



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 4 - Sayı: 2 - Temmuz 2018

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Kasım 2019

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu*

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (*Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu

- Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
Doç. Dr. Esra YAKUT
Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Doç. Dr. Mustafa AVCI
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar SAYIN
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j. Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Akipek, Jale/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

Arsebük, Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

14. Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi

Inclusion of General Transaction Conditions Belonging to the Internet Platform Owner to the Content of the Contracts Made by Third Persons on the Platform

Dr. Öğr. Üyesi Pelin KARAASLAN 259

Türk İş Hukukunda Arabulucunun Yükümlülükleri

Obligations of the Mediator in Turkish Labor Law

Dr. Öğr. Üyesi Özgür OĞUZ 275

Uluslararası Adalet Divanı'nın Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararına İlişkin Danışma Görüşü Işığında Uluslararası Örgütler ile Personeli Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

The Resolution of Disputes Between International Organizations and Their Staff in the Light of Advisory Opinion of International Court of Justice Concerning Judgment No 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization

Arş. Gör. Nergiz EMİR 285

Lozan'dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüleri

From Lozan to Present Legal Status of West Thrace Turks

Arş. Gör. Kâmil KISA 307

Thomas Hobbes ve John Locke'un Devletin Kökeni Hakkındaki Görüşleri

Thomas Hobbes and John Locke's Views on the Origin of the State

Arş. Gör. Figen TABANLI 331

Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi

Evaluation of Some Criminal Procedures in the Context of Right to Silence

Arş. Gör. Dr. Asuman İNCE TUNÇER 355

Ius Gentium ve Uluslararası Hukuk

Ius Gentium and International Law

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI 381

İnternet Platform Sahibine Ait Genel İşlem Koşullarının, Üçüncü Kişilerin Platform Üzerinde Gerçekleştirdiği Sözleşmelerin İçeriğine Dâhil Edilmesi^(*)(**)

Inclusion of General Transaction Conditions Belonging to the Internet Platform Owner to the Content of the Contracts Made by Third Persons on the Platform

Dr. Öğr. Üyesi **Pelin KARAASLAN**^(***)

Öz

Sözleşme yapılırken taraflardan birinin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerini ifade eden genel işlem koşulları, doğası gereği yani sözleşme koşulları olması nedeniyle, kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuran nispi etkili kurallardır. Ne var ki internet platformları üzerinde kişilerin birbirleriyle alım-satım işlemleri yapmasının yaygınlaşması ile birlikte, internet platform sahibi tarafından tek yanlı olarak hazırlanan ve satış sözleşmesinin taraflarından her biri tarafından onaylanan “kullanıcı sözleşmesi” hükümlerinin, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin bir parçası olarak görülüp görülemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu noktadan hareketle, iki taraf arasında geçerli şekilde sözleşme hükmü haline gelmiş genel işlem koşullarının, bu taraflardan birinin üçüncü kişi ile imzaladığı başka sözleşmenin kapsamına dâhil edilip edilemeyeceği, edilecekse de bunun hangi hukuki kurum üzerine temellendirilebileceği hususu bu çalışma kapsamında tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Genel İşlem Koşulları, Üçüncü Kişiler, E-Ticaret, İnternet Satışları, İnternet Platformları.

Abstract

General transaction conditions prepared in advance by one of the parties to represent the contract provisions to the counter party with a view to use in similar contracts in the future are relatively effective rules that, as a rule, are effective and bear consequences only between the parties to the contract by their nature, i.e. as a matter of being contractual provisions. However, along with purchasing & sale transactions becoming widespread among individuals on some certain internet platforms, a problematic has emerged concerning whether the provisions of the “user

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 17.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 22.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 20.07.2019.

(**) Bu makale, yazarın 3-5 Mayıs 2017 tarihleri arasında Alanya’da gerçekleştirilen 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu’nda sözlü olarak sunduğu “*Genel İşlem Koşullarının Üçüncü Kişilere Etkisi*” başlıklı bildirisinin genişletilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

(***) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: pkaraaslan@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5695-192X>.



contract” prepared unilaterally by the owner of the internet platform and approved by each of the parties to the contract may be considered as a part of the sale contract between the parties. Departing from this point, we discussed under the scope of this study whether the general transaction conditions which were validated as contractual provisions between the two parties could be incorporated under the scope of another contract signed by one of those parties with a third person, and further, if this is possible, which legal institution such a transaction must be based on.

Keywords

General Transaction Conditions, Third Persons, E-Commerce, Internet Sales, Internet Platforms.

1. GİRİŞ

Elektronik ortamda ticaretin yaygınlaşması ile birlikte çeşitli internet platformlarında “online açık artırma” ya da “online satış” yoluyla işlemler yapılmaya başlamıştır. “*hepsiburada, letgo, gittigidiyor, tutumluanne*” şeklinde örneklendirebileceğimiz internet sitelerinde, kullanıcılar öncelikle söz konusu sitelerin üyelik sözleşmesini kabul edip onaylayarak siteye üye olmakta, daha sonra diğer üyeler ile aralarında alım-satım işlemleri yapmaktadırlar.

Platform işleticileri tarafından tek yanlı olarak hazırlanan ve kullanıcıların her biri tarafından onaylanan “üyelik sözleşmesi” hükümlerinde, kullanıcıların birbirleri ile aralarında akdettikleri sözleşmeler kapsamında uyması gereken pek çok davranış kuralı yer almaktadır. Örneğin “*letgo-internet sitesi*”, alıcı ve ilan sahibinin birbirlerine ırkıyla, diniyle ya da cinsel tercihleri ile ilgili sorular sormasını yasaklar.¹ Ya da “*tutumluanne*” adlı internet sayfasının kullanıcı sözleşmesi-ne göre satıcıya yapılacak ödemeler site üzerinden yapılmak durumundadır.²

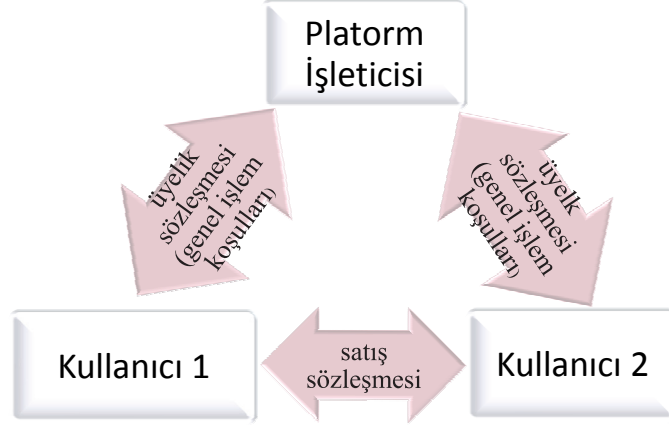
İnternet platform işleticilerinin bazıları, örneğin “*tanoto*” isimli ikinci el açık artırma sitesi, üyelik sözleşmesine “*işbu koşullar taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmenin eki ve ayrılmaz bir parçasıdır*” hükmünü eklemiştir.³ Bazı sitelerde ise böylesine ibare açıkça yer almamaktadır. Her iki halde de, “platform sahibinin üyelik sözleşmesinde yer alan koşullar taraflar arasındaki satış sözleşmesinin parçası olarak değerlendirilebilir mi?” sorusu akla gelmektedir. Bu soru hâlihazırda bazı ülkelerde tartışılmakta olup⁴ tartışmanın ana noktasını, genel işlem koşullarının üçüncü kişiler arasındaki sözleşmeye hangi hukuki kurum vasıtasıyla dâhil edilebileceği sorusu oluşturmaktadır.

¹ <https://tr.letgo.com/tr/community-guidelines>.

² https://tutumluanne.com/content/uyelik_sozlesmesi.

³ Bkz. <https://www.tanotodan.com/uyelik-sozlesmesi>.

⁴ Bkz. örneğin Almanya için: Tanja Dörre / Kai Kochmann, *Zivilrechtlicher Schutz gegen negative eBay-Bewertungen*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), Cilt 1, 2006, s. 30-40.



Şayet üyelik sözleşmesi hükümlerinin satış sözleşmesine yansıma etkisi kabul edilecek olursa; satış sözleşmesi taraflarından birinin üyelik sözleşmesi ile getirilen yükümlülükleri ihlal etmesi halinde satış sözleşmesinin karşı tarafı sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunabilecek, bu yolla uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Örneğin alıcıya satıcı hakkında yorum bırakabilme imkânı tanıyan bir internet sitesinin hazırladığı kullanıcı üyelik sözleşmesinde hukuka aykırı yorum yapılması yasaklanmışsa, bunun ihlali halinde satıcı yalnızca haksız fiil, haksız rekabet ya da kişilik hakkına saldırı hükümleri gereği değil, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık nedeniyle de alıcıya karşı dava açabilecektir.⁵

Konunun hangi açılardan problemli olabileceğini tartışabilmek adına aşağıda öncelikle genel işlem koşullarının unsurları üzerinde durulmuş, daha sonra bu koşulların asıl sözleşme içeriğine dâhil edilebilmesinin şartlarına kısaca değinilmiştir. Akabinde ise geçerli şekilde ana sözleşmenin içeriğine dâhil edilmiş genel işlem koşullarının, sözleşme taraflarından birinin başka kişi ile akdettiği sözleşme içeriğine ne şekilde aktarılacağı konusundaki görüşler değerlendirilerek sonuca bağlanmıştır.

2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ UNSURLARI

Genel işlem koşulları, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen önemli yeniliklerden biridir ve TBK m.20 ile devamı hükümlerde düzenlenmiştir.⁶ Dü-

⁵ Dörre / Kochmann, a.g.e. s. 30-40; ayrıca bkz. Pelin Karaaslan / Ramazan Durgut, *Zivilrechtlicher Schutz Gegen Negative Bewertungen Bei Online Handelsplattformen Am Beispiel Ebay*, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 2017, Cilt 49, Sayı 66, Sayfalar 167 - 188.

⁶ Bu çalışma kapsamında yalnızca Türk Borçlar Kanunu (TBK) kapsamında düzenlenen genel işlem koşullarının unsurlarına yer verilmiştir; ancak benzer düzenlemeler başka kanunlarda da yer almaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.55/1 f bendine göre dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartı kullanmak da haksız rekabet oluşturan haller arasında sayılmıştır. Bu bağlamda özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygu-

zenlemeye göre, belli düzenlemelerin ya da hükümlerin genel işlem koşulu olarak addedilebilmesi için her şeyden önce bu düzenlemelerin bir sözleşmenin hükümleri olması gerekir. Bunun yanında gerekli olan unsurlar; hükümlerin sözleşmenin kurulmasından evvel tek taraflı olarak hazırlanması, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı taşıması ve kullanan kişinin diğer tarafa sözleşmenin kuruluşu anında bu hükümleri sunmasıdır.

A. Sözleşme Hükümleri Olması

Genel işlem koşullarından bahsedebilmek için her şeyden önce söz konusu düzenlemelerin sözleşme hükmü niteliğinde olması gerekir. Sözleşme hükümleri tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini belirleyen düzenlemelerdir. Asli edim yükümlülükleri gibi yan edim yükümlülükleri de genel işlem koşulları olabilecek niteliktedir.⁷ Buna karşın, sadece bilgi verme amacıyla yapılan “stoklarla sınırlıdır” gibi açıklamalar,⁸ icaba davet niteliğindeki ifadeler⁹ ya da kanun veya yönetmelik hükmü olması nedeniyle taraflar arasındaki ilişkiye doğrudan etki eden hükümleri belirten ifadeler¹⁰ sözleşme koşulları, dolayısıyla genel işlem koşulları niteliğinde değildir.

Genel işlem koşullarının kapsamına dâhil edildiği sözleşmenin niteliği, şekli, koşulların sözleşmenin ana metninde mi yoksa sözleşme ekinde mi yer aldığı, genel işlem koşullarının sözleşme koşulu olma vasfına etki etmez (TBK m.20/I c.2).¹¹

lanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananların dürüstlüğü aykırı davranmış sayılacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu hükmün kapsamı ve uygulama alanı için bkz. Sevilay Uzunallı, *Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), 2013, C. 71, S. 2, s. 383-420. Bunun yanında, tüketicinin korunmasına yönelik olmak üzere, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 5. maddesi ile tüketici sözleşmelerinde “haksız şart” kurumu düzenlenmiş ve tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarının haksız şart olduğu belirtilmiştir. TBK'da düzenlenen Genel İşlem Koşullarının TTK ve TKHK hükümleri ile olan ilişkisi için bkz. M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Yayınevi, Cilt 1, İstanbul 2016, s. 161 vd.; ayrıca bkz. Aynur Yongalık, *Genel İşlem Koşulları-Haksız Ticari Uygulamalar ve Haksız Rekabet İlişkileri*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed. Hüseyin Can AKSOY, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 119 vd.

⁷ Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Legal Yayınevi, Cilt 1, İstanbul 2018, s. 405; Murat Aydoğdu, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 86.

⁸ Bkz. Alman Federal Mahkemesi (BGH), GRUR 2009, 506, NJW 1996, 2574.

⁹ Jürgen Ellenberger, *Kommentar zum BGB (Palandt)*, Beck Verlag, 69. Baskı (2010), § 145 Rn. 2.

¹⁰ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi, 22. Baskı, Ankara 2018, s. 172; Aydoğdu, a.g.e., s. 74; Çağlar Özel, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed.: Hüseyin Can AKSOY, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 62 vd.

¹¹ Turgut Uygur, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2013, s. 305; Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001, s. 62 vd.

B. Sözleşme Kurulmadan Evvel Tek Taraflı Hazırlanması

Sözleşme koşulları niteliğinde düzenlenen genel işlem koşulları, önceden hazırlanmış olmalıdır. Önceden hazırlanma, düzenlemelerin sözleşmenin kuruluş anından evvel tamamlanmış olması ve sözleşme esnasında taraflarca üzerinde müzakere edilmemiş olması demektir.¹² Bu unsur, genel işlem koşullarında taraflardan birinin tek yanlı sahip olduğu düzenleme yetkisini ortaya koymaktadır. Gerçekten de genel işlem koşulları, sözleşme kurulmadan evvel tek yanlı olarak hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşu esnasında karşı tarafa dayatılan hükümleri ifade eder. Yani sözleşmenin diğer tarafının bu koşullar hazırlanırken kendi görüşünü belirtmemiş olması gerekliliği esastır. Taraflar söz konusu hükümler üzerinde tartışmış ve pazarlık etmişlerse, sonunda sözleşme metni aynı kalmış bile olsa bunun genel işlem koşulu niteliğinde olmayacağını dâhi kabul eden görüşler mevcuttur.¹³ Zira genel işlem koşullarının yasada düzenlenme ve bu şekilde sınırları belirli kanuni denetime tabi tutulma amacı da sözleşme özgülüğüne getirdiği tek yanlı sınırlandırmadan kaynaklanmaktadır.

Her ne kadar TBK m.20/I hükmünde “düzenleyenin” ifadesi kullanılmış ise de sözleşme şartlarını fiilen düzenleyen kişinin sözleşmenin bir tarafı olmaması durumunda da genel işlem koşullarının varlığından bahsetmek mümkündür; yeter ki üçüncü kişi tarafından düzenlenen şartların sözleşmeye dâhil edilmesi, taraflardan birinin zorlayıcı iradesine dayanmış olsun.¹⁴ Örneğin sözleşme taraflarından biri, internette gezinirken bulduğu taslak bir sözleşme metnini ileride kendi akdedeceği sözleşmelerde kullanmak ister ve bu metinde yer alan şartların kabulünü sözleşmenin karşı tarafı için zorunlu tutarsa; söz konusu sözleşme koşulları her ne kadar taraflardan birince hazırlanmamış olsa da genel işlem koşulları olarak kabul görür. Nitekim öğretide de TBK m.20/I’de yer alan “düzenleyenin” kavramı yerine “kullanan” ifadesinin daha doğru bir tercih olacağı ileri sürülmüştür.¹⁵

Eğer genel işlem koşullarını fiilen düzenleyen üçüncü kişi ise yani düzenleyen ile sözleşmenin kurulması esnasında bu hükümlerin kabulünü karşı tarafa

¹² Atamer, a.g.e., s. 66; Uygur, a.g.e., s. 305; Philipp Otto Neideck, *Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung* JA 2011, 492, 494.

¹³ Peter Ulmer, *AGB Recht*, Otto Schmidt Yayınevi, Köln 2011, s. 176; konuya ilişkin Federal Almanya’daki mahkeme kararları için bkz. BGHZ 74 204 (209f.) = NJW 1979 1406 (1407); BGHZ 84 109 (111) = NJW 1982 2309; NJW 2005 2543 (2544); NJW 2000 1110 (1111); NJW 1998 2600 (2601); NJW 1992 2759 (2760); NJW 1992 2283 (2285); NJW 1992 1107 (1108); NJW 1991 1678 (1679); NJW 1979 367 (368); BB 1981 756 (757); WM 1995 1455 (1456); WM 1985 1208 (1209); WM 1987 42; aksi görüş için bkz. OLG Celle NJW 1978 326.

¹⁴ Antalya, a.g.e, s. 416; Aydoğdu, a.g.e., s. 96-97.

¹⁵ Antalya, a.g.e, s. 415; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 57 vd; Aydoğdu, a.g.e., s. 98.

dayatan kimse aynı kişi değilse, “koşulların sözleşmeye dâhil edilmesi üçüncü kişinin arzusuna mı yoksa taraflardan birinin zorlayıcı iradesine mi dayanmaktadır?” sorusu genel işlem koşullarının varlığı açısından belirleyicidir. İlk anılan durum, kullanılan hükümlerin genel işlem koşulları olarak kabul görmesi için yeterli değildir. Örneğin bir noter ya da bir emlakçı, kendisi tarafından hazırlanan örnek bir sözleşme metnini taraflar arasında akdedilecek sözleşmede kullanmak isterse bu metinde yazan ifadeler genel işlem koşulu rolü üstlenmezler.¹⁶ Ancak taraflardan biri bu metinde yazan koşulları sözleşmenin akdedilebilmesi için karşı tarafça kabul edilmesi zorunlu hükümler olarak ortaya koyarsa, o halde genel işlem koşullarının varlığı kabul edilebilir.¹⁷

C. İleride Çok Sayıda Benzer Sözleşmede Kullanma Amacıyla Hazırlanması

Genel işlem koşulları, önceden hazırlanmış olmakla beraber, tek değil, çok sayıda sözleşme ya da hukuki işlemde kullanılmak üzere hazırlanmış olmalıdır (TBK m.20). Bununla beraber genel işlem koşullarının, uyumsuzluğa konu olan sözleşmenin öncesinde veya sonrasında fiilen birden fazla sözleşmede kullanılmış olması gerekli değildir. Burada önemli olan çok sayıda sözleşmede kullanma niyetidir.¹⁸ Bu niyet var olduğu sürece, ilk kez sözleşme içeriğinde kullanılan hüküm ve koşullar da genel işlem koşulları olarak nitelendirilir.¹⁹

Kullanıcı, çok sayıda kullanma amacı gütmekle birlikte belirli sayı öngörmemiş olabileceği gibi zihninde net sayı sınırlamasına da gitmiş olabilir. Şayet bu şekilde sayı tavanı düşünülmüşse, en az üç sözleşmede kullanma niyeti, öğretideki bazı kesimlerce genel işlem koşullarının varlığı için gerekli görülmüştür.²⁰

¹⁶ Aydoğdu da benzer şekilde salt noterin kullandığı kalıpların, taraflara eşit mesafede olduğu ve onlar arasında bir dengesizliğe yol açmayacağı için kural olarak genel işlem koşulu sayılamayacağı görüşündedir, bkz: Aydoğdu, a.g.e., s. 102.

¹⁷ Bkz. Ulmer, a.g.e, s. 170 vd; Alman Federal Mahkeme kararı için bkz: BGH NJW 2017, 1540.

¹⁸ Aydoğdu, a.g.e., s. 105.; Jürgen Basedow, *Münchener Kommentar zum BGB* (MüKoBGB), Beck Verlag, 8. Aufl, Münih 2019, § 305 Rn. 18.

¹⁹ Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, çok sayıda sözleşmede kullanma niyeti, genel işlem koşullarını “düzenleyen” kişiye ait sübjektif bir unsurdur. Şayet düzenleyen kimse çok sayıda sözleşmede kullanma niyetini göstermişse, genel işlem koşullarını kullanan kişi sadece tek seferlik kullanma niyetiyle hareket etmiş olsa dahi genel işlem koşulları vasfı sağlanmış olur (bkz. Michael Kaiser / Sebastian Galle, *Einführung ins Recht der AGB - Allgemeine Geschäftsbedingungen in der rechtlichen Praxis*, Verlag Mittelstand und Recht, 2014).

²⁰ Atamer, a.g.e, s. 67; Basedow, a.g.e, § 305 Rn. 18; İsmail Atamulu, *Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 2018, s. 124.

D. Sözleşmenin Kurulması Anında Karşı Tarafa Sunulması

Genel işlem koşullarına dair son kavramsal unsur ise önceden hazırlanan koşulların karşı tarafa “sözleşmenin kuruluşu sırasında” sunulmasıdır. Buradaki “sunmak” ifadesinden kasıt, koşulların sözleşmeye dâhil edilmesinin istenmesidir. Sözleşmenin kurulması sırasında sunulmayan şart ve kayıtlar onun içeriğine dâhil olamaz ve genel işlem koşulları olarak kabul göremez. Bu durum ancak sözleşmenin sonradan değiştirilmesi olarak nitelendirilebilir.²¹

3. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ SÖZLEŞME İÇERİĞİNE DÂHİL EDİLMESİ

Sözleşmenin kurulması esnasında taraflardan birince diğerine sunulan koşulların kavramsal olarak genel işlem koşulları niteliğine sahip olduğunun tespit edilmesinden sonra incelenmesi gereken diğer husus, bu koşulların geçerli olarak sözleşmenin içeriğine dâhil edilip edilmediğidir. Söz konusu inceleme, öğretide yürürlük²² ya da kapsam²³ denetimi olarak adlandırılmaktadır. Genel işlem koşullarının sözleşme hükmü niteliğinde hazırlanıp karşı tarafa sunulmuş olması bu koşullara tek başına sözleşmenin bir parçası olma niteliği kazandırmaz. Türk Borçlar Kanunu, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğinde kullanılmasını, sözleşmenin yapılması sırasında kullanılanın karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlama-sına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlamıştır (TBK m.21/I). Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.²⁴

Genel işlem koşullarının varlığına açıkça işaret edilmesi ve karşı tarafa bu koşulları öğrenme imkânı sağlanması, kullanıcının genel işlem koşullarını sözleşme kapsamına almak istediğinin aşikâr edilmesi amacına hizmet eder. Buradaki “açıkça” ifadesinden kasıt, sözleşmenin sadece bu koşullar kabul edildiği takdirde yürürlük kazanacağına sözleşmenin karşı tarafınca şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılmış olmasının sağlanmasıdır.²⁵ Bildirimin sözlü ya da

²¹ Yelmen, s. 59.

²² Bkz. örn. Aydoğdu, a.g.e., s. 147; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 221; Mehmet Akçaal, *Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Yıl 2014, Sayı 1 (sayfa aralığı, 49-69) s. 56.

²³ Bkz. örn. Antalya, a.g.e, s. 419; Serkan Ayan, *Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed.: Hüseyin Can AKSOY, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 107.

²⁴ Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği konusundaki görüşler ile hüküm ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. örn. Muzaffer Şeker, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 137 vd.; Yelmen, a.g.e, s. 92 vd.

²⁵ BGH NJW 2010, 864 Rn. 38.



yazılı yapılmış olması ise bu bağlamda önem taşımaz.²⁶ Karşı tarafın genel işlem koşullarının varlığını öğrenmesine imkân verecek tüm bildirim şekilleri geçerlidir.

Açıkça bilgilendirmenin gerçekleşmediği durumlara örnek olarak genel işlem koşullarının yazılı olduğu kâğıdın öylece sözleşmenin yapıldığı masa üzerinde bulunması ancak bunun ne ifade ettiği konusunda sözleşmenin karşı tarafına hiçbir açıklama yapılmaması hali verilebilir. Yine söz konusu koşulların okunamayacak kadar küçük ya da silik şekilde sözleşme metninde yer alması da bilgilendirmenin yapılmadığı anlamına gelir.²⁷ Ayrıca genel işlem koşullarının kullanılması, akdedilen sözleşme türü açısından ne kadar az yaygınlsa, koşulların varlığına da o kadar daha açık ve net işaret edilmesi gerekir.

Hükümde yer alan “öğrenme imkânı sağlanması” ifadesi ile kastedilen ise karşı tarafın koşulları gerçekten öğrenmesi, okuyup/dinleyip anlaması değildir. Önemli olan bu husustaki tasarruf hakkının karşı tarafa verilmiş olmasıdır.²⁸ Yani eğer genel işlem koşulları yazılı metinden ibaretse, bu metni okuma imkânını, sözlü metinse bunu dinleyerek anlama imkânını karşı tarafa sunulmalıdır. Burada karşı tarafa bırakılan okuma, anlama süresi de duruma göre önem taşımaktadır. Ne var ki bu süre konusunda mutlak ölçü koymak da mümkün değildir. Sözleşmenin niteliğine ve hükümlerin uzunluğuna göre süre değişebilmektedir.²⁹ Uygulamada karşı tarafın bu konuda aceleye getirildiği durumlarda sıkça karşılaşılmakla birlikte, bu çalışmanın da konusunu oluşturan, internette yer alan sözleşmeler bakımından karşı tarafın genel işlem koşullarını öğrenmek bakımından yeterli süresinin var olduğunun kabulü genel olarak mümkündür.

TBK m.21/I hükmünde öngörülen, “karşı tarafın genel işlem koşullarını kabul etmesi” koşulu da açık veya örtülü irade beyanı ile sağlanabilir. Öte yandan, sözleşmenin karşı tarafınca önceden hesaba katılması beklenmeyen, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı kayıtlar kabul beyanının içeriğine, dolayısıyla da sözleşme kapsamına dâhil olmazlar (TBK m.21/II).

²⁶ Hans Schulte-Nölke, *Handkommentar zum BGB* (HK-BGB), Beck Verlag, 10. Baskı, Münih 2019, BGB § 305 Rn. 12.

²⁷ Ayşe Havutçu, *Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed.: Hüseyin Can AKSOY, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 83.

²⁸ Ayan, a.g.e, s. 108; Aydoğdu, a.g.e., s. 169; karşı tarafın, kendisine genel işlem koşullarının içeriğinin öğrenilmesi imkânı sunulmasına rağmen genel işlem koşullarını okumadan ve içeriğini anlamadan sözleşme yapmayı kabul etmesi doktrinde “global kabul” olarak ifade edilir (bkz. Atamer, a.g.e., s. 102; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Cilt 1, 2017, s. 236 vd.).

²⁹ Bkz. Ayan, a.g.e, s. 109.

4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ BAŞKA SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE AKTARILMASI KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel işlem koşulları “bir sözleşmenin şartları” niteliğindeki hükümlerdir. Sözleşme şartları olması genel işlem koşullarını doğası gereği sadece sözleşmenin tarafları arasında sonuç doğuran nispi etkili hükümler hâline getirir. Ancak internet satış platformlarında onaylanan, kabul edilen sözleşmeler bakımından birbirinden ayrılması gereken iki ayrı sözleşme türü vardır: Bir yandan platform işleticisinin, platformda uyulması gereken kuralları belirlediği “üyelik sözleşmesi”, diğer yandan da kullanıcılar arasındaki satış sözleşmesi. Dolayısıyla genel işlem koşullarının üyelik sözleşmesi içeriğine dâhil edilmiş olması, bu koşulların satış sözleşmesi bakımından da doğrudan etki doğuracağı anlamına gelmez. Zira yukarıda vurgulandığı gibi, genel işlem koşullarını düzenleyen ve kullanan kimselerin aynı kişi olması gerekmemekle beraber, kullanan kişinin yani sözleşmenin kurulması anında önceden hazırlanan genel işlem koşullarını sunan ve bunların sözleşmeye dâhil edilmesini dayatan kişinin, sözleşmeye taraf olması gerekmektedir. Sözleşmenin her iki tarafının mutabık olması sonucu üçüncü kişi tarafından düzenlenen hüküm ve koşulların sözleşmeye dâhil edilmesi, taraflardan birisine ya da ikisine “kullanan” sıfatını kazandırmamaktadır. Çünkü her şeyden önce kullanan kişinin, sözleşme içeriğini tek başına düzenleme ve değiştirme yetkisine sahip bulunmaktadır.³⁰ İnternet platformunda yapılan satış işlemi taraflarından hiç birisi genel işlem koşullarını karşı tarafa sunan, bunun sözleşme içeriğine dâhil olması hususunu karşı tarafa dayatan ve bu koşulların içeriğini serbestçe belirleme yetkisine sahip olan kişi konumunda değildir.

Öte yandan, üyelik sözleşmesinde yer alan hükümlerden birini ihlal eden kullanıcı ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan ve söz konusu ihlalden dolayı menfaatleri zedelenen kimselerin sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunamayacağını ileri sürmek de hakkaniyetli tutum olmaz. O halde üyelik koşullarını taraflar arasındaki satış sözleşmesinin içeriğine dâhil etmenin başka yolu olup olmadığı sorusunu gündeme getirmek gerekir. Bu durum Alman Hukuk Literatüründe 2000’li yılların başından beri tartışılmaktadır. Konuyla ilgili üç temel görüş ortaya atılmıştır:

A. Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

Genel işlem koşullarını kullanıcılar arasındaki sözleşmeye “üçüncü kişi lehine” sözleşme kurumu üzerinden dâhil etmek isteyen görüşe göre kullanıcıların her

³⁰ Buna rağmen üyelik sözleşmesini düzenleyen internet platform sahibinin “kullanan” olarak değerlendirilmesini savunan görüş için bkz. Andreas Wiebe, *Anmerkung. zu OLG Hamm, Zeitschrift für Multimedia und Recht (MMR)* 2001, s. 105, 109 f.; Peter Sester, *Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen*, CR 2001, s. 98, 102ff.

birinin onayladığı üyelik sözleşmesi, üçüncü kişi lehine sözleşmedir.³¹ Buradaki üçüncü kişi, münferit üyelik sözleşmesine dâhil olmayan diğer kullanıcılarıdır. Ancak bu yaklaşım hâkim görüş tarafından haklı olarak kabul görmemiştir.³² Zira üyelik sözleşmesi şartları sadece kullanıcıların menfaatini koruyan hükümler barındırmamakta, taraflara külfet getiren düzenlemeler de içermektedir. Üçüncü kişi aleyhine sözleşmeler ise sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.

B. Çerçeve Sözleşme

Üçüncü kişi lehine sözleşme bakış açısını kabul etmeyen yazarlardan bir kısmı, platform işleticilerinin düzenlediği üyelik sözleşmesinin elektronik pazar ilişkilerini düzenleyen çerçeve sözleşme niteliğinde olduğunu ve bu nedenle platformda kullanıcılar arasında kurulan sözleşmeler üzerinde doğrudan etkili olduğunu savunmaktadır.³³ Çerçeve sözleşmeler, ileride kurulması planlanan münferit sözleşmelerde geçerli olacak ortak hükümleri belirleyen sözleşmelerdir.³⁴ Bu sözleşmelerin kurulmasıyla sağlanmak istenen, sözleşme kapsamında belirlenen ortak hükümlerin taraflar arasındaki münferit sözleşmelerde tekrar anılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden geçerli kılınmasıdır.³⁵ Çerçeve sözleşme hükümlerinin münferit sözleşmelerde de geçerli olabilmesi için çerçeve sözleşme tarafları ile münferit sözleşme taraflarının aynı kişilerden oluşması şart değildir. Münferit sözleşmelerin daha önce çerçeve sözleşmeyi kuran taraflardan biriyle üçüncü kişiler arasında ya da tamamen çerçeve sözleşme dışında kalan üçüncü kişiler arasında yapılması mümkündür.³⁶

Üyelik sözleşmesinin niteliğini çerçeve sözleşme olarak belirlemek bakımından eleştirilebilecek nokta şöyle açıklanabilir. Öğretideki hâkim görüş, çerçeve sözleşmelerin münferit sözleşme yapma borcu doğuran sözleşme türü olduğunu ve münferit sözleşmeler açısından bağlayıcı olduğunu savunmaktadır.³⁷ Oysaki internet satış platformlarında kullanıcı üyeler, üyelik sözleşmesini imza-

³¹ Wiebe, a.g.e, s. 110, Stephan Ernst, *Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 14.12.2000 - 2 U 58/00*, CR 2001, s. 121, 122; LG Berlin, CR 2001, 412, 413.

³² Bkz. örn. OLG Hamm, NJW 2001, 2102, 2106 f.; Dörre / Kochmann, a.g.e, s. 38; Ulrich Burghard, *Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle*, WM 2001, 2102-2105; Gerald Spindler, *Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen*, ZIP 2001, 809, 812.

³³ Burgard, a.g.e, s. 2105 ff; Spindler, a.g.e, s. 812.

³⁴ Çerçeve sözleşme kavramı için bkz.: Hayriye Şen Doğramacı, *Çerçeve Sözleşmeler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010, s. 31 vd; ayrıca bkz.: Jan Busche, *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck Verlag, 8. Baskı, 2018, Vor § 145 Rn. 41; ayrıca bkz. Ömer Çınar, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 94-95.

³⁵ Şen Doğramacı, a.g.e, s. 32.

³⁶ Şen Doğramacı, a.g.e, s. 32.

³⁷ Münferit sözleşme yapma borcu doğurma ile ilgili görüşler için bkz. Şen Doğramacı, a.g.e, s. 32.

lamakla gerçekten de ileride fiilen bu platform aracılığı ile satış sözleşmesi yapacaklarını taahhüt etmezler. İşlem yapmadan da üyelerin siteye kullanıcı durumunda kayıtlı kalmaları mümkündür.

Öte yandan çerçeve sözleşmelerin münferit sözleşmeler açısından bağlayıcı nitelikte oluşu da kullanıcıların, aralarındaki sözleşme ile ilgili olarak üyelik sözleşmesinden farklı nitelikte yan edim yükümlülükleri kararlaştıramayacakları anlamına gelir ki bu da sözleşme özgürlüğü ilkesine ciddi müdahale demektir.

C. Güven Teorisine Dayalı Yorum

Güven teorisine dayalı yorumda üyelik sözleşmesi koşulları taraflar arasındaki sözleşmeye “yorum yöntemi” ile dâhil edilmek istenir.³⁸ Bu görüşe göre kullanıcılar arasında kurulan sözleşmenin öneri ve kabul aşamalarında ortaya konan irade beyanları platform sahibinin üyelik sözleşmesi koşullarını da içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Kullanıcıların her birinin platform işleticisinin genel işlem koşullarından haberdar olması ve hatta bunu onaylaması dürüstlük ve güven ilkesi gereği tarafların irade beyanlarının bu hususları da içerdiğini gösterir.³⁹

Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira özel hukukta kabul gören ve kaynağını TMK m.2’den alan güven teorisi gereği, sözleşme taraflarından her birinin beyanı diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlamaya mezun ve mecbur olduğu şekilde yorumlanır.⁴⁰ Üyelik sözleşmesi koşullarının taraflar arasındaki satış sözleşmesinin dürüstlük kuralından kaynaklanan yan edim yükümlülüğü olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan yorum teorisi, çerçeve sözleşme anlayışından farklı olarak, taraf beyanlarının üyelik sözleşmesi hükümlerinden farklılık göstermesi halinde tarafların kararlaştırdığı koşulların öncelikle uygulanmasına imkân verir ve bu nedenle sözleşme özgürlüğü mekanizmasını koruyucu niteliktedir. Zira çerçeve sözleşmelerde yer alan hükümlerin aksine düzenlemeler, çerçeve sözleşmeye dayanılarak yapılan münferit sözleşmeler ile kararlaştırılmaz.⁴¹ Oysaki yorum yöntemi, üyelik sözleşmesi hükümlerini taraflar arasındaki sözleşmeyi kuran

³⁸ Dörre / Kochmann, a.g.e, s. 36 f; Bernhard Ulrici, *Die enttäuschende Internetauktion*, JuS 2000, 947, 949; Thomas Rübner, *Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz*, MMR 2000, 597, 598.

³⁹ Dörre / Kochmann, a.g.e, s. 36 f.; Ulrici, a.g.e, s. 949; Rübner, a.g.e, s. 598.

⁴⁰ Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 35; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 1988, s. 196.

⁴¹ Çınar, a.g.e, s. 95.

irade beyanlarının içeriğine dâhil ettiği için, tarafların yine karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile üyelik sözleşmesi hükümlerine aykırı düzenlemeler yapması mümkündür.⁴²

5. PLATFORM SAHİBİNİN GENEL İŞLEM KURALLARININ SATICININ GENEL İŞLEM KURALLARI İLE ÇELİŞMESİ VE BU BAĞLAMDA DENETİM HÜKÜMLERİNİN ROLÜ

Güven teorisinin kabul edilmesi ile varılan sonuç, internet satış platformunun genel işlem koşulları ihtiva eden üyelik sözleşmesinde yer alan, bu sitede işlem yapanların birbirleri ile ilişkilerini düzenleyen hükümlerin, taraflarca aksi düzenleme kararlaştırılmadığı sürece geçerli olmasıdır. Buna paralel olarak, platformda gerçekleştirilen satış sözleşmesinin satıcı tarafında yer alan kullanıcının, platform sahibinin üyelik sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin yanında kendi genel işlem koşullarını kullanıp kullanamayacağı sorusu akla gelebilir. Kanımızca buna engel durum olmamakla birlikte, farklı genel işlem koşullarının birbiriyle çelişmesi halinde, satıcının genel işlem koşullarına öncelik verilip verilmeyeceği sorusu, her somut olayda genel işlem koşullarının denetimini düzenleyen hükümler ile cevap bulabilir.

Genel işlem koşulları, yukarıda bahsi geçen yürürlük/kapsam denetimine ve bunun yanında TBK’da düzenlenen içerik ve yorum denetimlerine tabidir.⁴³ Her şeyden önce yukarıda bahsi geçtiği üzere yürürlük denetimi, sözleşmenin niteliğine, işin özelliğine yabancı olan ve sözleşmenin karşı tarafı açısından “şaşırtıcı, alışılmamış” olarak nitelendirilebilecek kayıtların da sözleşme kapsamına alınmasına engel olmaktadır.⁴⁴ Dolayısıyla satış sözleşmesinin “alıcı” tarafı olan üye açısından satıcının kullandığı genel işlem koşulları, üyelik sözleşmesine nazaran gösterdiği farklılık nedeniyle “şaşırtıcı, normal dışı” algılanırsa satıcının genel işlem koşullarına öncelik vermek mümkün olmaz.

İçerik denetimi, TBK m.25’te “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” şeklinde düzenlenen hükme dayanan hakkaniyet denetimidir. Satıcı tarafından kullanılan genel işlem koşullarının, üyelik sözleşmesi hükümlerine nazaran diğer kullanıcı aleyhine veya onun durumunu

⁴² Kıyaslayınız: Atamer, a.g.e, s. 125 “*Genel işlem şartları ancak tarafların ortak iradesini yansıttığı sürece önem taşır. Aksine düzenleme yapılmış olması halinde artık bu ortak irade yoktur ve beyanlarda görünürde bir çelişki olmamasına rağmen sözleşmenin güven kuramı ışığında yorumlanması bireysel anlaşmanın öncelikle uygulanması sonucunu doğurur.*”

⁴³ Ayan, a.g.e, s. 105 vd.; Havutçu, a.g.e, s. 75 vd; Uygur, a.g.e., s. 315 vd.

⁴⁴ Böylece, genel işlem koşullarının kullanıcıya karşı sözleşmenin diğer tarafı beklenmedik ve istenmeyen sürprizlerden korunmaktadır; bkz: Aydoğdu, a.g.e., s. 190.

ağırlaştırıcı hükümler getirmesi halinde bu hükümler dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir ve içerik denetimi sonucu kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulabilir.

Son olarak da, TBK m.23'te “*genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*” şeklinde düzenlenen “yorum denetimi” hükmü gereği, üyelik sözleşmesi ile çelişip çelişmediği açık ve anlaşılır olmayan hükümler bakımından alıcı üye lehine yorum yapılması hususu göz önünde bulundurulmalıdır.

6. SONUÇ

İnternet platformunda yapılan satış işlemi taraflarından hiç birisi üyelik sözleşmesi koşullarını karşı tarafa sunan, bunun sözleşme içeriğine dâhil olması hususunu karşı tarafa dayatan ve bu koşulların içeriğini serbestçe belirleme yetkisine sahip olan kişi konumunda değildir. Bu nedenle üyelik sözleşmesi hükümlerinin “genel işlem koşulları” adı altında taraflar arasındaki satış sözleşmesinin içeriğine doğrudan dâhil edilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, üyelik sözleşmesinde yer alan hükümlerden birini ihlal eden kullanıcı ile arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan ve söz konusu ihlalden dolayı menfaatleri zedelenen kimselerin sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunamayacağını ileri sürmek de hakkaniyetli bir tutum değildir. Zira özel hukukta kabul gören ve kaynağını TMK m.2'den alan güven teorisi gereği, sözleşme taraflarından her birinin beyanı diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlamaya mezun ve mecbur olduğu şekilde yorumlanır. Kullanıcıların her birinin platform işleticisinin genel işlem koşullarından haberdar olması ve hatta bunu onaylaması dürüstlük ve güven ilkesi gereği tarafların irade beyanlarının bu hususları da içerdiğini gösterir.

Öğretide “güven teorisine dayalı yorum” olarak adlandırılan bu görüş, üyelik sözleşmesi hükümlerini taraflar arasındaki sözleşmeyi kuran irade beyanlarının içeriğine dâhil ettiği için, tarafların yine karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile üyelik sözleşmesi hükümlerine aykırı düzenlemeler yapmasına da imkân verir.

Platformda gerçekleştirilen satış sözleşmesinin satıcı tarafında yer alan kullanıcının, platform sahibinin üyelik sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin yanında kendi genel işlem koşullarını kullanması da mümkündür. Söz konusu genel işlem koşullarının kapsam, içerik ve yorum denetimlerinde, bu koşulların (şayet varsa) üyelik sözleşmesi ile çelişen hükümleri ayrıca ve dikkatle incelemeye tabi tutulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akçaal, Mehmet, *Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt 18, Sayı 1, S. 49-69.
- Antalya, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Legal Yayınevi, Cilt 1, 2018.
- Atamer, Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2001.
- Atamulu, İsmail, *Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, Cilt 13, Sayı 1, S. 101-147.
- Ayan, Serkan, *Genel İşlem Koşulları Yönünden Türk Borçlar Kanunu ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Karşılaştırılması, Tüketici Hukuku Konferansı*, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed. Hüseyin Can AKSOY, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, S. 105-117.
- Aydoğdu, Murat, *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Basedow, Jürgen, *Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB)*, Münih, Beck Verlag, 8. Baskı 2019.
- Burghard, Ulrich, *Online-Marktordnung und Inhaltskontrolle*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 2001, Cilt 44, S. 2102-2113.
- Busche, Jan, *Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB)*, Münih, Beck Verlag, 8. Baskı, 2019.
- Çınar, Ömer, *Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Dörre, Tanja / Kochmann, Kai, *Zivilrechtlicher Schutz gegen negative eBay-Bewertungen*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2006, Sayfalar: 30-40.
- Ellenberger, Jürgen, *Kommentar zum BGB (Palandt)*, Münih, Beck Verlag, 69. Baskı, 2010.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, 2018.
- Ernst, Stephan, *Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 14.12.2000 - 2 U 58/00*, CR 2001, S. 121-122.
- Havutçu, Ayşe, *Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, S. 75-103.
- Kaiser, Michael / Sebastian, Galle, *Einführung ins Recht der AGB - Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Rechtlichen Praxis*, Verlag Mittelstand und Recht, 2014.

- Karaaslan, Pelin / Durgut, Ramazan, *Zivilrechtlicher Schutz Gegen Negative Bewertungen Bei Online Handelsplattformen Am Beispiel Ebay*, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 2017, Cilt 49, Sayı 66, S. 167 - 188.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 22. Baskı, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Cilt 1, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Vedat Yayınevi, Cilt 1, 2016.
- Otto Neideck, Philipp, *Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung*, Juristische Arbeitsblätter (JA), 2011, Cilt 7, S. 492-500.
- Özel, Çağlar, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, S. 51-73.
- Rüfner, Thomas, *Virtuelle Marktordnungen und das AGB-Gesetz*, Multimedia und Recht, 2000, Cilt 10, S. 597-602.
- Schulte-Nölke, Hans, *Handkommentar zum BGB*, Münih, 10. Baskı, 2019.
- Sester, Peter, *Vertragsabschluss bei Internet-Auktionen*, Zeitschrift für Computer und Recht (CR) 2001, S. 98-108.
- Spindler, Gerhard, *Vertragsabschluß und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen*, ZIP 2001, S. 809, 819.
- Şeker, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Şen Doğramacı, Hayriye, *Çerçeve Sözleşmeler*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 1988.
- Ulmer, Peter, *AGB Recht*, Köln, Otto Schmidt Yayınevi, 2011.
- Ulrici, Bernhard, *Die enttäuschende Internetauktion*, Juristische Schulung (JuS) 2000, Cilt 10, S. 947-951.
- Uygur, Turgut, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Cilt 1, 2. Baskı, 2013.
- Uzunallı, Sevilay, *Genel İşlem Şartlarının Haksız Rekabet Hükümleriyle Denetlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, Cilt 71, S. 383-420.
- Wiebe, Andreas, *Anmerkung. zu OLG Hamm*, Zeitschrift für Multimedia und Recht (MMR) 2001, S. 323-329.
- Yavuz, Nihat, *Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2012.

Yelmen, Adem, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Yongalık, Aynur, *Genel İşlem Koşulları-Haksız Ticari Uygulamalar ve Haksız Rekabet İlişkileri*, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler-Tebliğler, Ed. Hüseyin Can Aksoy, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, S. 119-147.

İnternet Siteleri

<https://tr.letgo.com/tr/community-guidelines> (Erişim tarihi: 17.07.2019).

https://tutumluanne.com/content/uyelik_sozlesmesi (Erişim tarihi: 17.07.2019).

