınmaz yeri hukukuna tabi kılınmıştır.

MÖHUK m.21'de düzenlenen hüküm aynı hakkın kendisine ilişkindir. Türk hukukunda aynı hakların tesis ve terkinin tasarruf işlemi ile mümkün olmaktadır.⁴⁵ Tasarruf işlemi, hakka doğrudan etkide bulunan, onu sınırlayan, değiştiren, sona erdiren ya da başkasına geçiren işlemlerdir.⁴⁶ Yine Türk hukukunda taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemi sebebe bağlı, yani illi olduğu için sebep işlem geçersiz olursa, tasarruf işlemi de geçersiz olacak ve tescil yapılmışsa o tescil de yolsuz sayılacaktır.

25. maddede düzenlenen taşınmaza ilişkin sözleşmeler ise kural olarak borçlandırıcı işlemdirler. Sözleşme ile borçlanan taraf taşınmazı devretme ya da bir aynı hak tahsisi borcu altına girmiştir. Bunun dışında aynı hak sahipliği tesis etmeyen ya da değiştirmeyen salt kullanıma yönelik taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler de MÖHUK m.25'in kapsamındadır. Türk hukukunda taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerde genel kural olarak resmi şekil şartının zorunlu kılın-

⁴⁵ Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2012, s.185; Gökhan ANTALYA / Murat TOPUZ, Medeni Hukuku (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), İstanbul, 2015, s.211-212.

⁴⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s.185; ANTALYA/TOPUZ, s.211; Herdem BELEN, "Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları" İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2014/1, s.98.

ması ile borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birleşik bir görüntü arz etmektedir. Zira buna ilişkin sözleşme tapu müdürü ya da memurları önünde yapılırken, tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebi de aynı anda gerçekleşmektedir. Bu bakımdan netice itibariyle bir fark oluşmamaktadır.

Taşınmazın tapu siciline tescil vasıtasıyla kazanımı esas olmakla birlikte miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal ya da kamulaştırma hallerinde tescilden önce kazanılır.⁴⁷ Bunun dışında vakfa özgülenen taşınmazın mülkiyetinin vakfa geçmesi,⁴⁸ eşler arasındaki mal ortaklığı mal rejiminin kabulü ile eşlerin birlikte malik olması,⁴⁹ yeni arazi oluşması,⁵⁰ ticari şirketlerin birleşmesi⁵¹ ya da kazandırıcı zamanaşımı ile de tescilsiz taşınmaz mülkiyeti kazanılabilmektedir. Bu durumlarda mülkiyet kazanılmış olmaktadır ve özel mülkiyet söz konusu ise tapu siciline açıklayıcı nitelikte tescilin yapılması lazımdır, zira taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapabilmek sicile kayıtlı olmakla mümkündür. Bu durumlarda borç doğurucu bir sözleşme kapsamında aynı hak sahipliğinde bir değişiklikten bahsedemediğimiz için MÖHUK m.25'ten değil, MÖHUK m.21'den sonuca gidilmelidir.

V. SONUÇ

Milletlerarası özel hukuk uygulamasında devletler, özel hukuka ilişkin olsa bile bazı konularda başka bir ülke hukukunu yetkili kılmak istememektedir. Bunların başında taşınmazlara ilişkin meseleler gelmektedir. Bu durumu MÖHUK m.21 ve m.25 ile birlikte diğer hükümlerde taşınmazlara ilişkin konularda (MÖHUK m.20'de olduğu gibi) taşınmazın bulunduğu yer hukukunu yetkili kılmasında görebiliriz. İfade etmek gerekir ki bu yaklaşım Türk hukukuna has bir yaklaşım değildir, karşılaştırmalı hukukta da taşınmazlara ilişkin hukuki ihtilaflarda uygulanacak hukuk konusu taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi tutulmaktadır. Zira taşınmaz konusu bir devletin egemenliği çerçevesinde değerlendirilmektedir.

⁴⁷ TMK m.705/1.

⁴⁸ TMK m.105.

⁴⁹ TMK m.256. Mal ortaklığı rejimi sözleşmesi noter tarafından resmi şekilde yapılır.

⁵⁰ TMK m.708.

⁵¹ TTK m.153.

Gerçekten de MÖHUK m.25'e göre “taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir.” Bir başka ifadeyle *lex rei sitae* (*lex situs*) kuralı esas alınmaktadır. Bununla birlikte bir kavramın her ülke hukukunda aynı anlamı taşımasından dolayı vasıflandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun mutlak bir çözümü olmamakla birlikte genellikle *lex fori* (hâkimin hukuku) yöntemi önerilmektedir. Fakat bir şeyin taşınmaz olup olmadığı *lex rei sitae*'ye göre belirlenir. Bu çerçevede bir şeyin bulunduğu yer açısından hukuki anlamda taşınmaz olup olmadığı tespit edildikten sonra taşınmazlara ilişkin sözleşme olarak vasıflandırılması yapılmalıdır.

Genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk ile taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda önemli farklılıkların olduğunu söylemek mümkündür. Her şeyden önce genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda tarafların hukuk seçimine öncelik tanınmış, hukuk seçiminin olmadığı durumlarda en sıkı ilişkili hukuku tayin etmek üzere karakteristik edim teorisine yer verilmiştir. Buna göre eğer sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulu-yorsa karakteristik edim borçlusunun işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku; böyle bir durum söz konusu değilse karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Karakteristik edim ise sözleşmeyi karakterize eden, ona rengini veren edim olarak tanımlanmaktadır. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde ise bunların hiçbirisi söz konusu olmamakta, hukuk seçimine imkan tanınmaksızın doğrudan taşınmazın bulunduğu yer hukuku yetkili kılınmaktadır.

MÖHUK'un 25. maddesini taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler olarak ayırarak irdelemek yerindedir. Hükmün içeriğinde taşınmazın aynından bahsedilmemekte, sadece taşınmazlara ilişkin sözleşmelerden bahsedilmektedir. Fakat bu ibareyi taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirmek mümkündür. Taşınmazın aynına ilişkin sözleşme kavramına doktrinde sınırlı sayıda tanım getirilmektedir. Bununla birlikte taşınmaz üzerinde herhangi bir ayni hak tesis ya da talep hakkı veren, taşınmazlar üzerindeki ayni hakları konu edinen sözleşmeler olarak ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla taşınmazın devrine ilişkin sözleşmeler, taşınmaz üzerinde bir sınırlı ayni hak tesis eden sözleşmeler, alım, geri ve önalım hakkı gibi tek taraflı beyanla taşınmazın devrini gerektiren hükümleri içeren sözleşmeler bu kategoride değerlendirilmelidir.

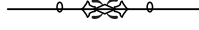
İkinci olarak taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerin de MÖHUK m.25 kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler ise taşınmazlar üzerindeki kira ve kullanım ödücü (ariyet) sözleşmeleridir. Tüketim ödücü (karz) taşınmazlar üzerinde söz konusu olamaz. Bununla birlikte finansal kiralama sözleşmeleri gibi klasik kira sözleşmelerinden farklı özellikler arz eden sözleşmeler de duruma göre bu gruba dâhil edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk; Kira Hukuku Şerhi (*Kira*), İstanbul, 2015.
- ACAR, Faruk; Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi (*Taşınmaz Kavramı*), Ankara, 2008.
- AKINCI, Ziya; Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut; Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2015.
- ANTALYA, Gökhan/ TOPUZ, Murat; Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri). İstanbul, 2015
- ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek; Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- AYAN, Mehmet. Eşya Hukuku II – Mülkiyet. Konya, 2013.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN Esra; Uluslar arası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, 2008.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2017.
- BELEN, Herdem; “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları” İstanbul Barosu Dergisi. C.88, S.2014/1, Ocak-Şubat 2014, ss.89-114.
- BEHR, Volker. “Rome I Regulation, A Mostly Unified Private International Law of Contractual Relationships Within Most of the EU” Journal of Law and Commerce. C.29 S.233, ss.233-272.
- CAN, Hacı / TOKER, Ali Gümrah. Milletlerarası Özel Hukuk(Ders Notları); Ankara, 2015.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul, 2016.
- ÇENBERCİ, Mustafa; Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara, 1986.
- DOĞAN, Vahit; Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 2015.
- EREN, Fikret; Mülkiyet Hukuku (*Mülkiyet*), Ankara, 2014.
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015.
- ERMAN, Hasan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010.
- ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret; Eşya Hukuku. Ankara, 2012.
- GULIANO, Mario / LAGARDE, Paul; Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. Official Journal of European Union, No: C282, 1980; Erişim: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML)
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref / ALBAŞ, Hakan; Miras Hukuku, İzmir, 2012.

- KARACA, Hüseyin Akif; “Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m.24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi” MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C.22, S.3 (Özel Sayı), 2016, ss.1483-1529.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Miras Hukuku, Ankara, 2013.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip; Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul, 1959.
- NOMER, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 2015.
- NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami; Medenî Hukuk, Giriş - Kaynaklar – Temel Kavramlar, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku. İstanbul, 2012.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice; Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001.
- ÖZTAN, Bilge; Miras Hukuku, Ankara, 2012.
- ÖZTAŞ, İlker; Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul, 2011.
- RUHİ, Ahmet Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gereççeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Ankara, 2013.
- SİRMEN, Lale; Eşya Hukuku. Ankara, 2015.
- STONE, Peter; European Private International Law, Cheltenham-UK, 2014.
- SURLU, Mehmet Handan; Açıklamalı İçtihatlı Taşınmaz Satış Vaadi, Ankara, 2011.
- SÜTÇÜ, Nezi; Uygulamada ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Ankara, 2013.
- ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre Esen / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2016.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer; Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları, İstanbul, 2016.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Servet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla; Tekinay Eşya Hukuku – Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet (Cilt 1) İstanbul, 1989.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Servet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- ÜNAL, Mehmet / BAŞPINAR, Veysel; Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2016.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2012.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.

Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış



Yrd. Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK*

ÖZET

Kadınların çalışma hayatına girişinde belirleyici neden aileye ek gelir sağlama faktörüdür. Bu faktörün dışında, kadınların çalışma nedenini en çok eğitim düzeyi etkilemiştir. Eğitim düzeyi yükseldikçe, kadınların çalışmasında ekonomi neden dışında; eğitimi değerlendirme, bir meslek sahibi olma, bağımlılıktan kurtulma, kendini geliştirme ve geleceğini güvence altına alma gibi sebepler de etkili olmuştur. Böylece erkeklerle eşit şartlarda çalışma hayatında yer alamayan kadının İş Mevzuatında yapılan düzenlemelerle korunma ihtiyacı doğmuştur. Çalışan kadınların korunması; onların kadın olmaları dolayısıyla korunmaları ile doğurganlığın ve analığın korunması olmak üzere iki ayrı kategoride incelenebilir. Günümüzde fiziksel olarak güçsüz olmaları sebebiyle kadınlara özel koruma uygulamaları gereksiz görülmektedir. Pek çok ülkede bu tarz koruma önlemleri kaldırılmıştır. Ancak kadınların analık halinde korunmasına ilişkin koruyucu yasa düzenlemeleri ise hemen herkes tarafından kabul görmektedir. Bu çalışmada Türk İş Hukukunun konuya bakış açısı ve Mevzuatta kadın işçiler için öngörülen koruyucu düzenlemeler inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kadın işçi, kadın işçinin korunması, ayrımcılık yasağı, analık, taciz, feshe karşı korunma, kıdem tazminatı

ABSTRACT

The main reason for women's entering into the business life providing their families with an extra income. Other than this, another reason for working women is the education level. As the

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

education level increased, aside from the financial reason, reasons such as make use of education, having a profession, having economic independence, self improvement and securing their future, has been effective. Thus, a need has arisen to protect women, who can not have the same conditions with men in the business life, with changes in the Labour Laws. Protection of working women can be reviewed in two separate categories such as protection of fertility and protection of motherhood due to the reason of their being females. At the present, special protection of women due to being physically weaker is being considered unnecessary. Such protection measures has been lifted in many countries. But protective law regulations for protection of women in case of motherhood is accepted by almost everyone. In this article the Turkish Labour Law's perspective on this issue and the protective regulations for working women in the Law has been reviewed.

Key Words: Women worker, protection of women rights, equality principle, status of motherhood, harassment, protection against wrongful termination, severance pay.

I. GENEL OLARAK

Kadınların çalışma hayatındaki yeri konusunda bir araştırma yapıldığında; sergilenen bakış açısına göre, yazılı eserlerin bir kısmında kadınların çalışma yaşamında çok eskiden beri varolduğu saptaması yapılırken¹ diğer kısmında ise kadınların işçi sıfatı ile çalışma yaşamında yer almalarının çok eskilere dayanmadığı tespitine yer verildiği görülmektedir². Birbirinden farklı bu tespite rağmen, bu konuda çalışanların fikir birliği içinde olduğu temel husus; *toplumda kadınlara verilen temel işlevin onların daha çok ev işlerini görmeleri, eşlerin ve çocukların bakımını üstlenmeleri şeklinde olduğu, kadınların önce eş ve anne sıfatı ile değerlendirildikleri, ev dışındaki çalışmalarının ise ancak ekonomik zorunluluklar nedeniyle uygun görüldüğü* yolundadır. Sosyal ve ekonomik şartların kadınların çalışma hayatına atılmasına yol açması ise, onların evlerindeki geleneksel konumlarını etkilemişse de, ev kadınlığı fonksiyonları aynı şekilde devam etmiştir³. Çalışma hayatının sorumluluklarını ortak olarak paylaşan kadın ve erkeğin, aile içi sorumlulukları da bölüşerek üslenmesi düşüncesinin tam olarak yerleşmemiş olması çalışan kadı-

¹ Akıntürk Türkmen, 1998: s. 6; Altan, 1980: s. 9 vd.

² Taşkent ve Kurt, 2004, s. 30; Ertürk, 2008: s. 7 vd. ; Demir, 2008: s. 8-24.

³ Adakale Demirhan ve Ekonomi, 2005: s. 56; Bacak ve Yiğit, 2007: s. 2.

nın durumunu oldukça zorlaştırmıştır; bir yandan ikincil iş gücü olarak nitelendirilen çalışan kadınların, diğer yandan da evlerine döndüklerinde ev kadını olarak üzerlerinde mevcut ailevi sorumlulukları eskisi gibi devam etmiştir. Ortaya çıkan bu çifte sorumluluk çalışan kadının yükünü oldukça arttırmıştır⁴.

Gelişen teknoloji zaman içinde yeni istihdam türlerinin ortaya çıkmasına yol açmış; özellikle kısmi çalışma adı altında günün belli bir döneminde çalışma olanağı ortaya çıkmıştır. Özellikle bu tür çalışma tipleri ile birlikte ve erkeklere nispeten daha düşük ücretle çalışmayı kabul etmeleri sonucunda, kadınlar işgücüne giderek artan bir biçimde katılmaya başlamışlardır⁵. Yine son yıllarda kadınların eğitim durumlarında ortaya çıkan gelişmeler, kadın-erkek eşitliği kavramının gelişmesi, kadınların geleneksel rollerinin dışında kendilerini kabul ettirme istekleri onların çalışma hayatına daha etkin bir şekilde katılmalarını sağlamıştır⁶. Kadınların iş gücüne daha yoğun bir biçimde katılması ise onları iş yaşamına adapte eden daha özel düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır. Bu gerekliliği doğuran ilk iki sebep, yukarıda da ifade ettiğimiz şekliyle; kadınların çalışma yaşamında ikincil işgücü olarak görülmesi ile üzerlerinde taşıdıkları çalışma hayatına ve aile hayatına ilişkin çifte yüküdür. Tüm bunlarla beraber kadınların erkeklere göre doğuştan gelen bir takım farklı fizyolojik özellikler taşımaları onların iş hayatında özel olarak korunması ihtiyacını doğurmuştur⁷. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da kadınların, bir yandan doğuştan gelen fizyolojik özelliklerine uygun olarak çalışma hayatında yer alabilmeleri diğer yandan da kadın ve anne olmaları dolayısı ile üzerlerine düşen ailevi yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri amacıyla İş Hukuku Mevzuatı, çalışan kadınlara özel düzenlemeler ile onları koruma altına almaya çalışmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki kadın-erkek eşitliği kavramının yanında kadının korunması kavramı çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin istisnası olarak kabul edilmiş ve kadınları koruyucu düzenlemeler cinsiyet ayrımcılığı sayılmamıştır⁸. Söz konusu korumalar kap-

⁴ Akıntürk Türkmen, 1998: s. 6-7; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 30.

⁵ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 30.

⁶ Adakale Demirhan ve Ekonomi, 2005: s. 56.

⁷ Bacak ve Yiğit, 2007:s. 2.

⁸ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 30 ; Adakale Demirhan ve Ekonomi, 2005: s. 56; Bacak ve Yiğit, 2007:s. 2.

samında kadınların düşük ücretle, gece dönemlerinde, sanayiye ait ağır işlerde, yer altı işlerinde, doğum sırasında ve sonrasında çalıştırılmaları sınırlandırılmış ya da tamamen yasaklanmıştır. Ayrıca gerek uluslararası ve gerekse ulusal düzenlemelerde kadın-erkek eşitliğini sağlama amacını taşıyan hükümler önemli bir yer tutmakta; bunun dışında kadının doğum ve annelik sürecinde korunması için ciddi bir çaba gösterilmektedir⁹.

Görüldüğü üzere, çalışan kadınların korunması; onların kadın olmaları dolayısıyla korunmaları ile doğurganlığın ve analığın korunması olmak üzere iki ayrı kategoride incelenebilir. Ancak özellikle kadınların fiziksel olarak erkeklerden güçsüz olmaları, ataerkil aile düzeninde aile sorumlulukları taşımaları ve esas görevlerinin aile içinde olması temeline dayanan ve kadın işçilerin genel olarak kadın olmaları sebebiyle korunmalarını amaçlayan düzenlemeler son yıllarda tartışma konusu olmuştur. Zira teknolojik gelişmeler işlerin görülmesinde fiziksel güç kullanımını azaltmıştır. Dolayısıyla fiziksel olarak güçsüz oldukları gerekçesiyle kadınlara özel koruma uygulamaları gereksiz görülmüş ve pek çok ülkede bu tarz koruma önlemleri kaldırılmıştır. Ancak kadınların analık halinde korunmasına ilişkin koruyucu yasa ve düzenlemeler hemen herkes tarafından kabul gören koruma biçimini oluşturmuştur. Analığın korunması yönünde bu koruyucu düzenlemelerin yanında kadınların iş ve aile sorumluluklarını dengelemek amacıyla, bu sorumlulukların paylaşılması yoluna gidilmiş ve bu amaçla kadın veya erkek olmasına bakılmaksızın aile sorumluluğuna sahip işçiler için de düzenlemeler getirilmiştir. Bu bağlamda özellikle ILO sözleşmelerinin izlediği seyir ve yaklaşım değişimi dikkat çekicidir; Örneğin gece çalışmalarını kadınlara yasaklayan sözleşmeler kadın ve erkekleri eşit olarak koruyan gece çalışma düzenlemelerine, analık izinleri ebeveyn izinlerine dönüştürülmüştür. Yine Avrupa Birliği Yönergeleri de zaman içinde her alanda cinsiyet ayrımcılığını ortadan kaldırmayı amaçlayan düzenlemelere dönüşmüştür. Ayrıca bu Yönergelerle doğrudan ayrımcılık kavramı yanında dolaylı ayrımcılık ve olumlu ayrımcılık kavramları da gündeme gelmiştir¹⁰.

⁹ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 30; Bacak ve Yiğit, 2007:s. 2.

¹⁰ Adakale Demirhan ve Ekonomi, 2005: s. 56; Yuvalı, 2003: s. 94-95.

II. TÜRKİYE'DE ÇALIŞMA HAYATINDA YER ALAN KADINLARA İLİŞKİN VERİLER

Türkiye'de kadının çalışma hayatında yer alması Avrupa ülkelerine göre oldukça yakın tarihlerde gerçekleşmiştir. Burada da temel neden ekonomiktir, yani aileye ek bir gelir sağlama amacı ön plandadır. Bu durum 1955 yılından günümüze kadar yapılan pek çok araştırmalarla ortaya konmuş ve yıllar içinde kadının çalışma hayatına girişinde belirleyici olan *aileye ek gelir sağlama faktörü* değişiklik göstermemiştir. Bu faktörün dışında, Türkiye'de de kadınların çalışma nedenini en çok eğitim düzeyi etkilemiştir. Eğitim düzeyi yükseldikçe, kadınların çalışmasında ekonomi neden dışında; eğitimi değerlendirme, bir meslek sahibi olma, kocaya ve eve bağımlılıktan kurtulma, ruhsal tatmin, yeni bir çevre edinme, kendini geliştirme ve geleceğini güvence altına alma gibi sebepler de etkili olmuştur. Yine de, ülkemizde kadınların işgücüne katılım oranları erkeklere göre oldukça düşüktür¹¹.

Türkiye İstatistik Kurumunun 2015 yılı istatistiklerine bakıldığında¹², 78 milyon 741 bin 53 kişiden oluşan Türkiye nüfusunun %49,8'i (39 milyon 229 bin 862 kişi) kadın nüfustur. Kadınlar daha uzun yaşadığı için bu oran yaşlı (65 ve daha yukarı yaş) nüfusta değişmekte ve bu nüfus grubunun %43,8'ini erkek, %56,2'sini kadın nüfus oluşturmaktadır. Doğuştan beklenen yaşam süresi, Türkiye geneli için 78, erkeklerde 75,3 ve kadınlarda 80,7 yıldır. Genel olarak kadınlar erkeklerden daha uzun süre yaşamakta olup, doğuştan beklenen yaşam süresi farkı 5,4 yıldır¹³. 2015 Yılı verilerine göre Türkiye'de okuma yazma bilmeyen kadın nüfus oranı erkeklerden 5 kat daha fazladır¹⁴. Yine ya-

¹¹ Adakale Demirhan ve Ekonomi, 2005: s. 57; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 31.

¹² Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S:21519, 7 Mart 2016, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21519> (erişim tarihi:09.03.2016).

¹³ Ülkemizde, kadınlarda doğuştan beklenen yaşam süresinin en yüksek olduğu il 85,7 yıl ile Tunceli iken erkeklerde 77,7 yıl ile Muğla'dır. Doğuştan beklenen yaşam süresinin en düşük olduğu il kadınlarda 77,5 yıl ile Ağrı, erkeklerde 72,3 yıl ile Kilis'tir. Bkz. Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S:21519, 7 Mart 2016. Bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21519> (erişim tarihi:09.03.2016).

¹⁴ Türkiye'de 2014 yılında 25 ve daha yukarı yaşta olan ve okuma yazma bilmeyen toplam nüfus oranı %5,6 iken bu oran erkeklerde %1,8, kadınlarda %9,2'dir. Lise ve dengi okul mezunu olan 25 ve daha yukarı yaşta kilerin toplam nüfus içindeki oranı %19,1 iken bu oran erkeklerde %23,2, kadınlarda %15'dir. Yükseköğül veya

kın verilere göre, ülkemizde kadın istihdam oranı erkeklerin istihdam oranının yarısı kadar gerçekleşmektedir. Onbeş ve daha yukarı yaştaki nüfus içerisinde istihdam oranı %45,5 olup, bu oran erkeklerde %64,8, kadınlarda ise %26,7'dir. Eğitim durumuna göre işgücüne katılım oranı incelendiğinde ise kadınların eğitim seviyesi yükseldikçe işgücüne daha fazla katıldıkları görülmektedir. Okur-yazar olmayan kadınların işgücüne katılım oranı %16, lise altı eğitimli kadınların işgücüne katılım oranı %25,8, lise mezunu kadınların işgücüne katılım oranı %31,9, mesleki veya teknik lise mezunu kadınların işgücüne katılım oranı %39,8 iken yükseköğretim mezunu kadınların işgücüne katılım oranı %71,3'dir. Bununla beraber, istihdama katılan tüm eğitim düzeyindeki kadınların erkeklerden daha düşük ücret aldığı tespit edilmektedir. Gelir ve Yaşam Koşulları Araştırması 2014 sonuçlarına göre, yüksek öğretim mezunu bir kadın çalışanın yıllık ortalama esas iş geliri, aynı eğitim düzeyinde bir erkek çalışanın yıllık ortalama esas iş gelirinden %1,3 oranında düşük gerçekleşirken, bu farkın en fazla olduğu eğitim düzeyinin %1,8 ile lise altı olduğu tespit edilmiştir. Kadınların hanehalkı ve aile bakımı için ayırdığı günlük ortalama sürenin ise 4 saat 17 dakika olduğu tespit edilmiştir¹⁵.

III.KADIN İŞÇİLERİN ÇALIŞMA ŞARTLARINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Düzenlemeler

Çalışan kadınlara ilişkin uluslararası düzenlemeler; Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), Avrupa Ekonomik İşbirliği ve Çalışma Örgütü (OECD) gibi kuruluşların yasalarında yer alan düzenlemeler ile birçok ülke tarafından onaylanan sözleşmeler, yayınlanan bildirgeler, Avrupa Birliği (AB) tüzük, yönerge, tavsiye, karar ve görüşlerinden oluşmaktadır.

fakülte mezunu olan toplam nüfus oranı %13,9 olup bu oran erkeklerde %16,2 kadınlarda ise %11,7'dir. Bkz. Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S:21519, 7 Mart 2016. Bkz. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21519> (erişim tarihi:09.03.2016).

¹⁵ Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, S:21519, 7 Mart 2016, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21519> (erişim tarihi:09.03.2016).

Birleşmiş Milletlerin 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye tarafından 1985 yılında onaylanan “Kadınlara Karşı Her Türli Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” (CEDAW) ile erkeklerle kadınların eşitliği temeli üzerinde siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınması, bu hak ve özgürlükleri kullanmaları, cinsiyet temeli üzerinde yapılan ayrımların kaldırılması amaçlanmıştır¹⁶.

Türkiye tarafından 2007 tarihinde bazı maddelerine çekince konmak suretiyle onaylanmış olan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartınının 4. maddesininin 3. fıkrasında ise, çalışan erkekler ile kadınların eşit işe eşit ücret hakkına sahip oldukları vurgulanmış; m. 8 hükmünde, çalışan kadınların annelik durumunda korunma hakkı; m. 20 hükmünde istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit işlem görme hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca, Şartın ayrılmaz bir parçasını oluşturan Ekte, cinsiyet, medeni hal, ailevi sorumluluk, hamilelik, annelik ya da aile izni olgularının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için geçerli bir neden oluşturmayacağı ifade edilmiştir (m. 24/f. 3 d, e)¹⁷.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) de çalışma hayatına ilişkin pek çok Sözleşme ve Tavsiye kararları ayırım gözetmeksizin kadın erkek işçilere ilişkin düzenlemelere ilişkindir. ILO'nun özellikle kadın ve erkek işçileri çalışma şartları (ücret, çalışma saatleri, iş güvenliği ve sağlığı), sosyal güvenlik, istihdam, işçi-işveren ilişkileri ve insan hakları konularındaki normları genellikle kadın ve erkek işçileri kapsamaktadır. Bunların dışında ILO'nun kısmen veya tamamen kadın işçilere uygulanacak Sözleşme ve Tavsiye Kararları mevcuttur. Bunlara ücret düzeylerinin cinsiyet ayırımı gözetilmeksizin saptanmasını amaçlayan *Erkek ve Kadın İşçilerin Eşit Değerde İş İçin Eşit Ücretlendirilmesine İlişkin 100 Sayılı Sözleşme*; ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, köken temeli üzerinde yapılan ayırım, dışlama ya da tercihi ifade eden “ayrımcılık” ile ilgili *Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı Sözleşme*; kadının hamileliği sırasında ve sonrasında korunmasını öngören (Gözden Geçirilmiş) *Analığın Korunmasına İlişkin 183 Sayılı Sözleşme* örnek olarak verilebilir.

¹⁶ Söz konusu sözleşme için bkz. Taşkent, 1993: 19 vd., 141 vd.

¹⁷ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 33.

Yine Avrupa Birliğinin Temel İnsan Hakları Belgesi olarak kabul edilen “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”nın m. 21 hükmü genel biçimde “Ayrımcılık Yasası” öngörmekte; “Kadın-Erkek Eşitliği” başlıklı m. 23 hükmünde de aynen “Kadınlar ve erkekler arasındaki eşitlik, istihdam, iş ve ücret konuları da dahil olmak üzere her alanda sağlanmalıdır” denilmektedir¹⁸. Bu bağlamda Avrupa Birliğinin kadın işçilerle ilgi olan “İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair 2006/54/EC sayılı Yönerge”si önem taşımaktadır. Kadın ve Erkekler İçin Ücret Eşitliğine ilişkin 75/117/EEC yönergeyi, İşe Alma, Mesleki Eğitim ve İlerleme ve Çalışma Koşullarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranmaya ilişkin 76/207/EEC sayılı yönergeyi, İşyerlerinde Uygulanan Sosyal Güvenlik Sigortalarında Kadın ve Erkeğe Eşit Davranmaya ilişkin 86/378/EEC sayılı yönergeyi ve ispat yüküne ilişkin 97/80/EC sayılı yönergeyi yürürlükten kaldıran (m. 34) bu yönergenin “Ayrımcılığın yasaklanması” başlıklı m. 4 hükmüne göre: “Aynı iş için veya eşit değer atfedilen işler için, ödemenin bütün boyutları ve koşulları bakımından cinsiyet temeline dayalı olarak doğrudan veya dolaylı ayrımcılık ortadan kaldırılır. Özellikle ücreti belirlemek için bir iş sınıflama sisteminin kullanıldığı hallerde, kadınlar ve erkekler için aynı kriter baz olarak alınır ve sistem, cinsiyet temelinde herhangi bir ayrımcılığı dışlayacak şekilde düzenlenir”. Yönergenin m. 15 hükmünde de “Analık (doğum) izninden dönüş” başlığı altında, kadın işçinin doğum izninin bitiminden sonra eski işine veya buna eşdeğer bir pozisyona geri dönmeye ve izin sırasında çalışma koşullarında meydana gelen her türlü iyileştirmeden yararlanmaya hakkı olduğu ifade edilmektedir¹⁹.

2. Ulusal Düzenlemeler

Kadınlar için koruyucu nitelik taşıyan en genel hüküm 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m.10 hükmünde yer alan “eşitlik ilkesi”dir. Anayasanın söz konusu hükmüne göre kadınlar da dahil olmak üzere herkes, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hükmün ikinci fıkrası ise “kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir” demek suretiyle, kadın-erkek eşitliğini daha somut bir şekilde vurgulamaktadır. Anayasa m. 10 hükmü sadece eşitliği ifade etmekle

¹⁸ Avrupa Birliği mevzuatında kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemelerin tarihi süreci bkz. Ertürk, 2008: s. 85 vd.

¹⁹ Avrupa Birliğinin konuya ilişkin direktifleri için bkz. Bolcan, 2010: s. 253 vd.

yetinmemekte, “Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” demek suretiyle, bu konuda devlete önemli bir görev atfetmektedir. Yine Anayasanın “Çalışma şartları ve dinleme hakkı” başlıklı m. 50/ f. 1 hükmünde, kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı öngörülmekte; maddenin 2. fıkrasında ise, daha somut olarak kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı ifade edilmektedir.

Çalışma hayatında kadınlarla ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanununda 5953 sayılı Basın İş Kanununda ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin bir bölümü, cinsiyet kökenine dayalı ayrımcılığa ilişkindir. Diğer hükümler ise çalışan işçinin kadın olması sebebiyle, özel olarak korunması gereken hamilelik ve analık gibi durumlara ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki kadınlara yönelik koruyucu hükümler sadece İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ile sınırlı değildir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanununda²⁰, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda²¹, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda²², 6356

²⁰ Umumi Hıfzıssıha Kanunu m.177 hükmü uyarınca gebe kadınlar doğumlarından evvel üç ay zarfında çocuğunun ve kendisinin sihhatine zarar veren ağır hizmetlerde kullanılamaz. Doğumdan sonra m.155 hükmünde tayin edilen muayyen müddet istirahatını mütaakıp işe başlayan emzikli kadınlara ilk altı ay zarfında çocuğunu emzirmek üzere mesai zamanlarında yarımşar saatlik iki fasıla verilir.

²¹ Türk Borçlar Kanununun “Hizmet Sözleşmeleri” başlıklı altıncı bölümünde genelde erkek-kadın ayrımı yapılmaksızın iş ilişkisi ve bundan doğan hak ve borçlar düzenlenmektedir. Böyle olmakla birlikte, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin TBK m. 417 hükmünde işveren, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Yine TBK m.418 hükmünde işverenin, ev düzeni içinde çalışan ve sosyal sigorta yardımlarından yararlanamayan kadın işçinin gebeliği ve doğum yapması durumunda belirli bir süre bakımını ve tedavisini sağlaması öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu m. 423/ f. 3 hükmüne göre ise işveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle iş görme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamayacaktır.

²² 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.10 hükmü uyarınca işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken ise genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu özel olarak dikkate alınacaktır.

sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda²³ da benzeri düzenlemeler mevcuttur.

a) Kadın İşçileri Eşitlik İlkesi Bakımından Koruyan Düzenlemeler

Anayasa m. 10 hükmünde yer alan eşitlik ilkesine paralel olarak İş Kanununun m. 5 hükmü de iş ilişkisinde eşitlik ilkesine yer vermiş, işverene bu konuda bazı yükümlülükler yüklemiş ve bu yükümlülüklerle aykırılığı da yaptırıma bağlamıştır.

İş Kanunu m. 5/ f. 1 hükmü öncelikle genel bir ilke olarak, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını esasa bağlamıştır. Madde hükmünün 3. fıkrasında ise işverenin, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağı vurgulanmaktadır. Madde hükmü uyarınca, örneğin; çok sayıda işçi alınacak bir işyerinde, aranan özelliklere sahip kadın adaylar bulunmasına rağmen işe alınan işçiler sadece erkek başvurular arasından seçilmiş ise cinsiyete dayalı bir ayırım söz konusudur²⁴. Bunun gibi, işin niteliğine ilişkin sebepler haklı kılmadıkça, kadın işçi ile sırf hamileliği sebebiyle iş sözleşmesi akdetmekten kaçınılamayacaktır²⁵. Ancak madde hükmüne rağmen Türkiye’de özellikle işe alımlarda kadınlara karşı sürdürülen cinsiyete dayalı ayrımcılığın çok yaygın olduğu bilinen bir gerçektir²⁶.

İş Kanunu m. 5/f. 4 ve 5 hükmünde yer verilen bir düzenleme ile eşitlik ilkesi ücret bakımından da gözetilmiştir. Buna göre, kadın işçiye sırf kadın olduğu için erkek işçiye verilenden daha az bir ücret ödenemeyecektir. Nitekim, maddenin 3. ve 4. fıkralarına göre, “Aynı veya

²³ Söz konusu Kanunun m.26/ f. 3 hükmünde “Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir” ifadesine yer verilmiştir.

²⁴ Yuvalı, 2003: s. 96; Kaya, 2005: s. 151-152; Bacak ve Yiğit, 2007: s. 6.

²⁵ Süzek, 2008: s.27; Yuvalı, 2003: s. 96; Çelik ve Caniklioğlu ve Canbolat (2016): s.328 vd.; Süzek (2016): s. 502 vd.

²⁶ Dedeoğlu, 2009: s. 49; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 38.

eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz”. İşverenin söz konusu düzenlemelere rağmen kadın işçilere farklı işlem yapmasının ya da işçiye sırf kadın olması sebebiyle düşük ücret ödemesinin yaptırımına da m. 5/ f. 6 hükmünde “ iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarında uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir”. ifadesiyle yer vermektedir. Madde hükmü ile ayrımcılık tazminatının 4 ay gibi bir üst sınır getirilmek suretiyle belirlenmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Avrupa Birliği normlarına uyumlu olması açısından, madde hükmünde tazminat miktarı ile uğranılan zarar arasında bir ilişki kurulmasının, bu bakımdan fıkra hükmünde yer verilen “dört aya kadar” ifadesi yerine “en az dört ay” ifadesine yer verilip bu konuda hakime takdir yetkisi tanınmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir²⁷.

Diğer yandan İş Kanunu m. 5 hükmü sadece iş ilişkisi süresince ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde ayırım yapılması halini yaptırıma bağlamış olup, iş sözleşmesinin kurulması sırasından ayırım yapılması halini herhangi bir yaptırıma bağlamamaktadır. Bu durumun ise kanun koyucunun işçiyi işe alım sırasında işverene tercih esnekliği tanımayı amaçlamasından kaynaklandığı, işverenin iş sözleşmesini yaparken işi en uyumlu olarak hangi işçi ile yürütebileceğini belirleme yetkisine sahip olması gerektiği ifade edilmektedir²⁸. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’Nefret ve ayrımcılık” başlıklı m. 122 hükmü uyarınca, kişinin işe alınması sırasında ayırım yapılması suç sayılmakta olup, ayırım yapan kimse hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile adli para cezası görülmektedir.

İş Kanunu m. 5/ f. 7 hükmü uyarınca işverenin yukarıdaki hükümlere aykırı davrandığını işçi ispat edecektir. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur (İşK. m. 5/ son).

²⁷ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 38; Doğan Yenisey, 2006: s. 77; Dedeoğlu, 2009: s. 49.

²⁸ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 38-39; Yıldız, 2008: s. 198; Yuvalı ise, yasağın anlam kazanabilmesi için İ.K.’nun 5. maddesinin 6. fıkrasının işe almada cinsiyete dayalı ayırım yasağını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Bkz. Yuvalı, 2003: s. 96; Çelik ve Caniklioğlu ve Canbolat (2016): s.328 vd; Süzek (2016): s. 508-509.

Ayrıca, “ insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek” amacına hizmet etmek üzere 06.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” başlıklı m. 3 hükmü de cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bu Kanun kapsamında ayrımcılığa uğrayan kadın işçi de kuruma başvurarak ayrımcılığın tespitine ilişkin mekanizmayı harekete geçirebilecektir. Bu Kanun kapsamında kurumun yaptığı tespit, ayrımcılık mağduru kadın tarafından açılacak bir davada delil niteliği taşıyacaktır. Yine söz konusu Kanunun m. 25 hükmüne göre, Kanun kapsamında ayrımcılığın tespiti halinde, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacaktır.

b) Kadın İşçileri İş İlişkisinin Kurulması Sırasında Koruyan Düzenlemeler

Uluslararası düzenlemelere paralel olarak İş Kanununda iş ilişkilerini düzenleyen hükümler genellikle kadın-erkek ayrımı yapmaksızın işçiyi koruyucu düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte İş Kanununda, *kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan bir işte çalıştırılmayacağına* ilişkin Anayasa m. 50 hükmü doğrultusunda sınırlı sayıda da olsa, iş ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak kadınların bir takım bedensel özelliklerini dikkate alan tedbir nitelikli hükümlere yer verilmiştir²⁹. Bu bağlamda, kadın işçinin belirli yer ve işlerde çalışması yasa tarafından yasaklanmış; böylece onun daha iş sözleşmesinin yapılması sırasında korunması sağlanmıştır³⁰.

İş Kanunu m. 52 hükmü her yaştan kadın işçinin maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su

²⁹ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 35; Süzek (2016): s. 881-882.

³⁰ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 36.

altında yapılacak işlerde çalışmasını yasaklamaktadır³¹. Bunun dışında kadınların ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına ilişkin yaş sınırı ya da bir yasak mevcut değildir. Ancak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun m.15/ f. 2 hükmü kadın erkek ayırımı gözetmeksizin, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacak olanların yapacakları işe uygun olduklarını belirten bir sağlık raporu olmaksızın işe başlatılmayacaklarını hükme bağlamaktadır.

Kadınların gece postalarında çalışmaları için de İş Kanununda özel bir düzenleme mevcuttur. “Gece çalıştırma yasağı” başlıklı İş K. m. 73 hükmü uyarınca, onsekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikte gösterileceğini öngörmektedir. Belirtilmelidir ki, İş Kanunu ve Kanunun 73. maddesinde sözü edilen Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkındaki Yönetmelik³² onsekiz yaşını doldurmuş kadınların sanayiye ait işlerde gece çalışmalarına ilişkin herhangi bir yasak getirmemektedir. Ancak yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, kadın çalışanların gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce, gece postalarında çalıştırılmalarında sakınca olmadığına ilişkin bir sağlık raporunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınması gerekmektedir. Yönetmeliğin m. 5 hükmü uyarınca da kadın çalışanlar her ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmazlar.

Yine eşit davranmaya ilişkin İş K. m. 5/ f. 3 hükmü uyarınca işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapamayacaktır. Madde hükmünde belirtildiği üzere, işveren iş sözleşmesinin yapılması sırasında, iş başvurusunda bulunan bir kadın aday hakkında salt gebe olması sebebiyle ayırım yapamayacaktır³³. Başvuruda bulunanların hepsinin kadın olması halinde de gebelik sebebiyle ayırım yapılması mümkün değildir³⁴.

³¹ Söz konusu hüküm Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 45 Sayılı Sözleşmesi ile paralellik göstermektedir.

³² RG, 24 Temmuz 2013, Sayı: 28717.

³³ Doğan Yenisey, 2006: s. 67-68; Ekonomi, 2009: s. 17; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 36-37.

³⁴ Ekonomi, 2009: s. 17.

Bu noktada işe alma görüşmeleri sırasında kadın işçiye hamileliği ile ilgili soru yöneltilmesinin hukuken uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir³⁵. Sorun daha önce Türk Hukukunda da tartışılmış ve bu konuda farklı görüşler öne sürülmüştür. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu m.5/f. 3 hükmünün işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında cinsiyet veya gebelik sebebiyle farklı işlem yapılamayacağına ilişkin düzenlemesinin varlığı karşısında, kadın işçi adayına hamilelik ile ilgili soru sorulmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Bu tür sorular işverenin soru sorma hakkının kapsamına girmeyecek olup geçerliliği söz konusu değildir. Kadın işçinin bu tür sorulara cevap vermek zorunluluğu olmadığı gibi yanlış bir bilgi vermesi de iş sözleşmesinin iptaline ya da sözleşmenin geçerli nedenle feshine yol açmayacaktır. Ancak bu durumun tek istisnasını “işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması” olgusu oluşturmaktadır. Eğer yapılacak işin özelliği kadın adaya böyle bir soru yöneltilmesini haklı gösterecek nitelikteyse, artık bu cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir. Böyle bir durumda adayın soruya doğru cevap vermesi gerekmektedir. Örneğin; kadının işe alındığında üstleneceği görev sporculuk, mankenlik, sahne sanatçılığı gibi hamile olması halinde iş görme edimini gereği gibi yerine getiremeyeceği bir iş ise, hamileliğini saklaması uygun değildir. Türk Medeni Kanunu m. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı uyarınca, kadın adayın böyle bir durumda, soru sorulmamış olsa dahi hamile olduğunu kendiliğinden açıklaması gerekmektedir³⁶.

³⁵ Doğan Yenisey, 2002: s. 48; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 37; Avrupa Birliğinin 2006/54/EC Sayılı Yönergesinin 14. maddesinde de, hangi faaliyet alanında olursa olsun, işe alma koşulları da dahil olmak üzere, istihdama veya mesleğe erişim koşullarına ilişkin olarak cinsiyete dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını vurgulamaktadır. Yine Alman Federal İş Mahkemesinin eski kararlarında, adayın üstleneceği işin niteliği dikkate alınmaksızın, ona hamileliği hakkında soru sorulabileceği kabul edilmiş iken, kadın ve erkek işçiler arasında ayırım yapılmasını yasaklayan § 611 a hükmünün Alman Medeni Kanununa eklenmesiyle birlikte Yüksek Mahkeme görüş değiştirmiş ve bu tür soruların yasaya aykırı olacağına, dolayısıyla sorulamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Ertürk, 2008: s. 156-163 vd.; Eyrenci, 1991: s. 252-255; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 37; Yuvalı, 2003: s. 98.

³⁶ Eyrenci, 1991: s. 225; Taşkent ve Kurt, 2004: s. 37; Ekonomi, 2009: s. 17-19; Yuvalı, 2003: s. 98-99.

c) Kadın İşçilerin Analık Haline İlişkin Koruyucu Düzenlemeler

İş Kanununda analık halinde kadın işçinin korunması ve bunun için gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı hükümler Uluslararası Çalışma Örgütü'nün konuya ilişkin Sözleşmelerine paralel olarak kaleme alınmıştır³⁷.

Kadın işçilerin, doğum haline ilişkin çalıştırma yasağı ve iş sözleşmesinin askıda kalması sonucu işverenin fesih hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ilk düzenleme Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile kabul edilmiştir. Bu Kanunun m. 155 hükmüne göre kadın işçinin kendisinin ve doğacak çocuğunun sağlığına zarar vermeyeceği doktor raporu ile belirlenmedikçe, doğumdan önce üç hafta ve doğumdan sonra üç hafta içinde “fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması yasaktır.”. Madde hükmünde bahsedilen çalıştırma yasağının söz konusu olduğu doğumdan önceki ve sonraki üçer haftalık süre içinde iş sözleşmesi askıda kalmakta olup haklı bir sebep oluşturmayan bu sürede, iş görme borcunu ifa etmeme sebebine dayalı olarak iş sözleşmesi feshedilemeyeceği gibi, bildirimli fesih yoluna gidildiği takdirde bildirim süresi de işlemecektir.

İş Kanunu m. 74/ f. 1 hükmüne göre, kadın işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere, toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılması yasaktır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önce üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir. Yine kadın işçinin erken doğum yapması halinde, doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılacaktır³⁸.

Madde hükmünde belirtilen süreler, doğum öncesinde ve sonrasında kadının sağlık durumuna ve işin özelliğine göre, gerek duyulduğu takdirde hekim raporu ile arttırılabilecektir (m. 74/f. 3).

³⁷ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 40.

³⁸ Ancak İş K. m. 74/ f. 1 hükmünün son cümlesi uyarınca, doğumda veya doğum sonrasında annenin ölmüş olması halinde doğum sonrasında kullanılamayan süreler babaya kullanılacaktır.

Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir (m. 74/ f. 4). Yine hamile kadın işçinin, hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılması mümkündür; ancak bu durumda kadın işçinin ücretinde bir indirim yapılamayacaktır (m. 74/f. 5).

Yine İş K. m. 74 hükmüne 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı Kanunla yeni bir düzenleme getirilmiştir. İş Kanunu m. 74 hükmünün 2. fıkrasına tekabül eden bu düzenleme uyarınca, kadın işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere, toplam onaltı haftalık ve çoğul gebeliklerde toplamda 18 haftalık analık izninin bitiminden itibaren, kadın işçiye yarım çalışma izni kullanma olanağı tanınmaktadır. Madde hükmü uyarınca, çocuğun hayatta olması kaydı ile bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla, kadın işçiye doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilecektir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Ayrıca çocuğun engelli doğması hâlinde ise bu süre üçyüzaltmış gün olarak uygulanacaktır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler de uygulama alanı bulmayacaktır.

