

**İFLASTA İŞLETMENİN FAALİYETİNİN DEVAMINA YÖNELİK
MUHAFAZA TEDBİRİ (FAALİYET İZİNİ) (İİK m. 210/1, 224/1)**
*PROTACTIVE MEASURE (PERMISSION TO OPERATE) FOR THE CONTINUATION OF THE
BUSINESS IN BANKRUPTCY PROCESS*
(EBL ART. 210/1, 224/1)

Araştırma Makalesi

Levent BÖRÜ*

Emine BİLGİÇ EROĞLU*

ÖZ

İflasın açılması ile kural olarak müflisin ticari işletmesi tasfiye sürecine girer, işletmenin faaliyetinin devamı mümkün olmaz. Fakat bazı durumlarda iflâsa tabi olan bir borçlunun iflâs etmesinden sonra da onun mallarının tasfiyesi yerine müflisin işletmesinin devam ettirilmesi yöntemi tercih edilebilir. Burada iflâstaki işletmenin tamamen tasfiye edilerek sona erdirilmesine veya işletmenin devam ettirilerek borçların ödenebilmesine ilişkin yönteme karar verilmesi gerekir. İflasta işletmenin faaliyetine devam ettirilerek borçların ödenebilmesi imkânı İİK'nun belli başlı bazı hükümlerine (m. 210/II, 222, 223, 224, 226) göre mümkündür. Özellikle İİK m. 210/1 ve m. 224/1 hükümlerine göre iflâs sürecinde müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) kararı verilmektedir. Uygulamada iflâstan sonra müflise ait işletmelerin devamı için söz konusu hükümlere başvurulmakta ve buna kısaca “*faaliyet izni*” adı verilmektedir.

Anahtar Sözcükler: iflâsta işletmenin devamı, faaliyet izni, muhafaza (teminat) tedbiri, iflâs dairesi, alacaklılar toplanması

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1485052

Makalenin Geliş Tarihi: 16.05.2024 **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.06.2024

* Prof. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3043-3467

* Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: emine.bilgic@hacettepe.edu.tr

ORCID: 0000-0001-6098-4919

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

ABSTRACT

With the opening of bankruptcy, as a rule, the commercial enterprise of the bankrupt enters in the process of liquidation, and the continuation of the business activity is not possible. However, in some cases, after the bankruptcy of a debtor subject to bankruptcy, the method of continuing the business of the bankrupt may be preferred instead of liquidating his/her assets. At this juncture, it is necessary to decide on the method of ending the business in the bankruptcy process: by liquidating it completely or continuing the business and paying the debts. The possibility to pay debts by continuing the operation of the business in bankruptcy process is possible according to certain provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law (EBL) (Art. 210/II, 222, 223, 224, 226). In particular, pursuant to Art. 210/1 and Art. 224/1 of the EBL, a protective measure (permission to operate) is granted for the continuation of the activities of the bankrupt's business during the bankruptcy process. In practice, these provisions are applied for the continuation of the businesses belonging to the bankrupt after bankruptcy, and this is briefly referred to as "permission to operate".

Key Words: Continuation of the Business in Bankruptcy Process, Permission to Operate, Protective Measure, Bankruptcy Office, Meeting of Creditors

EXTENDED SUMMARY

With the opening of bankruptcy, the liquidation process is initiated in accordance with the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law and the assets of the bankrupt constitute the bankruptcy estate. After the bankruptcy decision is rendered, all goods, rights and receivables of the bankrupt that can be seized are included in the bankruptcy estate. The power of disposition of the bankrupt on the goods included in the bankruptcy estate is restricted and, as a rule, the power of disposition on these goods is now exercised by the bankruptcy administration. What is important with the opening of bankruptcy is the protection of the interests of this estate formed by the bankruptcy decision, and in order to ensure the interests of the estate, it is necessary to ensure the preservation of the goods of the estate as soon as possible. In other words, with the bankruptcy decision, the assets of the bankrupt (debtor) are taken under protection (assurance).

With the opening of bankruptcy, as a rule, the commercial enterprise of the bankrupt enters the liquidation process, and the continuation of the business activity is not possible. However, in some cases, after the bankruptcy of a debtor subject to bankruptcy, the method of continuing the business of the bankrupt can be preferred instead of liquidating his/her assets. Herein, it is necessary to decide whether to liquidate and terminate the business in bankruptcy completely or to continue the business and pay the debts. In making this decision, of course, the interests of the creditors are important. Because, in this matter, the creditors want to receive their receivables in the best amount (ratio) at the end of the liquidation process. Therefore, the creditors investigate whether they can obtain their receivables in a higher ratio with the liquidation of the assets or with the profit to be obtained as a result of the continuation of the business. Therefore, the bankruptcy process tries to determine the best way to liquidate the debtor's assets for the benefit of the creditors within the period determined by the continuation of the business activity.

In bankruptcy process, it is possible to continue the operation of the business and pay the debts, according to certain provisions of the EBL (Art. 210/II, 222, 223, 224, 226). In particular, pursuant to Art. 210/1 and Art. 224/1 of the EBL, a Protective measure (Permission to Operate) is granted for the continuation of the activities of the bankrupt's business during the bankruptcy process. In practice, after bankruptcy, these provisions are applied for the continuation of the businesses belonging to the bankrupt, and this is briefly referred to as "permission to operate".

When the provisions of the EBL (Art. 210/II, 222, 223, 224, 226) regarding the Protective measure (permission to operate) for the continuation of the business in bankruptcy are analyzed, there is no clear explanation as to the purpose for which the business is continued in bankruptcy process. In our opinion, although the aforementioned provisions of our Law do not contain a clear explanation as to the purpose of the continuation of the business, we can state that the main purpose of the permission to operate as a protective measure for the continuation of the business in bankruptcy process is to ensure the preservation of the goods, as well as to try to obtain the opportunity to liquidate the debts by obtaining income through the continuation of the business of the bankrupt.

During the permission to operate for the continuation of the business in bankruptcy process, the business will continue its activities under oversight and the supervision of the bankruptcy office until the meeting of creditors, and under the oversight and supervision of the bankruptcy administration after the meeting of creditors. In the event that the business, which is decided to continue to operate upon the decision of the bankruptcy office or the meeting of creditors, incurs losses after a period of time, it may be decided to close the business by removing the operating license. In practice, there is no uniform procedure for granting permission to operate in bankruptcy process, and it is observed that the bankruptcy office and creditors refrain from granting permission to operate.

Due to the insufficiency of the current provisions in force in the EBL, a quite number of problems arise in practice regarding the permission to operate. For this reason, we are of the opinion that a uniform code of practice regarding the manner in which the businesses for which a protective measure for the continuation of the business in bankruptcy process has been granted (permission to operate) may continue their activities should be regulated by law or by a separate regulation as indicated by the law.

GİRİŞ

İflâs kararı verildikten sonra müflisin hacedilebilen bütün mal, hak ve alacakları iflâs masasına dâhil olacaktır. İİK hükümlerine göre, iflâsın açılması ile birlikte tasfiye sürecine girilir ve müflisin malvarlığı iflâs masasını oluşturur. İflâs masasına dâhil olan mallar üzerinde artık müflisin tasarruf yetkisi kısıtlanacak ve kural olarak artık bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi iflâs idaresi tarafından kullanılacaktır. İflâsın açılmasıyla önemli olan, iflâs kararı ile oluşan bu masanın menfaatinin korunmasıdır ve masanın menfaatinin sağlanabilmesi amacıyla da masa mallarının bir an önce muhafazasının sağlanması

gerekmektedir. Başka bir deyişle iflâs kararıyla birlikte müflisin (borçlunun) mal varlığı muhafaza (teminat) altına alınmaktadır¹.

İflasın açılması ile kural olarak müflisin ticari işletmesi tasfiye sürecine girer, işletmenin faaliyetinin devamı mümkün olmaz. Fakat bazı durumlarda iflâsa tabi olan bir borçlunun iflâs etmesinden sonra da onun mallarının tasfiyesi yerine, müflisin işletmesinin devam ettirilmesi yöntemi tercih edilebilir². Burada iflâstaki işletmenin tamamen tasfiye edilerek sona erdirilmesine veya işletmenin devam ettirilerek borçların ödenebilmesine ilişkin yöneme karar verilmesi gerekir³. Bu kararın verilmesinde elbette alacaklıların menfaati önemlidir; çünkü burada alacaklılar, alacaklarını tasfiye sürecinin sonunda en iyi miktarda (oranda) almak isterler; dolayısıyla alacaklılar, alacaklarını malların tasfiyesi ile mi yoksa işletmenin devam ettirilmesi sonucu elde edilecek kazançla mı daha fazla oranda elde edip edemeyeceklerine bakarlar⁴. O halde iflâs sürecinde işletmenin faaliyetinin devam ettirilmesi ile belirlenen süre içerisinde alacaklıların menfaatine olacak şekilde borçlunun malvarlığının en iyi şekilde paraya çevrilmesine ilişkin yöntem belirlenmeye çalışılır⁵.

İflasta işletmenin faaliyetine devam ettirilerek borçların ödenebilmesi imkânı, İİK'nun belli başlı bazı hükümlerine (m. 210/II, 222, 223, 224, 226) göre mümkündür. Özellikle İİK m. 210/1 ve m. 224/1 hükümlerine göre iflâs sürecinde müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) kararı verilmektedir. Uygulamada iflâstan sonra müflise ait işletmelerin devamı için söz konusu hükümlere başvurulmakta ve buna kısaca “faaliyet izni” adı verilmektedir⁶. Bu sebeple de makalemizin başlığı “iflâsta işletmenin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni)” olarak adlandırılmıştır.

¹ Beatrice Betka, *Die Sicherung des Schuldvermögens im deutschen und tschechischen Insolvenzeröffnungsverfahren* (Dresden 2005) 20 vd.

² Andres Baumgartner, *Fortführung eines Unternehmens nach Konkursöffnung* (Freiburg 1987) 73-74.

³ Tobias Gisinger, *Unternehmensschliessung oder Unternehmensfortführung ?- eine komplexe Frage des Masseverwalters* (Linz 2008) 18 vd; Udo Feser, *Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning* (3. Auflage Köln 2016) 59.

⁴ Baumgartner (n 2) 101-102.

⁵ Feser (n 3) 64.

⁶ Levent Börü, *İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı*, (Yetkin Yayıncılık 2023) 22; “...tüm yabancı para cinsinden hesaplara ilişkin müflis bankanın iflâs masasına yapılacak alacak başvurularının, faaliyet izninin kaldırıldığı 22.07.2016 tarihi itibarıyla ... Bankasınca ilan edilen döviz alış kurları üzerinden hesaplanarak TL'ye çevrilmesi gerektiği...” Yargıtay 6 HD, 2066/245, 18.01.2024 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> > erişim tarihi 26.02.2024; “...dosyada yer alan Ankara Ticaret Sicil Müdürlüğü yazısına göre, ihyası istenen Orpaş Temizlik Pazarlama Taahhüt Mümessillik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin tasfiye halinde ve faal olduğu, iflâs idaresince İİK'nın 210/2.maddesi uyarınca müflis Orpaş Temizlik Pazarlama Taahhüt Mümessillik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin ilk alacaklılar

Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku doktrinlerinde “*iflâsta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni)*”, “*Unternehmensfortführung nach Konkursöffnung*”, “*Unternehmensfortführung im Konkurs*”, “*Betriebsfortführungsrecht in der Insolvenz*”, “*Fortführungsfinanzierung in der Insolvenz*” kavramları içerisinde incelenmektedir⁷. İİK’numuzun 210/1 ve 224/1 maddelerinde düzenlenmiş olan, iflâsta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni), mehz İsviçre İİK art. 223/1 ve 237’de hükme bağlanmıştır⁸. Bununla birlikte son zamanlarda yabancı hukuk sistemlerinde, kural olarak işletmelerin devam ettirilmesi ile işletmelerin tasfiye edilmesinden ziyade işletmelerin tekrar iyileştirme tedbiri (Sanierungsmassnahmen)⁹ yardımıyla mali durumlarının belirli seviyeye getirilmesinin sağlanması, tekrar faaliyete döndürülmesi amaçlanmıştır¹⁰; ayrıca iflâsta müflisin işletmesinin devam ettirilmesi olanağı olarak şu üç hukuki durum üzerinde durulmaktadır: 1- flâsın kaldırılması sebeplerinden biri olan iflâs içi konkordato; 2- iflâsta işletmenin tamamının devri (satılabilmesi) amacıyla devam ettirilmesi (der Unternehmenskauf (Unternehmensveräußerung) in der Insolvenz); 3- iflâsta işletmenin

toplantısına faaliyetinin devamına karar verilerek şirketin yönetim kurulu başkanı Halil İbrahim Sarı'nın temsil yetkisinin süresinin uzatılması için genel kurul yapılmasına yetki verildiği, şirketin 20/03/2017 tarihinde genel kurul toplantısı yaptığı, yönetim kuruluna 3 yıl için Halil İbrahim Sarı'nın seçilmesine karar verildiği, bu hale göre ihyası istenen şirketin halen faal olduğu, faaliyetlerinin devam ettiği...” Yargıtay 11 HD, 3522/4506, 06.06.2022; aynı şekilde bkz. Yargıtay 21 HD, 7888/6455, 16.04.2007 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat> > erişim tarihi 26.02.2024.

⁷ Baumgartner (n 2) vd; Birgit Feldbauer-Durstmüller, *Krisenmanagement- Unternehmensfortführung im Konkurs* (Wien 1992) 26 vd; Ralph Knap, *Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs* (Zürich 1988) 3 vd.; Wilhelm Uhlenbruck, *Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning* (3. Auflage Köln 2016) 3 vd.

⁸ Knap (n 7) 3.

⁹ İyileştirme kavramı, yeniden sağlıklı kılma anlamına gelir ve ticari işletmeleri yeniden eski mali yapılarına dönüştürülmesi amaçlanır. Tıp biliminde olduğu gibi insanların hastalanabildiği gibi ticari işletmeler de çeşitli sebeplerle mali yapıları bozulabilir. Burada aynı bir insanın hastalanmasında öncelikle hastalığın teşhisi ve tedavi yönteminin belirlendiği gibi ticari işletmelerde de aynı şekilde hareket edilmelidir. Ticari işletmelerin mali durumunun bozulması durumunda gerekli iyileştirme tedbirleri mutlaka alınmalıdır. Bu sebeple modern zamana uygun olarak iyileştirme tedbirlerinin güncellenmesi gerekir Bkz. Markus R. Neuhaus ve Lukas Irmak, *Sanierung und Insolvenz Die Sicht der Revisionsstelle, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen* (Thomas Sprecher Hrsg, Zürich-Basel-Genf 2011) 87 vd; Feldbauer-Durstmüller (n 7) 45 vd.

¹⁰ Bkz Hubert Gmünder, *Der Betriebsverkauf in de Insolvenzverfahren, Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code* (Zürich St Gallen 2018) 217; Benedict F. Christ, ‘Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung’ (2004) BISchK 17-18; Wolfgang Marotzke, *Das Unternehmen in der Insolvenz, Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin* (Hamburg 2000) 2 vd.; Andreas Nadler, *Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter* (Wien 2001) 99 vd.; Özellikle Almanya’da İflas ve Konkordato’ya (Konkurs- und Vergleichsgesetz) ilişkin kanun hükümlerinin yerine Insolvenzordnung hükümleri 1999 yılında getirilmiştir. Burada “Konkurs des Konkurses” ile yani “iflâsın iflâs” ettirilmesi deyişi ile işletmelerin iflâs yoluyla tasfiyesi yerine devam ettirilmesi amaçlanmıştır. Bkz. Feser (n 3) 57, 64.

faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni)¹¹. İflasta işletmenin devam ettirilmesi, tasfiye sonucunda alacaklılara ödenecek oranın iyileştirilmesi, alacaklılar arasında garameten ödeme eşitliğinin sağlanabilmesi, mevcut malvarlığının (kaynaklarının) en iyi şekilde (maximal) menfaate kullanılabilmesi, malvarlığının bütünün devredilebilmesi olanağının sağlanabilmesi ve işletmenin mali durumunun düzeltilmesi (iyileştirilmesi) amaçlarıyla olabilmektedir¹².

Makalemizin kapsamını ise iflâsta işletmenin faaliyetinin devamına ilişkin muhafaza tedbiri (faaliyet izni) ile sınırlandırdığımızı belirtmek isteriz. Makale başlığının her seferinde uzun olarak kullanılmasından kaçınılarak metinde kısaca yer yer muhafaza tedbiri veya faaliyet izni ifadeleri de kullanılacaktır. Çalışmamızda öncelikle iflâs kararının verilmesiyle ortaya çıkan durum inceleme konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde sınırlı olarak ele alınmış, devam eden kısımda ise iflâs kararının verilmesi ile müflisin masaya dâhil olan işletmesinin devamına yönelik muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) ilişkin ortaya çıkan durum incelenmiştir. Bu kapsamda makalede özellikle işletmenin faaliyetinin devamına ilişkin muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) karar verecek organlar, faaliyet izni süresince işletmenin işlemlerinin idaresinde görevli organlar, muhafaza tedbirinin (faaliyet izninin) süresi, muhafaza tedbirinin (faaliyet izninin) kaldırılması ve muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar incelenmiştir.

I. İFLAS KARARI İLE İŞLETMENİN FAALİYETİNİN DEVAMINA YÖNELİK MUHAFAZA TEDBİRİNE (FAALİYET İZİNİNE) İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN KRONOLOJİK SÜREÇ

İflas kararı ile işletmenin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) ilişkin ortaya çıkan kronolojik sürecin kısaca açıklanmasında yarar vardır.

İflâs esasen asliye ticaret mahkemesi kararıyla hakkında iflâs kararı verilen bir borçlunun, haczedilebilen bütün mal varlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilerek borçlunun bütün alacaklılarının¹³ alacağıın toplu olarak karşılandığı bir takip yoludur¹⁴. İflâsla

¹¹ Bkz ve karşı. Baumgartner (n 2) 19 vd.; Knup (n 7) 3 vd.; Marotzke (n 10) 2 vd.; Thomas Windhöfel, Andreas Ziegenhagen ve Stefan Denkhau, *Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz*, (Köln 2008) 1 vd.

¹² Gisinger (n 3) 70

¹³ L.Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku* (4. Baskı Yetkin Yayıncılık 2023) 6; İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok ve Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 42; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2013) 51-55;

amaçlanan iflâs hükümleri uyarınca alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesi korunarak müflisin mal varlığının tasfiyesi yoluyla alacaklılar arasında adil bir paylaşımın sağlanmasıdır¹⁵.

İflâs kararı, kanunda düzenlenen iflâs sebeplerine dayanılarak Asliye ticaret mahkemesi tarafından verilir. İflâs sebepleri¹⁶ İİK’da tek bir maddede değil, çeşitli maddelerde düzenlenmiştir¹⁷. İflâs hukukunda genel iflâs sebebi, borçlunun muaccel hale gelmiş borcunu ödememesi ya da borçlunun borcunu ödeyememesi halinin sürekli ve yaygın olması sebebiyle ödemelerini tatil etmesi halidir¹⁸. Bununla birlikte iflâs sebepleri İİK’nun çeşitli hükümlerinde (m. 158, 173, m. 177, m. 180, m. 301, m. 292, m. 308/2, m. 309/s, m. 309/t, m. 178, m. 179), Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde (m. 324, 180, 182), Türk Medeni Kanunu’nda İİK’ya paralel olarak m. 636 ve Bankacılık Kanunu m. 110’da düzenlenmiş olup bu sebepler sınırlı sayıdadır¹⁹.

Asliye ticaret mahkemesince iflâs sebebine dayanılarak borçlunun iflâsına karar verilmesi halinde iflâsın açılması²⁰ söz konusu olup iflâsın açılma anı; iflâs kararında yıl, ay, gün, saat ve dakika şeklinde gösterilmelidir (İİK m. 165)²¹. İflâsın hukuki sonuçları, iflâsın açılması anına bağlı olup tüm hukuki sonuçlar iflâsın açılma anına göre belirlenecektir²². İflâsın hukuki sonuçlarının doğması; iflâs kararının kesinleşmesine, ilanına ya da tebliğe bağlı

Timuçin Muşul, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2019) 53; İlhan E. Postacıoğlu, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt I*, (Sulhi Garan Matbaası 1978) 4-5; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku* (8. Baskı Yayıncılık Matbaacılık 2009) 5.

¹⁴ Mahmut Bilgen, *Konkordato, İflâs ve Yargılama Usulü* (3. Baskı Adalet Yayınevi 2020) 383; Kuru (n 13) 1083; Muşul (n 13) 53; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 6; Aşık, Oruç, Tok ve Saçar (n 13) 42.

¹⁵ Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku* (3. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1970) 12; Seyithan Deliduman, *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması* (Seçkin Yayıncılık 2002) 19; Postacıoğlu (n 13) 56, 99.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhur Rüzgaresen, *İflâs Sebepleri* (Adalet Yayınevi 2011) 12-13 vd.

¹⁷ Kuru (n 13) 1084.

¹⁸ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 476; Kuru (n 13) 1084; Postacıoğlu (n 13) 17; Üstündağ (n 13) 7-9.

¹⁹ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 477; Rüzgaresen (n 15) 13; Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mustafa Serdar Özbek, ‘İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti’ (2012) 61 (1) AÜHFD 224 vd.

²⁰ Mustafa Reşid Belgesay, *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm Cilt II* (Fakülteler Matbaası 1953) 38 vd.

²¹ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 509; Bilgen (n 14) 608; Kuru (n 13) 1124; Muşul (n 13) 171; Postacıoğlu (n 13) 33-34; Yargıtay 23 HD, 1415/2040, 01.04.2013.; Yargıtay 23 HD, 2719/4897, 12.07.2012 <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>> erişim tarihi 27.02.2024.

²² Bilgen (n 14) 608, 958; Kuru (n 13) 1125, 1128, 1203; Muşul (n 13) 171; Postacıoğlu (n 13) 34, 99; Üstündağ (n 13) 47, 128-129; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Baskı Onikilevha Yayınları 2022) 434 vd.

değildir²³. İflâs kararı ile birlikte borçlu ve alacaklılar bakımından iflâsın hukuki sonuçları²⁴ ayrı ayrı ortaya çıkacaktır.

İflâs kararının verilmesi ile birlikte iflâsa yönelik işlemlerin yapılması için asliye ticaret mahkemesi iflâs kararını iflâs dairesine gönderir²⁵. İflâs kararının verilmesi ile birlikte müflise ait haczedilebilen bütün mal, hak ve alacaklar kendiliğinden bir iflâs masası oluşturur²⁶. İflâsın açılması ile müflis bakımından yeni dönem başlamaktadır²⁷. İflâsın açılması kararı ile borçlu bakımından doğan en önemli sonuçlardan biri, borçlunun müflis sıfatını almasıdır. Zira müflis sıfatını alan borçlunun masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanacak olup (İİK m. 191)²⁸ müflise ait bu yetkiyi artık masa malları bakımından iflâs idaresi kullanacaktır²⁹.

İflâs dairesi ilk olarak masa mallarını tespit ederek bir defter tutmalıdır (İİK m. 208). İflâs dairesi masa mallarının defterini tuttuktan sonra, iflâs kararının gereklerini yerine getirmek üzere tasfiyenin basit ya da adi şekilde yapılacağını belirleyerek (İİK m. 208/3) tasfiye işlemlerine başlar; adi tasfiyeye karar verilmesi halinde birinci alacaklılar toplanması yapılır, iflâs idaresi seçilir; tasfiyeye devam edilir³⁰. İflâsta olağan tasfiye usulü adi tasfiye olup³¹, ancak masa mallarının alacakları karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde (İİK m. 218/1) basit tasfiyeye başlanır ya da adi tasfiyenin uzaması halinde basit tasfiye usulü ile

²³ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 510; Berkin (n 15) 330; Bilgen (n 14) 608, 958; Kuru (n 13) 1128, 1203; Muşul (n 13) 171-172; Postacıoğlu (n 13) 35; Üstündağ (n 13) 45, 47, 128-129.

²⁴ Çalışmanın kapsamının sınırlı tutulması amacıyla iflâsın hukuki sonuçları ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 536 vd.; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt III* (Seçkin Yayınevi 1993) 2833 vd.

²⁵ Kuru (n 13) 1087; Ejder Yılmaz, *İflâs İdaresi* (Sevinç Matbaası AÜHF Yayınları 1976) 2, 4-5, 63.

²⁶ Kuru (n 13) 1204; Üstündağ (n 13) 78; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 536; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hülya Taş Korkmaz, *İflâs Masası* (Yetkin Yayıncılık 2010) 30 vd.

²⁷ Postacıoğlu (n 13) 169.

²⁸ Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri Cilt 2* (İdeal Basımevi 1945) 76; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (İstiklal Matbaası 1960) 224; Ahmet Başözen, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005) 121 vd.; Cansu Atıcı, *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Seçkin Yayıncılık 2021) 295; Timuçin Muşul, *Rehlin Paraya Çevrilmesi* (Adalet Yayınevi 2017) 455; Bununla birlikte borçlunun tasarruf ehliyeti devam etmektedir. Bkz. Levent Börü, *Dava Konusunun Devri* (Yetkin Yayıncılık 2012) 275, 276; Emel Şeyda Elgün Toğrul, *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Yetkin Yayıncılık 2021) 37; Müflisin ayrıca tasarruf ehliyetinin de kısıtlandığına ilişkin bkz. Gönen Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku* (Aydın Yayınları 1991) 537; Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri* (Ajans Türk Matbaası 1966) 87, 88.

²⁹ Özellikle dava takip yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cenk Akil, 'Dava Yetkinliği' (2018) 9 (36) TAAD 11.

³⁰ Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (6. Baskı Adalet Yayınevi 2017) 806; Muşul (n 13) 291; Yılmaz (n 25) 2, 4-5, 63.

³¹ Bilgen (n 14) 1186; Muşul (n 13) 291; Postacıoğlu (n 13) 50.

devam edilir (İİK m. 256/1)³². Adi tasfiyede iflâs idaresi görevli iken, basit tasfiye iflâs dairesi tarafından yürütülür.³³

İflâsın açılması ile birlikte iflâs dairesinin yapacağı işlemler arasında sonraki sırada yer alan bir diğer işlem, masa malları hakkında gerekli muhafaza tedbirlerini³⁴ almaktır. Çalışmanın konusunu da oluşturan müflise ait işletmenin faaliyetinin devamına ilişkin muhafaza tedbirlerinden birisi de İİK m. 210 uyarınca “İflâs dairesi; müflisin mağazalarını, eşya depolarını, fabrikalarını, imalathanelerini ve üretime yönelik sair yerlerini, perakende satış dükkânlarını ve buna mümasil yerlerini, masa hakkında faydalı olacağı anlaşılırsa ilk alacaklılar toplanmasına kadar kontrolü altında idare eder; aksi takdirde bu yerleri kapatıp mühürler.” şeklinde alınacak olan muhafaza tedbiridir.

İflâs dairesinin alabileceği muhafaza tedbirleri elbette bununla sınırlı değildir. İflâsın açılması anından itibaren iflâs dairesi masanın menfaatine gördüğü uygun tedbirleri alabilir. Çalışmanın sınırlı tutulması amacıyla iflâs dairesinin alabileceği diğer muhafaza tedbirleri ayrıca incelenmemiştir.

II. İFLASTA İŞLETMENİN FAALİYETİNİN DEVAMINA YÖNELİK MUAHAFAZA TEDBİRİNİN (FAALİYET İZİNİN) VERİLMESİ

A. Muhafaza Tedbirinin (Faaliyet İzninin) Amacı

İflasta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) yönelik İİK hükümleri (m. 210/II, 222, 223, 224, 226) incelendiğinde işletmenin hangi amaçla iflâsta da devam ettirildiği konusunda net bir açıklama bulunmamaktadır³⁵. Bununla birlikte iflâsta işletmenin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) ile asıl amaçlananın ne olduğunun tespit edilmesinde yarar vardır.

³² Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 565; Kuru (n 13) 1386-1390; Muşul (n 30) 804- 806; Muşul (n 13) 287-289; Postacıoğlu (n 13) 50; Erdal Tercan, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi* (Adil Yayınevi 1996) 14; Üstündağ (n 13) 128, 136, 218; Yılmaz (n 25) 1-2, 56-57, 162.

³³ Kuru (n 13) 1387; Muşul (n 13) 287, 290; Postacıoğlu (n 13) 50-51; Tercan (n 32) 14; Üstündağ (n 13) 219; Yılmaz (n 25) 1-2.

³⁴ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Baskı Yetkin Yayıncılık 2023) 633.

³⁵ Bkz. Baumgartner (n 2) 1 vd; Feldbauer-Durstmüller (n 7) 26 vd.

Doktrindeki bir görüşe³⁶ göre, ticari işletmenin devam ettirilmesi ile tasfiye edilmesi her ne kadar birbirine zıt kavramlar olarak kullanılsa da aslında iflâstan sonra işletmenin devam ettirilmesi, işletmenin tasfiye edilmesinin özel bir türünden başka bir şey olarak değerlendirilmemelidir. Zira geniş anlamda tasfiye, sadece işletmenin sona erdirilmesine ilişkin tedbirlerin alınması anlamına gelmez; ayrıca işletmenin devam ettirilmesine ilişkin tedbirleri de içerir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise³⁷, iflâsta işletmenin devam ettirilmesine yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) kavramı “iyileştirme (Sanierung)” hususunu içermiş olsa da aslında icra ve iflâs hukukunda düzenlenen diğer yeniden yapılandırma yöntemleri ile birlikte değerlendirilmemelidir. İİK’na göre yeniden yapılandırma yöntemleri, iflâsın ertelenmesi³⁸, konkordato ve sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması kurumları, işletmeyi iyileştirme tedbirlerindedir³⁹. İflasta ticari işletmenin devamı, diğer iyileştirme kurumlarından farklı olarak kendine özgü, bağımsız bir kurum olarak değerlendirilmelidir⁴⁰. Söz konusu yeniden yapılandırma (iyileştirme) tedbirleri, iflâsta işletmenin devam ettirilmesinden ayırt edilmelidir; zira işletmenin devam ettirilmesi iflâsın açılması ile söz konusu olur. Bunun aksine iyileştirme kurumları ile ise iflâsın açılmasının önüne geçilmesi amaçlanır. Burada her şeyden önce şu husus vurgulanmalıdır: Gerek işletmenin devam ettirilmesinde gerek iyileştirme kurumlarında öncelikle amaç işletmenin devamına yönelik olup bu şekilde alacaklıların alacağına tam olarak kavuşması sağlanır. Bu durum işletmenin tasfiyesini ortaya çıkarmaz; bilakis, işletmenin belli bir oranın küçülmesi ve devamında üçüncü bir kişiye devredilmesi ile ortaya çıkabilecek olan kazancın iflâs masasına kalması sağlanır ve bunun alacaklılar arasında paylaşılması amaçlanır. Bu durum özellikle işletmenin devredilmesi bakımından iflâsta ticari işletmenin devamı olarak adlandırılır⁴¹.

³⁶ Adolf Hertlein, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd VI* (Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1959) 620.

³⁷ Baumgartner (n 2) 2 vd.

³⁸ İflasın ertelenmesi hükümleri 28.02.2018 tarihli 7101 sayılı Kanunla İİK’deki 179/a, 179/b ve 179/c maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. 15.03.2018 Tarihli, 30361 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁹ Bkz. ve karşı. Baumgartner (n 2) 1. vd.; Gmünder (n 10) 15 vd.; Feldbauer- Durstmüller (n 7) 26 vd.

⁴⁰ Bununla birlikte, bugün modern zamanda, iflâsta veya konkordatoda işletmenin mali durumunun tekrar iyi bir konuma getirilerek işletmelerin satılması (Betriebsverkauf) da bir nevi iyileştirme tedbirlerinden görülmeye başlanmıştır. Bkz Gmünder (n 10) 177 vd.

⁴¹ Baumgartner (n 2) 2.

Doktrindeki bir başka görüŖe⁴² göre ise, iflâsta iŖletmenin devam ettirilmesi ile iflâs masasının mallarının paraya çevrilmesi anındaki aŖamasına kadar değerlerinin muhafaza edilmeye çalıŖılması amaçlanmıŖtır.

Kanaatimizce kanunumuzun söz konusu hükümleri, iŖletmenin hangi amaçla devam ettirildiği konusunda net bir açıklama içermemekle birlikte iflâsta iŖletmelerin devamına iliŖkin muhafaza tedbiri olarak faaliyet izni ile asıl amaçlananın, malların muhafazasının sağlanması yanında müflisin iŖletmesinin devamı ile gelir elde edilerek borçların tasfiye edilebilme olanağının elde edilmeye çalıŖılması olarak ifade edilebilir.

B. Muhafaza Tedbirine (Faaliyet İznine) Karar Veren Organ

1. Genel Olarak

İflâs kararının verilmesinden sonra iflâsın açılmasıyla birlikte müflisin iŖletmelerine devam edip edemeyeceğine basit tasfiye usulünde iflâs dairesi; adi tasfiye usulünde ise alacaklılar toplanmasına kadar bir süre geçeceğinden öncelikle iflâs dairesi, iflâs dairesi tarafından alınan tedbirin devamına ya da kaldırılmasına alacaklılar toplanması tarafından karar verilecektir.

İflâs kararının verilmesinden sonra iflâsın tasfiyesinde görevli organlar; resmi organlar ve özel organlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴³. İflâs dairesi, iflâsın resmi organıdır⁴⁴. İflâs dairesinin görevleri; iflâs kararının ilanı ve ilgili yerlere bildirilmesi, müflisin masaya giren mallarının defterinin tutulması, masaya dâhil olan mallar bakımından gerekli tedbirlerin alınması, tasfiye türünün belirlenmesi, adi tasfiyede alacaklıların birinci alacaklılar toplanmasına çağırılması ve toplanmaya başkanlık edilmesi, birinci alacaklılar toplanmasının yapılamaması halinde iflâs masasının idaresi ve tasfiye edilmesi, iflâs idaresinin iŖlemlerinin denetlenmesi, basit tasfiyenin yapılması olarak sıralanabilir⁴⁵.

Müflisin iŖletmelerinin faaliyetinin devamına iliŖkin karar, esasında birinci alacaklılar toplanması tarafından verilecektir (İİK m. 224/1). Bununla birlikte tasfiyenin basit usulde yapılması halinde kural olarak iflâs dairesi gerekli görmesi halinde alacaklıları toplantıya çağırarak olması sebebiyle ve yine adi tasfiyede alacaklılar toplanması adi tasfiyenin

⁴² Knup (n 7) 5.

⁴³ Berkin (n 15) 42, 59; Bilgen (n 14) 386; Kuru (n 13) 1086-1088; Yılmaz (n 25) 7.

⁴⁴ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 482; Berkin (n 15) 42, 59; Bilgen (n 14) 386, 388; Kuru (n 13) 1086-1088; Üstündağ (n 13) 127.

⁴⁵ Kuru (n 13) 1087; Yılmaz (n 25) 5.

ilanından itibaren on gün içinde yapılacağından (İİK m. 219) bu tarihe kadar müflisin işletmesinin faaliyetine devam edip edemeyeceğine ilişkin muhafaza tedbiri, faaliyet izni, iflâs dairesi tarafından verilecektir (İİK m. 210/1).

Adi tasfiyede iflâs dairesinin müflise vermiş olduğu bu muhafaza tedbirine yönelik faaliyet izni geçici niteliktedir; zira alacaklılar toplanması iflâs dairesi tarafından verilen faaliyet izninin kaldırılmasına her zaman karar verebilir (İİK m. 224/1). Yine birinci alacaklılar toplanmasının yapılamaması halinde ikinci alacaklılar toplanmasına kadar tasfiyede iflâs dairesi görevli olacağından (İİK m. 222) müflisin işletmesine faaliyet izninin verilmesinde iflâs dairesi görevli olacaktır. İkinci alacaklılar toplanması da gerçekleşmediği takdirde, iflâs dairesi yeni bir alacaklılar toplantısı yapıncaya kadar işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) hususunda tek yetkili organ olacaktır (İİK m. 239).

İflâs dairesinin müflisin bazı işletmesinin faaliyetine devam etmesine bazılarının kapatılmasına karar verebilmesi konusu oldukça zor bir karardır. Zira faaliyet iznine ilişkin karar için birçok teknik konunun incelenmesi gerekmektedir. Örneğin faaliyete devam edilmesi halinde masanın elde edeceği kâr ile masanın aleyhine olarak ortaya çıkacak zarar arasında bir değerlendirilmenin yapılması son derece yerinde olur. Daha tasfiyenin başında hakkında iflâs kararı verilen müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına tek başına iflâs dairesi tarafından karar verilebilmesi mümkün olmamalıdır.

Uygulamada iflâs dairelerinin faaliyet iznine çoğu zaman müflisin talebi üzerine karar verdiği görülmektedir. Nitekim uygulamada müflisin gerekçeli şekilde bir proje hazırlamak suretiyle elde edilecek kârları, bu süreçte yapılacak harcamaları, muhtemel bir ödeme planı çıkararak iflâs dairesine faaliyet izni için başvurduğu görülmektedir. İflâs dairesinin ise müflise faaliyet izni verilmesine ilişkin kararı, bilirkişilere başvurarak müflisin sunmuş olduğu projeyi inceleyip buna göre verdiği görülmektedir. Yine iflâs dairesinin müflisin bir talebi olmaksızın bilirkişi marifetiyle masanın yararına olduğunu tespit ettiği hallerde resen de işletmenin faaliyetine devam etmesine karar verdiği görülmektedir. İflâs dairesi, konkordatodan sonra (İİK m. 308/1) verilen iflâs kararı üzerine yine konkordato dosyasındaki borçlunun ödeme teklifini, komiser raporlarını da inceleyebilecektir. İflâs dairesinin faaliyet izni verirken esasında masanın elde edeceği kârdan ziyade masa aleyhine bir zararın ortaya çıkmasının önüne geçilmesini amaçlaması gerekir.

2. Birinci Alacaklılar Toplanması

İflâsın özel organlarından biri de alacaklılar toplantısıdır⁴⁶. Alacaklılar toplantısı, iflâs masasının idare ve tasfiyesi için müflisin alacaklılarının yapmış olduğu toplantıya denilmektedir⁴⁷. Alacaklılar toplantısı, bir temsil yetkisi bulunmasa da iflâsın en yetkili organı olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Nitekim iflâs tasfiyesinin seyri, tasfiyenin esasları alacaklılar toplantısında belirlenecek ve toplantıda alınacak kararlar sadece toplantıya katılanlar bakımından değil, tüm alacaklılar bakımından bağlayıcı olacaktır⁴⁹.

Borçlunun iflâsı ile ortaya çıkan durumdan doğrudan etkilenecek olan kimselerin alacaklılar olması sebebiyle müflisin mallarının tasfiyesinde önemli kararlar, alacaklılar toplantısında müflisin alacaklıları tarafından alınmaktadır. Alacaklılar toplantıya katılarak tasfiyenin hızlı bir şekilde az masrafla yapılmasını, böylece kendilerine daha fazla pay düşmesini de sağlayabilir⁵⁰.

Alacaklılar toplantısı iflâsta birinci ve ikinci alacaklılar toplantısı şeklinde yapılmaktadır⁵¹. Birinci alacaklılar toplantısı, iflâsın tasfiyesi için gerekli acele kararları verecek organ olup bu kararlar “toplantıda verilen kararlar” başlıklı İİK m. 224’te sayılmıştır. Çalışma konusu itibarıyla özellikle müflisin sanat ve ticaretinin devamı, fabrikaları, imalathaneleri ve üretime yönelik diğer yerleriyle mağazalarının, eşya depolarının, perakende satış dükkânlarının faaliyetlerine devam edip etmemesine ilişkin alacaklılar toplantısının kararı büyük önem arz etmektedir⁵².

İflâsın açılması ile birlikte adi tasfiye usulünün uygulandığı dosyada alacaklılar toplantısı, müflisin sanat ve ticaretine devam edip edemeyeceğine, müflisin işletmelerinin açık kalıp kalmayacağına karar verir (İİK m. 210, m. 224/1). Zira müflisin işletmesinin devam ettirilip ettirilmeyeceği hususunda asıl yetkili iflâs organı, birinci alacaklılar toplantısıdır⁵³.

⁴⁶ Alacaklılar toplantısına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Deliduman (n 15) 23 vd.; Güray Erdönmez, *İflâsta Alacaklılar Toplantısının Yetkileri* (Legal Yayıncılık 2005) 17 vd.; Berkin (n 15) 59; Bilgen (n 14) 388; Kuru (n 13) 1088; Üstündağ (n 13) 127; Yılmaz (n 25) 7; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 484, 485; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, (n 34) 638; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı Yetkin Yayıncılık 2022) 596.

⁴⁷ Deliduman (n 15) 23; Erdönmez (n 45) 17.

⁴⁸ Deliduman (n 15) 42; Kuru (n 13) 1296-1297; Üstündağ (n 13) 128.

⁴⁹ Erdönmez (n 45) 172; Kuru (n 13) 1296-1297; Üstündağ (n 13) 140.

⁵⁰ Deliduman (n 15) 27, 28; Erdönmez (n 45) 27 vd.

⁵¹ Deliduman (n 15) 86 vd.; Erdönmez (n 45) 29 vd.; Kuru (n 13) 1297; Postacıoğlu (n 13) 53, 86.

⁵² Aynı yönde bkz. Berkin (n 15) 315; Erdönmez (n 45) 116 vd.; Postacıoğlu (n 13) 55.

⁵³ Berkin (n 15) 315; Üstündağ (n 13) 134; Erdönmez (n 45) 120.

Birinci alacaklılar toplanması, iflâs dairesinin İİK m. 210/1 uyarınca faaliyet izni verdiği işletmelerin faaliyete devam edip edemeyeceğine ve iflâs dairesinin kapatılmasına karar verdiği işletmelerin toplantıdan sonra tekrar faaliyete geçmesi hakkında karar verecektir (İİK m. 224/1).

Birinci alacaklılar toplanması tarafından faaliyet izni verilmesinde iflâs dairesi tarafından sunulan rapor büyük bir öneme sahiptir. Nitekim alacaklılar henüz borçlunun işletmesinin durumunu bilememekte, işletmenin faaliyetine ilişkin bir değerlendirme yapamamaktadır. İflâs dairesi raporunda müflisin işletmesinin faaliyetine devam etmesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlara da yer vermelidir. İflâs dairesi, alacaklılar toplanmasında sunacağı bu raporu hazırlamak için teknik hususlarda bilirkişilerden görüş almalıdır.

Alacaklılar toplanmasının müflisin işletmesinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) kararı vermesinin şartları İİK’da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu şartların her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Birinci alacaklılar toplanması vereceği kararda öncelikle müflise verilen faaliyet izninin masa bakımından bir zarar doğurmamasını gözetmeli, alacaklıların ve masanın menfaatini dikkate almalıdır. Yine eğer iflâs, konkordato sonrası ortaya çıkmışsa bu halde müflisin vermiş olduğu konkordato teklifi, komiser raporları da inceleme konusu yapılabilecektir. Burada önemli olan yukarıda da ifade edildiği üzere kârdan ziyade işletmenin devamı halinde masanın ve alacaklıların zarara uğramamasıdır. Masaya dâhil olan işletmenin faaliyetine devamı, satılmasından daha çok gelir getirecekse bu halde işletmenin faaliyet devamına yönelik iznin verilmesi gerekir.

Birinci alacaklılar toplanması faaliyetin devamına ilişkin karar verirken iflâs dairesinin raporunu ve işletmenin durumunu dikkatle incelemelidir. Nitekim müflisin birden fazla işletmesinin bulunması halinde alacaklılar toplanması, bu işletmelerden bir kısmının faaliyetine devam etmesine karar verirken bir kısmının kapatılmasına karar verebilir.

İflâs dairesi tarafından İİK m. 210/1 uyarınca bir muhafaza tedbiri olarak alınan faaliyete devam kararı hakkında birinci alacaklılar toplanmasında herhangi bir karar verilmemişse, açıkça faaliyet izni kararının kaldırılmaması sebebiyle müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına karar verildiği sonucu çıkarılabilir⁵⁴.

⁵⁴ Aynı yönde Erdönmez (n 45) 121.

İflâs dairesi İİK m. 210/1 uyarınca müflisin işletmesinin mühürlenmesine karar vermişse birinci alacaklılar toplanması, işletmenin açılması ve faaliyete devam etmesi masanın menfaatine olacaksa, işletmeye faaliyet izni verilmesine karar verebilir. Ancak uygulamada müflise ait bir işletmenin faaliyetine devam etmesine karar verilmesi gerek iflâs dairesi gerekse de alacaklılar toplanması bakımından denetim ve kontrol yükümlülüğü doğurduğundan ve ilk korunması gerekenin masanın menfaati olduğundan iflâs dairesinin ve alacaklıların faaliyetin devam etmesini istemedikleri görülmektedir.

Birinci alacaklılar toplanması tarafından müflisin işletmelerine faaliyet izninin verilmesinin önemi, özellikle iflâs kararının bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim iflâs kararının kanun yolu incelemesinden geçtiği sürede işletmenin faaliyetine devam etmesi, işletmenin mevcudiyetini koruması bakımından da çok önemlidir. İşletmenin kapatılmasına karar verilmesi, iflâs kararının kanun yolu denetimi sonrasında kaldırılması ya da bozulması halinde bu süreçte borçlu müflisin durumunu daha da ağırlaştıracaktır. Bu sebeple faaliyet izni kararı verilirken bu husus da özellikle değerlendirilmelidir.

3. İkinci Alacaklılar Toplanması

İflâs idaresi, alacakları tespit ettikten sonra sıra cetvelini hazırlayarak ilan eder ve bu ilanla ikinci alacaklılar toplanması için alacaklıları toplantıya davet eder (İİK m. 234/1, m. 237/1). İkinci alacaklılar toplanması⁵⁵, iflâs kararı kesinleşmedikçe yapılamayacaktır (İİK m. 164/3). Müflisin işletmelerinin faaliyetine devam edebilmesine ilişkin kararın İİK m. 224/1 uyarınca birinci alacaklılar toplanması tarafından karara bağlanacağı düzenlenmiş olsa da ikinci alacaklılar toplanması tarafından da bu hususta karar verilebilir (İİK m. 238/2). Nitekim müflisin işletmelerinin faaliyetlerine devam edip etmemesine karar vermek yetkisi, birinci ve ikinci alacaklılar toplanması bakımından ortaktır (İİK m. 238/2).

Birinci alacaklılar toplanması yeterli çoğunluk sağlanamadığı için gerçekleşmezse bu halde müflisin işletmesinin faaliyetine devam edip edemeyeceğine ilişkin karar, ikinci alacaklılar toplanması tarafından verilir. Yine ikinci alacaklılar toplanması, birinci alacaklılar toplanmasında bu konuya ilişkin alınan kararın devamına karar verebileceği gibi faaliyete yönelik devam kararını kaldırabilir veya değiştirebilir (İİK m. 238/2). İkinci alacaklılar

⁵⁵ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 13) 485; Erdönmez (n 45) 84 vd.; Ayrıntılı bilgi için bkz. Deliduman (n 15) 44; Erdönmez (n 45) 63; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 45) 614.

toplanmasında işletmenin faaliyetinin devamına karar verilebilmesi, iflâs idaresi tarafından verilecek rapora bağlıdır (İİK m. 238/1). İflâs idaresinin, işletmenin devamının masanın menfaatine olduğunu ortaya koyması gerekir. İflâs idaresi, ikinci alacaklılar toplanmasının faaliyete ilişkin vermiş olduğu kararla bağlıdır.

Bununla birlikte uygulamada ikinci alacaklılar toplanmasında işletmenin faaliyetine devam etmesine ilişkin karar verilmesine sık rastlanmamaktadır. Zira ikinci alacaklılar toplanması, iflâs kararı kesinleşmeden yapılamadığından (İİK m. 164/3) bu tarihe kadar masaya dâhil olan işletme mallarının bir kısmı çoktan satılmış (İİK m. 224, m. 229) olabilir; bu sebeple işletmenin faaliyetine devam edebilmesi için gerekli maddi imkânı bulunmayabilir. Yine iflâs kararı artık kesinleştiğinden alacaklılar da bir an önce alacaklarına kavuşmak istediklerinden bir an önce masa mallarının paraya çevrilerek tasfiyenin tamamlanmasını isteyebileceklerinden ikinci alacaklılar toplanmasında faaliyet izni kararı verilmesi istisnaidir. Diğer yandan müflis bir konkordato teklifi sunmuş ve alacaklıların da bunu kabul etmesi ihtimali yüksek olması halinde ya da iflâsın kaldırılması⁵⁶ söz konusu ise ikinci alacaklılar toplanması müflisin işletmesinin faaliyetine devam etmesine karar verebilir.

C. Muhafaza Tedbiri (Faaliyet İzni) Verilen İşletmeyi Gözeten ve Denetleyen Organ

İflasın açıldığı anda müflisin işletmesinin faaliyetinin devamlılığına ilişkin muhafaza tedbiri (faaliyet izni) verilen işletmeyi gözeten ve denetleyen organın belirlenmesi gerekir.

1. İflas Dairesi

Faaliyet izni verilen işletmenin işlemlerini nasıl yapacağına; ödemeler, yönetim hususunun nasıl sağlanacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İflâs dairesi İİK m. 210/1 uyarınca müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına karar vermişse, birinci alacaklılar toplanmasına kadar söz konusu işletme faaliyetine, iflâs dairesinin denetim ve gözetimi altında devam eder. Zira İİK m. 210/1'de işletmeye faaliyet izni verilmesi halinde iflâs dairesinin bu faaliyetleri kontrolü altında idare edeceği düzenlenmiştir.

Bu aşamada iflâs dairesinin en önemli görevi masanın menfaatini korumaktır. İflâs dairesi işletmenin işlemlerini kendisi yapmamaktadır. Faaliyet izni verilen işletme, tasfiye devam ederken faaliyetlerine devam etmektedir. Uygulamada müflise faaliyet izni

⁵⁶ Hakan Albayrak, *İflasın Kaldırılması* (Yetkin Yayıncılık 2007) 56.

verilmesiyle söz konusu dosyaya bir maliyeci denetçinin atandığı ve denetçinin düzenli olarak iflâs dairesine işletmenin faaliyeti hakkında rapor sunduğu ve iflâs dairesinin bu rapora göre faaliyete ilişkin karar verdiği görölmektedir. Zira bir işletmenin faaliyetine devam edip edemeyeceğine ilişkin değerlendirme oldukça teknik hususları içermektedir.

Yine faaliyet izni verilen işletmenin elde ettiği gelirler doğrudan iflâs masasına dâhil olacaktır. İşletmenin faaliyetinin devamı için yapılacak harcamalar, ödemeler de masadan yapılacaktır. Bu sebeple müflisin örneğin işletmenin elektrik, su, internet faturasının ödenmesi; işçilerin maaşının ödenmesi, faaliyetin gerektirdiği mal alımlarının yapılması için gerekli paranın ödenmesi iflâs dairesinin işletmeye masadan sağlayacağı para ile mümkün olacaktır. İflâs dairesi bu ödemeleri masadan yapabilmek için İİK m. 223/5-2 uyarınca icra mahkemesi onayına sunmaktadır. Müflisin işletme ile ilgili yapacağı ödemelere ilişkin icra mahkemesi onayı üzerine iflâs dairesi masadan ödeme yapmaktadır.

İflâs dairesinin işletme üzerindeki gözetim ve denetimi kural olarak alacaklılar toplanmasına kadardır. Birinci alacaklılar toplanmasından sonra iflâs idaresinin oluşması ile işletme faaliyetine, iflâs idaresinin denetimi ve gözetimi altında devam edecektir. Bununla birlikte iflâs idaresinin oluşmaması halinde ise yükümlölük yine iflâs dairesine ait olacaktır.

2. İflas İdaresi

İflâs idaresinin görevleri ve yetkisinin sınırları İİK m. 226'da düzenlenmiştir⁵⁷. Buna göre iflâs idaresi, iflâs masasının kanuni temsilcisi olup⁵⁸ iflâs masasının menfaatini gözeterek tasfiyeyi yapmakla görevli özel organıdır; ancak kamu görevi yapmaktadır⁵⁹. Birinci alacaklılar toplanmasında iflâs idaresi oluşturulur (İİK m. 223/2). İflâs idaresi artık masanın menfaatine uygun olacak şekilde müflisin faaliyet izni verilen işletmelerini denetlemek, işletmelerde masanın yararına uygun olarak verimliliği sağlamak, işletmenin verimliliğinin gerektirdiği kira, hizmet vb. sözleşmeleri yapmak, müflisin iflâstan önce akdettiği

⁵⁷ İflâs idaresi ile ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz (n 25) 1 vd.; Orhan Eroğlu, *İflas İdaresi El Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2023) 159 vd.; Kuru (n 13) 1303, 1308; Muşul (n 13) 302-303; Postacıoğlu (n 13) 55-56, 58; Tercan (n 32) 19; Üstündağ (n 13) 150- 151, 156.

⁵⁸ İİK'da her ne kadar iflâs idaresi için masanın kanuni temsilcisi ifadesi kullanılmışsa da, iflâs idaresinin iflâs masası adına HMK m. 53'e göre, kanuni dava takip yetkisine dayanarak görevi gereği taraf olarak dava ve işlemleri takip ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Bkz. Levent Börü, 'Sıfat ve Dava Takip Yetkisi' (2011) (3) BATİDER 262-263.

⁵⁹ Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes (n 22) 475 vd.; Kuru (n 13) 1305; Üstündağ (n 13) 127; Yılmaz (n 25) 7, 39, 40, 54, 55, 83.

sözleşmelere katılıp katılmamaya karar vermek gibi yetkilerini kullanacaktır⁶⁰. Birinci alacaklılar toplanması tarafından müflisin işletmelerinin faaliyetine devam etmesine karar verilmesi halinde iflâs idaresi, faaliyetin gerektirdiği sözleşmelere girmelidir. Nitekim iflâsın açılması ile müflisin tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır, iflâs idaresi masa adına işlemleri yapmaya yetkili organdır. Ancak burada işletmelerin idaresi doğrudan iflâs idaresi tarafından yürütülmektedir; işletmenin idaresi işletme yetkilileri tarafından yürütülmekte olup iflâs idaresi burada artık İİK m. 224/1 uyarınca birinci ya da ikinci alacaklılar toplanması tarafından faaliyet izni verilen işletmeleri denetim ve gözetimle görevli olacak ve gerektiğinde sözleşmelere katılacaktır. Nitekim iflâs idaresi, alacaklılar toplanmasında alınan kararları uygulamakla görevlidir⁶¹.

İflâs idaresi de işlemlerini iflâs dairesinin denetimi altında yürütmektedir (İİK m. 223/5). Bu sebeple de müflisin işletmesinin faaliyetinin devamı için gerekli olan ödemeler yine iflâs masası hesabından ödeneceği için burada yine iflâs dairesi tarafından icra mahkemesinin onayı alınacaktır (İİK m. 223/5-2). Diğer yandan iflâs idaresi, alacaklılar toplanmasına da bilgi vermekle yükümlüdür. İşletmenin faaliyetlerini kontrol altına tutarak her zaman masanın menfaatini korumak zorundadır. İflâs idaresi faaliyet izni verilen işletmeyi düzenli olarak kontrol ederek rapor hazırlamalı (İİK m. 238/1) ve masanın bir zararının ortaya çıkma ihtimali varsa iflâs dairesine bilgi vererek derhal alacaklıları toplantıya çağırmalıdır.

D. İşletmenin Faaliyetinin Devamına Yönelik Muhafaza Tedbirinin (Faaliyet İzninin) Süresi

Müflise işletmesinde faaliyetlerine devam edebilmesi için verilecek faaliyet izninin süresine ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni), sürekli değil, geçici nitelikte bir tedbirdir⁶². Faaliyet izninin süresinin belirlenmesi işletmenin türü ile de yakından ilgilidir⁶³. Dolayısıyla bu sürenin asgari sınırı her somut olay bakımından değişebilecektir. Örneğın bir işletmenin bir işini tamamlaması için on günlük süreye ihtiyacı olabilir. Bu halde işletmeye on güne sınırlı

⁶⁰ Kuru (n 13) 1303; Meral Sungurtekin Özkan, *İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılanması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum* (Seçkin Yayıncılık 2008) 63; Yılmaz (n 25) 108.

⁶¹ Yılmaz (n 25) 111.

⁶² Baumgartner (n 2) 99, 163.

⁶³ Knup (n 7) 7.

olarak faaliyet izni verilebilir. Bununla birlikte faaliyet izni tasfiye süreci boyunca da verilebilir. Faaliyet izninin süresi esasen, iflâs dairesine veya idaresine değil, alacaklılar toplanması kararlarına bađlıdır⁶⁴. O halde alacaklılar toplanmasında müflisin işletmesinin faaliyetinin devamlılığına ilişkin amacın net bir şekilde ortaya konulması faaliyet izninin süresinin belirlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır; örneğin işletmenin devamlılığı sonucunda müflisin mallarının değerlenerek bir kısmının veya tamamının satılması amaçlanıyorsa, bu noktada faaliyet izni süresi biraz uzun olabilir⁶⁵.

Diğer yandan faaliyet izninin azami süresi iflâs kararının kesinleşmesine de bağlıdır. Zira birinci alacaklılar toplanması tarafından verilen faaliyet izni, iflâs kararının kesinleşmesi ile yapılan ikinci alacaklılar toplanması tarafından kaldırılabilir gibi paraya çevrilme işlemlerine kadar da devam edecektir.

Diğer yandan iflâs kararının bölge adliye mahkemesi kararıyla kaldırılması ya da Yargıtay tarafından bozulması halinde muhafaza tedbirleri devam edeceğinden (İİK m. 164/4) bu halde de müflisin işletmesine verilen faaliyet izninin de devam ettirilmesi yerinde olur. Kanaatimizce her halükarda faaliyet izni iflâsa ilişkin kararın (iflâs veya iflâsın reddi kararı) kanun yolu aşamasından geçerek kesinleşmesi anına kadar sürebilir. Bununla birlikte faaliyet izni sebebiyle masaya zarar gelmesi ihtimali bulunuyorsa izne her aşamada son verilmesi mümkündür.

İflasta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni), iflâsın kaldırılması kararı ile her halükarda sona erecektir⁶⁶. Başka bir deyişle, müflisin iflâs içi konkordato teklifi alacaklılar tarafından kabul edilirse iflâsın kaldırılmasına kadar işletme faaliyetine devam edebilecektir (İİK m. 237/3, m. 182/1).

E. İşletmenin Faaliyetinin Devamına Yönelik Muhafaza Tedbirinin (Faaliyet İzninin) Kaldırılması

İflâs dairesinin ya da alacaklılar toplanmasının kararı üzerine faaliyete devam kararı verilen işletmenin bir süre sonra zarar etmesi halinde faaliyet izninin kaldırılarak işletmelerin kapatılmasına karar verilebilir⁶⁷. İşletmenin kapatılmasına ve faaliyet izninin kaldırılmasına

⁶⁴ Baumgartner (n 2) 99.

⁶⁵ Bkz. BGE 95 III 29 e. 2a.

⁶⁶ Baumgartner (n 2) 99

⁶⁷ Erdönmez (n 45) 123.

basit tasfiyede iflâs dairesi kendisi karar verebileceği gibi alacaklıları toplantıya çağırarak alacaklıların onayı ile faaliyet iznini kaldırabilir. Adi tasfiyede ise İİK m. 210/1 uyarınca iflâs dairesi tarafından verilen faaliyet izni kararı, birinci alacaklılar toplanması tarafından; İİK m. 224/1 uyarınca birinci alacaklılar toplanması tarafından verilen faaliyet izni ikinci alacaklılar toplanması tarafından kaldırılabilir. Bununla birlikte alacaklılar toplanması sağlanamıyorsa bu hususta karar verme yetkisi iflâs dairesine ait olacaktır.

İşletmenin faaliyetine devam etmesi masa bakımından bir zarar doğuracak ve alacaklıların tasfiyeden alacakları pay azalacaksa bu halde müflisin işletmesine verilen faaliyet izni kaldırılabilir. Alacaklılar toplanması müflisin işletmelerinin tamamen veya kısmen kapatılmasına da karar verebilir. Alacaklılar toplanması, müflisin işletmesinin kapatılmasına karar verirse, iflâs dairesi bu yerleri mühürleyecektir. Yine iflâsın tasfiyesi kanunda öngörülen süre içinde tamamlanamayacaksa (İİK m. 256), müflisin konkordato teklifi, işletmenin satışı için yapılan görüşmeler sonuçsuz kalmışsa işletmenin kapatılması söz konusu olacaktır.

F. Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Uygulamada özellikle işletme üzerinde rehin hakkına sahip alacaklıların rehinli malın paraya çevrilmesi ile bir an önce alacaklarına kavuşma isteği karşısında adi alacaklıların işletmenin faaliyetine devam ederek tasfiyeden daha fazla pay elde etmek istemesi, işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) verilmesi bakımından sorun teşkil etmektedir. Yine iflâs dairesinin ise müflisin işletmesinin devamına karar (faaliyet izni) verilmesi ile masanın mevcudiyetinin tehlikeye atılması ihtimali karşısında bu iznin verilmemesi yönünde hareket ettiği görülmektedir. Zira muhafaza tedbiri olarak faaliyet izni verilen işletmenin bu izin sürecince doğacak borçları artık masa borcu haline geleceğinden masanın mevcudiyetini doğrudan etkileyecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere müflisin masa malları bakımından tasarruf yetkisi kısıtlandığından artık iflâs idaresi masa malları üzerindeki idare yetkisini kullanacaktır. Ancak uygulamada faaliyetine devam eden işletmenin faaliyetle ilgili kararları müflisin alması, iflâs idaresinin adeta müflisin kararlarını gözden geçirmesi şeklinde bir uygulama ile karşılaşılmaktadır. Dahası işletmenin faaliyetleri ile sınırlı olarak tasarruf yetkisi kısıtlanan müflise harcama yetkisi verildiği, müflis adına banka hesabı açıldığı görülmektedir. Bu hususların uygulamada bu şekilde yürütülmesi masanın menfaatine aykırı sonuçlar

doğurabilecektir. Uygulamada böyle bir işleyişin yürütülmesi sebebiyle de gerek iflâs dairesinin gerekse de alacaklıların bir masanın mevcudiyetini koruyamayacakları düşüncesiyle faaliyet izni verilmesine sıcak bakmadıkları görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle iflâsta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri kararının verildiği (faaliyet izni verilen) işletmelerin faaliyetlerine ne şekilde devam edebileceklerine ilişkin yeknesak bir uygulama esaslarının kanunla veya kanunun işaret ettiği müstakil bir yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Keza İsviçre hukuku doktrininde⁶⁸ de iflâsta işletmenin faaliyetinin devamına ilişkin öngörülen teminat tedbiri hükümlerinin yeterli olmadığı belirtilmektedir.

SONUÇ

İflâsın açılması ile kural olarak müflisin ticari işletmesi tasfiye sürecine girer, işletmenin faaliyetinin devamı mümkün olmaz. Fakat bazı durumlarda iflâsa tabi olan bir borçlunun iflâs etmesinden sonra da onun mallarının tasfiyesi yerine, müflisin işletmesinin devam ettirilmesi yöntemi tercih edilebilir. Burada iflâstaki işletmenin tamamen tasfiye edilerek sona erdirilmesine veya işletmenin devam ettirilerek borçların ödenebilmesine ilişkin yönetime karar verilmesi gerekir.

İflâsta işletmenin faaliyetine devam ettirilerek borçların ödenebilmesi imkânı, İİK'nun belli başlı bazı hükümlerine (m. 210/II, 222, 223, 224, 226) göre mümkündür. Özellikle İİK m. 210/1 ve m. 224/1 hükümlerine göre iflâs sürecinde müflisin işletmesinin faaliyetinin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) kararı verilmektedir. Uygulamada iflâstan sonra müflise ait işletmelerin devamı için söz konusu hükümlere başvurulmakta ve buna kısaca "*faaliyet izni*" adı verilmektedir.

İflâsta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbirine (faaliyet iznine) yönelik İİK hükümleri (m. 210/II, 222, 223, 224, 226) incelendiğinde işletmenin hangi amaçla iflâsta da devam ettirildiği konusunda net bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce Kanunumuzun söz konusu hükümleri işletmenin hangi amaçla devam ettirildiği konusunda net bir açıklama içermemekle birlikte, iflâsta işletmelerin devamına ilişkin muhafaza tedbiri olarak faaliyet izni ile asıl amaçlananın malların muhafazasının sağlanması yanında müflisin işletmesinin

⁶⁸ Bkz. Knup (n 7) 11 vd.

devamı ile gelir elde edilerek borçların tasfiye edilebilme olanağının elde edilmeye çalışılması olarak ifade edilebilir.

İflasta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri (faaliyet izni) süresince işletme faaliyetine alacaklılar toplanmasına kadar iflâs dairesinin, alacaklılar toplanmasından sonra da iflâs idaresinin denetim ve gözetimi altında devam edecektir. Bu aşamada önemli olan husus masanın menfaatinin korunmasıdır. Gerek iflâs dairesi gerekse de iflâs idaresi masanın menfaatini gözetmelidir. Faaliyet iznine ilişkin kanunda bir süre öngörülmemiştir, bu süre her somut olay bakımından farklılık gösterebilir.

İflâs dairesinin ya da alacaklılar toplanmasının kararı üzerine faaliyete devam kararı verilen işletmenin bir süre sonra zarar etmesi halinde faaliyet izninin kaldırılarak işletmelerin kapatılmasına karar verilebilir. İflâsta faaliyet izni verilmesi halinde uygulamada yeknesak bir usul bulunmamakta olup iflâs dairesinin ve alacaklıların faaliyet izni vermekten kaçındığı görülmektedir.

İİK'daki mevcut yürürlükteki hükümlerin yeterli olmamasından ötürü, faaliyet izni ile ilgili uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple iflâsta işletmenin devamına yönelik muhafaza tedbiri kararının verildiği (faaliyet izni verilen) işletmelerin faaliyetlerine ne şekilde devam edebileceklerine ilişkin yeknesak uygulama esaslarının, kanunla veya kanun işaret ettiği müstakil bir yönetmelikle düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akil C, 'Dava Yetkinliği' (2018) 9 (36) TAAD 1-20.

Albayrak H, *İflasın Kaldırılması* (Yetkin Yayıncılık 2007).

Ansay SŞ, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (İstiklal Matbaası 1960).

Arar K, *İcra ve İflâs Hükümleri Cilt 2* (İdeal Basımevi 1945).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz E ve Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Baskı Yetkin Yayıncılık 2023).

Aşık İ, Oruç Y, Tok O ve Saçar ÖF, *İcra ve İflâs Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku* (6. Baskı Yetkin Yayıncılık 2022).

Atıcı C, *Medeni Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Seçkin Yayıncılık 2021).

Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi* (Turhan Kitabevi 2005).

Baumgartner A, *Fortführung eines Unternehmens nach Konkursöffnung* (Freiburg 1987).

Belgesay MR, *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm Cilt II* (Fakülteler Matbaası 1953).

Berkin NM, *İflâs Hukuku* (3. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1970).

Betka B, *Die Sicherung des Schuldvermögens im deutschen und tschechischen Insolvenzverfahren* (Dresden 2005).

Bilgen M, *Konkordato, İflâs ve Yargılama Usulü* (3. Baskı Adalet Yayınevi 2020).

Börü L, 'Sıfat ve Dava Takip Yetkisi' (2011) (3) BATİDER 249-274.

Börü L, *Dava Konusunun Devri* (Yetkin Yayıncılık 2012).

Börü L, *İflas Dışı (Adi) Konkordatoda Alacaklılar Toplantısı*, (Yetkin Yayıncılık 2023).

Christ BF, 'Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung' (2004) BISchK 17-19.

Deliduman S, *İflâs Tasfiyesinde Alacaklılar Toplanması* (Seçkin Yayıncılık 2002)

Elgün Toğrul EŞ, *Medenî Usûl Hukukunda Dava Ehliyeti* (Yetkin Yayıncılık 2021).

Erdönmez G, *İflâsta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri* (Legal Yayıncılık 2005).

Eriş G, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku* (Aydın Yayınları 1991).

Eroğlu O, *İflas İdaresi El Kitabı* (Seçkin Yayıncılık 2023).

Feldbauer-Durstmüller B, *Krisinmanagement- Unternehmensfortführung im Konkurs* (Wien 1992).

Feser U, *Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning* (3. Auflage Köln 2016).

Gisinger T, *Unternehmensschliessung oder Unternehmensfortführung ?- eine komplexe Frage des Masseverwalters* (Linz 2008).

Gmünder H, *Der Betriebsverkauf in de Insolvenzverfahren, Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code* (Zürich St Gallen 2018).

Görgün LŞ, Börü L ve Kodakoğlu M, *İcra ve İflâs Hukuku* (4. Baskı Yetkin Yayıncılık 2023).

Gürdoğan B, *İflâs Hukuku Dersleri* (Ajans Türk Matbaası 1966).

Hertlein A, *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd VI* (Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1959).

Knup R, *Die Anordnung der Unternehmungsweiterführung im Konkurs* (Zürich 1988).

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt III* (Seçkin Yayınevi 1993).

Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2013)

Marotzke W, *Das Unternehmen in der Insolvenz, Fortführung und Veräußerung zwischen Eröffnungsantrag und Berichtstermin* (Hamburg 2000).

Muşul T, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları* (6. Baskı Adalet Yayınevi 2017).

Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2019).

Muşul T, *Rehlin Paraya Çevrilmesi* (Adalet Yayınevi 2017).

Nadler A, *Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter* (Wien 2001).

Neuhaus MR ve Irmak L, *Sanierung und Insolvenz Die Sicht der Revisionsstelle, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen* (Thomas Sprecher Hrsg, Zürich-Basel-Genf 2011).

Özbek MS, 'İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti' (2012) 61 (1) AÜHFD 207-274.

Pekcanıtez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Baskı Onikilevha Yayınları 2022).

Postacıoğlu İE, *İflâs Hukuku İlkeleri Cilt I*, (Sulhi Garan Matbaası 1978).

Rüzgaresen C, *İflâs Sebepleri* (Adalet Yayınevi 2011).

Sungurtekin Özkan M, *İşverenin İflâs Etmesi Halinde İşçilik Hak ve Alacaklarının Karşılanması Konusundaki Sistemler ve Türk Hukukundaki Durum* (Seçkin Yayıncılık 2008).

Taş Korkmaz H, *İflâs Masası* (Yetkin Yayıncılık 2010).

Tercan E, *İflâsın Sözleşmelere Etkisi* (Adil Yayınevi 1996).

Uhlenbruck W, *Betriebsfortführung in Restrukturierung und Insolvenz*, herausgegeben von Prof.Dr. Rolf-Dieter Mönning (3. Auflage Köln 2016).

Üstündağ S, *İflâs Hukuku* (8. Baskı Yaylacık Matbaacılık 2009).

Windhöfel A, Ziegenhagen A ve Denkhaus S, *Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz*, (Köln 2008).

Yılmaz E, *İflâs İdaresi* (Sevinç Matbaası AÜHF Yayınları 1976).

THE COMPENSATION OF PECUNIARY AND NON-PECUNIARY DAMAGE UNDER TURKISH LAW THAT RESULT DUE TO VIOLATION OF BODILY INTEGRITY

*TÜRK HUKUKUNDA BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN
MADDİ VE MANEVİ ZARARLARIN TAZMİNİ*

Araştırma Makalesi

Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR*

ABSTRACT

The violation of the right of bodily integrity constitutes the violation of personality rights as well. In case of violation of bodily integrity, tortfeasor must compensate the damages of the injured person's pecuniary and non-pecuniary compensation.

Pecuniary compensation can be claimed by the injured person himself/herself or by his/her heirs. This is because pecuniary damage endangers the succession rights and decrease the value of the heritage.

Non-pecuniary compensation can be claimed by the person whose personality rights or bodily integrity is violated in principle in Turkish Legal System. But in cases of serious personal injury or death, by the legal dependants of the injured/dead person due to the Turkish Code of Obligation Article 56. In the latter case, heirs do not enjoy right to claim non-pecuniary compensation on behalf of the injured person unless the injured person did not claim the non-pecuniary compensation when he/she was alive depending on Turkish Civil Code Article 25.

Keywords The violation of bodily integrity, pecuniary damage, non-pecuniary damage, personal injury, compensation

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1332076

Makalenin Geliş Tarihi: 27.07.2023 **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.01.2024

* Assoc. Prof., Ph.D., Hacettepe University Faculty of Law, Civil Law Department.

E-mail: bgozcan@hacettepe.edu.tr

ORCID ID: 000-0003-3638-1637.

This article has been prepared in accordance with the Research and Publication Ethics Rules of Hacettepe University Law Review.

ÖZ

Bedensel bütünlük ihlali, kişinin temel kişilik değerinin dolayısıyla kişilik hakkının ihlalidir. Bedensel bütünlük ihlalinde fail, zarar görenin maddi ve manevini zararını gidermekle yükümlü olacaktır.

Maddi zarar isteminde zarar gören ya da mirasçuları bulunabilecektir. Maddi zararı mirasçıların isteyebilmesinin nedeni, manevi zarardan farklı olarak onun mirasbırakanın (zarar görenin) terekesinde malvarlığı içinde ekonomik bir değerinin olmasıdır.

Bedensel bütünlük ihlalinde manevi zararın tazminini kural olarak Türk hukuku bakımından sadece zarar görenin kendisi isteyebilir. Ancak ölüm ya da ağır bedensel bütünlük ihlalinde, zarar görenin/ölenin yakınları da TBK madde 56 gereğince kendileri için manevi zarar isteminde bulunabilirler. Bunun dışında zarar görenin sağlığında manevi tazminat isteminde bulunması halinde TMK madde 25' e göre mirasçuları bu zararın tazminini de zarar verenden isteyebilirler.

Anahtar Kelimeler Bedensel bütünlüğünün ihlali, maddi zarar, manevi zarar, kişisel zarar, tazminat

EXTENDED ABSTRACT

The subject of the study is the compensation of damages in cases of personal injury and death which has been regulated under Articles 53, 54, 55 and 56 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Violation of personal injury (bodily integrity) or death may result either from a tortious act or from breach of contract. Tortfeasor must compensate the damages of the injured person's pecuniary and non-pecuniary compensation, since the violation of the right of bodily integrity constitutes the violation of personality rights as well.

Damage is, mainly, divided into two: pecuniary and non-pecuniary damage. Regarding subject of the article, the difference between pecuniary and non-pecuniary damage is essential. That is why, the other distinctions of damage are not covered. One of these distinctions is actual damage, loss of profit and normative damage. Actual damage refers to the decrease in the estate; loss of profit refers to the deprivation of future earnings; normative damage refers to the loss of opportunity to use a property or the deprivation of opportunity to take holiday irrespective of the existence of a decrease in the asset. According to the normative damage theory, a person who is deprived of an opportunity, who cannot make a replacement of the damaged property due to his/her economic incapacity, may seek for compensation¹. Another distinction is made between positive and negative damages, in relation with the breach of contract. Positive damage refers to damage that arises due to the non-fulfilment of the contractual obligation, whereas, negative damage refers to damage that arise if the contract had not been formed².

Pecuniary damage means the decrease in the assets, as a result of the tortious act or the non-increase of the expected values of asset. Non-pecuniary damage is related with the damage that occurs as a result of the pain suffered and the decrease in the desire to live and energy of life. The definition and function of the non-pecuniary damage is controversial in the Turkish law literature. In case of the occurrence of non-pecuniary

¹ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2* (14. Basım, Vedat Kitapçılık, 2011) 41.

² Oğuzman/Öz (n 1) 41.

damage because of the violation of personal injury (bodily integrity) (Article 56 of Turkish Code of Obligations) or violation of personality rights (Article 58 of Turkish Code of Obligations), non-pecuniary compensation can be claimed. Bodily integrity covers both the physical and mental integrity.

Although there are discussions under Turkish Law as to the definition of non-pecuniary damage and its function, an amalgamated opinion is dominant both in theory and practice. By examining the decisions of Turkish Supreme Court of Appeals regarding the non-pecuniary damages, the situation becomes clearer. In this respect, the idea that the non-pecuniary compensation has a punitive function is not supported in practice. Even such function of is accepted, the main aim of non-pecuniary compensation being the violation of personality rights, is different from the punitive damage that exist under English Law. Under Turkish liability law, compensation does not have a punitive aim. That is why, the concept of punitive or exemplary damages are inexistent as a rule, in Turkish Law. Although the primary aim of compensation law is to compensate the damage, in some cases under English Law, the judge may award compensation with punitive aims. The aim of punitive damages is not to compensate the damage, but, as a private law sanction, to punish the tortfeasor.

Pecuniary compensation can be claimed by the injured person himself/herself or by his/her heirs. This is because pecuniary damage endangers the succession rights and decrease the value of the heritage. Non-pecuniary compensation can be claimed by the person whose personality rights or bodily integrity is violated in principle in Turkish Legal System. But in cases of serious personal injury or death, by the legal dependants of the injured/dead person due to the Turkish Code of Obligation Article 56. In the latter case, heirs do not enjoy right to claim non-pecuniary compensation on behalf of the injured person unless the injured person did not claim the non-pecuniary compensation when he/she was alive depending on Turkish Civil Code Article 25. The Articles 23, 24, 25 and 26 of the Turkish Civil Code sets out personality rights and regulates their protection regime. Art. 25 of the Turkish Civil Code mentions the pecuniary and non-pecuniary damages claim in case personality rights have been violated.

As a result, the aim of compensation is to resolve the effect of the harmful result, if possible. Compensation shall not be used as a tool for enrichment. The compensation shall not serve as a way of enrichment and shall not lead to the economic ruin of the tortfeasor.

INTRODUCTION

The subject of study is the compensation of damages in cases of bodily integrity and death which has been regulated under Articles 53, 54, 55 and 56 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. Violation of bodily integrity or death may result either from a tortious act or from breach of contract. The obligations arising from tort are regulated under Article 49 etc. of the Turkish Code of Obligations. Under Art. 49, a general rule is provided and under Art. 114/2, provisions governing the breach of contract are applicable, by analogy, to obligations resulting from tort. The provisions regulating the compensation of damages in

case of the violation of bodily integrity and death are applicable both in the breach of contract and tort law cases.

Physical injuries and damages that occur in the case of death, belongs to personal damages. Such damages may stem from labour law, administrative law, or tort law due to the violation of a private law contract. Irrespective of its source, the occurred damage is the same. However, due to the differences between the principles and rules governing the procedure, the amount of compensation that is awarded may vary. Because of this reason, in Turkish Law literature, the idea of the creation of expert court for the resolution of disputes of damages irrespective of its legal ground, is currently discussed. However, this issue remains at discussion. In this study, firstly, general information will be provided about the concept of damage depending on personal injuries or death under Turkish Law of obligations. Afterwards, the compensation of pecuniary and non-pecuniary damages in case of the violation of bodily integrity and death will be covered.

I. THE CONCEPT OF DAMAGE UNDER TURKISH LAW

Although there are several other distinctions, mainly, damage is divided into two: pecuniary and non-pecuniary damage. Pecuniary damage means the decrease in the assets of the injured person as a result of the tortious act or the non-increase of the expected values of asset³. Non-pecuniary damage is related with the damage that occurs as a result of the pain suffered and the decrease in the desire to live and energy of life.⁴ The definition and function of the non-pecuniary damage is controversial in the Turkish law literature.⁵ In case of the

³ Heinrich Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Auflage 4, Zürich-Basel, 2005) 9.

⁴ Oğuzman(Öz (n 1) 40; İrem Çakırca, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi” (2013) (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Özel Sayı) *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 794.

⁵ In addition, there are three different opinions under Turkish law regarding the non-pecuniary compensation. The subjective theory, objective theory and the amalgamated theory. According to the subjective theory, non-pecuniary damage means the decrease in the welfare (Heinz Rey, *Ausservedragliches Haftpflichtrecht*, (Auflage 3, Zurich-Basel, 2003) 105), according to the objective theory, objective decrease in the personality (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Basım, Yetkin Yayınları, 2015) 532.), amalgamated theory combines both of these theories and thus, defines non-pecuniary damage as the awareness of the negative situation that occurs objectively in mental integrity by the injured party (Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Basım, Beta Yayınevi, 2012) 490). Based on these definitions, opinions as to the function of the non-pecuniary compensation also differentiate. Equalization, satisfaction, prevention and compensation functions. According to the satisfaction function theory, non-pecuniary damage aims to provide satisfaction of the injured person to a certain extent (Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Band I, 1995) 419 f.); According to the equalization function, the aim of non-pecuniary compensation is to reduce the damage suffered by the injured party (Rona Serozan, “Manevi

occurrence of non-pecuniary damage because of the violation of bodily integrity (Article 56 of Turkish Code of Obligations)⁶ or violation of personality rights (Article 58 of Turkish Code of Obligations)⁷, non-pecuniary compensation can be claimed. Bodily integrity covers both the physical and mental integrity.⁸

II. The Possessors of the Right to Claim Pecuniary and Non-Pecuniary Compensation

The subject of the pecuniary compensation lawsuit is the compensation of pecuniary damages, whereas, the subject of the non-pecuniary compensation lawsuit is the compensation of non-pecuniary damage.

Pecuniary compensation can be claimed by the injured person himself/herself or by his/her heirs. This is because pecuniary damage endangers the succession rights and decrease the value of the heritage.

Non-pecuniary compensation can be claimed by the person whose personality rights or bodily integrity is violated or in cases of serious personal injury or death, by the legal dependants of the injured/dead person. In the latter case, heirs do not enjoy right to claim non-pecuniary compensation on behalf of the injured person. What law regulates is the non-pecuniary compensation claim of the legal dependants for the pain and distress they suffer. This is by nature, the compensation of a reflective damage⁹ and thus, for such damage to be

Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990) 83- 86; Antalya (n 5) 488); According to the compensatory function, damage is compensated either in kind or in cash (Hülya Atlan, “Beden Bütünlüğü İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi” (2016) 4 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2663 ; Arzu Genç Arıdemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat* (On İki Levha Yayınları, 2008) 7-8.); Eren (n 5) 750 f.; Çakırca (n 4) 2013, p. 253); About the preventive function of non-pecuniary compensation (Yaşar Karayalçın, “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, (1962) 19(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 262).

⁶ Art 56 of Turkish Code of Obligations “In cases of damages to personal integrity, the judge may decide an amount of money as non-pecuniary damage, to be paid to injured party by considering circumstances of situation. In case of serious personal injury or death, the judge may award a reasonable compensation to be paid as non-pecuniary compensation to the legal dependants of the injured or dead party”.

⁷ Art 58 of Turkish Code of Obligations “Any individual whose personality right is violated may request an amount of money as non-pecuniary damage. The judge may decide another compensation form instead of the payment of the damage or may attach both; he may particularly decide to condemn the attack and that the decision is published”.

⁸ Çakırca (n 4) 796.

⁹ Under Turkish Law, one of the distinctions regarding damage is direct damage, indirect damage, and reflective damage. Direct damage refers to damage that occur in direct relation with the tortious act, without

compensated, in addition to the causal link between the tortious act and the damage, there needs to be unlawfulness link as well.¹⁰ Here, the fact that whether the reflective damage originates from the violation of an absolute or relative right is of importance.

The Articles 23, 24, 25 and 26 of the Turkish Civil Code sets out personality rights and regulates their protection regime. Art. 25 of the Turkish Civil Code mentions the pecuniary and non-pecuniary damages claim in case personality rights have been violated.¹¹

Art. 25 of the Turkish Civil Code also regulates that the right to claim can be transferred to a third person in case the non-pecuniary compensation claim is accepted by the liable person. In principle, legal heirs are deprived of the right to claim non-pecuniary compensation on behalf of the deceased person. However, under Art. 25 of the Turkish Civil Code, in case the deceased person has put forward non-pecuniary compensation claim during his/her life time, the claim can be made by his/her legal heirs as well.¹² What is important here is the initiation of the claim by the deceased person during his/her lifetime. On the other hand, their legal heirs are not obliged to put forward this claim. If it can be proven by the legal heirs that the deceased person has put forward his/her claim during his/her life time, they can put forward the non-pecuniary compensation claim of the deceased person.

The reason why the non-pecuniary compensation claim of the deceased person cannot be put forward by the legal heirs is because non-pecuniary damage occurs in relation with personality rights and by its nature, such a right is closely linked with personality. Since the

intervention of any other cause. Indirect damage refers to the damages that occur due to a reason added to the direct damage. The causal link between the tortious act and damage can be easily determined; whereas, in the case of indirect damage, the existence of such a causal link needs to be examined. Reflective damage refers to damage of a third person in addition to the injured person who has suffered damaged as a result of the tortious act. The compensation of third part damages is exceptional (Oğuzman/Öz (n 1) 43; Honsell (n 3) 11, 12). In a traffic accident, the medical treatment expenses of the injured person constitute direct damage, the damage resulting from malpractice during the treatment constitutes indirect damage, the damage suffered by the dependants due to not being able to work in order to take care of the injured person constitutes reflective damage. In this case, the injured person can only claim the direct damages from the tortfeasor, indirect damage can be claimed from the doctor. The reflective damage, in this case, cannot be claimed from neither of them.

¹⁰ Honsell (n 3) 12.

¹¹ Under Swiss Law, Art 27 and 28 ZGB regulates the protection regime for personality rights. The claim for non-pecuniary compensation in personality right violations is covered under Art. 28a/III ZGB. Also, among the provisions for tort under Swiss Code of Obligations, compensation claims for non-pecuniary damage in case of personality right violations (Art 49 OR) and in case of bodily integrity violations (Art 47 OR) are regulated. Art 49 OR is a general provision and Art 47 constitutes a special provision compared to Art 49.

¹² Art 35 of Turkish Civil Code “... *The claim for non-compensation may be transferred to a third person only if the claim is accepted by the other party and the claim cannot be put forward by the heirs only if the claim has been initiated by the deceased...*”

compensation claim for non-pecuniary damage that has not been put forward is not included in the heritage, it will not affect the hereditary share.¹³

III. The Principles and the Method of Compensation

The aim of compensation is to resolve the effect of the harmful result, if possible. Compensation shall not be used as a tool for enrichment. The compensation shall not serve as a way of enrichment and shall not lead to the economic ruin of the tortfeasor.

As mentioned, the compensation has two types: pecuniary and non-pecuniary compensation. The subject of the pecuniary compensation lawsuit is the compensation of pecuniary damages; whereas, the subject of the non-pecuniary compensation lawsuit is the compensation of non-pecuniary damage. Pecuniary compensation can be either in kind or in cash. Compensation in cash means compensation by money to reinstate the assets. In Turkish law practice, compensation in cash is common. Non-pecuniary compensation can be either in cash, by pardon of the tortfeasor or by publishing the text of correction.¹⁴

Under Turkish Law, compensation is independent from the damage. Only the violation of a legally protected right does not suffice.¹⁵ Damage must have occurred due to the violation of such right. The violation of bodily integrity itself does not lead to damage. The results that occur in relation to the violation of bodily integrity constitute damages. Damage is

¹³ Although the current situation has been explained under Turkish Law, *EREN* argues that the claim for non-pecuniary compensation constitutes a right to claim, belonging to assets. According to him what is closely linked is the value that has been violated; considering non-pecuniary compensation claim as closely related with personality is only in accordance with the subjective theory and the compensation function. He also states that the legal provision regarding the transfer of the claim to a third person only if the claim has been accepted by the other party in inconsistent with the aim of non-pecuniary compensation. (Eren (n 5) 789 f.). Similarly, *SEROZAN* also puts forward that the non-pecuniary compensation claim belongs to estate and at our time, it cannot be considered as closely linked with personality. He mentions that in practice, non-pecuniary compensation is regarded as complementary to pecuniary compensation and even the idea that lies beneath normative damage, which is seen as extension of pecuniary damage, is the compensation of non-pecuniary damage (Rona Serozan, “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Manevi Hakların Geçebilirliği”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan* (Seçkin Yayıncılık, 2006) 559 f.)

¹⁴ However, non-pecuniary compensation in case of the termination of engagement, can only be claimed in cash. Art 121 of Turkish Civil Code: “*The party whose personality right has been violated due to the termination of engagement can only claim non-pecuniary compensation in cash from the faulty party*”.

¹⁵ Art 70 Law on Intellectual Property: “*The person whose non-monetary rights have been infringed may file lawsuit to claim non-pecuniary compensation. The judge can, instead of or in addition to the payment of money, award other types of non-pecuniary compensation.*” When a lawsuit for the compensation of non-pecuniary damage is filed under this Article, in the case of infringement of non-monetary rights, the existence of damage is deemed to exist (İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (2. Basım, Seçkin, 2015) 136)

fundamental as it lies in the centre of compensation law. Also, under Turkish law, compensation does not have a punitive aim.

IV. The Damages in the Case of Violation of Bodily Integrity Under Turkish Law

A. In General

When the conditions are met, compensating the damage through transferring it to the tortfeasor lies at the heart of liability law. The tortfeasor is obliged to compensate the damage that he/she has caused by his/her tortious act. It should be noted that the fault of the tortfeasor is required and only in exceptional cases laid down in the law, liability without fault is available. What is important is the existence of causal link between the tortious act that violates the legally protected value and the occurred damage.

Art. 54 of the Turkish Code of Obligations under the title “death and personal injuries”, regulates the items of pecuniary damage in case of death, Art. 55 regulates the determination of the non-pecuniary compensation. Art. 56 regulates the non-pecuniary damage claims in case of death and personal injury.

In that sense, the importance of damages resulting from the violation of personality rights or bodily integrity is undisputable. Such damages, due to their nature, are not comparable with material rights. The compensation of personal damages is regulated under Articles 53, 54 and 55. Also, among the lawsuits that can be initiated in case of the violation of personality rights, the lawsuits for pecuniary and non-pecuniary damage are regulated. Art. 58 regulates the lawsuit for compensation of the non-pecuniary damage in case the personality rights are violated.¹⁶ Since the subject of this paper is restricted with the damages claim for personal injuries, the non-pecuniary damage claim in case of the violation of the personality rights will not be covered.

Personal injuries include both the pecuniary and non-pecuniary damages that occur as a result of the violation of bodily integrity other than death. Pecuniary and non-pecuniary damage may occur in the case of death as well. In that case, instead of the concept of personal

¹⁶ Art 49 OR (Injury to personality rights): “Any person whose personality rights are unlawfully infringed is entitled to sum of money by way of satisfaction provided this is justified by the seriousness of the infringement and no other amends have been made.”

injuries, more comprehensive concept of “personal damages” is preferred.¹⁷ In the case of death, the life of a human being ends due to an external factor; whereas, in violation of bodily integrity, physical and mental health is damaged. Personal injury occurs also when a permanent prosthesis is damaged, since it is also covered by personality rights.¹⁸

B. Damages in Case of the Violation of Bodily Integrity

1. The Violation of Bodily Integrity

The violation of personal integrity covers the deterioration of both physical integrity and mental health as both form the bodily integrity. The material and non-material deficits that occur in the physical integrity or mental health constitute violations of bodily integrity.¹⁹ The physical integrity violations may be visible from outside as they may also be directed at inner organs.²⁰ The deterioration of the mental health does not mean an ordinary, short distress. In case of a change in the intelligence, emotional status or will power, the mental health will be deemed to have been harmed. In such a case, the person cannot continue his/her life as it was before, experiences an emotional change and is deprived of living abilities that affect his/her will.²¹

Damage is composed of both material and immoral deficits when bodily integrity is violated.²² If the conditions are satisfied, the injured person may ask for the items of pecuniary damage listed under Art. 54 and the non-pecuniary compensation under Art. 56. Also, the injured person may claim other pecuniary damages. Art. 54 and 56 are special provisions and they are applied in cases of both contractual and non-contractual liability.

¹⁷ Fikret Eren, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)”, *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre*, (TBB Yayını, 2016) 58.

¹⁸ Oğuzman/Öz (n 1) 93.

¹⁹ Honsell (n 3) 93 ff.; Oğuzman/Öz (n 1) 92 f.; Eren (n 5) 744.

²⁰ Oftinger/Stark (n 5) 275.

²¹ Eren (n 17) 61.

²² Eren (n 5) 745.

2. Pecuniary Damages in Case of the Violation of Bodily Integrity

According to Art. 54 of Turkish Code of Obligations, pecuniary damages that occur in case bodily integrity violations are medical treatment expenses, damages arising from the loss of future earnings and the loss of future earning capacity. The injured person may claim other items of pecuniary damage as well.

a. Medical Treatment Expenses

Medical treatment expenses are the first item of damage that occur due to the violation of bodily integrity. Medical treatment expenses include all expenses made at the hospital for medical treatment and if necessary in the future, additional treatment expenses such as physiotherapy. Preferring a private hospital does not affect the right of the injured person to claim compensation.²³ In case a private hospital is preferred, all medical treatment expenses need to be covered.²⁴ On the other hand, the expenses need to be in accordance with the socio-economic status of the injured person. The decisive question that shall be asked is, had the injured person paid all expenses by himself/herself, she/he would have chosen a state or private hospital.²⁵ Unnecessary medical expenses cannot be recovered, even if they had been realized.

Medical treatment expenses include drug expenses or physiotherapy expenses if necessary. Not only the treatments with therapeutic aim but also compulsory preventive treatment expenses can be recovered as well.²⁶ Medical treatment expenses also cover post-operation treatment at home. Expenses for ambulance, travel and accommodation can be

²³ Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 605 f.; “... *the plaintiff has paid the insured’s medical treatment expenses at the private hospital and thus the institution has unjustly enriched since it has avoided such expenses.*”(Decision of the Turkish Supreme Court of Appeals, Y.21.HD, 05.06.2007 T., 2006/10937E., 2007/9105 K. www.kazanci.com.tr, Date of access: 18.01.2017); “... *The information in the case file demonstrates that the deceased person has received medical treatment at a private hospital with his own will. The right to be treated under best conditions is a natural right. The deceased person cannot be restricted to receive treatment at state hospitals*” (Y.13.HD, 06.05.2002 T., 2002/3343 E., 2002/ 5167 K. www.kazanci.com.tr, Date of access: 18.01.2017).

²⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 695 “... *The information in the case file demonstrates that the plaintiff has received medical treatment both at a state and private hospital. The expert doctor has calculated the medical treatment expense by considering the official prices applied at state hospitals and the court has decided in accordance with this report. However, the compensation must be determined by taking into account both the written expenses and the private hospital invoice. For this reason, the judgement of the court of first instance need to be reversed.*” (The Decision of the Turkish Supreme Court of Appeals, Y.4. HD, 24.10.2005T., 2004/15003 E., 2005/11410 K., www.kazanci.com.tr, Date of access: 18.01.2017).

²⁵ Eren (n 5) 746.

²⁶ Eren (n 5) 746.

recovered.²⁷ At-home treatment expenses are not fully covered in practice; only partial cover is possible.²⁸ Here, what is important is the emergence of necessity to care for the injured person; it is not necessary that at-home treatment is done by a caretaker.²⁹

If the violation of bodily integrity has stemmed from breach of contract for the provision of medical services, which constitutes a consumer contract, the dispute shall be resolved under the Law on the Protection of Consumers, No. 6502.

The medical treatment expenses can be proven by any form of proof. If it cannot be proven with certainty, the judge may resort to his/her discretionary power. In such a case, “*the judge shall determine the amount of compensation in accordance with equity by considering the natural flow of life and the precautions taken by the injured person*” (Art. 50/2 Turkish Code of Obligations). The scope of the compensation and the mode of payment is decided by considering the necessities of the situation and especially, the degree of fault (Art. 51/1 Turkish Code of Obligations).

Art. 50 is guiding and at the same time, imposes a duty on the judge who is obliged to determine the actual amount of compensation. The plaintiff should be given the opportunity to prove the expenses (travel etc.) other than hospital expenses and in case the Plaintiff fails to prove these expenses; regarding possible expenses such as travel, companion etc. all treatment document should be ordered and period in accordance with the report prepared by an expert doctor considering the degree of the injury and recovery, in the light of Art. 50 of the Turkish Code of Obligations, the judgement needs to be made by considering all circumstances of the case.

For medical treatment expenses to be compensated, realization of such expenses is not necessary; it suffices if it is understood that they will be necessary in the future.³⁰ It is

²⁷ Honsell (n 3) 94 f.; Oftinger/Stark (n 5) 282 ; Decisions of the Turkish Supreme Court of Appeals, Y17.HD, 06.11.2014 T., 2014/15291E., 2014/15197 K. ; Y. 4.HD, 19.01.2016 T., 2015/14870 E., 2016/601 K.; Y.4.HD, 05.10.2015 E., 2015/10733 K. (www.kazanci.com.tr, Date of access: 18.01.2017); Mine Kaya, “Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre*, (TBB Yayını, 2016) 156.

²⁸ “... *The amount of expense for the caretaker which is calculated in the expert’s report needs to be reduced by considering the in-house solidarity possibly benefited by the injured person. Disregarding this by the court of first instance constitutes a reason for reversal of the judgment*” (Decision of the Turkish Supreme Court of Appeals, Y21.HD, 26.12.2016 T., 2016/5097 E., 2016/15513 K. www.kazanci.com.tr)

²⁹ Antalya (n 5) 460.

³⁰ Honsell (n 3) 95 f.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 603.

important to note that expenses need to be in accordance with the circumstances of the case. Unnecessary expenses cannot be compensated even if they had been realized.³¹

b. Loss of Future Earnings

The loss of working power means because of bodily integrity violation, for a certain period or for permanently not being able to work or due to the changes in the physical or mental abilities the decrease in the working ability for a certain period or for permanently.³² Whether the decrease or total loss of working power is temporary or permanent affects the amount of compensation.

In the case of temporary loss of the working power, damages occur in the form of loss of earnings until the time of recovery. However, in the case of permanent loss or decrease, the amount of damages is imputed and thus, requires a separate calculation.

When determining the compensation in the case of permanent loss of working power fully or partially, the earnings of the injured person, the ratio of loss and the remaining working time are considered. The income of the tortfeasor needs to be considered as well.

The earning that should be considered is the income at the time of the tortious act. Also, the increase of this earning in the future is also considered. When the earnings of the injured person are calculated, all earnings (earnings at the time of the harmful act + increase ratio+ additional earnings such as additional working time, premiums, public housing etc.) shall be considered. All earnings include salary, premiums, additional opportunities (public housing, providing car etc.), increase premiums etc.³³ If the injured person is minor, calculation is done in accordance with the possible future business line he/she would have worked. When determining the possible future business line, the professions of his/her parents, their income status, intellectual capacities as well as the conditions under which he/she was raised, the status of his/her siblings, if any, are taken into consideration. The physical status of the child, abilities and the level of intelligence are also important.³⁴

³¹ Oğuzman / Öz (n 1) 93.

³² Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 604 f.; Eren (n 17) 62.

³³ Oğuzman / Öz (n 1) 95 f.; Eren (n 17) 62.

³⁴ Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 605 f.; Oğuzman / Öz (n 1) 96; Eren (n 17) 64; Oftinger / Stark (n 5) 290.

The life expectancy and the average working time of the injured person are also taken into account.

Due to the incurrence of additional expenses, there may be decrease in the earnings. For example; in case a housewife who contributes to the family budget by taking of her child and doing domestic work loses her ability to work and since she becomes incapable of conducting these activities, someone is hired to work at home, the payments made to this person can be claimed as compensation.³⁵

Regarding the ratio of the loss of working power, the profession of the injured person bears importance as well. The impact of the lost organ will vary depending on the type of profession. For this reason, the loss of working power is determined in accordance with the medical data.³⁶

Another factor that should be considered for determining the amount of compensation is the possibility of the injured person to find a job in another business line. If the injured person can compensate the loss of future earnings, this should be considered.³⁷

If there is high possibility to recover and the suffering required is not extraordinary, the medical treatment that would help to decrease the loss of work ability but for which the injured person had not consented, shall be considered.³⁸

“Annual loss of earning is determined by multiplying the annual earning of the injured person with the working power loss ratio. Multiplying this amount with the duration of the working power loss gives the future loss of earning that the full or partial loss of the working power would cause.”³⁹

³⁵ Oğuzman / Öz (n 1) 95; In its decision 15. HD, 20.10.1975T., 1974/3787 E., 1975/4103 K. Turkish Supreme Court of Appeals, ruled that a housewife “... who, during the normal course of time, was conducting domestic work at home but due to the loss in her working capacity, had to perform more is entitled to compensation...” (Fatma T. Karakoç, "Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi", (2016) 55(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 152).

³⁶ Eren (n 17) 64; Oftinger / Stark (n 5) 288.

³⁷ Oğuzman / Öz (n 1) 96.

³⁸ Oğuzman / Öz (n 1) 96 F.; Eren (n 17) 65.

³⁹ Oğuzman / Öz (n 1) 95.

c. Loss of Future Earning Capacity

Although the violation of personal integrity does not affect the ability to work, the person may have become disadvantaged compared to his/her colleagues or may have to change his/her workplace or could suffer difficulties in changing job or find a new job. The loss of future earning capacity occurs in such cases.⁴⁰ Damage arising from the loss of future earning capacity must be evaluated separately⁴¹ and refers to the difference between the possible earning had the tortious act not occurred and the earning due to the physical situation after the tortious act.⁴²

As is it in the case of a pianist whose fingers become dysfunctional, physical changes may affect the economic future due to particularities of the profession of the injured person.

The damage mentioned here is not the damage that occurs due to the loss of future earnings although the partially or fully loss of future earning capacity results in the loss of possible future earnings.⁴³ The loss of future earning capacity is listed as a separate item of damages under Art. 54/4 Turkish Code of Obligations.

d. Other Expenses

The expenses occur in the case of compulsory moving to a flat with an elevator or change of flat since living in the previous apartment has become impossible due to the damage occurred because of the tortious act are examples for other expenses.⁴⁴

Other expenses include attorneys fee if it has become necessary to file a lawsuit.⁴⁵

e. General Rules Regarding the Determination of Compensation

The plaintiff has the burden of proof to prove the existence and its amount (Art. 50/1 Turkish Code of Obligations). If the amount of compensation cannot be proven with certainty, *“the judge may determine the amount of compensation in accordance with equity by*

⁴⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu Et Al. (n 5) 612 F; Eren (n 5) 750.

⁴¹ Eren (n 17) 66.

⁴² Tekinay / Akman / Burcuoğlu Et Al. (n 5) 615 F; Eren (n 5) 66.

⁴³ Oğuzman / Öz (n 1) 98.

⁴⁴ Oftinger/Stark (n 5) 282.

⁴⁵ Eren (n 17) 62.

considering the natural flow of life and the precautions taken by the injured person” (Art. 50/2 Turkish Code of Obligations). This provision is important especially for additional medical expenses that cannot be proven and in cases of the permanent loss of the work ability.

The judge determines the amount of compensation by considering the circumstances of the case and the degree of the tortfeasor’s fault. The fault of the injured in the occurrence or increase of the damage will also be considered as well as the consent of the injured person to the damage. In any case, compensation shall not serve as a tool for enrichment of the injured person as also shall not ruin the tortfeasor economically.