<https://www.tanotodan.com/uyelik-sozlesmesi> (Erişim tarihi: 17.07.2019).

Türk İş Hukukunda Arabulucunun Yükümlülükleri^(*)

Obligations of the Mediator in Turkish Labor Law

Dr. Öğr. Üyesi **Özgür OĞUZ**^(**)

Öz

İş hukukundan kaynaklı davalarda zorunlu arabuluculuk 01.01.2018'den itibaren dava şartı haline gelmiştir. 1950 yılından bu yana çalışma hayatımıza yön veren İş Mahkemeleri Kanunu'nda önemli değişiklikler yürürlüğe girmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, arabulucuya başvuru koşulunu, belirli iş davaları için zorunlu hale getirmiştir.

Zorunlu arabuluculuk sadece belirli iş davalarından söz konusu iken, ticari davalardan kaynaklı uyuşmazlıkların da 1 Ocak 2019'da itibaren zorunlu arabuluculuk aşamasına tabi olacağı Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Ticari davalardan kaynaklı zorunlu arabuluculuk bu çalışmanın kapsamında olmamasına rağmen, yeri geldikçe konuyla ilgili açıklamalarda bulunulmuştur. Artık iş ve ticari davalardan kaynaklı birçok tazminat ve alacak davalarında arabuluculuk aşaması bitirilmeden doğrudan mahkemelerde dava açılmayacağı kanunlarımızda açıkça düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İş hukuku, Arabulucu, Yükümlülük, İş Kanunu, Zorunlu.

Abstract

Mandatory mediation in lawsuits stemming from labor law has become a legal requirement as of 01.01.2018. Since 1950, the Labor Courts Act, which has been guiding our working life, has been amended. The Law no. 7036 on Labor Courts makes it compulsory for certain business cases to apply to the mediator.

While compulsory mediation is only a matter of certain business cases, it is clearly regulated in the Law that the disputes arising from commercial lawsuits will be subject to the compulsory mediation phase as of 1 January 2019. Although compulsory mediation from commercial lawsuits is not covered by this study, explanations have been made where appropriate. It is clearly regulated in our laws that many compensation and receivable cases arising from business and commercial lawsuits can no longer be prosecuted directly in the courts until the mediation phase is completed.

Keywords

Labour Law, Mediator, Obligation, Labour Act, Compulsory.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 09.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 10.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 11.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 10.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 11.07.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: ooguz1@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>.



1. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi 2018 yılında verdiği kararında arabuluculuğun adil yargılanma hakkına aykırı olmadığını açıkça belirtmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme kişilerin elinden yargıya gitme olanağının alınmadığını kararında belirterek iş davalarında zorunlu arabuluculuğun Anayasaya aykırı olmadığını belirterek, bu konudaki tartışmalara da son vermiştir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi kararına ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Tabi ki tüm hukuki sorunların arabuluculuk yoluyla çözülmesi imkânsızdır. Bunun altında yatan en önemli neden ise iletişim eksikliğidir. Elbette taraflar arasındaki iletişim eksikliği sorununu da çözecek olan da alanında iyi yetişmiş uzman arabulucular olacaktır.

Nihai hedefi Avrupa Birliği üyesi olma yolunda ilerleyen ülkemizde özellikle hukuk alanında birçok mevzuat güncellenmesi yaşanmaktadır. Bugün yazdıklarımız yarın değişmekte ve yazılan birçok şey güncelliğini kaybetmektedir. Her sorunun yargıya taşınmadığı alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun daha da gelişmesi ve vatandaşlarımız tarafından benimsenmesi ve zaman içinde uygulamada yaşanan sorunların aşılmasıyla uyuşmazlıkların daha rahat ve çabuk sonuçlanması sağlanabilecektir.

Arabulucuların kanundan kaynaklı bu süreci yönetirken bir takım yükümlülükleri mevcuttur. Bu çalışmada arabulucuların süreci yönetirken uyması gereken davranışlar ve yükümlükler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

2. ARABULUCUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Hüküm Vermekten Çekinme Yükümlülüğü

Arabulucular arabuluculuk sürecinin işleyişini yürütmekle yükümlü olup görüşmelerin sonucunun sorumluluğu taraflara aittir.¹ Arabulucu bir hâkim veya hakem gibi davranmayacak ve dolayısıyla hüküm kurmaktan, haklı ve haksız olanı belirlemekten kaçınacaktır. Bu bağlamda arabulucunun temel görevi tarafları bir araya getirerek anlaşmalarını, uyuşmazlığı çözmeye çalışmalarını sağlamaktır.

Arabuluculuk sürecinde aktif rol oynayan kişiler taraflardır. Problemin çözümünde rol oynayan kişiler de onlar olacaktır. Böylelikle her iki tarafı da memnun edecek bir çözüme ulaşmak mümkün olabilecektir.

¹ Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 155.

B. Tarafsız Kalma ve Davranma Yükümlülüğü

HUAK md.9 uyarınca arabulucu görevini özenle ve tarafsız bir biçimde yerine getirecektir. Arabulucu arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın çözümü için tarafları anlaşmaya teşvik eden bir üçüncü kişi konumundadır. Bu bağlamda arabulucu olarak görevlendirilen kimse, HMK md.34'teki hâkimin yasaklılık hallerindeki gibi tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartları varsa bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür.² Ancak bu bilgilendirmeye rağmen taraflar arabulucu olarak ilgili kişinin arabulucu olmasını talep ederlerse arabulucu görevi üstlenebilecektir.

Tarafsızlık sayesinde uyuşmazlığı tarafları kendilerini süreç boyunca güvende hissedecek ve daha rahat ifade edebilecektir. Böylece uyuşmazlığın çözümüne daha kolay ulaşabilecektir.

C. Eşit Davranma Yükümlülüğü

HUAK md.9 kapsamında arabulucular, süreç boyunca taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Objektif davranmakla yükümlü olan arabulucu siyasi görüş, ırk, cinsiyet, yaş gibi unsurları gözetmeksizin görevini yerine getirmelidir. Böylece arabulucuya olan güven artacaktır. Bununla birlikte arabuluculuk süreci daha kolay bir şekilde başarıya ulaşabilecektir.³

Arabulucu görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemeyecektir. Aksi halde tarafsızlığın ve taraflar arasındaki eşitliğin zedelenmesi sorunu gündeme gelebilecektir.

D. Hukuki Yol Göstermekten Kaçınma ve Aydınlatma Yükümlülüğü

Arabulucunun görevi tarafları bir araya getirerek, tarafların görüşmelerini ve anlaşmalarını sağlamaya çalışmaktır. Bu bağlamda arabulucu hukukçu kimliğini bir kenara bırakarak hareket etmeli ve taraflara hukuki yol göstermekten kaçınmalıdır. Bu yükümlülük bilhassa arabulucuların avukat olduğu göz önünde bulundurulursa dikkatle uygulanmalıdır.

Bunun haricinde arabulucunun tarafları aydınlatma yükümlülüğü de vardır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.

² Taşpolat Tuğsavul, a.g.e., s. 149.

³ Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 647.

HUAKY md.14'te tarafların aydınlatılmasına ilişkin hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında, şahsen ve doğrudan aydınlatmakla yükümlüdür. Ancak, bu yükümlülüğü yerine getirirken tarafsızlığı hakkında şüpheye yol açacak tutum ve davranışlardan kaçınır. (2) Arabulucu, tarafları arabuluculuk yoluyla çözümlenen hukuki uyuşmazlıklar ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmaya varması durumunda düzenlenecek olan ve mahkemesince şerh verilmesi ile birlikte ilam niteliğinde belge hâlini kazanan, anlaşma belgesinin nitelik ve hukuki sonuçları hakkında özellikle bilgilendirir.”⁴

Arabulucu, aydınlatma ilkesi kapsamında tarafların arabuluculuk usulünü tam olarak anladıklarından emin olmalıdır, bu bağlamda taraflara yeteri kadar bilgiye ulaşabilmeleri adına gerektiğinde toplantıları erteleyerek ihtiyaç olan zamanı sağlamalıdır.⁵

E. Görevini Bizzat Yerine Getirme Yükümlülüğü

Arabuluculuk sözleşmesi niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesidir. Bu bağlamda vekilin borcunu bizzat ifa etmekle yükümlülüğü arabulucu için de geçerlidir. Ancak vekâlet sözleşmesinde tanınan durumun gerektirdiği, teamülün mümkün kıldığı hallerde vekilin işi başkasına yaptırabilme imkânı arabulucuya tanınmamıştır.⁶ Yani arabulucu her durumda görevini bizzat yerine getirmekle yükümlüdür.

HUAK 9. maddesinde arabulucunun görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna ilişkin olarak maddenin hükümet gerekçesinde arabuluculuğun kişilik özellikleri ve tarafların arabulucuya olan güveni ön planda olduğu için arabulucunun görevi bizzat ifa etmesi gerektiği, bu görevin yerine getirilmesinin kısmen veya tamamen başkasına bırakılmayacağı belirtilmiştir.⁷

⁴ Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 132.

⁵ Mustafa Serdar Özbek, *Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, TBB, Y. 19, S. 68, 2007, s. 567.

⁶ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 445.

⁷ İpek Türkyılmaz Kabaktepe, *Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2017.

F. Sır Saklama ve Tanıklıktan Çekinme Yükümlülüğü

HUAK md.4'te “(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.” denerek sır saklama yükümlülüğünün gizlilik ilkesinin bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.

Arabulucu, arabuluculuk sürecinde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Arabuluculuk faaliyeti esnasında fotoğraf eklenemeyecek, görüntü ve ses kaydı yapılamayacaktır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan arabulucuların hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilecektir.⁸

Arabuluculuk faaliyeti sırasında taraflardan biriyle özel olarak bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan doğrudan veya dolaylı olarak başka bir kişiye aktarmamalıdır.⁹

HUAK md.5/1 uyarınca taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, süreçte elde edilen beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz, delil olarak öne sürülse de hükme esas almamaz. Bu hüküm gizlilik ilkesini de destekleyici niteliktedir. Arabulucu ilgili uyuşmazlık hakkında tanıklık yapamayacaktır. Aksi halde şikâyet üzerine cezai sorumluluk uygulanabilecektir.

G. Reklam Yasağı

Reklam yasağı HUAK md.10 kapsamında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. HUAKY md.13'te¹⁰ de bu doğrultuda düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerin temel

⁸ Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 51.

⁹ Tuğçem Şahin / Yasin Çelik / Ahmet Cemal Ruhi, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.

¹⁰ İlgili Kanun'un 13. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmaları, internet sitelerinde, tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır. Ayrıca arabulucular, ülke içinde iş birliği yaptıkları ve başka kentlerdeki arabulucuları, arabulucu bürolarını; irtibat bürosu ve benzeri tanımlarla, işbirliğini genelleştirecek ve süreklilik kazandıracak biçimde açıklayamazlar, duyuramazlar. (2) Arabulucunun açacağı internet sayfasının alan adı, sadece arabulucunun adı soyadı ve unvanını içerebilir. (3) Arabulucu; iş sağlama amacına yönelik olacak ve haksız rekabete yol açacak şekilde, özel amaçlı arama motorlarına, rehberlerine, listelerine, veri tabanlarına ve benzerlerine kayıt olamaz, kayıt edilmesine rıza gös-

amacı, arabulucuların uyuşmazlık çözüm yolunu kâr elde etmeye yönelik bir ticari faaliyet olarak görmelerini engellemektir.¹¹

H. Belge ve Dosya Saklama Yükümlülüğü

Arabulucu arabuluculuk süreci boyunca taraflarla görüşerek arabuluculuk faaliyetinin başlangıcı ve devamına ilişkin aşamaları belgelendirebilir. Bu belgeler gizlilik ilkesi gereği saklanması gerekli belgelerden olup herhangi bir mahkeme, hakem ya da idari kurumlarca istenemeyecektir.¹²

Arabulucu HUAK md.17/4 uyarınca arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, faaliyet sonunda tuttuğu ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderdiği tutanağın bir örneğini beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Bu hususa ilişkin olarak HUAKY md.21/4'te de düzenleme mevcuttur.

Beş yıllık saklama süresi arabuluculuk faaliyetinin sonunda tutanağın düzenlenmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak yine de arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başlaması için bildirimleri de saklayacağından arabulucu kendisine bildirim yapıldığı andan itibaren belgeleri saklamakla yükümlü olacaktır.¹³ Hatta arabulucu, kaydı sicilden silinse bile beş yıllık süre dolana kadar belgeleri ve dosyaları saklamakla yükümlü olacaktır.¹⁴

I. Arabulucu Etiği

Arabulucu etiğine ilişkin düzenlemelerin hepsi arabulucuların yükümlülükleri şeklinde düzenlenmiştir. Arabulucuların sır saklama, gizliliğe riayet, tanık-

teremez. Ancak, iş sağlama amacına yönelik olmamak ve haksız rekabete yol açmamak kaydıyla, internet sayfasını özel amaçlı arama motorlarına kayıt edebilir, anahtar kelime olarak da; sadece adı soyadı ve unvanı ile bulunduğu şehrin adını kullanabilir. (4) Arabulucu, internet kullanıcılarını kendi sitesine yönlendirecek şekilde internet kısa yolları kullanılmasına izin veremez ve reklam yapamaz. (5) Tabela ve basılı kâğıtlarda; sadece birinci fıkrada belirtilen unvanlar, birlikte çalışma hâlinde; "arabuluculuk bürosu" ibaresi ile büronun bulunduğu kat ve büro veya daire numarası, telefon numarası, internet adresi ve elektronik posta adresi bilgileri yer alabilir. Bunların dışındaki bir unvana, deyim, şekle, ambleme ve Türkçe dışında yabancı dillerde ifade edilen şekil, işaret, resim, fotoğraf ve benzerlerine yer verilemez. (6) Tabela, bina cephelerine, büro balkonu ve pencerelerine, büronun bulunduğu binanın giriş kapısının yanına, giriş holü veya koridoruna, büro giriş kapılarının yanına asılabilir. Ancak; birden fazla tabela asılamaz. Tabela yerine ışıklı pano kullanılamaz, tabela ışık verici donanım ile süslenemez. Tabelada en çok iki renk kullanılabilir. (7) Dış cephe tabelasının boyutu 100 cm x 150 cm'yi geçemez."

¹¹ Taşpolat Tuğsavul, a.g.e., s. 151.

¹² Dür, a.g.e., s. 453.

¹³ Özgür Oğuz, *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 51.

¹⁴ Şamil Demir, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 53.

lıktan çekinme, eşit davranma, tarafsızlık, reklam yasağı, görevini bizzat yerine yetirme, hukuki yol göstermekten çekinme yükümlülüğü aslında birer etik kuraldır. Arabulucunun bu etik kurallara uymaması aynı zamanda sorumluluğunu doğurabileceği için bu etik kurallar pozitif hukuk kurallarıyla da koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla etik değerlere aykırılığın arabuluculuk özelinde tek yaptırım toplumsal kanaat anlamında kınama olmaktan ziyade hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğunu da gerektirecektir.

Arabulucu etiğine ilişkin yükümlülüklerle birlikte arabulucu, davranışları hususunda da dikkatli olmak durumundadır. Şöyle ki arabulucunun taraflara görevi konusunda samimi olduğunu hissettirmesi, taraflara hitabında saygılı bir üslup kullanması, tarafları azarlayıcı ve rencide edici sözlerden kaçınması, tarafları sürecin dışına itici davranışlarda bulunmaması, sürecin asıl yöneticisinin taraflar olduğunu hissettirmesi, tarafların iddia ve görüşlerini eleştirmemesi gereklidir. Zira söz konusu hususlar HUAK, HUAKY ve TİSAHBY’de yükümlülük olarak sayılmakla birlikte, arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için gerekli olan müzakere tekniklerindedir.¹⁵

Bununla birlikte arabuluculuğun gerçek anlamda bir meslek olmadığından arabulucuların asıl mesleklerinin gerektirdiği etik sorumlulukların da arabuluculuk sürecinde dahi devam ettiğini söylemek gerekir. Asıl mesleğin getirdiği etik kuralları arabuluculuk süreciyle örtüştüğü müddetçe devam edecektir. Bununla birlikte asıl mesleğin etik kuralları arabuluculuk yükümlülükleriyle çatıştığı durumlarda, yani etik ikilem ortaya çıktığı durumlarda, arabuluculuk sürecinde asıl unvanlarının arabulucu olmasından ötürü arabuluculuk yükümlülüklerinin tercih edilmesi gerekecektir.

3. SONUÇ

Taraflar uyuşmazlıkların çözümü konusunda her zaman anlaşma yolunu tercih etmemektedir. Bunun nedeni ise bir tarafın kendi hak veya çıkarlarını karşı tarafın hak veya çıkarından daha üstün görmesi, taraf taleplerinin karşı tarafça gerçekçi bulunmaması ya da bu taleplerin hiç karşılanmak istenmeyişidir.

Ortaya çıkan uyuşmazlıklar, özellikle iş hukuku alanında, hak uyuşmazlığı ve çıkar (menfaat) uyuşmazlığı ya da toplu uyuşmazlık ve bireysel uyuşmazlık olarak ayrılmaktadır. Uyuşmazlığın kanundan, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden kazanılan bir hakkın kullanılması neticesinde doğması halinde,

¹⁵ Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2013, s. 182.

mevcut uyuşmazlık hak uyuşmazlığı olarak nitelendirilir. Uyuşmazlık, henüz hak olarak kazanılmamış, ancak iş sözleşmenin veya toplu sözleşmenin imzalanması aşamasında çıkarların ve taleplerin çatışması sonucu ortaya çıkıyorsa, bu uyuşmazlık menfaat uyuşmazlığı olarak nitelendirilir.

Uyuşmazlığın toplu uyuşmazlık veya bireysel uyuşmazlık şeklinde ayrımı ise temelde tarafların konumları ile alakalıdır. Bireysel veya toplu uyuşmazlıkların hak ve menfaat uyuşmazlığı şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Sendikaların taraf olarak bulunduğu uyuşmazlıklar toplu iş uyuşmazlığı olarak adlandırılır. Bir veya birkaç işçi ile işveren arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ise bireysel iş uyuşmazlığı olarak sınıflandırılacaktır. Ancak ister toplu ister bireysel ister menfaat ister hak uyuşmazlığı olsun, bu tür uyuşmazlıkların çözülmesi gereklidir. Aksi halde ilişkilerin devamı sağlanamaz ve toplumsal yapı sarsılabilir.

Uyuşmazlıkların esas olarak çözüm şekli tarafların uyuşmazlığı üçüncü bir kimsenin veya yargı merciinin önüne taşımadan, daha en başta anlaşmalarıdır. Uyuşmazlığın çözüm yeri esasen 1982 Anayasası md.36/1’de “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” ve md.9’da “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*” denilerek bağımsız mahkemeler gösterilmiştir. Bununla birlikte yargılama yoluna alternatif olarak birtakım uyuşmazlık çözüm yolları da bulunmaktadır. Bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın mahkeme yerine taraflar veya mahkeme dışında tarafsız üçüncü kişiler veya mercilerce çözümünü esas almaktadır. Başlıca alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak uzlaştırma, arabuluculuk, tahkim sayılabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Türk hukuk sistemi içerisinde yeterince uygulama alanı bulamamış ve yaygınlaşmamıştır. Bunun başlıca nedenleri olarak insanların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına karşı şüphelerinin olması, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının fazla bilinmemesi ve uzlaşmaya yatkın bir toplum olmamız gösterilebilir.

Hukuk sistemimizde alternatif çözüm yollarının yaygınlaştırılması için birtakım düzenlemeler de mevcuttur. Bunların başında toplu iş hukukunda zorunlu arabuluculuk kurumu ile bireysel iş uyuşmazlıklarının çözümü için getirilen zorunlu arabuluculuk kurumu gösterilebilir.

Arbuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında

iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen çözüm yöntemidir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaşması ve gelişmesinin hem devlet açısından hem de bireyler açısından birçok faydası bulunmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaşmasının, devlet açısından, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, yargılama için harcanan bütçenin düşürülmesi, toplum barışının sağlanması ve yargıya olan güvenin artırılması gibi birtakım faydalarını saymak mümkündür. Bireyler açısından ise ekonomik ve sosyal ilişkilerin devamının sağlanması, uyuşmazlığın daha kısa sürede çözüme ulaştırılması, daha az masraf yapılması, çözüme daha çok katılma imkânının bulunması, her iki tarafın da kazançlı çıkması, gizliliğin sağlanması, uyuşmazlığın uzman kişilerce incelenmesi gibi faydalar sayılabilir.

Hukuk uyuşmazlıklarında öngörülen arabuluculuk müessesinin ihtiyari olarak başvurulacak bir kurum olması esastır. Bu kurum, tarafların başvuru esnasında dahi karşılıklı anlaşabilmelerini öngören bir yapıdadır. Arabuluculuk sürecini yönetecek ve taraflar arasındaki ilişkinin sağlıklı bir şekilde ilerlemesine yardımcı olacak kişinin taraflarca seçilmesi sürecin daha sağlam işlenmesini sağlayacaktır.

Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaya varması her zaman için kolay olmamaktadır. Bu noktada, tarafların bir orta yol bulması için, arabulucunun da hüküm vermeksizin çözüm önerileri sunabilmesi, sürecin sağlıklı işlemesi ve daha verimli sonuçlar elde edilmesi için gereken bir yetkidir. Bu bağlamda doktrindeki tartışmaların ve uygulamalardaki farklılıkların önüne geçilebilmesi için arabuluculara açıkça bu yetkinin verilmesi de yerinde olacaktır.

Arabulucuların kanunda öngörülen yükümlülüklerine etik kurallar çerçevesinde uymaları da büyük önem taşımaktadır. Arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması, dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından beklenen menfaatlerin sağlanması için yükümlülükler ve etik kurallara uyum çok kritiktir. Bu yükümlülüklerle ve etik kurallara uyumun denetimi de sürecin başarısı için bir o kadar hassas diğer bir husustur. Denetimler de arabuluculuk sürecine katılan taraflarla daha sonradan yapılan geri besleme (*feedback*) niteliğindeki görüşmeler ve tutanakların kontrolü ile daha sağlıklı yürütülebilir. Bu hususlara dikkat edilerek arabuluculuk sürecinin kontrolünün sağlanması ve sürecin hassasiyetinin öneminin vurgulanması sistemin işleyişini arttıracaktır.

KAYNAKÇA

- Çiçek, Mustafa, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Demir, Şamil, *Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Dür, Orhan, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Kısmet Kekeç, Elif, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, İstanbul, Adalet Yayınları, 2016.
- Oğuz, Özgür, *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2016. (Uyuşmazlık Çözümü)
- Özbek, Mustafa Serdar, *Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, TBBD, Y. 19, S. 68, 2007.
- Şahin, Tuğçem / Yasin Çelik / Ahmet Cemal Ruhi, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Tanrıver, Süha, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Türkyılmaz Kabaktepe, İpek, *Açıklamalı Arabuluculuk Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul, Aristo Yayınları, 2017.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013.

Uluslararası Adalet Divanı'nın Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararına İlişkin Danışma Görüşü Işığında Uluslararası Örgütler ile Personeli Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü^(*)

The Resolution of Disputes Between International Organizations and Their Staff in the Light of Advisory Opinion of International Court of Justice Concerning Judgment No 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization

Arş. Gör. Nergiz EMİR^(**)

Öz

Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi ("ILOAT" ya da "Mahkeme") Statüsü Eki'nin 12. maddesi çerçevesinde hareket eden Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu ("IFAD" ya da "Fon") Yönetim Kurulu, ILOAT tarafından verilen 3 Şubat 2010 tarihli ve 2867 Sayılı Karar'a itiraz etmiş ve bu kararın geçerliliği sorununu Uluslararası Adalet Divanı'na ("Divan") taşımıştır. IFAD, Danışma Görüşü talebi çerçevesinde, Divan'a dokuz soru yönelmiştir. Bu sorular, genel olarak, ILOAT'ın yargılama yetkisi ve verdiği kararın hukuki geçerliliği hakkındadır. Divan, 1 Şubat 2012 tarihli Danışma Görüşü'nde, ILOAT'ın IFAD aleyhine gerçekleştirilen şikayeti yargılamaya yetkili olduğunu ve ILOAT verilen 2867 Sayılı Karar'ın geçerli olduğunu ifade etmiştir. İlgili karar ışığında, uluslararası örgütler ile personeli arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, uluslararası idare mahkemelerinin etkinliği ve uluslararası kurumsal hukukun önemi hukuki uygulamada teyit edilmiştir. Bu kapsamda, uluslararası idare mahkemelerinin gelişimi, uluslararası örgütlerin bağımsızlıkları, ILOAT'ın yargılama yetkisinin kapsamı ve uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkı Divan'ın 1 Şubat 2012 tarihli danışma görüşü çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Örgütler, Uluslararası İdare Mahkemeleri, Uluslararası Çalışma Örgütü, Uluslararası Örgütlerin Yargı Bağımsızlığı, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi.

Abstract

The International Fund for Agricultural Development ("IFAD" or the "Fund"), acting within the framework of Article XII of the Annex to the Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization ("ILOAT" or the "Tribunal"), had decided to challenge the decision

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 29.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 29.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 31.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 29.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 05.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: nergizdemirer@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3307-3885>.



rendered by the Tribunal on 3 February 2010 in Judgment No. 2867, and to refer the question of the validity of that Judgment to the International Court of Justice (Court). IFAD, had asked the Court nine questions within the framework of the request for Advisory Opinion. These questions are, in general, about the jurisdiction of the ILOAT and the legal validity of its decision. The Court stated that, in its Advisory Opinion of 1 February 2012, the ILOAT was competent to hear the complaint introduced against IFAD and the decision given by the ILOAT in its Judgment No. 2867 is valid. In the light of related decision, the efficiency of international administrative tribunals and the significance of international institutional law in the resolution of disputes between international organizations and their staff have confirmed in legal practice. In this context, the development of international administrative tribunals, the immunity of international organizations, the extent of the competence of ILOAT's jurisdiction and the right to access to justice for the staff of international organizations will be examined within the framework Advisory Opinion of the Court's in 1 February 2012.

Keywords

International Organizations, International Administrative Tribunals, International Labour Organization, Immunity of International Organizations, The Jurisdiction of the International Labour Organization Administrative Tribunal.

GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı (Divan), Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğrılan Zararların Tazmini konusundaki 11.04.1949 tarihli Danışma Görüşü'nde,¹ uluslararası örgütlerin hukuki kişiliklerinin bulunduğunu tespit etmiştir. Uluslararası örgütlerin hukuki kişiliğinin kabul edilmesi ile birlikte uluslararası örgütler ile personeline ilişkin sorunlara uygulanacak hukukun belirlenmesinde uluslararası kurumsal yapılanmanın ön plana çıktığı görülmektedir. Uluslararası örgütlerin faaliyet alanlarının genişlemesi; hem personel sayılarının artması hem de iş ilişkilerindeki karmaşıklık ve çeşitliliğin ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur. Bu bağlamda, bazı uluslararası örgütler kendi idare mahkemelerini kurarken bazıları da başka bir örgütün idare mahkemesinin yargı yetkisini kabul etmiştir. Uzmanlık kuruluşlarının pek çoğu ve diğer uluslararası örgütler, genel olarak Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin ("ILOAT" ya da "Mahkeme") yargı yetkisini kabul etmiştir.²

¹ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the Nations, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1949*, p. 174.

<https://www.icj-cij.org/en/case/4> 18.07.2019.

² Santiago Villalpando, "International Administrative Tribunals", (Ed) Jacob Katz Cogan / Ian Hurd / Ian Johnstone, *The Oxford Handbook of International Organizations*, New York, Oxford University Press, 2016, s. 1089.

Divan, Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu Aleyhinde Şikâyet Dosyası Üzerine Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararı ile ilgili 1 Şubat 2012 tarihinde verdiği Danışma Görüşü'nde,³ ILOAT'ın Ana Teresa Saez Garcia (Saez Garcia) tarafından Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu ("IFAD" ya da "Fon") aleyhinde açtığı davayı incelemeye yetkili olduğunu⁴ ve dolayısıyla verilen kararın geçerli olduğunu tespit etmiştir.⁵ Divan'ın bu kararı incelendiğinde, özel olarak ILOAT'ın yargı yetkisinin belirlenmesinde ortaya koyduğu gerekçeler ve genel olarak uluslararası idare mahkemelerinin kararlarının niteliği hakkındaki değerlendirmeleri dikkat çekmektedir. Divan'ın bu kararı, uluslararası örgütlerin ayrı bir hukuki kişi olarak kabul edilmesinin hukuki sonuçlarını ve uluslararası kurumsal hukukunun (*international institutional law*) önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Uluslararası örgütlerin ulusal mahkemelerden yargı bağımsızlığının kabul edilmesi, uluslararası örgüt ve personeline ilişkin hukuki uyumsuzlukların çözümünde uluslararası idare mahkemelerin önemine işaret etmektedir. Ancak uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkının sağlanmasının uluslararası insan hakları hukukunun bir gereği olarak kabul edilmesi de bu mahkemelerin etkinliğini ve yeterliliğini tartışmaya açmıştır. Bu bağlamda, Divan'ın 1 Şubat 2012 tarihli Danışma Görüşü çerçevesinde, uluslararası idare mahkemelerinin gelişimi, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı, ILOAT'ın yargılama yetkisinin kapsamı ve uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkı üzerinde durulacaktır.

1. ULUSLARARASI İDARE MAHKEMELERİ'NİN GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Uluslararası idare mahkemeleri, doktrinde sıklıkla üzerinde durulan bir konu olmamakla birlikte, bu tür mahkemeler tarihsel olarak 20. yüzyılın başlarına dayanmaktadır. Zira uluslararası örgütlerin kurulması ve genişlemesiyle, uluslararası kamu hizmeti kavramı uluslararası alanda yerini almıştır. Bu gelişmenin bir sonucu da, uluslararası örgüt ile personeli arasında ortaya çıkan uyumsuzlukların artmasıdır. Uluslararası örgüt personelinin işten çıkarılması, terfileri, disiplin cezaları, maaşları ve izinleri gibi istihdama ilişkin uyumsuzlukların çözülmesi için bir hukuki mekanizma kurulması gerekmektedir. Zira uluslararası

³ Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2012*, p. 10. <https://www.icj-cij.org/en/case/146> 18.07.2019.

⁴ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 82 ve 85.

⁵ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 99.

örgüt personelinin, uluslararası örgüt aleyhine ulusal mahkemelere başvurması bu örgütlerin ulusal mahkemelerden yargı bağımsızlığı nedeniyle söz konusu değildir. Bu bağlamda, uluslararası örgüt ve personeli arasında uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası idare mahkemeleri kurulmaya başlanmıştır.⁶

ILOAT'ın kökenleri, 1927'de Milletler Cemiyeti İdare Mahkemesi'nin kurulmasına, diğer bir deyişle Milletler Cemiyeti'nin ilk yıllarına dayanmaktadır.⁷ 1946'da Milletler Cemiyeti'nin tasfiyesi üzerine, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) personeliyle ilgili uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bulma sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Bunun üzerine, Milletler Cemiyeti İdare Mahkemesi'nin halefi olarak Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi kurulmuştur.⁸ Birleşmiş Milletler, kurulduğu ilk dönemde çalışanlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde kendi mekanizmasını kurmaya yönelmiştir. 1949 yılında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, BM Sekretaryası personeline ilişkin uyuşmazlıklarda yargılama yetkisine sahip "Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi" ismiyle bir mahkeme kurulmasına karar vermiştir.⁹

1950'li yılların başında, Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi'nin ("UNAT") yargılama yetkisi tartışmaya açılmıştır. UNAT, hatalı bir şekilde görevden alınan on bir personele önemli bir miktarda tazminat ödenmesine karar verdikten sonra, Genel Sekreter, Genel Kurul tarafından değerlendirilecek bütçeye bu miktarı da dahil etmiştir. Bunun üzerine bazı devletler Genel Kurul'a bağlı bir organ niteliğinde kurulan UNAT tarafından verilen tazminat ödeme kararının yerine getirilmeyebileceğini tartışmaya açmıştır. Bu konunun Divan'a taşınarak bir danışma görüşü talep edilmesine karar verilmiştir. Divan, 13 Temmuz 1954 tarihli Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Tarafından Verilen Tazminat Kararlarının Etkisi Hakkındaki Danışma Görüşü'nde,¹⁰ Genel Kurul'un hangi gerekçe ile olursa olsun hükmedilen tazminatı yerine getirmeme konusunda yetkisi olmadığını belirtmiştir.¹¹

⁶ Wolfgang Friedmann / Arghyrios A. Fatouros, *The United Nations Administrative Tribunal*, International Organization, 1957, C. 11, S. 1, s. 13.

⁷ 1932'de, bu mahkemenin bir benzeri olan Ziraat Enstitüsü kurulmuş ancak hiç dava incelememiştir. Joanna Gomula, "The International Court of Justice and Administrative Tribunals of International Organizations", Michigan Journal of International Law, 1991, C. 13, S. 1, s. 10.

⁸ Villalpando, a.g.m., s. 1087.

⁹ United Nations General Assembly (UNGA) Resolutions 351 (IV), 24 November 1949. <https://www.un.org/documents/ga/res/4/ares4.htm> 18.08.2019.

¹⁰ Effect of Awards of Compensation Made by the U. N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1954*, p. 47. <https://www.icj-cij.org/en/case/21> 18.08.2019.

¹¹ *I.C.J. Reports 1954*, s. 62.

Kurumsal gelişimin bu noktasında, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan uluslararası örgütler uluslararası idare mahkemelerine ilişkin çeşitli seçeneklere sahip olmuşlardır. İlk seçenek, UNAT'ın yargı yetkisinin kabul edilmesi, bir diğeri ILOAT'ın yargı yetkisinin kabul edilmesi iken son olarak kendi yargısal mekanizmalarını kurma ihtimalleri ortaya çıkmıştır. UNAT'ın Statüsü'ne göre, özel bir sözleşme ile mahkemenin yetkileri çeşitli uzmanlık kuruluşlarına genişletilebilecektir. Ancak uzmanlık kuruluşlarının çoğu ve diğer birkaç uluslararası örgüt ILOAT'ın yargı yetkisini kabul etmeyi tercih etmiştir.¹² Özellikle Dünya Sağlık Örgütü (WHO) kuruluşundan itibaren bu tercihinin daimi olarak sürdürmüştür. Bunun yanında, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği, Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), Dünya Meteoroloji Örgütü ve Gıda ve Tarım Örgütü de mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiştir. ILOAT'ın yargılama yetkisine sahip olduğu uluslararası örgüt sayısı giderek artmaktadır.¹³

Son olarak, bazı uluslararası örgütler ILOAT'ın yargı yetkisini kabul etmek yerine kendi idare mahkemelerini kurmaya yönelmişlerdir.¹⁴ Afrika Kalkınma Bankası, Amerikan Devletler Örgütü, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü ve Avrupa Birliği bu örgütlere örnek olarak gösterilmektedir. Birleşmiş Milletler sistemi içerisindeki Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu ve Birleşmiş Milletler Filistinli Mülteciler için Yardım ve Bayındırlık Ajansı da kendi yargı mekanizmalarını kurmuşlardır.¹⁵

B. Uluslararası Örgütlerin İç Adalet Sistemleri

Uluslararası idare mahkemeleri, uluslararası örgütlerde adalete ilişkin iç sistemlerin en çok dikkat çeken kısmı olsa da iş uyuşmazlıklarının çözümünde diğer mekanizmalar da söz konusu olabilmektedir. İlk olarak, birkaç uluslararası örgüt işyerindeki çatışmaların çözümünde resmi olmayan araçları devreye sokmaktadır.¹⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, bu araçların “çatışmaların resmi olmayan çözümünün adaletin idari olarak çözümünde önemli bir unsur olduğunu” ve “ge-

¹² ILOAT'ın önde gelen uluslararası idare mahkemesi olarak uluslararası örgütler tarafından daha çok tercih edilmesi ilginçtir. BM kurulduğunda kendisine ait bir idare mahkemesinin kurulması fikri hemen ortaya çıkmış olsa da bunun gerçekleşmesi biraz zaman (1949) almıştır. Bu esnada, BM ile ilişkili bazı örgütler sabırsız davranarak ILOAT'ın yargı yetkisini kabul etmiştir. Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, s. 248.

¹³ Villalpando, a.g.m., s. 1090.

¹⁴ Christian Tomuschat, *“International Courts and Tribunals”*, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume V, (Ed) Rüdiger Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 501.

¹⁵ Villalpando, a.g.m., s. 1090.

¹⁶ Villalpando, a.g.m., s. 1090.

reksiz davalardan kaçınmak için resmi olmayan sistemlerin kullanılabileceğini” ifade etmiştir.¹⁷ Genel Kurul, 1 Ocak 2008’de faaliyete başlayan Birleşmiş Milletler Ombudsman ve Arabuluculuk Servisi Ofisi’ni kurmuştur.¹⁸

İkinci, bazı örgütlerin personel kuralları, hiyerarşik üst tarafından verilen idari kararlara itiraz ederek gözden geçirilmesini talep etme imkanına açıktır. Örneğin, mevcut BM Personel Kuralları uyarınca, bir personel iş sözleşmesine ya da atama şartlarına uymadığı iddiasıyla idari bir karara resmi olarak itiraz isteminde bulunabilecektir.¹⁹

Üçüncüsü, birçok uluslararası örgütte yargı organına başvurmadan önce danışma kuruluna gidilmektedir. Bu kurullar değişik özelliklere sahip olsalar da genellikle iki noktada ortak özelliklere sahiptirler. İlk olarak, personel tarafından oluşturulan bir emsal değerlendirme mekanizması söz konusudur. İkincisi ise, uyuşmazlık konusu dava bağlayıcı olmayan tavsiye kararları verilebilmektedir. Çünkü son değerlendirme örgütün idari şefinin kararına havale edilmektedir.²⁰

Son olarak, Divan iş uyuşmazlıklarının çözümüne müdahale edebilmektedir. ILOAT Statüsü’nün 12. maddesine göre, uluslararası bir örgütün yönetim kurulu, ILOAT’ın yargılama yetkisine karşı ya da ILOAT kararının usulde temel bir hata ile verildiği iddiasıyla ve ILOAT kararının geçerli olup olmadığına ilişkin Divan’dan danışma görüşü talep edilebilmektedir. Divan tarafından verilen danışma görüşü bağlayıcıdır. ILOAT Statüsü’ndeki bu mekanizma iki kez hayata geçirilmiş ve Divan her ikisinde de ILOAT’ın yargılama yetkisini teyit etmiştir. Bu kararlardan birisi 1956²¹ yılında ve diğeri ise 2012 yılında verilmiş kararlar olup son karar bu çalışmanın ele alınması fikrini ortaya çıkarmıştır.

Uluslararası örgütlerin ile personeli arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, idare mahkemeleri dışındaki idari mekanizmalar Birleşmiş Milletler ve diğer örgütlerde önemini korumaktadır. Ancak adaletin sağlanabilmesi için örgütlerin öncelikle kendi personeline tatmin edici bir yargı mekanizması sunması gerekmektedir.²² Bu bağlamda, uluslararası idare mahkemeleri, her ne kadar eleştirilere açık ve reform önerilerinin gündeminde yer alsada, en uygun çözüm yolu olarak değerlendirilmektedir.

¹⁷ UNGA Resolutions 61/261, 4 April 2007, para. 11. <https://www.un.org/en/ga/sixth/62/AdminJust.shtml> 18.08.2019.

¹⁸ UNGA Resolutions 61/261, 4 April 2007, para. 12. ve 62/228, 22 December 2007, para 25. <https://www.un.org/en/ga/sixth/62/AdminJust.shtml> 18.08.2019.

¹⁹ UN Staff Rule 11/2, a. <https://hr.un.org/handbook/staff-rules> 18.08.2019.

²⁰ Villalpando, a.g.m., s. 1091.

²¹ Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1956*, p. 77. <https://www.icj-cij.org/en/case/30> 18.08.2019.

²² Mehmet Emin Çağırın, *Uluslararası Örgütler*, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2014, s. 413.

C. Uluslararası Örgütlerin İç Adalet Sistemlerinde Reform

Her bir uluslararası örgütün gelişimi, personel sayılarındaki genişleme ve iş ilişkilerinde çeşitliliğin ve karmaşıklığın artmasıyla birlikte örgütlerin iç adalet sistemleri yakından inceleme ve olası reformlara her zaman açıktır. Son eğilimler, uluslararası örgütlerin yargı süreçlerini gözden geçirmelerine yol açan uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının etkili ve profesyonel olmasını sağlamaya çalıştıklarını göstermektedir.²³ 1990'lı yılların sonunda, ILOAT ile ilgili reform önerileri gündeme gelmiş olmasına rağmen somut bir değişiklik ortaya çıkmamıştır. Bundan yaklaşık on yıl sonra, Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi (UNAT) kapsamında reform önerileri gündeme getirilmiş ve süreç aşağıda ifade edileceği gibi yeni bir uyuşmazlık çözüm sisteminin benimsenmesiyle sonuçlanmıştır.²⁴

UNAT, uluslararası idare mahkemesi olarak önemli bir boşluğu doldurmakla birlikte, zaman içerisinde “yavaş, hantal, etkisiz, gayri profesyonel ve ihtiyaçları karşılamamak” ile tenkit edilmiş²⁵ ve bunun üzerine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu UNAT'ın görevinin 31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla sona ermesi ve yerine yeni bir idari yargı sistemi kurulması kararı almıştır.²⁶ 1 Temmuz 2009 tarihinden itibaren çalışmaya başlayan yeni sistem iki derecelidir. İlk aşamasında beş hakimli Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi (UNDT) bulunmaktadır. UNDT idari kararlar ilgili memurların şikayetlerini incelemektedir. Bu mahkemenin en önemli özelliği ilk derece mahkemesi niteliğini taşıması yani kararlarının nihai olmayıp temyiz edilebilmesidir. Temyiz mercii ise, bu reform kapsamında kurulan Birleşmiş Milletler Temiz Mahkemesi (UNAT) olarak kurulan ve yedi hâkimden oluşan mahkemedir.²⁷

Görüldüğü gibi, günümüzde etkin iki ayrı idare mahkemesi (UNDT/UNAT ve ILOAT) söz konusu olup bunların tek bir çatıda birleştirilmesi tartışılmasına rağmen, özellikle Birleşmiş Milletler içerisindeki örgütlerin kendi idare mahkemelerini kurması parçalı sistemin uluslararası idari yargıda devam edeceğini

²³ Villalpando, a.g.m., s. 1092.

²⁴ August Reinisch / Christina Knahr, *From the United Nations Administrative Tribunal to the United Nations Administrative Tribunal to the United Nations Appeals Tribunal - Reform of the Administration of Justice System within the United Nations*, (Eds) A. Von Bogdandy / R. Wolfrum, Max Planck Yearbook of United Nations Law, C. 12, 2008, s. 448.

²⁵ Çağırın, a.g.e., s. 414.

²⁶ UNGA Resolutions 61/261, 62/228, 63/253, 24 December 2008. <https://undocs.org/en/A/RES/63/253> 18.08.2019.

²⁷ UNAT kısaltması hem kaldırılan Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi (United Nations Administrative Tribunal) hem de yeni kurulan Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi (United Nations Appeals Tribunal) için kullanılmaktadır.

haber vermektedir.²⁸ Yukarıda da ifade edildiği gibi, mevcut idare mahkemelerinin yargı yetkisini kabul etme imkânı söz konusu olduğu halde, bazı uluslararası örgütler genellikle ciddi maliyetler nedeniyle bir kenara konulan seçenek olan kendi idare mahkemelerini kurmayı tercih etmiştir.²⁹ Dolayısıyla, uluslararası idare mahkemelerinin en azından yakın bir gelecek için parçalı bir yapıya sahip olmayı sürdüreceğini ifade etmek mümkündür.

2. ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN BAĞIŞIKLIKLARI VE İDARE MAHKEMELERİ

Bağışıklık kuralları, uluslararası örgütlere ilişkin geleneksel kurullarla bağlantılıdır. Uluslararası örgütlerin ve personelinin ulusal mahkemelerden yargı bağışıklığına sahip olmaları gerektiği uzun zamandır kabul edilmektedir. Ancak bu bağışıklık devletin bağışıklığından farklıdır. Zira devletin bağışıklığı *par in parem non haber imperium* (eşitin eşit üzerinde yetkisi yoktur) ilkesine dayanırken, uluslararası örgütlerin bağışıklığı genel olarak fonksiyonel gereklilikler üzerine kurulmuştur. Uluslararası örgütler fonksiyonlarını yerine getirebilmek için bağışıklığa ihtiyaç duymaktadır. Eğer bir ulusal mahkeme onların çalışmalarına müdahale edebilirse fonksiyonlarını yerine getirmeleri mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla örgütün eylem ve işlemleri üzerinde üye devletlerden birinin mahkemelerinin yargı yetkisinin kabul edilmesi söz konusu değildir.³⁰

Uluslararası örgütler kurucu devletlerinden ayrı uluslararası hukuk kişileri oldukları için bu devletlerde yargı bağışıklığından yararlanmaktadır.³¹ Uluslararası örgütler hukukunun önemli bir alanı olduğu düşünülen uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı ilkesine yönelik eleştiriler giderek artmaktadır. Ulusal mahkemelerin yargılayamayacağı uluslararası örgütler üzerinde kim yargılamak yetkisine sahiptir? Zira devletlerin iç hukuk mahkemeleri söz konusudur. Bu nedenle, uluslararası örgütlerin faaliyetlerinden dolayı hem içeriden hem de dışarıdan ulusal mahkemelere başvurular söz konusu olmaktadır.³²

Uluslararası örgütlerin bağışıklığına ilişkin sorulardan, özellikle uluslararası örgütler ile personelleri arasında çıkan uyuşmazlıkların öngörülebilir ve tutarlı bir şekilde çözülebilmesi amacıyla idare mahkemelerinin kurulması son derece önemlidir. Personele ilişkin uyuşmazlıkların ulusal mahkemeler nezdinde

²⁸ Çağırın, a.g.e., s. 415.

²⁹ Villalpando, a.g.m., s. 1090.

³⁰ Niels Blokker, "International Organizations: The Untouchables?", (Ed) Niels Blokker / Nico Schrijver, Immunity of International Organizations, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015, s. 2.