Ancak hemen söylemek gerekir ki söz konusu haklar sadece doğum yapan kadına değil, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkeğe de tanınmaktadır. İş Kanunu m. 74/ f. 1, son cümle hükmü uyarınca üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılacaktır. Yine üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiler de haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanabileceklerdir (m. 74/ f. 2).

Kanun hükmü ile ayrıca kadın işçiye ücretsiz izin hakkı da tanınmaktadır. Kadın işçinin isteği halinde, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilecektir. Bu izin, aynı zamanda üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene de verilecektir. Ancak bu süre için işçiye ücret ödenmeyecektir. Yine bu süre yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmayacaktır (m. 74/ f. 6). Söz konusu fıkra hükmü emredici nitelikte olup işçi talep ettiği takdirde işveren, kanuni ücretli doğum izinlerinin

kullanılmasının ardından 6 aya kadar ücretsiz izin vermek zorundadır. Zira İş Kanunu m. 104 hükmü gebe veya doğum yapmış kadınları çalışılmaması gereken süre içinde çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekili için idari para cezası öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki İş Kanunu m. 74/f. 6 hükmü ile kadın işçi için öngörülen altı aya kadar ücretsiz izin ile yeni getirilen m. 74/ f. 2 hükmü ile öngörülen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kadın işçiye seçimlik bir hak tanımaktadır³⁹.

6663 Sayılı Kanun ile İş Kanunu m. 13 hükmüne eklenen 5 inci fıkra ile, 74. maddede belirtilen doğum izinlerinin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kadın ya da erkek ebeveynlerden biri tarafından kullanılacak kısmi süreli çalışma imkanı getirilmiştir. Ancak ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi, diğerinin de çalışıyor olması şartına bağlanmıştır. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde ise çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamayacaktır.

Söz konusu düzenlemeye göre, işverenin işçinin kısmi süreli çalışma talebini kabul etmesi zorunludur⁴⁰. Bu madde kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere, en az bir ay öncesinden yazılı olarak bildirmek kaydıyla tam zamanlı çalışmaya dönebilecektir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Aynı haktan üç yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren yararlanacaklardır.

İş Kanunu m. 74/ f. 7 hükmü analık halinde kadın işçilerin süt iznini düzenlemektedir. Madde hükmü uyarınca, kadın işçilerin bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için *günde toplam birbuçuk saat süt izni* verilecektir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünecek kullanılacağını işçi kendisi belirleyecektir. Söz konusu süre günlük çalışma sürelerinden sayılacaktır.

Madde hükmünden anlaşıldığı şekliyle kadın işçi, normal şartar altında doğumdan sonraki sekiz hafta analık izni kullandığını varsaydığımızda, çocuk bir yaşına basana kadar yaklaşık on ay her gün bir

³⁹ Koç, 2016: s. 205.

⁴⁰ Koç, 2016: s. 206; Çelik ve Caniklioğlu ve Canbolat (2016): s. 152.

buçuk saat daha az çalışmak suretiyle süt iznini kullanacaktır. Uygulamada kadın işçinin işe bir buçuk saat geç gelmesi ya da erken çıkması şeklinde kullanılan bu izin gerek tıbbi açıdan gerekse sosyal açıdan anne ve çocuk için olması gereken bir izindir⁴¹. Yine uygulamada bazı işyerlerinde ise söz konusu iznin her gün değil de biriktirilerek haftanın bir günü toplu olarak kullanıldırıldığı görülmektedir. İş Kanunu m. 74/ f. 7 hükmünün lafzı süt izninin kadın işçiye hergün bir buçuk kullandırılmasına cevaz vermekte olup toplu kullandırmanın kanuna uygun olmadığı açıktır. Her ne kadar işçi talep ediyorsa ve işveren de bu şekilde kullanılmasında bir sakınca görmüyor ise toplu kullandırmanın mümkün olabileceği söylenmekte ise de, aslında süt izninin toplu olarak kullanılması, bu iznin temelinde yatan kadının bebeğine periyodik olarak hergün süt verebilmesi amacına da uygun değildir⁴². Ancak diğer yandan gözden kaçırılmaması gereken bir gerçek ise söz konusu iznin büyük şehirlerde günde birbuçuk saat şeklinde kullanılmasının mümkün olmadığıdır. Günümüzde başta İstanbul olmak üzere büyük şehirlerde ulaşımın bir sorun olduğu ve işçinin ikametgahı ile işyeri arasındaki mesafenin uzaklığı dikkate alındığında, süt izninin kadın işçi tarafından amacına uygun bir şekilde günde birbuçuk saat kullanılmasının fiilen imkansız olduğu bir gerçektir. Bu nedenle madde hükmü ile öngörülen süt izninin ve kullanım şeklinin yeniden gözden geçirilmesi kanaatimizce faydalı olacaktır.

Süt iznine ilişkin tartışmalı olan bir husus da işverenin kadın işçiye süt iznini kullandırmamasının yaptırımının ne olacağıdır. Uygulamada bu konuda açılan bir davada, kadın işçi süt izninin karşılığı olan ücretlerin faiziyle birlikte kendisine ödenmesini talep etmiş; yerel mahkeme de verilmeyen süt izni sürelerini fazla çalışma ücreti gibi kabul etmiş ve zamlı ücret üzerinden hesaplanarak karşılığının davacı işçiye ödenmesine karar vermiştir. Uyuşmazlığı değerlendiren Yargıtay ise, kadın işçiye süt izni verilmemesinin yaptırımının İşK. m. 104'de öngörüldüğü, yasada bunun dışında süt izni verilmemesi durumunda işçiye ek bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmediği gerekçesiyle süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilmesini hatalı bulmuştur⁴³.

⁴¹ Özel, (2011): s. 326; Süzek (2016): s. 884.

⁴² Taşkent ve Kurt, 2004: s. 42.

⁴³ Yarg. 9. HD., 01.05.2007, E.2007/ 4893, K. 2007/13796, İlgili Karar ve Detayları için bkz. Özel, (2011): s. 325 vd.

İş Kanunu m. 104 hükmünde sadece gebe ve doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren için idari para cezası öngörülmüş; buna karşılık, kadın işçiye süt izni verilmemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmış değildir. Bu konuda kanuni bir boşluk mevcuttur. Doktrinde bir görüş söz konusu boşluğun ancak hakime Türk Medeni Kanununun 1. maddesiyle tanınmış olan “kural koyma yetkisi” nin kullanılması suretiyle doldurulması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁴.

Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak 13.06.2016⁴⁵ ve 16.06.2016⁴⁶ tarihlerinde vermiş olduğu iki kararda da, kadın işçiye günde bir buçuk saat süt izni verilmesi gerektiğini, tarafların bu süreye ilişkin olarak, kendi aralarında işçi lehine düzenleme yapabileceklerini, ancak kadın işçiye süt izni verilmesinin işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmadığını, 4857 sayılı İş Kanunu m. 74/f 7. hükmü uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına işçi tarafından belirleneceğinin hüküm altına alınmış olduğunu ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme bu gerekçe ile süt izninin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti edilerek %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanarak ödenmesi gerektiğini hükme bağlamış, söz konusu hükmün Anayasa m. 50/ f. 2 hükmüne ve amaçsal yorum benimsenmek suretiyle, 4857 sayılı Kanunun ruhuna daha uygun düşeceğini ifade etmiştir⁴⁷.

⁴⁴ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 43.

⁴⁵ Yarg.22 HD., 13.06.2016, E. 2015/12878, K. 2016/17527, karar metni için bkz. <http://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2015-12878-k-2016-17527-t-13-06-2016/2443612/i%c5%9f%c3%a7inin+s%c3%bct+izni>

⁴⁶ Yarg.22 HD., 16.06.2016, E. 2015/1076, K. 2016/18050, karar metni için bkz. <http://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2015-1076-k-2016-18050-t-16-06-2016/2488206/i%c5%9f%c3%a7inin+s%c3%bct+izni>

⁴⁷ Yüksek Mahkemenin orijinal karar metni “...Dolayısıyla, yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat (aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi) süt izni verilmesi hususu işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 sayılı Kanun’un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerekmiştir...” şeklindedir.

d) Kadın İşçileri Tacize Karşı Koruyan Düzenlemeler

İşverenin işçiyi tacizden korumasına ilişkin yükümlülüğü TBK m. 417 hükmünde herhangi bir cinsiyet ayırımına yer verilmeksizin, onun işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununda yer verilen ve psikolojik tacize karşı korumayı da içinde barındıran bu açık düzenleme, nispeten yeni bir düzenlemedir⁴⁸. Madde hükmü uyarınca, “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” (m.417/ f. 1). Söz konusu hüküm uyarınca üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren, TBK kapsamında tazminat yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir (TBK m. 417/ f. 3). Öyleyse cinsel ya da psikolojik tacize uğrayan kadın işçi de TBK m. 417 kapsamında vücut bütünlüğünün zedelenmesi ya da kişilik haklarına ihlaline ilişkin zararlarını işverenden talep edebilecektir. Bu zararların tazmininde ise Türk Borçlar Kanununun sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Aslında Türk Borçlar Kanununun bu düzenlemesinin öncesinde de “taciz” olgusu İş Kanununda mevcut olup bu olgu “derhal fesih” sebebi olarak kabul edilmiştir. İş Kanunu m. 24/ f. 2, b ve d bentleri uyarınca işveren tarafından ya da işverenin başka bir işçisi tarafından cinsel tacize uğrayan kadın işçi, işverenin bu konuda gerekli önlemleri almaması halinde, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir. İş Kanunu m. 24 hükmü cinsel tacizden söz etmekle beraber, “psikolojik tacize” ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Ancak Kanunun derhal fesih hallerini gösteren bu maddesi “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığını taşıdığından, psikolojik tacizin de bu hüküm içinde yer aldığı kabul edilmesinin doğru olacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

⁴⁸ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹ Taşkent ve Kurt, 2004: s. 44; Ayrıca Türk Ceza Kanunu m. 105 hükmü uyarınca, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi mağdurun şikayeti üzerine üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Ta-

Yine 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun da m. 2 hükmünde yer verdiği tanımlar kısmında, “taciz” kavramını cinsel ve psikolojik tacizi kapsayacak şekilde tanımlamış; m. 4 hükmünde tacizi ayrımcılık türlerinden birisi olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle tacize uğrayan kadın işçinin de bu kanun kapsamında Kuruma başvurarak ayrımcılığın tespitine ilişkin mekanizmayı harekete geçirmesi mümkündür. Kurumun yapacağı taciz tespiti, mağdur kadın tarafından açılacak bir davada delil niteliği taşıyacaktır. Yine m. 25 hükmüne göre, Kanun kapsamında kadın işçinin tacize uğramak suretiyle ayrımcılığa uğradığının tespit edilmesi durumunda, ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanacaktır.

e) Kadın İşçilerin Feshe Karşı Korunması

4857 Sayılı İş Kanununun “Feshin geçerli sebebe dayandırılması” başlıklı m.18 hükmü, kadın erkek ayrımına gitmeksizin işçiler için “iş güvencesi” öngörmektedir. Madde hükmü uyarınca işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Ayrıca madde hükmünün üçüncü fıkrasında bazı hususlar belirlenmiş ve bu hususların fesih için geçerli nedenle oluşturmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, İş K. m. 18/ f. 3, d bendinde yer verildiği şekliyle *cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik veya doğum* fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Yine aynı maddenin e bendi uyarınca İş K. m. 74 hükmünde öngörülen ve kadın işçilerin çalışmalarının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi de fesih için geçerli neden oluşturmayacaktır. Diğer bir söylemle; İş K. m. 74 hükmü uyarınca, kadın işçinin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmaması esastır. İşte bu maddede öngörülen ve kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemesi de fesih için geçerli bir sebep sayılamayacaktır⁵⁰.

cizin işyerinde ast-üst gibi hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde ise ceza yarı oranda artırılacaktır. Bu fiil nedeni ile mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır.

⁵⁰ Kaplan, 2001: s. 1235-1236.

Yine İş Kanunu m. 25 hükmü uyarınca, işçinin sağlık sebeplerinden kaynaklanan devamsızlık hali de -belirli koşullara bağlı olarak- bir derhal fesih nedeni sayılmaktadır. Ancak işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi halleri söz konusu ise işveren için iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı, belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacaktır. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74. maddedeki sürenin (kural olarak, onaltı haftalık sürenin) bitiminde başlayacaktır.

f) Kadın İşçilere İlişkin Kıdem Tazminatı Düzenlemesi

Mülga 1475 sayılı İş Kanununun tek yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin m. 14 hükmü uyarınca işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin işveren veya işçi tarafından kanunda sayılan belirli nedenlerle feshedilmesi ve ayrıca işçinin, sözleşmenin sona erdiği tarihe göre, işyerinde en az bir yıllık bir kıdeminin bulunması gerekmektedir. İş Kanunu m. 14 hükmünde sınırlı olarak sayılan kıdem tazminatına hak kazanma halleri göz önünde tutulduğunda, iş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile ortadan kalktığı; belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolması ile kendiliğinden sonra erdiği durumlarda bu tazminatın ödenmeyeceği anlaşılır. Bunun yanında, işçi iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24 hükmünde sayılan haklı nedenlerden birisi bulunmaksızın -bildirimli fesih ile- sona erdirdiği takdirde yine kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Ancak madde 14 hükmünde bu duruma belirli istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan bir tanesi de, çalışırken evlenen kadın işçinin, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, iş sözleşmesini feshetmesi halidir(m. 14/f 2). Kadın işçiye tanınan bu olanağa göre, kadın işçi evlenir ve evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini evlenmesi nedeniyle kendisi sona erdirirse, kıdem tazminatına hak kazanacaktır. 1475 sayılı İş Kanununda yer alan bu düzenlemenin, Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen m.10 hükmüne aykırı olduğu öne sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi bu itirazı oy çokluğu ile reddetmiştir⁵¹. Yargıtay ise konuya ilişkin olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta, evli iken şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanan ve çok kısa bir süre sonra eski eşi ile tekrar evlenen, ardından da iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı isteyen kadın işçiye bu tazminatın

⁵¹ Anayasa Mahkemesi 19.06.2008, E. 2006/156, K. 2008/125. Karar ve kararın incelenmesi için bkz. Bakırcı, 2008: s. 112 vd.

ödenmesini -kanuna karşı hile gerekçesiyle- kabul etmemiştir⁵². Ancak buna karşılık Yüksek Mahkeme, evlenme nedeniyle işten ayrılarak kıdem tazminatı alan kadın işçinin daha sonra gelir ihtiyacı dolayısıyla tekrar bir işe girmesi halinde kanuna karşı hileden veya hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceğine hükmetmiştir⁵³.

IV. SONUÇ

Türk İş Mevzuatında kadınlara ilişkin koruyucu hükümlerin analık haline özgü koruyucu hükümler ve diğerleri olarak iki grupta incelenmesi mümkündür. Bu konuda günümüzde pek çok ülkede olduğu gibi Mevzuatımız; kadınların kendine özgü fizyolojilerinden doğan koruyucu hükümleri örneğin; analık haline özgü düzenlemeleri saklı tutma eğiliminde iken onların fiziksel olarak güçsüz oldukları gerekçesiyle öngörülen özel koruma önlemlerini gereksiz bularak kaldırılma ve bu tür düzenlemeleri kadın-erkek ayrımı gözetmeksizin tüm işçileri kapsayacak şekilde eşit olarak düzenleme eğilimindedir. 4857 Sayılı İş Kanunu ve Mevzuat kadın işçinin işe alınmasından başlayarak iş sözleşmesinin sona ermesine kadar, tüm süreçte oldukça koruyucu hükümler içermektedir. Bu konuda özellikle, eşitlik ilkesi önem taşımakta ve ayrıca analık durumunda etkin bir koruma kendini göstermektedir. İş Kanununun hazırlanmasında ILO Sözleşmelerinin ve AB normlarının esas alınması bu sonuca varılmasında oldukça etkili olmuştur. Ancak *Bolcan* ve *Taşkent/Savaş*'ın ifade ettiği gibi, Türk İş Mevzuatında kadın işçilere ilişkin koruyucu hükümler açısından ciddi bir eksikliğin saptanmamış olması uygulamanın da aynı yönde gerçekleştiği gibi bir algı yaratmamalıdır. Zira mevzuata rağmen uygulamada pek çok eşitsizlik mevcut olduğu bilinen bir gerçektir. Bu da şunu göstermektedir ki; kadın hakları konusunda mevzuatın geliştirilmesi tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda hükümetin, sivil toplum kuruluşlarının kadına bakış açısını değiştirecek projeler yürütmesi de gerekmektedir. Bu konuda mevzuat kadar toplumda adalet ve kadına verilen değer ve bakış açısının önemli olduğu şüphesiz bir gerçektir⁵⁴.

⁵² Karar için bkz. Ertürk, 2008: s. 187-189.

⁵³ Yarg.HGK, 27.04.1988, E.9-225, K.369, Tühis Dergisi, Ağustos 1988, 19-21.

⁵⁴ Bolcan, 2010: s. 273-274; Taşkent/Kurt, 2004: s. 47-48.

KAYNAKÇA

- Adakale Demirhan, F. E. ve Ekonomi, M. (2005) “Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler”, **İTÜ Dergisi/d mühendislik**, Cilt 4, Sayı 5, Ekim, s. 55-57.
- Akıntürk Türkmen, H. (1998) “Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4, s.6-28.
- Altan, Ö. Z. (1980) **Kadın İşçiler ve Türkiye’de Kadın İşçilerin 1475 Sayılı İş Kanunu İle Korunması**, Eskişehir.
- Bacak, B. ve Yiğit, Y. (2007) “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **Kamu İş Dergisi**, Cilt 9, Sayı:2, s.1-31.
- Bakırcı, K. (2008) “Anayasa Mahkemesi’nin Evlilik Sonrası İşten Ayrılan Kadın İşçilerin Kıdem Tazminatı Haklarına İlişkin Kararı”, **Mess Sicil Dergisi**, Sayı 12, s. 112-124.
- Bolcan, A. E. (2010) “Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Türk Çalışma Mevzuatında Kadın”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 24, s.253-273.
- Çelik, N. ve Caniklioğlu N. ve Canbolat T. (2016) **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul.
- Dedeoğlu, S. (2009) “Eşitlik mi Ayrımcılık mı? Türkiye’de Sosyal Devlet,Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Kadın İstihdamı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 21, s.41-53.
- Demir, F. (2008) “Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, s. 8-24.
- Doğan Yenisey, K. (2002) “Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt 6, Sayı 4, s. 31 vd.
- Doğan Yenisey, K. (2006) “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 11, s. 63-81.
- Ekonomi, M. (2009) “Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 22, s. 11-34.
- Ertürk, Ş. (2008) **Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği**, Ankara.
- Eyrenci, Ö. (1991) “İşe Giriş Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorular”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Milli Komitesi,15. Yıl Armağanı**, İstanbul, s. 252-255.
- Kaya, P. A. (2005) “Çalışma Hukukunda Eşitlik: Kavramsal Çerçeve, Uluslararası Belgelerde ve Türk İş Hukukundaki Yeri”, **Mercek**, Yıl 10, Sayı 38, s.144-152.
- Koç, S. (2016) “İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Seri No: 6, İstanbul, s. 195-209.

- Özel, K. (2011) “Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 28, s. 325-330.
- Süzek, S. (2008) “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2008, Sayı:12, s. 24-38.
- Süzek, S. (2016), **İş Hukuku**, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul.
- Taşkent, S. (1993) **İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları**, İstanbul.
- Taşkent, S. ve Kurt, D. (2004) “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı 1, s. 29-50.
- Kaplan, E. T. (2001) “Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması”, **Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan**, C.II, İstanbul 2001, s. 1224-1238.
- Yıldız, G. B. (2008) **İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu**, Ankara.
- Yuvalı, E. (2003) “4857 Sayılı İş Kanununun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (106), .s. 93-114.

Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler



Yard. Doç. Dr. Dilek CENGİZ¹

GİRİŞ

Tüzel kişilerin hukuk düzeni tarafından yaratılan kişiliklerinin bunları oluşturan gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak kabul edilmelerinin; diğer ifade ile ‘ayrılık ilkesi’nin her durumda mutlak olarak uygulanması bazı durumlarda adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı bu gibi durumlarda haksız sonuçların engellenebilmesi amacıyla ilk defa Amerikan Mahkemeleri tarafından keşfedilmiştir. Amerikan Mahkemeleri bu haksız sonuçlara maruz kalacak olan uyuşmazlıklarda, bu sonuçların bertaraf edilerek adalet ve hakkaniyetin sağlanabilmesi için sorumluluktan kurtulmak veya borç ve yükümler bakımından kapsam dışı kalmak amacıyla ‘ayrılık ilkesi’ne dayanarak tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluların ortaya çıkarılması gerektiği gerçeğini görmüşlerdir. Bu amaçla ‘ayrılık ilkesi’nin sadece şeklen değil özüne ve esasına göre yorumlanması gerektiği ve bu yorum çerçevesinde, özdeşliğin gerçekleştiği durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişiler için ayrılık ilkesinden feragat edilmesinin, gerektiği kanaatine ulaşmışlardır. Böylece tüzel kişilik perdesinin ardında gizlenmiş gerçek veya tüzel kişilere uzanılması açık ifade ile, tüzel kişiyi ve ardındaki gerçek veya tüzel kişileri ayrı ayrı hukuk süjeleri olarak değil de, özdeşliğin gerçekleştiği durumlarda bunların

¹ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

tek bir bütün olarak kabul edilmesi temeline dayanan ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın temelleri oluşturulmuştur. Bundan sonraki süreçte bu kuram Anglosakson hukuku uygulamalarına yerleşerek öğreti tarafından geliştirilmiştir. Bu kuram daha sonra Kara Avrupası Hukukunda ve buna bağlı olarak da Türk Hukukunda kabul edilerek uygulanmaya başlanmıştır. Devam eden uygulamalarda, hukukun bütün alanlarında uygulanması mümkün olan bu kuramın, diğer alanlara kıyasen banka işletmesi hukuku alanında özel bir öneminin olduğu ve uygulanmasına daha fazla ihtiyaç duyulduğu ortaya çıkmıştır.

Bu kuram banka işletmesi hukuku alanında önceleri sadece Mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda takdir yetkilerine dayanılarak uygulanırken, daha sonraları banka işletmesi kanunlarında düzenlenmeye başlanmıştır. Bu kuramın, banka işletmesi hukuku alanındaki özel önemi gitgide artmıştır. Bu artışın temel nedeni finansal piyasaların küreselleşmesine bağlı olarak kırılganlıklarının artması ve bu artışın da bankacılık sektörünün kırılganlığını etkilemesi suretiyle ortaya çıkan bankacılık krizlerinde ya da olağan faaliyet sürecinde banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilerek yapılan işlemlerden doğan zararın zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefleri olarak bütün ülke halkına yansıtılmasıdır. Buna ek olarak bu maddi zarara bağlı olarak halkın bir güven kurumu olarak bankalara olan güveninin sarsılması suretiyle bankaların itibar kaybetmesinden ve kamu düzeninin bozulmasından kaynaklanan önemli ölçüde sosyal boyutlu bir manevi zarar da doğmaktadır.

Hatta, günümüzde bu kuram banka işletmesi hukuku alanındaki öneminin gereği olarak banka işletmesini ve bu işletmenin belirli hukuki ilişkilerini düzenleyen emredici hükümleri içeren banka işletmesi kanunlarına normatif olarak yansıtılmakta, yani düzenlenmektedir.

Bu çalışmada, banka işletmesi hukuku alanında ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın uygulanmasının anlamı, önemi ve bu kuramın 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesindeki normatif görünümü tespit edilmiş ve bu normatif görümlere ilişkin açıklamalar değerlendirmeler yapılmış, mevcut eksiklikler veya yetersizlikler belirlenmiştir.

Konu üç temel ayrımı içeren bir sistematik çerçevesinde incelenmiştir. İlk olarak ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’ kavramsal olarak genel anlamda açıklanmıştır. İkinci olarak, bu kuramın

banka işletmesi hukuku alanında uygulanması gerekliliği ile anlamına ve önemine değinilmiştir. Üçüncü olarak ise, bu kurama ilişkin 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesinde yer alan düzenlemeler açıklanarak değerlendirilmiş, eksiklikler veya yetersizlikler belirlenmiştir.

1. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI KURAMINA İLİŞKİN KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

1.1. Kuramın Anlamı ve Kapsamı

Tüzel kişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir hukuk süjesi oldukları öğretilde genel kabul görmektedir.²Nitekim tüzel kişilik kavramını kabul eden bütün hukuk sistemlerinde tüzel kişiler kendilerini oluşturan veya mallarını tahsis eden gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak düzenlenmektedirler. Buna ‘ayrılık ilkesi’ adı verilmektedir³ Bu düzenlemelerin veya ilkenin hukuki sonucunu ortaya koyan en belirgin örnek: Bir tüzel kişinin borcundan alacaklıya karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olması ilkesidir. Açık ifade ile, bu ilke gereği alacaklı alacağını tahsil edebilmek için sadece tüzel kişinin malvarlığına başvurabilecek veya bu tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin malvarlıklarına başvuramayacaktır.⁴

² Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim, 2015, s.275; Serozan, Rona; Tüzel Kişiler(Özellikle Dernekler ve Vakıflar) 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul,1994, Özsunay, Ergun; Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler ve Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.34; Akınal, Teoman; Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.117; Dural, Mustafa-Öğüz,Tufan;Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, C.II, 8. Baskı, İstanbul, Ekim, 2015, s. 212,229.

³ Dural, Mustafa; 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması', Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Mayıs,1998, s.97.; Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması(Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,1995, s.14. Serozan, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.446.

⁴ Sağlam, İpek; ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış’, s.153’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.208. <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sempp> (17.08.2016).;

Ancak tüzel kişiler ile bunları oluşturan gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak kabul edilmeleri ilkesinin diğer ifade ile ‘ayrılık ilkesi’ nin her durumda mutlak olarak uygulanması bazı durumlarda çok haksız sonuçlar doğurabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı bu gibi durumlarda haksız sonuçların engellenmesi amacıyla ilk defa Anglosakson Hukuk Sisteminde İngiliz ve Amerikan hukukunda ortaya çıkmış olup; bu süreçte kuramı Amerikan Mahkemeleri, tüzel kişiliğe sahip şirketlerin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluları ortaya çıkarmak amacıyla hakim’in perdeyi aralaması gereken durumların varlığını keşfetmişlerdir; bundan sonra da Kara Avrupası Hukuku Sistemi⁵ tarafından ve bu bağlamda Türk Hukukunda da benimsenmiştir⁶. Bu kavram özü itibarıyla, sözkonusu adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğacağı durumlarda tüzel kişilik ve onu oluşturan gerçek kişiler arasındaki ayrılık ilkesinden feragat edilerek, açık ifade ile tüzel kişilik perdesi aralanarak; tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumlu kişilere uzanılması açık ifade ile, tüzel kişiyi ve ardındaki gerçek veya tüzel kişileri ayrı ayrı hukuk süjeleri olarak değil de, bunları tek bir bütün olarak kabul edilmesi temeline dayanmaktadır.⁷ Bunun sonucu olarak da sökonusu adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğacağı durumlarda tüzel kişinin borçları için alacaklılar sadece tüzel kişinin malvarlığına başvurabilme imkanı ile sınırlı kalmayacaklar, tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenen gerçek veya tüzel kişilerin malvarlıklarına da başvurabilme imkanına sahip olacaklardır. Böylece, adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğması engellenebilecektir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına dayanılarak tüzel kişi ve onu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin ayrılık ilkesi temeline ayrı ayrı hukuk süjeleri olarak değil de tek bir bütün olarak kabul edilmeleri durumu ‘tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma

⁵ İtalyan Hukukunda bu Kuramın kabul edilmesi sürecine ilişkin açıklamalar için bkz. Speranzin, Marco; ‘Piercing The Corporate Veil in Italian Company Law and Banking Law’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu*, İstanbul, Şubat, 2008, s.44-54 <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem> (17.08.2016).

⁶ Sağlam(2008); s.154; Yanlı, Veliye; Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000., s.5-7.

⁷ Sağlam, İpek (1995), s.44; Tekinalp, Gülören-Tekinalp, Ünal; ‘Perdeyi Kaldırma Teorisi’, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s.387-389.

*durumu*⁸ kabul edilmiştir. Bu durum ilke olarak ‘Kişiler Arası Özdeşlik İlkesi’⁹ olarak da adlandırılmaktadır.

Anglosakson Hukukunda tüzel kişilik kavramının ortaya çıktığı ilk dönemlerde tüzel kişi kavramı hukuk düzeni tarafından yaratılmış olan bir varsayımsal veya yapay bir kavram olarak kabul edilmiştir. Ancak ilerleyen süreçteki uygulamalara bağlı olarak ortaya çıkan somut gelişmeler karşısında, bu görüşü takiben, ‘gerçeklik’ görüşü ortaya atılmış ve savunulmuştur.¹⁰ Gerçeklik görüşü çerçevesinde tüzel kişilik kavramının bir varsayım veya hukuk düzeni tarafından varlığına hükmedilerek yaratılmış olan yapay bir varlık olmadığı, diğer ifade ile onu oluşturan gerçek kişiler gibi gerçek bir hukuk süjesi olduğu savunulmuştur. Ancak bu gerçeklik görüşünün aşırı uçlara çekilerek katı uygulanması, tüzel kişilik kavramının bir örtü gibi kullanılarak kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmasına imkan verilmesine sebep olmuştur.¹¹

İşte bu durum Common Law sisteminde ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı’¹² nin ortaya atılmasına ve geliştirilmesine yol açmıştır. Böylece bu kuram çerçevesinde, tüzel kişilik kavramının gerçekleri örten perde gibi kullanılması suretiyle bu perdenin ardına gizlenilerek kanuna karşı hile yapılmasının veya hakkın kötüye kullanılmasının, diğer ifade ile tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin, tüzel kişiliği sözleşmenin tarafı olmaktan veya kendilerinin sorumlu olmaları gereken diğer hukuki borçlardan kaçmak, kurtulmak aracı olarak kullanmalarının engellenmesi imkanı doğmuştur.¹³ Açık ifade ile bu kurama dayanılarak tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişiyi oluşturan

⁸ Yanlı, Veliye; Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s.21.

⁹ Sağlam (2008); s. 154.

¹⁰ Dural, s. 98.

¹¹ Powles, D.; ‘The See Thorough Corporate Veil’, The Modern Law Rewiev, London, 1977, Vol. 40, s.342; Laski, H.J., ‘The Personality of Associations’, Landmarks of Law Highlights of Legal Opinion, Newyork, 1982, s.323. (Sağlam (2008); s.155’den naklen).

¹² Hooper, R.C.- Reitzel, J.D.-Roberts, N.J.-Lyden, D.P.-Severance, G.B.; Contemporary Business Law Principles and Cases, 2nd Edition, Newyork, 1982, s.908; (Sağlam(2008);, s.155’den naklen).

¹³ Tekinalp-Tekinalp; s.396.

gerçek veya tüzel kişilere uzanılarak, bu kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmek suretiyle kendi kusurları sebep oldukları zararlardan hukuki sorumluluklarının doğması yolu açılmıştır.¹⁴

Belirtmek gerekir ki öğretide, tüzel kişi ile onu oluşturan gerçek kişiler arasında her durumda ‘ayrılık ilkesi’nden vazgeçilmesinin veya ‘özdeşlik ilkesi’nin uygulanmasının tüzel kişilik kavramını tersine çevirmek hatta ‘*tepetaklak etmek*’ anlamına geleceği önemle vurgulanmakta ve bu bağlamda tüzel kişiler ile onu oluşturan gerçek kişiler arasında ‘ayrılık ilkesi’ kural ‘özdeşlik ilkesi’ veya ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın uygulanması istisna olarak kabul edilmektedir.¹⁵

Bu durum karşısında ‘ayrılık ilkesi’nden hangi durumlarda vazgeçilebileceği ya da hangi durumlarda ayrılık ilkesinin haksız sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle ‘özdeşlik ilkesi’ kabul edilmeli veya tüzel kişilik perdesinin aralanması’ kuramı uygulanmalıdır? Bu kuramın uygulanmasının ölçütleri nelerdir? Sorularının cevaplanması gereği doğmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanması gereken bariz ve önemli olan durumlar kanunlarda açıkça düzenlenmektedir.¹⁶ Kanunda açık bir düzenlemenin bulunduğu durumlar bakımından doğrudan doğruya kanundaki düzenleme uygulanacaktır. Zira bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekli veya anlamlı olmayacaktır.¹⁷ Ancak kanunlarda bu kuramın genel olarak uygulanmasına ilişkin belirleyici genel ve soyut ölçütlerin düzenlendiği düzenlemelere yer verilmemekte; sadece bu kuramın uygulanmasına ihtiyaç gösterdiği tecrübe ile sabit durumlar için bu kuramın uygulanması esasları düzenlenmektedir.

Bazı durumlar bakımından ilgili kanunlarda düzenleme bulunmuyorsa bu durum bir uyumsuzluk olarak mahkemenin önüne geldiğinde, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle doğrudan doğruya mahkeme tarafından uygulanması gerekli olmaktadır.¹⁸ Çünkü bu kuramın uygulanmasını gerektiren her durumun öngörülmesi ve kanunlarda düzenlenmesi ger-

¹⁴ Sağlam(2008); s155; Tekinalp- Tekinalp; s.396.

¹⁵ Sağlam(2008): s.154.

¹⁶ Tekinalp-Tekinalp;s.387.

¹⁷ Sağlam(2008); s.156.

¹⁸ Tekinalp-Tekinalp; s.387

çeklere uygun olmadığı gibi mümkün de değildir. Kanunlarda ancak somut olaylara dayanılarak uygulanması gerekliliğinin belirgin ve önemli olduğu tecrübelerle kanıtlanmış durumlar düzenlenebilmektedir. Bazı durumlar bakımından da tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekliliği öğretiden tarafından ortaya konulmakta ve savunulmaktadır.¹⁹ Bu bağlamda öğretinin Mahkemelere yol gösterici rolünden söz edilebilir. Bu nedenlerle tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasında asıl rol Mahkemelere yani yargıya düşmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması gereken durumların belirlenmesine ilişkin aynen kanunlarda olduğu gibi ne içtihatlar ne de öğretiden tarafından konulmuş olan belirleyici genel ve soyut ölçütler bulunmamaktadır.²⁰ Bu nedenle konu öğretide şematik olarak ele alınmamıştır. Bu bağlamda da içtihatlarla gelişmiştir.²¹

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının ölçütleri kanuna karşı hile, muvazaa ve MKm.2/I,II düzenlemelerindeki objektif iyiniyet veya hakkın kötüye kullanılması kavramları ilişkilendirilmektedir.²²

Tüzel kişilik kavramının arkasına gizlenmek suretiyle kanuna karşı hile yapılması ya da tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin taraf oldukları sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinden veya sorumluluktan kaçınmaları durumlarında tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişilik aracılığı ile elde edilmek istenilen amacın tüzel kişilik perdesi aralanarak engellenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²³ Bu bağlamda MK m.2/1'deki objektif iyiniyet kuralının hem bu konuda kanun ve sözleşme hükümlerinin dolanılıp dolanılmadığının tespitinde yorumlayıcı ve tamamlayıcı bir işleve sahip olduğu; hem de ayrılık ilkesinin sonucu olarak meydana gelen hukuki durumun kötüye kullanmayı açıkça ortaya koyması halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması gerektiği sa-

¹⁹ Tekinalp-Tekinalp;s.378.

²⁰ Sağlam(2008); s.157.

²¹ Sağlam(2008);s.156-157.

²² Sağlam(2008); s.155-156; Tekinalp-Tekinalp; s.395.; Antalya, Gökhan; '*Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi*', s.148, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.<http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016).

²³ Sağlam(2008); s. 155; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

vunulmaktadır.²⁴ Tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekli olduğunda hem MK m.2/I hem de MK. m.2/II uygulanma alanı bulacaktır.²⁵

Fransız Hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramını muvazaa kavramı ile ilişkilendiren bir görüş²⁶ bulunmaktadır. Ancak baskın görüş, bir tüzel kişiliğin arkasına gizlenen gerçek veya tüzel kişilerin tüzel kişiliği kullanarak gerçekleştirdikleri eylemler veya işlemler kanuna karşı hile veya MK m.2'deki hakkın kötüye kullanılması veya objektif iyiniyet kuralına aykırılık oluşturuyorsa tüzel kişilik perdesinin aralanması gerektiği noktasında birleşmektedir.²⁷

Diğer taraftan tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasının Kanunda açıkça bir düzenlemenin olduğu durumlarda doğrudan doğruya bu düzenleme uygulanır bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının uygulanmasına veya MK m.2/I,II düzenlemelerinin ölçütlerinin aranmasına gerek bulunmayacaktır.²⁸

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının uygulanma alanı sadece bir tüzel kişi ile onu oluşturan gerçek kişiler arasındaki ilişkiler ile sınırlı değildir. Somut olaylarda gerekli olduğunda iki ayrı tüzel kişi arasındaki ilişkiler bakımından da uygulanabileceği, bu bağlamda bu iki tüzel kişinin iki ayrı hukuk süjesi olarak kabul edilmek yerine tek bir bütün olarak yani özdeş kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.²⁹ Tüzel kişilik perdesinin aralanması ihtiyacı uygulamada genellikle sorumlu kılmaya yönelik olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰ Tüzel kişilik perdesini aralayarak sorumlu kılma, hukuken sorumlu olan tüzel kişinin yerine veya onun yanında perdenin ardındaki gerçek veya tüzel kişilerin sorumlu tutulmasıdır. Ancak tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının veya özdeşlik ilkesinin uygulanması hukukun belirli alanları ile sınırlı de-

²⁴ Tekinalp- Tekinalp; s.395-396.

²⁵ Dural, s.97.; Sağlam(2008); s.157.

²⁶ Müller-Freienfels; Zür Lehre von der Sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatchrecht, Acp 1957, n. F.36, S.539 (Dural, s.99'dan naklen).

²⁷ Sağlam(2008); s.155.

²⁸ Sağlam(2008); s.156-157.

²⁹ Sağlam(2008), s.154.

³⁰ Tekinalp-Tekinalp; a.g.e., s.399.

ğildir. Bu kuram ve ilke hem kamu hukukunda hem de özel hukukta³¹ gerekli durumlarda uygulanabilmektedir.³² Ancak nitelikleri gereği en çok kıymetli evrak³³, holding sisteminde bağlı ortaklıklar hukukunda ve banka işletmesi hukukunda uygulanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.³⁴ Bu bağlamda özellikle bu alanlarda uygulanmaktadır. Çünkü bu alanlar özellikle de banka işletmesi hukuku tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren kötüye kullanımlar bakımından fırsatçılığa ve sınırsız bir yaratıcılık gücüne sahne olmaktadır.

1.2. Amaçlar

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının amacı perdenin aralanması uygulamalarının farklı türleri dikkate alınarak ‘*sorumlu kılmak amacı ile perdeyi aralamak*’ ve ‘*kapsama almak amacı ile perdeyi aralamak*’ olarak ikiye ayrılarak açıklanmaktadır.

Perdeyi aralayarak sorumlu kılma hukuken sorumlu olan tüzel kişi yerine veya onun yanında başka bir gerçek veya tüzel kişinin sorumlu tutulmasıdır. Bu durumun başlıca örneklerinden biri: Bir ortaklığın sadece bir tek ortağının bulunması durumunda³⁵, kanun gereği tek kişi

³¹ Kuramın icra iflas hukuku alanındaki uygulamalarına ilişkin açıklamalar için bkz. Yıldırım, Kamil; ‘*Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İtal Davalarında Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar*’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s. 18194. <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sempp> (17.08.2016).

³² Tekinalp-Tekinalp; s.387,390

³³ Ulusoy, Erol; ‘*Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor*’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, Cilt 1, S.1, s.67-84.

³⁴ Tekinalp-Tekinalp;s.390.

³⁵ Türk hukukunda TTK’nın AŞ’lerde asgari pay sahibi sayısının düzenlendiği ‘Asgari Sayı’ başlığını taşıyan m.338 düzenlemesinde yer alan ‘AŞ’nin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır.(f-I) Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde Şirketin tek pay sahipli bir AŞ olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca hem Şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması halinde, tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi halde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur. (f-II)

ortaklığı sorumlu iken, tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle onun tek ortağının sorumlu tutulmasıdır. Bir diğer örnek ise, ana ortaklık ve yavru ortaklıklarının bulunduğu ilişkilerde, kanun veya sözleşme gereği ana ortaklık sorumlu iken yavru ortaklığın sorumluluğuna gidilmesi veya tam tersi olasılıkta yavru ortaklık sorumlu iken ana ortaklığın sorumluluğuna gidilmesi ya da ana ortaklık ve yavru ortaklığın beraberce sorumlu tutulması oluşturmaktadır.³⁶

Perdeyi aralayarak kapsama alma durumunda ise, tüzel kişiliğe sahip bir şirketin taraf olduğu hukuki ilişkiye ortaklar da dahil edilir. Ortakların doğrudan taraf olmadıkları bir hukuki ilişkinin kapsamına alınmaları, belirli bir hukuki ilişkide ortakların da ortaklık tüzel kişiliğinin taraf olduğu yere oturtulmaları suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ancak burada halefiyete eşdeğer bir hukuki sonuç gerçekleşmez. Tüzel kişi varlığını ve hukuki ilişkide taraf olma sıfatını devam ettirir. Sadece hukuki ilişkiden doğan borçlar ve yükümlülükler bakımından, ortaklar da ortaklık tüzel kişisinin yanında yer alır. Ortaklar hukuki ilişkinin tarafı sıfatını kazanmadan ortaklığın borç ve yükümlülükleri onlara

Hükümlerinin gereği olarak tek pay sahipli bir AŞ'in kurulması ve bu düzenlemede yer alan koşullara uygun olmak kaydıyla faaliyetine devam etmesi mümkündür.

Ancak mülga 1956 tarihli TTK'nunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk hukukunda bu Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde tek pay sahipli bir AŞ'in faaliyette bulunması sınırlı bir süre için ve sadece iki olasılık için mümkündür. Şöyle ki:

Bu olasılıklardan birincisi: TTK m.530 düzenlemesine göre pay sahiplerinin sayısının bire düşmesi yani AO'nun sadece bir pay sahibinin bulunmasına rağmen ortaklığın devam etmesidir. Bu olasılıkta dava açılıp da ortaklık sicilden terkin edilinceye kadarki işlemler sürecinde tek ortaklı AO faaliyetine devam edecektir. Diğerisi ise: AO'ta gerçekte tek pay sahibi bulunmaktadır. Ancak asgari sayı olan 5'i tamamlamak üzere 4 veya daha fazla görünürde, diğer ifade ile şekli pay sahibi bulunmaktadır. Örneğin: Baba ve çekirdek aileden oluşan en az 4 kişinin bir AŞ kurmaları durumunda gerçekte tek kişilik bir AŞ bulunmaktadır. Bu durumda TTK m.530 hükmü gereğince fesih davası açılıp kesinleşinceye kadar geçen süreçte ortada hukuken geçerli bir AŞ bulunacaktır.; Sağlam(2008); s.159, dp.22.

³⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.390; Sağlam(2008); s.158; Bu açıdan amaç 'tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılması suretiyle hukuki sorumluluktan kaçmayı önlemek ve böylece hakkaniyeti sağlamak' olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Koçak, Coşkun; 'Genel Olarak Perdeyi Aralama İlkesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.158. <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sempp> (17.08.2016).

karşı da yöneltilir.³⁷ Bu durum tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına ilişkin uygulamaların tipik şekli olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda perdenin ilk bakışta ortaklara ulaşmak amacı ile aralanacağı düşünülebilse de perde farklı yönlerden ve farklı amaçlarla da aralanabilmektedir.³⁸ Örneğin:

- Ortağın aleyhine olarak: Ortaklığa konulan kamu ihale yasağı kapsamına ortağın dahil edilmesi durumu;
- Ortaklığın aleyhine olarak: Kamu ihale yasağı konulan kişinin ortak olduğu Ortaklığın da yasak kapsamına alınması durumu;
- Ortağın lehine olarak: Ortaklığın uğramış olduğu zararın tazminini aynı zamanda yönetici olan, tek ortağa, şahsen talep etme hakkının tanınması durumu;
- Ortaklığın Lehine olarak: Ortaklığın tek ortağının kefil olarak ortaklığın borcunu ödemesi ya da bu ortağın kefil olarak Ortaklığın değil aslında kendi borcunu ödemiş olarak kabul edilmesi durumu gibi...³⁹

Örneklerden ve yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının temel amacını şu ifade ile özetlemek mümkündür

Bir tüzel kişiliği oluşturan veya tabanında yer alan⁴⁰ gerçek veya tüzel kişilerin, MK.m.2/1-2 düzenlemesine aykırılık, kanuna karşı hile veya muvazaa benzeri bir yöntemle, çeşitli sorumluluk veya yükümlülüklerden kurtulmak ya da bir hukuki düzenlemenin veya sözleşmenin kapsamı dışında kalmak niyetiyle, bu tüzel kişiliği arkasına gizlenecek, bir diğer ifade ile kamufle olunacak bir perde gibi kullanmalarını böylece üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmelerini, engellemektir.

³⁷ Ulusoy, Erol; ‘Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması’, s.365, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, <http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016).

³⁸ Ulusoy; s.365.

³⁹ Ulusoy; s.366.

⁴⁰ Bu kuram bakımından tüzel kişinin tabanında yer alma ifadesini Türk hukukunda ilk defa kullanan olarak, bkz. Dural, s.66.

1.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Başlıca Örnekleri

Yukarıdaki tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının anlam ve kapsamına ilişkin açıklamalar bağlamında öğretilerde tüzel kişilik perdesinin aralanmasını yüksek olasılıkla gerektiren başlıca üç örnek durum belirlenmiştir. Şöyle ki:

1.3.1. Tüzel kişi Ortaklık ile Ortaklarının Malvarlıklarının ya da Tüzel Kişi Ortaklık ile Ortaklarının Alanlarının Karışması

Tüzel kişi ortaklık ile ortaklarının malvarlıklarının veya alanlarının karışması tüzel kişiliğe sahip ortaklığın malvarlığı ile ortağın malvarlıklarının ayrılmasının muhasebe hileleri veya başka sebeplerle mümkün olmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır.⁴¹ Ortaklığın ve ortakların malvarlıklarının kesin sınırlarla ayrılması düşüncesi sınırlı sorumluluk ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Malvarlıklarının veya ortakların alanlarının karışması tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren durumların başında gelmektedir.⁴²

Tüzel kişi ile ortaklarının malvarlıklarının karışması durumu, bazı malların ortaklığa mı yoksa ortağa mı ait olduğunun kesin olarak belirlenememesi, tereddüt oluşması,⁴³ ya da ortaklığa ait taşıt araçlarının ortaklardan birinin kullanımına verilmesi, devredilmesi veya birden fazla ortaklığa hakim olan ana ortaklığın, hakim olduğu ortaklıklardan birinin malvarlığına dahil bir unsuru kayıtlara yansıtılmaksızın diğer ortaklıklardan birinin faaliyetleri kapsamında kullanması gibi

⁴¹ Sağlam(2008); s.157; Dural, s.105.