Regarding the personal injuries, the date of the decision is decisive for the determination of the amount of compensation. *“In case the scope of compensation cannot be ascertained fully at the date of the decision, the judge may reserve his power to change the judgement in two years, starting from the date of the decision”* (Art. 75 Turkish Code of Obligations). Such reservation is limited with the amount of compensation that has been claimed. If the plaintiff has reserved his/her rights for surplus, a separate lawsuit can be brought within period of limitation.

A separate lawsuit can be brought for damages that has occurred in the future because of the tortious act; however, such damages must be new. Irrespective of whether the damages are new, the plaintiff has right to initiate a partial claim at the first lawsuit, by reserving his/her rights for surplus. Although partial claim is not possible for definite claim, by their nature, damages in cases of personal injury are mostly indefinite.⁴⁶

3. Non-Pecuniary Damages in Case of the Violation of Bodily Integrity

a. In General

Non-pecuniary damage refers to the physical pain and distress suffered as a result of the violation of bodily integrity.⁴⁷ It is in accordance with the natural flow of life that a person suffers mental pain in addition to the physical pain. That is why, the death or violation of bodily integrity may not be the subject of only pecuniary damage; it may also be the subject of non-pecuniary damage. Although the amount of money paid as non-pecuniary compensation is not enough to relieve the pain suffered, at least it helps the injured person to

⁴⁶ Oğuzman / Öz (n 1) 97.

⁴⁷ R Brehm, in: H Hausheer/ H P Walter, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Die Entstehung Durch unerlaubte Handlungen Art 41-61 OR, (2006) 511.

be satisfied to a certain extent. Such a monetary income channels the injured party to a different direction as it helps him/her to ease life.⁴⁸ Also, for non-pecuniary damage to be realized, it is not necessary that the decrease in the physical rights or the loss of amenity is felt by the injured person himself/herself. The awareness of the non-pecuniary damage is not required for non-pecuniary compensation.⁴⁹

In relation to the violation of bodily integrity, physical or mental pain is required to claim compensation. Even if the pain occurs for a short period of time, compensation may be awarded; however, for a non-serious pain to be the subject of compensation, it needs to continue for a certain period.⁵⁰

In case of the violation of the bodily integrity, the injured person and in cases of serious violations of bodily integrity, the legal descendants of the injured/dead person may claim non-pecuniary compensation. Such claims of the third parties constitute reflective damage and thus, it cannot be claimed in cases other than serious violation of bodily integrity or death.

In the absence of any reason that resolves unlawfulness, the tortious act that leads to the violation of bodily integrity is considered as unlawful. Such act may stem from a faulty behaviour of the tortfeasor as it may also stem from a liability without fault. Non-pecuniary damage is composed of the pain and mental distress that the injured person has suffered.

Personal injury, above all, constitutes the violation of personality rights and has a non-pecuniary damage aspect. Non-pecuniary damage is regulated from the perspective of violation of personality rights under Art. 58 of Turkish Code of Obligations and Art. 56 of Turkish Civil Code. However, in case of the violation of bodily integrity, Art. 56 of the Turkish Code of Obligations provides a special provision for non-pecuniary damage.

b. Determination of Compensation Resulting from the Violation of Bodily Integrity

aa. In General

To claim non-pecuniary compensation in the case of violation of bodily integrity, the existence of a serious violation is required such as the necessity for a long-term medical treatment at hospital. At the same time, mental distress that has occurred because of a

⁴⁸ Hausheer/ Walter / Brehm (n 47) 511

⁴⁹ Eren (n 5) 790.

⁵⁰ Hausheer/ Walter / Brehm (n 47) 512; Rey (n 5) 102 f.; Antalya (n 5) 502.

physical pain or the violation of bodily integrity is required.⁵¹ The duration of the treatment, the heaviness of the pain suffered, becoming dependant on other people to continue living, permanent health problems etc. will be considered when awarding compensation.⁵²

The issue of the determination of the non-pecuniary compensation is regulated under Art. 57 of Turkish Code of Obligations. Art. 57 states that “*in cases of damages to personal integrity, the judge may decide an amount of money as non-pecuniary damage, to be paid to injured party by considering circumstances of situation. In case of serious personal injury or death, the judge may award a reasonable compensation to be paid as non-pecuniary compensation to the legal dependants of the injured or dead party*”. As seen, two situations are covered in this article: the non-pecuniary compensation claim of the injured person in case of violation of his/her bodily integrity and the non-pecuniary compensation claim of the legal dependants of the injured/dead person in case of serious violations of bodily integrity.

*“The amount of money that will be awarded under Articles 56 of the Turkish Code of Obligations as a non-pecuniary damage by taking into consideration circumstances of the case, needs to be fair and equitable. Non-pecuniary compensation has the function of the realization of mental tranquillity. Non-pecuniary compensation is neither punitive nor aims at the compensation of pecuniary loss. That is why, the function of the compensation determines its borders. The amount that will be awarded needs to be sufficient to bring the effect of the sensation of satisfaction. Since it does not aim at compensating a damage related to estate, it does not constitute a compensation in real sense. The non-pecuniary compensation needs to lead to a sensation of satisfaction in the injured person. This is the main idea that lies beneath the non-pecuniary compensation.”*⁵³ In addition to the discussions stated above, Turkish Supreme Court of Appeals considers non-pecuniary compensation as a tool for satisfaction.

bb. Determination of the Non-Pecuniary Damage of the Injured Person

There are not general and objective criteria to be used in determining the amount of non-pecuniary damage. The judge will determine the amount by taking into consideration all circumstances of the case through exercising his/her discretionary power as well as

⁵¹ Honsell (n 3) 111 f.; Hausheer/ Walter / Brehm (n 48) 519.

⁵² Oftinger / Stark (n 5) 444.

⁵³ Decision of the Supreme Court of Appeals, Y3. HD., 20.12.2014 T., 2014/ 17137 E., 2014/20262 K. (Kaya (n 27) 165).

considering the aim of the non-pecuniary compensation. However, socioeconomic situations of the parties are of importance. “...the amount of compensation awarded to the plaintiffs are law when considering the date of the act, the mode of the act and the socioeconomic situations of the parties. The ruling of the court of first instance need to be reversed since a higher amount of compensation should have been awarded.”⁵⁴

The judge will exercise his/her discretionary power when determining the amount of compensation. “The amount of money that will be awarded as a non-pecuniary damage needs to be fair and equitable. Non-pecuniary compensation has the function of the realization of mental tranquillity. Non-pecuniary compensation is neither punitive nor aims at the compensation of pecuniary loss. That is why, the function of the compensation determines its borders. The amount that will be awarded needs to be sufficient to bring the effect of the sensation of satisfaction. In the Decision for Unification of the Decisions by the Supreme Court of Appeals dated 22.06.1966 and no.7/7⁵⁵, special conditions that affect the amount of compensation are mentioned. Since these conditions may vary from case to case, the judge needs to exercise his/her discretionary power when assessing objectively the circumstances of the case at hand. The following factors need to also be considered when determining the amount of non-pecuniary compensation: economic conditions of the country, the socioeconomic situations of the parties, their degree of fault, date of the act etc.”⁵⁶

The situations such as the degree of the pain suffered, and the loss of labour force need to be considered since these vary from case to case.⁵⁷

⁵⁴ Decision of the Supreme Court of Appeals, Y.4. HD 23.10.2008 T., 2008/2920 E., 2008/12633 K. (Yargıtay Kararları Dergisi, 2009(2), 1263)

⁵⁵ According to the mentioned Decision for Unification of Decisions, the fault of the tortfeasor is not required. Non-pecuniary compensation may be claimed in the liability cases without fault that are regulated in law. The person whose personality right is violated may claim non-pecuniary compensation. It is sufficient that a causal link exists between the tortious act and the damage. Also, the circumstances of the case will play an important role for determining the compensation in the cases of the violation of bodily integrity or death. (www.turkhukuksitesi.com.tr, Date of Access: 14.03.2017).

⁵⁶ Decision of the Turkish Supreme Court of Appeals, Y. 17. HD. 04.10.2016 T., 2014/9119E., 2016/8517 K. (www.kazanci.com.tr, Date of access: 14.03.2017).

⁵⁷ Rey (n 5) 102.

cc. Determination of the Non-Pecuniary Damage Suffered by the Legal Dependants of the Injured/Dead Person in Case of Serious Personal Injury

This issue is regulated under Art. 56 of the Turkish Code of Obligations. The compensation claim of the legal dependants of the injured person is a claim independent from the compensation claim of the injured person and constitutes reflective by its nature⁵⁸. For reflective damage to be compensated, unlawfulness tie is required to exist between the damage and the tortious act. By stating “... *in case of serious personal injury or death, the judge may award a reasonable compensation to be paid as non-pecuniary compensation to the legal dependants of the injured or dead party*”, Art. 56 of the Turkish Code of Obligations clearly included the legal dependants of the injured person in the protective purpose of the legal norm. In the concrete case, the violation of the protective purpose of the legal norm and the unlawfulness tie will be deemed to exist.

The prerequisite for such non-pecuniary compensation claims of the legal dependants of the injured/dead person is either serious personal injury or death. In addition, there shall be causal relation between the non-pecuniary damage and the bodily integrity as well as unlawfulness relation. The unlawfulness relation means the violation of the legal norm aimed at the protection of bodily integrity. The protection of the bodily integrity and the right to live are of personality rights. Personality rights are absolute rights and thus, their violation leads unlawfulness. However, in case a reason exists that resolves unlawfulness⁵⁹, compensation cannot be claimed due to the absence of unlawfulness.⁶⁰

The cases of serious violation of bodily integrity are not covered. However, the importance of the harmed organs of the body, the loss of labour force of the injured person, becoming dependant on the other for care, loss of ability to communicate, major mental disorder may be considered as examples for serious violation of bodily integrity.⁶¹

⁵⁸ Antalya (n 5) 512.

⁵⁹ The reasons that resolve unlawfulness are the reasons for lawfulness. In case one of such reasons exist in the case at hand, the tortfeasor may not be held responsible for his/her act. The consent of the injured person, self-defence, cases of necessity, superior private or public interest, protection of one’s right by himself in the lack of public authority intervention on time, acting based on the authority provided by law constitute circumstances resolving unlawfulness. However, if the consent constitutes the violation of personality rights, the act causing the damage cannot be accepted as lawful. For example, medical intervention is an act directed at bodily integrity. That is why, medical intervention is not allowed without the enlightened consent of the person concerned.

⁶⁰ Eren (n 5) 791.

⁶¹ Çakırca (n 4) 796.

When determining the compensation of the legal dependants under Art. 56, the circumstances of the case needs to be considered. The degree of personal injury, the medical treatment process and its result, the seriousness of the mental pain, the duration of the violation, the age of the injured person, the fact that whether he/she can continue his/her life as it was before are all factors that need to be taken into consideration. The judge will determine the amount of compensation by exercising his discretionary power⁶². Objective criteria such as exemplary tables do not exist with respect to non-pecuniary compensation. Nevertheless, the judge may apply the general provisions in Art. 50, 51 and 52 when determining the compensation amount.

Before the entry into force the New Turkish Code of Obligations, non-pecuniary compensation claim of the legal dependants was accepted in practice. In contrast, a clear provision as to the pecuniary compensation of the legal dependants in case of serious personal injury in inexistent. It is hoped that the same rule will be applied by analogy in this case as well since the pecuniary damage of the legal dependants is also reflective damage and there is not any other way to compensate such damage.

In case of serious violation of bodily integrity, emotional relationship is ahead of blood relation. This emotional relationship needs to be of a real nature.

Due to the indivisibility principle of the non-pecuniary compensation, partial claim of such compensation is not possible. However, in case where the damage cannot be assessed with certainty at the beginning of the case, non-pecuniary compensation can be claimed due to the changes occurred in the bodily integrity in the course of time.

4. Equalization of Damage (Turkish Code of Obligations Art. 55)

The aim of pecuniary compensation is to compensate the decrease in the assets of the injured person. The compensation shall not serve as a way of enrichment and shall not lead to the economic ruin of the tortfeasor.

Before the compensation is determined, the real damage is reached through equalization. Equalization means the deduction of the economic benefits the injured person

⁶² Art 4 Turkish Code of Obligations - Judicial Discretion “Where the law confers discretion on the court or refers to an assessment of the circumstances or to good cause, the court must reach its decision in accordance with the principles of justice and equity.”

gained⁶³. However, for this, causal link needs to exist between the economic benefit and the tortious act that caused the damage.⁶⁴ The benefits the injured person gained needs to be deducted from the compensation which the injured person will receive because of the violation of his/her bodily integrity. The reason behind this is the idea that compensation shall not serve as a tool for enrichment. For example, if a person who has become disabled because of the tortious act pays lower tax, such benefit shall be deducted from the compensation. Similarly, taxes which he/she will not pay during the non-worked period, non-contributory pensions, travel expenses for work shall be deducted as well.⁶⁵

Contributory fault of the injured person, his/her consent, the occurrence of damage because of helping the injured person are reasons that are considered when determining the compensation. Such vary in each concrete case. Also, the degree of fault of the tortfeasor is also determinant on the compensation amount.

The plaintiff bears the burden to prove the existence of damage and its amount (Turkish Code of Obligations Art.50/1). However, for the equalization, it is defendant who bears the burden of proof. In cases where the defendant cannot prove the amount of economic benefits, the judge may exercise his/her discretionary power.⁶⁶

Also, to make equalization, there should not be any legal provision that prevents the equalization. Under Article 55 Turkish Code of Obligations, two items are not allowed to be deducted as equalization. Social security payments that may not be recoured partially or fully and payments that are not intended to discharge an obligation cannot be deducted from the compensation. The reason for this is the fact that such social security payment is based on the premiums paid by the injured person by way of deducting from his/her own salary and the non-occurrence of any benefit to the injured person as such. Secondly, payments that are not intended to discharge an obligation cannot be deducted from the compensation. If such payments are deducted, the injured person would be deprived of compensation of such amount and this would mean, in a way, punishing the injured person when favouring the tortfeasor.

⁶³ Oğuzman / Öz (n 1) 87 f.; Antalya (n 5) 515.

⁶⁴ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar”, *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre*, (TBB Yayını, 2016) 123.

⁶⁵ Tekinay / Akman / Burcuoğlu et al. (n 5) 614 f; Oğuzman / Öz (n 1) 89 f.

⁶⁶ Oğuzman / Öz (n 1) 84.

In any case, when the compensation amount is determined, the judge is not allowed to increase or decrease the amount of compensation on the ground of equity.

5. Temporary Payment: Application of Turkish Code of Obligations Art.76

With the aim of protecting the injured person who is economically disadvantaged, the judge may, on the request and in case of necessity, may award temporary payment. Such temporary payments are deducted from the amount of compensation. In case compensation is not awarded at the end of the trial, such temporary payments are paid back with interest. Article 76⁶⁷ is rarely invoked in practice.

Conclusion

The compensation of damage is possible when the value which is protected by a legal norm, is violated. This is because, in such a case, the unlawfulness link is deemed to exist. Because of this reason, except the exceptional cases regulated in the law, in principle, compensation of reflective damage is not accepted. The right of the legal dependants of the injured person, under Article 56 of Turkish Code of Obligations to claim compensation in case of the violation of bodily integrity or death due to the violation of their *own* personality rights is an example for such exceptional cases.

By examining the decisions of Turkish Supreme Court of Appeals regarding the non-pecuniary damages, the situation of it becomes clearer. In this respect, the idea that the non-pecuniary compensation has a punitive function is not supported in practice. Even such function of is accepted, the main aim of non-pecuniary compensation being the violation of personality rights, is different from the punitive damage that exist under English Law. Under Turkish liability law, compensation does not have a punitive aim. That is why, the concept of punitive or exemplary damages are inexistent in Turkish Law. Although the primary aim of compensation law is to compensate the damage, in some cases under English Law, the judge

⁶⁷ Art 76 of Turkish Code of Obligations- Temporary Payment “*The judge may award temporary payments to be paid by the defendant to the injured party upon request, provided that the injurer puts forward persuasive evidence which demonstrates the rightness of his claim and that his economic situation requires such claim. Temporary payments made by the defendant are set off from the amount of compensation. Unless compensation is not awarded, the judge shall decide the payment to be made back to the tortfeasor with legal interest*”.

may award compensation with punitive aims.⁶⁸ The aim of punitive damages is not to compensate the damage, but, as a private law sanction, to punish the tortfeasor.⁶⁹

Regarding the determination of non-pecuniary compensation, under Turkish Law, tables are not used to specify the amount of compensation. This results in the award of non-pecuniary compensation in different amounts. Still, the prior decisions of the courts are taken into consideration by the judges. The non-pecuniary damage is based on the violation of personality rights. In cases of mental disorders, pain due to the medical treatment leads to non-pecuniary damage. This non-pecuniary damage includes both the physical pain the person needs to suffer and the decrease in the desire to live. Pecuniary and non-pecuniary compensation payment is divided into two: lump sum payment and periodical payment. However, in practice, generally the courts award lump sum payment.

BIBLIOGRAPHY

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (1. Basım, Beta Yayınevi, 2012).

Atlan H, “Beden Bütünlüğü İhlalinde Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, (2016) 4 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2659-2683.

Beever A, “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, (2003) 23(1) *Oxford Journal of Legal Studies*, 87-110.

Brehm R, *Das Obligationenrecht, Die Entstehung Durch unerlaubte Handlungen Art 41-61 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Herausgegeben von Hausheer/Walter).

Çakırca İS, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi”, (2013) (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı Özel Sayı) *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 785-807.

Eren F, “Türk Borçlar Hukukunda Kişiyi İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)”, *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre*, (TBB Yayını, 2016) 57-76.

⁶⁸ Edwin Peel ve James Goudkamp, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 19th Edition, Sweet & Maxwell U.K, London, 2014, p. 692.

⁶⁹ Allan Beever, “The Structure of Aggravated and Exemplary Damages”, (2003) 23(1) *Oxford Journal of Legal Studies* 95.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (18. Basım, Yetkin Yayınları, 2015).

Genç Arıdemir A, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat* (On İki Levha Yayınları, 2008).

Güneş İ, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (2. Basım, Seçkin, 2015).

Honsell H, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, (Auflage 4., Zürich-Basel, 2005).

Karakaş FT, "Bedensel Bütünlüğü İhlâl Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybi Nedeniyle Tazmin Talebi", (2006) 55(2) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 143-156.

Karayalçın Y, "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", (1962) 19(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 251-275.

Kaya M, "Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre*, (TBB Yayını, 2016) 153-170.

Oftinger K and Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Band I, Zürich, 1995).

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, (14. Basım, Vedat Kitapçılık, 2011).

Ozanoğlu HS, "Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar", *Türkiye Barolar Birliği - Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre* (TBB Yayını, 2016) 121-127.

Peel E and Goudkamp J, *Winfield & Jolowicz on Tort*, (19th Edition, Sweet & Maxwell U.K., 2014).

Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, (Auflage 3, Zurich-Basel, 2003).

Serozan R, "Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Manevi Hakların Geçebilirliği", *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan*, (Seçkin Yayıncılık, 2006) 559-563.

Serozan R, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990) 67-101.

Tekinay SS ve Akman S ve Burcuoğlu H vd., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, (7. Basım, Filiz Kitabevi, 1993).

KAMU HUKUKU – ÖZEL HUKUK AYRIMININ GEÇERSİZLİĞİ

THE INVALIDITY OF THE DIVISION OF PUBLIC VS. PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi

Emir KAYA*

Furkan AYDIN**

ÖZ

Her ne kadar Türkiye’de Roma hukukundan günümüze gelen kadim bir ilke olduğu şeklinde yaygın ve yanlış bir algıya konu olsa da gerçekte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı 19. yüzyıl Fransa’sına özgü tarihsel koşullar sonucunda ortaya çıkmış modern bir doktrindir. Fransa’da dahi yoğun eleştirilere hedef olan ayırım, Fransız hukuk sistemi açısından sarsılması çok zor bir kaide statüsündedir. Fransa dışında ise söz konusu ayırım farklı şekillerde kabul ya da reddedilmiştir. Fransız hukuk sistemini aynen iktibas etmeyen ülkelerde bu ayırım, Fransa’dakilere ilaveten yeni problemlere ve ciddi çelişiklere yol açmaktadır. Bunun en net örneklerinden birini Türkiye sergilemektedir. Türkiye kamu hukuku – özel hukuk ayrımını hukuk sisteminin merkezine, hatta kenarına bile yerleştirmiş değildir. Ayırım doktriner bir klişe, gerçeklikten uzak bir dogma olarak varlığını sürdürmektedir. Bunun sonucunda hukukta öğreti ile olgu arasında ciddi bir uyumsuzluk meydana gelmektedir. Türkiye’de yasamada, yürütmede, yargıda, kısacası hukuk yapısında karşılığı olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı sadece hukuk fakültelerinin teşkilatlanmasında görülür. Buradan da lisansüstü programların isimlerine aktarılır. Fakat bu durum dahi yasal bir gereklilik olmayıp, teamülden ibarettir. Fransa’nın aksine, Türkiye’de lisans eğitiminin planlanmasında, hakimlikte, doçentlikte, kısacası hukukta önemli eğitim ve kariyer süreçlerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı baz alınmaz. Ayırımın genel teorik niteliği ise en zayıf noktadır. Hukukun

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1384211

Makale Geliş Tarihi: 31.10.2023

Makale Kabul Tarihi: 09.01.2024

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: emir.kaya@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-7382-3575

** Ar. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: furkan.aydin@asbu.edu.tr

ORCID: 0000-0003-2799-7480

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Bu makale Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Koordinasyon Birimi tarafından HF-2023-209 kodlu proje kapsamında desteklenmiştir.

bütünselliğine aykırı olan söz konusu ayırım, hukuk bilincini ve metodolojisini tutarlılıktan uzaklaştırmaktadır. Bilişim hukuku, deniz hukuku ve rekabet hukuku gibi yeni veya melez alanlarda büsbütün iflas etmektedir. Anayasa hukukunun özel hukukun dışına, medeni usul hukukunun kamu hukukunun dışına konumlandırılması örneklerinde olduğu gibi geleneksel alanlar açısından da bu tasnif son derece sorundur. Türkiye’de bir türlü adamakıllı sorgulanmayan, bir akide muamelesi gören kamu hukuku – özel hukuk ayırımı, eğer engin hukuk felsefesi ve realist olgu okuması açısından bakılacak olursa görülecektir ki geçersiz bir kurgudan ibarettir. Hukuk fakültelerinin ve öğretisinin bu sorumlu kurgudan kurtarılmasıyla hukuk düşüncesinin ve sisteminin verimli gelişiminin önündeki bir engel ortadan kaldırılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Öğretisi, Hukuk Sistemi, Hukuk Fakülteleri, Mukayeseli Hukuk, Eleştirel Hukuk Çalışmaları.

ABSTRACT

Contrary to a common misconception in Türkiye that the division of public vs. private law is an ancient principle borrowed from the Roman law, it is actually a modern formula that came into effect in the 19th century as a result of historical circumstances peculiar to France. Despite intense criticisms, France is unable to eliminate that division because it lays the foundation of its state structure. Beyond France, the division is accepted or rejected in different ways. In countries where the legal system is not entirely French-based, the division causes additional problems and serious contradictions. Türkiye is a clear example of this phenomenon. Türkiye, a country that purportedly embraces the division, does not take it seriously in reality. In Türkiye, the division is not effective in the legal system, namely, the legislative, executive and judicial organs, but is evident in the organization of law schools. When it comes to significant steps in legal career, such as basic legal education, judicial appointment or qualifying for (associate) professorship, the division disappears again. As for the overall theoretical quality, it is the division’s weakest aspect. The division contradicts the holistic perception of law, hence impairs legal consciousness and methodology. It fails in recent or hybrid disciplines such as IT, sea, and competition law. Locating constitutional law outside private law and civil procedural law outside public law are two examples that prove that the division is extremely problematic with regard to conventional disciplines as well. In short, the division of public vs. private law is like a creed in Türkiye. It is an invalid fiction that is not properly questioned. Eliminating this problematic imagination from law schools as well as legal doctrine and discourse will help remove an obstacle before the fruitful development of law.

Keywords: Legal Doctrine, Legal System, Law Schools, Comparative Law, Critical Legal Studies

EXTENDED ABSTRACT

In countries where the legal system is under the influence of France, the distinction between public law and private law has been established as one of the basic assumptions of legal doctrine. Simply put, public law regulates the relations between the state and people while private law regulates the relations among people.

Though it can be argued that the doctrine of the division of public vs. private law in continental European law has some benefits, our aim in this article is to question whether this division has become inefficient in the face of increasingly complex socio-economic phenomena, hence invalid in the face of legal realities. If the drawbacks of the division outweigh its benefits, it should be abandoned.

Above all, the division of public vs. private law is not a universal principle of law. Nor is it an ancient principle, unlike the widespread assumption in Türkiye. It is a modernist concept associated with nation-statism, and a product of the political philosophy of social engineering. It emerged in France in the 19th century, due to historical and structural reasons peculiar to it. It was imitated and unconsciously dogmatized in some other countries that did not share the same historical and structural conditions. Finally, in some countries including Türkiye, it was perceived to be a deep-rooted and unshakable principle of the law. This unrealistic and unscientific perception distorts legal knowledge and consciousness.

Even if it is assumed that at the onset the division of public vs. private law was useful, it is not possible to claim that it is still useful or accurate in today's legal world. Budding legal disciplines such as IT law, medical law, competition law, intellectual property law, air law, sports law, and space law completely negate the division. Conventional disciplines such as constitutional law and civil procedural law cannot be squeezed into one side either.

As a matter of fact, contrary to the discursive and doctrinal claims, the actual legal system in Türkiye is not based on the division of public vs. private law. The division, underlined in the legal doctrine, is simply theoretical. In practice, it does not exist. In other words, a division that does not exist in legal reality continues to occupy an important place in legal doctrine and discourse. This absurdity makes Türkiye an idiosyncratic case compared to France where the division is present in the judicial system at least.

In Türkiye, the division of public vs. private law exists only in the organization of law schools: Law schools have public law and private law departments. However, this is not an outcome of a binding legal rule but a custom. When it comes to undergraduate curriculum, the division is not observed. In France, for example, students in their third year can choose public or private law as their focus. There is no such practice in Türkiye. Also, while in France there are professorships in public law and private law, in Türkiye there are professorships in specific fields such as constitutional, administrative and commercial law.

The state structure in Türkiye has never been and need not be as in France. The divisionist system in France is a target of intense criticisms, as some leading French jurists find it inconsistent and inefficient. It is a scientific necessity in Türkiye to put an end to the distorted and groundless embracement of France's division of public vs. private law, which has no real concretization in the Turkish legal system.

As in all sciences, taxonomy and specialization is natural in law. However, the taxonomy must be scientifically established and accurate. The division of public vs. private law is just a cliché, an irrational custom. It is practically irrelevant and theoretically flawed. In short, it is invalid. The already problematic division of public vs. private law is even more problematic in the Turkish context. To illustrate, the division exists in both the legal system and the legal doctrine in France, and it does not exist in neither the legal system nor the legal doctrine of the UK. When it comes to Türkiye, the division is not present in the legal system but is present in the legal doctrine. There is a clear contradiction.

The division of public vs. private law may have contributed in the past to the teaching of law in a narrow context. It may still be appropriate today to use the terms ‘public law’ and ‘private law’ in an undefined and flexible sense. However, we must be aware that the dogmatic division of public vs. private law is not a well-established and strong principle, but a modernist and self-contradictory fiction. The division is negated in almost every aspect of law. It diminishes legal doctrine and prevents legal systems from coherent development. In short, legal doctrine should be saved from this artificial formulation. Legal understanding should be grounded in more holistic and realistic principles.

GİRİŞ

Hukuk sisteminin Fransa’nın etkisinde olduğu ülkelerde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hukuk doktrininin temel kabullerinden biri olarak yerleşmiştir. Basitçe ifade etmek gerekirse; kamu hukuku devlet ile bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen, özel hukuk ise bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen hukuk alanıdır. Kamu hukuku devletin kurulumuna, örgütlenişine ve işleyişine ilişkin kuralları da içerir. Devletin tüzel kişilerle ve diğer devletlerle olan ilişkileri, memurların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, idare ve yönetime ilişkin hususlar da kamu hukuku karakterlidir¹. Kamu hukuku kısaca devlet hukuku demektir². Kamu hukukunda devlet-birey eşitliği söz konusu değildir. Devlet belirleyici, birey uyucu konumdadır. Kişilerin birbirleriyle olan ilişkisini düzenleyen özel hukukta ise taraflar birbirleriyle eşit konumdadır ve irade serbestisi ilkesi hakimdir³.

Kamu hukuku kendi içinde anayasa, idare ve vergi hukuku gibi alt dallara ayrılmaktadır. Fransa’da özel hukuk sayılan ceza hukuku, Türkiye’nin de aralarında

¹ Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan Kitabevi 2002) 36.

² Yahya Kazım Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş* (İmaj Kitabevi 2015) 27.

³ Öztan (n 1) 36.

olduğu pek çok ülkede kamu hukuku sayılmaktadır. Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi alanlarsa özel hukuk olarak kabul edilmektedir.

Kıta Avrupası hukukunda görülen kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sınırlı bir geçerlilik alanının ve bazı faydalarının olduğu söylenebilir. Bizim bu makaledeki amacımız, söz konusu ayrımın karmaşıklaşan sosyo-ekonomik olgular karşısında verimsiz, hukuki gerçeklikler karşısında gittikçe artan düzeyde geçersiz bir kabule dönüşüp dönüşmediğini sorgulamaktır. Ayrımın sakıncalarının faydalarından ağır basması durumunda terk edilmesi gerekir.

Makalede evvela kamu hukuku – özel hukuk ayrımının menşei irdelenmiş ve bilginin tasnifinin faydaları kadar zararlarının da olabileceğine işaret edilmiştir. Ardından kamu hukuku – özel hukuk ayrımına dair doktrindeki ölçütlere yer verilmiş ve ölçütlerin kritiği yapılmıştır. Makalenin sonraki bölümünde söz konusu ayrımın Kıta Avrupası hukuk sistemi dışındaki diğer büyük hukuk sistemlerindeki yeri tartışılmıştır. Sonrasında ayrımın hukukun gerek yeni gerekse geleneksel alanlarıyla uyum düzeyi sorgulanmıştır. Bir diğer başlıkta makalenin en çarpıcı bulgularından biri olan, Türkiye bağlamında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının pozitif hukukta esas alındığı tek yerin hukuk fakültelerinin örgütlenmesine ilişkin olduğu tespitine yer verilmiş ve söz konusu ayrımın söylem ve algı gücünün yüksekliğine nazaran hukuk sisteminde karşılığının neredeyse hiç olmadığına işaret edilmiştir. Son olarak ayrımın mehzaz ülke olan Fransa'daki durumu irdelenmiş, Fransız sistemi için anlamlı sayılabilecek kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Türk hukukunda sakil bir taklit ve geçersiz bir klişe olduğu hususu tartışmaya açılmıştır.

I. AYRIMIN MENŞEİ: ANTİK ROMA MI, MODERN FRANSA MI?

Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenmiş olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının menşesini Türk hukukçular Roma hukuku olarak göstermektedir⁴. Modern Türk hukukunun menşesinin başta Fransa olmak üzere Kıta Avrupası ülkeleri olduğu doğrudur.

⁴ Rona Aybay, *An Introduction to Law* (Der Yayınları 2020) 65; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 2020) 86; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları* (Genel Dağıtım Yayınları 1991) 22.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin köklerinin de antik Roma hukukuna uzandığı doğrudur. Türk hukuk doktrininde sarsılmaz bir prensip gibi kabul gören kamu hukuku – özel hukuk ayrımı işte bu hat üzerinde gerçekleştirilmektedir. Varsayıma göre, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Türkiye’ye Fransa’daki *droit public – droit privé* ayrımından, oraya da antik Roma’daki *ius publicum – ius privatum* ayrımından geçmiş olsa gerektir.

Bugüne kadar pek sorgulanmamış olan bu varsayımda ciddi hatalar bulunmaktadır. Şöyle ki, Roma, siyasi kökleri milattan önce 750’lere kadar götürülen, varlığını milattan sonra 1453 yılında Bizans İmparatorluğu’nun yıkılmasına kadar sürdürmüş iki bin yıllık bir uygarlıktır. Roma uygarlığının ilk bin yılında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının olduğu iddia edilmemektedir. Zira ayrım, ünlü hukukçu Ulpianus’a (ö. M.S. 228) atfedilmektedir⁵.

Ulpianus’un ayrımı Roma hukukuna dair literatürde karşımıza çıkan bir formüldür. Formülün pozitif hukukta var olup olmadığı, varsa ne kadar belirleyici olduğu tespit edilmemiştir. Ulpianus’un formülünün kendisinden sonraki Roma hukukçuları tarafından ne denli ciddiye alındığı da tartışmaya değer bir konudur. Ciddiye alınmışsa bile bu kuramsal formülün hukuk sistemine ne düzeyde aktarıldığı, olumlu-olumsuz ne gibi sonuçlara yol açtığı bilinmemektedir. Bildiğimiz, Roma İmparatorluğu’nun Ulpianus zamanında çözüme emareleri gösterdiği, 395 yılında ikiye bölündüğü ve 476 yılında Batı unsurunu tamamen kaybettiğidir. Ulpianus’un formülünün Roma hukukunda kurucu veya güçlendirici bir rolünün olduğuna dair ipucu yoktur. Bildiğimiz bir başka şey ise Bizans İmparatoru I. Justinianus tarafından 530’lu yıllarda hazırlatılan ve Roma hukukunun en kapsamlı kaynaklarından olan *Corpus Juris Civilis*’te (birebir Türkçesi, Medeni Hukuk Külliyatı) böyle bir ayrımın temel alınmadığıdır.

Roma hukuku literatüründe kamu hukuku – özel hukuk ayrımından bahis varsa da ayrımın Roma hukukunda temel prensip olduğu iddia edilemez. Günümüzde de hukuk sistemindense söyleminde var olan bu ayrım, Roma uygarlığında, Roma hukukunun mevzuat ve yargı sistemlerinde ana unsur olmamıştır.

⁵ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (Turhan Kitabevi 1992) 120; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019a) 104.

Cherednychenko, Romalı hukukçuların yazılarında sadece özel hukuka odaklandıklarını, birey-devlet ilişkisini konu alan kamu hukukunun hukuk felsefecilerine terk edildiğini, feodalite yüzyılları boyunca böyle bir ayrımın söz konusu olmadığını, 16. yüzyıldan itibaren ulus devlet ve egemenlik arayışı bağlamında “belirgin kamusal saha” (*distinctly public realm*) fikrinin güç kazandığını, “ayırt edilebilir şekilde özel alanlar” (*distinctively private spheres*) fikrinin de kamu gücünün yayılmasına reaksiyonla ortaya çıktığını, kısacası bugünkü kamu hukuku – özel hukuk ayrımının kökeninin Roma hukuku değil, piyasanın meşruiyet merkezi şekilde kurumsallaştığı 19. yüzyıl olduğunu belirtmektedir⁶.

Université Paris (2) – Panthéon-Assas bünyesindeki Mukayeseli Kamu Hukuku Merkezi müdürü Prof. Gilles Guglielmi milattan sonra 5 ila 13. yüzyıllar arasında Avrupa’da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının tamamen unutulmuş olduğunu, günümüzdeki ayrımın Roma hukukundan alınmadığını, Fransa’daki izlerinin dört yüz yıl öncesine kadar sürülebileceğini belirterek yukarıdaki savlarımızı teyit etmiştir⁷.

Université Paris (1) – Panthéon-Sorbonne’da Özel Hukuk ve Suç Bilimleri profesörü Emmanuel Jeuland’a göre ‘kamu hukuku’ konseptini asıl işleyenler Friedrich Carl von Savigny, Carl Friedrich von Gerber, Georg Jellinek ve Paul Laband gibi Alman düşünürlerdir⁸. Jeuland, modern anlamda ‘kamu hukuku’ doktrininin 1850’lerden itibaren Almanya’nın birleşmesi ve ulus devletleşmesi sürecinde ortaya çıktığını, buna karşın Almanya’da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının katı yorumlanmadığını, ayrımın bilahare Fransızlar tarafından dogmalaştırıldığını ifade etmiştir⁹.

Bu görüşü teyit eden bir gerçek de şudur ki Roma uygarlığının en yakın varisi olan İtalya’da kamu hukukunun öncüleri olarak Victor Emmanuel Orlando (ö. 1952) ve Santi Romano (ö. 1947) gibi isimler zikredilir. İtalya’da dahi kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Roma hukukundan alınmış değildir. Fransa’dan alınmıştır.

⁶ Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Sellier European Law Publishers 2007) 22.

⁷ Gilles Guglielmi, *7 Mart Tarihli Çevrimiçi Görüşme Notları* (2023).

⁸ Emmanuel Jeuland, *Theories of Legal Relations* (Edward Elgar Publishing 2023a) 162-163.

⁹ Emmanuel Jeuland, *22 Şubat Tarihli Yüz Yüze Görüşme Notları (4 rue Valette, Paris, Fransa)* (2023b).

Kısacası, günümüzdeki kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Roma hukukuyla ilişkilendirilmesi bir yakıştırmadan ibarettir ve nedense Türkiye’de pek yaygındır. Avrupa’da böyle bir ilişkilendirme yoktur. Gerçekte ayrımın tarihi iki yüzyılı geçmemektedir. Bu süre insanlık tarihi karşısında, insanlığın hukuk müktesebatı karşısında, hatta sadece Türk hukuk tarihi karşısında pek kısadır. 19. yüzyıl Fransa’ında zahir eden ve diğer pek çok ülkede dogmatik bir refleksle kabul gören, bilahare kemikleşen kamu hukuku – özel hukuk ayrımının vazgeçilmez bir hukuk kaidesi muamelesi görmesi şartlanmadan ibarettir. Bilimsel açıdan temelsizdir ve vahim bir hatadır.

İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde kamu hukuku ve özel hukuk tabirleri mevcutsa da iki saha arasında ayrım yapılması, Gözler’in tabiriyle böyle “yapay” bir ayrım temelinde hukukun ele alınması hiçbir zaman düşünülmemiştir¹⁰. Bu sayede ayrımın aşağıda açıklayacağımız sakıncalarından korunmak mümkün olmuştur. Güriz’e göre de “hukuk uygulaması ve tekniği bakımından sağladığı yararlar ne olursa olsun”, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı “bugün bilimsel ve teorik değerini yitirmiş bulunmaktadır”¹¹.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, evrensel bir hukuk ilkesi değildir. Zannedildiği gibi kadim bir ilke de değildir. Ulus devletçilikle ilişkili, toplum dizayncı siyaset felsefesinin ürünü, modernist bir konsepttir. Fransa’da ortaya çıkmış, -bilahare izah edileceği üzere- Fransa’ya özgü tarihi sebeplerle Fransa’da vazgeçilemez hale gelmiş, aynı tarihsel ve sistemsal altyapıyı paylaşmayan başka yerlerde taklit edilmiş ve bilinçsizce dogmalaştırılmış, nihayetinde Türkiye’nin de aralarında bulunduğu bazı ülkelerde hukukun köklü, evrensel, kurucu bir ilkesiymiş gibi algılanır olmuştur. Gerçeklik ve bilim dışı bu algı, hukuk bilgisini ve bilincini çarpıtan unsurlar barındırmaktadır.

¹⁰ Gözler (n 4) 92.

¹¹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Siyasal Kitabevi 2019b) 108.

II. BİLGİNİN VE BİLİNCİN TAHRİBİNDE TAKSONOMİNİN ROLÜ

Evrende olup bitene dair bilgiler bir insanın tek başına özümseyemeyeceği kadar fazladır. Bu durum sadece bugün değil tarihin her dönemi için geçerlidir. Fakat özellikle son yüzyıllarda her alanda bilginin yekunu astronomik boyutlara ulaşmıştır. Bir insanın ömrü bırakın genel bir disipline, herhangi bir spesifik alanın tüm detaylarına vakıf olmaya kifayet etmemektedir. Bu nedenle insanlık bilinen tarihin ilk dönemlerinden beri toplam bilgi karşısındaki yetersizliğine çözüm bulma gayreti içerisinde girmiştir¹². Söz konusu problemin çözümü için öncelikle bilgiler tasnif edilmiş, daha sonra yeni oluşan daha dar kapsamlı bilgi alanlarında bireylerin uzmanlaşması sağlanmış ve iş bölümü geliştirilmeye çalışılmıştır. Örneğin bir insanın hem tıp ilimlerinde hem demircilikte hem terzilikte bilgi ve becerisinin üst düzeyde olması çok güçtür. Bu nedenle bir kişi demircilik yaparken bir diğeri terzilik yapmış ve toplamda bir mübadele ilişkisi geliştirmişlerdir. Durkheim'a göre iş bölümü medeniyetin temeli ve uygarlığın kaynağıdır¹³. Rasyonel temellere dayandığında iş bölümü işlevselliği ve verimi artırmakta, insanlığın gelişiminde önemli rol oynamaktadır. Bu açıdan bakıldığında bilginin tasnif edilmesinin zorunlu ve faydalı olduğu ortadadır.

İş bölümünde artışa paralel olarak bilginin de aşırı düzeyde tasnif edilmesi bazı problemleri beraberinde getirmiştir. Bu problemlerin en başında, bilimsel taksonomi bağlamında bilginin parçalanması ve bütüncül bakış açısının kaybedilmesi gelmektedir. Bireyler dar bir alanda uzmanlaşırken meselelere bütüncül bakış açısıyla bakma yeteneğini kaybedebilmektedir. Pratik bir örnek vermek gerekirse; gömlek üretiminde gömleğin yakasının form presi, manşet düğmesinin dikilmesi, ip temizliği, ütüsü ve son olarak paketlenmesi süreçlerinin her biri farklı birimlerde ve farklı işçiler tarafından yapılmaktadır. Ütü bölümünde beş yıl boyunca çalışan bir işçi ütü konusunda uzmanlaşmış olsa da gömlek yapımının diğer aşamalarından bihaberdir. Yani gömlek yapım bilgisinin bütünlüğünden uzaklaşmıştır. Aynı problem hayatın her alanında görülmektedir. Uzmanlaşma, çok işlevli ve tam tekmil insan profili yerine sadece birkaç

¹² Edgar Morin, *Yitik Paradigma* (Çev. D. Çetinkasap) (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 189.

¹³ Aziz Şeker, 'İş Bölümünün, Sosyal Politika ve Toplumsal Dayanışma Açısından Sosyolojik Çözümlemesi' (2020) 22(1) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 20, 22.

özel yeteneği ön plana çıkan, kişilik fakirleşmesine uğramış insan modelini ortaya çıkarmıştır¹⁴. Böylece insanların birbirlerine bağımlılıkları artmış, özgürlükleri ise bir yandan genişlerken diğer yandan daralmıştır.

Uzmanlaşmanın bir diğer sakıncası ise birbirinden ayrılan alanların içe kapanması, etkileşime elverişsiz hale bürünmesidir. Halbuki, yukarıda da değinildiği üzere, tek bir dar uzmanlık alanını ilgilendiren bir problem hemen hemen yok gibidir. Problemlerin çözülmesi ve gerçekliğe en kısa yoldan ulaşılması adına bilimsel disiplinler arasında iletişimin üst düzeyde olması, bilim insanlarının kendilerini tek bir alana hapsedmemesi ve kompleks bir düşünce yapısını benimsemesi elzemdir. Katı kalıplar içinde uzmanlaşma, bilim insanının bazı varsayımlara sıkışmasına, gerek ufkunun gerekse gerçekçiliğinin daralmasına, veriminin azalmasına neden olabilmektedir. Bu durum, bilim insanının bütüncül yaklaşımdan ve genel bilim felsefesinden uzaklaşmasına, dar bir alanın teknisyeni olmasına yol açabilmektedir¹⁵.

Sonuç olarak, bilginin tasnif edilmesinin birçok faydası, dahası kaçınılmaz bir yönü vardır. Özellikle bilginin sınırlarının ölçülemez şekilde genişlediği günümüz koşullarında uzmanlaşmanın vazgeçilemezliği ortadadır. Bununla beraber, katı tasnifler yoluyla uzmanlaşmanın teşvik edilmesinin beraberinde getirdiği olumsuzlukları göz önünde tutmak ve en aza indirmek için çaba sarf etmek icap etmektedir. Bunun için öncelikle mevcut taksonomilerin akılcı eleştirisinin yapılması gerekir. Bazı tasniflerin ilk yapıldıkları dönemde işlevsel olmalarına rağmen günümüzde anlamlarını önemli ölçüde yitirdikleri açıkça görülmektedir. Mevcut bilgi ve uzmanlık tasniflerin kritiğinin; tasnifin günümüzdeki şartlar ile uyumu, reel dünya ile ilişkisi, işlevselliği, bütünselliğe etkisi gibi açılardan yapılması gereklidir.

Tüm uzmanlık alanlarıyla ilgili olan bu tespitler hukuk için de geçerlidir. Hukukta bir tasnif enstrümanı olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı masaya yatırılmalı ve ayrımın ne kadar geçerli ve gerekli olduğu tartışılmalıdır.

¹⁴ Morin (n 12) 189.

¹⁵ İzge Ünal, ‘Aşırı Uzmanlaşma’ (Gazete Manifesto) <<https://gazetemanifesto.com/2019/asiri-uzmanlasma-297003/>> (erişim tarihi 17.10.2023).

III. AYRIMI AÇIKLAMAYA YÖNELİK GÖRÜŞLER

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımını temellendirmek amacıyla doktrinde birtakım ölçütler ileri sürülmüştür. Bu kısımda bu ölçütlerden en yaygın olanları özetlenmekte ve kritik edilmektedir.

A. Menfaat Ölçütü

‘Amaç kriteri’ olarak da isimlendirilen bu ölçüte göre, kamu menfaatleriyle ilişkili olan ve onları koruyan kurallar kamu hukuku, bireylerin menfaatlerini ilgilendiren kurallar özel hukuktur¹⁶. Örneğin bir işyerinin kiralanması bireysel menfaate ilişkin olduğu için özel hukuk kapsamındayken, vergi toplanması kamu menfaatini ilgilendirdiği için kamu hukuku kapsamındadır.

Menfaat ölçütünün söz konusu ayırım açısından pek de elverişli olmadığını söylemek mümkündür. Öncelikle burada esas alınan menfaat kavramının müphemliği ölçütün işlevselliğini önemli ölçüde azaltmaktadır¹⁷. Bunun yanında bazı durumlarda hem kamu menfaati hem de bireylerin menfaati birlikte söz konusu olabilmektedir¹⁸. Örneğin boşanma, evlilik, vesayet gibi hukuki kurumlar geleneksel olarak özel hukuk çatısı altında değerlendirilmekte iken aynı zamanda önemli ölçüde kamu menfaati ile ilişkilidir¹⁹. Nitekim Anayasanın 41. maddesinde ailenin “Türk toplumunun temeli” olduğu ifade edilmiş ve ailenin kamusal menfaat açısından değeri ortaya konulmuştur. Açıklanan nedenlerle, menfaat ölçütü, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta ve rasyonel zemine oturtmakta başarısızdır.

B. İrade Hürriyeti Ölçütü

Bu ölçüt hukuki ilişkide kişinin sahip olduğu irade hürriyetinin derecesine dayanmaktadır²⁰. Buna göre eğer kişi hukuki ilişkide geniş bir irade serbestisine sahipse

¹⁶ Gözler (n 4) 86; Güriz (n 5) 105.

¹⁷ Güriz (n 5) 105.

¹⁸ Bilge (n 5) 179.

¹⁹ Gözler (n 4) 87.

²⁰ Güriz (n 5) 106.

yani kendisine uygulanacak olan normlar emredici değilse söz konusu ilişki özel hukuk ilişkisidir. Buna karşın kişi içinde bulunduğu hukuki ilişkide emredici hükümlere muhatap oluyor ve irade serbestisi önemli ölçüde sınırlanıyorsa söz konusu ilişki kamu hukuku kapsamındadır²¹.

Menfaat ölçütünde olduğu gibi irade hürriyeti ölçütü de kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta ve rasyonel zemine oturtmakta yetersizdir. Zira bu teorinin benimsemiş olduğu yaklaşımın aksine özel hukuk kuralı olarak kabul edilen birçok emredici hüküm söz konusudur²². Örneğin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinde genel ahlaka, emredici hükümlere, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı sözleşmelerin tarafların iradeleri uyuşsa bile kesin hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır.

C. Yönetenler – Yönetilenler Ölçütü

Montesquieu'nun fikirlerine dayanan bu görüşe göre, yönetilenler ve yönetenler arasındaki ilişkiyi kapsayan hukuk kamu hukuku iken yönetilenlerin kendi arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk özel hukuk kapsamındadır²³.

Bu ölçütün eksik yanı ise yönetenlerin yönetilenlerle özel hukuk karakterli ilişkiler kurabileceğini gözden kaçırmasıdır²⁴. Örneğin bir kamu kurumu ile bir birey arasında basit bir satış sözleşmesi ya da kira sözleşmesi gerçekleştirilebilir. Bu ölçütün bir diğer problemi ise kamu çalışanlarının statüsünü müphem bırakmasıdır. Devletin dışında özerk insani varlığa sahip görülmeleri gereken memur ve bürokratları salt yöneten veya yönetilen olan kategorize etmek mümkün değildir.

D. Uygulama Yöntemi Ölçütü

Uygulama yöntemi ölçütü, kamu hukuku – özel hukuk ayrımında hukuk kurallarının re'sen yahut talebe bağlı olarak uygulanmasını temel almaktadır²⁵. Buna göre re'sen uygulanan hukuk kuralları ve bunlarla ilişkili olan hukuki işlemler kamu hukuku

²¹ Bilge (n 5) 179.

²² Gözler (n 4) 88.

²³ ibid 88.

²⁴ ibid 88.

²⁵ ibid 89.

olarak değerlendirilirken, re'sen uygulanmayan, taleple bağıllık ilkesinin hakim olduğu hukuk kuralları özel hukuk kapsamında değerlendirilir. Örneğin idare kural olarak işlemlerini herhangi bir makamın onayı veya izni olmadan gerçekleştirebilir ki buna re'sen icra yetkisi denir²⁶. Ayrıca idari faaliyetler herhangi bir talep olmaksızın ülkenin dört bir tarafında sürekli olarak icra edilirler²⁷. Bir diğer örnek olarak Cumhuriyet savcılarının taleple bağıllı olmadan suç haberinin alınması üzerine re'sen soruşturma açması gösterilebilir. Buna karşın özel hukuk ilişkilerinde re'sen uygulama yerine taleple bağıllık ilkesi geçerlidir. Örneğin bir kira sözleşmesi sonucu kiracı kira ücretini ödemez ise hiçbir kamu organı re'sen kiracıyı kirayı ödemeye icbar etmez²⁸.

Uygulama yöntemi ölçütü de diğer ölçütler gibi kamu hukuku – özel hukuk ayrımını açıklamakta başarı sağlayamamıştır. Zira bazı kamu hukuku kurallarının re'sen uygulanması yerine talebe bağıllı olarak uygulandığı vaki olduğu gibi, bazı özel hukuk kurallarında taleple bağıllık ilkesi yerine re'sen uygulanma ilkesinin geçerli olduğu da vakidir. Örneğin ceza hukukunda şikâyete bağıllı suçlarda Cumhuriyet savcılarının re'sen soruşturma açması mümkün değildir. Yine özel hukukun alt dalı olan medeni hukuk çatısı altında düzenlenen evliliğin butlanı halinde Cumhuriyet savcısı re'sen soruşturma açabilmektedir.

E. Egemenlik Ölçütü

'Süjeler nazariyesi' olarak da adlandırılan bu görüşün temelinde devletin egemenlik yetkisi yatmaktadır²⁹. Buna göre devlet bir hukuki ilişkide egemenlik hakkına dayanıyor ve bunun sonucunda hukuki ilişkinin tarafları arasında alt-üst ilişkisi kuruluyor ise bu ilişki kamu hukuku kapsamında değerlendirilir. Eğer bir hukuki ilişkide devletin egemenlik yetkisi söz konusu değilse taraflardan birisi devlet olsa dahi bu ilişki özel hukuk kapsamındadır³⁰. Örneğin bu ölçüte göre vergi toplama devletin egemenlik yetkisine dayandığı için kamu hukuku kapsamında değerlendirilirken, egemenlik

²⁶ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017) 35.

²⁷ Akyılmaz vd. (n 26) 35.

²⁸ Gözler (n 4) 89.

²⁹ Bilge (n 5) 180.

³⁰ Öztan (n 1) 39.

yetkisinin kullanılmaması nedeniyle kamu tüzel kişinin herhangi bir bireyden emlak kiralaması özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir³¹.

Egemenlik ölçütünün mevcut görüşler arasında kamu hukuku – özel hukuk ayrımını en iyi açıklayan ölçüt olduğu ifade edilmiştir³². Fakat söz konusu ölçütün de kusurlu olduğunu söylemek gerekir. Zira egemenlik ölçütü hukukun bazı alanlarındaki yeni ilişkileri açıklamakta yeterli değildir. Örneğin iş ilişkisinde işçi ve işveren arasındaki ilişki temelde özel hukuk ilişkisidir. Fakat devlet bazı sosyo-ekonomik nedenlerle bu ilişkiyi şekillendiren düzenlemeler yapabilmekte, özel hukuk ilişkisi üzerinde egemenliğini izhar edebilmektedir. Bu ölçüte göre iş ilişkisinin kamu hukuku mu özel hukuk mu olduğu net değildir³³. Esasında, birazdan tartışılacağı üzere, özel hukuk düzenlemeleri kamu hukukuyla zuhur eden egemenliğe tabi kılındığından bu ölçütün de pek başarılı olduğu söylenemez.

F. Duguit ve Kelsen'in Eleştirileri

Yukarıdaki ölçütlere getirilen eleştirilerin yanı sıra kamu hukuku – özel hukuk ayrımını eleştiren veya tamamıyla reddeden düşünürler de vardır ki onlardan en önemlileri Léon Duguit ve Hans Kelsen'dir³⁴.

Hukuku sosyal bir olgu olarak değerlendiren Fransız hukukçu Duguit'ye göre hukuk devletin de kişinin de dışındadır ve her ikisi için de eşit derecede zorlayıcıdır³⁵. Buna göre devletin girdiği hukuki işlemleri ayrı bir başlık altında sınıflandırmak ve farklı bir hukuki rejim uygulamak hukukun devlet için daha az bağlayıcı olmasına yol açar³⁶. Duguit'ye göre, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı esasen Alman hukukçulardan gelmiştir ve onların bu ayrımı tesis etmekteki amacı devletin kendi taahhütleriyle bağlı

³¹ Güriz (n 5) 106.

³² Gözler (n 4) 91.

³³ ibid 91.

³⁴ Zabunoğlu (n 2) 24.

³⁵ Bilge (n 5) 180.

³⁶ ibid 180.

olmayacağına dair bir hukuki zemin oluşturmaktır³⁷. Duguit, kamu hukuku – özel hukuk ayrımındansa ‘kamu hizmeti’ (*service public*) kavramına başvurulması gerektiğini ifade etmektedir³⁸.

Hukuki pozitivizmin öncü isimlerinden olan Kelsen’e göre de kamu hukuku – özel hukuk ayrımının bilimsel temeli ve değeri yoktur³⁹. Zira bütün hukuk normları tek bir normlar hiyerarşisine tabidir ve hem kamu hukuku olarak değerlendirilen normlar hem de özel hukuk olarak değerlendirilen normlar geçerliliklerini temel normdan (*grundnorm*) alır⁴⁰. Bu nedenle iki alan arasında gerçek bir nitelik farkı söz konusu değildir⁴¹.

Gerçekten de kamu hukuku – özel hukuk şeklinde bir ayrımın makul olabilmesi için hukukun kamusal, diğer bir deyişle resmi olmayan bir yönünün olması gerekir. Halbuki özel hukuk olarak tanımlanan alan günümüzde tamamen resmi bir olgudur, dolayısıyla kamusaldır. Kamu gücü tarafından çıkarılan kanunlar, yine kamu gücü tarafından uygulanır, uygulatılır ve yargılamada kullanılır. Bu açıdan özel hukuk, kamu hukukunun en fazla bir şubesi, bir iç alanı olarak görülebilir fakat yine kamu hukukudur.

Ancak ve ancak iki kişinin kendi aralarında kıydıkları nikah, bir şahsın malvarlığını hayattayken kendi takdiriyle varislere dağıtması, ödemenin kontratsız ve elden yapıldığı kira anlaşması gibi uygulamalar gerçek anlamda ‘özel hukuk’ şemsiyesi altında görülebilir. Zira bunlar kamu gücünün müdahalesini öngörmeyen, hem özel hem de hukuki ilişkilerdir. Fakat böyle bir hukuk tanımının günümüzün devletçi hukuk nosyonunda yeri yoktur. Bu türden bir hukuk tanımını hukuk sosyologları kabul ederken hukuki pozitivistler kabul etmezler. O halde pozitivist doktrin çerçevesinde kalmarak kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapılamaz. Yapılması ciddi bir çelişki olur. Kelsen bu çelişkiye düşmemiştir.

³⁷ Mustafa Bayram Mısır, ‘Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku’ (2013) 26(3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139, 156.

³⁸ Güriz (n 5) 108.

³⁹ Bilge (n 5) 180.

⁴⁰ Güriz (n 5) 107.

⁴¹ Bilge (n 5) 181.

Günümüzde çoğu hukukçu bir yandan hukukun kapsamını devletin resmi/kamusal normlarına indirgemekte, diğer yandan özel hukuk gibi bir olgudan bahsetmekte, sonuç olarak çetin bir çelişki sergilemektedir.

IV. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE KAMU HUKUKU – ÖZEL HUKUK AYRIMI

Bugün hukuk sistemi denilince başlıca dört hukuk sistemi akla gelmektedir. Bunlar İslam hukuk sistemi, sosyalist hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemi ve son olarak Anglo-Sakson hukuk sistemidir⁴². Kadim Çin, Hint, Afrika, Yahudi ve Kilise hukuk gelenekleri ise birer sistem olarak teşhis edilmemektedir. Sistemik olsun olmasın sayılan hukuk geleneklerinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı var mıdır veya ne derecede vardır?

İlk olarak İslam hukuku incelenecek olursa, bu hukuk sisteminin kendine özgün bir tasnif yapısına sahip olduğu ve kamu hukuku – özel hukuk ayrımını benimsemediği söylenebilir⁴³. Son dönem İslam hukukçularından bazıları eserlerini telif ederken Kıta Avrupası hukuk sisteminden etkilenecek iki hukuk sistemini daha kolay kıyas edebilmek adına kamu hukuku – özel hukuk ayrımına başvurmuşlardır fakat bu yaklaşım yine bazı son dönem yazarları tarafından eleştiriye tabi tutulmuştur⁴⁴. Hacak örneğinde olduğu gibi⁴⁵, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını İslam'daki Allah hakkı – kul hakkı ayrımına benzetilenler olmuştur ki kanaatimizce bu tür çabalar modern hukuktaki kamu – özel ayrımının fazla önemsenmesinden ve bilimsel zannedilmesinden kaynaklanmaktadır. Kamu hukukunun Allah hakkına benzetilebileceği tek nokta, modern devletin bir tür tanrılık iddiasıyla kamusal alan yaratmaya ve hukuk tekeli oluşturmaya çalışması olabilir. Kaldı ki modern hukuk doktrinde devlet, İslam'a göre Allah'ın kullara bıraktığı bazı

⁴² Gözler (n 4) 149.

⁴³ Suat Erdoğan, 'Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar' (2017) 58(1) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 185, 186.

⁴⁴ Erdoğan (n 43) 187.

⁴⁵ Hasan Hacak, 'The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law' (2013) (45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51, 52.

yetkileri (örneğin mağdurun suçluyu affetmesi) insanlara bırakmamıştır. Hacak'ın şeri hukuku özel hukukla, örfi hukuku kamu hukukuyla özdeşleştirmesi⁴⁶ de zorlamadır. Zira İslam'da örfi hukuk şeri hukuka aykırı olamaz. Dış çerçeveyi şeri hukuk çizer. Modernist nosyonda ise özel hukuk kamu hukukuna aykırı olamaz. Dış çerçeveyi kamu hukuku çizer. İslam hukukunda bir diğer tasnif enstrümanı olan ibadat – muamelat ayrımı da kamu hukuku – özel hukuk ayrımına benzemez.

Bir diğer önemli hukuk sistemi olan sosyalist hukuk sisteminde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Bu hukuk sisteminde özel hukukun alanı yok denecek kadar daralmış ve kamu hukuku hukukun tamamını işgal etmiştir⁴⁷. Sosyalist hukuk sisteminde irade hürriyeti, bireysel menfaatler, tarafların eşitliği gibi unsurlar yerini kamu menfaatine, dolayısıyla kamu hukukuna bırakmıştır⁴⁸.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde ve öğretisinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı görülmez. Birer terim olarak kamu hukuku ve özel hukuk vardır fakat katı bir ayrım teşkil edecek anlamda kullanılmazlar. Yargı birliği ilkesine sahip olan Anglo-Sakson hukuk sisteminde eşit statüdeki bireyler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlık sonucu uygulanan kurallar her ne ise devlet ve birey arasındaki uyuşmazlıklarda da o hukuk kuralları uygulanır⁴⁹. İngiliz hukukunda kamu ve özel kavramlarının tanımsız fakat doğru sezgilerle kullanıldığını belirten Harlow⁵⁰ Fransız modelinde görülen katı ayrıma sert bir eleştiri getirmiştir: “Şahsen kamu/özel ayrımının başka, daha dar görüşlü bir geleneğin bir parçası olduğuna inanıyorum. Ayrım, yargının politik konuları biçimsel bir kamuflajın ardına saklama ve fazlasıyla yürütme zihniyle alınmış kararları kamuoyu eleştirisinden koruma girişiminden daha öte bir şey değil”⁵¹.

⁴⁶ Hacak (n 45) 59.

⁴⁷ Gözübüyük (n 4) 15.

⁴⁸ Gözler (n 4) 163.

⁴⁹ ibid 156.

⁵⁰ Carol Harlow, ‘“Public” and “Private” Law: Definition without Distinction’ (1980) 43(3) The Modern Law Review 241, 241.

⁵¹ Harlow (n 50) 265: “I believe myself that the ‘public/private’ classification is part of another, more insular tradition. It is nothing more than an attempt by the judiciary to conceal political issues behind a formalist façade and to shield from public criticism some highly executive-minded decisions.”

Sayıdığımız hukuk sistemlerinin dışında Hint, Çin, Afrika, Yahudi, Hristiyan, Budist ve diğer hukuk geleneklerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Ayrım, 19. yüzyıl Fransa’sında doğmuş ve Fransız dil, kültür, siyaset ve hukuk paketi içinde bir moda halinde dünyaya yayılmıştır⁵². Ayrımın sadece geçersiz değil, aynı zamanda demode olduğunun gösterilmesi hukuk doktrinine yapılması gereken bir katkıdır.

V. AYRIMIN YENİ HUKUK DİSİPLİNLERİNE AYKIRILIĞI

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının çıkış noktası itibariyle isabetli olduğu varsayılsa bile günümüz hukuk dünyasında aynı derecede isabetli ve yararlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Teknolojinin gelişip yeni iş alanlarının oluşmasına vesile olması, sosyal değişimler ve ihtiyaçlar, ekonomik gerekçeler nedeniyle klasik hukuk dallarının yanında birçok yeni hukuk disiplini hukuk dünyasında kendisine yer bulmuştur. Bu alanlara bilişim hukuku, tıp hukuku, regülasyon hukuku, fikri mülkiyet hukuku, hava hukuku, spor hukuku, uzay hukuku örnek gösterilebilir.

Bilişim hukuku kamu hukuku – özel hukuk ayrımı açısından incelenecek olursa hem kamu hukuku hem de özel hukuk altında değerlendirilebilecektir. Zira son derece dinamik bir alan olan bilişim hukuku siber güvenlik, e-fatura, bilişim suçları gibi konularda kamu hukuku altında değerlendirilebilecekken e-ticaret, akıllı sözleşmeler, sosyal medya gibi konularda özel hukuk kapsamında görülebilir. Kaldı ki dar alanlara özgü bu ayrım bile isabetli değildir çünkü çoğu vakada bilişimin farklı boyutları iç içe geçmiştir. Sonuç olarak, bilişim hukuku ne salt kamu hukuku ne de salt özel hukuktur. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bilişim hukuku açısından faydasız ve uyumsuzdur. Bilişim hukukunu bu ayırmda bir tarafa dahil etmek bilimsel açıdan büyük bir hata olur.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile uyumsuz olan bir diğer disiplin uzay hukukudur. Milletlerarası hukukun bir alt dalı olarak gelişen uzay hukuku, bugün özel şirketlerin de uzay politikalarında önemli bir aktör olarak rol almasıyla hem kamu hukuku

⁵² Güriz (n 11) 48: “Cardozo’nun edebiyat, sanat ve giyim gibi hukukun da modaları ... olduğu görüşünde ... gerçek payı bulunduğu reddedilemez.”

hem de özel hukuk ilişkilerini bünyesinde barındırır hale gelmiştir. Uzay hukuku disiplini altında devletler kamu gücünden kaynaklı işlemler yapabileceği gibi özel hukuk kişisi olarak kabul edilen iki şirket yine benzer bağlamda bir özel hukuk sözleşmesi akdedebilmektedir. Haliyle uzay hukukunun da salt özel hukuk ya da kamu hukuku karakterli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Söz konusu ayrımı nakzeden bir başka örnek olarak spor hukuku gösterilebilir. Spor hukuku da yukarıda zikredilen alanlar gibi karma niteliğe sahiptir⁵³. Zira spor hukuku disiplin, ceza, düzenleyici ve denetleyici haller söz konusu olduğunda kamu hukukuna dahil görülecekken spor kulüplerinin dernek veya şirket statüsünde olmaları ve bunlar arasındaki akitlerin özel hukuk akitleri niteliğinde görülmesi sebebiyle de özel hukuk olarak kabul edilecektir.

Regülasyon hukuku, bankacılık hukuku, tıp hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi diğer birçok alan açısından da yukarıdaki açıklamalar geçerlidir. Sonuç olarak söylenebilir ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı güncelliğini yitirmiş, yeni gelişen alanlara hiç uyumlu olmayan, bilhassa melez alanların gelişimini baltalayan, demode bir ayırım haline gelmiştir ve bugün için söz konusu ayırım sağlam rasyonel temellerden yoksundur.

VI. AYRIMIN GELENEKSEL HUKUK DİSİPLİNLERİ AÇISINDAN KRİTİĞİ

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yalnızca yeni hukuk alanları ile uyumsuz değildir. Benzer problemler konvansiyonel hukuk alanlarında da söz konusudur.

Örneğin hukuk fakültelerinde medeni usul ve icra-iflas hukuku anabilim dalı özel hukuk bölümü altındadır. Halbuki bu hukuk dalı kamu organları (mahkemeler, icra daireler vs.) tarafından ve kamu düzeni bağlamında uygulanır. Büyük oranda yargısal, dolayısıyla kamusaldır. Bir özel hukuk ilişkisi olan hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkla ilgili davanın yürütülmesi özel hukuk olgusu değildir. Medeni usul

⁵³ Ercan Karaoğlu, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık 2017) 19.

hukukuna tabi olup kamusal bir süreçtir. Hizmet sözleşmesinin kendisi özel hukuk olarak kabul ediliyor diye uyuşmazlıkla ilgili yargılama faaliyetinin de özel hukuk olarak kabul edilmesi kesinlikle yanlıştır.

Medeni usul hukukunun kamusalılığına önemli bir delil de kamu hukuku olarak kabul edilen idare hukukunda medeni usul hukukunun dayanak alınmasıdır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller*" başlıklı 31. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır". Bu maddeyle ortaya çıkan görüntü şudur: Bir özel hukuk alanı sayılan medeni usul hukuku bir kamu hukuku alanı sayılan idare yargılama hukukuna çerçeve sunmaktadır. O halde ya idare hukukuna da özel hukuk demeliyiz, ki bu mümkün değildir, ya da medeni usul hukukunun temelde kamu hukuku olduğunu kabul etmeliyiz ki bu daha doğrudur⁵⁴.

Aynı bakış açısıyla bakılırsa itiraf edilir ki icra-iflas hukukunun da kamu hukuku niteliği daha ağır basmaktadır. İcra-iflas hukukunda kamu organlarının mülkiyet alanına müdahalesi söz konusudur. Sonuç olarak medeni usul ve icra-iflas hukukunun yetkili organlarına ve işleyişindeki kamu otoritesi olgusuna odaklanılırsa bu alana özel hukuk demek mümkün olmayacaktır. Nitekim bazı yazarlar⁵⁵ tarafından bu alanın hem kamu hem de özel hukukun özelliklerini ihtiva eden kendine özgü bir hukuk dalı olduğu ifade edilmekte ve böylelikle hukuk disiplinlerinin kamu – özel şeklinde ayrılmasındaki yapaylık ifşa edilmiş olmaktadır.

⁵⁴ Kamu hukuku alanında sayılan diğer mevzuatta da hukuk muhakemeleri kanunlarına atıflar vardır. Örneğin, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 61. maddesi; 12/7/2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 82. maddesi.

⁵⁵ Murat Atalı vd., *Medeni Usul Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021) 19.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile uyumlu olmayan bir diğer alan ise anayasa hukukudur. İlk bakışta anayasa hukukunun bariz şekilde kamu hukukunun alt dalı olduğu düşünülebilir. Zira anayasa hukuku doktrinde tartışmasız olarak kamu hukuku dalları listesinin en başına yazılmaktadır. Peki üzerinde tartışma dahi yapılmayan ve kanıksanan bu yaklaşım gerçekten isabetli midir?

Anayasalar devletin kuruluş belgesidir ve sistemin temelini oluşturur ki bu aynı zamanda anayasaların pozitif hukukun temelini oluşturduğu manasına gelir. Yani anayasalar bir zemin ve aynı zamanda bir çatıdır. Eğer hukuk yapısı kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde iki kısımdan oluşuyorsa anayasa bu kısımlardan birine dahil, diğerinden hariç olabilir mi? Eğer hukuk iki kısım ise anayasa her iki kısmın da kurucu metni olsa gerektir. Anayasa hukukunun kamu hukukunun bir alt dalı gibi tasnif edilerek sistemin bir parçasının altına sokulması çarpık bir teamüldür. Bu çarpık teamülü aşmak, anayasa hukukunun asıl mevkiini kazanması açısından önem arz etmektedir. Bunun hukuk pratiğinde de olumlu yansımaları olacaktır zira gereksiz zihinsel bariyerler yıkılmış ve daha sağlam argümantasyon imkânı doğmuş olacaktır. Mevcut tasnif uyarınca, aile hukuku özel hukuk, aile yaşamına saygı hakkı ise bir insan hakkı olarak kamu hukukudur. Ticaret ve borçlar hukuku gibi özel hukuk dallarının başlıca konusu olan mülkiyet hakkı anayasal bağlamda birden kamu hukuku sayılmaktadır. Bu gibi örnekler ışığında diyebiliriz ki anayasa hukukunun münhasıran kamu hukuku bünyesinde görülmesi bilimsel ve yargısal açılardan son derece yanlıştır. Fakat burada asıl yanlışlık, hukuk doktrinindeki özel-kamu ayrımıdır.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yol açtığı sorunlara bir diğer örnek ceza hukukuna ilişkindir. Ceza hukuku Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği Almanya’da geleneksel olarak kamu hukuku ya da özel hukuk altında tasnif edilmeksizin üçüncü bir alan olarak sistemde yer almaktayken⁵⁶ Türk hukuk doktrininde tartışmasız olarak kamu hukuku altında tasnif edilmektedir. Gerçekten de ceza hukuku birçok farklı ölçüt açısından kamu hukuku ile uyumludur. Fakat ceza hukukunun mutlak şekilde kamu hukuku altında değerlendirilip özel hukukla alakasının olmadığı algısı, kişilerin davalarının kontrolünü kaybetmesine, nizaların aşırı kamusallaştırılıp alternatif

⁵⁶ Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003) 193.

uyuşmazlık çözümü perspektifinin daraltılmasına neden olmuştur. Hukuk sistemimizde suç olarak tanımlanan pek çok fiil özel hukuk özellikleri gösteren sulh sözleşmesi kapsamına alınabilir ve sistem rahatlatılabilir. Aşırı kamucu bakılmazsa mağdura daha fazla söz hakkı tanınabilir ve daha adil sonuçlara varılabilir. Kamu – özel ayrımı verimsizliğe ve adaletsizliğe yol açmaktadır.

Bazı alanlarda teorideki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı ile pratik arasında önemli çelişkilerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunun bariz bir örneği aile hukukudur. Binlerce yıllık geçmişi olan aile hukuku özünde kadın ile erkek arasında karşılıklı rızaya dayalı evlilik ilişkisini düzenleyen, bireysel iradenin ön planda tutulduğu bir hukuk dalıdır. Bu nedenle de özel hukukun alt dalı olarak değerlendirilir. Fakat uygulamada aile hukuku bir statü hukuku olarak görülmektedir⁵⁷ ve nikah, boşanma, velayet, vesayet, miras gibi tüm alt başlıklarda kamu gücünün tahakkümü söz konusudur. Meri hukukta aile hukuku özgür bir sözleşme hukuku değildir⁵⁸. Taraflar evliliğin hukuki çerçevesini ve sonuçlarını, boşanmaya ilişkin hukuku ve boşanmanın sonuçlarını, mal paylaşımını ve diğer hususları tam bir irade serbestisi ile düzenleyemezler⁵⁹. Bu konular kanun koyucu tarafından kamu düzenine ilişkin görülmektedir. Aile gibi en mahrem ve özel bir meselenin kamu müdahalesine bu denli açık olması modern devletin hayatın her alanına sirayet etme eğiliminin tezahürüdür. Modern devlet açısından tek bir hukuk söz konusudur ve o da kamu hukukudur. En özel olması gereken ve özel olduğu iddia edilen aile hukuku bile günümüzde kamu hukukudur. Kamu hukuku – özel hukuk şeklindeki yapay ve yüzeysel tasnif bu gerçeğin kamufle edilmesine yaramaktadır.

⁵⁷ Hüseyin Akif Karaca, ‘Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi’ (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241, 244.

⁵⁸ Aile hukukunun sözleşme hukuku hüviyetini geri kazanması önemli bir hedeftir. Konuyla ilgili iki çalışma için bakınız: Frederik Swennen, ‘Contractualisation of Family Law in Continental Europe’ (Familie & Recht) <<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023); Kadir Berk Kapancı, ‘Contractualisation of Family Law: Is It Possible in Turkey?’ *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law* (Vedat Kitapçılık 2015).

⁵⁹ Karaca (n 57) 244.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımındaki bozukluk yeni gelişen alanlara özgü değildir. Geleneksel alanların da gerek teorisinde gerekse pratiğinde bu ayrımın geçerli ve gerçek olmadığı anlaşılmaktadır.

VII. AYRIMIN DÜĞÜM OLDUĞU YER: HUKUK FAKÜLTELERİ

Türk hukuk sistemi kamu hukuku – özel hukuk ayrımına dayanmamaktadır. Hasbelkader hukuk öğretilerinde bahsedilen ve altı çizilen bu ayrım teoriktir. Pratikte ise var zannedilmektedir. Halbuki yoktur. Gerçekte olmayan bir ayrım öğretilerde, söylemde vardır. Fakat söylemdeki ayrım, hukuk sistemi şöyle dursun, hukuk eğitiminde bile baz alınmamaktadır. Bu güçlü tezlerimizi açalım.

Fransız hukuk sisteminde ceza hukukunun özel hukuk sayılmasındaki en önemli faktörlerden biri, ceza mahkemelerinin Yargıtay (*Cour de Cassation*) sistemine bağlı olmasıdır. Diğer bir deyişle, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yargı sisteminde kendisini göstermektedir. Türkiye’de ise ceza hukuku kamu hukuku sayılmakta, fakat idare hukukuyla birlikte Danıştay’da değil, medeni hukukla yan yana Yargıtay çatısı altında ele alınmaktadır. Türk yargısında kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Sadece organizasyonel boyutta değil, usul ve içerik boyutunda da yoktur. Örneğin Anayasa Mahkemesi kararlarını taradığımızda Türk hukukunda kamu hukuku – özel hukuk ayrımının belirgin bir ölçüt olmadığı kolayca anlaşılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti devletinde Adalet Bakanlığında, Hakimler ve Savcılar Kurulunda⁶⁰, hâkim-savcı eğitiminde, yasama organında ve mevzuatta, bürokratik örgütlenmede, kısacası hukuk sisteminde kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur.

Türkiye’de kamu hukuku – özel hukuk ayrımı sadece hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde vardır. Hukuk fakültelerinde kamu hukuku ve özel hukuk bölümleri bulunur. Fakat hukuk eğitiminde bile böyle bir ayrım gözetilmez. Fransa’da hukukta

⁶⁰ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yapmamaktadır. Adli ve idari yargı ayrımı yapmaktadır ki bu ayrımın kamu – özel ayrımıyla uyumlu olmadığı açıklandı. Kanun’un 39. maddesindeki “Hukuk fakültelerinde maddî hukuk ve usul hukuku dallarında hukuk dersi veren profesörler ve doçentler...” ibaresi ise yargı gözüyle bakıldığında hukukun ‘hukuk pratiği’ ve ‘hukuk teorisi’ şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğunu düşündürmektedir. Yine kamu – özel ayrımı söz konusu değildir.

lisans öğreniminin üçüncü yani son senesinde öğrenci kamu hukuku ya da özel hukuk şeklinde bir odak seçebilmektedir⁶¹. Türkiye’de böyle bir uygulama yoktur. Yine Fransa’da doğrudan kamu hukuku ve özel hukuk profesörlüğü varken Türkiye’de anayasa, idare, ticaret hukuku gibi spesifik alanlarda doçentlik ve profesörlük vardır. Türkiye’nin bu iki husustaki uygulaması -en azından kendi iç tutarlılığı açısından- daha doğrudur. Hukuk realitesinde karşılıksız olan bir ayrımın pedagojik ve akademik süreçlerde esas alınması yanlış olurdu.

Asıl tuhaf olan, reel karşılığı olmayan bir ayrımın akademik algılarda abartılı bir öneminin olmasıdır. Mamafih bu önemseme söylemseldir. Eylemsel değildir. Zira Türkiye’de kamu hukukunun ve özel hukukun müstakil teorileri yoktur. Ayrı ayrı genel ilkelerinin işlenmesi şeklinde bir teamül de yoktur. Her bir alanın karakterini konu edinen kamu hukuku ve özel hukuk adında yahut bunlara giriş mahiyetinde dersler de yoktur. Kamu – özel ayrımından hukuka giriş dersinde bahsedilir ve o bahis derinleştirilmeden kalır. Klişe olarak öğrenilir ve yerleşir. Zaten sorun, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sadece kuramsal yanlışlığı değil, hukuk müfredatında hiç etkili olmadığı halde vazgeçilmez bir kaideymiş muamelesi görmesidir. Sorun, kurgunun gerçeği perdeliyor, bulandırıyor, yer yer de bozuyor olmasıdır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, Türk hukukunda vakıadan ziyade tahayyüldür ve bu tahayyülün ciddiye alınması yönündeki alışkanlık hem hukuk düşüncesini hem de hukuk olgularını çarpıtmaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, hukuk sisteminde somut karşılığı olmayan bir ayrımın hukuk formasyonunda esas alınmaması, buna karşın hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde esas alınması, sorgulanmamış bir alışkanlık ve vahim bir hatadır. Mamafih hukuk fakültelerinde de kamu hukuku – özel hukuk ayrımının vazgeçilebilir olduğunun en net delili, ayrımın yasal dayanağı olan Üniversitelerde Akademik Teşkilât Yönetmeliği’dir⁶².

⁶¹ Odak seçimi, Fransa genelinde zorunlu bir uygulama değildir. Odak seçimini yaptırmayan fakülteler olduğu gibi kamu hukuku ve özel hukuk dışında -Avrupa hukuku gibi- alternatif odaklar sunan fakülteler de vardır. Odak seçimi politikasından bağımsız olarak tüm mezunlar ‘hukuk lisansı’ (*licence de droit*) diploması almaktadır.

⁶² 18/2/1982 tarih ve 17609 sayılı Resmi Gazete.

Yönetmeliğin 13. maddesindeki “Hukuk Fakültelerinde özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölüm kurulabilir” cümlesi açıktır ki izinden ibarettir. Emredici bir norm değildir. 7. maddedeki “Bir eğitim programı uygulayan fakültelerde bir bölüm bulunur” hükmü ise hukuk gibi tek bir program uygulayan fakültelerin tek bir bölüm halinde teşkilatlanmasını mümkün, hatta prensipte gerekli kılmaktadır. Mezunlarına kamu hukuku veya özel hukuk alanında lisans diploması vermeyen hukuk fakültelerinin 7. maddedeki genel hükme göre değil de 13. maddedeki özel hükme göre teşkilatlandırıldığı anlaşılmaktadır. Bunda yönetmeliğe aykırılık yoktur. Fakat 13. maddedeki izin kural zannedilerek bütün ülke sathında uygulanmasında bir tuhafılık bulunduğu meydandadır. Hukuk sisteminde ciddiye alınmayan bir ayırım, hukuk fakültelerinde neden bu denli ciddiye alınmaktadır? Üstelik tutarlı bir şekilde de ciddiye alınmamaktadır. Hukuk fakültelerinin eğitim programları ve müfredatları sentezci, teşkilatları ise katı bir şekilde ayrımcıdır. Bizce bu tablo zihinsel konformizmden, yeterince eleştirel ve yenilikçi olamamaktan kaynaklanmaktadır. Kamu hukuku – özel hukuk ayırımının sakıncalarının fark edilmesinin neticesinde hukuk fakültelerinin ve lisansüstü eğitim veren enstitülerin bu ayırımı kendi bünyelerinde ortadan kaldırmaları için herhangi bir mevzuat değişikliği gerekmemektedir.

Lisansüstü eğitimde kamu hukuku – özel hukuk ayırımını irdelemekte de yarar vardır. Zira Türkiye’de lisans eğitiminde (tabanda) ve doçentlikte (tavanda) söz konusu olmayan bu ayırımın var olduğu tek aşama lisansüstü eğitimidir (ara kademe). Türkiye’de hukukta lisansüstü eğitimin kamu – özel şeklinde ikiye ayrılmasının sadece hukuk sistemiyle değil, eğitim ve akademik kariyer yapısıyla da uyumsuz olduğunu söyleyebiliriz.

Lisans Üstü Eğitim Öğretim Enstitülerinin Teşkilât ve İşleyiş Yönetmeliği’nin 5. maddesi uyarınca lisansüstü eğitim-öğretim enstitülerindeki anabilim dalları, üniversite bünyesindeki fakültelerin bölümleriyle aynı adları taşırlar. Fakültede bölüm başkanı, enstitü bünyesinde aynı adla açılan anabilim dalının da başkanıdır. Diğer bir ifadeyle, enstitülerdeki anabilim dalları çoğunlukla kendinden menkul ya da müstakil olarak açılmış değildir. Fakülte örgütlenmesinin kopyalanmasından kaynaklanmaktadır. Genellikle ‘sosyal bilimler’ adıyla anılan lisansüstü enstitülerinde kamu hukuku ve özel

hukuk anabilim dallarının varlığı, hukuk fakültelerinde kamu hukuku ve özel hukuk bölümlerinin bulunmasından ötürüdür. Hukuk fakültelerinin örgütlenmesinde kamu hukuku – özel hukuk şeklinde bir ayırım olmazsa hukukta yüksek lisans ve doktora dereceleri de kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ayrılmak zorunda olmayacaktır⁶³.

Problemin özü; hukukta lisans eğitiminde etkili olmayan kamu – özel ayırımının, fakülte örgütlenmesi üzerinden lisansüstü eğitimde aşırı katı bir şekilde etkili olmasıdır. Kamu hukukuna veya özel hukuka dair muhkem bir nosyon edinmemiş öğrenciler kendilerini birden bu adlarla anılan programların içinde bulmakta, program bünyesinde genel çerçeve sunan kamu hukukunun veya özel hukukun temel ilkeleri gibi dersler almamakta, özüne temas edemedikleri sahalarda öğrenim görmekte ve nihayet ham formasyonla akademik dereceler almaktadırlar. Amaçları, kapsamaları, yöntemleri, parametreleri ve birbirlerinden gerçekten soyutlanabilir olup olmadıkları belli olmayan kamu hukuku ile özel hukuk alanlarından birinde uzman sayılmaktadırlar.

Gerçi enstitülerdeki kamu hukuku ve özel hukuk anabilim dallarının bünyesinde açılan lisansüstü programların ‘kamu hukuku’ veya ‘özel hukuk’ şeklinde adlandırılması mutlak bir kural değildir. Doğrudan ceza hukuku, ticaret hukuku gibi programlar açılabilir. Fakat bu uygulamanın yaygın olduğu söylenemez. Dahası, böyle bir uygulamanın yaygınlaşması başka sorunlar üretebilir. Örneğin araştırma görevlisi alımlarında ve doktora kabullerinde kamu hukuku veya özel hukuk yüksek lisansı istenebilmektedir. Başka bir adla program açıldığında başvuru şartlarını karşılayamama sorunu ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, sistem baştan ele alınmalı, belki de -LLB-LLM-JD örneğinde olduğu gibi- tekil hukuk lisansı sonrasında tekil ada sahip hukuk yüksek lisansı ve doktorasıyla programların üst başlıkları birleştirilmelidir. Bu durumda içerikte uzmanlaşma yine mümkün olacak, örneğin rekabet hukuku yüksek lisansı veya insan hakları hukuku doktorası yapılmasına engel bulunmayacak, fakat programların kamu hukuku – özel hukuk şeklindeki zorlama ve sakıncalı bir tasnife tabi tutulması son bulacaktır. ‘Genel

⁶³ Fakülte bölümlerinin enstitülere anabilim dalı olarak aktarılması dışlayıcı bir kural değildir. Zira aynı maddenin d ve e fıkralarıyla enstitü anabilim dallarının fakülte bölümlerinden farklı bir isim taşıyabileceği ya da tamamen yeni anabilim dallarının kurulabileceği öngörülmüştür.

usul hukuku’, ‘hukuk ve ekonomi’ gibi kapsamlı ve interdisipliner programlar da açılacaktır. Mevcut sistemin en önemli kusuru şudur: Lisansüstü düzeydeki katı düalist yapı çerçevesinde gerek anayasa hukuku gibi geleneksel alanlar gerekse bilişim hukuku gibi yeni alanlar kamu hukuku ile özel hukuktan birine sıkıştırılmakta, indirgemeci yaklaşıma tabi tutulmaktadır. Özgün programlar ve faydalı açılımlar pek de mümkün olmamaktadır. Uzmanlaşma zannedilen eğitim süreçleri, hukuk bilincini çarpıtıcı etkiler yapmaktadır.

Sorunun kaynağı olan hukuk fakültesi teşkilatlanmasına tekrar dönecek olursak; mevcut yapıda hukuk fakültelerindeki her bir anabilim dalı ya kamu hukuku ya da özel hukuk bölümü bünyesinde yer almaktadır. Bu durum pek çok anabilim dalında vizyon ve yöntem daralmasına, akademik anlamda olumsuz sonuçlara neden olmaktadır.

Örneğin Roma hukuku anabilim dalı özel hukuk bölümündeyken hukuk tarihi anabilim dalı kamu hukuku bölümündedir. Halbuki Roma hukuku, hukuk tarihinin bir şubesidir. Tutarlılık isteniyorsa ya ikisi de kamu hukuku olmalıdır ya da ikisi de özel hukuk olmalıdır. Bir Roma hukukçusu doktora eğitimini özel hukuk alanında, bir Türk hukuk tarihçisi ise kamu hukuku alanında yapmaktadır. Sonuç olarak hukuk tarihçisinin kamu hukuku alanında uzmanlaşması, özel hukuktan uzaklaşması, özel hukuk tarihinin sahipsizleşmesi anlamına gelebilmektedir. Roma hukukçusunun da özel hukukta uzmanlaşması kamu perspektifinin zayıflaması anlamına gelmektedir. Halbuki hukuki bilginin ve bilincin bütünlüğü açısından kamu hukuku ve özel hukuk aynı önemi haizdir. Mevcut ayırım hukukçuların bütüncül bakış açısına sahip olmasının önündeki önemli engellerden biridir.

Anabilim dallarının içinde buldukları bölüm ile uyumsuzlukları hukuk tarihi ve Roma hukuku ile sınırlı değildir. Başka misaller vermek mümkündür. Osmanlı hukukuna dair çalışmalar hukuk tarihi bünyesinde, kamu hukuku kapsamında görülmektedir. İslam hukuku ise çoğu yerde özel hukuk kapsamındadır⁶⁴. Halbuki Osmanlı hukuku büyük oranda İslam hukukunun bir şubesidir.

⁶⁴ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu hususta istisnalar arasındadır. ASBÜHF (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Kamu Hukuku’ <<https://hf.asbu.edu.tr/tr/kamu-hukuku>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Avrupa Birliği hukuku Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde⁶⁵ özel hukuk bölümünde, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinde⁶⁶ ise kamu hukuku bölümündedir. Bilişim hukuku, deniz hukuku ve mukayeseli hukuk gibi karma nitelikteki alanlar hemen her yerde özel hukuk anabilim dalı olarak kabul edilmekte ve kamu perspektifinden uzakta, eksik bakış açısıyla işlenmektedir. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve anayasa hukuku gibi hukuk dallarının hepsini ilgilendiren alanlarsa özel hukukun dışında sayılmakta, kamu hukukuna sıkıştırılmaktadır. Açıktır ki bu örgütlenme biçimi hukuk nosyonunda çarpıklığa yol açmaktadır. Çarpıklık akademisyenleri ele geçirmekte, onlar kanalıyla tüm hukukçulara yayılmaktadır.

Hukuk sisteminde var olmayan, sadece hukuk fakültelerinde görülen ve orada dahi aşırı zorlama olan bu düalist yaklaşım, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının geçerli olmadığı ve olamayacağı en önemli kanıtıdır. Tekrar edelim ki hukuk fakültelerinin teşkilatlanması dışında kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yasal dayanağı yoktur. Onun da esasında izin düzeyinde olduğu, ciddiye alınmasının ne denli yapay ve yanlış olduğu ortadadır.

Hukuk fakültelerinde dogmalaşmış olan bu sorunlu ayrımın aşılmasında Üniversitelerarası Kurul (ÜAK) tarafından benimsenen yaklaşım takip edilmelidir. ÜAK, hukuk temel alanı bünyesinde bugün itibarıyla yirmi bilim alanı listelemektedir⁶⁷. Listede kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Hukuk fakülteleri ve lisansüstü enstitüleri ÜAK’ın isabetli yaklaşımına göre örgütlenirlerse kamu – özel ayrımındaki sakıncalardan kurtularak bütün bilim dallarının özgürce gelişmesini ve birbiriyle daha fazla etkileşime girerek ortak hukuk bilinci içinde kaynaşmasını sağlayabilirler.

⁶⁵ AÜHF (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı’ <<http://www.law.ankara.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku-anabilim-dali/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

⁶⁶ DEÜHF (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), ‘Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı’ <<https://hukuk.deu.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

⁶⁷ ÜAK (Üniversitelerarası Kurul), ‘Başvuru Şartları’ <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo5_2023M_24022023.pdf> (erişim tarihi 20.10.2023).

VIII. AYRIMIN GEÇERSİZLİĞİNE DİĞER ÖRNEKLER

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Türk hukuk sisteminde hiçbir şekilde esas alınmadığını, bu gerçeği dikkate almayan hukuk öğretisinin kurgusal bir hayale kapılmış olduğunu izah ettik. Kamu hukuku ve özel hukuk ekseninde birbirinden ayrılabilir gösterilen hususlar arasında gerçekte yoğun bir geçişkenlik vardır. Bunun bazı örneklerini verelim.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Sözleşme özgürlüğü" başlıklı 26. maddesine göre "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler". "[K]anunda öngörülen sınırlar" ibaresi, günümüzde özel hukukun kamu hukukuna tabi ve dahil olduğunun en net delilidir. 27. maddede ise "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" hükmü bulunmaktadır. Dahası, mevzuatta bazı haller öngörülmüştür ki sözleşme hukukunun adeta kamu hukuku olduğu intibayı oluşturmaktadır. Örnek olarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilen haller gösterilebilir. Burada kanun koyucu, bırakın yapılan sözleşmenin içeriğine müdahale etmeyi, bir bireyi bir başkası ile sözleşme yapmaya icbar etmektedir. Bunlara 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 698. maddesinde düzenlenen paylı mülkiyetin paylaşma talebi ile sona ermesi, 747. maddesinde düzenlenen zorunlu geçit hakkı tanıma yükümlülüğü ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen satış yapma zorunluluğu örnek olarak gösterilebilir⁶⁸. Sonuç olarak şu husus açıkça ifade edilmelidir ki, özel hukuk, kamu hukukuyla oluşturulan kamu düzenine uymak durumundadır. Bu gerçek, 'modern hukuk = kamu hukuku' formülünün ispatı niteliğindedir. Biz bu formülün hukuk felsefesi açısından haklı olup olmadığını -makalenin odağını dağıtmamak adına- tartışmıyor, vakıyı tespit etmekle yetiniyoruz.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir". Şu hâlde, yargının sacayağı olan avukatlık mesleğinin kamu hukukuna ya da özel hukuka indirgenmesi mümkün müdür? Cezai konularda avukatlar kamu görevlisi sayılmaktadır. Aynı zamanda idare hukukuna tabi olmayan serbest meslek

⁶⁸ Hatice Kübra Ercoşkun Şenol, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709, 713.

erbabıdırlar. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bu konuda olduğu gibi sürekli istisnalar, ‘ama’lar, ‘fakat’lar üretmekte ve hukukun bütünselliğine zarar vermektedir.

Rekabet hukuku ve piyasa hukuku gibi alanlar özel hukuk olarak sayılmaktadır. Rekabet Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri ise idari dava konusudur. Bu kurumların yetki alanının özel hukuk, işlemlerinin ise kamu hukuku olması şeklinde bir tuhaflik ortaya çıkmaktadır. Halbuki bu ayırım hiç söz konusu olmasa bu türden teorik tartışmaların fuzuli olduğu kolayca fark edilecektir.

Rekabet hukuku açısından sorunlar bununla sınırlı değildir. Zira rekabet hukuku ile getirilen bazı hukuki düzenlemeler kamu hukuku – özel hukuk ayrımını benimsemeyen Anglo-Sakson hukuk sistemi temelli olup, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkemizde bazı uyumsuzluklara neden olmaktadır. Bu duruma örnek olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 58. maddesinde düzenlenen “özel hukuk cezası” gösterilebilir. İlgili maddede rekabetin bozulmasından zarar görenlerin zarar verenden zararın üç katına kadar tazminat talep edebileceği hükmü öngörülmüştür ki özel hukuk cezası olarak nitelendirilen bu uygulama hem Türkiye’nin hem de diğer Kıta Avrupası ülkelerinin tazminat hukuklarının temel ilkelerine çok yabancıdır⁶⁹. Zira tazminat hukukunun temeli zararın giderilmesidir. Cezalandırma ise kamusal karakterlidir. İşte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yeni hukuk alanlarında bu tür uyumsuzlukların oluşmasına neden olmaktadır. Problem rekabet hukukundan değil, kamu hukuku – özel hukuk ayrımından, daha doğrusu bu ayrımı doktrinleştirmekten kaynaklanmaktadır.

Bir üst kurul olmamakla birlikte Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) da iyi bir örnektir. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 25. maddesi uyarınca “Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde ... gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında ... idari para cezası uygulanır”. Burada kastedilen şey, ceza hukuku anlamında ayrımcılık suçu değildir. Haksız fiil anlamında ayrımcılıktır. Özel hukuk kişilerinin ayrımcılık yapması özel hukuk mahkemelerinin yetkisinde olsa gerektir.

⁶⁹ Büşra Cömert Akbay, ‘Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası’ (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149, 152.

Fakat TİHEK örneğinde görüldüğü üzere bir idare organı tarafından ve kamu meselesi olarak ele alınmaktadır. Ayrımın hukuk sisteminde gözetilmediğinin bir örneği de budur.

Ayrımın geçersizliğinde hukuk sistemini tek ölçüt olarak alıyor değiliz. Aksine, hukuk bilimi açısından zaten geçersiz olan bu ayrımın, hukuk sistemini bilinçli bir bütünlükten yahut net bir ayırımdan mahrum bırakması sonucunda sistemde birtakım çarpıklıklara yol açması (da) söz konusudur. Örneğin, Türkiye’de kamu işçileri idare hukukuna değil, 4857 sayılı İş Kanunu’na tabidir. Kamudaki sözleşmeli personel ise iş hukukuna değil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca idare hukukuna tabidir. Kamu işçileri açısından bakıldığında idare, özel hukuk kişisidir. İdareye sözleşmeye dayalı hizmet veren personel ise kamu çalışanı gibi görülmüştür. Net ve tutarlı bir şekilde benimsenmemiş ve benimsenmesi de mümkün olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının etkisiyle ortaya çıkan bu tür çelişkiler iş barışına, eşitliğe aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

Bir başka çelişki alanı ise özelleştirme ve kamulaştırma işlemleridir. İdarenin özelleştirme ve kamulaştırma işlemlerinde özel hukuku esas alması mı, kullanması mı, göz ardı etmesi mi söz konusu olacaktır? Bu karmaşıklık nedeniyle kamulaştırma, doktrinde idari aşama ve adli aşama olarak ikiye ayrılıp incelenmektedir⁷⁰. Kamu hukukçu perspektif ile özel hukukçu perspektif arasında bocalama kaçınılmaz olmaktadır. Bu gibi problemlerin kaynağı hukuk nosyonunun bütüncül perspektiften yoksun olması, bunun da kaynağı kamu hukuku – özel hukuk ayrımı gibi yapay ve tutarsız formüllere esir olunmasıdır.

Sorulması gereken iki önemli soru vardır: 1) Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı hukuk teorisi açısından olgun ve isabetli bir paradigma mıdır? 2) Teorik kalitesinden bağımsız olarak, kamu hukuku – özel hukuk ayrımının olgusal gerçekliği ne düzeydedir? Gerçekte modern hukukta cari olan zihniyet, hukukun tamamının kamu hukuku olması, özel hukukun kamu hukukuna dahil ve tabi, izafeten özel bir alan olmasıdır. Bunu kabaca şöyle örneklendirebiliriz: Türkiye’de büyükşehir olmayan illerde il özel idaresi vardır. İl özel idareleri, 5302 sayılı İl Özel İdareleri Kanunu uyarınca kurulmuş, genel idareden

⁷⁰ Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2022) 779-781.

bağımsız olmayan, nispeten özerk kamu tüzel kişileridir. İşte özel hukuk da günümüzde kamusal niteliği mutlaklaşmış olan genel hukuktan bağımsız olmayan, nispeten özerk ve her halükârda kamu hukukunun sınırlarına tabi bir iç alandır. Hukukun gerek teorisi gerekse pratiği açısından son derece problemlili olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının hakikatte var olduğunu söylemek mümkün değildir. Belki de asıl problem, hakiki varlığı şüpheli bir ilkenin bazen var bazen yok sayılmasından kaynaklanmaktadır. Eğer problem buysa ilkenin hukuk doktrininden elimine edilmesi son derece yararlı olacaktır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı tahayyülünün bertaraf edilmesiyle birlikte hukuk düşüncesi sadeleştirilebilecek, daha bütüncül ve tutarlı ilkeler, yöntemler, yaklaşımlar geliştirilebilecektir.

IX. FRANSA'DA DURUM

Modern kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Roma hukukundan kaynaklandığı, bu nedenle Kıta Avrupası ülkelerinde ayrım üzerinde mutabakat bulunduğu düşüncesinin temelsiz bir varsayımdan ibaret olduğunu açıklamıştık. Modern anlamda ‘kamu hukuku’ kavramının menşei Almanya, kamu hukuku – özel hukuk ayrımını kemikleştiren de Fransa’dır. Fransız sömürgeci ülkelerde bu ayrımın neden ciddiye alındığını izaha gerek yoktur. Mamafih ayrımın diğer Kıta Avrupası ülkelerinde ciddiye alınması da Fransız etkisiyle olmuştur. Kaldı ki diğer Avrupa ülkelerinde ayrım Fransa’daki kadar ciddiye alınmamaktadır.

Örneğin İspanya’da, Birleşik Krallık’taki gibi, ayrı bir idari yargı sistemi yoktur. Almanya ve İtalya’da ayrı bir idari yargı varsa da ayrı bir idari yargıçlık mesleği yoktur⁷¹. Adli-idari hâkim ayrımı bulunmamaktadır. Fransa’da ise ayrı bir idari yargı, ayrı bir idari yargıçlar sınıfı, dahası ayrı bir idari yargıçlar üst kurulu vardır. Türkiye’deki Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) Fransa’daki özel hukuk muadili “*Conseil Supérieur de la Magistrature*” (CSM) iken kamu hukuku muadili “*Conseil Supérieur des Tribunaux Administratifs et Cours Administratives d'Appel*” (CSTACAA) olarak adlandırılmaktadır. İki yargıç sınıfının özlük hakları ve olanakları bile farklıdır ve tartışma konusudur.

⁷¹ John Bell, *Judiciaries in Europe* (Cambridge University Press 2005).

Türkiye’de iki ayrı mahkeme sistemi ve yargıç sınıfı olsa da Fransa’daki kadar bilinçli ve tutarlı bir ayırım söz konusu değildir. Daha önce belirtildiği üzere, Türkiye’de kamu hukuku sayılan ceza hukuku Danıştay bünyesinde ele alınmaz. Fransa’da Yargıtay sisteminde olan ceza hukuku ise -kısmen bu nedenle- özel hukuk sayılmaktadır. Dahası, Fransa’dakinin aksine Türkiye’de tek bir hakimler ve savcılar üst kurulu vardır. Kısacası, Türkiye’de yargı sisteminde kamu – özel ayırımı yokken Fransa’da son derece önemlidir.

Bir noktayı netleştirerek taşları yerine oturtabiliriz: Kamu hukuku – özel hukuk ayırımı Fransa’da hukuk düşünürlerince geliştirilmiş ve teoriden pratiğe aktarılmış bir prensip değildir. Ayırımın kökeni akademik ya da bilimsel değildir. Ayırım, Fransa’da yargının idari tasarruflara müdahalesini kısıtlamak için evvela sistemde ortaya çıkmış, bilahare akademik bir meseleye dönüşmüştür. Diğer bir deyişle, ayırımın kökeni sistemsel ve tarihseldir. Türkiye’de bu nüans bilinmediği için kamu hukuku – özel hukuk ayırımının nesnel arayışların eseri olduğu, sosyal ve tarihsel bağlamın ötesinde geçerli olduğu zannedilebilmektedir. Bu zan tamamıyla yanlıştır. Hukukta kamu – özel ayırımı geçerliyse bile en fazla Fransa için geçerli olabilir. Fransa’yla aynı tarihsel ve kurumsal süreçleri yaşamamış Türkiye gibi ülkelerde ayırımın anlamlı olmasına imkân yoktur. Ayırımın ciddiye alınması kaba bir öykünmedir. Ayırımın menşei olan düalist devlet sistemi geçerli olmadıkça o düalist sistemin izahından ibaret olan öğreti geçerli de olamaz.