³¹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, 2. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, 2006, s. 101.

³² Blokker, a.g.m., s. 2.

çözülmesinin, iş hukuku kurallarının uygulanmasındaki yeknesaklığı riske atacağı ve farklı koruma düzeylerine neden olabileceği ifade edilmektedir. İşveren uluslararası örgütün, iç hukuklardan yargı bağımsızlığı ile bu olumsuz sonuçlardan da kaçınılacağı belirtilmektedir. Aynı zamanda, idare mahkemeleri şeklinde ayrı bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının kurulması ile uluslararası örgütlerin aynı iş hukukunu uygulaması ve yorumlamasında birlik sağlanacaktır.³³

İdare mahkemelerinin yargı yetkisinin kapsamı ile uluslararası örgütlerin istihdam konularında bağımsızlığa sahip olması arasında açık bir ilişki söz konusudur. Bu nedenle, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlıklarının hukuki zemini ile idare mahkemelerinin uygulamaları üzerinde durulması gerekmektedir. Uluslararası örgütlerin bağımsızlığı, örgüt personelini içeren özel taraflarla uyuşmazlıklarında da söz konusu olduğu için adalete erişim için çeşitli mekanizmaların kurulması gerekmiştir. Bu nedenle, örgütler ya idare mahkemeleri kurmuşlar ya da mevcut idare mahkemelerinin yargı yetkisini kabul etmişlerdir. Böylece, uluslararası idare mahkemeleri, uluslararası örgüt çatısı altında çalışan personelin iş hukukuna ilişkin haklarını öne sürebilmesi için hukuki bir çözüm yolu ortaya çıkmıştır.³⁴ Ancak giderek artan bir şekilde, uluslararası örgütlere andlaşma hükmü ile yüklenen hukuki bir gereklilik olmanın yanı sıra adalete erişimi içeren bir insan hakkı yükümlüğünün söz konusu olduğu kabul edilmektedir.³⁵

Uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlıklarının kabul edilmesinin dayanağı, uluslararası hukuki kişiliklerinin kabul edilmesidir.³⁶ Uluslararası örgütlerin hukuki kişiliği, Divan'ın 1949 yılında verdiği Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini konusundaki Danışma Görüşü kapsamında tespit edilmiştir. Uluslararası örgütlerin bağımsızlık ve ayrıcalıklara sahip olduğu çeşitli uluslararası andlaşmalarda ortaya konulmuştur.³⁷ Birleşmiş Milletler Şartı'nın 105. maddesinde, örgütün amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanacağı ve örgütün üyelerinin temsilcileri ile örgütün memurlarının da, aynı şekilde, örgütle ilgili görevlerini tam bir bağımsız-

³³ August Reinisch, "The Immunity of International Organizations and Jurisdiction of Their Administrative Tribunals (The Immunity)", *Chinese Journal of International Law*, 2008, C. 7, S. 2, s. 286.

³⁴ Reinisch, "The Immunity", s. 286.

³⁵ Daniele Gallo, "The Right of Access to Justice for the Staff of International Organizations: The Need for a Reform in the Light of the ICJ Advisory Opinion of 1 Feb. 2012", (Ed) Roberto Virzo / Ivan Ingravallo, *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015, s. 530.

³⁶ D. W. Bowett, *The Law of International Institutions*, London, Stevens & Sons, 1963, s. 275.

³⁷ August Reinisch, "Privileges and Immunities (Privileges)", (Ed) Jacob Katz Cogan / Ian Hurd / Ian Johnstone, *The Oxford Handbook of International Organizations*, New York, Oxford University Press, 2016, s. 1052.

sızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanacağı belirtilmiştir. Öte yandan, Birleşmiş Milletler bünyesinde bu konuya ilişkin iki uluslararası anlaşma bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Genel Konvansiyon³⁸ ve diğeri Uzmanlık Kuruluşları Konvansiyonu³⁹ olarak kısaltılan Birleşmiş Milletler ve uzmanlık kuruluşlarının ayrıcalık ve dokunulmazlıklarını düzenleyen sözleşmelerdir.

Sonuç olarak, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı ile idare mahkemelerinin yargı yetkisi arasında bir korelasyon bulunmaktadır. Uluslararası örgütlerin ulusal mahkemelerden yargı bağımsızlığına sahip olmasının onları tamamen dokunulmaz hale getirmesi hukuki midir? Bu tür bir bağımsızlığın şikâyet sahiplerinin hukuki çözümden mahrum bırakmaması son derece önemlidir.⁴⁰ Bu nedenle, uluslararası örgüt personeline ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, uluslararası idare mahkemeleri aracılığıyla kurulan mekanizma meselenin sadece bir yönü olmakla birlikte önemli bir yere sahiptir.

3. ILOAT'IN YARGILAMA YETKİSİNİN KAPSAMI VE DİVAN'IN GÖRÜŞÜ

Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi Statüsü Eki'nin 12. maddesi çerçevesinde hareket eden Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu⁴¹ Yönetim Kurulu, ILOAT tarafından verilen 3 Şubat 2010 tarih ve 2867 Sayılı Kararı'na itiraz etmiş ve bu kararın geçerliliği sorununu Divan'a taşımıştır. IFAD Yönetim Kurulu 21-22 Nisan 2010 tarihinde yapılan doksan dokuzuncu oturumunda, Saez Garcia'nın IFAD'a karşı yönelttiği şikâyet üzerine ILOAT tarafından verilen 2867 Sayılı Karar'ın hukukiliği ile ilgili olarak Divan'dan aşağıdaki dokuz soruyu

³⁸ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 February 1946. <https://www.icj-cij.org/en/other-texts/convention-on-the-privileges> 18.08.2019.

³⁹ Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 21 November 1947. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=48887&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html 18.08.2019.

⁴⁰ Blokker, a.g.m., s. 2.

⁴¹ IFAD, 1974 yılında yapılan Birleşmiş Milletler Dünya Gıda Konferansı'nın önerisi üzerine, BM Genel Kurulu'nun 15 Aralık 1975 tarihli ve 3503 sayılı kararına uygun olarak 10-13 Temmuz 1976 tarihlerinde Roma'da düzenlenen konferansla kurulmuştur. IFAD'ı kuran Anlaşma, katkı taahhütlerinin 1 milyar Doları aşmasının ardından 20 Aralık 1976 tarihinde imzaya açılmıştır. Anlaşma, 30 Kasım 1977'de yürürlüğe girmiş ve fon Aralık 1977'de çalışmalarına başlamıştır. Kuruluşun merkezi Roma'dadır. IFAD, uluslararası tüzel kişiliği olan, BM sistemine bağlı bir ihtisas kuruluşudur. Fonun amacı, gelişmekte olan ülkelerdeki tarımsal üretimi artırmak ve kırsal fakirliği azaltmaktır. IFAD bu çerçevede, tarımsal üretimi artırmayı, sosyal gelişmeyi, cinsiyet eşitliğini, gelir üretimini, beslenmenin iyileştirilmesini, çevresel sürdürülebilirliği ve etkin yönetimi hedefleyen projelere destek olmakta ve bu kapsamda ülkelere uzun vadeli, düşük faizli kredi ve hibe imkânları sunmaktadır. Bunun yanında kuruluş, ülkesel stratejik planlar hazırlanmasına katkıda bulunmakta ve tarım projelerinin yürütülmesini sağlamaktadır. <http://www.mfa.gov.tr/uluslararasi-tarimsal-kalkinma-fonu.tr.mfa> 08.07.2019.

içeren bir danışma görüşü talep etme kararı vermiştir. IFAD tarafından yöneltilen ilk soru: “IFAD’ın sadece ev sahibi örgüt olarak hareket ettiği Birleşmiş Milletler Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi çerçevesinde kurulan Küresel Mekanizma’ya bağlı personel olarak çalışan Saez Garcia tarafından 8 Temmuz 2008 tarihli IFAD aleyhinde gerçekleştirilen şikayet ile ilgili olarak ILOAT Statüsü’nün 2. maddesi uyarınca yetkili midir?” şeklindedir.⁴² Divan bu ilk soruya kapsamlı bir cevap vermiş ve ILOAT’ın yargılama yetkisini açıklamıştır.

Divan, Fon tarafından kendisine yöneltilen 2’den 8’e kadar olan soruların, ILOAT’ın yargılama yetkisine ilişkin olduğunu ve ilk sorunun cevabında Mahkeme’nin yargı yetkisinin teyit edilmesinin bu soruların cevaplarını da kapsadığını ifade etmiştir. Zira IFAD, 2-8. sorularda Mahkeme’nin ulaştığı sonuçların altında yatan gerekçelere vurgu yaparak ILOAT Statüsü Ek 12. maddeye göre, Mahkeme’nin yetkili mi yoksa usulde temel bir hataya mı düştüğünü sorgulamaktadır. Divan, IFAD Yönetim Kurulu Mahkeme’nin yargı yetkisini onaylayan kararına karşı itirazını ilk soruda ele almıştır.⁴³ Dolayısıyla, çalışma kapsamında, ILOAT’ın yargı yetkisine ilişkin olarak Divan tarafından sorulan ilk soru ve bunun yanıtı değerlendirmeye alınacaktır.

Son olarak, Divan’a dokuzuncu soru sorulmuş ve ILOAT tarafından verilen 2867 Sayılı Karar geçerli olup olmadığı konusunda danışma görüşü talep edilmiştir.⁴⁴ Divan burada da, ilk soruya verdiği yanıtı atıf yaparak ILOAT tarafından verilen 2867 Sayılı Karar’ın geçerli olduğu tespit etmiştir.⁴⁵

Divan öncelikle kendi danışma görüşü verme yetkisini değerlendirmiştir. Buna göre, BM Şartı’nın (96/2) düzenlemesi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (65/1) hükmü ve BM ile IFAD arasındaki İşbirliği Sözleşmesi⁴⁶ kapsamında; IFAD, ILOAT tarafından verilen 2867 Sayılı Karar’ın geçerliliğine ilişkin danışma görüşü talep etmeye ve Divan da bu talebi değerlendirmeye yetkilidir.⁴⁷

ILOAT’ın yargılama yetkisinin kapsamını tespit etmesi bakımından, Divan’a sorulan ilk soru ve bu soruya verilen yanıt önem taşımaktadır. IFAD Divan’a yönelttiği ilk soru: “IFAD’ın sadece ev sahibi örgüt olarak hareket ettiği

⁴² *I.C.J. Reports 2012*, Para. 1.

⁴³ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 97.

⁴⁴ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 1.

⁴⁵ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 99.

⁴⁶ Agreement between the United Nations and the International Fund for Agricultural Development, UNGA Resolutions 32/107, 15 December 1977.
<https://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32.htm> 19.08.2019.

⁴⁷ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 27.

Birleşmiş Milletler Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi çerçevesinde kurulan Küresel Mekanizma'ya bağlı personel olarak çalışan Saez Garcia tarafından 8 Temmuz 2008 tarihli IFAD aleyhinde gerçekleştirilen şikayet ile ilgili olarak ILOAT Statüsü'nün 2. maddesi uyarınca yetkili midir?" şeklindedir. ILOAT'ın Uluslararası Çalışma Örgütü dışındaki uluslararası örgüt personelinin şikayetlerine ilişkin düzenleme Statüsü'nün 2. maddesinin 5. fıkrasında yer almaktadır.⁴⁸ Bu düzenlemeye göre, ILOAT aynı zamanda, ILOAT Statüsü Ek'inde belirtilen standartları karşılayan herhangi bir uluslararası örgütün personeline ilişkin düzenlemelerde ya da atanma şartlarına ilişkin konularda, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmişse yetkilidir.⁴⁹

IFAD Saez Garcia'nın Fon'un değil; Küresel Mekanizma'nın bir personeli olduğu gerekçesiyle ILOAT'ın yargı yetkisine itiraz etmektedir. IFAD, ILOAT'ın yargı yetkisinin kabul edilmesinin uluslararası sözleşmeler uyarınca ev sahipliği yaptığı kuruluşlara uzanmayacağını ifade etmiştir. Öte yandan, IFAD'a göre, Küresel Mekanizma, Fon tarafından yönetilse de Fon'un bir organı olmadığı için ne şikayet sahibi Fon'un personeli ne de Küresel Mekanizma Genel Müdürü'nün eylemleri Fon'a atfedilebilir. Her ne kadar IFAD düzenleme, kural ve politikaları şikayetçiye uygulanmış olsa da Fon'un personeli değildir. Buna karşılık, şikayetçi, ayrıldığı tarih olan 15 Mart 2006'ya kadar olan süre boyunca IFAD personeli olduğunu ve sözleşme yenileme ve atama mektuplarının Fon aracılığıyla teklif edildiğini belirtmiştir.⁵⁰

ILOAT, 2867 Sayılı Kararı'nda Fon'un yargılama yetkisine ilişkin itirazları reddetmiş ve Saez Garcia tarafından gerçekleştirilen şikayette yer alan tüm talepleri değerlendirmeye yetkili olduğunu ilan etmiştir. ILOAT'ın bu beyanı, IFAD Yönetim Kurulu tarafından Divan'a yöneltilen ilk soruya ilişkindir. ILOAT Statüsü'nün 2. maddesinin 5. fıkrasına göre, şikayetçi, Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyan bir uluslararası örgüt personeli ve şikayet örgütün personel yönetmeliği ve atama şartlarıyla ilişkili ise, ILOAT şikayetçinin talebini değerlendirmeye yetkilidir. Dolayısıyla, şartlardan ilki Mahkeme'nin kişi bakımından (*ratione personae*) yetkisine ilişkin iken ikincisi konu bakımından (*ratione materiae*) yetkisine ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Divan, IFAD'ın ilk sorusunu değerlendirirken her ikisi bakımından inceleme yapmıştır.⁵¹

⁴⁸ Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, Article 2/5. https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm#art2 08.07.2019.

⁴⁹ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 64.

⁵⁰ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 66.

⁵¹ *I.C.J. Reports 2012*, Para. 68.

Divan, Saez Garcia ile Fon arasında bir iş ilişkisinin bulunduğunu tespit etmiştir. Divan, bir kişi ile uluslararası örgüt arasında yapılan iş sözleşmesinin taraflar için hak ve yükümlülüklerin kaynağı olduğunu ifade etmiştir. Divan, Saez Garcia'nın atama önerisinin 17 Mart 2000 tarihinde Fon adına Personel Bölümü Müdürü tarafından yapıldığını ve bu sözleşmenin müteakip yenilemelerinin Fon'un aynı bölümünün memurları tarafında yapıldığını tespit etmiştir. Küresel Mekanizma'nın görevi ile ilgili işleri yerine getirmesi ilgilinin Fon'un bir personeli olmadığı anlamında gelmemektedir. Üstelik IFAD, Uzmanlık Kuruluşları Konvansiyonu'na göre, Saez Garcia'nın adını örgütün ev sahibi ülkelerde bağımsızlık ve ayrıcalık iddia ettiği IFAD yetkilileri kapsamına dahil etmiştir.⁵² Divan, tarafların iddialarını ve sundukları belgeleri dikkate alarak Saez Garcia'nın şikayetini incelemiş ve Mahkeme'nin kişi bakımından (*ratione personae*) yetkili olduğuna hükmetmiştir.⁵³

Divan, konu bakımından yetkiyi değerlendirirken Küresel Mekanizma'nın ayrı bir hukuki kişiliğe ve sözleşme yapma ehliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak Saez Garcia'nın Fon'un bir personeli olarak, Fon'un personel düzenlemeleri hükümlerine ve kurallarına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, Divan, IFAD'ın kendisine sorduğu ilk soruya cevaben, ILOAT'ın Statüsü'nün 2. maddesinin 5. fıkrasına göre, Mahkeme'nin konu bakımından (*ratione materiae*) yetkili olduğuna hükmetmiştir.⁵⁴ Divan'ın, ILOAT'ın yargı yetkisine ilişkin bu değerlendirmesi ilgi çekicidir. Zira bir uluslararası örgütün ayrı bir hukuki kişiliğe sahip olarak kurulan bir oluşuma ev sahipliği yapması mümkündür. Dolayısıyla, bir uluslararası örgütün hukuki danışmanları tarafından Divan'ın bu değerlendirmesi dikkate alınacaktır.⁵⁵

4. ULUSLARARASI ÖRGÜT PERSONELİNİN ADALETE ERİŞİM HAKKI

Uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkı ile uluslararası örgütlerin ve onların personelinin yargı bağımsızlıkları birbiri ile çatışmaktadır. Uluslararası örgüt personelinin yargı bağımsızlığı ona birtakım hukuki ayrıcalıklar sağlarken uluslararası örgüt ile girdiği iş ilişkisi kapsamında haklarının korunması bakımından bir boşluk oluşturmaktadır. Bu boşluk uluslararası örgütlerin bağımsızlığını dengelemek için uyuşmazlıkların çözümünün sağlanması amacıyla kurulan uluslararası idare mahkemeleri ile doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak

⁵² I.C.J. Reports 2012, Para. 76.

⁵³ I.C.J. Reports 2012, Para. 82.

⁵⁴ I.C.J. Reports 2012, Para. 95.

⁵⁵ Jacob Katz Cogan, "Current Developments the 2012 Judicial Activity of the International Court of Justice", American Journal of International Law, 2013, C. 107, S. 1, s. 598.

uluslararası idare mahkemelerinin mevcudiyetinin günümüzde uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkı bakımından yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü zamanla, herkesin (uluslararası örgüt personeli dahil) adalete erişim hakkına sahip olduğu fikri, bir mahkemeye ya da eşdeğer bir bağımsız ve tarafsız ihtilaf çözüm mekanizmasına erişim hakkı olarak zemin kazanmıştır.⁵⁶

Mahkemeye erişim hakkı, uluslararası hukuk metinlerinde (İnsan hakları Evrensel Bildirgesi,⁵⁷ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁵⁸ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵⁹) yer alması itibarıyla, uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin kendi aleyhlerinde getirilen hak taleplerinde bu tür bir erişimi sağlama yükümlülüğü altında oldukları açıktır. Zira eğer böyle bir hak sağlamazsa ulusal mahkemelerdeki davalardan bağımsızlıkları ile ilgili ısrarcı olamayacaklardır.⁶⁰ Sonuç olarak, mesele hem uluslararası örgüt personelinin adalete erişimi bakımından hem de uluslararası örgütlerin iç hukuk mahkemelerinden bağımsızlığı bakımından önemlidir.

Uluslararası örgüt personelinin adalete erişim hakkı olarak ifade edilen hukuki sorun, uluslararası örgütlerin ILOAT'ın yargı yetkisini kabul etmesi ve Divan'ın da çalışmaya konu olan kararında bu yargı yetkisini teyit etmesi ile desteklenmiş görünmektedir.⁶¹ Ancak uluslararası örgüt personelinin uluslararası örgüt ile girdiği iş uyuşmazlıklarında, ILOAT'ın yargı yetkisinin kabul edilmiş olmasının adil yargılanma hakkı bağlamında yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma, ilk olarak Divan'ın ilgili kararında Cançado Trindade'nin

⁵⁶ Reinisch, "The Immunity", s. 290.

⁵⁷ İnsan hakları Evrensel Bildirgesi 10. maddesi; "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır." şeklindedir. UNGA Resolutions 217/3, 10 December 1948.

<https://www.un.org/documents/ga/res/3/ares3.htm> 20.07.2019.

⁵⁸ Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 14/1 hükmünün ilk iki cümlesi şu şekildedir: "Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara başlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir." International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966.

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> 20.07.2019.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6/1 hükmünün ilk cümlesi şu şekildedir: "Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir." European Convention on Human Rights, 4 November 1950.

https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer 20.07.2019.

⁶⁰ Reinisch, "The Immunity", s. 291.

⁶¹ Gallo, a.g.m., s. 513.

karşı oy yazısında bireylerin hukuki kişiliği üzerinden ele alınmış⁶² ve ikinci olarak ILOAT'ın temyiz sistemine sahip olmaması ve bu uyuşmazlıklara Divan'ın dahil olması bakımından değerlendirilmiştir.⁶³

A. Bireylerin Uluslararası Hukuk Kişiliği ve Adalete Erişim

Cançado Trindade, Divan'ın bu çalışmaya konu olan ILOAT tarafından verilen 2867 Sayılı Kararı'na Danışma Görüşü'ne ilişkin oldukça uzun bir karşı oy yazısı⁶⁴ yazmıştır. Trindade'ye göre, Divan 1956 yılındaki ILOAT ile ilgili danışma görüşünde olduğu gibi, 2011 yılında da anormal prosedürü izlemeye devam etmektedir. Çünkü eski bir dogmaya dayanan bireylerin uluslararası hukukun kişisi olmadığı için Divan önüne dava getiremeyeceğine ilişkin yaklaşımı benimsenmeyi sürdürmektedir. Bu fosilleşmiş ve tarih öncesi usul; mantık, sağduyu ve adaletin temel ilkelerine meydan okumaktadır.⁶⁵ Trindade'nin karşı oy yazısının temelinde yatan düşünce, uluslararası hukukun kişisi olarak kabul edilmesi gereken bireyler olan uluslararası örgüt personelinin hem Divan hem de diğer uluslararası mahkemelerde adalete erişiminin sağlanmasıdır.⁶⁶

Trindade, bölgesel düzeyde uluslararası mahkemelere doğrudan erişimin sadece devletlere değil; aynı zamanda bireylere yaygın olarak verildiğine dikkat çekmiştir. Orta Amerika Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nde bu durum söz konusudur.⁶⁷ Dolayısıyla, dogmaların bir kenara bırakılması ve Saez Garcia ve IFAD temsilcilerinin katılımıyla bir duruşma yapılması gerekmektedir.⁶⁸

Trindade'nin yaklaşımı, uluslararası örgüt personelinin adalete erişiminin sağlanması bakımından sürdürülebilir değildir. İlk olarak, bireylere uluslararası andlaşmalar aracılığıyla uluslararası mahkemelere başvuru hakkının tanınması, onların uluslararası hukukun kişisi olduklarını ifade etmek için yeterli değildir. Bireylerin adalete erişimine ilişkin tartışmada, Birleşmiş Milletler sistemi ve ILOAT Statüsü kapsamında hukuki bir değerlendirmeye yönelmek gerekmektedir. Öte yandan, asıl mesele, uluslararası hukukta adalete erişim hakkının geli-

⁶² Gallo, a.g.m., s. 523-526.

⁶³ Gallo, a.g.m., s. 526-532.

⁶⁴ Separate Opinion of Judge Cançado Trindade (*Separate Opinion*): <https://www.icj-cij.org/en/case/146> 20.07.2019.

⁶⁵ *Separate Opinion*, Para. 48.

⁶⁶ *Separate Opinion*, Para. 54-56.

⁶⁷ *Separate Opinion*, Para. 64-68.

⁶⁸ *Separate Opinion*, Para. 78-109.

şimi dikkate alındığında, Divan'ın uluslararası örgüt ve personeline ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili danışma görüşü vermek için doğru yer olup olmadığı tespit edilmesidir.⁶⁹ Bu noktada, uluslararası örgüt personelinin adalete erişiminde, uluslararası idare mahkemelerinin ve Divan'ın danışma görüşü verme yetkisinin etkinliği ele alınacaktır.

B. Uluslararası Örgüt Personelinin Adalete Erişiminde ILOAT'ın Etkinliği

Divan tarafından ILOAT'ın yargı yetkisinin tespit edilmesinin talep edildiği danışma görüşüne konu olan uyuşmazlık esas olarak bir uluslararası örgüt ve personeli arasında ortaya çıkmıştır. Ancak, uluslararası örgüt personelinin bir birey olarak Divan'dan danışma görüşü talep etme yetkisi yoktur. Divan, IFAD ile personeli arasındaki uyuşmazlıkta eşitliği sağlamak adına birtakım çözümler üretmiştir. Bu kapsamda, sözlü duruşma yapmamaya ve Saez Garcia'nın hakimlerin dikkatine sunmak isteyebileceği herhangi bir yazılı beyanın IFAD başkanı aracılığıyla Divan'a sunulmasına karar vermiştir. Ancak doktrinde, taraflar arasında eşitliği sağlamaya yönelik bu önlemlerin yeterli olmadığı ifade edilmektedir.⁷⁰

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 65/1 hükmünde genel olarak danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğu ifade edilmiş olmasına rağmen; personel uyuşmazlıklarına ilişkin bu danışma görüşlerinin ILOAT Statüsü'nün 12. maddesinde bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Bu Divan'dan danışma görüşü isteyen uluslararası örgütün talebi haklı bulunursa ilgili personelin tazminatını kaybedeceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, ILOAT kararının gözden geçirilmesine ilişkin davalarda, BM uzmanlık kuruluşlarının yetkisini belirlemekten ziyade örgüt ve personeli arasındaki uyuşmazlığın çözümü söz konusudur. Öte yandan, ILOAT Statüsü'nün 12. maddesindeki prosedür, Divan tarafından uluslararası örgütün iç hukuku olarak yani örgüt ile personeline uygulanacak hukuk olarak gerekelendirilmektedir. Divan tarafından araştırılan hukuki sorunlar ve sorular, ILOAT Statüsü'nün 12. maddesindeki düzenlemede yer alır ve BM Şartı 96/2 hükmünde kastedilenden oldukça farklıdır.⁷¹ Sonuç olarak, uluslararası kamu hizmeti statüsünde düzenlemelerin parçalanma riskini önlemenin tek yolu uluslararası idare mahkemeleri hukukunun etkinliğinin sağlanmasının⁷² yanı sıra personel uyuşmazlıklarını düzenleyen tek bir rejim geliştirilmesidir.

⁶⁹ Gallo, a.g.m., s. 526.

⁷⁰ Gallo, a.g.m., s. 527.

⁷¹ Gallo, a.g.m., s. 529.

⁷² Melissa Su Thomas / Olufemi Elias, "Concluding Remarks the Role of International Administrative Law", (Ed) Olufemi Elias, The Development and Effectiveness of International Administrative Law, Leiden, Brill-Nijhoff, 2012, s. 140.

ILOAT'ın personel uyuşmazlıklarına ilişkin kararları ile ilgili Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine ilişkin eleştiriler; uluslararası örgütlerdeki tüm personel uyuşmazlıkları için BM iç yargı sisteminde olduğu gibi bir temyiz mahkemesi kurulması önerisiyle sonuçlanmıştır.⁷³ Buna göre, ILOAT pek çok uluslararası örgütün yargı yetkisini kabul ettiği kapsamlı bir mahkeme olarak bir reforma giderek temyiz mahkemesi kurmalıdır. Böylece, uluslararası örgüt ve personeli arasındaki iş uyuşmazlıkları Divan yerine uluslararası idare mahkemeleri sistemi içerisinde çözümlenmelidir.⁷⁴ Dolayısıyla, Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi'nde getirilen değişikliklere benzer şekilde, ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi şeklinde iki dereceli sistemin kurulması önerisi makul görünmektedir.

SONUÇ

Uluslararası idare mahkemeleri, uluslararası örgüt ile personeli arasındaki iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla kurulmuş yargı organlarıdır. ILOAT ilk yıllarında, Uluslararası Çalışma Örgütü personelinin başvurusuna açıkken zamanla diğer uluslararası örgütlerin de mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiği görülmüştür. Mahkeme, hiçbir devletin iç hukukunu uygulama yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla, önüne gelen uyuşmazlıklarda kendi iç adalet sistemine dayanır ve personeli haklı bulunduğu takdirde zararın giderilmesine karar verme yetkisine sahiptir. Mahkemenin kararları kesin olup temyiz mekanizması söz konusu değildir. Ancak uluslararası örgüt yetkilileri Mahkeme'nin kararına karşı, yetkisizlik ve temel usul kurallarına aykırılık gerekçesiyle Divan'dan danışma görüşü talep etme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda Divan, Mahkeme kararının özüne girmeden yetki ve temel usul kuraları kapsamında bir değerlendirme yapma yetkisini haizdir.

Divan, IFAD tarafından önüne getirilen Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi'nin 2867 Sayılı Kararı ile ilgili 1 Şubat 2012 tarihinde verdiği Danışma Görüşü'nde, ILOAT'ın yargılama yetkisini teyit etmiş ve kararın geçerli olduğunu belirtmiştir. Divan'ın bu görüşü, uluslararası örgüt ve personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin uluslararası hukukta çeşitli konuların yeniden tartışılmasına vesile olmuştur. Zira uluslararası idare mahkemelerinin kurulmasının nedenlerinden biri de uluslararası örgütlerin ulusal mahkemelerden yargı bağımsızlığına sahip olmasıdır. Bu kapsamda, uluslararası örgüt ve personeline ILOAT'ın kendi statüsü bağlamında ortaya koyduğu iç adalet sistem uygulanacaktır. Ancak mesele zamanla, uluslararası örgüt personelinin adalete erişim

⁷³ Gallo, a.g.m., s. 530.

⁷⁴ Gallo, a.g.m., s. 531.

hakkı üzerinden uluslararası insan hakları hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu nedenle, uluslararası örgütlerin personeline sağladığı hukuki bir mekanizma olan uluslararası idare mahkemelerinin etkinliği sağlanmalıdır. Uluslararası idare mahkemelerinin adalete erişimin sağlanması aracı olarak görülmesi üzerine reform tartışmaları ortaya çıkmış; ancak, ILOAT sisteminde henüz yeni bir düzenlemeye gidilmiş değildir.

ILOAT'ın adalete erişim mekanizması olarak görülmesi üzerine, mahkemenin mevcut yapısı ve kararlarının danışma görüşüne konu olabilmesi tartışılmıştır. Bu kapsamda, yargıç Cañado Trindade'nin karşı oy yazısında, bireylerin de uluslararası hukukun kişisi olarak Divan'da doğrudan temsil edilmesini önermesi dikkat çekicidir. Diğer bir öneri ise, ILOAT sisteminde de temyiz mahkemesinin kurulması ve böylece mahkeme kararının özünün de değerlendirilmesidir. Cañado Trindade tarafından yapılan değerlendirme, daha önce de ifade edildiği gibi, sağlam temellere oturmamakta ve meselenin özüne ilişkin değildir. Zira Divan sadece, uluslararası bir mahkemenin kendi statüsü uyarınca yetkili olup olmadığını ve usulde hata olup olmadığını tespit etmektedir. Her ne kadar bunu yaparken tarafların sunduğu delilleri incelemek durumunda olsa da esasa ilişkin bir değerlendirme yapmaktan kaçınmaktadır. Öte yandan, uluslararası örgüt ve personeline ilişkin uyuşmazlıkların adalete erişim hakkını da ortaya koyan bir boyutu olduğu için temyiz mahkemesi kurulması önerileri dikkate alınmalıdır. Bu nedenle, UNAT sisteminde gerçekleştirilene benzer şekilde bir reformun değerlendirilmeye alınması makul görünmektedir. Böyle bir durumda, Divan'ın danışma görüşü vermek yetkisi de revize edilerek yeni kurulan sisteme uyarlanacaktır.

Divan 1956 yılında verdiği danışma görüşünde olduğu gibi, mahkemenin iç hukukunu değerlendirme yetkisine sahip olmadığını ortaya koyarak ILOAT'ın yargılama yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Burada dikkat çeken nokta, Divan'ın Mahkeme'nin yargı yetkisine sahip olup olmadığını kapsamlı bir şekilde değerlendirmesi ve buna ilişkin tüm delilleri dikkate almasıdır. Saez Garcia'nın ayrı bir hukuki kişi olan Küresel Mekanizma personeli olduğu iddiasına karşılık, IFAD ile iş ilişkisinin bulunduğu ilişkin delilleri dikkate alarak IFAD personeli olduğunu ortaya koyması son derece önemlidir. Divan, bütün bu değerlendirmeler neticesinde, ILOAT'ın yargılama yetkisine sahip olduğuna karar vermiş ve bu yetkiyi uzun uzun gerekçelendirmiş olmasına rağmen kararın geçerliliğini sadece yargılama yetkisinin mevcudiyetine bağlamıştır. Dolayısıyla, Divan uluslararası hukukun kişisi olarak uluslararası örgütlerin ve uluslararası mahkemelerin özel hukuka ilişkin işlemlerini değil; uluslararası hukuka uygun davranış davranmadıklarını incelemeye almaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Blokker, Niels, “*International Organizations: The Untouchables?*”, (Ed) Niels Blokker / Nico Schrijver, *Immunity of International Organizations*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015.
- Bowett, D. W., *The Law of International Institutions*, London, Stevens & Sons, 1963.
- Cogan, Jacob Katz, “*Current Developments the 2012 Judicial Activity of the International Court of Justice*”, *American Journal of International Law*, 2013, C. 107, S. 1.
- Çağırın, Mehmet Emin, *Uluslararası Örgütler*, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2014.
- Friedmann, Wolfgang / Fatouros, Arghyrios A., *The United Nations Administrative Tribunal*, International Organization, 1957, C. 11, S. 1.
- Gallo, Daniele, “*The Right of Access to Justice for the Staff of International Organizations: The Need for a Reform in the Light of the ICJ Advisory Opinion of 1 Feb. 2012*”, (Ed) Roberto Virzo / Ivan Ingravallo, *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2015.
- Gomula, Joanna, “*The International Court of Justice and Administrative Tribunals of International Organizations*”, *Michigan Journal of International Law*, 1991, C. 13, S. 1.
- Klabbers, Jan, *An Introduction to International Organizations Law*, 3rd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, 2. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, 2006.
- Reinisch, August / Knahr, Christina, *From the United Nations Administrative Tribunal to the United Nations Administrative Tribunal to the United Nations Appeals Tribunal - Reform of the Administration of Justice System within the United Nations*, (Eds) A. Von Bogdandy / R. Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, C. 12, 2008.
- Reinisch, August, “*Privileges and Immunities (Privileges)*”, (Ed) Jacob Katz Cogan / Ian Hurd / Ian Johnstone, *The Oxford Handbook of International Organizations*, New York, Oxford University Press, 2016.
- Reinisch, August, “*The Immunity of International Organizations and Jurisdiction of Their Administrative Tribunals (The Immunity)*”, *Chinese Journal of International Law*, 2008.
- Thomas, Melissa Su / Elias, Olufemi, “*Concluding Remarks the Role of International Administrative Law*”, (Ed) Olufemi Elias, *The Development and Effectiveness of International Administrative Law*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2012.

Tomuschat, Christian, “*International Courts and Tribunals*”, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume V, (Ed) Rüdiger Wolfrum, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Villalpando, Santiago, “*International Administrative Tribunals*”, (Ed) Jacob Katz Cogan / Ian Hurd / Ian Johnstone, The Oxford Handbook of International Organizations, New York, Oxford University Press, 2016.

Elektronik Kaynaklar

Agreement between the United Nations and the International Fund for Agricultural Development, UNGA Resolutions 32/107, 15 December 1977. <https://www.un.org/documents/ga/res/32/ares32.htm> 19.08.2019.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 February 1946. <https://www.icj-cij.org/en/other-texts/convention-on-the-privileges> 18.08.2019.

Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 21 November 1947. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=48887&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html 18.08.2019.

Effect of Awards of Compensation Made by the U. N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1954*, p. 47. <https://www.icj-cij.org/en/case/21> 18.07.2019.

European Convention on Human Rights, 4 November 1950. https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_printer 20.07.2019.

International Bill of Human Rights, UNGA Resolutions 217/3, 10 December 1948. <https://www.un.org/documents/ga/res/3/ares3.htm> 20.07.2019.

Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against UNESCO, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1956*, p. 77. <https://www.icj-cij.org/en/case/30> 18.08.2019.

Judgment No.2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 2012*, p. 10. <https://www.icj-cij.org/en/case/146> 18.07.2019.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the Nations, Advisory Opinion, *ICJ Reports 1949*, p. 174. <https://www.icj-cij.org/en/case/4> 18.07.2019.

Separate Opinion of Judge Cançado Trindade: <https://www.icj-cij.org/en/case/146> 20.07.2019.

Statute of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization, Article 2/5. https://www.ilo.org/tribunal/about-us/WCMS_249194/lang--en/index.htm#art2 08.07.2019.

Tarımsal Kalkınma Fonu ile ilgili bilgi için: <http://www.mfa.gov.tr/uluslararası-tarimsal-kalkınma-fonu.tr.mfa> 08.07.2019.

UNGA Resolutions 351 (IV), 24 November 1949. <https://www.un.org/documents/ga/res/4/ares4.htm> 18.08.2019.

UNGA Resolutions 61/261, 4 April 2007. <https://www.un.org/en/ga/sixth/62/AdminJust.shtml> 18.08.2019.

UNGA Resolutions 62/228, 22 December 2007.

<https://www.un.org/en/ga/sixth/62/AdminJust.shtml> 18.08.2019.

UNGA Resolutions 63/253, 24 December 2008. <https://undocs.org/en/A/RES/63/253> 18.08.2019.

UN Staff Rule 11/2, a. <https://hr.un.org/handbook/staff-rules> 18.08.2019.

Lozan'dan Günümüze Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüleri^(*)

From Lozan to Present Legal Status of West Thrace Turks

Arş. Gör. **Kâmil KISA**^(**)

Öz

1922 yılında İsviçre'nin Lozan şehrinde toplanan barış konferansında görüşülen konulardan birisi de Batı Trakya bölgesiydi. Bölge konferansta üç temel başlık altında ele alındı ve ilk olarak halk oylaması tartışıldı. Batı Trakya'yı ilgilendiren ikinci başlık ise mübadeleydi. Bu başlık altında yapılan görüşmeler sonucunda Batı Trakya bölgesinde yaşayan Müslümanların mübadele dışında tutulmasına karar verildi. Böylece mübadele dışında kalan Batı Trakya Türklerinin, hukuki statülerinin tespit edilmesi gereği doğdu ve bu doğrultuda son başlık altında Batı Trakya Türklerinin azınlık hakları tartışıldı. Çalışmanın ilk bölümünde Lozan'da yaşanan bu gelişmelere genel olarak değinilecek ve Batı Trakya Türklerinin Lozan hükümleri doğrultusunda sahip oldukları hukuki statü belirlenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise Batı Trakya Türklerinin sahip oldukları azınlık haklarının günümüz hukuk sistemindeki dayanakları gösterilecektir. Bu son bölümde ayrıca Batı Trakya Türklerinin Lozan uyarınca sahip oldukları azınlık haklarını neden tam olarak elde edemedikleri de araştırılacaktır. Diğer taraftan bölgede yaşanan insan hakları ihalleriyle azınlık hakları ihalleri arasında bir bağ olup olmadığı sorusuna da yanıt aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

Batı Trakya, Halk Oylaması, Nüfus Mübadelesi, Azınlık Hakları.

Abstract

One of the issues discussed at the peace conference in Lausanne, Switzerland in 1922 was the Western Thrace region. The region was discussed under three main topics. First, the plebiscite for the region was discussed. The second title concerning Western Thrace was the population exchange. As a result of the discussions under this title, it was decided that Muslims living in the Western Thrace region should be excluded from the population exchange. Thus, the legal status of the Western Thrace Turks who were excluded from the population exchange was born. In this respect, minority rights of Western Thrace Turks were determined under the third and final title. In the first part of the study, these developments in Lausanne will be discussed in general and the legal status of Western Thrace Turks in accordance with the provisions of Lausanne will be determined. In the second part of the study, the basis of the minority rights of Western Thrace Turks in today's legal system will be shown. In this second part, we will also investigate why Western Thrace Turks do not fully acquire

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 07.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 13.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.09.2019.

(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı,
E-posta: kamilkisa@sakarya.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5301-9122>.



their minority rights under Lausanne. On the other hand, the question of whether there is a connection between human rights violations in the region and minority rights violations will be sought.

Keywords

Western Thrace, Plebisit, Population Exchange, Minority Rights.

1. GİRİŞ

Bugün Yunanistan'ın ülke sınırları içerisinde yer alan Batı Trakya, doğuda Yunanistan ile Türkiye sınırını belirleyen Meriç Nehri, kuzeyde Yunanistan ile Bulgaristan sınırını belirleyen Rodop Dağları, batıda Karasu Nehri ve güneyde ise Ege Denizi ile çevrili olan bölgedir. Geçmişte olduğu gibi günümüzde de tarımla uğraşan yaklaşık yüz bin civarı Müslüman Türkün yaşadığı bu bölge; Dedeağaç (Evros), Gümülcine (Rodop) ve İskeçe (Ksanthi) vilayetlerinden oluşur.

Osmanlı, 1364'te Rumeli eyaleti sınırlarına dâhil ettiği bölge üzerinde iskân politikası uygulamış ve Türk nüfusu buraya yerleştirmeye başlamıştır.¹ 93 Harbi sonrası 1878'de imzalanan Ayastefanos Antlaşması ile Osmanlı hâkimiyetinin sona ermesinin ardından Lozan'a kadar geçen dönem içerisinde ise bölgede birçok mücadele gerçekleşir.² Kurtuluş Savaşı sırasında yürütülen mücadele, bunların en önemlilerinden birisidir. Nitekim Yunan ordusunun büyük bir kısmının Trakya'da tutulması sağlanarak daha fazla Yunan askerinin Anadolu'ya sevk edilmesine engel olunmuştur.³

¹ Yusuf Halaçoğlu / Halit Eren, "Batı Trakya", *İslam Ansiklopedisi*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1992, C. 5, s. 144.

² Kudret Özersay, "Trakya Sınırı", *Yaşayan Lozan*, Ankara, T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2003, s. 109; Tevfik Bıyıklıoğlu, *Trakya'da Milli Mücadele*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1987, C. 1, s. 21 vd., s. 184; Baskın Oran, *Türk-Yunan İlişkilerinde Batı Trakya Sorunu*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1986, s. 8-17; Halaçoğlu / Eren, a.g.m., s. 145; Ayastefanos Antlaşması'nın hemen ardından Osmanlı idaresine dönmek için bir silahlı ayaklanma başlatıldı ve neticesinde Batı Trakya geçici hükümeti ardından da Doğu Rumeli imtiyazlı vilayeti kuruldu. Balkan devletlerinin aralarında çıkan İkinci Balkan Savaşı sırasında ise Enver Paşa'nın emriyle Kuşçubaşı Eşref komutasında yüz on altı kişilik bir birlik bölgeye gönderildi. Bu birliğin yardımıyla bölge idaresini ele geçiren Türkler, 31 Ağustos 1913'te Garbi Trakya Hükümet-i Müstakillesi adıyla bağımsızlıklarını ilan ettiler. Ancak Türklerin kurdıkları bu ilk Cumhuriyet, Osmanlı hükümetinin desteğini alamadı ve Osmanlı Bulgaristan görüşmeleri sonucunda 29 Eylül 1913'te imzalanan İstanbul Antlaşması ile Batı Trakya, Bulgaristan'a bırakıldı. Birinci Dünya Savaşı devam ederken Batı Trakya Kurtuluş Komitesi, 30 Ekim 1918'de Mondros Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasının hemen ardından 10 Kasım 1918'de ise Batı Trakya Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti, kuruldu. Birinci Dünya Savaşı'nın ardından Müttefikler ve Bulgaristan arasında 1919'da imzalanan Neuilly Barış Antlaşması'nın 48. Maddesi uyarınca Batı Trakya, Müttefiklerin denetimine verildi. Yunanistan'ın işgalinin kolaylaştırılması için kurulan Müttefiklerarası Batı Trakya Türk Hükümeti ise Batı Trakya Türklerinin tanımadığı bir halkoylamasına dayanarak Yunanistan ile birleşme kararı aldı. Ardından Yunanlıların bölgeyi işgal etmesi sonucunda, Batı Trakya Hükümeti bölgedeki Türk nüfus tarafından 27 Mayıs 1920'de kuruldu.

³ Engin Berber, "Mübadeleye Bugünden Bakmak", *80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozumu*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003, s. 160.

2. LOZAN'DA BATI TRAKYA

Mustafa Kemal Atatürk'ün komutasındaki Türk ordularının, Trakya'ya doğru ilerlemelerinin önlenmesi için Fransa öncülüğünde başlatılan girişimler,⁴ bilindiği üzere Doğu Trakya'nın Meriç'e kadar TBMM'ye teslim edilmesini takiben Mudanya Ateşkes Antlaşması'nın imzalanmasıyla sonuçlandı. 20 Kasım 1922 tarihinde İsviçre'nin Lozan şehrinde toplanan barış konferansına, galip bir devletin temsilcisi olarak katılan Türkler, artık Sevr Antlaşması'nın şartlarını değil, Misak-ı Milli'yi görüşmek için masaya oturuyorlardı.⁵

Bu nedenle Batı Trakya için halk oylamasının talep edileceği bilinmekteydi.⁶ Beklenildiği gibi de oldu ve İsmet Paşa, 22 Kasım 1922 tarihli oturumda, Batı Trakya için halk oylamasına başvurulmasını talep etti.⁷ Böylece Batı Trakya konusunda konferansta görüşülecek ilk başlık ortaya çıkmıştı. Ancak Batı Trakya Türklerinin durumu bu başlıkla sınırlı kalmayıp Lozan Barış Konferansı sırasında iki temel başlık altında daha incelenecekti; Mübadele ve Azınlık Hakları.

A. Halk Oylaması

Doğu Trakya'nın Mudanya Ateşkes Antlaşması'yla birlikte Türklere bırakılması, Batı tarafından büyük bir üzüntüyle karşılanmıştır.⁸ Trakya'nın doğu kesiminin bırakılmasına üzülen bu kamuoyu iradesinin, Meriç nehrinin batısına yönelik bir talebe ise daha sert tepki göstereceği rahatlıkla tahmin edilebilir. İşte Müttefik devletler, görüşmeler sırasında söz konusu bu kamuoyu desteğini arkalarında hissederler. Dolayısıyla Batı Trakya hakkında oldukça kararlı bir tutum takınacaklardır.

⁴ Bilal N. Şimşir, *İngiliz Belgelerinde Atatürk*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1992, Cilt 4, s. 450-460: Kurtuluş Savaşı'nın kazanılmasının ardından Fransa bir an önce barış yapılmasını istemektedir. Nitekim Paris'te gerçekleşen görüşmede M. Poincare, artık karşılarında galip bir millet olduğunu, Fransa'nın Türk ordularının karşısına asker göndermeyeceğini ve Tunus'tan Mustafa Kemal'e gönderilen tebrik telgrafı sonrası Müslüman kolonilerde hareketlenmelerin yaşanmasından endişe duyduklarını Curzon'a bildirmiştir.