⁴² Bu konu hakkında bkz. Öztekin, Selçuk-Memiş, Tekin; 'Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması', s.205-207, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.<http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem> (17.08.2016). Yüksel, Kemalettin; 'Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 'Örtünün Aralanması'', s.272, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.<http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem> (17.08.2016)

⁴³ Sağlam(1995); s.73; Sağlam; s.158; Dural; s.105.; Yanlı, Veliye; '*Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu*', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.737-749; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

durumlarda ortaya çıkacak ve bu duruma bağlı ihtilaflarda tüzel kişilik perdesinin aralanması ihtiyacı doğacaktır.⁴⁴

Tüzel kişi ortaklık ile ortaklarının alanlarının karışması durumunda da, tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle, mal ayrılığı kurallarına uymayan ortak, ortaklık alacaklılarına karşı mal ayrılığı savunmasını yaparak hakkını kötüye kullanması engellenecektir. Açık ifade ile bu ortak ortaklığın borçlarından şahsi malvarlığı ile de sorumlu olacaktır. Bu durumda ortağın gerçek kişi veya tüzel kişi olması fark yaratmayacaktır. Örneğin: Benzin istasyonu işleten bir kollektif ortaklık, üçüncü bir kişiye belirli kategorideki ürünleri satmamayı bir sözleşme ile yükümlenmişse ve bu ortaklığın ortakları bu benzin istasyonuna çok yakın bir yerde ortaklığın yükümlülüğü kapsamındaki bu kategori ürünleri satarak yasağı ihlal ederlerse ortaklığın ve ortaklarının faaliyet alanları karışmış olacak; bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle ortaklar sözleşmedeki yükümlülüğün sadece ortaklık için geçerli olduğu kendilerini bağlamadığı iki ayrı kişinin bulunduğu savunmasını ileri sürerek haklarını kötüye kullanamayacaklardır.⁴⁵

1.3.2. Tüzel Kişi üzerinde Belirli Bir Kişi veya Grup Tarafından Hakimiyet Kurulması

Tüzel kişi ortaklığın ortaklarından birinin veya birkaçının ortaklığın iktisadi çıkarlarından başka iktisadi çıkarlar için çaba göstererek ortaklığın faaliyetlerini yönlendirmeleri veya şekillendirmeleri durumunda bu ortaklık üzerinde belirli bir kişi veya grup tarafından hakimiyet kurulması sözkonusu olmaktadır.⁴⁶ Örneğin: Bir AO'nun bütün

⁴⁴ Sağlam(2008); s.158.

⁴⁵ Sağlam; s.158; Tekinalp-Tekinalp; s. 388.; Yüksel; s.274. Yargıtay 19. HD, 02.11.2000, E.2000/5828,K.2000/7383 Sayılı kararında: Ticaret sicilinde şahsi kaydı olmayan ancak 11 AO'nun hem ortağı hem de yöneticisi olan ve MÜSİAD'a sanayici olarak bildirimde bulunan kişinin tacir olarak kabul edilerek ve kredi sözleşmesinden doğan kefalet borcu sebebiyle şahsi iflasına karar verilmesi hükmünü onamıştır. Açık ifade ile bu kararda Yargıtay tüzel kişi AO ile ortağı gerçek kişinin alanlarının karışması durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını uygun görmüştür. Bu durumda AO ve ortağının alacaklılar karşısında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle hukuken iki ayrı kişinin bulunduğu savunması kabul edilmemiştir. Sağlam(2008); s.158.

⁴⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.396-397; Sağlam(2008); s.159.; Rekabet Hukuku alanında da yavru ortaklığın ihlallerinden anaortaklığın sorumlu tutulabilmesi için kul-

paylarına sahip olan ve bu ortaklığın borcu için başka bir kişi ile birlikte kefil olan tek (hakim) ortak borcu ödemesi durumunda diğer kefile rücu edebilecek midir?⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁴⁸, MK m.2'ye başvurulmaksızın tek başına bütün paylara sahip olan ortağın, ortaklık için vermiş olduğu kefaletin aslında kendisi yararına bir kefalet olduğu gerekçesiyle bu ortağın birlikte kefil olduğu diğer tüzel kişiye rücu etmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁴⁹

Öğretide tek ortaklı AO'nun bulunduğu her durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramına başvurulmaması; bu kavrama başvurulabilmesi için mahkemelerce somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekli koşulların bulunduğu kanaatine ulaşılmaması gerektiği önemle vurgulanmaktadır.⁵⁰

1.3.3. Yetersiz Sermaye

Bir ortaklık faaliyet konusunu gerçekleştirmesine yetecek kadar sermaye konulmaksızın faaliyet göstermekteyse, bu ortaklığın ortakları yetersiz sermayeli ortaklığın imkan verdiği sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanamayacağı ileri sürülmektedir.⁵¹ Böyle bir ortaklığın kukla yani bir kötüye kullanma aracı olduğu varsayılmaktadır.⁵² Bu duruma ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararlarından bir örnek⁵³ verecek olursak: Karara konu olan olayda bir dernek bir yerleşim yeri kirala-

lanılan ekonomik bütünlük yaklaşımında ekonomik bütünlük Komisyon, Adalet Divanı kararlarında ve Hukuki düzenlemelerde kontrol kriteri dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz. Kocabaş, Nilgün; Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirketin İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet kUrumu Yayınları, Ankara, 2015, s.9-12.

⁴⁷ Türk Hukukunda tek pay sahipli AŞ'lere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz yukarıda dp.31.

⁴⁸ (Dural; s. 104'ten naklen); Sağlam(2008); s.159, dp.23.

⁴⁹ Sağlam(2008); s.159.

⁵⁰ Çevik, Kemal; '*Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/ Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme*', Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara,1998, s.37-55; Sağlam(2008); s.159; Sağlam(1995); s.48.; Yüksel; s.273.

⁵¹ Sağlam(2008); s.160; Tekinalp-Tekinalp; s.396; Yüksel; s.272.

⁵² Tekinalp-Tekinalp; s.396.

⁵³ BGHZ 54, 222,224 (Yanlı(2000); s.96, dp.222' den naklen)

mıştır. Bu dernek de bu yeri kendi üyelerine kiralamıştır. Dernek kira bedellerini üyelerinden toplayarak kiralayana dernek tüzel kişiliği adına ve hesabına kiralayana ödeme yapmaktadır. Bu çerçevede dernek üyeleri, dernek ile taşınmazın maliki arasında kararlaştırılmış olan kira bedelini, diğer masrafları ve yönetici ücretini kendilerine düşen paylar oranında derneğe vermekte, dernek ise bunun karşılığında kira bedelini kiralayana ödemektedir. Bir süre sonra kiralayan kiraya zam yapmış, ancak dernek üyeleri bu artışı yerine getirememiştir. Bu durum karşısında taşınmazın maliki tüzel kişilik perdesi ardındaki gerçek durumu dikkate alarak doğrudan doğruya dernek üyelerine başvurmuş ve kira farkını onlardan talep etmiştir. Alman Federal Mahkemesi bu olayda dernek tüzel kişilik perdesinin aralanarak dernek üyelerinin derneğin kira borcundan sorumlu oldukları sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin bu kararının temel gerekçesi ise, derneğin zamlı kirayı ödeyebilmesine yetecek miktarda ihtiyaten para ayırmamasını ve bunun da dernek üyelerinden tahsil edilememesi olarak açıklanmıştır.⁵⁴

Öğretide, yetersiz sermaye sebebiyle tüzel kişilik perdesinin aralanmasının, kesin kriterlerinin belirli olmadığı ve Mahkemelerin somut olayların özelliklerine göre yapacakları değerlendirmelere bağlı olduğu önemle vurgulanmaktadır.⁵⁵

1.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Türleri

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının dört türü bulunmaktadır. Bu türlerden herbirini kısaca açıklamak suretiyle belirtecek olursak:

1.4.1. Doğrudan (Düz) Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Doğrudan perdeyi kaldırarak sorumlu kılma durumunda perde aralanarak arkasında bulunan kişi veya kişiler sorumlu kılınmaktadır. Bu sorumlu kişi veya kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilirler. Bu kişi genellikle bir ana ortaklıktır.⁵⁶

Bu durumda, bir gerçek kişinin veya tüzel kişi ana ortaklığın, bir sözleşme ile kabul ettikleri rekabet etmeme yasağı gibi bir yapmama borcundan kurtulmak amacıyla, rekabeti yavru ortaklık veya tek orta-

⁵⁴ Sağlam(2008); s.160; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

⁵⁵ Sağlam(2008); s.160.

⁵⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.396.

ğı oldukları ortaklık aracılığıyla yapmaları karşısında perde aralanarak gerçek kişi veya tüzel kişi ana ortaklık sorumlu tutulmaktadır.⁵⁷

1.4.2. Ters Yönden Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Ana ortaklığın borcu ya da yükümü için yavru ortaklığın veya pay sahibinin sorumlu kılınması durumlarında ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma durumu olur. Bu türün temel özelliği şudur: Yavru ortaklık hakimiyet altında olduğu için, ana ortaklığın bir yapma veya yapmama yükümünü yerine getirmemesinden kural olarak sorumlu tutulamaz. Çünkü ana ortaklığın yapma veya yapmama yükümünü yerine getirmemesi kararında yavru ortaklık etkili olamaz, yani ana ortaklığa bu yolda karar aldırılmaz⁵⁸. Ancak somut olayda özel bir sebep veya sebepler varsa, yavru ortaklık sorumlu tutulabileceği bazı durumlar olabilir. Örneğin: Bir olayda bir gerçek kişi bir patent hakkı iktisap etmiş ve buna bağlı olarak da rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu kişi daha sonra bu patenti hakim olduğu bir ortaklığa devretmiştir. Çıkan ihtilafta İsviçre Federal Mahkemesi bu ortaklığın da rekabet AO'luğun aktifinde bulunan gayrimenkulün onun tek hakimi olan gerçek kişinin borcu için haczedilemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁹

1.4.3. Borçlunun Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanmasını Talep Etmesi

Borçlunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep etmesi durumunda, borçlu ya da yükümlü perdenin arkasına gizlenmek veya sığınmak yerine perdenin kaldırılmasını talep etmektedir. Bu tür öğretilerde şüphe ile karşılanmıştır.⁶⁰ Örneğin bir olayda eş kocasının tek pay sahibi olduğu bir ortaklığa karşı icra takibi yapmış, bunun üzerine koca kendisi ile ortaklık arasında özdeşlik olduğunu belirtmiş, diğer ifade ile tüzel kişilik perdesinin aralanmasını talep etmiş ve karı koca arasında icra takibi yapılamayacağı yasağına dayanmıştır. Bu ihtilafta İsviçre Federal Mahkemesi savunmayı reddetmiştir.⁶¹

⁵⁷ Tekinalp-Tekinalp; s.369.

⁵⁸ Tekinalp-Tekinalp; s.398-399.

⁵⁹ BGE. SEM. JUD. 1973 369 (Tekinalp-Tekinalp; s.399, dp.25 b'den naklen)

⁶⁰ Tekinalp-Tekinalp; s.399.

⁶¹ BGE 72II 67 (Tekinalp-Tekinalp; s.399, dp.25/c'den naklen).

1.4.4. Çapraz Perdeyi Kaldırma

Çapraz perdeyi kaldırma durumunda sadece ana veya yavru ortaklık değil, fakat aynı zamanda konzern veya holding sistemi içinde yer alan kardeş ortaklıklar arasında perdeyi kaldırma mümkündür.⁶² Açık ifade ile, aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler arasındaki perdenin aralanması durumunda da çapraz perdeyi kaldırma sözkonusu olur. Kardeş şirketler arasındaki perdenin kaldırılması bakımından, kardeş şirketlerin ekonomik anlamda bağımsız işletmeler vasfına sahip olup olmadıkları, önem kazanmaktadır. Büyük çaplı bağlı işletme topluluklarında, birbirinden tamamen farklı ticari ve iktisadi faaliyetlerde bulunan bir çok işletme bulunur. Örneğin: Bir bağlı işletmeler topluluğunda gıda, finans, otomotiv, enerji, telekomünikasyon gibi farklı sektörlerde faaliyet gösteren kardeş şirketler yer alabilir. Kardeş şirketler arasında bir iktisadi bütünlük sözkonusu olmadığı için, bunlar arasında perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması mümkün görülmemektedir.⁶³

1.5. Kuramın Türk Hukukunda Ortaya Çıkışı

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı Dünyada ilk defa Amerikan Mahkemeleri nezdinde şirketlerinin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluları ortaya çıkarmak amacıyla hakimlerin adalet ve hakkaniyetin sağlanmasına yönelik olarak perdeyi aralaması gereken durumların varlığını keşfetmeleri üzerine Anglosakson Hukuk Sisteminde İngiliz ve Amerikan hukukunda ortaya çıkmış ve benimsenmiştir. Bundan sonra bu kuram aynı gerekçelerle ve gerekliliklerle Kara Avrupası Hukuku Sistemi tarafından ve bu bağlamda Türk Hukukunda da benimsenmiştir.⁶⁴

Türk hukukunda, özellikle ticaret hukuku alanında ortakların kendileri ile şirket tüzel kişiliği arasındaki ayrılıktan objektif iyiniyet (MKm.2) kurallarına aykırı olarak çıkar sağlamak istedikleri durumlar karşısında öncelikle öğretilde kanuna karşı hile kavramına⁶⁵ ve/veya

⁶² Tekinalp-Tekinalp; s.399.

⁶³ Öztekin,-Memiş; s.208-209.

⁶⁴ Bkz. Yukarıda 1.1, dp.4.

⁶⁵ Akünel; s.312

objektif iyiniyet (MKm.2) düzenlemesine aykırılık⁶⁶ oluşturduğu gerekçeleriyle tüzel kişilik perdesinin aralanarak, ayrılık ilkesinin bertaraf edilmesi suretiyle; ortakların haksız çıkar sağlamalarının reddedilmesi gerekliliği iddiaları ile savunulmuştur.⁶⁷ Bundan sonraki süreçte bu kuram yargı kararları ile de benimsenmiş ve ticaret hukuku alanında özellikle de banka işletmesi hukukuna ilişkin kanunlarda düzenlenmiştir. Kuramı açıkça içeren düzenlemeler belirgin olarak ilk defa 3182 S. Bankalar Kanunu ve bunu takiben 4389 S. Barkalar Kanunu ve yürürlükteki 5411 S. Bankacılık Kanununda yer almıştır.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının açıkça ifade edilerek uygulandığı örnek teşkil eden ilk yargı kararlarından biri olarak⁶⁸ Yargıtay'ın 19. HD.15.05.2006. E.2005/8774 K.2006/5232 Sayılı kararı, Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının ortaya çıkış sürecinin açıklanmasında üzerinde durulması gereken önemli bir karardır.⁶⁹

Bu Karara konu olan olayda hukuki sorun davalılar Ege AŞ ve Ege Ltd Şti.'nin savunmaları dikkate alındığında 20.09.2000 tarihli 2 adet faturanın ve keza 04.10.2000 tarihli fatura tutarından davalılar-

⁶⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.387; Dural; s.102.; Serozan; s.18.

⁶⁷ Ulusoy; s.370.

⁶⁸ Yalçın; s.295.; Seven, V- Göksoy, C; Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması-Bir Kararın Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, Cilt 80, Sayı 6. s.2455.; Kuramın açıkça ifade edildiği son yıllara ait bir diğer Karar ise Yarg.23.HD'nin E.2013/9400 K.2014/1242. Sayılı Karardır. Bu kararda Yerel Mahkeme kararında iki davalı şirketin aynı yani özdeş oldukları yönünde bir kanaate ulaşılmadığından davacının talebi doğrultusunda 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu Kararın temyizi üzerine Yarg 23.HD, Yerel Mahkeme kararının belirtilen gerekçelerle hükmün ONANMASINA Karar Verilmiştir. Bu ifadelerin ters anlamından davalı şirketlerin özdeşliği kabul edilebilseydi davacının talebi doğrultusunda 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin uygulanacak olduğu anlamı çıkmaktadır. <http://www.hukukmedeniyeti.org> (10.10.2016).

⁶⁹ Bu Kararın ayrıntılı bir analizi için bkz. Seven - Göksoy,; s.2454-2470.Türk İdari Yargı sisteminde örnek teşkil eden bir karar da Da. 10. Dairesi tarafından verilmiş olan 27.05.2005 T., E.2005/937, K.2005/815 S. Karardır. Bu Karar için bkz. Yalçın; s.308-310.

dan hangisinin sorumlu olduğu veya ikisinin de sorumlu olup olmadığı noktasındadır.⁷⁰

Davalılardan Ege AŞ, tüzel kişiler arasındaki ayrılık ilkesine dayanarak diğer davalı Ege Ltd Şti ile ayrı tüzel kişilikler oldukları ve ilgili sözleşmeye sadece davalı Ege Ltd Şti.'nin taraf olduğu gerekçeleriyle dava konusu fatura tutarlarından da Ege Ltd Şti.'nin sorumlu olması ve kendisinin Ege AŞ'nin sorumlu olmaması gerektiği savunmasını yapmıştır.⁷¹

Yerel Mahkeme, davalının tüzel kişilik esasına ve ayrılık ilkesine dayanan savunmalarına itibar etmemiş ve hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler de olsa tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına dayanarak olayda iki davalı şirket arasında bir özdeşliğin bulunduğu ve farklı tüzel kişilik savunmasının MK m.2 düzenlemesi kapsamında hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu, çünkü iki davalı şirketin temsilcilerinin ve ortaklarının aynı kişiler olduğu tespitlerini dikkate alarak olaydaki farklı tüzel kişilikler olgusunun sadece şekli olarak değerlendirilmemesi özün ve esasın dikkate alınması gerektiğini, bu bağlamda uyumsuzluğun dürüstlük kuralları ve hakkaniyet ölçütleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek; davalı Ege AŞ'nin ödeme kabiliyeti olmayan biçimsel olarak farklı tüzel kişiliği bulunan, diğer şirkete borçları yüklemeye yönelik kötü niyetli çabalarının kabul görmemesi gerektiği gerekçeleriyle iki davalı şirketin borcun tamamından müteselsil olarak sorumlu olacaklarına hükmetmiştir.⁷²

Bu kararı temyiz aşamasında değerlendiren Yargıtay ise kararında '...(olayda) tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmadığı...' ifadelerine yer verilerek Yerel Mahkeme kararı onanmıştır..⁷³

⁷⁰ Seven- Göksoy; s.2455.

⁷¹ Seven -Göksoy; s.2458

⁷² İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 17.05.2005 E.2002/843, K.2005/64 S. Kararı

⁷³ Yarg. 19. HD 15.05.2006 E.2005/8774 K.2006/5232 Kararı.; Seven- Göksoy; s.2455.

2. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI İLKESİNİN BANKA İŞLETMESİ HUKUKU ALANINDA UYGULANMASININ GEREKLİLİĞİ VE ÖNEMİ

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının şirketler hukukunda geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ancak bu kuramın banka işletmesi hukuku alanında uygulanması, özel bir öneme sahip olup bu bağlamda önemli ve kapsamlı bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Bu durumun başlıca nedenleri: Banka işletmesinin, bir taraftan ülkelerin iktisadi sisteminin temel taşlarından biri olması, diğer taraftan da bunun yanısıra banka işletmesinin faaliyet konularının gereği olarak çok ciddi risklerle karşı karşıya olması ve kaynaklarının özellikle hakim ortaklar ve yöneticiler tarafından kötüye kullanıma müsait olmasıdır. Bu nedenleri açıklayacak olursak:

İyi işleyen bir iktisadi sistemin temel unsuru finansal piyasa-
nın istikrarlı bir yapıda olmasıdır.⁷⁴ İstikrarlı bir finansal sistemin temel unsuru da güçlü bir bankacılık sisteminin varlığıdır. Bu bağlamda bankacılık sistemi ile finansal sistem karşılıklı etkileşim içinde olup birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdırlar. Ayrıca son yüzyılda teknolojik gelişmelerin sonuçlarından biri olan Dünyadaki finansal sistemlerinin küreselleşmesinin etkisiyle özellikle finansal bakımdan ülkelerin birbirlerine olan bağımlılıkları ve finansal piyasaların kırılganlıkları artmıştır. Bu durumdan öncelikle bankacılık sektörü etkilenmiş ve kırılganlığı artmıştır.⁷⁵

Bu durumların sonucu olarak, bir ülkenin finansal sisteminde ortaya çıkan bir finansal sorun diğer ülkeleri de etkilemekte ve çok kısa bir süre içinde sıkıntıya sokabilmektedir. Finansal krizlerin bulaşma etkisi olarak adlandırılan bu durum 1994 Meksika ve yaşanmış ve kanıtlanmıştır. 1994'te Meksika'da başlayan finansal kriz, diğer Latin Amerika ülkelerini etkileyerek hızla yayılmıştır. Benzer bir durum daha, 1997'de Tayland'da başlayan finansal krizin yayılarak bir Doğu ve Güney doğu

⁷⁴ Tezer, Ömer-Çolak, Ömer Faruk-Eser, Kadir; Finansal Sistem ve Bankalar, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.1-19,35-47.

⁷⁵ Tunay, Batu; 'Türk Bankacılık Sektöründe Rekabet ve Kırılganlık', Bankacılar Dergisi, s.68, 2009, s.30-33.

Asya krizine dönüşmesinde yaşanmıştır.⁷⁶Bu krizleri meydana getiren başlıca nedenler, finansal sistem ile karşılıklı bir etkileşim içinde bulunan ve finansal sistem üzerinde kilit rol oynayan bankacılık sektörünün sorunlarından kaynaklanmıştır.⁷⁷

Karşılıklı etkileşim ilişkisi çerçevesinde, finansal küreselleşme sürecinde finansal piyasalarda ortaya çıkan bu sorunlardan en çok bankacılık sektörünün etkilendiği gözlemlenmiş ve bankacılık krizlerinin sayısında önemli bir artış meydana gelmiştir.⁷⁸ Bu bankacılık krizlerinin boyutları öylesine ileriye uzanmıştır ki, çok geniş kitleleri etkileyen ciddi zararlar ile kusursuz ve haklı olanı mağdur eden sonuçlar doğmuştur.

Finansal krizlerin bulaşma etkisi, bankacılık sektöründe de gözlemlenmektedir. Örneğin: Ülkemizde 2001 yılındaki ekonomik kriz, bankacılık sektörünü ciddi boyutlarda etkilemiş ve bunun sonucunda, ortaya çıkan; haksız, adaletsiz ve kamu vicdanını rahatsız eden gerçeklerin engellenmesi için banka işletmesi hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanmasının ne kadar gerekli ve önemli bir hukuki araç olduğu somut olarak kanıtlanmıştır. Bu çerçevede, bir taraftan, bankaların mali gücünün zayıflamasının gerçek sorumluları olan ortakların aleyhine tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekirken; diğer taraftan da, bankalardan kredi alarak geri ödemeyen ve bankaları büyük zarara uğratan ortaklıklar aleyhine tüzel kişilik perdesinin aralanması ve bu ortakların bankalara karşı sorumlu tutulmaları gerekli olmuştur.⁷⁹ Vurgulamak gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuşkusuz, aksi takdirde doğacak olan adaletsiz ve kamu vicdanını rahatsız eden sonuçların bir ölçüde engellenmesinin sağlanması bakımından gerekli ancak yeterli değildir. Bu yeterliliğin sağlanabilmesi için yanısıra bankacılık sisteminde hala yapılması gereken çok şey bulunmaktadır.⁸⁰ Mevcut

⁷⁶ 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun Genel Gerekçesi; TBMM Tutanak Dergisi 30.03.2005, Dönem: 22, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 972.

⁷⁷ Karabulut, G.; Gelişmekte Olan Ülkelerde Finansal Krizin Nedenleri, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.20-29.,

⁷⁸ Bu bankacılık krizlerine ilişkin açıklamalar ve somut örnekler için bkz. Üstün, Özgür; Bankacılık Krizleri ve Türk Bankacılık Sistemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2007, s.83-127.

⁷⁹ Yalçın; s.393-394.

⁸⁰ Yapılması gerekenler için bkz. Cengiz(2016); s.382-383.

sistemde banka çözümleme maliyetlerinin faturasını nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları ödemektedir.

Bu bağlamda bir banka nezdinde meydana gelen bir kriz, finansal sistemin olumsuz etkileriyle zaten kırılmalı düzeyi artmış olan diğer bankaları kural olarak ülkedeki bütün bankaları bir domino taşı etkisiyle etkileme ve böylece bütün ülkeye yayılan, bir bankacılık krizi , hatta ülke genelinde bir finansal krizi tetikleme ve bunun da bulaşma etkisiyle, Dünyanın belirli bir bölgesinde finansal kriz çıkartma potansiyeline sahiptir.⁸¹ Bu durum 5411 S. Bankacılık Kanunu m.72 düzenlemesinde genel bir bankacılık krizi çıkartma potansiyeline sahip risk anlamında ‘Sistemik Risk’ kavramı ile ifade edilmekte ve sistemik risk oluşturma potansiyeline sahip mali gücü zayıflayan bankalara diğerlerine kıyasen daha farklı çözümleme yöntemlerinin uygulanması düzenlenmektedir.⁸²

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, gerek iktisadi sistemin genelini gerekse finansal sistemin sağlıklı işleyişi ve istikrarı bakımından banka işletmesinin kilit rol oynadığı ve stratejik öneme sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle banka işletmesinin mali gücünün korunması , krizlerin önlenmesi amacıyla gereklidir ve ülke halklarının sosyal refahı ve geleceği bakımından büyük öneme sahiptir.

Banka işletmesi stratejik öneminin yanısıra, finansal sistemin en etkin ve ağırlıklı kurumu olarak, bankacılık sektörünün ve finansal piyasaların artan kırılmalı zemini çok ciddi risklerle ve tehlikelerle karşı karşıyadır.⁸³ Bunlardan çok sık karşılaşılanlardan birisi de, banka yöneticilerinin ve hakim ortaklarının banka tüzel kişiliğini sorumluluktan kaçmak veya kapsam dışı kalmak amaçlarıyla ardına gizlenilecek bir perde gibi kullanmak suretiyle bankanın kaynaklarını kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmaları durumudur. Bu durum tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanması ihtiyacının olduğu en önemli ve sık rastlanan durumlardan biridir. Hatta banka işletmesi hu-

⁸¹ Karadağ, Mehmet Mete; ‘Sistemik Risk -Sistemik Risk Açısından Önemli Finansal Kuruluşlar ve Küresel Finansal Kriz’, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 2015, C.VII., S.13, s.88.

⁸² 5411 s. Bankacılık Kanunu m.72 düzenlemesine ilişkin açıklama için bkz. Cengiz, Dilek; Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözülmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 360-362.

⁸³ Önder, Türkan; Batan Bankalar Bağımsız Denetim ve Meslek Ahlakı, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2001, s.14 vd.

kuku alanında banka tüzel kişiliğinin tabanında yer alan ister yönetici ister hakim ortak veya küçük pay sahipleri olsun eline fırsat geçen tüm gerçek veya tüzel kişilerin, banka kaynaklarını kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmak amacıyla banka tüzel kişiliğini ardına gizlenecekleri bir perde gibi kullanarak *doğan zararların sorumluluğundan kurtulmak ve bu sorumluluğu banka tüzel kişiliğinin üzerine yıkabilmek* için kurnazca yöntemler geliştirmek hususunda sınırsız bir yaratıcılık gücüne sahip olduklarını ileri sürmek abartılı olmayacaktır.⁸⁴

Bu durum karşısında, banka işletmesi hukuku alanını düzenleyen kanunlarda, bu tür olasılıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmektedir. Türk hukukunda da hem mülga banka işletmesi kanunlarında⁸⁵ hem de yürürlükteki 5411 S. Bankacılık Kanununda bu tür düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak vurgulamak gerekir ki, banka işletmesi hukuku alanında bu husustaki sınırsız yaratıcılık gücü karşısında bütün olasılıkların önceden tahmin edilebilmesi ve kanunlarda düzenlenmesi sosyal gerçeklere uygun olmayacaktır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının banka işletmesi hukuku alanında uygulanmasında mutlaka kanunlarda düzenlenen durumların dışında, Mahkemelere çok önemli ve etkin rol düşecektir.

⁸⁴ Cengiz,Dilek;'*Türk Banka Hukukunda Kredi Kavramının Anlamı ve Kapsamı*', Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3, Mart 2013, s.169-171,175-180; Cengiz Dilek; '*5411 S. Bankacılık Kanunu Sisteminde Bankaların Verebilecekleri Kredilerin Sınırlandırılması*', Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1271-1279.; Cengiz(2016); s.1-3,103-112.

⁸⁵ Örneğin 4389 S. Bankalar Kanunu'nun Genel Gereğesinde tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin banka hukuku alanında düzenlenmesi gerekliliği ve önemi şöyle ifade edilmektedir: '*...banka hakim ortakları ve yöneticileri halktan mevduat olarak toplanan paraları kendilerine eş ve çocuklarına ve yakın akrabalarına, kendi offshore bankalarına, çoğunluğu sadece kağıt üzerinde varlığı bulunan tabela şirketi veya posta kutusu adresli grup şirketlerine,kredi, her türlü taşınır ve taşınmaz mal edinimleri için aktarıldığı ve Fonun batık banka alacaklarını tahsilde hukuki açıdan yetersiz kaldığı ve özellikle banka hakim ortakları, yönetici ve diğer yakınları ve bunların muvazaalı işlemlerini aşmak için yasal düzenleme yapılmasının zaruri olduğu belirtilmiş ve uygulamada karşılaşılan olaylardan hareketle uygulamada tereddüte mahal vermemek için sayma usulü tercih edilerek perdenin aralanması ve perde arkasındaki gerçek sorumluların bulunması amaçlanmıştır...*'.(TBMM Tutanak Dergisi; 03.06.1999, 21. Dönem, S Sayısı 386

Belirtmek gerekir ki, banka işletmesi nezdinde, böyle durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılmazsa, bunun başlıca sonucu, bankanın kaynaklarının bu kişilerin menfaatleri doğrultusunda harcanması suretiyle bankanın mali gücünün zayıflatılması, bu bağlamda da bulaşma potansiyeline sahip krizlerin doğması ve bu durumdan doğan zararın faturasını en nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları ödeyecektir

Bütün bu nedenlerle banka işletmesi hukuku alanında tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması hukukun diğer alanlarına kıyasen büyük önem taşımaktadır. Bu önem karşısında Türk Hukukunda banka işletmesi kanunlarında tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemelere 3182 S. Bankalar Kanunu'ndan itibaren tüm banka işletmesi Kanunlarında yer verilmiştir. Ancak en detaylı ve kapsamlı düzenlemeler 4389 S. Bankalar Kanunu ve 5411 S. Bankacılık Kanunu'nda bulunmaktadır. Vurgulamak gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı Banka işletmesi Kanunlarında ne kadar kapsamlı olarak düzenlenirse düzenlensin, kuramın bu alandaki gerekliliği ve önemi karşısında, uygulamada ortaya çıkabilecek bütün olasılıkların kanun koyucu tarafından öngörülebilmesi ve Kanunda düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu kuramın mutlaka banka işletmesi hukuku alanında uygulanmasında Mahkemelere önemli ölçüde görev düşeceği ve kapsamlı bir yargı kararları birikimi oluşacağı kuvvetle muhtemeldir.

3. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI KURAMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE EKSİKLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Sistem

5411 S. Bankacılık Kanunu Ülkemizde 1990'lı yıllarda ve 2000'li yılların başlarında yaşanan ciddi bankacılık krizleri sonrasında ortaya çıkan haksız ve kamu vicdanını rahatsız eden sonuçların tekrarının önlenmesi için tedbirler alınması gerekliliğinin bilinci ile ve hazırlandığı dönem itibarıyla geçerli olan uluslararası bankacılık ilke ve standartları ile uyumlu bir Kanundur.⁸⁶ Bu Kanunda sözkonusu bilinç ile tüzel kişilik perdesinin aralanması Mahkemelerin takdirine bırakılmamış, bizzat

⁸⁶ Cengiz(2016); s.148-164.

kanun koyucu tarafından Kanunda düzenlenmiştir. Kanunda tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin pek çok düzenleme bulunmaktadır. Konunun banka işletmesi hukuku alanındaki yukarıda açıklanan önemi karşısında Türk Hukukunda banka işletmesi kanunlarında tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemelere ayrıntılı olarak 3182 S. Bankalar Kanunu'ndan⁸⁷ itibaren tüm banka işletmesi Kanunlarında yer verilmiştir.⁸⁸ Ancak en detaylı ve kapsamlı düzenlemeler 4389 S. Bankalar Kanunu ve 5411 S. Bankacılık Kanunu'nda bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler, 5411 S. Bankacılık Kanunu sistematüğinde toplu bir halde değil, herbiri ilgili olduğu konuya ilişkin bölümde düzenlenmiş olup, bu bağlamda düzenlemeler arasındaki gerekli bağlantılar da kurulmuş ve Kanunun bütününe yaygın ve dağınık olarak yer verilmiştir. 5411 S. Bankacılık Kanununda tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemeleri içerikleri ve amaçları bakımından '*tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenme amaçlı bir araç olarak kullanılmasını engellemeye yönelik önlem niteliğindeki düzenlemeler*' ve '*tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumluların perde aralanarak sorumlu tutulmasına ilişkin düzenlemeler*' olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bazı düzenlemelerde ise bu ayırım bakımından bir iç içe geçmişlik veya örtüşme dikkat çekmektedir.

Öğretide yapılan çalışmalarda Bank. K'daki çeşitli düzenlemeler tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile dorudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilmektedir.⁸⁹ Bu bağlamda dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemeler de dahil edildiğinde Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile ilişkilendirilen çok geniş kapsamlı bir düzenlemeler alanı ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ile dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemelerin (m.3,7,10,16,18,19-20,43-54;65-72.vs)⁹⁰ hemen hemen tamamı doğrudan doğruya bir güven ve itibar kurumu olarak banka işletmesinin

⁸⁷ 3182 S. Bankalar Kanunu'nda yer alan düzenlemelere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988, s.123-124,158-162,176-182,255-258.

⁸⁸ Türk Hukukundaki Banka İşletmesi Kanunlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cengiz, Dilek; 'Türk Banka Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Kaynakları', Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi İstanbul, 2011, s.357-402.

⁸⁹ Özkurt; s.137-227.

⁹⁰ Bu düzenlemelerin listesi için bkz. Aşağıda 3.2.5.

mali gücünün korunması ile ilgilidir. Bu düzenlemelerin tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı ile ilişkilendirilmesinin temel gerekçesi ise, banka hakim ortaklarının veya yöneticilerinin bankanın mali gücünü zayıflatacak işlem veya eylemleri tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek yapmalarını ve bu suretle bankanın mali gücünü zayıflatarak bankaya ve sisteme zarar vermelerini engellemektir.

Bu durum karşısında, aşağıdaki açıklamalarımızda, özellikle Bank. K. Sistemindeki tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile doğrudan bağlantılı olan düzenlemeler ile ilke ile dolaylı olarak ilişkilendirilen ancak bu bakımdan belirgin özellik taşıyan belli başlı düzenlemelerin üzerinde durulacaktır. Bu açıklamalarda her bir düzenlemenin temelindeki ilgili konuda tüzel kişilik perdesinin aralanması gereğini doğuran nedenler ve amaçlar üzerinde durulacaktır. Zira ilke ile dolaylı olarak ilişkilendirilen tüm düzenlemelerin kapsama dahil edilmesi bu çalışmanın amacını ve kapsamını aşacaktır.

3.2. Düzenlemelerin İçeriklerine İlişkin Genel Açıklamalar

3.2.1. Bank. K.'nın Uygulanmasına İlişkin Temel Kavramların Tanımlarına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Bankacılık Kanunu 'Tanımlar' başlığını taşıyan m.3 düzenlemesinde bu Kanunun uygulanmasına ilişkin belirli temel kavramlar tanımlanmıştır. Bu tanımlar tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının dolaylı olarak ilişkilendirilen normatif görünümleri olarak dikkat çekmektedir.

Bu tanımların banka tüzel kişiliği ile ardında yer alan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve bu suretle kötüye kullanım eylem ve işlemlerinin önlenmesine yönelik olarak belirlendiği, anlaşılmaktadır. Bu tanımların içeriği değerlendirildiğinde, banka tüzel kişiliğinin ardında yer alan kişilerin, en gizli köşelere saklanmak veya tüzel kişilik perdesini kalınlaştırmak suretiyle tüzel kişilik perdesini kişisel menfaatleri için kötüye kullanmalarının önlenmesi ve sorumluların belirlenmesine yönelik olarak özellikle kaleme alınan çok ince ve hassas ifadeleri içerdikleri dikkat çekmektedir. Diğer ifade ile bu kavramların tanımlarında şekli ve görünürdeki sahiplik veya sorumluluk anlayışının ötesine geçilerek tüzel kişilik perdesinin aralanması

ilkesi normatif olarak düzenlenmektedir⁹¹Bu suretle Kanunun girişindeki (m3) düzenlemeler ile Kanun'un sorumluluk anlayışının görünürdeki kişilerle sınırlı ve şekli olmadığı görünürdeki kişilerin arkasındaki gerçek sorumlulara uzandığı ortaya konulmuştur.⁹²

Bu tanımlanan bu kavramların başlıcaları 'kontrol', 'hakim ortak', 'ana ortaklık', 'bağlı ortaklık', 'nitelikli pay' kavramlarıdır. Aşağıda bu kavramları tanımlayan m.3 düzenlemesi hükümleri, içerdiği tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanmasına ilişkin ayrıntıları bakımından ele alınarak açıklanacaktır.

3.2.1.1. Kontrol

5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesinde hakim ortak ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında banka tüzel kişiliğinin ardında yer alan gerçek kişilerin hukuken belirlenebilmesi için öncelikle banka tüzel kişiliğinin kim ya da kimler tarafından kontrol edildiğinin belirlenmesi gereklidir.⁹³ Bu bağlamda 'Kontrol' kavramı 5411 S. Bank. K. sisteminde dağınık olarak düzenlenmiş olan tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının görünümünü içeren düzenlemelerde ve diğer pek çok düzenlemede de atıfta bulunulan merkez ve temel bir kavramdır.⁹⁴

Bu gerekliliğe yönelik olarak 5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesinde 'Kontrol' kavramı şu ifadelerle tanımlanmıştır:

'Bir tüzel kişinin sermayesinin, asgari %51'ine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını... (ifade eder.)'

Uygulamada karşılaşılan en büyük sorunlardan birisi, bankanın hakim ortağı olan ve bu bağlamda bankayı fiilen yöneten ve denetleyen

⁹¹ Yalçın; s.292.

⁹² Yalçın; s.294.

⁹³ Paslı, Ali; 'Anonim Ortaklıklarda Kontrol Sahibinin Özel Durumu', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008, Cilt 66, S.2.

⁹⁴ Özkurt; s.138.

kişiler ile kayıtlara göre yöneten ve denetleyen kişilerin farklı olabilmesidir. Bu durumda kamu otoritesinin paravan kişi veya kuruluşlarla karşı karşıya kalması gibi sorunlar doğmaktadır.⁹⁵ Böyle durumların esasında, bankanın yönetim ve denetimini fiilen elinde tutan kişiler tarafından tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kaçınmak için bir fırsat olarak kullanılmak amacıyla, tüzel kişilik perdesinin en kalın ve ardındakilere ulaşılamaz bir biçimde örtülmesi suretiyle⁹⁶, bilinçli bir yöntem olarak oluşturulduğu ve kullanıldığı pek çok deneyime dayanılarak dikkat çekmiştir. Böyle durumlarda, adalete ve hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşılabilmesi için, tüzel kişilik perdesinin aralanması ve ardındaki gerçek sorumluların belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu nedenle, ilk defa 4389 S Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 12.12.2003 tarihli ve 5020 S. Kanun⁹⁷ ile 4389 S. Bankalar Kanunu. m.22/4'e eklenen 'bankaların hukuken ve fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişiler' ifadesi ile kayden bir ortaklık bulunmasa dahi bir gerçek kişinin bankanın hakim ortağı olabileceği kabul edilmiş ve bir bankaya paravan ortak veya tüzel kişiler üzerinden sahip olan gerçek ortaklara ulaşılması amaçlanmıştır.⁹⁸ Daha sonra da 5411 S. Bank. K.m.3 düzenlemesinde yapılan bu tanım ile 'Kontrol' kavramı kişilere tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenmeleri fırsatını vermemek amacıyla ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.⁹⁹

⁹⁵ Yalçın, Taner; 'Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.293, <http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016) Özkurt; s.138.

Özkurt, s.138-139; Alıcı, Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.57.

⁹⁶ Özkurt; s.138.

⁹⁷ RG.26.12.2003, S.253285.

⁹⁸ Yalçın; s.293; Özkurt, s.140.

Danıştay 10. Dairesi 2003/2896 E. Sayılı dosyası çerçevesinde vermiş olduğu 14.07.2003 tarihli kararında bu düzenleme yürürlüğe girmeden önce '...Bir şirketin yönetim ve denetimini elde bulundurmanın dayanağının tek başına paydaşlıktan gelen yetki ve gücü oluşturmayacağını doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi olmadan da yönetimin elde bulundurulacağını' ifade ederek görüşünü bu düzenlemelere paralel olarak açıklamıştır.

⁹⁹ Yalçın; s.293.

Bu alanda çok sık rastlanan durumlardan birisi de, bankanın ortaklarının birden fazla ortaklıktan oluşan ortaklıklar topluluğu olması veya ortaklıklar topluluğunu oluşturan ortaklıklardan birisinin bankanın hakim ortağı olarak görünmesi ve bu ortaklıkta hakim ortak konumunda olması durumudur¹⁰⁰. Bu durumlar zincirleme olarak birkaç ortaklığın birbirine ortak olması ve gerçek kişinin de en gizli köşeye saklanması şeklinde de görülebilmektedir.¹⁰¹ Nitekim Fon'a devredilen bankalarda bu duruma rastlanmaktadır. Bu durumda öncelikle bankada ortaklığı bulunan görünürde ortak konumundaki ortaklığın ortaklarının Bankacılık Kanunu m.71,108,110, düzenlemeleri çerçevesinde sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Öğretide bir görüşe göre, bu durumda daha sonraki ortaklıklar için tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰². Bir diğer görüşe göre ise, hakim ortağın sahibi olduğu tüm iç içe geçmiş şirketlerin dikkate alınması suretiyle dikkate alınarak hakim ortağın tespitinin yapılacağı'nın zaten Bankacılık Kanununda düzenlenmiş olduğu ileri sürülmektedir¹⁰³. Bu düzenlemelere örnek olarak da Bankacılık Kanununun 'Fonun Alacaklarının Tahsiline İlişkin Diğer Yetkiler' başlığını taşıyan m.134¹⁰⁴ düzenlemesi verilmektedir. Bu bağlamda bu düzenlemeler kapsamında Fon'a 6183 S. Kanun hükümlerine göre tüzel kişilik perdesinin aralanması sonucunu doğuran, alacağın takip ve tahsil yetkisi tanınmış olduğundan mükerrer m.35 çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilmesi de mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu düzenlemeler karşısında, 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin

¹⁰⁰ Özkurt; 139.

¹⁰¹ Özkurt; s.139-140.

¹⁰² Ulusoy; s.397. Ulusoy bu görüşünü: '*...Şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin birisi bankanın hakim ortağı ve bu şirketin de hakim ortağı bir gerçek kişi olabilir. Bu durumda 5411 S. Kanununun 71. Maddesi uygulandığı zaman m.110 ereği kanunen tüzel kişilik perdesi aralanıp önce hakim olan ortak şirketin tüzel kişilik perdesi aralanıp önce hakim ortak olan ticaret şirketine ulaşılmalı, daha sonra bankanın hakim ortağı olan şirketin tüzel kişilik perdesi aralanarak oradaki hakim ortağa ulaşılmalıdır. Gerektiğinde bu metod birkaç kere daha uygulanabilir. Böyle durumlarda birden fazla perdeyi aralama sözkonusudur. İlk perdeyi aralamam. 110 gereği olurken sonrakiler 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi' gereği olmaktadır.*' sözleri ile ifade etmektedir.

¹⁰³ Özkurt; s.139.

¹⁰⁴ Bankacılık Kanunu m.134'ün ayrıntılı açıklaması için bkz. Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2015, s.2064-2103.

sadece 6183 S. Kanun m.35'in uygulanamadığı durumlar bakımından uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Söz konusu durumda, dolaylı hakim ortaklığın tespiti bakımından 'tüzel kişilik perdesinin birden fazla aralanması' durumu sözkonusudur.¹⁰⁶

Kanaatimizce, 5411 S. Bank. K. düzenlemesinde '*tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi*'ne yeterince kapsamlı ve ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeleri, ülkemizde yaşanmış olan mağduriyetler ve zararlar karşısında tecrübe edilmiş olan ilgili bütün durumları dikkate almak suretiyle hazırlamıştır. Bu bağlamda kanunda düzenleme bulunduğu durumlarda genel ve soyut ilke anlamında 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'ne başvurulması hukuk tekniği bakımından uygun olmayıp, öncelikle kanundaki düzenlemelerin dikkate alınması ve uygulanması gereklidir. Bu nedenle, kanaatimizce yukarıdaki görüşlerden ikincisinin¹⁰⁷ isabetli olduğunun ileri sürmek daha doğrudur.

Bu durum, dolaylı hakim ortaklığın tespiti bakımından 'tüzel kişilik perdesinin birden fazla aralanması' durumunun başlıca örneğini oluşturmaktadır.¹⁰⁸

5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesindeki banka tüzel kişiliğinin kontrolü oldukça kapsamlı tanımlanmış ve tanımda çeşitli dolanlı işlem veya ilişkilerle bankayı fiilen kontrol gücü sonucunu veren bütün öngörülebilir muhtemel durumlar kapsama alınmıştır.

Bu kapsamda banka tüzel kişisinin sermayesinin asgari %51'ine sahip olmasalar dahi çoğunluğuna doğrudan veya dolanlı olarak sahip olunması, hatta bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselere sahip olunması ya da diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması durum-

¹⁰⁵ Özkurt; s.139.

¹⁰⁶ Ulusoy; s.397,402.

¹⁰⁷ Özkurt, s.139.