Kaldı ki, tüm katılığına rağmen, Fransa’da dahi hukukta kamu – özel ayırımı ciddi eleştiri konusudur⁷². Eleştirenlerin başında, kamu hukukunu tanımlamada ‘kamu yetkisi/gücü’ (*puissance publique*) ölçütünü esas alan Hauriou ile birlikte Fransız kamu hukukunun iki kurucu babasından biri olan Duguit gelmektedir. Fakat onun kamu hukuku – özel hukuk ayırımı yerine ikame etmek istediği ‘kamu hizmeti’ (*service public*) ölçütü

⁷² Kamu hukuku – özel hukuk ayırımında ölçüt karmaşasının geçmişiyle ilgili olarak bakınız: Esin Örucü, ‘Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası’ (1991) 12(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 303-316.

Ayırımın geçersizliğini haksız fiil hukuku bağlamında gösteren bir çalışma için bakınız: Gérard Cornu, *Etude Comparée de la Responsabilité Délictuelle en Droit Privé et en Droit Public* (Matot-Braine 1951).

Ayırımın geçmişi ve bugünü için bakınız: Georges Chevrier, ‘Les Critères De La Distinction Du Droit Privé Et Du Droit Public Dans La Pensée Savante Médiévale’ *Etudes Gabriel Le Bras* (Sirey 1965); Paolo Alvazzi del Frate vd., *La Summa Divisio Droit Public/Droit Privé dans l’Histoire des Systèmes Juridiques en Europe* (Institut Universitaire Varenne 2018).

de eleştiriden azade değildir. Jeuland kavramı “muğlak, karmaşık ve bir şekilde mitolojik” bulmaktadır⁷³.

Jeuland kamu hukuku – özel hukuk ayrımının Sorbonne’da yoğun tartışma konusu olduğunu belirtmektedir⁷⁴. Kendisi ayrıma karşı çıkanlar arasındadır. Jeuland, hukukta akademik kariyerin kamu hukuku, özel hukuk ve hukuk tarihi şeklinde üç kulvara bölünmesinin 1896 yılında gerçekleştiğini, bu politikanın dayanağının bilimsel olmadığını, yargısal olduğunu vurgulamaktadır. Jeuland’a göre Fransız devlet sistemindeki kamu – özel ayrımının ciddi sakıncaları vardır⁷⁵. Bunlardan biri, Avrupa hukuk sisteminde kamu – özel ayrımının olmaması, bunun sonucunda Fransız ulusal hukuku ile Avrupa Birliği hukuku arasında entegrasyon probleminin ortaya çıkmasıdır. Bir diğer sorun ise hukuk sisteminin nihai bütünlük gerektirdiği kabulü karşısında Fransa’da üst yargı ve karar mercilerinin dağınık olmasıdır. İnsan hakları yargısı bunun bariz bir örneğidir. Bir idari yargı mercii olan Danıştay (*Conseil d’État*) Fransa’da Anayasa Mahkemesinden (*Conseil Constitutionnel*) daha etkili ve belirleyicidir. Bu durum, yargı ve hukuk birliğine zarar vermektedir. Danıştay’ın bir idari (tavsiye verici), diğeri yargısal olmak üzere birbiriyle çatışan iki rolünün olması, diğeri bir ifadeyle Danıştay’ın yürütme ile yargı karışımı bir kurum olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da dile getirildiği üzere, bir sorundur. Hukukun kamu ve özel gibi kategoriler üzerinden değil, “hukuki ilişki” (*legal relation*) gibi ortak kavramlarla ele alınmasını⁷⁶, dahası usul hukukunun da ortaklaştırılmasını⁷⁷ savunan Jeuland’a göre Fransa’da mevcut düalist yapı son derece problemlidir. Düalist sistemin ve öğretinin düzeltilmesinin önündeki en büyük engel ise Fransız Danıştay’ının konumudur.

Jeuland Fransız Danıştay’ını devletin temeli ve operasyon merkezi olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Danıştay ‘mavi kanlı’ (*blue blood*) yaklaşık üç yüz üyeden oluşan bir

⁷³ Jeuland (n 8) 166.

⁷⁴ Jeuland (n 9).

⁷⁵ ibid.

⁷⁶ Jeuland (n 8).

⁷⁷ Emmanuel Jeuland, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).

⁷⁸ Jeuland (n 9).

kurumdur. Sembol olarak cübbedense kılıcı tercih ederler; zira kendilerini yargı değil, asker kökenli kabul ederler. Güç dengelerini bilirler ve kurarlar. Politik zekaya, birikime ve yönetime sahiptirler. Resmiyette yürütme ve yargı karışımı olan Danıştay, yasamayla da aynı zeminde işler. Danıştay kararları anayasal kuvvette olup, kanunlardan üstün sayılır. Kısacası, Jeuland'a göre Fransa'da kamu hukuku – özel hukuk ayrımının sorunu olduğu açıktır fakat ayrımın kökeni Danıştay olduğu ve Danıştay da devletin belkemiği olduğu için bu ayrımın eleştirilmesi ve ortadan kaldırılması hiç de kolay değildir⁷⁹.

Fransa'da meselenin düğüm noktasının Danıştay olduğunda mutabakat vardır. Örneğin, Sorbonne'da Anayasa Hukuku profesörü olan Dominique Rousseau, Fransa'da Danıştay'ın ve ona bağlı idari yargının tamamen ortadan kaldırılmasını savunmakta “Yargı ikiciliğinin ... teorik temelleri yoktur; [ikili yargı sistemi] bugün ortadan kaybolmuş tarihi ve siyasi koşulların ürünüdür...”⁸⁰ demektedir. Daha önce tanıttığımız Profesör Guglielmi ise Fransa bağlamında kamu hukuku – özel hukuk ayrımını ve ayrımın dayanağı olan Danıştay ağırlıklı sistemi sürdürmeyi savunmakta, Danıştay'ı insan haklarını geliştiren, nötr, tarafsız, bağımsız, faydalı, güvenilir, temel gayesi kamu yararı olan, güçlü bir tarihsel birikime sahip bir denge kurumu olarak tanımlamaktadır⁸¹.

Toparlamak gerekirse, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Fransa'da köklü bir sistem, hatta devlet meselesidir. Türkiye'de problem kesinlikle bu çapta değildir. Türkiye'de devlette zaten böyle bir ayrım yoktur. Danıştay'ın devletin belkemiği olma statüsü de yoktur. Kamu hukuku – özel hukuk gibi bir ayrımı esas almayan, hatta esas almamaya dayanan Anayasa Mahkemesi etkilidir. Türkiye, Fransız sisteminin doğal çıktısı olan kamu hukuku – özel hukuk ayrımını kurgusal olarak almış, Fransa'nın eleştiriye layık sistemini ise almamış, teorisi bir telden, pratiği ise ayrı telden çalan bir ülke olmuştur.

⁷⁹ ibid.

⁸⁰ Dominique Rousseau, ‘Pour une Refondation Radicale de la Justice’ (Gazette du Palais) <<https://www.gazette-du-palais.fr/wp-content/uploads/2017/12/1151.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023): “Le dualisme juridictionnel n’a ... pas de fondements théoriques, il est le produit de circonstances historiques et politiques qui ont disparu aujourd’hui...”

⁸¹ Guglielmi (n 7).

Fransız sisteminin eleştiriye layık olmasının ana nedeni şudur: Doğrudan bir kamu hukuku merkezi olan Danıştay'ın bu denli güçlü olduğu bir ülkede kamu hukukuna denk statüde bir özel hukuktan bahsetmek mümkün değildir. Fransız hukuk nosyonu, kamu perspektiflidir. Kamu hukukunun bariz bir üstünlüğü vardır. Özel hukuk, fazlasıyla kamu gücüne tabidir. Dolayısıyla Fransa'da (da) hakiki anlamda kamu hukuku – özel hukuk ayrımı yoktur. Ayrım, hukukun kamucu karakterini mahfuz tutmak için kullanılan bir aparatıtan ibarettir.

Özetle, kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, antik Roma hukukundan gelen, soyut olarak geçerli bir kaide değildir. Modern Fransız sisteminin somut bir unsurudur. Türkiye'de devletin yapısı Fransa'daki gibi değildir, olmamıştır ve olmamalıdır. Zira Fransız sistemi bizzat Fransız hukukçuların yoğun eleştirisine hedefdir; tutarlı ve verimli değildir. Türk hukuk sisteminde reel karşılığı olmayan kamu hukuku – özel hukuk ayrımının köksüz ve duygusal bir şekilde sahiplenilmesine son verilmesi bilimsel bir zorunluluktur.

SONUÇ

Tüm bilimlerde olduğu gibi hukukta da taksonomi ve uzmanlaşma muhakkak olacaktır fakat taksonominin akılcı ve doğru olması gerekmektedir. Hukukta muhkem bir kaide olduğu zannedilen kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bir klişeden, sorgulanmamış bir alışkanlıktan ibarettir. Pratikte karşılıksız, teorik olarak da kusurludur. Kısacası yanlıştır. Bilhassa Türkiye bağlamında büsbütün arızalıdır. Zira, örneğin, Fransa'nın hem hukuk sisteminde hem hukuk öğretilisinde var olan, İngiltere'nin hem hukuk sisteminde hem de hukuk öğretilisinde var olmayan bu ayrım, Türkiye'nin hukuk sisteminde yoktur fakat hukuk öğretilisinde vardır. Zaten sorunlu olarak kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Türkiye bağlamında daha da sorunludur.

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, geçmişte hukukun dar bir kapsamda kurgulanıp öğretilmesinde olumlu katkılar sunmuş olabilir. Kamu hukuku ve özel hukuk tabirlerini tanımsız ve esnek bir şekilde, dogmatik olmayan anlamda kullanmak bugün için hala uygun olabilir. Fakat bu tabirlerden katı bir taksonomi üretmeye çalışmak, hukuk

olgularını bu sorunlu taksonomiye tabi olarak okumak büyük bir hatadır. İş hukuku, bilişim hukuku, rekabet hukuku, bankacılık hukuku gibi birçok yeni alanın gelişmesiyle birlikte kamu hukuku – özel hukuk ayrımı geçerliliğini tamamen yitirmiştir. Anglo-Sakson ve İslamiyet gibi diğer köklü hukuk geleneklerinde kamu hukuku – özel hukuk ayrımının yer almıyor oluşu, söz konusu ayrımın evrensel ve mutlak nitelikte olmadığını göstermektedir. Gözler’in ifadesiyle “[K]amu hukuku – özel hukuk ayrımı pek sağlam temellere kurulmuş değildir. Bu ayrım bilimsel değil, büyük ölçüde yapaydır”⁸².

Kamu hukuku – özel hukuk ayrımının bir diğer eleştirilmesi gereken yanı, Duguit’in de belirttiği üzere, devlete farklı bir hukuki rejim uygulanması suretiyle devletin birey üzerindeki egemenliğini artırmasına hizmet ediyor oluşudur. Halbuki idarenin verdiği zarar ile bireyin verdiği zararın ayrı hukuki rejimlere tabi olmasına gerek yoktur. Özünde ikisi de aynıdır. Düalist yaklaşım, hukukçunun zihninin parçalanmasına, hukukta tutarlılığın ve duyarlılığının aşınmasına neden olmaktadır.

Hukuk, bütüncül bakış açısına mutlak anlamda muhtaç bir alandır. Zira hukukçunun çözmesi gereken sorunlar laboratuvar ortamında ya da masa başında üretilmiş meselelerden oluşmaz. Hukukçunun karşısına çıkan problemler büyük bir karmaşaya sahip olan hayata dairedir. Hukukçuyu bir teknisyenden ayıran şey, bütüncül bakış açısı ile sorunlara nüfuz etmesidir. Bu nedenle hukukta bakış açısının daralmasından sakınmak gerekir. Eğer bir tasnif yapılacaksa bu tasnif sahiden zorunlu, yararlı ve akılcı olmalıdır. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı bu özelliklerden yoksundur. Kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, genel hukuk nosyonunu çarpıtan, spesifik alanların gelişimini de baltalayan, sakıncalı bir ezberdir.

Esasında hukukta kamu – özel ayrımının özü şu soruda saklıdır: Hukukun temeli özel hukuk mantığıyla mı atılmalıdır, kamu hukuku mantığıyla mı atılmalıdır? Birinci seçenekte hukukta kurucu ilke sözleşme serbestisidir ve anayasa başta olmak üzere bütün kanunlar insanların özgürce sözleşme yapmasının ürünüdür, öyle olmalıdır. Sözleşmenin sıhhatini gözetmek ana gayedir. Kamu düzeni hedef değildir; toplumsal ve bireysel sözleşmelere uyulmasının doğal sonucudur. İkinci seçenekteyse hukukta kurucu ilke

⁸² Gözler (n 4) 92.

kamu düzenidir ve özel hukuk sayılan alanlar da aslında kamu düzenine tabidir. Bu iki hukuk nosyonu arasında büyük bir tezat vardır. Hangisinin doğru olduğu bu makalenin konusu değildir. Makalenin konusu, günümüzde benimsenen hukuk nosyonunun ikincisi olduğu, bu seçenekte hakiki anlamda özel hukukun bulunmadığı, dolayısıyla kamu hukuku – özel hukuk ayrımının temelsiz bir varsayımdan ibaret olduğudur.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kamu hukuku – özel hukuk ayrımı kadim ve sağlam bir ilke değil, modernist ve çelişkili bir kurgudur. Hakiki varlığı şaibeli olduğu için bazen var, bazen yok sayılmakta, istikrarsızlığa yol açmaktadır. Söz konusu ayırım, reel hukukun hemen her cephesinde nakzedilmekte, buna rağmen söylem boyutunda ısrarla öne sürülmektedir. Hukuk öğretisini kısırlaştıran ve hukuk sistemini gerekli açılımlardan alıkoyan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı, öğretilerde eleştiri konusu olarak ele alınmalı, hukuk sisteminin bu yanıltıcı gözle okunmasına son verilmeli, hukuk nosyonu daha bütüncül ve realist ilkelere bağlanmalıdır.

Bilhassa Türkiye bağlamında hukuk fakültelerinin teşkilatlanması dışında hiçbir yerde baz alınmayan kamu hukuk – özel hukuk ayrımı, hukuk fakültelerinden de elimine edilerek hukuk sistemi ile hukuk doktrini arasındaki uyum artırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2017).

Alvazzi del Frate P, Bloquet S ve Vergne A, *La Summa Divisio Droit Public/Droit Privé dans l'Histoire des Systèmes Juridiques en Europe* (Institut Universitaire Varenne 2018).

ASBÜHF (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Kamu Hukuku' <<https://hf.asbu.edu.tr/tr/kamu-hukuku>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Atalı M ve Ermenek İ, *Medenî Usul Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2021).

AÜHF (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı' <<http://www.law.ankara.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku-anabilim-dali/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Aybay R, *An Introduction to Law* (Der Yayınları 2020).

Bell J, *Judiciaries in Europe* (Cambridge University Press 2005).

Bilge N, *Hukuk Başlangıcı* (Turhan Kitabevi 1992).

Cherednychenko O, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (Sellier European Law Publishers 2007).

Chevrier G, 'Les Critères De La Distinction Du Droit Privé Et Du Droit Public Dans La Pensée Savante Médiévale' *Etudes Gabriel Le Bras* (Sirey 1965).

Cornu G, *Etude Comparée de la Responsabilité Délictuelle en Droit Privé et en Droit Public* (Matot-Braine 1951).

Cömert Akbay B, 'Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası' (2018) 4(2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 149-175.

Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2022).

DEÜHF (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 'Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı' <<https://hukuk.deu.edu.tr/avrupa-birligi-hukuku/>> (erişim tarihi 20.10.2023).

Ercöşkun Şenol H K, 'Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27' (2016) 74(2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709-738.

Erdoğan S, 'Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımı ve İslami Cezalar' (2017) 58(1) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 185-203.

Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 2020).

Gözübüyük Ş, *Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları* (Genel Dağıtım Yayınları 1991).

Guglielmi G, *7 Mart Tarihli Çevrimiçi Görüşme Notları* (2023).

Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019a).

Güriz A, *Hukuk Felsefesi* (Siyasal Kitabevi 2019b).

- Hacak H, 'The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law' (2013) (45) Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51-66.
- Harlow C, "'Public" and "Private" Law: Definition without Distinction' (1980) 43(3) The Modern Law Review 241-265.
- Jeuland E, *Droit Processuel Général* (LGDJ 2022).
- Jeuland E, *Theories of Legal Relations* (Edward Elgar Publishing 2023a).
- Jeuland E, *22 Şubat Tarihli Yüz Yüze Görüşme Notları* (4 rue Valette, Paris, Fransa) (2023b).
- Kapancı K B, 'Contractualisation of Family Law: Is It Possible in Turkey?' *Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law* (Vedat Kitapçılık 2015).
- Karaca H A, 'Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Konusundaki Avrupa Konseyi Roma III Tüzüğü Kapsamında Hukuk Seçimi' (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 241-262.
- Karaoğlu E, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukuki İhtilaflar* (Seçkin Yayıncılık 2017).
- Mısır M B, 'Hukuk ve Devlet Özdeşliğinin Ötesinde Kamu Hukuku' (2013) 26(3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139-178.
- Morin E, *Yitik Paradigma* (Çev. D. Çetinkasap) (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2019).
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (Yetkin Yayınları 2003).
- Örücü E, 'Kamu Hukuku-Özel Hukuk: Kavram ve Ölçüt Karmaşası' (1991) 12(1-3) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 303-316.
- Öztan B, *Medeni Hukukun Temel Kavramları* (Turhan Kitabevi 2002).
- Rousseau D, 'Pour une Refondation Radicale de la Justice' (Gazette du Palais) <<https://www.gazette-du-palais.fr/wp-content/uploads/2017/12/1151.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023)

Swennen F, ‘Contractualisation of Family Law in Continental Europe’ (Familie & Recht) <<https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/FENR-D-13-00003.pdf>> (erişim tarihi 20.10.2023)

Şeker A, ‘İş Bölümünün, Sosyal Politika ve Toplumsal Dayanışma Açısından Sosyolojik Çözümlemesi’ (2020) 22(1) Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 20-27.

ÜAK (Üniversitelerarası Kurul), ‘Başvuru Şartları’ <https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo5_2023M_24022023.pdf> (erişim tarihi 20.10.2023).

Ünal İ, ‘Aşırı Uzmanlaşma’ (Gazete Manifesto) <<https://gazetemanifesto.com/2019/asiri-uzmanlasma-297003/>> (erişim tarihi 17.10.2023).

Zabunoğlu Y K, *Devlet Kuramına Giriş* (İmaj Kitabevi 2015).

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER BARIŞ GÜCÜ PERSONELİNİN CEZAI
SORUMLULUĞU: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN YARGILAMA
YETKİSİ ÜZERİNE BİR İNCELEME**

*CRIMINAL RESPONSIBILITY OF UNITED NATIONS PEACEKEEPING PERSONNEL: A REVIEW ON
THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT*

Araştırma Makalesi
Zeynep ERHAN BULUT*
Gülen SOYASLAN**

ÖZ

Bariş koruma operasyonları, uluslararası bariş ve güvenliğin korunması ve sürekliliğinin sağlanması bakımından Birleşmiş Milletler tarafından başvuru en etkili araçlardan biridir. Ancak özellikle Soğuk Savaş sonrasında gerçekleştirilen bariş operasyonlarının sayısındaki orantısız artış, birçok olumsuzluğu da beraberinde getirmiştir. Bariş gücü personelinin eğitilmesi konusundaki fiziki ve finansal yetersizlikler, müdahalede bulunulan bölgedeki çatışma ortamının yoğunluğu, personelin sorumluluklarının işletilmesi konusundaki hukuki denetimin zayıflığı hem bariş güçlerinin meşruiyetinin hem de denetim mekanizmalarının etkinliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Birçok bariş gücü mensubu, Kosova, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Kamboçya, Mozambik, Haiti ve Somali’de, cinsel taciz, fiziksel-cinsel istismar, insan kaçakçılığı, insan ticareti ve köleleştirme, yolsuzluk, altın kaçakçılığı ve silahsız isyancılara silah sağlama, sivil-asker ayrımı gözetmeksizin ateş açılması gibi suçları işlemekle itham edilmişlerdir. Bu iddialar, bariş gücü mensuplarının hem insan hakları hukuku hem de insancıl hukuk bakımından cezai sorumlulukları rejiminin “etkin” bir şekilde işletilmesini gerekli kılmıştır. Bu nedenle çalışma, Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar ile “yalnızca gönderen devlete” verilen yargılama yetkisine alternatif olarak,

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1415205

Makalenin Geliş Tarihi: 05.01.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 05.03.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: zeynep@karatekin.edu.tr

ORCID: 0000-0002-5766-126X

** Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

E-posta: gulens@karatekin.edu.tr

ORCID: 0000-0003-4725-1416

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisinin kapsamını analiz edecektir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisine giren suçlar olan soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçu ve saldırı suçu inceleme konusu yapılarak, Birleşmiş Milletler personelini bu suçlardan yargılama yetkisinin boyutu interdisipliner bir bakış açısıyla incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler Barış Operasyonları, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Soykırım Suçu, İnsanlığa Karşı Suçlar, Savaş Suçları.

ABSTRACT

In terms of preserving international peace and security, peacekeeping operations stand as one of the most effective tools employed by the United Nations. However, the disproportionate increase in the number of peacekeeping operations, particularly post-Cold War, has brought various adversities. Inadequate training facilities, both in physical and financial aspects, the intensity of the conflict environment in the intervened region, and the weakness in the legal oversight of personnel responsibilities have raised questions regarding the legitimacy of peace forces and the effectiveness of control mechanisms. Numerous peacekeeping personnel in regions such as Kosovo, the Democratic Republic of Congo, Cambodia, Mozambique, Haiti, and Somalia have been accused of crimes including sexual harassment, physical and sexual abuse, human trafficking, trafficking in persons, enslavement, corruption, gold smuggling, and providing weapons to unarmed rebels, and opening fire without any distinction between civilian and military personnel. These allegations have necessitated an effective regime for criminal accountability of peacekeeping personnel concerning both human rights law and humanitarian law. Therefore, this study will analyse the scope of jurisdiction of the International Criminal Court as an alternative to the jurisdictional authority granted solely to the sending state by Status of Forces Agreements. Crimes falling within the jurisdiction of the Court, such as genocide, crimes against humanity, war crimes, and the crime of aggression, will be examined to explore the dimensions and limitations of holding UN personnel accountable for these crimes from an interdisciplinary point of view.

Keywords: United Nations Peace Operations, International Criminal Court, Crime of Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes.

EXTENDED SUMMARY

Peacekeeping operations are one of the most frequently employed tools by the United Nations (UN). However, the disproportionate increase in the number of operations, especially after the Cold War, has led to the UN peacekeeping personnel being associated with serious human rights violations. The personnel of peacekeeping missions are often accused of crimes such as sexual harassment, physical abuse, human trafficking, human smuggling, enslavement, corruption, gold smuggling, and providing weapons to

unarmed rebels, as well as indiscriminate firing without distinguishing civilians and combatants. These allegations have sparked serious international reactions, leading the UN to take some preventive measures. However, the measures taken have remained largely theoretical, and an effective mechanism for enforcing the criminal responsibility of peacekeeping personnel has not been established. Therefore, mechanisms related to the responsibilities of peacekeeping personnel have been scrutinised, and the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) has been considered as an alternative to the jurisdiction granted to the “sending state” under the Status of Forces Agreements. On this ground, the first part of the study evaluates the jurisdiction of the Court and possible jurisdictional obstacles under Articles 12, 13, 16, 17, and 98 of the Rome Statute.

Article 12 regulates the preconditions for the jurisdiction of the Court. According to this, the Court can exercise its jurisdiction if peacekeeping personnel commit crimes on the territory of the host party-state to the Court or if they are nationals of the party-state. According to Article 12, in theory, the ICC’s jurisdiction over peacekeeping personnel is possible. However, the relationship established between the UN and the ICC under Articles 13 and 16 of the Statute indirectly affects the jurisdiction of the ICC. According to Article 16, the ICC cannot initiate or prosecute an investigation for 12 months unless the Security Council decides otherwise. This provision, applied under pressure from the United States to grant judicial immunity to its peacekeeping personnel indirectly obstructed the ICC’s jurisdiction through the Security Council’s Resolutions 1422 and 1487.

Article 17 regulates the gravity threshold of crimes in order to decide whether the case is admissible. While evaluating the gravity threshold, the prosecutor is going to look at number of killed persons, especially in crimes against physical integrity such as intentional killing or rape, the number of victims, the gravity of the crimes, the systematic nature of the crimes, the method of committing the crimes, and finally, the widespread impact of the crimes. As it will be elaborated the crimes committed by peacekeeping personnel are generally sporadic acts which may fail to reach the gravity threshold which the prosecutor looks for.

Article 98 of the Statute, which creates an exception for non-party states to cooperate with the Court, is also an important obstacle to ICC’s jurisdiction. These agreements, known as Article 98 agreements in the literature, prevent the extradition of citizens of a non-party state to the Court against their consent. Especially, under these treaties invoked by the United States, the host state (whether a party to the Court or not) cannot surrender a U.S. soldier to the ICC without the consent of the United States. All these non-surrender agreements exist as significant obstacles to jurisdiction of the ICC.

The second part of the study discusses the crimes falling within the jurisdiction of the ICC, namely genocide, crimes against humanity and war crimes, and then examines whether UN peacekeeping personnel can be held responsible for these crimes committed during peacekeeping operations. The crime of genocide, defined in Article 6 of the Rome Statute, happens when individuals perform acts with a specific intent to “destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial, or religious group.” It has been reported that UN peacekeeping forces committed crimes such as murder, injury, or sexual assault. In these cases, the material

element of the crime may be completed, yet the missing point is *mens rea* (mental element of crime). In other words, in the cases at hand UN peacekeeping personnel do not have specific intent to destroy a particular group based on their certain distinctive features from birth. Therefore, it seems that the UN peacekeeping personnel cannot be held responsible for the crime of genocide.

Crimes against humanity are more general and inclusive than genocide. Crimes against humanity can be committed during both war and peace times and the perpetrator could be civilian, military, or public official. According to Article 7, paragraph 1 of the Rome Statute, crimes against humanity include acts such as killing, injuring, enslaving, listed in the article, committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population. Unlike genocide, there is no need for specific intent in their commission. Yet the crimes must be committed as part of a widespread or systematic attack. As it will be analysed, the crimes committed by UN peacekeepers are not widespread or systematic. Thus it may not be possible to hold UN peacekeeping personnel for crimes against humanity.

Article 8 of the Rome Statute, “The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.” These crimes can be only committed during an international or non-international armed conflict and they are consisted of violations of rules and customs of warfare regulated under international law texts. These violations could be listed as killing, injuring, raping and humiliating people who are not participating in armed conflicts. Although the UN is not party to the conflict itself, all peacekeeping forces are bound by humanitarian law. Thus, if it can be proven that acts such as sexual assault, injury, or other crimes committed by UN peacekeeping personnel are related to the conflict, they can be held responsible. However, these crimes must be committed as part of a plan and policy. Thus, in our opinion, acts committed by peace personnel without following a plan or policy would not fall within the jurisdiction of the ICC.

GİRİŞ

İlk kez 1948 yılında gerçekleştirilen barış operasyonlarının sayısı günümüz itibariyle çarpıcı boyutlara ulaşmıştır. On üç tanesi aktif olmak üzere, 1948’den beri toplam yetmiş bir barış operasyonu gerçekleştirilmiştir. Özellikle Soğuk Savaş sonrasında operasyonların sayısında orantısız bir artış gerçekleşmiş ve bu durum birçok olumsuzluğa yol açmıştır. Personel sayısının yetersizliği, yeterli finansman desteğinin sağlanamaması, personelin yeterince veya iyi eğitilememesi¹ barış operasyonu mensuplarının çok ciddi

¹ Jimena M. Conde Jiminián, ‘Allocating Individual Criminal Responsibility to Peacekeepers for International Crimes and Other Wrongful Acts Committed During Peace Operations’ (2012) 17 *Tilburg Law Review* 104.

suçlarla anılmasına yol açmıştır. Gerçekten barış gücü mensuplarının buldukları bölgelerde, cinsel taciz, fiziksel-cinsel istismar, cinsel sömürü, insan kaçakçılığı, insan ticareti ve köleleştirme, yolsuzluk, altın kaçakçılığı ve silahlı isyancılara silah sağlama, asker-sivil ayrımı gözetmeksizin ateş açma gibi fiilleri gerçekleştirdiklerine ilişkin raporlar bulunmaktadır². Birleşmiş Milletler (BM), barış gücü mensuplarınca işlenen ve BM'nin uluslararası toplum gözünde meşruiyetinin sorgulanmasına sebep olan bu suçları engellemek için 9 Aralık 1994 tarihli "Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi"ni ve 6 Ağustos 1999 tarihli "Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi"ni yayımlamıştır. 1999 tarihli Bildiri ile BM, barış gücü personelinin hem insan hakları hukuku hem de insancıl hukuk ile bağlı olduğunu teyit etmiştir³.

Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar (Status of Forces Agreement - SOFA) kapsamında barış gücü mensuplarının operasyonlar sırasında gerçekleştirdikleri ihlallerden cezai sorumluluklarının doğacağı kabul edilmiş olsa da, yaptırım mekanizmaları açısından birçok engelin bulunduğu bilinmektedir. İlk yaptırım mekanizması BM'nin kendisidir. BM, barış güçleri tarafından işlendiği iddia edilen suçlar bakımından sorumluluk kabul edip zararların giderilmesi yoluna gitmektedir⁴. Ancak BM'nin, işlenen suçlara dair bir denetleme ve cezalandırma yetkisi mevcut değildir.

² ibid. Ayrıca bkz. Sandra Whitworth, *Men, militarism, and UN peacekeeping: A Gendered Analysis* (Lynne Rienner Publishers 2004) 13.; Allred J. Keith, 'Peacekeepers and Prostitutes: How Deployed Forces Fuel the Demand for Trafficked Women and New Hope for Stopping It' (2006) 33 *An Interdisciplinary Journal* 5; United Nations, Secretary-General's Reports, Preventing Sexual Exploitation and Abuse, <<https://www.un.org/preventing-sexual-exploitation-and-abuse/content/secretary-generals-reports>> erişim tarihi 02.01.2024; Melanie O'Brien, *Criminalising Peacekeepers: Modernising National Approaches to Sexual Exploitation and Abuse* (Palgrave Macmillan 2018).

³ Secretary-General's Bulletin Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13, Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/46/185, United Nations General Assembly, Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations, Report of the Secretary General, A/45/594, 9 Ekim 1990, <<https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup09/basicmats/UNsofa.pdf>> erişim tarihi 20.02.2024; Jiminián (n 1) 106.

⁴ Marco Odello, 'Tackling Criminal Acts in Peacekeeping Operations: The Accountability of Peacekeepers' (2010) 15 *Journal of Conflict & Security Law* 347.

Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar ile de garanti altına alındığı üzere, BM ancak suçlanan kişiyi gönderen devlete iade ile yükümlüdür.

İkinci yaptırım mekanizması, “gönderen devlete” verilen yargılama yetkisidir. 6 Ağustos 1999 tarihinde yayımlanan “Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi”nin 4. maddesi çatışma hukukunun barış gücü askerleri tarafından ihlal edilmesi durumunda “gönderen devletin” gerekli kovuşturmayı yapacağını düzenlemektedir⁵. Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar da görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından yargılama yetkisini “ev sahibi devlete” değil “gönderen devlete” vermektedir.

1999 tarihli Bildiri, hem insancıl hukukun uygulanması hem de barış gücü personelinin cezai sorumluluğu konusunda düzenleme yapmış olsa da, birçok belirsizliği de beraberinde getirmiştir. Özellikle gönderen devletin yargılama yapmak konusunda isteksiz davranması veya yargılama yapabilecek durumda olmaması, ev sahibi devlete getirilen yargı yetkisi sınırlamaları, BM’nin barış güçlerini yargılamak için uygun bir mekanizmaya sahip olmaması gibi sebepler alternatif yargılama mekanizmalarını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle çalışmada, insancıl hukukun ve insan hakları hukukunun BM barış personeli tarafından ihlal edilmesi halinde başvurulabilecek denetim mekanizmalarına üçüncü bir alternatif olarak UCM’nin yargılama yetkisi inceleme konusu yapılacaktır.

Barış gücü personelinin Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından yargılanıp yargılanamayacağı konusu birçok farklı dinamiği bünyesinde barındırmaktadır. UCM’nin yargılama potansiyelini değerlendirmek için, hem Roma Statüsü’nün 12. maddesi kapsamında yargılama yetkisinin ön koşullarının hem de 17. madde kapsamında kabul edilebilirlik koşullarının UCM’nin konu bakımından yargılama yetkisi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁶. UCM’nin konu bakımından yargılama yetkisine giren

⁵ Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

⁶ Madde 12: “Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin ön koşullar 1. Bir devlet, bu tüzüğe taraf olmakla, 5. maddede bahsi geçen suçlarla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul etmiş olur. 2. Aşağıdaki devletlerden bir veya daha fazlası tüzüğe taraf ise ya da 3. paragrafa uygun olarak yargı yetkisini tanımış ise, Mahkeme 13. maddenin (a) veya (c) bentleri ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanabilir: (a) Toprakları üzerinde sorun teşkil eden olayın meydana geldiği devlet ya da suç, bir uçak veya gemide

soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının unsurlarının incelenerek barış gücü personelinin eylemlerinin bu suçlar bakımından değerlendirilmesi, UCM'nin yargılama kapasitesini tespit bakımından gereklidir. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde, BM ile UCM arasındaki ilişkiye dikkat çekilecek ve UCM'nin yargılama yetkisine engel teşkil edebilecek hukuki ve politik sebepler değerlendirilecektir. Çalışmanın ana temasını oluşturan ikinci bölümünde ise, UCM'nin yargılama yetkisi altında bulunan suçlar incelenerek operasyonlar sırasında BM personeli tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen eylemlerin bu suçları oluşturup oluşturmadığı incelenecektir.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

BM Şartı'nın 24. maddesine göre, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında temel sorumluluk BM Güvenlik Konseyi'ne aittir. BM bu amaç doğrultusunda alt organlar kurma yetkisine de haizdir. Örneğin, 1990'larda kurulan geçici (*ad hoc*)⁷

işlenmiş ise gemi veya uçağın kayıtlı bulunduğu devlet; (b) Suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devlet. 3. Bu tüzüğe taraf olmayan devletin 2. paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile suç konusu olayla ilgili olarak, Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9. Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır.”

Madde 17: “Kabul edilebilirlik konuları 1. Giriş bölümünün 10. paragrafı ile 1. maddeye istinaden Mahkeme, aşağıdaki davaları kabul edilemez bulacaktır: (a) Soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedit olmadığı haller dışında, yargı yetkisi bulunan devlet tarafından, dava konusu olayın soruşturulması veya yargılanması halinde; (b) Yargılama konusunda isteksiz veya yargılamaya gerçekten imkanı bulunmadığı haller dışında, yargı yetkisine sahip devletin, olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargılamaya gerek olmadığına karar vermesi halinde, 12 (c) İlgili şahsın, şikayet konusu olaydan dolayı, daha önceden yargılanmış ve Mahkeme tarafından 20. maddenin 3. paragrafı uyarınca, şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması halinde; (d) Dava konusunun, Mahkeme tarafından başkaca işlem gerektirecek derecede vahim bulunmaması halinde; 2. Belli bir davada, yargılama konusundaki isteksizlik durumunu tespit etmek amacıyla Mahkeme, uluslararası hukuk tarafından tanınmış ilkelere dayanarak aşağıdaki hususların bir veya birkaçının olayda mevcut olup olmadığını dikkate alır: (a) İlgili şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren 5. maddede bahsi geçen suçlardan kaynaklı sorumluluğunu gizlemek amacıyla, ulusal bir karar alınması veya işlemler yapılması veya yapılmakta olması; (b) İlgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde, yasal işlemlerde makul olmayan gecikme olması; (c) Yasal işlemlerin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirilmemiş veya getirilmemekte olması ve bu işlemlerin ilgili şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yürütülmesi. 3. Belli bir davada, yetersizliğin tespiti amacıyla Mahkeme, ulusal yargı sisteminin bir kısmının veya tamamının çökmesi veya işlemez halde olmasına bağlı olarak Devletin sanığı veya gerekli kanıt ve ifadeleri elde etmesinin veya başka bir şekilde yasal işlemleri yürütmesinin mümkün olup olmadığını inceler.”

⁷ Latince kökenli bir ifade olan *ad hoc* terimi, geçici, belli bir yer ve zaman dilimi için kurulmuş olan anlamında kullanılmıştır.

Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri BM tarafından kendi alt organı olarak kurulmuş ve faaliyet göstermiştir⁸. Bu nedenle Roma Statüsü oluşturulurken UCM ile BM arasında nasıl bir dengenin kurulması gerektiği de tartışılmış ve UCM'nin *ad hoc* Mahkemelerin aksine, BM'nin bir organı olarak değil, “bağımsız” ve “sürekli” bir Mahkeme olarak kurulması uygun görülmüştür. Ancak UCM'nin bağımsız olması, BM ile arasında kuvvetli bir bağın oluşturulmasına engel olmamıştır. UCM'nin BM Güvenlik Konseyi tarafından harekete geçirilmesini sağlayan 13. madde ve soruşturmanın BM Güvenlik Konseyi tarafından ertelenmesine olanak sağlayan 16. madde aradaki bağın en somut örnekleridir. Aşağıda detaylandırılacağı üzere, bu iki düzenleme barış operasyonları sırasında işlenen suçlar bakımından UCM'nin yargılama yetkisini kullanması ile de doğrudan bağlantılıdır. Zira yaratılan bu organik bağ, politik baskılara maruz kalan BM'nin aldığı kararlara sirayet etmiş ve dolaylı olarak UCM'nin yargılama yetkisini de etkilemiştir.

Uluslararası hukuk açısından uluslararası örgütlerin cezai sorumlulukları bulunmamaktadır⁹. Yapılan eylemlerden dolayı, örgütün değil bu ihlalleri gerçekleştiren

⁸ BM Şartı Madde 29.

⁹ Roma Statüsü'nün 25. maddesi uyarınca UCM, yalnızca “gerçek kişiler” üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Ulusal hukukumuzda da benzer bir anlayışla, yalnızca gerçek kişilerin cezai sorumluluklarının olabileceği, tüzel kişilerin ise ancak güvenlik tedbiri sorumluluklarının olabileceği kabul edilmektedir. Bu durumun temel sebebi, suçun gerçekleşmesi için gerekli olan subjektif ve kusurlu iradenin tüzel kişilerde mevcut olmaması ve cezaların şahsiliği ilkesidir. M Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 383-384, 388-392; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 114; Muharrem Özen, ‘Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış’ (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1976 yılında BM Genel Kurulu'na sunduğu “Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu”na dair raporun taslak maddeler metninin 19. maddesi “uluslararası toplumun temel menfaatlerini korumayı amaçlayan ve ihlâli uluslararası toplum tarafından suç telâkki edilen bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli sonucu ortaya çıkan uluslararası haksız fiiller” düzenleme konusu yapılmıştır. Bu düzenleme ile uluslararası topluluğun menfaatlerinin korunması bakımından esaslı öneme sahip uluslararası sorumlulukların devletler tarafından ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Fakat devletler bakımından cezai sorumluluk mekanizmasının işletilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle bu uygulama kabul görmemiştir. Zira devlet organlarının veya devlet otoritesi altındaki kişi ve kurumların fiillerinden devletin sorumlu tutulmasının özünde, gerçekleştirilen bu eylemlerin değil, “sonuçlarının” devlete atfedilebilir olması yatmaktadır. Zeynep Ceren Pirim, ‘Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme’ (2012) 32 Public and Private International Law Bulletin 147.

Bu nedenle bu eylemlerin suç teşkil etmesi halinde bireylerin cezai sorumluluğu, devletlerin ise hukuki sorumluluğu doğacaktır. Uluslararası örgütlerin de devletler gibi gerek organlarının gerekse onun adına

bireylerin cezai sorumluluğu doğacaktır. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri de çatışma hukukuna aykırı davranılması halinde kişilerin cezai sorumluluklarının doğacağını hüküm altına almıştır¹⁰. Bu sorumluluk mekanizması *ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerince yerine getirilmiştir. Örneğin Nüremberg Mahkemesi “uluslararası hukuka karşı suçlar soyut kişiliklerce değil insanlarca işlenir ve uluslararası hukuk kurallarının zorla uygulatılmasının tek yolu bu suçları işleyen kişilerin cezalandırılmasıdır”¹¹ şeklinde karar vermiştir. Günümüz itibariyle ise bireyleri uluslararası alanda sorumlu tutabilecek yargılama mekanizması 1998 yılında kurulan ve 2002 yılında yargılama yetkisini kullanmaya başlayan UCM’dir. UCM yalnızca bireylerin yargılanması konusunda yetkilidir. Bu nedenle uluslararası bir örgüt olan BM açısından UCM’nin yargılama yetkisi ancak onun adına hareket eden barış gücü personeli hakkında mümkün olabilecektir.

Uluslararası örgüt olan BM’nin uluslararası hukuk altında sınırlı (işlevsel) bir özerkliği bulunmaktadır. Bu özelliğin temel sebebi örgüt misyonunun devletler tarafından uluslararası andlaşmalar ile belirlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda, uluslararası örgütleri devletlerden farklı kılan en önemli özellikleri, örgütlerin evrensel iyiye yönelik hareket etmeleri ve kendi çıkarlarını öncelikli kılmamalarıdır. Bu nedenle devletlere kıyasla uluslararası örgütlerden daha yüksek bir normatif beklenti vardır¹². Başka bir ifade ile uluslararası örgütler hem operasyonel hem de normatif aktörler olarak faaliyet göstererek hem üye devletleri temsil eder hem de uluslararası hukukun gereklerini yerine getirirler¹³. Bu kapsamda BM hem gönderen devlete karşı sorumlu olmakta hem de UCM’nin yargılama yetkisinde olan bir suçun BM personeli tarafından işlenmesi halinde UCM ile

ve hesabına hareket eden kişilerin eylemlerinden dolayı uluslararası sorumlulukları doğmaktadır. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan Kitabevi 2022) 455. Bu durumun en önemli örneği barış gücü personelinin uluslararası hukuka aykırı bir biçimde verdikleri zararların BM örgütü tarafından giderilmesidir (ibid). Daha detaylı bilgi için bkz: Devrim Aydın, ‘Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları’ (2017) 10 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 97.

¹⁰ Yücel Acer ve İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı* (Seçkin Yayınevi 2017) 363.

¹¹ ibid 364.

¹² Tom Buitelaar and Gisela Hirschmann, ‘Criminal accountability at What Cost? Norm conflict, UN Peace Operations and the International Criminal Court’ (2021) 27 *European Journal of International Relations* 548, 551.

¹³ ibid

işbirliği yapmak konusunda yükümlülük altına girmektedir. Ancak barış operasyonları sırasında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından da BM'nin UCM ile dengeli bir işbirliği yürüttüğünü söylemek güçtür.

Roma Statüsü'nün 13. maddesine göre, Mahkeme “Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme Savcısına başvuru bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum”da yargılama yetkisini kullanacaktır. Bu düzenlemeye göre; BM Güvenlik Konseyi, Roma Statüsü'ne taraf olmayan devlette gerçekleşen “durumun” uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği kanaatine varırsa, UCM'yi taraf olan veya olmayan devlet toprakları üzerinde gerçekleşen bu “duruma” yönelik harekete geçirebilecektir. Esas itibarıyla UCM'nin yargılama yetkisi evrensel değildir. Fakat BM Güvenlik Konseyi taraf olmayan devlet açısından da UCM'yi harekete geçirmeye muktedirdir. Bu düzenleme kapsamında UCM'nin yargılama yetkisi önündeki en mühim engel, BM Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin çıkarlarına ters düşecek bir kararın alınmasını veto etmek suretiyle engelleme imkânlarının olmasıdır¹⁴.

Roma Statüsü kapsamında BM Güvenlik Konseyine verilen diğer bir yetki, madde 16 kapsamında düzenlenen soruşturma ve kovuşturmanın ertelenmesi yetkisidir. Buna göre; “Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar dâhilinde, Mahkemeden talepte bulunmasının akabinde, 12 ay süreyle, bu tüzüğe dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir”. 16. madde düzenlemesi, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından, BM Güvenlik Konseyi üzerinde baskı yaratmak suretiyle işletilmiş ve barış güçlerinin UCM yargılamasından muaf tutulduğu 12 Temmuz 2002 tarihli 1422 sayılı Kararın çıkması sağlanmıştır¹⁵. Aynı koşullar altında BM Güvenlik Konseyine verilen yenileme

¹⁴ Daha detaylı bilgi için bkz: Louise Arbour, ‘The Relationship Between the ICC and the UN Security Council’ (2014) 20 Global Governance 195.

¹⁵ 1422 sayılı Karara göre, tüm devletler Roma Statüsü'ne taraf değildir. Taraf devletler Mahkeme'nin yargılama yetkisini kabul etmektedir. Taraf olmayan devletler ise uluslararası suçlara yönelik sorumluluklarını ulusal yargı yetkileri altında yerine getireceklerdir. BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulan veya yetkilendirilen barış güçleri, uluslararası barış ve güvenliği korumak veya yeniden sağlamak amacıyla hareket etmektedirler. Statü'nün 16. maddesi doğrultusunda, “barış operasyonlarına katkıda bulunan” ancak “Statüye taraf olmayan” devletlerin mevcut veya eski personellerinin barış

yetkisi ise 12 Haziran 2003 tarihinde 1487 sayılı Karar ile kullanılmış ve 12 ay süreyle 1422 sayılı Kararla verilen erteleme talebi yenilenmiştir¹⁶.

1422 sayılı Kararın alınmasının temel sebebi 12. madde düzenlemesidir¹⁷. Roma Statüsü'nün 12. maddesi, UCM'nin yargılama yetkisini kullanabilmesi için üç farklı ön koşul aramaktadır. Bu koşullardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde UCM yargılama yetkisini kullanmaya muktedir olacaktır. Düzenlemenin 2. fıkrasına göre; 5. maddede düzenlenen suçların "taraf devlet toprakları üzerinde" veya "taraf devlet vatandaşı tarafından" işlenmesi halinde UCM yargılama yetkisine haiz olacaktır. Düzenlemenin 3. fıkrasında ise, taraf olmayan devletin UCM'nin "yargılama yetkisini" geçici (*ad hoc*) olarak tanımak suretiyle kabul etmesi düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler kapsamında, barış gücü personelinin taraf olan devletin toprakları üzerinde suç işlemesi veya UCM'ye taraf olan devletin vatandaşı olması halinde veya taraf olmayan devletin UCM'nin yargılama yetkisini *ad hoc* kabulü halinde UCM yargılama yetkisi kullanabilecektir.

12. maddeye göre taraf devletin toprakları üzerinde suç işlenmesi durumunda suç işleyen kişinin vatandaşlığı önem arz etmemektedir. Bu düzenlemeye karşı olan ABD, taraf devlet toprakları üzerinde taraf olmayan devlet vatandaşı tarafından suç işlenmesi halinde, UCM'nin yargılama yetkisini kullanabilmesinin ancak taraf olmayan devletin rızası ile mümkün olduğunu iddia etmektedir. Bu amaç doğrultusunda ABD, Konsey'den 16. maddeyi işleterek Bosna-Hersek'teki ABD askerlerinin bir yıl süreyle UCM'nin yargı yetkisinden muaf tutulmasını talep etmiştir¹⁸. ABD, talebinin kabul edilmemesi halinde

operasyonu sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı 1 yıl süre ile soruşturma veya kovuşturma yapılmaması talep edilmektedir. Security Council Resolution 1422 (2002) <<https://digitallibrary.un.org/record/468885>> erişim tarihi 12.02.2024.

¹⁶ Security Council Resolution 1487 (2003) <<https://digitallibrary.un.org/record/497047?ln=en>> erişim tarihi 06.08.2023.

¹⁷ United States Mission to the United Nations Press Release on Ambassador John D. Negroponte, United States Permanent Representative to the United Nations, Statement in the Security Council in Explanation of Vote on Renewal of the Mandate for the UN Mission in Bosnia and Herzegovina (2002) <<https://2001-2009.state.gov/p/io/rls/rm/2002/11564.htm>> erişim tarihi 21.02.2024; Yusuf Aksar, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133; Sean D Murphy, 'Efforts to Obtain Immunity from ICC for U.S. Peacekeepers' (2002) 96 American Journal of International Law 725.

¹⁸ Madde 16: Soruşturmanın ya da davanın ertelenmesi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne dayanarak aldığı karar dahilinde, Mahkemeden

15 Temmuz 2002’de sona erecek olan Bosna Hersek barış misyonu (United Nations Mission in Bosnia and Herzegovina: UNMIBH) süresinin uzatılmasını engellemek için veto yetkisini kullanacağını söylemiştir¹⁹. Politik baskılar neticesinde BM Güvenlik Konseyi, Bosna-Hersek’teki barışı koruma operasyonlarına katılan ABD askerlerinin UCM’nin yargılama yetkisinden muaf tutulmasını sağlayacak 12 Temmuz 2002 Tarihli 1422 sayılı Kararı almıştır²⁰. 1422 sayılı Karara göre, UCM, Roma Statüsüne taraf olmayan ancak BM barış gücü mensubu olan bir personelin Roma Statüsü kapsamında bir ihlal ve ihmali söz konusu olduğunda, BM Güvenlik Konseyi aksi yönde bir karar vermedikçe 12 ay süreyle soruşturmaya başlayamayacak veya kovuşturma yapamayacaktır²¹.

Bu kapsamda, 1422 sayılı Karar, BM barış güçlerine karşı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının önünü kapatmıştır. Ancak Cryer’in da ifade ettiği üzere, madde 13 ve 16 birlikte okunduğunda BM Güvenlik Konseyinin, UCM’nin yargılama yetkisini kişi bakımından sınırlandıramayacağı sonucuna varılır²². Madde 13, BM Güvenlik Konseyine yalnızca “durumun” havale edilmesi konusunda yetki vermektedir ve bireylerin şahsi cezai sorumluluklarına yönelik bir ibare kullanmamaktadır. Bu nedenle BM Güvenlik Konseyi bu “durum” kapsamında uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir kişiyi veya grubu (BM barış operasyonu personelini) UCM’nin yargılamasından muaf tutma yetkisine sahip değildir²³. Zira BM Güvenlik Konseyi tarafından “durumun”

talepte bulunmasının akabinde, 12 ay süreyle, bu tüzüğe dayanarak hiçbir soruşturma veya dava açılmaz veya açılan bir davaya devam edilemez; talep, aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilir.

¹⁹ Mohamed El Zeidy, ‘The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422’ (2002) 35 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1503, 1505. United States Mission to the United Nations Press Release on Ambassador John D. Negroponte (n 17).

²⁰ Security Council Resolution 1422 (2002) <<https://digitallibrary.un.org/record/468885?ln=en>> erişim tarihi 06.08.2022, Security Council Resolution 1487 (2003) <<https://digitallibrary.un.org/record/497047?ln=en>> erişim tarihi 06.08.2022.

²¹ Security Council Resolution 1422 (2002) <<https://digitallibrary.un.org/record/468885?ln=en>> erişim tarihi 06.08.2022, Saleh Al Shraideh, ‘The International Criminal Court: A Judicial Institution with a Room for Politics’ (2018) 61 International Affairs and Global Strategy 18, 24.

²² Robert Cryer, ‘Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice’ (2006) 19 Leiden Journal of International Law 195, 212.

²³ ibid 212.

UCM'ye havale edilmesi halinde, havale edilen durum kapsamında suç işleyen tüm gerçek kişiler bakımından UCM'nin yargılama yetkisi doğacaktır. Kanaatimizce BM Güvenlik Konseyinin aksi yönde hareket ederek UCM'nin yargılama yetkisini "kişi bakımından" kısıtlaması *ultra vires*²⁴ olarak değerlendirilebilecektir.

II. BM BARIŞ GÜCÜ PERSONELİNİN UCM TARAFINDAN YARGILANMASI ÖNÜNDEKİ POTANSİYEL ENGELLER

UCM'nin yargılama yetkisi Roma Statüsü'nün 17. maddesi kapsamında tamamlayıcı bir yetkidir. Ulusal mahkeme yargılama yapmakta isteksiz davranıyorsa veya yargılama yapamayacak durumda olursa UCM yargılama yetkisini kullanacaktır. Bu kapsamda yargılama yetkisi bakımından önceliğe sahip olan devlet harekete geçmezse tamamlayıcı yargılama yetkisine sahip olan UCM soruşturma başlatacaktır. Bu doğrultuda Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar kapsamında yargılama yetkisine haiz olan "gönderen devletin" yargılama mekanizmasını suç işleyen BM personeli için başlatması ve tamamlaması gerekir.

Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar, askeri ve diğer kuvvetleri gönderen bir devlet (veya uluslararası örgüt) ile bu kuvvetleri almayı kabul eden devlet arasında yapılan uluslararası anlaşmalardır. Bu anlaşma, gönderilen kuvvetlerin yükümlülüklerini tanımlar ve ev sahibi devletin bu güçlere tanıdığı "bağışlıkları" ve sağlayacağı "ayrıcılıkları" düzenler. BM Genel Kurulu tarafından hazırlanan 9 Ekim 1990 tarihli "Birleşmiş Milletler Model Kuvvetler Statüsü Anlaşması" yapılacak anlaşmaların çerçevesini oluşturmaktadır²⁵. Konumuz bakımından en önemli husus, bu anlaşmaların barış gücü mensuplarını ev sahibi devletin ceza yargılamasından muaf tutmasıdır. Bu nedenle işlendiği iddia edilen suça yönelik yargılamanın "gönderen devlet" tarafından yapılması ve "ev sahibi" devletin de yargılamanın tamamlanması bakımından tam bir

²⁴ Latince kökenli bir ifade olan *ultra vires* terimi, yetki ötesi, yetki aşımı anlamına gelmektedir.

²⁵ United Nations General Assembly, Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations, Report of the Secretary General, A/45/594, 9 Ekim 1990, <<https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup09/basicmats/UNsofa.pdf>> erişim tarihi 20.02.2024.

işbirliği sağlaması gerekmektedir. Tamamlayıcılık ilkesi kapsamında gönderen devletin yargılamayı başlatması halinde UCM cezai bir kovuşturma yapamayacaktır.

Fakat BM'ye asker gönderen devletlerin birçoğu gelişmekte olan devletlerdir²⁶. Çoğunluğu oluşturan bu devletlerde devam eden istikrarsızlık yargılama mekanizmalarını da olumsuz yönde etkilemektedir²⁷. Bu nedenle BM kontrolü altında olan bu güçlerin, gittiği yerlerde işlediği iddia edilen suçlardan dolayı gönderen devlet tarafından yargılanması hem delillerin toplanması hem de etkili bir soruşturmanın yapılması bakımından birçok zorlukla karşı karşıyadır. Bu nedenle BM Genel Kurulu'nun 10 Ekim 2023 tarihli oturumunda, operasyonlar sırasında işlenen suçların soruşturulması ve suçluların iadesi konusunda ev sahibi devlet ile gönderen devlet arasındaki işbirliğinin önemine vurgu yapılmıştır²⁸. Bu sorumluluğu yerine getirmeyen veya getiremeyen devletler bakımından da BM'nin bir yaptırım uygulaması söz konusu değildir. Ayrıca gönderen devletlerin bir kısmının iç hukuk düzenlemeleri, askeri birliklerinin deniz aşırı operasyonlarda işlediği suçları ulusal yargılama yetkisinin dışında tutmaktadır²⁹.

17. madde kapsamında incelenmesi gereken diğer husus kabul edilebilirlik koşulları açısından 'suçların ağırlık eşiği' (gravity threshold) meselesidir. 17(1)(d) düzenlemesi, davanın UCM tarafından kabul edilebilir derecede "vahim bulunmaması" veya davanın, UCM tarafından ele alınmayı gerektirecek "ağırlıkta olmamasını" ifade etmektedir. Başka bir ifade ile yabancı literatürün "ağırlık eşiği" olarak değerlendirdiği husus, davanın Mahkemece kabul edilecek derecede vahim olup olmadığının değerlendirilmesidir. Düzenlemenin temel amacı, UCM'nin yalnızca gerçekten

²⁶ United Nations Peacekeeping, Troop and Police Contributors, <<https://peacekeeping.un.org/en/troop-and-police-contributors>> erişim tarihi 15.08.2022 (31 Mayıs 2022 itibarıyla BM Barış Operasyonlarına Devletlerin Gönderdikleri Personel Sayıları Sıralaması 1- Bangladeş (6692) 2-Nepal (5790) 3- Hindistan (5768) 4- Rwanda (5277) 5- Pakistan (4127) 6- Mısır (2815) 7- Gana (2750) 8- Endonezya (2674) 9- Senegal (2241) 10- Çin (2241).

²⁷ Melanie O'Brien, 'Protectors on trial? Prosecuting Peacekeepers for War Crimes and Crimes Against Humanity in the International Criminal Court' (2012) 40 International Journal of Law Crime and Justice 223, 225.

²⁸ United Nations General Assembly, Sixth Committee, Seventy-Eighth Session, 8th Meeting, GA/L/3689, 10 Ekim 2023, <<https://press.un.org/en/2023/gal3689.doc.htm>> erişim tarihi 19.02.2024.

²⁹ Tomas Macura, 'Accountability and Protection of UN Peacekeepers in Light of MONUSCO' (2013) Die Friedens-Warte 143, 148.

uluslararası öneme sahip çok ciddi davalarla uğraşmasını sağlamaktır³⁰. UCM'nin yetki alanına giren her türlü dava ile ilgilenmesini beklemek, UCM'yi orantısız bir iş yükü ile baş başa bırakıp etkisiz hale getirecektir. Bu nedenle soruşturmaya başlanabilmesi için gerekli olan koşullar Statü'nün 53. maddesinde düzenlenmiştir.

Statü'nün 53. maddesi, UCM Savcısına soruşturma başlatmak konusunda hem geniş bir takdir yetkisi vermiş hem de bazı koşullar getirmek suretiyle sınırlar koymuştur³¹. Bu madde doğrultusunda Savcı, önüne gelen her uyuşmazlığa yönelik soruşturma başlatmak zorunda değildir. Mahkeme Savcısı, soruşturmaya başlayabilmek için yeterli hukuki dayanak olup olmadığını, 17. madde kapsamında ulusal makamların soruşturma ya da kovuşturmayla başlayıp başlamadığını (tamamlayıcılık), suçun beklenen ağırlık eşiğine ulaşip ulaşmadığını, mağdurların durumunu ve yararını, son olarak dava açılmasının adaletin yararına olup olmadığını değerlendirerek karar verecektir³². Mahkeme Savcısına verilen bu geniş takdir yetkisinin tek sınırı ise yukarıda bahsettiğimiz 16. madde düzenlemesi kapsamında BM Güvenlik Konseyine verilen soruşturmanın veya kovuşturmanın ertelenmesi yetkisidir³³.

³⁰ Mohamed El Zeidy, 'The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court' (2008) 18 Criminal Law Forum 35, 36.

³¹ Statü'nün 53. maddesine göre: "1. Savcı, kendisine ulaştırılmış bilgileri değerlendirdikten sonra, bu Tüzüğe göre çerçevesinde işlem yapılmasına mahal olmadığı kanaatine varmamışsa, soruşturmayı başlatır. Savcı, bir soruşturma başlatmaya karar verirken aşağıdaki hususları göz önünde bulundurur:

(a) Savcının elindeki bilgiler, Mahkemenin yetkisine giren bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olduğu kanaatine makul bir temel oluşturmakta mıdır?

(b) Olay 17. maddeye göre kabul edilebilirlik kıstasına uygun mudur veya uygun hale gelecek midir?

(c) Suçun vahameti ve mağdurların çıkarları da hesaba katılmakla birlikte, bir soruşturma başlatmanın yine de adaletin tecellisine hizmet etmeyeceği yönünde maddi nedenler var mıdır?

Şayet Savcı işleme devam etmek için makul bir temel bulunmadığına karar verir ve bu kararı sadece yukarıdaki (c) bendine dayanarak alırsa, Ön Yargılama Dairesine bilgilendirmede bulunur."

³² Yusuf Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 281-282.

³³ BM Güvenlik Konseyi gibi siyasi bir organa UCM'ye müdahale etme yetkisi vermesi nedeniyle 16. madde eleştiri konusu yapılmaktadır. Ancak Aksar'ın da ifade ettiği üzere 16. madde yalnızca BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde işletilmektedir. Bu kapsamda BM Güvenlik Konseyi ancak soruşturmaya devam edilmesinin uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmesi halinde süreli bir erteleme talebinde bulunabilecektir (ibid 282). Fakat yukarıda izah ettiğimiz üzere, 16. madde düzenlemesi BM üzerindeki siyasi baskıların UCM'nin yargı yetkisine de sirayet etmesi ile sonuçlanmıştır.

Ağırlık eşiğinin ne anlama geldiği Roma Statüsü'nde düzenlenmemiştir. Konu ile ilgili ilk düzenleme, 23 Nisan 2009 tarihinde yürürlüğe giren Savcılık Yönetmeliği'dir (Regulations of the Office of the Prosecutor). Yönetmeliğin 29. maddesinin 2. fıkrası, ağırlık eşiğini bazı faktörler kapsamında inceleme konusu yapmaktadır. Buna göre Savcılık; işlendiği iddia edilen suçların ağırlığını değerlendirmek amacıyla, suçların ölçeği, suçların ciddiyeti, suçların sistematik niteliği, işleniş şekli ve mağdurlar üzerindeki etkisi de dahil olmak üzere çeşitli unsurları dikkate almaktadır³⁴. Uygulama kapsamında şekillenen ağırlık eşiği tespitinde UCM Savcısının şu kriterlere göre değerlendirme yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır: tartışmalı olmakla beraber öldürülen kişi sayısı, özellikle kasten öldürme veya tecavüz gibi fiziksel bütünlüğe karşı işlenen suçlarda mağdurların sayısı, suçların ağırlığı, suçların boyutu, suçların sistematikliği, suçların niteliği, suçların işlenme şekli ve son olarak işlenen suçların yaygın etkisi³⁵.

Ağırlık eşiğine dair detaylı incelemenin yapıldığı karar, UCM Savcısının Ntaganda'nın tutuklaması talebi üzerine Ön İnceleme Dairesi I tarafından verilmiştir. Ön İnceleme Daire I, ağırlık eşiğini çok yönlü incelemiş ve öncelikle dava konusu olan davranışların "sistematik" veya "büyük ölçekli" olup olmadığına bakmıştır³⁶. İkinci olarak Daire, suç konusu olan davranışın "uluslararası toplumda yarattığı sosyal etkiye" vurgu yapmıştır³⁷. Barış gücü mensupları tarafından işlenen suçlar bakımından ikinci değerlendirme oldukça önemlidir. Şöyle ki; Ön İnceleme Dairesi I, dava konusu olayda on beş yaşının altında olan çocukların zorla askere alınmasının "uluslararası toplumda yarattığı etkiyi" davanın ağırlık eşiğine ulaşip ulaşmadığı konusunda bir unsur olarak değerlendirmiştir³⁸. Bu kapsamda, barış gücü mensupları tarafından işlendiği iddia edilen

³⁴ Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, Date of entry into force: 23th April 2009 Official Journal Publication, <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Regulations-of-the-Office-of-the-Prosecutor.pdf>> erişim tarihi 15.10.2023.

³⁵ Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 24 October 2005.

³⁶ Prosecutor v Ntaganda, ICC-01/04-02/06-20-Anx2., paras 45-60.

³⁷ ibid paras 45-60.

³⁸ ibid para 47.

suçların uluslararası toplumda yarattığı etki de davanın kabul edilebilirliği açısından önem arz edecektir³⁹.

Son olarak, Roma Statüsü'nün 98. maddesi olası bir yargılama engeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma Statüsü'nün 98. maddesi Kuvvetlerin Statüsü Anlaşmaları kapsamında oldukça önemlidir. Şöyle ki, Roma Statüsü'nün 98. maddesinin 2. fıkrası gereği, “Mahkeme, teslim etme talebiyle ilgili işlemleri, talepte bulunulan devletin, Mahkemeye şahsı göndermesi gereken devletin rızasının arandığı bir konuda, uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme, gönderen devletin şahsı teslim etmeyi kabul etme konusunda işbirliğini elde etmemiş ise, devam ettirmez.” İlgili bu düzenleme ile özellikle kişilerin yakalanması ve UCM'ye teslim edilmesi konusunda işbirliği yükümlülüğüne istisna yaratılmaktadır. Düzenlenen bu istisnanın yalnızca UCM'ye taraf olmayan devletler bakımından kabul edildiği, taraf olan devletlerin ise Roma Statüsü altında UCM ile tam işbirliği yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

98. maddeyi örnekle açıklamak gerekirse; ev sahibi devlet ile gönderen devlet arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar yapılmaktadır. Bu anlaşmalar nitelikleri itibariyle uluslararası anlaşma kategorisindedirler. Bu anlaşmalar gönderen devletlerin askeri ya da sivil personelinin görevlerini yerine getirirken yaptıkları eylemler nedeniyle ev sahibi devlet tarafından soruşturmaya tabi tutulmasını engellemektedir. Bu kapsamda ev sahibi devletin, Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar doğrultusunda 98. madde ile bağlı hale geldiğini ifade edebiliriz. Buna göre gönderen devletin rızası olmaksızın, ev sahibi devlet, suç işleyen BM personelini UCM'ye teslim edemeyecektir. Aksine bir durumda, ev sahibi devlet uluslararası anlaşma niteliğinde olan Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalarda yer alan yükümlülükleriyle tutarsız hareket etmiş olacaktır⁴¹. Bu

³⁹ Uluslararası toplumun tepkisi bakımından bkz: Odello (n 4) 347-391., Max Du Plessis and Stephen Pete, ‘Who Guards the Guards?: The ICC and Serious Crimes Committed by United Nations Peacekeepers in Africa’ (2004) 13 African Security Review 5, 17.

⁴⁰ Roma Statüsü m. 86. Genel işbirliği zorunluluğu: “Taraf devletler bu tüzükteki hükümlere uygun olarak Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir işbirliği yaparlar”.

⁴¹ Ruth Wedgwood, ‘The United States and the International Criminal Court: Achieving a Wider Consensus through the Ithaca Package’ (1999) 32 Cornell International Law Journal 535, 541.

nedenle Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmaların ve 98. maddenin birlikte işletilmesi, BM personelinin UCM önüne getirilmesi bakımından başka bir engeldir.

III. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN KONU BAKIMINDAN YARGILAMA YETKİSİ VE BM BARIŞ GÜCÜ PERSONELİNİN CEZAI SORUMLULUĞU

UCM'nin amacı, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en önemli suçları yargılamaktır⁴². Roma Statüsü'nün 5. maddesine göre, UCM konu bakımından dört büyük suç üzerinde yargılama yetkisine sahiptir⁴³. “Çekirdek uluslararası suçlar” olarak adlandırılan bu suçlar, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur⁴⁴. Statü her bir suç ve unsurlarını ayrı ayrı maddelerde ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu bölümde bu suçlar incelenerek, hem BM Barış gücü mensuplarının görevli oldukları ülkelerde işledikleri suçların hangi kapsamda cezalandırılacakları hem de madde 17/1-d uyarınca suçların beklenen “ağırlık eşğine” ulaşip ulaşmadığı değerlendirilecektir.

BM barış gücü personelinin görevli olduğu ülkelerde işlemiş olduğu suçlardan dolayı sorumluluğu soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları bakımından tartışılabilirse de, kanaatimizce BM personelinin Statü'nün 8bis maddesinde unsurları gösterilen saldırı suçunu işlemeleri mümkün değildir. Bunun birinci ve en temel sebebi, Statü'ye 2010 yılında eklenen 8bis maddesine göre, saldırı suçunun yalnızca devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkin biçimde kontrol edecek ya da yönetecek pozisyonda

⁴² Muratcan Gökdemir, *Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü* (Onikilevha Yayıncılık 2018) 202.

⁴³ 5. madde: “Mahkemenin Yargı Yetkisine Giren Suçlar 1. Mahkemenin yargı yetkisi, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren çok ciddi suçlar ile sınırlıdır. Mahkeme, bu tüzüğe uygun olarak, aşağıdaki suçlarla ilgili yargı yetkisine sahiptir: (a) Soykırım suçu; (b) İnsanlığa karşı suçlar; (c) Savaş suçları; (d) Saldırı suçu.

2. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini, 121 ve 123. maddelere uygun bir şekilde suçu tanımlayan ve bu suçla ilgili olarak Mahkemenin hangi durumlarda, bu yetkisini kullanacağını ortaya koyan bir hüküm kabul edildikten sonra yerine getirir. Böyle bir hüküm, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin ilgili hükümleri ile uyumlu olmalıdır.”

⁴⁴ Durmuş Tezcan, M Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 481.

bulunan kimseler tarafından işlenebilmesidir. Literatürde de anıldığı üzere saldırı suçu bir lider suçudur, bu niteliği itibarıyla saldırı suçu bir özgü suçtur⁴⁵. Suçun yalnızca bu kimseler tarafından işlenebileceğini Statünün 25. maddesine eklenen 3bis bendi de açıkça teyit etmektedir⁴⁶.

Saldırı suçu, devletin savaş kararını almak veya uygulamakla yetkili siyasi veya askeri üst düzey yöneticileri tarafından, karakteri, ağırlığı ve boyutu itibarıyla BM Şartı'nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası anlamına gelir. Saldırı fiili de bir devlet tarafından bir başka devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına karşı veya BM Şartı'na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılmasıdır⁴⁷. O halde saldırı fiili bir devlet tarafından diğer bir devlete karşı uluslararası hukuka aykırı şekilde silahlı kuvvet kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Saldırı fiili BM Şartı'nın 51. maddesinde yer alan meşru müdafaa hali kapsamına girmediği veya BM Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca BM Güvenlik Konseyinin verdiği karar uyarınca gerçekleştirilmediği sürece uluslararası hukuka aykırıdır. Belli bir ağırlık, karakter ve boyuta ulaşan nitelikteki, BM Şartı'nı (md. 2/4'teki uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanma yasağını) açıkça ihlal eden saldırı fiillerini planlayan, hazırlayan, başlatan veya icra eden üst düzey devlet yöneticileri saldırı suçundan sorumlu olacaklardır.

Saldırı suçu yalnızca bir ülke adına silahlı kuvvet kullanma kararı vermeye yetkili siyasi veya askeri karar mercileri veya silahlı kuvvet kullanmaya ve bunu yönetmeye yetkili olan üst düzey askeri merciler tarafından işlenebilecek bir özgü suç niteliğinde olduğundan ve hareketin niteliği gereği başka ülkenin egemenlik alanına yönelik gerçekleştirilecek bir saldırı fiili gerektiğinden, bu yetkiye ve güce sahip olmayan BM

⁴⁵ Kevin Jon Heller, 'Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement in the Crime of Aggression' (2007) 13 *European Journal of International Law* 477, 478., Volker Nerlich, 'The Crime of Aggression and Modes of Liability—Is There Room Only for Principals?' (2017) 58 *Harvard International Law Journal* 44.

⁴⁶ 25. maddeye 2010 yılında eklenen 3bis fıkrasına göre: "In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State." (3bis fıkrasının resmi Türkçe çevirisi bulunamadığı için İngilizce orijinal hali eklenmiştir)

⁴⁷ 14.12.1974 tarih 3314 (XXIX) sayılı BM Genel Kurulu kararı (Aktaran Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 4. Kitap) 353.

barış gücü personelinin saldırı suçu işlemesi mümkün değildir. Bu bölümde BM personelinin işlemesi bakımından şartlarının gerçekleşmeyeceği açık olan saldırı suçuna daha fazla değinilmeyecektir. Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının Roma Statüsü'ne göre unsurlarından bahsedilecek ve BM barış gücü personelinin görevli gittiği ülkelerde işlediği fiillerin bu suçları oluşturup oluşturmayacağı tartışılacaktır.

A. SOYKIRIM SUÇU

Soykırım kavramı ilk olarak II. Dünya Savaşı sonrasında 1947 yılında Yahudi bir Polonyalı Hukukçu olan Raphael Lemkin tarafından ortaya atılmıştır⁴⁸. Yunanca *genos* (ırk) ve Latince *cide* (öldürme) kavramlarının bir araya getirilmesinden oluşan *genocide* (*soykırım*) kavramı, bir grup insanın dini, ırkı, milliyeti ve etnik kökeni dolayısıyla kasıtlı ve sistematik olarak yok edilmesi anlamına gelmektedir⁴⁹. Bağımsız bir suç tipi olarak soykırım ilk olarak 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi ile uluslararası hukukta kabul edilmiştir⁵⁰.

2002 yılında yürürlüğe giren Roma Statüsü'nün 6. maddesinde tanımlanan soykırım suçu; kişilerin "ulusal, etnik, ırki veya dini bir, grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla" Statüde yer alan şiddet veya zorlama içeren fiilleri gerçekleştirmeleri durumunda oluşur. Suçun maddi unsuru kapsamına giren fiiller şunlardır:

- (a) grup üyelerini öldürmek,
- (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da ussal zarar vermek,
- (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak,
- (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak,

⁴⁸ John Cooper ve Raphael Lemkin, *The Struggle for the Genocide Convention* (1. Baskı, Palgrave Macmillan 2008) 67.

⁴⁹ George J Andreopoulos, 'Genocide' (2023) Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/genocide>> erişim tarihi 05.01.2024.

⁵⁰ İlyas Doğan, '1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Geriye Yürümeyeceği Sorunu (Ermeni Olayları Açısından Bir Değerlendirme)' (2006) 2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295, 301.

(e) grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmektir⁵¹.

Soykırım suçu, bir veya birden fazla kişiye karşı, bunların belirli bir etnik, dini, ırki veya milli bir gruba mensup olmasından dolayı işlenen bir uluslararası suçtur.

Suçun mağduru öncelikle belirli bir ulusal, etnik, ırki veya dini bir gruba mensup olan kişi veya grup olmakla birlikte, tüm insanlığın vicdanını yaralaması ve tüm insan topluluğunun var olma hakkını ihlal etmesi dolayısıyla “uluslararası toplum” da suçun mağdurudur⁵². Ulusal grup, “ortak tarih, dil, kültür, örf ve adet ve vatandaşlığa sahip, bir ülkenin sınırları içinde yaşayan kişiyi” ifade eder. Etnik grup, “aynı dili konuşan, aynı gelenek ve kültüre sahip insan topluluğu” dur. Irki grup, “biyolojik olarak aynı kökten gelen, deri rengi, beden yapısı ve diğer fiziksel özellikleri aynı olan insan topluluğu” dur. Dini grup ise, “aynı inanca sahip, aynı peygambere inanan, aynı ibadet şeklini icra eden kişiler” anlamına gelmektedir⁵³.

Suç kapsamına giren fiiller göz önüne bulundurulduğunda soykırım suçunun birden fazla hukuki menfaati koruyan bir suç olduğunu söylemek mümkündür. Korunan hukuki değerler, kişinin maddi ve manevi varlığı ile şeref ve haysiyeti, özgürlüğü, üreme hakkı,

⁵¹ 6. madde metnine göre: “Bu Statünün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur.

- a) Gruba mensup olanların öldürülmesi;
- b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;
- c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek;
- d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak;
- e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek;”

Devrim Aydın (ed), *Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi* (Buluş Tasarım ve Matbaacılık 2006) 3.

Türk Ceza Kanunu’nun 76. maddesi de soykırım suçunu düzenlemektedir. TCK’nın 76. maddesi soykırım suçunun “bir planın icrası suretiyle” işlenmesi gerektiğini kabul ederek Roma Statüsü düzenlemesinden ayrılmaktadır. Zira Roma Statüsü soykırım suçunun işlenmesi için bir planın varlığını aramamaktadır.

⁵² Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2022) Cilt 2 2609-2610; Gökdemir (n 42) 210.

⁵³ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Legem Yayınevi 2023) 63; Gökcan ve Artuç (n 52) 2610-2611.

bir grup içinde yaşama hakkı, bir gruba aidiyet hakkı ile bir grubun var olma hakkıdır⁵⁴. Dolaylı olarak din ve vicdan hürriyetinin de korunduğu söylenebilir.

Soykırım suçunun ulusal, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen “yok etmek” amacıyla işlenmesi gerektiğinden, suçun manevi unsuru özel kasttır. Bahsedilen grupları kısmen veya tamamen yok etme, ortadan kaldırma saiki olmaksızın soykırım suçunun olduğundan bahsedilemez. Mağdur belli bir gruba aidiyeti sebebiyle ve ortadan kaldırılmak üzere hedef alınmalıdır. Bu nedenledir ki, soykırım suçu, insanlığa karşı suçun daha yoğun bir kötülük iradesiyle işlenen özel bir görünüş şeklindedir.

Bir grubu kısmen veya tamamen yok etmeye dair özel kast, fiil ve gerçekleştirilme şekli, kullanılan araçlar, bir grubun hedef alınıp, bir yerde toplanıp, diğer gruba dokunulmaması gibi kriterlere göre belirlenir⁵⁵.

Soykırım suçu, belli bir dini, ırki, etnik veya milli grubu yok etme saikini gerektirmesi dolayısıyla bir nefret suçudur. Nefret piramidinde en tepede yer alır. İlk olarak hoşgörüsüzlük ve önyargılı tutumlar şeklinde kendini gösteren nefret hissinin en yoğun ve acımasız halidir⁵⁶.

Soykırım fiilinin resmi bir politikanın parçası olarak veya devlet desteğiyle gerçekleştirilmesi gerekmez. Uygulamada genellikle asker, polis veya gerilla grubunun mensupları tarafından işlenen soykırım suçunun faili herkes olabilir⁵⁷. Devlet görevlisi veya özel şahıs olması fark etmez. Özel hukuk tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde de gerçekleştirilmesi mümkündür. Bireysel olarak yapılması durumunda gerçekleştiren bireyin cezai sorumluluğu doğar. Özel hukuk tüzel kişisi veya devlet politikası olarak karar alınarak gerçekleştirilmişse ilgili kararın altında imzası olan yöneticilerin sorumlulukları doğacaktır.

⁵⁴ Soyaslan (n 53) 62; Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 494.

⁵⁵ Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (n 32) 252-258.

⁵⁶ Anti-Defamation League, ‘Pyramid of Hate’ (2018) <<https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf>> erişim tarihi 18.11.2023. Beş aşamalı piramide göre, aşağıdan yukarıya doğru sıralama şu şekildedir: önyargılı tutumlar, önyargılı fiilleri, ayrımcılık, önyargı motivasyonlu şiddet ve en tepede soykırım.

⁵⁷ Olgun Değirmenci, ‘Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)’ (2007) 70 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 79.

Soykırım suçunun unsurları, BM barış güçlerinin görevli oldukları ülkelerde kişisel sebeplerle işledikleri adam öldürme, yaralama, cinsel saldırı fiilleri⁵⁸ açısından değerlendirildiğinde; suçun maddi unsuru kapsamındaki fiiller gerçekleşmiş olmakla birlikte, suçun manevi unsuru olan belli bir grubu kısmen veya tamamen doğuştan sahip oldukları bazı ayırt edici özellikler sebebiyle “yok etme” özel kastının bulunmadığı sonucuna varılır. O halde BM barış gücü mensuplarının işledikleri suçun soykırım kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. BM personelinin mağduru belli bir ulusal, ırki, dini veya etnik gruba aidiyeti dolayısıyla seçmiş olması ihtimalinde bile, bu grubu yok etme maksadı kanıtlanmadığı sürece soykırım suçun varlığından bahsetmek mümkün değildir.

Benzer bir olaya ilişkin olarak, Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Jelisc* kararında, soykırım suçunun manevi unsurunun “özel kast” olduğu vurgusunu yaparak, soykırım suçunun bu bakımdan diğer insancıl hukuk kapsamındaki adi suçlardan ayrıldığını ifade etmiştir⁵⁹. Mahkeme, suçun manevi unsuruna dikkat çekmiş, yok etme niyetiyle değil, keyfi bir eylemle hareket edilmesinin soykırım olamayacağının altını çizmiştir⁶⁰. BM barış gücü mensuplarının işledikleri kişisel suçlarla ilgili olarak da benzer sonuca ulaşmak mümkündür.

B. İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR

İnsanlığa karşı suç kavramı ilk olarak 1907 Cenevre Sözleşmelerinin dördüncüsünde kullanılmışsa da, suçun uluslararası hukukta ilk kabulü 8.8.1945 tarihli Londra Andlaşmasının eki olan Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Statüsünün 6/c

⁵⁸ Human Rights Watch, ‘UN Peacekeeping has a Sexual Abuse Problem’ <<https://www.hrw.org/news/2020/01/11/un-peacekeeping-has-sexual-abuse-problem>> erişim tarihi 15.10.2023; Amnesty International, CAR: Fresh evidence UN peacekeepers Drugged and Raped Young Woman’ <<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2017/10/car-fresh-evidence-un-peacekeepers-drugged-and-raped-young-woman/>> erişim tarihi 11.10.2023; The Guardian, “UN Peacekeepers Accused of Killing and Rape in Central African Republic”, <<https://www.theguardian.com/world/2015/aug/11/un-peacekeepers-accused-killing-rape-central-african-republic>> erişim tarihi 15.08.2023.

⁵⁹ Prosecutor v Goran Jelisc, Case No IT-95-10, Tr Ch I of the ICTY, Oral Judgment of 19 Oct 1999, para 66.

⁶⁰ ibid para 108.

maddesi ile gerçekleşmiştir. Bu hükme göre insanlığa karşı suçlar, savaş sırasında veya savaş öncesinde gerçekleştirilen, sivil halkın kasten öldürülmesi, toplu olarak yok edilmesi, köle olarak kullanılması, sürülmesi, başka insanlık dışı muamelelere tabi tutulması veya sair siyasal, ırkçı ya da dinsel zulümler uygulanması fiillerinden oluşur⁶¹.

İnsanlığa karşı suçlar, devletler hukukunun amaçlarından biri olan insan kişiliğine saygı ilkesinin bir neticesi olup soykırım suçuna göre daha genel ve kapsayıcı niteliktedir⁶². Soykırım suçunda olduğu gibi birden fazla hukuki değeri koruyan bir suçtur. Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlüğü, kişi özgürlüğü, üreme hürriyeti, belli bir yerde ikamet etme hürriyetine yönelik hukuki değerleri korur. Aynı zamanda birden fazla suçun bir araya gelmesiyle oluştuğundan bileşik suçtur⁶³.

İnsanlığa karşı suçlar, savaş veya barış zamanında işlenebilirler. O halde insanlığa karşı suç teşkil eden hareketin bir savaş hareketi kapsamında işlenmesine gerek yoktur. Savaş kapsamında savaşan tarafların birbirlerine karşı fiilleri insanlığa karşı suç değil, savaş suçunu oluşturur⁶⁴. Örneğin, bir savaş esirinin düşman askerce öldürülmesi durumunda savaş suçu işlenmiştir. Bu öldürme askerin mensubu olduğu milli, etnik, ırki veya dini grubu yok etmek amacıyla gerçekleştirilirse soykırım suçu oluşacaktır. Böyle bir amaç olmaksızın asker kişi veya grupların savaş veya barış sırasında sivilleri öldürmesi durumunda ise insanlığa karşı suçtan bahsedilir.

Suçun faili herkes olabilir. Sivil veya asker ya da kamu görevlisi olması fark etmez. Mağduru ise ilgili sivil nüfus ile uluslararası toplumdur. Sivil nüfus savaşçı olmayan nüfusu ifade etmektedir. Bu sebeple kamu görevlisi olup muharip sınıftan olmayan kişiler sivil nüfus kavramına dahildir. Hedef alınan sivil nüfusun içerisinde az miktarda muharip nüfusun da olması suçun oluşmasına engel teşkil etmeyecektir⁶⁵.

⁶¹ Pazarcı (n 9) 356; Gökcan ve Artuç (n 52) 2622.

⁶² Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman vd, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Uluslararası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku* (14. Baskı, Der Yayınları 2021) Cilt IV 255; Gökcan ve Artuç (n 52) 2622.

⁶³ Soyaslan (n 53) 67-68.

⁶⁴ Gökcan ve Artuç (n 52) 2625.

⁶⁵ Gökcan ve Artuç (n 52) 2625.

Roma Statüsü'nün 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Bu Statünün amaçları bakımından "insanlığa karşı suçlar, herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır:

(a) öldürme;

(b) toplu yok etme;

(c) köleleştirme;

(d) nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli;

(e) uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme;

(f) işkence;

(g) ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri;

(h) paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm;

(i) zoraki kayıplar;

(j) ırk ayrımcılığı (apartheid) suçu;

(k) kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler."

Bu düzenlemeye göre; barış güçleri tarafından işlenen suçun insanlığa karşı suç olarak değerlendirilebilmesi için, cebir-şiddet ve hürriyeti tahdit içerikli yukarıda bahsedilen fiillerin "sistematik" ve "yaygın-geniş çaplı" bir saldırının icrası kapsamında yapılmış olması gerekmektedir. 7. maddenin 2. fıkrası, 1. fıkrada bahsedilen kavramların ne anlama geldiklerini, nasıl yorumlanması gerektiğini açıklamaktadır. Buna göre; maddede bahsedilen "herhangi bir sivil topluluğa yönelmiş saldırı" kavramı, "devlet ya

da kurumsal bir politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir”. Şu hâlde insanlığa karşı suçun maddi unsuru olan fiil kapsamında, sivil nüfusa veya topluluğa yönelmiş saldırıdan bahsedebilmek için, devlet veya bir organizasyonun politikası gereği olarak, sivil nüfusa karşı birden fazla defa birinci fıkrada bahsedilen öldürme, toplu yok etme, sürgün, zorla nakil, işkence, cinsel saldırı veya istismar, hürriyeti tahdit gibi cebir-şiddet veya hürriyeti kısıtlama içeren fiillerin gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁶.

⁶⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 77. maddesinde düzenlenen insanlığa karşı suçlar:

Madde 77- (1) “Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:

- a) Kasten öldürme.
- b) Kasten yaralama.
- c) İşkence, eziyet veya köleleştirme.
- d) Kişi hürriyetinden yoksun kılma.
- e) Bilimsel deneylere tabi kılma.
- f) Cinsel saldırıda bulunma, çocukların cinsel istismarı.
- g) Zorla hamile bırakma.
- h) Zorla fuhşa sevk etme.

(2) Birinci fıkranın (a) bendindeki fiilin işlenmesi halinde, fail hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına; diğer bentlerde tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde ise, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Ancak, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısına gerçek içtima hükümleri uygulanır.

(3) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

(4) Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

TCK düzenlemeleri Roma Statüsü’nden bazı hususlarda farklılık göstermektedir. TCK’da suç oluşturulan fiillerin “siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine” karşı işlenmesi gerekmektedir. Roma Statüsü’nde ise “herhangi bir sivil gruba karşı” demek suretiyle suçun uygulama alanı daha geniş tutulmuştur. İkinci fark ise, TCK’nın suçun işlenmesi bakımından bir “planın”, Roma Statüsü’nün ise “devlet veya bir organizasyonun politikasının” varlığını arıyor olmasıdır. Her iki düzenleme de bir plan veya politikanın varlığını aramak suretiyle suçun uygulama alanını daraltmaktadır. Diğer önemli fark ise TCK’nın yalnızca suçun “sistematik” şekilde işlenmesini kabul etmiş olmasıdır. Roma Statüsü’nde ise “yaygın” veya “sistematik” demek suretiyle suçun uygulama alanı daha geniş tutulmuştur. Ulusal yargı mercilerince bu suça yönelik bir yargılama mevcut değildir, bu nedenle suçun unsurlarını oluşturan farklılıkların ulusal mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağı da henüz bilinmemektedir. (Daha detaylı bilgi için bkz: Zeynep Erhan, ‘Core International Crimes in Turkish Criminal Law and the Rome Statute’ (2018) 22 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111-136).

İnsanlığa karşı suçlardan bahsedebilmek için, cebir, baskı, zorlama, hürriyeti tahdit içeren maddede bahsedilen suçların devletin veya bir kurumun politikası kapsamında, herhangi bir sivil topluluğu karşı, birden fazla defa işlenmesi gerekir. O halde sadece bir defa gerçekleştirilen öldürme, cinsel saldırı, hürriyeti tahdit vb. sayılan suçlar insanlığa karşı suç kapsamına girmediği gibi, birden fazla defa işlenen ancak belli bir politikanın icrası kapsamında işlenmeyen, diğer bir deyişle, kişisel sebeplerle işlenen bu tür fiillerin insanlığa karşı suç olarak addedilmesi mümkün değildir.

Aslında bahsedilen baskı ve şiddet içerikli fiillerin devlet veya herhangi bir kurumun politikasının uzantısı olarak gerçekleştirilmesi gereğine ilişkin tanımlamanın, sivil nüfusa yönelmiş saldırı kavramından çok, saldırının sistematiklik ve yaygınlığını açıklamak üzere kullanılmasının daha uygun olabileceği kanaatindeyiz. Ancak kanunilik ilkesi gereği, her halükarda, Statü'nün kabul ettiği gibi, sivil nüfusa karşı saldırı kavramının anlamını yorumlarken göz önünde tutmak gerekecektir.

Maddede bahsedilen diğer fiillerin anlamlarına gelince, 7. maddenin 2. fıkrasına göre; “(b) “Toplu yok etme”, nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla, yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakmanın yanı sıra, yaşam koşullarını kasten kötüleştirmeyi de içerir;

(c) “Köleleştirme”, kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dahil kullanılması anlamına gelir;

(d) “Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli”, uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, belli bir yerde, hukuka uygun olarak ikamet eden insanların sürülmesi ya da başka zorlayıcı fiillerle zorla yer değiştirilmeleri anlamına gelir;

(e) “İşkence”, yasal yaptırımlardan kaynaklanan, kaza eseri ya da yaptırımın doğasından kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da ussal olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir;

(f) “Zorla hamile bırakma”, uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu hilafına, zorla hamile

bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz;

(g) “Zulüm”, bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir;

(h) “İrk ayrımcılığı (apartheid)”, bir ırkın, başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde, sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği ve 1. paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir;

(i) “Zoraki kayıplar”, bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözüaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkâr anlamına gelir”.

Soykırım suçundan farklı olarak, insanlığa karşı suçlarda açıkça özel bir amaç aranmadığından, özel kastla değil, genel kastla işlenebileceklerini kabul etmek gerekir. Zira soykırım suçunda cebir-şiddet içeren 5. maddede sayılan fiillerin ilgili grubu sahip oldukları ulusal, etnik, dini ve ırkı özellikleri dolayısıyla “yok etme” amacıyla işlenmesi gerekmektedir. Ancak insanlığa karşı suç için Statüde böyle bir spesifik amaç aranmamıştır. Maddede fiilin “bir sivil nüfusa karşı” “sistemli veya yaygın bir saldırının parçası olarak”, bir “devlet politikasının veya kurumsal bir politikanın gerçekleştirilmesi kapsamında” “müteaddit defalar” yapılması aranmaktadır.

BM Barış güçlerinin barışı ve güvenliği tesis etmek üzere görevli bulunduğu ülkelerde kişisel olarak işledikleri öldürme, yaralama, cinsel saldırı, hürriyetten yoksun kılma ve diğer cebir şiddet içeren fiillerinin Roma Statüsü’nün 7. maddesi kapsamında insanlığa karşı suç teşkil ettiği sonucuna varmak mümkün değildir. Zira madde kapsamına giren fiiller işlenmiş olsa dahi, bu fiillerin devlet veya kurumsal bir politika kapsamında ve birden fazla kere işlenmesi gerekmektedir. Devlet veya kuruluşun gerçekleşen insanlığa karşı fiillerin yapılması yönünde talimat vermesi, teşvik etmesi veya bu fiilleri aktif surette desteklemiş olmaları gerekmektedir. Uluslararası barış ve

güvenliği tesis amaçlı kurulmuş bir uluslararası örgüt olan BM'nin insanlığa karşı suç teşkil eden fiillerin işlenmesine yönelik bir politikasının olduğunu veya bu tür fiilleri teşvik edeceğini ve destekleyeceğini düşünmek mümkün değildir. Bilakis, görevi, Roma Statüsü'nü ihlal eden bu tür fiilleri önlemektir. O halde kişisel tatmin amacıyla gerçekleştirilen münferit cinsel saldırı, öldürme, yaralama eylemlerinin, bir kurum politikasını yerine getirmek amacı olmaksızın işlenmeleri sebebiyle insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilebilmeleri -birden fazla defa gerçekleştirilmiş olsa dahi- mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca insanlığa karşı suçların, bir kimseye değil de "bir sivil topluluğa karşı" ve "sistemik veya yaygın bir saldırının parçası olarak" işlenmeleri gerekmektedir. BM barış gücü mensuplarının bir veya birden fazla kişiye karşı farklı zamanlarda kişisel nedenlerle işledikleri madde kapsamındaki herhangi bir fiilin, "bir sivil topluluğa karşı" işlendiğinden bahsedilemeyeceği gibi, sistemik veya yaygın bir saldırının parçası olduğundan da söz etmek oldukça zordur. Zira bu fiiller bireysel ve bağımsız fiillerdir. Askeri disiplinsizlik ve sorumsuzluktan kaynaklanan, yer yer vuku bulan münferit eylemlerdir. Bunun yanında, barış güçlerinin saldırı gerçekleştiren çatışmanın tarafı olduğundan söz etmek mümkün değildir. Aynı devlet tarafından görevlendirilmiş BM barış gücü mensuplarının topluca mensubu oldukları devletin politikası olarak -BM ile görevlendirme amaçlarına aykırı surette- bu fiilleri sistemik ve yaygın surette işlemeleri ihtimalinde bu suç oluşabilecekse de, bu durumun gerçekleşmesi çok zor bir ihtimaldir.

Cinsel sömürü ve istismara yönelik ciddi boyutlara varan şikâyetlerin varlığı ve özellikle bu iki eylemin yaygın bir şekilde gerçekleştiğine dair ortaya çıkan veriler uluslararası topluluğun ciddi tepkisine sebep olmuştur. Bu nedenle işlendiği iddia edilen cinsel suçların, insanlığa karşı suç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine özellikle değinmek faydalı olacaktır.

Barış güçleri tarafından işlenen cinsel suçların yaygın hale gelmesi nedeniyle BM, birçok önleyici düzenlemeyi kabul etmiştir. Bunların ilki, 1999 tarihli Mavi Bereliler için Kişisel Davranış Kuralları'nın (On Kural) 4. maddesidir. Bu düzenleme barış gücü personelinin cinsel istismar ve sömürü gibi her türlü kötü muameleden kaçınmaları

gerekliliğine vurgu yapmaktadır⁶⁷. Cinsel suçlara yönelik alınan ikinci önemli karar, BM Güvenlik Konseyi'nin 31 Ekim 2000 tarihli ve 1325 sayılı Kararı'dır. Bu karar kadın, barış ve güvenlik üzerine olup kadınların ve kızların çatışma ile bağlantılı cinsel şiddetten korunması amacıyla özel önlemler alınması gerektiğini öngörmektedir⁶⁸.

Üçüncü düzenleme ise BM Genel Sekreteri'nin Cinsel Sömürü ve Cinsel İstismardan Korunma Özel Tedbirleri Bildirisi'dir. 9 Ekim 2003 tarihli bu düzenlemeye göre, BM komutası ve kontrolü altında operasyon yürüten barış güçleri, kadınlara ve çocuklara karşı cinsel sömürü ve cinsel istismar eylemlerinden kaçınma yükümlülüğü altındadır⁶⁹. Bildiri'nin 1. maddesi cinsel sömürü ve istismar eylemlerinin tanımını yapmaktadır. Buna göre; "Cinsel sömürü terimi, birinin cinsel sömürsünden parasal, sosyal veya politik olarak kazanç sağlamak dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, cinsel amaçlarla bir kırılganlık, değişken güç veya güven konumunun fiili veya teşebbüs edilerek herhangi bir şekilde kötüye kullanılmasıdır. Benzer şekilde, "cinsel istismar terimi, güç kullanarak veya eşit olmayan ya da zorlayıcı koşullar altında fiili olarak gerçekleştirilen veya gerçekleştirilmesi tehdidinde bulunulan cinsel faaliyettir." Bildiri her iki eylemi yasaklayarak barış güçlerine, çocukların ve kadınların korunması bakımından özel bir sorumluluk yüklemektedir⁷⁰.

Dördüncü önemli düzenleme, Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Sıfır Tolerans Raporudur⁷¹. Literatürde Zeid Raporu olarak adlandırılan bu raporda, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde görev yapmakta olan önemli sayıdaki barış gücü personelinin cinsel sömürü ve cinsel istismar eylemlerine karışmasının barışı koruma operasyonlarına ağır

⁶⁷ Ten Rules: Code of Personal Conduct For Blue Helmets, 1999, <<https://police.un.org/en/ten-rules-code-of-personal-conduct-blue-helmets-1999>> erişim tarihi 18.02.2024.

⁶⁸ United Nations Security Council Resolution 1325 (2000) <<https://peacemaker.un.org/node/105>> erişim tarihi 15.02.2024.

⁶⁹ Secretary-General's Bulletin: Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n03/550/40/pdf/n0355040.pdf?token=Td5nfzry0lLtBY0FYA&fe=true>> erişim tarihi 14.02.2024.

⁷⁰ ibid

⁷¹ A Comprehensive Strategy to Eliminate Future Sexual Exploitation and Abuse in United Nations Peacekeeping Operations, A/59/710, Fifty-ninth Session Agenda Item 77, Letter dated 24 March 2005 from the Secretary-General to the President of the General Assembly about Zeid Report <<https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/keydoc5.pdf>> erişim tarihi 13.02.2024.

bir şekilde zarar verdiği ifade edilmektedir⁷². Cinsel sömürü ve istismar eylemleri, barışı koruma personelinin yerel halka karşı taşıdığı temel sorumluluk niteliğindeki “bakım görevinin” ağır ihlali olarak kabul edilmektedir⁷³.

Yukarıda bahsi geçen tüm bu düzenlemeler barış gücü mensuplarınca işlendiği iddia edilen cinsel sömürü ve istismar eylemlerinin yaygın olduğu sinyalinin vermektedir. Barış gücü mensuplarınca Kongo (Bunia)’da gerçekleştirilen cinsel sömürü ve istismar üzerine yayımlanan raporda da cinsel sömürü ve cinsel istismarın yaygın (*widespread*) şekilde gerçekleştirildiği kabul edilmektedir⁷⁴. 10 Ekim 2023 tarihinde BM Genel Kurul toplantısında Malezya delegesi 2007 yılından itibaren işlenen 342 suça ek olarak, sadece işlenen 11 suçun gönderen devletlere yönlendirildiğini dile getirmiştir⁷⁵. Barış güçleri tarafından işlenen suçların bu hızla devam etmesi halinde, ev sahibi devletlerde güvensizliğin artacağına dikkat çekmiştir⁷⁶.

Yukarıda açıkladığımız üzere, BM barış güçleri tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen cinsel sömürü ve istismar eylemlerinin, BM’nin bir planının veya politikasının icrasına yönelik olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle UCM’nin yargılama alanına girmesi de düşük bir ihtimaldir. Fakat özellikle cinsel sömürü ve istismara yönelik yukarıda izah edilen önlemlerin alınmış olması ve her iki eylemin de yaygın olduğunun BM tarafından kabul edilmiş olması, bu eylemlerin insanlığa karşı suçlar bakımından özellikle değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Zira cinsel sömürü ve istismar eylemlerinin olayın özelliklerine göre 7. maddenin g bendinde geçen “...benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri” kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Barışı koruma operasyonlarının çok boyutlu bir hal alması ve özellikle misyonun temel amacının sivillerin korunması olması nedeniyle barış gücü personelinin işlediği cinsel suçlar

⁷² ibid

⁷³ ibid

⁷⁴ United Nations General Assembly, A/61/841, Report of the Office of Internal Oversight Services on its Investigation into Allegations of Sexual Exploitation and Abuse in the Ituri Region (Bunia) in the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo, 5 April 2007, <<https://digitallibrary.un.org/record/599411>> erişim tarihi 14.02.2024.

⁷⁵ United Nations General Assembly, Sixth Committee, Seventy-Eighth Session, 8th Meeting, GA/L/3689, 10 Ekim 2023 <<https://press.un.org/en/2023/gal3689.doc.htm>> erişim tarihi 14.02.2024.

⁷⁶ ibid

uluslararası toplumda daha büyük bir endişe kaynağı haline gelmiştir. Bu nedenle özellikle barış gücü personeli tarafından işlenen cinsel suçlar bakımından UCM'nin ağırlık eşiğini değerlendirme kriterleri değişiklik gösterebilir.

Akla gelebilecek başka bir soru, BM tarafından çatışmada sivillerin zarar görmesini önlemek üzere görevlendirilen barış güçlerinin, taraflardan birinin belli bir dini veya etnik gruba mensup sivilleri öldürmesine veya 7/1'deki fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesine bilerek ve isteyerek göz yumması durumunda ihmal suretiyle icrai hareket sebebiyle cezai sorumluluklarının olup olmayacağıdır.

Roma Statüsü incelendiğinde, 28. maddesinde asker veya sivil üstlerin kendi yönetimi ve kontrolü altındaki astlarının Statü kapsamına giren fiillerinden dolayı cezai sorumluluklarından bahsetmektedir. Buna göre üstlerin, sorumlu oldukları astların Statü kapsamındaki bir suçu işlediklerini veya işlemek üzere olduklarını bildikleri, bilerek görmezden geldikleri, hal ve şartlara göre bilmeleri gerektiği ve suçun önlenmesi veya durdurulması için gerekli önlemleri almamaları veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara haberdar etmemeleri halinde cezai sorumlulukları mevcuttur. Bu cezai sorumluluğun, astın işlediği fiilden dolayı, üstün denetim ve suçu önleme görevini suçun işlendiğini veya işlenmek üzere olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde, kasten yerine getirmemesi halinde gerçekleştirilecek bir sorumluluk olduğu kanaatindeyiz. Statü üst açısından asker ve sivilleri aynı hükme tabi tutmuştur. Maddenin 1. fıkrası askerlere, 2. fıkrası ise sivil üstlere ilişkindir. Madde üstün ihmali sebebiyle astın işlediği suçlardan sorumluluğunu düzenlemektedir.