⁵ *Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler*, Çev. Seha L. Meray. İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, C. 1, s. 1.

⁶ Şimşir, 1992, C. 5, s. 11-15: İstanbul'daki İngiliz Yüksek Komiseri Rumbold, İngiltere Dış İşleri Bakanı Curzon'a gönderdiği 17 Ekim 1922 tarihli raporda halk oylamasının talep edileceğini bildirmektedir.

⁷ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 20.

⁸ Şimşir, 1992, C. 4, s. 548, 583-585: İngiltere'nin Washington'daki büyükelçisi Geddes, Curzon'a Amerikan gazetelerinin Türklerin Avrupa'ya geri dönmesini üzüntüyle karşıladıklarını söylemiştir. İngiltere'nin Belgrad'daki elçisi Young ise Doğu Trakya'nın Türklere bırakılmasından yerel basının hoşnut olmadığını Curzon'a iletmiştir. İngiltere'nin Sofya'daki elçisi Erskine, Curzon'a Bulgar Başbakan'ının İngiltere'nin Türkleri Avrupa kıtasından çıkarmamasına üzüldüğünü bildirir. İngiltere'nin elçilerine ait bu ifadeler, her ne kadar dolaylı olsalar da Avrupa bünyesinde var olan tepkiyi yansıtmaktadırlar.

Nitekim halk oylaması talebi karşısında müttefik devletler ve balkan ülkeleri birleşmişlerdir.⁹ Müttefiklerin yanı sıra Balkan devletlerinin de Batı Trakya konusunda aynı safta yer alması Türk Heyeti'ni oldukça zor durumda bırakmış, İsmet Paşa'nın direncini düşürmüştür.¹⁰

Diğer taraftan bu bölgenin Kurtuluş Savaşı'ndan önce imzalanan antlaşma ile Osmanlı tarafından Bulgaristan'a bırakılması,¹¹ tahmin edileceği üzere ilgili talebin kabul ettirilmesinin önündeki en büyük engeldir.¹² Zira Batı Trakya, Birinci Dünya Savaşı sırasında Bulgaristan toprağıdır ve kaderi savaş sonrası Neuilly Antlaşması ile birlikte müttefik devletlerin eline bırakılmıştır. Bu nedenle Lozan'da yeniden masaya yatırılması oldukça güçtür.

İsmet Paşa'nın hem konferansın açılış konuşmasında¹³ hem de Batı Trakya talebinde değindiği ilgili Wilson ilkesi ise müttefik devletler temsilcisi Curzon tarafından ülkeleri kaosa sürükleyeceği imasıyla eleştirilmiş, ayrıca Curzon, Batı Trakya nedeniyle savaşın tekrar başlaması durumunda Türk ordularının karşısında hem müttefik devletlerin hem de bir balkan bloğunun olacağını bildi-
rerek, Türk heyetini açıkça tehdit etmiştir.¹⁴

Sonuç olarak Müttefik devletler ve balkan bloğunun bu sert tutumu karşısında, Misak-ı Millinin ilgili maddesi kabul ettirilememiş ve Batı Trakya'nın statüsü için halk oylaması gündemden kaldırılmıştır.¹⁵ Ancak söz konusu ağır

⁹ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 20-95: Müttefik devletler adına konuşan Curzon, Osmanlı tarafından 29 Eylül 1913 tarihli İstanbul Antlaşması ile Bulgaristan'a bırakılan ve Birinci Dünya Savaşı'nın ardından Müttefik devletlerle Bulgaristan arasında imzalanan Neuilly Antlaşmasıyla statüsü belirlenmiş Batı Trakya'ya yönelik böyle bir talebin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Curzon konferans dışı olduğunu belirttiği bu konunun Müttefik devletler tarafından masaya yatırılmayacağını vurgulamıştır. Benzer gerekçelerle Yunanistan, Yugoslavya ve Romanya temsilcileri de bu talebi kabul etmemişlerdir. Sadece Bulgaristan, Ege Denizi'ne çıkışının güvenli olması için bölgede özel bir yönetimin kurulmasını talep ederek, Türk Heyeti'nin isteğine yaklaşmıştır.; Bilal N. Şimşir, *Lozan Günlüğü*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2012, s. 182; Fransız gazetesi *Le Temps*, 24 Kasım 1922 tarihli yazısında, yıllardır birbirlerinden ayrı hareket eden Balkan Devletlerinin, Türklerin Meriç'in batısına geçmelerini engellemek için Lozan'da birleştiklerini yazmıştır.

¹⁰ Bilal N. Şimşir, *Lozan Telgrafları*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1994, C. 1, s. 120-121: İsmet Paşa, 22 Kasım 1922'de Başbakanlığa, Batı Trakya'da halk oylamasının kabul ettirilmesinin zor olduğunu belirtmektedir.

¹¹ Bıyıklıoğlu, a.g.e., C. 1, s. 103: İkinci Balkan Savaşı sırasında Kuşçubaşı Eşref komutasında yüz on altı kişilik birliğin yardımıyla bölge idaresini ele geçiren Türkler, 31 Ağustos 1913'te Garbi Trakya Hükümet-i Müstakillesi adıyla bağımsızlıklarını ilan ettiler. Ancak Türklerin kurdukları bu ilk Cumhuriyet, Osmanlı hükümetinin desteğini alamadı. Osmanlı Bulgaristan görüşmeleri sonucunda 29 Eylül 1913'te imzalanan İstanbul Antlaşması ile Batı Trakya, Bulgaristan'a bırakıldı. Bundan sonra Batı Trakya bir daha Türk egemenliğine giremedi.

¹² İsmet İnönü, *Hatıralar*, Haz. Sabahattin Selek., Ankara, Bilgi Yayınevi, 2006, s. 337-338; İsmet Paşa, Batı Trakya konusunda geçmiş hükümetlerin hatalarının cezasını çektiklerini yazmıştır.

¹³ Ali Naci Karacan, *Lozan Konferansı ve İsmet Paşa*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993, s. 70-71.

¹⁴ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 90, 93.

¹⁵ Şimşir, 1994, s. 133-134: Başbakan Hüseyin Rauf Bey, İsmet Paşa'ya Batı Trakya'da halk oylamasından vazgeçebileceğini bildirmiştir.

şartların varlığına rağmen bu sonuca yönelik bazı olumsuz eleştiriler söz konusudur.¹⁶ İlgili eleştiriler gerçekçi değildir. Nitekim Türk heyetinin müttefik devletler ve balkan devletlerinin hepsiyle birden savaşmayı göze alması beklenebilir. Batı Trakya için halk oylaması talebinden vazgeçmekten başka bir çare yoktur. Bu aşamadan sonra ise artık bölgede yaşayan Türklerin mübadeleye dâhil edilip edilmeyeceği tartışma konusu olacaktır. Mübadelenin kapsamının belirlenmesinden sonra ise geride kalanlar için azınlık haklarına ilişkin görüşmeler önem arz edecektir.¹⁷

B. Mübadele

Bakanlar Kurulu'nun, Türk Heyetine Lozan'da yürütecek politika hakkında verdiği genel talimatın dokuzuncu maddesinde, azınlıklar hakkında esas çözümün mübadele olduğu belirtilmiştir.¹⁸ Nitekim Milli Mücadele sırasında Misak-ı Milli aleyhine yürütülen zararlı faaliyetler, yüzyıllardır mevcut bulunan güveni ortadan kaldırmıştır.¹⁹

Dr. Nansen'in 1 Aralık 1922 tarihli oturumda, azınlıkların bir an önce mübadeleye tabi tutulması gerektiğini bildirmesiyle mübadelenin gerçekleştirileceği her hangi bir tartışma olmaksızın kabul edilmiş ve mübadele şartlarının görüşülmesine geçilmiştir.

Bu doğrultuda mübadele konusu, ilk olarak Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonu tarafından görüşülür ve komisyondaki bu genel görüşme, mübadelenin ana hatlarını da ortaya koymaktadır. İlgili görüşmede ilk önce İsmet Paşa, iskân problemi nedeniyle, Yunanistan'daki tüm Türklerin mübadeleye tabi olmaması gerektiğini bildirir, ardından Yunan temsilci Veniselos, İstanbul Rumlarının mübadele dışı tutulmasını ister ve en sonunda Cruzon bu iki isteğin yerindeliğine vurgu yaparak, İstanbul Rumları ile Batı Trakya Türklerinin dengeli bir şekilde mübadele dışı tutulması gerektiğini söyler.²⁰

¹⁶ Rıza Nur, *Hayat ve Hatıratım*, İstanbul, Altındağ Yayınevi, 1068, s. 1010: Batı Trakya'da halk oylaması konusunda Türk Heyeti'nin eli bu kadar zayıf olmasına rağmen Rıza Nur, hatıralarında bu konu hakkında İsmet Paşa'yı suçlayıcı ifadeler kullanmaktadır.; Şimşir, 2012, s. 622-623; Mentеше vekili Şükrü Kaya ve Tekirdağ vekili Faik Bey, TBMM'de gerçekleştirilen Lozan görüşmelerinde, Batı Trakya'nın Anavatan'a dahil olması gerektiğini belirterek Lozan'ın ilgili hükümlerini olumsuz yönde eleştirirler.

¹⁷ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 123.

¹⁸ Melek Fırat, "1923-1939 Yunanistan'la İlişkiler", *Türk Dış Politikası Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular Belgeler Yorumlar*, Ed. Baskın Oran, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, C. 1, s. 329.

¹⁹ Atatürk'ün Bütün Eserleri, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2004, s. 197-199: Mustafa Kemal Atatürk, Le Journal isimli Fransız gazetesine verdiği 1 Ocak 1923 tarihli demeçte, Rum patrikhanesinin ihanet yuvası haline geldiğini belirterek ortadan kalkan güveni açıkça yansıtır.

²⁰ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 124-127.

İsmet Paşa'nın bu ilk görüşme sırasında mübadele dışında bırakılmasını istediği bölge bilindiği üzere Batı Trakya'dır ve Türk heyetinin bu talebi bazı farklı nedenlere dayanmaktadır. Her şeyden önce ilk sebep olarak, bölge halkının mübadeleye tabi olmak istemediği belirtilmiştir.²¹ Gerçekten de buradaki Türkler tarımla uğraşmakta oldukları için topraklarına bağlıdırlar. Bu nedenle büyük bir kısmının mübadeleye tabi olmak istemeyeceği açıktır. Ancak tahmin edileceği üzere mübadeleye tabi tutulacak insanların çoğunluğu da yaşadıkları bölgeyi terk etmek istememektedirler. Nitekim mübadelenin zorunlu olmasının temel sebebi de bu unsurdur.

İkinci bir neden olarak İsmet Paşa, savaş sebebiyle hali hazırda binlerce Türkün Anadolu'da barınacak bir yere sahip olmadığını, Yunanistan'da yaşayan tüm Türklerin mübadele kapsamına alınmasıyla da mübadele dengesinin bozulup, bu sayının daha da artacağını belirtmiştir.²² Ancak Rauf Bey'in İsmet Paşa'ya, evsiz kalan vatandaşların yerleştirilmesinden sonra altmış bin hanelik yer olduğunu, gidecek olan Gayrimüslimlerin de hesaba katılmasıyla mevcut durumda iki yüz bin hanelik bir göçmen kabul edilebileceğini, bunu aşan sayıdaki göçmenlerin ise gerekli evlerin inşasının tamamlanmasının ardından aşamalı olarak kabul edilebileceğini belirtmesi,²³ başka bir sebebin daha var olduğunu akıllara getirmektedir. Üstelik Batı Trakya için halk oylamasının talep edildiği oturumda İsmet Paşa, Yunan işgali sırasında gerçekleştirilen zulümlere değinerek, aynılarının Batı Trakya'da gelecek dönemlerde yaşanmasından endişeli olduklarını haklı bir şekilde dile getirmiştir.²⁴

Bu bilgiler dikkate alındığında Türk heyetinin, Batı Trakya'yı mübadele dışı bırakarak, Batı sınırını güvenlik altına almak istemiş olması da kuvvetli bir olasılık olarak akıllara gelmektedir. Nitekim İsmet Paşa da halk oylamasının talep edildiği konferans oturumlarında ilgili bölgeyi egemenlik altına almak istemediklerini, ancak halk oylaması neticesi olarak tarafsız bir yönetimin kurulması ihtimalinde, bölgenin komşu devletlerin güvenliğine hizmet edeceğini

²¹ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 127; Konunun bir alt komisyona gönderilmesinden önce Ülke ve Askerlik Sorunları Komisyonunda Curzon tarafından da Batı Trakya Türklerinin bölgeden çıkmak istemeyeceklerini bildirilmiştir.

²² Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 124; Şimşir, 2012, s. 222.

²³ Şimşir, 1994, C. 1, s. 155-156.

²⁴ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 42; Şimşir, 1994, C. 1, s. 279, C. 2, s. 386-387: Üstelik Rauf Bey, Batı Trakya'daki Türklerin öldürüldüğünü konferans sırasında İsmet Paşa'ya bildirmiş, hatırlanması da konferans sırasında Batı Trakya Türklerinin sürgüne ve baskıya tabi tutulduğuna ilişkin, 2 Haziran 1923 tarihli bir notayı Yunanistan temsilcisine vermiştir.; Şimşir, 2012, s. 626: Menteşe vekili Vasıf Çınar Bey de 22 Ağustos 1923 tarihli TBMM oturumunda Batı Trakya Türklerinin bölgede bırakılmasını eleştirerek bu konuya değinmiş, bölgedeki Türklerin Yunanistan tarafından zulüm gördüğünü belirtmiştir.

belirtir.²⁵ Bu ifade hem Batı sınırının güvenliğinden endişe edildiğini, hem de Batı Trakya bölgesinin savunma açısından önemli görüldüğünü yansıtmaktadır. Zaten Yunanistan'ın gerçekleştireceği olası bir kara saldırısının da bu bölgeden geleceği rahatlıkla tahmin edilebilir.²⁶ Mübadele dışı bırakılacak olan Batı Trakya sınırlarının olabildiğince geniş tutulması eğiliminin temel nedenlerinden biri de muhtemelen bu güvenlik kaygısıdır.²⁷ Nitekim Rıza Nur, Batı Trakya sınırının Mesta Nehri'ni batısına geçerek Struma Nehrinden başlatılmasını, böylece Struma Vadisi Müslümanlarının da mübadele dışı bırakılmasını Türk heyetinin talebi olarak sunmuştur.²⁸

Sonuç olarak ise Lozan'da mutabık kalınan ilk iki metinden biri olan Yunan ve Türk Halklarının Mübadelesine İlişkin Sözleşme ve Protokol, 30 Ocak 1923 tarihinde imzalanır. Protokolün birinci maddesinde Türk topraklarında yerleşmiş Rum Ortodoks dininden Türk uyruklarıyla, Yunan topraklarında yerleşmiş Müslüman dininden Yunan uyruklarının zorunlu olarak mübadele edileceği belirtilmiştir.²⁹ İkinci maddeye göre ise mübadele, İstanbul'da oturan Rumları ve Batı Trakya'da oturan Müslümanları kapsamayacaktır.³⁰ Ayrıca Lozan Barış Antlaşmasınının 14. Maddesi uyarınca Bozcaada ve Gökçeada Rumları da mübadele dışında tutulmuştur. Mübadeleye tabi olmayan bu kesimin hukuki statüsünü ise azınlık hakları konusundaki görüşmeler belirler.

²⁵ Karacan, a.g.e., s. 70-71: İsmet Paşa, Batı Trakya'da halk oylaması talep ederken, bunun Doğu Trakya'nın güvenliği için gerekli olduğunu bildirmiştir.; Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 46: İsmet Paşa, Batı Trakya'nın tarafsız olmasının sınırdaş ülkelerin güvenliği için gerekli olduğunu belirterek, batı sınırının savunulmasında bölgenin büyük bir önem arz ettiğini dolaylı olarak tekrar vurgulamıştır.

²⁶ Şimşir, 1994, C.I, s. 209: Nitekim konferans aşamasında bile bu bölge sıcaklığını korumaktadır. Rauf Bey, İsmet Paşa'ya Yunanlıların Batı Trakya'ya yığınak yapmaları sebebiyle Fuat Bey tarafından İskeçe bölgesi ile sınırlı küçük bir harekâtın gerçekleştirildiğini bildirmiştir.

²⁷ Berber, a.g.e., s. 164-165.

²⁸ Tutanaklar ve Belgeler, a.g.e., C. 3, s. 345-348.

²⁹ Yunan ve Türk Halklarının Mübadelesine İlişkin Sözleşme ve Protokol madde 1; "*Türk topraklarında yerleşmiş Rum Ortodoks dininden Türk uyruklarıyla, Yunan topraklarında yerleşmiş Müslüman dininden Yunan uyruklarının, 1 Mayıs 1923 tarihinden başlayarak, zorunlu mübadelesine girişilecektir. Bu kimselerden hiç biri, Türk Hükümetinin izni olmadıkça Türkiye'ye ya da Yunan Hükümetinin izni olmadıkça Yunanistan'a dönerek orada yerleşemeyecektir.*"

³⁰ Yunan ve Türk Halklarının Mübadelesine İlişkin Sözleşme ve Protokol madde 2; "*Birinci Madde- de öngörülen mübadele:*

a) *İstanbul'da oturan Rumları;*

b) *Batı Trakya'da oturan Müslümanları kapsamayacaktır.*

1912 Kanunıyla sınırlandırıldığı biçimde, İstanbul Şehremaneti daireleri içinde, 30 Ekim 1918 tarihinden önce yerleşmiş bulunan bütün Rumlar, İstanbul'da oturan Rumlar sayılacaklardır. 1913 tarihli Bükreş Antlaşması'nın koymuş olduğu sınır çizgisinin doğusundaki bölgeye yerleşmiş bulunan Müslümanlar, Batı Trakya'da oturan Müslümanlar sayılacaklardır."

C. Azınlık Hakları

Azınlıklar konusu Türk heyetinin Lozan'da en hassas olduğu başlıklar arasında yer alır. Nitekim tarihi tecrübeler, azınlıkların iç işlere müdahale için Batılı devletler tarafından siyasi bir araç olarak kullanıldığını defalarca göstermiştir.³¹ Bu sebeple ilgili görüşme ulus devletin birlik ve bütünlüğü için oldukça önemlidir.³²

12 Aralık 1922 tarihli ilk oturumda müttefik devletler adına konuşan Curzon, azınlıklara ilişkin kararlaştırılacak hükümlerin, Yunanistan'daki Türk nüfusa da uygulanacağını vurgular.³³ Yani Türkiye'deki azınlıkların haklarına ilişkin Lozan'da yapılacak görüşmeler, aynı zamanda Batı Trakya Türklerinin hukuki statüsünü de belirleyecektir. Ancak dikkat edileceği üzere Curzon, Lozan hükümlerinden yararlanacak olan Türk nüfusu, Yunanistan'daki Türkler ile sınırlı tutarak, Irak ve Suriye'de bulunan Türkleri bu hakların kapsamı dışında bırakır. Bu bölgelerdeki Türk nüfusu azınlık hakları kapsamına almayan Curzon, Batılı devletlerin azınlıklar konusundaki tutumlarının hukuki olmaktan daha çok siyasi olduğunu daha ilk konuşmasında göstermektedir. Nitekim bilindiği üzere dönem itibarıyla Irak'ta İngiltere mandası, Suriye'de ise bir Fransız mandası kurulmaktadır. Türk heyetinin Milletler Cemiyeti'nin, azınlık haklarının garantisini olmasına güvenmemesinin asıl sebebi de işte bu siyasi tutumdur. Zira ilgili politikayı benimseyen İngiltere, Milletler Cemiyeti'nde oldukça etkindir.³⁴

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki Lozan Barış Antlaşması'nın azınlık haklarına ilişkin hükümleri, Osmanlı için hazırlanan Sevr Antlaşmasının ağır hükümlerinin aksine, genel olarak ilgili dönemdeki diğer azınlık hakları antlaşmaları ile benzer hükümler içerir.³⁵ Hatta azınlık kavramının çerçevesi, dönemin diğer azınlık antlaşmalarına nazaran, Lozan'da daha dar kapsamda tutulmuştur.

³¹ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1996, s. 77-78, 90: Tanzimat döneminde eşitlik ilkesi yönünde olumlu gelişmeler yaşanmasına rağmen büyük devletler, Hristiyan Osmanlı tebaasının korunmasına ilişkin Londra Protokolü'nün imzalanmasını istemişlerdir. Protokolün Osmanlı Meclisi tarafından reddedilmesi üzerine ise Rusya, 23 Nisan 1877'de Osmanlı'ya savaş ilan etmiştir. Osmanlı hukuk sistemine getirilmeye çalışılan eşitlik ilkesi, Gayrimüslimler lehine olan eski imtiyazların devam etmesini isteyen Batılı devletler nedeniyle bir türlü uygulama alanı bulamamıştır.; Şimşir, 2005, s. 172.

³² Şimşir, 1994, C. 1, s. 176, 228-230, 295: Rauf Bey esasen İstanbul Rumlarının da mübadeleye tabi olması gerektiğini, mümkün olmaması durumunda ise İstanbul Rumlarına hiçbir ayrıcalık verilmeyeceğini kesin şekilde belirtir. İsmet Paşa ise müttefiklerin azınlıklar hakkında aşırı istekte bulunması nedeniyle konferansı kapatabileceklerini ilgili oturum başkanına ilettiğini, 16 Aralık 1922 tarihinde Ankara'ya rapor eder. Fevzi Paşa da aynı görüştedir. Azınlıklar konusunda taviz vermektense savaşmak tercih edilmelidir.; Şimşir, 2012, s. 309: Fransız gazetesi Le Temps, 24 Aralık 1922 tarihli yazısında Boğazlar ve azınlıklar konuları nedeniyle konferansın kesileceğinin telaffuz edildiğini belirterek, Türk hükümetinin egemenlik konusundaki hassasiyetini yansıtmıştır.

³³ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 1, s. 182.

³⁴ Şimşir, 2012, s. 200.

³⁵ Oran, a.g.e., s. 48.

Lozan, azınlık kavramını sadece din esasıyla belirler. Lozan Barış Antlaşması'nın 45. Maddesi uyarınca: *“Bu kesimdeki hükümlerle, Türkiye'nin Gayrimüslim azınlıklarına tanınmış olan haklar, Yunanistan'ca da, kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlığa tanınmıştır.”*

Dikkat edilmesi gereken diğer bir hüküm de 44. Maddede yer alır. Zira Lozan Barış Antlaşması'nın 44. Maddesi, azınlık haklarının Milletler Cemiyeti güvencesinde olduğunu belirtir.³⁶ İlgili Lozan oturumlarındaki görüşmelerden ve tarafların üzerlerinde anlaşmaya vardığı 11 Ocak 1923 tarihli azınlıkların korunmasına ilişkin alt komisyon tasarısındaki 8. maddeden de bu husus açıkça anlaşılmaktadır.³⁷ Kısacası Lozan'da yer alan azınlık hakları, Yunanistan ile Türkiye arasındaki siyasi ilişkilerin kaderine bırakılmamış, uluslararası bir örgütün güvencesine emanet edilmiştir. Söz konusu yaklaşım, zaten 1919 Milletler Cemiyeti azınlık hakları rejiminin temel bir özelliği olarak, azınlık haklarını koruyan dönemin diğer antlaşmalarında da yer almaktadır.³⁸ Ancak bu noktada tekrar parantez açmak gerekir ki bu uluslararası örgüt, azınlıklar konusunu siyasi bir araç olarak gören İngiltere'nin kontrolünde olduğu için, Lozan tarafından kendisine verilen bu görevi yerine getirecek niteliğe de sahip değildir.

Yapılan tartışmaların ardından nihayetinde taraf devletlerin azınlık hakları konusundaki uzlaşısı, Lozan Barış Antlaşması'nın 37. ile 45. Maddeleri arasında kendisine yer bulmuştur. Bu maddelerde yer alan hükümler, Batı Trakya Türklerinin hukuki statüsünü tayin eder. 38. ve 39. maddelerde eşitlik ilkesi

³⁶ Bilal N. Şimşir (2005). “Lozan'a Göre Azınlıklar”, 80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozyumu. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, s. 193-194: Lozan Barış Antlaşması madde 44; *“Türkiye, iş bu Kesimin yukarıdaki Maddelerinin, Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıklarına ilişkin bulunduğu ölçüde, uluslararası toplumu ilgilendirici nitelikte yükümler getirdiğini ve onların Milletler Cemiyetinin güvencesi altına konulmasını kabul eder. İşbu hükümler Milletler Cemiyeti Meclisinde çoğunlukla alınan bir karar olmaksızın değiştirilemeyecektir. Britanya İmparatorluğu, Fransa, İtalya ve Japonya Milletler Cemiyeti Meclisinde işbu Maddeler konusunda, yöntemine uygun biçimde, çoğunlukla kabul edilecek olan her hangi bir değişikliği reddetmemeyi bu antlaşma ile yükümlenirler. Türkiye, Milletler Cemiyeti Meclisi üyelerinden her birinin bu yükümlülüklerden her hangi birine aykırılık olması ya da olma tehlikesi üzerine, buna Meclisin dikkatini çekmeğe yetkili olacağını ve Meclisin, duruma göre, uygun ve etkin sayılacak bir davranışta bulunabileceğini ve yönerge verebileceğini kabul eder. Bundan başka, Türkiye, işbu Maddelere ilişkin hukuksal ya da edimsel sorunlarda, Türkiye Hükümeti ile bağıtlı öteki devletlerden her hangi biri ya da Milletler Cemiyeti Meclisi üyelerinden her hangi bir devlet arasında görüş ayrılığı ortaya çıkınca bu anlaşmazlığın, Milletler Cemiyeti Antlaşmasının 14. Maddesi uyarınca, uluslararası nitelikte bir anlaşmazlık gibi sayılmasını kabul eder. Türkiye Hükümeti bu türden olan her hangi bir anlaşmazlığın, öteki taraf istemde bulunursa, uluslararası Daimi Adalet Divanına götürülmesini kabul eder. Daimi Divan kararı istinaf edilemeyip Milletler Cemiyeti Antlaşmasının 13. Maddesi uyarınca verilmiş bir kararın güç ve hükmünün tıpkısına sahip olacaktır.”*

³⁷ Tutanaklar Belgeler, a.g.e., C. 2, s. 292.

³⁸ Oran, a.g.e., s. 40-42: Ancak Osmanlı devleti için hazırlanan Sevr Antlaşması'nda, azınlık haklarına ilişkin hükümlerin güvencesi olarak Milletler Cemiyeti değil doğrudan Müttefik devletler gösterilmiştir.

vurgulanır.³⁹ Batı Trakya Türkleri, diğer Yunan vatandaşların yararlandığı haklardan yararlanacak ve kanun önünde onlarla eşit olacaktır. İlgili iki madde, günümüz anayasalarının neredeyse hepsinde vurgulanan eşitlik ilkesini tekrarlamaktan başka herhangi bir işleve sahip değildir. Azınlıkların statüsüne ilişkin asıl hükümler ise 40. Madde ile birlikte başlar. 40. madde, Batı Trakya Türklerinin her türlü sosyal, dinsel, eğitsel kurumları kurmak, yönetmek, denetlemek ve bu kurumlarda kendi dillerini kullanmak hususunda diğer Yunan vatandaşlarıyla eşit haklara sahip olacağını belirtir.⁴⁰ 41. maddede ise Yunanistan'ın, ilkokullarda Türkçe ile öğretim için gereken kolaylıkları sağlayacağı yer almaktadır.⁴¹ Yine aynı madde, devlet bütçesi, belediye bütçesi veya benzeri bütçelerden eğitim, din veya hayır işlerine ayrılan kısımdan, adalete uygun bir şekilde Batı Trakya Türklerine ait olan kurumların da faydalanacağını belirtir. Diğer taraftan 42. madde uyarınca Yunan hükümeti, Batı Trakya Türklerinin aile ve kişisel durumları ile ilgili sorunlarının, bu azınlığın gelenek ve göreneklerine uygun bir şekilde çözülmesi için gereken tedbirleri alacaktır.⁴²

³⁹ Şimşir, 2005, s. 191: Lozan Barış Antlaşması madde 38; “Türkiye Hükümeti, doğum, milliyet, dil, soy, ya da din ayırt etmeksizin, Türk halkının tümünün yaşam ve özgürlüklerimi, en geniş biçimde, korumayı yükümlenir. Türkiye'nin tüm halkı, kamu düzeni ve genel ahlak ile bağdaşmazlık göstermeyen her din, mezhep ya da inanışın gerek genel, gerek özel biçimde özgürce kullanılması hakkına sahip olacaktır. Müslüman olmayan azınlıklar, Türkiye Hükümetince ulusal savunma veya kamu düzeninin, korunması için ülkenin her yerinde ya da bir bölümünde alınan ve tüm Türk yurttaşlarına uygulanan önlemler saklı kalmak koşulu ile, dolaşım ve göç özgürlüğünden bütünü ile yararlanacaklardır.”; madde 39; “Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk yurttaşları Müslümanlarla özdeş medeni ve siyasal haklardan yararlanacaklardır. Türkiye'nin tüm halkı, din ayırt edilmeksizin, yasa önünde eşit olacaktır. Din, inanç ya da mezhep farkı hiçbir Türk yurttaşının medeni ve siyasal haklardan yararlanmasına ve özellikle genel hizmetlere kabulüne, memurluğa ve yukarı derecelere ulaşmasına, ya da çeşitli meslekleri ve sanatları yapmasına bir engel sayılmayacaktır. Herhangi bir Türk yurttaşının gerek özel ya da ticaret ilişkilerinde, gerek din, basın ya da her türlü yayın konusunda ve gerek toplantılarda herhangi bir dili serbestçe kullanmasına karşı hiçbir sınır konulmayacaktır. Resmi dilin varlığı kuşkusuz olmakla birlikte, Türkçeden başka dil ile konuşan Türk yurttaşlarına yargıçlar önünde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri için gerekli kolaylıklar gösterilecektir.”

⁴⁰ Şimşir, 2005, s. 192: Lozan Barış Antlaşması madde 40; “Müslüman olmayan azınlıklara ilintili olan Türk yurttaşları hukuk bakımından ve fiilen öteki Türk yurttaşlarına uygulanan işlemlerin ve sağlanan güvencelerin tıpkısından yararlanacaklar ve özellikle, harcamaları kendilerince yapmak üzere, her türlü yardım, dinsel ya da sosyal kurumları, her türlü okul ve benzeri öğretim ve eğitim kurumları kurma, yönetme ve denetleme ve buralarda kendi dillerini özgürce kullanma ve dinsel ayinlerini serbestçe yapma bakımından eşit bir hakka sahip bulunacaklardır.”

⁴¹ Şimşir, 2005, s. 192: Lozan Barış Antlaşması madde 41; “Genel öğretim konusunda Türk Hükümeti, Müslüman olmayan yurttaşların önemli bir oranda yerleşmiş oldukları kentler ve kasabalarda, bu Türk yurttaşlarının çocuklarının ilkokullarda kendi dilleriyle öğretim görmelerini sağlamak üzere, gerekli kolaylığı gösterecektir. Bu hüküm Türk Hükümetinin söz konusu okullarda Türk dilinin öğretilmesini zorunlu kılmasına engel olmayacaktır. Müslüman olmayan azınlıklara ilintili Türk yurttaşlarının önemli oranda buldukları kentlerde ya da kasabalarda, bu azınlıklar Devlet bütçesi Belediye ya da benzeri bütçelerde eğitim, din, ya da yardım amacıyla genel gelirden verilecek paralardan yararlanma ve ödenek ayrılması konusunda hakka bir pay alacaklardır. Söz konusu paralar ilgili kurumların, yetkili temsilcilerine ödenecektir.”

⁴² Şimşir, 2005, s. 192-193: Lozan Barış Antlaşması madde 42; “Türkiye Hükümeti Müslüman olmayan azınlıkların aile ya da kişi statüleri konusunda, bu sorunların söz geçen azınlıkların tö-

43. Madde ise Batı Trakya Türklerinin din ve ibadet özgürlüğünü korur, bu özgürlüğün kamu düzeni dışında sınırlanamayacağını belirtir.⁴³ 44. Madde, yukarıda değinildiği üzere Lozan antlaşmasından doğan azınlıklarla ilgili yükümlülüklerin uluslararası niteliğine değinir ve Milletler Cemiyetinin ilgili hakların güvencesi olduğunu vurgular. 45. Madde ise Lozan'da sayılan azınlık haklarından, sadece Yunanistan'daki Müslüman⁴⁴ azınlığın ve Türkiye'deki Gayrimüslim azınlığın yararlanabileceğini belirtir.

Ancak 45. Maddenin, karşılıklı misillemelere imkân tanıyan “mütekabiliyet” ilkesi olarak ele alınması, ilgili azınlık hakları için oldukça vahim sonuçlara neden olmuştur.⁴⁵ Nitekim mütekabiliyet ilkesi söz konusu olduğunda, taraflardan birisinin antlaşmayı uygulamayı reddetmesiyle birlikte diğer tarafta ilgili antlaşmayı uygulamaktan kaçınabilecektir. Mütekabiliyete tabi uluslararası hukuk hükümlerinin kaderini siyasi ilişki belirler.

Günümüz uluslararası hukuk anlayışı açısından baktığımızda ise azınlık hakları konusunda mütekabiliyetin uygulanabilmesi güçtür. Nitekim öncelikle belirtmek gerekir ki mütekabiliyet ilkesinin, günümüzde insan hakları alanında uygulanması yasaktır.⁴⁶ Zira Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, insan hakları alanında, mütekabiliyet ve karşılıklı misilleme gibi uygulamaları kabul

relerine göre çözümlenmesine uygun her türlü hükümleri koymayı kabul eder İşbu hükümler Türkiye Hükümeti ile ilgili azınlıklardan her birinin eşit sayıda temsilcilerinden oluşan özel Komisyonlarda düzenlenecektir. Anlaşmazlık olursa, Türkiye Hükümeti ile Milletler Cemiyeti Meclisi, birlikte, Avrupalı hukukçular arasından bir üst hakem atayacaktır. Türkiye Hükümeti söz konusu azınlıkların Kiliseleri, Havraları, mezarlıkları ve öteki dinsel kurumlarına her türlü koruyuculuğu göstermeyi yükümlenir. Bu azınlıkların bugün Türkiye'de bulunan Vakıflarına ve dinsel ve yardım kurumlarına her türlü kolaylığı gösterecek ve izinleri verecek ve yeni dinsel ve yardım kurumları kurulması için, benzeri öteki özel kurumlara sağlanmış olan gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyecektir.”

⁴³ Şimşir, 2005, s. 193: Lozan Barış Antlaşması madde 43; “Müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk yurttaşları, inançlarına aykırı ya da dinsel ayinlerini bozucu herhangi bir işlem yapmaya zorlanamayacakları gibi, hafta tatilleri gününde Mahkemelerde hazır bulunmaktan ya da herhangi bir yasal işlemin yapılmasından kaçınmaları nedeniyle, onların hiç bir hakkı ortadan kalkmayacaktır. Bununla birlikte, bu hüküm söz konusu Türk yurttaşlarının, kamu düzeninin korunması bakımından, öteki tüm Türk yurttaşlarının bağlı olduğu yükümlerden başışık kılmayacaktır.”

⁴⁴ Şimşir, 2005, s. 194: Lozan Barış Antlaşması madde 45; “İşbu Kesim hükümleri ile Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıkları için tanınan haklar, Yunanistan tarafından da, kendi topraklarında bulunan Müslüman azınlığa tanınmıştır.”; Turgay Cın, “Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüsü Sorunları ve Avrupa Birliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, İzmir, 2009, C. 11, S. 1, s. 149: Bölgede Batı Trakya yerlisi Ortodoks Gagavuz Türkleri ve Lozan sonrası zorunlu mübadele ile Yunanistan'a göç eden Ortodoks Türkler vardır. Müslüman kelimesi yer aldığı için bölgedeki bu Hristiyan Türkler Lozan'daki azınlık hükümlerinin kapsamında değildir.

⁴⁵ Filiz Çoban / Aslı Fatma Burulday, “Yunan Milliyetçiliğinin ve Mütekabiliyet İlkesinin Yunanistan'daki Müslüman-Türk Azınlığın Haklarına Etkileri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2015, C. 8, s. 38, s. 348.

⁴⁶ Süleyman Dost, “Milletlerarası Hukukta Mütekabiliyet İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 5, S. 2, s. 5.

etmemektedir.⁴⁷ Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de davalı devletlerin mütekabiliyet ilkesini içeren savunmalarını reddeder.⁴⁸ Aynı sonuca Lozan'daki azınlık hakları açısından da ulaşmak gerekir. Nitekim bilindiği üzere azınlık hakları, düşünce ve ifade özgürlüğü ile din ve vicdan hürriyeti gibi bazı birey temel hak ve özgürlükleriyle sıkı bir bağ içerisindedir. Bu itibarla azınlık haklarının mütekabiliyetle birlikte siyasi alana taşınması, ilgili bağlantı sebebiyle insan haklarının da siyasi alana taşınmasına neden olacaktır. Diğer taraftan azınlık hakları alanındaki karşılıklı misillemelerin, ülkeler arasındaki gerilimin artması sonucunda, temel hak ve özgürlüklerin sert çekirdeğini dahi ihlal etme tehlikeleri mevcuttur. Zira bu anlayış sebebiyle azınlıklar, birer tutsak konumdadırlar. Günümüz hukuk anlayışı açısından bu ihtimal dahi azınlık hakları alanında mütekabiliyet ilkesinin uygulanmaması için yeterli bir gerekçedir.

Kaldı ki yukarıda belirtildiği üzere, azınlık haklarını düzenleyen dönemin tüm antlaşmalarında olduğu gibi Lozan'da da azınlık hakları, tarafların siyasi ilişkilerine değil Milletler Cemiyeti'nin güvencesine bırakılmıştır. İki ülkeden birinin bu yükümlülükler aykırı davranması diğer ülkenin yükümlülükten kurtulması sonucunu doğurmaz. Yükümlülükler aykırı davranışı engelleyecek olan uluslararası kuruluşur. Azınlık hakları alanı ülkelerin değişken politika ve ikili ilişkilerine uygun değildir.

⁴⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 60; "Bir antlaşmanın ihlal edilmesi sonucu sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması:

1. İki taraflı bir antlaşmanın akit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali, diğer tarafa antlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen veya kısmen yürürlüğünü askıya alma gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını verir.

2. Çok taraflı bir antlaşmanın akit taraflardan birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlali:

a. diğer tarafların oybirliği ile antlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almalarını veya antlaşmayı, kendileriyle kusurlu Devlet arasındaki ilişkiler bakımından, ya da, bütün taraflar arasında, sona erdirmeye hakkını verir.

b. antlaşma ile bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile kusurlu Devlet arasındaki ilişkiler bakımından antlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya almasının gerekçesi olarak bu ihlale başvurma hakkını verir.

c. kusurlu Devletten başka herhangi bir tarafa, antlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen kendisi bakımından askıya alma gerekçesi olarak ihlale başvurma hakkı verir; ancak bunun için antlaşma öyle bir nitelikte olmalı ki, bir tarafın antlaşma hükümlerini esaslı bir şekilde ihlal etmesi her bir tarafın antlaşmadan doğan yükümlülüklerini ifa etme durumunu köklü bir biçimde değiştirsin.

3. Bu madde bakımından bir antlaşmanın esaslı bir şekilde ihlali aşağıdakilerden ibarettir:

a. antlaşmanın, bu Sözleşmenin tasvip etmediği bir şekilde inkar edilmesi; veya

b. antlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesi...

5. 1-3'ncü paragraflar insani nitelikteki antlaşmalarda yer alıp kişilerin korunmasıyla ilgili hükümlere, bilhassa bu gibi antlaşmalarla himaye edilen kişilere karşı herhangi bir misilleme şeklini yasaklayan hükümlere uygulanmaz."

⁴⁸ Çoban / Burulday, a.g.m., s. 347 vd.; Ali Dayıoğlu, "Yunanistan'la İlişkiler", *Türk Dış Politikası Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular Belgeler Yorumlar*, Ed. Baskın Oran, İstanbul, İletişim Yayınları, 2001, C. 3, s. 560-631.

3. GÜNÜMÜZ ULUSLARARASI HUKUKU AÇISINDAN BATI TRAKYA TÜRKLERİNİN DURUMU

Batı Trakya Türklerinin azınlık haklarını ilgilendiren ilk antlaşma, Balkan Savaşları sonunda Yunanistan ile imzalanan 1913 Atina Antlaşmasıdır. İlgili antlaşmanın ana metni Batı Trakya'yı kapsamasa bile, 3 numaralı protokol bütün Yunanistan topraklarında geçerlidir ve bu nedenle Batı Trakya Türkleri, ilgili protokollede yer alan Müslüman cemaatlere tüzel kişilik tanınması, müftülerin Müslümanlar tarafından seçilmesi, okulların özerk yönetimi ve Türkçe eğitimi gibi önemli haklara sahiptirler.⁴⁹

Diğer taraftan Batı Trakya Türklerinin statüsünü, Yunanistan ile İngiltere, Fransa, İtalya ve Japonya arasında 1920'de imzalanan ve Yunan Sevr'i olarak adlandırılan Yunanistan'daki Azınlıkların Korunmasına İlişkin Antlaşma da ilgilendirmektedir. Nitekim ilgili Antlaşma uyarınca azınlık haklarına ilişkin hükümler, bütün Yunanistan'daki din, dil ve soy azınlıklarına uygulanacaktır.⁵⁰ Batı Trakya Türkleri bu tanıma rahatlıkla girmektedir.

Birinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan dünya düzeninin temel unsuru "milliyet", yani ulustur.⁵¹ Yeni kurulan ulus devletlerin ise dil, din, ırk gibi kısıtlar açısından yüzde yüz homojen olmayacağı bilinmektedir. Ancak Milletler Cemiyeti Misak-ı, azınlık haklarını koruyan genel hükümlere yer vermemiş, azınlık haklarının korunmasını devletler arasındaki uluslararası antlaşmalara bırakmıştır.⁵² Polonya Antlaşması ile başlayan bu zincirin birer halkasını da Yunan Sevr'i ve Lozan oluşturur.⁵³ Ancak bu sistem sadece savaş mağlubu dev-

⁴⁹ Oran, a.g.e., s. 61-63: Kural olarak Atina Antlaşması'ndaki azınlık haklarının uygulanması, Balkan Savaşları sonucu imzalanan bu antlaşma ile birlikte Yunanistan'a bırakılan topraklarla sınırlıdır. Bu topraklarda yaşayan Müslüman Türkler ise mübadeleye tabi oldukları için ilgili ana metnin hükümleri konusuz kalmıştır. Yunanistan 1981 yılında Türkiye'ye verdiği notalarda Atina Antlaşması'nın geçersiz olduğunu söylemiş, Batı Trakya Türklerinin hukuki statüleri konusunda tek geçerli antlaşmanın ise Lozan olduğunu belirtmiştir. Ancak Antlaşma'nın 2. maddesi uyarınca, antlaşmaya ek 3 numaralı protokol, sadece bu antlaşma ile Yunanistan'a bırakılan topraklarda değil, bütün Yunanistan topraklarında uygulanmalıdır. Diğer taraftan uluslararası hukukun halefiyet ilkelerine göre bir devletin önceden yapmış olduğu antlaşmalar yeni elde ettiği toprak parçaları için de geçerlidir. Ayrıca BM Uluslararası Adalet Divanı 1978 yılındaki kararında, antlaşmalarda yer alan ülke toprakları kavramından, antlaşmanın yapıldığı andaki toprakların değil son durumdaki toprakların anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁰ Oran, a.g.e., s. 63-65.

⁵¹ Bkz. E. Gellner, *Uluslar ve Ulusçuluk*, İstanbul, İnsan Yayınları, 1992; Ayşe Füsün Arsava, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1993, s. 8.

⁵² Sevin Toluner, "Lozan Azınlıkların Korunması Rejimi ve Batı Trakya Türkleri", *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999, s. 221.

⁵³ Toluner, a.g.e., s. 221.

letler ile yeni kurulan devletlere yükümlülükler getirmekte, evrensel bir nitelik taşımamaktadır.⁵⁴

Evrensel düzeyde insan hakları düşüncesi ise ilk kez İkinci Dünya Savaşı sırasında gündeme gelerek Birleşmiş Milletler Beyannamesi'ndeki yerini alır.⁵⁵ Böylece uluslararası hukuk alanı, sınırlı azınlık hakları döneminden, evrensel düzeyde insan hakları dönemine doğru bir geçiş yaşar. İlgili devletler tarafından zaten uygulanmamış⁵⁶ olan Milletler Cemiyeti dönemine ait azınlıkların korunması rejiminin ise Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin 1950'de hazırlattığı inceleme raporu sonucu sona ermesi gerektiği belirtilmiş, ancak aynı raporda şartlarda değişiklik olmadığı için Lozan Barış Antlaşması istisna tutularak, ilgili antlaşmadaki azınlık hükümlerinin yürürlüğünün devam etmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁷ İlgili rapor istisnaları ile birlikte doktrin ve uygulama tarafından benimsenir.⁵⁸

Ayrıca ilgili BM raporu sadece 1919'da kurulan azınlık hakları rejiminin sona erdiğini belirtir.⁵⁹ Bu durumda 1919 öncesi azınlık haklarını içeren antlaşmalar geçerliliklerini korurlar. Bunlardan birisi de Batı Trakya Türklerinin haklarını da ilgilendiren yukarıda belirttiğimiz 1913 Atina Antlaşmasıdır.

Diğer taraftan Lozan Barış Antlaşması'nın 16. Protokolü'nde; "*İngiliz İmparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya ve Yunanistan hükümetleri, işbu Konferansta yapılan Barış Antlaşmasıyla öteki Senetlerin yürürlüğe konulmasının, Yunanistan'daki azınlıkların korunması konusunda Başlıca Müttefik Devletlerle Yunanistan arasında, 10 Ağustos 1920 tarihinde, Sevr'de yapılmış Antlaşmanın ve gene aynı Devletler arasında, 10 Ağustos 1920 tarihinde, Sevr'de, Trakya konusunda yapılmış Antlaşmanın yürürlüğe konulmasını gerekli kıldığı*"⁶⁰ ifade

⁵⁴ Naz Çavuşoğlu, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, İstanbul, Su Yayınları, 2002, s. 22.