¹⁰⁸ Ulusoy; s.397,402.

ları banka tüzel kişiliğinin kontrolünü elde bulundurma anlamına gelmektedir

Bu tanım çerçevesinde kaydi olarak, açık ifade ile sermayenin %51'ine sahip olmadıkları halde fiilen kontrol gücüne sahip olan kişilerin bu fiili durumların açıkça kaydi olarak ifade edilmemiş olmasını bir fırsat olarak değerlendirerek belirli işlem veya eylemlerinden doğan zararların sorumluluğundan banka tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek kurtulmalarının baştan önlenmesi caydırılması amaçlanmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, fiili kontrol gücünün elde bulundurulmasına ilişkin bütün olası durumların öngörülerek kanun metninde ifade edilmesi mümkün değildir. Kanundaki olası durumlar sadece tecrübe edilmiş olan başlıca olasılıklara daırdır. Bu bağlamda uygulamada karşılaşılabilecek olan bu tanımın kapsamına girmemekle beraber fiili kontrol gücü sonucunu doğuran başka durumların da m.3 düzenlemesinin kıyasen genişletici yorumu ile kontrol tanımının kapsamına dahil edilmesi ve tüzel kişilik perdesinin aralanması mümkündür.

2.2.1.2. Hakim Ortak

'Hakim Ortak' kavramı 5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesinde: *'Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi (ifade eder)'* ifadesi ile tanımlanmıştır.

Bu düzenlemede hakim ortak kavramının belirlenmesinde 'Kontrol' kavramının merkez alınmış olduğu dikkat çekmektedir. Bu bağlamda yukarıda *'Kontrol'* kavramını açıklarken belirtilmiş olan kontrolün belirlenmesinde dikkate alınacak olan, tüzel kişilik perdesinin aralanması amacına yönelik belirtilen bütün olası durumlar. *'Hakim ortak'* kavramının belirlenmesi bakımından da dikkate alınacak ve bu kavram bakımından da bu durumlarda tüzel kişilik perdesi aralanacak veya perdenin ardına gizlenilmesi fırsatı verilmeyecektir.

Ayrıca düzenlemede, 'Birlikte kontrol' ve 'Dolaylı kontrol' kavramlarına da yer verilmiştir.

Bu tanım çerçevesinde kontrol bir ortak tarafından tek başına gerçekleştirilebileceği gibi, doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olan birden fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından birlikte hareket edilerek de gerçekleştirilebilecektir. Bu durum 'Birlikte kontrol' kavramı ile adlandırılmıştır(m.3).Tüzel kişiliği kontrol altında tutan ortakla

birlikte hareket eden diğer ortaklar da hakim ortak olarak kabul edilmektedir.

Tanımda yer verilen ‘*Dolaylı kontrol*’ durumunda ise dolaylı pay sahipleri¹⁰⁹ tarafından gerçekleştirilen kontrol olgusu kastedilmektedir.¹¹⁰

Bank. K.’nın uygulanmasında ‘Hakim ortak’ kavramının belirlenmesinde de aynen kontrol kavramının belirlenmesinde olduğu gibi, tüzel kişilik perdesi aralanarak, kaydi olmasa dahi gerçek fiili durumlar dikkate alınmış ve bu durumun bir fırsat olarak değerlendirilmesi suretiyle sorumluluktan kaçmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesine izin verilmemiştir.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması ve bu bağlamda hakkaniyetin ve adaletin sağlanabilmesi için hakim ortak belirlemesi Bank. K.’nın uygulanmasında çok önemlidir. Çünkü Bank. K’ da hakim ortaklar için çok önemli hukuk veya ceza sorumluluğu durumları düzenlenmiştir.¹¹¹

2.2.1.3. Ana Ortaklık ve Bağlı Ortaklık

Bank. K.m.3 düzenlemesinde Ana Ortaklık kavramı: ‘*Kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketini*’; Bağlı Ortaklık ise: ‘*Ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları*’ (ifade eder) ifadeleriyle tanımlanmıştır.

Bu tanımlara ilişkin ifadelerde de ilk dikkat çeken ‘Ana Ortaklık’ ve ‘Bağlı Ortaklık’ kavramlarının belirlenmesinde de diğer kavramlarda olduğu gibi ‘Kontrol’ kavramının merkez alınmış olmasıdır. Dolayısıyla bu kavramların belirlenmesinde de ‘Kontrol’ kavramının tanımına ilişkin açıklamalarımız dikkate alınacaktır.

Bu tanım çerçevesinde ana ortaklık bir banka veya finansal holding şirketi olabilecektir. Ana ortaklık banka olmanın hukuki sonucu, ana ortaklığın kontrolündeki veya kontrolünde olmasa dahi Kurul

¹⁰⁹ Dolaylı pay sahipliği kavramına ilişkin açıklama için bkz. aşağıda 3.6.

¹¹⁰ Özkurt; s.141; Reisoğlu; Cilt I, s.262; Tekinalp, Ünal; Fondaki Bankanın Hukuku, Lebip Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003, s.35.

¹¹¹ Reisoğlu; Cilt I, s.263.

tarafından belirlenen ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde Türkiye Muhasebe Standartlarını esas alarak konsolide etmesi ve konsolide finansal raporlar hazırlamasıdır (m.34). Bu Kanundaki koruyucu düzenlemeler 38. madde uyarınca konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüğü bulunan ana ortaklık için Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde konsolide olan veya konsolide olmayan bazda uygulanabilecektir. Konsolide özkaynak ise konsolide esasa göre uygulanacak kredi sınırlarında ve standart oranların hesaplanmasında solo özkaynak ile birlikte gözönünde tutulacaktır.¹¹² Bağlı ortaklık ise ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları ifade etmektedir.

Bu tanımlar çerçevesinde ana ortaklık ve bağlı ortaklıklar ilişkisinde, diğer ifade ile grup bankacılığında¹¹³ tüzel kişilik perdesi aralanmaktadır. Grup bankacılığı niteliği gereği ilişkisi tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesine uygun bir ortam oluşturmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu sözkonusu tanımlar ile dolaylı olarak perdenin aralanmasını düzenlemiştir.¹¹⁴

2.2.1.4. Nitelikli Pay Sahipliği

‘Nitelikli pay’ kavramı Bank. K. m.3 düzenlemesinde: ‘*Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ve bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*’ı (ifade eder). İfadesi ile tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak yönetim kuruluna bir üye belirleme hakkına dahi sahip olması, nitelikli paya sahip olması, diğer ifade ile nitelikli pay sahipliğinin kabulü için yeterli olacaktır. Kural olarak yönetim kuruluna üye belirlemek yetkisi Genel Kurul’a aittir.¹¹⁵

¹¹² Reisoğlu; Cilt. I, s.261

¹¹³ Tekinalp, Ünal; Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s.123-124.

¹¹⁴ Grup bankacılığı sisteminin eleştirisi için bkz. Tekinalp, Ünal; ‘*Fona Banka Devrinden ve Grup Bankacılığından Vazgeçilmeli*’, Kredi Kuruluşları Kanunu Taslağının Tartışılması Konferansı, Yapı Kredi Yatırım Active, Activity, 2004, <http://www.tbb.org.tr> (14.05.2016).

¹¹⁵ Reisoğlu; Cilt I, s.260.

'Nitelikli pay sahipliği' kavramı 'Hakim Ortak' kavramından farklıdır. Nitelikli paya sahip ortağın hakim ortak olarak kabul edilebilmesi için tek başına veya diğer ortaklarla birlikte ortaklığı kontrol etmesi şartının da bulunması gereklidir. Bir ortaklıkta birden fazla nitelikli pay sahibinin bulunması mümkündür.¹¹⁶

Bu tanımda '*...sermayenin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını oluşturan paylar ve bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*' ifadesi ile banka içinde güç sahibi olup da kaydı olarak görünmeyen bir fiili durumdan ibaret olarak görünen bu gücü kullanmak suretiyle tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmak amaçlı pay sahiplerinin eylemlerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle önlenmesi amaçlanmıştır. Bu bakımdan özellikle tanımın ifadesinde yer alan dolaylı pay sahipliği kavramı dikkate değerdir.¹¹⁷

2.2.1.5. Yöneticiler

Bank. K. m3 düzenlemesinde Yöneticiler: '*Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri*' ni (ifade eder) ifadesi ile çok geniş kapsamlı olarak tanımlanmıştır.

'Yönetici' kavramının bu kadar ayrıntılı geniş kapsamlı tanımlanmasının temel sebebi, Kanunda yöneticiler için çok önemli hukuk ve ceza sorumluluğu getiren düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda banka yönetimi üzerinde fiilen etkinliği olduğu halde, yönetici kavramının kapsamına girmedikleri iddiasıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmanın engellenmesi amaçlanmıştır.

¹¹⁶ Özkurt; s.144.

¹¹⁷ Dolaylı pay sahipliği kavramının tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması bakımından açıklaması için bkz. Aşağıda 3.6.

2.2.1.6. Dolaylı Pay Sahipliği

‘Dolaylı pay sahipliği Bank. K. m.5 düzenlemesinde ‘Bu Kanunun uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi ve ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanır.’ İfadesi ile tanımlanmıştır.

Bu düzelemenin amacı madde gerekçesinde çok açık olarak belirtilmiştir. Gerekçeye göre düzenlemenin temel amacı ‘Kanunun uygulanmasında, pay sahipliğinin etkin bir şekilde izlenebilmesi için dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesine dair bu hüküm ihdas edilmiştir. Bu madde hükmüne göre Kanunun uygulanmasında gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, gerçek kişiler bunların eş ve çocukları ile sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi ve ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınacaktır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesi ile ilgili olarak, bunlara ait paylar ile bunların sermayesini veya yönetimini kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte hesaplanması hüküm altına alınmıştır. Bununla bankaların ortaklık yapısının, genel kurulda oy kullanan kişilerden ziyade oyların aynı yönde kullanılmasına sebep olan aile ve ortaklık ilişkileri çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle yönetim ve denetimin belirlenmesinde veya işleyişinde etkili olan kişilerin tespiti amaçlanmıştır.’¹¹⁸ İfadeleriyle vurgulanmaktadır.

Bu düzenleme (m.5) ve madde gerekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere, Bank. K’nın pay sahiplerine hukuk veya ceza sorumluluğu yükleyen hükümlerinin konuluş amacının, gereğince yerine getirilebilmesi için, öncelikle tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanan ve yasal olarak pay sahibi olmayan kişiler ile sorumluluktan kaçınmak için ya da başka nedenlerle kayıtlarda ortak olarak görünmek istemeyen kişilerin net bir şekilde tespiti gereklidir. Bu nedenle Kanunda dolaylı pay sahipliği düzenlemesinde bir gerçek kişinin sadece kendi adına kayıtlı payları değil aile bağı ekonomik birliktelik veya menfaat birlikteliği gibi nedenlerle

¹¹⁸ Bank. K. m.5’in gerekçesi; TBMM Tutanak Dergisi, 03.06.1999,21. Dönem, S. Sayısı 386.

birlikte hareket ettiği kişilere ait payların da dikkate alınmasına hükmedilmiştir.¹¹⁹

Belirtmek gerekir ki, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ile hakim ortak kavramları birbirleriyle tam olarak örtüşen kavramlar değildir. Hatta farklı kavramlardır. Bir kişinin ortaklıkta doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi görünmemesine veya çok az bir payı bulunmasına rağmen, ortaklığı fiilen yönetmesi yani fiilen hakim ortak olması mümkündür.¹²⁰

Öğretide, bu konu hakkında, dolaylı olarak elde bulundurmanın, öncelikle gizli pay sahipliğini ve saman adamlar diye adlandırılabilirler gerçekte pay sahibi olmadığı halde görünüşte bu sıfatı taşıyan kişiler aracılığıyla gerçekleştirilen yönetim ve denetimi ifade ettiğini; ikinci olarak, somut olayın özelliklerinden doğan dolaylı durumların da değerlendirilebileceği belirtilmektedir.¹²¹

3.2.2. Şahsi Sorumluluk Düzenlemesi Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

3.2.2.1. Bank. K. Sisteminde Şahsi Sorumluluk Düzenlemesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı Bakımından Anlamı ve Önemi

Bank. K. m.110'da düzenlenen bankanın yöneticilerinin denetçilerinin ve ortaklarının belirli koşullara bağlı olarak bankaya verdikleri zararlardan dolayı şahsen sorumlu olduklarına hükmedilmiştir. Bu düzenleme Bank. K. Sisteminde sorumlu kılma amacı ile normatif olarak doğrudan tüzel kişilik perdesinin aralandığı başlıca örnektir.

Ülkemizde özellikle 1990'lı ve 2000'li yıllarda ciddi bankacılık krizleri yaşanmıştır. Bu krizlerin bankalardan kaynaklanan temel nedenleri arasında öncelikle banka ortaklarının ve yöneticilerinin yaptıkları usulsüz işlemlerin yer aldığı deneysel bir tespittir.¹²² Nitekim TMSF

¹¹⁹ Özkurt; s.146; Dolaylı pay sahipliğinin hesaplanması için bkz. Alıcı; s.85 v.d.; Reisoğlu; Cilt I, s.397-401.

¹²⁰ Özkurt; s.147-148; Alıcı; s.94.

¹²¹ Tekinalp(2003); s.35.

¹²² Bu krizler ve nedenleri hakkında açıklamalar için bkz. BDDK; 'Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi', Çalışma Tebliği, Ankara,2010,s.1-17 <http://www.bddk>.

'Fon bankalarının tarihi olarak 23,2 milyar dolar tutarındaki devir zararının 17 milyar dolarının hakim ortaklarca kullanılan kredilerden kaynaklanmış olduğunu' açıklamıştır.¹²³

Bu krizlerde banka ortaklarının ve yöneticilerinin yaptıkları usulsüz işlemler dolayısıyla bankaların uğradıkları zararın tazmini için bir sorumlu arandığında banka ortakları bazı durumlarda doğrudan bankanın bazı durumlarda ise dolaylı olarak hakimiyeti sağlamakta araç olarak kullandıkları başka şirketlerin tüzel kişilik perdelerinin ardına sığınmışlardır.¹²⁴

Bu durum karşısında, bir taraftan, bankalar zarara uğrarken ve bu zararın faturasını nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları öderken; diğer taraftan bu zararın gerçek sorumluları olması gereken ortaklar ve yöneticiler zenginleşmiştir. Bu durum, hem halkın bir güven ve itibar kurumu olarak bankalara ve bankaların kamusal denetiminin sorumlusu olarak Devlete olan güvenini sarsmış, hem de kamu vicdanını derinden zedelemiştir. Bu haksız sonuç kanun koyucuyu teşvik ederek, harekete geçirmiş ve kanun koyucu, bu ve böyle durumlar için standart bir uygulama olmadığından¹²⁵ tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesini ayrıntılı ilkelerle normatif düzenlemek gereği duymuş ve düzenlemiştir.

Türk bankacılık hukukunda tüzel kişilik perdesinin sorumlu kılma amacıyla aralanmasına ilişkin ayrıntılı ve açık şahsi sorumluluk ilkeleri önce 1990'lı yıllardaki bankacılık krizlerine tepki düzenlemeleri içeren 4389 S. Bankalar Kanunu¹²⁶ m.17'de düzenlenmiştir. Daha Son-

org.tr (25.05.2016); Esen, Oğuz; 'Türk Bankacılık Sektörü', Türkiye Ekonomisi Sektörel Analiz (İçinde), Derleyen A. Şahinöz, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim, 2001, s.238-246, Yıldırım, Oğuz; 'Türkiye'de Bankacılık Sektörü-Tarihsel Gelişim, Temel Sorunlar, Mali Riskler ve Yeniden Yapılandırma', Bankacılar Dergisi, Haziran 2011,S37, s.2-11.; Çolak, Ömer Faruk-Eser Kadir; 'Makro Açından Türkiye'de Bankacılık Krizleri', Bankacılık Sorunları Sempozyumu, (Bildiriler, Tartışmalar, Paneller), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara, 26-27 Kasım 2004, s.21-39.

¹²³ TMSF: 'Fon Bankaları Çözümleme Maliyetleri Çalışması', <http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/fonbankcozcal.doc> (25.05.2016),s.8; Ayrıca bu Raporun özgün metni için bkz. Cengiz(2016); s.375-383, yukarıdaki ifade için bkz., s.382.

¹²⁴ Ulusoy; s.394.

¹²⁵ Özkurt; s.170.

¹²⁶ RG 23.06.1999,S.23734.

ra bu düzenleme sadece birkaç küçük farkla 4389 S Kanun'u ilga eden 5411 S. Bank. K. m110 düzenlemesine aktarılmıştır.¹²⁷

Bu düzenlemenin gerekliliği veya sisteme yararlı olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Şöyle ki:

Öğretide Tekinalp tarafından; bu düzenlemenin; bir taraftan TTK Sisteminde A. O.'lar hukukuna hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesine, bir taraftan da sadece tacirlerin iflasa tabi olduğu kuralına, aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, sistemleri zedeleyen sert ve gereksiz bir istisna oluşturduğu, ayrıca şimdiye kadar bu düzenlemeden ciddi bir yarar sağlanamadığı, ne caydırıcı ne de zararı giderici olmadığı ileri sürülerek eleştirilmektedir.¹²⁸ Bu eleştirilerden anlaşıldığı üzere Yazar, bu düzenlemeyi sadece bankacılık hukuku açısından değil daha kapsamlı TTK ve AO'lar hukuku sistemlerinin geneli çerçevesinde ele alarak değerlendirmektedir.

Buna karşılık bu düzenlemeyi sadece bankacılık hukuku açısından ele alarak değerlendiren bazı yazarlar; tüzel kişilik perdesinin aranması ilkesinin sorumlu kılmak amacıyla normatif düzenlemesi olarak önemli ve gerekli olduğunu ileri sürmektedirler.¹²⁹

¹²⁷ B Bu farklılıkları üç noktada toplamak mümkündür . Şöyle ki:

1-Mülga 4389 S. Kanun m.17 düzenlemesinde sorumluları belirleyen ifadede 'yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurları' terimlerine yer verilerek, sınırlı sayı ilkesine tabi bir belirleme yapılmıştır. Bank. K.'da ise bunun tam aksine bilinçli bir tercih olarak açık uçlu bir terim olan 'yöneticiler' terimi kullanılmıştır. Ancak bu terim açık uçlu olarak kullanılmış olmakla birlikte sorumlu gruplarına ilişkin 'yöneticiler', 'denetçiler' ve 'hakim ortaklar' belirlemesinin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu anlaşılmaktadır.

2-Bank. K.'da sorumluların arasına bankanın organı olan 'denetçiler' de dahil edilmiştir. Mülga 4389 S. K.'da ise sorumluların arasında 'denetçiler' yer almaktadır .

3-Bank.K.'da sorumlulardan tahsil edilen tutardan artan paranın bankaya iade edilmesi hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün hukuki temelleri, yöneticiler bakımından sözleşme ve haksız fiil, hakim ortaklar bakımından ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerdir. Mülga 4389 S Kanunda ise böyle bir hükme yer verilmemiştir.(Bu karşılaştırma için bkz. Tekinalp(2009); s. 287-288).

¹²⁸ Tekinalp(2009), s.287.

¹²⁹ Ulusoy; 394; Özkurt; s.254.

Kanaatimizce, bu farklı değerlendirmeler karşısında bir kanaate varılabilmesi için öncelikle Bankacılık Hukukumuzda bu düzenlemeye yer verilmeseydi ne olurdu? Sorusunun yanıtlanması gereklidir.

Eğer şahsi sorumluluğa ilişkin böyle bir düzenlemeye yer verilmeseydi, bankaların yöneticilerinin ve hakim ortaklarının en azından bugünkü kadar hatta az da olsa artan oranda banka kaynaklarını kişisel menfaatleri için kötüye kullanacak oldukları kuvvetle muhtemeldir. Bu kişiler *'hukuk sistemi nasıl olsa hoşgörüyor'* mantığı ile daha cesur davranacaklardır.

Bu durum karşısında uyumsuzluklar yargıya intikal ettiğinde, Mahkemeler tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması bakımından objektif kriterlerden yoksun olmaları sebebiyle vaka bazında sübjektif değerlendirmelere dayanarak tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramını uygulamayı veya aksini tercih etmek durumunda kalacaklardır. Bu noktada bankacılık alanının siyasi müdahalelere ve güçlü sermaye sahiplerinin baskılarına ne kadar maruz olduğu ve mevcut sistemde banka zararlarının faturasının en nihayetinde ülke halkına çıkarıldığı dikkate alınacak olursa; Kanunda bu düzenlemenin yer almasının gereksiz veya yersiz olduğunun savunması yöneticilerin veya ortakların banka kaynaklarını lehlerine kötüye kullanarak, bankayı zarara uğratmalarına, bu zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefi ülke halkına çıkarılmasına dolayısıyla yukarıda söz edilen kamu vicdanını rahatsız eden haksız durumun oluşmasına açık kapı bırakmak ya da hoşgörü ile bakmak anlamına gelecektir.

Diğer taraftan, yöneticiler, özellikle yönetim kurulu üyeleri bakımından bu sorumluluğun ağır olduğu da ileri sürülemez. Şöyle ki:

Yönetim kurulu üyeliği hem kabulü isteğe bağlı bir görev hem de bankaların birer güven ve itibar kurumu olarak¹³⁰ ülke halkının refahı ve huzuru için çok önemli itibarıyla mümkün olan en yüksek derecede özeni gerektiren bir görevdir.¹³¹ Bu özen derecesi bağlamında sorumluluğunun ağır olması da olağandır. Bu nedenlerle bankacılık hukuku

¹³⁰ Özkurt; s.1700.

¹³¹ Özen borcunun ifa edilecek işin önemi ile orantılı olarak artacağı hakkında açıklama için bkz. Başpınar, Veysel; Vekilin(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankaların) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 174-176.

alanında banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğunun sistemin geneli bakımından sert bir istisna olarak nitelendirilmesi uygun değildir.

Ayrıca bu istisnanın caydırıcı olmadığı değerlendirilmesi doğru olmakla beraber, ne kadar caydırıcı olduğunun ya da olmadığıнын somut ve kesin ölçütlerle test edilerek tespit edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Caydırıcı olmayacağı sadece banka ortak veya yöneticilerinin para hırsına yönelik bir kanaat ifadesidir.

Bunlara ek olarak; bu düzenlemenin istisnai bir düzenleme olarak uygulanma alanı sınırlıdır; bu bağlamda TTK ve AO'lar hukuku Sistemlerindeki, sınırlı sorumluluk ilkesinin veya sadece tacirlerin iflasa tabi olduğu kuralının uygulanma alanları bakımından kanıtlanmış bir zararı da bulunmamaktadır.

Bütün bu gerekçelerle kanaatimizce hukuk sistemimizde bankacılık hukuku alanında, sorumlu kılma amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin normatif düzenlemesi olarak şahsi sorumluluk düzenlemesinin gereksiz veya uygunsuz olduğu iddiası isabetli değildir. Nitekim Yargıtay da bir kararında¹³² '*...Sorumluluğun iflasla karşılanmasının kabulü, adalet duygularına uyum arz etmektedir. Bu kural Anayasa hükümlerine aykırı olmadığı gibi öngördüğü iflas bir ceza da değildir....*' İfadeleri ile paralel görüşünü ortaya koymuştur.

2.2.2.2. Düzenlemenin Sistemi ve İçerdiği Temel İlkeler

Şahsi Sorumluluk konusu Bank. K. m.110'da düzenlenmiştir. Toplam dört fıkradan oluşan bu düzenlemenin içerdiği esasa ilişkin ilkeler birinci fıkrasında yer almaktadır.

Birinci fıkrada esasa ilişkin ilkeler düzenlenmektedir. İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ilkeler ise esasa ilişkin ilkelere ilişkin uygulanması usulüne ilişkindir.

Birinci fıkrada düzenlenen esasa ilişkin ilkeler şunlardır:

- 1- Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararlar sınırlı olarak bunların şahsi sorumluluğu yoluna gidilecektir.

¹³² 04.03.1986, 1985/15 E., 1986/5 K., RG. 09.05.1986,S.19102.;

- 2- Ayrıca bu sorumluların Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebilecektir.
- 3- Sorumluluğa ilişkin bu karar ve işlemler bankanın hakim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanacaktır.
- 4- Sorumlulardan, tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsub edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye halindeki veya iflasa tabi bankaya iade edilecektir.

İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda düzenlenen esasa ilişkin ilkeler ise şunlardır:

- 1- Mahkeme tarafından iflasına karar verilen sorumlular hakkındaki takibi Fon yürütecektir(m.110/II).
- 2- Mahkeme tarafından, bu düzenleme çerçevesinde iflası istenen sorumlular hakkında 2004 Sayılı İİK m.57 vd. hükümleri uygulanacaktır(m.110/III).
- 3- Bank. K. 'Faaliyet izninin Kaldırılması' başlığını taşıyan m.106 ve 'Faaliyet İzni Kaldırılan ve Fona Devredilen Bankalara İlişkin Ortak Hükümler' başlığını taşıyan m.109 düzenlemeleri, bu düzenleme çerçevesinde iflası istenen sorumlular hakkında da uygulanacaktır(m.110/IV).

2.2.2.3. Düzenlemenin Amaçları

Şahsi sorumluluğa ilişkin Bank. K. m.110 düzenlemesinin amacını farklı boyutlarıyla birkaç madde ile açıklamak mümkün olduğu gibi bu maddeleri tek cümlede birleştirerek bütünü kapsar bir ifade ile de açıklamak da mümkündür. Burada amaç konusunun daha açık ve net olarak ortaya koyulabilmesi için ayrı maddeler halinde açıklanması tercih edilecektir. Birbirinden farklı ve maddeler halinde ifade edilecek olan bu amaçların birlikte değerlendirildiklerinde aslında bir bütünün birbirini tamamlayan parçaları oldukları ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

- 1- Öğretide vurgulanan amaçlardan birisi, düzenlemenin amacının bankanın organlarını ağır sorumluluk baskısı ile iyi

dikkatli yabancı menfaatleri ön planda tutmayan bilinçli bir yönetim anlayışına yönelmek olduğudur¹³³Bu amaç belirlenmesi bakımından öğretide Tekinalp, bu düzenlemede yer alan hakim ortakların sorumluluğunu, bu ortakların genel kurula hakimiyetleri ve istedikleri kararları elde edebilmeleri bağlamında değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamakta ve bu bağlamda amaç belirtilirken ‘organlar’ teriminin kullanıldığı, çünkü m.110’un yöneticilerin denetçilerin ve genel kurula hakim ortakların sorumluluğunu hükme bağlamış olduğu açıklamasını yapmaktadır.¹³⁴

- 2- Öğretide vurgulanan bir diğer amaç ise, sözkonusu karar ve işlemlere bağlı olarak oluşan zararın giderilmesidir.¹³⁵ Bu amaç haksız eylem ve işlemlere bağlanan bütün hukuki sorumluluk durumları için geçerlidir. Bu bağlamda genellenebilir.Kuşkusuz m.110 düzenlemesi bakımından da geçerlidir.
- 3- Yargıtay HGK tarafından ise bu düzenlemenin ve hukuk güvenliğinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir.¹³⁶
- 4- Bunlara ek olarak, bu düzenlemenin, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının normatif görünümünden birisi olduğunun gözardı edilmemesi ve bu bağlamda bir diğer amacının da, bazı işlem veya eylemleriyle bankayı zarara uğratan kişilerin tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmalarının engellenmesi için tüzel kişilik perdesini aralamak ve perdenin ardındaki gerçek sorumlulara ulaşılmasını sağlamak olduğunun da vurgulanması gereklidir.

3.2.2.4. Sorumlular

Bank. K. m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluğa ve iflasa tabi olan üç grup sorumlu belirtilmiştir. Bunlar ‘yöneticiler’, ‘denetçiler’ ve ‘hakim ortaklar’ dır. Bu gruplar sınırlı sayı ilkesine tabidir.¹³⁷

¹³³ Tekinalp(2009); s.288; Reisoğlu; Cilt. II, s.1918.

¹³⁴ Tekinalp(2009); s.288.; şahsi sorumluluğun ve iflasın ceza amaçlı olup olmadığına ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1918

¹³⁵ Doğrusöz; s.15.

¹³⁶ YHKGK; 10.12.1997, 19/665/1018 S. K.; Tekinalp(2009); s.288, dp.1.

¹³⁷ Tekinalp(2009); s.288

Bu gruplardan herbirinin içeriğini Kanun çerçevesinde kısaca açıklayacak olursak:

‘Yöneticiler’ terimi, Bank. K. m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bu terimin kapsamına: Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi, kredi komitesi başkan ve üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini kapsamaktadır¹³⁸.

Denetçiler ilk defa Bank.K. m.110 düzenlemesi ile şahsi sorumluluğa dahil edilmiştir.¹³⁹

Bank. K. m.110 düzenlemesinde yer alan denetçiler teriminin kapsamı bakımından; Bankaların birer AO olmaları itibarıyla bu kapsama TTK m.397/5’de düzenlenen ‘denetçiler’in dahil olduğu, yoksa ‘Bağımsız Denetim Kuruluşları’, iç denetim sisteminde yer alan banka müfettişleri ile yeminli banka denetçileri ve Bank. K. sisteminde düzenlenen benzeri denetçilerin dahil olmadığı değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Buna gerekçe olarak da, m.110 düzenlemesinin banka organlarının sorumlu kılınmasını hedefleyen genel mantığının gereği olarak sorumluluğa dahil edilecek denetçinin mutlaka organ niteliğini taşıması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁰. Ayrıca, denetçilerin iflası için TTK’da yer alan görevleri yerine getirmemiş olmalarının yeterli olmadığı, Bank. K. m.110’daki sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi gerektiği de vurgulanmaktadır¹⁴¹.

Kanaatimizce Bank. K.m.110 düzenlemesindeki sorumluluk koşullarının gerçekleşmiş olması kaydıyla sorumluların kapsamının belirlenmesinde sınırlayıcı yoruma gidilmesi düzenlemenin amaçları ile

¹³⁸ Bu kapsamla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp(2009); s.288-289.; Reisoğlu; Cilt II, s.1920; Doğrusöz, Hanife; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu; Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.91-102.

¹³⁹ 3182 S. Bankalar K.’da denetçilerle ilgili hiçbir düzenleme yer almamaktadır. 4389 s. Bankalar K.’da da denetçilerle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak bir AO olarak bankalara denetçi seçimi, denetçilerin hak ve yükümlülükleri TTK’nın ilgili hükümlerine tabi kılınmıştır.

¹⁴⁰ Tekinalp(2009); s.290.

¹⁴¹ Tekinalp(2009); s.299.

çelişki yaratmaktadır. Çünkü, düzenlemenin en önemli temel amaçları kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında olağanüstü çözümleme tedbirlerinin uygulanmasına neden olan ve bu suretle bankayı zarara uğratan gerçek sorumluların tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmalarının engellenmesi ve bu zarardan şahsen sorumlu tutulmaları ile buna bağlı olarak özellikle yönetim kurulunu ve diğer sorumluları görevlerini daha dikkatli ve özenli, bankanın menfaatlerinin kendilerinin ve başkalarının menfaatlerinden üstün tutulması gerekliliği aksi takdirde bundan sorumlu olacakları bilinci içinde ifa etmeye teşvik etmektir.¹⁴² Bu amaçlar karşısında sorumluların belirlenmesinde sınırlı yorum yapılması çelişki yaratmaktadır. Zira bu durumda Bank. K. Sisteminde denetimle görevli oldukları halde m.110'daki koşullar çerçevesinde bankayı zarara uğratan denetçiler bundan sorumlu olmayacaktır. Zarar banka tüzel kişiliğinin üzerinde kalacaktır. Tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumlular bilindiği halde perde aralanamayacaktır. Oysa düzenlemenin amaçlarından birisi de perdenin aralanmasıdır.

Diğer taraftan denetçilerin karar ve işlemleri bankanın mali gücünün korunması için büyük öneme sahiptir ve Bank. K. Sisteminde zaten 'Denetim organına yer verilmemiştir. Bu bağlamda kanun koyucu m.110 düzenlemesindeki denetçiler terimini olmayan bir organ ile ilişkilendirerek kullanmış olmamalıdır.

'Hakim Ortak' terimi Bank. K. m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre Hakim ortak: '*Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi*' ifade etmektedir.¹⁴³

3.2.2.5. Sorumluluğun Hukuki temelleri ve Koşulları

Bank. K.m.110'düzenlemesi çerçevesinde sorumluluğun hukuki temeli ve koşulları sorumlu gruplarının niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda aşağıda bu koşullar her bir sorumlu grubu bakımından ayrı ayrı belirtilecektir.

¹⁴² Bkz. Yukarıda; 2.2.2.3.

¹⁴³ Bkz. Yukarıda; 2.2.1.2.

3.2.2.5.1. Yöneticiler ve Denetçiler Bakımından Sorumluluğun Hukuki Temelleri ve Koşulları

Yöneticiler ve denetçiler bakımından sorumluluğun hukuki temelinde, bu kişilerin banka ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olup olmamasına göre değişecektir. Eğer sözleşme ilişkisi varsa sorumluluğun hukuki temeli sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanacak; eğer böyle bir ilişki yoksa haksız fiil hükümlerine dayanacaktır.¹⁴⁴

Yöneticiler ve denetçilerin m.110 çerçevesindeki sorumluluğunun temel koşulu: Bu kişilerin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında bankanın olağanüstü tedbirlerle çözümlenmesine ilişkin m.71 düzenlemesinin uygulanmasına, yani bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fona devredilmesine sebep olmaları gereklidir.

Bu temel koşula ek olarak ,gerçekleşmesi gereken dört koşul daha bulunmaktadır. Bunlar: Kanuna aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı koşullarıdır.

1- Kanuna aykırılık: Bu koşul hakkında kanun kavramının kapsamı bakımından farklı görüşler bulunmaktadır: Bir görüşe göre buradaki Kanun kavramının kapsamının Bank. K. ve TTK ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁵. Bir diğer görüşe göre ise buradaki Kanun kavramının kapsamına Bank. K.'nın yanısıra diğer bütün Kanunların da dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁴⁶

Diğer taraftan sorumluluğun gerçekleşmesi için karar ve işlemlerin kanuna aykırılığının Mahkeme kararı ile sabit olması gereklidir.¹⁴⁷

2- Kusur: Sorumluluğun gerçekleşebilmesi için yönetici ve denetçilerin banka hakkında m.71 düzenlemesinin uygulanmasını gerektiren

¹⁴⁴ Tekinalp(2009); s.290.; Doğrusöz; 55-66.

¹⁴⁵ Tekinalp(2003); Fondaki Banka; s.76.; Tekinalp(2009); s.290.

¹⁴⁶ Reisoğlu; Cilt II, s.1922.; Alıcı,Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.1055.

¹⁴⁷ Kanuna aykırılık koşuluna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Taşdelen, Servet; Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2006, s.1059.

kararların alınmasında ve işlemlerin yapılmasında ağır kusurlu¹⁴⁸ olmaları gereklidir.¹⁴⁹

3- Zarar; Yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile m.71 düzenlemesinin uygulanmasına sebep olmaları sonucunda bankanın zarara uğramış olması gereklidir.¹⁵⁰

4- Nedensellik bağı: Bankanın uğradığı zarar ile şahsi sorumluluğu veya iflası istenen yönetici ve denetçilerin ağır kusurlu olarak aldıkları kararlardan ve yaptıkları işlemlerden kaynaklanmalıdır. Diğer ifade ile bu karar ve işlemler ile bankanın uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁵¹

3.2.2.5.2. Hakim Ortaklar Bakımından Sorumluluğun Koşulları

Banka hakim ortağının veya hakim ortaklarının m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluklarının gerçekleşebilmesinin temel koşulu: Yöneticilerin ve Denetçilerin Banka hakkında m.71 düzenlemesi hükümlerinin uygulanmasına sebep olan kanuna aykırı karar ve işlemlerinin hakim ortaklara menfaat sağlamak amacı ile alınmış veya yapılmış olmasıdır.

Hakim ortağının veya hakim ortaklarının şahsi sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için bu temel koşula ek olarak gerçekleşmesi gereken bir koşul daha bulunmaktadır. Bu koşul ise: Bu karar ve işlemler sebebiyle banka hakkında m.71 hükümlerinin uygulanmasından hakim ortak veya ortakların menfaat elde etmiş olmalarıdır.

¹⁴⁸ Kusur derecesine bağlı olarak özen borcunun kapsamına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Tekinalp(2009); s.291-293.; Doğrusöz; s.165-168.

¹⁴⁹ Kusur koşuluna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp(2003); Fondaki Banka, s.76; Tekinalp(2009); s.291-293; Reisoğlu; Cilt II, s.1924; Taşdelen Servet; Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.1062.; Doğrusöz; s.69.

¹⁵⁰ Taşdelen; s.1062; Tekinalp(2009); s.294. Doğrusöz; s.116.; zararın tespiti ve hesaplanmasına ilişkin bilgi için bkz. Doğrusöz; s.122.

¹⁵¹ Böyle durumlarda nedensellik bağına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Tekinalp(2009); s.294; Doğrusöz; s.168.

Eğer bu iki koşul birlikte gerçekleşiyorsa banka hakim ortağı veya ortakları m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluğa tabi olacaklar ve gerekirse şahsi iflaslarına hükmedilebilecektir.¹⁵²

3.2.2.7. Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Sorumluluk durumun özelliklerine göre sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir.¹⁵³

Sorumluluğun kapsamı sorumluların bankaya verdikleri zarar ile diğer ifade ile bankanın uğradığı zarar ile sınırlıdır.¹⁵⁴ Zarar şahsi iflas davasının hem sebebi hem konusu hem de sorumluluğun sınırıdır.¹⁵⁵ Zararın gerçekleşmiş olması ve kesin olarak belirlenmiş olması şarttır¹⁵⁶. Bu nedenle, doğması muhakkak dahi olsa, henüz somut olarak gerçekleşmemiş olan beklenen veya varsayılan zararlar ile sonuç zararları hesaba katılamaz.¹⁵⁷

3.2.3. Banka Kaynaklarının Kötüye Kullanılması Suretiyle Bankanın Zarara Uğratılması Durumunda İade ve Tazmin Yükümlülüğü

3.2.3.1. Düzenlemenin Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması İlkesi Bakımından Anlamı ve İçeriği

Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin sorumlu kılmak amacıyla aralanmasının bir diğer örneği de m.108/I düzenlemesinde yer almaktadır. Bu düzenlemede bankanın hakim ortaklarının ve yöneticilerinin banka kaynaklarını kendilerinin veya başkalarının lehine kötüye kullanmaları suretiyle bankanın zarara uğraması durumunda, bankanın tüzel kişilik perdesi doğrudan kaldırılmakta ve bu zarar belirli koşullara bağlı olarak perdenin ardında yer alan kötüye kullanma eylemlerini gerçekleştiren hakim ortaklara ve yöneticilere, yani gerçek sorumlulara iade ve tazmin

¹⁵² Tekinalp(2009); s.295.

¹⁵³ Bkz yukarıda 2.2.2.5.1. ve burada atıfta bulunulan kaynaklar.

¹⁵⁴ Zarara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Doğrusöz; s.114-130.

¹⁵⁵ Tekinalp(2009); a.g.e., s.294.

¹⁵⁶ Zararın tespitine ve hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Doğrusöz; s.122-127.

¹⁵⁷ Tekinalp(2009); s.294-295.

ettirilmektedir. Ancak şahsi sorumluluğun düzenlendiği m.110 hükmü saklı tutulmaktadır. Açık ifade ile koşulları varsa m.110 düzenlemesi de uygulanabilecektir. Bank. K. Sisteminde sorumlu kılmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemeler olarak m.110 ve m.108 düzenlemeleri birbirini destekleyici ve pekiştirici düzenlemelerdir. Somut olayın özelliklerine göre hangi düzenlemenin koşulları varsa ve hangisinin uygulanması zararın tazmini bakımından banka için daha avantajlı ise o düzenlemeye dayanılarak talepte bulunulabilecektir. Böylece sorumlu kılma amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanması sadece belirli bir düzenleme çerçevesine sığdırılmakla kalınmamış, sistem bütününde sağlam bir temele oturtulmuştur.

Bu düzenlemede: ‘...m71/I-e bendi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların, hakim ortakları ve yöneticileri, Kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kullandıkları kaynakları ve bu suretle uğranılan zararları Fon tarafından verilecek süre içinde iade ve tazmin etmekle mükelleftir’ ifadesi yer almaktadır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için düzenlemede m.71/I-e’ hükmüne¹⁵⁸ atıfta bulunulduğundan bu hükümdeki(m.71/I-e) bankanın hakim ortaklarının veya yöneticilerinin banka kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanılması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankanın bu suretle zarara uğramış olması nedeniyle bankanın faaliyet izni kaldırılmış ya da Fona devredilmiş olması gereklidir.

Bu koşulların gerçekleşmesi üzerine, düzenlemede adı geçen hakim ortaklar veya yöneticiler, kullandıkları kaynakları ve bu suretle bankanın uğramış olduğu zararı iade ve tazmin ile yükümlü olacaklardır. İade ve tazmin yükümlülüğünün Fon tarafından verilecek süre içinde yerine getirilmesi gereklidir.¹⁵⁹

Bu düzenleme çerçevesinde kullanılan kaynaklardan genelde krediler kastedilmekle beraber, örneğin, banka tarafından taşınmazların değerinin çok üzerinde satın alınması da bir kaynak kullanımudur.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Bank. K.m.71/I-e düzenlemesine ilişkin açıklamalar için bkz. Reisoğlu; s.1469-1473.

¹⁵⁹ Bu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1892-1904.

¹⁶⁰ Reisoğlu; Cilt II, s.1895.

Banka kaynaklarının kullanılmasının en sık rastlanan şekilleri II. fıkrada dolanlı kaynak kullanımı örnekleri olarak gösterilmiştir¹⁶¹. Bu düzenlemeye göre:

- Banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnemek, teminat göstermek;
- Açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek;
- Karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak (back to back krediler);
- Yurt içi ve yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek;
- Sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü alacak ve hak temini amacıyla kullanmak veya başkalarına kullandırmak; işlemleri başlıca örneklerdir.

Düzenlemede bu örnekler çerçevesinde kullanılan kaynakların dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılacağına hükmedilmiştir. Öğretide bu işlemlerin ancak kanunda öngörülmuş olan şartlar varsa ve işlemin bağlantılı olduğu içerik ve somut olayın özellikleri haklı gösteriyorsa dolanlı kaynak kullanımı olarak kabul edilebileceği; yoksa per se olarak dolanlı kaynak kullanımı olarak kabul edilemeyecekleri ileri sürülmektedir. Bunun gerekçesi olarak, bu işlemlerin uluslararası bankacılık uygulamalarında sıkça kullanılan ve hukuka uygun oldukları kabul gören bankacılık işlemlerinden oldukları açıklaması yapılmaktadır.¹⁶²

2.2.3.2. Düzenlemenin Amaçları

Bu düzenlemenin aynen m.110 düzenlemesinde olduğu gibi birden çok amacından söz edilebilir. Bu amaçlar:

¹⁶¹ Tekinalp(2009); s.281-282.

¹⁶² Tekinalp(2009); s.282.

- 1- Banka yöneticilerini ve hakim ortaklarını banka kaynaklarını bankayı zarara uğratmayacak şekilde kullanmaya teşvik etmek veya banka kaynaklarının kötüye kullanmalarını engellemek;
- 2- Bankanın bu suretle uğradığı zararların tazmininin sağlanması;
- 3- Bankanın bir güven ve itibar kurumu niteliğinin korunması;
- 4- Banka tüzel kişilik perdesinin aralanması ve ardındaki gerçek sorumlulara ulaşmak; olarak belirlenebilir.

3.2.3.3. Yükümlüler

Bank. K.m.108 düzenlemesi çerçevesinde iade ve tazmin yükümlülüğüne tabi olanlar banka kaynakların kötüye kullanılmasına ilişkin işlem ve eylemleri gerçekleştiren hakim ortakları ve yöneticilerdir. Hakim ortak ve yöneticilerin kapsamı m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır.¹⁶³

3.2.3.4. İade ve Tazmin Yükümlülüğünün Koşulları

Bank. K. m.108 düzenlemesi çerçevesinde iade ve tazmin yükümlülüğünün koşullarını şu şekilde belirlemek mümkündür:

- 1- Bankanın m.71/I-e hükümlerine dayanılarak faaliyet izni kaldırılmış veya Fona devredilmiş olmalıdır.
- 2- Bu bankanın hakim ortakları ve yöneticileri banka kaynaklarını bu düzenleme çerçevesinde kastedildiği şekilde kullanmış olmalıdırlar.
- 3- Kaynakların kullanılması suretiyle banka zarara uğramış olmalıdır.¹⁶⁴

3.2.3.5. İade ve Tazmin Yükümlülüğünün Kapsamı

Kullanılan kaynakların iadesi ve uğranılan zararın tazmininin dayanağını oluşturan işlem ve eylemlerin; yöneticilerin ve hakim ortakların bankanın yetkili ve görevlileri aracılığı ile bu işlem ve eylemlerle banka kaynaklarını kötüye kullandıkları veya kullandırdıkları, bütün bunların sonucu olarak banka nezdinde bir zarar doğup doğmadığı;

¹⁶³ Bu tanımlar ve açıklamalar için bkz. Yukarıda 2.2.1.2. , 2.2.1.5. ,2.2.1.4.

¹⁶⁴ Bu koşullara ilişkin açıklamalar için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1893-1900.

ne kadar kaynak kullanıldığı, kullandırıldığı, ne kadar zarar doğduğu iade ve tazmine konu olacak miktarın kapsamı ilgili bankada BDDK tarafından yapılacak olan incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda tespit edilecek ve bu tespitler dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından belirlenecektir¹⁶⁵(m.108/III).

Bu durumda Fon Kurulu tarafından yapılan belirlemelerin kesin olduğu ileri sürülemez. Çünkü bankaların faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devri halinde verilen süre içinde ödenmeyen banka kaynağı ve uğranılan zararlar Fon alacağına dönüşmektedir. Fon bankasının faaliyetine devam etmesi halinde ise ortaklara ait hisseler Fona intikal etmektedir¹⁶⁶ (m.108/4). Bu şartlarda konu yargıya intikal ettiğinde, alacaklının kendi alacağını bizzat belirleyerek, Mahkemenin bu tutara karar vermek zorunda olduğu yorumu öncelikle temel hukuk ilkelerine ve Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Bu bağlamda bu düzenleme hükümü adi bir karine olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁷

Bu düzenleme çerçevesinde kullanılan kaynakların iadesi ve bankanın uğradığı zararların tazmini Fon tarafından verilecek olan süre içinde yerine getirilecektir. Bu süre içinde iade ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da Fon tarafından uygun görülecek şekilde teminatlandırılmaması veya bu ortaklara ait hisselerin Fon tarafından verilecek süre içinde üçüncü kişilere devredilmemesi durumlarında bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarı dikkate alınmaksızın ortaklara ait hisseler başkaca bir işleme gerek kalmadan Fona intikal eder. Bu suretle Fona intikal eden hisselerin üçüncü kişilere satışını takiben Fon tarafından elde edilen tutar hakim ortakların bankaya veya Fona olan borçlarına mahsub edilir(m.108/IV). Bu hüküm ile iade ve tazmin yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan hakim ortaklar ve yöneticiler karşısında bir güven ve itibar kurumu olarak bankanın konumu teminat altına alınmıştır.