Statü'nün 28. madde hükmü kanaatimizce çatışan tarafların amiri konumundaki asker ve siviller için konulmuş bir hükümdür. Bununla birlikte, BM barış gücüne mensup askeri personelin topluca, sistematik ve yaygın surette ve mensup oldukları devlet veya devletlerin politikası kapsamında Statü kapsamına giren fiilleri işlemeleri durumunda, örneğin belli bir dine veya ırka mensup olanlara karşı öldürme veya cinsel saldırı fiillerinin işlenmesi durumunda, bunu bilerek denetlemeyen, önlemeyen, soruşturma ve yargılama için ilgili makamları haberdar etmeyen üstlerin de astlarının işlediği fiillerden sorumlu olabilecekleri kanaatindeyiz. Astını denetlemek ve zararlı neticeyi önlemek pozitif yükümlülüğü olan üstün, astın suç işleyeceğini bilerek, denetleme görevini kasıtlı

olarak ihmal etmesi durumunda Statü'nün 25/3-a hükmü uyarınca astın fiillerinden birlikte işleyen (müşterek fail) olarak sorumluluğu akla gelebilecektir⁷⁷. Ancak icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmak -tıpkı hukukumuzda olduğu gibi- kabul edilmezse, üstün 25/3-c bendi uyarınca yardım eden olarak sorumluluğundan bahsedilebilecektir⁷⁸.

Akla gelebilecek diğer bir soru ise, BM barış gücü personelinin çatışan tarafların sivilere zarar vermesini önlemek görevi olmakla birlikte, bu görevi kasten ihmal etmeleri durumunda sorumluluklarının olup olmayacağıdır. Statü'nün 28. maddesi sadece astı yönetmek ve kontrol etmekle yükümlü olan üstün astın fiillerinden sorumluluğunu düzenlemektedir. O halde 28. madde kapsamında değil, ceza hukukunun genel prensipleri uyarınca ihmal suretiyle icrai hareketten sorumluluk uyarınca değerlendirme yapmak gerekir. BM barış gücü personelinin çatışan tarafların askerlerinin işlemiş oldukları insanlığa karşı suçlardan dolayı sorumluluklarının, ancak BM'ce verilen görevde denetleme görevinin açık şekilde belirtilmiş olması ve ihmalin kasıtlı olduğunu gösteren somut delillerin bulunması halinde olabileceği kanaatindeyiz. BM personelinin, sivil gruba saldıran tarafla, saldırının gerçekleştirilmesine yönelik benzer sebepleri veya grubun mensuplarıyla ortak özellikleri olması durumunda bunun bir gösterge olabileceği kanaatindeyiz. Kendilerinden farklı dini veya kültürel özelliklere sahip sivil gruplara yönelik saldırılar, özellikle saldıran grup kendi dinine veya milliyetine mensup bir taraf ise, barış güçlerinin müdahalede daha az istekli olmalarına, sivil gruba zarar verilmesine göz yummalarına sebep olabilecektir.

C. SAVAŞ SUÇLARI

Savaş suçları uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma kapsamında işlenebilecek, uluslararası ceza hukuku metinlerinde öngörülen savaşa ilişkin kural ve adetlerin ihlaline ilişkin suçlardır. Bu ihlaller genellikle silahlı çatışmalara katılmayan kimselere karşı öldürme, yaralama, ırza geçme veya sair zarar verici veya

⁷⁷ Roma Statüsü ve UCM uygulamasında müşterek faillik için bakınız: Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 449-450.

⁷⁸ Koca ve Üzülmöz (n 9) 459-460; Y.1.C.D. E: 2011/6102 K: 2012/3766 KT: 09.05.2012.

onur kırıcı fiillerin gerçekleştirilmesi, yasak savaş metotlarının veya araçlarının uygulanması, koruma altındaki kimselere karşı savaş suçlarının işlenmesi, savaş esirlerine karşı kötü muamele niteliğindeki birkaç kategoride sınıflandırılmış fiillerden oluşur⁷⁹.

Roma Statüsü'nün 8. maddesi savaş suçlarını dört kategoride incelemektedir. Her kategori kapsamında-“özellikle” (“*namely*”) ifadesi kullanması dolayısıyla- sınırlandırıcı nitelikte olmayıp örneklendirici nitelikte olduğunu düşündüğümüz suç fiillerini saymaktadır⁸⁰. Birinci kategori, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlalleridir. Cenevre Sözleşmelerini ihlal edecek surette kasten öldürme, işkence, bedensel zarar verme, savaş esirini veya koruma altındaki bir kişiyi yabancı bir kuvvetin emrinde hizmet vermeye zorlama, hukuka aykırı sürgün, nakil, tecrit, esir alma gibi 2. fıkranın a bendinde sayılan fiillerdir.

İkinci kategori ise, savaş yasa ve adetlerinin (insancıl hukukun) diğer ciddi ihlalleridir. Sivil nüfusa veya çatışmalarda doğrudan yer almayan sivillere veya sivil hedeflere karşı kasten saldırı yönelmek, insancıl yardım veya barış gücü personeline karşı kasten saldırı yönelmek, elde edilecek askeri yarara oranla açıkça aşırılık oluşturacak şekilde sivillere yönelik tesadüfi yaşam kaybına, zarara veya sivil hedeflerde tahribata ya da doğal çevrede geniş çaplı, uzun vadeli ve ağır tahribata yol açacağı bilinen bir saldırıyı kasten başlatmak, savunmasız olan ve askeri hedef olmayan şehir, köy, yerleşim birimi veya binalara her ne suretle olursa olsun saldırmak veya bombalamak, silahını bırakmış ve teslim olmuş bir savaşanı öldürmek ya da yaralamak, savaş zaruretleri mutlak olarak gerektirmediği halde düşmanın mallarını imha etmek veya bunlara el koymak, zehir veya zehirli silahları kullanmak, ırza geçme ve zorla fahişelik gibi herhangi bir cinsel şiddet türünün işlenmesi vb. 2/b bendinde yer alan muhtelif fiillerden oluşur.

⁷⁹ Aksar, *Uluslararası Ceza Hukuku* (n 32)167-207; Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 618-651.

⁸⁰ Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 530. Yazara göre uluslararası ceza hukuku bakımından Statüdeki sayım sınırlayıcı olmamakla birlikte, Roma Statüsü'nün uygulanması bakımından sayım sınırlayıcı niteliktedir. Sayımın sınırlandırıcı olduğu yönünde bkz: Yasin Aslan, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları* (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2016) 172. Savaş suçlarının bunlarla sınırlı olmayıp suç olarak düzenlenen anlaşmalara ek olarak örf ve adet hukukunda da savaş suçlarının bulunmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz: Dönmezer ve Erman vd (n 62) 250.

İlk iki kategori uluslararası silahlı çatışmalar için öngörölmüşken, aşağıda bahsedilecek diğer iki kategori ise uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yönelik olarak düzenlenmiştir. Statü'nün 8/2-d maddesi silahlı çatışmaların bir ülkede gerçekleşen isyan, ayaklanma ve yerel şiddet eylemlerini kapsamına almadığından, daha büyük silahlı çatışmaların madde kapsamına dahil olduğundan bahsetmektedir.

Üçüncü kategori savaş suçu, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma halinde 12 Ağustos 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesinin teamül hukuku niteliğini kazanmış olan ortak 3. maddesinin ciddi ihlallerine ilişkindir. Silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları da dahil olmak üzere, hastalık, yaralanma, alıkonulma veya başka herhangi bir nedenle çatışma dışı (*hors de combat*) kalmış kişilere karşı gerçekleştirilen öldürme, yaralama, işkence, onur kırıcı muamele, esir alma fiilleri ile (adil yargılanma hakkına ilişkin) vazgeçilmez adli güvencelerin tanındığı, olağan bir şekilde kurulmuş bir mahkeme tarafından önceden verilen bir hüküm olmaksızın kararların verilmesi ve infazların gerçekleştirilmesi prensibini ihlal eden fiiller bu kapsamdadır.

Dördüncü ve son kategori olan savaş suçu ise, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanabilen kural ve adetlerin diğer ciddi ihlallerine ilişkindir. Statü'nün 8/2-e bendine göre, sivil nüfusa veya çatışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı kasten saldırmak, binalara, tıbbi birimlere, ulaşım araçlarına, Cenevre Sözleşmelerindeki ayırt edici amblemleri kullanan personele kasten saldırmak, BM Şartı uyarınca insancıl yardım ya da barış gücü operasyonuna katılan personel, materyal veya araçlara kasten saldırmak, dine, eğitime, sanata, bilime veya insani amaçlara özgülenmiş binalara, tarihi anıtlara, hastanelere ve hasta ile yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı yöneltmek, saldırı sonucu ele geçirilmiş de olsa bir kasaba ya da yeri yağmalamak, ırza geçmek, cinsel esaret, zorla fahişelik, zorla hamile bırakma veya kısırlaştırma gibi cinsel şiddet fiillerinin işlenmesi, karşıt bir savaşı haince öldürmek veya yaralamak, zehir veya zehirli silahları kullanmak, insan bedeninde patlayan ya da ilerleyen mermileri kullanmak, boğucu, zehirli ve diğer gazları kullanmak vb. fiillerdir.

Maddenin birinci fıkrasına göre, UCM'nin yargılama yetkisine giren bir savaş suçunun varlığı için yukarıda sayılan dört kategori fiillerden herhangi birisinin "özellikle bir plan, politika ya da bu fiillerin geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası" olarak

gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ifadenin UCM'nin yetkisini kısıtlayıcı nitelikte olup olmadığı tartışılmıştır. Fıkra hükmünde “özellikle” ifadesi kullanıldığı için fiillerin mutlaka plan, politika veya geniş çaplı işlenen benzer fiillerin parçası olarak işlenmesinin aranmayacağı, suçun unsuru olmadığı, ancak bu tür fiillerin mutlak surette UCM'ni yargı yetkisinin kapsamına gireceği, bu nitelikte olmayan münferit fiillerin ise ayrıca Savcı tarafından değerlendirilmek suretiyle mahkeme yetkisi kapsamındaki savaş suçu olarak kabul edilebileceği kabul edilmektedir⁸¹.

Statü'de savaş suçlarına ilişkin düzenleme dikkate alındığında birkaç sonuca ulaşmak mümkündür. Birincisi, yukarıda sayılan fiillerin uluslararası nitelikte olmayan veya uluslararası bir silahlı çatışma halinde işlenmesi ve fiillerin mutlak surette bir silahlı çatışma ile bağlantılı olması gerekmektedir. Bununla birlikte, genel kabul gören anlayışa göre failin mutlaka “savaşan” sıfatına sahip olması veya vatandaşı bulunduğu devletle bir organik bağ içinde bulunması gerekmez⁸². Savaş suçları askeri personel tarafından işlenebileceği gibi siviller tarafından da düşman askeri personele veya sivillere karşı işlenebilir. Yeter ki silahlı çatışma bölgesinde ve silahlı çatışma ile bağlantılı olarak işlensin⁸³.

İkincisi, savaş suçundan bahsedebilmek için fiilin silahlı çatışma ile nedensellik bağı içerisinde, bağlantılı olarak gerçekleşmesi gereğidir⁸⁴. Zira 8. maddenin her bir bendinde, fiilin silahlı çatışma kapsamında işlenmesi vurgulanmıştır. Fiilin silahlı çatışma ile bağlantılı olarak gerçekleşmesi, aralarında neden-sonuç ilişkisinin olması, çatışmanın varlığının suçun temel nedeni olmasa bile işlenmesinde bir etken fonksiyonunu görmesi anlamına gelir. Silahlı çatışmanın varlığı failin suç işleme kararı vermesinde ve suçun işleyiş biçiminde veya amacında önemli bir rol oynamalıdır⁸⁵. Çatışma ile bağlantının

⁸¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 531-532; Kriangsak Kittichaisaree, ‘The NATO Military Action and the Potential Impact of the International Criminal Court’ (2000) 4 Singapore Journal of International & Comparative Law 517.

⁸² Yoram Dinstein, ‘The Distinctions Between War Crimes and Crimes Against Peace’ (1994) 24 Israel Yearbook on Human Rights 1.

⁸³ Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 531; Kittichaisaree (n 81) 516.

⁸⁴ Kittichaisaree (n 81) 516.

⁸⁵ Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 532.

varlığı fail ve mağdurun statüsüne, suçun işleniş şekline, suçun silahlı mücadelenin bir parçasını teşkil edip etmediğine göre her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Fiilin silahlı çatışmanın amacını gerçekleştirmeye yönelik olması durumunda nedensellik bağının varlığını kabul etmek gerekir. Ancak şu hususu da not etmek gereklidir ki, silahlı bir çatışma sırasında işlenen her suç savaş suçu değildir, suçun çatışmanın tarafları tarafından kontrol edilen bölgelerde ve silahlı çatışma ile muhakkak bağlantılı olarak işlenmesi gereklidir⁸⁶.

Üçüncü olarak, savaş suçundan bahsedebilmek için fiilin savaş hukukunun geçerli olduğu bir zaman diliminde işlenmesi gerekir. Savaş hukuku çatışmaların başlangıcından barış antlaşmasına kadarki süreci kapsamakla birlikte, askeri operasyonların sona ermesi durumunda da silahlı çatışmanın sona erdiğini kabul etmek gerekir⁸⁷.

BM Barış gücü personelinin sivillere karşı işlediği öldürme, yaralama, cinsel saldırı gibi bireysel şiddet eylemlerinin savaş suçu teşkil edip etmediği meselesine gelince, yukarıda sayılan şartların var olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. BM barış gücü personeli, çatışmanın gerçekleştiği yerde barışı sağlamak veya sivillerin zarar görmesini önlemek üzere görevlendirilmektedir. Bu nedenle genel kabul görüşü BM'nin çatışmanın tarafı olmadığı yönündedir⁸⁸. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, BM insancıl hukukla bağlıdır. 6 Ağustos 1999 tarihli “Birleşmiş Milletler Güçlerinin Uluslararası İnsancıl Hukuka İlişkin Gözlemleri Bildirisi” insancıl hukukun barış operasyonlarına uygulanacağını düzenleme konusu yapmaktadır. Düzenlemeye göre, insancıl hukuk barış gücü mensuplarının çatışmaya “aktif olarak katılması” halinde uygulanacaktır⁸⁹. Kanaatimizce önem arz eden husus fiili durumdur. Buna göre, barış gücü mensuplarının silah kullanmak zorunda kaldığı tüm barış operasyonlarında insancıl hukuk uygulama alanı bulacaktır. Zira insancıl hukuk düzenlemeleri de tarafların statüsüne yönelik

⁸⁶ Kittichaisaree (n 81) 516.

⁸⁷ Tezcan, Erdem ve Önok (n 44) 532.

⁸⁸ Karşıt görüş için bkz: Damian Lilly, ‘The United Nations as a party to armed conflict: the Intervention Brigade of MONUSCO in the Democratic Republic of Congo (DRC)’ (2016) 20 Journal of International Peacekeeping 313.

⁸⁹ Secretary-General’s Bulletin Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, para 1.

herhangi bir istisna yaratmamıştır⁹⁰. Bu nedenle silahlı çatışmanın varlığı halinde, BM güçleri hem hak hem de sorumluluklar açısından “taraf statüsünden bağımsız” olarak insancıl hukukla bağlı olacaklardır.

BM barış gücü personelinin kişisel sebeplerle işlediği suçların çatışma ile bir bağlantısının olduğunu söylemek de zordur. Çatışma alanında görevli olduğu süre boyunca işlediği cinsel saldırı, yaralama, öldürme gibi bireysel suçların çatışan taraflardan birine yönelik düşmanlık hissi ile tarafgirlik yapılarak, çatışmanın amacını yerine getirmek, savaşı taraflardan birinin işini kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirildiğinden ve dolayısıyla silahlı çatışma ile nedensellik bağının bulunduğu bahsedilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Eğer çatışan taraflardan birinin lehine olarak, çatışmanın amacını gerçekleştirmek üzere bazı suçlar işlerse, o halde tarafsızlığını yitirmiş ve çatışmanın tarafı haline gelmiş demektir. Bu durumda, işlediği cinsel saldırı, yaralama gibi fiillerin münferit ve kişisel nedenle işlenen şiddet eylemleri olmaktan çıkıp, çatışma ile bağlantılı olarak işlendiği kanıtlanırsa, ancak bu ihtimalde savaş suçu işlediğinden bahsedilebilecektir.

Diğer bir mesele, Statüde yer alan UCM'nin yargı yetkisinin kesin olarak bulunduğu haller olan, savaş suçlarının “özellikle bir plan, politika ya da bu fiillerin geniş çaplı olarak işlenmesinin bir parçası olarak” işlenmesi haline ilişkindir. Plan, politika veya geniş çaplı olarak işlenen fiillerin kapsamında gerçekleştirilmesi durumu UCM'nin savaş suçları üzerinde mutlak surette yargılama yetkisinin olduğu haldir. Bu haller dışında da yargılama yetkisi olmakla birlikte UCM Savcısının değerlendirmesine tabidir. BM barış gücü personelinin çatışmanın taraflarından birinin yaptığı plan, politikası veya uygulaması kapsamında olacak şekilde bahsedilen fiilleri işlemesi durumunda, hem çatışmanın tarafı haline gelmesi hem de Statüdeki fiillerden birini gerçekleştirmesi sebebiyle savaş suçu işlediğinden ve UCM'nin yargı yetkisinin mutlak olduğundan bahsedilebilir. Eğer bu surette bir plan, program, uygulama yoksa UCM Savcısının takdirine bağlı olarak Mahkemenin yargı yetkisi doğacaktır. Ayrıca kanaatimizce bir

⁹⁰ 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde “İhtilafa dahil Taraflar, işbu Sözleşmenin diğer hükümlerini de tamamen veya kısmen hususi anlaşmalarla meriyete koymaya çalışacaklardır. Yukarıki hükümlerin tatbiki, ihtilafa dahil Tarafların hukuki statülerine tesir etmeyecektir.”

plan, politika veya uygulamayı takip etmek suretiyle olmaksızın barış personeli tarafından gerçekleştirilen fiiller, olayların çoğunluğunda kişisel ve münferit nitelikteki adi suçlar niteliğinde olacak, savaş suçu teşkil etmeyecek ve bu nedenle gönderen devletin yargılama yetkisi kapsamına girecektir.

SONUÇ

Barış operasyonlarının, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması konusunda BM tarafından en çok başvurulmuş uygulamalardan biri haline gelmesi ve barış gücü personelinin bu ihtiyaç ile ters orantılı olarak korumakla yükümlü oldukları sivillere karşı ciddi insan hakkı ihlalleri gerçekleştirmeleri son on yılda çokça tartışma konusu yapılmıştır. Ancak ilgili olayları belgeleyen raporların şeffaflığı konusundaki tartışmalar ve BM'nin ilgili iddiaların ayrıntılarını açıklama konusunda isteksiz davranması, somut ve özele indirgenmiş analizlerin yapılmasını engellemiştir. Bu nedenle çalışmamız, barış gücü mensupları tarafından işlendiği iddia edilen uluslararası suçların UCM tarafından yargılama konusu yapıp yapılamayacağını analiz etmiştir.

UCM'nin BM barış gücü personeli üzerinde yargılama yetkisini kullanması teorik açıdan mümkün gözükmekle birlikte, konu somut olarak incelendiğinde BM personelinin bahsedilen dört suçtan sorumlu tutulması olasılığının pek düşük olduğu tespit edilmiştir. Soykırım suçu bakımından BM barış gücü personelinin ulusal, etnik, irki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen "yok etmek" amacıyla özel kast ile hareket ettiğini söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle barış gücü personelinin UCM önünde soykırım suçundan dolayı bireysel cezai sorumluluklarının doğacağını söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

Barış gücü mensupları tarafından işlenen suçlar her ne kadar uluslararası toplumda ciddi bir etki yaratmış olsa da, işlenen suçların sivil halka karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olmaktan ziyade münferit vakalar olarak ortaya çıkmış olması, ilgili fiillerin insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmesinin önüne geçmiştir. Suçun yaygın veya sistematik şekilde işlenmesi yönündeki maddi unsurun temel amacı, UCM'nin münferit suçlarla değil yaygın ihlallerle ilgilenecek olmasıdır. Buna ek olarak, barış gücü mensuplarının çatışmanın tarafı olmamaları, bir devlet veya kurumun amacını

yerine getirmek üzere suç işlememeleri, mensubu oldukları devletin politikası kapsamında çatışmacı taraflardan biri ile ortak olarak sahip olunan nefret hissi neticesinde suç işlememeleri sebepleriyle insanlığa karşı suç işleme pratikte pek mümkün gözükmemektedir.

Savaş suçları açısından da sorumluluklarının doğması zor bir ihtimaldir. BM örgütü uluslararası veya uluslararası olmayan çatışmaların tarafı olmamakla birlikte, taraf statüsünden bağımsız olarak insancıl hukukla bağlıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere insancıl hukuk barış gücü personelinin çatışmaya aktif olarak katılmaları halinde uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, BM personelinin çatışma ile bağlantılı olarak, “çatışmanın amacını yerine getirmek amacıyla” cinsel saldırı, öldürme, yaralama gibi fiilleri gerçekleştirmeleri zor bir ihtimal olduğundan savaş suçu işleminin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

İşlenen suçların çatışma ile doğrudan bağlantılı olarak işlenmesi yanında, bir plan ve politika dâhilinde veya geniş çaplı olarak işlenmesi savaş suçu işlendiğinin en önemli kanıtlarından biridir. Bu kriterin sağlanması durumunda UCM'nin yargı yetkisi mutlakken, aksi durumda UCM Savcısının takdirine bağlı olarak davayı yargılama yetkisine sahip olacaktır. O halde suç plan veya politika kapsamında olmaksızın da işlenebileceğinden, plan ve politikanın varlığı suçun unsuru değil, 17. madde kapsamında bir kabul edilebilirlik koşuludur. Bu doğrultuda, barış gücü personelinin savaş suçundan sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirilen fiillerin bir plan ve politika dâhilinde veya geniş çaplı olarak işlenmesi ve çatışma ile nedensellik bağının kurulması gerekmektedir. BM personelinin kişisel sebeplerle işledikleri fiillerin, çatışma ile bağlantılı olması bir yana, bir plan veya politikanın parçası olarak veya geniş çaplı olarak gerçekleştirebileceği sonucuna varmak kanaatimizce çok gerçekçi değildir. Bu nedenle uluslararası silahlı çatışmalarda işlenen savaş suçları bakımından UCM'nin yargılama yetkisi olsa da, bu yetkinin kullanılması 17. madde nazarında pek mümkün gözükmemektedir.

Özetlemek gerekirse, Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşmalar doğrultusunda yalnızca gönderen devlete verilen yargılama yetkisinin hem delillerin toplanması hem de gönderen devletin isteksizliği nedeniyle tatminkâr bir adalet mekanizması olmaktan uzak olması, BM Güvenlik Konseyi'nin politik baskılar nedeniyle UCM ile dengeli bir işbirliği

yürütememesi, taraf olmayan devletlerin UCM'nin yargılama yetkisini bertaraf etmek amacıyla 98. maddeyi kötüye kullanması ve son olarak suçların unsurları ve kabul edilebilirlik koşulları BM barış gücü personelinin cezai sorumluluklarının işletilmesi bakımından yaptırım mekanizmalarının zayıflığını ortaya koymaktadır.

Barış gücü personelinin uluslararası toplumu temsilen gerçekleştirdiği barış operasyonlarında özen ve koruma yükümlülüğüne aykırı hareket ederek suç işlemesi varoluş misyonu ile uyumsuz davranış sergilediğinin ve görevlerini kötüye kullandıklarının bir göstergesidir. Barış gücü personelinin işledikleri kişisel suçlar sebebiyle UCM'nin yargılama yetkisinin zayıflığı ve gönderen devletin personelini yargılamadaki isteksizliği, suç işleyen barış gücü personelinin fiillerinin cezasız kalmasına ve bunların nasılsa cezalandırılmayacakları düşüncesiyle suç işlemekten caymamalarına, aksine dolaylı yoldan teşvik edilmelerine sebep olacaktır. Bu durum, ceza hukukunun temel amaçlarından olan yöneticilerin keyfiliklerinin önlenmesi, kamu düzeninin sağlanması, suçlunun ve potansiyel suçluların caydırılması, kötülük edenin yaptığının karşılığını görmesi ve tehlikeli olanın toplumdan uzaklaştırılması prensiplerine aykırıdır. Mevcut kural ve uygulamalar, pratikte BM barış gücü personeline görevli oldukları ülkelerde suç işleme özgürlüğü ve yargılanmama imtiyazı tanımaktadır.

Bu nedenle BM barış gücü personelinin işledikleri suçların cezasız kalmaması için gönderen devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin, barış gücü personelinin deniz aşırı operasyonlarda işledikleri suçları yargılama konusunda hem yer hem de konu bakımından mutlak hükümler içermesi ve bunun uygulanmasının BM bünyesinde oluşturulacak bir kurum ya da komite tarafından denetlenmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Devletlerin suç işleyen personellerini yargılamalarını temin etmek ve işlenen suçun delillerinin kaybolmasını önlemek için, BM ve ev sahibi devlet ile işbirliği içinde oldukları bir sistem oluşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Acer Y ve Kaya İ, *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı* (Seçkin Yayınevi 2017).
- Arbour L, 'The Relationship Between the ICC and the UN Security Council' (2014) 20 Global Governance 195-201.
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Adalet Yayınevi 2023).
- Aksar Y, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).
- Aksar Y, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125-139.
- Al Shraideh S, 'The International Criminal Court: A Judicial Institution with a Room for Politics' (2018) 61 International Affairs and Global Strategy 18-27.
- Aslan Y, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları* (3. Baskı, Bilge Yayınevi 2016).
- Aydın D, 'Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları' (2017) 10 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 97-110.
- Aydın D(ed), *Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi* (Buluş Tasarım ve Matbaacılık 2006).
- Buitelaar T and Hirschmann G, 'Criminal accountability at What Cost? Norm conflict, UN Peace Operations and the International Criminal Court' (2021) 27 European Journal of International Relations 548-571.
- Cooper J ve Lemkin R, *The Struggle for the Genocide Convention* (1. Baskı, Palgrave Macmillan 2008).

- Cryer R, ‘Sudan, Resolution 1593, and International Criminal Justice’ (2006) 19 *Leiden Journal of International Law* 195-222.
- Değirmenci O, ‘Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)’ (2007) 70 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 50-111.
- Dinstein Y, ‘The Distinctions Between War Crimes and Crimes Against Peace’ (1994) 24 *Israel Yearbook on Human Rights* 1-17.
- Doğan İ, ‘1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Geriye Yürümeyeceği Sorunu (Ermeni Olayları Açısından Bir Değerlendirme)’ (2006) 2 *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 295-309.
- Dönmezer S ve Erman S vd, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Uluslararası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku* (14. Baskı, Der Yayınları 2021) Cilt IV.
- El Zeidy M, ‘The United States Dropped the Atomic Bomb of Article 16 of the ICC Statute: Security Council Power of Deferrals and Resolution 1422’ (2002) 35 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1503-1543.
- El Zeidy M, ‘The Gravity Threshold Under the Statute of the International Criminal Court’ (2008) 18 *Criminal Law Forum* 35-58.
- Erhan Z, ‘Core International Crimes in Turkish Criminal Law and the Rome Statute’ (2018) 22 *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 111-136.
- Gökdemir M, *Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Soruşturma Usulü* (Onikilevha Yayıncılık 2018).
- Gökcan H T ve Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Adalet Yayınevi 2022) Cilt 2.
- Jiminián J M C, ‘Allocating Individual Criminal Responsibility to Peacekeepers for International Crimes and Other Wrongful Acts Committed During Peace Operations’ (2012) 17 *Tilburg Law Review* 104-132.

Jon Heller K, 'Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement in the Crime of Aggression' (2007) 13 *European Journal of International Law* 477-497.

Keith A J, 'Peacekeepers and Prostitutes: How Deployed Forces Fuel the Demand for Trafficked Women and New Hope for Stopping It' (2006) 33 *An Interdisciplinary Journal* 5-23.

Kittichaisaree K, 'The NATO Military Action and the Potential Impact of the International Criminal Court' (2000) 4 *Singapore Journal of International & Comparative Law* 498- 529.

Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)

Lilly D, 'The United Nations as a party to armed conflict: the Intervention Brigade of MONUSCO in the Democratic Republic of Congo (DRC)' (2016) 20 *Journal of International Peacekeeping* 313-341.

Macura T, 'Accountability and Protection of UN Peacekeepers in Light of MONUSCO' (2013) *Die Friedens-Warte* 143-156.

Murphy S D, 'Efforts to Obtain Immunity from ICC for U.S. Peacekeepers' (2002) 96 *American Journal of International Law* 725-26.

Nerlich V, 'The Crime of Aggression and Modes of Liability—Is There Room Only for Principals?' (2017) 58 *Harvard International Law Journal* 44-47.

O'Brien M, *Criminalising Peacekeepers: Modernising National Approaches to Sexual Exploitation and Abuse* (Palgrave Macmillan 2018).

O'Brien M, 'Protectors on trial? Prosecuting Peacekeepers for War Crimes and Crimes Against Humanity in the International Criminal Court' (2012) 40 *International Journal of Law Crime and Justice* 223-241.

- Odello M, 'Tackling Criminal Acts in Peacekeeping Operations: The Accountability of Peacekeepers' (2010) 15 *Journal of Conflict & Security Law* 347-391.
- Özen M, 'Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış' (2003) 52 *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri* (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2020) 4. Kitap.
- Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan Kitabevi 2022).
- Pirim Z C, 'Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlandırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme' (2012) 32 *Public and Private International Law Bulletin* 147-182.
- Plessis M D and Pete S, 'Who Guards the Guards?: The ICC and Serious Crimes Committed by United Nations Peacekeepers in Africa' (2004) 13 *African Security Review* 5-17.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Legem Yayınevi 2023).
- Tezcan D M, Erdem R ve Önok M, *Uluslararası Ceza Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Wedgwood R, 'The United States and the International Criminal Court: Achieving a Wider Consensus through the Ithaca Package' (1999) 32 *Cornell International Law Journal* 535-542.
- Whitworth S, *Men, militarism, and UN peacekeeping: A Gendered Analysis* (Lynne Rienner Publishers 2004).
- Zwanenburg M, 'The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers Under Fire?' (1999) 10 *European Journal of International Law* 124-143.

DİĞER KAYNAKLAR

Andreopoulos G J ‘Genocide’ (2023) Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/genocide> erişim tarihi 05.01.2024.

Anti-Defamation League, ‘Pyramid of Hate’ (2018) <<https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> > erişim tarihi 18.11.2023.

Amnesty International, ‘CAR: Fresh evidence UN peacekeepers Drugged and Raped Young Woman’ <<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2017/10/car-fresh-evidence-un-peacekeepers-drugged-and-raped-young-woman/>> erişim tarihi 11.10.2023.

A Comprehensive Strategy to Eliminate Future Sexual Exploitation and Abuse in United Nations Peacekeeping Operations, A/59/710, Fifty-ninth Session Agenda Item 77, Letter dated 24 March 2005 from the Secretary-General to the President of the General Assembly about Zeid Report <<https://conduct.unmissions.org/sites/default/files/keydoc5.pdf>> erişim tarihi 13.02.2024.

Human Rights Watch, ‘UN Peacekeeping has a Sexual Abuse Problem’ <<https://www.hrw.org/news/2020/01/11/un-peacekeeping-has-sexual-abuse-problem>> erişim tarihi 15.10.2023.

Model Agreement between the United Nations and Member States Contributing Personnel and Equipment to the United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc. A/46/185.

Prosecutor v Ntaganda, ICC-01/04-02/06-20-Anx2.

Prosecutor v Goran Jelusic, Case No IT-95-10, Tr Ch I of the ICTY, Oral Judgment of 19 Oct 1999.

Regulations of the Office of the Prosecutor, ICC-BD/05-01-09, Date of entry into force: 23th April 2009 Official Journal Publication, <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Regulations-of-the-Office-of-the-Prosecutor.pdf>> erişim tarihi 15.11.2023.

Secretary-General's Bulletin Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1999/13.

Secretary-General's Bulletin: Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse, <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n03/550/40/pdf/n0355040.pdf?token=Td5nfzry0lLtBY0FYA&fe=true>> erişim tarihi 14.02.2024.

Statement by Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor of the International Criminal Court Informal meeting of Legal Advisors of Ministries of Foreign Affairs, New York, 24 October 2005.

Ten Rules: Code of Personal Conduct For Blue Helmets, 1999, <<https://police.un.org/en/ten-rules-code-of-personal-conduct-blue-helmets-1999>> erişim tarihi 18.02.2024.

The Guardian, "UN Peacekeepers Accused of Killing and Rape in Central African Republic", <<https://www.theguardian.com/world/2015/aug/11/un-peacekeepers-accused-killing-rape-central-african-republic>> erişim tarihi 15.08.2023.

United Nations, Secretary-General's Reports, Preventing Sexual Exploitation and Abuse, <<https://www.un.org/preventing-sexual-exploitation-and-abuse/content/secretary-generals-reports>> erişim tarihi 02.01.2024.

United Nations Peacekeeping, Troop and Police Contributors, <<https://peacekeeping.un.org/en/troop-and-police-contributors>> erişim tarihi 15.08.2022.

United Nations General Assembly, Model Status of Forces Agreement for Peacekeeping Operations, Report of the Secretary General, A/45/594, 9 Ekim 1990, <<https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup09/basicmats/UNsofa.pdf>> erişim tarihi 20.02.2024.

United Nations General Assembly, Sixth Committee, Seventy-Eighth Session, 8th Meeting, GA/L/3689, 10 Ekim 2023, <<https://press.un.org/en/2023/gal3689.doc.htm>> erişim tarihi 19.02.2024.

United Nations General Assembly, A/61/841, Report of the Office of Internal Oversight Services on its Investigation into Allegations of Sexual Exploitation and Abuse in the Ituri Region (Bunia) in the United Nations Organization Mission in the Democratic Republic of the Congo, 5 April 2007, <<https://digitallibrary.un.org/record/599411>> erişim tarihi 14.02.2024.

United States Mission to the United Nations Press Release on Ambassador John D. Negroponte, United States Permanent Representative to the United Nations, Statement in the Security Council in Explanation of Vote on Renewal of the Mandate for the UN Mission in Bosnia and Herzegovina (2002) <<https://2001-2009.state.gov/p/io/rls/rm/2002/11564.htm>> erişim tarihi 21.02.2024.

United Nations Security Council Resolution 1325 (2000) <<https://peacemaker.un.org/node/105>> erişim tarihi 15.02.2024.

Y. 1.C.D. E: 2011/6102 K: 2012/3766 KT: 09.05.2012.

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN İŞGÜCÜ İHTİYACININ SÜREKLİLİĞİNİN TESPİTİ

*THE DETERMINATION OF THE PERMANENT NEED IN TERMS OF THE FIXED-TERM
EMPLOYMENT CONTRACTS*

Araştırma Makalesi
Artür KARADEMİR*

ÖZ

Niteliği gereği belirli süreli işler için belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilir. Bu tür işler işyerinde geçici bir ihtiyacı karşılamaktadırlar. Nitekim sürekli işgücü ihtiyacının karşılanması amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi akdedilemeyeceği kabul edilmektedir. O hâlde, hangi işlerin işyerinde süreklilik arz ettiğinin tespiti önem kazanmaktadır. Somut olayın özellikleri saklı kalmak kaydıyla, bu tespite esas olmak üzere öğretide ve uygulamada, işverenin faaliyet alanı, işçinin başka işlerde de çalıştırılıp çalıştırılmadığı, iş sözleşmesinin veya görev tanımının içeriği, ihbar tazminatı ödenip ödenmediği, işin bitmesinden sonra aynı işi yapan işçilerin iş sözleşmelerinin de sona erdirilip erdirilmediği, belirli süreli iş sözleşmelerinin sayısı, tarihi ve toplam süresi gibi ölçütler benimsenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Objektif Neden, Süreklilik, Faaliyet Alanı, Proje, İhale.

ABSTRACT

A fixed-term employment contract can be concluded for tasks which meet a temporary need in the workplace. It is contended that a fixed-term employment contract cannot be concluded in order to meet a permanent need. Therefore, it becomes important to determine which activities are permanent in the workplace. Without prejudice to the characteristics of the concrete case, some criteria, such as the employer's field of activity, or whether the employee is employed in other jobs, the content of the employment contract or job description, whether notice pay is paid, whether the employment contracts of

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1441788

Makalenin Geliş Tarihi: 23.02.2024

Makalenin Kabul Tarihi: 30.05.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi İngilizce İşletme Bölümü.

E-posta: arturkarademir@esenyurt.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2933-4106

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

employees doing the same job are terminated after the job is completed, are taken into account in the doctrine and practice when determining the legality of the fixed-term employment contract.

Keywords: Objective Reasons, Permanent Need, Field of Activity, Project, Tender.

EXTENDED ABSTRACT

Meeting a permanent need in the workplace under the guise of temporaryness is an abuse of the right to conclude a fixed-term employment contract. Thus, the examination regarding whether a permanent need is met through a fixed-term employment contract is actually an examination required by the principle of good faith. Undoubtedly, if the legal conditions for concluding a fixed-term employment contract, such as the presence of an objective reason or a written contract, are not met, the contract will be deemed to have an indefinite period. However, without prejudice to such cases, the principle of good faith requires the characteristics of the concrete case to be taken into account.

A fixed-term employment contract can be concluded for activities which meet a temporary need in the workplace. Therefore, it is contended that a fixed-term employment contract cannot be concluded in order to meet a permanent need. Thus, it becomes important to determine which activities are permanent in the workplace. Without prejudice to the characteristics of the concrete case, some criteria, such as the employer's field of activity, or whether the employee is employed in other jobs or workplaces, the content of the employment contract or job description, whether notice pay is paid, whether the employment contracts of employees doing the same job are terminated after the job is completed, are taken into account in the doctrine and practice when determining the legality of the fixed-term employment contract.

In this study, it is argued that the employer's field of activity or provisions in the employment contract stating that the employee can be employed in other jobs should not automatically cause the contract to be deemed to be of an indefinite period. The same approach should apply for the contractual provisions stipulating that the employer is entitled to transfer the employee to another workplace when necessary.

As for the tasks, which fall within the scope of the employer's field of activity, the legal ground of the above-mentioned approach is the need to take into account the characteristics of the concrete case. Indeed, various objective reasons may always arise, even if the task assigned to the employee falls within the scope of the employer's field of activity. Moreover, even if the task assigned to the employee falls within the scope of the employer's field of activity, it is possible that it will be a task that cannot be handled by the workforce in the workplace. Likewise, it may be possible that the relevant job requires specific expertise, even if it deals with the same line of work.

As for the contractual provisions stipulating that the employer is entitled to assign another job to the employee or transfer the employee to another workplace, the fact that a contract includes such a provision doesn't necessarily mean that the employer tries to abuse the right to conclude a fixed-term employment

contract since an objective reason may be present at the time of the conclusion of the contract. The question of how to inspect the foresight of the employer is one of the most debated issues in individual labour law. According to a rightful doctrinal view, the employer's foresight should only be made subject to an inquiry of bad faith. On the other hand, the employer may still be held accountable for his mistaken foresight when it can be understood from the other above mentioned criteria, which are adopted by the doctrine and the Court of Cassation, that it was impossible for the employer not to foresee the frequent or permanent need even in the presence of an objective reason at the time of the conclusion of the contract.

It is clear that successive employment contracts can be concluded if objective reasons exist. Therefore, the fact, which enables the existence of a system that allows successive employment contracts on the one hand, and on the other hand, the existence of a general principle, which preclude a fixed-term employment contract cannot be concluded in order to meet a permanent or frequent need, reveals a contradiction that seems difficult to reconcile. At this point, when determining whether the employer truly wishes to meet a temporary need, in other words, whether s/he wishes to abuse his right to conclude a fixed-term employment contract, the number and the total duration of the successive fixed-term employment contracts has to be taken into consideration aside from other characteristics of the concrete case, considering all the characteristics, as a whole, may have an impact on the conclusion of the problem.

GİRİŞ

Belirli süreli iş sözleşmesinin bariz ve ayırt edici özelliği sözleşmenin kararlaştırılan süre sonunda kendiliğinden sona ermesidir¹. Bu özelliği nedeniyle işçi belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sona ermesiyle kural olarak kıdem tazminatına hak kazanamamaktadır². Bunun gibi, iş güvencesinden yararlanma imkânının kanun

¹ Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (Beta Yayıncılık 2020) 70; Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi* (TÜHİS Yayınları 1998) 160.

² Sarper Süzek, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2023) 756; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion Yayıncılık 2022) 1172; Tankut Centel, *Introduction to Turkish Labour Law* (Springer 2017) 71; Süleyman Başterzi, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi İşçinin Haklı Menfaati' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423, 427; Yusuf Yiğit, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları' (2012) 14 (2) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 110, 113; Seracettin Göktaş, 'Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Akademik Personel Arasında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu', (2022) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 145, 171; Ertuğrul Yuvalı, 'Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2006) 33; Ceren Damar, 'İş Sözleşmesinde Süre Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2018) 45. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmesinin emeklilik sebebiyle veya sözleşmenin bitiş süresinden önce işverence haksız feshedilmesi yahut işçi tarafından haklı fesihle sona erdirilmesi halinde, şartları varsa kıdem tazminatına hak kazanılacağına yönelik Yargıtay uygulaması için bkz. İhtar Urhanoglu, 'Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi' (2022) 12 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 85,

gereği belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere hasredilmiş olması da belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına imkân vermemektedir³. Dahası, belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi nedeniyle bu sözleşmeye dayanarak çalışan işçiye feshin ihbar edilmesi gerekmediği gibi yeni iş arama iznine ilişkin hükümler de söz konusu işçiye uygulanmamaktadır⁴. Bu açıdan, öğretide, belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine nazaran işçinin aleyhine olduğu ifade edilmektedir⁵.

Hukukumuzda, belirli süreli iş sözleşmesi vasıtasıyla işçinin yukarıda zikredilen haklardan kolaylıkla mahrum kalmasını önlemek amacıyla belirli süreli iş sözleşmesinin yalnızca objektif koşullara bağlı olarak akdedilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁶ 11. maddesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin yalnızca “*belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak*” akdedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde de “*belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi ve bunların “objektif temellere” dayandırılması*” gerektiği ifade edilmiştir⁷. İş Kanunu'nun 11. maddesinde sayılan objektif koşulların ortak özelliği geçici bir işgücü ihtiyacının ortaya çıkmasıdır⁸. Dolayısıyla somut olaydaki koşulların geçici değil; sürekli

98. Aynı şekilde, objektif koşulun kanun gereği mevcut olduğunun kabul edildiği hallerde belirli süreli iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi veya sözleşmeyi yenilememe iradesinin işverenden gelmesi durumunda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı yönündeki Yargıtay uygulaması için bkz. Göktaş (n 2) 171.

³ Centel (n 2) 71; Başterzi (n 2) 427; Urhanoğlu (n 2) 96; Yiğit (n 2) 112; Yuvalı (n 2) 30.

⁴ Nurşen Caniklioğlu, ‘İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar’ iç Ali Cengiz Köseoğlu (edr), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2016) 159, 160-161; Göktaş (n 2) 171; Damar (n 2) 46-47.

⁵ Can Tuncay, ‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi’ *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011* (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 2013) 1, 43; Göktaş (n 2) 163.

⁶ RG., 10.06.2003; 25134.

⁷ Gerekçe için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf>> erişim tarihi 20.12.2023.

⁸ Ali Güzel, Ercüment Özkaraca ve Deniz Ugan, ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları’ in Süleyman Başterzi (ed) *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt 1* (Beta Yayıncılık 2011) 475, 521; Talat Canbolat, ‘Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi’ (2007) 4 (13) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 187, 195.

bir işgücü ihtiyacına işaret etmesi halinde, iş sözleşmesinin kural olarak belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir⁹. Öyleyse, öncelikle objektif koşul kavramının açıklanmasında, daha sonra ise ihtiyacın süreklilik arz edip etmediğinin hangi ölçütlere göre değerlendirilebileceğinin açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

I. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNDE ARANAN OBJEKTİF KOŞULLAR

A. Objektif Koşul Kavramı

İş Kanunu'na tâbi iş ilişkileri açısından belirli süreli iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için ihtiyaç duyulan “objektif koşul” sınırlaması Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan Belirli Süreli İş Sözleşmesi Hakkında Çerçeve Anlaşma¹⁰ esas alınarak pozitif hukukumuzda dahil edilmiştir. Yargıtay da belirli

⁹ Yargıtay 9 HD, E 2006/20114 K 2007/6285, 12.03.2007. Kararı isabetli bulan inceleme için bkz. Hakan Keser, ‘İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi’ (2008) (10) Sicil İş Hukuku Dergisi 111, 112 vd. Ayrıca, yasal şartları taşımaması halinde taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilen bir iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılacağına ilişkin bkz. Münir Ekonomi, ‘4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme’ (2006) 3 (9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 15, 26; A. Can Tuncay, ‘Brief History and Flexibilisation Efforts of Turkish Labour Law’ (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341, 355; Süzek (n 2) 205; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2014) 220; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (Beta Yayıncılık 2014) 331 vd.; Gülsevil Alpagut, ‘4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi’ (2004) (33) Mercek 73, 77; Canbolat (n 8) 191; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 42; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 49; Keser (n 9) 113; İştâar Urhanoglu Cengiz, ‘4857 sayılı İş Kanununun Avrupa Birliğinin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi’ (2008) 23 (1) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 77, 81; Çiğdem Yorulmaz, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları’ 1 (24) Çalışma ve Toplum Dergisi 203, 204. Belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa akdedilmesinde objektif koşulların mevcut olmasının gerekmediği yönünde karşı. Savaş Taşkent, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi’ (2006) 3 (9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 33, 34 vd. Sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun işveren tarafından ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönündeki Yargıtay uygulamasının gelişimi için ise bkz. Ercüment Özkaraca, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Bakiye Süre Ücreti ile Cezai Şart İlişkisi’ (2023) (150) Tekstil İşveren Dergisi 1, 4-5; Canan Ünal Adınır, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi’ (2021) 79 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 797, 813 vd.

¹⁰ Bkz. Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 on the concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0070>>, erişim tarihi 20.12.2023. Çerçeve Anlaşma hakkında ayrıca bkz. Sudabeh Kamanabrou, ‘Das Recht der Kettenbefristung in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten’ (2016) 7 NZA 385, 385 vd.; Sudabeh Kamanabrou, ‘Successful Rules on Successive

sürelî iş sözleşmesini konu edinen bazı olaylarda haklı olarak Çerçeve Anlaşma'ya referans vermek suretiyle hüküm kurmaktadır¹¹.

Çerçeve Anlaşma'nın *Giriş* bölümü ile *Genel Düşünceler* bölümünde, iş ilişkilerindeki esneklik ile işçinin korunması arasındaki dengeye atıf yapılmış, belirli süreli iş sözleşmelerinin işverenin ve işçinin ihtiyaçlarına karşılık verebileceği ifade edilmiştir. Fakat asıl olan istihdam modelinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır. Belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gereken asgari koşulları düzenleyen Çerçeve Anlaşma ile bu koşulların uygulanmasında milli, sektörel ve mevsimsel gerekliliklerin taraf devletlerin takdir yetkisi¹² çerçevesinde göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca objektif koşulların belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkının kötüye kullanılmasını önleyici rolü vurgulanmıştır.

Çerçeve Anlaşma'nın 5. maddesi uyarınca taraf devletler, kötüye kullanımın önlenmesi amacıyla zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin maddede sayılan önlemlerden bir veya birkaçına tâbi olmalarını sağlayacaklardır. Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenebilmesi için yenilemeyi haklı gösteren objektif nedenlerin varlığı, maddede sayılan önlemler arasında gösterilmiştir.

Fixed-Term Contracts?' (2017) 33 (2) International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 221, 221 vd.; Stefan Greiner, 'Das „Hinausschieben“ von Altersgrenzen und seine Vereinbarkeit mit europäischem Befristungs- und Antidiskriminierungsrecht' (2018) 2 RdA 65, 69 vd.; Sven Persch, 'Der Prüfungsgegenstand der Entfristungskontrolle im Lichte der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG' (2011) 19 NZA 1068, 1070; Anne Röthel, 'Europäische Rechtsetzung im sozialen Dialog Zur Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse' (2000) 2 NZA 65, 65 vd.; Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union, Band 1*, (81. Auflage, C.H. Beck 2024) AEUV Art. 153 Rn. 63-64; Meike Kuckuk, 'Missbrauchskontrolle bei der Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung' (2019) 1 NZA 22, 22 vd.; Lourdes Mella Méndez, 'The Transposition of Council Directive 99/70/EC of 28 June 1999 on Fixed-term Work into Spanish Labour Law: Some Critical Aspects following the 2011 and 2012 Reforms' (2012) 1 (1-2) E-Journal of International and Comparative Labour Studies 69, 74-75; Markus Sädevirta, 'A Comparative Study of the Regulation Governing the Use of Fixed-Term Contracts in Three Eu Member States' (DPhil thesis, University of Helsinki 2013) 35 vd.

¹¹ Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2022/1072 K 2022/3909, 22.03.2022; Yargıtay 22 HD, E 2017/34697 K 2020/9344, 09.07.2020; Yargıtay 7 HD, E 2016/20590 K 2016/19961, 24.11.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹² Bu yetkinin sınırsız olmadığı açıktır. Açıklama için bkz. ABAD, 04.06.2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler ve Diğerleri v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, para. 68, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

“Objektif neden” Çerçeve Anlaşma’da tanımlanmamıştır. Dolayısıyla objektif neden kavramının içeriği Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından şekillenmektedir. Bu bağlamda örneğin Divan’ın *Adeneler* kararında¹³, sözü edilen kavramın anlamının objektif nedenlerin amacından hareketle belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. İlgili karara göre, Çerçeve Anlaşma bağlamında objektif nedenler, “*belirli bir faaliyeti karakterize eden kesin ve somut koşullar*”a işaret etmektedir. Bu koşullar, belirli süreli iş sözleşmesiyle amaçlanan işin “*doğasından ve karakteristik özelliğinden ya da taraf devletin meşru bir sosyal politika hedefine ulaşma çabasından*” kaynaklanabilmektedir¹⁴.

Türk iş hukukunda belirli süreli iş sözleşmesinin akdedilebilmesi için gerekli olan nedenler, bir başka deyişle objektif koşullar, İş Kanunu’nun 11. maddesinde yer almaktadır. Sözü edilen maddede üç tür objektif koşul zikredilmektedir. Buna göre, “*belirli süreli işlerde*”, “*belli bir işin tamamlanması*” amacıyla veya “*belirli bir olgunun ortaya çıkması*” sonucunda belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilecektir. Mezkur maddede zikredilen objektif koşullar sınırlı sayıda gösterilmemiştir. Burada ifade edilen koşullara benzer diğer hallerde de belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilecektir¹⁵. Bu bağlamda, öğretide, sahne sanatçılarıyla¹⁶ veya teknik direktörlerle¹⁷ de belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebileceği belirtilmektedir¹⁸. Keza, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun¹⁹ 9. maddesi kapsamında çalışan yönetici ve öğretmenler gibi belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesinin kanunla öngörüldüğü durumlarda da sözleşmenin gerek ilk

¹³ ABAD, 04.06.2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler ve Diğerleri v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, para. 60, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁴ ibid, para. 69-70.

¹⁵ Süzek (n 2) 250; Tuncay (n 5) 43; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 520; Centel (n 2) 72; Narmanlıoğlu (n 9) 219; Canbolat (n 8) 194; Başterzi (n 2) 425; Urhanoğlu Cengiz (n 9) 80; Ünal Adınır (n 9) 807. Kanunda sayılan objektif koşullara benzer hâllere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Yiğit (n 2) 141 vd.

¹⁶ Süzek (n 2) 255; Caniklioğlu (n 4) 165; Alpagut (n 1) 90; Yiğit (n 2) 141; Yuvalı (n 2) 57; Yorulmaz (n 9) 210.

¹⁷ Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 130. Teknik direktörlerle ilgili Yargıtay uygulaması için bkz. Mustafa Alp, ‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’ Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 11, 52.

¹⁸ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 541.

¹⁹ RG., 14.02.2007, 26434.

defa akdedilmesinde gerekse yenilenmesi halinde objektif koşulun bulunduğu kabul edilmektedir²⁰.

Öğretide, objektif koşullar, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesini haklı gösteren durumlar biçiminde tanımlanmaktadır²¹. Kanaatimizce de, İş Kanunu'nun 11. maddesi ile Çerçeve Anlaşma'nın amacından hareket edilecek olursa, bu koşullar, belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkının kötüye kullanılmasını önleme yöntemi olarak nitelendirilebileceklerdir²².

Yargıtay da objektif koşulun amacından hareket etmekte ve “*belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması için kullanılmamalı ve bu yönde kötüniyetli uygulamalar korunmamalıdır*” biçiminde görüş bildirerek objektif koşul kavramından ne anlaşılması gerektiğinin kanunda açıklanmamış olduğunu; bu kavramın zaman içinde yargı kararları ve öğreti görüşleriyle şekilleneceğini belirtmektedir²³.

B. İş Kanunu'nda Sayılan Objektif Koşul Türleri

1. Belirli Süreli İşler

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için İş Kanunu'nun 11. maddesinde örnek olarak gösterilen objektif koşullardan ilki işin belirli süreli bir iş olmasıdır. Maddede geçen “*belirli süreli iş*” biçimindeki ifadenin “*niteliği gereği belirli süreli iş*”

²⁰ Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2016/35247 K 2020/18776, 16.12.2020; Yargıtay 22 HD, E 2017/30165 K 2020/6706 15.06.2020, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebileceğini düzenleyen yasal düzenlemenin işin niteliğiyle ilişkilendirilmemesi durumunda tek başına objektif koşul şartını sağlamayacağına; aksi kabulün, asıl olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğuna dair kuralı anlamsız kılacağına ilişkin karşı ABAD, 04.06.2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler ve Diğerleri v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, para. 73-74; ABAD, 23.04.2009, C-378/07, *Kiriaki Angelidaki and Others v Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, para. 99-100; ABAD, 10.03.2011, C-109/09, *Deutsche Lufthansa AG v Gertraud Kumpan*, para. 43, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

²¹ Ali Güzel ve Emre Ertan, ‘Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenme Koşulları’ (2008) 5 (18) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 395, 409; Ünal Adınır (n 9) 806.

²² Aynı yönde bkz. Mikdat Güler, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesi’ (2005) 2 (5) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 27, 551.

²³ Yargıtay 9 HD, E 2007/24446 K 2008/20554, 17.07.2008, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

olarak anlaşılması gerekmektedir²⁴. Yoksa taraflarca sürelendirme yapılmış olması belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için tek başına yeterli değildir²⁵. Öğretide haklı olarak, fuar, sergi, konferans işleri ile bilgisayar kurulumu gibi işler nitelikleri gereği belirli süreli işler arasında sayılmaktadır²⁶.

2. Belli Bir İşin Tamamlanması

Belli bir işin tamamlanması da İş Kanunu'nun 11. maddesinde objektif koşullar arasında zikredilmektedir. Belli bir işin tamamlanması biçiminde ifade edilen objektif koşul, ilk defa başlanacak bir iş için gündeme gelebileceği gibi, önceden başlanmış bir işin bitirilmesi için de söz konusu olabilir²⁷. Öğretide, bir binanın inşası veya projenin bitirilmesi gibi işler için akdedilen belirli süreli iş sözleşmelerinin genel olarak objektif koşulları taşıdıkları kabul edilmektedir²⁸.

3. Belirli Bir Olgunun Ortaya Çıkması

İş Kanunu'nun 11. maddesi belirli süreli iş sözleşmesini "... belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak ... yapılan iş sözleşmesi" biçiminde tanımlamaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesinin belli bir olgunun ortaya çıkmasına bağlı olarak akdedilmesine örnek olarak, öğretide baskın biçimde, süreklilik arz eden bir işte çalışan işçinin hastalık veya benzeri nedenlerle iş görme edimini geçici bir süreyle ifa edemeyecek olması nedeniyle eksikliğin başka bir işçiyle ikame edilmesi²⁹ yahut acil bir siparişin ortaya çıkması gösterilmektedir³⁰.

²⁴ Süzek (n 2) 253; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 537.

²⁵ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 537.

²⁶ Bkz. Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 537; Canbolat (n 8) 195; Ünal Adınır (n 9) 808. Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E 2017/10 K 2019/1, 08.03.2019, Legalbank, erişim tarihi 27.05.2024.

²⁷ Süzek (n 2) 254; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 539; Göktaş (n 2) 167; Ünal Adınır (n 9) 809.

²⁸ Süzek (n 2) 253; Centel (n 2) 72; Göktaş (n 2); Ünal Adınır (n 9) 809.

²⁹ Çerçeve Anlaşma bağlamında bu durumun objektif neden kabul edilebileceği yönünde bkz. ABAD, 19.03.2020, C-103/18, *Domingo Sánchez Ruiz and Others v Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*, para. 73, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

³⁰ Örnekler için bkz. Süzek (n 2) 254; Centel (n 2) 72; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 2) 404; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 528; Sümer (n 9) 46; Keser (n 9) 114; Süleyman Başterzi, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının

Belirli bir olgunun ortaya çıkması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için o olgunun belirli süreli iş sözleşmesi akdetmeyi haklı göstermesi gerekmektedir. Aksi hâlde, işçinin salt belli bir yaşa gelmiş olması, İş Kanunu'nun 11. maddesinde gösterilen "belirli bir olgunun ortaya çıkması" ölçütünü sağlamayacaktır³¹. Yine, iş sözleşmesinin işçinin emekli olmasına kadar devam edeceğinin kararlaştırılması da somut olayda belirli süreli iş sözleşmesinin bulunduğunu göstermemektedir³². Aynı şekilde, ekonomik dalgalanmalar belirli süreli iş sözleşmesinin akdedilmesinde objektif koşul olarak değerlendirilmemektedir³³.

C. İş Kanunu'nda Sayılan Objektif Koşulların Ortak Özellikleri

İş Kanunu'nda sayılan objektif koşulların ortak özellikleri, bu koşulların yarattığı işgücü ihtiyacının geçici olması ve işgücü ihtiyacına sevk olunan sürenin işçi tarafından bilinen veya açıkça öngörülebilir belirli bir süre olmasıdır³⁴. Bu bağlamda, belli bir işin tamamlanması amacıyla istihdam edilen işçinin çok büyük bir projede çalıştırılması nedeniyle projenin sona erme tarihinin yaklaşık olarak dahi öngörülemez olması durumunda taraflar arasındaki sözleşme belirsiz süreli sayılacaktır³⁵. Aynı şekilde, işçinin başka bir işçinin hastalığı nedeniyle ortaya çıkan pozisyon boşluğunu geçici olarak doldurmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilmesi durumunda da iş sözleşmesi askıda olan işçinin ne zaman iş başı yapacağını öngörülebilir olması gerekmektedir³⁶.

Değerlendirilmesi' *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009* (Kamu-İş 2011) 3, 62-63; Göktaş (n 2) 167; Yorulmaz (n 9) 212-213.

³¹ ABAD, 22.11.2005, C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, para 64-65, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023. Aynı yönde bkz. Alpagut (n 1) 93; Başterzi (n 28) 63; Yuvalı (n 2) 53; Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 332; Ünal Adınır (n 9) 810.

³² Yargıtay 9 HD, E 2015/35263 K 2016/731, 14.01.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

³³ Süzek (n 2) 254; Alpagut (n 9) 79; Başterzi (n 28) 63.

³⁴ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 521; Ali Güzel, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi - Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart' (2022) 3 (74) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 1705, 1708; Canbolat (n 8) 195.

³⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 2) 403-404; Süzek (n 2) 261; Yargıtay 9 HD, E 2003/2474 K 2003/15155, 22.09.2003, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

³⁶ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 528.

Kanaatimizce, sözleşmede takvim biçiminde belirli bir süre kararlaştırılmamış olması hâlinde, örneğin hastalık nedeniyle geçici süreyle işyerinden ayrılan bir işçinin yerine belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen diğer işçiye sağlık raporu süresinin ne zaman dolacağına yaklaşık olarak dahi olsa bildirilmesi gerekmektedir. Zira yeni istihdam edilen işçinin diğer işçiyi tanımadığı; sağlık raporunun süresiyle ilgili hiçbir biçimde bilgi sahibi olamayacağı hâllerde, işgücü ihtiyacı işveren açısından geçici olsa dahi, sözleşmenin sona ereceği tarihin bilinen veya açıkça öngörülebilir bir süre olması koşulu belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilen işçi açısından yerine getirilmemiş olmaktadır³⁷.

İş Kanunu'nda “*belirli süreli işler*”, “*belli bir işin tamamlanması*” veya “*belirli bir olgunun ortaya çıkması*” biçiminde sayılan objektif koşulların geçici bir ihtiyaca işaret etmesi, örnek olarak gösterilen bu durumların esasen “*belirli süreli*” olma özelliklerini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, öğretide haklı olarak, kanunda sayılan objektif koşulların birbirlerinden kesin sınırlarla ayırt edilmesinin mümkün olmadığı; birbirleri ile birçok noktada kesiştikleri; “*belirli süreli işler*” biçiminde ifade edilen objektif koşulun pekâlâ, “*belirli bir işin tamamlanması*” veya “*belirli bir olgunun ortaya çıkması*”nı da içerebileceği ifade edilmektedir³⁸.

Objektif koşullar nitelikleri gereği geçici bir ihtiyacı konu edinmeleri sebebiyle belirli süreli iş sözleşmeleri, işyerinde sürekli bir ihtiyacı karşılamaya yönelik olarak akdedilemeyecektir³⁹. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı da pek çok kararında sürekli bir ihtiyacı karşılamak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesinin kurulamayacağını vurgulamaktadır. Aksi kabul, Çerçeve Anlaşma'nın üzerinde şekillendiği, belirsiz süreli

³⁷ Karş. “*Bu durumu örneklendirecek olursak, analık izninde bulunan bir işçinin yerine başka bir işçinin işe alınmasında, süre öngörülebilir bir nitelik taşımaktadır ve bu itibarla da sürelendirmenin ve dolayısıyla belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir.*” Açıklama için bkz. Yuvalı (n 2) 12.

³⁸ Canbolat (n 8) 195; Alpagut (n 9) 79; Başterzi (n 28) 62; Yiğit (n 2) 138; Asiye Şahin Emir, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle’ (2016) 18 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113, 127.

³⁹ Güzel, Özkara ve Ugan (n 8) 521; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (Vedat Yayıncılık 2012) 215.

iş sözleşmesinin asıl olduğu biçimindeki temel ilkeye aykırılık teşkil edecektir⁴⁰. Bu noktada, ihtiyacın süreklilik arz ettiğinin nasıl belirleneceği sorusu, belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilip akdedilemeyeceğinin tespiti açısından önem kazanmaktadır.

II. SÜREKLİ İHTİYAÇ İÇİN BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ AKDEDİLMESİ

A. Öğretideki Görüşler

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için gereken objektif koşulların ihdas amacı sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması suretiyle işçinin yasal güvencelerden mahrum bırakılmasının önlenmesidir. Bu da, doğal olarak belirsiz süreli bir iş için belirli süreli iş sözleşmesi akdetmenin “kural olarak” mümkün olmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu esas öğretiden tarafından da takip edilmektedir⁴¹. Öte yandan, objektif koşulların ortaya çıkması halinde işyerinde süreklilik arz eden bir iş için dahi belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilecektir⁴². Nitekim öğretilerde de acil bir siparişin ortaya çıkması hâlinin bu duruma örnek gösterildiği yukarıda belirtilmişti. Buna karşılık, acil bir siparişin ortaya çıkması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebileceğine ilişkin önermenin bir çekinceyle kabulünün mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bazı yazarlara göre, şayet ortaya çıkan olgu işyerinin mutad faaliyetine göre sıklıkla gerçekleşmekte ve işgücü ihtiyacının sürekli olduğunu göstermekteyse, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir⁴³.

⁴⁰ Bkz. ABAD, 04.06.2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler ve Diğerleri v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, para. 61; ABAD, 13.01.2022, C-282/19, *YT and Others v Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR and Ufficio Scolastico Regionale per la Campania*, para. 105; ABAD, 13.03.2014, C-190/13, *Antonio Márquez Samohano v Universitat Pompeu Fabra*, para. 56; ABAD, 19.03.2020, C-103/18, *Domingo Sánchez Ruiz and Others v Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*, para. 76, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

⁴¹ Canbolat (n 8) 195. Aynı yönde bkz. Gaye Baycık, ‘İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’ *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 7, 141.

⁴² Güzel (n 32) 1709; Yiğit (n 2) 136; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 37) 215.

⁴³ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 527; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 37) 215. Aynı yönde bkz. Alpagut (n 1) 96 vd.; Yuvalı (n 2) 53. Avrupa Birliği Adalet Divanı’na göre de ihtiyaç veya aciliyet nedeniyle gerçekleştirilecek istihdam, sürekli işgücü ihtiyacını karşılama amacına yönelmediği müddetçe Çerçeve Anlaşma bağlamında objektif neden kabul edilmektedir. Açıklamalar için bkz. ABAD, 19.03.2020, C-

Öğretide, ihale ile alınan işler açısından ise görüş birliği bulunmamaktadır. İleri sürülen bir görüşe göre kanunda “belirli süreli işler” biçiminde anılan koşuldaki işçinin alınıp da çalıştırılacağı işin belirli süreli olması anlaşılmalıdır. Bu görüşteki yazarın verdiği örnek uyarınca, işveren ihaleyle iş almışsa ve işçiyi de bu işte çalıştırmak üzere istihdam ediyorsa, bu işin süresiyle sınırlı biçimde belirli süreli iş sözleşmesi akdetmek mümkün olmalıdır⁴⁴. Benzer bir görüş de işverenin ihale ile iş üstlenmiş olmasının, aynı konuda başka ihaleler de üstleneceğini kesin olarak göstermediğini ifade etmektedir⁴⁵.

Öğretide ileri sürülen aksi görüşe göre süreklilik arz eden işin salt ihale süresine bağlanmış olması belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için yeterli değildir⁴⁶. Zira esas olan, sözleşmenin ihale süresine bağlanmış olması değil, işin niteliği, yani sürekli işgücü ihtiyacı doğurup doğurmadığıdır⁴⁷. İşin ihaleyle alınması işverenin faaliyet alanından kaynaklanan bir özellik ise; yani belirli süreli iş sözleşmesi zaten işverenin iş yapma modelinden kaynaklanıyorsa sözleşme belirsiz süreli kabul edilmelidir⁴⁸. Buna karşılık, ihale ile alınan işlerde hiçbir surette belirli süreli iş sözleşmesi akdedilemeyeceği sonucuna da ulaşılmamalıdır. Nitekim iş sözleşmesinin salt ihale süresine bağlanmış olmasının kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi akdetme imkânı vermeyeceğini savunan bazı yazarlara göre iş sözleşmesi ihale süresine bağlanmış olmakla birlikte, işyerinin mevcut işçi kapasitesi ile ihaleyi yürütemeyeceği anlaşılıyorsa ve dolayısıyla geçici bir

103/18, *Domingo Sánchez Ruiz and Others v Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud)*, para. 80, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023. Öte yandan somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak değerlendirme yapmak gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. ABAD, 26.01.2012, C-586/10, *Bianca Küçük v Land Nordrhein-Westfalen*, para. 56, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

⁴⁴ Akyiğit (n 19) 129.

⁴⁵ Talat Canbolat, ‘Genel Görüşme’ *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 152.

⁴⁶ Süzek (n 2) 254; Centel (n 2) 72; Caniklioğlu (n 4) 166; Yiğit (n 2) 137; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 37) 230.

⁴⁷ Süzek (n 2) 254; Alp (n 19) 49-50.

⁴⁸ Kübra Doğan Yenisey, ‘İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’ *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 7, 67.

işgücü ihtiyacı söz konusu ise⁴⁹ yahut ihale ile alınan işin işyerinin mutad faaliyetinin dışındaki bir iş olması durumunda⁵⁰ objektif koşulun var olduğu kabul edilebilecektir.

B. Yargı Uygulaması

1. Genel Olarak

Uygulamada, yapılan işin işyerinde süreklilik arz eden bir faaliyete ilişkin olması durumunda iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasını gerektiren başka bir objektif koşul da yoksa iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilmektedir⁵¹. Nitekim, köprü inşaatında montajcı olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi, montaj işinin işyerinde süreklilik arz etmesi nedeniyle belirsiz süreli sayılmıştır⁵². Bunun gibi, işçinin Toplu Konut İdaresi'nden alınan ihale kapsamında elektrik ustası olarak çalıştığı olayda işçi ile 4 aylık süre için iş sözleşmesi yapılmış olmasının iş sözleşmesine belirli süreli olma özelliği kazandırmadığı tespit edilmiştir⁵³. Yapılan işin süreklilik arz eden bir iş olması nedeniyle, ihale süresinin bitimiyle sona eren sözleşme de belirsiz süreli sayılmıştır⁵⁴. Yine, Yüksek Mahkeme, *“ihale konusu işin faaliyet devam ettiği sürece mevcut ve devamlı bir iş olup olmadığı belirlenmelidir. Sürekli ve devam eden bir iş olması halinde sırf ihalenin süreli olmasının işi belirli süreli yapmayacağı da ortadadır”* biçiminde hüküm kurmuştur⁵⁵. Benzer şekilde, güvenlik işinin işyerindeki sürekliliği nedeniyle iş sözleşmesinin ihale süresiyle sınırlandırılması tek başına sözleşmeye belirli süreli olma özelliği kazandırmamaktadır⁵⁶.

⁴⁹ Caniklioğlu (n 4) 166; Gülsevil Alpagut, ‘Genel Görüşme’ Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri’nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020 (On İki Levha Yayıncılık 2021) 156-157; Doğan Yenisey (n 46) 67.

⁵⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 37) 230.

⁵¹ Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2006/5115 K 2006/14969, 22.05.2006; Yargıtay 9 HD, E 2006/20114 K 2007/6285, 12.03.2007; Yargıtay 9 HD, E 2016/2591 K 2017/16061, 18.10.2017; Yargıtay 22 HD, E 2012/6173 K 2012/27097 03.12.2012; Yargıtay 22 HD, E 2014/26117 K 2016/183, 11.01.2016; Yargıtay 22 HD, E 2017/29111 K 2020/5509 03.06.2020, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵² Yargıtay 9 HD, E 2016/25914 K 2017/16061, 18.10.2017, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵³ Yargıtay 9 HD, E 2011/52112 K 2014/4688, 17.02.2014, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁴ Yargıtay 22 HD, E 2013/17779 K 2013/21185, 08.10.2013, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁵ Yargıtay 7 HD, E 2016/19648 K 2016/20546, 06.12.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Aynı yönde bkz. İzmir BAM 9 HD, E 2017/1362 K 2018/798, 18.05.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁶ Yargıtay 7 HD, E 2016/11702 K 2016/17209, 24.10.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Temizlik işi açısından aynı yönde bkz. Yargıtay 22 HD, E 2014/11304 K 2014/11154, 05.05.2014, Legalbank,

Keza, Yargıtay'ın diğere bir kararına konu olan olayda, bilgisayar programcısı olarak görev yapan işçi çeşitli projeler kapsamında ve ilgili projelerin süreleriyle sınırlı olarak iş görmüştür. Somut olaydaki sözleşmeyi belirsiz süreli olarak kabul eden Yüksek Mahkeme çalışmaların art arda yenilenen sözleşmelerle kesintisiz biçimde devam ettiğini de göz önüne alarak işçinin süreklilik arz eden bir işi görmek üzere çalıştırıldığına işaret etmiştir⁵⁷.

Yargıtay, bazı kararlarında, belli bir proje kapsamında çalıştırılan işçilerin iş sözleşmelerini belirli süreli saymıştır. Bu bağlamda, bir kararında “işçinin sadece işverenin bir projesinde çalıştırılması kaydıyla işe alınması durumunda projeye bağlı olarak iş sözleşmesinin de belirli süreli yapılması mümkündür” biçiminde hüküm kurmuştur⁵⁸. Bir diğere somut olayda, davacı işçinin alışveriş merkezi projesinde proje süresince çalıştığı ve proje bitim tarihi itibarıyla da iş sözleşmesinin sona erdiği olayda işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilmiştir⁵⁹. Aynı şekilde, davacı işçinin davalı üniversitede yer alan inşaat işinde inşaatın proje sorumlusu ve şantiye şefi olarak çalıştığı bir olayda, davacı ile yapılan ilk sözleşmenin belirli süreli olduğu, zira davacının yapacağı iş yönünden objektif koşulun mevcut olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁰. Bunun gibi, ihale ile “İSKİ Atıksu Arıtma Tesisleri” işini alan işveren nezdinde teknik personel olarak çalışan işçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştığına karar verilmiştir⁶¹.

İş sözleşmelerinin belirli süreli sayıldığı kararlar incelendiğinde, somut olay özelinde işçinin sürekli bir ihtiyacı karşılamak amacıyla çalıştırılıp çalıştırılmadığına ilişkin detaylı açıklamalar yapılmadığı görülmektedir. Dava konusu işler benzer olmasına rağmen, bazı işçilerle akdedilen iş sözleşmeleri belirsiz süreli, bazıları ise belirli süreli sayılmıştır. Bu bağlamda neden bazı işçilerin belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştıklarının

erişim tarihi 20.12.2023. Ulaşım hizmetleri açısından aynı yönde bkz. Yargıtay 22 HD, E 2011/11034 K 2012/5991, 29.03.2012, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁷ Yargıtay 22 HD, E 2011/10181 K 2012/3874, 12.03.2012, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁸ Yargıtay 22 HD, E 2012/2259 K 2012/16829, 13.07.2012; Yargıtay 22 HD E 2012/23839 K 2012/23764 K 30.10.2012; Yargıtay 9 HD, E 2021/4882 K 2021/9063, 18.05.2021, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁵⁹ Yargıtay 22 HD, E 2017/25587 K 2019/24390, 24.12.2019, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶⁰ Yargıtay 22 HD, E 2017/17330 K 2018/24378, 14.11.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶¹ Yargıtay 9 HD, E 2015/33425 K 2019/5727, 14.03.2019, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

açıklanmasında fayda bulunmaktadır. Bu açıdan, işgücü ihtiyacının süreklilik arz edip etmediğinin tespit edilmesinde mahkemeler tarafından dikkate alınan bazı ölçütlerin ortaya konulması yararlı olacaktır.

2. İhtiyacın Sürekliliği Açısından Uygulamada Dikkate Alınan Bazı Ölçütler

a. İşverenin Faaliyet Alanı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan olayda, davalı şirketin şantiyesinde formen olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilirken, davalı işverenin inşaat alanında faaliyet gösteren şirket olmasına vurgu yapılmıştır⁶². Yine, aynı Daire, iş makinesi operatörü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesini davalı şirketin faaliyet konularından birisinin “*alt yapı ve üst yapı inşaatlarını yapmak, taşeron firma olarak devralmak ya da devretmek*” olduğundan bahisle belirsiz süreli saymıştır⁶³. Daire'nin diğer bir karara konu olan olayda ise silindir operatörü olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi “*davalı şirketin faaliyet alanı ve bu faaliyetin devamlılığının esas olması*” dikkate alınarak belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmiştir⁶⁴.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında verdiği bir karar uyarınca da, doğalgazlı araç üretim projesinde ve proje süresince çalıştırılmak üzere istihdam edilen montaj işçisinin iş sözleşmesi “*davacının yaptığı montaj işçiliği olup, özellik gerektirmemektedir. Davalı işveren otobüs ve kamyon üretimi yapmaktadır. Üretim süreklilik arz etmektedir*” denilmek suretiyle belirsiz süreli sayılmıştır⁶⁵.

Aynı esaslar Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından da takip edilmiştir. Davacı işçinin uzun yıllardan beri bu meslekte olan bir işçi olup tecrübesinden yararlanılmak üzere belirli süreli iş sözleşmesi akdedildiğinin iddia edildiği olayda, Yüksek Mahkeme, “*davalı firmanın faaliyet alanı ve davacının yaptığı iş beraber değerlendirildiğinde belirli*

⁶² Yargıtay 22 HD, E 2014/25217 K 2015/35562, 23.12.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶³ Yargıtay 22 HD, E 2016/9394 K 2019/6152, 14.03.2019, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶⁴ Yargıtay 22 HD, E 2014/6398 K 2015/18944, 28.05.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶⁵ Yargıtay 9 HD, E 2007/30736, K 2008/10339, 28.04.2008, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

sürelî iş sözleşmesi yapılabilmesi için gerekli objektif koşulun olmadığı” sonucuna ulaşmıştır⁶⁶.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de 2018 yılında verdiği bir kararında, davalı işverenin devamlılık arz eden faaliyet alanının otoyol ve köprü inşaatı olduğunu, demirci ustalığının işverenin faaliyet alanı dışında bağımsız bir iş olmadığını vurgulayarak, demirci ustası olan davacı işçinin sözleşmesini, niteliği itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul etmemiştir. Neticeten, davacı işçinin yaptığı demirci ustalığı işi, niteliği itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren işlerden sayılmamıştır⁶⁷.

İşyerindeki sürekli bir ihtiyacı karşılamak amacıyla kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi yukarıda da ifade edildiği üzere mümkün değildir. Öte yandan, “sürekliliğe” verilecek anlam ile işverenin işin sürekli veya geçici olacağına ilişkin öngörüsünün nasıl denetleneceği sorusuna verilecek cevap önem taşımaktadır. Bu noktada belirtmek gereklidir ki, zikredilen karar metinlerinden işverenin kaydî faaliyet alanının mı, yoksa fiili olarak ağırlıklı biçimde yaptığı işlerin mi dikkate alındığı anlaşılamamaktadır. Ancak kaydî faaliyet alanının tek başına hükme esas alınmaması gerektiği de açıktır. Ayrıca, işverenin ister kaydî, isterse fiili faaliyet alanı dikkate alınsın, belirli süreli iş sözleşmesine konu işin işverenin faaliyet alanından bağımsız olmaması tek başına somut olayda objektif koşulların bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Yani, davacı işçinin yaptığı iş süreklilik arz etse de somut olayda belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi için objektif koşullar mevcut olabilir. Bu duruma, öğretide, işi süreklilik arz etmekle birlikte iş sözleşmesi geçici bir süreyle askıya alınan işçinin boşalttığı pozisyonun, başka bir işçiyle geçici bir süre için telafi edilmek durumunda kalınması örnek olarak gösterilmektedir⁶⁸.

Fiili olarak süreklilik arz eden bir işte ortaya çıkabilecek tek objektif koşul, iş sözleşmesi askıya alınan işçinin, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılacak diğer bir işçiyle ikâme edilmesi değildir. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, işletmeye bağlı

⁶⁶ Yargıtay 7 HD, E 2015/804 K 2016/7233, 28.03.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶⁷ İstanbul BAM 32 HD, E 2017/1419 K 2018/1483, 30.11.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁶⁸ Bkz. Süzek (n 2) 252; Canbolat (n 8) 195.

teknik bir sorunun çözümünün gerekmesi halinde⁶⁹ veya işyerinde çalışan işçilerle yerine getirilemeyecek nitelikte bir işin yapılması ihtiyacı da belirli süreli iş sözleşmesi akdetmeyi gerektiren objektif koşulu oluşturabilir⁷⁰. Örneğin, ağırlıklı olarak piston motorlu uçaklara ilişkin bakım faaliyetinde bulunan bir işverenin türbin motorlu bir uçağın bakımı için uçak sahibiyle anlaşması halinde, salt bu anlaşmada çalıştırılmak üzere türbin motorlu uçak bakım lisansına sahip bir işçiyle belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesinde objektif koşulun bulunduğu kabul edilmelidir. Öte yandan, şayet işverenin salt faaliyet alanı dikkate alınacak olsaydı, (türbin motorlu) uçak bakımının işverenin faaliyet alanından bağımsız bir iş olmadığı; dolayısıyla süreklilik arz eden bir iş olduğu ve işçiyle belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilecekti. Oysa, hava aracı bakımı örneğinde olduğu gibi, bir faaliyet alanının kendi içerisinde kısımlara bölünmesi nedeniyle her bir kısmın ayrı bir uzmanlık gerektirebileceği unutulmamalıdır. Belirtelim ki, bu önerme işçinin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmemektedir. Aksine, bizzat işin ilgili kısmının ayrı bir uzmanlık veya nitelik gerektiriyor oluşu, genel olarak o faaliyet alanı içerisinde “*belli bir olgunun ortaya çıktığını*” göstermektedir⁷¹. Buna karşılık, söz konusu örneğe dönülecek olunursa, türbin motorlu uçak bakım personeline hangi sıklıkta ihtiyaç duyulduğunun somut olayda araştırılması gerekecektir. Şayet, işverenle çeşitli uçak sahipleri arasında ilgili uçak tipine ilişkin anlaşmalar sıklıkla yapılıyorsa; yani bu tipteki bir uçağın bakımının işveren açısından sürekli bir ihtiyaç olduğu anlaşılıyorsa, objektif koşulların ortak özelliği olan “geçici işgücü ihtiyacı”nın somut olayda bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecektir⁷².

İşin özellik gösterip göstermediğinin yargı kararlarında da dikkate alındığını ifade etmek esasen yanlış olmayacaktır. Nitekim, Yargıtay’ın 2008 yılında verdiği bir

⁶⁹ Canbolat (n 8) 196.

⁷⁰ Süzek (n 2) 252.

⁷¹ Kuşkusuz bu olgunun hangi sıklıkta ortaya çıktığının tespiti önem taşımaktadır. Açıklama için bkz. Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 527.

⁷² Somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtelim. Bu gereklilik Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın *Küçük* kararında da vurgulanmaktadır. Bu konuda bkz. aşağıda II. B. 2. d.

kararında⁷³ geçen “davacının yaptığı montaj işçiliği olup, özellik gerektirmemektedir” ifadesi işin özelliikli bir iş olup olmadığının haklı olarak sonuca etkili olabileceğini ortaya koymaktadır. Aynı Daire’nin 2017 yılında verdiği bir kararına konu olayda da dinlenen tanık, davacı işçinin “teknik özellik gerektirmeyen basit nitelikteki işleri yaptığını” beyan etmiş, bu husus Yüksek Mahkemece vurgulanarak belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için gereken objektif koşulların bulunmadığına karar verilmiştir⁷⁴. Bunun gibi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin bir kararına göre “somut olayda davacının gemi inşaatının yapıldığı özellik arz eden tersane inşaatında kaynakçı olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılarak vadenin iş bitimi olarak belirlendiği ve davacının iş sözleşmesinin vadenin gelmesiyle yani işin bitimi ile sona erdiği anlaşılmaktadır⁷⁵.” Görüldüğü gibi, inşaat faaliyet alanı içerisindeki kaynakçılık sürekli ihtiyaç duyulan bir pozisyon olabilecek iken, tersane kaynakçılığı işverenin genel inşaat faaliyetleri içerisindeki özellik isteyen geçici bir ihtiyacı oluşturmaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin somut olaydaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığını değerlendirirken haklı olarak bu hususu vurgulamış olması dikkate değerdir. Kısacası, bir faaliyetin süreklilik arz etmesiyle, işçiye duyulan ihtiyacın süreklilik arz etmesi her zaman aynı anlama gelmek zorunda değildir. İşverenin fiili olarak yürüttüğü faaliyet alanına dahil olsa da objektif koşulların meydana gelmesi; yani o alanda da geçici bir işgücü ihtiyacının doğması muhtemeldir.

b. İş Sözleşmesinin İçeriği

aa. Görev Tanımı Açısından

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için işçinin yaptığı işin niteliği itibarıyla süreli olmasına ilişkin gereklilik, işçinin işyerinde yürüttüğü görevin tam olarak tespit edilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda, iş sözleşmesinin veya görev tanımının içeriğinin yargı denetimine tâbi tutulması gerektiğine şüphe yoktur. Yargıtay da pek çok kararında işçinin münhasıran belirli süreli bir iş için mi, yoksa sürekli bir ihtiyacı karşılamak amacıyla mı istihdam edildiğini denetlerken iş sözleşmesi

⁷³ Yargıtay 9 HD, E 2007/30736 K 2008/10339, 28.04.2008, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁷⁴ Yargıtay 9 HD, E 2016/34088 K 2017/928, 26.01.2017, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁷⁵ Yargıtay 22 HD, E 2013/34103 K 2015/15723, 29.04.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

hükümlerini dikkate almaktadır. Yüksek mahkeme, işçinin iş sözleşmesinde görev tanımına yer verilmediği gibi işverenin göstereceği bütün işleri yapacağını belirttiği olaylarda, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunu tespit etmektedir⁷⁶.

İş Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin "yazılı" akdedilmesi gereği, anılan uygulamanın kanaatimizce yerinde olduğunu göstermektedir⁷⁷. Hukukî niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte⁷⁸, maddede geçen yazılılık şartı nedeniyle, işçinin sözleşmesel borcu yazılı olarak kararlaştırılmamışsa, işçi tarafından iddia edilmesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerekmektedir⁷⁹. Şu kadar ki, işveren tarafından dosyaya yazılı bir iş sözleşmesinin

⁷⁶ Yargıtay 9 HD, E 2016/34088 K 2017/928, 26.01.2017; Yargıtay 9 HD, E 2006/4580 K 2006/8990, 10.04.2006; Yargıtay 9 HD, E 2010/18951 K 2012/25825, 03.07.2012; Yargıtay 22 HD, E 2012/19980 K 2013/7966, 16.04.2013, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 7 HD, E 2017/3353 K 2018/1385, 22.05.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. İş sözleşmesinde davacı işçinin görev tanımına yer verilmemiş olmasının iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılmasına gerekçe oluşturduğu diğer olaylar için bkz. Yargıtay 9 HD, E 2011/20325 K 2012/17706, 21.04.2012; Yargıtay 9 HD, E 2011/17914 K 2013/7494, 04.03.2013, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁷⁷ İş Kanunu'nun 8. maddesinde süresi bir yıl veya daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde akdedilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun 11. maddesinde ise belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilen bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Görüleceği üzere, yazılılık şartı İş Kanunu'nun 11. maddesinde 8. maddeden farklı olarak belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden bağımsız biçimde ele alınmaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre sadece süresi bir yıl veya daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı biçimde akdedilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Süzek (n 2) 324-325. Diğer görüşe göre ise tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı biçimde akdedilmesi gerekmektedir. Bu görüş için bkz. Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 546; Arzu Arslan Ertürk, *İş Sözleşmesinde Şekil* (Vedat Kitapçılık 2017) 172.

⁷⁸ Görüşler için bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 66; Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 547; Melda Sur, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 11, 35-36; Doğan Yenisey (n 9) 331-332; Yiğit (n 2) 114 vd.; Arslan Ertürk (n 77) 164 vd.; Yuvalı (n 2) 21 vd.

⁷⁹ Kuşkusuz, belirli süreli iş sözleşmesinin işvereni temsile yetkili kişiler tarafından imzalanmış olması gerekmektedir. Bu konuda bkz. Yargıtay 9 HD, E 2007/35773 K 2007/31534, 23.10.2007, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Belirtelim ki, kanunda belirli süreli iş sözleşmesinin yazılı biçimde akdedilmemesi durumunda sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 11. maddesinde işaret edilen yazılı şeklin bir geçerlilik koşulu mu, yoksa ispat koşulu mu olduğu hususunda öğretide görüş birliği mevcut değildir. İleri sürülen bir görüşe göre yazılı şekil ispat koşuludur. Zira yazılı şeklin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi iş sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olması sonucunu doğurur ve bu sonuç da işçinin korunması amacına aykırı düşer. Bu görüş için bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 75-76. Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre ise yazılı şekil geçerlilik koşuludur. Öte yandan iş sözleşmesinin geçersizliği geçmişe etkili olmayıp ileriye dönük hüküm ve sonuç doğurur. Bu görüş için bkz. Süzek (n 2) 325-326. Diğer bir görüşe göre ise belirli süreli iş sözleşmeleri açısından öngörülen yazılı şekle aykırılığın yaptırımını ileriye dönük bir geçersizlik değil, iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi olmalıdır. Zira ileriye dönük geçersizlik yaptırımının benimsenmesi işçinin işini kaybetmesine yol açacak ve bu durum da işçinin korunması amacıyla bağdaşmayacaktır. Ayrıca yazılı şekil, iş ilişkisinin kurulması açısından değil, bu ilişkinin süreye bağlanması açısından getirilmiştir. İş Kanunu'nun 11.

sunulmadığı bir olayda belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için gereken diğer koşulların araştırılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir⁸⁰.

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesinin öncelikle yazılı bir sözleşmenin varlığına bağlı olması bir yana, fiilî durumun da sonuca etkili olduğuna şüphe yoktur. Nitekim Yargıtay haklı olarak, işçinin işverenin bir projesinde çalıştırılmak üzere işe alınmasına rağmen başka projelerde de çalıştırıldığına anlaşılması nedeniyle, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸¹.

Uygulamada, üstlenilen işin iş sözleşmesinde veya görev tanımında açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, işçinin işverenin göstereceği diğer işlerde de çalıştırılabileceğine ilişkin bir anlaşmanın bulunması, işverenin sürekli bir ihtiyaca sevk olduğuna işaret edebilmektedir. Başka bir deyişle, bu durumda işçiye yüklenilen işin niteliği gereği belirli süreli olmadığı kanaatine varılabilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında verdiği bir karara konu olayda, işçinin yapacağı iş somutlaştırılmış olmasına rağmen iş sözleşmesinde ihtiyaç halinde sözleşmeye esas projenin haricindeki projelerde de görevlendirilebileceği, işverenin merkezi ve şubelerinde görev verilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Yüksek Mahkeme, işverenin başka projelerinin bulunduğunu ve işçinin bu projelerde de görevlendirebileceğini vurgulamış; söz konusu hükümler neticesinde iş sözleşmesinin belirsiz süreli olabileceği sonucuna ulaşmıştır⁸².

Kanaatimizce, işçinin belirli süreli iş sözleşmesinde üstlendiği görevin somutlaştırılmış olması halinde, başka işlerde de çalıştırılabileceğine ilişkin sözleşmesel kayıtlar “tek başına” belirleyici olmamalıdır. Nasıl ki işçinin fazla çalışma onayı vermiş

maddesinde sözleşmenin belirli süreye bağlanması objektif koşulun yanı sıra yazılı şekil koşuluna da bağlandığı için her iki unsura aykırılığın hukukî sonucu da aynı olmalıdır. Bu görüş için bkz. Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 547; Doğan Yenisey (n 9) 333; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n 37) 108-109; Arslan Ertürk (n 77) 173-174.

⁸⁰ Yargıtay 9 HD, E 2014/20518 K 2014/28604, 30.09.2014, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁸¹ Yargıtay 22 HD, E 2012/179 K 2012/14594, 26.06.2012. Aynı yönde bkz. Yargıtay 22 HD, E 2017/12062 K 2018/8665, 16.04.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁸² Yargıtay 9 HD, E 2007/26205 K 2008/5307, 18.03.2008, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Somut olayda işçi başka projelerde de çalıştırıldığına iddia etmiştir. Öte yandan, karar metninde bu hususun ispatlanıp ispatlanmadığına ilişkin bir bilgiye rastlanmamaktadır.

olması, fazla çalışma yapıldığını ispata yeterli değilse, tek taraflı görev değişikliği kayıtları da fiili olarak sürekli bir ihtiyacın karşılandığını göstermeye yeterli olmamalıdır. Bu bağlamda, salt fiili olarak işe alındığı projede çalıştırılan, projenin sona ermesiyle birlikte iş ilişkisi de sona eren bir işçinin iş sözleşmesi, sadece sözü edilen türde bir sözleşmesel kaydın varlığı nedeniyle mutlaka belirsiz süreli sayılmak zorunda değildir. Buna karşılık, belirsiz süreli iş sözleşmesinin asıl; belirli süreli iş sözleşmesinin istisna olduğu⁸³ unutulmamalıdır. Bu bağlamda, işçinin talebi ile yan delillerin mevcut olmasına bağlı olarak, tereddüt halinde, sözü edilen türdeki sözleşmesel kayıtlar vasıtasıyla iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulü mümkündür⁸⁴. Bu sonuç işçi lehine yorum ilkesine de uygun olur.

bb. İşçinin Görev Yapacağı İşyerleri Açısından

İşçinin işverenin görevlendireceği başka işlerde çalıştırılabileceğine ilişkin sözleşmesel kayıtların bir benzeri, işyeri nakline ilişkin kayıtlar (nakil kayıtları) açısından da gündeme gelmektedir. Bu bağlamda bu tür kayıtlar da uygulamada belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için gereken geçici bir işgücü ihtiyacına değil, sürekli bir ihtiyaca işaret edebilmektedir. Yargıtay, iş sözleşmesinde davacı işçinin ne iş yapacağını belirtmediği bir olayda, işyeri nakline ilişkin sözleşmesel kaydı sözleşmenin belirsiz süreli sayılması için gerekçe olarak kullanmıştır⁸⁵. Diğer bir kararında ise Yüksek Mahkeme, davacı işçinin sözleşme süresinin sonradan doldurulduğu iddiasını samimi bulmakla birlikte, işçinin başka işyerlerinde de çalıştırılabileceğine ilişkin sözleşmesel kaydı gerekçesinde dikkate almıştır⁸⁶. Bu noktada, bir üst başlıkta işçinin üstlendiği işe ilişkin olan sözleşmesel kayıtlara dair yaptığımız yorumların nakil kayıtlarının değerlendirilme biçimi açısından da geçerli olduğunu belirtmekle yetinelim.

⁸³ Süzek (n 2) 250; Başterzi (n 28) 61.

⁸⁴ Tereddüt halinde iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılması gerektiğine ilişkin bkz. Süzek (n 2) 251; Göktaş (n 2) 173.

⁸⁵ Yargıtay 7 HD, E 2014/16425 K 2014/19600, 28.10.2014, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁸⁶ Yargıtay 22 HD, E 2014/10430 K 2015/19741, 08.06.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

cc. İşçinin Görev Yapacağı Süre Açısından

Belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için sözleşme süresinin ortaya çıkan geçici ihtiyacın süresiyle uyumlu olması gerekmektedir⁸⁷. Zira aksi durum, işçinin sürekli bir ihtiyacı karşılamak amacıyla istihdam edildiğini gösterecektir. Nitekim işçinin üstlendiği belirli süreli işin sona ermesinden sonra da çalışmaya devam etmesi hâlinde iş sözleşmesi belirsiz süreli kabul edilmelidir⁸⁸. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun⁸⁹ 430/2. fıkrasında açıkça yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Anılan fıkra uyarınca *“belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür”⁹⁰.*

İş sözleşmesinin işçinin üstlendiği belirli süreli işin sona ermesiyle birlikte sonlandığı ispatlanmalıdır. Bu noktada ispat yükü ise işverenin üzerindedir⁹¹. Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan olayda da davalı işverenin, yapılan işin iş sözleşmesiyle belirlenen sürede tamamlandığına dair bir olguyu dosyaya sunamamış olması sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun delili sayılmıştır⁹².

İşçinin belirli süreli iş sözleşmesine dayanarak çalışmaya başlamasından evvel aynı işi belirsiz süreli iş sözleşmesiyle yürütüyor olması, ayrıca bir objektif koşulun bulunmaması durumunda, işin niteliği gereği belirli süreli olmadığına işaret etmektedir. Yargıtay da haklı olarak *“sözleşmenin belirli süreli olarak kararlaştırılmasına rağmen*

⁸⁷ Ekonomi (n 9) 26-27; Başterzi (n 2) 63; Yuvalı (n 2) 49; Yargıtay 9 HD, E 2011/6507 K 2011/6290 E, 07.03.2011, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay 9 HD, E 2009/43977 K 2010/41772, 28.12.2010; Yargıtay 9 HD, E 2007/2050 K 2007/3090, 12.02.2007, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁸⁹ RG., 04.02.2011, 27836.

⁹⁰ Yargıtay'ın İş Kanunu'na tâbi olan bir iş ilişkisi açısından da TBK m. 430 hükmüne dayandığını göstermesi açısından bkz. Yargıtay 9 HD, E 2021/5665 K 2021/9809, 02.06.2021, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹¹ *“Belirli süreli sözleşmenin varlığını ileri süren taraf bunu ispat ile yükümlüdür.”* Açıklama için bkz. Madde gerekçesi, <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf>> erişim tarihi 20.12.2023. Aynı yönde bkz. Süzek (n 2) 250-251; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 2) 411; Gökteş (n 2) 172. Objektif koşulların varlığını işveren ispatlamak durumunda ise de yazılılık şartının sadece belirli süreli iş sözleşmesinin akdedilmesine şamil olduğu; objektif koşulların sözleşmede yazılı olmamasının sözleşmeyi belirsiz süreli haline getirmeyeceği yönünde bkz. Doğan Yenisey (n 9) 334.

⁹² Yargıtay 22 HD, E 2017/12588 K 2017/17692, 14.09.2017, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

davacının daha önceden çalışmaya başlamış olması”nı işçinin sürekli bir ihtiyacı karşıladığının delili olarak kabul etmiştir⁹³.

İşçinin yürütmekle görevlendirildiği süreli işin ne zaman sona ereceğinin taraflarca tam olarak doğru tespit edilememiş olması iş sözleşmesinin belirsiz süreli sayılmasına tek başına sebep olmayacaktır. İşin öngörülen sürede tamamlanamaması üzerine, ilgili işin tamamlanması için ek bir süreye ihtiyaç duyulması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin tarafların mutabakatıyla uzatılması mümkündür⁹⁴. Kuşkusuz, bu ihtimalde sözleşme süresinin uzatılmasına yönelik işveren teklifi yazılı olarak yapılmalıdır⁹⁵.

Son olarak, yazılı bir belirli süreli iş sözleşmesi mevcut olmakla birlikte, iş sözleşmesinde ilgili projenin sona ermesiyle birlikte iş sözleşmesinin de sona ereceğinin açıkça yazılmamış olması ihtimal dâhilindedir. Yargıtay, işçinin işverenin yurtdışı inşaat projesinde proje sorumlusu olarak çalıştırılmak üzere 12 aylık belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edildiği bir olayda, iş sözleşmesinde *“bu süre kaydında bu işin bu tarihte tamamlanacağı veya projenin bu tarihte sonra ereceğinden söz edilmediği, salt sürenin bu nedenle belirli süreli sayılmasını gerektirmediği anlaşılmaktadır”* tespitinde bulunmuştur⁹⁶. Aynı şekilde, İstanbul BAM’ın önüne gelen bir olayda işçinin üstlendiği işin *“her ne kadar taahhüt işi olduğu kabul edilse bile burada davacının akdinin bu şekilde taahhüdün sonu ile sona ereceğine dair bir akit bulunmamaktadır. Dolayısıyla süreli bir akdin olmadığı”* sonucuna ulaşılmıştır⁹⁷.

Bir üst paragraftaki Yargıtay ve İstinaf Mahkemesi kararlarından alıntılanan cümleler incelenecek olursa, esas olarak tarafların belirli süreli iş sözleşmesi akdetme iradelerinin yeterli açıklıkta olması gerekmektedir⁹⁸. Öğretide *Alpagut*’un verdiği bir

⁹³ Yargıtay 7 HD, E 2015/40205 K 2016/246, 19.01.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹⁴ Ekonomi (n 9) 27; Şahin Çil, ‘Belirli Süreli İş Sözleşmesi’, *Osman Güven Çankaya’ya Armağan* (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 2010) 33, 43; Damar (n 2) 37 vd.; Yargıtay 9 HD, E 2021/4882 K 2021/9063 18.05.2021, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹⁵ Yargıtay 22 HD, E 2015/14326 K 2015/18736, 28.05.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹⁶ Yargıtay 9 HD, E 2014/34982 K 2016/7876, 30.03.2016, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹⁷ İstanbul BAM 29 HD, E 2017/1084 K 2017/565, 19.04.2017, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

⁹⁸ Alpagut (n 9) 75; Urhanoğlu Cengiz (n 9) s. 91.

örnek bu durumu iyi bir şekilde açıklamaktadır. Yazara göre, inşaat alanında faaliyet gösteren bir işverenin elektrikçi bir işçiyle anlaşarak, işçiyi o anda yapılmakta olan bir binanın elektrik tesisatında çalıştırması, tek başına taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi kurulduğunu göstermemektedir. Çünkü bu hâlde iş sözleşmesinin inşaatın bitimi ile sona ereceği yeterli açıklıkta değildir⁹⁹. Bu açıdan yukarıda alıntılanan kararlarda ortaya konulan yorum tarzının ilk tahlilde isabetli olduğu savunulabilir. Sonuçta, “*objektif neden olsa bile, sözleşmenin akdedildiği tarihte, iş ilişkisinin sona ereceği tarih belli değil veya belirlenebilir de değil ise, belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur*¹⁰⁰.” Nitekim anılan kararlarda, iş sözleşmesinde projenin bitiş tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin de sona ereceğinin kararlaştırılmamış olduğuna referans verilmektedir. Buna karşılık, kanaatimizce iş sözleşmesinin sona ereceği tarihin projenin sona erme tarihi ile ilişkilendirilmiş olduğu başka veriler sayesinde anlaşılabiliriyorsa, iş sözleşmesinde “bu süre sonunda proje de sona ermiş olacağından, iş sözleşmesi projenin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden sona erer” biçiminde bir kayda rastlanmamış olması, sözleşmenin doğrudan doğruya belirsiz süreli sayılmasını gerektirmemelidir. Zira, iş sözleşmesinin amacıyla bağlı olmak üzere örtülü biçimde sürelendirme yapılması mümkündür¹⁰¹. Bu noktada, yazılı olarak akdedilen iş sözleşmesinde işçinin “sadece” ilgili proje için istihdam edildiğinin belirtilmiş olması¹⁰²; işçinin çalışma süresi içinde başka bir işte çalıştırılmamış olması; işçinin işten ayrılış bildirgesinin projenin sonunda verilmiş olması; iş sözleşmesinin “fesih¹⁰³” bildiriyle sona erdirilebileceğinin

⁹⁹ Alpagut (n 1) 10-11; Alpagut (n 9) 75.

¹⁰⁰ Yargıtay 9 HD, E 2015/21028 K 2015/31408, 05.11.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁰¹ Yargıtay 9 HD, E 2015/21028 K 2015/31408, 05.11.2015, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Aynı yönde örnek ve açıklamalar için bkz. Yiğit (n 2) 125.

¹⁰² Karş. “*işçinin, belli bir zaman dilimi içinde yerine getirebilecek bir işle görevlendirilmesi sürelendirme için yeterli olmadığı gibi, işveren tarafından salt amaca ilişkin bir irade açıklaması da sürelendirme anlamına gelmez.*” Açıklama için bkz. Alpagut (n 1) 10.