⁵⁵ Ayşe Nur Tütüncü, "Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesindeki İnsan Haklarının Korunması Mekanizmasından Milletlerarası Hukuk Çerçevesinde Bazı Yansımalar", *MHB*, 2006, Yıl 25-26, s. 603.

⁵⁶ Emre Öktem, "*Lozan'dan Bugüne Genel Uluslararası Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Azınlıklar Meselesi*", 80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozyumu, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003, s. 246; Örneğin Polonya, ilgili azınlık antlaşmasını 1934'te feshetmiştir. Ancak bilindiği üzere söz konusu dönem İkinci Dünya Savaşı'nın şartlarının oluştuğu dönem olması itibarıyla uluslararası hukukun ve kurumların çöküş yaşadığı bir dönemdir. Diğer taraftan söz konusu sistemin gerçek hedefinin azınlıkları değil ulus devletlerin sınırlarını korumak olduğu da anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili azınlık hakları sadece mağlup devletlerle Doğu Avrupa devletlerinde yer alan azınlıklara tanınmıştır.

⁵⁷ Yılmaz Altuğ, "*Azınlıklar*", *Selim Kaneti'ye Armağan*, İstanbul, Aybay Yayınları, 1996, s. 147-150.

⁵⁸ Bu incelemeye yönelik olumsuz eleştiriler için bkz. Toluner, a.g.e., s. 235-236.

⁵⁹ Öktem, a.g.e., s. 247-248.

⁶⁰ https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc02/kanuntbmmc02/kanuntbmmc0200343.pdf, s. 93, 03.06.2019.

edilmektedir. Kısacası Lozan Barış Antlaşması, kendi azınlık hakları hükümlerinin yürürlüğü ile Yunan Sevr'inin yürürlüğü arasında bir bağ kurmuştur. Bu durumda, BM raporunda Lozan istisna tutulduğuna göre, Lozan'la ortak bağ kurduğu ölçüde Yunan Sevr'inin azınlık hükümlerinin de istisna tutulmasının gerektiği akıllara gelir. Nitekim Milletler Cemiyeti Sekreteri William O'Molony de Yunan Sevr'inin, Lozan'ın azınlıkların korunması rejimine dâhil olduğunu belirtir.⁶¹ Bu durumda Batı Trakya Türkleri, Lozan'ın yanı sıra Yunan Sevr'i hükümlerinden de yararlanabilirler.

Diğer taraftan Yunanistan Anayasası'nın laik bir niteliğe sahip olmaması, söz konusu azınlık haklarının korunmasının önemini daha da arttırır. Nitekim günümüz Yunanistan Anayasası halen Ortodoks Kilisesi'nin, devlet örgütü ve İstanbul Patrikliği ile arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir.⁶² İlgili anayasa "*özdeş ve bölünmez kutsal üçlü adına*" sözleriyle başlar.⁶³ Yunanistan'da Kilise bugün halen oldukça etkin bir konuma sahiptir ve Ortodoks olmak, yaygın kaniya göre yurttaş olmanın şartı olarak ön görülmektedir.⁶⁴ Anayasayı bu denli etkileyen dini inancın hukuk sistemini de etkisi altına alacağı oldukça açıktır. Ayrıca din temelli yurttaşlık algısı nedeniyle Batı Trakyalı Müslümanların yurttaş olarak görülmeyeceği de kolaylıkla tahmin edilebilir.

Diğer taraftan Birleşmiş Milletler Şartında ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde azınlıkların korunmasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Yeni kurulan uluslararası düzen, daha çok birey temel hak ve özgürlüklerini korumayı hedefler. Azınlık hakları ise nitelikleri itibariyle kolektif haklardır.⁶⁵ Ancak ilk dönemlerde tamamen ülkeler arasındaki ikili ilişkilere bırakılan bu kolektif haklar, zamanla yavaş yavaş uluslararası sahada düzenleme alanı bulmuştur.

⁶¹ Oran, a.g.e., s. 64.

⁶² Yunanistan Anayasası, <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglıko.pdf>, s. 20, 03.06.2019: İlgili Anayasa'nın üçüncü maddesi Yunanistan'daki hâkim dinin Ortodoks Kilisesi'nin dini olduğunu belirterek, devlet örgütü ve İstanbul Patrikhanesi ile olan ilişkilerine düzenleyen hükümler getirmiştir. Bilindiği üzere İstanbul Patrikliği, Lozan Barış Antlaşması uyarınca herhangi bir siyasi ve idari yetkisi olmaksızın sadece dini işleviyle İstanbul'da bırakılmıştır. Ancak Yunanistan Anayasası'nın ilgili hükmü siyasi ve idari yetkilere sahip olan Yunan Ortodoks Kilisesi'nin İstanbul Patrikliği ile olan ilişkilerini düzenleyerek, Patrikliğin ekümenilik iddiasını anayasal bir hüküm olarak düzenlemiştir. Bu durum 1982 Anayasası ve Lozan Hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Ekümenilik için bkz. Emruhan Yalçın (2012). "Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi'nin Ekümenikliği Tartışmaları ve Gerçekler", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, S. 50, s. 479-514.

⁶³ Yunanistan Anayasası, <https://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglıko.pdf>, s. 19, 03.06.2019.

⁶⁴ Çoban / Burulday, a.g.e., s. 345-346.

⁶⁵ Arsava, a.g.e., s. 69.

Nitekim Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli kararıyla kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 27. Maddesi azınlıkların korunması başlığını taşımaktadır.⁶⁶ Söz konusu sözleşme, TBMM tarafından ise azınlıkların korunması konusundaki ilgili maddeye çekince konularak kabul edilmiştir.⁶⁷ İlgili çekince de anlaşılacağı üzere Türkiye Cumhuriyeti azınlık kavramını, sadece Lozan'ın ilgili hükümleri ile sınırlı olarak kabul eder. Bu sözleşmenin ve Lozan Barış Antlaşması'nın tarafı Yunanistan ise söz konusu çekinceye itiraz etmiş ve sözleşmenin iki taraf arasında Türkiye söz konusu çekinceye faydalanmaksızın yürürlüğe gireceğini beyan ederek⁶⁸ Lozan hükümleriyle çelişkili bir tutum sergilemiştir.

Diğer taraftan Yunanistan'ın da üye olduğu Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı adlı uluslararası örgütlerin amaçları arasında azınlıklar hakkındaki sorunlara çözüm aramak da bulunmaktadır. Yunanistan her iki belgeyi de kabul etmiştir. Ancak bu belgeler bilindiği üzere hukuken değil siyaseten bağlayıcı niteliktedirler.

Hukuken zorlayıcı niteliğe sahip olan “*Milli Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme*” ise 1 Şubat 1995'te Avrupa Konseyi ülkelerinin imzasına açılmış ve uzun süre gösterdiği direncin ardından Yunanistan tarafından da imzalanmıştır.⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise sadece birey temel hak ve özgürlüklerini hedef alarak, azınlık haklarına metninde yer vermemiştir. Ancak her ne kadar Avrupa Konseyi azınlık haklarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek bir protokolle değil de çerçeve bir sözleşme ile düzenlemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ilgili çerçeve sözleşmenin hükümlerinin amaçsal yorum aracılığı ile destek norm olarak kullanılabileceğini belirten görüşler de mevcuttur.⁷⁰ Bu olasılıkta azınlık hakları ihlalleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yaptırımla karşılanabilecektir. Diğer taraftan AİHS'nin metninde yer alan temel hak ve hürriyetlerin, azınlık hakları ile bağ-

⁶⁶ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi madde 27; “*Etnik, dinsel veya dilsel azınlıkların bulunduğu bir Devlette, böyle bir azınlığa mensup bulunan kişiler grubun diğer üyeleri ile birlikte toplu olarak kendi kültürel haklarını kullanma, kendi dinlerinin gereği ibadeti etme ve uygulama veya kendi dillerini kullanma hakları engellenmez.*”

⁶⁷ 4868 sayılı Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'da yer alan ilgili çekince: “*Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 27. Maddesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması ve Ek'lerinin ilgili hükümlerine ve usullerine göre uygulama hakkını saklı tutar.*” İlgili çekince ile vurgulanmak istenen en önemli husus Lozan görüşmelerinde belirtildiği ve Lozan Barış Antlaşması'ndan da anlaşılacağı üzere Türkiye Cumhuriyeti'nde Müslüman azınlığının olmadığıdır.

⁶⁸ Zeynep Elibol, “EPI Süreci ve Türkiye'nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekinceler”, *İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Hazırlanan Rapor*, 2015, s. 9.

⁶⁹ Öktem, a.g.e., s. 258-259.

⁷⁰ Çavuşoğlu, 2002, s. 88.

lantılı bir şekilde ihlali söz konusu olabilir ki bu durumda amaçsal yoruma gerek kalmaksızın doğrudan AİHM'nin yargı yetkisi çerçevesinde bir yaptırım söz konusu olacaktır. Örneğin; Müslüman Türklerin örgütlenmesine ilişkin Şerif/Yunanistan davasında AİHM, sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷¹ Diğer bir örnekte ise Türk kelimesini seçim kampanyasında kullandığı için hapis cezası verilen Sadık Ahmet'in başvurusu üzerine AİHM, sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün Yunanistan tarafından ihlal edildiğini belirtmiş, ancak iç hukuk yolları tüketilmediği için başvuruyu reddetmiştir.⁷²

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki yukarıdaki uluslararası belgelerin çoğu azınlık kavramını tanımlamamaktadır.⁷³ Ancak bu konumuz açısından her hangi bir önem arz etmez. Nitekim Yunanistan halen yürürlükte olan Lozan Barış Antlaşması'nın 45. maddesinde ülkesi uyruğunda bulunan Müslümanların azınlık olduklarını kabul etmektedir.⁷⁴ Bu durumda Batı Trakya'nın Müslüman Türkleri söz konusu tüm uluslararası belgeler ve halen yürürlükte olan Lozan Barış Antlaşması kapsamında korunmalıdır.

Ancak onlar hiç bir zaman Lozan'daki haklarını tam olarak elde edememiş ve bu süreç boyunca Lozan'ın ilgili maddeleri Yunanistan tarafından birçok kez ihlal edilmiştir.⁷⁵ Kıbrıs krizi başta olmak üzere Türkiye ile Yunanistan'ın gerginlik yaşadığı dönemlerde ise bu ihlallerin sayısı artmıştır.⁷⁶ Yunanistan ile Türkiye arasındaki ikili siyasi ilişki bölge halkının kaderi olmuş, sahip oldukları

⁷¹ Şerif/Yunanistan, 38178/97, 14 Aralık 1999.

⁷² Ahmet Sadık/Yunanistan, 18877/91, 15 Kasım 1996.

⁷³ Oran, a.g.e., s. 19-21: Azınlık kavramı hukuksal değil politik bir kavram olduğu için tanımlanmadığı için tanımlanmıştır. Lozan hükümlerinde ise din esas alınarak belirlenmiştir.

⁷⁴ Lozan Barış Antlaşması 45. Madde: "İşbu fasıl (kesim) hükümleri ile Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıkları için tanınan haklar, Yunanistan tarafından da, kendi topraklarında bulunan Müslüman azınlığa tanınmıştır."

⁷⁵ Serap Toprak, "Türk-Yunan Siyasi İlişkileri Çerçevesinde Batı Trakya Sorunu", *Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, C. 3, S. 1, s. 49-53; Çoban / Burulday, a.g.e., s. 347-348; Oran, a.g.e., s. 79-151: 1923-1950 yılları arasındaki dönemde Yunanistan politikası olarak Batı Trakya'da nüfus ve toprak mülkiyeti açısından Türklerin sahip oldukları hâkimiyeti kaldırmak istemiş ve bölgede yaşayan Türkleri göçe zorlamıştır. Daha henüz işin başındayken 1923 yılında Yunanistan'a gelen Rumları Batı Trakya'ya yerleştirmiş ve buradaki Türklerin evlerini, arazilerini gasp ederek mübadele antlaşması ile birlikte Lozan'ın ilgili hükümlerini de ihlal etmiştir. Bu baskı politikası sonucu birçok Türk aile Batı Trakya'dan göç etmek zorunda kalmıştır. Ayrıca Türkiye ile Yunanistan ilişkileri de iyice gerilmiştir. İki ülke arasında 1930 yılında imzalanan antlaşmalar ise Batı Trakya Türklerinin rahat bir nefes almasını sağlamış, ancak bu dönemde dahi Yunanistan kamulaştırma yöntemiyle Batı Trakya Türklerinin topraklarını azaltmayı sürdürmüş, 1938 yılında çıkarılan yasa ile kıyı ve sınır bölgelerindeki taşınmaz mal alım satımı izne bağlanarak Batı Trakya Türklerinin taşınmaz edinmeleri engellenmek istenmiştir.

⁷⁶ Bkz. Selçuk Türkoğlu, "Kıbrıs Barışı Batı Trakya'dan Geçer", *Batı Trakya*, İstanbul, 1975, C. 8, S. 94; Ahmet Uztetik, "Kıbrıs Barış Harekâtının Batı Trakya Cephesi", *Batı Trakya*, İstanbul, 1975, C. 8, S. 93.

haklar Lozan hükümlerine göre değil, bu ilişkinin düzeyine göre belirlenmiştir.⁷⁷ İki ülke arasında dostluk mesajları verilirken her iki taraftaki azınlıklar da rahatlamış⁷⁸ ancak iki ülke arasındaki ilişkilerin gerildiği dönemlerde her iki taraftaki azınlıklar da huzursuz olmuştur.⁷⁹

Bu vahim sonucun en önemli sebeplerinden biri ise Lozan'ın 45. Maddesinin yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. İlgili maddenin mütekabiliyet ilkesi olduğunu belirten ve Yunanistan ile Türkiye'yi azınlıklar üzerinde hak sahibi gören bakış açısı,⁸⁰ azınlık haklarının hukuki alandan uzaklaşarak siyasi bir konu olmasına yol açar.

Oysa Lozan'ın 44. maddesi ilgili azınlık haklarının kaderini, mütekabiliyet gibi siyasi ilişkilere bağlı olan bir ilkeye değil, uluslararası örgütün korumasına bırakmıştır. Türkiye veya Yunanistan, Batı Trakya'daki ihlallerin uluslararası alanda gündeme getirilmesinden başka bir hakka sahip değildirler. Zira Lozan Antlaşmasına göre Batı Trakya Türklerinin veya İstanbul Rumlarının sahip olduğu azınlık haklarının güvencesi Türkiye veya Yunanistan değil Milletler Cemiyeti'dir. İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kurulan dünya düzeninde Milletler Cemiyeti'nin yerini ise Birleşmiş Milletler aldığı için artık bu hakların savunucusu da bu uluslararası örgüt olacaktır. Nitekim BM, yukarıda değindiğimiz raporla Milletler Cemiyeti dönemine ait azınlık hakları rejiminin sona erdiğini, ancak Lozan'ın istisna tutulduğunu belirterek, Lozan'ın azınlıklarla ilgili hükümlerinin yeni dönemdeki koruyuculuğunu da üstlenmiştir. Ancak diğer taraftan ne Milletler Cemiyeti'nin, ne de BM'nin güvence işlevlerini taraf-sız olarak yerine getirdikleri söylenebilir.

⁷⁷ Oran, a.g.e., s. 8: Yunan yetkililer, Batı Trakya Türklerinin uluslararası antlaşmalar gereği sahip oldukları haklarının ihlal edilmesini, Türkiye'nin İstanbul'daki Rum azınlığına baskı uyguladığı iddiası ile savunmuşlardır.

⁷⁸ Oran, a.g.e., s. 147: Türkiye ve Yunanistan arasında 1930'da imzalanan antlaşmalar sonrası bölge üzerindeki baskı azalmıştır. 1950-1963 dönemi ise Türk Yunan ilişkilerinin ve dolayısıyla da Batı Trakya Türklerinin durumunun gayet iyi olduğu bir dönemdir. Gümülcine'de ilk Türk lisesi açılmış ve bölgeye Türkiye'den öğretmenler gönderilmiştir. 1955 yılında İstanbul'da yaşanan 6-7 Eylül olayları dahi bu olumlu havayı bozmamıştır.

⁷⁹ Oran, a.g.e., s. 145-147: 1923-1930 döneminde Yunanistan, Batı Trakya Türklerini, uyguladığı politikalarla göçe zorlamıştır. 1930 Antlaşmaları ile bu baskı hafiflemiştir. Ancak 1950 yılına kadar Batı Trakya Türklerinin toprak mülkiyetinin azaltılması ve taşınmaz edinmelerinin engellenmesi politikaları uygulanmaya devam edilmiştir. 1963 yılında Kıbrıs'ın ilhakı için Yunan Hükümeti'nin başlattığı saldırılar, 1950-1963 arasındaki rahat dönemi sona erdirdi. Kıbrıslı Türklerin katliamına karşılık olarak Türkiye, Yunan vatandaşlarının İstanbul'da çalışmasına imkân tanıyan 1930 antlaşmasını feshetmiştir. Bunun üzerine 1964 yılında ülkelerine geri dönen Yunan vatandaşlarının arkasından, onlarla evlilik dolayısıyla akrabalık ilişkisi kuran İstanbul Rumları da göç etmişlerdir. Bunun üzerine İstanbul Rum nüfusu ciddi oranda düşmüş ve Batı Trakya Türkleri için bir kırılma yaşanmıştır.

⁸⁰ Cin, a.g.e., s. 152.

Batı Trakya Türklerinin sahip oldukları hakların, Türkiye Yunanistan ilişkilerine bağlı olmasına neden olan en önemli etken de aslında bu noktadır. Nitekim Milletler Cemiyeti'nin sorunlara çözüm getirmekten uzak olan sistemi ve ayrıca İngiltere kontrolündeki siyasi ve taraflı tutumu, azınlık haklarının kaderini Türkiye ile Yunanistan arasındaki siyasi ilişkiye mecbur bırakır. Birleşmiş Milletler dönemine gelindiğinde ise uluslararası alandaki bu taraflı tutumun devam ettirilmesi, konunun daha çok siyasileşmesine neden olmuştur.

Ayrıca bilindiği üzere Avrupa Birliği bir insan hakları örgütü değildir. Ancak azınlık hakları ile de ilgilenmektedir. Nitekim AB'ye üyelik için belirlenen siyasi kriterlerden birisi de azınlıklara saygı gösterilmesi ve azınlıkların korunmasıdır.⁸¹ Ancak Avrupa Birliği'nin de azınlıklar konusunda tarafsız olduğundan bahsedilemez. Bu nedenle konunun siyasileşmesine neden olan örgütlerden birisi de AB'dir.⁸² Zira Lozan hükümlerine aykırı olmasına rağmen Yunanistan, Fener Rum Patrikhanesi'nin ekümenik iddiasını ve Heybeliada Ruhban Okulu'nun geniş imtiyazlarla açılmasını, Avrupa Birliği gündemine taşıyabilmektedir.⁸³ Ancak Batı Trakya Türkleri sahip oldukları azınlık haklarının ihlal edildiğini, aynı derecede AB gündemine taşıyamamaktadır.

Doğal hak düşüncesi doğrultusunda tüm insanlar, sırf insan olmalarından dolayı, başka bir şart aranmaksızın, doğuştan bazı haklara sahiptirler.⁸⁴ Söz konusu bu haklar ulusal düzeyde anayasalar tarafından temel haklar ve hürriyetler⁸⁵ başlığı altında sayılarak güvenceye kavuşturulmakta, uluslararası kuruluşlar tarafından da insan hakları kavramıyla koruma altına alınmaktadır. Lozan ise uluslararası düzeydeki insan hakları mevzuatından daha geniş hakları Batı Trakya Türklerine tanıır.⁸⁶ Nitekim her şeyden önce insan hakları mevzuatı birey temel hak ve özgürlüklerini hedef alırken, Lozan azınlıklara kolektif haklar vermiştir. Ancak konunun siyasileştirilmesi sebebiyle Batı Trakya Türkleri, Lozan'daki kolektif hakları elde etmek bir yana, kimi zaman insan hakları mev-

⁸¹ Naz Çavuşoğlu, "Kültürel Kimlik: Azınlık Sorunu mu?", *Kopenhag Kriterleri Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin Ortak Paydası mı?*, İstanbul, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2001, s. 265.

⁸² Cin, a.g.e., s. 172: Yunanistan Başbakanı Karamanlis, Ankara ziyaretinde ruhban okulu ve ekümenik iddiasını dile getirerek bu konuların Türkiye'nin AB vizesi olduğunu, istenilenin yapılmaması durumunda AB üyeliğinin gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.

⁸³ Toprak, a.g.e., s. 53.

⁸⁴ Mustafa Erdoğan / Zühtü Arslan, *İnsan Hakları*, Ankara, Matus Yayınları, 2006.

⁸⁵ Tennur Koyuncuoğlu, Tarihsel Yaklaşımla Hak ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 1978, s. 28: Bireylerin diğer bireylere karşı korunmasında "kişilik hakkı", siyasi iktidara karşı korunmasında ise "temel hak ve özgürlükler" terimi kullanılır.

⁸⁶ Cin, a.g.e., s. 173.

zuatındaki temel hak ve özgürlüklerden dahi mahrum kalmaktadır.⁸⁷ Nitekim 1974'te Türkiye tarafından gerçekleştirilen Kıbrıs harekâtı sonrasında iki ülke arasında gerilimin artması, mütekabiliyet ilkesinin oluşturduğu anlayış sebebiyle Batı Trakya'da insan hakları ihlallerine neden olmuştur.

Diğer taraftan internette yer alan bir köşe yazısında geçen şu cümle de azınlık hakları konusunun mütekabiliyet ilkesine bırakılmasının ne kadar sakıncalı olduğunu açık bir şekilde yansıtır;

*“Yunanistan haksızlığa devam edince sadece Batı Trakya Türklerine değil, vatandaşlarına ve tabiatıyla Türkiye'deki Rum asıllılara da kötülük etmekte.”*⁸⁸

Bu ifade, 6-7 Eylül olaylarının temelinde yer alan, provokasyona açık yaklaşımı yansıtmaktadır. İstanbul Rumları bir tutsak değil, Türk vatandaşlarıdır. 1982 Anayasa'sındaki ve uluslararası alandaki temel hak ve özgürlüklerle, Lozan'daki azınlık haklarına sahiptirler. Batı Trakya Türklerinin sorunlarını çözmek için gayret edebilecek tek ülkenin Türkiye olduğu herkesin malumdur. Ancak bu Türk vatandaşı olan İstanbul Rumlarına birer rehine gibi davranarak değil uluslararası alanda gündem oluşturularak gerçekleştirilmelidir. Batı Trakya Türklerinin hak ihlallerine uğradığı için onlarında hak ihlallerini uğrayabileceğini savunmak mütekabiliyet ilkesinin doğurduğu vahim bir sonuçtur. Söz konusu kısasa kısas yaklaşımı oldukça tehlikelidir ve yukarıda vurgulanmaya çalışıldığı üzere gerilimin arttığı dönemlerde insan hakları kayıplarına neden olacaktır.

4. SONUÇ

Azınlık kavramı tarihi süreç boyunca politik bir araç olarak kullanılmıştır. Birinci Dünya Savaşı sonrasında da bu tutum devam etmektedir. Nitekim savaş sonrası kurulan azınlıklar rejimi, azınlıkları korumaktan daha çok yeni sınırları korumayı hedefler. Savaşın galibi devletlere değil sadece Orta ve Doğu Avrupalı devletlere yükümlülükler yüklenmektedir. Asıl gaye insani değil siyasetidir. Osmanlı devleti için hazırlanan Sevr Antlaşması'nda azınlık haklarının korunmasının, Milletler Cemiyetine değil de doğrudan Müttefik devletlere bırakılması da dönem itibarıyla konunun siyasi bir araç olarak kullanılmaya devam ettiğini açık bir şekilde göstermektedir.

⁸⁷ Bkz. Batı Trakyalılar Derneği, *Batı Trakya Azınlığı, İnsan Hakları ve Belgeler*, Ankara, Şafak Matbaası, 1987.

⁸⁸ <http://www.bttdd.org.tr/yazar/rahmi-er/turk-yunan-dostlugu.html>, 03.06. 2019.

Diğer taraftan daha çok yabancıların mülkiyet edinmesi veya diplomatik dokunulmazlığın kapsamı gibi konularda uygulama alanı bulan mütekabiliyet ilkesinin, azınlık haklarını konu edinen antlaşmalar açısından geçerlilik taşıması oldukça vahim sonuçlar doğuracaktır. Nitekim bu ilke ülkelere azınlık hakları konusunda tasarruf yetkisi verir. Azınlıklara ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranışı engelleyecek olan, karşı tarafın karşılık verme tehdidi değil uluslararası kuruluşun yaptırım tehdidi olmalıdır.

Bu doğrultuda Lozan hükümlerine aykırılık durumunda da ilgili azınlık haklarının güvencesi olarak bugün BM yaptırım sisteminin devreye girmesi gerekir. Fakat Milletler Cemiyeti gibi BM'nin de güvence işlevini tarafsız bir şekilde yerine getireceğini söylemek mevcut veriler uyarınca güçtür.

Kısacası her iki ihtimalde de Batı Trakya Türkleri, Lozan'daki kolektif hakları elde edememektedirler. Hem BM güvencesi hem de mütekabiliyet ilkesi bu hakları bir hukuk kavramı olmaktan uzaklaştırarak, konuya siyasi bir nitelik yüklemektedir. Diğer taraftan mütekabiliyet ilkesi, tansiyonun arttığı dönemlerde, tarihi tecrübelerinde gösterdiği üzere azınlık hakları ihlallerinden, insan hakları ihlallerine doğru bir geçişe neden olmaktadır.

Sonuç olarak Batı Trakya Türkleri, sahip oldukları haklara ancak azınlık kavramının politik olmaktan çıkıp hukuksal bir terim olması durumunda kavuşabilirler. Kavramın siyasi bir araç olarak kullanılmaya devam edilmesi ise onların azınlık statüleri nedeniyle sahip oldukları kolektif haklar bir yana, insan olmalarından kaynaklı sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri bile zaman zaman elde edememelerine neden olacaktır.

KAYNAKÇA

- Atatürk, Mustafa Kemal, *Atatürk'ün Bütün Eserleri*, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2004.
- Arsava, Ayşe Füsün, *Azınlık Kavramı ve Azınlık Haklarının Uluslararası Belgeler ve Özellikle Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesininin 27. Maddesi Işığında İncelenmesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1993.
- Berber, Engin, “Mübadeleye Bugünden Bakmak”, *80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozyumu*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003.
- Bıyıklıoğlu, Tevfik, *Trakya'da Milli Mücadele*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1987.
- Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1996.
- Cin, Turgay, “Batı Trakya Türklerinin Hukuki Statüsü Sorunları ve Avrupa Birliği”, *İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2009, C. 11, S. 1,
- Çavuşoğlu Naz, “Kültürel Kimlik: Azınlık Sorunu mu?”, *Kopenhag Kriterleri Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği'nin Ortak Paydası mı?*, İstanbul, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 2001.
- Çavuşoğlu, Naz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, İstanbul, Su Yayınları, 2002.
- Çoban, Filiz / Aslı Fatma Burulday, “Yunan Milliyetçiliğinin ve Mütekebbiliyet İlkesinin Yunanistan'daki Müslüman-Türk Azınlığının Haklarına Etkileri”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2015, C. 8, S. 38.
- Elibol, Zeynep, “EPI Süreci ve Türkiye'nin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerine Koyduğu Çekinceler”, *İnsan Hakları Ortak Platformu İçin Hazırlanan Rapor*, 2015.
- Erdoğan, Mustafa / Zühtü Arslan, *İnsan Hakları*, Ankara, Matus Yayınları, 2006.
- Fırat, Melek, “1923-1939 Yunanistan'la İlişkiler”, *Türk Dış Politikası Kurtuluş Savaşından Bugüne Olgular Belgeler Yorumlar*, Ed. Baskın Oran, İstanbul:-, İletişim Yayınları, 2001.
- Halaçoğlu, Yusuf / Halit Eren, “Batı Trakya”, *İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1992, C. 5.
- İnönü, İsmet, *Hatıralar*, Haz. Sabahattin Selek, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2006.
- Karacan, Ali Naci, *Lozan Konferansı ve İsmet Paşa*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1993.
- Lozan Barış Konferansı Tutanaklar Belgeler, Çev. Seha L. Meray, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Oran, Baskın, *Türk-Yunan İlişkilerinde Batı Trakya Sorunu*, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1986.
- Öktem, Emre, “Lozan'dan Bugüne Genel Uluslararası Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Azınlıklar Meselesi”, *80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozyumu*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003.

- Özersay, Kudret, “*Trakya Sınırı*”, *Yaşayan Lozan*, Ankara, T. C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2003.
- Rıza Nur, *Hayat ve Hatıratım*, İstanbul, Altındağ Yayınevi, 1968.
- Şimşir, Bilal N., “*Lozan'a Göre Azınlıklar*”, *80. Yılında 2003 Penceresinden Lozan Sempozyumu*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2005.
- Şimşir, Bilal N., *İngiliz Belgelerinde Atatürk*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1992.
- Şimşir, Bilal N., *Lozan Günlüğü*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2012.
- Şimşir, Bilal N., *Lozan Telgrafları*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1994.
- Toluner. Sevin, “*Lozan Azınlıkların Korunması Rejimi ve Batı Trakya Türkleri*”, *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1999.
- Toprak, Serap, “*Türk-Yunan Siyasi İlişkileri Çerçevesinde Batı Trakya Sorunu*”, *Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2014, C. 3, S. 1.
- Tütüncü, Ayşe Nur, “*Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesindeki İnsan Haklarının Korunması Mekanizmasından Milletlerarası Hukuk Çerçevesinde Bazı Yansımalar*”, *MHB*, 2006, Yıl 25-26.

Thomas Hobbes ve John Locke'un Devletin Kökeni Hakkındaki Görüşleri^(*)

Thomas Hobbes and John Locke's Views on the Origin of the State

Arş. Gör. **Figen TABANLI**^(**)

Öz

Devlet, binlerce yıldır düşünürlerin inceleme alanı olmuş ve farklı aşamalarda farklı devlet tanımları ortaya çıkmıştır. Kavramlar her devirde farklı bir gerçekliği temsil etmiştir. Aynı şekilde günümüz devlet anlayışı da farklı aşamalardan geçerek bugünkü halini almıştır.

Devletin kökeni hakkında başka bir deyişle devletin nereden ve nasıl ortaya çıktığı konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Ancak bu çalışmada yalnızca sosyal sözleşme teorileri bağlamında Thomas Hobbes ve John Locke'un devletin kökeni hakkındaki görüşleri incelenecektir. Çalışmada öncelikle "devlet" ve "modern devlet" kavramları kısaca ele alınacaktır. Daha sonra Hobbes ve Locke'un hayatları ve devletin kökeni üzerindeki düşüncelerinden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler

Thomas Hobbes, John Locke, Devlet, Modern Devlet, Sosyal Sözleşme Teorisi, Leviathan.

Abstract

The state has been the field of study of thinkers for thousands of years and different state definitions have emerged at different stages. The concepts represented a different reality in each period. In the same way, today's understanding of the state has taken its current form through different stages.

Various theories have been put forward about the origin of the state, However, in this study, the views of Thomas Hobbes and John Locke on the origin of the state will be examined in the context of social contract theories. In this study, firstly, the concepts of state and modern state will be briefly discussed. Then, Hobbes and Locke's thoughts on their lives and the origin of the state will be examined

Keywords

Thomas Hobbes, John Locke, State, Modern State, Social Contract Theory, Leviathan.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 04.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 15.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 19.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: figentabanli@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-9290-0350>.



1. GİRİŞ

Devletin kökeni hakkında başka bir deyişle devletin nereden ve nasıl ortaya çıktığı konusunda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Ancak çalışmamızda sadece devletin kaynağını insan aklına ve iradesine dayandıran sosyal sözleşme teorileri incelenecektir. Bu teorilere göre, insanlık başlangıçta devletin mevcut olmadığı bir “doğa durumunu (*tabiat halini*)” halini yaşamış, ancak çeşitli nedenlerle bu ortama son vererek, bir sözleşme ile devleti tesis etmiştir. Devletin kökeninde sözleşmenin olduğu görüşü Thomas Hobbes, John Locke ve Jean - Jacques Rousseau gibi düşünürler tarafından savunulmuştur.

Thomas Hobbes, modern çağın en etkili siyasi düşünürlerinden biridir. Batı siyaset felsefesinin temellerini atmıştır. Öğretisi, Orta Çağ’ın parçalanmışlığından merkeziyetçiliğe geçişi sağlayan devlet anlayışlarından birisi olmuştur. Mutlak iktidarı, sağlam ve orijinal bir temele oturtmuştur. John Locke ise 17. yüzyılın en önemli düşünürlerinden biridir. Düşünceleri liberalizm üzerinde çok önemli etkiler oluşturmuştur. Liberal bireyciliğin babası sayılmaktadır.

Farazi olarak yapıldığı varsayılan “*Toplum Sözleşmesi*”, Eski Yunan’dan Yeni Çağ’a kadar bazı farklılıklar bağlamında ele alınsa da temelde birbirine benzer özellikler vurgulanmıştır. Bunun günümüzdeki demokratik rejimlerin dayanağını açıklaması ve egemenliğin kaynağının halktan geldiği söylemini ifade etmesi açısından önemi büyüktür. Devletin kökeni hakkında ifade edilen görüşlerin modern demokratik devletin oluşumu açısından da etkisi göz ardı edilemeyecektir. Toplum sözleşmecilerine bakıldığında, modern devletin doğuşu ile ilgili olarak bireylerin kendi iradeleriyle yaptıkları sözleşme sonucu devletin oluştuğu düşüncesini ortaya koyarlar.

Bu çalışmanın temel amacı, devlet kökenini doğa durumuna bağlayan Thomas Hobbes ve John Locke’un görüşlerini devlet kuramları temelinde incelemektir. Çalışma modern devletin kökeni hakkında ve günümüzdeki modern devlet anlayışı üzerinde etkili olan ve önemli bilgiler veren düşünürlerin görüşlerini içerdiğinden her daim güncelliğini koruyan bir konuyu oluşturmaktadır.

Bu iki düşünürün devletin kökeni hakkında ileri sürdüğü teoriler inceleneceğinden öncelikle “*devlet*” ve günümüzde hâkim olan “*modern devlet*” kavramları kısaca ele alınacaktır. Daha sonra Hobbes ve Locke’un yaşamları ve devletin kökeni üzerindeki düşüncelerinden bahsedilecektir.

2. DEVLET VE MODERN DEVLET

Devlet, Platon (Eflatun) ve Aristo’dan beri binlerce yıldır düşünürlerin inceleme alanı olmuş ve insanlık tarihinin belli aşamalarında farklı devlet tanımları ortaya

çıkmıştır. Kavramlar her devirde farklı bir gerçekliği temsil etmiştir. Aynı şekilde günümüz devlet anlayışı da farklı aşamalardan geçerek bugünkü halini almıştır.¹

“Devlet” kelimesi Türkçe’ye Arapça’dan geçmiştir ve “*tedavül eden*” yani “*elden ele geçen*” anlamına gelmektedir. Fransızca karşılığı “*etat*”, İngilizce karşılığı “*state*”, Almanca karşılığı “*staat*”dır. Bu kelimelerin hepsinin kökeni Latince “*status*” kelimesinden gelmekte ve “*hâl, durum, vaziyet*” anlamına tekabül etmektedir. Eski Yunanlılar devlet için “*polis*”, Romalılar “*civitas*” veya “*res publica*” kelimelerini kullanmışlardır. Orta Çağ’da devlet için “*imperium (hükümranlık)*”, “*regnum (krallık)*” gibi terimler veya toprak, ülke anlamına gelen “*terra*”, “*terre*”, “*land*” gibi terimler de kullanılmıştır. Ancak bu terimler modern devlet kavramını karşılamamaktadırlar, çünkü devletin sadece bir unsuruna gönderme yapmaktadırlar.²

Devlet ne sadece hukuki ne sadece politik, ekonomik ne de bunun gibi bir olgudur. Devlet, en kısa şekli ile, karmaşık, çok yanlı ve yönlü bir sosyal olgudur. Karmaşık bir sosyal olgu niteliği taşıyan devlet aslında insan topluluklarının ancak belirli bir evriminden sonra meydana gelmiştir.³

“Devlet” isimli eserinde⁴ Platon (M.Ö. 427- 347), devlet hakkındaki fikirlerini açıklamakta ve ideal bir devletin nasıl olması gerektiğini söylemektedir. Platon’a göre devlet, çıkarları dolayısıyla birbirine bağlanan fertlerin oluşturduğu bir bütündür. İnsanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek için başkalarının yardım ve iş birliğine ihtiyaç duyarlar. Devlet bir organizmaya benzer. İnsanlar da organizmayı oluşturan hücrelere benzerler.⁵

Platon’un öğrencisi olan Aristoteles (M.Ö. 384 - 322) ise devletin kaynağını “*aile*” olarak görmüştür.⁶ “*Siyaset*” isimli eserinde birçok köyün iktisadi

¹ Devlet kavramının geçirdiği evrimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Bâli Akal, *Devlet Kuramı*, Bölüm 7: Jean- Pierre Brancourt, *Estat'lardan Devlete. Bir Sözcüğün Evrimi*, 4. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2013, ss. 177-190.

² Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009, s. 6-8.

³ Yahya K. Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, Ankara, İmaj Kitabevi, 2015, s. 30. Devlet hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Cem Eroğul, *Devlet Nedir?*, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002; Akal, *Devlet Kuramı*, Bölüm 8: Alessandro Passerin d'Entreves, *Devlet Kavramı*, ss. 193-214.

⁴ Eserin Türkçesi için bkz: Platon, *Devlet*, Çevirenler: Sabahattin Eyüboğlu / M. Ali Cimcoz, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.

⁵ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 10. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2006, s. 153; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 23.

⁶ Nitekim Hobbes da ailenin devlet içerisindeki rolüne büyük önem atfetmiştir. Hobbes, “*Şehirler ve Krallıklar ... daha büyük ailelerdir*” diyerek özellikle aile ve politik kural belirlemiştir. De Cive’in İngilizce çevirisinde “*bir aile küçük bir şehir*” ifadesi yer almaktadır. Daha sonra “*büyük bir aile bir krallık, küçük bir krallık bir ailedir*” ifadesi yazmaktadır. Gordon J. Schochet, “*Thomas Hobbes on the Family and the State of Nature*”, *Political Science Quarterly*, 1967, C. 82, S. 3, s. 429-430.

bakımdan kendi kendine yetecek şekilde birleşmeleri halinde devletin var olabileceğini söylemektedir. Nasıl ki aile ve köy insanın sosyal bir varlık olmasına dayanıyor ise devlet de yine aynı şekilde insanın sosyalliğinden doğmaktadır.⁷

İkinci bölümde ayrıntılı incelenecek olmakla birlikte Thomas Hobbes ve John Locke ise devletin kökenini toplum sözleşmesi teorisine dayandırmaktadır.

Devlet hakkında birçok tanım yapılmasına karşın en çok kabul edilen tanım George Jellinek'in (1851 - 1911) "*üç unsur teorisi*" diye bilinen teoriye göre yapılmış olan tanımdır. Buna göre en genel anlamda devlet; "*belirli bir toprak parçası üzerinde egemen olan belirli bir insan topluluğunun oluşturmuş olduğu bir varlık*" olarak tanımlanmaktadır. Tanımda söz edilen "*insan*", "*toprak*" ve "*egemenlik*" unsurunun üçünün de bir arada bulunması şarttır ve bu unsurlar arasında herhangi bir hiyerarşik sıralama yoktur.⁸

Devlet karşıtı bir anlayış olarak Marksizm'i gösterebiliriz.⁹ Alman siyaset filozofu ve Hegel'in öğrencisi olan Karl Marx, hocasının görüşlerine karşı çıkmış, devleti sınıflı toplumun bir ürünü, bir sömürü ve baskı aracı olarak görmüştür. Çünkü ona göre tarih, sınıf savaşlarından ibarettir ve her devlet de bir sınıf devletidir. O halde sınıflar ortadan kalktığında devlet de ortadan kalkacaktır. Hegel'in "*bireysel çıkar ve idealler, devletinkiler ile özdeşler, devletler arasında ahlâk olmazsa, devletler birbirleriyle savaşmalıdırlar*" şeklindeki düşünceleri, Marx'da "*bireylerin çıkarları ve idealleri, kendi sınıfıninkilerle aynıdır, sınıflar arasında ahlâka yer yoktur*" şekline dönüşmüştür.¹⁰

Althusser'e göre ise devlet -Marksizm'den hareketle- her şeyden önce, Marksist klasiklerin devlet aygıtı adını verdikleri şeydir. Bu terimin kapsamı, hukuki pratiğin gerekleri uyarınca zorunluluğunu ve varlığını kabul ettiğimiz özelleşmiş aygıt, yani yalnızca polis ve uzmanlaşmış yardımcı birlikleri olaylarla başa çıkamadıklarında son aşamada ek bir baskı gücü olarak doğrudan doğruya müdahale eden ordu ve bütünün üzerinde, devlet başkanı, hükümet ve yönetimdir.¹¹

⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 158.

⁸ Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, s. 4-5.

⁹ Karl Marks ve Friedrich Engels'in yapıtlarından kaynaklanan, farklı izleyicilerince işlenen iktisadi, toplumsal, siyasal kuram ve pratik. Ayrıntılı bilgi için. David Miller / Janet Coleman / William Connolly / Alan Ryan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi II (K-Z)*, Çev. Bülent Peker / Nevzat Kırış, Ankara, Ümit Yayıncılık, 1995, s. 112-123. Ayrıca Karl Marks ve Friedrich Engels'in devlet ve hukuk bağlamındaki görüşleri için bkz. Karl Marks / Friedrich Engels, *Devlet ve Hukuk*, Der: Rona Serozan, 1. Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2016.

¹⁰ Celal Büyük, "*Devlet ve Toplumsal Rolü*", Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi III, 2003, S. 4, s. 111.

¹¹ Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul, İthaki Yayınları, 2003, s. 163.

Modern devlet ise üzerinde anlaşmaya varılmamış karmaşık bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Modern devlet anlayışı¹² Hegel tarafından geliştirilmiştir. Bu anlayışta devlet, insanın, toplumun ve tüm diğer kavramların hepsinin üstünde yer alan tanrısal bir kurumdur.¹³

Modern devlet Weber'de; "... kurallarının uygulamasında, yönetsel görevlileri yasal olarak fiziksel güç kullanma tekeline sahip olan kurumlaşmış nitelikteki siyasal bir girişim"i anlatmakta kullanılan bir kavramdır. Weber devletin iktidar ilişkilerindeki belirleyiciliğine, gerektiğinde şiddet kullanma hakkı olduğuna ve bu anlamda da tekel olduğuna vurgu yapmaktadır.¹⁴

Modernizm, bir dinamizmi, değişimi, dönüşümü içermektedir; aydınlanmış bireylerin ilişki ve örgütlenmelerinin kurumlaştırdığı akla dayanan bir dünya düzenini esas almaktadır. Böylelikle, modernizm kavramı, 18. yüzyılda Aydınlanma'yla birlikte Batı'da kullanılmaya başlayan modern kapitalist - endüstriyel devletin gelişimine paralel olarak geleneksel düzene aykırı bir ilerlemenin, ekonomik ve idari rasyonalizasyonun ve sosyal dünyanın farklılaşmasının olduğu bir durumu ifade etmektedir.¹⁵

Modern devletin kökeni ise literatüründe genellikle, Orta Çağ'ın sonlarında ve Yeni Çağ'ın başlarında Batı Avrupa'da feodalitenin yıkılışı ile başlayan ekonomik ve siyasal dönüşümün bir uzantısı olarak görülebilir. Feodal sistemin çöküşü, kilisenin etkisinin azalması, burjuvazinin yükselişi, sanayi devrimi vb. Avrupa'da yaşanan değişimler ve gelişmeler devlet biçimine de yansımıştır.¹⁶

Modern devletin ortaya çıkışındaki önemli aşamalardan birisi de feodal sadakat bağlarının yani kişilere yönelik siyasi itaat bağlarının çözülerek yerine soyut bir iktidar kaynağına sadakat bağının yani kurumlara yönelik siyasi itaat bağının yerleşmesidir.¹⁷

Modern devletleri geleneksel devletlerden ayıran en önemli özellik, onun sahip olduğu egemenlik ve meşruiyet anlayışıdır. Modern öncesi dönemde dev-

¹² Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev: Neşet Kutluğ / Burcu Erdoğan, 2. Baskı, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 2014.

¹³ Zafer Durdu, "*Modern Devletin Dönüşümünde Bir Ara Dönem: Sosyal Refah Devleti*", Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, S. 22, s. 38.

¹⁴ Durdu, a.g.m., s. 40.

¹⁵ Murat Yıldırım, "*Modernizm, Postmodernizm ve Kamu Yönetimi*", Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, 2010, C. 7, S. 1, s. 705.

¹⁶ M. Nazan Arslanel / Ertuğrul Eryücel, "*Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri*", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 2. Modern devlet kurumunun oluşumu hakkında ayrıca bkz. Cemal Bâli Akal, *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul, Afa Yayınları, 1990, s. 61-123.