¹⁶⁵ Reisoglu; Cilt II, s.1901.

¹⁶⁶ Reisoglu; Cilt II, s.1901-1902.

¹⁶⁷ Reisoglu; Cilt II, s.1901.

3.2.4. Faaliyet İzni Kaldırılan veya Fona Devredilen Bankalar Hakkında Fona Tanınan Özel Yetkiler ve tedbir talepleri

3.2.4.1. Düzenlemenin İçerdiği İlkeler

Ban. K. Sisteminde çeşitli düzenlemelerde hakim ortak veya yöneticilerin tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek bankanın mali gücünü zayıflatacak bu bağlamda hak sahiplerini ve alacaklılarını zarara uğratabilecek nitelikteki işlem veya eylemlerini önlemek amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin bazı önemli ve istisnai yetkiler, bağımsız ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olarak güvenilir kurum olması itibarıyla Fon'a verilmiştir.¹⁶⁸ Bank. K. Sisteminde bu nitelikte yani tüzel kişilik perdesini aralanması hususunda Fon'a özel ve istisnai yetkilerin verildiği pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bunun başlıca örnekleri: Bank. K. m.71,106,109,134-135 düzenlemelerinde yer almaktadır.¹⁶⁹ Burada, bu başlık altında bu düzenlemelerden m.109'un içeriği açıklanacaktır. Şöyle ki:

Bank K.'nın '*Faaliyet İzni Kaldırılan veya Fona Devredilen Bankalara İlişkin Ortak Hükümler*' başlığını taşıyan m.109 düzenlemesinde faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hakim ortak ve yöneticilerinin kişisel menfaatleri için tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek bankaya ve banka alacaklılarının haklarına zarar vermemelerini engelleyecek tedbir niteliğinde bazı ilkeler kabul edilmiş ve aynı bağlamda Fona belirli yetkiler verilmiştir.

Bu bağlamda düzenlemede ifadesini bulan başlıca ilkeler şunlardır:

1- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların, ana sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin. TTK hükümlerine tabi olmaksızın ve genel kurul yapılmaksızın değiştirilmesi ve bu değişikliklerin tescil ettirilmesi ile yetkili kılınmıştır(M.109/I).

2- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hakim ortaklarından ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin %10'undan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarlarından ve yöneticilerinden, bunla-

¹⁶⁸ Özkurt;s.129-132.

¹⁶⁹ Özkurt,s.132,168-169;Ulusoy;s.394-395.

rın eşlerinden, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlarından, evlatlıklarından ve kendilerini evlat edinenlerden kendilerine ait taşınmaz ve iştiraklerini, haczi caiz olan taşınır , hak ve alacaklarını ve menkul kıymetlerini, her türlü kazanç ve gelirleri ile yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve ayrıca bildirimden önceki iki yıl içinde ivazlı veya ivazsız olarak iktisab ettikleri veya devrettikleri taşınmaz, haczi caiz taşınır, hak alacak ve menkul kıymetlerini gösterir birer mal beyannamesi vermelerini istemeye yetkili kılınmıştır(m.109/II).

3- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankada mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır(m.109/III-c.1. Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın, hakim ortaklarının ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin %10'undan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları ve yöneticilerinin, mal hak ve alacaklarına Fonun talebi üzerine Mahkeme tarafından tedbir şartı aranmaksızın, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulabilir, bu kişilerin yurt dışına çıkışları yasaklanabilir(m.109/III-son c).

4- Bankanın faaliyet izninin kaldırıldığı veya Fona devredildiği tarihten itibaren, bankanın alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinen borçlular, temlik yoluyla edindikleri alacakları ile bankaya olan borçlarının takasının yapılması veya mahsub edilmesi talebinde bulunamayacaklardır. Bu sonucu doğuracak takas ve mahsup işlemleri banka açısından geçersiz olacaktır(m.109/IV).

3.2.4.2. Düzenlemenin Amaçları

Bu düzenlemenin doğrudan amaçları hakkında madde gerekçesi açıklayıcı niteliktedir. Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu düzenleme öğretide¹⁷⁰ dolaylı olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile de ilişkilendirilmektedir. Bu bağlamda bu ilke ile ilgili bir dolaylı amacından sözedilmesi de mümkündür.

Düzenlemenin madde gerekçesinde yer alan amaca ilişkin açıklamalara göre, düzenlemenin doğrudan amaçlarını ikiye ayırarak belirlemek mümkündür:

¹⁷⁰ Özkurt; s.103-126,137,138-227.

1. Gerekçedeki 'Fon faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalardaki mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik olarak, gerekli göreceği her türlü tedbiri alması kapsamında...' ifadesinden doğrudan amaçlardan birinin, özellikle m.109/I-II kapsamında, mevduat ve katılım Fonu sahipleri ile diğer alacaklıların korunması olduğu anlaşılmaktadır.
2. Gerekçedeki '...bankanın faaliyet izninin veya Fona devredildiği tarihten sonra bankaya borçlu olanların banka alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinmeleri, takas ve mahsup talebinde bulunmalarına kısıtlamalar getirilmiş, böylelikle bu bankalar hakkında etkin ve süratli biçimde çözümleme faaliyetlerinin başlaması ve kesintiye uğratılmadan devam ettirilmesi amaçlanmıştır.' İfadesinden doğrudan amaçlardan diğerinin, özellikle m.109/I,IV) kapsamında faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalar hakkında etkin bir şekilde çözümleme faaliyetlerinin başlatılması ve kesintiye uğratılmadan devam ettirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, öğretilerde bu düzenlemeyi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ile dolaylı olarak ilişkilendiren görüş açısından düzenlemenin bu amaçların yanısıra dolaylı olarak, banka hakim ortaklarının ve yöneticilerinin, tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek banka mevduat ve katılım payı sahiplerini zarara uğratabilecek nitelikteki çeşitli işlem veya eylemleri yapmalarını engelleyici tedbirlerin alınmasını amaçladığı da ileri sürülebilir.

3.2.5. Kıyı Bankacılığı Alanında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Gerekliliği Karşısında Bank. K.'nda Tercih Edilen Çözüm Yolu

Kıyı bankacılığı Bank. K. m3 düzenlemesinde 'Bankacılık faaliyetleri kurulu bulunulan ülke harici ile sınırlı tutulan veya ülke genelinde uygulanan ekonomik ve mali mevzuata tabi olmayan ya da kurulu bulunulan ülkede yerleşik olanlardan mevduat ve fon kabulünün yasaklandığı bankacılığı ifade eder' ifadeleri ile tanımlanmıştır.

Dıştan dışa işleyen bir bankacılık sistemi olan¹⁷¹ kıyı bankacılığı uygulamalarında özellikle muhabir banka ile kıyı bankası arasında ayrılık ilkesinin bertaraf edilmesi ve özdeşlik ilkesinin uygulanması sistemin, mevduat sahipleri ile banka alacaklılarının haklarının korunması bakımından. Kötüye kullanılmasının engellenmesi için önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Şöyle ki:

Kıyı bankacılığı sistemi uygulamada genellikle şöyle işlemektedir:

Kıyı bankası ile ülke içindeki muhabir bankanın ortakları genellikle aynı kişilerdir ya da muhabir banka bizzat kendisi hakim ortak olarak yurt dışında bir kıyı bankası kurar ve ülke içinde bu kıyı bankasının muhabir bankalığını üstlenir. Bundan sonra faaliyetler şu şekilde yürütülür: Muhabir banka bizzat kendi adına ve hesabına mevduat toplamak yerine mevduat hesabı açtırmak isteyenlere, bu mevduatı daha yüksek faizle muhabirliğini yaptığı kıyı bankasına yatırılabilecekleri yönünde tavsiyede bulunur. İşte bu noktada muhabir banka ile kıyı bankasının özdeşleşmesi başlar. Öyle ki başlıca faaliyet konularından olarak mevduat kabul etmek üzere kurulmuş olan muhabir banka, hakim ortağı olduğu kıyı bankası ile özdeşleştiği için esasında kıyı bankası namına kendi hesabına mevduat toplamaktadır. Bunu tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmek için yapmaktadır. Aksi takdirde kendi adına ve hesabına mevduat toplaması makul olacak ve kıyı bankası adına mevduat toplaması için hiçbir sebep bulunmayacaktır. Muhabir bankanın bütün şubelerinin çalışanları hakim ortağı oldukları kıyı bankasına mevduat yatırılması için müşterileri ile görüşmeler yaparlar ve tavsiyede bulunurlar. Hatta bazı bankaların iç yazışmalarında personeline bu yönde talimat vermeleri sık rastlanan bir durumdur. Müşterilerin ise vergi mevzuatından muaf olan kıyı bankalarının mevduata yüksek faiz vermek avantajının çekim gücüne kapılarak genellikle bu tavsiyelere uymaktadırlar. Bütün bu ilişkiler muhabir banka ile kıyı bankasının özdeşleşme sürecini açıkça ortaya koymaktadır.

Muhabir banka bu süreçte kendisini hakim ortağı olduğu kıyı bankası ile öylesine özdeşleştirir ki, kıyı bankasının hesabında toplanan

¹⁷¹ Kıyı Bankacılığının tanımına ilişkin açıklamalar için bkz Helvacı, Mehmet; 'Kıyı Bankacılığı Kavramı ve Kıyı Bankacılığının Yararları', Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s.399-413; Tekinalp, Ünal; Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009; s.29. Reisoglu; Cilt I, s.277-280.

paraları bizzat kullanır ve bu paraları hiçbir zaman fiilen yurt dışında kurulu kıyı bankasına aktarmaz. Toplanan paralar muhasebe kayıtlarında hileli işlemlerle¹⁷² kaydi olarak yurduşına gönderiliyor gibi gösterilse de bu paralar gerçekte muhabir banka tarafından kendi topladığı mevduatmış gibi kullanılır. Sonuç İtibarıyla muhabir banka, kıyı bankası adına kendi hesabına mevduat toplayarak kendi tüzel kişiliğı ile kıyı bankasının tüzel kişiliğini özdeşleştirmiş olmaktadır. Bu çerçevede kıyı bankasının hesabında toplanan paraların muhabir banka tarafından kullanılması malvarlıklarının da birleşmesini ortaya koymaktadır.¹⁷³

Böylece muhabir banka ile kıyı bankasının tüzel kişiliklerinin ayrılığının sadece bir şekli durumdan ibaret olduğu kuşkusuzdur. Bu şeklin arkasındaki gerçek tüzel kişilerin gerek aralarındaki ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri gerekse malvarlıklarının birleşmiş olması suretiyle özdeşleşmiş olmaları karşısında tüzel kişilik perdesi aralanmalıdır. Aksi halde çeşitli uyuşmazlıklarda adalet ve hakkaniyet sağlanamayacak, kamu vicdanını son derece rahatsız eden ve bir güven kurumu olarak bankaların itibarını sarsan sonuçlar doğacaktır. Örneğın: Kıyı bankasından tahsil edilemeyen alacaklardan tüzel kişilik perdesi aralanarak gerçek sorumlulara ulaşılmalı yani ortaklar sorumlu tutulabilmelidir. Eğer ortak bir banka ise ondan tahsil edilebilmelidir¹⁷⁴

Belirtmek gerekir ki, Dünyadaki ve ülkemizdeki bankacılık uygulamalarında tüzel kişilik perdesi, en fazla kıyı bankacılığında yukarıda açıklanan uygulamalar çerçevesinde kötüye kullanılmış ve en büyük mağduriyetler de bu alanda yaşanmıştır. Kıyı bankalarının hakim ortakları kişisel menfaatlerinin gerektirdiğı her durumda tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenerek, kıyı bankasının ayrı bir tüzel kişiliğı

¹⁷² Kıyı Bankacılığı sisteminin işleyişi ve muhasebesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Ersoy, Ayten; Kıyı Bankacılığı(Off-Shore Banking) İşletmesi İşlemleri ve Muhasebesi, İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası Yayını, Yayın No: 50, İstanbul, 2004. s.55-112. Melemen, Mehmet; Hayali İhracat ve Dış Ticarete Usulsüz İşlemler, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2003., s.33-57.

¹⁷³ Kıyı Bankacılığı sisteminin uygulamada işleyişi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdoğan, Pekcan; Kıyı Bankacılığı (Off Shore Banking) Gelişimi Uygulaması ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası Yayını (1993-33), İstanbul, 1993.; Ersoy; s.66-68.

¹⁷⁴ Ulusoy; s.400-402.; Kıyı bankacılığında alacakların tahsiline ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sarıbrahimoğlu Hukuk Bürosu; Ofshore Bankacılığı-Yurt dışındaki Alacakların Tahsil Yöntemleri, Plar, Odak Ofset, Ankara, 2001, s.67-96.

olduğunu ileri sürmüşlerdir. Oysa bu hakim ortaklar muhabir banka mevduat toplarken tasarruf sahiplerini mevduatı kıyı bankasının hesaplarına yatırmaları için ikna ederek kıyı bankası ile muhabir bankayı özdeşleştirmişler, ayrıca buna ek olarak kıyı bankasının hesabına sadece kayden geçirilen bu mevduattaki paraları muhabir banka nezdinde fiilen kullanarak malvarlıklarını da özdeşleştirmişlerdir. Uygulamada muhabir banka tarafından toplanan bu mevduatta biriken ve kıyı bankası hesabında sadece kaydi olarak geçirilen bu paralara kıyı bankalarında hiçbir zaman rastlanmamıştır.¹⁷⁵

Ülkemizde de yakın geçmişte muhabir banka Ülke içi banka ve kıyı bankaları arasındaki bu tür ilişkiler bağlamında büyük sosyal mağduriyetlere yol açan olaylar yaşanmıştır. Örneğin bir olayda, mali gücü oldukça zayıflamış olan ülke içi muhabir banka, mevduat hesabı açmak amacıyla gelen müşterilerini hesaplarını Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan şubelerine açmaları halinde ülke içi şubelere kıyasen çok daha fazla faiz alabilecekleri teklifi ile ve yaptığı çeşitli duyurularla hesaplarını kıyı bankalarında açmaya yönlendirmiş ve bu suretle kapsamlı bir mevduat birikimi sağlamıştır. Ancak daha sonra, bu yüksek faizleri ödemeye gücü yetersiz kalmış ve bu durumun halk arasında yayılması üzerine bir panik ortamı içinde mevduat sahipleri ve alacaklılar yığın halinde talepte bulununca anaparaların dahi ödemesi mümkün olmamış ve muhabir bankaya Bank. K.'daki, olağanüstü tedbirlerle çözümleme yöntemlerinin uygulanması gerekmiştir.¹⁷⁶ Bu durum karşısında açılan hemen hemen her davada gerçek sorumlular tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmişlerdir.¹⁷⁷

Bu olayda en önemli mağduriyet, o dönemde bu hesapların açıldıkları tarihler itibarıyla yürürlükte bulunan TC Merkez Bankası '1997/1 Sayılı Mevduat Türleri ve Vade Dilimleri Hakkında Tebliğ'¹⁷⁸ dü-

¹⁷⁵ Ulusoy; s.400.

¹⁷⁶ Bank. K. çerçevesinde sorunlu bankaların olağanüstü önlemlerle çözümlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cengiz(2016); s.331-362.

¹⁷⁷ 2003 yılında yaşanan İmar Bankası nezdinde gerçekleşen bu olayın ve açılan davaların ayrıntılarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, belgeler, bilirkişi raporları ve bilimsel değerlendirmeler için bkz. Domaniç, Hayri; 03.07.2003 Tarihinde Kapatılan İmar Bankası Konusunda Çeşitli Resmî ve Özel Belgelerle İlmî İncelemeler, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.

¹⁷⁸ RG.30.01.1997, S.22893.

zenlemesinde yer alan tasarruf mevduatı üzerindeki TMSF garantisinin sadece ülke içi bankalarda bulunan tasarruf mevduatı hesapları için geçerli olduğu ve off- shore hesaplarda(kıyı bankaları hesaplarında) bulunan tasarruf mevduatının TMSF garantisine tabi olmadığı hükmü bakımından yaşanmıştır. Açık ifade ile bu nitelikteki paraların kayden kıyı bankalarının hesaplarında yer aldıkları gerekçesiyle, bu hükme dayanılarak Fon garantisine tabi olmadıkları sorunu ortaya çıkmıştır.

Diğer taraftan öğretilerde, böyle bir hüküm olmasaydı dahi kıyı bankalarına tevdi edilen paraların hukuki niteliği bakımından karz olup tasarruf mevduatı olmadıkları da ileri sürülmektedir. Bu bağlamda kıyı bankasının tüzel kişilik perdesi aralanarak hakim ortağın bir ülke içi TC bankası olduğu tespit edilse bile kıyı bankasına tevdi edilmiş olan paraların hukuki niteliğinin değişmeyecek olduğu dolayısıyla bunların TMSF garantisinden yararlanamayacakları savunulmaktadır¹⁷⁹.

Bu bağlamda, olağanüstü tedbirlerle çözümlenme süreci içindeki muhabir banka vasıtasıyla gerçekte tasarruf mevduatı niteliğindeki paralarını devlete güvenerek kıyı bankalarına sadece kayden tevdi ettiren bu kişiler, anaparalarını dahi kaybetmiş olmak durumu ile karşı karşıya gelmişlerdir. Aslında bu kişiler arasında yok denecek kadar azı başlangıçta sözkonusu hesapları açarken kıyı bankalarındaki hesapların TMSF garantisine tabi olmadığı bilgisine sahipti.

Bütün bu açıklamalar karşısında ülke içi muhabir banka ve kıyı bankaları ilişkilerinde, muhabir bankanın olağanüstü tedbirlerle çözümlenme sürecine girmesiyle hak sahipleri ile alacaklıların karşı karşıya kaldıkları ağır mağduriyet çok açık ortaya çıkmaktadır.

O dönemde Ülkemiz bankacılık mevzuatında sözkonusu sorunlar bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanmasını düzenleyen açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Sorunların çözümü sadece yargı organlarının tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması konusundaki takdirine kalmıştı.¹⁸⁰

Birer güven ve itibar kurumu olarak bankaların halkın nezdinde bu duruma düşmesi karşısında, olayın tekrarını engellemek amacıyla öncelikle o dönemde yürürlükte olan 4389 S. Bankalar Kanunu'nun

¹⁷⁹ Yalçın; s.400.

¹⁸⁰ Açılan davalar ve sonuçları için bkz. Domaniç; s.800 vd.

verdiği yetkilere dayanılarak bazı alt hukuki düzenlemeler çerçevesinde bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır¹⁸¹. Kanun koyucu ise 5411 S. Bank. K. 'nun hazırlanması sürecinde harekete geçmiştir. Ancak kanun koyucu Kanun'da sözkonusu sorunlara çözüm olarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin açık bir düzenleme yapmak yerine ülke içi muhabir bankaların kıyı bankaları adına mevduat toplamalarını engelleyen bir yasak hükmü koymayı(m.60/5) ve bu yasağın ihlalini suç olarak düzenleyerek ceza yaptırımına(m.150) tabi kılmayı tercih etmiştir.¹⁸² Bu düzenlemeyi açıklayacak olursak:

Bank.K.'nın sözkonusu yasak hükmünü içeren m.60/5 düzenlemesine göre: *'Türkiyede kurulan kuruluşların yurt dışındaki şubeleri ve ortaklıkları mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrakın düzenlenmesi işlemlerini faaliyette buldukları ülkede yapmak zorundadır. Bu şube ve ortaklıklar adına hiçbir şekil ve surette yurt içinde mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrak düzenlenemez ve verilemez.(60/1)*.

Türkiye'de kurulu kredi kuruluşlarının, yurt dışında kurulu ortaklıkları veya başka banka veya finansal kuruluşlar adına yurt içinde yerleşik kişilerden mevduat veya katılım fonu temin etmek amacıyla; evrak ya da cüzdan bulundurmaları, personel istihdam etmeleri bu ortaklıklar veya başka kredi kuruluşu veya finansal kuruluşlar adına toplanacak mevduat veya katılım fonu üzerinden personele ücret, prim veya benzeri adlar altında para ödemek veya personele bu kuruluşların reklamını yaptırmak suretiyle müşterilerini anılan kuruluşlara yönlendirmeleri, bu ve benzeri yöntemler kullanarak yurt dışında kurulu kuruluşlar adına mevduat ve katılım fonu kabul etmeleri, bu madde kapsamında izinsiz mevduat ve katılım fonu kabulü sayılır.' İfadeleri yer almaktadır.

Bu yasağın ihlalinin suç olarak düzenlenerek, ceza yaptırımına tabi kılındığı m.150/1 düzenlemesine göre: *'Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek ve tüzel kişilerin görevlileri üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi halinde bu işyerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür halinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.'* İfadeleri yer almaktadır.

¹⁸¹ Bkz Bank. K. m.60/5'in madde gerekçesi.

¹⁸² Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Tekinalp(2009); s.244-246.

Dikkat edilecek olursa yukarıda yer verilen düzenlemelerden özellikle m.60/5 düzenlemesinin ifadesinde ve bu düzenlemenin madde gerekçesinde¹⁸³ o dönemde ülkemizde kıyı bankaları nezdinde yaşanmış olan ve hak sahipleri ile alacaklıların ağır mağduriyeti ile sonuçlanmış olan somut olaylar ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Yasak hükmü ve bu bağlamda suç tanımı ile ceza yaptırımını bu somut olaylarla sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Kanaatimce, sözkonusu soruna çözüm olarak, belirli bir somut olayla sınırlı olmayan kıyı bankaları nezdinde gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhtemel çeşitli durumları kapsar anlamda genel ve soyut nitelikte bir çözüm düzenlemesi getirilmesi daha uygun olurdu. Zira kıyı bankaları nezdinde yaşanacak olan özdeşleşmeye bağlı bütün sorunların kesinlikle düzenlemede tanımlanmış olanla sınırlı olduğunun veya olacağının ileri sürülmesi gerçeklere aykırı olduğu gibi Kanun yapma tekniğine de aykırıdır. Çünkü yaşanmış olanın dışında farklı özdeşleşme formlarının icad edilmesi de muhtemeldir.

Bu nedenle bir yasak ve ceza hükmü konulması yerine, muhabir banka ve kıyı bankası ilişkilerinde belirli koşullara bağlı olarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasını açıkça düzenleyen genel ve soyut bir hüküm konulması daha uygun olurdu. Aksi takdirde Kanunların deneme yanılma aracı toplumun ise bir deneme yanılma laboratuvarı ve bireylerin birer denek haline gelmeleri kaçınılmaz olurdu. Diğer taraftan finansal fırsatlar için önemli ölçüde potansiyel içeren bankacılık hukuku alanında yasakların ve ceza yaptırımlarının caydırıcı olmadığı da bilinmektedir. Önemli olan uyuşmazlıklar yargıya intikal ettiğinde Mahkemelerin uzun süreli ve kapsamlı öngörülere dayanılarak yapılmış olan genel ve soyut nitelikteki düzenlemelere dayanarak, hak sahiplerinin mağduriyetlerini giderici, adalete ve hakkaniyete uygun kararları verebilmeleridir.

¹⁸³ Bkz. Bank. K. m.60/5'in madde gerekçesindeki '*...krizlerinde yaşanan hususlar da dikkate alınarak madde ile tasarruf sahiplerinin haklarının korunması izinsiz mevduat ve fon kabulü sayılacak durumlar ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış ve Türkiye'de.....*' ifadeleri.

3.2.6. Grup Bankacılığı Alanında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Gerekliliği ve Önemi ile Bu Gereklilik ve Önem Karşısında Bank. K. Düzenlemesindeki Boşluk

3.2.6.1. Grup Bankacılığında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasının Gerekliliği ve Önemi

Grup şirketleri sistemi özellikle de aynı sistemi içeren grup bankacılığı uygulamalarında ortaya çıkan sorunlar karşısında, daima, önemli ölçüde tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekliliği olmuştur.

İçinde en az bir bankanın bulunduğu bir şirketler topluluğunda bankanın 'Topluluk' (Grup) ile bankanın yaptığı bankacılık 'grup/topluluk bankacılığı' olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda Grup içinde banka genellikle yavru ortaklık konumundadır. Bu tür bankacılık Türk bankacılık uygulamasında 'holding' bankacılığı olarak da adlandırılmaktadır.¹⁸⁴

Çünkü grup sisteminde yer alan ana ortaklık yavru ortaklıklar arasında, ana ortaklığın yavru ortaklıklar üzerindeki hakimiyetine bağlı olarak, özdeşleşme oluşturulması oldukça kolaydır. Bu özdeşleşme gruptaki yavru ortaklık banka ile ana ortaklık arasında gerçekleştiğinde sorumluluktan kurtulmak veya kapsam dışı kalmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenilmesi çok sık rastlanan bir durumdur. Bu duruma sadece grup bankacılığında değil aynı zamanda banka olmayan yavru ortaklık ana ortaklıkla ilişkilerinde de aynı nedenlerle rastlanmaktadır.

Diğer taraftan, bir şirketin gerçek kişi ortaklarının normal şartlar altında şirket menfaatlerini ön planda tutacakları varsayılmaktadır. Ancak tüzel kişi ortaklar bakımından aynı varsayım kabul edilmemektedir. Özellikle, grup şirketleri sisteminde olduğu gibi bir şirketin diğer bir şirketin hakim ortağı olması durumunda bu hakim ortak şirketin çıkarları ile ortağı olduğu şirketin menfaatleri çatıştığında hakim ortak şirketin kendi menfaatlerini tercih edeceği ise kabul edilen bir gerçektir. Bu durumda ana şirketin yavru şirketler üzerindeki hakimiyetini

¹⁸⁴ Tekinalp(2009); s.123.

kendi menfaatleri doğrultusunda kötüye kullanması suretiyle yavru şirketlerin alacaklılarının uğradıkları doğrudan veya dolaylı zararlardan ana şirketin sorumlu tutulabilmesi ve böylece hakkaniyete uygun sonuçlara varılabilmesi için ana şirket ile yavru şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ancak yavru şirket bir banka olduğunda ana şirketin yavru şirket üzerindeki hakimiyetini kendi menfaatleri doğrultusunda kötüye kullanması karşısında bankanın alacaklılarının uğrayacakları zarar ve bu zararın sosyal boyutları düşünülecek olursa grup bankacılığında ana şirket ve yavru şirket banka arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının, diğer grup şirketlerine kıyasen öncelikle gerekli ve önemli olduğu açıktır.

Bu durum karşısında, Alman Hukukunda, önce uygulamada grup içinde ana şirketin yavru şirketler üzerindeki hakimiyetinin fazlasıyla genişlemekte olduğu gerçeği zorunlu olarak kabul edilmiş ve¹⁸⁵ Mahkemeler ana şirketi yavru şirketin borçlarından sorumlu tutabilmek için yavru şirketler için (ana şirketin) ‘kuklası,aracı,cebi’ gibi benzetme anlamında kavramlar geliştirmişlerdir.¹⁸⁶ Nihayet oluşan mağduriyetlerin hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak objektif çözümlenmesi amaçlı özel hukuki düzenlemeler hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹⁸⁷

Amerikan hukukunda, bu konuda uygulamada sık rastlanarak tecrübe edilmiş olan somut olaylar dikkate alınmak suretiyle, öğretilerde geliştirilmiş ve uygulamada da kabul edilen kriterler bulunmaktadır. Örneğin: Ana ortaklık yavru ortaklık ilişkilerinde iki durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliği genel kabul görmektedir. Bunlardan birincisi ana şirketin yavru şirket üzerindeki hakimiyetini kötü-

¹⁸⁵ Sağlam(1995), s.88.

¹⁸⁶ İyi gün; s.4; Sağlam(1995); s.88; Topaloğlu, M; Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler; Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan; Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.2086.

¹⁸⁷ Alman Hukukundaki bu hukuki düzenlemeler hakkında açıklamalar için bkz. İyigün; s.4-5; Boyacıoğlu, Cumhuriyet; Konzern Kavramı, Nobel Kitabevi, Ankara, 2006, s.115-117; Dennler Markus, Durchgriff im Konzern, Dissertatiton, Huber Druck AG, s.16, İyigün; s.4 dp. 140’tan naklen); Keki Selim; Deutsches und türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichender Betrachtung, Kostanzer schriften zur rechtswissenschaft, Hartung-Gorre Verlag Konstanz, s.6-7 (İyigün; s.4, dp.142’den naklen); Yanlı; s.209-210.; Topaloğlu; s.2094-2095.

ye kullanması durumunda yavru şirket alacaklılarının doğrudan menfaatlerini zedeleyen bir doğrudan zararın bulunduğu durumlarda; ikincisi ise, yavru şirketin özen ve sadakat yükümüne aykırı olarak devralınması suretiyle yavru şirketin aktifinde oluşan azalmalar nedeniyle yavru şirket alacaklılarının uğradıkları bir dolaylı zararın bulunduğu durumlarda ana şirket ile yavru şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliğine ilişkindir.¹⁸⁸

3.2.6.2. Bank. K. Düzenlemesindeki Boşluk

Türk hukukunda, ETK hukuken birbirinden bağımsız olmakla beraber aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan birden çok şirketin bulunduğu topluluk veya grup içindeki hakim şirket ve bağlı şirketler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sadece Anonim Şirket hükümleri arasında yer alan m.466'da bilançosu bakımından 'Holding' kavramı düzenlenmişti. Türk hukukunda bu boşluk 6102 S. TTK (na kadar devam etmiştir. Şirketler arasındaki gruplaşma faaliyetlerinin ülkemizde de hızla artmış olmasına bağlı olarak; bu konu ilk defa 6102 S TTK ile 'Şirketler Topluluğu' kavramı ve başlığı altında düzenlenerek(m.195-210) bu önemli boşluk doldurulmuştur.¹⁸⁹ Ancak öğretilerde¹⁹⁰ Alman Hukukundaki 150 maddelik uzun paragraflardan oluşan düzenlemeye kıyasen 20 maddeden ibaret bu düzenlemenin yetersizliği önemle vurgulanmaktadır. Bu yetersizlik zaman içinde uygulamada ortaya çıkacaktır.

Bu düzenlemede, birden çok ticaret şirketinin sırf hukuken bağımsız olmaları yeterli görülmemekle, hakim şirket ile bağlı şirketlerden oluşan aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan ticaret şirketlerinden oluşan şirketler topluluğunun ilişkilerinin uygulamada ortaya çıkarttığı sorunların niteliği ve önemi ile ekonomik işlevleri dikkate alınarak topluluğa dahil şirketler arasındaki ilişkiler,hak ve yükümlülükler ile sorumlulukları düzenlenmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁸ İyigün; s.4; Örnek kararlar için bkz. Topaloğlu; s.2095.

¹⁸⁹ Türk hukukunda bu düzenlemeyi bilimsel olarak irdeleyen ve açıklayan ilk eserlerden birisi olarak bkz. Nilsson-Okutan, Gül; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009.

¹⁹⁰ İyigün, s.4.

¹⁹¹ Bahtiyar, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku; Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Beta Yayınları,11. Baskı, İstanbul, 2016, s.73-77.

‘Şirketler Topluluğu’ hakim (ana) şirket ile ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan,yani ana şirket ile aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan en az bir veya daha fazla sayıda yavru şirketten oluşur. (m195/1).

Tüzel kişilik perdesinin aralanması yani konumuz bakımından önemli olan bu düzenlemede yer alan ‘sorumluluk’ hükümleridir (m.202,209)

Bu düzenlemede sorumluluk ‘*Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk*’ (m.202) ve ‘*Güvenden Doğan Sorumluluk*’ (m.209) olmak üzere ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir.

‘Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk’: Bu düzenlemeye göre, hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi zarara uğratabilecek şekilde kullanamaz. Aksi takdirde hakim şirketin bundan doğan zararı denkleştirme yükümlülüğü doğar(m.202/1).

Bu yüküme aykırılık gerçekleştiği takdirde bağlı şirketin her bir pay sahibi ve şirket alacaklıları hakim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden şirket zararını talep edebilirler.Bu durumda hakim tazminat yerine davacıların bağlı şirketteki paylarının hakim şirketçe satın alınmasına veya başka bir çözüme karar verebilir. (m.202/2).

Bu düzenleme TTK’da hakim (ana) şirket ile bağlı(yavru) şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin doğrudan ve açıkça aralanmasına ilişkin önemli bir örnektir. Zira bu düzenlemeye göre, bağlı şirketin pay sahipleri veya alacaklıları uğranılan zararın tazminini, belirli koşullara bağlı olarak bağlı şirket ve hakim şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle hakim şirketten veya onun yönetim kurulu üyelerinden talep edebileceklerdir.¹⁹²

‘Güvenden Doğan Sorumluluk’ ise, hakim şirketin şirketler topluluğunun itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu kılınmasıdır.(m.209).

¹⁹² Bu sorumluluk düzenlemesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gürel, Murat; Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, Ankara.

Bu düzenleme bir sosyal koruma tedbiri olarak değerlendirilmektedir.¹⁹³ NitekimTTK Tasarısındaki bu düzenlemenin gerekçesine göre: *‘Türkiye bu hüküm ile Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin Wibru/Swissair kararı(BGE120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern’in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu¹⁹⁴ kanunen düzenleyen ilk ülkedir’ ifadeleri yer almaktadır.*¹⁹⁵

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasının grup bankacılığında diğer grup şirketlerine kıyasen öncelikle gerekli ve önemli olmasına rağmen Bank. K.’da grup bankacılığında tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasına ilişkin bir sorumluluk düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu Bak. K.’na yönelik eleştiriye değer çok önemli bir eksikliktir. Zira Ülkemiz bankacılığında grup bankacılığı çok yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bu bağlamda 1990’lı yıllardan bugüne mali gücü zayıflayarak sorunlu hale gelen ve olağanüstü çözümlene yöntemlerinin uygulanmasına maruz kalan bankaların çoğu grup bankalarıdır,diğer ifade ile Ülkemizde bankacılık sektörünün yaşadığı ciddi krizlerde grup bankacılığı sisteminin önemli etkisi olmuştur.¹⁹⁶

Diğer taraftan, grup bankacılığı nezdinde yavru ortaklık konumundaki bankaların pay sahiplerinin ve alacaklıları önemli zararlara maruz kalmaktadırlar. Bu nitelikteki uyumsuzluklarda Bank. K.’daki boşluğun kıyasen TTK. m.202’deki ‘Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kul-

¹⁹³ Bahtiyar; s.77.

¹⁹⁴ Bu konuya ilişkin doktrin, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını içeren ayrıntılı bir bilimsel inceleme olarak bkz. Yılmaz, Asuman; Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010.

¹⁹⁵ Bahtiyar;s.77.

¹⁹⁶ Bumin, Mete-Ateş, Ferhun; Sorunlu Bankaların Çözümlemesi Türkiye Dene-yimi, Palme Yayıncılık, Ankara,2008, s.35-44,131-136; Tekinalp, Ünal; ‘Fon’a Banka Devrinden ve Grup Bankacılığında Vazgeçilmeli’, Kredi Kuruluşları Kanunu Taslağının Tartışılması Konferansı(Yapı Kedi Yatırım,Active, Activity,2004, s.10; Diğer taraftan grup bankacılığı sisteminin bankacılık sektöründe sebep olduğu u krizler karşısında Türk banka hukuku öğretisinde grup bankacılığı sisteminin, sınırlandırılarak da olsa muhafaza edilmiş olması şiddetle eleştirilmekte ve açık bir hükümlerle tamamen yasaklanması gerektiği tavsiye edilmektedir. Tekinalp(2004), s.8-10.

lanılmasından Doğan Sorumluluk' düzenlemesi hükmünün uygulanması suretiyle doldurulması mümkündür. Ancak bu imkan Bank. K.'ndaki mevcut boşluğu mazur göstermez.

Zira Bank.K. Sisteminde, Grup bankacılığı yasaklanmamış, sadece sınırlandırılmıştır.¹⁹⁷ Grup bankacılığı sisteminin niteliği itibarıyla özdeşleşmeye dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilerek sorumluluktan kaçmaya veya kapsam dışı kalmaya çok müsait olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durum karşısında, Bank.K. Sisteminde kanun koyucunun tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek banka pay sahipleri ile alacaklılarını zarara uğratanlara karşı koruyucu politikasını açıkça ortaya koyan(m.110) düzenlemelere yer verilmişken; aynı koruyucu politikanın grup bankacılığı sistemi çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesi suretiyle zarara uğratan pay sahipleri ve alacaklılar için ihmal edilmiş olması açık bir çelişki oluşturmaktadır. Üstelik Bank. K'nın hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde kıyasen uygulanması mümkün olan TTK m.202 düzenlemesi de bulunmaktaydı. Bu dönemde Bank. K. çerçevesinde banka pay sahiplerinin ve alacaklılarının grup bankacılığı sisteminde uğrayacakları zararların tazminine ilişkin uyumsuzluklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununun çözümü tamamen Mahkemelerin takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca bugün itibarıyla TTKm.202 düzenlemesinin kıyasen uygulanması da her durumda grup bankacılığı alanındaki mağduriyetlerin giderilmesi bakımından tatmin edici olmayabilir. Çünkü banka işletmesinin faaliyet konuları ve finansal sistemdeki rolü, onu diğer ticari şirketlerden farklı kılmaktadır. Bu nedenle kuşkusuz, grup bankacılığı için. Bank. K.'da ticari yaşamdaki önemi vazgeçilmez olan güven ve hızlilik ilkelerinin dikkate alınması suretiyle özel bir düzenleme yapılması daha uygun olurdu.

3.2.6. Bank. K. Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı ile Dolaylı Olarak İlişkilendirilen Diğer Düzenlemeler

Yukarıdaki açıklamalarımızda, tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin banka işletmesi hukuku alanında; özel bir öneminin ve bu bağlamda geniş kapsamlı bir uygulanma alanının olduğu, bu durumun

¹⁹⁷ Tekinalp(2004); s.10.

bir gereği olarak da ilkenin uygulanmasının sadece Mahkemelerin takdir yetkisine bırakılmayıp bunun yanısıra ilgili hukuki düzenlemelerde normatif olarak ifade edildiği vurgulandı.

Bu nedenle Bank.K. 'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin normatif düzenlenmesi niteliğinde hükümlerin olduğu; ancak öğretilerde Bank. K.'da yer alan düzenlemeler bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile bağlantılı düzenlemelerin, bu ilke ile doğrudan ilişkili ve dolaylı olarak ilişkili düzenlemeler olarak ikili bir ayırma tabi tutularak incelendiği ve bu çerçevede dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemeler de kapsama alındığında ortaya çıkan bütünün Bank. K. hükümlerinin hemen hemen tamamına yaygın olduğu belirtildi.

Bu geniş kapsamlı bütünün açıklanması bu çalışmanın boyutlarını aşacağı gerekçesiyle yukarıda Bank. K. çerçevesinde yer alan düzenlemelerden tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile doğrudan ilişkili olan düzenlemeler ile öğretilerde dolaylı olarak ilişkilendiren ancak belirgin örnek niteliğinde olan düzenlemeler bu ilkeyi olan bağlantıları ve amaçları açıklanmak suretiyle çalışma kapsamına dahil edilmiştir.

Bu kapsama dahil etmediğimiz ancak öğretilerde bu ilke ile dolaylı olarak ilişkilendiren diğer düzenlemelere burada sadece madde başlığı ve numarası itibarıyla değinilecek ve ilgili yazarların bu düzenlemelere ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ile olan bağlantılarına ilişkin açıklamalarına dipnotlarda atıf yapılacaktır. Zira bu düzenlemelerin sözkonusu ilke ile olduğu iddia edilen dolaylı bağlantıları bakımından belirgin özellik göstermedikleri kanaatindeyiz. İddia konusu düzenlemeler şunlardır:¹⁹⁸

1. 'Kuruluş Şartları' başlığını taşıyan m.7.
2. 'Kurucularda Aranılan Şartlar' başlığını taşıyan m.8.
3. 'Faaliyet İzni' başlığını taşıyan m.10 düzenlemesindeki bankanın faaliyete geçmesi izninin verilebilmesi için gerekli olan şartlar.
4. 'Pay Edinimi ve Devirleri' başlığını taşıyan m.18.

¹⁹⁸ Bu düzenlemeleri tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı ile dolaylı olarak ilişkilendiren kaynaklar için bkz. Özkurt;s.149-156, 194-198; Yalçın; s.292-294.

5. 'Denetim Komitesi' başlığını taşıyan m.24.
6. 'Yönetim Kurulu' başlığını taşıyan m.23.
7. 'Genel Müdür ve Yardımcıları' başlığını taşıyan m.25.
8. Bankaların denetlenmesi sistemine ilişkin düzenlemeleri içeren m.27-42.
9. 'Ödenmiş Sermaye, Yedek Akçeler Özkaynak' başlığını taşıyan m.44.
10. 'Krediler ve Risk Grubu' bölüm başlığını taşıyan m.48-59.
11. 'Mevduata ve Katılım Fonu' Toplamaya İlişkin Hükümler' Kısım başlığını taşıyan m.60-64.
12. 'Fon Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Yetki ve Usuller' başlığını taşıyan m.132 düzenlemesindeki atıf kapsamında 6183 Sayılı Kanun kapsamında yer alan takip ve tahsil yetkilerine ilişkin düzenlemeler.
13. 'Fonun Alacaklarının Tahsiline İlişkin Diğer Yetkiler' başlığını taşıyan m.134. ve 'Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Beyanı Halinde Uygulanacak Takip ve Tahsil Usülleri' başlığını taşıyan m.135.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

'Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı'nın, banka işletmesi hukuku alanında önceleri sadece Mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda takdir yetkilerine dayanılarak uygulanırken, daha sonraları banka işletmesi kanunlarında normatif olarak düzenlenmeye başlandı; Bu kuramın, banka işletmesi hukuku alanındaki özel önemi gitgide artmakta olduğu;bu artışın temel nedeninin finansal piyasaların küreselleşmesine bağlı olarak kırılğanlıklarının artması ve bu artışın da bankacılık sektörünün kırılğanlığını etkilemesi suretiyle ortaya çıkan bankacılık krizlerinde ya da olağan faaliyet sürecinde banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilerek yapılan işlemlerden doğan zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefleri olarak bütün ülke halkına yansıtılması olduğu. Buna ek olarak bu maddi zarara bağlı olarak halkın bir güven kurumu olarak bankalara olan güveninin sarsılması suretiyle bankaların itibar kaybetmesinden ve kamu düzeninin bozulmasından

kaynaklanan önemli ölçüde sosyal boyutlu bir manevi zararın da doğduğu yukarıda açıklandı:

Bu artan öneme bağlı olarak, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türk banka işletmesi hukuku alanına ilişkin olarak ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması’ kuramının, uygulanması ve normatif görünümü hakkında şu temel sonuçlara varmak mümkündür:

1- 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesindeki bu ilkeye ilişkin normatif düzenlemeler bakımından bu ilkeye ilişkin iki temel eksiklik bulunmaktadır. Bu eksikliklerden birincisi kıyı bankacılığı faaliyetleri alanında ülke içi banka ile ülke dışındaki kıyı bankası arasında tüzel kişilik perdesinin aralanmasını ve bunun şartlarını düzenleyen açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. İkincisi ise; grup bankacılığı ilişkilerinde ana ortaklık ve yavru ortaklık banka ya da yavru ortaklık banka ile diğer yavru ortaklıklar arasında tüzel kişilik perdesinin aralanmasını ve bunun şartlarını düzenleyen açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa yukarıdaki ilgili açıklamalarda kıyı bankacılığı ve grup bankacılığı ilişkilerinin banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilmesine en müsait alanlar oldukları, bu bağlamda uygulamada en ciddi istismarların bu alanlarda gerçekleştiği önemle vurgulandı.

Bu durum karşısında 5411 S. Bankacılık Kanunu’nun bu eksiklikler dışında ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması’ kuramı’na ilişkin içerdiği düzenlemeler bakımından yeterli olduğu ve bu bağlamda Kanun koyucunun Kanunu hazırlarken ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’ nın normatif düzenlenmesinin önemi konusunda yeterince bilinçli ve bilgi sahibi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Zira ilgili düzenlemelerin ifadelerinin tercihinde farkedilir bir hassasiyet gösterilmiştir. Bu bağlamda, Kanun koyucunun sözkonusu husustaki bilinci, bilgisi ve hassasiyetine rağmen mevcut iki önemli eksiği neden bıraktığı sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabı ‘Kanun koyucunun dikkatsizliği, dalgınlığı, acele davranmış olması’ gibi bahanelerle geçiştirilemez. Akla gelen en makul ve olası cevap Kanun koyucunun bu hususları bir hukuk politikası tercihi olarak eksik bırakmış olduğudur. Bu durumda kaçınılmaz olarak Kanun koyucunun bu tercihi yapmasının gerekçesinin ne olabileceği sorusu akla gelmektedir. Bunun olası cevabı olarak öncelikle bu çok önemli iki hususu bir hukuki düzenlemenin kalıpları arasına sığdırarak uygulamayı sınırlandırmak yerine Mahkemelere geniş bir takdir alanı bırakmayı tercih etmiş olabileceği düşünülebilir.

Ancak Kanun koyucunun tercih nedeni ne olursa olsun bu eksiklikler; Kanun sisteminin genelinde tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının normatif görünümünden olarak esaslı nitelikte eksikliklerdir. Bu bağlamda sistemin geneline hakim olan, hak sahiplerinin korunmasına yönelik hukuk politikalarını içeren hükümler karşısında çok önemli bir çatlak ve çelişki oluşturmaktadırlar. Bunların dışında kalan, sözkonusu kuramın normatif görünümünden olan diğer düzenlemelerin ise pek çoğu teferruattır. Bunlar mevcut çatlakları kapatacak veya çelişkiyi gidecek nitelikte değildir.

2- Yukarıda Kanun koyucunun sözkonusu hususları eksik bırakmış olmasına ilişkin hukuk politikası tercihinin ihtimali sebeplerinden biri olarak belirtmiş olduğumuz, kıyı bankacılığı ve grup bankacılığı ilişkilerinde ‘*Tüzel kişilik perdesinin aralanması*’ kuramının uygulanmasına ilişkin yargıya bırakılan ve düşen görevin ne ölçüde yerine getirilmiş olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılacak olursa; Maalesef Türk banka işletmesi hukukunda Mahkemelerce verilmiş olan grup bankacılığı ve kıyı bankacılığı ilişkileri ile ilgili ‘*Tüzel kişilik perdesinin aralanması*’ kuramının uygulanmasına ilişkin bir ilke kararı bulunmamaktadır. Mahkemelerin bunu gerektirecek bir uyumsuzlıkla karşı karşıya kalmamış oldukları ise oldukça zayıf bir ihtimaldir. Zira ülkemizde 1990’lı yıllardan bu güne kadar gerçekleşmiş olan önemli banka krizlerinin, birçoğu grup bankaları nezdinde gerçekleşmiş ve grup bankacılığı ilişkilerinden kaynaklanmış olup¹⁹⁹bu krizlerin hemen hemen tamamındaki uyumsuzluklarda yargı yoluna başvurulmuştur. Gene 2003 yılında gerçekleşmiş olan kıyı bankacılığı krizi önemli bir sosyal sorun oluşturmuş ve yargıya intikal etmiştir.²⁰⁰

¹⁹⁹ TMSF:‘Fon Bankaları Çözümleme Maliyetleri Çalışması’, s.1.