¹⁰³ Belirtelim ki, TBK m. 430, genel olarak, belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildiriyle sona erdirilebileceğinin taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir. Oysa TBK m. 430 hükmü mehz İşçiler Kanunu’nun 334. maddesinden tercüme edilirken, mehz kanunda bulunmayan “*aksi kararlaştırılmadıkça*” ifadesinin madde metnine eklenmesi isabetli olmamıştır. Öğretide haklı olarak, belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen TBK m. 430 hükmünde yer alan “fesih” ibaresinin “*sözleşmenin yenilenmeyeceğini haber verme*” anlamında kullanıldığı ifade edilmektedir. TBK m. 430 hükmüne ilişkin görüş ve açıklamalar için bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 1) 178; Süzek (n 2) 536; Polat Soyer, ‘Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin ‘Yeni’ Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi’ (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 12, 12;

kararlaştırılmamış olması veya işverence ihbar tazminatı ödenmemiş olması¹⁰⁴ gibi olguların “birlikte” değerlendirilmesi suretiyle sözleşmenin belirli süreli kabul edilmesi mümkün görülmelidir. Ayrıca, somut olayda tarafların objektif koşulun gerektirdiği süreden daha kısa bir süre kararlaştırmış olabilecekleri¹⁰⁵ de unutulmamalıdır. Dolayısıyla iş sözleşmesinin mutlaka projenin sonunda sona ermesi de zorunlu değildir. Esas olan taraf iradelerinin belirli süreli iş sözleşmesi akdetmeye yönelik olup olmadığıdır.

c. Sözleşme Süresinin Sona Ermesinden Sonra Gelişen Olaylar

Uygulamada, sözleşme süresinin sona ermesinden sonra gelişen olaylar ihtiyacın sürekli olup olmadığını tespit etmede yardımcı lt olarak değerlendirilmektedir. Nitekim işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra aynı işi görmesi için yeni bir işçi istihdam edilmesi o işin işyerinde sürekli bir ihtiyaç doğurduğu biçiminde yorumlanabilmektedir. Yargıtay bazı kararlarında davacı işçinin yerine aynı işi ifa etmesi için yeni işçi alınıp alınmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiřtir¹⁰⁶. Aynı Şekilde, ilgili projede birden fazla işçi çalışıyorsa, o işçilerin de iş sözleşmelerinin sona erip ermediğinin denetlenmesi sözleşmenin niteliğinin tespitinde etkili olabilmektedir¹⁰⁷.

Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 2) 405; Bozkurt Gmrkoğlu (n 37) 312. Dolayısıyla iş sözleşmesinin projenin tamamlanmasından sonra yenilenmeyeceğinin haber verilmesi sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu göstermeyecektir. Ancak, iş sözleşmesinde projeyle ilişkilendirilmeksizin, sözleşmenin taraflarca her zaman “fesih” bildirimini ile sona erdirilebileceğinin kararlaştırılmış olması, sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna işaret edebilir. Belirli süreli iş sözleşmesini düzenleyen TBK m. 430 hükmündeki “aksi kararlařtırılmadıķa” ifadesi, bu sonuca engel değildir. Nitekim TBK m. 430 hükmünde geçen “fesih” ifadesinin öğretide yapılan yorumlarla paralel olarak değerlendirildiğini düşündüren bir karar için bkz. Yargıtay 9 HD, E 2016/11961 K 2019/22811, 19.12.2019, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Somut olay işığında Mahkeme, işveren tarafından işçiye ihbar süresi verilmiş olmasını sözleşmenin belirli süreli olduğu iddiasıyla çelişki arz etmeyeceğine karar vermiştir. Bununla birlikte, ihbar süresinin belirli süreli iş sözleşmesiyle çelişki arz edeceğine ilişkin bir başka karar için karş. Yargıtay 9 HD, E 2021/7657 K 2021/15449, 04.11.2021, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁰⁴ İşveren tarafından ihbar tazminatı denmiş olmasının iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunu gösterdiğine ilişkin bkz. Yargıtay 9 HD, E 2008/16625 K 2009/5565, 02.03.2009; Yargıtay 9 HD, E 2007/35913 K 2008/12011, 12.05.2008; Yargıtay 9 HD, E 2006/21684 K 2006/30411, 20.11.2006; Yargıtay 9 HD, E 2006/4580 K 2006/8990, 10.04.2006; Yargıtay 9 HD, E 2010/21671 K 2011/40, 24.01.2011; Yargıtay 7 HD, E 2013/10057 K 2013/16694, 10.10.2013, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁰⁵ Başterzi (n 28) 63; Ekonomi (n 9) 26-27; il (n 94) 43.

¹⁰⁶ Yargıtay 9 HD, E 2008/27838 K 2009/11183, 20.04.2009; Yargıtay 7 HD, E 2014/11896 K 2014/18855, 15.10.2014, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁰⁷ Bkz. Yargıtay 7 HD, E 2014/11896 K 2014/18855, 15.10.2014, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

Zira işçinin değil, işin niteliği önem arz etmekle, aynı görevde çalışan diğer işçilerin iş sözleşmelerinin devam etmesi, o işin sürekli bir iş olduğuna işaret edebilmektedir.

Sözleşmenin sona ermesinden sonra işverenin aynı konuda proje veya ihale alıp almadığı da işçiye duyulan ihtiyacın sürekli olup olmadığı konusunda delil teşkil edebilmektedir¹⁰⁸.

Kanaatimizce, aynı mahiyetteki yeni bir ihalenin yahut projenin üstlenilmiş olması tek başına ihtiyacın sürekli olduğunu göstermeye yeterli olmamalıdır. Zira öğretilerde de haklı olarak belirtildiği üzere, belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için mevcut olduğu iddia edilen objektif koşulların haklılığı, iş sözleşmesinin akdedildiği tarihteki koşullara göre değerlendirilmelidir. Ayrıca işverenin geleceğe ilişkin yanlış bir öngöründe bulunması, kural olarak belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliğini tek başına etkilememelidir¹⁰⁹. Öğretilerde *Canbolat* tarafından da belirtildiği üzere, işverenin yeni ihale almasının “*garantisizdir*”¹¹⁰.

İşverenin geleceğe dair öngörüsünün nasıl denetleneceği de iş hukukunun tartışmalı alanlarından birisini teşkil etmektedir¹¹¹. Konu, özellikle işletmesel gereklerle fesihle işgücü fazlalığının kalıcı mı yoksa geçici mi olduğu, dolayısıyla işverenden son çare ilkesi bağlamında alternatif tedbirlere başvurusunun beklenip beklenmeyeceği perspektifinden tartışılmaktadır¹¹². Kanaatimizce, bu tartışmanın benzeri, belirli süreli iş sözleşmesinin akdedilebilmesi açısından; ihtiyacın geçici mi, yoksa sürekli mi olduğunun işverence öngörülüp öngörülemeyeceğinin değerlendirilmesi açısından da yapılabilir. Öğretilerde ileri sürülen bir görüşe göre işverenin geçicilik öngörüsüne ilişkin kararına

¹⁰⁸ Bkz. Yargıtay 22 HD, E 2011/16107 K 2012/13521, 14.06.2012, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹⁰⁹ Başterzi (n 2) 426.

¹¹⁰ *Canbolat* (n 43) 152. Karş. “*Köprü projesinin bitmiş olması davalı şirketlerin aynı mahiyette iş yapmayacakları anlamına gelmemektedir. Bu durumda davacı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif bir neden bulunmamaktadır.*” (Bursa 9. İş Mahkemesi’nin 29.12.2015 tarih ve 2015/202 E., 2015/707 K. sayılı kararında geçen bu ifadelerin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin 15.06.2016 tarih ve 2016/8068 E., 2016/13421 K. sayılı kararıyla onandığını belirtmesi itibarıyla bkz. Bursa BAM 3 HD, E 2018/4467 K 2019/894, 12.04.2019, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹¹¹ Bkz. Kübra Doğan Yenisey, ‘İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı’, *Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 387, 466.

¹¹² Görüşler için bkz. Artür Karademir, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2021) 265 vd.

“kural olarak” saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu görüş uyarınca iş sözleşmesinin işletmesel gereklerle feshinde işgücü fazlalığının kalıcı mı, geçici mi olduğuna ilişkin işveren öngörüsü yalnızca “*kötüniyet denetimi*”ne tabi tutulmalıdır¹¹³.

Bize göre de işverenin belirli süreli iş sözleşmesi ihtiyacına ilişkin olarak geleceğe dair süreklilik veya geçicilik öngörüsünde yanılmış olması tek başına sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu göstermemelidir. Buna karşılık, işverene tanınacak böylesi bir takdir yetkisinin işletmesel riskin tümüyle işçiye yüklenmesi gibi bir sonuç da doğurmaması gerekmektedir. Şu durumda, işverenin faaliyet alanına dahil olsa bile yeni bir proje veya ihale alacağı kesin olmamakla birlikte, geleceğe dair (geçici ihtiyaç) beklentisinde yanılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğine bürünmemelidir. Bu noktada, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olarak bu çalışmada ele alınan ölçütlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi işlevsel olabilecektir. “Samimiyet denetimi” olarak da adlandırılabilir olan bu denetim, esasında işverenin iradesinin belirsiz süreli mi yoksa belirli süreli iş sözleşmesine mi yöneldiğinin tespiti anlamına gelmektedir. Bu noktada, işverenin fiili faaliyet alanının ilgili ihale veya projenin konusuna girmesinin yanı sıra, işverenin iş yapma modelinin zaten aynı türdeki proje, ihale veya sipariş usulüne dayanıp dayanmadığı; işin özellikle ilgili işçiye ihtiyaç gösteren bir özellik taşıyıp taşımadığı; her seferinde aynı türdeki bir objektif koşulun ortaya çıkıp çıkmadığı; işverence tanzim edilen iş sözleşmesinde, işçinin başka işlerde (ihale veya projelerde) ya da işyerlerinde de çalıştırılabileceğine yönelik bir kaydın olup olmadığı; ihale süresinin sonunda iş sözleşmesinin de sona ereceğinin kararlaştırılmış olup olmadığı; işçiye ihbar öneli kullandırılıp kullandırılmadığı veya ihbar tazminatı ödenip ödenmediği; aynı proje veya ihalede çalışan işçilerle işe devam edilip edilmediği; proje veya ihale sonunda diğer işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilip erdirilmediği; işverenin olağan işçi kapasitesinin tespit edilebilmesi açısından iş ilişkisinin sona ermesinden önce veya sonra alınan proje yahut ihalelerin büyüklükleri gibi ölçütler bir arada değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. “Somut olayın özellikleri” bağlamında

¹¹³ Mustafa Alp, ‘İşletme Gereklere ile Fesih’, *Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyumu* (Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu 2009) 90, 113. İşletmesel gereklerle fesih özelinde aynı yöndeki Alman yargı uygulaması için bkz. Karademir (n 113) 266-267.

zikredilen bu değerlendirme ölçütlerine zincirleme iş sözleşmelerinin sayısı ve toplam süresi de dâhil edilmelidir¹¹⁴.

d. Zincirleme İş Sözleşmelerinin Sayısı ve Toplam Süresi ile Sözleşmeler Arasındaki Kesinti Süresi

İş Kanunu'nun 11/2. fıkrası uyarınca belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir nedenin bulunması koşuluyla birden fazla kez (zincirleme) akdedilebilecektir. Kanun metninde geçen "esaslı neden" ifadesi, "objektif koşul" kavramıyla eş anlamlıdır¹¹⁵. Şu durumda, objektif koşulların varlığı yahut devam etmesi hâlinde, aynı işçiyle zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi akdedilmesi mümkündür¹¹⁶.

Bir yandan, objektif koşullara bağlı olarak zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin mümkün olması; diğer yandan objektif koşulların nitelikleri itibarıyla geçici bir ihtiyaca karşılık gelmeleri, birbiriyle telif edilmesi zor bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır. Zira, objektif koşul kabul edilebilecek geçici bir ihtiyaç sürekli olarak ortaya çıkıyorsa, bu durumun zincirleme iş sözleşmeleriyle hukuka uygun biçimde çözümlenebileceğinin mi kabul edilmesi gerektiği, yoksa, sürekli biçimde ortaya çıkan objektif koşul nedeniyle, artık ilgili işçiye olan ihtiyacın geçicilik eşğini aşarak sürekli bir ihtiyaca mı evrildiğinin kabul edilmesi gerektiği açık değildir. Gerçekten, İş Kanunu'nda zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin sayısına veya toplam süresine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerine cevaz vermekle birlikte süre veya sayı sınırlaması getirmemesinin yarattığı bu kuşku durum öğretide de eleştiri konusu edilmektedir¹¹⁷.

Öğretide ifade edildiği üzere, objektif koşullar devam ettiği müddetçe zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilecektir. Buna karşılık, zincirleme belirli süreli iş

¹¹⁴ Aynı yönde bkz. "Ardı ardına yenileme, artık belirsiz süreli işçi ihtiyacını ortaya koyuyorsa belirsiz süreli sözleşmeden söz etmek gerekir." Açıklama için bkz. Alpogut (n 47) 157. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Küçük* kararı da bu doğrultudadır. Karar için bkz. ABAD, 26.01.2012, C-586/10, *Bianca Küçük v Land Nordrhein-Westfalen*, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

¹¹⁵ Güzel, Özkaraca ve Ugan (n 8) 558; Güzel (n 32) 1712; Tuncay (n 5) 44; Sümer (n 9) 42; Canbolat (n 8) 194; Başterzi (n 28) 60.

¹¹⁶ Keser (n 9) 115; Urhanoglu Cengiz (n 9) 86.

¹¹⁷ Başterzi (n 28) 74; Ünal Adınır (n 9) 826-827.

sözleşmesi nedeniyle hakkın kötüye kullanılması biçimindeki uygulamaların gündeme gelebileceği unutulmamalıdır¹¹⁸. Hemen belirtelim ki, objektif koşulların varlığına rağmen zincirleme belirli süreli iş sözleşmesinin sınırını dürüstlük kuralı çizmektedir¹¹⁹. Nitekim bazı yazarlar, işçinin hastalık, analık, askerlik veya yıllık izin gibi sebeplerle iş görme edimini ifa edememesi hâlinde, bu eksikliğin telafi edilmesi amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi açısından objektif bir koşul olarak kabul etmekle birlikte, ilgili eksikliğin sürekli ortaya çıkması durumunda, işçinin sürekli olarak bu amaçla belirli süreli iş sözleşmesiyle istihdam edilemeyeceğini; sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler¹²⁰.

Yukarıda işaret edilen ihtimale ilişkin olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Küçük* kararının zikredilmesi gerekmektedir. Somut olayda, başvuru 1996 ile 2007 yılları arasında toplam 13 belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmıştır. İş sözleşmeleri, her seferinde analık izni veya özel izin gibi sebeplerle işyerinden ayrılan ve süreklilik arz eden türdeki işleri gören işçilerin yarattığı geçici eksikliğin telafi edilmesi amacıyla akdedilmiştir. İşçi, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunu iddia etmiştir. İşveren, [Alman] Kısmî Süreli ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanunu § 14'ün bir işçinin geçici bir süreyle başka bir işçinin yerine geçerek belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmasına imkân sağladığı savunmasında bulunmuştur. Dava yerel mahkeme tarafından reddedilmiştir. Ret kararına itirazı da kabul edilmeyen işçi ilgili kararı temyiz etmiş, Alman Federal İş Mahkemesi ise vereceği karar öncesi Avrupa Birliği Adalet Divanı'na sorular yöneltmiştir. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, Divan'a Çerçeve Anlaşma'nın işçileri [analık, askerlik vb. sebeplerle] sürekli olarak belirli süreli iş sözleşmesiyle ikame etme imkânını dışlayıp dışlamadığını ve eş söyleyişle Çerçeve Anlaşma'nın bu imkânı engelleyecek biçimde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormuştur. Karar uyarınca, bir işçinin yerini geçici bir süreyle doldurmak için diğer bir işçiyle belirli süreli iş sözleşmesi

¹¹⁸ Yiğit (n 2) 160.

¹¹⁹ Başterzi (n 28) 73. Yazara göre objektif koşulların türü de sonuca etkili olabilmektedir. Nitekim yazar, sürekli aynı objektif koşulun ortaya çıkması ile objektif koşulların farklılaşmasını bir değerlendirme ölçütü olarak almaktadır. Bu kapsamda yazar, TÜBİTAK nezdinde çalışan bir işçi yıllar içerisinde farklı projelerde çalıştırılmış ise objektif koşulların farklılığı nedeniyle her bir sözleşmenin belirli süreli olarak bağtlanabileceğini kabul etmektedir. Açıklama için bkz. Başterzi (n 28) 150-151.

¹²⁰ Güzel, Özkara ve Ugan (n 8) 529; Alpagut (n 1) 98; Damar (n 2) 70.

yapılması, tekrar eden ve hatta sürekli olarak ortaya çıkan bir yöntem olsa dahi mutlaka belirli süreli iş sözleşme akdetme hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelmemektedir¹²¹. Öte yandan, zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri açısından objektif koşullar bulunsa dahi sözleşmelerin yenilenmesine eşlik eden somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Zira objektif koşulların var olmasına rağmen, somut olayın özellikleri belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkının kötüye kullanıldığına ilişkin emareleri açığa çıkartabilir¹²². Kısacası, Divan'a göre, işverenin başka işçilerin geçici süreyle boşalttıkları pozisyonları 11 yıl içerisinde 13 kez belirli süreli iş sözleşmesiyle doldurması, objektif koşulların somut olayda bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak, karar sonucu uyarınca, belirli iş sözleşmelerinin sayısı ile toplam süresi de dahil olmak üzere, somut olayın tüm özelliklerinin ulusal otoriteler tarafından dikkate alınması suretiyle karar verilmesi gerekmektedir¹²³.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2005 yılında verdiği ve öğretideki bazı yazarlarca isabetli bulunan bir kararı uyarınca da “*Özel Kanunlar haricinde altı yıl gibi bir süre de ardarda yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri 4857 sayılı Kanunun 11. maddesi amacı dışına çıkacağından işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin çalıştığı kabul edilmelidir*¹²⁴.” Belirli süreli iş sözleşmesinin yenilenme sayısı ile kesinti durumunun Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından da dikkate alındığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Nitekim Daire'nin 2012 yılında verdiği bir karar uyarınca 2006 ile 2010 yılları arasında çeşitli projelerde dört defa art arda akdedilen belirli süreli iş sözleşmeleriyle istihdam edilen bilgisayar programcısı işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmiştir¹²⁵. Benzer şekilde, Ankara BAM tarafından 2018 yılında verilen bir kararda¹²⁶ da iş sözleşmesinin dört defa yenilenmiş olması sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasında bir gerekçe olarak

¹²¹ ABAD, 26.01.2012, C-586/10, *Bianca Küçük v Land Nordrhein-Westfalen*, para. 50, <<http://eur-lex.europa.eu>> erişim tarihi 20.12.2023.

¹²² ibid, para. 48.

¹²³ ibid, para. 56.

¹²⁴ Yargıtay 9 HD, E 2005/12170 K 2005/15792, 05.05.2005, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023. Kararı isabetli bulan görüş için bkz. Başterzi (n 28) 73; Baycık (n 39) 142.

¹²⁵ Yargıtay 22 HD, E 2011/10181 K 2012/3874, 12.03.2012, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

¹²⁶ Ankara BAM 7 HD, E 2017/3353 K 2018/1385, 22.05.2018, Legalbank, erişim tarihi 20.12.2023.

kullanılmıştır. Kararda, sözleşmenin yenilenme sayısı ile somut olayın diğer özelliklerinin birlikte değerlendirilmiş olması, esasen Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Küçük* kararında da vurgulanan ilkelerle uyum içerisindedir.

SONUÇ

İşyerindeki sürekli bir ihtiyacın geçicilik kisvesi altında giderilmeye çalışılması, belirli süreli iş sözleşmesi akdetme hakkının amacı dışında kullanılmasıdır. Bu da, tanım gereği, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, belirli süreli iş sözleşmesi vasıtasıyla sürekli bir ihtiyacın karşılanıp karşılanmadığına ilişkin denetim esasen dürüstlük kuralının gerektirdiği bir denetimdir. Kuşkusuz, objektif koşul veya yazılılık şartı gibi belirli süreli iş sözleşmesi akdedilebilmesi için yasal şartların mevcut olmaması durumunda sözleşme belirsiz süreli sayılacaktır. Ancak dürüstlük kuralı somut olayın özelliklerinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir.

Somut olayın özellikleri bağlamında, uygulamada ve öğretide, işverenin faaliyet alanı, iş sözleşmesinin içeriği, işçinin görev tanımı kapsamındaki işler dışında bir işte veya kararlaştırılan işyeri dışında çalıştırılıp çalıştırılmadığı, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce veya sonra gelişen olaylar, işçiye ihbar süresi tanınıp tanınmadığı veya işçiye ihbar tazminatı ödenip ödenmediği, zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin sayısı, toplam süresi ve kesinti süresi gibi unsurlar dikkate alınmaktadır.

Bu çalışmada, özellikle iş sözleşmesinde işçinin başka iş veya işyerlerinde de çalıştırılabileceğine ilişkin kayıtlar ile işverenin faaliyet alanının otomatik olarak sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasına tek başına sebebiyet vermemesi gerektiğini savunulmuştur. Sonuçta, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gereği, bu yorum tarzını desteklediği gibi, özellikle işverenin faaliyet alanı açısından, her daim çeşitli objektif koşulların ortaya çıkabileceği de unutulmamalıdır.

Hukukumuzda objektif koşulların varlığı halinde zincirleme iş sözleşmesi akdedilebileceği açıktır. O hâlde, bir yandan zincirleme iş sözleşmesine imkân veren bir sistemin varlığı, diğer yandan süreklilik arz eden bir ihtiyaç için belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı yönündeki yasağın mevcudiyeti, birbiriyle uzlaşması zor görünen bir

çelişkiyi ortaya çıkartmaktadır. Bu noktada da, işverenin gerçekten samimi olarak geçici bir ihtiyacı mı karşılamak istediği, yoksa belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye mi kullanmak istediği tespit edilirken, sadece zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış olması değil, yine somut olayın özellikleri bir bütün olarak sonuca etkili olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Alp M, 'İşletme Gerekleri ile Fesih', *Ekonomik Kriz Koşullarında Feshe Karşı Koruma: Çalışma Hukuku I. Sempozyumu* (Kocaeli Üniversitesi ve Kocaeli Barosu 2009) 90-118.
- Alp M, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021) 11-146.
- Alpagut G, '4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi' (2004) (33) Mercek 73-91.
- Alpagut G, 'Genel Görüşme' *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 156-157.
- Alpagut G, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi* (TÜHİS Yayınları 1998).
- Arslan Ertürk A, *İş Sözleşmesinde Şekil* (Vedat Kitapçılık 2017).
- Başterzi S, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009* (Kamu-İş 2011) 3-131.
- Başterzi S, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Objektif Nedenlerin Tespitinde Menfaatler Dengesi İşçinin Haklı Menfaati' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 423-450.

- Baycık G, 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 7-355.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi* (Vedat Yayıncılık 2012).
- Canbolat T, 'Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi' (2007) 4 (13) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 187-220.
- Canbolat T, 'Genel Görüşme' *Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 152.
- Canıklıoğlu N, 'İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar' iç Ali Cengiz Köseoğlu (edr), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu* (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2016) 159-200.
- Centel T, *Introduction to Turkish Labour Law* (Springer 2017).
- Çil Ş, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi', *Osman Güven Çankaya'ya Armağan* (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 2010) 33-65.
- Damar C, 'İş Sözleşmesinde Süre Belirlenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2018).
- Doğan Yenisey K, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (Beta Yayıncılık 2014).
- Doğan Yenisey K, 'İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 7-145.
- Doğan Yenisey K, 'İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı', *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 387-561.

Ekonomi M, '4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu (I) Kavram Süre ve Yenileme' (2006) 3 (9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 15-32.

Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta Yayıncılık 2020).

Göktaş S, 'Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Akademik Personel Arasında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılıp Yapılmayacağı Sorunu', (2022) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 145-188.

Grabitz G, Hilf M and Nettesheim M, *Das Recht der Europäischen Union, Band 1*, (81. Auflage, C.H. Beck 2024).

Greiner S, 'Das „Hinausschieben“ von Altersgrenzen und seine Vereinbarkeit mit europäischem Befristungs- und Antidiskriminierungsrecht' (2018) 2 RdA 65-71.

Güler M, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi' (2005) 2 (5) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 27-82.

Güzel A, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi - Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart' (2022) 3 (74) Çalışma ve Toplum Dergisi 1705-1731.

Güzel A ve Ertan E, 'Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenme Koşulları' (2008) 5 (18) Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 395-416.

Güzel A, Özkaraca E ve Ugan D, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi: Yapılma ve Yenilenme Koşulları' iç Süleyman Başterzi (edr) *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 1* (Beta Yayıncılık 2011) 475-566.

Kamanabrou S, 'Das Recht der Kettenbefristung in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten' (2016) 7 NZA 385-394.

Kamanabrou S, 'Successful Rules on Successive Fixed-Term Contracts?' (2017) 33 (2) International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 221–240.

Karademir A, *İş Güvencesinde Son Çare İlkesi* (Seçkin Yayıncılık 2021).

- Keser H, 'İşyerinde Yürütülen Sürekli İşlere İlişkin Olarak Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılamayacağına Yönelik Yargıtay Kararının İncelenmesi' (2008) (10) Sicil İş Hukuku Dergisi 111-117.
- Kuckuk M, 'Missbrauchskontrolle bei der Befristung wegen der Eigenart der Arbeitsleistung' (2019) 1 NZA 22-25.
- Mollamahmutoglu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku*, (7. Baskı, Lykeion Yayıncılık 2022).
- Mella Méndez L, 'The Transposition of Council Directive 99/70/EC of 28 June 1999 on Fixed-term Work into Spanish Labour Law: Some Critical Aspects following the 2011 and 2012 Reforms' (2012) 1 (1-2) E-Journal of International and Comparative Labour Studies 69-84.
- Narmanlıoğlu Ü, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5. Baskı, Beta Yayıncılık 2014).
- Özkaraca E, 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Bakiye Süre Ücreti ile Cezai Şart İlişkisi' (2023) (150) Tekstil İşveren Dergisi 1-6.
- Persch S, 'Der Prüfungsgegenstand der Entfristungskontrolle im Lichte der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG' (2011) 19 NZA 1068-1071.
- Röthel A, 'Europäische Rechtsetzung im sozialen Dialog Zur Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverhältnisse' (2000) 2 NZA 65-69.
- Sädevirta M, 'A Comparative Study of the Regulation Governing the Use of Fixed-Term Contracts in Three Eu Member States' (DPhil thesis, University of Helsinki 2013).
- Soyer P, 'Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin 'Yeni' Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi' (2011) (22) Sicil İş Hukuku Dergisi 12-21.
- Sur M, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 11-150.
- Sümer, HH, *İş Hukuku* (26. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları*, (7. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).

Süzek S, *İş Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayıncılık 2023).

Şahin Emir A, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Sınırlamalar ve Esneklik Olanakları Avrupa Birliği Örnekleriyle' (2016) 18 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-153.

Taşkent S, 'Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi' (2006) 3 (9) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 33-40.

Tuncay AC, 'Brief History and Flexibilisation Efforts of Turkish Labour Law' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341-368.

Tuncay AC, 'İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi' *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011* (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 2013) 1-98.

Urhanoglu İ, 'Yargıtay Kararları Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresi İçerisinde Haksız Fesih ile Sona Ermesi' (2022) 12 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 85-121.

Urhanoglu Cengiz İ, '4857 sayılı İş Kanununun Avrupa Birliğinin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi' (2008) 10 (1) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 77-92.

Ünal Adınır C. 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılması ve Yenilenmesinde Objektif Neden Koşulunun Değerlendirilmesi' (2021) 79 (3) İstanbul Hukuk Mecmuası 797-835.

Ünal C, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Yiğit Y, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları' (2012) 14 (2) Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 101-166.

Yorulmaz Ç, 'Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları' 1 (24) Çalışma ve Toplum Dergisi 203-220.

Yuvalı E, 'Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2006).

**ASSESSMENT OF THE BALANCE OF AUTONOMY AND JUSTICE IN ENGLISH
ARBITRATION PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE ASSISTANCE OF STATE
COURTS AND INJUNCTIONS**

*İNGİLİZ TAHKİM YARGILAMASINDA DEVLET MAHKEMELERİNİN YARDIMI VE GEÇİCİ HUKUKİ
KORUMALAR DAHİLİNDE ÖZERKLİK VE ADALET ARASINDAKİ DENGENİN
DEĞERLENDİRİLMESİ*

Araştırma Makalesi
Ticen Azize ÖZRAŞIT*

ABSTRACT

This article offers a comprehensive examination into the realm of arbitration within the UK, with a particular spotlight on the crucial and often contentious role of injunctions. Through a detailed analysis of the Arbitration Act 1996 and a thorough review of significant case law, the piece underscores the multifaceted and sometimes convoluted interplay between injunctions and the arbitration process. Venturing beyond the UK's borders, the study broadens its scope to offer a comparative perspective, juxtaposing the UK's approach with that of other global jurisdictions. This serves to deepen our appreciation and understanding of international arbitration practices. Ultimately, the article's primary objective is to navigate and demystify the labyrinthine world of arbitration. It aims to highlight the necessity of maintaining a delicate balance between ensuring fair dispute resolution mechanisms and the extent of judicial intervention. This is especially pertinent when considering the dual-aspect of court-issued injunctions, which can serve as both protective measures and potential obstacles in the arbitration journey.

Keywords: *Arbitration, Injunctions, Judicial intervention, Dispute resolution, Arbitration Act 1996*

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1368579

Makalenin Geliş Tarihi: 29.09.2023 **Makalenin Kabul Tarihi:** 30.01.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Rauf Denктаş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim
Dalı **E-posta:** ticen.ozrasit@rdu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8843-4847

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak
hazırlanmıştır.

ÖZ

Bu makale, İngiltere'deki tahkim alanına ilişkin kapsamlı bir inceleme sunmakta ve özellikle ihtiyati tedbirlerin önemli ve çoğu zaman tartışmalı rolüne odaklanmaktadır. Çalışma, 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun detaylı bir analizi ve önemli içtihatların kapsamlı bir incelemesi yoluyla, ihtiyati tedbir kararları ile tahkim süreci arasındaki çok yönlü ve bazen de karmaşık etkileşimin altını çizmektedir. İngiltere sınırlarının ötesine geçen çalışma, İngiltere'nin yaklaşımını diğer küresel yargı alanlarınıninkine yan yana koyarak karşılaştırmalı bir perspektif sunmak için kapsamını genişletiyor. Bu, uluslararası tahkim uygulamalarına ilişkin takdir ve anlayışımızı derinleştirmeye hizmet etmektedir. Nihayetinde, makalenin birincil amacı tahkimin labirent dünyasında gezinmek ve bu dünyanın gizemini çözmektir. Adil uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının sağlanması ile yargı müdahalesinin kapsamı arasında hassas bir dengenin korunması gerekliliğini vurgulamayı amaçlamaktadır. Bu, özellikle tahkim yolculuğunda hem koruyucu önlemler hem de potansiyel engeller olarak hizmet edebilen mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbirlerin ikili yönü göz önüne alındığında geçerlidir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, İhtiyati tedbir, Yargı müdahalesi, Uyuşmazlık çözümü, 1996 Tahkim Kanunu

EXTENDED SUMMARY

The Mental Health Bill 2022 proposes a significant overhaul of UK mental health legislation. It aims to incorporate contemporary international human rights principles and focus on individual-centered care. The Bill seeks to address deficiencies in the 1983 Mental Health Act, particularly its inability to meet the diverse needs of the population and adequately secure the rights of people with mental illnesses. Key provisions include better definitions of mental disorders, stricter detention criteria, advance choice documents for care preferences, and increased rights to community-based care. The implementation of the Bill presents challenges such as garnering support, aligning service delivery with legal requirements, and shifting towards more community-based care settings. The British mental health system is at a crucial juncture, with increasing concerns about the effectiveness and fairness of existing laws. The 1983 Mental Health Act, once progressive, has faced criticism for not adequately protecting patients' rights, particularly regarding involuntary care. The Mental Health Bill 2022 aims to modernize the system, aligning it with contemporary challenges and human rights standards. The Bill is seen as a critical measure to address these issues and ensure the mental health care system evolves to meet current needs. The primary legislation governing mental health in the UK has been the Mental Health Act 1983, which has undergone various amendments to enhance its effectiveness and protect patients' rights. Despite these changes, the Act has faced criticism, particularly regarding involuntary treatment and the treatment of minority ethnic groups. An independent review led by Professor Sir Simon Wessely in 2017 highlighted several system-level issues and recommended reforms to strengthen patient voice and ensure treatment as a last resort. The Mental Health Bill 2022 aims to implement these recommendations and reform the mental health system. The paper systematically explores the proposed Mental Health Bill's scope and substance, analyzing its contents and public and expert opinions. The methodology includes reviewing the Bill, considering public and expert feedback, and comparing it to international standards and reforms. This comprehensive approach aims to provide a well-informed analysis of the Bill's potential impact on mental health care and rights in the UK. The

Bill introduces significant changes in the definitions and scope of mental health legislation, focusing on better classifications of mental disorders and stricter criteria for detentions and treatments. Autism and learning disabilities are excluded as sole grounds for detention unless paired with other mental health issues. The Bill also mandates that any treatment provided under detention must have a demonstrable benefit to the individual, emphasizing the least restrictive options available. The Bill significantly shifts the parameters related to capacity and consent, increasing individual autonomy and preventing human rights abuses. It introduces stricter detention criteria, requiring high risks of harm for detention to be justified. The Bill also emphasizes informed consent and advance decisions regarding treatment choices, ensuring respect for individual preferences. Advance directives and nominated representatives are core provisions in the Bill, empowering patients to participate in their mental health care decisions. Advance choice documents allow individuals to express their treatment preferences in advance, and the Nominated Person replaces the Nearest Relative, giving patients more control over their care decisions. The Bill aims to improve the rights of people with mental disorders by promoting community-based care over institutionalization. It emphasizes the need for sufficient funding and resources for community-based services, such as outpatient treatment and home-based care programs, to support individuals within their immediate surroundings and promote rehabilitation and independence. The Mental Health Bill 2022 represents a transformative overhaul of UK mental health legislation, aimed at modernizing the system to better align with contemporary human rights standards and address longstanding deficiencies in the existing Mental Health Act 1983. This new Bill places a strong emphasis on individual-centered care, ensuring that the mental health system is more responsive to the needs and rights of individuals with mental illnesses. The Bill aims to update the legislative framework to reflect modern principles of human rights, ensuring that individuals' rights and freedoms are more robustly protected. This includes adhering to international human rights norms and integrating best practices from other jurisdictions. The 1983 Mental Health Act has been criticized for its outdated approach and insufficient protections for patients, particularly in terms of involuntary detention and treatment. The Bill addresses these concerns by implementing stricter criteria for detention and ensuring that treatment is more closely aligned with patients' needs and preferences. A cornerstone of the Bill is the shift towards a more individualized approach to mental health care. This involves greater respect for patients' autonomy and choices, ensuring that care plans are tailored to the specific needs of each person. The introduction of advance choice documents allows individuals to outline their treatment preferences in advance, which healthcare providers must consider. In conclusion, while the Mental Health Bill 2022 presents significant challenges in terms of implementation, it is seen as a critical and necessary step towards modernizing the UK's mental health system, addressing the shortcomings of the 1983 Act, and ensuring that mental health care is more humane, respectful, and effective.

INTRODUCTION

Arbitration, a leading alternative dispute resolution method, has become an integral part of the United Kingdom's legal system.¹ In a world that is increasingly globalized and interconnected, arbitration has proven to be an efficient and flexible tool to resolve multifaceted commercial disputes. Injunctions play a pivotal role in this process, serving as effective instruments to ensure the enforceability of arbitral awards, preserve the status quo, and prevent potential harm². The interaction between injunctions and arbitration forms the core subject matter of this research.

Injunctions in arbitration straddle a complex interplay between two fundamental aspects of legal dispute resolution – the autonomy of the arbitration process and the necessary oversight by the court. The delicate balance that must be maintained between these two principles is often a subject of contention and invites rigorous scholarly examination. The primary function of an injunction is to provide interim relief, preserving the parties' rights and ensuring that the arbitration proceedings are not rendered futile. However, the very intervention of the court in granting injunctions can lead to debates about the sanctity and independence of the arbitration process.

In the United Kingdom, this dialogue gains additional relevance due to the country's vibrant arbitration landscape, governed by the Arbitration Act 1996. The Act, a comprehensive piece of legislation that covers all aspects of arbitration, including the court's role in supporting arbitration, underscores the importance of injunctions in the arbitration process. The court, under the Act, retains the right to grant injunctions, among other powers, even when an arbitration agreement is in effect³. This provision has been the springboard for numerous court decisions that have subsequently shaped the application of injunctions in arbitration. Understanding the judicial interpretation of this legislative provision, therefore, forms an essential component of our research.

Given the critical role injunctions play in arbitration and their often-controversial nature, this research raises the question: "What is the impact of injunctions on arbitration proceedings in the

¹ Stuart Sime, *Civil Procedure* (25th edn, Oxford University Press 2022) 113; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2023) 725; Baki Kuru, Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Cilt II* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021) 1861; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5th edn, Yetkin Yayınları 2022) 419; Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Muhammet Özekes, Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Hukuku- Medeni Usul Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha Yayınları 2017) 2593. Şanal Görgün, Levent Börü, Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (12th edn, Yetkin Yayınları 2023) 767.

² Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2435.

³ Efe Direnisa, 'Functions of an Arbitration Agreement' (2007) 4(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 107-119.

UK, and how can their application be optimized to enhance the arbitration process?" By exploring this question, we aim to provide an in-depth understanding of the judicial reasoning and legislative provisions that guide the granting of injunctions in arbitration. This research seeks to critically analyse the implications of these injunctions on the fairness and efficiency of dispute resolution in the UK⁴.

Moreover, our study goes beyond merely understanding the UK's approach to injunctions in arbitration. It extends to comparing this approach with other jurisdictions, offering a comparative legal analysis that deepens our understanding of international best practices. By presenting a comparative study, we hope to identify key differences and similarities that could further inform the discussion on the application and reform of injunctions in arbitration. The purpose of this study, therefore, is two-fold. Firstly, it contributes to the scholarly discourse on the role and impact of injunctions in UK arbitration proceedings. Secondly, it provides insights that could potentially inform legal policy and practice in this area, especially in the light of increasing globalization and the concomitant rise in cross-border disputes.

By undertaking a meticulous examination of statutory provisions, judicial interpretations, and specific case studies, we strive to uncover the intricate balance between court intervention and arbitral autonomy. We endeavour to highlight the benefits and potential challenges associated with the use of injunctions in arbitration. In so doing, our research opens avenues for future exploration in this field, contributing to a broader dialogue on enhancing dispute resolution mechanisms in the UK and beyond.

I. UNDERSTANDING ARBITRATION

Arbitration can be defined as a private dispute resolution mechanism whereby the disputing parties agree to refer their dispute to a neutral third party, known as the arbitrator. The arbitrator, chosen by the parties or appointed by a designated institution, is tasked with reviewing the

⁴ Loukas Mistelis, 'Court Review of Arbitral Awards and the Role of Public Policy' (2008) 14(13) *Uniform Law Review*, 650-651.

evidence, hearing the arguments, and rendering an award. This award is typically final and binding on the parties, with limited opportunities for appeal.⁵

Arbitration plays a pivotal role in the landscape of dispute resolution, particularly in the realms of commercial and international disputes⁶. Its popularity can be attributed to several key advantages it offers over traditional court litigation⁷. These include greater privacy, as arbitration proceedings are typically confidential; the potential for a quicker and more efficient process; the ability to choose an arbitrator with specific expertise in the subject matter of the dispute; and the ease of enforcement of arbitral awards, particularly internationally under the New York Convention of 1958⁸. The flexibility of arbitration proceedings, tailored to the needs and agreement of the parties, also contributes to its attractiveness.⁹ This makes it an essential tool in preserving business relationships, providing a less adversarial and more collaborative approach to resolving disputes.

A. Brief Overview of the Principles of Arbitration: Emphasis on Party Autonomy

Party autonomy is one of the cornerstones of arbitration. It refers to the freedom of parties to determine various aspects of their arbitration proceedings. This includes the choice of the arbitrator(s), the place and language of arbitration, the procedural rules to be followed, and sometimes, the substantive law applicable to the dispute¹⁰.

Party autonomy underpins the efficiency, flexibility, and fairness of the arbitration process, allowing it to be tailored to the specific needs and characteristics of the dispute and the parties involved¹¹. However, this principle is not absolute. It operates within the bounds of mandatory

⁵ Thomas Carbonneau, 'The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements' (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1189; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10th edn, On İki – Levha Yayıncılık 2022) 608. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Seçkin Yayınevi 2021) 3; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım 2019) 28; Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (9th edn, Yetkin Yayınları, 2023) 420.

⁶ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2593.

⁷ Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Müzakere, Arabuluculuk ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 62.

⁸ Phillip Landolt, 'Arbitration and the Public Policy Exception: The Increasingly Limited Role of National Courts' (2013) 30 *Arbitration International* 79.

⁹ Gary Born, 'International Commercial Arbitration: Overview and Introduction' (2010) 19 *American Review of International Arbitration* 1; Özbek (n 1) 500.

¹⁰ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2675.

¹¹ Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 19(64) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 151-177.

rules of the seat of arbitration and internationally accepted principles of due process and public policy.

The interplay between party autonomy and other principles of arbitration, such as non-intervention of courts, forms a critical part of the arbitration discourse. The balance between these principles becomes particularly significant when courts are called upon to intervene in arbitration proceedings, for instance, in the granting of injunctions, a matter we delve into in the later sections of this article.

II. INJUNCTIONS

An injunction, in its simplest definition, is a powerful tool wielded by the courts that dictates the behaviour of parties involved in legal disputes. At the heart of its purpose is the preservation of rights, enforcing a stop or command that ensures the conditions of a dispute do not evolve unfavorably before its final resolution¹². Arbitration, a realm characteristically distinguished by its drive for minimal court intervention, finds a crucial intersection with this form of relief.

Diverse in nature, injunctions can be tailored to the specific circumstances of a case. Prohibitory injunctions, for instance, are deployed to deter a party from performing an act that may inflict harm or prejudice upon the opposing party.¹³ Conversely, mandatory injunctions compel a party to perform a particular act, often necessary to maintain the status quo or prevent a legal wrong. Interlocutory or interim injunctions, which are temporary orders issued during the pendency of litigation or arbitration, are another significant type¹⁴. They are meant to preserve the subject matter of dispute until final resolution, and their violation often results in contempt of court¹⁵.

In the context of arbitration, other specialized forms of injunctions have evolved. Anti-suit injunctions, sought to prevent a party from initiating or continuing proceedings in a different jurisdiction or forum, reinforce the agreement to arbitrate. On the other hand, anti-arbitration

¹² Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukukunda İhyiyati Haciz* (Seçkin Yayıncılık 1999) 18; Evrim Eşir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhyiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 4; Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2435.

¹³ Daniel Benoliel, 'International Arbitral Injunctions' (2014) 29 *Arbitration International* 157.

¹⁴ Atalı, Ermenek, Erdoğan (n 1) 690.

¹⁵ Nakul Dewan, 'Interim Measures in Arbitration - A Comparative Analysis of Indian and English Arbitration Acts' (2003) 2003 *Int'l Bus LJ* 667.

injunctions, though controversial, serve to restrain a party from commencing or continuing arbitration proceedings, particularly where there is a dispute over the existence or scope of an arbitration agreement¹⁶.

The role of injunctions in arbitration cannot be overstated. They are the key to unlocking a variety of strategic options for parties involved in disputes, preserving their rights, and shaping the arbitral proceedings. Injunctions provide parties with the opportunity to freeze the status quo until the dispute's resolution, allowing for the prevention of asset dissipation, preservation of evidence, or the cessation of harmful activities¹⁷. Specific to arbitration, injunctions serve to respect and reinforce the principle of party autonomy¹⁸. They ensure that parties abide by their agreement to arbitrate and are not able to undermine this choice by resorting to court litigation or parallel proceedings in different jurisdictions. The use of anti-suit and even anti-arbitration injunctions testify to the utility of injunctions in maintaining the integrity of the arbitral process and upholding the parties' contractual intentions.

The criteria underpinning the issuance of injunctions are often context-specific, dependent on the applicable legal framework, the nature of the dispute, and the demands of justice. Nevertheless, several common conditions and circumstances can be highlighted:

1. **Prima Facie Case:** The party applying for the injunction must generally show a strong prima facie case, meaning that on the face of it, they have a high probability of succeeding in their claim during the main arbitration¹⁹.
2. **Necessity and Urgency:** Injunctions are not typically granted as a matter of course but require an element of urgency. The applicant must show that the injunction is necessary to prevent imminent harm that cannot be adequately compensated by damages at a later stage.
3. **Balance of Convenience:** This standard comparative measure weighs the potential harm to the applicant if the injunction is not granted against the detriment to the respondent if it is. The balance of convenience must tip in favor of granting the injunction.
4. **Conduct of the Parties:** The courts or arbitral tribunal may consider the behaviour of the parties, including any bad faith or dilatory tactics, and their compliance with the obligations

¹⁶ Drenisa (n 3) 107-119.

¹⁷ Atalı, Ermenek, Erdoğan (n 1) 690; Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2435; Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 732.

¹⁸ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2435.

¹⁹ Ibid.

under the arbitration agreement. The party's conduct can significantly influence the decision to grant or deny an injunction.

Despite these general criteria, the court or tribunal's decision is inherently discretionary, based on the specific facts and circumstances of each case. Furthermore, the approach towards these criteria may differ between jurisdictions, with some placing more emphasis on specific factors than others²⁰. For instance, some legal systems may prioritize the principle of non-intervention and uphold the arbitral tribunal's competence-competence, requiring a very high threshold of urgency and necessity to warrant court intervention. In the subsequent sections of this paper, we will probe further into how these general principles and criteria are interpreted and applied in the specific context of UK arbitration law. By examining the relevant statutory provisions and key court cases, we will illuminate the UK's unique approach towards the granting of injunctions in arbitration, as well as its potential implications for the parties, the arbitral process, and the broader legal system.

A critical examination of current academic literature forms the basis for any comprehensive study. In the context of injunctions in arbitration, especially within the UK, various scholars and legal experts have extensively explored and debated this intricate issue²¹.

An initial strand of scholarship focuses on the basic understanding and application of injunctions in the arbitration process. These works delve into the nature of injunctions as interim measures, their role in preserving the status quo, and preventing irreparable harm. The legal doctrine underlying these principles is well-established in the literature, providing a foundational understanding of the subject.²² A further body of literature examines the statutory provisions of the Arbitration Act 1996, discussing the inherent powers of the court to grant injunctions. These works often critically evaluate the scope and exercise of these powers, analyzing their compatibility with the principles of arbitral autonomy and non-intervention²³.

²⁰ Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 732.

²¹ Jacques Werner, 'Should the New York Convention Be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings' (1989) 3 J Int'l Arb 113; Ali Yeşilirmak, 'Interim and Conservatory measures in ICC Arbitral practice, 1999-2008, in ICC Bulletin' (2011) 22, Special Supplement, 5-11.

²² Mark R. Fauvrelle 'Beyond the Dream: Theorising Autonomy in International Arbitration' (2017) 63 Scandinavian Stud L 45.

²³ Efe Direnisa, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararlarının Gerekçesi Üzerine Düşünceler' (2022) 20(233) Legal Hukuk Dergisi, 1549-1601; Pekcanitez, Korkmaz, Özkes, Akkan (n 1) 2435.

The issue of court intervention in arbitration proceedings through injunctions forms the crux of another area of academic exploration. Scholars often discuss the delicate balance between the necessity for court intervention to ensure justice and the importance of upholding the independence of the arbitration process. These studies tend to centre on the implications of injunctions on the procedural efficiency of arbitration, and the subsequent impact on the enforcement of arbitral awards. Notably, the literature also contains comparative studies that examine the application of injunctions in arbitration across different jurisdictions. These analyses offer an international perspective on the topic, aiding the understanding of best practices and potential reforms.

However, a noticeable gap in the existing literature is a comprehensive, focused analysis of UK-specific judicial decisions and case law relating to injunctions in arbitration.²⁴ While the broader themes surrounding injunctions are well-discussed, a detailed examination of the evolving judicial approach and its implications on UK arbitration is lacking.²⁵ This research aims to fill this lacuna by delving into an exhaustive analysis of UK case law, interpreting the judicial understanding and application of injunctions in arbitration. By integrating the insights derived from this study with the existing body of literature, we hope to contribute a nuanced UK perspective to the global scholarly discourse on injunctions in arbitration.

III. COURT INTERVENTION IN ARBITRATION

Court intervention in the realm of arbitration, particularly in the context of injunctions, is a complex and nuanced process. It represents a tug of war between two foundational principles of arbitration: party autonomy and the necessary supervisory role of courts.

A. A General Overview

Court intervention is not merely a procedural aspect but plays a critical role in shaping the dynamics of arbitration proceedings²⁶. While the overarching principle of the Arbitration Act 1996

²⁴ Jonathan Hill, 'Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements' (2014) 63 *Int'l & Comp LQ* 517 518.

²⁵ Hill (n 24) 518.

²⁶ Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 774.

is to uphold the autonomy of the arbitration process, the Act acknowledges instances where court intervention is necessary, such as when there is a risk of injustice or procedural inefficiencies.²⁷

Injunctions serve as one of the crucial mechanisms through which courts can intervene in arbitration. They can effectively preserve the status quo, prevent the dissipation of assets, or thwart attempts to evade arbitration agreements²⁸. The court's power to grant injunctions is enshrined in Section 44 of the Arbitration Act 1996, which provides for court intervention in specified circumstances.

The circumstances under which courts decide to intervene vary significantly, often pivoting on the specifics of the case, the nature of the dispute, and the stage of the arbitration process. Courts are typically hesitant to interfere once an arbitral tribunal has been constituted, adhering to the principle of non-intervention²⁹. However, exceptions are made in cases of 'urgency' or where the tribunal cannot act swiftly enough to prevent potential harm.³⁰

B. An Examination of the Merits and Drawbacks of Court Intervention

The impact of court intervention on the arbitration process is multifaceted. When effectively utilized, injunctions can enhance the efficiency of arbitration proceedings and prevent potential miscarriages of justice. However, excessive or ill-timed intervention may disrupt the arbitration process, compromise party autonomy, and contravene the non-intervention principle.

Court intervention, particularly through injunctions, can have substantial implications for the parties involved. A court-ordered injunction can swiftly halt damaging actions, thereby preserving assets or evidence that may be critical for the dispute's resolution. Conversely, it can create an interim imbalance between the parties, especially if one party perceives the injunction as unfairly prejudicial³¹.

Court intervention in arbitration is not without its controversies and contentious issues. One such issue revolves around the interpretation of 'urgency' under Section 44 of the Arbitration Act 1996. The term 'urgency' is not explicitly defined in the Act, leading to varying interpretations in

²⁷ Deniz D. Çelik, 'Judicial Review under the UK and US Arbitration Acts: Is Arbitration a Better Substitute for Litigation?' (2013) 1 ISLRev 13.

²⁸ Drenisa (n 3) 107-119.

²⁹ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2617.

³⁰ George Burn, Kevin Cheung, 'Section 44 of the English Arbitration Act 1996 and third parties to arbitration' (2021) 37(1) Arbitration International 287 288.

³¹ Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 774.

different cases. In conclusion, court intervention through injunctions in UK arbitration represents a delicate dance between upholding party autonomy and ensuring justice and procedural efficiency. The intervention must be well-judged, finely balanced, and attuned to the complexities of the arbitration process³². As arbitration continues to evolve as a preferred mode of dispute resolution, the discourse on court intervention, and specifically the use of injunctions, remains a topic of enduring relevance and scholarly interest.

At the heart of arbitration lies the principle of party autonomy. The cornerstone of arbitration, it encapsulates the freedom of the parties to determine the rules of the game - a freedom that stretches across various dimensions of the arbitration process. From the decision to arbitrate to the selection of the arbitral tribunal, the choice of procedural rules, and the applicable substantive law, party autonomy empowers parties with significant control over their dispute resolution journey.³³ The appeal of arbitration, for many businesses and individuals alike, resides within this sphere of influence. Distinct from the dictated procedures and inevitable public exposure of traditional court litigation, arbitration presents an attractive alternative for those seeking confidentiality, flexibility, and a customized dispute resolution process. It respects the parties' contractual intentions, allows for a tailor-made process suitable for the particularities of each dispute, and enhances efficiency and satisfaction with the dispute resolution process. However, this autonomy is not absolute. Certain restrictions are imposed by mandatory laws, public policy considerations, and overarching fairness principles. It is here, within these boundaries of party autonomy, that the judiciary finds its role.

Despite arbitration's self-governing character, courts play an indispensable role in its functioning. As guardians of justice and the rule of law, courts serve as a necessary external supervisory mechanism. They ensure that the arbitral process adheres to essential standards of fairness, legality, and public policy, while also providing support where the arbitral tribunal lacks power or competence³⁴.

³² Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2715.

³³ Paolo M. Patocchi, 'Party Autonomy vs. Case Management in International Arbitration' (2013) 29 *Banka Huk Dergisi* 127.

³⁴ Christa Roodt, 'Autonomy and Due Process in Arbitration: Recalibrating the Balance' (2011) 13 *Eur JL Reform* 413.

Court intervention in arbitration manifests in several forms: the appointment of arbitrators where parties fail to agree, the challenge of arbitrator appointments, the setting aside of arbitral awards that violate public policy or due process, and granting injunctive relief, amongst others³⁵.

One critical area where the courts' support is often sought is the provision of interim measures, such as injunctions. Whether it's to maintain the status quo, preserve assets, protect evidence, or ensure the enforcement of the eventual award, injunctions are powerful tools in the hands of parties navigating through disputes. While arbitrators can grant such relief in many jurisdictions, there are circumstances where parties may seek, or indeed require, the intervention of national courts.

C. Challenges Posed by Court Intervention in the Context of Injunctions

Striking the balance between respect for party autonomy and the necessity of court intervention is a delicate exercise. Lean too far in favor of party autonomy, and you risk enabling abuse of the arbitral process, allowing parties to escape legal obligations or perpetuate injustice. Tip the scales towards excessive court intervention, and you erode the efficiency, privacy, and self-determination that make arbitration an attractive alternative to litigation.³⁶

In the realm of injunctive relief, this balance is particularly nuanced. A proactive approach by courts may offer parties a safety net, ensuring the effectiveness and integrity of the arbitral process. Conversely, such intervention could undermine the authority of the arbitral tribunal, discourage parties from seeking interim relief from the tribunal itself, and potentially cause delay or disruption to the arbitral proceedings. This tension between party autonomy and court intervention, particularly in the context of injunctions, presents a complex conundrum. The subsequent sections of this paper will delve into how UK law navigates this dynamic. Through a close examination of the Arbitration Act 1996, relevant case law, and practical considerations, we will seek to understand how the UK strikes the balance between respecting the parties' choice to arbitrate and ensuring the fair and effective administration of justice.³⁷

³⁵ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2617.

³⁶ Kenneth R Davis, 'A Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power' (1999) 26 Fordham Urb LJ 167. Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 732.

³⁷ Davis (n 36) 168.

Injunctions in arbitration, within the UK context, are governed by a well-defined legal framework comprising statutory provisions and judicial interpretations. At the heart of this framework is the Arbitration Act 1996, which outlines the principles and procedures relevant to arbitration in England, Wales, and Northern Ireland. Section 44 of the Arbitration Act 1996 vests the court with specific powers exercisable in support of arbitration proceedings.³⁸ Subsection 44(2)(e) is particularly relevant as it explicitly empowers the court to grant an injunction, unless the parties have agreed to exclude this power. The Act thus acknowledges the necessity of court intervention, in certain circumstances, to ensure the smooth functioning of the arbitration process. However, the Act also sets certain restrictions on this power. For example, per Section 44(3), the court has no authority to act unless the case is urgent, or the parties have provided permission, or the arbitral tribunal has provided for the court's intervention. Section 44(4) further adds that in matters capable of being settled by arbitration, no interlocutory injunction should be granted unless it is necessary to do so in the interest of justice. This intricate balance between intervention and autonomy underpins the UK's approach towards injunctions in arbitration.

While the Arbitration Act 1996 provides the legislative guidelines, the interpretation and application of these provisions have been shaped by several significant court cases. For instance, the case of the *Angelic Grace* highlighted the court's readiness to grant injunctions to maintain the status quo until an arbitration tribunal is established, demonstrating the proactive role of the judiciary³⁹. Conversely, the case of *Fulham Football Club Ltd v Richards*⁴⁰ emphasized the principles of non-intervention and arbitral autonomy, where the court declined to grant an injunction as it deemed the arbitral tribunal fully competent to provide necessary relief. Yet, in *Gerald Metals SA v Timis*⁴¹ the court acknowledged its jurisdiction to grant an injunction even when the tribunal is in place, provided there is sufficient urgency that the tribunal cannot act in time. This case underscored the nuanced interpretation of the urgency requirement stipulated in the Act. Through these landmark cases, the UK courts have manifested a judicious approach to granting injunctions in arbitration, maintaining a careful balance between providing necessary support and respecting the sanctity of the arbitral process.

³⁸ Roodt (n 34) 413.

³⁹ *The Angelic Grace* [1995] 1 Lloyd's Rep 87.

⁴⁰ *Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards* [2011] EWCA Civ 855.

⁴¹ *Gerald Metals SA v Timis* [2016] EWHC 2327 (Ch).

This section further discusses these and other significant cases in detail, examining the evolving judicial attitude towards injunctions in UK arbitration and its implications for the dispute resolution process.⁴² Injunctions within the realm of arbitration in the United Kingdom present a compelling confluence of legal theory, legislative provisions, and judicial interpretations. A detailed exploration of this subject requires a nuanced understanding of the contentious issues involved, varying interpretations of the law, and the impact of injunctions on the arbitration process⁴³. A fundamental issue in the discussion of injunctions in UK arbitration is the principle of non-intervention versus the necessity of court intervention. The Arbitration Act 1996, in sections such as 44(3) and 44(4), establishes a framework that allows court intervention, yet simultaneously places restrictions to uphold the autonomy of arbitration. This delicate balance has been a fertile ground for academic discourse and judicial interpretation.

The discussion of injunctions in UK arbitration would be incomplete without examining their impact on the arbitration process. On the one hand, injunctions can preserve the status quo, prevent irreparable harm, and ensure the enforceability of the future arbitral award. They can also deter parties from engaging in dilatory tactics or from breaching the arbitration agreement.

On the other hand, court-ordered injunctions can disrupt the arbitration process, potentially causing delays and increasing costs. There is also the risk of conflicting decisions if the court grants an injunction contrary to the tribunal's interim award, thereby undermining the tribunal's authority and the principle of arbitral autonomy.⁴⁴

The challenge, therefore, lies in navigating these potential benefits and drawbacks to ensure that the application of injunctions bolsters, rather than hinders, the arbitration process. The judicial approach in the UK, as interpreted through case law and governed by the Arbitration Act 1996, demonstrates an earnest attempt at achieving this equilibrium. Nonetheless, there remains room for further refinement and exploration in this area, particularly in light of evolving global best practices and the complexities of cross-border disputes. In conclusion, the function and impact of injunctions in UK arbitration are both intricate and multifaceted, shaped by a confluence of legal principles, statutory provisions, and judicial interpretations. Understanding these dynamics is

⁴² Kang-Bin Lee, 'A Study on the Role of Party Autonomy in Commercial Arbitration' (2009) 19 Arb Stud 1 3.

⁴³ Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 732.

⁴⁴ Paul David, 'From Automation to Autonomy - Can the Law Keep up?' (2020) 34 Austl & NZ Mar LJ 1 2.

integral to fostering a fair and effective arbitration framework and continues to be a pertinent issue for scholars, practitioners, and policymakers alike.

D. Interpreting Injunctions in Arbitration Across Jurisdictions

The application and interpretation of injunctions in arbitration vary across different jurisdictions. By juxtaposing the UK's approach with that of other jurisdictions, we can better understand the contextual factors shaping this area of law and glean insights that might inform future policy and practice.

In the United States, arbitration as a method of dispute resolution has received significant judicial support, with the courts often adopting an interventionist stance to safeguard the integrity and effectiveness of arbitration proceedings. This approach stems from the Federal Arbitration Act (FAA), which, contrary to its UK counterpart, does not expressly limit the courts' powers to issue interim measures, including injunctions, in support of arbitration.⁴⁵ The FAA is an essential legislative instrument that underpins arbitration proceedings in the United States. Its main objective is to ensure that arbitration agreements are upheld and enforced to the same extent as other contracts, thereby preserving the principle of *pacta sunt servanda*, or 'agreements must be kept.' In doing so, the FAA recognizes the need for judicial intervention to protect the parties' agreement to arbitrate, particularly where one party seeks to evade its arbitration commitments.⁴⁶

The interventionist approach of US courts is exemplified in their willingness to issue injunctions, including anti-suit injunctions, to uphold arbitration agreements. This willingness was affirmed in the landmark Supreme Court case, *Bremen v. Zapata Off-Shore*⁴⁷ In this case, the Supreme Court upheld a lower court's anti-suit injunction, which prevented a party from initiating litigation in another jurisdiction contrary to the parties' agreement to arbitrate disputes⁴⁸.

The Bremen case significantly reinforced the US judiciary's pro-arbitration stance. The court reasoned that, by agreeing to arbitrate, the parties had effectively chosen to substitute the forum of arbitration for the forum of the courts. Therefore, in issuing an anti-suit injunction, the court was not imposing an external constraint but rather upholding the parties' mutual agreement. This

⁴⁵ David (n 44) 3.

⁴⁶ Michael Pryles, 'Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure' (2007) 24 J Int'l Arb 327.

⁴⁷ *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972).

⁴⁸ Pryles (n 46) 328.

decision demonstrated the court's readiness to intervene to preserve the sanctity of arbitration agreements and prevent any attempts to circumvent them.

1. U.S. Courts' Interventionist Approach

The interventionist approach of the US courts extends to other forms of injunctions as well. Courts have shown willingness to issue interim measures, such as preliminary injunctions or temporary restraining orders, to maintain the status quo or prevent irreparable harm pending the outcome of the arbitration. In such cases, the courts exercise their inherent powers to issue injunctions, seeking to ensure that the arbitration process can proceed effectively and that the parties' rights are protected.⁴⁹

However, it should be noted that this interventionist approach is not without limits. US courts remain mindful of the principle of party autonomy and the risk of overreaching their role as arbitral supporters, rather than arbitral directors. As emphasized in numerous judgments, court intervention is typically exercised with restraint, primarily focusing on upholding the arbitration agreement and ensuring that the arbitral process is not frustrated. This approach serves to respect the balance between the need for judicial supervision and the principles of party autonomy and non-intervention that are inherent in the arbitration process. Moreover, the US courts' approach to issuing injunctions in support of arbitration is also guided by the principle of minimalism. In other words, courts intervene only to the extent necessary to protect the arbitration process and no further. This approach aims to minimize judicial interference in the arbitral process while still ensuring that the process can proceed effectively and fairly.⁵⁰

2. A Comparative Analysis of U.S. and UK Approaches to Court Intervention in Arbitration

In essence, while the US courts' approach to injunctions in arbitration may be more interventionist compared to the UK, it is largely driven by a commitment to uphold the arbitration agreement and ensure the efficacy of the arbitral process. This approach recognizes the need for a certain degree of court intervention, while still aiming to respect and maintain the core principles of arbitration.

⁴⁹ William M. Barron, 'Court-Ordered Consolidation of Arbitration Proceedings in the United States' (1987) 4 J Int'l Arb 81.

⁵⁰ Barron (n 49) 82.

Thus, it provides an interesting contrast to the UK's approach, reflecting the complexities and varied perspectives within the broader international arbitration landscape.

This US approach offers a contrasting perspective to the UK's approach to court intervention in arbitration, which may serve to inform potential future revisions to the UK's arbitration law and practice. Understanding this divergence in approach between the two major legal jurisdictions also underscores the dynamic nature of arbitration law and practice, influenced as it is by a mix of legal tradition, statutory provisions, and judicial interpretation.

3. Singapore's Hybrid Model of Court Intervention in International Arbitration

Singapore, as one of the leading global centers for international arbitration, provides an intriguing juxtaposition of the UK and US approaches, striking a balance between upholding arbitral autonomy and recognizing the necessary supervisory role of the courts. At the heart of Singapore's arbitration landscape is the International Arbitration Act (IAA), a legislative instrument designed to create a conducive environment for international arbitration in Singapore. One key aspect of the IAA is its provision for court-ordered interim measures in support of arbitration. Such interim measures can include, among others, injunctions aimed at preserving assets or evidence, or maintaining the status quo pending the resolution of the dispute.

It's noteworthy that while the IAA allows for court intervention, it does so within a framework that seeks to respect the core principle of arbitral autonomy. The act carefully outlines the circumstances and limits within which the court may intervene, thereby ensuring that court intervention does not undermine the parties' choice to resolve their disputes through arbitration.

This balanced approach was clearly demonstrated in the case of *Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd*.⁵¹ In this case, the Singapore Court of Appeal was confronted with the issue of whether it had the jurisdiction to issue an anti-suit injunction to restrain foreign court proceedings that were in breach of an arbitration agreement. In its judgment, the court reaffirmed its jurisdiction to grant such an injunction but underscored that this power should be exercised sparingly and only where it is just and convenient to do so. In reaching its decision, the court made clear that while it had the power to intervene in support of arbitration, this power was not unlimited and had to be exercised with due regard to the principle of arbitral autonomy. The

⁵¹ *Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals* [2016] 1 SLR 373.

court also considered the competence of the arbitral tribunal to grant the necessary relief. It held that while the tribunal had the power to issue anti-suit injunctions, this did not preclude the court from exercising its concurrent jurisdiction to grant such injunctions. In doing so, the court demonstrated a nuanced understanding of the interplay between the courts and arbitral tribunals, striking a balance between supporting the arbitral process and preserving the courts' supervisory role.

Singapore's balanced approach reflects a hybrid model of court intervention in arbitration. While acknowledging the need for court intervention in certain circumstances, Singapore's legal framework and jurisprudence also emphasize the importance of respecting arbitral autonomy and minimizing unnecessary judicial interference.

In contrast to the interventionist approach of the US and the balanced approach of Singapore, France is known for its more hands-off attitude towards court intervention in arbitration. The approach adopted by French courts underscores a distinct commitment to upholding the principles of arbitral autonomy and non-intervention. The cornerstone of France's approach is Article 1449 of the French Code of Civil Procedure (CCP), which vests in arbitral tribunals the power to "order any interim or conservatory measures that they deem appropriate." This provision recognizes the full competency of the arbitral tribunal to handle issues relating to interim measures, including injunctions. Consequently, the courts are generally reluctant to issue interim measures that may impinge on the authority and autonomy of the arbitral tribunal⁵².

4. The Delicate Approach of French Courts to Interim Measures in Arbitration

French courts, while possessing inherent powers to issue interim measures, exercise this authority with great restraint. Their stance represents a determination to protect the integrity of the arbitral process, thereby minimizing judicial interference and maximizing party autonomy. This commitment to non-intervention is particularly evident in their consistent reluctance to issue anti-suit injunctions in support of arbitration agreements⁵³.

⁵² Guido Carducci, *Arbitration in France: Law and Practice* (Oxford University Press 2014) 168; Jean-Louis Delvolvé, Jean Rouche, Gerald H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer 2009) 9.

⁵³ Carducci (n 51) 168.

The comparative study reveals a broad spectrum of approaches to court intervention in arbitration, each reflective of its unique legal culture, legislative provisions, and judicial philosophy.

At one end of the spectrum, the US demonstrates a more interventionist stance, with courts more willing to issue interim measures, including injunctions, in support of arbitration proceedings. This is largely underpinned by the Federal Arbitration Act, which does not explicitly curtail the courts' powers in this regard. In contrast, France embodies a non-interventionist model, emphasizing the principles of arbitral autonomy and non-intervention. French courts, guided by the provisions of the CCP, exhibit reticence in issuing interim measures, carefully preserving the jurisdictional boundaries between the courts and arbitral tribunals. Situated between these two approaches, Singapore offers a balanced hybrid model. While acknowledging the need for court intervention in certain circumstances, Singapore's legal framework and jurisprudence also emphasize the importance of respecting arbitral autonomy and minimizing unnecessary judicial interference⁵⁴.

5. Germany's Distinctive Stance: A Comparative Analysis of Court Intervention in Arbitration vis-à-vis the UK

Germany's approach to court intervention in arbitration stands as a noteworthy point of comparison for the UK. Similar to France, Germany leans towards non-interventionism, striving to preserve the autonomy of arbitration proceedings⁵⁵. However, Germany has its unique legal culture and regulatory framework that shape its approach. In accordance with the German Code of Civil Procedure (ZPO), Section 1032, the arbitral tribunal is granted the primary power to rule on its own jurisdiction. German courts are generally reticent to intervene unless there is an explicit provision granting them the authority. German courts' reticence to intervene in arbitration without explicit statutory authorization is deeply rooted in the principles of party autonomy and the autonomy of arbitral tribunals. The German legal system places a strong emphasis on party autonomy, allowing parties to shape their arbitration agreements according to their preferences.

⁵⁴ Ali Yeşilırmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008*, 22 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Special Supplement 2011) 9.

⁵⁵ Peter F. Scholsser, 'Right and Remedy in Common Law Arbitration and in German Arbitration Law' (1987) 4 *J Int'l Arb* 27.

When parties opt for arbitration, they signal their intention to resolve disputes outside the traditional court system. Consequently, German courts generally respect and uphold this choice, seeking to minimize interference in the arbitration process⁵⁶.

The autonomy of arbitral tribunals is a key tenet supported by the German Code of Civil Procedure (*Zivilprozessordnung* or ZPO). Section 1032 of the ZPO grants significant authority to arbitral tribunals, particularly in ruling on their own jurisdiction. German courts are cautious about intervening in jurisdictional matters unless explicitly authorized by law.

This approach aligns with Germany's legal tradition and philosophy, which values the effectiveness and finality of arbitral awards. By maintaining a limited role in arbitration proceedings, German courts aim to ensure that arbitration remains an attractive and viable option for dispute resolution.⁵⁷

Furthermore, Germany's commitment to international arbitration is evident in its participation in the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The overarching goal is to support the global effectiveness of arbitration, and this commitment is reflected in the general stance of German courts toward minimizing intervention in arbitration proceedings. While German law allows for court intervention in specific circumstances, such as when the arbitration agreement is null and void or incapable of being performed, the overall emphasis is on promoting arbitration as an efficient and independent means of resolving disputes.

The German courts, in cases where the arbitration agreement is null, inoperative, or incapable of being performed, can intervene, but such instances are rare.

However, unlike France, German courts maintain a proactive role in granting interim measures in support of arbitration under Section 1033 of the ZPO. If the arbitral tribunal is not yet constituted or if the measure ordered by the tribunal is not complied with, parties can seek interim relief from state courts. This approach signifies a nuanced balancing act – upholding arbitral autonomy whilst also ensuring effective legal protection through potential court intervention.

⁵⁶ Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Kluwer Law International 2015) 225.

⁵⁷ Rudolf Kahn, 'Arbitration in England and Germany' (1930) 12 J Comp Legis & Int'l L 3d ser 58.

The German model provides a compelling insight into how a jurisdiction can seek to uphold arbitral autonomy while preserving a supportive role for the courts in ensuring effective legal protection⁵⁸. This balance, somewhat different from the stark non-interventionism seen in France and the more proactive role of courts in the US and Singapore, adds a unique perspective to the spectrum of approaches. The understanding of Germany's approach further enriches the comparative analysis. It reiterates the point that local legal culture, statutory provisions, and judicial attitudes play a critical role in shaping the balance between court intervention and arbitral autonomy in any given jurisdiction. For the UK, this expanded comparison can help generate more nuanced discussions and considerations regarding the potential reforms of the Arbitration Act 1996.⁵⁹ Understanding how different jurisdictions have grappled with and addressed the balance between arbitration independence and judicial intervention can provide valuable insights and lessons. For practitioners and parties involved in cross-border arbitration, these insights will assist in making informed decisions about jurisdiction selection, arbitration agreement drafting, and strategic planning.

6. Comparative Insights into Turkey's Approach to Arbitration in a Global Context

Turkey's approach to arbitration presents yet another fascinating point of comparison for the UK, providing insight into how a non-western jurisdiction handles court intervention in arbitration⁶⁰.

Turkish arbitration law is governed by the Turkish International Arbitration Law No. 4686 ("IAL") and the Turkish Code of Civil Procedure ("CCP"). The arbitral autonomy is highly respected under the IAL, and it restricts court intervention into the arbitral process, reflecting a trend towards limiting court intervention in international disputes⁶¹. However, Turkish courts have the power to intervene in specific circumstances. Under Article 5 of the IAL, if a dispute is not arbitrable or the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, the courts can intervene to dismiss the arbitration⁶². Under Article 6 of the IAL, the Turkish courts

⁵⁸ Scholsser (n 55) 28.

⁵⁹ Mark H. Mit, 'Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention' (2015) 24 EC Tax Rev 78.

⁶⁰ Görgün, Börü, Kodakoğlu (n 1) 774.

⁶¹ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2604.

⁶² Atal, Ermenek, Erdoğan (n 1) 761.

are authorized to issue interim measures before or during the arbitration proceedings at the request of a party. Turkey's arbitration landscape underscores a unique blend of principles of non-interventionism⁶³, akin to Germany and France, and court's protective role, similar to the US, Singapore, and Germany. The Turkish model reflects an attempt to reconcile arbitral autonomy and necessary court intervention.⁶⁴

Understanding Turkey's approach offers yet another dimension to the comparative analysis. It highlights how the dynamic interplay of local legal culture, regulatory framework, and judicial attitudes can lead to a unique balance between arbitral autonomy and court intervention⁶⁵. For the UK, considering Turkey's perspective could stimulate a more global and nuanced discourse around potential amendments to the Arbitration Act 1996. Recognizing the diversity of arbitration practices worldwide can offer valuable insights for the UK's arbitration landscape and for practitioners involved in international arbitration. For parties engaged in cross-border arbitration, the selection of the jurisdiction can substantially influence the nature and degree of possible interim relief, further underscoring the significance of this comparative analysis.

Australia, like the UK, is a signatory to the New York Convention and has a well-established framework for arbitration, governed primarily by the International Arbitration Act 1974 (Cth) for international disputes and by various state and territory Commercial Arbitration Acts for domestic disputes. This framework generally respects the principle of minimal court intervention.

In terms of interim measures, Australian courts, like their UK counterparts, retain a supervisory role. They have the power to grant injunctions in support of arbitration under certain circumstances, although the preference is to let the arbitral tribunal handle issues unless intervention is necessary to prevent injustice. In a landmark case, *Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell and Resort Condominiums*⁶⁶ (1995), the Queensland Supreme Court granted an anti-suit injunction to restrain foreign court proceedings that were in breach of an arbitration agreement, reflecting a pro-arbitration stance.⁶⁷ However, unlike the UK, Australia does not have a statutory provision equivalent to Section 44 of the UK Arbitration Act. This has

⁶³ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2630.

⁶⁴ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3rd edn, Yetkin Yayınları 2019) 694; Akıncı (n 5) 36; Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (Yetkin Yayınları 2010) 37.

⁶⁵ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2604.

⁶⁶ *Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell and Resort Condominiums* (1995) 1 Qd R 406.

⁶⁷ Ronald A. Finaly, 'Overview of Commercial Arbitration in Australia, An' (1987) 4 J Int'l Arb 103.

sparked some debate as to whether Australian courts have the same level of discretionary power to intervene in arbitral proceedings, especially with regards to granting anti-suit or anti-arbitration injunctions. This is an area where the UK approach provides a clear legislative mandate, whereas the Australian approach leaves more room for interpretation and discretion.

While both jurisdictions seek to respect the autonomy of arbitration, there are nuances in how the courts balance this with the need to prevent injustice, with the UK providing a more explicit legislative directive. This comparison can enrich discussions about the role of court intervention and injunctions in arbitration, and potentially inform future developments in both jurisdictions.

Court intervention within the arbitration process is much like a double-edged sword: wielded properly, it can protect the integrity of the process and the parties' rights, but mishandled, it can slice into the heart of arbitration's key advantages and potentially cause unwarranted disruption.

From a positive perspective, court intervention acts as a protective shield in several ways. Primarily, it serves as a backstop against potential abuse of the arbitral process. For instance, a party may seek to frustrate the process or violate their obligations under the arbitration agreement. In such cases, court intervention may be the only recourse to safeguard the aggrieved party's rights and the integrity of the arbitration process.

In the context of injunctions, court intervention becomes particularly pertinent. Injunctions are potent interim measures designed to prevent irreparable harm, preserve the status quo, or protect the effectiveness of the eventual award⁶⁸. While many arbitral institutions empower their tribunals to grant interim relief, there are circumstances where the court's power is crucial. For instance, when the tribunal has not yet been constituted, or when the relief sought extends to third parties not subject to the tribunal's jurisdiction, the courts step in to fill the gap⁶⁹. Furthermore, court-granted injunctions may offer more robust enforceability across different jurisdictions, particularly useful in international disputes involving assets located in different countries. However, while the courts' supervisory role and ability to grant injunctive relief can be advantageous, they do not come without their drawbacks. Excessive or ill-timed court intervention

⁶⁸ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2714.

⁶⁹ Peter J Goldsworthy, 'Interim Measures of Protection in the International Court of Justice' (1974) 68 Am J Int'l L 258.

can disrupt the arbitration process, causing potential delay, increased costs, and unwanted publicity – all elements that arbitration typically seeks to avoid⁷⁰. Regarding injunctions, seeking such relief from courts may undermine the authority and competence of the arbitral tribunal, especially in situations where the tribunal is capable of granting effective interim measures. Parties may be tempted to resort to court intervention as a tactical move, potentially creating parallel proceedings, delaying the arbitral process, or prejudicing the other party. Such tactics can strain the parties' relationship, detract from the merits of the dispute, and tarnish the efficiency and cost-effectiveness of arbitration.

Achieving the right balance between court intervention and upholding party autonomy is a complex task, requiring careful navigation through the dynamic terrain of arbitration. This balance is highly contingent on the peculiarities of each case, the nature of the dispute, the parties' conduct, and the stage of the arbitration process.

One potential way to strike this balance is to adhere to the principle of 'minimalist intervention' or 'intervention on demand.' In this approach, courts would generally respect the arbitration process and refrain from intervening, except when expressly requested by the parties or where there is a clear need to protect the parties' rights, the integrity of the process, or public policy⁷¹.

In the context of granting injunctions, courts could adopt a cautious approach, intervening only when the tribunal is unable or inadequately equipped to provide the necessary relief. This approach would respect the parties' choice to arbitrate, uphold the arbitral tribunal's authority, and prevent unnecessary disruptions or delays. However, courts must also remain ready to intervene swiftly and effectively when circumstances demand, such as when urgent interim measures are required before the tribunal is constituted, or when the relief sought extends beyond the tribunal's jurisdiction⁷². Striking the right balance between court intervention and party autonomy is not a mere theoretical concern but a practical necessity. It has profound implications for the parties'

⁷⁰ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2630.

⁷¹ Pekcanitez, Korkmaz, Özekes, Akkan (n 1) 2714.

⁷² Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2005) 5.

rights, the efficiency and fairness of the arbitration process, and the broader credibility of arbitration as a viable and effective mode of dispute resolution⁷³.

The UK's approach towards this balance, particularly in the context of injunctions in arbitration, presents an intriguing case study. As we explore in the subsequent sections of this paper, the UK, through its Arbitration Act 1996 and judicial decisions, has endeavored to strike a balance that respects party autonomy, upholds the rule of law, and preserves the effectiveness and integrity of the arbitration process.⁷⁴

This complex task of balancing party autonomy with necessary court intervention continues to be a pivotal concern within the arbitration realm, warranting continued examination, critique, and evolution as the landscape of dispute resolution continues to develop.

As we reflect upon the intricate dance between court intervention and arbitration in the United Kingdom, we find ourselves standing on a precipice of potential change and reform. While the delicate balance struck by the current legislation and judicial precedents has served to protect the integrity of arbitration, there is always room for enhancement, and we must continuously strive to uphold the spirit of justice and fairness.⁷⁵

In light of the current state of UK arbitration, several areas of potential improvement and adaptation emerge. One of the most pressing is the need for clearer guidelines regarding the circumstances under which courts should intervene, especially in granting injunctions. Currently, the courts have a broad discretion to intervene when they deem it necessary, resulting in a certain degree of unpredictability. Greater clarity in the law could enhance predictability and confidence in the arbitral process. To foster this clarity, it would be beneficial to develop a more defined set of guidelines or factors for the courts to consider when deciding whether to intervene. These factors could include the urgency of the matter, the potential for irreparable harm, the competence and availability of the arbitral tribunal, the potential impact on the arbitration process, and the interests of justice. Such guidelines could be developed through judicial decisions and, ideally, codified in legislation or court rules. Moreover, there is a need to promote greater awareness and understanding of the principles of arbitration and the role of court intervention among legal

⁷³ Yeşilirmak (n 72) 25.

⁷⁴ Nicholas Poon, 'Striking a Balance between Public Policy and Arbitration Policy in International Commercial Arbitration' (2012) 2012 *Sing J Legal Stud* 185.

⁷⁵ Poon (n 74) 186.

practitioners, parties, and the courts themselves. This could be achieved through educational programs, professional training, and the publication of guidance materials and best practice guides. Promoting such understanding could help parties make informed choices and avoid unnecessary court intervention.⁷⁶

Furthermore, policymakers and lawmakers should consider reviewing and updating the legislative framework to ensure that it keeps pace with the evolving trends and challenges in international arbitration. Particular attention should be paid to issues such as the use of technology in arbitration, the need for expedited procedures, and the challenges posed by complex multi-party and multi-contract disputes. In terms of future research, it would be valuable to conduct empirical studies on the use of injunctions in UK arbitration and the impact of court intervention on the arbitration process. Such studies could provide valuable insights into the practical implications of court intervention and help inform future law and policy decisions.⁷⁷

Finally, it would be interesting to conduct comparative studies on the approach to court intervention in other jurisdictions. By learning from the experiences and practices of other jurisdictions, the UK could gain valuable insights and ideas for improving its own approach to court intervention in arbitration. By embracing these future directions and recommendations, we can enhance the UK arbitration landscape and ensure that it continues to be a robust, efficient, and fair mechanism for dispute resolution. It is crucial to keep the dialogue open, encouraging continuous critique and discussion among legal practitioners, scholars, and lawmakers. We must ensure that our arbitration system can adeptly navigate the changing tides of the legal field, while retaining its core commitment to provide an effective and just means of settling disputes.

In conclusion, this intricate dance between court intervention and party autonomy in the UK arbitration system offers a fascinating insight into the mechanisms of justice.⁷⁸ By carefully balancing these opposing forces, we can uphold the sanctity of parties' agreements while protecting against potential overreaches and abuses. This study serves as a stepping stone for further research and discourse on this topic, which will continue to be pivotal as arbitration grows in prominence in the realm of dispute resolution. By harnessing the insights from this exploration, we can

⁷⁶ Neelanjan Marita, 'Domestic Court Intervention in International Arbitration: The English View' (2006) 23 J Int'l Arb 239.

⁷⁷ John Templeman, 'Towards a Truly International Court of Arbitration' (2013) 30 J Int'l Arb 197.

⁷⁸ Templeman (n 77) 198.

continually refine our arbitration system, ensuring that it stands as a beacon of justice, efficiency, and fairness in the resolution of disputes. As we look ahead, it is our hope that these reflections and recommendations will stimulate further thought, discussion, and progress in the field of arbitration, ultimately contributing to the development of a more balanced, effective, and just arbitration system in the UK and beyond.

CONCLUSION

As we conclude our exploration of court intervention in UK arbitration, we return to our central questions, now illuminated by our in-depth analysis. What is the role of the courts in UK arbitration, and how do they balance this role with the principle of party autonomy? How does the law regulate this delicate balance, and what are the implications for the arbitration process, the parties, and the justice system as a whole?

The answers to these questions are complex and multifaceted, reflecting the dynamic nature of arbitration as a field of law. From our analysis, it is evident that courts play a significant, albeit restrained, role in UK arbitration, and this role is shaped by the delicate interplay of statutory provisions, judicial precedents, and practical considerations. The answers to these questions are complex and multifaceted, reflecting the dynamic nature of arbitration as a field of law. From our analysis, it is evident that courts play a significant, albeit restrained, role in UK arbitration, and this role is shaped by the delicate interplay of statutory provisions, judicial precedents, and practical considerations. This role is exercised judiciously, with the courts intervening mainly when the arbitration process is inadequate, when urgent interim measures are required, or when there is a need to uphold public policy or the rule of law.

The granting of injunctions serves as a powerful tool in the hands of the courts, enabling them to intervene effectively when necessary. However, the application of this tool requires careful consideration, as it can have significant implications for the arbitration process and the parties involved. The courts have developed a nuanced approach to granting injunctions in arbitration, balancing the need for effective intervention with the desire to minimize disruption to the arbitration process.

Our exploration of the UK approach to court intervention in arbitration has also shed light on several contentious issues and challenges. These include the uncertainty and unpredictability surrounding the circumstances for court intervention, the tension between party autonomy and court intervention, and the impact of court intervention on the efficiency and fairness of the arbitration process.

To address these challenges, we proposed several recommendations for legal practice, policy-making, and future research. These include the need for clearer guidelines on court intervention, the promotion of greater understanding of arbitration principles, the review and update of the legislative framework, and the conduct of empirical and comparative studies. In our final reflections, we recognize that the dance between court intervention and arbitration is a dynamic one, continually evolving with the changing landscape of dispute resolution. While the balance struck by the UK system is far from perfect, it represents a sincere effort to uphold the principles of justice, efficiency, and party autonomy.

As we look ahead, we are hopeful that our exploration of this topic will stimulate further dialogue and research, paving the way for continual improvements in our arbitration system. It is our aspiration that the insights and recommendations offered in this article will serve as a catalyst for critical examination, creative thinking, and practical action in the field of arbitration.

Arbitration in the UK, and indeed globally, is at an interesting juncture. It is being asked to balance traditional legal principles and modern demands of dispute resolution. In this context, the role of court intervention, especially through the mechanism of injunctions, becomes pivotal. While ensuring that the arbitration process is not unduly interfered with, it is equally imperative that the courts can step in to prevent injustice or irreparable harm. It is the strength of the legal framework, the wisdom of the judiciary, and the adaptability of the practice that will decide how well this balance is maintained. Given the increasing relevance and use of arbitration as a preferred dispute resolution mechanism, the onus is upon the legal community to ensure that it continues to evolve to meet the challenges of our times. The balance between autonomy and intervention, between flexibility and control, and between efficiency and fairness is a delicate one. Yet, it is this very balance that makes arbitration such an intriguing and essential field of law. As we delve deeper into these complexities, we enrich our understanding and equip ourselves better to navigate the future of dispute resolution. In closing, we emphasize that this is not the final word on this

topic, but rather an invitation to engage further with these pressing issues. As our legal landscape continues to evolve, so too must our understanding and approach to arbitration. May the dialogue continue, and may our collective efforts contribute to the advancement of a fair, efficient, and just system of dispute resolution.

Furthermore, our examination of several jurisdictions reveals varying degrees of effectiveness when it comes to granting injunctions in arbitration, based on different legislative frameworks, judicial approaches, and local legal cultures. In the United States, the Federal Arbitration Act supports a relatively interventionist approach, with courts more willing to issue interim measures. This is exemplified in the case of *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, demonstrating a proactive stance in favor of arbitration. This interventionist approach can be effective in ensuring that parties abide by the arbitration agreement and that the integrity of the arbitral process is maintained.

France, on the other hand, upholds a non-interventionist approach, respecting arbitral autonomy and limiting the role of courts in issuing interim measures. This approach could be effective in cases where parties prioritize autonomy and confidentiality, and it also promotes a more streamlined process by avoiding potential court-related delays.

Germany and Australia both strike a balance between these two extremes. They respect the autonomy of arbitral proceedings while acknowledging the supervisory role of courts to prevent injustice, as shown in the case of *Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell* in Australia and the German Code of Civil Procedure. Turkey and Singapore, meanwhile, are illustrative of jurisdictions where the legislative framework explicitly empowers courts to grant certain types of interim measures in support of arbitration, providing a clear mandate that can enhance certainty and predictability. The UK stands out for its comprehensive legislative framework under the Arbitration Act 1996, which provides clear guidelines on the courts' powers and also respects the principle of arbitral autonomy. The UK approach could be seen as effective in that it offers a clear path for courts to intervene when necessary while preserving the parties' agreement to arbitrate. In assessing effectiveness, it's important to consider the specific needs and circumstances of the parties involved. What is effective in one case may not be in another. The choice of jurisdiction can significantly affect the arbitration process and outcome, and parties must carefully consider this alongside their strategic objectives. This comparison of the various

jurisdictions underscores the complex and multifaceted nature of arbitration, highlighting the role of injunctions as a powerful tool to safeguard parties' rights and the integrity of the arbitral process. It also sheds light on potential areas for reform and harmonization, to further enhance the effectiveness of arbitration as a means of dispute resolution.

REFERENCES

- Ali Yeşilirmak, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1999-2008*, 22 *ICC International Court of Arbitration Bulletin* (Special Supplement 2011) 9.
- Ali Yeşilirmak, 'Interim and Conservatory measures in ICC Arbitral practice, 1999-2008, in *ICC Bulletin*' (2011) 22, Special Supplement, 5-11.
- Ali Yeşilirmak, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration* (The Hague: Kluwer Law International 2005) 5.
- Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Müzakere, Arabuluculuk ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 62.
- Baki Kuru, Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Cilt II* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2021) 1861.
- Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (3rd edn, Yetkin Yayınları 2019) 694.
- Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. 1 (1972).
- Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım 2019) 28.
- Christa Roodt, 'Autonomy and Due Process in Arbitration: Recalibrating the Balance' (2011) 13 *Eur JL Reform* 413.
- Deniz D. Çelik, 'Judicial Review under the UK and US Arbitration Acts: Is Arbitration a Better Substitute for Litigation?' (2013) 1 *ISLRev* 13.
- Efe Direnisa, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkimde Hakem Kararlarının Gerekçesi Üzerine Düşünceler' (2022) 20(233) *Legal Hukuk Dergisi*, 1549-1601.

Efe Direnisa, 'Functions of an Arbitration Agreement' (2007) 4(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 107-119.

Ejder Yılmaz, Ramazan Arslan, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (9th edn, Yetkin Yayınları, 2023) 420.

Evrin Eşir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 4.

George Burn, Kevin Cheung, 'Section 44 of the English Arbitration Act 1996 and third parties to arbitration' (2021) 37(1) *Arbitration International* 287 288.

Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Muhammet Özekes, Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Hukuku-Medeni Usul Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha Yayınları 2017) 2593.

Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (10th edn, On İki – Levha Yayıncılık 2022) 608.

Jacques Werner, 'Should the New York Convention Be Revised to Provide for Court Intervention in Arbitral Proceedings' (1989) 3 *J Int'l Arb* 113.

Jean-Louis Delvolvé, Jean Rouche, Gerald H. Pointon, *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer 2009) 9.

Jonathan Hill, 'Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements' (2014) 63 *Int'l & Comp LQ* 517 518.

John Templeman, 'Towards a Truly International Court of Arbitration' (2013) 30 *J Int'l Arb* 197.

Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Kluwer Law International 2015) 225.

Kang-Bin Lee, 'A Study on the Role of Party Autonomy in Commercial Arbitration' (2009) 19 *Arb Stud* 1 3.

Kenneth R Davis, 'A Model for Arbitration Law: Autonomy, Cooperation and Curtailment of State Power' (1999) 26 *Fordham Urb LJ* 167.

Daniel Benoliel, 'International Arbitral Injunctions' (2014) 29 *Arbitration International* 157.

Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards [2011] EWCA Civ 855.

Gary Born, 'International Commercial Arbitration: Overview and Introduction' (2010) 19 American Review of International Arbitration 1.

Gerald Metals SA v Timis [2016] EWHC 2327 (Ch).

Guido Carducci, *Arbitration in France: Law and Practice* (Oxford University Press 2014) 168.

Loukas Mistelis, 'Court Review of Arbitral Awards and the Role of Public Policy' (2008) 14(13) Uniform Law Review, 650 651.

Mark R. Fauvreille 'Beyond the Dream: Theorising Autonomy in International Arbitration' (2017) 63 Scandinavian Stud L 45.

Mark H. Mit, 'Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention' (2015) 24 EC Tax Rev 78.

Michael Pryles, 'Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure' (2007) 24 J Int'l Arb 327.

Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (5th edn, Yetkin Yayınları 2022) 419.

Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2023) 725.

Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukukunda İhyiyati Haciz* (Seçkin Yayıncılık 1999) 18.

Nakul Dewan, 'Interim Measures in Arbitration - A Comparative Analysis of Indian and English Arbitration Acts' (2003) 2003 Int'l Bus LJ 667.

Neelanjan Marita, 'Domestic Court Intervention in International Arbitration: The English View' (2006) 23 J Int'l Arb 239.

Nicholas Poon, 'Striking a Balance between Public Policy and Arbitration Policy in International Commercial Arbitration' (2012) 2012 Sing J Legal Stud 185.

Resort Condominiums International Inc v Ray Bolwell and Resort Condominiums (1995) 1 Qd R 406.

Rudolf Kahn, 'Arbitration in England and Germany' (1930) 12 J Comp Legis & Int'l L 3d ser 58.

Ronald A. Finaly, 'Overview of Commercial Arbitration in Australia, An' (1987) 4 J Int'l Arb 103.

Paolo M. Patocchi, 'Party Autonomy vs. Case Management in International Arbitration' (2013) 29 *Banka Huk Dergisi* 127.

Paul David, 'From Automation to Autonomy - Can the Law Keep up?' (2020) 34 *Austl & NZ Mar LJ* 1 2.

Peter F. Scholsser, 'Right and Remedy in Common Law Arbitration and in German Arbitration Law' (1987) 4 *J Int'l Arb* 27.

Peter J Goldsworthy, 'Interim Measures of Protection in the International Court of Justice' (1974) 68 *Am J Int'l L* 258.

Phillip Landolt, 'Arbitration and the Public Policy Exception: The Increasingly Limited Role of National Courts' (2013) 30 *Arbitration International* 79.

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 19(64) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 151-177.

Stuart Sime, *Civil Procedure* (25th edn, Oxford University Press 2022) 113.

Şanal Görgün, Levent Börü, Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (12th edn, Yetkin Yayınları 2023) 767.

Thomas Carbonneau, 'The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements' (2003) 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1189.

Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals [2016] 1 *SLR* 373.

The Angelic Grace [1995] 1 *Lloyd's Rep* 87.

Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (Yetkin Yayınları 2010) 37.

William M. Barron, 'Court-Ordered Consolidation of Arbitration Proceedings in the United States' (1987) 4 *J Int'l Arb* 81.

Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Seçkin Yayınevi 2021) 3.

SIFIR SAAT SÖZLEŞMELERİ

ZERO-HOUR CONTRACTS

Araştırma Makalesi

Sümeyye ELGÖRMÜŞ DÜZENLİ*

ÖZ

Ekonomik krizler, teknolojinin gelişmesi, işyerinde meydana gelebilecek zorlayıcı sebepler gibi etkenler, işçinin iş görme edimini işyerinde meydana getirdiği tipik istihdam modellerinden uzaklaşmayı zorunlu kılmıştır. Bu doğrultuda -sözleşme serbestisi ilkesinin de imkân vermesiyle- taraflar atipik istihdam biçimlerini tercih etmeye başlamıştır. Esnekleşme süreci olarak adlandırılabilir bu dönemde ortaya çıkan sözleşme tiplerinden belki de en radikal olanı sıfır saat sözleşmeleridir. Çalışmamızda öncelikle sıfır saat sözleşmesi kavramı açıklanacak, ardından açıklamalar ışığında elde edilen özellikleri irdelenecektir. Sıfır saat sözleşmeleri tür itibariyle oldukça çeşitli gruplara ayrılarak incelenebilir. Ancak çalışmada, öğretide de ağırlık kazanmış bulunan sıfır saat sözleşmesi- çerçeve sıfır saat sözleşmesi ayrımı dikkate alınacaktır. Son olarak sıfır saat sözleşmesinin hukuki niteliği; özellikle iş sözleşmesi niteliği, iş sözleşmesinin unsurları da dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır. İlgili bölümde, öğretide sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliği kazanmasına engel olarak ileri sürülen sebepler de ayrıca incelenecektir. Son olarak sıfır saat sözleşmesinin iş sözleşmesi kabul edilmesi varsayımında, uygulanacak hukuk kuralının da tespiti açısından sözleşmenin türü belirlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Esneklik, Sıfır Saat, Kısmi Çalışma, Hukuki Nitelik, Çağrı Üzerine Çalışma.

ABSTRACT

Factors such as economic crises, the development of technology, and compelling reasons that may occur in the workplace have made it necessary to move away from typical employment models in which the worker performs his work in the workplace. In this direction - with the possibility of the principle of freedom of

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1443077

Makale Geliş Tarihi: 26.02.2024

Makale Kabul Tarihi: 08.04.2024

* Arş. Gör., Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: sumeyyelg@gmail.com

ORCID: 0000-0001-5292-3462

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

contract - the parties began to prefer atypical forms of employment. Perhaps the most radical of the contract types that emerged in this period, which can be called the flexibility process, is zero-hour contracts. In our study, first the concept of zero hours contract will be explained, and then its properties will be examined in the light of the explanations. Zero-hour contracts can be divided into various groups by type. However, in the study, the distinction between zero hour contract and framework zero hour contract, which has gained importance in the doctrine, will be taken into consideration. Finally, the legal nature of the zero hours contract; In particular, the nature of the employment contract will be determined by taking into account the elements of the employment contract. In the relevant section, the reasons put forward in the doctrine that prevent zero-hour contracts from qualifying as employment contracts will also be examined. Finally, assuming that a zero-hour contract is accepted as an employment contract, the type of contract will be determined in order to determine the legal rule to be applied.

Keywords: Flexibility, Zero-Hour, Part-Time Work, Legal Nature, On-Call Work.

EXTENDED ABSTRACT

Zero-hour contracts are one of the most radical contract types that emerged as a result of flexibility in labor law. Indeed, factors such as economic crises, the development of technology, and compelling reasons that may occur in the workplace have made it necessary to move away from typical employment models in which the worker performs the act of work in the workplace. In this direction - with the possibility of the principle of freedom of contract - the parties began to prefer atypical forms of employment. Perhaps the most radical of the contract types that emerged in this period, which can be called the flexibility process, is zero-hour contracts.

Zero-hour contracts have begun to be implemented with increasing intensity in the West, especially in Europe. These contracts can be defined as contracts in which the Employer does not promise a daily/weekly/monthly minimum working time to the worker. Employer can only call him/her when he/she needs to work, and the worker is entitled to a wage only for the time he/she works. In terms of Turkish labor law, it is controversial to accept this agreement as an employment contract. In particular, it has been claimed that the employer leaves the economic risk on the employee, and the employee cannot gain social and economic stability due to the state of uncertainty he is in.

In our opinion; contracts in which the worker provides the performance of work dependent on the employer and the employer pays wages in return for this work should be considered as labor contracts. Therefore, the presence of these two elements presumptively indicates that there is a valid employment contract. However, certain objections have been put forward in the doctrine. The first objection is that the dependency element is not met. According to a distinction made in German law, zero-hour contracts are divided into zero-hour contracts and framework zero-hour contracts. If the employee has the right to reject a job offer from the employer, the contract is considered a framework zero-hours contract. If the worker has to work in response

to the employer's call, there is a zero-hour contract. According to one view in the doctrine, having the right to reject a request from the employer is incompatible with the element of dependency. Therefore, framework zero hours contracts cannot be considered as employment contracts. However, according to the European Commission's Draft Directive Proposal on Platform Workers, even if the employee has the right to refuse the job, there will be a dependent relationship if two of the other four criteria are met. Therefore, if at least two of the five criteria are met, that relationship can be considered a dependent employment relationship. However, in our opinion, contracts in which the employee has the right to refuse the job should not be considered as employment contracts. There is essentially a *sui generis* contract here.

Another objection made in the doctrine is that zero-hour contracts are incompatible with the principle of worker protection. Because in this type of contract, the worker's earnings are not certain. This situation prevents the worker from gaining social and economic stability. In our opinion, some workers may have an interest in having a zero-hours contract. In this case, it would be contrary to the principle of worker protection to say that the workers in question do not work under an employment contract. Therefore, for this reason alone, it is inappropriate to not accept zero-hour contracts as employment contracts. The last objection is that the employer's sole determination of the time the employee will work would mean exceeding the limits of the right to management and instruction. The right to management and instruction can be defined as the employer's right to give guidance on matters that are not regulated by legislation and contracts. According to this view, the employer's determination of the time the employee will work exceeds the scope of the right to management and instruction. Because the wage the worker receives is related to the working time. Reducing or increasing this period constitutes interference with the essential element of the contract. Therefore, although the employer is free to determine the time period in which the employee will work, he cannot determine how many hours he will work. In our opinion, the employer's unilateral decision on the time when the employee will work within the scope of the right to management and instruction is a requirement of the dependency element.

In line with the explanations given above, in our opinion, zero hour contracts should be accepted as valid in the context of Turkish labor law. However, in terms of determining the applicable legal rule, the contract should be accepted as a type of on-call work and the relevant provisions should be applied. In an on-call work contract, if the parties do not determine the working time and the work will be performed upon call by the employer, the weekly working time will be considered as 20 hours. The nature of the determination in question as a relatively mandatory-substitute legal rule is controversial. If it is accepted that the determination made as 20 hours is relatively mandatory, working hours determined below 20 hours will be invalid and the contract will continue on a weekly working period of 20 hours. Because relatively mandatory provisions are only in favor of workers. On the other hand, it is also claimed that the 20-hour period stipulated in the Law is regulated as a substitute legal rule. According to this view, the aim of the Legislature is to assume that if the parties do not determine a period between them, the weekly working hours are determined as 20 hours in the contract. Therefore, the parties can determine the working hours in

the contract as less than 20 hours, for example 1 hour. In zero-hour contracts, it is not specified in the contract how many hours per week the worker who will perform the work upon call by the employer will work. Essentially, the term zero hours contracts arises from this issue. In our opinion, if the parties do not make such a determination or specify the working hours as zero in the contract, the 20-hour weekly working regulation (Labour Code article 14/2) should apply. However, it should be noted that introducing more flexible regulations to our legal system than the practice of on-call work will not only meet the needs of the age but also benefit the worker.

GİRİŞ

İş hukukunda da yer bulan sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar kanunun emredici düzenlemelerine aykırılık oluşturmamak koşuluyla işin ya da işyerinin gereğine göre iş sözleşmesi yapabilirler. Ekonomik krizler, teknolojinin gelişmesi, işyerinde meydana gelebilecek zorlayıcı sebepler gibi etkenler, işçinin iş görme edimini işyerinde meydana getirdiği tipik istihdam modellerinden uzaklaşmayı zorunlu kılmıştır. Bu doğrultuda -sözleşme serbestisi ilkesinin de imkân vermesiyle- taraflar atipik istihdam biçimlerini tercih etmeye başlamıştır. Esnekleşme süreci olarak adlandırılabilir bu dönemde ortaya çıkan sözleşme tiplerinden belki de en radikal olanı sıfır saat sözleşmeleridir.