¹⁷ Ozan Erözden, *Ulus-Devlet*, 3. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2013, s. 55.

let iktidarının tanrı kaynaklı olduğuna ve bütün iktidarların tanrıdan geldiğine inanılıyordu. Bu dönemde siyasal iktidarın/devletin meşruiyeti de dinsel, mitolojik ve geleneksel kaynaklara dayanıyordu. Modern devlet anlayışına geçişle birlikte, devlet iktidarının toplum kaynaklı olduğu ve meşruiyetinin de toplumda aranması gerektiği fikri işlenmeye başlanmıştır. Böylelikle siyasal iktidarın/devletin kaynağı dünyevileşmiş ve meşruiyeti de rasyonel esaslar üzerine oturtulmuştur.¹⁸

Modern devleti, siyasal iktidarın kurumsallaşmış hali olarak tespit etmek yanlış olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, modern devlet, siyasal iktidarın en ağır ve modern açılımıdır. Modern devlet, siyasal iktidarın dönüşüm ekseninde kurumsallaşmış siyasal iktidara karşılık geldiği için, devletsiz toplumlardan ve kutsallaştırılmış siyasi iktidardan farklı olarak, yasayı koyanın da onu uygulayanın da farklı organlara tekabül ettiği bir yapılanma gösterir.¹⁹

Mutlak devlete ve ulus devletlere geçişte “1648 Westfalya Antlaşması” dönüm noktası olarak görülmektedir. Aynı dönemde kapitalizmin gelişimi ile kontrol edilebilir pazar ihtiyacı ulus devletleri ortaya çıkarmıştır. Thomas Hobbes, Leviathan’ı bu mutlak devlete geçiş sürecinde yazmıştır. Mutlak devletten parlamenter devlete geçişi John Locke’un, cumhuriyete geçişi ise, J. J. Rousseau’nun kitaplarında görmek mümkündür.²⁰

1789 Devrimi ile egemenlik kraldan alınıp ulusa verilince “ulusal egemenlik” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu yeni egemenlik anlayışı erkini ulus adına kullandığını iddia eden, “ulus devlet” anlayışını ortaya çıkarmıştır.²¹ Bir başka deyişle “ulusal egemenlik” kavramı modern devletin ulus devletle özdeşleşmesini sağlamıştır.²² Günümüzde dünyada hâkim devlet anlayışı olan modern devlet, ulus devlettir. Ulus devlet, feodal toplum yapısının çözülüşü ve kapitalizmin gelişim süreciyle birlikte siyasal, ekonomik, kültürel ve düşünsel alanda görülen toplumsal değişimin yeni bir toplum biçimine dönüşümünün bir göstergesidir.²³

¹⁸ Arslanel / Eryücel, a.g.m., s. 2.

¹⁹ Abdurrahman Saygılı, “Modern Devlet’in Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 1, s. 62-63.

²⁰ Abdullah Köktürk, “Modern Öncesi Devletin Yönetim Anlayışı”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, 2011, S. 13, s. 94.

²¹ Ulus-devletin temel unsurları ve yapısal çerçevesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erözden, a.g.e., s. 131-155; Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2010; Mehmet Ali Ağaoğulları / Filiz Zabcı / Reyda Ergün, *Kral-Devletten Ulus-Devlete*, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2017.

²² Arslanel / Eryücel, a.g.m, s. 16; Erözden, a.g.e., s. 173-177.

²³ Rifat Aydın, “Ulus, Uluslaşma ve Devlet: Bir Modern Kavram Olarak Ulus Devlet”, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, 2018, C. 6, S. 1, s. 229-255.

Dolayısıyla egemenliğin de modern devletle birlikte ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta egemenliğin modern devleti görünür kıldığını söylemek doğru olacaktır. Modern devletle egemenliğin doğum günleri bu yüzden aynıdır: 16. yüzyıl her ikisinin de doğduğu yüzyıldır. Egemenlik, modern siyasi-hukuki kavramsallaştırma sürecinin birincil kurucu kavramıdır.²⁴

Sonuç olarak, filozofların büyük çoğunluğu, insanın ihtiyaçlarını kendi başına karşılamaktan aciz olduğu için, diğer insanlarla birlikte yaşamak zorunda olduklarını, fakat içlerinde bulunan başkalarına karşı üstün olma arzusundan dolayı, başkalarının haklarına tecavüz edebildiklerini kabul etmektedirler. Mutlu bir yaşam için herkesin kuvvet kullanma hakkını kendisinden üstün olan bir otoriteye teslim etmesini, başka bir ifadeyle toplumsal yaşamın, belirli bazı kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerektiği için devletin üstün ve insanları kontrol eden bir güç olarak ortaya çıktığını belirtmişlerdir. Bu bağlamda çoğu filozof, kendi dünya görüşünü ve içinde bulunduğu toplum ve çevre şartlarını göz önüne alarak, devlete bir anlam yüklemeye çalışmıştır.

3. THOMAS HOBBS VE JOHN LOCKE'UN DEVLETİN KÖKENİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

Devletin kökeni hakkında yani devletin nereden ve nasıl ortaya çıktığı konusunda, aile teorisi, biyolojik teori, kuvvet ve mücadele teorisi, Marksist devlet teorisi, sosyal sözleşme teorileri gibi pek çok teori ileri sürülmüştür.²⁵ Ancak konumuz açısından bu başlık altında sadece devletin kaynağını insan aklına ve iradesine dayandıran “*Toplum Sözleşmesi (Sosyal Sözleşme) teorileri*”²⁶ incelenecektir.

Bu teorilere göre, insanlık başlangıçta devletin mevcut olmadığı bir “*doğa durumu*”nu yaşamış, ancak çeşitli nedenlerle bu ortama son vererek, bir sözleşme ile devleti tesis etmiştir. Doğa durumu, insanoğlunun başıboş, özgür, sadece isteklerine, aklının ve doğanın kurallarına uyduğu bir dönemdir. Ancak bu dönem aynı zamanda, insanların tehlikelerle dolu can ve mal güvenliğinin olmadığı bir ortamda yaşadıkları dönemdir. Toplum Sözleşmesi tabiri, sözleşme fikrini temele alıp, toplumun, doğa durumundan bilinçli olarak uzaklaşan, kendilerinin ve bu arada genelin iyiliği için, birtakım özgürlüklerinden vazgeçen bireylerden meydana geldiğini öne süren bir anlayışı ifade eder.²⁷

²⁴ Saygılı, a.g.m., s. 78.

²⁵ Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 29-49.

²⁶ Sosyal sözleşme başka bir deyişle toplum sözleşmesi kuramının özünde, meşru hükümetin, özgür ahlaki bireylerin kendi isteklerine dayanan bir anlaşmanın yapay ürünü olduğu, başka bir deyişle “*doğal*” politik otorite diye bir şeyin olmadığı düşüncesi vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. David Miller ve diğerleri, a.g.e., s. 377-380.

²⁷ Göze, a.g.e., s. 147-148.

Toplum Sözleşmesi kavramı, devletin ve hukukun kökenini, bireyler arasında bilinçli olarak akdedilmiş bir sözleşmede bulan, bir toplumun üyelerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde, devletin yönetimi altında, karşılıklı sorumluluk ilkesine göre davranmak için yaptıkları anlaşma için de kullanılan bir terimdir.²⁸

17. ve 18. yüzyıllarda Toplum Sözleşmesi tabiri doğal tabii (doğal) hukukçular²⁹ arasında devletin ve devlet organlarının otoritesini ve bu otoritenin sınırlarını açıklamak amacıyla sıkça kullanılmıştır. Devletin kökeninde sözleşmenin olduğu görüşü Thomas Hobbes, John Locke ve Jean- Jacques Rousseau gibi düşünürler tarafından savunulmuştur.

A. Thomas Hobbes (1588 - 1679)

Hobbes, 5 Nisan 1588'de İngiltere'de doğmuştur. Hobbes'un annesi bir çiftçinin kızı iken alt düzey bir kilise adamı olan babası, kendisi henüz küçükken aileyi terk etmiştir. Amcası tarafından yetiştirilen Hobbes, sıra dışı bir zekâya sahiptir ve henüz dört yaşındayken okuma- yazmayı sökmüştür. Klasik dillere eğilim gösteren Hobbes, 15 yaşında Oxford Üniversitesi'ne adım atmış ve 20 yaşında buradan mezun olmuştur. Bununla beraber skolastik mantık ve felsefeden başka hiçbir şeyin öğretilmediği Oxford Üniversitesi onu memnun etmemiştir.³⁰

Oxford'daki tahsilden sonra Hobbes hayatının çoğunu zengin ve saygın bir ailenin gölgesinde geçirmiştir. İlk olarak öğretmenlik yapmış, daha sonra sekreterlik yapmış ve son olarak onurlu bir konuk olarak ailede yer edinmiştir. Daha

²⁸ Yalçın Çetin, *Thomas Hobbes, John Locke ve Benedictus (Baruch) De Spinoza'da Doğal Hukuk*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilim Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2009, s. 52. Toplum Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ağaoğulları, a.g.e., s. 68-86; Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2003, s. 204-209.

²⁹ Tabii hukuk anlayışında, hukuk, adalet ile tanımlanır. Hukukun geçerliliğini sağlayan adalettir. İlk Çağ'da tabii hukuk, kendi isminden de anlaşılacağı üzere "*tabiat*" (doğa) kavramı üzerine kuruludur. Tabiata uygun olan şey adil; tabiata aykırı olan şey ise adil değildir. İlk Çağ tabii hukukçularına göre, hukuk ve adaletin ölçütü olan "*tabiat*"tan kastedilen şey, beşerî tabiat değil, normal fiziki ve biyolojik tabiattır. İlk Çağ tabii hukuk teorisyenlerine göre, "*toplumsal düzen*", "*doğa düzeni*"ne uygun olmalıdır. Ancak bu takdirden insanların koyduğu kanun adil ve dolayısıyla geçerli olabilir. İlk Çağ tabii hukukçularına göre, hukuk tabiatın ürünüdür. Orta çağ tabii hukukçuları ise bu tabiatın, Tanrı tarafından yaratıldığı, tanrısal bir tabiat olduğu üzerinde durmuşlardır. Hukuku tanrısal iradeyle tanımlayan Orta Çağ tabii hukukçuları, adaleti de aynı şekilde tanımlamışlardır. Onlara göre Tanrı'nın emirlerine uygun olan şey adil, aykırı olan şey ise gayri adildir. Yeni Çağ'da tabii hukuk laikleşerek içerik değiştirmiştir. Bu dönemdeki tabii hukukçular, hukuku Tanrı'nın iradesinden bağımsız hale getirmeye çalışmışlardır. Onlara göre hukuk, Tanrı'dan değil, "*akıl*"dan kaynaklanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, "*Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı*", Muhafazakâr Düşünce, 2008, S. 15, s. 77-82.

³⁰ Adnan Güriz, "*Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri*", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1955, C. 12, S. 1-2, s. 298-99; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, Ankara, 2015, s. 143.

sonra II. Devonshire Dükü olan talebesi ile birlikte 1610 yılında Avrupa seyahatine çıkmıştır. Avrupa'ya olan bu seyahati ve daha sonraki yaptığı seyahatler, devrin en mümtaz fikir adamlarıyla tanışmasına ve konuşmasına imkân hazırlamıştır. Fransa'ya olan seyahatlerinden birinde Descartes ve 1636 yılında İtalya'ya yaptığı seyahatte Galileo ile konuşmuştur.³¹

Galileo, Hobbes'un kahramanlarından biridir. Hobbes hem şahsi çalışmalarında hem de bilim adamları ve felsefecilerle olan ilişkilerinde Galileo'nun felsefi ve bilimsel kültürünü benimsemiştir. Hobbes, bir maddeci bir materyalisttir, yalnızca maddenin var olduğunu, maddesel varlığı olmayan hiçbir varlığın olmayacağı görüşündedir. Evrensel bir irade özgürlüğü ve fiziksel sebepleri reddeden katı bir deterministtir. Genel felsefesi bakımından da bir ampiristtir; ona göre insan bilgisi algılama yolu ile meydana gelir.³²

Hobbes, 1640'ta İngiltere'de iç savaş çıkınca, yargılanmaktan korktuğu için Fransa'ya kaçmıştır. Çünkü aynı yıl "*The Elements of Law, Natural and Politic*" isimli eserini yazmıştır. Bu eserde de monarşinin en iyi hükümet şekli olduğunu ileri sürmüştür. Paris'te 11 yıl kalmıştır. 1646'da gelecekte II. Charles olarak tahta geçecek olan I. Charles'in oğluna (Galler Prensi'ne) matematik dersleri vermiştir. 1651'de iç savaş sona erince İngiltere'ye geri dönmüş ve en büyük eseri olan "*Leviathan*"ı yayınlamıştır. 1679 yılında 91 yaşında hayata veda etmiştir.³³

Hobbes bağlamında, dönemin Avrupa tarihi için çok önemli olan iki olaydan daha bahsetmek gerekir. Birincisi Otuz yıl savaşları sonucunda yapılan 1648 Westfalya Anlaşmasıdır. Bu anlaşma modern uluslararası ilişkiler sisteminin doğuşunu ve bununla paralel olarak devletlerin bu sistemin temel aktörü haline gelmesini simgeler. Bu anlaşmadan üç yıl sonra Hobbes modern devletin doğasını ve bu doğa çerçevesinde uluslararası sistemin nasıl bir yapı olduğundan bahseden *Leviathan* kitabını yazmıştır. Burada bahsedilecek diğer olay artan sömürgecilik faaliyetleridir, her ne kadar sömürgecilik 1492 tarihine kadar götürülebilirse de özellikle İngiltere açısından sömürgecilik 17. yüzyılın başından itibaren asıl önemine kavuşmuştur.³⁴ Yaşadığı dönemde gerçekleşen olaylar ve içinde bulunduğu durum Hobbes'u oldukça etkilemiştir diyebiliriz.

³¹ Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, Translated by Daniela Gobetti, The University of Chicago Press, 1993, s. 28; Işıқтаç, a.g.e., s. 143.

³² Perez Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton University Press, 2009, s. 30.

³³ Bobbio, a.g.e., s. 28.

³⁴ Emre Gürkan Gürleyük, *Modern Devletin İnşası: Thomas Hobbes*, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim / Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas, 2010, s. 39.

Hobbes, devletin birliği için döneminin mevcut ve önemli problemleri hakkında fikirler ileri sürmüştür. Bu birlik, bir yandan kilise ve devlet arasında bir yandan da kraliyet ve parlamento arasındaki güçlerin ayrımı konusundaki anlaşmazlıklar yüzünden tehdit altındaydı. Hobbes, özgürlüğün baskı altına alınmasına değil anarşiye karşıdır. Asıl olarak özgürlüklerin kötüye kullanılmasından korkmaktadır. Bu durumda da ileride bahsedeceğimiz doğa durumuna döneceğini söylemektedir.³⁵

Hobbes, Leviathan eseri ile sonuçları bakımından diğer eserleri ile karşılaştırıldığında daha fazla ün ve şöhrete sahip olmuştur. Hobbes genel olarak “Leviathan’ın elçisi” olarak bilinmektedir. Leviathan, “dev”, “ejderha” anlamına gelse de Hobbes’un burada kastettiği “devlet”dir.³⁶

Leviathan’da Hobbes’un siyaseti anlayış yöntemini ve doğa bilimsel sistematini, insan, devlet ve bunların temel özellikleri, yapısı hakkındaki görüşleri yer almaktadır. Leviathan dört bölümden oluşmaktadır; Birinci Kısım/İnsan Üzerine, İkinci Kısım/Devlet Üzerine, Üçüncü Kısım / Hıristiyan Bir Devlet Üzerine, Dördüncü Kısım / Karanlığın Krallığı Üzerine.

Leviathan’ın ne anlama geldiğini Hobbes eserin başlangıcında açıklamaktadır. Leviathan, yapay bir insandan başka bir şey olmayan, Latince’de civitas denilen, devlet adlı büyük Ejderha’dır. Bu ejderha, doğal insanın korunması ve savunulması için tasarlanmış olup ondan daha fazla bir büyüklüğe ve kudrete sahiptir ve egemenlik onda bütün gövdeye canlılık ve hareket veren yapay bir ruhtur; yargıçlar ve diğer yargı ve yürütme görevlileri, yapay eklemeler; egemenlik makamına bağlı her eklem ve organa kendi görevini yaptıran ödül ve ceza, doğal gövde de aynı işi yapan sinirlerdir. Tek tek organların servet ve zenginlikleri ise kuvvettir; halkın esenliği onun görevidir; bilmesi gereken her şeyi ona bildiren hukukçular, hafızadır; adalet ve yasalar yapay bir akıl ve iradedir; uyum, sağlıktır; nifak, hastalıktır; iç savaş ise ölümdür.³⁷

Hobbes’un siyaset felsefesindeki yeniliği, devleti laikleştirmesindedir. Çünkü Hobbes devletin kökenini kendisinden önceki düşünürlerden farklı olarak Tanrısal iradeyle ilişkilendirmez; dayanak olarak Toplum Sözleşmesini kabul eder. Toplum Sözleşmesi ise, doğa durumunun ortadan kaldırılması ile varlık kazanır.³⁸ Hobbes’un devlet kuramını anlamak için doğa durumu ile neyi kastettiğini incelemek gerekir.

³⁵ Bobbio, a.g.e., s. 29.

³⁶ Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, The University of Chicago Press, 2008, s. 6; Göze, a.g.e., s. 153.

³⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 7. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2008 (Leviathan’a yapılan sonraki atıflarda Semih Lim’in çevirisi kullanılacaktır), s. 17-18. İngilizcesi için bkz: Thomas Hobbes, *Leviathan*, Gece Kitaplığı, 2018.

³⁸ Saygılı, a.g.m., s. 81.

Hobbes, doğa durumunu, insanlık tarihinde yaşanan tarihsel sosyolojik gerçek bir süreç olarak kabul etmektedir.³⁹ Hobbes'a göre insanlar, doğa durumunda doğuştan hür ve eşittirler. Doğa durumunda her insan ihtiraslarının esiri olarak kendisi için iyi ve faydalı olan şeyi elde etmek için çalışmaktadır. Şu hâlde doğa durumunda bütün insanlar kendi ihtiraslarına tabi olarak hareket edebilirler ve bu bakımdan hürdürler. Diğer taraftan doğa durumundaki insanlar arasında eşitlik vardır. Gerçi insanlar arasında kuvvet farkları mevcuttur fakat bunlar o kadar önemli bir karakter taşımazlar. Çünkü zayıf olan insanlar dahi kuvvetli insanı hile ile veya birleşerek öldürmek imkânına sahiptirler.⁴⁰

Hobbes'a göre doğa durumunda kavga, savaş, didişme vardır. Devlet olmadıkça herkes herkese karşı daima savaş halindedir. Bu dönemde "*insan insanın kurdu (homo homini lupus)*"dur. Herkesin herkesle mücadele ettiği bu dönemde üç temel kavga nedeni vardır; birincisi, rekabet ve menfaat duygusu, ikincisi, güvensizlik, üçüncüsü ise şan ve şeref yani kuvvete sahip olma isteğidir.⁴¹ Ancak bu savaş kârsızdır; Her bireyin, kendi asıl amacı olan kendi hayatını sürdürme ihtimalini azaltır.⁴²

Hobbes'un doğal durumunda, her insanı birbirinin rakibi ve düşmanı haline getiren bu savaş ortamında sınırsız özgürlük veya sınırsız haklar aslında hiçbir özgürlüğün veya hakkın olmadığı anlamına gelmektedir. Hobbes, sınırsız özgürlüğün, gerçek anlamda bir özgürlük olmadığını farkındadır. İnsan hayatı ve malları üzerinde sürekli bir tehdit ve güvensizlik söz konusudur. Doğal durum tasviri o kadar ürkütücüdür ki, insanların en kötü devlet bile bu durumdan daha iyidir düşünmesine yol açmaktadır. Bu kabustan kurtulmanın tek yolu ise, kendi aralarında eşit olan insanların, kendilerinin üstünde ve gücü mutlak olan bir egemen oluşturmalarıdır.⁴³

Hobbes, doğa hali için çizmiş olduğu bu kargaşa ortamının nedeni olarak bu dönemde insanların tümünü korku altında tutacak, genel bir gücün bulunmaması ile açıklar. İnsan kargaşa ortamından nasıl kurtulabilir sorusuna ise "*doğal yasalara (jus naturale) uyarak*" şeklinde cevap verir. Temel doğa yasaları insanın aklı⁴⁴ ile kavrayabileceği türden yasalardır. Temel doğa yasası, barışı ara-

³⁹ Göze, a.g.e., s. 151.

⁴⁰ Hobbes, Leviathan, a.g.e., s. 92.

⁴¹ Hobbes, Leviathan, a.g.e., s. 94.

⁴² David Gauthier, "*Thomas Hobbes: Moral Theorist*", The Journal of Philosophy, 1979, C. 76, S. 10, s. 551.

⁴³ Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 2. Baskı, Ankara, Liberte yayınları, 2011, s. 133.

⁴⁴ Hobbes'a göre, akıl, insanın peşinden koştuğu çıkarları ve amaçları elde edebilmek için en uygun yolları oluşturan bir araç olarak, devleti kurmanın da herkesin çıkarına uyacak bir durum olduğunu gösterecektir. Uslu, a.g.e., s. 135.

mak ve muhafaza etmek, ikinci yasa İncil’de de bulunan başkalarının sana ne yapmasını istiyorsan sen de onlara onu yap, üçüncü yasası ise adalettir. Hobbes doğa durumuna son verecek olan sözleşmenin egemen ile bir anlaşma değil insanın haklarını bir daha geri dönüşü olmaksızın egemene terk etmesi veya devretmesi olduğunu vurgulamaktadır.⁴⁵

Devlet savaşın sonu, barışın ta kendisidir. Çünkü savaş, devletin bulunmadığı bir durumun, doğa durumunun özelliğidir. Hobbes’un düşüncesinden hareketle, nerede savaş varsa, orada devlet (siyaset) yoktur denilebilir. Toplum Sözleşmesi, barışın belgesi, devletin bir açıdan tasdikidir.⁴⁶

Hobbes’a göre devletin amacı, bireysel güvenlidir. İnsanların kendilerini tabi kıldığı kısıtlamanın nedeni, amacı ve hedefi kendilerini korumak ve böylece daha mutlu bir hayat sürmektir. İnsanları korku içinde tutacak ve onları ceza tehdidiyle verdikleri sözleri tutacak doğa yasalarına uymaya zorlayacak belirgin bir güç olmadığında, savaş durumundan kurtulamaz. İnsanları yabancıların saldırısından ve birbirlerinin zararlarından koruyabilecek ve böylece kendi emekleriyle kendilerini besleyebilmelerini ve mutluluk içinde yaşayabilmelerini sağlayacak böylesi genel bir gücü kurmanın tek yolu; bütün kudret ve güçlerini tek bir kişiye veya hepsinin iradesini oyların çokluğu ile tek bir iradeye indirgeyecek bir heyete devretmeleridir. Bu yapıldığında tek bir kişilik halinde birleşmiş olan topluluk bir “devlet” olarak adlandırılır. Devletin kurulmasıyla bu heyetin bütün hak ve yetkileri doğar. Bu kişiliği taşıyana da “egemen” denir onun dışında kalan herkes onun uyuğudur.⁴⁷ Görüldüğü gibi devlet Hobbes’ta “tanrı” olarak karakterize edilmiştir.⁴⁸

Devletin kurulmasının sonuçları ise şunlardır:

- Uyruklar hükümet şeklini değiştiremezler.
- Egemen güçten vazgeçilemez.
- Hiç kimse çoğunluk tarafından belirlenen egemenin kuruluşuna, adaletsizlik etmeden karşı gelemez.
- Egemenin eylemleri uyruk tarafından eleştirilemez.
- Egemenin yaptığı hiçbir şey uyruk tarafından cezalandırılmaz.
- Uyruklarının barışı ve savunulması için neyin gerekli olduğuna ve uyruklara hangi düşüncelerin öğretilceğine egemen karar verir.

⁴⁵ Hobbes, Leviathan, a.g.e., s. 96-99.

⁴⁶ Saygılı, a.g.m., s. 82.

⁴⁷ Hobbes, Leviathan, a.g.e., s. 127-131.

⁴⁸ Schmitt, a.g.e., s. 32.

- Uyruklardan her birinin, başka hiçbir uyruğun adaletsizlik etmeden ondan alamayacağı hangi şeylerin kendisine ait olduğunu bilebileceği kurallar yapmak hakkı (mülkiyet) egemene aittir.
- Yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkı da ona aittir.
- Uygun gördüğü şekilde savaş ve barış yapma hakkı ona aittir.
- Bütün barış ve savaş danışmanlarını ve bakanlarını seçmek hakkı da ona aittir.
- Ödül ve ceza vermek ve bunu dilediği gibi yapmak hakkına sahiptir.
- Şeref ve paye vermek hakkı da ona aittir. Bu haklar bölünemez, egemen güçten feragat edilmesi dışında asla yok olmazlar.⁴⁹

Görüldüğü üzere Hobbes'ta devlet, bireylerin refahı için onlardan aldığı Sözleşme yetkisiyle onların hayatına bir düzen getirmekle yükümlüdür ve neredeyse sınırsız bir yetkiye sahiptir. Devlet görevlerini yerine getirirken Sözleşme'nin aksine davranabilir. Devlet bireylerin özel mülkiyetleri de dâhil olmak üzere din, eğitim vb. olgu ve kurumları denetim altına alabilir.

Bununla birlikte Hobbes, doğa yasasının bireylere iki hak tanıdığını ve bu hakkın toplum durumunda da geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Bunlar; kendini korumak ve toplumda güvenliği sağlayamayan devlete itaat etmemektedir. Burada da devletin birincil görevinin toplumda güvenliği sağlamak olacağını söylemek mümkündür.

B. John Locke (1632 - 1704)

Locke, yaşamının olgun dönemini 17. yüzyılın ikinci yarısında yaşamış, felsefi ve siyasal yapıtlarını bu yüzyılın sonlarına doğru vermiş olan bir İngiliz filozofudur. 18. yüzyılda ancak dört yıl yaşamış olmasına rağmen, düşüncelerinin ileriliği ve niteliği, kendisinin 18. yüzyıl Aydınlanma Çağı düşünürlerinden sayılmasına yol açmıştır.⁵⁰

Locke, siyasi düşünce tarihinin en önemli düşünürlerinden biridir. Locke'un insan hakları dini ve ekonomik özgürlükleri siyasal eşitlik, devrim hakkı gibi temel varsayımları Amerikan Devrimi'nin savunulmasında esin kaynağı olmuştur. Locke'un düşünceleri Batı dünyası tarafından tarihsel, kültürel ve ideolojik olarak kabul görmüştür.⁵¹

⁴⁹ Hobbes, *Leviathan*, a.g.e., s. 131-139.

⁵⁰ John Locke'un yaşamı, eserleri ve düşünceleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, David Miller ve diğerleri, s. 66-71; Eric Mack, *John Locke*, Ed. John Meadowcroft, Bloomsbury Academic & Professional, 2013.

⁵¹ Paul Sigmund, *The Selected Political Writings of John Locke*, A Norton Critical Edition, 2005, s. xii.

Locke, 1632'de Batı İngiltere'nin Bristol yakınlarında olan Wrington'da doğmuştur. Küçük toprak sahibi, orta sınıftan bir ailenin çocuğudur. Babası, İngiliz İç Savaşı'nda yüzbaşı olarak görev yapan babası bir hukukçudur. Westminster School ve Oxford'daki Christ Church kurumlarında felsefe ve tıp alanlarında eğitim almış ve öğretim üyeliği yapmıştır. 1688 Şanlı Devrimi öncesi bir süre Hollanda'da mecburî sürgünde yaşayıp Devrim sonrası ülkesine dönebilmiştir. Pedagoji, epistemoloji ve siyaset felsefesi alanındaki eserlerini bu dönemden sonra vermiştir.⁵²

Hobbes'u dehşete düşüren İngiltere'deki aynı iç savaş içinde yetişmesine rağmen, Locke, kendi hayat tecrübelerinden daha az kötümser sonuçlar çıkarmıştır. Onun daha büyük iyimserliği, iç savaşın kıskırttığı temel sorunları çözmeye yardım eden ve İngiltere'yi yeni bir istikrar rotasına yönelten 1688 Devrimi'yle fazlasıyla yeniden güçlenmiştir. Profesyonel olarak Locke'un bir felsefe hocası ve tıp öğrencisi olması, iki mesleğe sahip olması, siyasal müdahaleden kaçınmak isteyen o günün bir bireyi için ideal bir şeydir.⁵³

Locke'un siyasal felsefesinin başlangıç noktası şudur: İnsanlar doğada eşittir, dolayısıyla kimse kendi rızası dışında başka birinin otoritesi altına sokulamaz. İnsanlar yeryüzünde onlardan üstün bir kişilik olmaksızın, salt doğa yasalarının gereklerine uyarak birlikte yaşamaktayken, gönüllü olarak siyasal toplumu kurmuşlardır. Locke'a göre, doğa hukuku, yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkını kurar ve korur.⁵⁴

Locke, bütün eserlerinde gelenek ve otoritenin her çeşidinden kurtulmak gerektiğini, insan hayatına ancak aklın rehberlik edebileceğini ileri sürer. Bu düşünceleriyle, günümüzde liberal demokrasi olarak bilinen ve insanların doğasında olan temel haklarını, özgürlükçü ve eşitlikçi bir çerçevede koruyarak sürdürmeyi amaçlayan siyaset kuramının öncülerinden biri olarak görülmektedir. Mutlakiyet yönetimlerini ilk sarsan kişi olarak tarihe geçmiştir. Mutlakiyet yönetiminde açtığı sarsıntılar sonucunda zamanla derin yarıklar oluşmuş ve üç büyük devrimin temelleri atılmıştır. İngiliz, Amerikan ve Fransız Devrimlerinin temelini oluşturan filozof olarak akıllara yer etmiştir. Politikada ılımlılıktan yana olan ve anayasal yönetimi tercih eden Locke, bağınaz ve karanlık mutlakçılığa karşı çıkarak, hoşgörüyü, temsil sistemine, parlamentoya ve demokrasiye olan inancıyla, 1688 Devrimi'ni desteklemiştir.⁵⁵

⁵² Sigmund, a.g.e., s. Xii; Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, a.g.e., s. 129-132; Işıқтаç, a.g.e., s. 156-157.

⁵³ Çetin, a.g.e., s. 82.

⁵⁴ David Miller ve diğerleri, a.g.e., s. 67.

⁵⁵ Müzeyyen Eroğlu, "John Locke'un Devlet Teorisi", Akademik Bakış Dergisi, 2010, S. 21, s. 1.

1685 yılında “*Hoşgörü Üzerine Mektup*” ve “*İnsan Zihni Üzerine Deneme*” adlı yapıtları yayınlanmıştır. 1690 yılında, baş siyasal yapıtı olan “*Hükümet Üzerine İki İnceleme*”i yayımlamıştır. 1683 yılında ise “*Eğitim Üzerine Bazı Düşünceler*” adlı yapıtı yayınlanmıştır. 1700 yılında emekliye ayrılıp, yaşamının son dört yılını teoloji sorunlarıyla uğraşarak geçirmiştir. Locke, aristokrasinin metafizik, dogmatik, skolastik düşünüşüne karşı çıkıp, burjuvazinin dünya görüşünün felsefi temellerini, ampirizmi ortaya atmış ve burjuvazinin siyasal görüşlerini sistemleştirmiştir.⁵⁶

Locke’a göre, siyasal iktidarı doğru biçimde anlamak ve onun kökeni anlayabilmek için bütün insanların doğal olarak ne durumda olduklarının düşünülmesi gerekmektedir. Doğa hali ise, insanların başkasından izin istemeksizin ya da başkasının iradesine bağlı olmaksızın “*doğa yasasının*” sınırları içinde eylemlerini düzenleyebilecekleri, şahısları ve mülkleri üzerinde tasarruf bakımından gerçek bir hürriyet durumunu ifade eder. Bu durum ayrıca hiç kimsenin diğerinden daha fazla iktidar ve yetkiye sahip olamadığı, bütün iktidar ve yetkinin karşılıklı olduğu bir “*eşitlik*” durumudur.⁵⁷

Hobbes’tan farklı olarak Locke, insanlar arasındaki eşitliği insan onuruna sahip olmak bakımından ahlâki bir eşitlik olarak ele alır. Locke’un insanları kendileri üzerindeki ahlâki sınırları bilebilecek yeteneğe sahip, tercihlerde bulunan kendi hayatını yöneten bireylerdir. Bu yüzden Hobbes’un eşitliği bir “*güç*” eşitliği, Locke’un eşitliği ise “*ahlâki*” eşitliktir.⁵⁸

Hobbes, güvenli bir dünyanın kurulması için, doğa durumunda yaşayan “*akılcı*” insanların egemen bir iktidar yaratmak için birbirleriyle anlaştıklarını söyler ve egemeni mutlak yetkilerle donatır. Locke ise meşru ve sınırlandırılmış bir siyasal iktidar kuramı sunar.⁵⁹

İktidarın temelinde yatan şeyi inceleyen Locke, Birinci İnceleme’de düşüncelerini Robert Filmer’in “*Patriarcha*” adlı kitabının eleştirisi üzerinden ortaya koymuştur. Robert Filmer’in temel duruşu şudur: İnsanlar doğal olarak özgür değildirler. Bu, Filmer’in mutlak monarşisinin üzerinde durduğu temeldir ve mutlak monarşi, buradan hareketle iktidarını diğer bütün iktidarların üstündeki

⁵⁶ Selim Çapar / Şükrü Yıldırım, “*Hobbes ve Lock’un Devlet Düşüncesine Katkıları*”, Türk İdare Dergisi, 2012, C. 77, S. 474, s. 90-91.

⁵⁷ John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebabel Yayınları, 2012, s. 9. İngilizcesi için bkz: John Locke, *Two Treaties of Government and a Letter Concerning Toleration*, Ed. Ian Shapiro, New York, Vail-Ballou Press, 2003; Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, a.g.e., s. 164-169.

⁵⁸ Uslu, a.g.e., s. 147.

⁵⁹ Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, a.g.e., s. 163.

bir yüksekliğe kurar. İnsanların özgür olmadığı yaklaşımı üzerinden oluşturulacak bir tezin mutlak bir yönetimi meşrulaştırması ve o yönetimi bulutların üzerine yükseltmesi, yönetimin tanrısal bir nitelik kazanması anlamına gelmektedir. Locke için tüm idelerin ve dolayısıyla insanların ortaya çıkardığı her şeyin kaynağı doğa olduğundan, iktidara tanrısal bir nitelik kazandırılması reddedilmesi gereken bir yaklaşımdır. Birinci İnceleme’de vardığı sonuç üzerinden Locke, babalıktan ya da Tanrı’dan gelen bir hükümdarlık hakkının bulunmadığını ve bu yetki verilmiş olsa bile bunun miras olarak devrini meşru kılacak herhangi bir doğal ya da tanrısal yasanın bulunmamış olduğu sonucuna ulaşmış, bu çıkarım üzerinden de toplum ve iktidarın kaynağının yeryüzünde aranması gerektiği sonucu karşımıza çıkmıştır.⁶⁰

Locke’a göre, doğa durumu bir özgürlük durumudur ama bir başıbozukluk durumu değildir. Doğa yasası, insanların, Tanrı’nın onlara verdiği sağduyu ve hakkaniyet çerçevesi içinde yaşamasını buyurur. Bu yasanın ta kendisi olan akıl, sadece kendisine danışacak olan tüm insanoğluna, herkesin eşit ve bağımsız olmasından dolayı diğerinin yaşamına, özgürlüğüne, ya da mülküne zarar vermemesi gerektiğini söyler. Ancak, doğa yasasını çiğneyene karşı, bu davranıştan zarar gören herkesin elinde o kimseyi yargılama ve cezalandırma hakkı bulunmaktadır. Böylece doğa durumunda, bir insan başkasının üzerinde bir iktidar elde eder. Ancak bu iktidar, bir suçluyu eline geçiren kişinin ihtiraslı kırgınlıklarla ya da iradesinin sınırsız aşırılığına göre kullanılacağı mutlak ya da keyfi bir iktidar değil, sadece soğukkanlı akıl ve vicdanın, suçlunun yaptığı ihlal ile orantılı bir şekilde onarım ve engelleme amacıyla suçluya yaptırım uygulamaya yarayan bir iktidardır.⁶¹

Dolayısıyla Locke’a bakılırsa doğa hali sadece kuvvetlinin egemen olduğu bir kanunsuzluk durumu değildir. Doğa hali, insanların akla dayanarak ve bir devlet otoritesine bağlı olmadan yaşadıkları bir dönemi temsil etmektedir. Üstelik bu dönemde insanların hayat, hürriyet ve mülkiyet gibi hakları da mevcuttur. Mevcut olmayan sadece dirlik ve düzenin bozulması halinde bunu sağlayacak bir üstün Otorite, yani cezalandırma hakkını kullanacak merkezi bir kuvvettir. İnsanların doğa durumunda özgür, eşit ve barış içinde olmalarına karşın, uygar toplum durumuna geçmeye karar vermelerinin altında yatan sebep de buradadır.⁶²

⁶⁰ John Locke, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, Kırilangıç Yayınevi, 2007, s. 5. İngilizcesi için bkz: John Locke, *The First Treatise of Government*, Kindle Edition by Kypros Press, 2016, (first published December 1689).

⁶¹ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 10-12; John Locke, *Du Gouvernement Civil*, Amsterdam 1755, Chapter I.

⁶² Zabunoğlu, a.g.e., s. 46.

Çünkü yetkili ortak bir yargıcın yokluğu, küçük haksızlık ve çatışmalarda bile insanları birbirleriyle savaş durumuna getirir ve yaşamlarını tehlikeye sokar. Savaş durumu bir düşmanlık ve yok etme durumudur ve bundan dolayı söz ya da eylemle başka bir insanın yaşamı üzerinde aşırı tutkulu ve aceleci değil ama sakince hazırlanmış bir planı olduğunu söz ya da eylemle açıklamak, bu kişiyi, bu tür bir niyet açıklama ve böylece yaşamını başkalarının iktidarı tarafından alınmak üzere ortaya koymuş olduğu kişiye ve bu kişinin savunmasında ona katılan ve kavgasını destekleyen herkese karşı bir savaş duruma sokar.⁶³

Locke'a göre doğal yaşam halinde uygar toplumu gerçekleştirmek için üç şeyin eksikliği hissedilmektedir: herkesin boyun eğeceği ve herkese eşit yasalar, herkesin cezalandırma hakkını kullanmasını önleyecek tarafsız yargıçlar ve yargıcın kararını uygulayacak toplumsal bir güç.⁶⁴

Savaş durumu sona erdiğinde, savaş süresince ortaya çıkan tüm zararın ve savaşın başlamasına sebep olan mülkiyet ihlalinin cezalandırılması konusu gündeme gelir. Ancak, herkesten, verilecek cezanın oranını “soğukkanlı düşünce ve vicdan ışığı” altında belirlemesi beklenemez. Aslında, insanların kendi davalarının yargıcı olmaları akla aykırı bir durumdur. Bu sebepten dolayı akıl yasasının ihlali durumunda bir üst kuruma, bir yargıca ihtiyaç vardır. Çünkü sivil toplumun amacı, doğa durumunun, her insanın kendi davasında yargıç olmasının zorunlu sonucu olan uygunsuzluklarından, toplumun her bir üyesinin, zarara uğradığında ya da doğabilecek uzlaşmazlıkta başvurabileceği ve toplumun her bir üyesinin itaat etmesi gereken, bilinen bir otorite oluşturma yoluyla kaçınma ve bu uygunsuzluklara çözüm bulmaktır. Bu nedenle aralarında çıkabilecek herhangi bir uzlaşmazlık konusunda karar vermesi için başvuracakları bu tür bir otoriteye sahip olmayan kişilerin olduğu her yerde, bu kişiler hâlâ doğa durumundadırlar.⁶⁵

Savaş durumunun sürmesi, yargı ve ceza otoritesinin bulunmadığı bir ortamda sonsuza kadar devam eder. Dolayısıyla insanların yalnızca bir üst otoritenin belirleyiciliğine rıza göstermesi durumu savaş durumuna son verecektir ve bu da devletin kurulması anlamına gelir.⁶⁶

İnsanlar, siyasal toplumu oluştururken, ihtiyaç duydukları için Sözleşme yapmışlardır. Bu Sözleşme, devleti meydana getiren ve ona katılan kişiler arasında yapılmaktadır. Sözleşmenin yapılabilmesi için toplumda yeterli sayıdaki

⁶³ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 17.

⁶⁴ Çapar / Yıldırım, a.g.m., s. 92-93.

⁶⁵ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 19.

⁶⁶ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 59.

özgür insanın oybirliği gerekir. Bu durum da yasal hükümetin başlangıcını oluşturmaktadır. İnsanlar, siyasi iktidarı kurarken, ihtiyacı olan güçleri de ona devretmektedirler. Daha önce de değinildiği üzere doğa durumundaki insanların sahip olduğu iki güç vardır: Birincisi, doğa kanunları çerçevesinde, kendisinin ve başkalarının özgürlüklerine zarar vermeden her şeyi yapabilme gücü, ikincisi ise doğa kanununa karşı işlenmiş suçları cezalandırma gücüdür. Siyasi toplumu oluşturan insanlar bu güçlerden ilkini, gerektiği oranda, ikincisini de tamamiyle siyasi iktidara bırakmayı kabul etmişlerdir.⁶⁷

İnsan neden özgürlüğünü terk edip kendisini başka bir iktidarın hükümranlık ve denetimine tabi kılacaktır sorusuna, Locke şu şekilde cevap vermektedir: doğa durumunda insan bu hakka sahip olmasına rağmen, bu hakkın kullanımı oldukça belirsiz ve başkalarının tecavüzüne maruz kaldığından bu hakkı garanti altına alacak, denetleyecek bir mekanizmanın varlığı gerekir. Dolayısıyla insanların devletlerde birleşmelerinin ve kendilerini yönetim altına koymalarının temel amaçlarından biri de “*mülkiyetlerinin korunması*”dır. Özetle, insanların özgürlüklerinin, mallarının ve haklarının korunması ve adil bir cezalandırma sisteminin uygulanması siyasi toplumun kuruluşu nedeni ve amacıdır. Doğa durumunda ise bu konuda pek çok şey eksiktir.⁶⁸

Locke’un toplum sözleşmesinde bireylerin doğal haklarından vazgeçmediklerini vurgulamak gerekir. Zira burada bireylerin devlete itaat yükümlülüğüne karşın devletin de bireyin doğal dönemde sahip olduğu özgürlüklerini koruma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla burada Hobbes’tan farklı olarak karşılıklı olarak yapılan iki ayrı sözleşmenin varlığından söz edilebilir.^{69,70}

Bu noktada devletin meşruluğundan söz etmek gerekir. Bir siyasi iktidarın meşru olabilmesi için de yönetimin ana kaynağının “rıza” olmasıdır. Dolayısıyla fetih veya gasp şeklinde elde edilmiş siyasi iktidarlar meşru değildir. Locke’a göre yöneticiler yetkilerini bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak

⁶⁷ Eroğlu, a.g.m., s. 4.

⁶⁸ Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, s. 81; Locke, *Du Gouvernement Civil*, Chapter VIII.

⁶⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, “*Toplum Sözleşmesi Kavramı ve Günümüz İnsan Hakları Kuramına Etkisi*”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2003, C. 13, S. 1, s. 204.

⁷⁰ Aslında Locke, iki ayrı sözleşme olduğunu eserlerinde açıkça belirtmez. Bu konu karanlıkta bırakılmaktadır. Ancak Locke’un örtük bir şekilde iki anlaşma öngördüğü düşüncesi daha kabul edilebilir gelmektedir. İlk olarak, Hobbes’un kuramında tek sözleşme bulunur ve egemen yıkıldığında toplum da ortadan kalkar. Oysa iki sözleşme, Locke’un “devrim hakkı” anlayışı için gerekli bir koşuldur. Çünkü Locke, yönetimin çözülmesi durumunda toplumun ortadan kalkmayacağını söyler. Bu da ancak toplumun ayrı bir sözleşmeyle oluşturulduğunun kabulüne dayanabilir. İki sözleşme olduğunu düşündürten diğer husus, Locke’a göre anlaşma ile toplumu oluşturan bireylerin, harekete geçme ve kamusal konularda karar verme yetkisini ellerinde tutmamalarıdır. Bu, ancak çoğunluğun oyuyla sağlanır. Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, a.g.e., s. 199-201.

için kullanmadıkları takdirde sözleşmeye aykırı davranmış olurlar ve bireylerin bu egemenlik haklarını geri alma imkânları vardır. Çünkü Locke'da mutlak itaat, doğuştan gelen bir zorunluluk değildir. Başka bir deyişle yasaların belirlediği sınırları aşan ya da yetkisini kamu yararına kullanmayan yöneticiye karşı direnme hakkı⁷¹ vardır.⁷²

4. SONUÇ

Görüldüğü gibi İngiltere'deki iç savaşa şahit olan iki düşünür de bu savaşta farklı sonuçlar çıkararak devlete bir anlam yüklemişlerdir. Hobbes'u dehşete düşüren İngiltere'deki aynı iç savaş içinde yetişmesine rağmen, John Locke, kendi hayat tecrübelerinden daha az kötümser sonuçlar çıkarmıştır.

Thomas Hobbes ve John Locke'un devlet hakkındaki görüşlerinin yukarıdaki bilgiler doğrultusunda karşılaştırılması yapılacak olursa; ilk olarak Hobbes ile Locke'un arasındaki temel fark, sosyal sözleşme yapılmadan önceki doğa durumundaki varsayımları düşünceleridir. Hobbes'a göre, devletin oluşmasından önceki dönemde yani tabiat halinde kavga, savaş ve didişme vardır. Yani kısaca bu dönemde insan insanın kurdudur ve herkesin herkesle savaşı vardır. Locke'a göre ise devletin ortaya çıkmasından önceki dönemde, insanlar arasında barış ve özgürlük vardır. İnsanlar mutlu bir yaşama sahiptir.

Hobbes ve Locke doğa durumundan Toplum Sözleşmesi yapılarak çıkılacağı ifade etmektedir. Toplum Sözleşmesi düşüncesi özellikle günümüz demokratik rejimler üzerinde önemli etkiler yapmakta ve devletin esasının bireylerin iradesine dayandığı, devletin meşruluğunun bireylerin hak ve özgürlüklerini koruduğu ölçüde olacağı anlayışı, günümüz modern devlet ve insan hakları anlayışında büyük öneme sahiptir.

İnsanların neden bir sözleşme yapma ihtiyacı duyduğu meselesinde ise, Hobbes, böyle bir kargaşaya ortamında ilerlemenin mümkün olmadığını söylemekte ve bu kargaşadan bıkan insanların, düzeni ve barışı sağlamak için kendi aralarında anlaşmalarını ve bir sözleşme yaptıklarını söylemektedir. Bu sözleşmeyle kendi özgürlüklerini Leviathan'a devretmişlerdir. Locke'a göre ise, doğal yaşam döneminde, insanlar arasında barış ve özgürlük vardır ancak suçluların cezalandırılmasında sorun ortaya çıkmaktadır. Kural olarak suç işleyen cezalandırılacak herhangi bir kurum yoktur. İşte bu sakıncayı ortadan kaldırmak için insanlar kendi aralarında bir sözleşmeyle sahip oldukları cezalandırma hakla-

⁷¹ Direnme hakkı için ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, s. 209-212.