<http://www.tmsf.ortri/documents/reports/fonbankcozcal.doc> (25.05. 2016): ayrıca bu belge için bkz. Cengiz, Dilek; Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlemesi, s. (375-383),375, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

²⁰⁰ Bu krize ilişkin resmi ve özel belgeler, bilimsel mütalaalar ve yargı kararları için bkz. Domaniç, Hayri; 03.07.2003 Tarihinde Kapatılan İmar Bankası Konusunda Çeşitli Resmi ve Özel Belgelerle İlmî İncelemeler, Arıkan Yayıncılık, İstanbul,2005.

Is International Trade Prepared For Multimodal Bill Of Lading? - An Analysis Of The Usage Of Multimodal Bills In International Trade And Its Legal Impacts

(Uluslararası Ticaret Multimodel Konişmentoya Hazır mı? Multimodel Konişmentonun Uluslararası Ticarete Kullanımı ve Hukuki Etkileri Hakkında Bir İnceleme)



Dr. Julia Constantino Chagas Lessa* - Ivan S. Barnaba**

ABSTRACT

The usage of containers by the transport industry allowed goods to be transported faster and in a more secure way. Most importantly, what is now referred to containerisation and the subsequent modernisation of ports allowed goods to be transported from the seller's door to directly the buyer's door. Accordingly, nowadays, more often than not, carriage of goods will involve more than one mean of transport, and such cases combining means of transport are known as "multimodal", "intermodal" or "combined" transport. This new phenomenon gave rise to new transport documents, i.e. the multimodal bill of lading. Nevertheless, this new transport document as well as this new type of transport are still pending on regulations, being now highly dependant on soft law. Thus, this raises questions about security in particular in terms of finance that this particular document might give to traders. This article intends to analyse how the UK courts have dealt with this development in transport of goods.

Keywords: *Bill of lading, multimodal transport, intermodal transport, combined transport, carriage of goods, container carriage*

* The City Law School City University London

** University of Westminster.

ÖZET

Nakliye endüstrisi tarafından konteynerlerin kullanılması, malların daha hızlı ve daha güvenli bir şekilde taşınmasına izin vermiştir. En önemlisi, artık konteynirleştirme ve sonradan limanların modernleştirilmesi, malların satıcının kapısından doğrudan alıcının kapısına taşınmasını sağlamıştır. Bu nedenle, günümüzde sıklıkla, malların taşınması birden fazla taşımacılık vasıtasıyla gerçekleşir ve nakliye vasıtalarını birleştiren bu tür vakalar “multimodal”, “intermodal” veya “kombine” nakliye olarak bilinir. Bu yeni olgu, yeni nakliye belgelerini, örn. multimodal konşimentoyu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte, söz konusu yeni nakliye belgeleri de bu yeni taşıma tipleri gibi şu anda bağlayıcı olmayan hukuki metinlere bağlı olduğundan yeni düzenlemeler yapılmasını beklemektedir. Bu nedenle bu durum, belgenin tacirlere özellikle finans alanında sağlayabileceği güvenlikle ilgili soruları gündeme getirmektedir. Bu makale, Birleşik Krallık mahkemelerinin taşımacılıktaki bu gelişmeyi nasıl ele aldığını analiz etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler; *Konşimento, Multimodel Taşıma, İntermodel Taşıma, Kombine Taşıma, Yük Taşıma, Konteyner Taşınması*

Introduction

Shipping is the oldest still existent form of transport of cargo and still up to this date the primary one, being responsible for 90% of the world's cargo transport. Nevertheless, as the shipping industry evolved together with international trade, and definitely one of one of its most important in the last century can be easily considered the rise of containerisation.

Containerisation allowed the transportation of goods to become faster, flexible and even more secure. Besides, the increasingly usage of containers also contributed to the growth of what is today commonly referred to as “multimodal” (“combined” or “intermodal”) transport; in other words, the carriage of goods by at least two means of transport.

Nevertheless, although multimodal transport has become more and more popular among traders from all over the world due to its clear convenience, allowing the delivery of cargo from door to door, it still lacks of a satisfactory legal regulation both at the international and national level. Therefore it should be no wonder that the documents

originated from this type of transport still lacks a satisfactory legislative umbrella.

Many of the issues arising from multimodal transport have not received proper answers yet. Who to sue in the event of delay in delivery, loss or damage to goods and the extent of the carrier's liability are merely some of the questions the parties have to deal with if something were to go wrong in those transactions.

The present paper, is not aimed at providing solutions to all the problems related to multimodal transport, its focus shall be on the nature of the particular type of transport document adopted in such circumstances (hereinafter, "MTD"), in particular the impact that this might have in the finance of an international sales transaction.

Although MTDs, likewise BoLs, made their appearance as a reaction to a commercial phenomenon (namely: the so-called integration of transport operations), they cannot – unfortunately and contrariwise to BoLs - benefit of about ten centuries of established usage, which have led BoLs to be recognised as the transport documents *par excellence*, being of paramount importance over the years from traders engaged to international sale transactions and the carriage of goods over long distances. From the time of the BoL inception originating in the medieval times by individuals, who began business transactions with other individuals at such distance that the involvement of carriers¹ until recent days, the development of such commercial document has never stopped. The law of merchants and medieval municipal statutes started shaping what modern case law later had the chance to discuss in further details, but never the ability to define in an exhaustive way. Still today, no complete definition of BoL can be found neither at common law nor by statute, notwithstanding the various references contained in legislation². It should not be surprising therefore if, that is still the case to keep discussing of the BoL as 'more a creature of mercantile usage

¹ Chester B. McLaughlin, 'The Evolution of the Ocean Bill of Lading' (1925-1926) 35 Yale Law Journal 548, 550.

² References to bills of lading may be found, for instance, in the Carriage of Goods by Sea Act 1924 (replacing the Bills of Lading Act 1855), the Carriage of Goods By Sea Act 1924 (which has incorporated the Hague-Visby Rules into English law), the Factors Act 1855 and the Sale of Goods Act 1979.

than the law³ and identifying it by reference to its three functions: (i) the receipt; (ii) the contractual; and (iii) the document of title functions.

This article will consider whether the usage of MTDs may cause any effect in respect of the payment method agreed by the parties, in particular if the latter were a letter of credit (hereinafter, “LoC”)⁴. The circumstance that such payment method is based on a bank’s definite undertaking to be honoured only against presentation of certain conforming documents⁵ shows, in fact and once again, how important carriage documentation might be also in respect of the financial aspect of an international sale transaction.

The principal reason behind discussing MTDs as documents that might be presented under a LoC lies in the fact that it still uncertain whether or not such transport documents, if tendered to a bank, might be capable to establish a valid pledge on the goods to which they relate to the extent of giving security to a bank, being such possibility a prerogative of documents of title, which are recognised as symbols of the goods and whose transfer amount to transfer of constructive possession in goods covered by them.

Furthermore, the circumstance as to whether or not a MTD presented under a letter of credit would be a good security for a bank that advanced moneys is not the only reason why such transport documents have relevance in documentary credits. In fact, issues may arise as to the tender requirements for such transport documents.

³ Jason Chuah, *Law of International Trade: Cross-Border Commercial Transactions* (5th ed., Sweet & Maxwell 2013) para 6-001.

⁴ The likelihood that the parties will agree on a LoC as a payment method in international sale contracts is reasonably high. This is also evidenced by the fact that authorities usually refer to such instrument as ‘the life blood of international commerce’. In this respect, see *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd v National Westminster Bank Ltd* [1978] 1 Q.B. 146, 155; *Power Curber International Ltd v National Bank of Kuwait S.A.K.* [1981] 2 Lloyd’s Rep. 394, 400; *Intraco Ltd v Notis Shipping Corporation of Liberia (The Bhoja Trader)* [1981] 2 Lloyd’s Rep. 256, 257; *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada* [1981] 3 W.L.R. 242, 253.

⁵ See Article 2 (definition of ‘credit’) and Article 5 UCP 600.

Therefore, this article will finish by attempting to make an analysis focusing on the potential consequences produced on the contract of carriage, the sale agreement and method of payment arising from the usage of MTDs in commercial transactions shall be made.

MTD and International Sales Transactions

The smooth running of an international sale transaction usually depends on different factors: some of them within the control of the parties, others outwith. Whether a factor fall within the first or the second category, the tendency is for the parties to attend to foresee the all the possible risks involved in the transaction.

In international sales, risks are often distinguished in: legal, physical and financial⁶. This article shall be analysing the two last categories, as they present a clear link with the transport of goods and related carriage documentation.

Physical risk relates to the possibility that certain goods may be lost or damaged, or may deteriorate, in transit⁷. As between buyer and seller, the allocation of such responsibility may depend on specific contractual provision regulating the passing of risk from one party to another. Besides, if there is a considerable distance between the places of business of the parties, as it is expected in international sales, it is reasonable that a carrier will be involved and therefore the need to establish who may go after whom arises.

On the other hand, the financial risk is not only a reason for concern between the seller and the buyer, as it also involves banks, which might have provided finance for the transaction. At its very basics, such risk can be described as the possibility for a party to lose interest in goods (in terms of possession or property, as the case may be) before the latter obtains payment for having performed part of the bargain: be that the price for the goods sold or the consideration for the moneys lent.

⁶ Michael G Bridge (edited), *Benjamin's Sale of Goods* (9th ed, Thomson Sweet & Maxwell 2014) para 18-001.

⁷ Ibid.

It is suggested that the choice of the transport document may influence the way in which the parties mitigate such risks⁸. The parties, in fact, may rely on certain characteristics of a document avoiding inserting boilerplate clauses in their contracts of sale in order to mitigate a particular risk. On the other hand, if aware of the incapability of a document of performing certain functions, a party may simply accept to bear that risk or, contrariwise, decide not enter into an agreement that appears too cumbersome.

With reference to MTDs, it seems therefore reasonable to highlight, and whether possible to propose solution to, the principal consequences that the usage of such transport documents may give rise to under the perspective of the contract of carriage, sale contract and the most common payment instrument currently in use, the letter of credit.

The first aspect that is worth considering relates to the possible consequences that may derive on international sale transaction from the usage of a transport document containing or evidencing a multimodal contract of carriage.

In this respect, it is likely that the parties will face a twofold risk: on the one hand, that concerning the doubtful status of such transport document; on the other hand, the legal uncertainty surrounding the nature of that particular contract of carriage that has to be performed by more than one mode of transport.

Transfer of Possession

First of all, it is worth questioning whether or not such document might be capable to allow the parties to transfer possession in goods while the latter are in transit and, if so, under what circumstances.

In international trade the possibility to transfer possession in goods while the latter are in transit is a prerogative of the so-called documents of title, which are recognised as symbols of the goods and

⁸ In general, see Melis Ozdel, 'Multimodal Transport Documents in International Sale of Goods' (2012) 7 *International Company and Commercial Law Review* 238.

whose transfer amount to transfer of constructive possession in goods covered by them⁹.

The circumstance that a document of title gives to its holder constructive possession of the goods as described therein has two important commercial consequences: firstly, if the document were to be tendered to a bank, it would be capable to establish a pledge of the physical goods to which it relates; and secondly, if the holder wanted to obtain delivery of the goods, he could be entitled to do so by surrendering the document to the carrier¹⁰.

The two mentioned consequences must be regarded as the main reason why there is the need today to investigate on whether or not a similar result might be achieved when goods are being carried under a MTD.

The possibility for a MTD to transfer possession in goods while the latter are being carried under a multimodal contract of carriage should be evaluated by focusing the attention on the different stages of transport where the document is to be employed.

To begin with any sea transit that a multimodal contract might provide for, it should be stressed the fact that, as far as that segment, a MTD may amount to a BoL¹¹. If this is true, it could follow that a transfer of the MTD probably allow the parties to establish a valid pledge while the goods are at sea or claim the goods at the port of destination through presentation of the document.

⁹ See Richard Aikens, *Bills of Lading* (Informa London, 2006) (para 11.34; Bridge (Supra n.6) 21-077 and 21-078; Andrew Tettenborn, 'Bills of lading, multimodal transport documents, and other things' in B. Soyer and A. Tettenborn (ed.), *Carriage of Goods by Sea, Land and Air. Unimodal and Multimodal Transport in the 21st Century* (1st ed., Informa law from Routledge 2014) 126-129; Sir Guenter Treitel, *Carver on Bills of Lading*, (3rd ed., Sweet & Maxwell 2011) para 8-079 and 8-080.

¹⁰ *Ibid*

¹¹ "Shipped" or "received for shipment", as the case may be. With specific reference to the comparison between MTDs and "received for shipment" BoLs, see The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Rights of Suit in respect of Carriage of Goods by Sea* (HC 250, London: HMSO, 1991) para 2.49.

Should the segment of the transport be different than sea carriage, one would reasonably be tempted to look at the provisions governing that stage and, in particular, at the carriage documentation required for land or air transport. The discourse here is whether or not a possible comparison between MTDs and other documents, such as consignment notes or airway bills, could lead to any beneficial effect.

For present purposes, it is worth noting that none of these documents have been recognised as documents of title at common law¹². Therefore, even though were to be assumed that a MTD had the characteristics, depending on the transport stage, of a consignment note or an airway bill, the lack of the document of title status of these documents would make, as a consequence, rather unlikely that from the transfer of a MTD could follow the transfer of the constructive possession in goods to the extent of establishing a pledge over them or to give the holder a right to claim delivery at destination by presentation of the document. The proposed solution according to which MTDs might be considered as documents of title only during the sea transit poses though some obvious obstacles.

As it is clear, any transfer of the MTD capable to transfer also possession in goods, to be effective, would be required to take place only within that segment. While a valid pledge might be established provided that the goods are still afloat, the right to obtain delivery following presentation of the document would be envisaged only when the sea transit were the last stage of the transport.

In particular, in the case the cargo were to be discharged following land or air carriage, a MTD – even if compared to a consignment note or an airway bill – would not give the holder a right to claim delivery by presentation of the document. Such right, in fact, would have arisen if the party had had constructive possession to the goods conferred to him by a document recognised at common law as a document of title. However, neither MTDs themselves nor consignment notes and airway bills (assuming that a similitude could be drawn) have ever been recognised as such¹³.

¹² Bridge (Supra n.6) para 21-054; 21-062 and 21-069.

¹³ In respect of MTDs, see Sir Guenter Treitel, *Carver on Bills of Lading*, (3rd ed., Sweet & Maxwell 2011) para 8-084 to 8-088; for road, rail and air carriage documentation, see Bridge (Supra n.6) para 21-054; 21-062 and 21-069.

A possible way to go around this would be to emphasise the fact that MTDs, such as the FBL or the Multidoc95, do contain specific contractual provisions according to which a copy of the document must be surrendered in exchange for the goods¹⁴ and therefore a right to claim delivery might be envisaged on the holder of the document at any stage of the multimodal route. The question as to the party, if any, which should be entitled to claim the goods at destination becomes therefore, more than a matter related to the document of title status, an issue to be dealt with on the contractual footing.

Right to Claim Delivery

Despite the right to claim delivery of the goods at destination might be considered a characteristic feature of a document of title to goods, it would not be completely impossible to claim that a consignee may nonetheless obtain delivery of a cargo by presentation of a MTD as a result of the contractual relation the shipper and the MTO enter into.

As has been argued, when the MTO takes into his charge the goods, he constitutes himself as a bailee for the shipper¹⁵. Furthermore, on the basis of the contractual provisions contained in MTDs, the MTO acknowledges to deliver the cargo exclusively to the person presenting such transport document¹⁶. When the shipper later gives the document to someone else, the latter would be in the position to present the document to the MTO and obtain delivery of the goods¹⁷. The mentioned mechanism offers the unrivalled opportunity to make

¹⁴ See the front side of FBL and Multidoc 95.

¹⁵ Andrew Tettenborn, 'Bills of lading, multimodal transport documents, and other things' in B. Soyer and A. Tettenborn (ed.), *Carriage of Goods by Sea, Land and Air. Unimodal and Multimodal Transport in the 21st Century* (1st ed., Informa law from Routledge 2014) 138.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.* It should be noted, however, that the said author refers to a slight different case, according to which by the transfer of the document the shipper transfers also his rights as a bailor and, *inter alia*, the right to claim delivery of the goods from the MTO/bailee. Contrariwise, in the case discussed here no transfer of rights as a bailor is expected to take place. Delivery could be obtained by presentation of the document only as a result of the MTO fulfilling his obligations assumed towards the original shipper.

the presentation of the document required whatever the last segment of the multimodal transport may be¹⁸.

Nevertheless, the holder of the document would be entitled to obtain delivery of the goods not because, depending on the transport stage, the MTD had or not conferred to him such right on the basis of an indirect recognition as a document of title to goods, but merely because the MTO fulfilled his obligation, assumed towards the consignor, not to deliver to anyone else different than who was in possession of the document.

The consequences of the construction above are quite predictable. Even though a holder of a MTD might obtain delivery as a result of the presentation of the document, he might be left without any remedies in case something occurred in transit. Because the MTD is not a document of title to goods, the holder may not argue to have acquired the constructive possession of the goods by means of the document, being prevented, for example, to establish a cause in action in bailment against the MTO/bailee¹⁹. Likewise, except with use of certain expedients²⁰, he would not have any claim under the contract of carriage because he has never become party to that contract.

The said mechanism fails therefore when it comes to evaluate the possibility for a holder of the document to exercise certain rights under the contract of carriage as made between the shipper and the MTO.

Parties to the Contract and Right to Sue

The feasibility to rely on a mechanism on the basis of which a consignee may obtain delivery by presentation of the document,

¹⁸ It is interesting to note that the RR have also recognised the possibility that a negotiable transport document may state expressly that the goods might be delivered without surrender of any transport document. See Article 47(2) Rotterdam Rules.

¹⁹ It is well known, in fact, that until the time the bailee attorns to another person, the right and duties as well as the constructive possession in goods remain on the original bailor. In this respect, see Paul Bugden, *Goods in Transit and Freight Forwarding* (3rd ed., Sweet & Maxwell, 2013) para 4-008.

²⁰ See para 3.1.3.

irrespective of the fact that he has not become party to the multimodal contract of carriage seems to fall some way short.

Bearing in mind that, as in the case of the BoL, such result could be achieved only by way of recognition of a certain document as a document of title to goods or by an express statutory recognition allowing a party to do so²¹, the possibility that this occurred in respect of MTDs is - once again - a matter of construction.

It is therefore worth discussing some of the solutions that have been elaborated in order to overcome the privity gap, which - whether successful - would allow the consignee to exercise not only the right to claim delivery of the goods, but also other rights as embodied in the multimodal contract of carriage.

“Mixed” Contract Solution

A way to go around the privity gap might be found - first of all - via the mixed nature²² of the multimodal transport contract. As has been said, in fact, a multimodal transport contract might be considered as a “chain of unimodal contracts”²³ whose single stage of transport may have the characteristics of a certain contract of carriage (e.g. sea, road, rail or air) regulated by its own provisions²⁴. If the provisions regulating each segment of transport were to allow the person named as a consignee to exercise the rights as embodied into the contract of carriage the shipper and the carrier entered into, there might be chances also for a consignee of a MTD to do so with the terms embodied in the multimodal contract of carriage. The matter is therefore to look at the applicable law for each transport stage to the extent of examining whether such possibility might be established or not.

To begin with that part of the transport involving the carriage of goods by sea, the answer to the question above seems to be affirmative.

²¹ With reference to the BoL, see Charles Debattista, *Bills of Lading in Export Trade* (3rd ed., Tottel 2009) para 2.7, 2.8 and 2.9.

²² See Hoeks (nt. 19) 55; *Quantum Corporation Inc v Plane Trucking Ltd* (nt. 125) para 33.

²³ Marian Hoeks, *Multimodal Transport Law: the law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods* (Kluwer, 2009)55.

²⁴ *Ibid.* 56.

On the one hand, nothing should prevent a MTD to be considered as a BoL²⁵ for the purpose of applying both the COGSA 1971/Hague-Visby Rules and the COGSA 1992. On the other hand, the COGSA 1992 expressly gives the consignee, lawful holder of the document, all the rights of suit under the contract of carriage as if he had been party to that contract²⁶.

Likewise, if the multimodal route were to involve rail transport, the application to that segment of the COTIF/CIM, as incorporated by English law in the Railways (Convention on International Carriage by Rail) Regulations 2005, could lead to a similar result because the latter confers to the consignee the right to bring actions against the carrier based on the contract of carriage²⁷.

Furthermore, even if the multimodal transport were to encompass road carriage, the CMR, as incorporated by the Carriage of Goods by Road Act 1965, would give the consignee a statutory claim against the carrier²⁸ in the case of loss, damage or delay²⁹.

In the light of the above, it seems that - in theory - the consignee would be, in the most of the cases, capable to bridge the privity gap by relying on the provisions governing the unimodal segment and enforce the terms of the multimodal transport contract, to which is not party³⁰.

Nonetheless, the construction at hand should not be considered immune from criticisms. To this regard, the most relevant seems related to the applicability of those specific bodies of law that, as far as the CMR and the COTIF/CIM are concerned, require - *inter alia* - the carriage to be international.

²⁵ For the clarity of discussion, it should be immaterial whether the MTD amounted to “shipped” or “received for shipment” BoL. Both the COGSA 1971/Hague-Visby Rules (see nt. 155) and the COGSA 1992 (see Section 1(2) COGSA 1992) seem to apply to “received for shipment” BoLs.

²⁶ See Section 2(1) COGSA 1992.

²⁷ See Article 44(1) Appendix B (CIM) COTIF/CIM (1999).

²⁸ See Article 13 Schedule Carriage of Goods by Road Act 1965.

²⁹ Tettenborn (Supra n.14) 134 notes that, strictly speaking, the CMR does not refer to damage, but scholars and case law seem to include the concept of damage in that of loss.

³⁰ Similarly, see Tettenborn (Supra n. 14) 134.

Assuming that one of these international conventions were applicable to a given transport stage, then it would be necessary to establish that that specific provision allowing the consignee to exercise rights under the unimodal contract of carriage also applies. Here, it is important to note that, as opposed to cases where it is irrelevant that a consignee were or not in possession of a certain carriage documentation³¹, there might be cases where the possession of a specific transport document is for the consignee a condition precedent to the exercise of the rights under the contract of carriage³². As a matter of example, while the COGSA 1992 states that the consignee must be in possession of the BoL³³, in the COTIF/CIM the right conferred to the consignee to take action based on the contract of carriage might be subject to the fact that the latter had taken possession of the related consignment note³⁴. When the transport document at stake is a MTD, this means not only establishing that, at sea, the document acquires the characteristics of a BoL and, at land (*i.e.* rail), those of a consignment note, but also that such right would not be conferred to him if he were not in possession of the MTD.

Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999

According to other authors³⁵, a consignee would be capable to enforce terms under the multimodal contract of carriage also as a result of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (hereinafter, “**Contracts Act 1999**”).

It is well known that under the Contracts Act 1999 a right to enforce a term of a contract may, if specific requirements are met, be

³¹ It is, in fact, irrelevant according to the CMR. See Article 13 Schedule Carriage of Goods by Road Act 1965.

³² As in case of carriage of goods by sea and rail. See Section 5(2)(b) COGSA 1992 and Article 44(1)(b)(1) Appendix B (CIM) COTIF/CIM (1999), respectively.

³³ Where required, duly endorsed. In this respect, see Section 2(1) and Section 5(2)(b) COGSA 1992.

³⁴ See Article 44(1)(b)(1) Appendix B (CIM) COTIF/CIM (1999).

³⁵ In general, see Simon Baughen, *Shipping Law* (5th ed., Routledge 2012) 167; Bridge (Supra nt. 6) para 21-079; Tettenborn (Supra nt. 14) 133; Sir Guenter Treitel, *Carver on Bills of Lading*, (3rd ed., Sweet & Maxwell 2011) para 8-082.

conferred on a person who is not a party to that contract³⁶. Such a possibility might be established if the contract at hand expressly provides that he may do so or if a term purports to confer a benefit on him³⁷. In any case though, such party must be identified in the contract³⁸.

Indeed, if the terms and conditions usually contained in MTDs, such as FBL and Multidoc 95, were read together and if the consignee were named within the transport document³⁹, it is likely that the applicability of the Contracts Act 1999 would be pretty undisputed. However, this without taking into consideration that the Contracts Act 1999 provides two exceptions on the basis of which no right can be conferred on a third party when the contract of carriage of goods is one by sea and when the contract is of carriage by rail, road or air, which is subject to the appropriate international transport convention⁴⁰.

Thus, the simplest way seems to be to regard such solution as a valid alternative in case the nature of a multimodal transport contract were proved not to be a “mixed” one. Nevertheless, it should be worth bearing in mind that the Contracts Act 1999 could still be considered applicable, even though the “mixed” nature of the multimodal contract were confirmed, to cases where the international unimodal transport conventions did not apply, for example, because their territorial requirements were not satisfied or the contract should not be recognised as one by sea according to the COGSA 1992⁴¹.

Assignment, Implied Contract and Specimen Contractual Provisions

For the clarity of discussion, it should be noted that other solutions have been proposed in order to allow a consignee to exercise rights

³⁶ See Section 1 Contracts Act 1999.

³⁷ See Section 1(1)(a) and (b) Contracts Act 1999.

³⁸ See Section 1(3) Contracts Act 1999.

³⁹ Probably, the mere completion – in the FBL or Multidoc 95 - of the box “to the order of” with the name of the consignee would be sufficient to that effect. See also Baughen (nt. 180) 167.

⁴⁰ See Section 6(5)(a) and 6(5)(b) Contracts Act 1999, respectively.

⁴¹ See Bridge (Supra n. 6) para 21-079.

under the multimodal contract of carriage. Due to the lesser complexity they give rise to, they will be discussed all in the same paragraph.

To begin with the first proposed solution, it has been argued that rights on third parties might also be created by invoking the law of assignment⁴². As has been suggested, although the transfer to a consignee of a MTD will not amount to an implied assignment of any rights under it, the parties may notwithstanding make the transfer follow by an explicit assignment of certain rights⁴³. The assignment, it is suggested, could be made either in writing or entirely informally in equity⁴⁴.

Such a theory has probably been proposed as a gap-filling remedy to cases where the “mixed” contract solution does not permit the consignee to enforce peculiar terms of the multimodal transport contract, such as those related to the form of carriage, the route to be used, arbitration and the possible documentation to be provided⁴⁵.

Along with the theory of assignment, another attempt has been made arguing that between the carrier and the consignee would arise an implied contract as a result of the request for delivery of the goods made to the carrier⁴⁶. As has been noted, however, the scope of this device might be limited in that it could apply only between the consignee and the carrier from whom delivery was taken, that is to say: the last of the carriers involved in the multimodal transport operation⁴⁷.

Lastly, an involvement of the consignee in the multimodal transport contract might be inferred as a result of certain specimen provisions inserted in MTDs. To this respect, particularly relevant are those referring to the word “merchant”, which is said to include the shipper, the receiver, the consignor, the consignee, the holder and the owner of the goods⁴⁸.

⁴² Tettenborn (Supra n. 14) 134.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Bridge (Supra n. 6) para 21-080; Ozdel (nt. 244) 241.

⁴⁷ Bridge (Supra n.6) para 21-080.

⁴⁸ Melis Ozdel, ‘Multimodal Transport Documents in International Sale of Goods’ (2012) 7 *International Company and Commercial Law Review* 238245. See also

Nonetheless, as has been maintained, such clauses fall some way short in establishing a valid link between the consignee and the MTO. They are contractual in nature and insufficient to give the MTD all the necessary attributes to fulfil the conditions of a document of title to goods as such capable to transfer contractual rights through the transfer of the document itself⁴⁹.

International Sale Contracts

After having discussed the major difficulties arising from both the uncertain nature of the multimodal contract of carriage as well as the doubtful status of the document that is expected to contain or evidence that, it is worth turning the attention on the possible consequences arising from the usage of MTDs in international sale contracts.

International sale contracts, as has been seen, give rise to special problems in terms of risks faced by the parties, generally due to the circumstance that there is often a considerable lapse of time between the dispatch of the goods and their arrival at the agreed destination⁵⁰.

The parties will often make specific contractual provisions for allocating between them such risks to the extent of reaching a fair bargain. However, they may still rely on standard trade terms, such as those elaborated by the International Chamber of Commerce (hereinafter, “ICC”) in its publication entitled INCOTERMS 2010, to which certain legal incidents are attached unless a contrary intention appears⁵¹.

Because it cannot be excluded that sales of goods to be carried by multimodal container transport might be concluded on such terms, it seems useful to question whether or not such terms might be compatible with a multimodal carriage of goods covered by a MTD.

Compatibility of Standard Trade Terms with MTDs

As suggested by the ICC, in choosing the appropriate standard terms for their international sale contracts, the parties are - first of

the definition of ‘merchant’ in the FBL and Article 2 Multidoc 95.

⁴⁹ Ozdel (Supra n. 48) 245.

⁵⁰ Bridge (Supra n.6) para 18-001.

⁵¹ Ibid.

all - suggested to have regard to factors such as the goods to be sold, the means of their transport and other additional obligations on the parties⁵².

Because the present paper is concerned to the carriage of goods by more than one mode of transport and the related carriage documentation, it seems reasonable to focus the attention only on that terms that can be used irrespectively of the specific mode of transport and in cases where one or more means might be employed⁵³. The following discussion therefore will be particularly concerned with those terms known under the labels CPT and CIP⁵⁴.

The most important aspect that is worth discussing is related to the notion of 'delivery' and the compatibility of the latter with the usage of a MTD. The matter here is questioning whether or not the parties should rely on the standard position set forth in CPT and CIP or, otherwise, agree on an amendment.

In case of CPT and CIP terms, the default position is that the goods are considered delivered once handed over the first carrier. It is on delivery that the risk of cargo loss or damage is transferred to the buyer and that the seller's obligation to provide goods as per contractual description will be assessed⁵⁵.

In the light of the above, the parties should pay attention: as far as the buyer is concerned, to obtain a transport document that since delivery will allow to seek redress against the carrier in case something occurred in transit; and as far as the seller is concerned, to obtain a transport document that since then will evidence that the goods were received to the carrier in good conditions and as described in the contract of sale.

If the parties did not amend the rule according to which 'delivery' occurs at the moment in which the goods are delivered to the first

⁵² International Chamber of Commerce (ICC), *Incoterms 2010* (ICC Publication No. 715E, 2010) 5.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ For an analysis of the matter in respect of standard (marine) trade terms such as f.o.b. and c.i.f., see Bridge (nt. 101) para 21-099 to 21-108.

⁵⁵ Ozdel (Supra n.48) 248.

carrier and the multimodal route at stake were to involve both land and sea transit, it is likely that the major risk would rest on the buyer.

While the MTD may well amount to a receipt for the goods to the extent of discharging the seller for having provided goods as described in the contract of sale, the buyer, in turn, will be uncertain whether or not the document that has received allowed him to sue the MTO on the multimodal contract in case of loss or damage to goods. This is particularly risky because, if something occurred to the goods in transit, the possibility to seek redress against the MTO for the buyer will depend on the reliance on one of the solutions mentioned above (e.g. mixed contract, Contracts Act 1999, etc.), which might be proved unsuccessful.

Alternatively, the parties may wish the risk to pass at a later stage than 'delivery' and they may do so by a specification in this respect on the contract of sale⁵⁶. To this regard, it should be noted that it might be wise for the parties to identify as the stage at which the risk is deemed to pass an ocean port⁵⁷. If it were so, this would give rise to fairer bargain as between the seller and the buyer. Assuming the multimodal route were to be the same as above (land and sea transit), if something occurred in transit, the first land leg would be at the risk of the seller, who would well have – in turn - a claim against the MTO as both of them are parties to the contract of multimodal carriage⁵⁸. Conversely, the second sea leg would be on the buyer, who – in case of loss or damage at sea - might have the possibility to seek redress against the MTO if it were proved that the MTD acquired the characteristics of a BoL.

In conclusion, if the parties (in particular the buyer) wanted to minimise the risk of obtaining a transport document that does not allow him to sue the MTO under the multimodal contract of carriage, it is suggested that the traditional meaning of 'delivery' under CPT or CIP terms were amended as to shift the passing of risk at an ocean port. From that point onwards, there should be a greater probability that the buyer will be vested with the right to sue the MTO on contract as a

⁵⁶ International Chamber of Commerce (ICC), *Incoterms 2010* (ICC Publication No. 715E, 2010) 33.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ In the vast majority of cases, there should be privity of contract between them.

result of the fact that - at that stage - the MTD would acquire the status of a BoL.

Letters of Credit and MTDs

Ultimately, it is now worth considering whether the usage of MTDs may cause any effect in respect of the payment method agreed by the parties, in particular if the latter were a letter of credit (hereinafter, “LoC”)⁵⁹.

The circumstance that such payment method is based on a bank’s definite undertaking to be honoured only against presentation of certain conforming documents⁶⁰ shows, in fact and once again, how important carriage documentation might be also in respect of the financial aspect of an international sale transaction.

The principal reason behind discussing MTDs as documents that might be presented under a LoC lies in the fact that it still uncertain whether or not such transport documents, if tendered to a bank, might be capable to establish a valid pledge on the goods to which they relate to the extent of giving security to a bank.

As has been seen, such possibility is a prerogative of documents of title, which are recognised as symbols of the goods and whose transfer amount to transfer of constructive possession in goods covered by them.

Despite in multimodal transport a holder of a MTD may, by way of some expedients, achieve results similar to those that he could have obtained if he had been the holder of a document of title to goods (such as, the right to claim delivery or the possibility to sue the MTO under the contract of carriage), it is suggested that the transfer of

⁵⁹ The likelihood that the parties will agree on a LoC as a payment method in international sale contracts is reasonably high. This is also evidenced by the fact that authorities usually refer to such instrument as ‘the life blood of international commerce’. In this respect, see *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd v National Westminster Bank Ltd* [1978] 1 Q.B. 146, 155; *Power Curber International Ltd v National Bank of Kuwait S.A.K.* [1981] 2 Lloyd’s Rep. 394, 400; *Intraco Ltd v Notis Shipping Corporation of Liberia (The Bhoja Trader)* [1981] 2 Lloyd’s Rep. 256, 257; *United City Merchants (Investments) Ltd v Royal Bank of Canada* [1981] 3 W.L.R. 242, 253.

⁶⁰ See Article 2 (definition of ‘credit’) and Article 5 UCP 600.

constructive possession to goods to the extent of establishing a valid pledge following the mere transfer of a document is something he is prevented to do⁶¹.

Such possibility, therefore, must be confined to the terrain of documents of title and the only solution that could be proposed is that goods might be pledged to a bank only for that part of a multimodal route that is to be performed by sea, where the MTD would probably be regarded as a BoL and document of title to goods⁶².

For the remaining part of the carriage, a bank in possession of a MTD would have an inferior security, which were limited to the possibility, if named as a consignee, to exercise some of the rights arising out the multimodal contract of carriage by way of the solutions proposed above (e.g. mixed contract, Contracts Act 1999, etc.).

However, the circumstance as to whether or not a MTD presented under a letter of credit would be a good security for a bank that advanced moneys is not the only reason why such transport documents have relevance in documentary credits.

Issues, in fact, may arise as to the tender requirements for such transport documents. As has been seen, in LoCs regulated by the UCP 600, the criteria according to which MTDs must be examined are those set out in Article 19. Such provision seems based on the following Article 20, which has regard to the examination of BoLs, but with the appropriate amendments necessitated by the fact that this document envisages the use of more than one means of transport⁶³.

There is one aspect that leads to a substantive difference between checking a MTD and a BoL, respectively. While a BoL must bear the indication as to the date of shipment, port of loading and the name of the vessel⁶⁴, the latter is not required in respect of MTDs. A MTD to be

⁶¹ Tettenborn (Supra n.14) 143 suggests, however, a mechanism that could lead to similar effects.

⁶² For interesting aspects as to the possibility, for a bank, to exercise the statutory rights arising out the possession of a BoL obtained under a LoC, see *Standard Chartered Bank v Dorchester Lng (2) Limited "Mt Erin Schulte"* [2014] EWCA Civ 1382.

⁶³ Debattista (nt. 202) 351.

⁶⁴ See Article 20(a)(ii) UCP 600.

accepted, in fact, may indicate alternately the place and date on which the goods have been dispatched, taken in charge or shipped on board⁶⁵.

Although the absence of any mandatory requirement within the UCP 600 as to the date in which the goods are put on a vessel, it has been suggested that there might be cases where the so-called ‘on-board notation’ becomes necessary⁶⁶.

According to an ICC Opinion⁶⁷, an ‘on-board notation’ will be always required when either the parties expressly so required or when the credit requires shipment to be effected from a port to a place of final destination (*i.e.* the first leg of the journey, as required by the credit, is by sea). In the latter case, the dated on board will require the addition of the name of the vessel and port of loading⁶⁸.

It is suggested that the introduction of the requirement at hand has had a twofold importance. On the one hand, the parties are today well advised to tender MTDs bearing an ‘on-board notation’ if they do not want the bank refuse the documentation presented. The lack of indication as to the date and name of the vessel may, in fact, result in a rejection of a MTD either because the document is not compliant with that stipulated in the credit or because does not meet the clarifications provided in case the first leg of the multimodal transport were by sea. In this respect, it must be noted that MTDs – similarly to other documents – are not exempted from the principle of strict compliance⁶⁹.

On the other hand, the circumstance that in certain cases the parties are required to present a MTD bearing an ‘on-board notation’

⁶⁵ See Article 19(a)(ii) UCP 600.

⁶⁶ In this respect, see ICC, ‘Recommendations of the Banking Commission in respect of the requirements for an On board Notation’ (Recommendation Paper, Document no. 470/1128rev final, 22 April 2010) available at http://www.hsbc.com.tr/tr/kurumsal_isletme/dis_ticaret/duyurular/pdf/on_board_notation.pdf.

⁶⁷ ICC Opinion R.641 (TA.650rev).

⁶⁸ ICC ICC, ‘Recommendations of the Banking Commission in respect of the requirements for an On board Notation’ (Recommendation Paper, Document no. 470/1128rev final, 22 April 2010) available at http://www.hsbc.com.tr/tr/kurumsal_isletme/dis_ticaret/duyurular/pdf/on_board_notation.pdf. 8.

⁶⁹ See Article 14 UCP 600. In general on the principle of strict compliance, see also Chuah (nt. 98) para 11-083 to 11-089.

gives even more support to the argument according to which, while at sea, such transport documents acquire the status of document of title to goods. The completion of the document by the insertion as to the name of the vessel and the date on which the goods have been loaded on that ship makes a MTD almost indistinguishable from a 'shipped' BoL with the obvious consequence that all the parties in the transaction (seller, buyer and banks) would have access - during the sea transit - to all the benefits that are attached to that status.

Conclusion

At the end of this article it should be clear how multimodal transport, despite being a well-established practice in international trade, still gives rise to a great number of legal issues. It is a matter of fact that, with specific reference to carriage documentation, the attention paid towards the development of the BoL cannot even be compared to that received by MTDs.

At the international level, one of the most important attempts, the MT Convention, is today commonly referred to as a "failure"⁷⁰. At the national level, English law seems too attached to the idea that a single transport document could not cover more than one mode of transport so to miss the opportunity to pass legislation⁷¹ or to rule on the subject⁷².

Despite all the above, in this article the questioning really relied on the nature of MTDs and what consequences these documents may give rise to when adopted in international sale transactions. The parties must be aware that, beyond the soft-law regulation of such transport documents as provided by the UNCTAD/ICC Rules (later incorporated in MTDs such as the FBL and the Multidoc95) or the provisions of the UCP 600, the law may not be of any assistance. The parties therefore should carefully evaluate the possibility of conducting business under MTDs and decide whether it might be more or less convenient doing so.

⁷⁰ Tettenborn (Supra nt. 14) 143.

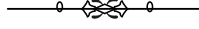
⁷¹ As opposed to India, see Indian Multimodal Act 1993 and Chapter 2, para 2.1.3.2.b.

⁷² Surely missed in *Bathia Shipping and Agencies Pvt. Limited v Alcobex Metals Limited* (nt. 137); arguably, in *Quantum Corporation Inc v Plane Trucking Ltd* (nt. 125).

Under English law, the principal suggestion that it might be given to the parties is to look at such transports documents as if they were, as far as the sea transit is concerned, BoLs. Although it is true that MTDs may perform particular functions even without the need of being compared to BoL, it is nevertheless undisputable that the life for trader would be far easier if the MTDs were to be considered as documents of title to goods along the entire multimodal route. Unfortunately, it is not the case (yet) and when a certain result cannot be achieved otherwise, the tendency is to attribute that to the document of title status and, as a consequence, admit its feasibility only if the goods were being carried at sea and the MTD were considered a BoL.

Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru

Unlawfulness in Turkish Tort Law



Ar. Gör. Gökçe KURTULAN*

ÖZET

Haksız fiilin belki de en tartışmalı konularından biri hukuka aykırılık unsurudur. Kanun koyucunun bir tanım vermekten kaçınarak sadece zikrettiği bu unsurun ne anlama geldiği konusunda öğretide de bir görüş birliği yoktur. Esasen haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı bir işleve sahip hukuka aykırılık unsurunun ne anlama geldiğine ilişkin olarak öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, bugün dahi, hiçbir teorinin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin soruların tamamına cevap verebildiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle mutlak haklar bakımından bu hakların dolaylı bir şekilde veya bir yapmama fiili sonucunda ihlali durumunda ve salt ekonomik zararlar açısından da yazılı bir özel koruma normunun bulunmadığı hallerde, hukuka aykırılık unsuruna ilişkin tartışmalar devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: hukuka aykırılık unsuru, sonucun hukuka aykırılığı, davranışın hukuka aykırılığı, normun koruma amacı teorisi, mutlak hakların ihlali, salt ekonomik zarar

ABSTRACT

Unlawfulness is one of the most disputed issues of Turkish tort law. Turkish Code of Obligations refrains from defining what unlawfulness means and contents itself with by simply stating that “Any person who unlawfully causes loss or damage to another, whether wilfully or negligently, is obliged to provide compensation” (Article 49/1). Moreover, one cannot speak of any consensus regarding the definition and content of unlawfulness element in the academia either. Three principal theories have been advanced in order to define the unlawfulness. However, even today, none of these theories satisfactorily answers

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, LL.M. London School of Economics and Political Science

every question concerning this element of tort liability. Regarding the violation of absolute rights (such as personality or property rights), the issues of indirect violation and violation through a passive behaviour remain problematic. On the other hand, the compensation of the pure economic loss in cases where there is no written legal rule that has been subject to violation, also continues to be open to discussion.

Key Words: *unlawfulness, tort, unlawfulness of conduct, unlawfulness of outcome, violation of absolute rights, pure economic loss*

I. Giriş

Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğunun temel dayanağı olan Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" buyurmaktadır. Bu hükümden yola çıkılarak öğretide ve yargı kararlarında, haksız fiilin dört temel unsuru olduğu ifade edilmiştir.¹ Bu unsurlar; kusur, hukuka aykırı bir fiil, nedensellik bağı ve zarardır. Kanun koyucu bu unsurların hiçbirinin tanımını yapmadığından, bu kavramların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda öğretide birçok görüş ortaya konulmuştur. Bu çalışmada haksız fiilin dört unsurundan biri olan hukuka aykırılık unsuru üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikle öğretide ileri sürülen ve yargı kararlarına da konu olan çeşitli görüşler kısaca aktarılacak, daha sonra hukuka aykırılık unsurunun sınırlandırılmasına ilişkin normun koruma amacı teorisi üzerinde durulacaktır. Ardından hukuka aykırılık unsuru, mutlak hakların ihlali ve diğer hakların ihlali ayrımı üzerinden incelenecektir.

Görüşleri açıklamaya geçmeden önce, hukuka aykırılık unsurunun varoluş nedeninden bahsedilmesi okuyucu için yararlı olabilir.² Bir

¹ **Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku (Anılış: "Mesuliyet"), Ankara 1961, s. 11; **Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altın, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 475; **Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015, s. 138; **Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 571; Yargıtay 4. HD, E. 2015/570, K. 2016/171, T. 11.1.2016; Yargıtay 3. HD, E. 2014/9881, K. 2015/3099, T. 26.2.2015 (www.kazanci.com)

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sanlı, Kerem Cem**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2010, s. 421-423; **MüKoBGB/Wagner**, 6. Auflage, 2013, BGB § 823 Rn. 1-3.

kimsenin başka birinin fiilinden dolayı zarar görmesi halinde, kanun koyucunun önünde ilk bakışta iki yol vardır: Bunlardan ilki, zararın zarar gören üzerinde bırakılmaması ve fiili dolayısıyla zarara yol açan kişiye yüklenmesidir.³ İkinci yol ise kişilerin toplum içinde yaşadığını ve iç içe geçmiş toplumsal yapının bir kimsenin fiilinin başka birinin zararına yol açmaya elverişli olduğunun kabullenilmesi ve zararın zarar gören üzerinde bırakılmasıdır. Her iki yolun da yeterince tatmin edici olmadığı ortadadır, zira kanun koyucu ne zararın tamamen zarar gören üzerinde kalmasını ne de zarar veren kişinin tüm zararı giderme yükümlülüğü altında olmasını arzu etmektedir. Bu yüzden uzun yıllardır bir yandan haksız fiil sorumluluğunun sınırları genişletilmekte (örneğin kusursuz sorumluluk hallerinin öngörülmesi), bir yandan ise haksız fiil sorumluluğun sınırlandırılması için çeşitli yollar aranmaktadır (örneğin uygun nedensellik bağı kuramı).⁴ İşte hukuka aykırılık unsuru da esasen haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı bir işleve sahiptir. Bu unsur sayesinde, bir başkasına zarar vermek ile sonuçlanan her kusurlu fiil, failinin sorumluluğunu doğurmayacaktır; bunun için ayrıca söz konusu fiilin hukuka aykırı olması aranacaktır. Bununla birlikte zaman zaman hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıkması üzerine bu kavramın geniş yorumlanması eğilimi ile de karşılaşılmaktadır.⁵ Çalışmanın devamında hukuka aykırılık unsuruna ilişkin ileri sürülmüş teoriler ve yargı kararları incelendiğinde, bu ikilem daha açık bir şekilde görülebilecektir.