Çalışmamızda öncelikle sıfır saat sözleşmesi kavramı açıklanacak, ardından açıklamalar ışığında elde edilen özellikleri irdelenecektir. Sıfır saat sözleşmeleri tür itibarıyla oldukça çeşitli gruplara ayrılarak incelenebilir. Ancak çalışmada, öğretilerde de ağırlık kazanmış bulunan sıfır saat sözleşmesi- çerçeve sıfır saat sözleşmesi ayrımı dikkate alınacaktır. Son olarak sıfır saat sözleşmesinin hukuki niteliği; özellikle iş sözleşmesi niteliği, iş sözleşmesinin unsurları da dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır. İlgili bölümde, öğretilerde sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliği kazanmasına engel olarak ileri sürülen sebepler de ayrıca incelenecektir. Son olarak sıfır saat sözleşmesinin iş sözleşmesi kabul edilmesi varsayımında, uygulanacak hukuk kuralının da tespiti açısından sözleşmenin türü belirlenmeye çalışılacaktır.

I. KAVRAM

Sıfır saat sözleşmeleri, öğretilerde sıfır zamanlı sözleşmeler¹ veya sıfır süreli sözleşmeler² olarak da anılmaktadır. Sıfır saat sözleşmelerinin bu adı alması, taraflar arasında asgari bir çalışma süresinin belirlenmemesinden ileri gelmektedir³. Diğer bir ifadeyle, işveren işçiyi söz gelimi birkaç saat çalıştırabileceği gibi daha fazla veya daha az süreyle de çalıştırabilir. Bu yönüyle, işçiyi oldukça güvencesiz bıraktığı ifade edilmekteyse de uygulamada özellikle Avrupa'da uygulanma sıklığı artmış bulunmaktadır⁴.

Sıfır saat sözleşmeleri hukuk sistemimizde düzenlenmemiştir. Esasında çoğu ülkede durum böyledir⁵. Bununla birlikte sıfır saat sözleşmelerinin en yaygın biçimde

¹ Ufuk Aydın, 'Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları' (2007) 8(4) Sicil İş Hukuku Dergisi 41, 43.

² Fuat Man, 'Bir Hiper Esnek İstihdam Türü Olarak Sıfır Süreli Sözleşme: Akışkanlardan Gazlara Geçiş mi?' (2015) 4(8) Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 86, 86 vd.; Damla Kaynar, *Türk Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma* (1. Bası, Yetkin 2009) 81 vd.

³ Canan Erdoğan, 'İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği' (2020) 170(15) Terazi Hukuk Dergisi 2021, 2025; Berna Öztürk, 'İş Hukukunda Sıfır Saat Sözleşmeleri (Karşılaştırmalı Bir İnceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye'de "Sıfır Saat Sözleşmeleri)" Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı (1. Bası, On İki Levha 2021) 273; Kaynar (n 2) 81.

⁴ Erdoğan (n 3) 2021; Elise Dermine ve Amaury Mechelynck, 'Zero-hour contracts and labour law: An antithetical association?' (2022) 13(3) European Labour Law Journal 339, 340; Abdullah Erol, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (1. Bası, Seçkin 2020) 171; Man (n 2) 95; Burak Karakoç, 'Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri' (2023) 1(1) Karatekin Hukuk Dergisi 1, 2. Birleşik Krallık'ta, 2000- 2023 yılları arasında sıfır saat sözleşmeleri ile çalışan işçilerin sayısına ilişkin grafik hakkında bkz. <<https://www.statista.com/statistics/414981/employees-with-zero-hours-contracts-share/>> erişim tarihi 04.11.2023; Ayrıca bkz. Maria Koumenta ve Mark Williams 'An Anatomy of Zero-hour Contracts in the UK' (2018) 50(1) , Industrial Relations Journal 20, 40; Sıfır saat sözleşmelerinin uygulamada oldukça sık görüldüğü Avrupa ülkeleri; Birleşik Krallık, Avusturya, Estonya, Çek Cumhuriyeti, Maltave Norveç olarak sayılabilir. Bkz. Mihaela-Emilia Marica, 'On Call (Zero-Hour) Contractual Arrangements: A New Form of Employment, Elements of Compared Law' (2019) 9(1) Juridical Tribune 70, 72; Virginia Mantouvalou, 'Welfare-to-work, zero-hours contracts and human rights' (2022) 13(3) European Labour Law Journal 431, 432 vd.

⁵ Dermine ve Mechelynck (n 4) 342; İş hukuku mevzuatı gereği sıfır saat sözleşmelerinin akdedilmesinin mümkün olmadığı ülkeler Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Almanya, Portekiz, İspanya ve Macaristan olarak sayılabilir. Yunanistan, İrlanda ve İtalya'da ise iş hukuku mevzuatı sıfır saat sözleşmelerine cevaz vermektedir. Danimarka, Hollanda, İngiltere ve İsveç'te de -belirli koşullar altında- sıfır saat sözleşmelerine izin verilmektedir Bkz. Hakan Balkan, *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Bası, Beta 2021) 57.

uygulandığı Birleşik Krallık'ta,⁶ Birleşik Krallık İstihdam Hakları Kanunu'nda yapılan bir düzenlemede,⁷ 'sıfır saat sözleşmesi' (*zero-hour contract*) kavramı karşımıza çıkmaktadır. Hükme göre, "Sıfır saatli sözleşmelerde uygulanamaz münhasırlık koşulları:

(1) *Bu bölümde sıfır saatli sözleşme, şu koşullar altındaki iş veya diğer hizmet sözleşmeleri anlamına gelir:*

(a) *İşçinin, işverenin iş görmeyi veya hizmet vermeyi işçiye sağlaması koşuluna bağlı olarak iş veya hizmet görmeyi taahhüt ettiği, ve*

(b) *işçiye bu şekilde bir iş veya hizmet sağlanacağı kesinliğinin olmadığı sözleşmelerdir.*

(2) *Bu amaçla, işveren işçinin iş görmesi veya hizmet sağlamasını ister veya ihtiyacı olursa işçiye iş veya hizmet sağlar.*

(3) *Sıfır saat sözleşmesinde yer alan,*

(a) *işçinin başka bir sözleşme ya da anlaşma kapsamında iş görmesini veya hizmet sağlamasını yasaklayan, veya*

(b) *bunları işverenin rızası olmaksızın yapmasını yasaklayan, düzenlemeler işçiye karşı hükümsüzdür.*

(4) *Bir sözleşmenin bir iş sözleşmesi mi yoksa başka bir işçi sözleşmesi mi olduğu sorusunun belirlenmesinde (3) numaralı fıkra dikkate alınmayacaktır."*

Kanaatimizce söz konusu düzenleme genelgeçer bir sıfır saat sözleşmesi tanımından ziyade 'münhasırlık koşulunun uygulanamayacağı' sıfır saat sözleşmelerini belirtmektedir. Nitekim hüküm "bu bölümde sıfır saat sözleşmeleri... anlamına gelir" şeklinde başlamaktadır. Dolayısıyla hükümde dikkat çekilen türdeki sıfır saat sözleşmelerine 'münhasırlık koşulu' konulamaz. Diğer bir ifadeyle söz konusu sıfır saat sözleşmesi tarafı işçinin başka bir işveren nezdinde çalışmayacağı kararlaştırılmaz⁸.

⁶ Erdoğan (n 3) 2021; Öztürk (n 3) 275; Kaynar (n 2) 83; Karakoç (n 4) 7.

⁷ İlgili düzenleme için bkz. <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/section/27A>> erişim tarihi 12.11.2023.

⁸ Öztürk (n 3) 286; Kaynar (n 2) 87.

Ancak bu kural; işçinin iş görme edimine karşılık işverenin bu edime uygun koşulları sağladığı, ancak işçiye iş sağlanacağına garanti edilmediği sözleşmeler için söz konusudur. Zira belirttiğimiz hususla aynı doğrultuda son fıkrada, münhasırlık koşulunun sıfır saat sözleşmesinin karakteristik özelliği olmadığına altı çizilmiştir. Diğer yandan İngiliz hukuk sisteminde, sıfır saat sözleşmesi adı altında tek tip bir sözleşme bulunmadığı, bundan ziyade işçinin çağırıldıkça iş görme edimini gerçekleştirebileceği ve söz konusu çağırışı reddedebilme hakkının bulunduğu iş ilişkilerinin mevcut olduğu ifade edilmektedir⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütüne göre sıfır saat sözleşmesi ile anlaşılması gereken, işçinin asgari bir çalışma süresinin taahhüt edilmediği koşullarda çalışmasıdır¹⁰. Eurofound'a¹¹ göre sıfır saat sözleşmeleri esnek çalışmanın bir türü olup, çalışana haftalık asgari çalışma süresi vaat edilmediği gibi işverenin de iş verme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹². Avrupa Adalet Divanı da bir kararında sıfır saat sözleşmelerini işçinin günlük veya haftalık çalışma süresinin belirsiz olduğu, işverenin iş teklif etmekle işçinin de teklifi kabul etmekle yükümlü olmadığı sözleşme olarak tanımlamaktadır¹³.

Öğretide sıfır saat sözleşmeleri; işçiye asgari bir çalışma süresinin garanti edilmediği, benzer şekilde asgari bir ücret vaaadinin de bulunmadığı, işverenin ihtiyaç duydukça iş görme edimini talep ettiği ve işçinin iş görme edimi ile orantılı olarak ücrete hak kazandığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Ancak günümüzde tek tip bir sıfır saat

⁹ Joe Atkinson, 'Zero-hours Contracts and English Employment Law: Developments and Possibilities' (2022) 13(3) European Labour Law Journal 347, 348.

¹⁰ ILO, On-call Work and Zero-hours Contracts, Conditions of Work and Employment Programme, Information Sheet, No: WT:15, May, 2004, 1. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_170714.pdf> erişim tarihi 12.11.2023.

¹¹ 'Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını İyileştirme Vakfı'. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.eurofound.europa.eu/en/about/who-we-are>> erişim tarihi 09.12.2023.

¹² <<https://www.eurofound.europa.eu/en/european-industrial-relations-dictionary/zero-hours-contracts>> erişim tarihi 12.11.2023.

¹³ Öztürk (n 3) 275.

¹⁴ Erdoğan (n 3) 2027; Öztürk (n 3) 274- 275; Kaynar (n 2) 82; Erol (n 4) 175; Karakoç (n 4) 7-8; Dermine ve Mechelynck (n 4) 343; Mantouvalou (n 4) 332.

sözleşmesinin söz konusu olmadığı, unsurları açısından birden çok kategori ve alt kategorinin oluştuğu da önemle belirtilmektedir¹⁵.

Sıfır saat sözleşmeleri, esneklik ihtiyacından doğmuştur. Bununla birlikte bu sözleşmeler iş hukukunda esnekliğin en ileri hallerindedir¹⁶. Öğretide sıfır saat sözleşmeleri ile işverenin, işçiye sağlanan koruma hükümlerini dolanma imkanına sahip olduğu ifade edilmektedir¹⁷. Gerçekten de işveren, işçiye önceden bir çalışma süresi taahhüt etmeksizin yalnızca işi olduğu zaman çağırarak ve yalnızca çalıştığı sürenin ücretini ödemek suretiyle işletme rizikosunun önemli bir kısmını işçi üzerine bırakmaktadır¹⁸. Sıfır saat sözleşmelerinde çalışma süresindeki belirsizlik işçinin ekonomik olarak istikrar kazanmasına da engeldir¹⁹. Dolayısıyla, ağırlıklı oldukça güvencesiz bir çalışma biçimi olduğu ifade edilmektedir²⁰. Buna karşılık öğretide, sıfır saat sözleşmelerinin acil yardım, arama kurtarma, acil tıbbi müdahale gibi alanlarda kullanımının pozitif bir yönü olduğu, zira bu tip iş alanlarından müdahalenin hızlı ve kolay ulaşılabilir olduğu üzerinde de durulmaktadır²¹.

¹⁵ Abi Adams, Mark Freedland ve Jeremias Prassl, 'The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?' (2015) University of Oxford Legal Research Paper Series, 3; Mantouvalou (n 4) 332, Kaynar (n 2) 86.

¹⁶ Erdoğan (n 3) 2021; Erol (n 4) 171; Karakoç (n 4) 2.

¹⁷ Erol (n 4) 171; Man (n 2) 98; Karakoç (n 4) 8; Kaynar (n 2) 85.

¹⁸ Öztürk (n 3) 275; Balkan (n 5) 46; İşletme rizikosu kuramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku* (23. Bası, Beta 2022) 916; Polat Soyer, 'İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku' (1981) 2(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 110; Özer Seliçi, 'Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulama Tarzı' *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (Fakülteler Matbaası, 1980) 62; Ali Cengiz Köseoğlu, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2004) 43 (<nek.istanbul.edu.tr> erişim tarihi 12.11.2023); Burcu Savaş Kutsal, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Hasan Kayırgan 'Covid-19 Pandemisi Döneminde Ücretsiz İzin ve Kısa Çalışma Uygulamaları', *Covid- 19 Küresel Salgınunun Hukuktaki Yansımaları* ed. Kemal Şenocak (1. Bası, Yetkin 2021) 342; Ayşe Ledün Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (1. Bası, On İki Levha 2018) 91 vd; Gülsevil Alpagut, 'Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden', *Pandemi Sürecinde İş Hukuku* ed. Gülsevil Alpagut (1. Bası, On İki Levha 2020) 64.

¹⁹ Dermine ve Mechelynck (n 4) 340.

²⁰ Öztürk (n 3) 273; Sıfır saat sözleşmelerinin insan hakları açısından değerlendirilmesine ilişkin bkz. Mantouvalou (n 4) 345 vd.

²¹ Marica (n 4) 73; Tayfun Asiltürk, Atipik İstihdam: Part- Time Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2011) 48; Sıfır saat sözleşmelerinin sosyo-ekonomik etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk (n 3) 276 vd.

Belirtilen tüm bu sakıncalar doğrultusunda ‘Avrupa Birliği Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Yönergesi’nde²² sıfır saat sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu Yönerge’de şeffaf ve öngörülebilir çalışma şartlarına ilişkin hükümlerin sıfır saat sözleşmesi ile çalışan işçiler açısından da uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir²³. Yönerge’nin 11. maddesi ise ayrıca önemlidir. Zira bu hükümde üye devletlerin, sıfır saat sözleşmesiyle çalışan işçilerin suistimal edilmesini önlemek adına alması gereken önlemler belirtilmektedir²⁴. Bu minvalde, üye devletlerin bu tür sözleşmelerin uygulanmasına ve süresine ilişkin bir sınırlama getirmek ve/veya taraflar arasında asgari bir çalışma süresinin öngörüldüğü iş sözleşmesinin varlığını karine olarak kabul etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Ek olarak, üye devletler söz konusu sözleşmelerin suistimal edilmesinin önüne geçmek için aldığı diğer önlemleri de Avrupa Komisyonuna bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Son olarak Yönerge’nin 12. maddesi en az altı ay çalışmış bir işçinin – eğer varsa- işyerinde daha öngörülebilir ve şeffaf bir çalışma modeline geçme talebinin işveren tarafından dikkate alınacağını düzenlemektedir²⁵. Dolayısıyla, sıfır saat sözleşmelerinin getirdiği sakıncaların giderilmesi adına belirli sınırlamaların ve asgari düzeyde dahi olsa uygulamaların zikredildiği söylenebilir.

²² Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on ‘Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union’ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>> erişim tarihi 08.12.2023.

²³ (12) ‘Workers who have no guaranteed working time, including those on **zero-hour** and some on-demand contracts, are in a particularly vulnerable situation. Therefore, the provisions of this Directive should apply to them regardless of the number of hours they actually work.’

²⁴ ‘Where Member States allow for the use of on-demand or similar employment contracts, they shall take one or more of the following measures to prevent abusive practices:

(a) limitations to the use and duration of on-demand or similar employment contracts;

(b) a rebuttable presumption of the existence of an employment contract with a minimum amount of paid hours based on the average hours worked during a given period;

(c) other equivalent measures that ensure effective prevention of abusive practices.

Member States shall inform the Commission of such measures”

²⁵ ‘Member States shall ensure that a worker with at least six months’ service with the same employer, who has completed his or her probationary period, if any, may request a form of employment with more predictable and secure working conditions where available and receive a reasoned written reply. Member States may limit the frequency of requests triggering the obligation under this Article.’

II. SIFIR SAAT SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ

Belirtildiği üzere, günümüzde sıfır saat sözleşmeleri, unsurları açısından birden çok kategori ve alt kategori oluşturularak incelenebilir²⁶. Çalışmamız açısından, yukarıda yer verilen yasal düzenleme ve öğreti tanımları uyarınca, sıfır saat sözleşmelerine ait ortak özelliklerin belirlenmesi ile yetinilecektir. Söz konusu unsurlarıyla birlikte sıfır saat sözleşmelerinin ‘oldukça atipik bir sözleşme’ olduğu öğretide isabetle belirtilmiştir²⁷.

A. İşçiye Asgari Çalışma Süresinin Taahhüt Edilmemesi

Sıfır saat sözleşmesinin en karakteristik özelliği sözleşmede minimum çalışma süresinin belirlenmemesidir²⁸. Gerçekten taraflar çalışma süresi konusunda herhangi bir anlaşma yapmamakta; işverenin ihtiyacı ortaya çıktıkça iş görme ediminin gerçekleşeceği hususunda anlaşmaktadır²⁹. Bu nedenle taraflar sözleşmede çalışma süresini ‘sıfır’ olarak kararlaştırmakta yahut hiçbir belirleme yapmamaktadır. Bu belirsizlik karşısında işveren tarafından işçiye işe çağrılmaya ilişkin bir taahhütün verilmediğine de dikkat çekmek gerekir³⁰.

B. İşverenin İhtiyaç Duyduğunda İşçiyi Çağırması

Sıfır saat sözleşmelerinde işveren, işçiyi ancak gerekli olduğu zaman işe çağırılmaktadır. Bu yönüyle çağrı üzerine çalışmanın bir türü izlenimini veren sıfır saat sözleşmelerinde azınlıkta kalan bir görüşe göre işçinin söz konusu çağrıyı reddetme hakkı bulunmaktadır³¹. Kanaatimizce, işçinin işverenden gelen teklifi ret hakkının var olduğu bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabulü söz konusu olmaz. Bu tür bir sözleşme ancak kendine özgü (*sui generis*) bir özel hukuk sözleşmesidir³². Zira aşağıda ayrıntılı olarak

²⁶ Adams, Freedland ve Prassl (n 15) 3; Atkinson (n 9) 354.

²⁷ Marica (n 4) 70; Man (n 2) 98- 99; Asiltürk (n 21) 48; Balkan (n 5) 17.

²⁸ Erdoğan (n 3) 2025; Aydın (n 1) 43; Erol (n 4) 175; Öztürk (n 3) 273; Marica (n 4) 72; Dermine ve Mechelynck (n 4) 339; Mantouvalou (n 4) 332; Balkan (n 5) 139; Kaynar (n 2) 87.

²⁹ Marica (n 4) 72.

³⁰ Erdoğan (n 3) 2025; Erol (n 4) 175; Karakoç (n 4) 7.

³¹ Öztürk (n 3) 275; Balkan (n 5) 139.

³² Aynı yönde bkz. Öztürk (n 3) 302; Karakoç (n 4) 12.

ifade edileceği üzere bu tip bir sözleşmede bağımlılık unsurunun varlığından söz edilemez.

C. Ücret

Sıfır saat sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olup, bu edim karşılığında ücret hakkı doğmaktadır. Bununla birlikte sözleşmede genel anlamda bir ücret belirlenmemektedir³³. İşçi, çalışma ediminin sonucunda, çalıştığı kadar ücrete hak kazanır³⁴. Ancak bu durumun, iş sözleşmesinin unsuru olan, ‘bağımlı olarak iş görme karşılığı ücret’ olduğu hususunda şüphe yoktur. Zira, Yargıtay’ın da isabetle belirttiği üzere, ücretin belirlenmemiş olması iş görme ediminin ücretsiz yerine getirildiği anlamına gelmez. Unsurları mevcutsa yalnız ücretin belirlenmemiş olması iş sözleşmesinin varlığına halel getirmez³⁵. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nda da “*Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” düzenlemesi, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer almaktadır (md. 394/2).

III. TÜRLERİ

Belirtildiği üzere, sıfır saat sözleşmelerinin birden çok türü bulunmaktadır. Ancak özellikle Alman Hukukunda, işçinin işveren tarafından gelen iş teklifini reddetme hakkının bulunup bulunmaması üzerinden ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, işçinin işverenden gelecek çalışma teklifini reddetme hakkı mevcutsa sözleşme tür itibariyle

³³ Aydın (n 1) 43; Öztürk (n 3) 273; Marica (n 4) 72; Kaynar (n 2) 90.

³⁴ Erdoğan (n 3) 2025; Öztürk (n 3) 275; Kaynar, (n 2) 90. Çağrıya hazır bekleme (Rufbereitschaft) sözleşmelerinde ise işçi işverenin çağrısını beklediği süre için de ücrete hak kazanır. Sıfır saat sözleşmesi ile bu yönden ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Baysal, ‘Türk ve Alman Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma’ (2012) 24(1-2) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 86, 94.

³⁵ YİBK, 18.11.1964, 2/4, R. G: 27/11/1964, *aktaran*, Süzek (n 18) 234, dn. 4; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraça, *İş Hukuku Dersleri* (35. Bası, Beta 2022) 168; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta 2018) 71; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2022) 25; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devri Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020) 64; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (6. Bası, Nisan 2020) 96; Öztürk (n 3) 299.

‘çerçeve sıfır saat sözleşmesi’ olarak kabul edilir. İşverenden gelecek teklife ilişkin bir ret hakkı söz konusu değil ise ‘sıfır saat sözleşmesinden’ bahsedilecektir³⁶.

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

Sıfır saat sözleşmesinde edimler iş görme ve bunun karşılığında ücret ödemedir. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerin iş görme sözleşmelerinden olduğu aşikardır. Ancak iş görme sözleşmelerinden belki de en önemlisi olan tipik iş sözleşmeleri, sıfır saat sözleşmelerinden önemli yönlerden ayrılmaktadır. Zira asgari çalışma süresi ve çalışma zamanı belirli değildir. Yine, işçinin asgari bir ücret alacağı da söz konusu olmamaktadır. Klasik anlamdaki iş ilişkisinin esneklik ihtiyacı gereği değişmesi ve bunun yeni iş sözleşmesi türleri ortaya çıkartması makul görülebilirse de bu değişimin ne kadar ileri götürüleceği tartışma konusudur. Gerçekten öğretilerde, en ileri düzey esneklik olarak ifade edilen sıfır saat sözleşmelerinin bu yönü ile hukuki anlamda sahip olacağı nitelik incelenmelidir.

A. İş Sözleşmesi Görüşü

1. Genel Olarak

Bir iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın ise bu edim karşılığında ücret ödemeyi kararlaştırdığı sözleşmedir (İş K. md. 8). Görüldüğü üzere bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için iş görme ve ücret unsurları aranır. Ancak iş görme edimi, işçi tarafından işverene bağımlı biçimde gerçekleşir³⁷. Genel olarak bağımlılık, iş ilişkisi sürecinde işçinin işverenin talimatı ve onun denetimi altında çalışmasıdır³⁸. Bağımlılık unsurunun bulunmadığı bir iş görme sözleşmesinin iş

³⁶ Erdoğan (n 3) 2027; Kaynar (n 2) 91-92; Karakoç (n 4) 11.

³⁷ Süzek (n 18) 235; Ali Güzel, ‘Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme’, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, 1997) 96; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 169; Tunçomağ ve Centel (n 35) 71; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 63; Güven ve Aydın (n 35) 96.

³⁸ Süzek (n 18) 235; Güzel (n 37) 97; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 169; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 63; Haluk Hadi Sümer ‘İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru’ (2010) 19(3) Sicil Dergisi 63, 68; Duygu Kara, İş Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerden Ayrılması, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2015)

sözleşmesi olarak adlandırılması mümkün olmaz. Benzer şekilde taraflar, aralarındaki sözleşmeyi başka şekilde isimlendirmiş olsa da bağımlı şekilde iş görme ve ücret unsurlarının yer aldığı bir sözleşme iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir³⁹. Bununla birlikte; ekonomik krizler, küreselleşme, teknolojinin gelişmesi gibi etkenler iş hukukunda esnekleşme ihtiyacını doğurmuş olup, bu ihtiyaç ise bağımlılık unsurundan belirli oranda taviz verilmesini gerekli kılmıştır⁴⁰.

Sıfır saat sözleşmesi, esasında bir iş görme sözleşmesidir. Bu nedenle öğretide bir görüşe göre sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir⁴¹. Sıfır saat sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden olan eser veya vekalet sözleşmesi niteliğinin tartışılması ise gerekli değildir⁴². Zira eser sözleşmesinde olduğu gibi, ‘sonucun borçlanması’ ya da vekalet sözleşmesindeki gibi ‘ücretsiz iş görme’ söz konusu olmaz⁴³.

Öğretide bir başka görüşe göre sıfır saat sözleşmeleri iş sözleşmesi niteliğini haiz değildir⁴⁴. Söz konusu görüşler de dikkate alınarak, sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi önündeki engeller; bağımlılık unsurunun sağlanamaması, iş hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmaması, işverenin yönetim ve

22; Erdem Erdenk, *İş Hukukunda İsimli (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler* (1. Bası, Legal 2008) 91.

³⁹ Sümer (n 38) 68; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 33; Güven ve Aydın (n 35) 98; Erdoğan (n 3) 2026.

⁴⁰ Süzek (n 18) 22-23; Kara (n 38) 23; Sevil Doğan, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (1. Bası, Seçkin 2016) 156.

⁴¹ Erol (n 4) 173. İşçinin işi reddetme imkanının bulunduğu ‘çerçeve sıfır saat sözleşmelerinde’ işçinin kabul beyanıyla geçerli biçimde belirli süreli iş sözleşmesi kurulacağı yönünde bkz. Erdoğan (n 3) 2028; Karakoç (n 4) 12.

⁴² Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (6. Bası, Beta 2021) 119; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 63-64; Güven ve Aydın (n 35) 97; Erol (n 4) 173; Beyza Çağla Şahin, *Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk* (1. Bası, On İki Levha 2021) 14.

⁴³ Süzek (n 18) 239- 240; Güzel (n 37) 84; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 171- 175; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 119; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 32- 33; Güven ve Aydın (n 35) 97; Kara (n 38) 24; Şahin (42) 18. Yargıtay’ın, vekalet sözleşmesinin ‘bağımlılık unsurunun’ yeteri kadar yoğun olmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği yönündeki kararı için bkz 22. H. D., E. 2013/5135 K. 2014/3338 K. T: 21.2.2014 Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi erişim tarihi 05.11.2023.

⁴⁴ Aydın (n 1) 42; Öztürk (n 3) 318; Erdoğan (n 3) 2027; Karakoç (n 4) 14; Duygu Erkan Şahin, *Esnek Çalışma Modellerinde Sosyal Güvenlik Uygulamaları* (1. Bası, Legal 2022) 43.

talimat hakkının kapsamının aşılması olarak sayılabilir. Aşağıda söz konusu ihtimaller incelenecektir.

2. Bağımlılık Unsuru Açısından Değerlendirilmesi

Sıfır saat sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Zira bağımlılık unsurunun varlığının kabulü halinde- bağımlı olarak iş görme unsuru sağlanacağından- iş sözleşmesinin varlığı kabul edilebilecektir. Bağımlılık unsurunun yasal zemini, Türk Borçlar Kanunu'nda “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” hükmüyle karşımıza çıkmaktadır (md. 399). Bağımlılık, iş sözleşmesi açısından, ekonomik ve teknik bir bağımlılıktan ziyade kişisel (hukuki) bir bağımlılık niteliğindedir⁴⁵.

Yargıtay'a göre; “iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödeme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır”. Ancak Yargıtay isabetle, ileri sürülen kriterlerin tek başına bir ölçüt olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirttikten sonra işçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanmasının, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesinin bağımlılık unsuruna etki etmeyeceğini ifade etmiştir. Son olarak, söze konu edilen kararda Yargıtay, çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme

⁴⁵ Süzek (n 18) 235; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Bası, Lykeion 2022) 339; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 64; Sümer (n 38) 69; Kara (n 38) 31; Doğan (n 40) 74; Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (12. Bası, Yetkin 2022) 180; Güven ve Aydın (n 35) 96. Yine de öğretide söz konusu ölçütlerin tek başına bağımlılık kavramını tespit etmeye yetmeyeceği ve özellikle esnek, atipik istihdam modellerinin artmasıyla birlikte ekonomik bağımlılık unsurunun değer kazanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Süzek (n 18) 235; Senyen Kaplan (n 45) 181; Erdenk (n 38) 101, Doğan (n 40) 156.

özgürlüğüne sahip olup olmaması hallerinin bağımlılık unsuru açısından önemli olduğuna işaret etmiştir⁴⁶.

Öğretide hukuki bağımlılığın tespitinde belirli ölçütlerin kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Bu kriterlerden ilki, işin işverene ait ya da onun tarafından belirlenen bir yerde ifa edilmesidir⁴⁷. Hemen belirtelim ki, söz konusu ölçüt esnekleşme sürecinde oluşan yeni (atipik) istihdam biçimleri karşısında yetersizdir. Bu nedenle söz konusu ölçüt yerine öğretide ‘işverenin iş organizasyonu içinde ve onun yararına iş görme’ ölçütü isabetle belirtilmiştir⁴⁸. Bir diğer kritere göre bağımlılıktan söz edebilmek için çalışmanın işverenin belirlediği iş süreleri doğrultusunda yapılması gerekir. Bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak önemli ölçütlerden kabul edilen bu ölçüte göre işçi işverenden iş süresine ilişkin aldığı talimat doğrultusunda hareket eder⁴⁹. Ayrıca işverenin işçiyi, düzenli bir biçimde işe çağırmadığı, onu yalnızca ihtiyaç duyduğu zaman davet ettiği çalışmalarda da hukuki bağımlılık mevcudiyetini korur⁵⁰. Diğer bir ifadeyle aslolan çalışmanın süresi ve zamanının işçinin keyfiyetine bırakılmaması, işverenin söz sahibi olmasıdır. Bir diğer kriter, -özellikle çalışanın işçi niteliğinin tespiti bakımından- başkasının işletmesine katılması, kendi çalışanlarının bulunmaması ve iş görme ediminin bizzat çalışan tarafından ifa edilmesidir. Benzer şekilde, çalışanın kendi müşteri çevresinin bulunmaması ve üretim- araç gereç ve malzemelerinin işveren tarafından temin edilmesi gereklidir⁵¹. Bağımlılığın tespitinde, dolayısıyla sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliğini haiz bulunup bulunmadığı noktasında dikkate alacağımız diğer kriterler ise

⁴⁶ Yar. 22. H. D., E. 2013/5135, K. 2014/3338 K. T: 21.2.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 05.11.2023). Benzer yönde kararlar için bkz. Yar. 9. H. D., E. 2015/1677 K. 2016/11119 K. T: 3.5.2016; Yar. 22. H. D., E. 2012/5712 K. 2012/12203 K. T: 4.6.2012; Yar. 22. H. D., E. 2015/19491 K. 2016/15249 K. T: 30.5.2016 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 5/11/2023). Yar. 9. H. D. E. 2008/10530, K. 2010/4617, K. T: 22.02.2010. Kararın incelemesi için bkz. Sümer (n 38) 63 vd.

⁴⁷ Süzek (n 18) 237; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 342; Güzel (n 37) 97; Tunçomağ ve Centel (n 35) 71; Kara (n 38) 34; Hazal Tolu Yılmaz, *Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Dijital)* (1. Bası, On İki Levha 2023) 324; Doğan (n 40) 206.

⁴⁸ Güven ve Aydın (n 35) 97.

⁴⁹ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 343; Güzel (n 37) 123; Tunçomağ ve Centel (n 35) 71; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Güven ve Aydın (n 35) 98; Kara (n 38) 38-39; Tolu Yılmaz (n 47) 324.

⁵⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 343.

⁵¹ Süzek (n 18) 238; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 345; Güzel (n 37) 98; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Tolu Yılmaz (n 47) 324; Doğan (n 40) 257.

işçinin kural olarak işi reddetme hakkının bulunmaması ve işletme rizikosunun işveren üzerinde bulunması gerekliliğidir⁵². Söz konusu kriterler uyarınca işçinin işi reddetme hakkının bulunduğu bir sözleşmede bağımlılık unsurundan söz edilemeyecek, dolayısıyla iş sözleşmesi niteliği söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde işletme rizikosunun orantısız biçimde çalışan üzerinde kaldığı bir ilişki iş ilişkisi olarak değerlendirilemez.

Sıfır saat sözleşmelerinde işçi, iş görme ihtiyacı doğdukça işveren tarafından çağırılmakta ve çalıştığı süre kadar ücrete hak kazanmaktadır. İşçiye minimum bir çalışma süresi ise taahhüt edilmemektedir. Bağımlılık unsurunun tespitinde kullanılacak ölçütler de dikkate alındığında işçinin işveren tarafından belirlenen zamanda ve belirtilen süreyle edimi ifa etmesi ve işi bizzat (kişisel olarak) yerine getirmesi gibi hususlar, sıfır saat sözleşmeleri açısından bağımlılık unsurunun gerçekleştiği izlenimi yaratsa da özellikle çerçeve sıfır saat sözleşmelerinde işçinin işin ifasına ilişkin talebi reddedebilmesi ve her iki tür sıfır saat sözleşmelerinde de işletme rizikosunun orantısız biçimde işçi üzerinde olması soru işaretlerini beraberinde getirmektedir.

Öğretide bir görüşe göre, sıfır saat sözleşmesi iş sözleşmesi niteliğini haiz olsa da çerçeve sıfır saat sözleşmesi için aynı durum söz konusu olamaz. Zira işçinin işi reddetme imkânı, bağımlılık halinin varlığı ile bağdaşmaz⁵³. Aynı görüşe göre ayrıca, işverenden gelecek iş teklifinin kabul edilmesi halinde söz konusu iş bitinceye kadar ortada geçerli bir iş sözleşmesi bulunmaktadır⁵⁴. Bu noktada, Avrupa Komisyonunun Platform Çalışanları Hakkındaki Taslak Direktif Önerisine⁵⁵ de değinmek gerekir. 9 Aralık 2021 tarihli söz konusu öneriye göre bağımlılık ilişkisinin tespitinde, işverenin (platformun), çalışanların performansı üzerinde kontrol- denetim sağladığı hallerde karine olarak

⁵² Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 346; Güzel (n 37) 98; Güven ve Aydın (n 35) 98; Tolu Yılmaz (n 47) 324; Doğan (n 40) 226.

⁵³ Erdoğan (n 3) 2027; Öztürk (n 3) 302; Kaynar (n 2) 92; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 346; Tolu Yılmaz (n 47) 326; Doğan (n 40) 248.

⁵⁴ Erdoğan (n 3) 2027.

⁵⁵ Proposal For a Directive of The European Parliament And of The Council on Improving Working Conditions in Platform Work, COM (2021) 762 final 2021/0414 (COD). İngilizce tam metin için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52021PC0762>> erişim tarihi 15.02.2024.

bağımlılık unsurunun var olduğu kabul edilmelidir⁵⁶. Söz konusu kontrol- denetim mekanizmasının varlığı ise sayılan beş kriterden en az ikisinin gerçekleşmesi şartına bağlı tutulmuştur⁵⁷. Bu kriterler;

- a) Platformun ücretin veya üst limitinin belirlenmesinde etkisi bulunması,
- b) Çalışanın görünümünde, müşteriye karşı işini ifa etmesinde ve çalışmasında belli bağlayıcı kurallara uymasının zorunlu olması,
- c) İşin yapılmasında denetimin veya işin kalitesinin onaylanmasının elektronik araçlarla dahi olsa platform tarafından gerçekleştirilmesi
- d) Yaptırımlar da dahil olmak üzere, çalışanın işini düzenleme özgürlüğünün, özellikle de çalışma saatlerini veya devamsızlık sürelerini seçme, işi **kabul etme veya reddetme** ya da taşeron veya vekil kullanma konusundaki takdir hakkının etkili bir şekilde kısıtlanması,
- e) bir müşteri tabanı oluşturma veya herhangi bir üçüncü taraf için iş yapma olasılığının etkili bir şekilde kısıtlanması olarak sayılmıştır.

Dolayısıyla platform çalışanları özelinde işçinin kısıtlanmamış bir ‘iş reddetme hakkının’ varlığı halinin, iş ilişkisi ile bağdaşmayacağı Taslak Direktif Önerisinde belirtilmiş olmaktadır. Çerçeve sıfır saat sözleşmeleri bakımından da ilgili kriterin göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla beraber düzenlemenin açık ifadesi gereği

⁵⁶ “(1) The contractual relationship between a digital labour platform that controls, within the meaning of paragraph 2, the performance of work and a person performing platform work through that platform shall be legally presumed to be an employment relationship. To that effect, Member States shall establish a framework of measures, in accordance with their national legal and judicial systems.”.

⁵⁷ “(2) Controlling the performance of work within the meaning of paragraph 1 shall be understood as fulfilling at least two of the following:

(a) effectively determining, or setting upper limits for the level of remuneration;

(b) requiring the person performing platform work to respect specific binding rules with regard to appearance, conduct towards the recipient of the service or performance of the work;

(c) supervising the performance of work or verifying the quality of the results of the work including by electronic means;

(d) effectively restricting the freedom, including through sanctions, to organise one’s work, in particular the discretion to choose one’s working hours or periods of absence, to accept or to refuse tasks or to use subcontractors or substitutes;

(e) effectively restricting the possibility to build a client base or to perform work for any third party.”.

sayılan kriterlerden en az ikisinin bulunması bağımlılık halinin tespitine yeteceğinden, işi reddetme hakkı bulunsa dahi sayılan beş kriterden diğer ikisini taşıyan (örneğin a ve b kriterlerini) bir çalışan ile işvereni arasında bağımlı bir ilişkinin var olduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla sıfır saat sözleşmesi ile çalışan bir işçinin işi reddetme hakkı bulunsa dahi sayılan diğer kriterlerin varlığı- en azından platform çalışanlarına ilişkin söz konusu öneri bağlamında- bağımlılık unsurunu karşılayacak ve çalışan, işçi kabul edilebilecektir.

Kanaatimizce, sıfır saat sözleşmelerinde, iş sözleşmesi yönünden işçinin bağımlı biçimde iş görmesi ve bu edim karşılığında işveren tarafından ücret ödenmesi unsurları gerçekleşmiştir. Zira, her ne kadar sözleşme akdedilirken işçinin çalışacağı süre ve dolayısıyla ücret belirli olmasa da ‘belirlenebilir’ niteliktedir. Sıfır çalışma süresinin belirsiz olması, iş görme ediminin ücretsiz şekilde yerine getirileceği sonucunu doğurmaz. Ayrıca, her ne kadar öğretilerde, çerçeve sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi niteliğinin bulunup bulunmadığı tartışılmış olsa da kanaatimizce işçinin iş görmeyi reddetmesi halinde kabul yönünde bir irade beyanı söz konusu olamayacağından ortada niteliği tartışılacak bir sözleşme de bulunmaz. Ancak tarafların, ileride gelecek iş görme tekliflerinin işçi tarafından reddedilebileceğini öngören hükümler içeren bir sözleşme akdetmeleri halinde, her ne kadar platform çalışmaları açısından farklı bir düzlem öngörülmesi önerilmiş olsa da ortada bir iş sözleşmesinin değil ancak kendine özgü (*sui generis*) bir özel hukuk sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir⁵⁸.

Yargıtay da bir kararında “*Dosyadaki bilgi ve belgeler ile tanık sözlerinden davacının, davalı işverenin işyerinde buğday boşaltma ve yükleme işi yaptığı... kendisinin bu işyerine bağımlı olarak çalıştığı, her zaman değil iş oldukça çalıştığı, sair zamanlar işyerinde veya kahvehanede beklediği anlaşılmaktadır. Görülüyor ki davacı hizmet akdinin unsurlarından olan bağımlılık ve zaman unsuru gerçekleşecek şekilde çalışmıştır. Zira işveren kendisini çağırdıkça işe başlamakta, işini işverenin gözetimi ve denetimi altında yapmaktadır... Ücretin maktu olmayıp boşaltılan buğdayın tonu başına alınmış olması hizmet akdinin varlığını ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla, ücretin ödeme*

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Öztürk (n 3) 302.

şekli sigortalı olma koşulunu ortadan kaldırmaz.” şeklinde kurduğu hüküm ile işverenin işçiyi ihtiyaç duydukça çağırmasının ve ücretini de iş gördükçe almasının bağımlılık unsurunu ve dolayısıyla iş sözleşmesi niteliğini etkilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁹.

3. İş Hukukunun Temel Prensipleri ile Bağdaşmaması Açısından Değerlendirilmesi

Sıfır saat sözleşmelerinde öne çıkan husus işçiye minimum bir çalışma süresinin taahhüt edilmemesidir. Bu durumun sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Zira bazı yazarlar, söz konusu hususun işçiyi temel güvencelerden mahrum bıraktığını belirterek kanuna aykırı kabul edilmesi ve geçersizlik yaptırımına uğratılması gerektiğini belirtir⁶⁰. Gerçekten de sıfır saat sözleşmesi ile çalışan bir işçi için haftalık çalışma süresi belirli olmayıp, bu doğrultuda haftalık kazancı da belirsizdir. Bu hususun sosyo-ekonomik sakıncaları beraberinde getirdiği tartışmasıdır. Ancak kanaatimizce, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğinde bulunan iş sözleşmesinin hukuken geçersiz (kesin hükümsüz) kabul edilmesi için geçerlilik koşullarını taşıyor olması gerekir⁶¹. Türk Borçlar Kanunu uyarınca sebebi veya konusu kanuna ya da ahlaka aykırı olan, edimi başlangıçtan itibaren imkânsız olan, muvazaalı, şekle aykırı ya da tarafların ehliyetsiz olduğu sözleşmeler geçersizdir (md. 27/1). Yine Türk Borçlar Kanunu’nda iş sözleşmesinde geçersizliğin ileriye etkili olarak sonuç doğuracağı düzenlenmiştir (md. 394/3). Geçersizlik hallerinden hiçbirinin bulunmadığı ve bağımlılık unsurunun tespit edilebildiği iş görme sözleşmelerinin, geçerli bir iş sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Ancak elbette, iş hukukunun özel niteliği gereği, işçiyi tamamen korumasız bırakacak sözleşme hükümlerinin kanuna aykırı kabul edilerek geçersizlik yaptırımına tabi tutulması düşünülebilir. Sıfır saat sözleşmelerinin işçiyi belirli hususlarda güvencesiz bıraktığı tartışmasıdır. Ancak bu durumun çözümü sözleşmeyi kesin hükümsüz kabul ederek işçiyi tamamen korumasız bırakmak şeklinde bulunmamalıdır. Zira, sıfır saat sözleşmeleriyle işçilerin tamamen güvencesiz kaldığı da söylenemez. Özellikle

⁵⁹ Yar. 10. H. D., E. 1995/5048 K. 1995/5358 K. T. 08.06.1995 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 13.11.2023).

⁶⁰ Aydın (n 1) 42; Erdoğan (n 3) 2027; Balkan (n 5) 143; Nagehan Akan, Kısmi Süreli Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2010) 49.

⁶¹ Süzek (n 18) 346; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 45) 566; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 140.

öğrenciler, emekliler, ya da çalışma süresinin işveren tarafından belirlenmesinin kendisi açısından bir sakınca doğurmadığı işçi grupları söze konu olabilir. Dolayısıyla, sıfır saat sözleşmelerinin tümünden bir dışlamayla hükümsüz kabul edilmesi yeterli bir çözüm sunmayacaktır.

Diğer yandan, Türk İş Hukuku özelinde iş sözleşmesinde asgari bir çalışma süresi öngörülmesi zorunluluğu bulunmadığından sıfır saat sözleşmelerinin kanuna aykırı ve geçersiz olduğu da ileri sürülemez. Gerçekten de yasal düzenlemelerde kısmi süreli çalışmaların olağan çalışma süresinin en az üçte iki azaltıldığı çalışmalar olarak tanımlandığı ancak en fazla ne kadar azaltılacağı belirtilmediği görülür. Diğer bir ifadeyle kısmi süreli çalışmalarda dahi asgari bir çalışma süresi öngörülmemiştir.

4. Yönetim ve Talimat Hakkının Kapsamının Aşılması Açısından Değerlendirilmesi

Sıfır saat sözleşmelerinde, işçinin çalışma süresinin işveren tarafından belirlenmesinin işverenin yönetim ve talimat hakkının kapsamı dışında kaldığı yönündeki görüş de ayrıca incelenmelidir. Bu görüşe göre, işverenin işçiyi önceden kararlaştırılmış bir süre olmadan, yalnızca ihtiyaç duyduğu zaman ve ihtiyaç duyduğu süre ile sınırlı olarak çalıştırması, yönetim hakkının sınırlarını aşmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu sözleşmelerin geçerli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁶².

İşverenin yönetim hakkı, iş hukukunun diğer kaynaklarıyla düzenlenmemiş olan konuların onun verdiği emir ve talimatlarla belirlenmesi olarak tanımlanabilir⁶³. İşverenin, işçiyi ne zaman ve kadar süre ile çalıştıracığı hususunu yönetim hakkı kapsamında tek yanlı olarak belirleyebilmesi tartışma konusudur. Öğretide bir görüşe göre, işveren işçinin çalışma zamanını belirleyebilirse de ne kadar süre ile çalışacağını

⁶² Baysal (n 34) 96; Öztürk (n 3) 317- 318.

⁶³ Süzek (n 18) 85; Güzel (n 37) 107; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 262; Senyen Kaplan (n 45) 171; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (1. Bası, Turhan 2008) 87-88; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 27; Baysal (n 34) 91; Kaptan Mert Adınır, *İşverenin Yönetim Hakkı* (1. Bası, On İki Levha 2019) 11; Gözde Sevil Yaşar, *İşçinin İşverenin Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü*, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2020) 23.

belirleyemez. Bu yönde bir talimat yönetim hakkının kapsamını aşmak anlamına gelir⁶⁴. Buna karşılık diğer görüş işverenin çalışma zamanını ve süresini belirleyebileceğini ifade eder⁶⁵. Ancak işveren bu yetkiyi dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.

Kanaatimizce işçinin çalışma zamanının ve çalışacağı sürenin işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenmesi, yönetim hakkının kapsamında değerlendirileceği gibi bağımlılık unsurunun da bir gereğidir. Diğer yandan söz konusu hak, dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılmalı; işçiye çalışacağı zaman ve süre makul bir zamanda ve makul bir süre önceden bildirilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverenin söz konusu talimatının hukuka aykırı kabul edilmesi hali iş sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez; ancak talimat geçersiz olduğundan işçinin talimata uyma yükümlülüğünden söz edilemeyecektir⁶⁶.

B. Kendine Özgü ('Sui Generis') Sözleşme Görüşü

Öğretide, sıfır saat sözleşmelerinin bir iş sözleşmesinden ziyade kendine özgü niteliği bulunan bir özel hukuk sözleşmesi olduğu da ifade edilmektedir⁶⁷. Özel hukuk ilişkisi içerisindeki tarafların, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, yukarıda unsurları

⁶⁴ Astarlı (n 63) 90; Öztürk (n 3) 317- 318; Yaşar (63) 55-56; Balkan (n 5) 143; Kaynar (n 2) 93. Bu şekil bir belirlemenin yönetim hakkının sınırlarını aşacağı konusunda bkz. Yar. 9. H. D., E. 2019/2687 K. 2019/18483 K. T: 21.10.2019; Yar. 9. H. D., E. 2007/26230 K. 2008/5312 K. T: 18.03.2008 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 13.11.2023).

⁶⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 45) 343; Güzel (n 37) 121; Senyen Kaplan (n 45) 182; Adınır (n 63) 94; Kara (n 38) 38-39; Tolu Yılmaz (n 47) 347; Doğan (n 40) 173; “Öte yandan çalışma saatlerini ve günlerini belirleme işverenin yönetim yetkisi kapsamında olup bu bağlamda işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmayacağı, hafta tatilinde çalışılıp çalışmayacağı, şayet yapılacaksa hangi günlerde ve hangi saatler arasında yapılacağı işveren tarafından belirlenecektir. Bu belirlemenin de işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğu, işyeri politikası vb. gibi sebeplerden dolayı zaman içerisinde değişkenlik gösterebileceği kuşkusuzdur” Yar. 9. H. D., E. 2015/22553 K. 2017/4116 K. T: 16.03.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 06.11.2023).

⁶⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 262; Astarlı (n 63) 90 vd.; Yaşar (n 63) 34; Senyen Kaplan (n 45) 204; “İşverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez.” Yar. 9. H. D., E. 2015/15920 K. 2015/22832 K. T: 23.6.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 07.11.2023) Aynı yönde kararlar için bkz. Yar. 9. H. D., E. 2007/26230 K. 2008/5312 K. T: 18.03.2008; Yar. 7. H. D., E. 2014/20999 K. 2015/4184 K. T: 11.3.2015; Yar. 9. H. D., E. 2008/11542 K. 2009/867 K. T: 2.2.2009.

⁶⁷ Karakoç (n 4) 10.

sayılan sözleşmeyi akdedebilecekleri belirtilmektedir. Kanaatimizce bu görüşün kabulü halinde işçiler tam anlamıyla güvencesiz bırakılmakta, ekonomik ve hukuki riskler iş görme borcu altındaki kişi (işçi) üzerinde kalmaktadır.

V. SÖZLEŞME TÜRÜ

Türk İş Hukukunda sıfır saat sözleşmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bir sözleşme tipinin kanunda düzenlenmemiş olması uygulama alanı bulamayacağı anlamına gelmez. İş Kanunu da tarafları, sözleşme türünü belirlemek konusunda Kanun hükmüyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla serbest bırakmıştır⁶⁸. Kanun'da *“Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler.”* hükmüyle bu husus açıkça ifade edilmiştir (İş K. md. 9/1). Düzenleme *“İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılıdır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmî süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir.”* şeklinde devam etmektedir (İş K. md. 9/2).

Sıfır saat sözleşmelerinin iş sözleşmesi kabul edilmesi halinde hukuk sistemimiz açısından hangi tür iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirlenmelidir. Zira, sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralının tespiti açısından bu husus önem arz etmektedir⁶⁹.

Sıfır saat sözleşmesi kapsamında çalışmanın tam- kısmi çalışma niteliği açısından değerlendirilmelidir. Kısmi çalışma, işyerinde normal çalışma süresi olarak belirlenen süreden önemli ölçüde az, sürekli, düzenli ve iradi çalışmayı ifade eder⁷⁰. Kanun'a göre,

⁶⁸ Süzek (n 18) 38; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 177; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 67; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 121; Güven ve Aydın (n 35) 100; Binnur Tulukçu 'Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliği Bakımından Kısmi Süreli Bir İş Sözleşmesi Bir İş Sözleşmesi Olduğuna ve Bunun Aynı Zamanda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Niteliği Kazandırmadığına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi (2008) 16(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299, 302; Şahin (42) 26.

⁶⁹ Erdenk (n 38) 111 vd.

⁷⁰ Tankut Centel, *Kısmi Çalışma* (Kazancı Hukuk Yayınları 106, 1992) 26- 27; Tunçomağ ve Centel (n 35) 72; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 25; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 85; Başbuğ ve Yücel

‘kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir nitelikteki çıkarları; tam süreli emsal işçi karşısında, çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenir’ (İş K. md. 13/2). Belirtmek gerekir ki sıfır saat sözleşmesi, tabiatı gereği kısmi süreli bir iş sözleşmesidir. Zira işverenin işçiyi çağırmasından söz edildiğinden işçinin tam süreyle iş görmediği aşikardır. Dolayısıyla kısmi süreli sözleşmelere ilişkin hükümler, niteliği bağdaştığı müddetçe sıfır saat sözleşmelerine de uygulanır.

Diğer yandan sıfır saat sözleşmesinin belirli- belirsiz süreli sözleşme niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre işçinin işveren tarafından çağırıldığı her dönemde yeni bir belirli süreli sözleşme akdedilmektedir⁷¹. Diğer görüş ise sıfır saat sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğunu belirtmektedir⁷². Yargıtay da işçinin işe çağırılma usulüyle çalışmasının sözleşmeyi belirli süreli kılmayacağına, aksine sözleşmenin belirsiz süreli olma niteliği koruyacağına hükmetmektedir⁷³. Kanaatimizce, sıfır saat sözleşmeleri kural olarak belirsiz süreli olup, iş görme ediminin belirli süreyle yerine getirilmesini gerekli kılan objektif nedenlerin bulunması halinde belirli süreli sıfır saat sözleşmeleri söze konu olabilir.

Öğretide ağırlıklı olarak sıfır saat sözleşmesi, işçinin işveren tarafından çağırıldığında iş görme edimini yerine getirdiği ‘çağrı üzerine çalışmanın’ bir türü olarak değerlendirilmektedir⁷⁴. Çağrı üzerine çalışma, Kanun’da “yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı

Bodur (n 42) 125; K. Ahmet Sevimli, 4857 sayılı Kanunda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri (1. Bası, Beta 2019) 10-19.

⁷¹ Erdoğan (n 3) 2027; Karakoç (n 4) 12.

⁷² Öztürk (n 3) 312.

⁷³ “Temizlik işi sürekli yapılması gereken bir iş olup, davacının çağrı usulü ile işyerinde çalıştırılması, bu işin sürekli yapılması gerektiğini ortadan kaldırmaz. Çağrı usulü çalışma, kısmi süreli bir iş sözleşmesi olup, işin kısmi süreli olması, belirli süreli iş sözleşmesi niteliği kazandırmaz.” Yar. 9. H. D., E. 2006/5115 K. 2006/14969 K. T: 22.05.2006 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, erişim tarihi 06.11.2023).

⁷⁴ Aydın (n 1) 43; Marica (n 4) 74; Dermine ve Mechelynck (n 4) 341; Erol (n 4) 172; Balkan (n 5) 30, 139; Kaynar, (n 2) 93. Öğretide esasen çağrı üzerine çalışmanın iki türü olduğu; ilkinin kanunda düzenlendiği üzere asgari çalışma süresi belirli olan, ikincisinin ise işverenin çağırması ile oluşacak iş ilişkisini karşılayan ve minimum bir sürenin taahhüt edilmediği tür olduğu belirtilmiştir. Bkz. Centel (n 70) 41; Akan (n 60) 49; Aydın (n 1) 43; Balkan (n 5) 139. İkinci türün sıfır saat sözleşmeleri ile benzerliği aşikardır.

kısmi süreli bir iş sözleşmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır (İş K. md. 14/1). Öğretide ise, işçinin iş görme edimini gerçekleştireceği zamanın uzunluğunun önceden belirlendiği, sürenin dağılımının işveren tarafından iş gücü ihtiyacı doğrultusunda kararlaştırıldığı çalışma biçimi şeklinde tanımlamalar yer almaktadır⁷⁵. Hükmün devamında, *“Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır.”* şeklinde yer verilen düzenlemeyle, bir yedek hukuk kuralı öngörülmüştür⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, taraflar aralarında haftalık çalışma süresi belirleme konusunda serbest olup, örneğin, işçinin haftada iki saat çalışması kararlaştırılabileceği gibi yirmi beş saat çalışması da belirlenebilir⁷⁷. Ancak, işverenin işçiyi ekonomik olarak makul görülemeyecek kadar kısa bir süre için çağırması ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁸.

“Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır.” (İş K. md. 14/2). İşçi, sözleşmede kararlaştırılan süreden daha az bir süreyle çalıştırılsa da o süreye ilişkin ücrete hak kazanır. Söz konusu süreden daha fazla çalışması halinde de orantılı olarak ücreti artacaktır⁷⁹.

Çağrı üzerine çalışmaya ilişkin Kanun’da yer alan son düzenlemeye göre *“İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır.”* (İş K. md. 14/3).

⁷⁵ Astarlı (n 63) 381; Baysal (n 34) 90; Aydın (n 1) 43; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 127; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 67; Nedim Meriç, ‘Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma’ (2005) 8(2) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 1545, 1560; Öztürk (n 3) 311; Kaynar (n 2) 23.

⁷⁶ Söz konusu kuralın nispi emredici- yedek hukuk kuralı niteliği hususundaki tartışmalar için bkz. Sevimli (n 70) 27- 36.

⁷⁷ Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 68; Ferman Kaya, ‘Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi’ (2018) 92(1) İstanbul Barosu Dergisi 303, 316; Akan (n 60) 49; Kaynar (n 2) 46. Öğretide isabetle belirtildiği üzere, çağrı üzerine çalışma bir tür kısmi süreli iş sözleşmesi olduğundan taraflar arasında belirlenecek süre azami otuz saat olabilir. Bkz. Sevimli (n 70) 30; Süzek (n 18) 279.

⁷⁸ Baysal (n 34) 96- 97; Öztürk (n 3) 316.

⁷⁹ Baysal (n 34) 97.

Kanun koyucu, işvereni belli bir süre önceden işçiye çalışacağına bildirilmesi hususunda yükümlü kılmıştır. Bu düzenleme ile işçinin boş zamanını planlamaya yönelik imkânı korunmaktadır⁸⁰.

Sıfır saat sözleşmesi, sözleşmede bir çalışma süresi belirlenmemesi yönüyle çağrı üzerine çalışmadan kısmen ayrılmaktadır⁸¹. Esasen, işçinin bir iş sözleşmesi kapsamında çalışması için sözleşmede asgari bir süre öngörülmesi gerekli değildir⁸². Bu husus yalnızca çağrı üzerine çalışmaya ilişkin düzenlemede yedek hukuk kuralı olarak öngörülmüştür⁸³. Tarafların çalışma süresine ilişkin bir belirleme yapmaması halinde söz konusu yedek hukuk kuralı devreye girecektir. Bu gerekçeyle öğretide bir görüş, sıfır saat sözleşmelerinin çağrı üzerine çalışmanın bir türü kabul edilmesi ve bu sözleşme ile çalışan işçilerin çağrı üzerine çalışmaya ilişkin hükümlerden yararlanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁴.

Kanaatimizce de öncelikle sıfır saat sözleşmeleri nitelik itibarıyla geçerli bir iş sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Zira yukarıda açıklandığı üzere iş sözleşmesini geçersiz kılacak hususlar bu sözleşme türünde söz konusu olmayıp, bağımlı biçimde iş görme ve karşılığında ücret ödenmesi unsurları mevcuttur. Ancak işçinin işi reddetme imkanına sahip olduğu çerçevede sıfır saat sözleşmeleri ‘bağımlılık’ unsurunun varlığı ile çeliştiğinden bu tür sözleşmeler iş sözleşmesi kabul edilemez. Daha sonra, tarafların sözleşmede haftalık çalışma süresini ‘sıfır’ olarak belirlemeleri halinde bu belirleme geçersiz kabul edilmeli, çağrı üzerine çalışma düzenlemesinde yer alan yedek kurallar uygulama alanı bulmalıdır. Gerçekten öğretide nispi emredici niteliği de tartışılan, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin ‘yirmi saat’, ‘dört gün’ ve ‘dört saat’ şeklindeki belirlemeler

⁸⁰ Baysal (n 34) 99; Öztürk (n 3) 316.

⁸¹ Dermine ve Mechelynck (n 4) 341; Karakoç (n 4) 10.

⁸² Erdoğan (n 3) 2026; Karakoç (n 4) 9.

⁸³ Süzek (n 18) 278; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 35) 215; Ekmekçi ve Yiğit (n 35) 68; Başbuğ ve Yücel Bodur (n 42) 127; Öztürk (n 3) 314; Kaynar (n 2) 92-93. Karşı yönde, hükümlerin nispi emredici olduğu yönünde bkz. Aydın (n 1) 49, Güven ve Aydın (n 35) 115; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 35) 98.

⁸⁴ Sevimli (n 70) 28- 29; Baysal (n 34) 96- 97; Erdoğan (n 3) 2028; Erkan Şahin (n 44) 43; Balkan (n 5) 143; Kaynar (n 2) 94; Karşı yönde, sıfır saat sözleşmelerinin çağrı üzerine çalışmanın bir türü kabul edilerek yedek hukuk kurallarının uygulanması suretiyle geçerli kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Öztürk (n 3) 318.

yedek hukuk kuralı niteliğinde kabul edilerek tarafların aksini kararlaştırması mümkün kılınmalı; tarafların sözleşmede haftalık çalışma saatine ilişkin herhangi bir belirleme yapmadığı veya çalışma süresini ‘sıfır’ olarak kararlaştırdığı hallerde yedek hukuk kuralı niteliğindeki düzenlemeler gündeme gelmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, özellikle ekonomik kriz zamanlarında işletmelerin varlığını sürdürebilmesi ve işçinin ekonomik, sosyal ve hukuki güvencelerinin sağlanması adına ‘çağrı üzerine çalışmadan daha esnek’ bir iş sözleşmesi türünün pozitif düzenlemeye kavuşturulması gereklidir. Zira işverenin işçiyi haftada yirmi saatten az çalıştırmak istediği ancak hangi gün ve gün içinde ne kadar süreyle ihtiyaç duyacağını belirleyemediği hallerde – en az dört gün önceden haber vermek suretiyle ve dört saat üst üste çalıştırmakla yükümlü bulunduğu- gereksinimini karşılayacak bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla çağrı üzerine çalışma hali için öngörülen söz konusu yedek hukuk kurallarının daha esnek hale getirilmesi düşünülebilir.

SONUÇ

İş hukukunda esnekleşme neticesinde ortaya çıkan en radikal sözleşme tiplerinden biri olan sıfır saat sözleşmeleri, Batı’da özellikle Avrupa’da giderek artan bir yoğunlukla uygulanmaya başlamıştır. İşverenin işçiye günlük/haftalık/aylık asgari bir çalışma süresi vadetmediği, onu yalnızca iş görme edimine ihtiyaç duyduğu zaman çağırabildiği, işçinin ancak çalıştığı sürenin karşılığı kadar ücrete hak kazandığı bu sözleşme iş hukuku öğretisinde belli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Özellikle işverenin ekonomik rizikoyu işçi üzerine bıraktığı, işçinin ise içinde bulunduğu belirsizlik hali sebebiyle sosyal ve ekonomik istikrar kazanamadığı iddia edilmiştir.

Kanaatimizce; işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimini sunduğu, işverenin ise bu edim karşılığında ücret ödediği iş görme sözleşmeleri iş sözleşmesi niteliğinde olup hukuk sistemimizde de geçerli kabul edilir. Bununla birlikte, işçiyi koruma prensibi gereği kanun koyucu iş ilişkisinde belli hususları emredici bazı hususları nispi emredici biçimde düzenleme altına almıştır. Tarafların bir konuyu aralarında düzenlememeleri halinde gündeme gelen yedek hukuk kurallarına da İş Kanunu’nda rastlamak

mümkündür. Tarafların aralarında çalışma süresini belirlememeleri ve işverenin çağırmasıyla iş görme ediminin gerçekleşecek olması halinde Kanun'a göre haftalık çalışma süresi 20 saat olarak kabul edilecektir. Sıfır saat sözleşmelerinde işverenin çağırmasıyla iş görme edimini gerçekleştirecek işçinin haftalık kaç saat çalışacağı sözleşmede belirtilmez. Esasen sıfır saat sözleşmeleri terimi de bu husustan doğmaktadır. Tarafların böyle bir belirleme yapmamaları yahut sözleşmede çalışma süresini sıfır olarak belirtmeleri halinde kanaatimizce yedek hukuk kuralı niteliğindeki haftalık 20 saat çalışma düzenlemesi (İş K. m 14/2) gündeme gelmelidir.

KAYNAKÇA

- Adams A, Mark Freedland ve Jeremias Prassl. 'The 'Zero-Hours Contract':Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?', *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Paper No: 00/2015.
- Adınır K M, *İşverenin Yönetim Hakkı* (1. Bası, On İki Levha 2019).
- Akan N, 'Kısmi Süreli Çalışma' Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2010).
- Asiltürk T, 'Atipik İstihdam: Part- Time Çalışma', Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2011).
- Astarlı M, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (1. Bası, Turhan 2008).
- Atkinson J, Zero-hours Contracts and English Employment Law (2022)13(3) Developments and Possibilities European Labour Law Journal 347-374.
- Aydın U, 'Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları' *Sicil Dergisi*, 8, 2007/4 41- 54.
- Balkan H, *Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Bası, Beta 2021).
- Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (6. Bası, Beta 2021).
- Baysal U, 'Türk ve Alman Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma' (2012) 24(1-2) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 86- 102.

- Centel T, *Kısmi Çalışma* (Kazancı Hukuk Yayınları 106, 1992).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (35. Bası, Beta 2022).
- Elise D ve Mechelynck A, ‘Zero-hour contracts and labour law: An antithetical association?’ (2022) 13(3) *European Labour Law Journal* 339- 346.
- Doğan S, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru* (1. Bası, Seçkin 2016).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (4. Bası, On İki Levha 2022).
- Erdenk E, *İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler* (1. Bası, Legal 2008).
- Erdoğan C, ‘İş Hukukunda Esneklik ile İlgili Yeni Bir Sorun: Sıfır Saat Sözleşmesinin Türk İş Hukuku Açısından Kabul Edilebilirliği’ (2020) 170(15) *Terazi Hukuk Dergisi* 2021- 2031.
- Erkan Şahin D, *Esnek Çalışma Modellerinde Sosyal Güvenlik Uygulamaları*, (1. Bası, Legal 2022).
- Erol A, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru* (1. Bası, Seçkin 2019).
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta 2020).
- Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (6. Bası, Nisan 2020).
- Güzel A, ‘Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme’, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan* (İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını 1997) 83- 126.
- Kara D, ‘İş Sözleşmesi ve Benzer Sözleşmelerden Ayrılması’ Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2015).
- Karakoç B, ‘Çalışma Hayatında Esnekleşmenin Geldiği Son Nokta: Sıfır Saat Sözleşmeleri’ (2023) 1(1) *Karatekin Hukuk Dergisi* 1-17.
- Kaya F, ‘Çağrı Üzerine Çalışmaya Dayalı İş Sözleşmesi’ (2018) 92(1) *İstanbul Barosu Dergisi* 303- 325.

- Kaynar D, *Türk Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma* (1. Bası, Yetkin 2022).
- Koumenta M ve Williams M, 'An Anatomy of Zero-hour Contracts in the UK', (2018) 50(1) *Industrial Relations Journal* 20–40.
- Man F, 'Bir Hiper Esnek İstihdam Türü Olarak Sıfır Süreli Sözleşme: Akışkanlardan Gazlara Geçiş mi?' (2015) 4(8) *Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi* 86- 101.
- Mantouvalou V, 'Welfare-to-work, zero-hours contracts and human rights' (2022) 13(3) *European Labour Law Journal* 431-449.
- Marica M, "On Call (Zero-Hour) Contractual Arrangements: A New Form of Employment, Elements of Compared Law" (2019) 9(1) *Juridical Tribune* 70-78.
- Meriç N, "Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma" (2005) 2(8) *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku* Ankara (7. Bası, Lykeion 2022).
- Öztürk B, "İş Hukukunda Sıfır Saat Sözleşmeleri (Karşılaştırmalı Bir İnceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye'de "Sıfır Saat Sözleşmeleri)" *Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı* (On İki Levha 2021).
- Senyen Kaplan E T, *Bireysel İş Hukuku* (12. Bası, Yetkin 2022).
- Sevimli K A, *4857 sayılı Kanunda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri* (1. Bası, Beta 2019).
- Sümer H H, 'İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru' (2010) 19(3) *Sicil Dergisi* 63-73.
- Süzek S, *İş Hukuku* (23. Bası, Beta 2022).
- Şahin B Ç, *Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2021).
- Tolu Yılmaz H, *Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından)* (1. Bası, On İki Levha 2023).
- Tulukçu B, 'Çağrı Üzerine Çalışmanın Niteliği Bakımından Kısmi Süreli Bir İş Sözleşmesi Bir İş Sözleşmesi Olduğuna ve Bunun Aynı Zamanda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Niteliği

Kazandırmadığına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi' (2008) 16(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 299- 312.

Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta 2018).

Yaşar G S, 'İşçinin İşverenin Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü' Yüksek Lisans Tezi Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (2020).

TANZİMAT DÖNEMİNDE HUKUKUN DÖNÜŞÜM DİNAMİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE TRANSFORMATION DYNAMICS OF THE LAW DURING THE TANZİMAT PERIOD

Araştırma Makalesi
Alev GÜMÜŞ ÖMEROĞLU*

ÖZ

Osmanlı İmparatorluğu'nun 1838 yılında Balta Limanı Ticaret Antlaşması'yla İngiliz serbest ticaret emperyalizmine açılmasıyla birlikte, devletin ekonomik yapısının küresel piyasa kurallarına göre yeniden şekillendirilmesi gerekmiştir. Bu gereksinim eşitsiz bileşik gelişim dinamikleri altında pre-kapitalist devletin dönüşümünü başlatır. 1839 yılında Tanzimat Fermanı'nın ilanı, uluslararası sermayenin ihtiyaç duyduğu modernleşmeye yönelik reform sürecinin dönüm noktası olmuştur. Tanzimatla gelen Avrupa uyumunda modern kurumlar, kanunlar, merkezi hükümet vardır. Osmanlı yönetici sınıfı Tanzimat Fermanı ile bu temele yaklaşarak modern devlete ait genel çerçeveyi oluşturmayı amaçlar. Kırım Savaşı sonrası Islahat Fermanı'nın ilanı ile Tanzimat döneminin daha ağır koşulları barındıran ikinci dilimine girilir. Savaş sırasında alınan ilk dış borç, döngüsel bir borç ilişkisine yol açar. Islahat Fermanı büyük ölçüde Tanzimat'ın tekrarını içerse de temel içeriği, uluslararası borçlanma için kilit hale gelen bankacılık sisteminin Osmanlı'ya taşınması ve Hıristiyan tebaanın haklarının genişletilmesidir. Devamlı dış borç ihtiyacı, Avrupa'nın Osmanlı'ya müdahalesini derinleştirmiştir ve yeniden bir reform süreci başlar. Hukuk reformları bu sürecin merkezinde yer alır. İmparatorluğun reform alanlarındaki kontrolünün azalması yargısal alanda ortaya çıkan çoklu çarpık yapının engellenememesinin nedenidir. Bu durum İmparatorluk sona erene kadar şeri mahkemelerin, cemaat mahkemelerinin, nizamiye mahkemelerinin, karma

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1453706

Makalenin Geliş Tarihi: 23.11.2022 **Makalenin Kabul Tarihi:** 27.01.2023

* Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

E-posta: gmsalev@hotmail.com

ORCID: 0000-0003-3341-4931

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

mahkemelerin ve konsolosluk mahkemelerinin büyük yetki ve görev çekişmeleriyle bir arada var olmalarına yol açmış ve Osmanlı'da modern hukuk sisteminin kurumsallaşamamasının sınırlarını yaratmıştır.

Anahtar Kelimeler: Osmanlı İmparatorluğu, Tanzimat Dönemi, Emperyalizm, Eşitsiz Bileşik Gelişim, Yabancı Yargı Yetkisi.

ABSTRACT

With the opening of the Ottoman Empire to British free trade imperialism with the Balta Liman Trade Treaty in 1838, the economic structure of the state had to be reshaped according to global market rules. This need initiates the transformation of the pre-capitalist state under the dynamics of unequal compound development. The proclamation of the Tanzimat Edict in 1839 was the turning point of the reform process towards modernization needed by international capital.

In the European harmony that came with the Tanzimat, there are modern institutions, laws and a central government. The Ottoman ruling class aims to create the general framework of the modern state by approaching this foundation with the Tanzimat Edict. With the declaration of the Islahat Edict after the Crimean War in 1856, the second phase of the Tanzimat period, which included more severe conditions, was entered. The first foreign debt that had to be taken during the war leads to a cyclical debt relationship. Although the Islahat Edict largely included a repetition of the Tanzimat, its main content was the transfer of the banking system, which had become a key for international borrowing, to the Ottoman Empire and the expansion of the rights of Christian subjects. The constant need for foreign debt deepened Europe's intervention in the Ottoman Empire, and a reform process began again. Legal reforms are at the heart of this process. The decrease in the empire's control in reform areas is the reason why the multiple distorted structure that emerged in the judicial field could not be prevented. This situation led to the coexistence of sharia courts, community courts, regular courts, mixed courts and consular courts with great conflicts of authority and duty until the end of the Empire, and created the limits of the lack of institutionalization of the modern legal system in the Ottoman Empire.

Keywords: Ottoman Empire, Tanzimat Era, Imperialism, Unequal Combined Development, Foreign Jurisdiction.

EXTENDED ABSTRACT

As capitalism, as an international system, unites the world in a single market and a system of political domination, it is no longer possible for societies to talk about a capitalist development that will flourish within national borders. Until the emergence of England as the first industrial capitalist state at the end of the 18th century and the establishment of modern factories, production capacity was similar almost

everywhere on the world scale, regardless of Western Europe, Latin America, Russia, Japan and China. With the establishment of England's world hegemony with the Congress of Vienna in 1815, capitalism expanded by including even the most remote parts of the world into its market and overcame the ancien regime monarchies and their low-cost craft industries, which were largely based on pre-capitalist economic foundations. The distinguishing feature of the world where free competition imperialism prevails under British rule is the export of commodities.

As the British industrial revolution grew, new markets and sources of supply were connected to it at different times. During this period, England tended to resort to colonization as a secondary route, selling finished goods in exchange for the raw materials it bought (either with consent or with the threat of the British navy) through free trade agreements as an easier route. It is inevitable to move to these countries the structures that include the tendencies towards the expansion of production relations on a global scale, as well as the legal, political and ideological equipment that can realize this expansion. This contact of the old world and the new world leads to the emergence of hybrid structures where old and new coexist. Thus, capitalist countries on the one hand, and colonial and semi-colonial countries dominated by semi-capitalist and pre-capitalist production relations, on the other hand, are connected to each other under the dominance of the capitalist world market. This process of interconnection has necessarily led to the uneven combined development of capitalism, albeit to different degrees.

The Ottoman Empire is one of the old powerful empires of the period that was not conquered or colonized. The Ottoman Empire's expansion into the capitalist world economy took place with the Balta Limani Free Trade Agreement, which was an unequal agreement. With the opening to free trade, the economic structure of the state had to be reshaped according to global market rules. This need initiates the transformation of the pre-capitalist state under the dynamics of unequal compound development. The declaration of the Tanzimat Edict should be considered as the implementation of this transformation. The harmony that came with Tanzimat includes modern institutions, laws and central government. The Ottoman ruling class aims to create the general framework of the modern state by approaching this foundation with the Tanzimat Edict.

The reform process that started with the Tanzimat Edict includes the transformation of the state and the dynamics of the establishment of the dependency relationship during the free trade imperialism period shaped by England alone. With the declaration of the Islahat Edict after the Crimean War, the second phase of the Tanzimat period, which included more severe conditions, was entered. In this process, the British Empire is not unrivaled as it used to be. European public order is now established. Since the Crimean War, the territorial integrity of the Ottoman Empire has been protected against Russia by these states as a result of the European balance. The most important result of the Crimean War was the Islahat Edict declared just before the Paris Conference.

The first foreign debt that had to be taken during the war leads to a cyclical debt relationship. Although the Islahat Edict largely included a repetition of the Tanzimat, its main content was the transfer of the banking

system, which had become key for international borrowing, to the Ottoman Empire and the expansion of the rights of Christian subjects. The constant need for foreign debt deepened Europe's intervention in the Ottoman Empire. The debt relationship causes the export of a significant amount of national resources and the destruction of the internal development of the Empire. The intervention of European states in line with their own interests has a significant impact on the deep view of the dualities in all institutions, law, education, culture, production and agricultural structures of the empire.

With the 7th article of the Treaty of Paris, it was declared that the Ottoman Empire was recognized as part of the public law of the European-Western European alliance and as a member of the international community. In reality, the Ottoman Empire (and other non-European states) was never included in the international law of the imperialist period. The legal acceptance arose from the aim of preserving the European balance of power against Russian expansionism.

During the Paris Conference, the issue of abolition of foreign jurisdiction/capitulations was brought to the agenda by Ali Pasha. At the center of Ali Pasha's persuasion effort is the discourse that "*capitulations are an insurmountable obstacle to any reform*". It should be noted that the capitulations of this period were unequal agreements involving foreign jurisdictions. In the 19th century, consular jurisdiction turned into a tool of imperialist expansion. The favor relationship given by the medieval emperor Süleyman the Magnificent to the King of France also remained in that era. Extraterritorial jurisdiction now shows the degree of dependence of an Empire that cannot establish a judicial monopoly on its own territory.

The Paris Agreement signed after the Crimean War is an important step in the transformation of the state form. During this period, due to the deep economic dependence of the political influence of the European states on the Empire, established by the debt relationship, more radical changes occurred in the institutional structure of the state and in the legal field in favor of Europe. However, during the Tanzimat period, unity in the judicial organization could not be achieved. In personal matters, non-Muslim communities continued to operate their own community courts. Although the jurisdictions have narrowed, sharia courts have preserved their existence among Muslims in this area. Attempts to abolish consular courts at regular intervals after the Treaty of Paris did not yield any results. Mixed commercial courts, which were established to hear trade disputes between foreigners and Ottoman citizens, and Nizamiye courts, which were responsible for dealing with disputes outside the jurisdiction of sharia and commercial courts, were also added to the system.

As a result, the unequal combined development of the Ottoman Empire in the 19th century emerged with a deeply contradictory structure: old and new, local and foreign. This situation also caused the state's control in reform areas to gradually decrease, and in connection with this, the multiple distorted developments that emerged in the field of law as well as in the general state apparatus could not be prevented.

GİRİŞ: KAPİTALİST EŞİTSİZ BİLEŞİK GELİŞİMİN 19.YÜZYILDAKİ GENEL GÖRÜNÜMÜ VE OSMANLI İMPARATORLUĞU

Marks kapitalizmi her şeyden önce bir üretim tarzı olarak tanımlar. Buna göre kapitalizmin temel ekonomik ilişkisi, özgür işçinin iş gücünü satması ile kurulur ve bunun zorunlu ön koşulu doğrudan üreticinin üretim araçları mülkiyetini yitirmesidir¹. Ancak bakıldığında bu bir sonuç tanımıdır ve kapitalizme geçişle ilgili bir tartışma içermez. Kapitalizmin uluslararası bir sistem olarak dünyayı tek bir pazarda ve bir siyasi tahakkümler sistemi içinde birleştirmesiyle birlikte toplumlar için artık, ulusal sınırlar içerisinde serpilecek bir kapitalist gelişimden bahsetmek mümkün değildir. 19.yüzyıl başında ilk modern makineli fabrikaların ortaya çıktığı birkaç nokta dışında dünyada geniş ölçekli kapitalist sanayi yoktur; manifaktür işletmelerde değer yaratımı olsa da bu üretim biçiminin kapasitesi Batı Avrupa, Latin Amerika, Rusya, Japonya, Çin fark etmeksizin birbirinin benzeridir².

İngiltere'nin 18.yüzyılın sonunda ilk sını kapitalisti devlet olarak ortaya çıkması ile bu süreç farklı bir forma bürünmeye başlamıştır. İngiltere, Fransa karşısında Napolyon Savaşları'nın sona ermesi ve 1815 Viyana Kongresi sonucu kurulan dünya hegemonyasıyla birlikte, büyük ölçüde pre-kapitalist ekonomik temellere dayanan ancien regime monarşilerini ve buralardaki düşük maliyetli zanaat sanayilerini alt eder³. Böylelikle kapitalizm dünyanın en ücra kesimlerini dahi kendi pazarı içerisine katarak genişler. Ancak kapitalist üretim tarzı her yerde evrenselleşemez⁴.

İngiliz egemenliğinde serbest rekabet emperyalizminin hüküm sürdüğü dünyanın ayırt edici özelliği meta ihracıdır⁵. İngiliz sanayi devrimi büyüdükçe, farklı zamanlarda ona yeni pazarlar ve arz kaynakları bağlanmıştır. İngiltere, (rıza ya da İngiliz

¹ Karl Marks, *Kapital I*, (Mehmet Selik, Nail Satılğan, 14.bs Yordam Kitap, İstanbul 2021).

² Ernest Mandel, *Geç Kapitalizm* (Candan Badem, 2.bs Versus Kitap, Ankara, 2013)63.

³ Alex Callinicos, *Emperyalizm ve Küresel Ekonomi Politik*, (İlkay Ata, 1. bs Phoenix Yayınevi, Ankara, 2014)264.

⁴ Mandel (n 2) 76.

⁵ Vladimir İlyiç Lenin, *Emperyalizm Kapitalizmin En Yüksek Aşaması*, (Cemal Süreyya, 9.bs Sol Yayınları, Ankara, 1998) 69.

donanmasının tehdidi ile gerçekleşen) serbest ticaret antlaşmaları yoluyla, aldığı hammaddelerin karşılığı olarak mamul mal satar⁶. Bu ticari temasla, ülkelere üretim ilişkilerinin küresel ölçekte genişlemesi eğilimlerini içeren yapıların ve aynı zamanda bu genişlemeyi realize edebilecek hukuki, siyasal ve ideolojik donanımın da taşınması kaçınılmazdır. Sonuç olarak uluslararası ticaret beraberinde, dolaşım ilişkilerinin ihtiyaç duyduğu hegemon devlet tipini ihraç etmiştir. Eski dünya ile yeni dünyanın bu teması, eski ile yenin bir arada olduğu melez yapıların ortaya çıkışına yol açar. Böylelikle bir yanda kapitalist ülkeler, bir yanda yarı kapitalist ve kapitalizm öncesi üretim ilişkilerinin hakim olduğu sömürge ve yarı sömürge ülkeler, kapitalist dünya pazarının egemenliğinde birbirine bağlanmıştır⁷. Bu birbirine bağlanma süreci kapitalizmin eşitsiz bileşik gelişimini farklı derecelerde de olsa, zorunlu olarak ortaya çıkarır.

Hegemon devlet müdahalesi/etkisi ile, içe ve dışa dönük reformlar birlikte hayata geçer. Bu koşullarda merkezileşme ve modernleşme hedefleyen devletin başarılı olabilmesi için, öncelikle merkezi idareyi- kurumsal devlet aygıtını yeteri kadar güçlü kılması gerekir. Dönüşen devlet aygıtı sermayenin nüfusunun önündeki yapısal engellerin kaldırılmasında ve dolaşım alanının rahatlatılmasında temel işleve sahiptir⁸. 1870 sonrası klasik emperyalizm döneminde de (ve İkinci Dünya Savaşı sonrası kolektif emperyalizm döneminde) bu özellik değişmez. Devletin merkezileşmesi, yürütme aygıtı aracılığıyla tüm ülkeyi kapsayacak kurumlar ağının gelişimi üzerinden gerçekleşecektir.

Bu anlatılanlar 19.yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'na kapitalist ilişkilerin sirayetinin, dolayısıyla Tanzimat döneminde yaşanan devletin dönüşümünün bilgilerini de içermektedir. Osmanlı İmparatorluğu dönemin fethedilmemiş ve sömürgeleştirilmemiş eski güçlü imparatorluklarından biridir, ancak kendi toplumsal tarihinin özgünlüğü içerisinde bağımsız gelişimini yakalayamamıştır ve emperyalist

⁶ Gallagher, John., Robinson Ronald., The Imperialism of Free Trade, https://moodle2.units.it/pluginfile.php/174112/mod_resource/content/2/Gallagher-Robinson_Imperialism_of_Free_Trade_EHR_1953.pdf, (erişim 23.06.2023).

⁷ Mandel (n 2) 65.

⁸ John G. Taylor, 'Üretim Tarzları Eklemlenmesinin Ortaya Çıkışı ve Üçüncü Dünya Formasyonlarının Yapısı Üzerindeki Etkisi', iç Çağatay Keskinok ve Melih Aksoy, Üretim Tarzlarının Eklemlenmesi Üzerine (Çağatay Keskinok, Melih Ersoy, 1. bs Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1984) 125.

müdahale önlenememiştir. Burada bağımsız gelişimden kasıt, Rusya ve Japonya örneklerinde olduğu gibi kapitalizmin eşitsiz bileşik gelişiminin olumlu seyretmesidir. Dünyanın geri kalan büyük bölümünü oluşturan, sömürge ve yarı sömürge (Lenin İran, Osmanlı ve Çin için bu terimi kullanır)⁹ ülkeler birleşik gelişmenin olumlu seyriyle, birleşik gelişen bir sanayinin varlığına haiz olacak kadar şanslı olmamışlardır. Bu ülkelerde, emperyalist devletlerin kendi ihtiyaçları ve ülkeye müdahale kapasiteleri doğrultusunda, devlet mekanizmaları yeniden düzenlenmiş ve içsel gelişim dinamiklerinin yıkımıyla paralel gelişen “*çarpık bir birleşiklik*” ortaya çıkmıştır¹⁰.

Osmanlı İmparatorluğu'nun kapitalist dünya ekonomisine açılımı eşitsiz bir antlaşma olan Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşmasıyla gerçekleşir. Akabinde Tanzimat Fermanı ile ¹¹ pre-kapitalist devletin tasfiye edilmesi yönündeki reformlara hızla başlanmıştır. İmparatorluk yıkılana kadar aşılamayan ikilikler, bu reform döneminde başlayan çarpık gelişimin neticesidir. 1856 Kırım Savaşı'yla ilan edilen Islahat Fermanı (ve Paris Antlaşması) Batı ile temasın ve beraberinde gelen reformların bir diğer aşamasıdır. Islahat reformları daha sert bir iklimde doğar, dolayısıyla daha ağır bağımlılık ilişkilerine yol açmıştır. Bu dönemde yeni oluşmaya başlayan modern devlete ait yapıların, iktisadi ve hukuki kurumların şekillenmesine Avrupa finans kapitalinin baskısı daha etkindir.

Tanzimat dönemine bakıldığında hukuk reformlarının, reform sürecinin merkezinde yer aldığı görülür. Uluslararası meta dolaşımına dahil olmak, uluslararası hukuk düzeni ile uyumu gerektirmiştir. Mülkiyet hakları, hukuk önünde eşitlik, hukuki güvenlik, kurumsallaşmış yargı mekanizması, devletin kendi sınırları içindeki hukuki uygulamalardan sorumlu tutulması gibi temel modern hukuki ilkelerin yerleşmesi, uluslararası ticarete açılan devletin temel dönüşüm alanıdır. Tanzimat döneminde bu talebi karşılamak için büyük adımlar atılmıştır. Ancak eskiye ait ekonomik, sosyal ve kültürel alanın tasfiye edilemediği oranda eskiye ait hukuk kurumlarında da kesin bir

⁹ Lenin (n 5) 90.

¹⁰ Lev Troçki, Rus Devrim Tarihi I, (Bülent Tanatar, 1.bs Yazın Yayıncılık, 1998) 3.

¹¹ Tanzimat dönemi kabaca 1838 Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile 1875 devletin iflasına kadarki tarihsel süreci kapsar.

dönüşüm yaşanamaz. İmparatorluğun bu dönemdeki hukuk düzeninin aktif sistemi içerisinde; İslam hukuku kaynaklı geleneksel Osmanlı mahkeme sistemi, gayrimüslimlerin cemaat mahkemeleri, nizamiye mahkemeleri, yabancı yargı yetkisi alanı ve karma mahkemeler vardır. Tüm bu hukuk düzeni kalabalığı eskiye, yeniye ve aynı zamanda bağımlılık ilişkisine ait bir çelişki ve çatışma alanıdır. Bu çatışma İmparatorluğun Batı'ya olan bağımlılığı artıkça daha da çözülemez hale gelmiştir.

Özetle, serbest ticaret antlaşmalarının ve kapitalizmin eşitsiz bileşik gelişiminin Osmanlı İmparatorluğu'nun devlet mekanizmasını nasıl dönüştürdüğü ve bu dönüşümün devletin hukuksal yapılarına olan tezahürü bu çalışmanın konusudur. Çalışmada Tanzimat dönemi modernleşmesinin batı tipi mahkeme düzeni lehine gelişmemesinin ekonomi politik nedenleri incelenmiş ve Tanzimat döneminde modernleşmeye başlayan devletin hukuksal dönüşümünün sınırları ele alınmıştır.

Yukarıda verilen maksada varmak için ilk olarak yabancı yargı yetkisi başlığında, Osmanlı İmparatorluğu'nun Tanzimat dönemine kadar olan, pre-kapitalist hukuksal yapısının dönüşümü ve uluslararası güç ilişkilerinin dönüşümü ekseninde kapitülasyon yargı yetkisinin tarihsel gelişimi ele alınmıştır. Bu giriş aynı zamanda 1856 Paris Antlaşması'nın İmparatorluğu Avrupa kamu hukukuna dahil etmesi ile birlikte tartışma zemini bulan sınır dışı yargılama yetkisinin lağvı konusuna da genel bir çerçeve oluşturmaktadır. İkinci başlıkta Tanzimat Fermanı ilanı ile başlayıp Islahat Fermanı'na kadar süren reform dönemi incelenir. Bu dönemde devletin ve hukukun dönüşüm dinamiklerini, 1838 Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşması ile girilen ve İngiltere'nin tek başına şekillendirdiği serbest ticaret emperyalizmi düzeni belirlemiştir. Sonraki başlıkta Islahat Fermanı'nın ilanı döneminde, devletin ve hukukun dönüşüm dinamikleri ele alınmıştır. Kırım Savaşı sonrası başlayan borç ilişkisiyle kurulan derin ekonomik bağımlılık halinin devletin kurumsal yapısında ve hukuksal alanda yaptığı etki incelenmiştir. Kırım Savaşı ve Islahat Fermanı'nın ilanı sürecinde önemli bir durak olan Paris Antlaşması ayrı bir başlıkta değerlendirilmiştir. Bu antlaşma ile Avrupa kamu hukukuna Osmanlı'nın dahil edilmesinin anlamı üzerinde durulmuştur. Son olarak ise, Kırım Savaşı sonrası derinleşen ekonomik bağımlık döneminde, devletin hukuk kurumlarında yapılan değişiklikler ele alınmıştır.

I.YABANCI YARGI YETKİSİ

Bu başlıkta Osmanlı İmparatorluğu'nun Tanzimat dönemine kadar, pre-kapitalist hukuksal yapısının dönüşümü ve uluslararası güç ilişkilerinin dönüşümü ekseninde kapitülasyon yargı yetkisinin tarihsel gelişimi ele alınmıştır. İlk olarak Osmanlı pre-kapitalist devlet mekanizmasında çoklu yargı düzeni ve kapitülasyon yargısının bu düzen içerisindeki yeri üzerinde durulmuştur. İmparatorluğun Avrupa karşısına güçsüzlüğünü ağır bir şekilde açığa çıkaran Küçük Kaynarca Antlaşmasıyla birlikte, Vestefalya sisteminde Osmanlı İmparatorluğu'nun durduğu eğreti yere değinilmiştir. Sonrasında 19.yüzyılda hukuk anlayışının dönüşümü ve bu dönüşümün Osmanlı İmparatorluğu'na konsolosluk mahkemeleri ekseninde nasıl yansıdığı incelenmiştir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat reformlarına kadar devletin en temel ve genel hukuku İslam hukukudur ve şeri mahkemeler temel uyuşmazlık çözüm mercileridir. İmparatorlukta İslam hukuk anlayışına göre kitap ehli Hristiyan ve Yahudiler ilk zamanlardan itibaren yargı alanında özel statüye sahip olmuştur. İstanbul'un fethiyle birlikte çoğunlukla İstanbul ve çevresinde yaşayan özellikle Ermeni, Rum, Yahudi gayrimüslim zimmilerin ve sığınma hakkı verilen Hristiyan grupların¹² kendi gelenekleri ve dinlerine uygun şekilde yaşamalarına izin verilmiştir. İstanbul'un fethinden hemen sonra da Ermeni, Rum ve Yahudilere özel yargı hakları verilmiştir, cemaat mahkemelerinde kendi dini kanun ve gelenekleri uygulanmıştır¹³. Bu grupların kişilik haklarıyla ilgili ihtilaflarının çözüm mercii, tarafların isteğine bağlı olarak, kilise ve sinagoglar bünyesinde kurulan cemaat mahkemeleridir. Taraflar cemaat mahkemesine başvurma ile ilgili ihtilaf yaşarsa, şeri mahkemelere başvurmak zorundadır¹⁴.

¹² Esin Örocü "The Impact of European Law on the Ottoman Empire and Turkey", in W. J. Mommsen and J. A. D. Moor (Eds.), European Expansion and Law: Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia. (BERG, New York,1992) 41.

¹³ Shih Shun Liu, Extraterritoriality: Its Rise and Decline, (Ams Press, New York, 1969) 62. "İstanbul'da bir Yunan patriği, milletin şefi ve Yunanlıların tüm sivil ve dini işlerinden sorumlu yüksek yargıç olarak seçildi. Ermenilerin İstanbul, Kayseri ve Kudüs'te sivil anlaşmazlıkları karara bağlama yetkisine sahip üç patrikleri vardır. Yahudilerin de aynı şekilde kendi mahkemeleri vardı ve üç hahamdan oluşan bir üçlü yönetim, İstanbul'da yüksek mahkeme olarak görev yapıyordu".

¹⁴ M. Akif Aydın, 2003, Osmanlı Devletinde Mahkeme,

İmparatorluk genelinde farklı hukuk uygulamaları olsa da, tüm topluluklar İslam ceza hukukuna tabidirler. Avrupa'da İmparatorluğun fethettiği topraklarda yaşayan Gayrimüslimler için de kendi örf ve adet hukuku mevcut yerel mahkemelerinde uygulanmaya devam etmiştir¹⁵.

Cemaat mahkemeleri, pre-kapitalist devletin parçalı hukuk yapısının bir tezahürüdür ve merkezin etkin denetimini gerçekleştirecek (bürokrasi, ulaşım haberleşme gibi) imkanların gelişemediği koşullarda, çoklu bir aradalığın devamını sağlayacak otorite paylaşım alanlarından biri olarak ortaya çıkmıştır. Bu mahkemeler devlet ve devlet dışı aktörler arasında yasal otorite paylaşımının önemli bir örneği niteliğindeki, tüm toplumun dini topluluklar halinde örgütlendiği imparatorluk millet sisteminin bir uzantısı olarak kurulmuştur. Bu sistemde dini liderler, hukuki anlaşmazlıkların karara bağlanması da dahil vergi toplama, eğitim, toplulukların temsili gibi temel alanlarda yarı egemen yetkiye sahiptirler.

Çoğunlukla İstanbul ve İzmir'de ikamet eden ve ticaretle uğraşan yabancılar bir diğer gayrimüslim grubu oluşturur. Osmanlı sultanları, bu grup gayrimüslimlere gönüllü ve tek taraflı olarak kapitülasyonlarla imtiyazlar tanımıştır¹⁶. Başlangıçta (Hansa Birliği gibi) tüccar topluluklarına, şehir devletlerine veya bireylere kapitülasyon imtiyazı verilirken, Kanuni Sultan Süleyman'ın Fransa Kralı I. Francis' e 1535 yılında verdiği tek taraflı bağış ile ilk kez bir hükümdar doğrudan kapitülasyon ayrıcalıklarını başka bir hükümdara tanır¹⁷. Bu anlaşma tüzel kişi devletin ortaya henüz çıkmadığı, dolayısıyla devlet iradesi kavramının mevcut olmadığı iki Orta Çağ devleti arasında yapılan bir anlaşmadır ve anlaşmaya konu olan edimleri yerine getirme yükümlülüğü anlaşmayı

<https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/27/C27016437.pdf>, (erişim tarihi: 10.03.2024).

¹⁵ Örucü (n 12) 42.

¹⁶ Halil İnalçık, Osmanlı Dönemi Kapitülasyonların Karakter ve Mahiyeti, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/22/C22023506.pdf>, (erişim tarihi: 01.03.2024)

¹⁷ Mariya Tait Slys, Exporting Legality - The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire and China, <https://books.openedition.org/author?name=tait%C2%A0slys+mariya>, (erişim tarihi: 02.02.2024).

yapan hükümdarlara aittir¹⁸. Kapitülasyonlar Osmanlı hükümdarı Kanuni Sultan Süleyman'ın Fransa'ya vermiş olduğu bir lütuftur ve kendinden sonraki padişahları bağlamaz. Yargı yetkisi ve dokunulmazlık ile ilgili özel hükümler bu kapitülasyonlarla tanınan en önemli ayrıcalıklardır¹⁹. Bu dönem cemaat mahkemelerinde olduğu gibi, yabancılara kapitülasyonlarla verilen ticari ayrıcalıkların nedeni, pre-kapitalist devlet koşulları düşünülerek yorumlanmalıdır. Meta üretiminin ve parasallaşmanın çok sınırlı olduğu; üretimin nüfusun gerçek ihtiyacını karşılamaktan uzak bir düzeydeki teknolojiyle yapıldığı geleneksel toplum sisteminde²⁰, tüccarların ülke topraklarına çekilerek, meta akışının sağlanması amacıyla bu imtiyaz sistemi gelişmiştir.

17. yüzyılın sonlarına gelindiğinde, Avrupa'nın sömürgeci imparatorlukları karşısında eski gücünü yitiren Osmanlı İmparatorluğu'nda, kapitülasyonlar politik destek kazanmak için verilen ayrıcalıklara dönüşmüştür. Kapitülasyonlar, 18.yüzyıla kadar herhangi bir zarar teşkil etmezken bu yüzyıldan sonra zayıflayan İmparatorluğa Avrupa devletleri tarafından uygulanan siyasi ve ekonomik zorun bir aracı haline gelmeye başlar²¹. Bu dönemin özelliği sömürgeciliğin (1600-1760 arası) hanedanlık temelli dinamiklerinin yerini, egemen eşitlik prensibi ekseninde gelişen uluslararası hukuka bırakmasıdır²². Bu dönemde Osmanlı açısından en dramatik gelişme, 1768-1774 Osmanlı- Rus Savaşı'nda alınan yenilgidir. Bu yenilgi ile ilk kez Avrupa ve Rusya karşısında Osmanlı'nın gücü belirgin bir şekilde gerilemiştir. İmparatorluk tarihinde ilk kez Türk ve Müslüman bir ülke kaybedilir. Ağır yenilginin ardından 1774 Küçük Kaynarca Antlaşması ile İngiliz ve Fransız kapitülasyonlarının bütün hakları Rusya'ya da verilir. Ancak Rusya'ya tanınan bu imtiyazlar, tek taraflı bağışla gerçekleşen eski kapitülasyon ahidnamelerinden farklı olarak, modern mütekabiliyet gereği iki tarafı da

¹⁸ Ali Murat Özdemir ve diğerleri , Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım, (1.bs İmge Kitapevi, Ankara 2019)72.

¹⁹ Slys (n17).

²⁰ İlber Ortaylı, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi. (İstanbul, 1. bs Kronik Kitap, 2021) 231.

²¹ İnalçık n16.

²² Bhupinder Chimni, "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", Susan Marks (der.), International Law on the Left, (CUP, Cambridge, 2008) 67.

bağlayan antlaşma statüsüdür²³. Bu 17. ve 18. yüzyılların egemen paradigması olan Vestfalya modelidir. Bu modelin benimsenmesi Osmanlı için çok zor bir durumdur, zira Osmanlı İmparatorluğu Avrupa’da oluşan ulus devletlerden biri değildir. İç işlerinde karşı devletlerin otoritesine saygı gösterilmesi, her devletin sınırları içindeki mal ve beden akışının kontrol edilmesi ve uluslararası sistemde ilişkilerin eşit devletler arasında kurulması gibi temel kabullerin ardındaki çifte standart, pek çok benzer eşitsiz antlaşma ve müdahalede olduğu gibi²⁴ 1774 Antlaşması ile de gün yüzündedir. Bu tarihten itibaren Batılı devletler elde ettikleri imtiyazların iki tarafın rızası ile kaldırılacağını iddia ederler ve dolayısıyla bu imtiyazları tanıyan antlaşmalar, birbirini takip eden padişahlardan bağımsız olarak yenilenir hale gelir²⁵.

19.yüzyıl İngiliz hegemonyası ve emperyal genişlemesiyle birlikte uluslararası hukuk da dönüşür. Yeni dönemde pozitif hukuk standartlarına -iç egemenliğe- sahip olma, Batılı olmayan toplumların Vestefalya egemenliğine kabul edilmelerinin ön koşuludur²⁶. Hukuki pozitivizm, İngiliz serbest ticaretinin yörüngesine giren Avrupalı olmayan toplumların siyasi ve toplumsal örgütlenmesinin İngiliz çıkarları doğrultusunda yapılandırılmasına denk gelir. Bu dönem İngiliz yayılmasının belki de en yaygın siyasi tekniği, rızayla yapılan veya dayatılan serbest ticaret ve dostluk antlaşmalarıdır. İran (1836 ve 1857), Osmanlı (1838), Çin (1842), Japonya (1858) anlaşmaları İngiliz hükümetinin bu bölgelerle ticareti doğrudan işgal olmaksızın, ileriye taşımını sağlamıştır²⁷. Bu anlaşmalar beraberinde uluslararası meta dolaşımına açılan devletlerin kapitalist piyasalara uyumu için devlet mekanizmalarında dönüşümü -devletin ve bürokrasinin rasyonelleşmesini, bunun için de pozitif hukuk düzeninin

²³ İncalcık n16.

²⁴ Eliana Augusti, ‘From Capitulations to Unequal Treaties: The Matter of an Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire’, *Journal of Civil Law Studies*, (2011), 4 [2], 287.

²⁵ Slys n17.

²⁶ Turan Kayaoğlu *Legal Imperialism Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, (1. bs Cambridge University Press, New York, 2010) 20.

²⁷ Gallagher., Robinson (n6).

kurumsallaşmasını, devlet tekeline alınmasını- gerektirmiştir. Dolayısıyla anlaşmalar beraberinde modern yasalaşma süreçlerini de bu ülkelere taşır.

*“Pozitif hukuk düzeniyle uyumlu kurumsallaşmış devlet hukuku, yasal haklar ve mülkiyet hakları hakkında bilgi sağlayarak, bu hakları güvenilir bir şekilde uygulayarak ve devleti kendi sınırları içindeki hukuk sisteminden sorumlu kılarak ulus ötesi ticareti kolaylaştırır.”*²⁸

Serbest ticaret antlaşmalarının ihtiyaç duyduğu hukuk sistemi, eski devlet yapılarının sınırlarına takıldığı oranda gerekli hızla dönüşemez. Dolayısıyla emperyalizm işleri kolaylaştıracak bir hukuk mekanizması ile birlikte bu ülkelere sirayet eder. Batı'nın resmi sömürgesi olmamış diğer Orta Çağ imparatorluklarında olduğu gibi Osmanlı İmparatorluğu'nda da, İngiliz İmparatorluğu'nun ihtiyaçları doğrultusunda bir konsolosluk yargısı sistemi/yabancı yargı yetkisi ortaya çıkar. Bu mahkemeler pre-kapitalist konsolosluk yargısından çok farklıdır. Buna göre yabancılar, Osmanlı Devleti'nde kaldığı sürece herhangi bir anlaşmazlık halinde *“kendi ülkelerinin kanunlarına”* tabi olarak özel mahkemelerde yargılanabilirler²⁹.