⁷² Locke, *Du Gouvernement Civil*, Chapter XVII, Hakyemez, a.g.m., s. 204. Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, a.g.e., s. 217-219.



rından vazgeçmişlerdir. Bu anlayışla insanlar tabiat halinden siyasi toplum haline geçmişlerdir. İşte, devletin kaynağında insanların cezalandırma haklarının devri konusunda yaptıkları bu sözleşme yatmaktadır.

Hobbes, insan doğası üzerine, özellikle temel eseri sayılabilecek Leviathan'da önemli saptamalarda bulunmuştur. Toplum Sözleşmesi ile birlikte devletin taahhüdü konusunda Hobbes, Leviathan'ın tek görevinin bireylerin refahı ve güvenliği için onlardan aldığı sözleşme yetkisiyle onların hayatına bir düzen getirmek olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla Hobbes'un devlet anlayışı özgürlükçü değil, otoriterdir. Locke'a göre ise, insanların devletlerde birleşmelerinin ve kendilerini yönetim altına koymalarının temel amaçları arasında "*mülkiyetlerinin korunması*" vardır.

Locke'un toplum sözleşmesinde, bireylerin doğal haklarından vazgeçmediklerini vurgulamak gerekir. Zira burada bireylerin devlete itaat yükümlülüğüne karşın devletin de bireyin doğal dönemde sahip olduğu özgürlüklerini koruma yükümlülüğü vardır.

Hobbes'a göre ise, devlete bireylerin haklarının tamamının devri söz konusu olsa da insanlara önemli bir tabii hak tanımaktadır. Bu da güvenliği sağlayamayan devlete itaat etmeme hakkıdır. Dolayısıyla devlet güvenliği sağlayamıyor gerekçesine dayanarak devlete karşı isyan etmek yolu fertlere açık bırakılmış olmaktadır. Locke'da ise mülkiyeti ve özgürlüğü koruyamayan ve insanların birkaçı için değil de geneli için rahatsızlık, haksızlık anlamına gelebilecek sürekli hale gelen yalanlar, sahtekârlıklar vb. uygulamaları olan otoritelere karşı sivil itaatsizlik hakları vardır. Bu hakkın verilmesi belki de Locke'u liberalizmin öncülerinden yapmıştır.

Hobbes ve Locke, devletin meşruiyetinin tanrıdan geldiği inancını kaldırarak, bireylerin çıkarlarına, halkın verdiği yetkiye dayandırmışlardır. Toplum sözleşmeleri yoluyla halk yönetime meşruiyet vermektedir. Böylece her iki düşünür de devletin meşruiyetini laik bir temele oturtmaktadırlar.

Hobbes ve Locke'un düşüncelerinde önemli bir yer tutan doğal haklar devletin güvencesi altındadır. Bu hakları devletin kendisinin ihlal etmesi halinde toplum sözleşmesi ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla her iki düşünür de bireycidir. Bu anlayışın geliştirilmesi demokratik devletlerin kurulmasında öncü rol oynamıştır.

Thomas Hobbes ve John Locke, düşünce tarihi içerisinde gerek yaşadığı dönemin koşulları çerçevesinde gerekse bu koşullar içerisinde ortaya koyduğu fikirler açısından önemli düşünürler arasında yer almaktadır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahman Saygılı, “*Modern Devlet'in Çıplak Sureti*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, S. 1, s. 61-97.
- Adnan Güriz, “*Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1955, C. 12, S. 1-2, s. 298-315.
- Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 10. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2006.
- Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Carl Schmitt, *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes*, The University of Chicago Press, 2008.
- Celal Büyük, “*Devlet ve Toplumsal Rolü*”, Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi III, 2003, S. 4, s. 101-112.
- Cem Eroğul, *Devlet Nedir?*, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- Cemal Bâli Akal, *Devlet Kuramı*, 4. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2013.
- Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2003.
- Cemal Bâli Akal, *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul, Afa Yayınları, 1990.
- Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, 2. Baskı, Ankara, Liberte yayınları, 2011.
- Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev: Neşet Kutluğ / Burcu Erdoğan, 2. Baskı, İstanbul, Chiviyazıları Yayınevi, 2014.
- David Gauthier, “*Thomas Hobbes: Moral Theorist*”, The Journal of Philosophy, 1979, C. 76, S. 10, s. 547-559.
- David Miller / Janet Coleman / William Connolly / Alan Ryan, *Blackwell'in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi II (K-Z)*, Çev. Bülent Peker / Nevzat Kırac, Ankara, Ümit Yayıncılık, 1995.
- Emre Gürkan Gürleyük, *Modern Devletin İnşası: Thomas Hobbes*, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim / Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas, 2010.
- Eric Mack, *John Locke*, Ed. John Meadowcroft, Bloomsbury Academic & Professional, 2013.
- Gordon J. Schochet, “*Thomas Hobbes on the Family and the State of Nature*”, Political Science Quarterly, 1967, C. 82, S. 3, s. 427-445.
- John Locke, *Du Gouvernement Civil*, Amsterdam 1755.
- John Locke, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, Kırılgaç Yayınevi, 2007.
- John Locke, *The First Treatise of Government*, Kindle Edition by Kypros Press, 2016, (first published December 1689).

- John Locke, *Two Treaties of Government and a Letter Concerning Toleration*, Ed. Ian Shapiro, New York, Vail-Ballou Press, 2003.
- John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, 2. Baskı, Ebabil Yayınları, 2012.
- Karl Marks / Friedrich Engels, *Devlet ve Hukuk*, Der: Rona Serozan, 1. Baskı, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2016.
- Kemal Gözler, “*Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı*”, Muhafazakâr Düşünce, 2008, S. 15, s. 77-90.
- Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009.
- Köktürk, Abdullah, “*Modern Öncesi Devletin Yönetim Anlayışı*”, Güvenlik Stratejileri Dergisi, 2011, S. 13, s. 73-97.
- Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul, İthaki Yayınları, 2003.
- M. Nazan Arslanel / Ertuğrul Eryücel, “*Modern Devlet Anlayışının Felsefi Temelleri*”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011, C. 15, S. 2, s. 1-20.
- Mehmet Ali Ağaoğulları, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2010.
- Mehmet Ali Ağaoğulları / Filiz Zabcı / Reyda Ergün, *Kral-Devletten Ulus-Devlete*, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2017.
- Murat, Yıldırım, “*Modernizm, Postmodernizm ve Kamu Yönetimi*”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, 2010, C. 7, S. 1, s. 703-719.
- Müzeyyen Eroğlu, “*John Locke’un Devlet Teorisi*”, Akademik Bakış Dergisi, 2010, S. 21, s. 1-15.
- Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, Translated by Daniela Gobetti, The University of Chicago Press, 1993.
- Ozan Erözden, *Ulus-Devlet*, 3. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2013.
- Paul Sigmund, *The Selected Political Writings of John Locke*, A Norton Critical Edition, 2005.
- Perez Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton University Press, 2009.
- Platon, *Devlet*, Çevirenler: Sabahattin Eyüboğlu / M. Ali Cimcoz, İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.
- Rıfat Aydın, “*Ulus, Uluslaşma ve Devlet: Bir Modern Kavram Olarak Ulus Devlet*”, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi, 2018, C. 6, S. 1, s. 229-255.
- Selim Çapar / Şükrü Yıldırım, “*Hobbes ve Lock’un Devlet Düşüncesine Katkıları*”, Türk İdare Dergisi, 2012, C. 77, S. 474, s. 77-102.
- Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 7. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2008.

Thomas Hobbes, *Leviathan*, Gece Kitaplığı, 2018.

Yahya K. Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, Ankara, İmaj Kitabevi, 2015.

Yalçın Çetin, *Thomas Hobbes, John Locke ve Benedictus (Baruch) De Spinoza'da Doğal Hukuk*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilim Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2009.

Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, Ankara, 2015

Zafer Durdu, "Modern Devletin Dönüşümünde Bir Ara Dönem: Sosyal Refah Devleti", Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, S. 22, s. 37-50.

Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Some Criminal Procedures in the Context of Right to Silence

Arş. Gör. Dr. Asuman İNCE TUNÇER^(**)

Öz

İsnat altında bulunan kimsenin beyanda bulunmaya ve kendisi aleyhinde delil vermeye zorlanmamasını ifade eden susma hakkı, şüpheli/sanığın iradesi ile ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacı arasında bir sınır oluşturur. Susma hakkı, sessizliğin şüpheli/sanık aleyhine kullanılmaması ve şüpheli/sanığın kendisini suçlayacak nitelikte delil vermeye zorlanmaması olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Bazı ceza muhakemesi işlemleri ve koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında susma hakkını kullanılıp kullanılmayacağı, şüpheli/sanık üzerinde zor kullanılmasının kendisi aleyhinde delil vermeye zorlama yasağına aykırılık oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda çalışmada susma hakkına ilişkin temel bilgiler verildikten sonra; şüpheli ve sanığın kimlik bilgilerine ilişkin beyanda bulunmayı reddetmesi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirleri açısından tartışılmalı noktalar ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler

Susma Hakkı, Katlanma Yükümlülüğü, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Fizik Kimliğin Tespiti.

Abstract

The right to silence, which states that no one under charge cannot be compelled to make a statement and give evidence against himself/herself, constitutes a limit between the will of the suspect/accused and the purpose of the criminal procedure to find the material truth. The right to silence consists of two elements: the silence cannot be used against the suspect/accused and the suspect/accused cannot be forced to give evidence to blame him/her. It is debatable whether or not the right to silence can be exercised during the implementation of some criminal procedure and protection measures, and whether the use of force on the suspect/accused constitutes a violation of the ban on being forced to give evidence against him/her. In this context, after giving basic information about the right to silence in the study; controversial points have been put forward in terms of the refusal of the suspect/accused to make a statement about his/her identity information, physical examination and taking body sample and determining of physical identity.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 31.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 20.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 02.09.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: asumanince@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0454-5262>.



Keywords

Right to Silence, Sufferance Duty, Physical Examination of Body, Taking Body Sample, Determining of Physical Identity.

1. GİRİŞ

Susma hakkı ceza yargılamasının her safhasında isnat altında bulunanın kendi kendisini suçlayıcı beyanda bulunmak ya da bu yönde delil göstermekten kaçınabilmesini, bu yönde zorlanamamasını ifade eder. Hak, aynı zamanda şüpheli ya da sanığın sessizliğinin onun aleyhinde kullanılması önünde bir engeldir. Modern ceza sistemlerinin ve demokratik hukuk devletinin bir kazanımı olarak susma hakkı savunma hakkıyla, hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ve suçsuzluk karinesiyle ilişkilidir.

Türk hukuk sisteminde susma hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa (AY)'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, *“hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın çeşitli maddeleriyle de bazı ceza muhakemesi işlemlerinden önce sanığa susma hakkının hatırlatılması zorunlu kılınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde ise susma hakkına açıkça yer verilmiş olmamakla birlikte, Mahkeme susma hakkını adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin bir uzantısı olarak değerlendirmektedir.

Çalışmada öncelikle susma hakkının tanımı, niteliği ve işlevine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Sonrasında, şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin beyanda bulunmasına ilişkin CMK'nın 140. madde düzenlenmesi, şüpheli/sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirinin susma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalar ele alınacaktır. Anlatım sırasından yeri geldiğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin susma hakkı konusunda kararlarına ve yaklaşımına da yer verilecektir.

2. SUSMA HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ

Susma hakkının gerçek bir hak olarak suç şüphesi altında bulunan kimsele- re tanınması uzun bir gelişim sürecinin sonunda olmuştur. Orta Çağ'da uygulanan tahkik usulünde, gerçeğin ne pahasına olursa olsun açığa çıkarılması amacıyla hareket edildiği için, sanık yalnızca bir delil aracı olarak görülmüş ve zor yoluyla konuşurulmuştur.¹ Şüpheli yahut sanığa susmak ya da konuşmak konu-

¹ İngiltere'de 17. yüzyılın başlarında kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddeden sanıklar suçlarını ikrar etmiş sayılıyordu. Susma hakkı konusunda dönüm noktası 1637 yılındaki Lilburne

sunda bir tercih hakkının tanınması; ancak ceza muhakemesinde maddi gerçeğe insan onuruna dokunulmayacak biçimde ulaşılması gerektiği kabul edildikten sonra mümkün olabilmiştir.² Sanığın yargılama nesnesi olmaktan çıkıp, yargılama öznesine dönüşmesi ile savunma hakkı ve bu bağlamda susma hakkı bulunduğu kabul edilmiştir. Ceza yargılamasının tarihsel gelişim süreci içerisinde sanığın susma hakkını elde etmesi ulaşılan en önemli aşama olarak nitelendirilmektedir.³

Susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması, muhakemeye aktif bir biçimde katılma yükümlülüğünün olmaması şeklinde tanımlanabilir.⁴ Susma hakkı, savunma hakkının bir unsurudur ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu hak aynı zamanda, sanığın zorla konuşturulmasının önüne geçmeyi ve böylelikle işkence ve insanlık dışı muameleyi önlemek amacını da taşır.⁵ AY'nın 36/1 maddesine göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". AY'nın 38/5. maddesine göre ise, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". CMK'nın ifade alma ve sorgunun tarzı başlıklı 147. maddesi ise, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun şüpheli veya sanığa bildirilmesini bir zorunluluk olarak öngörmüştür (CMK m.147/1-e).

yargılaması olmuştur. Halkı yönetime karşı kışkırtan bir kitap yayımladığı iddiası ile tutuklanan Lilburne, mahkemede beyanda bulunması durumunda aleyhine sonuçlar doğabileceğini belirterek kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmiştir. Bunun üzerine Lilburne hapsedilmiş ve kırbaç cezasına çarptırılmıştır. Lilburne, kırbaç cezasının infazı sırasında toplanan kalabalığa uğradığı haksızlığı konusunda vaazda bulunmuştur. 1641'de parlamento Lilburne hakkında hükmedilen cezanın hukuka aykırı olduğunu ilen etmiş, Lilburne'u yargılayan mahkemeleri kaldırmış ve ceza davalarının engizisyon usulünde görülmesi yasaklanmıştır. Susma hakkı İngiliz hukukunda böylece ortaya çıkmıştır. Bkz. Anthony Gray, "Right to Silence", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2013, C. 16, S. 4, s. 531.

² Albin, Eser, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Çev: Nur Centel)", *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S. 3, s. 319 vd.; Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 134.

³ Recep Kibar, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997, s. 49.

⁴ Eser, a.g.m., s. 319; Klaus Volk / Armin Engländer, *Grundkurs StPO*, 8. Baskı, Münih, C. H. Beck Yayınevi, 2013, § 9, Randnummer (Rn.) 9.

⁵ Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem / Özge Sırma Gezer / Yasemin F. Saygılar Kırıt / Esra Alan Akcan / Özdem Özyayın / Efser Erden Tütüncü / Derya Altınok Villemin / Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 242; Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 96; Toroslu / Feyzioğlu, a.g.e., s. 134 vd; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 216;

Anayasal düzenlemeden anlaşılacağı üzere susma hakkı yalnız şüpheli veya sanığın beyanlarıyla ilgili değildir, yargılama makamlarına suçluluğunu gösteren delil vermemeyi de kapsamaktadır.⁶ Ayrıca şüpheli veya sanığa susma hakkının olduğu bildirilmeden elde edilen deliller hukuka aykırı delildir ve yargılamada kullanılamaz, kullanılması durumunda bu mutlak bir bozma sebebidir⁷ (CMK m.289/1).

AİHM'nin içtihatlarında susma hakkının 90'lı yıllardan itibaren yer bulmaya başladığı görülmektedir.⁸ Susma hakkına AİHS'nde açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, AİHM bu hakkı 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, susma hakkını adil yargılanma hakkının esasını oluşturan bir hak olarak nitelendirmekte ve hakkaniyetli bir yargılamanın sağlanması bakımından bir ölçüt olarak değerlendirmektedir.⁹ Buna göre, susma hakkı, yetkililerin uygun olmayan davranışlarına karşı sanığın korunmasına, adli hataların önlenmesine ve 6. maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Ceza davasında iddia makamı iddialarını sanığın arzusu hilafına baskı ve zorla elde edilen kanıtlara dayanmadan ispat etmelidir. Susma hakkı suçsuzluk karinesi ve kendini suçlamama hakkıyla sıkı bir ilişki içindedir.¹⁰

Susma hakkının niteliği konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur. Susma hakkının gerçek anlamda bir hak olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, susma hakkı şüpheli ya da sanığa tanınmış subjektif bir hak değildir; çünkü kanun koyucu hâkimlere şüpheli veya sanığın yalan beyanlarının aksini ispat etme yönünde yetki tanımıştır. Susma hakkı ile amaçlanan, susan şüpheli veya sanığın cezalandırılmamasını ve konuşmaya zorlanmamasının güvence altına almaktır.¹¹ Susma hakkının subjektif bir hak olduğunu savunanlara göre ise bir hak olup olmadığını tespit için ölçüt alınması gereken hukuki korumadan faydalanıp faydalanmadığıdır. Susma hakkının ihlal edilmesi yasaca cezalandırıldığına göre, susma hakkı şüpheli veya sanığa tanınmış subjektif bir hak niteliğindedir.¹² Susma hakkının niteliği konusunda kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir.

⁶ Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Ankara, Beta Yayınevi, 2006, s. 143 vd.

⁷ Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 207.

⁸ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 272.

⁹ Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2018, s. 166; Jens Meyer-Ladewig / Stefan Harrendorf / Stefan King, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar*, (Ed: Stefan von Raumer), 4. Baskı, Basel, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017, EMRK Artikel 6 Recht auf ein faires Verfahren, Rn., 129.

¹⁰ AİHM, Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996 T., 19187/91 Başvuru No (BN.), paragraf (p.), 68-69. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58009> (E.T: 31.08.2019).

¹¹ Faruk Erem, "Susma Hakkı", *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 299.

¹² Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1986, s. 427; Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 91, s. 164 vd.

Öğretide bir görüş, susmayı ifade özgürlüğünün pasif olarak kullanılması şeklinde değerlendirmektedir. Buna göre; ifade özgürlüğünün pasif şekilde kullanılması, negatif bir savunma fonksiyonuna haizdir. Şüpheli veya sanığa ceza yargılaması sürecinde tanınan bu hak, ifade özgürlüğünün ceza muhakemesine yansımalarıdır ve şüpheli veya sanığa tanınan en temel haklardır. Bu görüşe göre, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğünü pasif olarak kullanabilmesi susma hakkı ile güvence altına alınmıştır.¹³ Belirtelim ki, susma hakkı ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilemez. Susan şüpheli veya sanık ifade özgürlüğünü değil savunma hakkını kullanmaktadır. Bu bakımdan susma hakkına ilişkin değerlendirmelerin, ifade özgürlüğü alanına ilişkin argümanlarla değil; susma ve kendisini suçlamama hakkı ile ceza muhakemesinin genel ilkeleri bağlamında yapılması gerekir.¹⁴

Sanığın susma hakkı varsa da konuşması durumunda doğruyu söylemek zorunda olduğu şeklindeki düşünceler isabetli değildir.¹⁵ Her ne kadar tanığın yahut bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğü bulursa ve aksi durum yaptırım altına alınmış olsa da aynı şey sanık bakımından geçerli değildir.¹⁶ Susma hakkı, şüpheli veya sanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunma hakkını da içerir. Şüpheli veya sanık, yalan söyleyebilir ve bu durumdan onların aleyhine sonuç çıkarılamaz. Şüpheli veya sanığın yalan beyanda bulunmasının, yargılamada olumsuz etkileri olacağı şeklinde yapılan değerlendirmeler, susma hakkına, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder.¹⁷

Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın kendisini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya ya da bu yolda delil göstermeye zorlanmaması ikincisi ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesidir.¹⁸ Susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesi, Türk Ceza Kanunu (TCK)

¹³ Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1994, s. 102 vd.; Micheal Huber, "Grundwissen- Strafprozessrecht: Schweigerecht des Beschuldigten", *Juristische Schulung*, 2007, C. 47, S. 8, s. 711; Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 32.

¹⁴ Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205.

¹⁵ Şahin, a.g.e., s. 115.

¹⁶ Turan Tufan Yüce, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1, s. 160 vd.

¹⁷ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, s. 418 vd.; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1*, 4. Baskı, İstanbul, Acar Yayınevi, s. 310; Toroslu / Feyzioğlu, a.g.e., s. 136; Ufuk Toprak, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 7, s. 264; Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205 vd.

¹⁸ Yaltı, a.g.e., s. 139.

m.26/1’de yer verilmiş olan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülmelidir.¹⁹ Söz konusu hak, yalnız sanığın kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak susmasını değil muhakeme işlemlerine aktif olarak katılmasını da kapsar. Yani, şüpheli veya sanık, isnat edilen suçla ilgili olarak beyanda bulunmamanın yanında, diğer muhakeme işlemlerine aktif olarak katılmama hakkına da sahiptir.²⁰ Şüpheli veya sanığın pasif kalacağı muhakeme işlemleri bakımından ise böyle bir hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir.²¹ Söz konusu hal katlanma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Buna göre; şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için kendisine karşı yapılan işlemlere karşı koymamak, boyun eğmek yükümlülüğü altındadır. Katlanma yükümlülüğü kapsamında yer alan muhakeme işlemleri bakımından, şüpheli veya sanığın direnmesi durumunda zor kullanılması da mümkündür. Katlanma yükümlülüğünün sınırını susma hakkının bir parçası olan kendisi aleyhinde beyanda bulunmaya veya delil vermeye zorlanma yasağı oluşturmaktadır. Böyle bir yükümlülüğün bulunmasının sebebi ise ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının gerçekleştirilmesidir. Şüpheli veya sanık bakımından birtakım zorlama ve özgürlükler alanına müdahale eden işlemler olmaksızın ceza muhakemesinin amacına ulaşması mümkün değildir.²² Ancak katlanma yükümlülüğü ve susma hakkı arasındaki bu ilişki tüm ceza muhakemesi işlemleri bakımından belirgin olmayıp, bazı muhakeme işlemleri bakımından tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

3. SUSMANIN ÇEŞİTLERİ VE SONUÇLARI

Şüpheli veya sanık bir savunma yöntemi olarak susabilir ve bu şekilde kendisi aleyhine olacak biçimde iddia makamının eline bir kanıt vermemiş olur.²³ Şüpheli veya sanık tamamen susabileceği gibi, geçici olarak yahut kısmen de susabilir. Tamamen susma, şüpheli veya sanığın isnat edilen suç hakkında ya-

¹⁹ Erem, a.g.m., s. 298; Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205.

²⁰ Rolf Stürmer, "Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, C. 34, S. 33, s. 1757; Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Baskı, Hiedelberg, C. F. Müller Yayınevi, 2012, § 7, Rn., 127.

²¹ Centel / Zafer, a.g.e., s. 164, 175; Huber, a.g.m., s. 711.

²² Centel / Zafer, a.g.e., 186 vd. "Esasen, ceza muhakemesi işlemlerinin pek çoğu şüpheli veya sanığın üzerinde çoğu kez belirli düzeyde bir zor kullanılmasıyla gerçekleşir. Bu zor da şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ile açıklanır. Ancak hemen ifade etmek isteriz ki, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün belirli sınırları vardır ve olmalıdır." Bkz. Zekiye Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 125.

²³ Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 142 vd.

pılmakta olan muhakemenin tamamı boyunca susmasını ifade eder. Tamamen susmanın hiçbir biçimde sanık aleyhine kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Suç isnadı altında bulunan kimsenin kimliğine ilişkin bilgiler dışında susması yahut yalnızca suçu işlemediğini söylemesi de tam susma olarak değerlendirilmektedir. Geçici susma ise ceza muhakemesinin değişik evrelerinde susma hakkının kullanılmasını ifade eder. Kolluğu ifade alması sırasında susan şüphelinin, mahkemede sorgusunda konuşması geçici susmaya örnek verilebilir.²⁴ Geçici sessizliğin şüphelinin/sanığın aleyhine kullanılmasının susma hakkının özüne aykırı olduğu; bu nedenle geçici susmanın aleyhte olacak şekilde değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Kısmi susma ise şüpheli/sanığın bazı bilgileri vermektan kaçınmasını ifade etmektedir.²⁵ Ne şekilde olursa olsun susmanın aleyhe kabul edilemeyeceği ağırlıklı olarak savunulmaktadır.²⁶ Ancak kısmi susma bakımından aksi görüşler de bulunmaktadır.²⁷

Şüpheli/sanığın kendisine isnat edilen suçla ilgili olarak susması, aleyhine değerlendirilemez. Suç isnadı altında bulunanın susmasından hareketle, suçu işlediğine dair yorum getirilemez.²⁸

*“Ceza Yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlanması ondan beklenemez, kaldı ki CYUY'nın 135'nci maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın “sükût ikrardan gelir” deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylene-meyeceği gibi, savunmasını kanıtlanması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenseldir”.*²⁹

²⁴ Sanığın böyle bir tercihte bulunmasının nedeni savunması bakımından bir taktik olabilir. Soruşturma dosyasına tam erişimin sağlanması yahut bir tanığın beyanda bulunmak üzere beklenmesi gibi nedenler bulunabilir.

²⁵ Hartmut Schneider, “Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, C. 37, S. 2, (2), s. 73; Şahin, a.g.e., s. 109 vd.

²⁶ Beulke, a.g.e., § 7, Rn., 125; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Duruşma)*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 163.

²⁷ Friedrich Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi, 1999, s. 42 vd.; Stürner, a.g.m., s. 1763.

²⁸ Klaus Miebach, “Der teilschweigende Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, C. 20, S. 5, s. 242; Toprak, a.g.m., s. 264 vd.

²⁹ Yarg. CGK., 1993/6-81 E., 1993/110 K., 19.04.1993 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, Yarg. HGK., 2003/7-438 E., 2003/463 K., 02.07.2003 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

Şüpheli/sanığa bir yandan susma hakkı tanıyıp, öte yandan bu hakkını kullanmasını onun aleyhine yorumlamak hukuk mantığına da ters bir durumdur.³⁰ Susma hakkının kullanılmış olması, suçun ikrar edildiği anlamına gelmeyeceği gibi inkâr edildiği anlamına da gelmez. Bu nedenle, sanığın susma hakkını kullanmış olması takdiri indirim nedenlerinin hakkında uygulanmasına bir engel teşkil etmemelidir.³¹

Suç şüphesi altında bulunan kişinin bazı hallerde susup bazı hallerde konuşmasının yani kısmi veya geçici susmanın nasıl değerlendirileceği konusu tartışmalıdır. Almanya'da bu gibi hallerde sanığın susmasının olumsuz değerlendirilebileceği şeklinde bir görüş de bulunmaktadır,³² ancak hâkim görüş, kısmi susmanın da şüpheli/sanık aleyhine kullanılmaması gerektiği yönündedir.³³ Gerçekten hem susma hakkı verip hem bunun kullanılmasını aleyhe yorumlamak mümkün değildir. Şüpheli ya da sanığın hangi nedenlerle kısmi olarak susmayı tercih ettiği muhakeme makamlarını ilgilendiren bir husus değildir. Kısmi olarak susulması durumunda, ancak şüpheli ya da sanığın susana kadar söylediklerinden sonuç çıkarılabilir. Şüpheli veya sanığın susana kadar yaptığı açıklamalar, sonradan sustuğu için onun aleyhine bir karine teşkil etmeksizin, diğer delillerle birlikte değerlendirilmelidir. Suçsuzluk karinesi ile şüpheden sanık yararlanır ilkesi de bunu gerektirir.³⁴

AIHM, John Murray- Birleşik Krallık davasında sanığın sessiz kalmasının aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı, sanığın sessiz kalmasının aleyhine olacağı şeklinde önceden uyarılmasının baskı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır.³⁵ Mahkeme, sanığın mahkumiyetinin tek başına susmaya dayandırılmayacağına, sanık tarafından açıklaması gereken bir delilin ortaya çıkması durumunda sanığın sessiz kalmasının dikkate alınabileceğine, kararın gerekçeli olması ve üst mahkemeye denetlenmesi gibi güvencelerin varlığı halinde sanığın susmasından sonuç çıkarılabileceğine karar vermiştir.³⁶

³⁰ Toprak, a.g.m., s. 265.

³¹ Yarg. 4. CD., 2002/16315 E., 2002/19209 K., 25.12.2002 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Huber, a.g.m., s. 711; Schroeder / Yenisey / Peukert, a.g.e., s. 42 vd.; Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 69.

³³ Miebach, a.g.m., s. 242.

³⁴ İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 60; Şahin, a.g.e., s. 112 vd.

³⁵ İnceoğlu, a.g.e., s. 281.

³⁶ AIHM, John Murray v. Birleşik Krallık, 28.10.1994 T., 14310/88 BN., p., 47, 54. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57895> (E.T.: 31.08.2019).

Kısmi ya da geçici susma hallerinin şüpheli ya da sanığın suçlu olduğuna yolculması, onların ifadeleri yoluyla ele geçirilebilecek olan delillere ulaşma ihtimalini de ortadan kaldıracaktır. Nitekim kısmen susması halinde suçlu olarak kabul edileceğini düşünen sanık tamamen susmayı tercih edebilecektir. Ülkemizde, kısmi susma durumlarında, sanığın sonradan yaptığı açıklamaların doğru olmadığı düşünülerek şüpheli ya da sanık hakkında takdir hakkı olumsuz olarak kullanılmaktadır. Yargılama makamlarında böyle önyargılı biçimde tutum alınması, susma hakkının amacıyla bağdaşmayan bir durumdur. Sanığın susma hakkını kullandıktan sonraki beyanları, tarafsız ve objektif bir şekilde değerlendirilmelidir. Kanunun amacına uygun ve adil bir yargılanma yapılması takdir hakkının yalnızca bu şekilde kullanılması halinde mümkün olabilecektir.³⁷

Son olarak belirtmek isteriz ki, sanığın susması aleyhine değerlendirilemeye de bazı durumlarda sanık, susma hakkını kullandığı için yasal indirimlerden yararlanamayabilecektir. Buna örnek olarak, etkin pişmanlık indirimi gösterilebilir. Şüpheli ya da sanığın hukuk bilgisinin genellikle çok az olduğu düşünüldüğünde, susma hakkının kullanılması bağlamında bir müdafiden yardım alması önem arz etmektedir.³⁸

4. SUSMA HAKKINA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

Bu başlık altında, sanığın kimlik bilgilerine ilişkin beyanda bulunmayı reddetmesi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirinin susma hakkı bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Belirtelim ki, susma hakkının sınırının ne olması gerektiği konusu, çatışan çıkarılardan hangisine üstünlük verileceği ile yakından ilgilidir. Eğer maddi gerçeğin bulunması sanığın bir muhakeme objesi olması pahasına isteniyorsa bu durumda sanığın susma hakkı rahatlıkla sınırlanabilecektir. Sanığın bir muhakeme süjesi olarak görüldüğü ve insan onuruna saygının ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği bulmaktan üstün tutulduğu hukuk sistemlerinde ise susma hakkının kapsamı daha geniş olacaktır.³⁹

A. Şüpheli/Sanığın Kimlik Bilgileri Konusunda Susması

İfade ve sorgunun tarzı başlıklı CMK m.147'ye göre, ifadesi alınan veya sorguya çekilenin kimliği⁴⁰ tespit edilir. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları

³⁷ Kocaoğlu, a.g.m., s. 47 vd.

³⁸ Kocaoğlu, a.g.m., s. 47 vd.

³⁹ Eser, a.g.m., s. 325.

⁴⁰ Hukuksal ve adli açıdan bakıldığında kimlik; kişinin adı, soyadı, anne ve baba adı, doğum yeri ve tarihi ile nüfusa kayıtlı olduğu yeri gösteren bilgi kümesini ifade etmektedir. Kaygusuz, a.g.m., s. 86.

doğru cevaplandırmak zorundadır.⁴¹ Madde gerekçesinde ise susma hakkının, AİHS'nin 6. maddesinde yer alıp en temel insan haklarından birisini oluşturan suçsuzluk karinesinin tamamlayıcı unsuru olduğu; ancak susma hakkının, “*isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamayı*” kapsadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda gerekçede ifadesi alınan veya sorguya çekilenin kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Aksi halde kişinin cezai sorumluluğu doğabilecektir. TCK m.206 ile resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak, 268. madde ile de başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmak suç olarak düzenlenmiştir.⁴² Diğer taraftan Kabahatler Kanunu m.40'a göre ise kamu görevlilerine kimlik bilgilerini vermeyenler hakkında idari para cezasına hükmedilebileceği gibi, bu kimseler kimlikleri belirlenene kadar gözaltında tutulabilecekler ve gerekli olması halinde tutuklanabileceklerdir.⁴³

Susma hakkı beyanda bulunmama ve aleyhine olacak şekilde delil vermeyi kapsamaktadır. Şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri konusunda beyanda bulunmaya zorlanıp zorlanmayacağına ilişkin tartışma da beyan delili noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, susma hakkı yalnız muhakemesi yapılan işi kapsar. Bu bağlamda kimliğine ilişkin noktalarda şüpheli veya sanık susma hakkı olduğunu ileri süremeyecektir. Şüpheli veya sanığın suçlama ile ilgili olmayan beyanları susma hakkı kapsamında değerlendirilemez.⁴⁴ Aynı yönde bir başka görüşe göre ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m.4/A'da bulunan ve polislere kişileri durdurup kimlik sorma yetkisi veren düzenleme karşısında, şüpheli/sanığın kimlik bilgilerinin de susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁴⁵

⁴¹ Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 240, 268; Kaygusuz, a.g.m., s. 91; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e. s. 217; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 243; Tosun, a.g.e., s. 753; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Asil Yayınevi, 2006, s. 106; Toroslu / Fezyioğlu, a.g.e., s. 136.

⁴² Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e., s. 217; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 243.

⁴³ Cüneyt Altıparmak, “Kimliğini Bildirmeme Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, S. 23, s. 104. Yazar ayrıca, bu kabahat için tutuklama yapılmasının CMK m.100'deki koşullara tabi olmadığını, burada tutuklamaktan amaçlananın faili belli bir yönde hareket etmeye zorlamak olduğunu da belirtmektedir.

⁴⁴ Ali Ersin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 16; Erol Cihan, “50. Yılında Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50 S. 1-4, s. 145; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Muhakeme), 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 207; İzzet Özgenç, “Suç Zanlısının Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1995, C. 19, S. 1-2, s. 136-138; Rasih Feridun Sencer, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, C. 78, S. 2, s. 144; Toroslu / Fezyioğlu, a.g.e., s. 136; Ziyaettin Kaygusuz, “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2008, C. 10 S. 1, s. 91.

⁴⁵ Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 89.

Aksi görüşe göre ise şüpheli/sanık hiçbir soruya cevap vermeye mecbur tutulmamalı; kendisini savunmak maksadıyla kimliğini gizli tutabilmelidir. Şüpheli/sanığın kimliğinin bilinmesi, yargılama makamlarınca onun cezalandırılmasını ya da cezasının artırılmasını gerektiren unsurların bulunmasını sağlamış olacaktır.⁴⁶ Şüpheli/sanığın kimliğini kendi ifadesiyle belirleyen soruşturma ya da kovuşturma organı, elindeki bilgilerle özgeçmiş araştırmasına girişebilecek ve yapılan araştırmalar sonucu sanığın aleyhine, sanığı daha zor durumda bırakacak verilere ulaşabilecektir. Şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin bilgilerin esası ilgilendirmedigi her durumda söylenemeyecektir. Bu nedenlerle, şüpheli ya da sanığı kimlik bilgileri konusunda konuşmaya zorlamak susma hakkının amacıyla bağdaşmaz.⁴⁷

Öğretide bir görüş; şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin sorular ile akrabalık ilişkileri, çocukluk ve gençlik döneminin ne şekilde geçtiği gibi kişisel ilişkilerine ilişkin açıklamaları arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, kişinin kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplama katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir; ancak kişisel ilişkilerine ve özgeçmişine ilişkin açıklama yapmak zorunda bırakılması, kendi aleyhine delil vermeye zorlanmama hakkına aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda örneğin, kişinin yakın çevresine ulaşılması ve bu sayede suçla ilgili delil elde edilmesi fevkalade kolaylaşacaktır.⁴⁸

Benzer görüşe göre, kimliğini bildirmek kendini suçlamak anlamına gelebilecekse bu halde susma hakkına öncelik tanınmalıdır. Buna göre, kimliğe ilişkin beyanda bulunmasının esasa ilişkin bilgi vermek ve kendini suçlamak neticesini doğuracağı durumlar bakımından, kanunen öngörölmüş olan zorunluluğa istisna getirilmelidir. Bunun gibi bir durumlarda şüpheli veya sanık kimliğini beyana mecbur bırakılmamalıdır.⁴⁹ Kimlik bilgileri konusunda beyanda bulunmayan sanık bakımından ise fizik kimliğinin tespiti işlemi yapılabilir.⁵⁰

AİHM de kimlik bilgilerinin verilmesine dair bir zorlama olsa dahi, trafik düzeninin ihlali hallerinde sürücülerin idare hukukundan doğan birtakım yükümlülüklerinin olduğu değerlendirmesini yaparak, polise kimliğini bildirme-

⁴⁶ Kunter / Yenisey, a.g.e., s. 418; Eser, a.g.m., s. 325.

⁴⁷ Joseph R. Ashby, "Declining to State a Name in Consideration of the Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", *Michigan Law Review*, 2006, S. 104, s. 784; Toprak, a.g.m., s. 263.

⁴⁸ İnci, a.g.m., s. 134.

⁴⁹ Demirbaş, a.g.e., s. 131; Şahin, a.g.e., s. 106-108.

⁵⁰ Ömer Ömeroğlu, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 115, s. 71 vd.

yen ya da yanlış bildirimde bulunan kişilerin cezalandırılmasını susma hakkına aykırı görmemiştir.⁵¹

Kanaatimizce, şüpheli veya sanık kimliğine ilişkin dahi olsa hiçbir soruya cevap vermek zorunda bırakılmamalıdır. Kimliğin tespiti; özgeçmiş, sabıka durumu, suça tanık olanların tespiti gibi şüpheli/sanığın aleyhine olarak pek çok hususun ortaya çıkarılmasına hizmet edecektir. Ayrıca kimliği konusunda konuşmayan şüpheli hakkında iddianame düzenlenmesi de mümkündür.⁵² İddianame düzenlenebilmesi bakımından şüphelinin birey olarak belli olması yeterlidir. Kişinin susma ve kendi kendisini suçlamama hakkı karşısında aksini kabul mümkün değildir.

B. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, suçu aydınlatmak ve delil elde etmek amacıyla başvurulmuş bir koruma tedbiridir.⁵³ Hâkimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli, sanık yahut diğer kişilerin muayene edilmesi ya da vücutundan örnek alınması mümkündür. Söz konusu koruma tedbiri, şüpheli ve sanık bakımından da mağdur bakımından da uygulama alanı bulabilir.⁵⁴ Bu başlık altında sanığın rızasına

⁵¹ AlHM, O'Halloran and Francis v. Birleşik Krallık, 29.06.2007 T., 15809/02-25624/02 BN., p., 62, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-116467> (E.T.: 31.08.2019); AlHM, Luckhof ve Spanner v. Avusturya, 10.01.2008 T., 58452/00-61920/00 BN., p., 57-58, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-84317> (E.T.: 31.08.2019).

⁵² Centel / Zafer, a.g.e., s. 530. Yazarlara göre, failin kim olduğu biliniyorsa geçici bir kimlikle iddianame düzenlenmesi mümkündür. Ancak CMK'nın 170/3. madde düzenlemesinde iddianamede yer alan unsurlar arasında şüphelinin kimliğine de yer verilmiştir. Bu yüzden uygulamada şüphelinin kimliğinin tereddüde neden olmayacak bir biçimde tespit edilmesi gerektiği, aksi durumda dava açılmayacağı kabul edilmektedir. Yarg. 7. CD., 2007/4866 E., 2007/11717 K., 26.12.2007 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Öğretide de bu yönde görüşler bulunmaktadır. Bkz. Kaygusuz, a.g.m., s. 92; Ömeroğlu, a.g.m., s. 71.

⁵³ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK'nın 75 vd. maddelerinde, birinci kitabın "tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşif" başlığını taşıyan üçüncü kısmında "gözlem altına alınma, muayene, keşif ve otopsi" başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmiştir. CMK'da düzenlendiği yer nedeniyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hukuki niteliği konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının karma nitelikli bir kurum olduğu savunulmaktadır. Görüşlere ilişkin ayrıca bkz. Pervin Aksoy İpekçiöğlü, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu" (Örnek Alma), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2., s. 116 4 vd.; Gedik, Doğan / Topaloğlu, Mahir, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 170. Kanaatimizce, kişinin vücut bütünlüğüne ağır bir müdahale teşkil ettiğinden ve delillerin kaybolmasını önlemek amacı güttüğünden beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bir koruma tedbiri niteliğindedir. Ancak bu işlemin bir tabip ya da sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmasının ve elde edilen örneklerin ise bilirkişi tarafından incelenmesinin bir zorunluluk olması nedeniyle bilirkişi incelemesi niteliği de bulunmaktadır. Aynı yönde Aydın AYGÜN, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 8, s. 53.

⁵⁴ Öğretide yerinde olarak; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının iki farklı işlem olduğu belirtilmektedir. Buna göre; beden muayenesinde amaç, delil elde edilmesidir. Vücuttan örnek alınması ile amaçlanan ise daha önce elde edilmiş olan delillerin şüpheli, sanık ya da diğer kişi-

aykırı olarak muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınmasının susma hakkına aykırı olup olmadığı tartışılacaktır. Acaba susma hakkını kullanan sanık, bedeninin muayene edilmesine yahut vücudundan örnek alınmasına katlanmak zorunda mıdır?

Beden muayenesi⁵⁵ ve vücuttan örnek alınması işlemleri, bireyin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden işlemlerdir. Suç izlerine ulaşmak ve eldeki de-

lerden alınan örneklerle karşılaştırılmasıdır. Bkz. Centel / Zafer, a.g.e., s. 312; Donay, a.g.e., s. 141; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e., s. 449; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 530; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 639.

⁵⁵ Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi tedbiri; dış beden muayenesi ve iç beden muayenesi bakımından farklı koşullara tabii tutulmuştur. Kanun koyucu CMK m.75 ile iç beden muayenesinin koşullarını belirlemiş; dış beden muayenesi bakımından ise gerçekleşmesi gereken koşullar ve koruma tedbirine karar vermeye yetkili makam bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. Madde gerekçesinde ise dış beden muayenesinin ayrıca düzenlenmediği, soruşturma ve kovuşturma makamlarının herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın bu işlemi kendilerinin yapabileceği belirtilmiştir. Gerekçedeki söz konusu ifadeler nedeniyle kanun koyucunun dış beden muayenesini bir üst arama olarak kabul ettiği değerlendirilmektedir. Bkz. Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 271; Aygün, a.g.m., s. 53. Bu bağlamda öğretide dış beden muayenesini bir arama tedbiri olarak değerlendirilmesi ve aramaya ilişkin koşulların dış beden muayenesi bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bir görüş savunulmaktadır. Bkz. Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Eden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 530. Bir başka görüşe göre; dış beden muayenesi yapılabilmesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp, soruşturma ve kovuşturma organları söz konusu işlemi yapabilirler. Bkz. Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 58; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakar, a.g.e., s. 343. İç beden muayenesinin dış beden muayenesine arama tedbirinden daha çok benzediği ve vücut bütünlüğüne müdahale teşkil edecek nitelikte bir işlem olduğundan, iç beden muayenesine ilişkin koşul ve kuralların dış beden muayenesi bakımından kıyasen uygulanması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. Gizem, Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2964. Son olarak bir başka görüşe göre; dış beden muayenesinin kişinin beden bütünlüğüne bir müdahale teşkil ettiği; bu tedbirin de mutlaka Kanunla düzenlenmesi gerektiği, aksi durumunun Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık oluşturduğu da belirtilmektedir. Aygün, a.g.m., s. 54; Centel / Zafer, a.g.e., s. 317; Turhan, a.g.e., s. 289. Recep Doğan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 142, s. 129. Aynı yönde görüş belirten Ünver ve Hakeri, dış beden muayenesi bakımından iç beden muayenesine ilişkin koşul ve kuralların kıyasen uygulanmasının ise mümkün olmadığını belirtmektedir. Nitekim dış beden muayenesi kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğindeki bir işlemdir ve mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği gibi, kısıtlayıcı hükümler bakımından kıyas yoluna da gidilemez. Kanuni bir düzenleme bulunmaksızın dış beden muayenesi yapılması bu nedenle hukuka aykırıdır. Bkz. Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 271; Kanaatimizce, kanun koyucunun dış beden muayenesine ilişkin kanuni bir düzenleme yapmamış olması ve 75. Maddenin gerekçesinde yer verilen ifadeler bu tedbirin arama tedbiri olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Nitekim dış beden muayenesi ilgili yönetmelikte "Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi ..." şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu işlemin kişi haklarına müdahale teşkil ettiği açıktır. Bu nedenle ilgili işlem bakımından açık bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Halihazırda ise iç muayeneye ilişkin koşul ve kuralların kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Aynı yönde bkz. Öztürk, Bahri / Kazancı, Behiye Eker / Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 156. Alman hukukunda beden muayenesi basit vücut müdahalesi ve diğer müdahaleler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Ayrımın temellinde ise muayenenin vücudun yaralanmasına neden olup olmaması bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere; kan alınması, derinin altına müdahale edilmesi gibi işlemler vücuda yapılan diğer müdahaleler olarak sınıflandırılmaktadır. Vücut boşluğunda yapılan

lilleri değerlendirmek bakımından söz konusu tedbirlere başvurmak kaçınılmaz bir ihtiyaçtır.⁵⁶ Söz konusu tedbirler CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde düzenlenmiştir. 75. madde şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını; 76. madde ise diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını düzenlemiştir. İncelenen konu bakımından, madde düzenlemeleri arasındaki önemli bir fark, 76. madde ise tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara, onların rızası dışında müdahale edilemeyeceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Şüpheli veya sanığa böyle bir hak tanınmamıştır. Belirtelim ki, kanun koyucunun muhakemenin merkezinde bulunan şüpheli veya sanığa aleyhine olabilecek deliller gösterme bakımından tanımadığı bu hakkı tanıklıktan çekilebilecekler tanınması bir çelişki olarak ifade edilmektedir.⁵⁷

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi için kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda ne şekilde hareket edileceği kanunla düzenlenmiş bir husus değildir. Hareket tarzı, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in (Muayene Yönetmeliği) 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "... şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemler alınır". Buna göre, ilgili kimsenin rızasının bulunmaması durumunda karar zorla yerine getirilecektir. Ancak Cumhuriyet Savcılığınca alınacak önlemlerin içeriği belirsizdir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bireyin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliğindedir. Vücut bütünlüğüne yönelik bu müdahale ancak tıbbi zorunluluk halinde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tıbbi bir müdahale niteliğinde olduğu için kişilerin rızasının da bulunması lazımdır. Bu bakımdan şüpheli, sanık veya diğer kişilerin rıza vermemesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağına ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Muayene Yönetmeliğinde bulunan söz konusu düzenlemenin bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır.⁵⁸ AY'nin 17/2 düzenlemesine göre, "*Tıbbi*

araştırmalar ise basit vücut muayenesi olarak kabul edilmektedir. Öğretide Türk hukukunda da iç ve dış beden muayenesi ayrımı yerine bu ayrımın benimsenmesinin daha uygun düşeceği yönünde bkz. Turhan, a.g.e., s. 290.