³ **Kaneti, Selim**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi (Anılış: “Kusur Kavramı”), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977, s. 39.

⁴ Bu kuramın sorumluluğun sınırlandırılması bağlamında yetersiz olduğu görüşü için bkz. **Tandoğan, Haluk**, Hukuka Aykırılık Bağı (Anılış: “Hukuka Aykırılık”), Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977, s. 5 vd.

⁵ **Buz, Vedat**, Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 31.

II. Hukuka Aykırılık Unsurunu Açıklayan Teoriler

A. Sübjektif hukuka aykırılık teorisi

Temelinde “*alterum non laedere*” ilkesi yatan ve günümüzde etkisini yitirdiği söylenebilen sübjektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca,⁶ bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın bu fiille başkasına zarar verilmiş olması yeterlidir.⁷ Başka bir deyişle, hiç kimsenin hukuken korunan bir hakka dayanmaksızın başkasına zarar vermesi kabul edilemez. Sübjektif teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun oluşmasında, ortaya çıkan zararın niteliğinin bir önemi yoktur. Bu zarar, bir mutlak hak ihlali sonucunda ortaya çıkmış olabileceği gibi örneğin salt ekonomik zararın ortaya çıkmasıyla da oluşmuş olabilir.⁸

⁶ Sübjektif hukuka aykırılık görüşüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Cartier, Michael**, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007, s. 5-31. Bu görüşün günümüzde geçerliliğini yitirdiği görüşündeki yazarlar için bkz. **Cartier**, s. 31; **Sanlı**, s. 407; **Çağlayan Aksoy, Pınar**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s. 217. Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin temelinde, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun Fransızca versiyonunun genel haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği maddesindeki “*sans droit*” (bir hak olmaksızın) ifadesinin yer aldığı belirtilmektedir. Ancak 1911 yılında kabul edilen İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bu ifade, “*d'une maniere illicite*” (haksız bir şekilde) olarak değiştirildiğinden sübjektif hukuka aykırılık teorisinin dayanacağından ortadan kalktığı ifade edilmektedir. Bkz. **Atamer, Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 25; **Çağlayan Aksoy**, s. 216; **Akçura Karaman, Tuba**, Hukuka Aykırılık Unsuru ve Tehlike Kuralı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 560; **Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Bern 1982, s. 69. Aksi görüşte bkz. **Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 106.

⁷ **Sanlı**, s. 407; **Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 13-14; **Çağlayan Aksoy**, s. 217; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Deschenaux /Tercier**, s. 69. Bu görüşün tarihsel süreci hakkında bkz. **Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru (Anılaş: “Hukuka Aykırılık”), İstanbul 2007, s. 77-81.

⁸ **Çağlayan Aksoy**, s. 220-221. Salt ekonomik zarar, eşya zararı ve bedensel zarar dışında kalan tüm zararları içine alan bir ifadedir. **Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2016, s. 57; **Tiftik**,

Her türlü zararı kapsayıcı bu teorinin kabul edilmesi sonucunda haksız fiil kurumunun sınırlarının fazlasıyla genişleyeceği ve bunun sonucunda bireylerin hareket özgürlüğünün orantısız bir şekilde sınırlandırılacağı ortadadır.⁹ Zira bu görüş uyarınca ancak istisnai durumlar için öngörülmüş olan hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmaksızın başkasına verilen salt ekonomik zarar da dahil olmak üzere her türlü zararın giderilmesi gerekecektir.

Sübjektif hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesi sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olmasına rağmen haksız fiil sorumluluğunun doğmaması için, zarar veren kişinin bu zararı bir hakka dayanarak verdiğini ortaya koyması gerekir. Başka bir deyişle, bu sorumluluğun ortadan kaldırılması (ya da doğmamış sayılması), ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu ispatıyla mümkündür.¹⁰ Bununla birlikte sınırlı sayıda olan hukuka uygunluk sebeplerinin haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılması amacına her zaman hizmet etmeyecekleri ortadadır.¹¹ Aynı zamanda kanun koyucunun, tüm ihtimalleri göz önünde tutarak, kazuistik şekilde hazırlayacağı bir hukuka uygunluk sebepleri listesini ortaya koymasının pratik açıdan ne kadar güç olacağı açıktır.¹² Bu sebeplerden dolayı sübjektif hukuka aykırılık teorisinin ağırlığı git-tikçe azalmıştır.

B. Objektif hukuka aykırılık teorisi

Objektif hukuka aykırılık teorisi, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı müddetçe her türlü zarar verici fiili hukuka aykırı kabul eden sübjektif teorinin tam karşısında yer almaktadır. Bu teori uyarınca bir başkasına zarar veren bir fiilin haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için bir zararın ortaya çıkması yeterli görülmemekte, bunun yanı sıra

Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 49-50; **Buz**, s. 36; **Kırca**, s. 9; **Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat**, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, XVth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998), Publications of Swiss Institute of Comparative Law No. 33, Zürih 1998, s. 354.

⁹ **Akçura Karaman**, s. 558-559.

¹⁰ Bu ispat yükü, zarar verende olacaktır. Bkz. **Cartier, Michael**, s. 11.

¹¹ **Sanlı**, s. 407.

¹² **Çağlayan Aksoy**, s. 221-223; **Sanlı**, s. 407.

söz konusu fiili yasaklayan bir hukuk normunun ihlal edilmiş olması aranmaktadır.¹³

Sübjektif hukuka aykırılık teorisini savunan yazarların aksine bu görüşü savunan yazarlar, hukuka aykırılık unsurunun tespitinde sadece zarar veren kişiyi değil,¹⁴ bunun yanı sıra hukuk düzeninin ihlalini esas almaktadırlar. Nitekim bu teorinin “objektif teori” olarak nitelendirilmesinin nedeni, hukuka aykırılığın, objektif hukuk düzeninin ihlalinde aranmasıdır.¹⁵ İsviçre-Türk öğretisinde hâkim olan görüşün objektif hukuka aykırılık teorisi olduğu belirtilmelidir.¹⁶ Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” ifadesinin de objektif hukuka aykırılık teorisini desteklediği söylenebilir. Zira bu fıkra uyarınca haksız fiil sorumluluğunun doğması için kural olarak “zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralına” ihtiyaç duyulsa da, bazı istisnai hallerde böyle bir norm ihlali olmaksızın da sorumluluğun söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır.¹⁷

Bir kimsenin başkasına zarar veren fiilinin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu fiilinin bir *davranış normunu* ihlal etmesi gerekmektedir.¹⁸ Davranış normları, kişilerin başkasına za-

¹³ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 17; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Anılış: “Genel Hükümler”), Ankara 2015, s. 585; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012, s. 14; **Oftinger, Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. 1, Zürih 1958, s. 111.

¹⁴ Sübjektif hukuka aykırılık teorisi zarar veren fiilin failini esas almaktadır. Zira bu teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun tespitinde, failin bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı, yani failin sübjektif durumu dikkate alınmaktadır. Bkz. Atamer, s. 24; Çağlayan Aksoy, s. 218.

¹⁵ **Çağlayan Aksoy**, s. 160.

¹⁶ **Gürpınar**, s. 85; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 82; **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 18; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 574; **Sanlı**, s. 407; **Kırca**, s. 14; **Eren**, Genel Hükümler, s. 585; **Stöckli, Hubert**, Notizen zur Widerrechtlichkeit, Festschrift für Franz Riklin (ed. Niggli/Hurtado Pozo/Queloz), Zürih 2007, s. 232.

¹⁷ **Kapancı, Kadir Berk**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, İstanbul 2016, s. 7-8.

¹⁸ **Sanlı**, s. 408. Davranış normlarının karşısında teşkilat normları bulunmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru için önem arz eden kategori, başkasına zarar vermeyi yasaklayan veya zararı önleme ve zarar göreni koruma amacını güden davranış

rar vermesini yasaklayan veya bu kişilere, başkalarına zarar vermekten kaçınmak için belirli yükümlülükler yükleyen hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır.¹⁹ Bu davranış kurallarının kaynağı özel hukuk, ceza hukuku veya kamu hukuku olabileceği gibi, bu normların yazılı olması da zorunlu değildir.²⁰ Nitekim esas güçlük de, aşağıda inceleneceği gibi, özellikle yazılı olmayan davranış normlarını tespitinde ve bunların ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde ortaya çıkmaktadır.

Hangi hallerde ortada bir davranış normu bulunduğu tespiti her zaman kolay değildir. Alman hukukunun aksine İsviçre-Türk hukukunda hangi olguların bir haksız fiil teşkil edeceği belirtilmemiştir. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) genel haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği § 823 hükmünde hangi hakların ihlal edilmesi durumunda bir haksız fiilin söz konusu olacağı açıkça ve teker teker sayılmıştır.²¹ Buna karşılık, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 41. maddesi²² ve Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde bu yaklaşım benimsenmemiş, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” şeklindeki genel ifade tercih edilmiştir. Bu genel ifadenin yarattığı belirsizliğin de etkisiyle hangi zararların giderilmesinin haksız fiil bağlamında talep edilebileceği tartışması ortaya çıkmıştır.

normlarıdır. Bkz. **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 18; **Eren**, Genel Hükümler, s. 588; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 427.

¹⁹ **Akçura Karaman**, s. 562; **Çağlayan Aksoy**, s. 156.

²⁰ **Sanlı**, s. 408; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 14-15; **Werro, Franz**, Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law, Civil Liability for Pure Economic Loss (ed. Efstathios K. Banakas), 1996, s. 183; **Oftinger**, s. 113.

²¹ Bu haller; bir kimsenin hayatının, vücudunun, sağlığının, özgürlüğünün, mülkiyet hakkının veya diğer bir hakkının kasten veya ihmalle ihlal edilmesi halleridir. Maddenin ikinci fıkrasında, üçüncü bir kişiyi koruyan bir hukuk normunun ihlali halinde de haksız fiilin gerçekleşeceği belirtilmiştir. BGB § 826'da ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 49/2 hükmüne denk gelen, başkasına ahlaka aykırı bir fülle zarar verme hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **MüKoBGB/Wagner**, BGB § 823 ve § 826.

²² İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi şöyledir: “*Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.*” Yazarın çevirisi: “Bir kimsenin haksız bir şekilde, kasten veya ihmalle zarara uğramasına neden olan kişi bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Bu tartışma sonucunda günümüzde objektif hukuka aykırılık teorisinin, sübjektif teorinin aksine, mutlak zararlar ve diğer zararlar arasında bir ayrıma gittiği görülmektedir.²³ Kişilik hakkı, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi birtakım hakların ihlali söz konusu olduğunda hukuka aykırılık unsurunun tespiti hususunda iki teori arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte iki teori arasındaki esas farkın, bu haklar dışında kalan diğer zararların söz konusu olması halinde hukuka aykırılık unsurunun tespitinde ortaya çıktığı görülmektedir.²⁴

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca kişilik hakkı, yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi birtakım haklar doğası gereği temel bir davranış normuyla korunmaktadır.²⁵ Bahsi geçen bu haklar mutlak hak olarak nitelendirilmekte ve hak sahibinin herkese karşı ileri sürebilen bir yasaklamayı içermektedir.²⁶ Bu hakların korunması başta Ceza Kanunu ve Medeni Kanunu'ndaki hükümler aracılığıyla sağlanmakla birlikte,²⁷ baskın görüşe göre bir mutlak hakkın ihlalinin söz konusu olması durumunda artık bu davranış normlarının ihlalinin ayrıca incelenmesine gerek kalmamaktadır.²⁸ Başka bir ifadeyle, bir mutlak hakkın ihlal edilmiş olması haksız fiilin dört unsurundan biri olan hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.²⁹ Bu yaklaşım “sonucun

²³ **Cartier**, s. 31.

²⁴ **Eren**, Genel Hükümler, s. 585; **Atamer**, s. 26; **Antalya**, s. 426; **Deschenaux / Tercier**, s. 70.

²⁵ Temel koruma normları, başkasını öldürme, başkasının vücut bütünlüğüne zarar verme, kişilik hakkını ihlal etme, aynı hakkını veya zilyetliğini ihlal etme ve (tartışmalı olmakla birlikte) dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağını içeren normlar olarak sınıflandırılabilir. **Eren**, Genel Hükümler, s. 593; **Atamer**, s. 25.

²⁶ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015, s. 236.

²⁷ Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nda 81. madde ve devamında hayata karşı ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar 125. madde ve devamında şerefe karşı suçlar (başka bir ifadeyle kişilik hakkını ihlal eden suçlar), 151. madde ve devamında ise mala zarar verme suçu düzenlenmektedir.

²⁸ **Akçura Karaman**, s. 564; **Atamer**, s. 25; **Buz**, s. 33; **Kırca**, s. 15; **Verde**, Rz. 8; **von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C.1, İstanbul 1952, s. 388.

²⁹ **Oftinger**, s. 113-114. Oğuzman/Öz, mutlak bir hakkın ihlali halinde sonucun hukuka aykırı olacağını, mutlak bir hakkın ihlaline yönelik bir fiil söz konusu ise bu davranışın hukuka aykırı olacağını belirtmiştir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, s. 15. Kanımızca ikinci durumda kural olarak hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş

hukuka aykırılığı” olarak anılmaktadır.³⁰ Öte yandan, bir mutlak hak ihlali sonucunun söz konusu olmadığı hallerde dahi “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı ile sorumluluğun kurulması mümkündür. Buna göre, bir kimsenin mutlak haklar dışındaki menfaatlerini korumayı amaçlayan hukuk kurallarının ihlal edilmiş olması başlı başına hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğunu kabul etmeye yetecektir.³¹

Mutlak hakların aynı zamanda çeşitli kanunlarda yer alan hükümler -temel koruma normları- ile korunduğu gerçeği göz önünde tutulduğunda, bu hakları ihlal eden fiiller bakımından hukuka aykırılık unsurunun “sonucun hukuka aykırılığı” veya “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı üzerinden açıklanmasının pratik bir farkının bulunmadığı düşünülebilir.³² Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın verdiği kararlarda iki yaklaşımın da benimsendiği görülmektedir.³³ Ayrıca mutlak hakların ihlal edilmemesi gerektiği yönünde

olmakla birlikte, bir hak ihlaline yönelik bir fiil olmasına rağmen bu fiilin sonucunda bir zarar gerçekleşmediği için haksız fiil söz konusu olmayacaktır.

³⁰ **Atamer**, s. 26-27; **Çağlayan Aksoy**, s. 163. Sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının eleştirisi için bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 592-593. Yazar, her temel koruma normunun ihlali sonucunda mutlak hak ihlali gerçekleşse de, her mutlak hak ihlalinin aynı zamanda temel bir koruma normu ihlali anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Yazar bu görüşünü desteklemek için bir fırtına neticesinde ölüm gerçekleşmesi örneğini vermiştir. Fakat buradaki sorunun hukuka aykırılık unsurunun tespitinde bir temel koruma normunun ihlaline ilişkin olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu örnekte zaten haksız fiilin alt unsurlarından “fiil” bulunmamaktadır.

³¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 171-172.

³² **Atamer**, s. 26.

³³ Bkz. BGE 116 Ib 367, 374. Mahkeme kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Zarar verici bir fiilin hukuka aykırı olması için genel bir hukuk kuralını ihlal etmesi gerekmektedir. Bu ihlal, bir mutlak hakkın ihlali (sonucun hukuka aykırılığı) olarak karşımıza çıkabileceği gibi, ilgili koruma normunun ihlal edilmesi durumunda salt ekonomik zararın ortaya çıkması halinde de (davranışın hukuka aykırılığı) söz konusu olabilir. Hukuka aykırılık, objektif bir hukuk normunun ihlaline dayanır ve bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olması halinde ortadan kalkar.” (yazarın çevirisi) Yargıtay’ın da bu kadar açık olmasa da hem sonucun hem de davranışın hukuka aykırılığı görüşlerini benimsediği söylenebilir. Örneğin Yargıtay HGK, 2013 tarihli bir kararında şu ifadeye yer vermiştir: “Hukuka aykırılık bir değer yargısıdır. Eylemin hukuka aykırılığı, davranış kurallarının çiğnenmesi ile ortaya çıkar.” Buraya kadar Yargıtay’ın davranışın hukuka aykırılığı görüşüne yaklaştığı düşünülse de ardından gelen ifadeye bakıldığında bunun tam olarak

genel ve yazılı olmayan bir kuralın bulunduğu kabul edildiğinde de sonucun değişmeyeceği görülmektedir.

Ancak kanımızca mutlak hak ihlallerinde davranışın veya sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımlarının benimsenmesinin birbirinden farklı sonuçlara götürmesi yine de mümkündür.³⁴ Mutlak hakların ihlalinde “sonucun hukuka aykırılığı” yaklaşımı benimsenirse, bu hakların ihlal edilmesi hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş sayılması için yeterli olacaktır.³⁵ Buna karşılık davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının kabulü halinde bir mutlak hak ihlali ile sonuçlanan bir fiil her zaman hukuka aykırı sayılmayacaktır. Özellikle mutlak hakların dolaylı ihlalinde veya bir yapmama fiili ile ihlalinde davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi, haksız fiil kurumunun felsefesine daha uygun olacaktır.³⁶ Zira haksız fiil hukukunun geniş çaplı amaçlarından birinin kişilerin fiillerinin sonuçlarını öngörebilmelerini ve buna yönelik tedbirleri almalarını sağlamak olduğu açıktır. Bunun yanı sıra her ne kadar mutlak hakkın ihlali ile temel bir koruma normu ihlal edilmiş olacaksa da, bu normların da amaca göre sınırlanması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla ihlal edilen davranış normu değerlendirilmeksizin, bir mutlak hak ihlali sonucunu doğuran her fiilin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılamayacaktır. Bu husus üzerinde aşağıda “üçüncü hukuka aykırılık görüşü” başlığı altında durulacağından burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca kişilerin mutlak haklar dışında kalan haklarının veya menfaatlerinin ihlal edilmesi durumunda ise hukuka aykırılık unsurundan bahsedebilmek için, zarar verici fi-

doğru olmadığı görülmektedir: “Kişilik haklarının ihlali, kural olarak hukuka aykırı sayılır.” Demek ki Yargıtay, objektif hukuka aykırılık görüşü çerçevesinde esasen davranışın hukuka aykırılığını benimsemekle birlikte bir mutlak hak olan kişilik haklarının ihlalinde, ihlal sonucunun doğmasını hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olması için yeterli görmektedir. Bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/8, K. 2013/1458, T. 9.10.2013 (www.lexpera.com).

³⁴ Bu görüşe ilişkin olarak bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 167-171.

³⁵ Bu durumda bir davranış normunun ihlal edilmiş olması hukuka aykırılık unsurunun değil, zarar veren fiilin failinin kusurunun tespitinde önem taşıyacaktır. Bkz. **Sanlı**, s. 410.

³⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 164-165.

lin bir davranış normunu ihlal ediyor olması gerekmektedir.³⁷ Bu diğer hakları koruyan kurallar “özel koruma normu” olarak adlandırılmaktadır. İşte objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, mutlak hak ihlali dışında bir hakkın ya da menfaatin ihlal edilmesi durumunda, hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olabilmesi için öncelikle bir özel koruma normunun bulunması ve bu normun haksız fiilin faili tarafından ihlal edilmiş olması gerekmektedir.³⁸ Başka bir deyişle objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca mutlak haklar dışında kalan hakların ve menfaatlerin ihlalinde “davranışın hukuka aykırılığı” yaklaşımı kabul edilmektedir.

Herhangi bir kimsenin mutlak hakkı ihlal edilmiş olmaksızın, zarar veren fiilin haksız fiil sorumluluğunun doğmasına neden olduğu bir örnek irade sakatlıkları alanında karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Kanunu’nun 36 vd. maddelerinde aldatma ve korkutma halleri düzenlenmiştir. Her iki hükümde de, sözleşmenin taraflarından birinin irade sakatlığına neden olan aldatma veya korkutma hallerinin kural olarak sözleşmenin iptal edilebilirliğine yol açacağı düzenlenmektedir. Bu durum, aldatma ve korkutma fiillerinin sözleşme hukukundaki yansımasıdır. Bununla birlikte bu fiillerin haksız fiil hukukunu ilgilendiren bir diğer sonucu ise tazminat sorumluluğunun ortaya çıkmasıdır. Aldatılan veya korkutulan, bu yüzden bir sözleşme ilişkisine dahil olan bir kişinin bir mutlak hakkının ihlal edilmesi zorunlu değildir. Ancak aldatmayı ve korkutmayı yasaklayan Borçlar Kanunu’nun 36. ve 37. maddeleri ihlal edilmiş olacağından davranışın hukuka aykırılığı söz konusu olacak ve bu fiili ile başkasına zarar veren kişinin haksız fiil sorumluluğu doğacaktır.³⁹

Objektif hukuka aykırılık teorisi bağlamında sonucun ve davranışın hukuka aykırılığının bir arada değerlendirilmesi gerektiğini sa-

³⁷ Kırca, s. 16-17; Çağlayan Aksoy, s. 171; Buz, s. 37.

³⁸ Özel koruma normları, mutlak haklar dışında kalan hak ve menfaatlerin ihlalinde hukuka aykırılık unsurunun kurucu unsurudur. Atamer, s. 26.

³⁹ von Tuhr, s. 393; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2014, s. 469 ve s. 478. Kocayusufpaşaoğlu, kanımızca isabetli olarak, aldatan veya korkutan kişinin sözleşmenin karşı tarafı olması ihtimalinde haksız fiil hükümlerine alternatif olarak *culpa in contrahendo* ilkesi uyarınca sözleşmeye aykırılık hükümlerine de başvurulabileceği, bu iki hükmün yarışma hali içinde olduğu görüşündedir.

vunan karma görüş uyarınca ise, mutlak hakların ihlali bakımından sonucun hukuka aykırılığı, mutlak hak ihlalleri dışında kalan zararlara neden olan fiiller içinse davranışın hukuka aykırılığı görüşü benimsenmelidir.⁴⁰ Bu görüşe katılan *Eren*, kusursuz sorumluluk hallerinde hukuka aykırılığın bir unsur olarak kabul edilebilmesinin ancak karma teori sayesinde mümkün olduğunu ifade etmiştir.⁴¹ Zira kusursuz sorumluluk hallerinin çoğunda bir kimsenin bir hukuk normuna aykırı bir fiilinden, dolayısıyla davranışın hukuka aykırılığından söz etmek mümkün olmadığından, sonucun hukuka aykırılığının kabul edilmesi gerekecektir.⁴²

Türk-İsviçre öğretisinde hakim olan objektif hukuka aykırılık görüşünün Alman öğretilerine paralel bir şekilde geliştiği söylenebilir. Yukarıda ifade edildiği üzere, Alman Medeni Kanunu'nda hangi hallerde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olacağı açıkça sayılmıştır. BGB § 823'ün ilk fıkrası uyarınca, Türk-İsviçre öğretisinde “mutlak haklar” olarak kategorize edilen ve teker teker sayılan bu hakların ihlal edilmiş olması durumunda hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş sayılır (sonucun hukuka aykırılığı). Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, yukarıda sayılan mutlak hakların ihlali dışında bir zararın ortaya çıkması halinde davranışın hukuka aykırı olması aranacaktır (davranışın hukuka aykırılığı). İşte Alman öğretisinde ilgili hükmün yorumlanması üzerine gelişen sonucun hukuka aykırılığı ve davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı,⁴³ Türk-İsviçre öğretisini de etkilemiştir. Ne İsviçre Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde ne de Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde ortaya çıkan zararlar bakımından bir ayırım yapılmış olmasına

⁴⁰ Aksi görüşte bkz. **Antalya**, s. 432. Yazar, mutlak haklar bakımından da davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mutlak hak ihlallerinde de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin bir sonucu olarak, “sosyal uygunluk standardını” sağlayan fiillerin, sonuçta bir mutlak hak ihlali ortaya çıksa bile hukuka aykırı sayılmayacaktır. Bu görüşün açıklaması için bkz. **Akçura Karaman**, s. 566-567.

⁴¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 596. *Eren*, kusur sorumluluğunun esas alındığı durumlarda ise hukuka aykırılığın sonuçla bir ilişkisi olmadığını, başka bir deyişle davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **Fikret, Eren**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi (Anılış: “İlliyet Bağ”), Ankara 1975, s. 138.

⁴² **Eren**, Genel Hükümler, s. 596.

⁴³ **MüKoBGB/Wagner**, BGB § 823, N. 5-7.

rağmen⁴⁴ hukuka aykırılık unsuruna ilişkin hakim görüşün bu yönde şekillenmesi, Alman hukukçuların etkisi ile açıklanabilir.⁴⁵

C. Üçüncü Hukuka Aykırılık Teorisi

Türk-İsviçre öğretisinde uzun yıllar boyunca hukuka aykırılığı açıklayan teoriler iki başlık altında (objektif ve subjektif teoriler) incelenmiştir. Bununla birlikte son yıllarda bu teorilerin yanı sıra (ve bunların karşısında), hukuka aykırılığı farklı bir temele dayandıran üçüncü bir teori daha ileri sürülmüştür. Bu teori “özen yükümlülüğüne aykırılık teorisi” veya “yeni hukuka aykırılık teorisi” olarak da anılan, “üçüncü hukuka aykırılık” teorisidir.⁴⁶

Üçüncü hukuka aykırılık teorisine göre, objektif teorinin aksine mutlak haklar ve diğer menfaatler arasında veya temel koruma normları ile özel koruma normları arasında bir ayrıma gidilmemelidir.⁴⁷ Bunun yerine, hukuka aykırılık unsurunun kurulması için aranması gereken

⁴⁴ Schwenger/Schönenberger, s. 354; Cartier, s. 34.

⁴⁵ Aynı yönde, Akçura Karaman, s. 564; Çağlayan Aksoy, s. 245; Gürpınar, s. 85; Kırca, s. 17; Buz, s. 32. Nitekim Widmer/Wessner tasarısı olarak da anılan İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesak Hale Getirilmesine İlişkin Ön Tasarı'nın 46. maddesinde tıpkı BGB § 823'e benzer bir düzenleme getirilerek objektif hukuka aykırılık teorisinin bir yasal dayanak kazanması amaçlanmıştır. Tasarı'nın ilgili hükmü öncelikle hukuken korunan bir hakkın ihlal edilmiş olmasını hukuka aykırı saymakta (sonucun hukuka aykırılığı) ve bunun dışında bir zarar ortaya çıkmış olması halinde bu zarara yol açan fiilin hukuk düzeninin emir ve yasaklarına, dürüstlük kuralına veya sözleşmeye aykırı olması halinde (davranışın hukuka aykırılığı) hukuka aykırılığın kurulacağını ifade etmiştir. Tasarı'nın ilgili hükmünün Almanca orijinal metni şu şekildedir: “(1) *Widerrechtlich ist eine Schädigung, die ein von der Rechtsordnung geschütztes Recht verletzt.* (2) *Besteht die Schädigung im Verhalten einer Person, so ist dieses dann widerrechtlich, wenn es gegen ein Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht verstösst.*” Hemen belirtelim ki 2000 yılında hazırlanmış olan bu Tasarı'nın kadük olmuştur. Bu yüzden bu çalışmada Tasarı ayrıntılı bir şekilde incelenmemiş, sadece gerekli olduğu durumlarda Tasarı'ya atıfta bulunulmuştur. Aksi yönde bkz. Stöckli, s. 238.

⁴⁶ Verde, para. 3; Cartier, s. 87.

⁴⁷ Schnyder, Anton K./Portmann, Wolfgang/Müller-Chen, Markus, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Schultess 2008, s. 56.

şey, genel bir davranış yükümlülüğüne aykırılık olmalıdır.⁴⁸ Bu teori uyarınca hukuka aykırılık unsurunun varlığından söz edebilmek için, bu kişinin somut olayda kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekmektedir.⁴⁹ Bu açıdan üçüncü hukuka aykırılık teorisinin *common law* sistemlerine hakim olan *duty of care* prensibini çağrıştırdığı ifade edilmektedir.⁵⁰ Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin ortaya koyduğu yenilik, mutlak haklar bakımından genel kabul gören sonucun hukuka aykırılığın yaklaşımının terk edilmesi ve bunun yerine mutlak haklar için de davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesidir.⁵¹ Objektif teori uyarınca mutlak haklar dışında kalan değerlerin ihlalinde zaten özel bir koruma normunun ihlali arandığından, bu haklar bakımından üçüncü hukuka aykırılık teorisi ile objektif hukuka aykırılık teorisinin arasında esasen bir fark yoktur.

Mutlak hakların ihlali halinde davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin anlamı kısaca şudur: Eğer bir kimsenin davranışı, hukuk düzenine uygun, başka bir deyişle “toplumsal açıdan eksiksiz” olmakla birlikte yine de bir mutlak hak ihlali ile sonuçlanıyorsa, artık bu davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilmemesi ge-

⁴⁸ **Buz**, s. 35; **Cartier**, s. 87. Bu davranış yükümlülüğü ve kişiden beklenen özenin seviyesi, toplumun geneli dikkate alınarak objektif bir şekilde belirlenecektir. **Cartier**, s. 97.

⁴⁹ Bir görüşe göre, üçüncü hukuka aykırılık teorisi uyarınca hukuka aykırılık unsurunun özen yükümlülüğünün ihlaline dayandırılması doğru değildir; bunun yerine bir koruma yükümlülüğünün ihlali aranmalıdır. Üçüncü hukuka aykırılık teorisi uyarınca hukuka aykırılığı özen yükümlülüğüne bağlayan yaklaşımı eleştiren bir diğer görüş ise hukuka aykırılık unsurunun oluşmuş sayılması için bir davranış yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşler için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 238-245.

⁵⁰ **Buz**, s. 35; **Çağlayan Aksoy**, s. 224-225; **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, s. 56. İngiliz haksız fiil hukukunda, ihmali bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için dört şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan ilki, haksız fiil failinin zarar gören kişinin de içinde bulunduğu bir topluluğa, insan grubuna karşı bir özen yükümlülüğü altında olmasıdır. Diğer şartlar, bu özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması, bunun sonucunda bir zararın ortaya çıkmış olması ve zararın, söz konusu fiilin çok uzak bir sonucu olmaksızın (Kara Avrupası haksız fiil hukukunda uygun nedensellik bağı teorisinin karşılığı olarak) oluşmuş olmasıdır. Bu konuda bkz. **van Gerven, Walter/Lever, Jeremy/Larouche, Pierre**, *National, Supranational and International Tort Law*, C. 1, Oxford 2000, s. 44 vd.

⁵¹ **Çağlayan Aksoy**, s. 224.

rekir.⁵² Hukuka aykırılığı genel bir davranış yükümlülüğünün ihlaline bağlayan bu teoriyi savunan yazarların görüşlerini birbirinden farklı temellere dayandırdığı görülmektedir. Bu temeller, bir özen yükümlülüğünün ihlali, bir koruma yükümlülüğünün ihlali ve bir davranış yükümlülüğünün ihlali olarak sınıflandırılabilir.⁵³

Haksız fiil sorumluluğunun temeline bir özen yükümlülüğünü oturtan görüş, haksız fiilin kusur ve hukuka aykırılık unsurları arasındaki ayrımı silikleştirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁴ Zira bir kimsenin kendisinden beklenen özeni göstermiş olmasına rağmen ortaya bir zarar çıkmışsa, bu durumda hukuka aykırılık unsurundan bağımsız olarak kusur unsuru eksik olduğu için bu kişinin haksız fiil sorumluluğu doğmayacaktır. Bununla birlikte öğretide iki yaklaşım arasındaki farkın kendini kusursuz sorumluluk hallerinde göstereceği de ifade edilmiştir.⁵⁵ Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenleme bulan adam çalıştırmanın sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, çalıştırılan kişinin zarar veren fiilinin hukuka aykırı olması gerekmekte ise de, adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması için bu kişinin kusuru aranmaktadır. Dolayısıyla bir çalıştırılan, kendisinden beklenen tüm özeni göstererek toplumsal açıdan “eksiksiz” bir davranış sonucunda üçüncü bir kişinin mutlak hakkını ihlal etmişse, bu durumda artık adam çalıştırmanın haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁵⁶

⁵² **Atamer**, s. 11.

⁵³ **Çağlayan Aksoy**, s. 227 vd.

⁵⁴ **Cartier**, s. 114 vd.; **Akçura Karaman**, s. 566. Çağlayan Aksoy, haksız fiil sorumluluğunu bir özen yükümlülüğünün ihlaline dayandıran görüşlerden birinin (Werro) aslında bu objektif özen yükümlülüğünü kusur unsuru ile ilişkilendirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre Werro, haksız fiil sorumluluğunun temeline objektif özen yükümlülüklerini oturtmakla birlikte, hukuka aykırılık unsurunun varlığını sadece hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti bakımından incelemektedir. Bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 230-236.

⁵⁵ **Akçura Karaman**, s. 567.

⁵⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 237. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın gerçek anlamda bir kusursuz sorumluluk hâli olup olmadığı tartışılabilir. Her ne kadar Kanun'da kusursuz sorumluluk hâlleri arasında düzenlenmiş olsa da, burada esasen kusur karinesinin tersine çevrildiği bir durum söz konusudur. Başka bir ifadeyle, kural olarak haksız fiillerde kusurun ispat yükü zarar görende olsa da, TBK m. 66/2'de görüldüğü üzere adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında ispat yükü yer değiştirmiş ve adam çalıştırana geçmiştir. İlgili fıkrada

Üçüncü hukuka aykırılık teorisinin Türk-İsviçre doktrininde hali hazırda hakim olan karma objektif hukuka aykırılık teorisini nasıl ve ne derecede ileriye taşıdığı sorgulanmakla birlikte, mutlak hakların dolaylı bir fiille ya da yapmama fiiliyle ihlali durumunda objektif hukuka aykırılık teorisinde ortaya çıkan sakıncaların üçüncü hukuka aykırılık teorisine giderilebileceği ifade edilmiştir.⁵⁷ Aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinilecek olmakla birlikte, mutlak hakların dolaylı bir şekilde veya bir yapmama fiili ile ihlal edilmesi durumunda günümüz öğretisinde nasıl bir yaklaşımın benimsendiğinden kısaca bahsedilmesi bu konuda aydınlatıcı olabilir. Mutlak hakların ihlalinde kural olarak sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı benimsenmiş olmakla birlikte, bu hakların bir yapmama fiili üzerinden veya dolaylı ihlali söz konusu olduğunda bir özel davranış normuna aykırılık aranmaktadır. İşte bu noktada, objektif hukuka aykırılık teorisinin bu tutarsızlığı, üçüncü hukuka aykırılık teorisine sayesinde giderilmiş olacak ve bu ihlaller açısından davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı teorik açıdan sağlam bir zemine oturtulacaktır.⁵⁸

III. Haksız Fiil Sorumluluğunun Sınırlandırılması: Normun Koruma Amacı Teorisi

İsviçre-Türk öğretisinde kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine uyarınca bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için bir mutlak hakkın ihlalinin veya mutlak haklar dışındaki menfaatlerin ihlalinde bir özel koruma normunun ihlal edilmesi gerektiği yukarıda

düzenlenen ispat yükünü yerine getirmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı için TBK m. 66'nın gerçekten bir kusursuz sorumluluk hâli olup olmadığı tartışmaya açıktır.

⁵⁷ Çağlayan Aksoy, s. 250. Bununla birlikte OR 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Taslağı'nda da objektif teorisinin benzer gerekçelerle terk edildiği görülmektedir. Taslağın 46. maddesi uyarınca genel bir davranış yükümlülüğünü ihlal eden herkesin, ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması halinde haksız fiil sorumluluğunun doğacağı hükme bağlanmaktadır. ("Toute personne qui, sans motif justificatif, viole un devoir général de comportement, est tenue de réparer le dommage résultant de cette violation.") Bkz. Fellmann, Walter/ Müller, Christoph/ Werro, Franz, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Article 46, 2013. Ayrıca bkz. Çağlayan Aksoy, s. 271 vd.

⁵⁸ Çağlayan Aksoy, s. 249 vd.

açıklandı. Ancak hakimin bir mutlak hak ya da özel koruma normunun ihlal edildiğini tespit etmesi, haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması açısından yeterli görülmemiştir.⁵⁹ Buna karşılık, ihlali aranan davranış normlarının, bir hakkın ya da menfaatin ihlalini *doğrudan yasaklayan* hukuk kuralları olması ve söz konusu özel koruma normunun üçüncü kişinin mutlak hak dışındaki haklarını *tesadüfen* koruyor olması gerekmektedir.⁶⁰ Zira bir hukuk kuralının belirli bir davranışı yasaklamış olması, bu davranış sonucunda ortaya çıkan her türlü zararın tazmininin de amaçlandığı anlamına gelmemektedir.

Bu noktada hukuka aykırılık kavramı ve hukuk kuralına aykırılık durumu arasında bir kıyas yapılması, aşağıda açıklanacak olan normun koruma amacı teorisinin daha iyi anlaşılabilmesi için yol gösterici olacaktır. Hukuka aykırılık unsuru, herhangi bir hukuk kuralına aykırılıktan daha dar kapsamlı bir durumu ifade etmektedir.⁶¹ Hukuka aykırılık unsurunun söz konusu olabilmesi için herhangi bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olması yeterli değildir. Bunun ötesinde, ihlal edilen hukuk kuralının korumak istediği kişilerin aleyhine, bu kural ile korunmak istenen bir menfaatinin ihlal edilmiş olması ve bu kuralın engellemek ya da yasaklamak istediği bir fiil sonucunda zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir.⁶² İşte bu gereklilik öğretide normun koruma amacı teorisi ya da hukuka aykırılık bağı olarak ifade edilmektedir.⁶³

⁵⁹ Normun koruma amacının ya da hukuka aykırılık bağının (bkz. dn. 37) hukuka aykırılık unsurunun içinde mi yoksa bundan bağımsız bir unsur olarak mı ele alınması gerektiği tartışmalıdır. İki görüş arasında bir pratik fark bulunmadığından bu görüşlere burada ayrıntılı bir şekilde yer verilmeyecektir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 598.

⁶⁰ **Kırca**, s. 21. Bu yüzden bu zararlar açısından, temel koruma normlarında olduğu gibi yazılı olmayan bir tehlike esasının kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. **Kırca**, s. 20.

⁶¹ **Eren**, Genel Hükümler, s. 587; **Tiftik**, s. 49.

⁶² **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 9 vd.

⁶³ Bkz. **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 5 vd; **Eren**, Genel Hükümler, s. 595 vd. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Atamer**, s. 70 vd; **Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 476. **Akman/Burcuoğlu/Altop**'un hukuka aykırılık bağını, hukuka aykırılık unsurundan ayrı bir unsur olarak ele aldıkları görülmektedir: “Bir davranış hukuka aykırı olsa bile, bundan doğan zararlı sonuçlar, ihlal edilen hukuk kuralının koruma alanına girmiyorsa, hukuka aykırılık bağı mevcut olmadığı için sorumluluk da söz konusu olmaz.”

Bu konuda verilen klasik bir örnek, bu teorinin anlaşılması için yardımcı olabilir. Bir yerde konser verecek olan şarkıcının bir trafik kazası sonucunda yaralanması, bu kişinin mutlak bir hakkı olan vücut bütünlüğünün korunmasının ihlali demektir. Başka bir deyişle bir davranış normu ihlal edildiği için, trafik kazasına sebep olan kişinin hukuka aykırı bir fiilinden söz etmek mümkündür. Bununla birlikte, bu şarkıcının kazanın gerçekleştiği günün akşamında olması gereken konseri kaza yüzünden iptal edildiğinde, bundan zarar gören en başta konser organizatörü olmak üzere diğer kişilere karşı da ortada hukuka aykırı bir fiilin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ortada bir temel davranış normunun ihlalinin bulunduğundan söz etmek mümkünse de, bu normun korumak istediği menfaatin zarar görenin vücut bütünlüğü ve korumak istediği kişinin de vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi olduğu ortadadır. Bu yüzden ekonomik zarara uğrayan organizatör açısından hukuka aykırılık unsurunun mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.⁶⁴

Benzer şekilde, bir firmanın İş Kanunu'nun gereklerine uymayarak yasal olmayan bir şekilde işçilerine fazla mesai yaptırması sonucunda kurallara riayet eden rakip firmaların ekonomik zarara uğramasına yol açacağı ortadadır. Buna karşın rakip firmanın İş Kanunu'nun ilgili hükümlerinin ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat talep edebilmesi mümkün değildir, zira bu hükümlerin amacı rakip firmaların değil işçilerin korunmasıdır.⁶⁵

Yol gösterici olabilecek bir diğer örnek ise Yargıtay kararlarına da konu olmuş Boğaz'daki tanker kazalarına ilişkindir. Bu kararlarda, söz konusu kazalar yüzünden denizin kirlenmesi sonucunda balık sayısının azalmasından zarar gören balık avcılarının bir haksız fiil tazminatı ileri sürebilmelerinin mümkün olup olmadığı tartışılmıştır. Balıkçıların zararının bir mutlak hak ihlali değil, bunun dışında kalan bir ekonomik zarar olduğu açıktır. Balıkçıların zararı, kirlenme nedeniyle tutamadıkları balıklardan elde edemedikleri kâr şeklinde bir mahrum kalınan

⁶⁴ **Buz**, s. 36-37. Benzer bir örnek için bkz. Yargıtay 4. HD, E. 1977/13144, K. 1979/38, T. 8.1.1979 (www.kazanci.com). Normun koruma amacı teorisi uyarınca, normun korumak istediği kişi çevresinin genellikle yansıma zarar gören kişiler olmadığı söylenebilir. Bu kararlara ilişkin olarak bkz. **Abik, Yıldız**, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHF, C. 59, S. 3, 2010, s. 384; **Antalya**, s. 434.

⁶⁵ **Tandoğan**, Hukuka Aykırılık, s. 9-10.

kârdır. Bu zararların haksız fiil sorumluluğu uyarınca giderilebilmesi için ise, yukarıda açıklandığı üzere bir özel davranış normunun ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Olayda ihlal edilen norm, Türk Ticaret Kanunu'nun 1062. maddesidir.⁶⁶ Bununla birlikte söz konusu normun korumak istediği menfaatin, kazaya karışan kişilerin malları ve canlarıdır. Bunun yanı sıra normun koruma amacının çevresel zararları ve bunların sonucunda ortaya çıkan üçüncü kişilerin ekonomik zararlarını da kapsayıp kapsamadığı tartışmaya açıktır.⁶⁷

Normun koruma amacının vurgulayan ve ilgili Yargıtay kararlarını takiben öğretide çokça tartışmaya neden olmuş bir diğer örnek ise eşlerden birinin diğer eşin beraber olduğu üçüncü kişiye karşı açtığı haksız fiil davalarıdır. Yargıtay birçok kararında, evli kadının kocasının kendisini aldattığı üçüncü kişiden evlilik birliğinin ihlaline dayanarak tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir.⁶⁸ Medeni Kanun'un 185. maddesi, “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ... zorundadırlar.” ifadesiyle eşlerin sadakat yükümlülüklerini düzenlemiştir. Bununla birlikte sadakat yükümlüğünün diğer eş tarafından ihlali halinde dahi bir haksız fiil sorumluluğunun doğup doğmayacağı son derece tartışmalıyken, bu hüküm uyarınca evlilik birliğine dahil olmayan üçüncü bir kişinin haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmiş olmasının çokça eleştiriyeye maruz kalması şaşırtıcı değildir.⁶⁹ Medeni Kanun'un 185. maddesinde

⁶⁶ İlgili madde, “Donatan, gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur.” buyurmaktadır. Bu maddenin 6762 sayılı Kanun'daki karşılığı 947. maddedir ve bu konuda aynı düzenlemeye sahiptir.

⁶⁷ Yargıtay, bu normun esas amacının diğer deniz aracına gelen zararın giderilmesi olduğunu ifade etmekle birlikte çevresel zararların ve balıkçıların (olayda belediye) ekonomik zararlarının da bu normun koruma amacına dahil olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Atamer**, s. 83; **Abik**, s. 392.

⁶⁸ Yargıtay 4. HD, E. 2004/10434, K. 2005/4506, T. 28.4.2005. Bu kararın bir eleştirisi için bkz. **Serozan, Rona**, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılığlar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji (Anılış: “Muhafazakar İdeoloji”), Güncel Hukuk, s. 36 vd., http://media.wix.com/ugd/a6a924_ca44c723d9ad4663bcc764fd49499a33.pdf, son erişim tarihi: 7.4.2016.

⁶⁹ Bkz. **Serozan**, Muhafazakar İdeoloji, s. 37. Belirtmek gerekir ki bu durumda tartışma kuşkusuz hukuka aykırılık bağı bağlamında değil, hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti bağlamında yapılacaktır.

düzenlenen sadakat yükümlülüğünün normun koruma amacı teorisi bağlamında yorumlanması sonucunda üçüncü kişilerin fiillerinin hukuka aykırı olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün amacı, eşlerin evlilik birliği süresince birbirlerine karşı sahip oldukları sadakat yükümlülüğünü düzenlemektir. Sadakat yükümlülüğünün cinsel sadakat ile sınırlı olmadığı öğretide vurgulanmakla birlikte,⁷⁰ sadece cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda kanun koyucunun bir yaptırım öngördüğü görülmektedir. Bu yaptırım ise zina sebebiyle boşanma ve boşanmaya bağlanan ve tazminatı içeren sonuçlardır. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinin, evlilik dışındaki üçüncü kişiler için bir yükümlülük getirdiğini söylemek mümkün değildir. Başka bir deyişle, tartışmalı olmakla birlikte, Medeni Kanun'un 185. maddesinde düzenleme bulan sadakat yükümlülüğünün ihlali diğer eş açısından bir haksız fiil olarak nitelenebilirse bile, bu fiilin evliliğin tarafı olmayan bir üçüncü kişi açısından haksız fiil sorumluluğu doğurmaması gerekir. Zira söz konusu hükmün koruma amacı, evlilik birliğinde yer alan kişilerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü sağlamak olduğundan evlilik birliği dışındaki bir kimsenin fiilinin hukuka aykırılık bağının kurulması mümkün değildir. Bu yüzden Yargıtay'ın söz konusu kararlarında bu kişilerin tazminat sorumluluğuna hükmetmesinin eleştirilmesinin isabetli olduğu kanısındayız.⁷¹ Nitekim Yargıtay'ın da son yıllarda verdiği kararlar ile bir içtihat değişikliğine gittiği ve bu durumlarda hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığını kabul ettiği görülmektedir.⁷²

Özetle, normun koruma amacı teorisinin çıkış noktasının hukuka aykırılığa neden olan davranış normlarının esasen yalnızca belli kişileri ve değerleri, belli tehlikelerden koruma amacına sahip olması olduğu

⁷⁰ Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 561; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 155.

⁷¹ Alman Federal Mahkemesi'nin ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benzer davaları karara bağladığı görülmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bu davayı normun koruma amacı teorisine dayanarak reddetmiştir. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu tür durumlarda haksız fiil sorumluluğunu kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Bkz. Abik, s. 391.