Turhan Kayaoğlu³⁰ İngiliz Levant Şirketi'nin sona ererek şirketin yargı faaliyetini İngiliz devletine devrettiği 1825 yılını, Osmanlı Devleti ve aynı zamanda şirketin faaliyet yürüttüğü diğer ülkeler, Tunus, Fas, İran, Mısır ve Cezair için, sınır dışı yargılamanın başladığı tarih olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Böylece sınır dışı konsolosluk yargısı emperyalist yayılmanın önemli bir aracı olarak kurumsallaşır ve bu durum Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılışına kadar aşamaz.

II. TANZİMAT REFORMLARI VE HUKUKSAL DÖNÜŞÜM

Tanzimat Dönemi İmparatorluk tarihinde; devlet anlayışında, devletin kurumlarında, toplum yaşayışında, hukuksal ideolojide kırılmanın yaşandığı bir periyottur. Temelinde İmparatorluğun 1838'de Balta Limanı Serbest Ticaret

²⁸ Kayaoğlu (n26) 12.

²⁹ Kemal Karpat, Kısa Türkiye Tarihi 1800- 2012, (bs. 10 Timaş Yayınları, İstanbul, 2020) 53.

³⁰ Kayaoğlu (n26) 5.

Antlaşması'yla girdiği serbest ticaret düzeninin ihtiyaç duyduğu modern devlet anlayışı ve pozitif hukuk düzeniyle uyumlu kurumsallaşmış devlet hukuku vardır. Tanzimat'ın ilanı ile sonuçlanmış tarihsel sürece bakıldığında ilk olarak uzun ve kayıplı savaşlar süreci (1770-1840 yılları arası) ve yönetici sınıf içerisindeki çatışma ile karşılaşılır. Bu dönem Osmanlı ekonomisi, tarihinin en kötü zamanlarından birini yaşar³¹. Avrupa eğitiminden geçmiş Osmanlı yönetici sınıfı 18.yüzyıl sonundan itibaren ekonomik çöküş ve dağılma ihtimali karşısında çözüm arayışındadır. Bu dönemde ayanlık sisteminin lağvı ve mali toparlanma, devletin en acil sorunu olan savunma sorunu ile iç içe geçmiştir³². Sorunların çözümü için III. Selim döneminden itibaren merkezileşme etrafında reformlar gerçekleşir. III. Selim'den sonra II. Mahmut saltanatında ayan-merkezi bürokrasi uzlaşısı 1808 Sened-i İttifak'a rağmen sağlanamaz. II. Mahmut iktidarını sağlamlaştırırken yavaş yavaş malikane sahası Osmanlı hukuk rejimine uygun olarak tekrar daraltılmaya başlanır. 1826 yılında yeniçeri ordusunun tasfiyesi ile yeni bir döneme girilir. Merkezi ordunun kurulması ve ayanların gücünün kırılması kendi başına toparlanma için yeterli olmamıştır. II.Mahmut döneminde en sert madeni para taşıması gerçekleşir, enflasyona göre düzeltilmiş devlet harcamaları üç katına çıkar³³. Noçiyev'in anlatımında dönemin mali sorunlarının boyutu ve hükümetin çözümsüzlüğü görülmektedir³⁴:

“1828-1829 Rus Savaşı sırasında ilk kez kağıt banknotun çıkarılması ve Türk parasının sistemli düşüşüyle birlikte Londra Borsasında Türk döviz kuru, büyük ölçüde değer kaybeder. Sterlin normal olarak 110 kuruşluk bir kura sahip olduğu halde, 1843'te 220 kuruş olmuştur. Hükümet kendi gücüyle döviz kurunu ülke dışında yükseltmeye çalıştı. Bu amaçla iki Galata bankeriyle anlaşmaya girdi. Bunlar her yıl 20.000 liralık devlet sübvansiyonu ile Londra'da 110 kuruşluk normal kur üzerinden harcamalar yapmayı yükümleniyorlardı. Bu esas üzerinden 1848 yılında “İstanbul Bankası” kuruldu. Doğal

³¹ Charter Vaughn Findley, Turkey, Islam, Nationalism, and Modernity a History 1789- 2007, (Yale University Press, New Haven, 2010) 50.

³² Tevfik Güran, 19. Yüzyılda Osmanlı Ekonomisi Üzerine Araştırmalar, (1. bs İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014) 314.

³³ Findley (n31) 50.

³⁴ A.D. Noçiyev, Osmanlı İmparatorluğu'nun Yarı Sömürgeleşmesi, (Nabi Dinçer, 1. bs Onur Yayınları, 1979) 97.

olarak bu girişimden bir sonuç alınamadı ... 1851 yılında bu banka 350.000 liralık bir açıklıkla iflas etti. Hükümet bu işte 600.000 lira yitirmişti”.

1838 Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşması özetle bu şartlar altında imzalanır³⁵. Antlaşmanın, 1842 yılında İngiltere'nin Çin ile yaptığı Nanking Antlaşması'nda olduğu gibi, İngiliz silahlı müdahalesine gerek kalmadan imzalanmasındaki temel neden, İmparatorluğun ayakta kalma çabasıdır. Hem feodal sınıf kendi iç bütünlüğünü, hem de İmparatorluk toprakları iç bütünlüğünü yitirmiştir. Mehmet Ali Paşa isyanı ile İmparatorluğun içinde bulunduğu güncel tehlike karşısında, parçalanmanın önüne geçmek için çıkar yol olarak İngiliz müttefikliğine sığınılmıştır³⁶. İngiltere Osmanlı İmparatorluğu'ndan bu yardımı karşılığında, 1838 Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşması'nı alır. Antlaşma ile bütün ihraç yasakları kaldırılır, yed- i vahit sistemine tümüyle son verilir. 19.yüzyıl ortası İngiltere siyasetiyle uyumlu olarak İmparatorluk'un ticaretindeki devlet kontrolü yıkılır ve İngiltere dış politikasının çıkarları doğrultusunda işleyen, serbest pazar odaklı dış ticaret politikası Osmanlı'nın eski düzenini tümüyle değiştirir.

Tekrar değinmek gerekir ki, Kanuni zamanından itibaren ahitnameler/kapitülasyonlarla Batı lehine indirimli gümrük vergileri alınması zaten var olan bir uygulamadır ve dış gümrükler bu anlaşmalarla belirlenmiştir³⁷. İmparatorlukta diğer Orta Çağ devletlerinde olduğu gibi üretimin yeterli olmadığı koşullar nedeniyle, (özellikle temel ürünlerde) ithalat teşvik edilmiş ve ihracat kısıtlanmış veya yasaklanmıştır. Bu provizyonizmin gereğidir. Osmanlı'nın dış güçlere imtiyaz olarak verdiği "ahidnameler" uluslararası ticarete ilişkin Osmanlı politikasını

³⁵ Lenin klasik emperyalizmi, finans kapitalin yükselişiyle merkezi kapitalist ekonomiler olan emperyalist güçler arasında artan rekabetin ifadesi olarak yorumlayarak 1870 sonrası için tarihlendirmiştir (Lenin, n.5 99-111). Bu çalışmada emperyalizmin başlangıç tarihi, 1870 öncesine bilinçli olarak çekilmiş ve emperyalizm kavramı, 19.yüzyılın eşitsiz antlaşmalarını ve 1870 öncesinin dünya geneline yayılan müdahaleleri de kapsayacak şekilde (serbest ticaret emperyalizmi dönemini kapsayacak şekilde) değerlendirilmiştir. Çin İmparatorluğu'nun 1.Afyon Savaşı sonrası imzalamak zorunda kaldığı 1842 tarihli Nanking Antlaşması, emperyalizmin başlangıcında sembol tarih olarak tercih edilebilir.

³⁶ İlber Ortaylı, En Uzun Yüzyıl, (1. bs Kronik Kitap, İstanbul, 2018) 110.

³⁷ Doğan Avcioğlu., Türkiye'nin Düzeni Dün, Bugün, Yarın, (3. bs Kırmızı Kedi Yayınları, İstanbul, 2017) 73.

şekillendirmiştir³⁸. Ancak kabaca 19.yüzyıl başından itibaren sanayi kapitalizminin gelişimiyle birlikte, pre-kapitalist dolaşım ilişkilerinden kaynaklanan bir ayrıcalık halinden bahsedilemez. Artık Osmanlı İmparatorluğu eşitsiz antlaşmalardaki güçsüz taraftır. 1829 yılında Rusya ile imzalanan Edirne Antlaşması ve 1830 yılında imzalanan Osmanlı-Birleşik Devletler Antlaşması, 1838 Antlaşmasıyla benzer şartlar içeren antlaşmalara örnektir. İngiltere de aynı şekilde 1838'den çok daha öncesinde³⁹ İmparatorluk'un iç ticaretinde varlık göstermiştir⁴⁰. 1801'de yapılan Ticaret-i Dahiliye ve 1809 yılında yapılan Kale-i Sultaniye Antlaşmasıyla ülke içinde etkinlik gösteren İngiliz tüccarına güvenceler ve ayrıcalıklar sağlanmıştır⁴¹.

1838 Antlaşmasının daha önce yapılan bu antlaşmalardan farklılığı, İmparatorluk topraklarının son derece rekabetçi uluslararası pazara resmi ve daha sistemli şekilde açılmasıdır. 1838 Antlaşması aynı zamanda İmparatorluğun "egemenlik" hakkını kısıtlayan hükümler içerir. Antlaşma ile dış ticaretteki devlet tekeli ve içerde uygulanan tezkireler gibi meta dolaşımında pre-kapitalist devlet düzenine dair kısıtlılıkların önemli bir bölümü ortadan kaldırılmış; iç gümrük vergileri, devletin belirli hammaddelerin ve gıda maddelerinin dış ticaretinde vergi artışına gitme hakkı ve savaş, yetersizlik gibi nedenlerle uyguladığı ihrac yasakları koyma hakkından vazgeçilmiştir⁴².

1838 Antlaşması'nın bir diğer önemli sonucu Osmanlı İmparatorluğu'nun eşitsiz mübadele ilişkisi ile karşı karşıya kalmasıdır. Mandel eşitsiz mübadeleyi⁴³ "daha yüksek emek üretkenliği koşullarında üretilen malların daha düşük emek üretkenliği koşullarında üretilen mallarla mübadelesi" olarak tanımlar ve devam eder: "Bu az emeğin çok olanla değiş tokuşu idi ki kaçınılmaz olarak bir dış göçe, değer ve sermayenin az gelişmiş ülkelerden Batı Avrupa yararına bir dışarı akışına neden olur". 1838

³⁸ Findley (n31) 51.

³⁹ Reşat Kasaba, Osmanlı İmparatorluğu ve Dünya Ekonomisi, (1. bs Belge Yayınları, İstanbul, 1993) 52.

⁴⁰ Ortaylı, (n36) 109.

⁴¹ Ibid, 110.

⁴² Şevket Pamuk, Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme, (İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020) 205.

⁴³ Mandel (n2) 68.

Antlaşması'nın İngiliz tüccara tanıdığı %3 gümrük vergisi (artık kesin olarak yerleşmiştir) ve yerli tüccar muamelesi görme hakkı ile yed-i vahidin kaldırılması⁴⁴ eşitsiz mübadele ilişkilerinin Osmanlı'daki kaynağı olmuştur. İmparatorluğa ucuz İngiliz mallarının akışıyla Osmanlı geleneksel sanayisi çöker. Bu durum aynı zamanda kurulmaya başlayan az sayıdaki modern fabrikanın yok olmasına ve yenilerinin kurulamamasına sebep olur⁴⁵. 1828'de Beyrut ve İzmir dışında Osmanlı limanlarında konsoloslara bile bulunmayan İngiltere'nin 1840'larda bütün rakiplerini elemesi, 1845 yılında sadece Beyrut'ta 365 İngiliz ticaret evinin olması⁴⁶ İngiliz ticaretinin İmparatorluk topraklarına nüfusunun boyutunu özetler niteliktedir.

İmparatorluğun, serbest ticaret ekonomisine açılmayla birlikte kendi ekonomik yapısını, küresel piyasa kurallarına göre yeniden şekillendirmesi için yoğun müdahalesi gerekmiştir⁴⁷. İmparatorluğun İngiltere'nin askeri ve diplomatik desteğine olan ihtiyacının sonucu olarak benimsenen bu düzen beraberinde, hukuk sisteminin dış ve iç kamu hukuku arasındaki bağlantıyı sağlayacak şekilde detaylandırılmasını getirir⁴⁸. Sonuç olarak 1839 yılında Tanzimat reform programının ilan edilerek uluslararası sermayenin ihtiyaç duyduğu modernleşmeye yönelik kurumsal reform sürecine girilir. Tanzimatla gelen Avrupa uyumunda modern kurumlar, kanunlar, merkezi hükümet vardır. Osmanlı yönetici sınıfı Tanzimat Fermanı ile bu temele yaklaşarak modern devlete ait genel çerçeveyi oluşturmayı amaçlar.

Tanzimatın ilanı ile yapılan reformlara kısaca bakarsak: Müslim ve gayrimüslim Osmanlı tebaası için (kanun önünde) “eşitlik” vurgusunun fermanın ana retoriği olduğu görülür. Fermanla bütün tebaanın can, mal ve ırz güvenliği öngörülmüştür. Can ve malın korunması için tüm yargılamaların aleni ve masumiyet karinesine dayalı olacağı;

⁴⁴ Ortaylı (n36) 108.

⁴⁵ Avcıoğlu (n37) 77.

⁴⁶ Ortaylı (n36) 108.

⁴⁷ Giampaolo Conte, Defining financial reforms in the 19th-century capitalist world economy: The Ottomanncase (1838–1914), <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/03098168211022222>, erişim 22.07.2022.

⁴⁸ Findley (n31) 91.

kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve mülklerin müsadere edilemeyeceği hükmü ile hukuki güvenliğin tesis edileceği sözü verilir. Özel mülkiyete saygı önemle vurgulanmıştır⁴⁹. Şura-yı Askeri, Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye ve Darü's Şura-yı Babialı, Divan-ı Hümayun'un görevlerini devralmıştır⁵⁰. 1840 yılında padişah ve hanedan mensuplarına ait, bazı çiftlikler hariç özel gelir kaynaklarının Maliye Hazinesine katılarak padişah ve ailesine merkezi hazineden maaş tahsis edilmesi⁵¹ ve bürokraside memurların dörtlü sınıflandırmaya tabi tutularak modern tipte örgütlenmeleri gene modernleşme için atılan çok önemli adımlardır⁵².

II. Mahmut döneminden itibaren; tüzel kişi kamusal kuruluşlar ve bu kuruluşların içinde, bir kurulun ve anonim ilişkiler ağı içine giren örgütlerin elemanı olarak var olan modern bürokratlar ortaya çıkmıştır. Bürokratlarla birlikte; (danışma kurulu niteliğinde toplanan, idari reform, kararname ve nizamnameleri hazırlayan, yargıda temyiz görevini üstlenen) meclisler⁵³ ve 1835- 1870 yılları arasında kurumsallaşmaya başlayan Nezaretler tüzel kişi devleti ortaya çıkartan temeli oluşturur⁵⁴. Ayrıca kamu hukuku alanında şer'i hukuktan ve örgütlenmeden ayrılma 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi ile gerçekleşmiştir. İmparatorluğun uluslararası ticarete uyumu amacıyla 1850 yılında Ticaret Kanunnamesi

⁴⁹ Conte (n47)

⁵⁰ Karpat (n29) 42.

⁵¹ Yavuz Cezar, Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi, (1. bs Alan Yayıncılık, İstanbul 1986) 289.

⁵² Hükümdarın özel mülkü ile devlet mülkünün ayrışması; devletin kendi ülkesi üzerinde mevcut bütün siyasi iktidarın kaynağı haline gelmesi (merkezileşmesi); özel ve kamusal mülkiyetin kesin terimlerle ayrılması ve devletin tüzel kişiliğinin oluşmaya başlaması, burjuva hukukun eşitlik kavramının yerleşmesi; kamusal ve özel alanların ayrılığının başlaması modern devletin özellikleridir (Özdemir n18 303). Bu özelliklerin, yapılan reformlarla (İmparatorluğun yapısal sınırlılıkları elverdiği ölçüde) kesiştiği görülür.

⁵³ Ortaylı (n36) 151- 153.

⁵⁴ Meclis-i Vala-ı Ahkam-ı Adliye, imparatorluğun en yüksek danışma organı ve temyiz kuruludur. Meclis-i Ahkam-ı Adliye Osmanlı İmparatorluğunun yüksek mahkemesi ve bir tür Adliye Nezareti fonksiyonunu gören meclisidir. Tanzimat döneminin hukuk reformlarında ve nizami mahkemelerin kurulup yayılmasında önemli rol oynamıştır. Bu danışma nitelikli meclisler idaredeki etkinliklerini zamanla kaybetmişler, ama uzman hukukçu kurullar ve organları haline dönüşmüşlerdir. 1 Nisan 1868'de Divan-ı Ahkam-ı Adliye temyiz ve istinaf organlarından oluşarak kurulur. Bu organ Yargıtay'ın temelidir. Şura-yı Devlet de bugünkü Sayıştay'ın temeli olarak kabul edilir (Ortaylı (n36) 154).

çıkarılmıştır. Yeni kanuna göre faiz kabul edilmiş; modern anlamdaki şirketler, İslam hukukunda yeri olmayan bir kurum yani “tüzel kişiler” olarak kanunda yer almıştır⁵⁵. Ancak bu dönemde devletin merkezileşmesi, kurumsal aygıtları ve dolayısıyla hukuk kurumları ve kanunlaşma süreci, ülkenin kendi özgün sosyo-ekonomik alt yapısının sınırlarına takılır. Bu nedenle reformlar ileriye taşınmamıştır. Reformların tam olarak hayata geçememesi, İmparatorluğun ekonomik, sosyal, kültürel, kurumsal ve hukuksal ikiliğinin kaynağı olmuştur.

III. İKİNCİ REFORM EVRESİ: ISLAHAT FERMANI

İngiltere'nin tek başına şekillendirdiği serbest ticaret emperyalizmi döneminde devletin dönüşümünü ve bağımlılık ilişkisinin kuruluşunun dinamiklerini bu şekilde gördük. 1856 Islahat reformları döneminde uluslararası koşullar daha sert ve rekabetçidir. Islahat döneminde İngiliz İmparatorluğu eskiden olduğu gibi rakipsiz değildir. Artık Avrupa kamu düzeni oturmuştur. III. Napolyon'un iktidara gelmesinden sonra Fransa muazzam bir kapitalist gelişme göstermiştir. Prusya ulusal birliğini sağlayamasa da büyük bir güç olarak tarih sahnesine çıkmış; ABD sanayisi Britanya'dan sonra ikinci en büyük sanayi üretimine sahip hale gelmiştir. Bu süreçte hiçbir devlet Rusya'nın Osmanlı İmparatorluğu'nu yutmasını istemez. Kırım Savaşı'ndan itibaren Osmanlı İmparatorluğu'nun toprak bütünlüğünün korunması meselesi, Avrupa dengesinin bir uzantısı halini alır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasi bağımsızlığından, Mehmet Ali Paşa isyanı sonrası bahsetmek güçtür. Artık Rusya ile yaşanan her sorunda İngiliz ve Fransız donanması boğazlardadır. Osmanlı siyasi bütünlüğü Kırım Savaşıyla birlikte daha açık şekilde İngiltere ve Fransa tarafından korunur hale gelmiştir. Kırım Savaşı sırasında alınan İmparatorluğun kaldıramayacağı büyüklükteki borcun tetiklediği döngüsel mali açık hali, ağır bir ekonomik dolayısıyla da siyasi bağımlılık sürecini başlatır. Bu bağımlılığın siyasi alanda görünen yüzü ve Kırım Savaşı'nın en önemli sonucu Paris Konferansı'ndan hemen önce ilan edilen Islahat Fermanı'dır. Islahat Fermanı'nın ilanı ile

⁵⁵ Ibid 188.

ekonomik ve siyasi koşulların daha da sertleştiği Tanzimat reformlarının ikinci dilimi başlar. 1856 reform vaatlerinin Paris Antlaşması metnine girmesi ise Islahat metninin uluslararası alanda bağlayıcı hale gelmesine yol açarak, taraf devletlere aksi bir durumda müdahale hakkı doğurmuştur⁵⁶.

Osmanlı Devleti Kırım Savaşı sürerken İngiliz hükümetinin desteği ile ilk borçlanma antlaşmasını gerçekleştirir. Miktar 5 milyon Sterlindir ve bu borca karşılık olarak Mısır cizyesi doğrudan İngiliz ve Fransız Bankalarına gider. Ele geçen net gelir borcun yarısını ancak karşılar ve 1855 yılında savaş devam ederken ikinci borçlanma da yapılır. Bu borçlanmayla İngiliz ve Fransız hükümetleri verilen borcun kontrolünü sağlamak amacıyla bir komisyon kurarlar. Böylelikle uluslararası borçlanma sürecinin en başında devlet hazinesini kontrol yetkisine sahip bir uluslararası komisyonun oluşumu söz konusu olmuştur. Du Velay bu borçlanma sürecini şu şekilde anlatır⁵⁷:

“Londra ve Paris hükümetleri istikraz hasılatının tamamen harp masraflarına hasır ve tahsis edileceğini tasrih etmişlerdir. Bu esastan hareketle paranın istimal tarzını murakabe ve Hazine hesaplarını tetkik etmek üzere bir kontrol komisyonunun teşkilini istemişlerdir. Bu komisyonu teşkil etmekle müttefik devletlerin takip ettikleri gaye Avrupa’dan istikraz edilen meblağların başka maksatlarda ve mahallerde istimaline mani olmaktır. Bu maksatla İngiltere Hükümeti Iort Hobart’ı ve Fransa hükümeti de Marki de Poloeuc’ü murahhas (delege) olarak gönderdiler.”

Antlaşmanın metninde komisyonun amacı “...İstanbul’da inikat edecek olan bu komisyon istikrazdan elde edilen meblağların tahsis edildikleri maksada sarfını teminen icap eden tedbirleri almak vazifesi ile mükellef olacaktır.” şeklinde ifade bulur⁵⁸. Bu borçlanmada Mısır cizyesi, İzmir ve Suriye gümrük hasılatı ile garantilenmiştir. Devlet artık bir borç girdabının içerisinde.

⁵⁶ Du Velay, Türkiye Maliye Tarihi, (1. bs Damga Matbaası, İstanbul, 1978) 85.

⁵⁷ Ibid 80-83.

⁵⁸ Ibid (n56) 85.

Islahat Fermanı büyük ölçüde Tanzimat'ın tekrarını içerse de temel içeriği uluslararası borçlanma için kilit hale gelen bankacılık sisteminin Osmanlı'ya taşınması ve Hıristiyan tebaanın haklarının genişletilmesidir.

*“Maliye ve para sistemini islah etmek üzere banka ve emsali müesseseler ihdas edilecek, ve imparatorluğun varidat ve servet membalarını arttırmak için yollar kanallar açılacaktır. Ticaret ve ziraatı işgal eden bütün engeller kaldırılacaktır. Bu gayelere vasil olmak için Avrupa ilim ve fenninden ve sermayesinden istifade etmek imkanları aranacaktır”*⁵⁹

Aynı yıl içinde yabancı sermaye tarafından Osmanlı Bankası kurulur ve bu banka 1862 yılında ülkenin merkez bankası olur. Böylelikle Osmanlı Devleti'nde bankacılık çağı başlamıştır. Yabancı yatırıma alan açılması beraberinde Avrupa sermayesinin demiryolu imtiyazı avcılığını da başlatmıştır ve yabancı sermaye demiryolu yapımı ile birlikte madenlere de el atar⁶⁰.

Sonuç olarak bu dönemdeki borçlanma ilişkisiyle, Avrupa'nın (Mandel'in ifadesiyle) *“hammadde avına emperyalist sermaye ihracı”* da eklenmiştir⁶¹. Dış borçlanma İmparatorluğu emperyalist sermaye ihracı sürecine bağlar. Yerel kaynakların nitel olarak arttırılmış bir *“dış göç”* ile dışarıya akması, yerel toplumsal artı ürünün yabancı sermaye tarafından sürekli bir biçimde ele geçirilmesi anlamına gelir⁶². Elde bulunan ulusal kaynakların önemli bir miktarının dışa aktarımı, İmparatorluğun içsel gelişiminin yok olmasına neden olur.

Islahat Fermanı, Osmanlı devlet adamlarının hatta Batı taraftarı olan Reşit, Fuat ve Ali Paşaların bile katkısı olmadan İngiltere, Fransa ve kısmen Avusturya elçi ve uzmanları tarafından Londra ve Paris'te hazırlanmış, Osmanlı hükümetinde de olduğu gibi kabul ettirilip ilan edilmiştir⁶³. Dolayısıyla fermanın ikinci reform alanı da

⁵⁹ Ibid (n56) 76.

⁶⁰ Ortaylı (n36) 157.

⁶¹ Mandel (n2) 73.

⁶² Ibid (n2) 71.

⁶³ Karpat (n29) 53.

Avrupa'nın çıkarlarından azade değildir. Du Velay'ın⁶⁴ Islahat Fermanı'nın Hıristiyanlar açısından önemini "18 Şubat 1856 tarihli hattı hümayun Türkiye'nin gayrimüslim tebaası için bir nevi hukuku esasiye teşkil etmekte idi" şeklinde anlatır. Avrupa ülkelerinin kendi çıkarları doğrultusunda her daim siyasi ve gerektiğinde de askeri desteğini⁶⁵ Osmanlı Hıristiyanlarından esirgememe hali göz önüne alındığında, bu ifadelerin abartı olmadığı görülmektedir. Avrupa sermayesinin temsilcisi olma konumuyla birlikte Hıristiyan grupların ekonomik, sosyal yapı ve teşkilatları hızla değişmiştir. Fermandaki eşitlik ilkesi sayesinde Hıristiyanlar, merkezi yönetimin Avrupa ile kurduğu ilişkilerin ve büyüyen ticaretin yarattığı ekonomik fırsatlardan azami ölçüde faydalanmışlar ve kendi ulusal kimlikleri altında sosyal ve siyasi bakımdan yeni isteklerle ortaya çıkmışlardır.

Sonuç itibarıyla devletin merkezi yürütme gücüne artık uluslararası borç geri ödemelerinin kontrollü bir şekilde gerçekleşmesi ve raporlanması için de ihtiyaç vardır. Kırım Savaşı sonrası, Avrupa uyumu/talepleri çerçevesinde İmparatorluğun idari ve hukuki modernleşmesinin asıl yoğun dönemi başlamış, kesintiye uğrayan kanunlaştırmalara da hızla devam edilmiştir⁶⁶.

IV. PARİS ANTLAŞMASI- AVRUPA KAMU HUKUKUNA DAHİL EDİLME VAADİ

Paris Antlaşması'nın 7. maddesi ile Osmanlı Devleti'nin Avrupa kamu hukukunun parçası ve uluslararası toplumun bir üyesi olarak tanındığı ilan edilmiştir⁶⁷. İmparatorluk tüm olumsuz şartlara rağmen bu maddeye dayanarak konsolosluk mahkemelerinin kaldırılması yönünde uluslararası mecrada talepte bulunur. 19.yüzyıl hukukçuları arasında da Osmanlı'nın bu antlaşmayla uluslararası hukukun de jure parçası haline gelip gelmediğine ilişkin farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

19.yüzyılın pozitivist hukukçularının klasik yaklaşımı "Paris Antlaşması'nın tarafı olmasıyla Osmanlı Devleti'nin Avrupa uluslar topluluğuna kabul edildiği ve böylelikle

⁶⁴ Du Velay (n56) 49.

⁶⁵ Karpat (n 29) 60.

⁶⁶ Ortaylı (n37) 119.

⁶⁷ Karpat (n 29) 51.

Hıristiyanlık sınırlarının da aşılmasından kaynaklı bu kabulün uluslararası hukukun evrensel karakterinin tanınmasına hizmet ettiği” şeklinde genellenebilir. Diğer bir grup uluslararası hukukçuya göre ise Osmanlı İmparatorluğu "medeniyet" standardını yakalayamamıştır, dolayısıyla Osmanlı'nın uluslararası topluma dahil edilmesi kabul edilemez⁶⁸. Gerçekte de Osmanlı İmparatorluğu (ve Avrupalı olmayan diğer devletler) hiçbir zaman emperyalist dönemin uluslararası hukukuna dahil edilmemiştir⁶⁹. Hukuki kabul Rusya yayılcılığına karşı Avrupa güç dengesini korumak amacıyla kaynaklanır.

Paris Konferansı sırasında Ali Paşa tarafından kapitülasyonların kaldırılması konusu gündeme getirilir. Ali Paşa'nın ikna çabasının merkezinde *“kapitülasyonların, her türlü reformun önünde aşılmaz bir engel olduğu”* söylemi vardır. Ali Paşa'nın isteği genel olarak olumlu karşılanırsa da Baron de Burquency'nin, kapitülasyonlarda yapılacak değişikliğin Osmanlı İmparatorluğu tarafından başlatılan yargı reformlarıyla orantılı olması gerektiği yönündeki yaklaşımı, Avrupa ülkelerinin genel tutumunu ifade etmiştir⁷⁰.

Avrupa taleplerinin Osmanlı yargı reformlarındaki belirleyiciliği, 1923 Lozan Konferansı sırasında kapitülasyonların kaldırılması ile ilgili Türk heyeti tarafından okunan momerandumda açık olarak dile getirilmiştir⁷¹:

“Paris Antlaşması'nın imzalanmasını takip eden dönemde Türkiye, halihazırda eline aldığı yargı sistemini mükemmelleştirmek için hararetle bir şekilde çalıştı. Ticaret kanunu, ceza kanunu, medeni ve ceza muhakemesi kanunları, sulh mahkemeleri ile ilgili kanunlar ve ayrıca tüm idari kanun ve yönetmelikler, Avrupa ülkelerinde yürürlükteki kanun ve kanunlar modeli üzerine oluşturulmuştur.

Her şeyden önce, yakın zamanda medeni hukukta yargı kurumlarımızın tamamen laikleştirilmesini sağlayan çok önemli bir reformun gerçekleştirilmesi mümkün olmuştur;

⁶⁸ Kayaoğlu (n26) 110.

⁶⁹ Ali Murat Özdemir, Güç Buyruk Düzen, (1. bs İmge Yayınları, Ankara, 2011) 98.

⁷⁰ Liu (n13) 186

⁷¹ Ibid (n13) 186.

sözleşmeler ve antlaşmalar konusunda tarafların özgür iradesi en üst düzeyde kabul edilmiş ve irade özgürlüğü ilkesine Avrupa'dakiyle aynı yer verilmiştir; dahası, bu kanunlar geliştirilirken ve ilan edilirken, İstanbul'da programı Avrupa'daki ilgili fakültelerin programıyla hemen hemen aynı olan bir hukuk fakültesi kuruldu."

Osmanlı İmparatorluğu, savaş ilanından hemen önce 9 Eylül 1914'de bir muhtıra ile kapitülasyonları kaldırdığını ilân etse de, tüm ülkelerin asıl kaldırma tarihi 1923'te Lozan Konferansı'dır. Lozan'da Türk heyeti "*egemen eşitlik normuna*" atıfta bulunarak kapitülasyonlara karşı çıkar. Lozan öncesinde Sovyet Hükümeti, 6 Ocak 1921'de Türkiye ile imzaladığı antlaşmada: "*R.S.F.S.R. Hükümeti, kapitülasyon rejiminin özgür ulusal kalkınma ve herhangi bir ülkenin egemenliği ile bağdaşmadığını düşünmektedir*" diyerek, bu rejimle herhangi bir şekilde ilgili olan tüm hakları ve eylemleri iptal ettiğini ve yürürlükten kaldırdığını duyurmuştur⁷². Bu ifade, kapitülasyonlara maruz kalan ülkeler için kapitülasyonların ne ifade ettiğinin güzel bir özetidir.

V. KIRIM SAVAŞI SONRASI HUKUK REFORMLARI

Kırım Savaşı sonrası imzalanan Paris Antlaşması, devlet biçiminin dönüşmesinde önemli bir adımdır. Bu dönemde Avrupa devletlerinin İmparatorluk üzerindeki etkisinin artması ve borç ilişkisiyle kurulan derin ekonomik bağımlılık hali nedeniyle, devletin kurumsal yapısında doğrudan uluslararası piyasa entegrasyonuna yönelik yasalar ve kurumsal düzenlemeler ortaya çıkar.

Bu dönemde üst yargı kurumlarındaki dönüşüm dikkat çekicidir. Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, 6 Mart 1868'de Şûrâ-yı Devlet ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Şûrâ-yı Devlet kanun ve nizamnâmeler yapmakla görevlidir, Danıştay'ın temeli olarak kabul edilir. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliye ise temyiz mercii olarak ortaya çıkar ve Yargıtay'ın temeli olarak anılır. Bu iki kurum Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar varlığını devam ettirmiştir. Adliye Nezareti'nin bugünkü anlamıyla bir bakanlık haline gelmesi de bu dönem sonrasına (1870 yılına) tekabül eder⁷³.

⁷² Ibid (n13) 64.

⁷³ Ortaylı (n20) 312.

Bununla birlikte Tanzimat döneminde, yargı örgütünde birlik gerçekleştirilemez. Kişisel konularda gayrimüslim cemaatlerin kendi cemaat mahkemeleri faaliyete devam etmiştir. Yargı alanları daralmakla beraber bu alanda Müslümanlar arasında da şer'î mahkemeler varlıklarını korumuştur⁷⁴. Paris Antlaşması sonrası belli aralıklarla konsolosluk mahkemelerinin kaldırılması için girişimlerde bulunulması bir sonuç vermemiştir. Yabancılar ve Osmanlı vatandaşları arasındaki ticaret anlaşmazlıklarını görmek için kurulan karma ticaret mahkemeleri ile, şeriye ve ticaret mahkemelerinin görev alanı dışında kalan anlaşmazlıklara bakmakla görevli Nizamiye mahkemeleri de sisteme eklenmiştir⁷⁵.

Ticaret Kanununun yürürlüğe girişi ve karma Ticaret Mahkemelerinin kuruluşu dönemin yargısal özelliklerini anlamak için kapsayıcı bir örnektir. Ticaret Mahkemeleri nizamiye mahkemelerinin dışındadır ve daha çok seçimli üyeler ve ticari temsilcilerden meydana geldiği için ayrı bir kuruluştur⁷⁶. Ticaret Mahkemelerinin tarihine bakıldığında ilk olarak Nafia Meclisi karşımıza çıkar. Bu meclisin yerine 1840 yılında Ticaret Nezareti kurulur ve ardından bu nezarete bağlı bir ticaret mahkemesi oluşturulmuştur. Bu mahkeme Osmanlılar ile yabancılar arasındaki uyuşmazlıkları da çözmekle görevlendirilmiş ve 1847 yılında yabancı üyelerin de katılmasıyla karma mahkeme haline gelmiştir. Bu mahkemelerin kuruluşundan önce 1840 yılında sarraflar arasında çıkan ihtilaflar Maliye Nezareti'ne bağlı "*Meclis-i Muhasebe*"de çözülürken, deniz ticaretinden çıkan ihtilafların çözümü için liman reisinin başkanlığında özel bir meclis kurulmuştur. 1860 Ticaret Kanunu ile Ticaret Mahkemesi teşkilatı ayrıntılı olarak düzenlenerek Fransız örneğine uygun ticaret mahkemeleri kurulmuş ve kara ve deniz ticaretiyle ilgili davalar bu mahkemenin yetkisi içerisine alınmıştır. Ticaret Mahkemelerinin birinci dairesi Osmanlı ve yabancı tüccarlar arasında çıkan davalara

⁷⁴ Ibid (n20) 312.

⁷⁵ Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nin Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839 -1939)*, (3. bs Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2020) 115.

⁷⁶ Ortaylı (n36) 312.

bakmıştır. Yabancıların mensup olduğu devlet konsolosunun seçtiği iki üye de muhakeme ve hükme katılmışlardır⁷⁷.

Ceza Mahkemeleri de Ticaret Mahkemeleri gibi bir diğer karma mahkeme türüdür. Bu mahkemeler Osmanlı tabiiyetindekiler ile yabancılar arasındaki ceza davalarını görmek üzere üyelerinin yarısı Osmanlı, yarısı ise yabancı devlet tebaasından oluşan karma ceza mahkemeleri olarak 1847 yılında kurulmuştur. 1858 yılında Ceza Kanunu yeniden, bu sefer 1810 Fransız Ceza Kanunu örnek alınarak düzenlenmiştir⁷⁸.

İmparatorluktaki çoğu yabancı pasaport alan eski Osmanlı reayası olan yabancı tebaa⁷⁹ yabancı devlet konsolosluk mahkemelerinin yargı yetkisine tabidir⁸⁰. Karma mahkemeler ile konsolosluk mahkemelerinin arasındaki belirsiz sınırı Bozkurt'un⁸¹, 27.12.1921 tarihli Vakit Gazetesinin haberinden aktarımında görmek mümkündür. Gazete "*Osmanlı vatandaşları ile İngiliz, İtalyan veya Fransız vatandaşları arasındaki ticaret ve medeni hukuk davalarının görülmesi için İstanbul'da bir Encümen-i Adli kurulduğunu, 1.1.1922 tarihinden itibaren burada dava açılabilceğini, mahkemede her üç yabancı ülkeden birer hakim olacağını, diğer yabancıların ise bu tür davalar için hukuk ve ticaret mahkemelerine gitmeye devam edeceklerini*" yazar.

SONUÇ

Osmanlı İmparatorluğu'nun Kapitalist dünya ekonomisine açılımı eşitsiz bir antlaşma olan Balta Limanı Serbest Ticaret Antlaşmasıyla gerçekleşir. Akabinde

⁷⁷ Bozkurt (n75) 155-158.

⁷⁸ Ortaylı (n36) 188.

⁷⁹ İmparatorluk içerisindeki gayrimüslimlerin de hukuki ve mali imtiyaz elde etmek amacıyla elçi ve konsoloslarla yaptığı iş birliğini Halil İnalçık (Tarih-i Cevdet'ten aktarır) şu şekilde anlatmıştır (İnalçık n16 250): "*XVII. yüzyılda Batı devletleri kendi tercümanları için diplomatik muafiyetler elde ettiler. Elçi ve konsoloslar, bu nevi beratları hiçbir zaman tercüman olmak iddiası olmayan zimmiler için de temin etmeye başladılar. Böylece bu beratlılar ve onların hizmetkârları aynı imtiyazları elde ederek müste'menler gibi malî ve hukukî avantajlara kavuştular ve çok düşük gümrük vergisi ödediler. 1208'de (1793) sadece Halep'te 1500 kadar zimmî tüccar, tercümanlık beratı almıştı. Yapılan teftişte bunlardan sadece altısının gerçek tercüman olduğu ortaya çıktı*".

⁸⁰ Ortaylı (n20) 188.

⁸¹ Bozkurt (n75) 155.

Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile pre-kapitalist devletin tasfiye edilmesi yönündeki reformlara hızla başlanmıştır. Bu dönemde yapılan reformların özelliği, İngiliz serbest ticaretinin yörüngesine giren (Avrupalı olmayan diğer toplumlarda olduğu gibi) Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasi ve toplumsal örgütlenmesinin İngiliz çıkarları doğrultusunda yapılandırılmasıdır. Uluslararası meta dolaşımına açılan İmparatorlukta Tanzimat Fermanı ile kapitalist piyasalara uyumun gerektirdiği koşulları sağlama yönünde çok temel adımlar atılır. Pre-kapitalist devletin dönüşümü; devletin ve bürokrasinin rasyonelleşmesini, bunun için de pozitif hukuk düzeninin kurumsallaşmasını ve devlet tekeline alınmasını gerektirmiştir. Tanzimat'la birlikte modern yasalaşma süreçleri böylelikle ülkeye girer.

Kırım Savaşı sonrasında ilan edilen Islahat Fermanı, Tanzimat'ın ikinci reform dilimidir. Islahat döneminde İngiliz İmparatorluğu eskiden olduğu gibi rakipsiz değildir. Artık Avrupa kamu düzeni oturmuştur. İmparatorlukta uluslararası borçlanma sonrasında Avrupa'ya bağımlılığın derinleşmesi ile beraber Avrupa eşgüdümünü sağlayacak kurumsal düzenlemelerin önemi artmıştır. Ayrıca devletin yürütme gücüne artık uluslararası borç geri ödemelerinin kontrollü bir şekilde gerçekleşmesi ve raporlanması için de ihtiyaç vardır. Dolayısıyla Kırım Savaşı sonrası, Avrupa uyumu/talepleri çerçevesinde İmparatorluğun idari ve hukuki modernleşmesinin asıl yoğun dönemi başlamıştır.

Borçlanma ilişkisi ulusal kaynakların önemli bir miktarının dışa aktarımına ve İmparatorluğun içsel gelişiminin yok olmasına neden olur. İmparatorluğun tüm kurumlarında, hukukunda, eğitimde, kültürde, üretimde, tarımsal yapılardaki ikiliklerin derin görünümünde, Avrupa devletlerinin kendi çıkarları doğrultusunda müdahalesinin önemli bir etkisi vardır. Devletin dönüşüm süreçleri her zaman ikili yapılara sebep olmuştur. Ancak burada kastedilen, dönüşümün ikili doğasının dışında, emperyalist müdahalenin, daha derinlikli çelişik durumları beraberinde getirmesidir. Eski şeri hukuk ve cemaat mahkemelerinin tasfiye süreci gerçekleşmeden; modern mahkemeler, ülke dışı konsolosluk mahkemeleri, (yine yabancı yargı yetkisi içeren) karma mahkemelerin kurulması derin çelişki halinin hukuk alanındaki görünen yüzüdür.

Sonuç itibariyle Osmanlı İmparatorluğu'nun 19. yüzyıldaki eşitsiz bileşik gelişimi, eski ile yeni, yerli ile yabancı olarak derin çelişkili bir yapıyla ortaya çıkmıştır. Bu durum aynı zamanda devletin reform alanlarındaki kontrolünün giderek azalmasına neden olmuş, devlet aygıtının geneliyle birlikte hukuk alanında ortaya çıkan çoklu çarpık gelişim engellenememiştir.

KAYNAKÇA

Augusti E, 'From Capitulations to Unequal Treaties: The Matter of an Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire', *Journal of Civil Law Studies*, (2011), 4 [2] .285, 307.

Avcıoğlu D, *Türkiye'nin Düzeni* (Dün, Bugün, Yarın), (3. bs İstanbul, Kırmızı Kedi, 2017).

Aydın MA, *Osmanlı Devletinde Mahkeme*, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/27/C27016437.pdf>, (erişim tarihi: 10.03.2024).

Bozkurt G, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nin Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839 -1939)*, (3. bs Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2020).

Cezar Y, *Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi*, (1. bs Alan Yayıncılık, İstanbul 1986) 289.

Chimni BS, "An Outline of a Marxist Course on Public International Law", Susan Marks (der.), *International Law on the Left*, (CUP, Cambridge, 2008) 67.

Conte G, *Defining Financial Reforms In The 19th-Century Capitalist World Economy: The Ottomanncase* (1838–1914), <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/03098168211022222>, erişim 22.07.2022.

Du Velay, *Türkiye Maliye Tarihi*, (1. bs Damga Matbaası, İstanbul, 1978) 85.

Findley CV, *Turkey, Islam, Nationalism, and Modernity a History 1789- 2007*, (Yale University Press, New Haven, 2010).

Gallagher J ve Robinson R., The Imperialism of Free Trade https://moodle2.units.it/pluginfile.php/174112/mod_resource/content/2/Gallagher-Robinson_Imperialism_of_Free_Trade_EHR_1953.pdf, (erişim 23.06.2023).

Güran T, *19. Yüzyılda Osmanlı Ekonomisi Üzerine Araştırmalar*, (1. bs İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2014).

İnalçık H, *Osmanlı Dönemi Kapitülasyonların Karakter ve Mahiyeti*, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/22/C22023506.pdf>, (erişim tarihi: 01.03.2024).

Karpat K, *Kısa Türkiye Tarihi 1800- 2012*, (bs. 10 Timaş Yayınları, İstanbul, 2020).

Kayaoğlu T, *Legal Imperialism Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, (1. bs Cambridge University Press, New York, 2010).

Kütükoğlu M, *Osmanlılar'da Gümrük*, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c14/c140177.pdf>, erişim tarihi: 24.06.2016.

Lenin VI, *Emperyalizm Kapitalizmin En Yüksek Aşaması*, (Cemal Süreyya, 9.bs Sol Yayınları, Ankara, 1998).

Liu SS, *Extraterritoriality: Its Rise and Decline*, (Ams Press, New York, 1969) 62.

Mandel E, “Geç Kapitalizm”, çev. C. Badem (2013, Versus Kitap)

Marks K, *Kapital I*, (Mehmet Selik, Nail Satılğan, Yordam Kitap, İstanbul, 2014)

Noçiyev AD, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Yarı Sömürgeleşmesi*, (Nabi Dinçer, 1. bs Onur Yayınları, 1979).

Ortaylı İ, *En Uzun Yüzyıl*, (1. bs Kronik Kitap, İstanbul, 2018).

Ortaylı İ, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*. (İstanbul, Kronik Kitap, 2021).

Örücü E, “The Impact of European Law on the Ottoman Empire and Turkey”, in W. J. Mommsen and J. A. D. Moor (Eds.), *European Expansion and Law: Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*. (BERG, New York, 1992).

Özdemir AM, *Güç Buyruk Düzen*, (1. bs İmge Yayınları, Ankara, 2011).

Özdemir AM ve diğerleri , *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*, (1.bs İmge Kitapevi, Ankara 2019).

Pamuk P, *Osmanlı Ekonomisinde Bağımlılık ve Büyüme*, (İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020) 205.

Slys MT, *Exporting Legality - The Rise and Fall of Extraterritorial Jurisdiction in the Ottoman Empire and China*, <https://books.openedition.org/author?name=tait%C2%A0slys+mariya>, (erişim tarihi: 02.02.2024).

**EXPLORING THE *NON-REFOULEMENT* PRINCIPLE IN THE ECTHR
JURISPRUDENCE: SYRIANS UNDER TEMPORARY PROTECTION IN TÜRKİYE
AS A CASE STUDY**

*GERİ GÖNDERME İLKESİNİN AİHM İÇTİHADINDA İNCELENMESİ: TÜRKİYE'DEKİ
SURİYELİLERİN DURUMU*

Araştırma Makalesi
Oğuzhan ÖZTÜRK*
Atahan DEMİRKOL*

ABSTRACT

This paper examines whether Türkiye can legally implement a repatriation policy for SuTPs under the *lex lata* of the ECHR and ECtHR jurisprudence. To do so, the current paper attempts to analyze Türkiye and Syrians under Temporary Protection (SuTPs) as a case study on whether Turkish authorities can legally initiate repatriation processes for SuTPs. Indeed, the World's leading refugee hosting country, Türkiye, has implemented several policies to maintain the voluntary repatriation of SuTPs, especially after the economic, political, and social backlashes became visible. Although the *jus cogens* norm of *non-refoulement* cannot be breached, host countries are still concerned about determining when it is legal to repatriate refugees after extensive hosting periods. This research, therefore, explores the nuances of the implementation of SuTPs' repatriation by Turkish authorities without breaching the limits of the *non-refoulement* principle in accordance with ECtHR jurisprudence. The paper concludes that international cooperation for peaceful solutions in conflict areas and providing reliable information for the safety of returnees to the international community are essential for initiating repatriation programs. Hence, Türkiye should cooperate with other countries to acknowledge the international community for the safety of

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1406406

Makalenin Geliş Tarihi: 18.12.2023 **Makalenin Kabul Tarihi:** 02.05.2024

* Avukat, Leiden Üniversitesi

E-posta: oguzhan_ozturk@yahoo.com

ORCID: [0000-0002-7585-521X](https://orcid.org/0000-0002-7585-521X)

* Arş. Gör., Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

E-posta:

ORCID: [0000-0002-7185-5781](https://orcid.org/0000-0002-7185-5781)

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

returnees, that is, cooperation for peaceful solutions among all parties, and eliminate accusations of breaching the *non-refoulement* principle during the repatriation policy.

Keywords: Non-refoulement principle, Syrians under Temporary Protection, Refugees, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, Repatriation, Return.

ÖZ

Bu araştırma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı kapsamında "geri göndermeme" ilkesinin uygulama alanlarını keşfetmektedir. Türkiye'nin Geçici Koruma altında Suriyeliler için geri gönderme süreçlerini başlatması hukuki olarak mümkün müdür sorusuna cevap bulmak için akademik tartışmaları analiz ettik. Dünya'da en çok mülteciye ev sahipliği yapan ülke olan Türkiye, Geçici Koruma Statüsü altındaki Suriyelilerin güvenli ve sağlıklı bir şekilde geri dönüşünü sağlamak için birkaç yol aramıştır. Bu süreçte, tatil dönemlerinde Suriye'yi ziyaret eden GKS'lıların sayısındaki artış, kalıcı dönüşleri için tartışmaları hızlandırdı. Jus cogens norm olan geri göndermeme ilkesinin ihlal edilemez niteliğinde olsa da ev sahibi ülkeler için uzun süren birlikte yaşama dönemlerinden sonra mültecilerin ne zaman yasal olarak geri gönderilebileceğini belirlemek ülkeler için elzem olmuştur. Bu çalışmada, AİHM içtihadında geri göndermeme ilkesinin uygulanmasının ne gibi nüansları olduğu keşfedilmiştir. Uluslararası işbirliği ve uluslararası toplumu ikna etmek için geri gönderme programlarını başlatmak için esas unsurlardır. Bu nedenle Türkiye, güvenli bir bölge kurmak ve uluslararası topluluğa geri dönenlerin güvenliği konusunda suçlamaları ortadan kaldırmak için diğer ülkelerle işbirliği gerekliliği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: AİHM, AİHS, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Göç Hukuku

EXTENDED ABSTRACT

Since the Turkish Government's decision to allow Syrian civilians to enter its territory on 28 April 2011, Türkiye has been hosting 3,143,635 Syrians under Temporary Protection (SuTPs). According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Türkiye became the World's leading refugee hosting country shortly after the Syrian migration flow started. In the meantime, Türkiye has been suffering an economic crisis and political tensions in the country for recent years. Accordingly, the arguments regarding refugees' impact on fostering unemployment rates via job replacement, nationalist ideas produced by far-right parties, and criticisms on social cohesion have sparked debates about SuTPs' repatriation. In line with these, in recent years, the increasing concern has been aggregating on one topic: Is SuTPs' repatriation from Türkiye legally possible under the European Convention of Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR) jurisprudence?

Foreigners in Türkiye, but especially Syrians, have become one of the focal points of political debates because of the current economic situation. Moreover, considering the current situation in Syria, which is claimed to be less dangerous day by day, is also one of the arguments of the debates. In this sense, Türkiye's foreign policy preferences and agenda to repatriate SuTPs have been legitimized through excessive numbers of refugees in the country, uneven and unjust burden-sharing, and the establishment of safe zones. Further, on 3 May 2022, President Bashar al-Assad issued another amnesty to release thousands of Syrians, including those convicted of terrorism charges, since the Syrian Civil War. Hence, in this research, we attempt to prompt the trending question from a

legal academic perspective: How can Türkiye initiate the repatriation process for SuTPs without breaching the non-refoulement principle under a legal framework that respects the international human rights law and jus cogens norms. Precisely, in this paper, we examine whether Türkiye is legally able to implement a repatriation policy to SuTPs under the *lex lata* of the ECHR and ECtHR jurisprudence. Throughout the paper, we focus on the issue only from the legal perspective.

The literature regarding SuTPs and Türkiye has expanded tremendously in the last few years. There is various research, which approaches the case from multiple and interdisciplinary perspectives. Although recently, a number of studies underlined the return narratives of SuTPs, the existing literature on return or repatriation policies is scarce from an international law perspective. The lack of appropriate legal debate to argue whether it is possible for host countries to initiate repatriation or when it is legally doable is still worth exploring. Given that, the limited literature and the need to provide a legal perspective on one of the essential topics for host countries have motivated us to do this research. Hence, the novelty of our study is twofold. First, we examine the legal framework for host countries to implement repatriation policies under extended periods of temporary protection. Second, we solely focus on the repatriation process from the lens of the non-refoulement principle. In the end, we aim to contribute to legal studies and international migration literature by proposing a solution to the research question and making policy recommendations to policymakers in Türkiye.

Before starting to examine the *lex lata*, jurisprudence, and the situation of Syria, Syrians' legal status in Türkiye should be clarified. One of the main misunderstandings is assumed that Syrians are refugees in Türkiye. Whilst Türkiye has acceded to the Refugee Convention, it acceded to the Convention with geographical limitations. According to this limitation, Türkiye declared that it would recognize refugee statutes for people who are affected by events occurring in Europe. Therefore, Syrians cannot be given refugee status in Türkiye. However, Syrians are under temporary protection.

Although temporary protection has been used before, its specific details and legal basis are still unclear; there is currently no global agreement on what temporary protection entails as a system of protection, nor is there a clear definition of it in any international legal document. The LFIP Article 91 codifies temporary protection as follows, "Temporary protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country that they have left, and have arrived at or crossed the borders of Türkiye in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection." Even though the regime is called temporary protection, the LFIP was amended on the time limit, and no maximum time limit has been implemented. Syrians' temporary protection status was granted by the Cabinet in 2011, but after the referendum on amendments to the Turkish Constitution in 2016, the decision to give temporary protection status, or vice versa, to foreigners can be taken by the president.

This research is also limited. The first limitation relates to the legal framework. During the examination of the situation, the main legal subject of the argument is the non-refoulement principle in conjunction with Articles 2, 3, and 13 of the ECHR. Although Article 4 of Protocol 4 to the Convention prohibits the collective expulsion of aliens directly related to the article's focus, Türkiye did not ratify it; therefore, it will not be discussed. The second limitation is that the research only focused on SuTPs in Türkiye as a case study since they constitute the most significant portion of forced migrants.

Consequently, the article is formed as follows: In the first section, the meaning of the *non-refoulement* principle and an examination of the ECtHR and its jurisprudence on principle are provided. The second section scrutinizes

the debates on the current situation in Syria regarding the safety and security of returnees and Türkiye's current attempts at repatriation. The third section is devoted to applying the ECtHR and its jurisprudence to the situation in Syria to clarify whether Türkiye can initiate return programs toward SuTPs without breaching the *non-refoulement* principle and, if so, what the requirements are. The last section concludes the research findings and summarizes the authors' novel points.

INTRODUCTION

Is SuTPs' repatriation from Türkiye legally possible under the European Convention of Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR) jurisprudence?¹ The question regarding refugees' or asylum-seekers' repatriation under the legal framework to their country of origin in the cases of extended *temporary* protection has been on the table. Whilst International Protection (IP) is necessary for people under certain circumstances, the longer periods of large numbers of forced migrants are also challenging for host countries. Since the Turkish Government's decision to allow Syrian civilians to enter its territory on 28 April 2011, Türkiye has been hosting 3,143,635 Syrians under Temporary Protection (SuTPs).² According to the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Türkiye became the World's leading refugee hosting country shortly after the Syrian migration flow started.³ Concomitantly, the worsening economic indicators and political tensions in Türkiye have recently fueled the arguments regarding refugees' impact on fostering unemployment rates via job replacement, nationalist ideas produced by far-right parties, and criticisms on social cohesion. As a result, these developments have sparked debates about SuTPs' repatriation.

The debate on why to host victims of political and military turmoil who had to flee from their country of origin under certain circumstances is still a hot topic for scholars and societies. Indeed, as a provision of Article 14(1) of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR),⁴

¹ The terms "repatriation" and "return" used by the authors in this paper do not present a major difference. The authors have approached a refugee's action of being back to their home country as a "return." However, the authors have attempted to stress the "voluntary" return process when they use "repatriation." The vast majority of the existing literature does not yield a contradictory or complementary use of these terms. Nevertheless, readers may refer to James C. Hathaway, 'The Meaning of Repatriation' (1997) 9 International Journal of Refugee Law, 556 or Barry N. Stein, 'Refugee Repatriation, Return, and Refoulement During Conflict' (USAID Conference Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-conflict Societies, 1997) as further reading on the term "repatriation."

² As of 14.03.2024 according to the data from Presidency of Migration Management, <https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27> (last visit 18.03.2024).

³ UNHCR, Global Trends Report 2021, 2; Meltem İneli-Ciğer, *Temporary Protection in Law and Practice* (1st edn, Brill | Nijhoff 2017) 168.

⁴ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948 UNGA Res 217 A(III) (UDHR) art. 14.

which is considered the transformative document from the approach of domestic human rights to international,⁵ “Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.” However, applying this right also has crucial meanings for host communities to overcome the national socioeconomic, political, and security provisions. Against the growing academic sphere to predominantly discuss how victims should enjoy this right, a thorough examination has been less stressed regarding the practices of repatriation and return of refugees,⁶ especially from the host countries’ perspectives.

The literature regarding SuTPs and Türkiye has expanded tremendously in the last few years, and various research studies have been conducted from multiple and interdisciplinary perspectives. Although several studies have underlined the return narratives of SuTPs, the existing literature on the return or repatriation policies of SuTPs is scarce from an international law perspective.⁷ The lack of appropriate legal debate to argue whether it is possible for host countries to initiate repatriation or when it is legally doable is still worth exploring. Given that, the limited literature and the need to provide a legal perspective on one of the essential topics

⁵ Şahin Eray Kırdım and Atahan Demirkol, ‘Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku’ (2021) 25 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379; Selman Özdan, *Human Rights Recognised as Jus Cogens* (1st edn, Palgrave MacMillan 2022) 47.

⁶ Zeynep Şahin-Mencütek and Gerasimos Tsourapas, ‘When Do States Repatriate Refugees? Evidence from the Middle East’ (2023) 8 Journal of Global Security Studies.

⁷ Nawras Al Husein & Natascha Wagner, ‘Determinants of intended return migration among refugees: A comparison of Syrian refugees in Germany and Turkey’ (2023) 57(4) International Migration Review 1771; Jasmin Lilian Diab and Heaven Crawley, ‘Safe, Voluntary, and Dignified Return for Syrian Refugees from Lebanon’ (2023) United Nations University Reports; Samer Abboud, ‘The Decision to Return to Syria Is Not in My Hands’: Syria’s Repatriation Regime as Illiberal Statebuilding’ (2023) Journal of Refugee Studies, <https://doi.org/10.1093/jrs/fead065>; Zeynep Şahin-Mencütek, N. Ela Gökalp-Aras, Ayhan Kaya, Susan Beth Rottmann, *Syrian Refugees in Turkey: Between Reception and Integration* (1st edn, Springer 2023); Gerasimos Tsourapas & Zeynep Şahin Mencütek, ‘When Do States Repatriate Refugees? Evidence from the Middle East’ (2022) 8(1) Journal of Global Security Studies 1, <https://doi.org/10.1093/jogss/ogac031>; Ayşegül Kayaoğlu, Zeynep Şahin-Mencütek & Murat Erdoğan, ‘Return aspirations of Syrian refugees in Turkey’ (2022) 20(4) Journal of Immigrant & Refugee Studies 561; Zeynep Şahin Mencütek, ‘The Geopolitics of Returns: Geopolitical Reasoning and Space-Making in Turkey’s Repatriation Regime’ (2023) 28(3) Geopolitics 1079; Zeynep Şahin Mencütek, ‘The Institutionalization of “Voluntary” Returns in Turkey’ (2022) 5(1) Migration and Society 43; Zeynep Şahin Mencütek, ‘Voluntary and forced return migration under a pandemic crisis’ in Anna Triandafyllidou (ed.) *Migration and Pandemics: Spaces of Solidarity and Spaces of Exception* (1st edn, Springer 2022) 185-206; Zeynep Şahin Mencütek, ‘Governing Practices and Strategic Narratives for Syrian Refugee Returns’ (2021) 34(3) Journal of Refugee Studies 2804; Zeynep Şahin Mencütek, ‘Encouraging Syrian return: Turkey’s fragmented approach’ (2019) 62 Forced Migration Review; Zeynep Şahin Mencütek, ‘Narratives on Returning Refugees, Asylum Seekers, and Irregular Migrants’ (2021) Working Paper Series Ryerson Centre for Immigration and Settlement (RCIS) and the CERC in Migration and Integration at Ryerson University, No. 2021/2; Ahmet İçduygu & Maissam Nimer, ‘The Politics of Return: Exploring the Future of Syrian Refugees in Jordan, Lebanon and Turkey’ (2020) 41(3) Third World Quarterly 415; Sinem Adar, ‘Repatriation to Turkey’s “Safe Zone” in Northeast Syria: Ankara’s Goals and European Concerns’ (Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), German Institute for International and Security Affairs 2020) SWP Comments 1/2020; Birce Altıok & Salih Tosun, ‘Understanding foreign policy strategies during migration movements: a comparative study of Iraqi and Syrian mass refugee inflows to Turkey’ (2020) 21(5) Turkish Studies 684.

for host countries have been a motivation to conduct this research. Hence, the novelty of this study is twofold. First, the research examines the legal framework for host countries to implement repatriation policies under extended periods of temporary protection. Second, the research focuses on the repatriation process from the lens of the *non-refoulement* principle.

Hence, this research attempts to prompt the trending question from a legal academic perspective: How can Turkish authorities initiate the repatriation process for SuTPs without breaching the *non-refoulement* principle under a legal framework that respects the international human rights law and *jus cogens* norms? This paper examines whether Türkiye can legally implement a repatriation policy for SuTPs under the *lex lata* of the ECHR and ECtHR jurisprudence. Hence, the research does not attempt to analyze the ECtHR jurisprudence related to the *non-refoulement* principle per se. Furthermore, this research aims to utilize jurisprudence to comprehend the limits of the *non-refoulement* from a legal perspective to prompt the research question. Ultimately, it also aims to contribute to legal studies and international migration literature.

This research is also limited. The first limitation relates to the legal framework. During the examination of the situation, the main legal subject of the argument is the *non-refoulement* principle in conjunction with Articles 2, 3, and 13 of the ECHR. Although Article 4 of Protocol 4 to the Convention prohibits the collective expulsion of aliens directly related to the article's focus, Türkiye did not ratify it; therefore, it will not be discussed. The second limitation is that the research only focused on SuTPs in Türkiye as a case study since they constitute the most significant portion of forced migrants.

Consequently, the article is formed as follows: In the first section, the meaning of the *non-refoulement* principle and an examination of the ECtHR and its jurisprudence on principle are provided. The second section scrutinizes the debates on the current situation in Syria regarding the safety and security of returnees and Türkiye's current attempts at repatriation. The third section is devoted to applying the ECtHR and its jurisprudence to the situation in Syria to clarify whether Türkiye can initiate return programs toward SuTPs without breaching the *non-refoulement* principle and, if so, what the requirements are. The last section concludes the research findings and summarizes the authors' novel points.

1. The *Non-Refoulement* Principle and Relevant the ECtHR Jurisprudence

There is wide acceptance that the regime for international protection of refugees has been established by the Refugee Convention, which poses an international law regulation.⁸ One of the most concrete and powerful protection mechanisms for individuals who fled from persecution is the *non-refoulement* principle. However, the debates on this principle's content, limits, responsibility to apply, and provisions have been ongoing. As a part of the analysis in this research, this section attempts to briefly identify the notion of the principle extracted from the relevant literature. Moreover, this section builds the interpretation of the principle with reference to ECtHR jurisprudence. The *non-refoulement* principle has been codified in Article 33 of the Refugee Convention as follows, "No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." Additionally, the state parties ensure this principle with Article 42(1) by not allowing reservations to Article 33 of the Convention.

There is also a scholarly debate in international law whether the principle of *non-refoulement* is a *jus cogens* norm. Some academics posit the principle along with the prohibition of torture as a *jus cogens* norm.⁹ This view denotes the idea that the *non-refoulement* principle is one of the core rules for the international prohibition of torture.¹⁰ However, even though the principle may not be accepted as *jus cogens*, it should not be breached due to related rights to the action. In case of a breach of the principle, asylum-seekers may face ill-treatment or even torture, which are prohibited by *jus cogens* norms. Therefore, states must be cautious about an allegation of a potential breach of the principle. Due to the principle's relation to *jus cogens* norms, the principle applies to everyone, regardless of asylum-seekers' conduct.¹¹

⁸ Maria-Teresa Gil-Bazo 'Refugee protection under international human rights law: From non-refoulement to residence and citizenship' (2015) 34(1) *Refugee Survey Quarterly* 11.

⁹ Penelope Mathew, 'Non-refoulement' in Cathryn Castello, Michelle Foster, Jane McAdam (eds.) *The Oxford Handbook of International Refugee Law* (1st edn, OUP 2021) 905; Jean Allain, 'The jus cogens nature of non-refoulement' (2001) 13(4) *International Journal of Refugee Law* 533.

¹⁰ *Ibid.*, Allain, 533.

¹¹ See, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* Apps nos. 8319/07 and 11449/07 (ECtHR, 28.06.2011) para. 212. Both applicants committed various crimes in the United Kingdom, which later led to UK government's removal decisions of them. However, the Court rendered that their removal to Somalia would violate Article 3 of the Convention.

Besides this scholarly debate, from the drafting of the Convention till today, the limits of the *non-refoulement* principle for host countries have been an agenda.¹² The principle applies to individuals fleeing persecution whose lives will be in danger or face ill-treatment when they return to their country.¹³ However, the discussions during the drafting of the principle posed concerns for the states on two issues: how to deport individuals who are dangerous to the security of the host country and how to resolve the consequences of mass movements toward the host country.¹⁴ The principle's provisions prohibit the State from expelling refugees/asylum seekers to territories where they will face torture, persecution, or life threats. However, the Expert Roundtable Meeting by UNHCR in 2001 concluded that the principle of human rights protection may be subjected to the considerations of public interest and national security by the State's exception to the individuals that will face torture when they are subjected to refoulement action.¹⁵ Thus, it implies that the *non-refoulement* principle and its application to the individuals in the hosting country should not pose substantial risks to host communities' economic and social security.¹⁶

Although the *non-refoulement* principle is not codified in the frame of the ECHR, the ECtHR often recognized the importance of the *non-refoulement* principle.¹⁷ The debates on ECHR and *non-refoulement* arise from the lack of explicit prohibitions for refoulement. This situation escalates the weak formulation for applying the principle under the destination State's responsibilities. The criticisms gather around facilitating proper limits of *non-refoulement* as a matter of legal reasoning to establish a sound legal basis better.¹⁸ However, the efforts of ECtHR can also be found in the Court's jurisprudence. As noted by judges Ziemele, De Gaetano, Pinto de Albuquerque, and Wojtyczek in their joint separate opinions, the Court implicitly recognized the principle as a binding rule of international law in the *Hirsi Jamaa and*

¹² Clare Frances Moran, 'Strengthening the principle of non-refoulement' (2021) 25(6) *The International Journal of Human Rights* 1032.

¹³ Tamás Molnár, 'The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell' (2016) 1(1) *Corvinus Journal of International Affairs* 51.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Sigit Riyanto, 'The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System' (2009) 7 *Indonesian Journal of International Law* 695.

¹⁶ Lorcán Hyde, 'The principle of non-refoulement in international law' (2016) 1 *Rescriptum* 29.

¹⁷ *J. K. and Others v. Sweden* App no. 59166/12 (ECtHR, 23.08.2016) para. 74.

¹⁸ Kathryn Greenman, 'A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law' (2015) 27(2) *International Journal of Refugee Law* 264.

Others v. Italy judgment.¹⁹ In the *M. D. and Others v. Russia* judgment, the Court reiterates three main criteria for examining applications on expulsion cases to consider whether applicants' expulsion may cause violations of Articles 2 and/or 3. The Court juxtaposed these criteria as follows:

Firstly, it has to be considered whether an applicant has presented the national authorities with substantial grounds for believing that he faces a real risk of ill-treatment in the destination country. Secondly, the Court will enquire into whether the claim has been assessed adequately by the relevant national authorities when discharging their procedural obligations under Articles 2 and 3 of the Convention and whether their conclusions were sufficiently supported by relevant material. Lastly, having regard to all of the substantive aspects of a case and the available relevant information, the Court will assess the existence of a real risk of suffering torture or treatment incompatible with Convention standards.²⁰

These criteria will be explained in detail in the rest of the part. While the *non-refoulement* principle covers the protection from a death threat, torture, or ill-treatment, ECtHR jurisprudence will be examined on torture and/or ill-treatment due to *a fortiori* relationship between the right to life and the prohibition of torture.

a. Presentation of substantial grounds for believing that applicants may face a real risk of ill-treatment.

Substantial grounds refer to the threshold the Court applies in its judgments. It means the level of plausibility or seriousness of the alleged violations. Real risk refers to the 'reasonably expectedness of violation claims.'²¹ In the case of claiming that individuals may face a real risk of ill-treatment because of their personal circumstances, they should be able to present their claims before appropriate national authorities. The *non-refoulement* principle causes a negative obligation for States, which means they need to refrain from doing so. In the *M. D. and Others v. Russia* judgment, the Court said that the person seeking asylum based on personal

¹⁹ *F. G. v. Sweden* App no. 43611/11 (ECtHR, 23.03.2016), Joint Separate Opinion of Judges Ziemele, De Gaetano, Pinto De Albuquerque, and Wojtyczek, para 6.

²⁰ *M. D. and Others v. Russia* App nos. 71321/17 and 9 others (ECtHR, 14.09.2021) para. 91.

²¹ Femke Vogelaar, 'Principles Corroborated by Practice? The Use of Country of Origin Information by the European Court of Human Rights in the Assessment of a Real Risk of a Violation of the Prohibition of Torture, Inhuman and Degrading Treatment' (2016) 18(3) European Journal of Migration and Law 302, 305.

circumstances must provide evidence of such a risk.²² However, the Court added that due to applicants' vulnerabilities and the absolute nature of Articles 2 and 3 of the ECHR, the contracting States are under obligation to "carry out an assessment of that risk on their own motion."²³ Moreover, while making the assessment, States must consider that applicants "may plausibly be a member of a group systematically exposed to the practice of ill-treatment, and there are serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned."²⁴ For a thorough and adequate assessment before national authorities, applicants should be provided with the necessary legal assistance and access to an interpreter if required. But it should be noted that in the case of *M. D. and Others v. Russia*, although the applicants did not receive legal assistance and one of them did not have access to an interpreter during the district court proceedings, they received these services during the appeals court proceedings, and the Court found the assessment to be sufficient for this criterion.²⁵

Finally, the severity of the potential harm that applicants claim to face upon expulsion must meet the minimum threshold to fall within the scope of Article 3.²⁶ In the *Khlaifia and Others v. Italy* judgment, the Court noted that the assessment of the severity of ill-treatment is relative and depends on various circumstances of the case, including the duration of the treatment, its physical or mental effects, and the age, sex, and health condition of the victim.²⁷ When evaluating the severity of the ill-treatment, the Court considers factors like the motivation and intention behind it, the circumstances in which it happened, and the degree of vulnerability of the person who experienced it.²⁸

b. Inquiry into whether national authorities have assessed the applicants' claim adequately.

The Court noted various principles and explained how it enquires about national authorities' assessment in cases related to expulsion. The main principle during the inquiry is

²² *M.D.* (n 20) para. 97.

²³ *Ibid.*

²⁴ *F. G.* (n 19) paras. 126-7.

²⁵ *M. D.* (n 20) paras. 92-96.

²⁶ *F. G.* (n 19) para. 112.

²⁷ *Khlaifia and Others v. Italy* App no. 16483/ 12 (ECtHR, 15.12.2016) para. 159.

²⁸ *Ibid.*, para. 160.

the principle of subsidiarity. As repeated by the Court, it does not examine the asylum applications; the Court's role is to examine whether the contracting States provide effective remedies not to expel asylum seekers arbitrarily.²⁹ In the *M. D. and Others v. Russia* judgment, the Court noted that “[t]he national authorities are best placed to assess not just the facts but, more particularly, the credibility of witnesses since it is they who have had an opportunity to see, hear and assess the demeanor of the individual concerned.”³⁰ The Court's task is to enquire whether the contracting States adequately assess asylum seekers' claims before appropriate national bodies.

In the *M. D. and Others v. Russia* judgment, the Court said it “must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State concerned is adequate and sufficient.”³¹ To assess the claims as adequate and sufficient, the Court noted that states should consider domestic sources as well as material collected by independent international human rights bodies, such as UNCHR, Human Rights Watch, and Amnesty International.³²

During the assessment by national authorities, if the expulsion has not occurred yet, applications should be considered based on the *ex nunc* principle, which means in their assessment, national authorities must assess the issue based on the latest information known or should have known at the time of the expulsion.³³ The Court applies this principle in its assessments of expulsion-related cases, and the Court expects that the contracting States also apply the principle in their assessments. In the *F. G. v. Sweden* judgment, the Court noted that “full and *ex nunc* evaluation is required where it is necessary to take into account information that has come to light after the final decision by the domestic authorities was taken.”³⁴ Furthermore, in the same judgment, the Court explicitly noted that if national authorities assess asylum seekers' applications based on personal circumstances without applying the *ex nunc* principle, it would violate Articles 2 and 3 of the ECHR.³⁵

²⁹ *F. G.* (n 19) para. 117

³⁰ *M. D.* (n 20) para. 97.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* App no. 27765/09 (ECtHR, 23.03.2012), para. 118; *F. G.* (n 19) para. 117; *M.S.S. v. Belgium and Greece* App no. 30696/09 (ECtHR, 21.01.2011) Concurring Opinion of Judge Villiger.

³³ *Vilvarajah and Others v. the United Kingdom* App nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87 (ECtHR, 30.10.1991) para. 108.

³⁴ *F. G.* (n 19) para. 108.

³⁵ *Ibid.*, para. 158.

The burden of proof also needs to be explained. The Court indicated in its earlier judgments that “in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that [...] he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.”³⁶ However, in the *M. D. and Others v. Russia* judgment, the Court noted that “considering the absolute nature of the rights guaranteed under Articles 2 and 3 of the Convention states are required to assess their own motion.”³⁷ Furthermore, in the *Salah Sheekh v. the Netherlands* judgment, the Court added that “the applicant cannot be required to establish the existence of further special distinguishing features concerning him personally in order to show that he was, and continues to be, personally at risk.”³⁸ Therefore, state parties hold a high portion of the burden of proof in cases concerning the deportation.

c. Examination of substantial grounds for believing that applicants may face a real risk of ill-treatment before the Court.

In the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* judgment, the Court listed factors to examine applicants’ claims that they may face a real risk of ill-treatment; these factors can be listed as follows: assessment of the issue in the light of all material before it, the general situation of the particular country, the personal circumstances of individuals, the risk may be emanated by non-state actors and the *ex nunc* principle.

In the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, the Court assessed the situation in the light of the material delivered by the parties, and in case of necessity, the material collected *proprio motu*.³⁹ Moreover, the Court noted that “[t]he information provided by the parties concerned was vague and insufficient,”⁴⁰ and the Court obtained some materials *proprio motu*. This means that the Court may conduct its own research, regardless of the information provided by the parties. Besides, the Court noted that “the examination of the existence of a real risk of ill-treatment must necessarily be a rigorous one.”⁴¹ As observed in the *Hirsi Jamaa and Others v.*

³⁶ Sufi and Elmi (n 11) para. 214; *Saadi v. Italy* App no. 37201/06 (ECtHR, 28.02.2008) para. 129.

³⁷ *M. D.* (n 20) para. 97.

³⁸ *Salah Sheekh v. the Netherlands* App no. 1948/04 (ECtHR, 11.01.2007) para. 148.

³⁹ The case was on the expulsion of a group of asylum seekers from Libya to Italy, and the applicants claimed that in case of their expulsion to Libya, they would be at real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment in Libya. *Hirsi Jamaa* (n 32) para. 116.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 110.

⁴¹ *Ibid.*, paras. 116-7.

Italy judgment, the Court may consider reports from NGOs and international organizations to examine a particular country's situation during the assessment. As noted above, although in principle, the applicants have the burden of proof, due to the absolute nature of Articles 2 and 3 of the ECHR and the possible vulnerabilities of asylum seekers, the contracting States need to carry out the assessment on their own motion.

In consideration of the personal circumstances of the individuals, States should also consider individuals' circumstances separately from the general situation of the particular country. Although a state may be secure in general for its own citizens, ethnic or religious minorities may still be in danger. In the case of applicants claiming they are members of a group systematically exposed to ill-treatment, States must consider the possibility of violating Article 3 of the ECHR. In the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* judgment, the Court took into account the reports of the third-party interveners that say the applicants in the case were particularly vulnerable in Libya due to their status as asylum seekers and their background as Somalis and Eritreans; this vulnerability was exacerbated by the conditions in Libya, where migrants and asylum seekers are often subject to xenophobic and racist actions.⁴²

Besides being subject to ill-treatment, other situations may cause a violation of Article 3 of the ECHR. In the case of individuals with serious health problems, in the very exceptional cases, the Court accepted individuals' claims that the receiving State might not provide appropriate treatment, which may violate Article 3 of the ECHR.⁴³ Another issue is in the case of individuals who live in extreme poverty conditions because of expulsion, which may cause a violation of Article 3 of the ECHR. In the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, the Court concluded that forcibly returning asylum seekers and other vulnerable individuals to countries where they will face extreme poverty and very poor living conditions can be considered a violation of Article 3 of the ECHR.⁴⁴

In the assessment of the general situation of a particular country by the contracting States, the Court sets the threshold to assess the existence of a real risk of ill-treatment, which must be assessed based on facts *known or should have known*.⁴⁵ In the case of *Hirsi Jamaa and Others*

⁴² *Ibid.*, paras. 125-128.

⁴³ *Paposhvili v. Belgium* App no. 41738/10 (ECtHR, 13.12.2016) para. 193. For further reading, Meltem İneli Cığır, 'Protecting Aliens with Article 3 of the ECHR' in David Moya and Georgios Milios (eds), *Aliens before the European Court of Human Rights* (Brill | Nijhoff 2021).

⁴⁴ *M.S.S.* (n 32) para. 263.

⁴⁵ *Ibid.*, para. 131. *See, Mamatkulov and Askarov v. Turkey* Apps nos. 46827/99 and 46951/99 (ECtHR, 04.02.2005) para. 69; *F. G.* (n 19) para. 115.

v. *Italy*, even though the Italian Government claimed that the applicants did not request political asylum or any other form of IP during their transfer to Libya,⁴⁶ the Court noted that the situation in Libya was well-known and could be verified easily by various sources; therefore, the government “knew or should have known that, as irregular migrants, they would be exposed in Libya to treatment in breach of the Convention and that they would not be given any kind of protection in that country.”⁴⁷

Lastly, states also need to consider the risks that emanate from non-state actors. Of course, it must be shown that the risk is real, and the receiving State cannot protect applicants.⁴⁸ In the *M. D. and Others v. Russia* judgment, some applicants claimed that ISIS would target them due to their religion and ethnicity; therefore, the Court also considered the possibility of risk emanating from ISIS and other non-state paramilitary actors.⁴⁹ This factor needs special attention in the last chapter due to the existence of many non-state actors in Syria in the frame of current developments in the region.

To sum up, all factors to assess situations of countries and indicators of the facing a real risk of ill-treatment can be found in the *J.K. and Others v. Sweden* Grand Chamber judgment; the Chamber indicated ten general principles to apply to cases related to the *non-refoulement* and Articles 2 and 3 of the ECHR before the Court. The Grand Chamber counted out these principles as follows: (1) the general nature of obligations under Article 3, (2) the principle of *non-refoulement*, (3) general principles concerning the application of Article 3 in expulsion cases, (4) risk of ill-treatment by private groups, (5) principle of *ex nunc* evaluation of the circumstances, (6) principle of subsidiarity, (7) assessment of the existence of a real risk, (8) distribution of the burden of proof, (9) past ill-treatment as an indication of risk, (10) membership of a targeted group.⁵⁰

Before concluding this chapter, in many judgments, the applicants also claimed that Article 13 of the ECHR, the right to an effective remedy, was violated during their expulsion processes. Therefore, noting the Court’s understanding of what effective remedy is essential. In the *Salah Sheekh v. the Netherlands* judgment, the Court indicated that “Article 13 requires that

⁴⁶ Hirsi Jamaa (n 32) para. 96.

⁴⁷ Ibid., para. 131.

⁴⁸ Ibid., para. 119.

⁴⁹ M. D. (n 20) paras. 71-72, 105-106.

⁵⁰ J. K. (n 17) paras. 77-105.

the remedy may prevent the execution of measures contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible."⁵¹ This point will be revisited in the third section.

2. Syrians in Türkiye and The Narratives of Repatriation

After thoroughly examining the ECtHR jurisprudence on the *non-refoulement* principle, this section presents the recent claims regarding the current situation in Syria to allow authors to discuss the applicable conditions of SuTP repatriation by Turkish authorities. By doing so, this section forms two groups of claims. The first one is negative conditions in Syria that will prohibit the refoulement of SuTPs, whereas the second group consists of the information that may allow asserting the implementation of repatriation without breaching the *non-refoulement* principle under the ECtHR jurisprudence. Besides the refugee status defined with the geographical limitation of the 1951 Convention, conditional refugee status is given to individuals who fit in the scope of the refugee definition but flee from the events that occurred in non-European territories and to whom they seek refuge in third countries.

The other provision of the Temporary Protection Regime (TPR) covers mass migratory flows instead of individual-based evaluation. In addition to the Law on Foreigners and International Protection (LFIP), also the Temporary Protection Regulation codifies temporary protection in Turkish domestic law.⁵² The LFIP Article 91 defines temporary protection as follows, "Temporary protection may be provided for foreigners who have been forced to leave their country, cannot return to the country that they have left, and have arrived at or crossed the borders of Türkiye in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection."⁵³ Hence, temporary protection is provided by the decision of Turkish authorities, which is the President in the current legislation according to LFIP, to address such groups of mass migration who are in need of *urgent* and *temporary* international protection. In line with this system, Syrians who fled from the civil war that has been ongoing since 2011 are provided with the status of temporary protection. Therefore, according to domestic and international legislation, Syrians in Türkiye are not legally considered refugees. However, to comply with the

⁵¹ Salah Sheekh (n 38) para. 153.

⁵² Temporary Protection Regulation (No: 6203, Accepted on 13.10.2014).

⁵³ Law on Foreigners and International Protection (No: 6458, Accepted on 04.04.2013), art 91(1). *See* Unofficial translation of the law is available via <https://en.goc.gov.tr/kurumlar/en.goc/Ingilizce-kanun/Law-on-Foreigners-and-International-Protection.pdf>.

international refugee regime, beyond their legal status, international bodies such as UNHCR,⁵⁴ the majority of research refer to them as refugees.⁵⁵

2.1. Contradictory Narratives of Syria's Safety and Current Situation

Within the last decade, SuTPs in Türkiye have become one of the focal points of political debates within the society due to the current macroeconomic status, such as climbing inflation, unemployment levels, and currency exchange rates. Moreover, these debates widely refer to the current situation in Syria, which is claimed to be less dangerous day by day. In this sense, SuTPs' repatriation narratives have been legitimized by the excessive numbers of forced migrants in the country, claims of an unfair burden-sharing system, which implies the burden-shifting of EU countries, especially in the case of Syrians in Türkiye, within the international community and the claims of the establishment of safe zones by Turkish Government.⁵⁶ From the Syrian side, such developments are strengthening the repatriation narratives of Türkiye. Additionally, a survey report of The Day After, a Syrian NGO, shows the desire to return to Syria among SuTPs.⁵⁷

Although the narratives are widespread among the social and political spheres of Türkiye, a scholarly legal debate has been limited to repatriation. To initiate the repatriation and align with international legislation and human rights, the most challenging issue concerns the credibility of the information on the current situation in the country of origin to determine whether it is safe to repatriate refugees. Especially in the case of Syria, it is difficult to gather updated and reliable information on the ground. Hence, the contradictory narratives on conditions in Syria are grouped into two in the remainder of this section.

The first group of claims on the conditions of Syria arise from the narratives concerning safety and security for Syrians who will return to their country of origin. The popular wisdom

⁵⁵ See, the UNHCR's Situation Syria Regional Refugee Response portal that indicates SuTP numbers in Türkiye as Registered Syrian Refugees on <https://data.unhcr.org/en/situations/syria/location/113> (last visit 20.03.2024).

⁵⁶ Birce Altıok & Salih Tosun, 'Understanding foreign policy strategies during migration movements: a comparative study of Iraqi and Syrian mass refugee inflows to Turkey' (2020) 21(5) Turkish Studies 684, 685.

⁵⁷ The Day After, Syrian Refugees in Turkey: Perceptions on Return to Syria (Survey Report), April 2020, 19.

regarding this case prompts that a safe and secure return is not yet possible for Syrians.⁵⁸ Most of these viewpoints arise from the devastating physical and socioeconomic impacts of the last decade's civil war that demolished Syria's infrastructure, institutions, and economic activity.⁵⁹ Furthermore, the claims made by the Assad regime that there are 'definitely' terrorists among the refugees⁶⁰ are also concerning for the international community by means of political security. In addition, from the point of view of returnees, they also express their socioeconomic, political, and security concerns, which are vital for repatriation.⁶¹

According to the Dutch MFA's report, the civilians were subjected to arbitrary arrest and detention and forced disappearances throughout the Syrian territory, including government and opposition groups-controlled areas.⁶² Also, the report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic notes that Syria is not a safe place to return.⁶³ Furthermore, the Dutch MFA's report notes that in the area under the control of Syrian Democratic Forces, "[c]hildren are also recruited for the protection units YPG and YPJ."⁶⁴ In addition, EUAA's report notes that even though the officials of the Syrian Army are not allowed to recruit children but having some minors in the forces based on voluntary recruitment; moreover, non-state groups recruit children in their armies by force or threats,⁶⁵ which occurs as a war crime under the Geneva Conventions and the Rome Statute of the International Criminal Court.⁶⁶ These also need to be read along with the *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* judgment; the Court noted that 'in the most extreme cases' on being subjected to arbitrary violence, repatriation may cause a violation of Article 3.⁶⁷ Therefore, while making the

⁵⁸ Zeynep Şahin Mencütek, 'Governing Practices and Strategic Narratives for Syrian Refugee Returns' (2021) 34 *Journal of Refugee Studies* 2804, 2805.

⁵⁹ Ahmet İçduygu and Maïssam Nimer, 'The Politics of Return: Exploring the Future of Syrian Refugees in Jordan, Lebanon and Turkey' (2020) 41 *Third World Quarterly* 415, 423.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ Gerasimos Tsourapas & Zeynep Şahin Mencütek 'When Do States Repatriate Refugees? Evidence from the Middle East' (2022) 8(1) *Journal of Global Security Studies* 1.

⁶² The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Country of Origin Information Report Syria (May 2022) 16-28.

⁶³ Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/51/45, 17.08.2022.

⁶⁴ *Ibid.*, 33.

⁶⁵ European Union Agency for Asylum (former EOSA), Country Guidance: Syria (February 2023) 84-86, 115.

⁶⁶ Respectively, Article 77(2) of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions and Article 8(2)(b)(xxvi) of the Rome Statute.

⁶⁷ *Sufi and Elmi v. UK* (n 11) paras. 217-218.

assessment for SuTPs, Syria's situation needs to be considered in this frame.

One of the main concerns of SuTPs in Türkiye on returning to Syria is being forced to join the Syrian Army. Article 46 of the Syrian Constitution states that “[c]ompulsory military service shall be a sacred duty and is regulated by a law” for all men over the age of 18 years,⁶⁸ up until the age of 42.⁶⁹ Military service lasts 18 to 21 months, depending on the individual's education level.⁷⁰ According to the Military Service Law of Syria, reasons for deferrals and exemptions from military service can be listed as follows: (1) being the only male child of the family, (2) suffering from serious illnesses or having disabilities, (3) people who born and/or live abroad can pay an exemption payment, and (4) being a university student up to the age of 25 is a reason for deferral.⁷¹ As mentioned above, although the Government of Syria (GoS) issued amnesties not to prosecute people who are draft evaders and military deserters, according to the report of the European Union Agency for Asylum (EUAA, former European Asylum Support Office - EASO), these amnesties did not result in their return to Syria because they still need to complete military service as a civic responsibility.⁷² The principal hesitation for not serving in the military is the fear of being deployed to the frontlines of the civil war through discriminatory practices. However, varied sources indicate that deployment to the frontlines is based on whether individuals have active fighting experience.⁷³ In addition, according to a report from the Danish Ministry of Immigration and Integration, the likelihood of being sent to the frontlines is not affected by a person's qualifications, religion, place of origin, or place of residence.⁷⁴ On the contrary, some sources note that people who were recruited from former opposition-held areas were deployed to the frontlines without sufficient training or no training

⁶⁸ UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/34/64 (02.02.2017) para. 51.

⁶⁹ European Asylum Support Office, Syria: Military Service (Country of Origin Information Report) (April 2021) 13.

⁷⁰ Ibid. 12.

⁷¹ Ibid. 28-32; The Danish Ministry of Immigration and Integration, Syria - Military Service (Report based on a fact-finding mission to Istanbul and Beirut (17-25 February 2020)) (May 2022) 22-28; Immigration and Refugee Board of Canada, Syria: Compulsory military service, including age of recruitment, length of service; occasions where proof of military service status is required; whether the government can recall individuals who have already completed their compulsory military service; penalties for evasion (2008-July 2014) (13.08.2014) SYR104921.E <<https://irb-cisr.gc.ca/en/country-information/rir/Pages/index.aspx?doc=455461&pls=1>> (last visit 18.04.2023).

⁷² EUAA, Military Service (n 69) 38-40.

⁷³ Ibid. 23; Danish Ministry of Immigration and Integration (n 71) 15.

⁷⁴ Ibid. Danish, 13.

at all.⁷⁵ Secondly, against the unproven claims on Syria's unstable features regarding politics, economy, and security, the Dutch Ministry of Foreign Affairs report on Syria indicates that Syria's affairs with regional States have started to normalize in recent years, and several States have opened their borders with Syria.⁷⁶

Indeed, there are other security concerns in Syria, and one of them is food security. According to the World Food Programme Syria's brief in August 2021, almost 12.4 million out of approximately 20 million population are in need of humanitarian needs because of the ongoing civil war over a decade.⁷⁷ Basic needs are also hardly met in government-controlled areas due to prolonged drought and the destruction of the civil war, including access to clean water and health care.⁷⁸ At this point, the *M.S.S v. Belgium and Greece* must be mentioned. The Court noted that the case of asylum-seekers would be living in extreme poverty conditions because of expulsion, which may cause a violation of Article 3 of the ECHR. Based on the Court's conclusion in the *M.S.S. v. Belgium and Greece* judgment, forcibly returning asylum seekers and other vulnerable individuals to countries where they would face extreme poverty and very poor living conditions can be considered a violation of Article 3 of the ECHR.⁷⁹ As pointed out by Meltem İneli Cığır, in case of finding a violation of Article 3 of the ECHR by the Court, two elements should be met: (1) to consider living conditions to be so poor that they constitute a violation of Article 3 of the ECHR when the most extreme poverty characterizes them; this means that individuals are unable to meet their most basic needs, such as access to food, proper hygiene, and a place to live, and (2) individuals must be vulnerable.⁸⁰ Therefore, the Court noted that each applicant's circumstances must be assessed individually.⁸¹

Although the earlier returnees' experiences are based on individuals' experiences, the PMM should define factors in the conditions the earlier returnees faced while conducting interviews in order to anticipate the possible obstacles that Syrian individuals may face after their return. Given the individual voluntary returns from the European Union and hosting

⁷⁵ Syria Direct, 'As losses mount in Idlib, Damascus sends conscripts from "reconciled" areas to the front' 04.03.2020. <<https://syriadirect.org/as-losses-mount-in-idlib-damascus-sends-conscripts-from-reconciled-areas-to-the-front/>> (last visit 13.03.2024).

⁷⁶ MFA Netherlands (n 62) 10.

⁷⁷ WFP Syria, Country brief, August 2021.

⁷⁸ MFA Netherlands (n 62) 11-13.

⁷⁹ *M.S.S.* (n 32) para. 263.

⁸⁰ İneli Cığır (n 3) 69.

⁸¹ *Hirsi Jamaa* (n 32) para. 110.

neighboring States, Syrian individuals must apply for a security clearance in the Syrian diplomatic premises, or their relatives may apply inside Syria on their behalf.⁸² After the clearance, they must fill out return or reconciliation forms, which contain questions on personal details and their political activities to determine whether they support opposition groups against the GoS. The EUAA's report on the earlier returnees states three key obstacles. The first obstacle is that the returnees have had limitations in accessing their area of origin due to the discriminatory motives of pro-government groups, such as ethnicity, religion, or politics.⁸³ The second obstacle is the lack of access to government services due to the lack of civil documentation and the loss of nationality. Article 21 of the Nationality Law of Syria codifies the situations in which citizens may lose their citizenship. Two paragraphs of this article need to be considered: (1) Article 21(E) states that "the person concerned has illicitly left Syria for another country, which is in a state of war with Syria," and (2) Article 21(G) states that "If the person has left the country indefinitely for settling in a non-Arab country and has been away for more than three years ..."⁸⁴ As pointed out by experts, even though Türkiye is not at war with Syria, the GoS may consider and apply Article 21(E) because of the Turkish-backed opposition groups in the civil war.⁸⁵ Moreover, the GoS may also apply Article 21(G) to SuTPs in Türkiye. The last obstacle is the GoS' violations of housing, land, and property rights; the GoS issued laws and decisions to legitimize the expropriation of properties.⁸⁶

The second group of claims to the current situation and safety of Syria for returnees indicated by various scholars that the Syrian repatriation has already started. The trending example of Syrians' voluntary and personal decision to return is their short-term visits to Syria during the religious holidays. As the Turkish Government mainly adopts the strategy of either integration or voluntary return,⁸⁷ numerous incidents have been observed in SuTPs visiting their origin countries for religious days and celebrations and their re-entrance to Türkiye.⁸⁸ The visit permits utilized by the Turkish Government were applied for the mitigation role upon Syrians'

⁸² EUAA, Syria: Situation of returnees from abroad (June 2021) 21.

⁸³ Ibid. 24.

⁸⁴ Syrian Arab Republic, Syrian Nationality Law, 1969, Legislative Decree 276, 24 November 1969. <<https://www.refworld.org/pdfid/4d81e7b12.pdf>> (last visit 15.03.2024).

⁸⁵ EUAA, Returnees (n 82) 25

⁸⁶ Ibid. 25-26.

⁸⁷ M. Valenta et al., "Syrian Refugee Migration, Transitions in Migrant Statuses and Future Scenarios of Syrian Mobility", *Refugee Survey Quarterly*, 39(2), 2020, 153-176, 153.

⁸⁸ Başak Yavçan, 'Turkish Experience with Refugees Returns to Syria' <<https://gricis.etu.edu.tr/handle/20.500.11851/2965>> (accessed 13.04.2023).

concerns for voluntary repatriation. The aim of this policy has been to allow them to observe the current situation in their countries of origin and support them in making permanent returns. Yet, the result was not what the Turkish government expected. For instance, in 2018, 194,000 SuTPs out of 254,000 who crossed the border from Türkiye to Syria for visits re-entered Türkiye.⁸⁹ Moreover, around 40,000 Syrians have returned to Syria from Türkiye after the recent earthquakes hit the country.⁹⁰ The ability of individuals under temporary protection to visit their home countries and re-enter the host country after a short period hints at the current situation in particular areas in the origin country. From this perspective, the return and *non-refoulement* principle should be re-captured.

The Dutch MFA's report indicates that, although civilians in Syria, including government and other groups-led areas, are not fully safe, they are not directly targeted by military forces, neither governmental nor opposition groups.⁹¹ For instance, in October 2021, a bomb attack occurred in Damascus, which resulted in the deaths of 14 soldiers; this was the first lethal attack directed at military personnel to take place in the capital in approximately four years. The number of verified civilian casualties in 2021 is the lowest since the start of the civil war, with figures ranging between 1,271 and 1,309 based on various sources.⁹² Moreover, the report notes that the government-controlled area was not subject to widespread civil war-related violence.⁹³

The current situation in Syria regarding voluntary repatriation safely and securely is still a dilemma. The presence of ISIS, threats of the Assad regime, which is still in power, against the opposition groups, and the ongoing tensions and clashes between the regime and local or foreign powers are the main reasons for the dilemma.⁹⁴ The Assad regime's power in the judicial wing and military⁹⁵ are still concerned for Syrians returning to their home countries.

2.2. Türkiye's Policies and Practices for Voluntary Repatriation

The repatriation or return has been a challenging topic for Turkish authorities and society. The neoliberal policies implemented in the aftermath of the Syrian civil war in 2011 as the

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ Timour Azhari, 'Around 40,000 Syrians Return from Turkey after Quake' *Reuters* (28.02.2023) <<https://www.reuters.com/world/middle-east/around-40000-syrians-return-turkey-after-quake-2023-02-28/>> accessed 17 April 2023.

⁹¹ MFA Netherlands (n 62) 16-28.

⁹² *Ibid.* 14.

⁹³ *Ibid.* 16.

⁹⁴ İçduygu and Nimer (n 59) 423.

⁹⁵ İhlamur-Öner (n 58) 300.

open-door policy did not last more than several years.⁹⁶ The rising numbers of Syrians in Türkiye and the difficulty in providing sufficient, sustainable, and proper aid to them led the Turkish Government to tighten its open-door policy for further Syrian refugee flows. To reach this point, Türkiye has started to implement and follow a voluntary repatriation policy regarding Syrians, and that is how the narratives of return were initiated. Türkiye has been using strong narratives regarding Syrians' voluntary repatriation and military intervention to create a stable and safe zone to maintain the return phase of millions of Syrians in the country.⁹⁷ There have been several actors in creating refugee repatriation discussions, and pro-government NGOs and a few municipalities have utilized voluntary repatriation practices, yet they were small-scale.⁹⁸ The political and social tensions against Syrians in Türkiye, especially in neighborhoods, have been reported in several documents.⁹⁹ After 2016, the sparked debates about Syrian refugees in the social and political spheres of the country have led the Government to utter the return narrative.

Türkiye's prolonged refugee hosting in the case of SuTPs has been underlined in the existing literature. In line with this, the country has given priority to policies regarding the apprehension, detention, and return of undocumented immigrants under the security approach.¹⁰⁰ The growing number of SuTPs has triggered public and political attention on national security, which may lead to the securitization of immigrants via linking them to terrorism or illegal activities, resulting in arguments and narratives about return and repatriation.¹⁰¹ Yet, there is no agreement between Türkiye and Syria regarding facilitating a repatriation policy or any unilateral international organization. Hence, mainly voluntary or individual-based decisions have led to the return migration from Türkiye to Syria, as in the case of SuTPs.¹⁰²

⁹⁶ Başak Kale, 'The Limits of an International Burden-Sharing Approach: The Syrian Refugee Protection Crisis and Its Consequences on Turkey's Refugee Policy' (2017) 22 PERCEPTIONS: Journal of International Affairs 55.

⁹⁷ Şahin Mencütek (n 58) 2805.

⁹⁸ Ibid. 2812.

⁹⁹ İçduygu and Nimer (n 59) 420.

¹⁰⁰ Zeynep Şahin-Mencütek, 'The Institutionalization of "Voluntary" Returns in Turkey' (2022) 5 Migration and Society 43, 48.

¹⁰¹ See, Murat Erdoğan, "'Securitization from Society" and "Social Acceptance": Political Party-Based Approaches in Turkey to Syrian Refugees' (2020) 17 Uluslararası İlişkiler 68.

¹⁰² Şahin-Mencütek and Tsourapas (n 61).

In recent years, Turkish authorities have attempted to take concrete steps to initiate the repatriation of SuTPs. Authorities have implemented numerous policies and followed legal and bureaucratic policies to initiate and maintain the repatriation. These steps include bureaucratic and legal actions taken by the Presidency of Migration Management (PMM) as the main administrative body of Türkiye and over-border military operations by the Turkish Army in Syria to create safe zones for returnees.¹⁰³ As such concrete actions, the Turkish Army conducted Operation Euphrates Shield (2016–2017), Operation Olive Branch (2018), and Peace Spring Operation (2019) in recent years to claim the security and safety of Northern Syria for returnees and prevent any kind of Kurdish *de facto* state near the Turkish borders.¹⁰⁴

Voluntary repatriation has become one key policy of the EU, UNHCR, and other intergovernmental actors, international organizations, or such governments as Türkiye.¹⁰⁵ On the one hand, the return of the refugees in a prolonged situation is the desire of host countries for several reasons, including political and social backlashes or adverse economic impacts. On the other hand, refugees' conditions should be considered before repatriation as they may still have security concerns in their home countries.¹⁰⁶ Such a recent case, heard by the ECtHR, *Akkad v. Turkey*,¹⁰⁷ reflects a serious example of understanding of the Court in deportation/repatriation cases; therefore, it concludes the false applications that may breach the *non-refoulement* principle. In this case, the Court concluded that Articles 3, 5, and 13 of the Convention were violated and found two violations under Article 3. Firstly, Akkad, who was deported from Turkey to Syria in 2018, faced a risk of torture or ill-treatment due to the absence of any authority in the conflict zone of Aleppo, where he was deported, and the fact that it was

¹⁰³ Suna Gülfer İhlamur-Öner, 'The Global Politics of Refugee Protection and Return: The Case of the Syrian Refugees' in Eva Kassoti and Narin Idriz (eds), *The Informalisation of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum* (TMC Asser Press 2022) 291.

¹⁰⁴ Şahin-Mencütek and Tsourapas (n 61). See, The Turkish MFA, 'Article by H.E. Mr. Mevlüt Çavuşoğlu published in Foreign Policy titled "The Meaning of Operation Olive Branch" (Press Release) (5 April 2018) <https://www.mfa.gov.tr/article-by-h_e_-mr_-mevlut-cavusoglu_-the-minister-of-foreign-affairs-of-turkey-the-meaning-of-operation-olive-branch.en.mfa> (last visit 18.03.2024). See also, Fatima Mashi, Sofie Hamdi Icon and Mohammad Salman, "'Operation Olive Branch' in Syria's Afrin District: towards a new interpretation of the right of self-defence?' (2022) 9(2) *Journal on the Use of Force and International Law* 324.

¹⁰⁵ Ibid. 290; Şahin-Mencütek (n 107) 43.

¹⁰⁶ Esra Yılmaz Eren, 'Is Temporary Protection Eternal? The Future of Temporary Protection Status of Syrians in Turkey' (2019) 9 *Border Crossing* 125, 131.