⁵⁶ Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma" (Beden Muayenesi), *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. 70, S. 1, s. 21.

⁵⁷ Karakehya, Duruşma, s. 162.

⁵⁸ Centel / Zafer, a.g.e., s. 327; Doğan, a.g.m., s. 130; İnci, a.g.m., s. 141; İpekçioğlu, Örnek Alma, s. 1170; Mahmut Kaplan / Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, s. 128; Özge Apiş, "Ceza Muhakemesi Hu-

zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

Mevcut düzenlemeler karşısında, şüpheli/sanığın rızası olmaksızın, zorla muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması AY'nin 17/2 hükmüne aykırıdır. CMK ile rızası bulunmayan şüpheli/sanığın muayenesine ilişkin Yönetmelikteki benzer bir düzenlemenin yapılması durumunda susma hakkı bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu halde sanığın rızasına aykırı olarak ilgili işleme zorlanması kendisi aleyhine delil verme yasağına aykırılık oluşturur mu?

Bir görüşe göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin zorla uygulanması sanığın susma hakkını ihlal eder niteliktedir; çünkü elde edilecek deliller şüpheli/sanığın aleyhine kullanılabilir. Oysa AY m.38/5'e göre, kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.⁵⁹ Bu bakış açısının muayeneyi vücut dili ile verilmiş bir ifade olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür.

Bir başka görüşe göre, vücuttan örnek alınması sanığın susma hakkı kapsamında değerlendirilemez. Nitekim bu hal şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü kapsamında kalmaktadır. Susma hakkı şüpheli/sanığın bildiklerini aktarması ile sınırlı bir biçimde anlaşılmalıdır.⁶⁰ Bu bağlamda, susma hakkını kullanan sanığın rızası dışında vücudundan örnek alınması durumunda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği de söylenemez. Nitekim bu kanunen öngörülmüş bir koruma tedbiri olup AY'nin 35. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.⁶¹ Bu halde sanık pasif bir konumda bulunmaktadır. Şüpheli/sanıktan aktif bir katılımın istenmediği durumlarda susma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir.⁶²

kukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C. 18, S. 1, s. 283. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5271 sayılı CMK'dan önceki döneme ilişkin olarak 2003 yılında Türkiye'ye ilişkin verdiği Y.F. v. Türkiye kararında, bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine, şüphelinin gözaltındayken zorla genital muayeneye maruz kalmasının İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin ihlali sayılması gerektiğine karar vermiştir. AİHM, Y.F. v. Türkiye, 22.07.2003 T., 24209/94 BN., p., 41-44. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-125619> (E.T.: 31.08.2019). Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin tüm düzenlemelerin, tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi ve sıkı koşullara bağlanması gerekir.

⁵⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 256.

⁶⁰ Kunter / Yenisey, a.g.e., s. 148.

⁶¹ Aygün, a.g.m., s. 67; Dursun, a.g.m., 2989; İpekçioğlu, Örnek Alma, s. 1169.

⁶² Ersin, a.g.m., s. 200; Apış, a.g.m., s. 283. Doğan, a.g.m., 112 vd.; Kaplan / Aydın, a.g.m., s. 118 vd.; Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk*

Benzer şekilde, beden muayenesinin de her koruma tedbirinde olduğu gibi potansiyel bir zorlamayı içinde barındırdığı, bu nedenle rızası bulunmayan şüpheli/sanığı; tutmak ya da bağlamanın susma hakkına aykırı olmayacağı savunulmaktadır. Ancak bu görüştekilere göre; şüpheli veya sanığa sakinleştirici iğne yapılması ancak rıza ile mümkündür.⁶³

Bir başka görüş ise muayene ve örnek alınması durumunda esasen şüpheli veya sanığın pasif durumda bulunmadığını bu nedenle ilgili işlemin katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Buna göre; muayene sırasında şüpheli veya sanıktan belli hareketleri yapması istenecek veya idrar tahlili istendiğinde örnek vermesi gerekecektir. Tüm bunlar ise kişinin aktif bir harekette bulunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle de muayene ve örnek alma bakımından sanığın bir katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenemez. Rızasına aykırı olarak şüpheli/sanığın muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması bu bağlamda susma hakkına aykırılık teşkil edecektir.⁶⁴

Son olarak bir başka görüş susma hakkı ile ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı arasında bir denge kurmayı amaçlar. Buna göre, susma hakkının geniş yorumlanması maddi gerçeğe ulaşma amacını tehlikeye düşürür, öte yandan muayene ve örnek alınması konusunda şüpheli/sanığın iradesinin hiçbir biçimde esas alınmaması ise kendi kendini suçlamama ve susma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından suç üstü halleri hariç olmak üzere şüpheli veya sanığın rızasının aranması gerektiği savunulmaktadır.⁶⁵

AİHM, sanığın iradesinden bağımsız olarak var olan, kan, nefes, idrar, DNA örnekleri ve vücut dokularının elde edilmesini, kendini suçlamaya zorlanamama yasağının ihlali olarak görmemektedir.⁶⁶ Bu tür delillerin, sanıktan zorlayıcı metotlarla elde edilmesini uygun bulan⁶⁷ mahkeme, söz konusu zorla-

Fakültesi Dergisi, 2008, C. 7, S. 1-2, s. 693; Luis Greco / Christian Caracas, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, C. 35, S. 1, s. 11 vd.; Steffen Cramer, "Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, C. 16, S. 5, s. 214; Karakehya, Muhakeme, s. 213 vd. Ayrıca yazara göre, sanığın vücudundan alınan bu tür örnekler birer delil değil delil değerlendirme aracıdır.

⁶³ Öztürk / Tezcan / Erdem / Gezer / Saygılar Kırıt / Özaydın / Alan Akcan / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 537.

⁶⁴ İnci, a.g.m., s. 140.

⁶⁵ Kan Aydın, a.g.m., s. 171 vd.

⁶⁶ AİHM, Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996 T., 19187/91 BN., p., 69, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58009> (E.T.: 31.08.2019).

⁶⁷ AİHM, P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, 25.09.2001 T., 44787/98 BN., p., 80, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59665> (E.T.: 31.08.2019).

manın işkence yasağını düzenleyen üçüncü maddesine göre asgari ağrı eşiğini aşmaması gerektiğini de vurgulamıştır.⁶⁸ Beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı özel hayata saygı hakkının düzenlendiği sekizinci madde kapsamında ele alan AİHM'ye göre, kanunla öngörüldüğü ve ölçülü uygulandığı takdirde bu tedbir hak ihlaline sebep olmayacaktır.⁶⁹ AİHM, suçlayıcı nitelikteki belgelerin zorla verilmesinin susma hakkının ihlali olarak değerlendirirken, zorlama yoluyla elde edilen, ancak ilgili kişinin isteğinden bağımsız olarak elde edilen diğer kanıtların kullanımının prensip olarak susma hakkını ihlal etmediğini kabul etmektedir.⁷⁰

Alman hukukunda ağırlıklı görüşe göre; şüpheli/sanık bedeninin bir gözlem nesnesine dönüşmesine katlanmak zorundadır. Ancak bunun dışında ondan; soruları yanıtlaması, testlerin yapılması için iş birliği yapması ya da belli bir maddeyi yutması istenemez. Bu bağlamda Alman hukukunda ağırlıklı görüşe göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bağlamında şüpheli/sanığın pasif durumda olması kendini suçlamama hakkına aykırılık teşkil etmez.⁷¹

Koruma tedbirlerine ceza muhakemesinde delillerin kaybolmasından ve ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükmün yerine getirilemeyeceğinden endişe edilen hallerde başvurulur.⁷² Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmeksizin bir temel hak ve hürriyeti sınırlar ve bu nedenle de tedbire maruz kalan taraftan bir zorlama olarak algılanır.⁷³ Koruma tedbirini uygulamada, tedbire maruz kalacak kişinin rızası aranmaz. Koruma tedbirinin muhatabı ona katlanmak yükümlülüğü altındadır. Ancak muhatabın katlanmak yükümlülüğü olmakla beraber, aktif olarak katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁷⁴ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerini bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

⁶⁸ AİHM, Jalloh v. Almanya, 11.07.2006 T., 54810/00 BN., p., 102, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307> (E.T.: 31.08.2019).

⁶⁹ AİHM, Tino Ari-Pekka Lönnberg v. Finlandiya, 05.07.2011 T., 1679/10 BN., <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105935> (E.T.: 31.08.2019); AİHM, Schmidt v. Almanya, 05.01.2006 T., 32352/02 BN., p., 1-2, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72120> (E.T.: 31.08.2019).

⁷⁰ Meyer-Ladewig, Jens / Harrendorf, Stefan / King, Stefan. EMRK Artikel 6 Recht auf ein faires Verfahren, Meyer-Ladewig, Jens / Nettesheim, Martin (Ed: Stefan von Raumer), Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 4. Auflage, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017, Rn. 132.

⁷¹ Volk / Engländer, a.g.e., §10, Rn. 22; Cramer, a.g.m., s. 214; Beulke, a.g.e., §12, Rn., 241.

⁷² Yenisey, a.g.e., s. 100.

⁷³ Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 300 vd.

⁷⁴ Beulke, a.g.e., § 7, Rn., 127; Ertuğrul, H. (2008). Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1-2), s. 697; "Şüpheli ve sanık beden muayenesine, bedeninin keşif konusu yapılmasına katlanmak zorundadır. Bu konuda onun rızası aranmamaktadır. Ancak şüpheli veya sanık, beden muayenesi işlemlerine aktif bir katılıma da zorlanamayacaktır." Bkz. Şahin / Göktürk, a.g.e., s. 58.

Koruma tedbirleri, nitelikleri gereği zorlayıcıdır. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın rızası olması koşulu aranmaz. Ancak belirtelim ki, bu durum şüpheli ve sanıktan aktif şekilde koruma tedbirinin gereğinin yerine getirilmesine katılmasının istenebileceği anlamına gelmez. Sanığın susma hakkı, muhakeme işlemlerine aktif bir biçimde katılmamasını ifade eder. Elbette bu değerlendirmeler beden muayenesi ve örnek alınması işleminin hukuka uygun olarak yerine getirildiği örnekler için geçerlidir. Koruma tedbirinin uygulanması için gerçekleşmesi gerekli koşullar bulunmaksızın şüpheli veya sanığın muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olacak ve ceza yargılamasında kullanılamayacaktır.⁷⁵

C. Fizik Kimliğinin Tespiti

Fizik kimliğinin tespiti, şüpheli/sanığı tanımlayan fiziksel özelliklerin kayıt altına alınması işlemidir. Söz konusu işleme maddi gerçeğe ulaşabilmek ve muhakeme faaliyeti sonucunda verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulduğundan koruma tedbiri niteliğindedir.⁷⁶ CMK m.81'e göre; şüpheli/sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Kanuni düzenleme uyarınca fizik kimliğinin tespiti işlemi yalnızca üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulama alanı bulabilir. PYSK m.5'te ise gözaltına alınanların parmak izlerinin ve fotoğraflarının polis tarafından alınacağını öngörülmüştür. Buna göre, herhangi bir koşul ve sınırlamaya tabi olmaksızın polis gözaltına alınanların parmak izini ve fotoğraflarını almak konusunda tam yetkili kılınmıştır.⁷⁷

Fizik kimliğinin tespitine yönelik işlemlerin yapılmasına şüpheli/sanık rıza göstermiş olabilir. Bu konuda rızası bulunmayan şüpheli veya sanığın fizik kimliğini tespiti yönelik işlemlerin zorla yapılması durumunda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Fizik kimliğinin tespiti işlemi bakımından tartışmalı olan husus, sanığın kendisini suçlayacak nitelikte bir maddi delili vermek zorunda bırakılmasının susma hakkını ihlal edip etmeyeceğidir. Zira bu halde sanığın fiziksel özellikleri belirlenmekte ve kayıt altına alınmakta bu da suçluluğunu kanıtlamak bakımından kolaylık sağlamaktadır.

⁷⁵ Dursun, a.g.m., s. 2989 vd.; Ertuğrul, a.g.m., s. 694.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, a.g.e., s. 348; Ömeroğlu, a.g.m., s. 67; Karakehya fizik kimliğinin tespitini bir soruşturma işlemi olarak nitelendirmekte ve eserinde bu başlık altında incelemektedir. Bkz. Karakehya, Muhakeme, s. 404 vd.

⁷⁷ İnci, a.g.m., s. 151.

Fizik kimliğin tespitine yönelik işlemin yapılması bakımından şüpheli/sanığın rızasının aranmayacağı; rızanın bulunmadığı hallerde zor kullanılabilceği Türk öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; bu yönde kararın uygulanmasına rıza gösterilmemesi durumunda ölçülü ve orantılı bir biçimde zor kullanılabilir. Aksi durum yükümlülüklerine aykırı hareket eden bir kimsenin ödüllendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Fizik kimliğin tespiti işleminde zor kullanılması işin doğasının da bir gereğidir.⁷⁸ Fizik kimliğin tespiti katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁹

Fizik kimliğin tespiti işlemine başvurulabilmesi için şüpheli/sanığın rızasının gerekmediği; ancak söz konusu işlem kişi özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden bu tedbire başvurulabilmesi için basit şüphenin yeterli olmaması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır.⁸⁰

Alman hukukunda da fizik kimliğin tespiti işlemleri bakımından sanığın katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Ağırlıklı görüşe göre fizik kimliğin tespiti tedbiri kapsamında sanığın sakallarını kesilmesi veya sakal bırakılması gibi konularda rıza aranmaz.⁸¹

Fizik kimliğin tespiti bir zorlama içerdiğinden tedbire başvurulmasında makul şüphe aranması gibi yollara başvurulabilir. Bu durumda kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi daha katı kurallara bağlanmış olacak ve kişilerin temel hak ve özgümleri bakımından daha sınırlı bir müdahale alanı bulacaktır. Şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü olduğundan bahisle hiçbir kural ve sınırlama tanınmaksızın fizik kimliğin tespiti yoluna gidilmemelidir.⁸²

Fizik kimliğin tespitini teşhis ile karıştırmamak gerekir. Teşhis işleminde şüphelinin kendisi veya fotoğrafları suç mağduruna veya tanığa gösterilmek suretiyle şüphelinin tanınması sağlanmaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında genel olarak şüphelinin teşhis işlemi sırasında pasif bir konumda bulunduğu ve bu nedenle kendisi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağına aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir. Ancak teşhis işlemi şüphelinin pasif bir konumda olduğu bir muhakeme işlemine indirgemenin doğru bir yaklaşım olmadığı, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bir

⁷⁸ Ersin, a.g.m., s. 203. Ömeroğlu, a.g.m., s. 87; Turhan, a.g.e., s. 304.

⁷⁹ Ersin, a.g.m., s. 203.

⁸⁰ Turhan, a.g.e., s. 304.

⁸¹ Volk / Engländer, a.g.e., §10, Rn., 25.

⁸² Fizik kimliğin tespiti bakımından şu koşulların aranması yerinde olacaktır; şüpheli/sanığın fert olarak belli olması, kimliğin belli olmaması veya kimlik konusunda tereddüde düşülmesi, suçun iki veya daha uzun süreli hapis cezasını gerektirmesi, makul bir şüphenin varlığı, ölçülülük ilkesine uyulması, insanlık onuruna uygun davranılması. Bkz. Ömeroğlu, a.g.m., s. 70-78.

görüş de bulunmaktadır. Teşhis işlemi sırasında şüphelinin bir tabelayı tutması yahut dış görünüşünün değiştirilmesi durumlarında şüpheli/sanığın aktif bir harekette bulunması gerekecektir. Bunun dışında şüpheli/sanığın, teşhis işlemine de ancak pasif yönde bir katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸³ Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; teşhis işlemine katılmak istemeyen bir şüpheli/sanığın zor kullanmak suretiyle bu işleme aktif bir hareketle katılmasının sağlanması da AY'nin 38/5 maddesine aykırı olacaktır.⁸⁴

5. SONUÇ

Susma hakkı, savunma hakkının önemli bir parçası olduğu gibi adil yargılanmanın ve suçsuzluk karinesinin de bir gereğidir. Kimse, kendisi aleyhinde beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Susma hakkı, insan doğasının ve insanın kendini koruma içgüdüsünün bir yansımasıdır. Bu hak, AY'nin 38/5. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Şüpheli/sanığa susma hakkının hatırlatılması zorunluluğu da CMK'nın çeşitli hükümleriyle getirilmiştir.

Susma hakkı, suç isnadı altında bulunana tanınan sübjektif bir hak niteliğindedir. Şüpheli/sanık, konuşmaya yahut kendisi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağı gibi, susmasından onun aleyhine bir sonuç da çıkarılamaz. Muhakeme sürecinde, şüpheli/sanık tamamen susabileceği gibi kısmen yahut geçici olarak da susabilir. Her halükârda, şüpheli/sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılamaz; ancak suç isnadı altında bulunan kişinin bazı sorulara cevap verip bazılarına cevap vermemesi durumunda, bu göz önünde bulundurulurken soruşturma ya da kovuşturmanın genişletilmesi mümkündür. Belirtelim ki, bazı durumlarda sanığın susması onun aleyhine sonuçlar verebilecektir. Örneğin susan sanık, etkin pişmanlık hükümlerinden ya da uzlaşma hükümlerinden yararlanamayacaktır. Bu durumda susma hakkını kullanmak yönündeki kararın müdafî yardımından faydalanmak suretiyle verilmesi sanığın daha lehine olacaktır.

Şüpheli/sanığın kimlik bilgileri hakkında doğru beyanda bulunmak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce, şüpheli/sanık kimlik bilgilerini doğru bir biçimde vermeye zorlanamamalıdır; çünkü kimlik bilgilerinin tespiti ile cezanın ağırlaşması sonucunu doğuracak pek çok bilgiye kolaylıkla ulaşılabilecektir. Bu durum ise kişiyi kendisi aleyhine delil vermeye zorlamak anlamını taşır ve susma hakkını ihlal eder.

⁸³ İnci, a.g.m., s. 147.

⁸⁴ İnci, a.g.m., s. 162.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından, Yönetmelikle düzenleme yapılması Anayasa'ya aykırıdır. Şüpheli/sanığın zorlanabileceğine ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Kanunla böyle bir düzenleme getirilmesi durumunda ise bizce muhatabın zorlanması mümkündür. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri niteliğindedir ve şüpheli veya sanığa bir katlanma yükümlülüğü yükler. Şüpheli/sanıktan, muhakeme işlemlerine aktif bir biçimde katılmaması ise istenemez. Bu bağlamda sanıktan aktif bir harekette bulunmasının istenmediği durumlarda salt vücudundan örnek alınmasının susma hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Fizik kimliğin tespiti bakımından da benzer değerlendirmeler yapılabilir. Şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü kapsamında kalmasından hareketle hiç bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın fizik kimliğin tespiti işlemi yapılmamalıdır. Fizik kimliğin tespiti kararı alınması için makul şüphe aranması, maddi gerçeğin bulunması ve şüpheli/sanığın susma hakkı arasında denge kurulması bakımından uygun bir çözüm olabilir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Albin, Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Çev: Nur Centel)”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S. 3, s. 313-338.
- Ali Ersin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 16, s. 190-208.
- Anthony Gray, “Right to Silence”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2013, C. 16, S. 4, s. 527-567.
- Aydın AYGÜN, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 8, s. 49-73.
- Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem / Özge Sırma Gezer / Yasemin F. Saygılar Kırıt / Esra Alan Akcan / Özdem Özaydın / Efser Erden Tütüncü / Derya Altınok Villemin / Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Billur Yalıtı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Ankara, Beta Yayınevi, 2006.
- Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1994
- Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.
- Cüneyt Altıparmak, “Kimliğini Bildirmeme Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, S. 23, s. 95-107.
- Çağrı Kan Aydın, “Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 91, s. 146-180.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010.
- Erol Cihan, “50. Yılında Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50 S. 1-4, s. 133-151.
- Faruk Erem, “Susma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 296-299.
- Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Asil Yayınevi, 2006.
- Feridun Yenisey, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1987.
- Friedrich Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi, 1999.
- Gedik, Doğan / Topaloğlu, Mahir, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Gizem Dursun, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2955-2996.

- Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (Duruşma), Ankara, Savaş Yayınevi, 2008
- Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Muhakeme), 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- Hartmut Schneider, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, C. 37, S. 2, s. 73-77.
- Hüseyin Ertuğrul, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 7, S. 1-2, s. 687-699.
- İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 41-72.
- İzzet Özgenç, "Suç Zanlısının Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1995, C. 19, S. 1-2, s. 129-142.
- Jens Meyer-Ladewig / Stefan Harrendorf / Stefan King, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar*, (Ed: Stefan von Raumer), 4. Baskı, Basel, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Joseph R. Ashby, "Declining to State a Name in Consideration of the Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", *Michigan Law Review*, 2006, S. 104, s. 780-820.
- Klaus Miebach, "Der teilschweigende Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, C. 20, S. 5, s. 234-242.
- Klaus Volk / Armin Engländer, *Grundkurs StPO*, 8. Baskı, Münih, C. H. Beck Yayınevi, 2013
- Luís Greco / Christian Caracas, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, C. 35, S. 1, s. 7-16.
- Mahmut Kaplan / Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, s. 113-133.
- Micheal Huber, "Grundwissen- Strafprozessrecht: Schweigerecht des Beschuldigten", *Juristische Schulung*, 2007, C. 47, S. 8, s. 711-712.
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.
- Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1986.

- Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.
- Ömer Ömeroğlu, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 115, s. 61-102.
- Özge Apiş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli / Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C. 18, S. 1, s. 267-296.
- Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I*, 4. Baskı, İstanbul, Acar Yayınevi, 1984.
- Öztürk, Bahri / Kazancı, Behiye Eker / Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.
- Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma” (Beden Muayenesi), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. 70, S. 1, s. 19-38.
- Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu” (Örnek Alma), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2., s. 1157-1175.
- Rasih Feridun Sencer, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, C. 78, S. 2, s. 108-173.
- Recep Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 142, s. 93-131.
- Recep Kibar, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997.
- Rolf Stürmer, “Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, C. 34, S. 33, s. 1757-1763.
- Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 29-58.
- Steffen Cramer, “Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, C. 16, S. 5, s. 209-214.
- Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 67-74.
- Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Turan Tufan Yüce, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1., s. 156-167.

- Ufuk Toprak, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 7, s. 257-286.
- Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Baskı, Hiedelberg, C. F. Müller Yayınevi, 2012
- Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Zekiye Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 119-168.
- Ziyaettin Kaygusuz, “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2008, C. 10 S. 1, s. 81-116.
- <https://hudoc.echr.coe.int>

Ius Gentium ve Uluslararası Hukuk^(*),^(**)

Ius Gentium and International Law

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI^(***)

Günümüzde insan ilişkilerinde uygulamalı bir unsur olarak uluslararası hukukun mevcudiyeti birçokları tarafından şüphe veya alaycılık ile karşılanmaktadır ve hukukun kendisi için esas teşkil ettiği iddia edilen bu gibi alanlar savaşan devletler tarafından küçümsendiği zaman uluslararası hukuk bilimini karakterize eden ilk konseptlerin ana hatlarının kullanışsız veya istenmeyen unsurlar olacağı düşünülmektedir.

“Uluslararası hukuk” terimi günümüzdeki kullanımı ile geçmişte kullanılan ve Latince bir terim olan *ius gentium*’un çevirisi olarak benimsenen “devletler hukuku” teriminin yerini almıştır. Aşına olduğumuz “uluslararası hukuk” tabiri ise tamamen farklı bir kavramı ifade etmektedir. Modern dünyada bu terim D’Aguesseau tarafından benimsenmiştir ve 1773 tarihli eserinin 337. sayfasında görülmektedir; bundan kısa süre sonra “Principles of Morals and Legislation” [Ahlak ve Kanun Prensipleri] (XVII, 326, n. 1) adlı eserinde Bentham tarafından kullanılmış ve o günden bu yana genel kullanımı yaygınlaşmıştır. D’Aguesseau’nun ifadesi (*droit entre les gens*) şüphesiz ki 1650’li yıllarda Oxford’da bir Medeni Hukuk Profesörü olan Zouche’nin, Grotius’un önemli araştırmasının amacını açıklarken *De Jure Belli Ac Pads*’ın Önsözünün ilk paragrafında ifade ettiği görüşü -*at jus illud quod inter populos plures aut populorum rectores intercedit, sire ab ipsa natura profectum, aut divinis constitutum legibus, sine moribus et pacto tacito introductum, attigerunt pauci, uni- versim ac certo ordine tractavit hactenus nemo; cum tamen id fieri intersit humani generis-* ile uyumlu olarak kullandığı *jus inter gentes* ifadesinden uyarlanmıştır.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 08.09.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 25.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 28.09.2019.

(**) Çevirinin kaynağı: Gordon Sheerman, “*Ius Gentium and International Law*”, *Journal of International Law*, Vol 12, pp. 56-63.

(***) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: akarakocali@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0108-5723>.



Daha sonra bu konuya geri dönmek için Grotius'un *ius gentium*'dan ziyade *ius inter populos plures* -devletler hukuku değil de devletler arasında geçerli bir hukuk- kavramına odaklandığını not etmekte fayda var. Bununla birlikte, sonraki paragrafta hukuku çeşitli yönleriyle ele alırken (pasaj 1, 1, 14) bize bir devletin medeni hukukunun niteliğini anlatır -*latius autem patens est jus gentium; id est quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obligandi accepit, multarum addidi, quia vix ullum reperitur extra jus naturale, quod ipsum quoque gentium did solet, omnibus gentibus commune.* (Cf. alıntılar ile X-XVI arası bölümler.)

Bu önemli pasajda Grotius *ius civile*, *ius gentium* ve *ius naturale* arasında uygun bir ayırım yapar -yani medeni hukuk, devletler hukuku ve doğal hukuk arasında bir ayırım yapar ve *ius gentium*'un tıpkı *ius non scriptum civile* (gelecek hukuku) gibi açıklandığını ifade eder. *prdbatur autem hoc jus gentium pan modo quo jus non scriptum civile, usu continuo et testimonio peritorum* (1, 1, XIV 2). Bundan sonra *ius gentium*'un tarihsel gelişimi gelir.

Bu terim Avrupa literatüründe ilk olarak Cicero'nun yazılarında görülmektedir ve Cicero bu terimi kendi zamanının çok öncesinde geliştirilmiş olan ve insan izni veya emrinden bağımsız olarak var olan ebedi ve egemen bir hukuk üzerine Yunan felsefi düşüncesinin spekülatif unsurlarından çıkarım yaparak benimsemiştir. Bu, gelenekler ya da insanoğlunun tesadüfleri sonucunda ortaya çıkan yazılı olmayan hukuktur; Aristoteles tarafından net bir şekilde ifade edilen ve yazılı olmayan adalet olarak adlandırılan tüm insanlar için geçerli hukuk, *ay pafos*. Hukuk üzerine incelemesinde Cicero bu doğrultuda şunları söyler: *Est enim unum ius, quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una. Quae lex est recta ratio imperandi atque prohibendi* (De Legg. I, xv, 42): ve cumhuriyet üzerine incelemesinde de şunları ifade eder: *XJnde emim pietas? aut a quibus religio? unde ius aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas?* (De República, 1, 2.)

Benzer şekilde Oratorical Partitions [Nutuk Bölümleri] (XXXVII) adlı eserinde yine *ius gentium*'dan bahsederken yazılı ve yazılı olmayan hukuk hakkında konuşur: *quae sine litteris aut gentium jure aut maiorum more retinentur.*

Uygulamalı hukuk düşüncesi ve kullanımının yanısıra kendisi için de önemli olan felsefi spekülasyonlar ile Roma Barosunun gerçek uygulamalarına aşına olan Cicero bu son iki pasajda muhtemelen Yunan doğal hukukundan oldukça farklı bir şeyden bahsetmektedir. Ya şüphesiz ki birkaç yüzyıl boyunca, şehrin katı medeni hukukunun eski *actiones*'indeki ticari işlemlerin hem vatandaşlar arasında hem de İtalya ve daha uzak ülkelerden Roma'ya gelen çok sayıda yabancı uyruklu kişi (*peregrini*) arasında gerçekleşen modern ticaretin

gerekliliklerini uzun zamandır karşılayamaz hale gelmesiyle Roma hukuk dünyasının gerekliliklerinin bir sonucu olarak zaman içerisinde gelişmiş olan bir *praetorian* hukuk bilimi sisteminden bahsetmektedir.

Cicero'nun bu pasajda *ius gentium* ifadesine eklemeyi amaçladığı şeyi tam olarak belirlemek zor olabilir ancak onun uygulamalı hukuk deneyiminin zaman içerisinde oluşmuş olan ve uzun süredir kullanılan *praetorian* hukuk sistemini, yukarıda da belirtildiği üzere Yunan'dan çıkarım yapmış olduğu felsefi konsept ile birleştirerek evrensellik ışığında görmüş olması kuvvetle muhtemeldir. İlerleyen bölümde de göreceğimiz üzere birkaç sene sonra Livy ve diğer yazarların eserlerinde görüldüğü üzere bu konseptte diğer anlamlar da eklenmiştir ancak çalışmamızın amaçları doğrultusunda bu büyük hukukçu ve filozofun, adaletin gerçekleşmesinde yargının kullanımı için geliştirilmiş olan eski ve katı Roma dava *formula*'larında birçok değişiklik düşünmüş olduğunu varsaymak yerinde olacaktır. Bu aynı zamanda ikinci ve daha sonraki yüzyıllarda hukukçuların kullandıkları *ius gentium* teriminin anlamı bakımından da doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bu şekildeki kullanımıyla *ius civile*'deki bir değişiklikte eşanlamlıdır. Peki bu değişiklik neydi? MS. 2. yüzyılın sonlarında yazmış olan Pomponius, antik Roma anayasası hakkındaki tanınmış eserinde (Digest, 1, 2, 1-47) bizlere praetorian makamının konsüllerin savaş nedeniyle başka görevler başında oldukları zaman oluşturulduğunu, sulh hakiminin *praetor urbanus* ilan edildiğini söylemektedir; daha sonraki yıllarda Roma'da nüfusları artan *peregrini*'ler için ikinci bir praetor'un atandığını da eklemektedir (Digest, 1, 2, 27, 28). Peregrini teriminden Roma'da yaşayan ve Roma vatandaşı olmayan herkes kastedilmektedir. Pomponius'un anlatımına göre bu makamda yer alan ilk praetor, yetki alanının şehir ile sınırlı olması nedeniyle şehir praetor'u olarak adlandırılmıştır (*in urbe jus redderet*); ikinci praetor ise yetki alanının ağırlıklı olarak Romalılar dışındaki kişileri kapsamaması nedeniyle *peregrinus* olarak adlandırılmıştır (*quod plerumque inter peregrinos jus dicébat*).

Bununla birlikte, çeşitli kaynaklardan bu yetki alanlarının o dönemde bir tek sulh hakimi tarafından idare edildiği ve diğer sulh hakiminin bir ordunun başında yurtdışına gönderildiği ya da bir eyalet yönetiminin başına getirildiğini öğreniyoruz. Bu sulh hakimlerinin sayısı da zaman içerisinde arttı ancak bu kişilerin uyguladığı *hukuk* sisteminin birbirinden farklı olduğunu ve bir yetki alanının sadece Roma vatandaşlarını ve diğerinin de yabancıları veya yabancılar ve Romalılar arasındaki davaları kapsadığını belirtecek şekilde sadece Romalılar arasındaki davalarda kullanılan antik medeni hukuktan ayrıldığını gösteren bir kanıt bulunmamaktadır. Aslında Romalı olmayan kişilerin şehir içerisindeki nüfusunun artması kanunla ilgili gereklilikler yaratmamış bunun yerine eski günlerdeki katı kurallardan türetilmiş yöntemlerden ziyade adil prensiplere

(*bona fides*) başvurulmasını gerektiren basit ticaret uygulamalarına sahip büyümekteki bir toplumun halihazırda mevcut ihtiyaçlarını vurgulamıştır. Dolayısıyla, satış (*emptio venditio*), işten çıkarma ve işe alım (*locatio conductio*), ortaklık (*societas*), temsilcilik (*mandatum*), vb. Roma vatandaşları arasındaki dava gerekliliklerini karşılamak için bir sulh hakiminin bir davanın gidişatını adil ticaret (*ex bona fide*) prensipleri ve ortaya çıkan her duruma uygun yöntemler ile şekillendirmesi esas olacaktı; ve böylesi bir prosedür erken dönemlerden itibaren Roma vatandaşları arasında vazgeçilmez bir hal almış olmalıdır. Kısacası bu süreç Roma hukuk geleneğinin yavaş bir şekilde netleşmesi olacaktı; ve *şehir praetor*'unun ilk atanmasını takiben ikincisinin de atanmasının gerekli olduğu görüldü, şüphesiz ki *formulae ex bona fide*'nin Roma'daki yabancılar arasında mevcut benzer gereksinimlerden türetilmiş prosedürler ile büyük bir uyum içerisinde olduğu düşünülmüştür. Bu nedenle iki hukuk sisteminin bulgularına daha sık rastlanmaya başlanmıştır: bunlardan ilki dar kapsamlı ve esnek olmayan *ius civile*'nin devam ettirilmesi ve diğeri de büyüyen bir ticaret merkezinin artan ihtiyaçları ile uyumlu olacak şekilde *praetorian imperium* yetkisi ile davaların görülmesi yoluyla elde edilen praetorian adaletidir. İlk ve antik sistem hala *ius civile* olarak bilinirken ikinci sistem ise konseptlerin adalet ve iyi niyete bağlı olarak gerekli evrenselliğinin kavranması ile oluşturulan bir isim ile *ius gentium* -herkese mahsus hukuk, evrensel hukuk- olarak adlandırılmıştır. Bununla birlikte, her ne kadar Yunan tüccarların varlığının praetorian sisteminde belirgin bir şekilde Yunanistan kökenli adli prensipleri doğrudan benimsenmesini mümkün gösterse de bu *ius gentium*'un birçok hukukçunun düşünmüş olduğu üzere praetor'un gittikçe artan sayıda yabancıyı ilgilendiren dava ile karşılaşması sonucunda yabancı kaynaklara başvurma ihtiyacının arttığını hissetmesinden değil Romalılar arasındaki kullanım ile geliştirildiğini vurgulamakta fayda olacaktır. Dolayısıyla *ius gentium* ilkel ticaret ve sanayinin bir olgusu olarak görülmüştür; bunun kuralları sıkı bir şekilde yasal çizgiler üzerinde yürürlükte -*actiones in jus con- ceptae*-, Roma hukuk geleneği tarafından sabitlenmiş orijinal biçimlerinden dikkatle farklılaştırılmıştır.

Zamanla birlikte yeni veya praetorian olarak adlandırabileceğimiz bu sistem ticari hayatın hukuki boyutunda kök salmıştır. Bununla birlikte, Roma'nın birçok kişinin ticaretin (*commercium*) menfaatlerinden faydalanmasını kabul ettiği anlaşma ve *recuperatores* yolu ile uygulanan tahkim sistemi ile bu antik sistemin sıkı uygulamalarından muaf tutulan yabancıların (*peregrini*) her sınıfa ait olmadığı unutulmamalıdır.

Şehrin 6. yüzyıldaki *peregrini* nüfusunun bazı eski hukuk davalarından faydalanabildiği ve uzun vadede *ius gentium*'un düzenlemeleri ve yöntemlerinin dahi yabancı hukuk biliminin etkisi ile değişmiş olması gerektiği düşünülmek-

tedir. Caracalla imparatorluk içerisinde herkese Roma vatandaşlığı verdiği zaman bu iki sistem arasındaki fark gözden kaybolmaya başlar ve bir zamanlar tamamen yabancı olan hukuk konseptlerinin Roma hukuk düşüncesi üzerindeki süregelen etkisi Roma hukukunu değiştirmekle kalmaz, aynı zamanda Roma hukukunun dünyaya da yayılmasını kolaylaştırır.

O halde yukarıda verilen gerçekler ışığında *ius gentium*'un, praetor'un adalet ve adil ilişkileri teşvik etmek için *ius civile*'yi antik hukukun sıkı kuralları altında mümkün olmayacak bir şekilde geniş bir uygulama haline getiren uygulamalara izin verecek şekilde değiştirme çabalarından -Roma hukuk biliminin kendisini formal uygulamalar teorisi içerisinde gerçekleştirdiği unutulmamalıdır- doğan bir hukuk sistemi olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Daha önce belirtilen davaların yanı sıra diğer davalarda da *bona fide* uygulamalar yoluyla eski katılığı değiştirme yetkisi praetorian makamın bir ayrıcalığıydı. Gaius, şu şekilde başlayan pasajında (IV, 62) bu davaları titizlikle sıralamıştır: *sunt autem bonae fidei iudicia haec; et empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositae, etc.*

Bir sonraki nesilde ve Livy'nin yazılarında *ius gentium* teriminin mahkemelerin aşına olduğundan oldukça farklı anlamlar ile kullanıldığını görürüz. Livy'nin yazılarında bu terim özel ilişkiler yerine kamusal ilişkilerin açıklamasıyla daha çok bağdaşmaktadır; örneğin (IV, 1, 2) Patricilerin, Canuleius'un Pleblere *ius conubium* verilmesi doğrultusundaki projeyi uygulamaktaki çekimserliklerinden bahsederken Patricilerin bu sınıfa antik *gentes -iura gentium* hakları olarak verilmiş imtiyazları ima etmektedir. Livy çoğunlukla *ius gentium*'u savaş ya da barış ilanının yanı sıra anlaşmalar gibi konsoloslukların uygulamaları olarak kabul etmektedir.

Ius belli ya da *ius belli et pads* (savaş ve barış hukuku) ifadesi de onun aşına olduğu bir ifadedir. Dolayısıyla Tarquin büyükelçilerinin ihaneti örneğinde (II, 2, 7) *ius gentium* tarafından verilen muafiyeti, ihanet eden elçileri cezadan koruyan muafiyet olarak ifade eder. Her ne kadar Livy Porsenna'nın Mucius'u serbest bırakmasının nedenini gelenekler ya da devletler hukuku (*jure belli liberum te intactum inviolatumque hinc dimitto*) olarak ilan etmesini sağlasa da (II, 12, 14) Porsenna Mucius'u gerçekte kahramanlığı ve Roma'ya olan bağlılığı nedeniyle affeder. Yine Caudine Forks'taki ünlü olayı açıklarken Livy, Roma ve Samnium arasında bir savaş başlayabilmesi için Postumius'un elçinin sözde yaralanmasını bahane etmesini sağlar ve Postumius şunu söyler: *ilium legatum fetialem a se contra ius gentium violatum.*

Birçok başka örnek verilebilir ancak Roma'nın en azından elçileri korumak için meşru uluslararası prensiplere sahip olduğunu ve bunların devletlere savaş

ilan ve barış ederken belirli formaliteler empoze ettiğini net bir şekilde anlamamız için bu kadarının yeterli olduğunu düşünüyoruz. Bu gibi seremoniler, üyelerinin hem rahiplik hem de diplomatik işleve sahip olduğu *fetiales komitesi*'nin idaresindeydi.

Bu sisteme *jus belli* ve *jus gentium* terimleri kolaylıkla uygulanmıştı. Bunlar Livy tarafından açık bir şekilde tanımlanmıştır (I, 32). Şüphesiz ki bunlar içlerinde evrensellik fikri bulunuyordu ve bu kesinlikle günümüzde uluslararası hukuk olarak adlandırdığımız şeyin en azından bir habercisidir. Livy'nin birçok pasajı ve az sayıdaki çağdaş Romalı yazarın da belirteceği gibi *ius gentium* ifadesi erken dönem imparatorluk düşüncesine göre temel ahlaki prensiplerin net bir şekilde algılanmasına bağlı olmak üzere insanlar *arasındaki* bir kullanımı ifade ediyordu ve bu varsayım Roma tarihinin ilk ve sonraki dönemlerinde hakim olan savaşlardaki zalim kullanımları yoluyla geçerliliğini kaybetmemiştir. Aslında, Roma'nın geniş imparatorluk topraklarını işgal etmemiş olması halinde antik dünyanın net bir şekilde tanımlanmış hukuki prensipler üzerine kurulu rasyonel bir uluslararası ilişkiler sisteminin gelişimine tanıklık edebileceğini söylemek yerinde olabilir. Seville Başpiskoposu ünlü Isidore'nin ansiklopedik çalışmasındaki (*Origines*) ünlü bir pasajda *ius naturale*'den *ius civile* ve *ius gentium*'un temeli olarak bahsetmiş olması ile belki de Romalıların kullanmış oldukları her iki sistemde de bu terimin uygulanmış olduğunu ima etmektedir.

Bununla birlikte, savaş ve diplomasi hukuku üzerine bir dizi çalışma ile hukuk literatürüne girdiği 6. yüzyılın genel uyanışına kadar hakları bakımından farklı uyruklu kişileri bağlayan bir hukuk sistemi konseptine rastlamak mümkün değildir ancak ilk başta savaşın sıkıntılarını hafifletmeye çalışmış ve bu yolda insanlar ve diğer konuları düzenleyen bir devletler arası ilişkiler sisteminin dış hatlarına ulaşılmıştır. Bu gibi bir konseptte ilk olarak 55 yaşında 1566 senesinde hayatını kaybetmiş olan Ferdinand Velasquez'in eserinde rastlıyoruz. Kitabı 1564 senesinde Venedik'te yayınlanmış ve gerçek kamp hayatı deneyimi sırasında yazdığı ve Roma ve Kilise hukuku konusunda bilgili Hollanda'daki Ayala İspanyol Askeri Savcısının (*De Jure et Officiis Bellicis*) eserinde yankı bulmuştur. Onu ise Oxford'ta bir ev ve profesyonel mesleğini bulmuş olan ve büyük ölçüde Grotius'a ilham veren ünlü eserinde klasik ilim ve güçlü bir ahlaki bakış açısının unsurlarını sergileyen İtalyan Albericus Gentilis takip etmiştir. Gentilis deneyimi o kadar farklı özelliklere sahipti ki onun eserlerinin (*Jus Legationis* ve *De Jure Belli*) bir bakıma diploması ve uygulamalı hukuki ilişkilere kapsamlı katılımın birer ürünü olduğu söylenebilir. İngiliz Mahkemesinin bir danışmanı olarak Gentilis büyük bir ün kazanmıştı ve her uluslararası öğrencisinin bildiği eserleri kolaylıkla hiçbir zaman kaybolmayacak eserler arasında sayılabilir.

Grotius'un başyapıtını yazmaya başlarken vatandaşlar arasındaki özel ilişkileri düzenleyen mahkemelerin uyguladığı hukuk sistemlerinden farklı olarak devletler arasındaki bir hukukun ilk prensiplerini ortaya atmayı amaçladığını biliyoruz ancak aynı zamanda böylesi bir temeli insanoğlunun ahlaki bilinci çerçevesine yerleştirmeye de çabalamıştır. Karşılıklı ilişkilerinde devletleri düzenleyen bir hukuk sistemi dolayısıyla da haklı gerekçenin yazılı olmayan antik fikirlerinden elde edilen evrensel konseptler ışığında ve insanoğlunun kişisel ilişkilerinde adalet anlayışının geliştirilmesine çabalayan bir sistem düşündürmektedir. İşte bu şekilde gerçek *ius gentium* ve Cicero'nun düşüncelerinin yazılı olmayan kuralları, uluslararası hukukun en önemli yazarının elinde birleşerek uluslararası ilişkilere insanlık ve medeniyet ile uyumlu olmayacak bir şekilde yaptırımlar getiren savaş veya barış uygulamaları teorileri tarafından yeri kolaylıkla değiştirilemeyecek bir bilim meydana getirmiştir. Savaş gerekliliğinin zalim doktrini, hain büyükelçi, uluslararası ilişkilerin gelecekteki gelişiminde gözden kaybolacaktır. Eğer dünya üzerinde mutlak bir uluslararası hak sistemi belirlenecekse bu sistem bu gibi, başlangıcı ve gelişimi Avrupa tarihinin bilinen dönemlerinin çok daha ötesine uzanan ve medeniyetin kendisi kadar eski prensipler ışığında belirlenmelidir.¹

Gordon E. SHERMAN.

¹ Doktrinde: Agraphos Nemos, R. Hirzel; Peregrinenrecht und Jus Gentium, J. Baron; Römische Rechtsgeschichte, 1, 450 vd., Karlowa; Les Institutions Juridiques des Romains, E. Cuq., 1, 457 vd.; Le Droit des Gens dans les Rapports de Rome avec les Peuples de l'Antiquité, M. Chauveau; Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2, 1, s. 185 vd.; Clark, Practical Jurisprudence.