⁷² Örneğin bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2014/6538, K. 2015/5839, T. 7.5.2016 (www.kazanci.com).

söylenbilir.⁷³ Bu yüzden haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkıp çıkmayacağına değerlendirilebilmesi için, ihlal edildiği iddia edilen davranış normunun yorumlanması ve amacının tespit edilmesi gerekmektedir.

IV. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Hukuka Aykırılık Unsurunun Tespiti

A. Mutlak Hakların İhlalinde Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Bir kimsenin kişilik hakkı veya mülkiyet hakkı gibi bir mutlak hakkının ihlal edilmiş olması, dar anlamda hukuka aykırılık olarak da tanımlanmaktadır.⁷⁴ Yukarıda açıklandığı üzere, objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca mutlak hakların ihlalinde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı kabul edilmektedir. Bununla birlikte mutlak hakların her türlü ihlalinde genel geçer bir şekilde sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesinin ne kadar isabetli olduğu kanımızca tartışmaya açıktır. Öyle ki mutlak hakların doğrudan ihlali ile dolaylı ihlali veya bir yapmama fiili sonucunda ihlalinin hukuka aykırılık unsuru bakımından aynı kefeye konmasının, haksız fiil kurumunun doğasına ve amaçlarına ne kadar hizmet ettiği sorgulanabilir.

Mutlak hakların ihlali dendiğinde hukuka aykırılık unsuru bağlamında akla gelen ilk ayırım, mutlak hakların doğrudan ihlali ve dolaylı ihlali arasındaki ayırımdır. Mutlak hakların doğrudan ihlali, bu ihlale yol açan hareketin en azından kısmen bu sonuca yönelmiş olmasıdır. Buna karşılık mutlak hakların dolaylı ihlalinde bu sonuca yönelmiş herhangi bir hareket bulunmaksızın bir mutlak hak ihlali sonucunun ortaya çıkması söz konusudur. Aşağıda her iki durum da hukuka aykırılık unsuru bağlamında incelenecek olmakla birlikte bu ayırımın Türk-İsviçre öğretisinde çok fazla inceleme altına alınmadığı belirtilmelidir.⁷⁵ Ardından

⁷³ Abik, s. 347; Antalya, s. 433.

⁷⁴ Atamer, s. 70. Werro, s. 183; Antalya, s. 431.

⁷⁵ Atamer, s. 27. Oysaki objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca bir mutlak hakkın dolaylı ihlali durumunda, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımı gereği bir özel normun ihlali de aranmaktadır. Bununla birlikte Türk-İsviçre öğretisi ve yargısında, bir fiil sonucunda mutlak hak ihlali ortaya çıkması hukuka aykırılık unsurunun mevcut sayılması için yeterli görülmüştür. Başka bir ifadeyle mutlak

ise mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlal edilmiş olması durumunda hukuka aykırılık unsurunun nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenecektir.

2. Mutlak hakların doğrudan ihlali

Bir hakkın doğrudan ihlali, fiil ile zarar arasında başka herhangi bir sebep bulunmaması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle söz konusu zarar, bu fiilin doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁶ Yukarıda açıklandığı üzere, mutlak haklar temel koruma normları ile korunduğu için bu normların ihlaline yönelik bir fiilin söz konusu olması hukuka aykırılık unsurunun kurulması bakımından yeterlidir. Bir fiilin başkasının mutlak hakkının ihlaline yönelmesi, hukuka aykırılık unsurunu zaten içinde barındıracaktır.⁷⁷ Bununla birlikte bir mutlak hak ihlaline yönelik olmayan bir fiilin de bir başkasının mutlak hakkının ihlali sonucuna yol açması durumunda varılacak sonuç değişmeyecektir. Özetle, istemli ya da istemsiz bir şekilde doğrudan bir mutlak hakkın ihlali sonucunu doğuran fiillerin hukuka aykırı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim bu sonuç, Türk-İsviçre hukukunda kabul edilen mutlak haklar bakımından sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımına uygundur.

3. Mutlak hakların dolaylı ihlali

Mutlak hakların dolaylı ihlali, fiil ile zararın iç içe geçmediği, bu sonucun araya başka bir sebebin ya da sebeplerin eklenmesiyle oluştuğu ihlaller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumlarda da fiil ve zarar arasında bir nedensellik ilişkisi vardır fakat bu ilişki doğrudan ihlallerde olduğu kadar yakın değildir.⁷⁸

haklar bakımından sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı öne çıktığı için bu ayrımın oynadığı rol azalmıştır.

⁷⁶ **Atamer**, s. 14.

⁷⁷ **Akçura Karaman**, s. 568.

⁷⁸ **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 16-17. Dolaylı mutlak hak ihlallerinde uygun nedensellik bağı kuramının sorunu çözmek için yeterli olmadığı söylenebilir. Zira bu kuram uyarınca hayatın olağan akışına göre bir davranışın ortaya çıkan sonuca yol açması beklenebiliyorsa, nedensellik bağının söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Dolaylı mutlak hak ihlallerinde ise sebep ile sonuç arasındaki bağın her zaman uygun nedensellik bağı olarak nitelendirilemeyecek derecede zayıf olması düşü-

Örneğin bir kimse gece apartmana girerken apartmanın kapısını açık unuttuğu için bir başkasının evine hırsız girmiş olması durumunda, bu kişinin mülkiyet hakkının dolaylı ihlalinin söz konusu olduğu düşünülebilir.⁷⁹ Bu durumda hakimin yapması gereken, bir davranış normunun bulunup bulunmadığını ve bu normun ihlal edilip edilmediğini tespit etmektedir. Aşağıda yapmama fiilleri başlığı altında açıklanacağı üzere kural olarak bir kimsenin tehlikeli bir durum yaratması halinde, üçüncü kişileri koruyucu gerekli önlemleri almamış olması bir davranış normuna aykırılık olarak kabul edilmektedir. Bu durumda bu olayda hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir. Fakat eve giden yolun tadilatla olmadığı, postacının nedensiz yere bahçeden geçtiği ve ayağını yaraladığı, bu yüzden bir mutlak hakkının ihlal edildiği düşünüldüğünde, ev sahibinin tehlikeli bir durum yaratmadığından bir davranış yükümünü ihlal etmediği ileri sürülebilir. Bu ihtimalde sonuç olarak bir mutlak hak ihlali doğmuş olsa bile, hukuka aykırılık unsuru kurulmuş olmayacaktır.

Bir görüşe göre, mutlak hakların dolaylı ihlalinde hukuka aykırılık unsurunun sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımından hareketle değil, davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımından hareketle kurulması gerekmektedir.⁸⁰ Bununla birlikte aksi yönde görüşü savunan yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre, mutlak hakkın doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ihlal edilmiş olması önemli değildir. Bu noktada önemli olan şey, söz konusu fiilin sonucunda bir mutlak hak ihlalinin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu durumda sorumluluğun sınırlandırılmasında uygun nedensellik bağı kuramı devreye gireceğinden, mutlak hakların dolaylı ihlalinde davranışın hukuka aykırılığını arayan bir yorum yapılmasına da gerek yoktur.⁸¹

nülemez. Bu yüzden haksız fiilin unsurlarından nedenselliğin yanı sıra hukuka aykırılık unsurunun da dolaylı ihlallerde değerlendirilmesi gereklidir.

⁷⁹ Belirtmek gerekir ki burada hukuka aykırılık unsurunun yanı sıra uygun nedensellik bağı unsurunun da mevcudiyeti tartışılabilir.

⁸⁰ **Atamer**, s. 16-17. Ancak belirtmelidir ki yazar, mutlak hakların doğrudan ve dolaylı ihlali arasındaki ayrımının Türk-İsviçre öğretisinde pek incelenmediğini, mutlak hakların her türlü ihlalinin hukuka aykırılık unsurunun kurulması bakımından yeterli görüldüğünü belirtmiştir.

⁸¹ Mutlak hakların dolaylı ihlalinde de sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 16. Uygun nedensellik bağı kuramının haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırıcı işlevini yeterince yerine

Mutlak hakların dolaylı ihlalinde özel bir davranış kuralının ihlalinin aranmasının arkasında yatan sebep, kişilerin öngöremeyecekleri, günümüz iç içe geçmiş toplum yapısında önüne geçilmesinin güç olduğu birtakım zarardan sorumlu olmasının isabetli olmadığı düşüncesidir. Bireylerin hareket serbestisinin ve girişim özgürlüğünün korunabilmesi için haksız fiil sorumluluğunun bu yolla sınırlandırılmasının isabetli olduğu düşünülebilir. Bu nedenle dolaylı mutlak hak ihlallerinde hukuka aykırılık unsurunun tespitinde davranışın hukuka aykırılığının aranması doğru çözüm gibi gözükmektedir. Bunun sonucunda ise kuşkusuz mutlak hakların dolaylı ihlalinde tespit edilen hukuk kuralı da normun koruma amacı teorisi uyarınca sınırlanacaktır.

4. Mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlali

Mutlak hakların bir yapmama fiili sonucunda ihlali durumunda hukuka aykırılık unsurunun tespiti açısından öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri açıklamaya geçmeden önce, bu bağlamda incelenmesi gereken iki temel sorun olduğu ifade edilmelidir. Bunlardan ilki, pasif bir davranışın Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca bir "fiil" teşkil edip etmeyeceğine ilişkindir. İkinci sorun ise, bu davranışın hukuka aykırı karakterinin nasıl ortaya konulacağıdır.

Öğretide hemen her yazar tarafından kabul edildiği üzere, bir insan fiili yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkabilir.⁸² Fiili, insanın iradi ve dış davranış tarzı olarak tanımlamak mümkündür.⁸³ Bu tanım uyarınca kişinin iç dünyasında olup bitenler bir fiil olarak nitelendirilemeyeceği gibi, kişinin iradesi dışında ortaya çıkan davranışların da fiil olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla iradi bir şekilde gerçekleştirilen bir yapmama fiili de diğer şartları da sağlamak kaydıyla bir haksız fiil olarak nitelendirilebilecektir.⁸⁴

getiremediği konusunda bu kurama yöneltmiş eleştiriler azımsanamayacak derecede çoktur. Bu eleştirilerin arkasındaki en önemli neden, uygun nedensellik bağı incelenirken dikkate alınan objektif kişiye yönelik *ex post* bir değerlendirme yapıldığından, adeta bir insan üstü beklenti içine girilmesidir. Bu eleştiriler için bkz. **Atamer**, s. 62 vd.

⁸² **Abik**, s. 372. **Akçura Karaman**, s. 578; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 1

⁸³ **Deschenaux /Tercier**, s. 38. **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 18; **Tiftik**, s. 46.

⁸⁴ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 123; **Tiftik**, s. 46; **Akman/Burcuoğlu/Alttop**, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 484.

Bilindiği üzere hukukumuzda kural olarak zarar görecektir bir kimseyi aktif bir fiille bu zarardan korumaya yönelik genel bir kural bulunmamaktadır.⁸⁵ Örneğin, yoldan geçerken uçurum kenarında ayağı kayan ve uçurumdan düşmek üzere olan bir kişiyi gören kimsenin bu kişiye yardım etme yükümlülüğünün bulunduğundan söz etmek kural olarak mümkün değildir. Bu yüzden yapmama şeklinde oraya çıkan pasif davranışların nasıl hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecekleri ayrı bir önem taşımaktadır. Türk hukukunda genel bir zararı önleme yükümlülüğü kuralı bulunmadığına göre, bir kimsenin böyle bir yükümlülük altında olduğunun kabul edilebilmesi için özel bir kuralın ya da hukuki sebebin bulunması gerekmektedir.⁸⁶ Aksi takdirde, bir yapmama fiili sonucunda üçüncü bir kişinin mutlak hakkı ihlal edilmiş olsa dahi haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Bir yapmama fiilinin hukuka aykırı sayılabilmesi için bu pasif davranışı yasaklayan bir normun bulunması ihtiyacı, bu fiiller sonucunda mutlak haklar dahi ihlal edilmiş olsa, sonucun değil davranışın hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi sonucunu doğuracaktır.⁸⁷ Başka bir ifadeyle, yapmama fiili sonucunda bir mutlak hak ihlal edilmişse, tıpkı mutlak haklar dışında kalan haklarda olduğu gibi bir özel koruma normunun tespit edilmesi, bu normun ihlalinin ortaya konulması ve normun koruma amacı teorisi uyarınca bir değerlendirme yürütülmesi gerekecektir.

Bir yapmama fiilini yasaklayan ya da daha doğru bir ifadeyle bir yapma ödevi doğuran hukuk kuralı, diğer özel koruma normlarında olduğu gibi, yazılı veya yazılı olmayan kurallar olarak karşımıza çıkabilir. Yazılı yapma ödevlerine örnek olarak Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde yer alan “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildiren kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü verilebilir.⁸⁸ Bunun dışında verilebilecek bir diğer

⁸⁵ Çağlayan Aksoy, s. 164; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 123; Sanlı, s. 412.

⁸⁶ Akçura Karaman, s. 563; Antalya, s. 437; Çağlayan Aksoy, s. 164; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 19; Oğuzman/Öz, C.2, s. 20; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 60.

⁸⁷ Cartier, s. 47 vd.; Çağlayan Aksoy, s. 165; Tiftik, s. 46.

⁸⁸ Çeşitli kanunlarda yer alan ve bir yapma ödevi yükleyen hukuk kurallarına ilişkin örnekler için bkz. Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 124-130.

örnek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan "(...) kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış araçların sürücüleri kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye (...) zorunludur." hükmüdür.

Bununla birlikte, bir yapmama fiilinin yazılı olmayan bir hukuk kuralı ile yasaklanmış olması da mümkündür. Bu durumda hakimin, pasif bir davranışın hukuka aykırılığına hükmedebilmesi için, öncelikle Medeni Kanun'un birinci maddesi uyarınca bir özel koruma normunu tespit etmesi gerekmektedir. Hakim bunu yaparken kendisini kanun koyucunun yerine koyarak, genel ve soyut nitelikte bir özel davranış normunu ortaya koymalıdır. Hakimin kanun koyucu gibi davranarak bir özel davranış normu koyduğu hallerin başında tehlike kuralı olarak da adlandırılan güvenlik önlemleri alma yükümleri gelmektedir.⁸⁹ Tehlike kuralı uyarınca, kendi davranışlarıyla tehlikeli bir durum yaratan (örneğin kendi bahçesinde ateş yakan ya da evinin önünde çukur açan) bir kişinin, üçüncü kişilerin zarar görmesini önlemek için gereken önlemleri alması gerekmektedir. Bu önlemlerin alınmamış olması, bu kişinin hukuka aykırı bir yapmama fiilinden dolayı sorumlu olmasını gerektirecektir.⁹⁰

Yazılı olmayan bir hukuk kuralı bağlamında bir yapmama fiili sonucunda haksız fiil sorumluluğunun tartışıldığı ve yargı kararına konu olan bir diğer örnek de bu konunun anlaşılması için yol gösterici olabilir. Yargıtay'ın önüne gelen olayda, apartmanda alt katlarda yaşayan bir kimsenin balkon demirlerini örneğin dikey değil de yatay bir şekilde yaptırması sonucunda üst kata hırsızın daha kolay girdiği ileri sürülmektedir.⁹¹ Her ne kadar kararda tartışma daha ziyade kusur unsuru

⁸⁹ Atamer, s. 17; Kırcı, s. 46; Deschenaux/Tercier, s. 76; Oftinger, s. 112. Akçura Karaman, s. 578; Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 480; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 135; Tiftik, s. 46-47.

⁹⁰ Tehlike kuralının hukuka aykırılık unsurunun değil kusur unsurunun altında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, C.2, s. 13; Kırcı, s. 47. Kanımızca, ancak mutlak hakların dolaylı ihlali sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımının benimsenmesi durumunda bu görüş haklıdır. Bununla birlikte mutlak hakların dolaylı ihlali davranışın hukuka aykırılığı görüşünün benimsenmesi halinde bir özel davranış kuralına aykırılık aranacağından, tehlike kuralının bu noktada işlev kazanabileceği görüşündeyiz. Benzer görüşte Bkz. Akçura Karaman, s. 579.

⁹¹ Yargıtay 4. HD, E. 1988/4147, K. 1988/7408, T. 13.9.1988. (www.kazanci.com)

üzerinden yürütülmüş olsa da, davalının fiilinin hukuka aykırı niteliğe sahip olup olmadığı da öğretilerde tartışılmıştır.⁹² Söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bir davranış yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ortada bu yönde bir yazılı hukuk kuralı bulunmadığı için, yazılı olmayan bir hukuk kuralının araştırılması yoluna gidilmiş ve davalının fiilinin tehlike kuralı veya komşuluk hukuku yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmıştır.⁹³

B. Salt Ekonomik Zararlar Açısından Hukuka Aykırılık Unsurunun Tespiti

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk-İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisi, salt ekonomik zararların tazmini için özel bir davranış normunun ihlal edilmiş olmasını ve söz konusu bu davranış normunun amacının bu tür ihlalleri engellemek ya da yasaklamak yönünde olmasını aramaktadır. Bu durum “geniş anlamda hukuka aykırılık” olarak da nitelendirilmektedir.⁹⁴ Bununla birlikte, özel koruma normlarının sınırlı sayıda olması ve bunun sonucunda birtakım hakkaniyetsiz durumların ortaya çıkması üzerine, bir özel koruma normu bulunmayan hallerde de hukuka aykırılık unsuru örneğin Medeni Kanun’un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı üzerinden tesis edilmeye çalışılmıştır.⁹⁵ Aşağıda öncelikle özel koruma normunun bulunduğu ve mutlak hak dışında bir menfaatin ihlal edildiği haller, ardından da spesifik bir özel koruma normu bulunmaksızın bu tür bir ihlalin gerçekleştiği haller hukuka aykırılık unsuru bağlamında ele alınacaktır.

⁹² Sanlı, s. 416.

⁹³ Sanlı, s. 416-417.

⁹⁴ Werro, s. 183.

⁹⁵ Werro, s. 183. Benzer yönde bkz. Buz, s. 40-41. Yazar, objektif hukuka aykırılık teorisinin salt malvarlığı zararları karşısındaki yetersizliğinin birtakım yeni hukuki mekanizmalar üzerinden telafi edilmeye çalışıldığını ifade etmiştir. Bu mekanizmalar arasında *culpa in contrehendo* sorumluluğu ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme de yer almaktadır.

2. Yazılı bir özel koruma normunun bulunduğu haller

Mutlak hak ihlali dışında bir zararın ortaya çıkması durumunda hukuka aykırılık unsurunun kurulabilmesi için ihlali gerekli olan özel koruma normlarıyla hukukun farklı alanlarında karşılaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu veya Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen aldatma ya da korkutma durumları bu özel koruma normlarına örnek gösterilebilir. Her iki durumda da bir kimsenin bir mutlak hakkının ihlali söz konusu olmaksızın zarara uğramış olması halinde bu zararın tazmini mümkündür. Aynı yönde Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı da özel bir koruma normu içermektedir. Destekten yoksun kalan kişilerin bir mutlak hakkı ihlal edilmiş olmamasına rağmen, söz konusu haksız fiil yüzünden uğramış oldukları zararın tazmin edilebileceği özel bir kuralla hükme bağlandığından, bu yansıma zararın tazmini mümkün olmaktadır. Başka bir deyişle, bu noktada fiil ve zarar arasında hukuka aykırılık bağı kuran, bizzat söz konusu özel hukuk kuralı olmaktadır.

Bir davranışı yasaklayan özel koruma normlarının birincil amacı her zaman zarara uğrayan kişilerin bireysel menfaatlerin korunması olmayabilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen dolandırıcılık suçunun esas amacı kamu düzeninin korunmasıdır. Bununla birlikte dolandırıcılık suçunun mağduru olan kişinin bireysel menfaatlerinin korunması da bu suçun düzenlendiği normun koruma amacına girmektedir. Aynı durum, Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesinde ve Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabet halleri için de geçerlidir. Bu hükümlerin esas amacı ticaret hayatında düzeni ve ticari rekabet esasını sağlamak olmakla birlikte,⁹⁶ bireysel menfaatleri de koruma amacının bulunduğu kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında, bir dolandırıcılık suçunun işlenmesi veya haksız rekabet hükümleri arasında sayılan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde normun koruma amacı teorisine uygun olarak hukuka aykırılık unsurunun meydana geldiği kabul edilecektir.

Bu noktada, çalışmamızın konusuna dahil olmamakla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasında düzenle-

⁹⁶ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddeye ilişkin gerekçesi ve **Günay, Cevdet İlhan**, Rekabet Hukukunun Amacı ve Konusu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 3, İstanbul 2011, s. 3205.

nen kasten ve ahlaka aykırı bir fiilden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğundan kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. İlgili fıkra uyarınca bir kimseye ahlaka aykırı bir fiille kasten zarar veren kişi, ortaya çıkan salt ekonomik zararı da tazmin etmek yükümlülüğü altındadır. Bu fıkroda düzenlenen şartların gerçekleşmesi halinde, özel bir koruma normuna aykırılık söz konusu olmasa bile haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Başka bir deyişle bu hallerde ahlaka aykırılık ve kast unsurlarının birleşmesi, hukuka aykırılık unsuru olmasa dahi haksız fiil sorumluluğunun kurulmuş sayılması için yeterli görülmüştür.⁹⁷ Bu durumda akla gelen klasik örnek, üçüncü kişinin bir sözleşmenin borçlusunu, menfaat sağlamak amacıyla, sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmesidir. Ancak ticaret hayatının gereklerinin, iç içe geçmiş yapısının ve liberal ekonomilerde sağlanmak istenen tam rekabet ortamının bu gibi fiillerin “*ahlaka aykırı*” olarak nitelendirilmesine ne ölçüde izin vereceği tartışılabilir.⁹⁸ Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, salt ekonomik zararların 49. maddenin ikinci fıkrası uyarınca tazmini, her zaman tatmin edici sonuçlar vermemektedir. Kanımızca da bu fıkranın dar yorumlanması ve istisnai bir şekilde uygulanması gerekmektedir.⁹⁹ Bu yüzden salt ekonomik zararların 49. maddenin birinci fıkrası, yani genel haksız fiil sorumluluğu hükmü uyarınca tazmin edilebilir olup olmadığı sorusu daha da önem kazanmaktadır. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere zamanla Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ku-

⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 599; Schwenger/Schönenberger, s. 357. Bu unsurlara ilişkin olarak bkz. Barlas, Nami, Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.1, İstanbul, 2010, s. 421-429.

⁹⁸ Ahlaka aykırılığın tespitinde dikkate alınabilecek kıstaslar için bkz. Kapancı, s. 93. 6102 sayılı Ticaret Kanunu’nun 54. ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet kurumu ile başkasını sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik de bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir (Ticaret Kanunu’nun 55. maddesinin b bendi). İlgili hüküm uyarınca bir kimseyi sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek bir haksız rekabet göstergesidir. Bu durumda, ticaret hayatında sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik özel bir davranış normuyla düzenlendiğinden bu tartışmanın söz konusu bağlamda önemini yitirdiği söylenebilir. Bkz. Çağlayan Aksoy, s. 468. Ahlaka aykırılık kavramı ile ilgili olarak bkz. Barlas, s. 436-439; Paksoy Küçük, Meliha Sermin, Sözleşmeyi İhlale Yönelme, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2016, s. 88-90 vd.

⁹⁹ Aynı yönde Çağlayan Aksoy, s. 467; Werro, s. 184.

ruhan haksız fiil sorumluluğunun kapsamı genişlediğinden, ikinci fıkra üzerinden kurulan sorumluluğun önemi de görece azalmıştır.¹⁰⁰

3. Yazılı bir özel bir koruma normunun bulunmadığı haller

Salt ekonomik zararların ve dolaylı mutlak hak ihlallerinden ortaya çıkan zararların her halde tazmin edilebilir olmasının, liberal ve rekabet esasına dayalı ekonomilerde tercih edilmeyen bir hukuk politikası olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰¹ Zira haksız fiil sorumluluğunun sınırlarının önüne geçilemez bir şekilde genişlemesi sonucunda bireylerin hareket ve girişim özgürlüğünün kısıtlanacağı düşünülebilir. Bu yüzden, yukarıda açıklandığı üzere, bu tür zararların tazmin edilebilmesi için hakim görüşe göre bir hukuk normunun ihlal edilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Buna karşın açık bir özel koruma normunun bulunmamasına rağmen salt ekonomik zararların tazmin edilebilirliği ve aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinileceği üzere Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralının bir koruma normu olarak değerlendirilebilir olup olmadığı günümüzde hala tartışmalıdır.¹⁰²

Bu tartışmanın arkasında yatan neden ise kolayca anlaşılabilir: Kanun koyucunun salt ekonomik zararın tazmin edilebilir olduğu her türlü ihtimali kazuistik bir şekilde düzenlemesi mümkün değildir. Bu tür bir düzenleme şekli öncelikle kanun koyucunun amacına aykırı olur. Zira kanun koyucunun özel koruma normları koymasındaki esas amaç, bu normların ihlali halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi değildir. Kanun koyucunun birincil amacı, yasaklanan bu fiillerin önüne geçmek ya da bir davranış şeklini emretmektir. Bu normun ihlali halinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi ise, bu normun ikincil sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucunun yapılmasını yasakladığı ya da emrettiği her türlü durumu kanunda teker teker

¹⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 599. TBK m. 49/2 hükmünün uygulama alanının daralmış olmasına rağmen etkisini yitirmediği, "hukuka aykırı" olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan fiiller bakımından önem taşıdığı görüşünde bkz. Barlas, s. 420-421.

¹⁰¹ Gürpınar, s. 84. Ayrıca bkz. Kırca, s. 18 vd.

¹⁰² Bkz. Eren, s. 592; Barlas, s. 432-433; Kırca, s.40 vd; BaslerK- Kessler, Art. 41, N. 36, Keller, Max, Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?, Recht 1987, s. 136-137; Schnyder/Portmann/Müller-Chen, s. 63-64.

düzenlemesi gerçekçi bir beklenti de değildir. Bu yüzden açık bir özel koruma normunun bulunmadığı durumlarda dahi salt ekonomik zararların tazmin edilebilmesi için çeşitli yollar aranmış ve hukuka aykırılık kavramının sınırlarını genişletme eğilimi ortaya konulmuştur. Bunun için ise ya hali hazırda mevcut olan özel normların sınırları genişletilmeye çalışılmış¹⁰³ ya da hakimın Medeni Kanun'un 1. maddesi uyarınca bir özel davranış normu ortaya koyması ve bu normun ihlal edildiğine kanaat getirmesi kendisinden beklenmiştir.¹⁰⁴

Bu bağlamda öğretilerde üzerinde belki de en çok tartışılan hususlardan biri, bir sözleşme bulunmaksızın üçüncü kişiye yanlış ya da yanıltıcı bilgi vermenin haksız fiil sorumluluğu doğurup doğurmayacağı olmuştur.¹⁰⁵ Yanıltıcı bilgi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir: Bunlar arasında özellikle bankaların verdiği kredi bilgileri, işverenlerin verdiği referanslar veya denetleme kurullarının verdiği raporlar yer almaktadır.¹⁰⁶ Sözleşme dışında verilen yanıltıcı bilgilerin bir örnek üzerinden daha iyi kavranması mümkün olabilir. (A) şirketinin devralmak istediği (B) şirketinin finansal durumu hakkında yeterince bilgisi olmadığından, uzun yıllardır beraber çalıştığı (X) bankasından bu şirket hakkında kendisine bilgi vermesini istediğini düşünelim. (B) şirketinin geçmişte (X) bankasıyla herhangi bir iş yapmadığından (X) bankasının bu bilgiyi bir başka banka olan (Y) bankasından talep eder ve daha sonra bu bilgiyi (A)'ya aktarır. (A)'nın edindiği bilgilere göre (B) şirketinin finansal durumu gayet iyidir ve bunun sonucunda (A), (B)'yi devralmaya karar verir. Ancak bir yıl sonra (Y) bankasının dolaylı olarak (A)'ya vermiş olduğu bilginin doğru olmadığı, (B)'nin finansal durumunun kötü

¹⁰³ **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 26. **Schwenzer/Schönenberger**, s. 358. Yazarlar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği "kablo kararlarını" bu yöntemin bir örneği olarak göstermiştir. Bu kararlar uyarınca Ceza Kanunu'nda düzenlenen ve enerji ağlarına zarar verilmemesini öngören norm, böyle bir zarardan dolayı salt ekonomik zarara uğrayan bireyleri de koruyacak şekilde yorumlanmıştır. Bu içtihatla ilgili olarak ayrıca bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 292 vd.

¹⁰⁴ **Schwenzer/Schönenberger**, s. 358.

¹⁰⁵ Bu konuda yazılmış iki ayrıntılı çalışma için bkz. ve **Kırca**, s. 39 vd. ve **Gürpınar**, s. 73 vd. Bununla birlikte Kapancı, bu hallerin TBK m. 49/1 uyarınca değerlendirilmesini ve bunun için yazılı olmayan bir davranış kuralı yaratılmasını eleştirmektedir. Yazara göre bu durumlarda zararın tazmini ancak, şartları mevcutsa, TBK m. 49/2 uyarınca mümkün olmalıdır. **Kapancı**, s. 133.

¹⁰⁶ **Çağlayan Aksoy**, s. 184; **Gürpınar**, s. 51-54.

olduğu ortaya çıkar ve (A), edindiği yanıltıcı bilgiler üzerine vermiş olduğu bu ticari karardan dolayı önemli bir zarara uğrar. Olayda (A) ve (X) bankası arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmakla birlikte, (A) ile dolaylı bilgi sağlayıcısı (Y) bankası arasında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, (A)'nın (Y)'ye karşı zararın tazminini ileri sürme şansının bulunup bulunmadığı haksız fiil hukukuna göre incelenmek durumundadır.¹⁰⁷

Bilindiği üzere kanunlarımızda üçüncü bir kişiye ortada bir sözleşmesel ilişki bulunmaksızın yanıltıcı bilgi vermeyi yasaklayan genel nitelikli ve yazılı bir özel davranış normu bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Bu nedenle bu yolla ortaya çıkan salt ekonomik zararların nasıl tazmin edilebileceği hem öğretilerde hem de yargı kararlarında tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişinin verdiği yanıltıcı bilgi yüzünden salt ekonomik zarara uğrayan kişinin zararının haksız fiil kuralları uyarınca tazmin edilebilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerektiğini karara bağlamıştır: Yanıltıcı bilginin bu bilgiyi veren kişinin mesleği veya uzmanlık alanı ile ilgili olması ve söz konusu bilginin alıcısı açısından büyük önem taşıması (örnekte yatırım kararının temelini

¹⁰⁷ **Gürpınar**, s. 51. Benzer örnekler için bkz. **Kırca**, s. 2 vd. Hemen belirtelim ki haksız fiil hukuku dışında *culpa in contrahendo*, güven sorumluluğu, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorileri ve vekaletsiz iş görme de bu hususta dikkate alınmaktadır. Çalışmanın kapsamı haksız fiil hukukunda hukuka aykırılık unsuru olduğundan, burada üçüncü kişinin verdiği yanıltıcı bilgiler sadece haksız fiil kapsamında incelenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişilerin yanıltıcı bilgi vermesinden doğan sorumluluğunu güncel içtihadına göre “güven sorumluluğu” altında değerlendirmektedir. Bkz. **Altınar, Fatma Zeynep**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 Nolu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, s. 485 vd. Güven sorumluluğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. **Serozan, Rona**, Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 722 vd. Türk öğretisinde Kırca da üçüncü kişilerin yanıltıcı bilgilerinden doğan sorumluluğun haksız fiil kurumu altında değerlendirilmesini eleştirmektedir. Bkz. **Kırca**, s. 52 vd.

¹⁰⁸ **Çağlayan Aksoy**, s. 186; **Kırca**, s. 1. Bununla birlikte özel kanunlarda belirli özel durumlarda (örneğin bağımsız denetçilerin sorumluluğunun düzenlendiği Sermaye Piyasası Kanunu'nun 63. maddesinde) bu haller öngörülmüştür. Bkz. **Kırca**, s. 21 vd.

oluşturması).¹⁰⁹ Bu içtihatla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi yazılı olmayan bir özel davranış normu ortaya koyarak¹¹⁰ yanıltıcı bilgi alan üçüncü kişilerin uğradığı salt ekonomik zararın tazmin edilebileceğine karar vermiştir.¹¹¹

Görüldüğü üzere, Türk-İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca salt ekonomik zararların tazmin edilebilmesi için özel bir normun ihlal edilmiş olması aranmaktaysa da, söz konusu özel normun yazılı bir norm olması gerekmediği kabul edilmektedir. Böylece, objektif hukuka aykırılık teorisinin katı yorumlanması sonucunda ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı ve arzu edilmeyen durumlarda, salt ekonomik zararların tazmini açısından da hukuka aykırılık unsuru kavramının sınırlarının genişletilmiş olduğu söylenebilmektedir.

C. Dürüstlük kuralını ihlal eden fiiller bakımından hukuka aykırılık unsurunun tespiti

Objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, zarar veren bir fiilin objektif hukuk düzenine aykırı olması ve bu objektif hukuk düzeninin hukukun çeşitli alanlarında yer alan yazılı veya yazılı olmayan kuralardan oluşabileceği yukarıda ifade edildi. Bununla birlikte söz konusu objektif hukuk düzeninin içine Medeni Kanun'un ikinci maddesinde düzenleme bulan dürüstlük kuralının da dahil olup olmadığı konusunda bir görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle, dürüstlük kuralının temel bir davranış normu olarak kabul edilip, dürüstlük kuralını ihlal eden fiillerin hukuka aykırı addedilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

¹⁰⁹ Çağlayan Aksoy, s. 188; Gürpınar, s. 93; Schwenger/Schönenberger, s. 360. Federal Mahkeme sonraki bir kararında bilgi alan ve bilgi veren arasında özel bir hukuki ilişki (eine rechtliche Sonderverbindung) bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4C.193/2000 numaralı ve 26.9.2011 tarihli kararı, <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>.

¹¹⁰ Hemen belirtelim ki İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı (dn. 111), Mahkeme'nin dürüstlük kuralını bir özel koruma normu olarak gördüğü şeklinde de yorumlanmıştır. Bkz. Schwenger/Schönenberger, s. 358 vd; Çağlayan Aksoy, s. 190, dn. 451'deki yazarlar.

¹¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4C.193/2000 numaralı ve 26.9.2011 tarihli kararı.

Öğretide bir görüşe göre, MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı da tıpkı bir kimsenin yaşama hakkı, vücut bütünlüğü veya mülkiyet hakkı gibi temel bir koruma normu içermektedir.¹¹² Bunun sonucunda nasıl ki bir kimsenin mülkiyet hakkı ihlal edildiğinde bir temel koruma normu ihlal edilmiş olacağından hukuka aykırılık unsuru doğrudan kurulabilecekse, dürüstlük kuralının ihlal edilmesi ile de aynı sonuca varılması gerekecektir. Başka bir deyişle bir kimsenin dürüstlük kuralına aykırı davranışı sonucunda üçüncü bir kişinin zarara uğraması halinde bu fiil bağlamında hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş sayılacak ve bu zarar tazmin edilecektir.¹¹³ Dürüstlük kuralına aykırı bir davranış sonucunda ortaya çıkacak zararlar mutlak hak ihlallerinin yanı sıra ve hatta daha ziyade salt ekonomik zarar da olabilir. Ancak bu görüş uyarınca dürüstlük kuralının ihlal edilmiş olması zaten bir temel koruma normunun ihlali sayılacağı için, hukuka aykırılık bağının tesisi açısından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacak, salt ekonomik zararlar da pekâlâ tazmin edilecektir.¹¹⁴ Öğretide aynı zamanda dürüstlük kuralının bir temel koruma normu teşkil edebilmesi için bir ön şartın mevcut olması gerektiği de ifade edilmiştir. Bu ön şart, haksız fiilin faili ve zarara uğrayan kişi arasında özel bir ilişkinin, bir 'sosyal temasın' bulunmasıdır.¹¹⁵

Son olarak bir diğer görüş uyarınca dürüstlük kuralının bir temel koruma normu olarak kabul edilmesi isabetli değildir.¹¹⁶ Bu görüşe göre dürüstlük kuralının işlevi, hukukun uygulanmasına yöneliktir. Başka bir deyişle dürüstlük kuralı *per se* bir yükümlülük içermemekte, hukuk kurallarının yorumlanmasında ve sınırlanmasında dikkate alınan bir

¹¹² **Hâtemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramları ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976, s. 20-22; **Oğuzman/Öz**, C. 2, s. 20; **Barlas**, s. 432-433; **Oftinger**, s. 95.

¹¹³ **Barlas**, s. 432.

¹¹⁴ Bkz. **Oğuzman/Öz**, C.2, s. 20.

¹¹⁵ **Çağlayan Aksoy**, s. 202; **Kapancı**, s. 15-17. **Schnyder/Portmann/Müller-Chen**, s. 63-64; **Çağlayan Aksoy**, s. 201. Bu görüşün öğretilerdeki hakim görüş olduğu yönünde bkz. **Buz**, s. 42, dn. 82.

¹¹⁶ **Antalya**, s. 428; **Kırca**, s. 41; **BaslerK- Kessler**, Art. 41, N. 36. Federal Mahkeme'nin de dürüstlük kuralını haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru bağlamında bir temel koruma normu olarak kabul etmediği yönünde kararları bulunmaktadır.. Bkz. BGE 124 III 297, 301.

ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca eğer dürüstlük kuralı bir temel normu olarak kabul edilirse, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının bir anlamı ve işlevi kalmayacaktır. Oysaki bu fıkra, dürüstlük kuralına aykırılıktan daha ağır bir fiil olan “ahlaka aykırı ve kasti” fiillerin haksız fiil sorumluluğuna yol açacağını öngörmektedir. Başka bir ifadeyle her ahlaka aykırı fiil bir dürüstlük kuralı ihlali olsa da, dürüstlük kuralını ihlal eden her fiilin ahlaka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁸

Bununla birlikte mahkemelerin bir fiilin ahlaka aykırı ve kasti olduğunun tespitinde katı bir tutum sergiledikleri, bu yüzden söz konusu hükmün uygulamadaki öneminin pek de fazla olmadığı söylenebilir.¹¹⁹ Nitekim tam olarak da bu yüzden 49. maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumluluğun tesis edilebilmesi için hukuka aykırılık kavramının sınırları zorlanmakta ve dürüstlük kuralının ihlali bu kapıyı açacak bir anahtar olarak kullanılmak istenmektedir. Başka bir ifadeyle, gerek salt ekonomik zararların gerekse dolaylı veya bir yapmama fiili sonucunda ortaya çıkan mutlak hak ihlalleri bağlamında içtihat yoluyla gelişen “yazılı olmayan özel koruma normlarının” (tehlike kuralı veya üçüncü kişiye yanlış bilgi vermeden sorumlulukta olduğu gibi), dürüstlük kuralının haksız fiil hukukuna bir özel koruma normu olarak yansımından ibaret olduğunu söylemek kanımızca mümkündür.

V. SONUÇ

Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğun doğması için bir başkasına “hukuka aykırı bir fiille” zarar verilmiş olması gerekmektedir. Kusur ve zarar unsurlarından ayrı bir unsur olarak değerlendirilen hukuka aykırılık unsurunun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda öğretide uzun yıllardır çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Türk öğretisinde kabul gören görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, mutlak hakların ihlali ve diğer zararlar arasında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu görüşe göre mutlak hakların

¹¹⁷ Kırca, s. 41; Paksoy Küçük, s. 72-73.

¹¹⁸ Antalya, s. 436. Nitekim *Widmer/Wessner* tasarısında dürüstlük kuralının ihlal edilmiş olması bir hukuka aykırılık sebebi olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 49/2 hükmüne denk gelen OR'nin 41/2 hükmüne Tasarı'da yer verilmemiştir. Bkz. Buz, s. 42-43; Barlas, s. 420.

¹¹⁹ Schwenger/Schönenberger, s. 357.

ihlali başlı başına hukuka aykırılık unsurunun kurulması için yeterli görülse de, diğer menfaatlerin zarar görmesi halinde bir hukuk normunun da ayrıca ihlal edilmiş olması aranmaktadır. Kanımızca, zararlar arasında açıkça bir ayırım yapmayan 49. madde karşısında bu yaklaşımın benimsenmiş olmasının nedeni Alman hukukçuların etkisidir. Zira Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddesi mutlak hakların ihlali ve diğer zararlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Bununla birlikte zamanla objektif hukuka aykırılık teorisinin yorumlanmasında da yenilikler gözlemlenmiştir. Bu yeniliklerin en önemlileri, mutlak hakların dolaylı ihlalinde veya bir yapmama fiili sonucu ihlalinde, mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasının hukuka aykırılık unsurunun kurulması açısından yeterli görülmemesidir. Bir diğer önemli yenilik ise, açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, dürüstlük kuralının zaman zaman bir özel koruma normu işlevine kavuşturulmasıdır.

Kanımızca genel kabul gören objektif hukuka aykırılık teorisine eleştirel yaklaşılması gerekmektedir. Bunun birincil sebebi, yukarıda ifade edildiği üzere, bu teorinin arkasında yasal hiçbir dayanak bulunmamasıdır. Bununla birlikte, objektif hukuka aykırılık teorisinin zamanla farklılaştırılarak uygulanması sonucunda haksız fiil sorumluluğunun teorik temellerinde de bir tutarsızlık ortaya çıkmıştır. Bir mutlak hak ihlali söz konusu olduğunda, sonucun hukuka aykırılığı mı yoksa davranışın hukuka aykırılığı mı kabul edilmelidir? Bu sorunun yanıtı hala net değildir ve ihlalin niteliğine göre değişiklik göstermektedir.

Benzer gerekçelerle objektif hukuka aykırılık teorisinde bir tepki olarak ortaya çıkan üçüncü hukuka aykırılık teorisi, kanımızca haksız fiil sorumluluğuna daha pratik bir açıdan yaklaşmaktadır. Nitekim bu teori uyarınca her somut olayda, gözetilmiş olması gereken objektif özen yükümlülüğünün araştırılması gerekecek ve buna göre bir sonuca varılacaktır. Bununla birlikte, bu teoriye yöneltilen temel eleştiri olan hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının silikleştiği eleştirisinin de isabetli olduğu kanısındayız. Ancak günümüzde, bir *de lege feranda* önerisi olarak, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının, birbirinden apayrı iki unsur olarak değerlendirilmesinin de sorgulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Haksız fiilin gerçekleşmiş olması için bir objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin aranması kanımızca hem pratik hem de teorik açıdan daha tutarlı ve sağlam bir temel oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız**, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFHD, C. 59, S. 3, 2010, s. 345 vd.
- Akçura Karaman, Tuba**, Hukuka Aykırılık Unsuru ve Tehlike Kuralı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, S. 1, 2004, s. 553 vd.
- Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Altınar, Fatma Zeynep**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Güven Sorumluluğuna İlişkin BGE 130 III 345 Nolu Federal Mahkeme Kararının İncelenmesi, MÜHFHAD, C. 17, S. 1-2, s. 485 vd.
- Altop, Atilla**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt 4, S.1-2, s.15 vd.
- Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Atamer, Yeşim M.**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Mayıs 2006, S.6, s.23 vd.
- Atamer, Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.
- Barlas, Nami**, Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.1, İstanbul, 2010.
- Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2016.
- Buz, Vedat**, Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 19 vd.
- Cartier, Michael**, Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Doktora Tezi, Universität St. Gallen, Eschen FL 2007.
- Çağlayan Aksoy, Pınar**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016.
- Deschenaux, Henri/Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Bern 1982.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Erdem, Mehmet**, Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, s.217 vd.
- Erdoğan, Yavuz**, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçu, İpek Yolu Canlanıyor, Türk-Çin Hukuk Zirvesi, İstanbul 2013, s. 421 vd.

- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015. (Anılış: “Genel Hükümler”)
- Eren, Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Anılış: “İlliyyet Bağı”)
- Erişgin, Nuri**, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.
- Fellmann, Walter/ Müller, Christoph/ Werro, Franz**, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale, Article 46, 2013.
- Gençcan, Ömer Uğur**, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Günay, Cevdet İlhan**, Rekabet Hukukunun Amacı ve Konusu, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 3, İstanbul 2011.
- Gürpınar, Damla**, Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006.
- Hâtemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramları ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), İstanbul 1976.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (hsg.)** Basler Kommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 6. Bası, 2015 (Kıs. BaslerK/İşleyen)
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Önemi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977. (Anılış: “Kusur Kavramı”)
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007. (Anılış: “Hukuka Aykırılık”)
- Kapancı, Kadir Berk**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, İstanbul 2016.
- Keller, Max**, Ist Eine Treu und Glauben Verletzende Schädigung Widerrechtlich?, recht 1987, s. 136-137.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. bası, Ankara 2013.
- Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2014.
- Koçhisaroğlu, Cengiz/ Erişgin, Özlem**, Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda ‘Haksız Fiiller’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2011.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Säcker/Rixecker/Oetker/ Limperg (hrsg.)** Band 5, §§ 823-853, 6. Auflage, München 2013 (MüKoBGB/Wagner)
- Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2015.

- Oftinger, Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, C. 1, Zürich 1958.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2012.
- Paksoy Küçük, Meliha Sermin**, Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 2016.
- Sanlı, Kerem Cem**, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007.
- Schnyder, Anton K./Portmann, Wolfgang/Müller-Chen, Markus**, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess 2008.
- Schwenzer, Ingeborg/Schönenberger, Beat**, Civil Liability for Purely Economic Loss in Switzerland, XVth International Congress of Comparative Law (Bristol 1998), Publications of Swiss Institute of Comparative Law No. 33, Zürich 1998, s. 353 vd.
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul 2015.
- Serozan, Rona**, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji, Güncel Hukuk. (Anılış: "Muhafazakar İdeoloji").
- Stöckli, Hubert**, Notizen zur Widerrechtlichkeit, Festschrift für Franz Riklin (ed. Niggli/Hurtado Pozo/Queoz), Zürich 2007, s. 227-243.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961. (Anılış: "Mesuliyet")
- Tandoğan, Haluk**, Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara 1977. (Anılış: "Hukuka Aykırılık")
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal /Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- Ulusan, İlhan**, Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- Verde, Michel**, Die Widerrechlichkeit im Haftpflichtrecht, Jusletter 18 Nisan 2016.
- van Gerven, Walter/ Lever, Jeremy/ Larouche, Pierre**, National, Supranational and International Tort Law, C. 1, Oxford 2000.
- von Tuhr, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C.1, İstanbul 1952.
- Werro, Franz**, Tort Liability for Pure Economic Loss: A Critique of Current Trends in Swiss Law, Civil Liability for Pure Economic Loss (ed. Efstathios K. Banakas), 1996.
- Yücel, Özge**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara 2014.