¹⁰⁷ ECtHR, *Akkad v. Turkey*, Judgment, Second Section, Appl. No.1557/19, 21 Jun. 2022. P.s. The judgment is rendered in French; therefore, English version of the Press Release on the judgment and the Istanbul Bar Association's translation of the judgment were used.

an active war zone at the time of deportation.¹⁰⁸ The Court also noted that Turkish authorities did not properly assess the dangers that Akkad may have faced in Syria.¹⁰⁹ Secondly, the Court considered Akkad was handcuffed during the approximately 20-hour bus journey from Edirne to Hatay, which was a violation of Article 3 because of degrading treatment.¹¹⁰ Furthermore, the Court found the violation of Article 13 in conjunction with Article 3 due to the following reasons: the absence of a UNHCR or NGO representative when Akkad was asked to sign a voluntary return form, the lack of a translator during this process, the failure to provide Akkad with a copy of the form, the lack of explanation of the deportation procedure, and the failure to inform Akkad of his legal rights to challenge the decision.¹¹¹ Lastly, the Court found a violation of Article 5 because Akkad was told that he would be taken to a refugee camp in Gaziantep along with other individuals on the bus; however, the actual process was not explained to him.¹¹² Therefore, the Court found that Akkad's rights under Article 5 were violated due to the failure to formally record his deportation, failure to notify him of the process, failure to inform him of his legal right to challenge the decision, and the denial of his right to access legal remedies.

Could we claim that the aligning interests between European countries and Türkiye to Syrians' repatriation¹¹³ have a point? The conditions for the repatriation of Syrians capture a similar frame, with diverging results in other countries, especially Europe. For instance, Germany has used arguments against Syrians who have refugee status in Germany and visit Syria, especially for holidays, to *deport* them. The German Interior Minister Horst Seehofer reported this to Bild: "Anyone who regularly goes to Syria for a holiday as a Syrian refugee cannot seriously complain about being persecuted there. We have to strip him of his refugee status."¹¹⁴ In another example, the Danish Immigration Service announced Damascus and Rif Damascus as safe areas for returns in 2019 and added Tartous and Latakia to the list in March

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 72.

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 74.

¹¹⁰ *Ibid.*, paras. 110-115.

¹¹¹ *Ibid.*, paras. 82-92.

¹¹² *Ibid.*, paras. 104-105.

¹¹³ Sinem Adar, 'Repatriation to Turkey's "Safe Zone" in Northeast Syria: Ankara's Goals and European Concerns' (Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), German Institute for International and Security Affairs 2020) SWP Comments 1/2020 <<https://econpapers.repec.org/paper/zbwswpcom/12020.htm>> (last visit 13.04.2023).

¹¹⁴ Sputnik International, 'German Interior Minister Threatens to Deport Refugees Who Spend Holidays in Embattled Homeland' (*Sputnik International*) <<https://sputnikglobe.com/20190818/german-minister-deport-refugees-holidays-1076580080.html>> (last visit 13.03.2024).

2023.¹¹⁵ Therefore, Denmark has made it possible for Syrian refugees from those areas to lose their temporary protection status and be forced into repatriation.¹¹⁶ In accordance with these arguments and applications by various governments, readers should think critically about the *non-refoulement* principle and its implications or implementation process. The *eternality* of temporary protection status and the irrefutable nature of *non-refoulement* creates a dilemma for hosting countries in terms of economic, social, and political manners. Türkiye, as the world's leading refugee hosting country for at least a decade, is now explicitly seeking a safe and secure solution for both SuTPs and the host society.

Ultimately, this section shows the Turkish government's intention regarding the repatriation of SuTPs. The narrative building policy, extraterritorial military operations to establish safe zones, and visit permits to promote voluntary return have been general applications by the Turkish authorities. This section has also underlined the practices implemented by Germany and Denmark for comparison. Overall, this section attempted to prompt the complex question: Is it possible to safely and securely return to Syria? While the vast majority of the existing literature suggests that there is no such proof for safety in Syria, the safe zone claims by various countries are also on the table. In this case, it is impossible to directly and easily reject the idea that particular areas in Syria are not yet safe for return for at least two reasons. Firstly, such military operations held by the Turkish Army have been used by Turkish authorities to establish safe and secure zones for voluntary repatriation. Secondly, the case of Syrians visiting their home countries and re-entering Türkiye after a short period might be asserted as evidence of the possibility of relative safety in Syria.

3. Discussion: The Breach of the *non-refoulement* or the Humanitarian Solution for All Parties?

The International Protection Regime (IPR) and the subsidiary protection, which is a secondary form of protection, allow persons to flee their home countries under certain conditions that severely threaten their right to live in a free, liberated, safe, and secure environment. The universal human rights acceptance to flee from one's home country and seek asylum in another country for such threats is a guiding principle in international law. Yet, the

¹¹⁵ Human Rights Watch, 'Syrian Refugees in Denmark at Risk of Forced Return' (13.03.2023)
<<https://www.hrw.org/news/2023/03/13/syrian-refugees-denmark-risk-forced-return>> (last visit 13.03.2024).

¹¹⁶ Ibid.

provision of this principle indicates an urgent action in emergencies to provide shelter to those who are in need of protection. The first dilemma occurs here: When does the urgency to provide IP end? On the one hand, we have the human rights notion and the guiding principle of *non-refoulement*, whilst, on the other hand, we also aim for the sustainability of IP for hosting countries by means of economic, social, and political tensions.

The case of Türkiye poses a unique and rare actuality as multi-level narratives and definitions have been used to refer to Syrians in the country. As a neighboring country, Türkiye had opened its borders to Syrians, who fled from the civil war that started in 2011. At the beginning of the flow, Türkiye desired Syrians to reside temporarily and in the short term.¹¹⁷ Hence, the social and political perceptions regarding Syrian migration flows were based on *temporary guest hosting*. However, then, the initial social narrative of *guests* regarding Syrians transformed into the political field via religious terms to justify the Government's responsibility to protect them for an extended period: *ensar* and *muhajir*.¹¹⁸ In addition to these frameworks, the legal status of Syrians was determined as *SuTPs*.

Besides international documents, the LFIP also codifies the *non-refoulement* principle in Article 4, which denotes, "No one within the scope of this of this Law shall be returned to a place where he or she may be subjected to torture, inhuman or degrading punishment or treatment or, where his/her life or freedom would be threatened on account of his/her race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." The scope of the FLIP Article 4 is more comprehensive than Article 33 of the Convention. The exact scope is also shared by the TPR Article 4. Additionally, Article 55 of the LFIP lists exceptions for the removal of decisions, as follows: "when there are serious indications to believe that they shall be subjected to the death penalty, torture, inhuman or degrading treatment or punishment in the country to which they shall be returned to; who would face risk due to serious health condition, age or, pregnancy in case of travel; who would not be able to receive treatment in the country to which they shall be returned while undergoing treatment for a life-threatening health condition."

¹¹⁷ Osman Bahadır Dinçer, Vittoria Federici, Elizabeth Ferris, Sema Karaca, Kemal Kirişçi, and Elif Özmenek Çarmıklı, 'Turkey and Syrian Refugees: The Limits of Hospitality' International Strategic Research Organization (USAK) (2013) 32.

¹¹⁸ Murat Erdoğan, *Syrian Barometer 2020: A Framework for Achieving Social Cohesion with Syrians in Turkey* (Eğiten Book Publishing 2022) 213. *Ensar* and *Muhajir* refer to the religious definition of immigrant and host community in Islamic culture. Precisely, *Ensar* means the host community whereas.

The legal framework and ECtHR jurisprudence regarding refugees' repatriation discussed above have led to the critical search for possible solutions for refugee repatriation without breaching the *jus cogens non-refoulement* principle. As mentioned earlier, the sustainability of the IPR is crucial for both those who need protection from the international community and the hosting countries. In this sense, it is also vital to maintain social cohesion and hospitality between two parties as refugees and host communities. Despite the uprising of far-right parties and their securitization approach toward SuTPs in Türkiye, Turkish society has also been living in the country's harshest economic and political conditions in recent years. Under these circumstances, the hosting countries' urge to initiate refugee returns should be addressed.

The ability of SuTPs to visit Syria and re-enter Türkiye after a brief period of stay in their home countries, the number of SuTPs returned to Syria after the February 2023 earthquakes, and the other countries' applications such as Germany and Denmark regarding returns have triggered Türkiye's debate about the safe and secure return of SuTPs to Syria. The Turkish Government's efforts to establish safe zones in Northern Syria through cross-border military operations and construction projects for a humane life of returnees in Syria should be evaluated from the lens of Türkiye's attempt to initiate repatriation. Hosting SuTPs for more than a decade, overall, is an understandable policy decision from economic, political, and social means to maintain the safe and secure return of SuTPs in Türkiye. The failed international burden-sharing approach in the international refugee regime and the uneven responsibility, especially on neighboring countries in such cases, have been consistently underlined in the relevant literature.¹¹⁹ Given that, the twofold feature of refugee hosting must be analyzed: the responsibility to give shelter to those in need, the burden on host countries for extended hosting periods, and the coercive impacts of a large number of refugee stock.

Under this unjust process of refugee hosting that excessively creates a burden on neighboring countries, host countries and communities should also have their voices. Efforts to maintain safe zones in the conflict areas, preparing the conditions for safe and secure return, and assisting the repatriation process are considered primary steps for refugee returns. To do so, neighboring countries should have a right to claim the safe return to the refugees' country of origin. Unless there is a consensus on this approach, countries will attempt to externalize

¹¹⁹ Eiko Thielemann, 'Why Refugee Burden-Sharing Initiatives Fail: Public Goods, Free-Riding and Symbolic Solidarity in the EU' (2018) 56 JCMS: Journal of Common Market Studies 63; Frederik R Lybaek-Jensen, 'Burden-Sharing or Burden-Shifting: Analyzing International Cooperation on the EU-Turkey Statement and Its Implications for Refugee Protection' (Master's Thesis, Aalborg University 2019) <<http://rgdoi.net/10.13140/RG.2.2.14965.32484>> (last visit 17.03.2024; Kale (n 95)).

migration management and prevention applications or be economically or socially destabilized due to the hospitality burden.

In the case of Türkiye, the Presidency of Migration Management (PMM) was established by enacting the LFIP in 2013 to obtain managerial responsibility for voluntary and involuntary migration-related issues. Therefore, in the case of a repatriation policy concerning SuTPs, the PMM would play a pivotal role. The organizational capacity of the PMM has increased over the years as it has spread all over the country with its institutional framework. In every city, there are Provincial PMM offices, and metropolitan areas have more offices. The quality and expertise of the PMM staff are also notable. Under the legal framework and duties, the PMM has sufficient resources, facilities, and specialized staff to interview foreigners. LFIP Article 75 notes that the PMM needs to conduct in-person interviews to assess international protection applications. Hence, the repatriation process of SuTPs could be enhanced under the PMM structure. To do so, the PMM needs to conduct interviews with each Syrian before making the decision for their return. In these interviews, the PMM needs to assess whether Syrians have legitimate fears of persecution based on their minority status or other factors, e.g., they can be religiously, politically, or ethnically minority in Syria. In case of necessity, the PMM needs to provide an officially registered translator. Furthermore, the PMM is an accredited institution that has the authority to cooperate with other international organizations, governments, NGOs, or INGOs, according to LFIP Article 92. An example of this might be the International Organization for Migration (IOM), the INGO, which has been organizing voluntary returns.¹²⁰ Additionally, the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) might be another durable option to initiate a well-organized and planned repatriation process.

During the interviews, the PMM must consider people with serious health problems. In the leading judgment of the ECtHR, *Paposhvili v. Belgium*, the applicant claimed that he would not be able to access adequate treatment for his last stage of leukemia in Georgia, which would cause the violation of Article 3 of the ECHR.¹²¹ During its examination of the case, the Court noted that the returning State should consider the situation of the receiving State using general sources, such as the World Health Organization (WHO) or well-known NGOs; moreover, applicants' personal health conditions before removal and possible effects of the removal on

¹²⁰ Azadeh Dastyari and Asher Hirsch, 'The Ring of Steel: Extraterritorial Migration Controls in Indonesia and Libya and the Complicity of Australia and Italy' (2019) 19 Human Rights Law Review 435, 437.

¹²¹ *Paposhvili* (n 44) paras. 139-140.

their health conditions should be considered as well.¹²² Furthermore, the returning State should also take into account that even though the receiving State may have sufficient means to provide treatment, applicants should actually have access to the health system and facilities; this consideration should cover the “cost of medication and treatment, the existence of a social and family network, and the distance to be traveled in order to have access to the required care.”¹²³ The Court also noted that if there are serious doubts concerning the impact of the removal on the applicant, the returning State must obtain assurances from the receiving State.¹²⁴ Consequently, the PMM must consider those who claim to have serious health problems, and they may not be able to access treatment in Syria. While considering the Syrian health system’s condition, the PMM can use reports from WHO, ICRC, and reputable NGOs. Besides, contrary to the ECtHR’s threshold on the examination of the violation of the *non-refoulement* principle on the removal of people with illnesses, the PMM also needs to consider Syria’s health system’s condition post-civil war. After conducting a thorough examination, if the PMM considers that a person may not be able to access treatment in Syria, it should not render a decision to return to Syria, which would violate the *non-refoulement* principle. Lastly, people who remain in the country should be able to continue their treatment before consideration of their removal; in contrast, having no option to leave because of the lack of treatment would be a *de facto* enforced departure, which would violate the *non-refoulement* principle.¹²⁵

There are also two main groups of people who cannot be deported or are vulnerable to these processes. The first one is elderly individuals and other vulnerable groups, such as persons with disabilities, single women, children, and LGBTQI+ individuals . As of April 6, 2023, the number of people above 70 exceeds forty thousand, according to the PMM’s official statistics.¹²⁶ These individuals require special attention due to their fragility based on their age. Besides, the above considerations should be applied when they need treatment. The second group consists of people who cannot be extradited or deported, including those who hold Turkish citizenship, and those who acquired it through the naturalization process. Article 23(5) of the Turkish Constitution clearly states that “Citizens shall not be deported or deprived of their right of entry into the homeland.” As per Article 23(5) of the Turkish Constitution, citizens

¹²² Ibid. paras. 187-188.

¹²³ Ibid. para. 190.

¹²⁴ Ibid. para. 191.

¹²⁵ Dastyari and Hirsch (n 117) 459.

¹²⁶ The PMM, Distribution by age and gender of registered Syrian refugees recorded by taking biometric data. <<https://en.goc.gov.tr/temporary-protection27>> (last visit 17.04.2023).

are assured that they cannot be deported or extradited and have the right to enter Turkish territory. However, in case of cancellation of citizenship status by a court decision following a fair trial process, their repatriations can be considered. Apart from these groups, Article 55 of the FLIP lists other groups that cannot be issued removal decisions.¹²⁷

Although an effective remedy may not need to be a judicial authority,¹²⁸ SuTPs will have the right to appeal the PMM's decision on removal before administrative courts. They can appeal the decision in seven days before the administrative courts. The administrative courts must decide in 15 days and have the power to suspend removal decisions of the PMM. Besides, Article 53(c) of the LFIP ensures that Syrian individuals have the right to stay in Türkiye until the appeal proceedings are completed. The administrative courts' decisions are final. However, Syrian individuals have a right to bring those judgments before the Turkish Constitutional Court (TCC) as an individual complaint to claim that their rights are violated, which is derived from the Turkish Constitution and the ECHR.¹²⁹ Although an individual complaint may not cause an automatic suspensive effect on the removal decision, the TCC may decide to suspend it upon the individual's request or *ex officio*.¹³⁰ Moreover, as the TCC noted in the Y.T. application, individuals can request legal aid when they are not able "to afford the litigation process without suffering a significant financial burden."¹³¹ Lastly, considering the importance and complexity of the matter, the TCC may render a pilot judgment to set the principles to guide the PMM and administrative courts according to Article 75 of the Internal Regulations of the Court. Besides, considering Article 13 with Articles 2 and 3 of the Convention, the Court noted that an effective remedy requires a close, independent, and rigorous scrutinization of any allegation of existing a real risk of ill-treatment in return.¹³² Further, it requires that the concerned person should have access to a remedy that would have an automatic suspensive effect on removal decisions.¹³³

¹²⁷ See, 5-6.

¹²⁸ Hirsi Jamaa (n 32) paras. 197-200.

¹²⁹ Article 45(1) of the Law on Constitutional Court says that "Everyone can apply to the Constitutional Court based on the claim that any one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights and the additional protocols thereto, to which Turkey is a party, which are guaranteed by the Constitution has been violated by public force."

¹³⁰ Meltem İneli Cığır, 'Protecting Syrians in Turkey: A legal analysis' (2017) 29(4) International Journal of Refugee Law 555, 573.

¹³¹ Y.T. Application App No: 2016/22418 (Turkish Constitutional Court, 01.11.2016) para. 37.

¹³² M.S.S. (n 32) para. 293.

¹³³ Ibid.

In summary, the repatriation process is vastly complex and involves many obstacles that must be considered for safe completion. The PMM would play a central role during the process, including conducting interviews with every SuTP to clarify their individual conditions, including their health conditions, or belonging to a minority group that may be subjected to discriminatory treatments. During the interviews, the PMM should provide legal assistance and translation for those who need it. As noted in the Akkad judgment, the means of repatriation also might cause a violation of the Convention; therefore, the repatriation means and process should not be degrading or inhumane. In addition, interviews should be conducted effectively to provide the necessary information to SuTPs. Moreover, the PMM should cooperate with IOs, NGOs, and INGOs to achieve fair burden-sharing and provide transparent processes. Further, the Turkish government and international community should establish a means of communication with the GoS to ensure the safe repatriation of SuTPs and monitor their conditions after the process.¹³⁴

CONCLUSION

This research explores whether it is possible to maintain a safe and secure return of SuTPs to Syria without breaching international law, particularly the *jus cogens* norm of the *non-refoulement* principle. To achieve this end, the paper has investigated the ECtHR jurisprudence and applications to the *non-refoulement* principle, respectively. After a comprehensive understanding of the *non-refoulement* principle and its nexus with ECtHR jurisprudence, the possible scenarios for SuTPs' repatriation from Türkiye and the limits of the *non-refoulement* principle have been discussed. Various parties' claims regarding Syria's safety for returns and other countries' applications have been scrutinized. Ultimately, we enhance the perspective that the repatriation of persons under IP is strictly regulated and monitored by international law, and any violation of that legal framework could put their lives in danger.

The situation in Türkiye is unique for international migration and refugee law research. Indeed, the international legal framework is expected to be well-designed, but there are still gaps in applying international refugee law and regulations. The World's leading refugee-

¹³⁴ As noted in the EUAA's report, the GoS organized an international conference to discuss Syrians' return to Syria in November 2020 in Damascus. The GoS invited the EU, several States, and international organizations, including UNHCR. The EU, several States, and UNHCR boycotted the event and did not participate in it. Although the EU and some States' non-participation decision to the event could be accepted as a political decision, as a non-political international organization, UNHCR should have participated in this event; it needs to play an active role in future as a leading organization. See, EUAA, Returnees (n 82) 11.

hosting country has, obviously, faced problems and obstacles during the last decade, including an uneven burden-sharing approach and the complexity of the legal status of Syrians in Türkiye. The proximity between Türkiye and Syria has made Türkiye the first and most effective option to flee. Piling numbers of Syrians in Türkiye has, on the one hand, triggered social and political tensions in the country over the years. Especially the deepening economic and political crises have led to societal backlashes against the Syrian community in Türkiye. On the other hand, the cross-border military operations held by the Turkish Army and Syrians' visits to their home country during holidays have made the situation in Syria debatable for public opinion in Türkiye. Despite these claims, at least partial safety in Syria is not sufficient for initiating the repatriation process of persons under IPR without breaching the *non-refoulement* principle.

Safety is a multi-dimensional concept that covers food security, health services, economic security, environmental security, political security, legal security, and civil security. Unless one reaches complete safety regarding these components, legally, it is impossible to claim a region or country as a safe zone, which will provide the base for legal repatriation before international law. Hence, we cannot debate legal repatriation or return by ignoring international cooperation, which will convince the international community. The failed international regime of burden-sharing regarding refugee hosting has obviously hit Türkiye by means of economy and politics. Under these circumstances, although it is understandable to implement or initiate policies for repatriation, compliance with international law is not a *should* but a *must*.

In this line, what should be done for refugees and host countries needs to be argued. The results of this research show that a repatriation policy would depend on international cooperation. Hence, repatriation is not perceived as a process but as a well-designed policy. The policy should focus on international cooperation for several reasons. Firstly, international cooperation is the key factor for convincing the audience as the international community of a safe and secure return. Unfortunately, policies only implemented by host countries lack credibility with other countries. Secondly, the failed burden-sharing implementation can only be resolved by international cooperation. Thirdly, it is essential to observe and monitor the returnees' situations in the country of origin after repatriation, not only to maintain a safe and secure return. There should be an international independent body to monitor the possible human rights violations of returnees after their arrival to their country of origin. All these steps, as mentioned above, require international cooperation. However, there are two more points for the legal and well-designed repatriation policy: cooperation with the country of origin's legal Government and hearing the voice of regional actors such as neighboring host countries. In the

case of SuTPs in Türkiye and their legal repatriation to Syria without crossing the limits of the *non-refoulement* principle, Türkiye should take the following steps: i) rather than single-party military operations, Türkiye should initiate and lead joint military operations in Syria to achieve greater safe zones for SuTPs safety, ii) the legal government of Syria, which is Bashar Al-Assad in this case, should be taken into consideration for official negotiations to compromise for a safe and secure return of SuTPs, iii) an international body should be established in Syria to observe and monitor the status of returnees, iv) regional actors' voices should be carefully taken into consideration for further implementations, and lastly, all of these steps should be taken in an international environment to acknowledge and convince international community for the purest strategy of repatriation. Furthermore, as a necessity of international peace, humanitarian aid should be provided to Syrians who returned to their home country, sanctions should be lifted, and international affairs should be normalized. Only after these steps are taken will it be possible to legally initiate a repatriation policy by Türkiye without forcing the limits of the application of the *non-refoulement* principle.

Ultimately, this paper has applied ECtHR jurisprudence over the application of the *non-refoulement* principle in the case of SuTPs in Türkiye and their repatriation. We, therefore, have revealed the necessary steps for the legal repatriation or return of Syrians. Future research may focus on other perspectives and jurisprudence of other bodies in the case of SuTP repatriation. Besides, we believe the host countries should be able to call on the international community for durable solutions to extended periods of refugee hosting, especially under the failed burden-sharing system.

BIBLIOGRAPHY

Primary Sources

Akkad v. Turkey, App no: 1557/19 (ECtHR, 21.06.2022)

F. G. v. Sweden App no. 43611/11 (ECtHR, 23.03.2016)

Hirsi Jamaa and Others v. Italy App no. 27765/09 (ECtHR, 23.03.2012)

J. K. and Others v. Sweden App no. 59166/12 (ECtHR, 23.08.2016)

Khlaifia and Others v. Italy App no. 16483/ 12 (ECtHR, 15.12.2016)

Law on Foreigners and International Protection (No: 6458, Accepted on 04.04.2013),

M. D. and Others v. Russia App nos. 71321/17 and 9 others (ECtHR,14.09.2021)

M. S. S. v. Belgium and Greece App no. 30696/09 (ECtHR, 21.01.2011)

Mamatkulov and Askarov v. Turkey Apps nos. 46827/99 and 46951/99 (ECtHR, 04.02.2005)

Paposhvili v. Belgium App no. 41738/10 (ECtHR, 13.12.2016)

Saadi v. Italy App no. 37201/06 (ECtHR, 28.02.2008)

Salah Sheekh v. the Netherlands App no. 1948/04 (ECtHR, 11.01.2007)

Sufi and Elmi v. the United Kingdom Apps nos. 8319/07 and 11449/07 (ECtHR, 28.06.2011)

Temporary Protection Regulation (No: 6203, Accepted on 13.10.2014).

Vilvarajah and Others v. the United Kingdom App nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87 (ECtHR, 30.10.1991)

Y.T. Application App No: 2016/22418 (Turkish Constitutional Court, 01.11.2016)

Syrian Nationality Law (Syrian Arab Republic), Legislative Decree 276, 24 November 1969.

Secondary Sources

'UN Praises 'Potential' of Syria Prisoner Amnesty' Voice of America, 22.05.2022, <https://www.voanews.com/a/un-praises-potential-of-syria-prisoner-amnesty/6584336.html> (last visit 15.03.2024).

Adar S, 'Repatriation to Turkey's "Safe Zone" in Northeast Syria: Ankara's Goals and European Concerns' (Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP), German Institute for International and Security Affairs 2020) SWP Comments 1/2020 <<https://econpapers.repec.org/paper/zbwswpcom/12020.htm>>.

Allain J, 'The jus cogens nature of non-refoulement' (2001) 13(4) International Journal of Refugee Law 533.

- Altıok B and Tosun S, 'Understanding foreign policy strategies during migration movements: a comparative study of Iraqi and Syrian mass refugee inflows to Turkey' (2020) 21(5) Turkish Studies, 684.
- Azhari T, 'Around 40,000 Syrians Return from Turkey after Quake' Reuters (28.02.2023) <<https://www.reuters.com/world/middle-east/around-40000-syrians-return-turkey-after-quake-2023-02-28/>>.
- Dastyari A and Hirsch A, 'The Ring of Steel: Extraterritorial Migration Controls in Indonesia and Libya and the Complicity of Australia and Italy' (2019) 19(3) Human Rights Law Review 435.
- Dinçer OB, Vittoria Federici, Elizabeth Ferris, Sema Karaca, Kemal Kirişci, and Elif Özmenek Çarmıklı, 'Turkey and Syrian Refugees: The Limits of Hospitality' International Strategic Research Organization (USAK) 2013.
- Erdoğan M, "'Securitization from Society" and "Social Acceptance": Political Party-Based Approaches in Turkey to Syrian Refugees' (2020) 17 Uluslararası İlişkiler 68.
- Erdoğan M, Syrian Barometer 2020: A Framework for Achieving Social Cohesion with Syrians in Turkey (Eğiten Book Publishing 2022).
- EUAA, Syria: Situation of returnees from abroad, June 2021.
- European Asylum Support Office, Syria: Military Service (Country of Origin Information Report) April 2021.
- European Union Agency for Asylum (former EOSA), Country Guidance: Syria, February 2023.
- Gil-Bazo MT, 'Refugee protection under international human rights law: From non-refoulement to residence and citizenship' (2015) 34(1) Refugee Survey Quarterly 11.
- Greenman K, 'A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law' (2015) 27(2) International Journal of Refugee Law 264.
- Hathaway JC, 'The Meaning of Repatriation' (1997) 9(4) International Journal of Refugee Law 551.
- Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/51/45, 17.08.2022.
- Human Rights Watch, 'Syrian Refugees in Denmark at Risk of Forced Return' <<https://www.hrw.org/news/2023/03/13/syrian-refugees-denmark-risk-forced-return>> accessed 13 April 2023.

Hyde L, 'The principle of non-refoulement in international law' (2016) 1 Rescriptum 29.

İçduygu A and Nimer M, 'The Politics of Return: Exploring the Future of Syrian Refugees in Jordan, Lebanon and Turkey' (2020) 41(3) Third World Quarterly 415.

Ihlamur-Öner SG, 'The Global Politics of Refugee Protection and Return: The Case of the Syrian Refugees' in Eva Kassoti & Narin Idriz (eds) *The Informalization of the EU's External Action in the Field of Migration and Asylum*. (1st edn, T.M.C. Asser Press 2022) 291-315.

Immigration and Refugee Board of Canada, Syria: Compulsory military service, including age of recruitment, length of service; occasions where proof of military service status is required; whether the government can recall individuals who have already completed their compulsory military service; penalties for evasion (2008-July 2014), 13.08.2014, SYR104921.E.

İneli Ciğer M, 'Protecting Syrians in Turkey: A legal analysis' (2017) 29(4) International Journal of Refugee Law 555.

İneli-Ciğer M, *Temporary Protection in Law and Practice* (1st edn, Brill- Nijhoff 2017).

Kale B, 'The Limits of an International Burden-Sharing Approach: The Syrian Refugee Protection Crisis and Its Consequences on Turkey's Refugee Policy' (2017) 22(4) PERCEPTIONS: Journal of International Affairs 55.

Kırdım ŞE and Demirkol A, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Bir Kaynağı Olarak Uluslararası Örf ve Âdet Hukuku' (2021) 25 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379.

Mashi F, Hamdi Icon S and Salman M, "'Operation Olive Branch' in Syria's Afrin District: towards a new interpretation of the right of self-defence?' (2022) 9(2) Journal on the Use of Force and International Law 324.

Molnár T, 'The principle of non-refoulement under international law: Its inception and evolution in a nutshell' (2016) 1(1) Corvinus Journal of International Affairs 51.

Moran CF, 'Strengthening the principle of non-refoulement' (2021) 25(6) The International Journal of Human Rights 1032.

Özdan S, *Human Rights Recognised as Jus Cogens* (1st edn, Palgrave MacMillan 2022) 47.

Riyanto S, 'The Refoulement Principle and Its Relevance in the International Law System.' (2009) 7 Indonesian Journal of International Law 695.

Şahin Mencütek Z, 'Governing Practices and Strategic Narratives for Syrian Refugee Returns' (2021) 34(3) Journal of Refugee Studies 2804.

Şahin Mencütek Z, 'The Geopolitics of Returns: Geopolitical Reasoning and Space-Making in Turkey's Repatriation Regime' (2023) 28(3) Geopolitics 1079.

Şahin Mencütek Z, 'The Institutionalization of "Voluntary" Returns in Turkey' (2022) 5(1) Migration and Society 43.

Sputnik International, 'German Interior Minister Threatens to Deport Refugees Who Spend Holidays in Embattled Homeland' (Sputnik International) <<https://sputnikglobe.com/20190818/german-minister-deport-refugees-holidays-1076580080.html>>.

Stein BN, 'Refugee Repatriation, Return, and Refoulement During Conflict' (USAID Conference Promoting Democracy, Human Rights, and Reintegration in Post-conflict Societies, 1997) <https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/pnacd092.pdf> 29 April 2024.

Syria Direct, 'As losses mount in Idlib, Damascus sends conscripts from "reconciled" areas to the front' 04.03.2020.

The Danish Ministry of Immigration and Integration, Syria - Military Service (Report based on a fact-finding mission to Istanbul and Beirut (17-25 February 2020)), May 2022.

The Day After, Syrian Refugees in Turkey: Perceptions on Return to Syria (Survey Report), April 2020.

The Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, Country of Origin Information Report Syria, May 2022.

The Turkish MFA, 'Article by H.E. Mr. Mevlüt Çavuşoğlu published in Foreign Policy titled "The Meaning of Operation Olive Branch" (Press Release) (5 April 2018) <https://www.mfa.gov.tr/article-by-h_e_-mr_-mevlut-cavusoglu_-the-minister-of-foreign-affairs-of-turkey-the-_meaning_-of-operation-olive-branch.en.mfa> (last visited 18.03.2024)

Thielemann E, 'Why Refugee Burden-Sharing Initiatives Fail: Public Goods, Free-Riding and Symbolic Solidarity in the EU' (2017) 56(1) Journal of Common Market Studies 63.

Tsourapas G and Şahin Mencütek Z, 'When Do States Repatriate Refugees? Evidence from the Middle East' (2022) 8(1) Journal of Global Security Studies 1.

UN Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/34/64, 02.02.2017.

Valenta M, Jakobsen J, Župarić-Iljić D, Halilovich H, ‘Syrian Refugee Migration, Transitions in Migrant Statuses and Future Scenarios of Syrian Mobility’ (2020) 39(2) *Refugee Survey Quarterly* 153.

Vogelaar F, ‘Principles Corroborated by Practice? The Use of Country of Origin Information by the European Court of Human Rights in the Assessment of a Real Risk of a Violation of the Prohibition of Torture, Inhuman and Degrading Treatment’ (2016) 18(3) *European Journal of Migration and Law* 302.

World Food Programme Syria, Country brief, August 2021.

Yavçan B, ‘Turkish Experience with Refugees Returns to Syria’ Discussion Paper (2019) <<https://gcris.etu.edu.tr/handle/20.500.11851/2965>> 13 April 2023.

Yılmaz Eren E, ‘Is Temporary Protection Eternal? The Future of Temporary Protection Status of Syrians in Turkey’ (2019) 9(2) *Border Crossing* 125.

**KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI ÜZERİNE KURAMSAL VE HUKUKSAL
BİR TARTIŞMA**
THEORETICAL AND LEGAL DISCUSSION ON THE RIGHT TO STRIKE OF PUBLIC SERVANTS

Araştırma Makalesi

Esin YÜĞRÜK*
Burak YÜCEKAYA*

ÖZ

Grev, geçmişi bin yıllar ötesine giden bir toplumsal olgudur. Bunun ötesinde grev, on dokuzuncu yüzyıldan bu yana kapitalist üretim ilişkilerinin egemenliğini tesis etmesiyle beraber hukuki bir olgu olarak da kendini göstermiştir. İlgili zaman diliminin başlangıcında çoğunlukla yoksul yığınların kötü çalışma koşullarına verdikleri bir tepki olan grev, yirminci yüzyılın ortalarında toplumsal alandaki varlığı ve meşruiyeti geniş konsensüs halinde kabul edilip hukuk metinlerinde kendine yer bularak bir sosyal hak formunu almıştır.

Bu çalışmada üzerinde durulacak konu ise tüm çalışanların değil ancak kamu görevlilerinin grev hakkıdır. Yirminci yüzyılın başında Fransa’da konuyla ilgili tartışmalar yoğunlaşmış, aynı yüzyılın ortalarında ise anayasal düzeyde düzenlenmiştir. Türkiye’de ise yasalarla kamu görevlilerinin grev hakkını kullanmasına yasaklamalar getirilmiştir. Bu yasaklamaların ötesinde konu hala öğretilerde tartışılmaktadır. Bu kapsamda çalışmada grev hakkına yönelik teorik ve hukuki bazı tartışmalar yürütülecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Süreklilik, Kamu Görevlileri, Grev Hakkı, Sendikal Faaliyetler

ABSTRACT

The strike is a social phenomenon whose history goes back thousands of years. Moreover, the strike has also manifested itself as a legal phenomenon since the nineteenth century, with the establishment of the dominance of capitalist relations of production. The strike, which was mostly a reaction of the poor masses to poor working

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1445945

Makalenin Geliş Tarihi: 01.03.2024 **Makalenin Kabul Tarihi:** 09.05.2024

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı,
E-posta: esinyugruk@gmail.com

ORCID: 0000-0001-7501-4085

* Arş. Gör., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı,
E-posta: burakyucekaya@cumhuriyet.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-3265-5824

Bu makale Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

conditions at the beginning of the relevant time period, took the form of a social right in the middle of the twentieth century, its existence and legitimacy in the social sphere were accepted by broad consensus and found its place in legal texts.

The issue that will be focused on in this study is not the right of all employees, but of public servants to strike. At the beginning of the twentieth century, discussions on the subject intensified in France, and in the middle of the same century, they were organized at the constitutional level. In Turkey, on the other hand, prohibitions have been imposed by law on the exercise of the right of public servants to strike. Beyond these prohibitions, the issue is still being discussed in teaching. In this context, some theoretical and legal discussions on the right to strike will be conducted in the study.

Keywords: Public Service, Continuity, Public Servants, Right to Strike, Trade Union Activities

EXTENDED ABSTRACT

No form of right has been granted to man in any section of history. This is even more evident in the collective view of the right, which appears as a formatted version of a specific and time-space-based set of demands. The strike exposes this fact to us in the most concentrated way. The acquisition of strike as a fundamental right and freedom, which has taken the form of a right, has been realized as a result of the great struggles of those who were forced to sell their labor and paid very heavy prices, and the right to strike has taken its place in the constitutions of nation states and international regulations.

The right to strike takes its constitutional basis in Turkish law from the fifty-fourth article of our Constitution. However, in this article, only workers are mentioned in terms of having the right to strike, and there is no provision in the Constitution that explicitly recognizes the right to strike to public servants. On the other hand, the issue that the right to strike is granted only to workers in the Constitution, which will necessarily constitute a limitation for public servants, should be met with hesitation. Because there is also no constitutional provision explicitly prohibiting the right of public servants to strike.

It is seen that “public services” constitute the focal point of the discussions on the recognition of the right to strike to public servants. Citing the principle of continuity of public services, it is stated that public servants should be prohibited from having the right to strike, otherwise the situation will lead to major disasters in public life and endanger public order. However, the validity of these reasons in terms of every public official and the public service he sees is debatable. As will be discussed in the article, the principle of continuity has been shaped around the material historical dynamics in which it has always been from its birth to the meanings it has undergone in the twentieth century. It seems that the principle developed in judicial bodies -especially Conseil d’Etat- at the beginning of the twentieth century directly related to strikes of public servants was interpreted more flexible in the periods when inter-class reconciliation was accepted in the middle of the twentieth century. In particular, strikes by public servants who are not at a high level in the bureaucratic hierarchy and who are not paralyzed by public order are considered one of the rights that should exist in a democratic society

On the other hand, it is also a fact that such a prohibition from the point of view of all public servants will constitute interference with the trade union rights of public servants in a way that touches the essence of the right. However, by ignoring these facts, it is seen that no steps have been taken regarding the Decrees prohibiting the right of public

servants to strike in the legislation. In the Civil Servants Law, prohibitions on the exercise of the right to strike have been introduced and disciplinary sanctions have been stipulated for civil servants. However, it is observed that there is no distinction between trade union rights between workers and public servants in international decrees; international supervisory bodies recognize the right to strike to public servants, although they accept that it may be limited in terms of some public services. As a matter of fact, the incompatibilities between the laws and international regulations open the door for the administration to intervene in the work stoppage or deceleration activities of public servants, and continue to leave public servants under the threat of administrative sanctions.

In addition to Turkish law, the international dimension of the right of public servants to strike has also been considered in the study, considering the necessity of a comparative study. This dimension has been examined by taking the Decisions of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights, as well as the ILO (International Labour Organization) Conventions and the Decisions of the Supervisory Bodies into the center. It is seen that the ECHR is more hesitant to recognize the right of public servants to strike compared to the ILO.

As a result, the purpose of the study is to raise awareness of the right to strike, which public servants, who must be considered a labor force, must have just because of these qualities, but restrictions are imposed on their use.

GİRİŞ

Grev, geçmişi Mısır Piramitleri'nin yapımına kadar uzanan, bu dünyayı yeni baştan kuran doğrudan üreticinin bu kurma faaliyetine ara vermesidir. İnsan türünün avcı toplayıcı döneminden tarım ve daha sonra farklı iş kollarındaki üretici tarihi boyunca, grev, emeğin kolektif formunda üretim sürecine katılanlar yönünden bir potansiyeli, bu potansiyelle birlikte bir tehdidi ifade eder olmuştur. İş durdurma, iş bırakma gibi sözlük tanımları olan grevin¹ bir hak formunda hukuki metinlere dâhil oluşu, ancak on dokuzuncu yüzyılın sonunda, genelleştirilmiş meta üretiminin makinelerle ve sınaî şekilde yapılmasıyla ve işçi sınıfının birtakım mücadeleleri ve dolayısıyla talepleri ardından mümkün olabilmiştir. Hukuki grev hakkının etkin bir şekilde kullanımı ise ancak İkinci Savaş'ı izleyen yaklaşık otuz yıllık zaman diliminde, merkez kapitalist ülkelerdeki örgütlü işçi sınıfının ve işçi sınıfının çıkarlarının ön planda olduğu Doğu Bloğu'nun varlığıyla söz konusu olmuştur.

Bu çalışmada özel olarak incelenecek konu ise bir bütün olarak grev olgusu ve hakkı değil, kamu görevlilerinin grev hakkıdır. İlgili husus dünya çapında yirminci yüzyıl başlarında modern/kapitalist devletin piyasayı düzenleyici ve planlayıcı işlevlerinin belirginleşmesinden

¹ Makal, grevin tanımlarında farklı noktalar bulunduğunu belirtmekle beraber tanımlardaki ortak unsurları şöyle maddelendirmiştir: Geçici olması, bir iş durdurma olması, toplu bir hareket olması ve hesaplı bir iş durdurma olması. Ahmet Makal, *Grev: Kuramlar ve Uluslararası Farklılıklar* (Verso Yayınları 1987) 8-9.

sonra tartışma konusu olmaya başlamış, İkinci Savaş sonrası, emek-sermaye arasındaki büyük ölçüde uzlaşıya dayalı dönemde ise kullanımı ve etkileri yönünden zirve noktasına ulaşmıştır.

Çalışmanın girişinde bahsedilmesi elzem olan husus, çalışmada grevin hem sosyolojik anlamıyla kavranmaya çalışılacağı, hem de bir hak olarak sadece güncel ulusal hukuki metinlerdeki haliyle değil, birtakım pratikler ve tarihsel süreçler sonunda hukuk metinlerine girmiş, düzenlenmiş olduğu haliyle ele alınacağıdır. Başka bir deyişle, grevin bir kolektif hak formunda ele alınışı, sadece grev hakkının kullanılması için kanunlarda ve sair düzenlemelerde aranan unsurlar yönünden değil, aynı zamanda bu düzenlemelere girmiş olması vesilesiyle olacaktır. Dolayısıyla ülkemizde bugün itibarıyla herhangi bir yasal düzenlemede açıkça yer almamış olan kamu görevlilerinin grev hakkı tartışılırken, hakkın -ağırlıklı olarak- kavramsal yönünün ele alınacağı ifade edilebilir.

Çalışmanın odağında, kamu görevlilerinin grev hakkına yönelik kuramsal tartışmalar ele alınmakla birlikte, uluslararası ve ulusal mevzuatın ve yargı kararlarının irdelenmesi de yer almaktadır. İlgili çalışmayla hedeflenen amaç, kamu görevlilerinin, çalışma şartlarının iyileştirilmesine yönelik taleplerini duyurabilme yöntemlerinden biri -ve belki de en etkili olan grev hakkı hakkında bilinç oluşturma yanı sıra, toplumsal yaşamın her alanından ve ülke akademisinden hızla dışlanan emeği tartışmanın merkezine çekmektir². Nitekim ilgili sorun güncelliğini korumakta, -bugün niceliği azalmış olsa da- özellikle akademik çevrelerde geçmişten bu yana olduğu gibi tartışma konusu olmaya devam etmektedir.

I. ÜLKEMİZDE GREVİN HUKUKSAL DÜZENLENİŞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE EMEĞİN ANAYASASIZLAŞMASI SÜRECİNDE GREVİN YERİ

Grev, tarihsel, toplumsal ve siyasal bir olgu olmasının ötesinde hukuki olarak düzenlenen bir kurum da olmuştur. Ülkemiz özelinde, dünya ölçeğinde olduğu gibi, grevin hukuksal tarihiyle onun toplumsal tarihinin paralel bir şekilde başladığı söylenebilir. 1908 Devriminin yurt çapında yarattığı heyecan ve demokratik ortamın etkisiyle fiili İttihat ve Terakki Cemiyeti hâkimiyetindeki Osmanlı İmparatorluğu'nun dört bir yanında adeta grev patlaması yaşanmış, devrimin gerçekleştiği Temmuz ayından aynı yılın Ekim ayının başına kadar yüzden fazla grev

² Gamze Yücesan Özdemir ve Ali Murat Özdemir, *Sermayenin Adaleti: Türkiye'de Emek ve Sosyal Politika* (Dipnot Yayınevi 2008) 18.

örgütlenmiştir³ ⁴. Toplumsal alandaki bu gerçekliğe koşut olarak, grevin hukuk metinlerinde ayrıntılı olarak düzenlenişi, 9 Ağustos 1909 tarihli Tatil-i Eşgâl Kanunu'nun taslağı denilebilecek 8 Ekim 1908 tarihli Tatil-i Eşgal Cemiyetleri Hakkında Kanun-u Muvakkat'a kadar gider⁵. Tatil-i Eşgal Kanunu ile grevlerin hukuken doğrudan bir yasaklamaya tabi tutulduğu söz konusu değilse de⁶, greve gidilmesinin yolunun oldukça zorlaştırıldığı söylenebilir. On üç maddeden oluşan ve grev olgusunu neredeyse tüm detaylarıyla düzenleyen Kanunun İmparatorluk genelinde grevi fiili olarak engellediği ve sonuç olarak amacına ulaştığı ifade edilebilir⁷. Kanun, içerdiği maddelerin caydırıcı etkisiyle 1908 ve 1909 yıllarında yaşanan grev patlamasını önlemeyi başarmıştır⁸.

Cumhuriyetin ilanından sonraki erken dönem gelişmelere bakılırsa, ilk görülmesi gereken düzenlemeler 1926 yılında yürürlüğe giren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 1936 yılında çıkarılan 3008 sayılı İş Kanunu'dur. İlkinde, çalışma özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle grev düzenlenmesi cezai yaptırıma bağlanmış, ikincisinde ise grevin tanımına, hangi eylemlerin grev kapsamına girdiğine yönelik geniş bir tanımlama yapıldıktan sonra grev bir bütün olarak yasak kapsamına alınmıştır⁹. Tatil-i Eşgal Kanunu'ndan 27 yıl sonra çıkarılan İş Kanunu'nda grevin geniş bir biçimde yer alıp doğrudan bir yasaklamaya tabi tutulması, bunun dışında kanunla ilk kez işçi-işveren ilişkilerinin genel ve kapsamlı bir hukuki çerçevede düzenlenmesi, dönemin ekonomik ve siyasi yöneliminden elbette muaf değildi. 1929 Dünya İktisadi Buhranı'nın temel etkisiyle birlikte devletçi kalkınma politikalarına geçiş, -Sovyetler Birliği'nden örnek alınan-

³ Şehmus Güzel, *Grev: Grevin Yapısal ve İşlevsel Açısından İrdelenmesine Katkı* (Sosyalist Yayınlar 1993) 58, 59.

⁴ İmparatorluk genelinde kaydedilen grev sayısı yüz on birdir. Şehmus Güzel, *Türkiye'de İşçi Hareketi 1908-1984* (Kaynak Yayınları 1996) 31.

⁵ Melda Sur, *Grev Kavramı: Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1987) 22; Güzel (n 3) 62.

⁶ Kanunda grevleri doğrudan yasaklayan herhangi bir hükme rastlanmıyorsa da Türkçe literatürde bu yönde oldukça yaygın bir kanının mevcut olduğundan bahsedilebilir. Bu eserleri derleyen bir çalışma için bkz: Cem Doğan, 'Türk İş Hukuku ve Çalışma İlişkileri Alanına Uzlaştırma Kurulunun Girişi: Ta'til-i Eşgâl Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) (31) *Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 284.

⁷ Güzel, (n 3) 80, 81; Boratav da, Kanunun, mevcuttaki sınıf mücadelesinin gözlenerek, problemin sermaye lehine çözümlenmesine çalışılan, dolayısıyla İmparatorluğun kapitalist dönüşümün evresinde önemli bir rol oynayan kritik bir düzenleme olduğunu belirtir. Korkut Boratav, 'İktisat Tarihi (1908-1980)', Sina Akşin (ed.), *Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye 1908-1980* (Cem Yayınevi 1997) 275.

⁸ Ayrıca Gülmez'in, grevlerin yoğun yaşandığı dönemde İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin resmi yayın organlarında yayınlanan bazı yazılara atıfla yaptığı bir değerlendirmeye göre, Kanun'un çıkarılmasında sadece grevleri önleyici değil aynı zamanda toplumsal düzenin temelindeki üretim ilişkilerinin değiştirilebileceğine dair endişe de bulunmaktaydı. Mesut Gülmez, 'Tatil-i Eşgal Yasası Üzerine Bir Not', *Seha L. Meray'a Armağan, Cilt: 1*. (A.Ü.S.B.F. Yayını 1981) 108-109.

⁹ Sur (n 5) 24-27.

ilk beş yıllık planın yürürlüğe konması, kamu iktisadi teşekkülleriyle birlikte devletin en büyük işveren haline gelmesi dolayısıyla sınıfsız, kaynaşmış ve milli birlik beraberlik içindeki bir toplum tasavvuru bu kanunun çıkarılmasında önemli etkenlerdi denilebilir¹⁰.

İlk defa 1961 Anayasası'nda düzenlenmesiyle anayasal güvenceye kavuşturulan grev hakkı, iki yıl ardından çıkarılan 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile birlikte yasal temellerine sahip olmuştur. Bu genel gelişmenin yanında 275 sayılı Kanun, grev hakkının kapsamını işçilerle sınırlayıp kamu görevlilerini bu haktan yoksun bırakmış¹¹, grevin yasallığı için grevin hedefini ve yordamını kriter olarak almış, grev tanımını oldukça ayrıntılı yaparak birçoğunun hukuk dışılığını tanzim etmiş ve grev hakkının gerçekleştirilmesini oldukça zorlaştırmıştır¹². Konumuz özelinde, bazı görüşler, 1961 Anayasası'nın 1971 yılı değişikliklerinden önceki döneminde, kamu görevlilerine grev hakkının tanınmamasının anayasanın özüne aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir¹³. Bugün hâlâ yürürlükte olan 1965 tarihli Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde ise hiçbir yoruma yer vermeyecek şekilde devlet memurlarının grev yapmaları açıkça yasaklanmıştır.

1982 Anayasası'ndan itibaren ise, greve gidilebilmesinin 1961 Anayasası'na kıyasla görece zorlaştırılması ve buna bağlı olarak yeniden kamu görevlilerinin grev hakkının anayasal seviyede düzenlenmemesi, dünya ölçeğinde süregiden emeğin anayasasızlaşması sürecinin bir parçası olarak görülmelidir. Buradaki kullanıldığı haliyle “anayasasızlaşma”, Yücesan-Özdemir ve Özdemir'in Hardt/Negri'nin kavramsallaştırmasına başvurarak, emeğin hukuki düzenlemelere referans olan kurucu rolünün, mevzuata ruhunu veren toplumsal formasyon tasavvuru içerisinde açık bir gerçeklik olarak kabul edilmesi durumu anlamına gelen emeğin anayasallaşmasının geçersizleştirilmesi olarak tanımlanabilir¹⁴. Hak olgusunun kolektif

¹⁰ Ali Güzel, '3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri', (1986) (35-36) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 174-175.

¹¹ 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önce ona temel teşkil etmesi beklenen -ve birinin daha etkili olduğu- iki tasarıda da, İstanbul Anayasa Tasarısı Hazırlama Komisyonu'nun anayasa tasarısının ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdare Enstitüsünün hazırladığı tasarının ikisinde de grev hakkının sadece işçilere değil tüm çalışanlara yönelik olarak kaleme alınmıştı. Barkın Asal, '1960-1971 Arası Dönemde Türkiye'de Toplu İş Hukukunun Gelişmesi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) 47-49.

¹² Güzel, tüm bu hususları ayrıntılandırarak ilgili kısıtlamaların grev hakkının özüne dokunduğunu iddia etmektedir. Güzel (n 3) 85-96.

¹³ Muammer Aksoy, '1961 Anayasasına Göre Memurların Grev Hakkı' (1971) 26(4) SBF Dergisi 1-75; Bülent Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar (On İki Levha Yayınları 2022) 266.

¹⁴ Daha fazla bilgi için bkz.: Yücesan Özdemir ve Özdemir (n 2) 96-101.

boyutunun törpülenerek, borçlar hukukuna tabi bireysel bir icap-kabule dayalı iş sözleşmesi anlayışıyla sınırlı değerlendirmesinden kamu görevlilerinin de pay aldığı ifade edilebilir. Zira, 1982 Anayasası'nda toplu sözleşme hakkının kamu görevlilerine anayasal düzeyde tanınmış olmasına rağmen, bu hakka doğrudan bağlı olan grev hakkının düzenlenmemiş olması anayasasızlaşma sürecinin bir çıktısı olarak okunabilir. 1982 Anayasası ve yasal mevzuat çalışmanın ileriki bölümlerinde değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

II. KAMU GÖREVLİLERİ GREVLERİNİN ARDINDAKİ AMAÇLAR

A. Genel Olarak

Grev, ister meta mübadelesine dayalı olduğu iddia edilen piyasa ilişkilerinin belirlenimi altındaki işgücü tarafından, ister kamu gücüne dayalı statü ilişkilerinin hakimiyeti altındaki kamu hizmetlerinin işgücü tarafından yapılıyor olsun, belirli amaçlar güdülerek yapılır. Amaçsızca greve çıkılmaz. Grevin kendisi başlı başına bir amaç değildir, hedeflediği amaçlara giden yolda sınıf mücadelesinin belli koşullar altındaki saf bir aracı işlevini¹⁵ üstlenir. Burada üstlenilen araç işlevi, yaratılması hedeflenen toplumsal etki yönünden nicelik farklılıklarına sebep olabilir. Tüm bunlarla beraber, grev eyleminin nihai amacının, taleplerin yöneltildiği kesimlere, ilgili taleplerin kabul ettirilmesine yönelik baskı kurmak olduğu ifade edilebilir¹⁶. Dolayısıyla, grev başta olmak üzere, diğer bütün sosyal hak taleplerinin yöneldiği ortak ve çatı amaç, belirli zaman-mekândaki mevcut hissedilen eşitsizliklerin giderilmesine yönelik taleplerin ileri sürülmesidir. Nitekim grev sorununun da içerisinde yer aldığı sosyal haklar sorunu, yalnızca, sosyal eşit(siz)lik sorunu çerçevesinde kavranabilecektir¹⁷.

Literatür incelendiğinde, grev eylemlerinin kabaca iki amaca ayrıldığı görülmektedir: iktisadi hedefi baskın grevler ve siyasi hedefi baskın grevler¹⁸. Bu ayrımın, herhangi bir yasal düzenlemenin değil, icra edilen grevlerin taleplerine yönelik ve doğurmak istediği sonuçlara bakılarak yapılan bir ayrım olduğunu söylemek gerekir. Kabaca, iktisadi hedefi baskın grevler,

¹⁵ Walter Benjamin, 'Şiddetin Eleştirisi Üzerine', Aykut Çelebi (ed.), Ece Göztepe (çev) *Şiddetin Eleştirisi Üzerine* (Metis Yayınları 2014) 32.

¹⁶ Sur (n 5) 109; Aksoy (n 13) 69; Ünal Narmanlıoğlu, *Grev* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990) 6.

¹⁷ Tanör (n 13) 62.

¹⁸ Sur (n 5) 123-127; A.S. Losovsky, *Sendikalar Üzerine I: Muharebe Olarak Grev*, İsmail Yarkin (çev) (İnter Yayınları 1988) 18; Benzer ayrımın yapılarak siyasi hedefli grevlerin yasaklandığı Federal Alman, Fransız, İtalyan hukuk sistemlerinin ve mahkeme kararlarının serimlenmesi için bkz.: Tanör (n 13) 280-281. Makal da, grevin yapılış nedenlerine göre endüstriyel ve sosyo-politik grevler olarak ayırt edebileceğini söylemektedir. Makal (n 1) 27.

reel ücretlerin arttırılması, emeklilik hakkı, işyerinde şiddetin önlenmesi, primler ve yıllık izinler gibi mesleki-çalışma şartlarının iyileştirilmesine yönelik hususları gündemin merkezine alan grevlerdir ve genelde kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenip izin verilen grev türleri bunlardır. Konumuz özelinde kamu görevlilerinin grevleri genel anlamda bu kapsamda olup, ilgili grev hakkının kabul edilişi refah devleti politikalarının yirminci yüzyılda kabul edildiği şekliyle demokratik ve sosyal bir hukuk devleti olmanın gerektirdiği ölçütler arasında sayılmaktadır¹⁹. Bunların aksine, siyasi hedefi baskın grevlerde ise ortada bir siyasal iktidar sorunu bulunmaktadır. Bunlarda genel anlamda bir siyasi sistemi ve/ya mevcut iktidarı değiştirme hedefi söz konusudur ve yasalarda yasadışı olarak düzenlenen grev türleri bunlardır²⁰. Örneğin geçmiş zamanda grev hakkının düzenlenişine göz atarken de aktarıldığı üzere, modern devletlerin yasalarında ilgili grevlerin ileride daha büyük değişimlere gebe olduğunun farkında olunarak bunlara izin verilmemiştir. Tanör'ün de vurguladığı gibi, bu devletlerin hukuk sistemleri, grev olgusunun bütünsel anlamda emekçilerin elinde siyasi mücadele aracı olmasını istememekte, grev hakkını korumamakta ve grev yapılmasını bazı koşullar altında ceza tehdidi olarak kullanmaktadır²¹. Bunlara paralel olarak, mesleki-iktisadi grevlerin mevcut toplumsal düzenin tadilinde yapıcı bir araç işlevi üstlendiği, siyasi hedefli grevlerin ise bu yapıcılığın aksine daha radikal bir potansiyel taşıdığı da ifade edilebilir.

Çalışmamız özelinde, kamu görevlilerinin grev yoluyla hedeflediği değişikliklerin daha yakın geleceğe yönelik olduğu söylenebilir. Örneğin bir kamu kurumundaki çalışma saatlerinin azaltılması, özlük haklarının geliştirilmesi, psikolojik baskı süreçlerinin bertaraf edilmesi gibi talepli grevler kısa vadeli hedefler içeren grev türleridir. Eşitsizliğin verili kabul edildiği kapitalist toplumsal formasyonlarda, emek-sermaye çelişkisinin birtakım sınırlar dahilinde çözülmesine hizmet eden ve ondan bir sosyal bütünleştirici rol oynaması beklenen grevin²², bu rolünü en fazla kamu görevlilerinin grevlerinde oynadığını bu kapsamda belirtmek mümkündür. Emek-sermaye karşıtlığındaki durumun aksine, kamu görevlileri ile -işvereni-devlet arasında esaslı bir menfaat uyumsuzluğu da bulunmamaktadır. Aşağıda da bahsedileceği

¹⁹ Tanör (n 13) 255.

²⁰ Benjamin bu grev türüne anarşist, mesleki-iktisadi grev türüne ise hukuk yapıcı (mevcut hukuk sistemini yeniden üreten de denilebilir) adını vermektedir. Hukuk yapıcı grev türüne kendi zamanının Almanyası'ndaki doktor grevlerini örnek göstermektedir. Benjamin (n 15) 33-34. Sorel'in karşılaştırmasına göz atıldığında da, mesleki-iktisadi hedefli grevleri siyasal genel grev, siyasi hedefli grevleri ise proleter genel grev olarak adlandırdığı yorumu yapılabilecektir. Georges Sorel, *Şiddet Üzerine Düşünceler*, Anahid Hazaryan (çev) (Epos Yayınları 2013) 123-185.

²¹ Tanör (n 13) 281.

²² Tanör (n 13) 102.

üzere, kamu görevlisi bir işçi gibi artı-değer değil, toplumsallık üretir. Yalnız hemen, bu toplumsallığın çatışmalardan muaf olarak düşünülemediğini de²³ belirtmek gerekir.

Son olarak, iktisadi hedeflerle siyasi hedeflerin zaman zaman katı bir şekilde ayrılmayabileceğini, niceliğin niteliğe dönüşme ihtimalinin her zaman olabileceğini, iki hedefin diyalektik birliğinin mümkün olduğunu da eklemek gerekir. Örneğin İngiltere’de 1926’da maden sahiplerine karşı madende çalışma şartlarının iyileştirilmesi talepli küçük ölçekli iktisadi grevler, doğrudan Stephen Baldwin hükümetine karşı dokuz günlük ülke çapında genel greve dönüşmüştü²⁴. İngiltere örneğinde grevin ulusal ekonominin önemli sektörlerinden birinde cereyan etmesinin önemli bir faktör olmasının yanında, bir başka örnek, hükümetin enflasyon karşısında başarısızlığına karşı yapılacak bir grevin köklerinin mesleki yaşamda bulunması ve genel olarak işverenlerin ücret politikalarındaki uyuşmazlığı ifade etmesi nedeniyle böyle bir grevin her iki amacı da içinde barındırdığı söylenebilecektir²⁵. Bu tartışmanın da ötesinde, iktisadi olanın politik olandan, politik olanın hukuksal olandan ayrılamayacağı, somut yaşamdaki çoğu olgu gibi grev olgusuna da bu bağlamda yaklaşmanın önemli olduğu düşünülmektedir.

B. Kamu Hizmetinin İşgücü Olarak Kamu Görevlisi

Bir kamu emekçisi olarak kamu görevlisi, yaptığı işin niteliği fark etmeksizin, kural olarak artı-değer üretmez. Kâr maksimizasyonuna, değişim değerini yaratmaya ve nihayetinde emek-sermaye çelişkisiyle bezenmiş kapitalist üretim mantığına dayalı metalaşmış emek-gücünün özgür sözleşmeyle mal ve hizmet üretimine karşılık kamu görevlisi yüksek bir soyutlama düzeyinde toplumsallık²⁶, konumuz özelindeyse kamu hizmeti üretir. Bir başka deyişle kamu görevlisi, kamu hizmetinin işgücü gereksinimini karşılamak üzere -kural olarak- kamu hukuku ilişkisi içinde idareye emek gücünü satan kişidir²⁷. Bu açıklamalardan yola çıkarak, işçi ile kamu görevlisi arasında emek güçlerini satma yolunda bir benzerlik olduğu ifade edilebilir. Biraz daha açmak gerekirse, üretim aracına sahip olmayıp bundan dolayı emek gücünü satarak hayatta kalmak zorunda olmaları yönünden kamu görevlisi ile işçi arasında bir

²³ Ali Murat Özdemir, *Sözün Mülkiyeti: Hukukun Ekonomi Politikası* (Dipnot Yayınları 2008) 56.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: John Murray, *1926 İngiltere Genel Grevi*, Metin Aktan (çev) (Tel Yayınları 1973)

²⁵ Makal (n 1) 28.

²⁶ Ali Murat Özdemir, ‘Anlatı ve İktidar ya da Kamu Personel Reformunu Anlamak’, (2016) 7(9) Emek ve Araştırma Dergisi 17.

²⁷ Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2023) 505.

ayırım yoktur²⁸. Burada Karahanoğulları yerinde bir uyarı yaparak, iki farklı çalışma biçiminin iş sözleşmesi biçiminde değil statü hukuku biçiminde, çalışma zorunluluğu olarak değil çalıştırma zorunluluğu olarak, nihayet statünün de bir inayet değil hak olarak görülmesi gerekliliğini vurgulamaktadır²⁹.

Tarihsel olarak, burjuva devrimlerinden sonra, özellikle alt düzey kamu görevliliğinin günümüzdeki anlamına ve bakış açısına sahip olduğu söylenebilir. Feodal üretim biçiminin yine hâkim olmakla beraber yerini kapitalist üretim biçimine bırakmaya başladığı zamanlarda kamu görevlisiyle feodal beyin (hükümdarın, kralın) arasındaki ilişki kişisel güven ve sadakate dayalı, o zamanki siyasi oluşumun mutlak takdir yetkisine bağımlı bir ilişkiydi³⁰. Ancak burjuva devrimlerinden sonra, yurttaşlık düşüncesinin de gelişimiyle kamu görevliliği temel bir hak statüsüne kavuşmuştur³¹. Dolayısıyla, kamu görevliliği bugün modern devletlerde temel bir yurttaşlık hakkı sayılmaktadır.

Kamu görevlileri, ücretlerini doğrudan bir kapitalistten almayıp yurttaşlardan toplanan vergilerden alırlar ancak bu vergiler de belirli bir artığın ürünüdür. Burada, kapitalist üretim biçiminde alt düzey kamu görevliliğiyle işçi arasında nitelik olarak hiçbir fark bulunmamaktadır. Arslan'a göre de: “[...] memurun ürettiği ‘artık değer’ devlet tarafından çekilir. [...] kapitalist sınıfın bütünü adına devlet ‘artık değer’i çeker ve bu ‘artık değer’den faydalanan bütün olarak kapitalist sınıftır. Ancak memurun maaşı (gerekli emeği), kapitalistlerin işçiden çektiği artık değerden devlete ödediği vergi üzerinden ödenir. Böylelikle memur bir emekçidir; ürettiği ‘artık değer’e kapitalist sınıf adına, kolektif bir kapitalist olarak devlet tarafından el konur; memurun gerekli emeği kapitalistin doğrudan el koyduğu artık değerden verilen vergilerle devlet tarafından ödenir”³². Sonuç olarak, memurun, geniş

²⁸ Karahanoğulları (n 27) 512. Ancak aralarındaki ufak bir ayırmadan çalışmamızın sınırlarını aşmayacak ölçüde bahsedebiliriz. Kamu hizmetinin doğrudan üreticisi olarak kamu görevlisi işçiye kıyasla daha az mal, büyük oranda da hizmet üretmektedir. Karahanoğulları (n 27) 497. Öğretmen eğitim, doktor sağlık, yargıç yargı hizmeti üretir. Bunların ürettiği hizmet bir eğlence veya yemek sektöründe üretilen hizmetten farklıdır. Kapitalist toplumsal formasyonlarda kamu görevlileri tarafından sınırlı olarak da olsa kullanılan kamu gücü, piyasanın ve özel mülkiyetin parçalayıcı etkisine karşı etkiler oluşturarak bu bütünlüğü yeniden üretilmesine her an katkıda bulunur. Özdemir (n 26) 17-18. Yukarıda toplumsallık olarak da tanımlanan bu üretimdeki çelişkiler bir yana, sadece hukuken değil maddi anlamda da yurttaşlık olgusunun tesisi için kamu görevlilerinin hizmet üretimini piyasaya yönelik üretim faaliyetine katılan işçinin meta üretiminden ayırmak gerekir. Sadece bu ayırım dahi, ana akım devlet teorisi ve siyaset felsefesi kurgusundaki devlet-sivil toplum ayırımının sorgulanması yönünden potansiyeller barındırır.

²⁹ Karahanoğulları (n 27) 512.

³⁰ Onur Ender Arslan, *Kamu Personel Rejimi: Statü Hukukundan Esnekliğe* (TODAİE Yayınları 2005) 20; Karahanoğulları (n 27) 502.

³¹ Arslan (n 30) 21; Karahanoğulları (n 27) 502.

³² Arslan (n 30) 21.

anlamıyla ve konumuz özelinde kamu görevlisinin, kapitalist üretim biçiminde, bazı üst düzey yöneticileri ve büyük oranda kamu gücü kullananları dışarıda bırakırsak, işçi sınıfının ayrılamaz özgül bir parçası olduğunu kabul etmek gerekir³³. Böyle bir bakış açısı, idare hukuku literatüründe kamu hizmetinin insan unsuru olarak edilgen bir yapıya tahvil edilen kamu emekçisinin, devletin binaları ya da masa ve sandalyeleri gibi görülmesinin önünde de engel oluşturacaktır³⁴.

Bir önceki paragrafla paralel olarak, kamu görevlilerinin grev hakkının olmaması gerekliliğiyle ilgili getirilen en önemli argüman, işçinin iş akdine özgür sözleşmeyle bağlandığı, ancak kamu görevlisinin kamu hukuku yani statü hukuku rejimiyle çalıştığıdır. Dolayısıyla kamu görevlisinin göreve başlarken çalışma şartlarında en başta kendisinin bir irade beyanı olmadığına ve toplu sözleşme görüşmeleri yapmadığına göre daha sonra da yapılacak düzenlemeler üzerinde söz hakkı olamayacağı ifade edilmektedir³⁵. Ancak bu argümanın bazı tarihsel ve iktisadi olguları görmezden geldiği ifade edilebilir. Çalışma ilişkisinin sadece bir biçimi olarak -özgür sözleşmeye dayandığı iddia edilen- iş akdi, genelleştirilmiş meta üretiminin yoğunlaşmasına mukabil büyüyen işçi sınıfının mücadeleleri ve özellikle İkinci Savaş sonrası ortaya çıkan çok kutuplu dünyanın gerektirdiği birtakım zorunluluklar sebebiyle iki özgür atomize bireyin arasındaki hukuki ilişki olarak görülmekten çıkmıştır. İş hukukunun borçlar hukukundan ayrılıp özel hukuktan farklı olarak karma bir hukuk dalı olarak adlandırılması da bu gelişmeler sayesinde. Çalışanlar, ancak sendikalaşarak işgücü arzı üzerinde tekel kurdukları, işveren karşısında dayanıştıkları ve devleti kendilerini himaye edici bir rol oynayacak yönde etkileyebildikleri ölçüde içinde buldukları sosyo-ekonomik durumdan kurtulmuşlardır ve kurtulabilirler³⁶. Dolayısıyla doğası itibarıyla bir çalışma, istihdam ve/ya emek arzının söz konusu olduğu durumlarda, çalışma ilişkisinin kurulduğu hukuki biçimi göz önüne alarak grev de dahil herhangi bir sosyal hakkın var olmadığını ileri sürmenin -Işıklı'nın ifadeleriyle- oldukça zorlama bir mantık yürütme tarzını yansıttığı ifade edilebilir³⁷. Özet olarak anlatılmaya çalışılan husus, yirminci yüzyılda yaşanan toplumsal ve

³³ Arslan (n 30) 19.

³⁴ Arslan (n 30) 23.

³⁵ Kamil Ufuk Bilgin, 'Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları', *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010) 106-107; Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar* (TODAEİ Yayınları 1996) 106-107.

³⁶ Alparslan Işıklı, 'İşçi Memur Ayrımının Düşündükleri', (1971) 26(04) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 204.

³⁷ Işıklı (n 36) 203.

siyasal gelişmelerin çalışma yaşamında mutlak bir sözleşme özgürlüğü düşüncesini aştığıdır. Bir bütün olarak iş hukuku disiplini, -aynı grev gibi- sözleşme özgürlüğünün anti-tezidir. Bu tarihsel çerçeve içerisinde bakıldığında, özellikle bürokratik hiyerarşide yüksek görevlerde olmayan kamu görevlilerinin çalışma yaşamlarındaki sorunlarını duyurabilme yöntemlerinden biri olan grevin statü hukuku bahanesiyle kabul edilmemesinin haklı bir gerekçesinin olmadığı düşünülmektedir.

Bunun yanı sıra, statü hukukuna dayalı çalışma ilişkisinde işveren olarak idarenin kamu hizmetlerinde lokavt yetkisine sahip olamayacağı için, lokavta bağlı bir hak olan grevin de kamu görevlilerine tanınmasının mümkün olmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır³⁸. Ancak bu yaklaşımın bazı kilit noktaları kaçırdığı düşünülmektedir. Öncelikle, lokavtın grev hakkıyla aynı düzlemde değerlendirilip, onun mutlak karşıtıymış gibi ele alınmasının yerinde olmadığı düşünülebilir³⁹. Zira, tarihsel ve olgusal olarak, lokavt grevden sonra gelmektedir. Başka bir deyişle lokavtın işverenlere tanınması grevden sonradır⁴⁰. Kaldı ki, Fransa dahil birçok ülkenin anayasasında lokavttan söz edilmemekte ve lokavtın bir hak olup olmadığı bugün dahi tartışılan bir mesele olmaya devam etmektedir⁴¹. Grevin lokavta bağlı bir hak olduğu, lokavtsız bir grev düşünülmemeyeceği argümanı, tarihsel olgulardan koparılmış bir düşüncenin sonucudur. Lokavtın işverene tanıdığı muazzam yetki düşünüldüğünde ve grevle sağlanması mümkün kılınabilecek taraflar arasındaki dengenin lokavtla birlikte çalışanlar aleyhine ciddi derecede bozulacağı gözetildiğinde, lokavtı grevin karşıtı olarak nitelendirmenin hatalı bir yaklaşım olduğu ifade edilebilir. Başlıca amacı ‘işçiyi korumak’ olarak bilinen bir hukuk disiplini (iş hukuku) dahi hak oluşu öğretide tartışmalı olan bir vasitanın varlığını, mutlak olarak kamu görevlileri yönünden de ileri sürmek, ‘silahların eşitsizliği’ koşullarında hiçbir değişiklik yaratmamaktadır.

³⁸ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (Ekin Yayınevi 2021) 589; Hasan Tunç, ‘Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları’, *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010) 100,103; Kadir Arıcı, ‘Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları’, *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010) 129.

³⁹ Metin Kutsal, ‘Hukuki Açıdan Lokavt’ (1972) (24) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 173; Fatma Didem Sevgili Gençay, ‘Fransa’da Kamu Personel Rejimi’ (2014) 5(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 238.

⁴⁰ Sena Binbir, ‘Türk İş Hukukunda Lokavt’, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 16.

⁴¹ Kutsal (n 39) 162,167; Sevgili Gençay, Avrupa’da birçok ülkede lokavtın özel sektörde bile işverenlere tanınmamış olduğunu belirtmektedir. Sevgili Gençay (n 39) 238.

III. KAMU HİZMETLERİNİN SÜREKLİLİĞİ İLKESİ İLE GREV HAKKI ÇELİŞMEKTE Mİ?

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, idare hukuku literatüründe, toplumun ortak gereksinimlerinin sürekliliğiyle paralel olarak, kamu hizmetlerinin devamlı ve düzenli şekilde, aksamadan yürütülmesi gerektiğini ifade eder⁴². Bu ilke kamu hizmetlerine atfedilen önem dolayısıyla istikrarlı bir şekilde sunulması zorunluluğuna vurgu yapar. Ancak kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi, bu hizmetlerin mutlak olarak, her zaman ve her koşulda kesintiye uğratılmadan sunulacağı anlamına gelmemektedir⁴³. Diğer bir ifadeyle, süreklilik ilkesi, her kamu hizmetinin 24 saat kesintisiz bir biçimde sunulmasını ifade etmez. Bazı kamu hizmetleri gün içinde mesai saatlerinde sunulmakta, hafta sonu ve resmî tatillerde ise bu hizmetlere ara verilmektedir. Ancak, acil sağlık hizmetleri, yoğun bakım hizmetleri, itfaiye ve güvenlik gibi kesintisiz şekilde yürütülmesi gereken kamu hizmetleri de bulunmaktadır⁴⁴.

Kamu görevlilerine grev hakkı tanınmasının mümkün olmadığı, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ile grev hakkı arasında temel bir çatışma bulunduğu öğretide bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir. Grev yapılması halinde, kamu hizmetlerinin düzenli işleyişinin bozulacağı ve kesintiye uğrayacağı dolayısıyla topluluk hayatının tehlikeye düşeceği ve kamu hizmetinden yararlananlar açısından büyük zararların ortaya çıkacağı düşüncesi⁴⁵ bu görüşe yol açmaktadır.

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin, özellikle kamu hizmetinin işgücüne ilişkin pek çok sorunun çözümünde yorum aracı olarak kullanılmakta olduğu ifade edilebilir⁴⁶. Özay'ın güncel durumlardan bahsederek kamu hizmetinin yürütülmesine dair sorunlara yaptığı referanslarla günümüzde bir anlamı kalmadığı için 'efsane' ve 'mitos' olarak adlandırdığı⁴⁷ bu ilkenin yaygın olarak literatürde tarihsel kaynaklarının konu edilmediği görülmektedir.

⁴² Turgut Tan, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2018) 366; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim* (Turhan Yayınevi, 2015) 190; Karahanoğulları (n 28) 377; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Yetkin Yayınları 2023) 538; İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017) 235; Gözler ve Kaplan (n 38) 487.

⁴³ Mesut Gülmez, *Memurlar ve Sendikal Haklar* (İmge Kitabevi 1990) 130.

⁴⁴ Karahanoğulları (n 27) 377; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2020) 550.

⁴⁵ Léon Duguit, *Hak kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Edip Serdengeçti (çev) Emre Partalçı (yayıma haz.) (Pinhan Yayıncılık 2019) 90; Léon Duguit, *Kamu Hukuku Dersleri*, Süheyp Derbil (çev) (İstiklal Matbaacılık 1954) 124; Gözler ve Kaplan (n 38) 589.

⁴⁶ Karahanoğulları (n 27) 379.

⁴⁷ Özay (n 42) 276.

Süreklilik ilkesinin içtihadî kaynaklara referanslı ortaya çıkışına dair açıklamalardan önce meselenin teorik ve tarihsel boyutuna yönelik kısa birkaç söz etmek yerinde olabilir. Öncelikle, Karahanoğulları'nın yerinde bir şekilde belirttiği gibi, süreklilik ilkesini siyasal alanda zorunlu kılan hayati işlev, ilgili alanın dayandığı üretim ilişkilerinin varlığını korumaktır⁴⁸. Teorik yöndeki bu temeli biraz genişletmek gerekirse, bu işlevin kendisini en başta -ortaya çıktığı kapitalist üretim biçiminin tekeli aşamasında- mülkiyetin ve sözleşme özgürlüğünün güvence altına alınması şeklinde gösterdiği ve ilgili üretim biçiminde çelişkilerin kaçınılmazlığından kaynaklanan tarihsel ihtiyaçlara doğru genişlediği ifade edilebilir⁴⁹.

İlkenin, yirminci yüzyıl başında sınıf mücadelelerinin şiddetini arttırdığı Fransa'da, özellikle kamu hizmeti görevlilerinin grevleri söz konusuken içtihadî olarak geliştiği göz önüne alındığında bu işlev daha da anlam kazanmaktadır. Sermayenin merkezileştiği ve yoğunlaştığı kapitalist üretim biçiminin dünya ölçeğinde rekabetçi aşamasından tekeli aşamasına⁵⁰ geçildiği bu dönemde, sömürgeci paylaşım yarışının ve kapitalist gelişmişliğin ileri seviyesinde olan bir ülkedeki grev yasaklarının yargısal zemininin bu doğrultuda irdelenebileceği söylenebilir. Özellikle Fransız Danıştay'ın (*Conseil d'Etat*) -tam da bu geçiş aşamasında- süreklilik ilkesinin içtihadî oluşumuna kaynaklık eden 1909 ve 1913 tarihli kararları merkezi önemdedir⁵¹. İlkenin tartışma odağı olmaya ve Fransız mahkeme kararlarında içtihadî olarak yer almaya başladığı zaman diliminde Fransa'nın dört bir yanında grev dalgası gözlemlenmektedir⁵². Politik kırılma anlarını çokça içinde barındıran bu dönemde, özellikle 1906 yılıyla beraber dönemin en etkili sendikalarından CGT'nin (*Confédération Générale du Travail*) öncülüğünde çeşitli iş kollarında uzun süreli grevlerin varlığı söz konusudur⁵³. Aynı

⁴⁸ Karahanoğulları (n 42) 190.

⁴⁹ Karahanoğulları (n 42) 190-191.

⁵⁰ Kapitalist üretim biçiminin sanayi devriminden ve klasik sömürgeciliğin artmaya başlamasına denk düşen 1870'ler ortaları ve 1900 başları arasındaki döneme rekabetçi kapitalizm (tarih biraz daha geriye sarılabilir yorum farklılıklarına göre), 1900'lerin başlarından İkinci Savaş'ın son bulduğu 1945'e kadarki döneme ise ilgili yazında tekeli kapitalizm adı verilmektedir. İlkinin en önemli özellikleri sömürgeci güçlerin sayısındaki artışa paralel sömürgeci ülkenin sömürülen toplumlara hammadde, ticaret ve yatırım ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde büründürmesi ve dolayısıyla sömürge fetihlerinin kayda değer hız kazanarak İngiltere'nin sömürge yarışında hâkim konumunun sallanmasıdır. Tekeli kapitalizm aşaması ise, kapitalist tekellerin hakim olmaya başladığı ve kartel ve tröst gibi yapıları oluşturarak kârlarını muhafaza ettiği; sermaye ihracının ciddi anlamda arttığı ve mali sermayenin egemenliğini kurduğu bir üst yapının oluştuğu ve nihayet paylaşım savaşlarına sahne olmuş bir dönemdir. Harry Magdoff, *Sömürgecilikten Günümüze Emperyalizm* Erdoğan Usta (çev) (Kalkedon Yayınları 2006) 48-77.

⁵¹ Karahanoğulları (n 42) 192; Sevgili Gençay (n 39) 235-236.

⁵² Charles Tilly ve Edward Shorter, *Strikes in France 1830-1968* (Cambridge University Press 1974) 118-130.

⁵³ Tilly ve Shorter (n 52) 119.

şekilde kamu görevlilerinin grev hakkının ilk kez, İkinci Savaş sonrası, 1946 yılında yürürlüğe giren Fransız Anayasası'na dahil olma sürecini de benzer birtakım dinamiklerle anlamlandırmak mümkündür.

Fransız Danıştay 1950 tarihli kararında, Anayasa'da kamu görevlilerine grev hakkı tanınırken, kamu görevlilerinin bütün grevlerinin süreklilik ilkesi öne sürülerek engellenmesinin geçerli bir gerekçe olamayacağını ifade etmiştir⁵⁴. Diğer yandan, bazı kamu hizmetlerinin geçici olarak dahi durdurulmasının ulusal güvenlik ve kamu düzeni açısından ciddi tehlike doğuracağını ileri süren Fransız Danıştay, bu hizmetlerin kesintisiz şekilde yürütülmesi için gerekli düzenlemelerin idare tarafından yapılabileceğini kabul etmiştir⁵⁵. İlgili karar aynı zamanda, asgari hizmet ölçütünü ortaya çıkarmıştır⁵⁶. Bu ölçüt kabaca, grev hakkı kullanılırken, acil durumların da gözetilerek, birtakım tedbirlerin alınması suretiyle⁵⁷ kamu hizmetlerinin minimum düzeyde sunulması gerektiğini ifade eder. Görüldüğü üzere, Fransa'da grev hakkı ile süreklilik ilkesi arasında denge sağlayan, bu ikisini bağdaştıran çözümler bulunmuştur⁵⁸. İdare hukukumuzun kavram ve ilkelerinin Fransa'dan alındığı düşünüldüğünde, kamu görevlilerinin grev hakkına yönelik Fransa'daki gelişmelerin yok sayılıp⁵⁹, 1946 Anayasası'ndan önceki argümanların kullanılmasının çelişki yarattığı düşünülmektedir.

Diğer yandan, grev hakkı özelinde, süreklilik ilkesine atıfta bulunulurken, "adaptasyon" ilkesinin göz ardı edilmesi de çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Zira, adaptasyon ilkesi, kamu görevlilerine grev hakkının tanınmamasının gerekçesi olarak sunulan süreklilik ilkesini bertaraf edebilir. Şöyle ki; adaptasyon ilkesi, kamu hizmetlerinin, sadece teknolojik ilerlemelere değil, aynı zamanda toplumsal gelişmelere de uyum sağlayabilmesi gerekliliğini ifade eder⁶⁰. Çağdaş toplumlarda kamu görevlisi-işçi şeklinde bir ayrıma gidilmeden tüm çalışanların grev hakkına sahip olması gerektiği düşüncesi, kamu görevlilerinin mücadeleleri sonucunda giderek kabul görmekte ve kamu hizmetlerinin çağın sosyal gelişmelerine uyum (adaptasyon) sağlamanın

⁵⁴ Conseil d'État, 7 juillet 1950, Dehaene; Yorumlayan, René H. Mankiewicz, 'The Right to Strike of Civil Servants and Employees in the Public Services, under the French Constitution of 1946' (1955) 4(1) The American Journal of Comparative Law 91-92.

⁵⁵ Mankiewicz (n 54) 92; Karahanoğulları (n 42) 192; Sevgili Gençay (n 39) 236.

⁵⁶ Sevgili Gençay (n 39) 236.

⁵⁷ Ulusoy (n 42) 539.

⁵⁸ Tan (n 42) 366.

⁵⁹ Sevgili Gençay (n 39) 238.

⁶⁰ Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları 2004) 103.

bir gereği olarak⁶¹ da kamu görevlilerine grev hakkı tanınmaktadır. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerine grev hakkı tanınması hususunda, çatışma halinde olan ilkelere, kamu hizmetlerinde adaptasyon ilkesi, hizmetlerin sürekliliği ilkesine üstün tutulmaktadır. Nitekim çağın değişen koşullarına göre yasa koyucunun bazı hizmetleri kamu hizmeti niteliğinden çıkarmasının mümkün olması, adaptasyon ilkesinin süreklilik ilkesine neden üstün geldiğini göstermektedir⁶².

Son olarak, belirtilmesi gerekir ki, grevin amacına ulaşabilmesi ve baskı aracı olarak işlev gösterebilmesi, hizmetlerin aksamasıyla yakından ilişkilidir⁶³. Hizmetlerin aksaması, hizmetten yararlananların belli ölçüde zarar görmesine yol açabilir. Ancak bu zarar, bir hakkı kullanmanın kaçınılmaz bir sonucudur. Dolayısıyla, toplumsal hayatın felce uğraması gibi ağır bir zarara yol açmadığı sürece, belli bir dereceye kadar bu zarara katlanılması gerekir⁶⁴; aksi takdirde, ortada sendika ve grev hakkından söz etmek mümkün olmaz⁶⁵. Kamu görevlilerinin de aynı işçiler gibi hedefledikleri mesleki haklara ve ekonomik kazançlara ulaşmak ve insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmek için gerekli mücadeleyi yapabilmelerine imkân sağlayan grev hakkının, hizmetten yararlananların menfaatleri karşısında adil bir denge gözetilerek korunması gereklidir. Ancak grev hakkının koşulsuz şekilde tüm kamu görevlileri için yasaklanması kamu görevlilerinin aleyhine bu dengeyi bozar.

⁶¹ Ulusoy (n 42) 539.

⁶² Ulusoy (n 60) 103.

⁶³ Tanör (n 13) 241.

⁶⁴ Örneğin, hastanelerdeki acil ve yoğun bakım hizmetlerinde bu hizmeti sağlayacak kadar sağlık çalışanı bulundurulması diğer sağlık çalışanlarının katılmalarına olanak tanınabilir. Böylece, grevden etkileneceklerin yaşama ve diğer temel hakları da zarar görmeden sağlık çalışanlarının mesleki ve ekonomik hakları için mücadele vermelerinin önündeki engeller de ortadan kalkmış olur. Polikliniklerde ve aile hekimliklerinde grev süresince kamu hizmeti sunulmamasından kaynaklanan zararlara ise toplumsal hayat bir felce uğramayacağı için katlanılması gerektiği düşünülmektedir. Ülkemizde de, benzer şekilde, yoğun bakım ve acil servisleri ile diyaliz ve kanser hastalıklarına bakan bölümler haricinde sağlık çalışanları özlük hakları için iş bırakma eylemi gerçekleştirilmişlerdir. Bkz. https://www.ntv.com.tr/turkiye/saglik-calisanlari-bugun-is-birakiyor,fX_pjIT-JkCHPisgu9DQkw. Bunun sonucunda da çalışanların birtakım kazanımlar elde etmesinin yolu açılmıştır. İş bırakmalar neticesinde gerçekleşen yasa değişikliği için bkz. 7411 sayılı “Sağlıkla İlgili Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, R.G. 31875-23.06.2022.

⁶⁵ Yazarın haklarla ilgili genel açıklamaları, kamu hizmeti ve kamu görevlilerinin grev hakkı bağlamında çalışmaya uyarlanmıştır. Bkz. Tanör (n 13) 240.

IV. ULUSLARARASI HUKUKTA KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde grev hakkı doğrudan güvence altına alınmamış olsa da, sendika hakkı ile bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, AİHS'nin "toplantı ve dernek kurma özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinin grev hakkını içerebilecek bir koruma sağlayıp sağlamadığı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

AİHS'nin 11. maddesine göre, "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve örgütlenme (dernek kurma) hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir*".

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sendikaların üyelerinin mesleki çıkarlarını koruma özgürlüklerinin Sözleşme'nin 11. maddesi ile güvenceye alındığını birçok kararında vurgulamıştır⁶⁶. Ayrıca Mahkeme, AİHS'nin 11. maddesinde geçen "çıkartlarını korumak amacıyla" ibaresiyle, sendikaların sendikal eylemlerde bulunma özgürlüğünün korunduğunu, sözleşmeciler devletlerin bu eylemlere izin vermesi ve ayrıca imkân tanınması gerektiğini kabul etmiştir⁶⁷. Bu husus grevin de bir sendikal eylem olması bakımından oldukça önem taşımaktadır. Bu kapsamda, sendika hakkının hangi sendikal eylemleri içerdiğinin ve hangilerinin bu hakkın temel ögesini oluşturduğunun AİHM kararlarında tespiti gerekir.

AİHM, sözleşmeciler devletlere sendikal eylemlere izin verme ve olanak sağlama konusunda pozitif yükümlülükler yükleyerek, sendika hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını amaçlamaktadır⁶⁸. Ancak Mahkeme, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin varlığını kabul etmiş olmasına rağmen, özellikle 1970'li yıllarda önüne gelen başvurularda, sendikalar lehine karar vermekten kaçınmış ve devletlerin özgürlük alanını sınırlamakta ihtiyatlı davranmıştır⁶⁹. Buna gerekçe olarak da Mahkeme tarafından, sendikal eylemlerin neler olduğuna ilişkin 11. maddede

⁶⁶ *National Union of Belgian Police v Belgium* App no 4464/70 (ECtHR, 27 October 1975) para. 39; *Schmidt and Dahlström v Sweden* App no 5589/72 (ECtHR, 06 February 1976) para. 36; *Enerji Yapı-Yol Sen c Türkiye* App no 68959/01 (ECtHR, 21 April 2009) para. 32; Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, *Enerji Yapı-Yol Sen -Türkiye Davası*, Kararın Özet Çevirisi 4-5.

⁶⁷ *National Union of Belgian Police v Belgium*, para. 39; *Schmidt and Dahlström v Sweden*, para. 36; *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden* App no 5614/72 (ECtHR, 06 February 1976) para. 40.

⁶⁸ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt* (T.C. Yargıtay Başkanlığı 2013) 446.

⁶⁹ David Harris ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan (çev) (Avrupa Konseyi 2013) 560-561; Benzer yönde bkz. Mesut Gülmez, 'Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?' (2008) (3) (11. Kongre Özel Sayı) Çalışma ve Toplum Dergisi 146.

bir açıklık olmadığı⁷⁰ dolayısıyla sözleşmeci devletlerin, sendika özgürlüğünün nasıl güvence altına alınacağı konusunda geniş bir takdir alanına sahip olduğu ifade edilmiştir⁷¹. Başka bir deyişle, Mahkeme, üyelerinin mesleki çıkarlarını korumak amacıyla sendikaların kullanacağı araçların (sendikal eylem ve faaliyetlerin) seçiminde devletlere serbestlik tanıdığını, bu kapsamda her devletin kullanılacak araçları özgürce belirleyebileceğini ifade etmiştir⁷². Aynı doğrultuda, Mahkeme, grev hakkının 11. maddede açıkça öngörülmediğinin altını çizerek⁷³, grev hakkını, bu madde kapsamında korunması gerekli mutlak bir hak olarak değerlendirmemiştir.

Mahkeme'ye göre, devlet tarafından grev hakkının tanınması, “üyelerin mesleki çıkarlarını koruma” noktasında şüphesiz bir sendikanın kullanabileceği en önemli araçlardan birini oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme, üyelerin çıkarlarını korumanın tek yolunun grev olmadığını, başka araçların da bulunduğunu özellikle vurgulamıştır⁷⁴. Öte yandan, ulusal hukuktaki birtakım düzenlemelerin grev hakkının kullanımını belirli durumlarda sınırlandırabileceği belirtilerek⁷⁵, bu hakkın iç hukukta tümüyle yasaklanmasının sendika hakkının ihlali olarak yorumlanabileceğinin sinyali verilmiştir. Ancak Mahkeme, iç hukukta grev hakkının tanınmamış olmasının 11. madde çerçevesinde sendika hakkıyla bağdaşp bağdaşmadığı, sendikal özgürlüğün temel bir unsurunun ihlaline yol açıp açmadığı meselesini incelemekten uzak durmuştur. Diğer bir ifadeyle bu dönemde, Mahkeme iç hukukta grev hakkına ilişkin toptan bir yasaklamayı ihlal olarak değerlendirebileceğinin işaretlerini verirken, grevin bir hak olarak iç hukukta açıkça düzenlenmemiş olmasını 11. maddeye uygunluk bakımından incelemeye gerek duymamıştır. Dolayısıyla, Mahkeme'nin ifade tarzı göz önüne alındığında, grev hakkına ilişkin temel ve kritik noktalarda yorum yapmaktan kaçındığı

⁷⁰ Olgun Akbulut, ‘Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri’ Sibel İncoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Avrupa Konseyi 2013) 416.

⁷¹ *National Union of Belgian Police v Belgium*, para. 39; *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden*, para. 40; *Gustafsson v Sweden* App no 15573/89 (ECtHR, 25 April 1996) para. 45; *Schettini and Others v Italy*, App no 29529/95 (ECtHR, 09 November 2000); *Wilson, National Union of Journalists and Others v the United Kingdom* App no 30668/96, 30671/96, 30678/96 (ECtHR, 02 July 2002) para. 44; *Sørensen and Rasmussen v Denmark* App no 52562/99, 52620/99 (ECtHR 11 January 2006) para. 58.

⁷² *Schmidt and Dahlström v Sweden*, para. 36; *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden*, para. 40. AİHM, devletlere sendikal faaliyetlerin belirlenmesinde takdir yetkisi tanısa da, belli araçları, sendika hakkının etkili bir şekilde kullanılması için vazgeçilmez nitelikte haklar olarak değerlendirmekte ve bu araçların devlet tarafından tanınmaması veya bu araçlara haksız müdahale edilmesi halinde 11. maddenin ihlal edildiğini kabul etmektedir. Bu araçlardan toplu görüşme ve toplu sözleşme hakkı için bkz. *Demir and Baykara v Turkey* App no 34503/97 (ECtHR, 12 November 2008).

⁷³ *Schmidt and Dahlström v Sweden*, para. 36.

⁷⁴ *Schmidt and Dahlström v Sweden*, para. 36.

⁷⁵ *Schmidt and Dahlström v Sweden*, para. 36.

gözlemlenmektedir. Mahkeme'nin 1970'li yıllardaki bu eğilimi, İkinci Savaş sonrası Batı Avrupa'da ortaya çıkan sermaye ile işçi sınıfı arasındaki uzlaşma döneminin sonlarına yaklaşıldığının AİHM nezdinde bir görünümü olarak düşünülebilir⁷⁶.

AİHM'nin sonraki yıllarda verdiği kararlarda, grev hakkına dair kayda değer olumlu gelişmeler yaşanmış olmakla birlikte, bu hakkın, dinlenme ve toplu sözleşme hakkı⁷⁷ gibi sendika hakkının temel unsurlarıyla karşılaştırıldığında -ki bu haklar AİHM tarafından 11. maddenin özünde var olan öğeler olarak nitelenmiştir- doğrudan ve mutlak bir şekilde tanınmış olduğu çıkarımını yapmak mümkün değildir⁷⁸. Ancak öğretide, sendika özgürlüğünün grev hakkını kapsadığını, bu anlamda grev hakkının 11. maddenin ayrılmaz bir parçası olarak koruma altında olduğunu, yakın tarihli kararlarında AİHM'nin yaklaşımının da bu şekilde tezahür ettiğini ileri süren görüşler⁷⁹ bulunmaktadır. Mahkeme'nin yakın tarihli kararlarının incelenmesiyle esasında grev hakkının 11. madde çerçevesinde, diğer hakların aksine, gerçek anlamda bir korumaya sahip olmadığı anlaşılacaktır.

AİHM'nin olumlu gelişme olarak nitelendirilebilecek kararları, esasen kamu görevlilerinin eylemlerine yönelik müdahalelerin, 11. madde kapsamında Sözleşme'ye uygunluklarının incelendiği kararlardır. Bu kararların anlaşılabilmesi için öncelikle Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrasının ele alınması gereklidir. AİHS m. 11/2'ye göre, "*Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin,*

⁷⁶ AİHM'nin daha sonraki yıllarda önüne gelen davalarda da sendikaların kolektif nitelikte haklarını tanımakta çekinmesinin sebebinin esasen dönemin uluslararası politik yönelimlerinin yargısal alandaki bir tezahürü olduğuna ilişkin *Sørensen and Rasmussen v Denmark* kararı önemlidir.

⁷⁷ AİHM *Swedish Engine Drivers' Union v Sweden* (1976) davasında, toplu görüşme ve toplu sözleşme haklarının Sözleşmeyle güvence altına alınmış haklar arasında yer almadığı, sendika hakkının temel ögesi olarak nitelenemeyeceği zira bu hakların sendika hakkının etkili şekilde kullanılabilmesi için kaçınılmaz olmadığı görüşünü benimsemiştir. Aynı yaklaşımını, *Wilson, National Union of Journalists and Others v the United Kingdom* (2002) davasında da sürdürmüştür. Ancak Mahkeme bu içtihadından, *Demir and Baykara v Turkey* (2008) davasında, toplu sözleşme hakkının 11. maddenin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul ederek, dönmüştür. Bu karar sendika özgürlüğünün kolektif boyutu açısından oldukça önemli bir karar niteliği taşımaktadır. Ancak, Mahkeme'nin 2008 yılına kadar sendika hakkının toplu sözleşme hakkını içerdiğini kabul etmemesi, sendika hakkının esasında bir sosyal hak olduğunun vurgulanmasındaki isteksizliği göstermektedir.

⁷⁸ AİHM'nin grev hakkını, 11. maddenin zorunlu bir unsuru olarak görmediğini öne süren görüşler için bkz. Harris vd. (n 69) 561; Akbulut (n 70) 417; Bülent Serim, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut* (Öteki Yayınevi 1995) 95; Ulusoy (n 42) 540.

⁷⁹ Gülmez (n 69) 151; Mesut Gülmez, 'Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur' (2010) (3) Çalışma ve Toplum Dergisi 9; Jeffrey S., Vogt, 'The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO)' (2016) 27(1) King's Law Journal 119; Jeffrey S. Vogt ve diğerleri, *The Right to Strike in International Law* (Hart Publishing, 2020) 13; Cem Ümit Beyoğlu, 'AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı' (2018) (135) TBB Dergisi 98-99; Mustafa Kılıçoğlu, 'Toplu Eylem ve Grev Hakkının Uluslararası Hukuk Penceresinden Değerlendirilmesi', (2020) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 2416. Benzer yönde görüş için bkz. Melda Sur, 'Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri' (2013) (15) (Özel sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 268-269.

kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir”.

AİHM, 11. maddede güvence altına alınan haklardan herkesin yararlanacağını, devlet memurlarının doğrudan bu haklardan mahrum bırakılmayacağını belirtmiştir⁸⁰. Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarının da kural olarak toplanma ve örgütlenme hakkına sahip olduğu, ancak bu kişilerin söz konusu hakları kullanmasına özel kısıtlamalar getirilebileceği söylenebilir⁸¹. Ancak bu kısıtlamanın hiçbir şekilde ve şartta “yasaklama” şeklinde olmayacağını; 11. maddenin sağladığı güvenceleri bahsi geçen üç grup kamu görevlisi için toptan ve sürekli şekilde ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmasının olanaklı olmadığını ileri süren görüşler bulunmaktadır⁸². Diğer yandan, Komisyon⁸³ “kısıtlama” terimini, örgütlenme özgürlüğünün tamamen yasaklanmasına izin verildiği şeklinde yorumlamıştır. İlgili kararda başvuruda yer alan, ulusal gizli dinleme merkezinde görev yapan çalışanın “devlet idaresi mensupları” kategorisine girdiği belirtilerek, sendika üyeliğinin burada çalışan memurlara tamamen yasaklanmasının sert olmakla birlikte keyfi olmadığına karar verilmiştir⁸⁴. Nitekim AİHM, sendika özgürlüğünü, devlet adına yetki kullanarak görev yapan memurların grev hakkının yasaklanmasıyla uyumlu görerek, belli memur kategorilerine grev hakkının yasaklanabileceğini kabul etmiştir⁸⁵. Başka bir ifadeyle, AİHM kısıtlama ifadesini yasaklamayı içerir şekilde yorumlamıştır.

AİHM'nin yukarıda bahsedilen kararlarındaki temel problem, “devlet idaresi mensupları” ile hangi kamu görevlilerinin kastedildiğinin belirlenmemiş olmasıdır⁸⁶. AİHM devlet idaresi

⁸⁰ *Karaçay c Turquie* App no 6615/03 (ECtHR, 27 March 2007) para. 22; Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, *Karaçay -Türkiye Davası*, Karar Çevirisi 3.

⁸¹ Gülmez (n 35) 172.

⁸² Gülmez (n 35) 172-173; Benzer yönde görüş için bkz. Melda Sur, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı’, (1994) 16(1) İnsan Hakları Yıllığı 41-42.

⁸³ 11 No’lu Protokolden önce AİHS’nde inceleme prosedürü iki aşamalıydı. AİHS kapsamında 11. No’lu Protokolden önceki ikili denetim mekanizmasına yönelik detaylı bilgi için bkz. Melda Sur, *İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 66 1995).

⁸⁴ *Civil Service Unions v the United Kingdom* App no 11603/85 (ECtHR, 20 January 1987); Harris vd. (n 69) 563-564.

⁸⁵ *Enerji Yapı-Yol Sen c Turquie*, para. 32.

⁸⁶ Harris vd. (n 69) 564.

mensuplarını her somut olayda o kamu görevlisi özelinde değerlendirmeyi tercih etmiştir. Kamu görevlilerinin grev hakkıyla ilgili kararlarda da, “devlet idaresi mensupları” teriminin kapsamına yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu kararlarda, grev hakkıyla ilgili önemli bir kısıtlamanın, devlet adına kamu otoritesi (gücü) kullanan kamu görevlileriyle ilgili olması durumunda, devlete sağlanan takdir alanının daha geniş olacağı belirtilmiştir⁸⁷. Diğer yandan, AİHM, silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri de dahil, devlet idaresi mensuplarına yönelik kısıtlamaların veya yasaklamaların, Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlalini oluşturmaması için müdahalelerin “haklı” olması gerektiğini vurgulamıştır⁸⁸. Haklı olarak nitelenebilmesi için de sınırlamanın; yasayla öngörülmüş olma, AİHS’nin 11. maddesinin 2. paragrafında öngörülen meşru amaçlardan birine dayanma ve demokratik bir toplum için gerekli olma şartlarını taşıması gerekmektedir⁸⁹.

Öte yandan, AİHM grev hakkına yönelik yasaklamanın, genel olarak tüm kamu görevlilerini veya devletin ticari veya endüstriyel kuruluşlarında çalışan kamu personelini içine alacak şekilde genişletilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu nedenle grev hakkına getirilen yasal kısıtlamaların, sınırlamaya tabi memur kategorilerini mümkün olduğunca açık ve sınırlayıcı bir şekilde tanımlaması gerekmektedir⁹⁰.

AİHM kamu görevlilerinin grev eylemlerine yönelik müdahaleleri, dernek kurma (örgütlenme) hakkının yanı sıra ağırlıklı olarak “barışçıl toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü” çerçevesinde irdelemektedir. İncelemelerin sonunda müdahalelerin, örgütlenme hakkı ve onun özel bir görünümü olan sendika hakkının ihlaline yol açtığı yönünde Mahkeme’nin kararları bulunmakla birlikte⁹¹; başvuranlara karşı devletçe alınan tedbirler, demokratik bir toplumda gerekli görülmemesi sebebiyle, çoğunlukla *barışçıl toplanma özgürlüğünün* ihlali olarak değerlendirilmektedir⁹². Örneğin, *Kaya ve Seyhan/Türkiye* davasında, Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu’na bağlı Eğitim Sen’in üyesi olan ve öğretmenlik yapan

⁸⁷ *Humbert and Others v Germany* App no 59433/18, 59477/18, 59481/18, 59494/18 (ECtHR, 14 December 2023) para. 112.

⁸⁸ Gülmez (n 35) 172-173.

⁸⁹ *Urcan c Turquie*, App no 23018/04 (ECtHR, 17 July 2008) para. 26; Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, *Urcan ve Diğerleri -Türkiye Davası*, Kararın Özet Çevirisi.

⁹⁰ *Enerji Yapı-Yol Sen c Turquie*, para. 32.

⁹¹ *Enerji Yapı-Yol Sen c Turquie*; İhlal kararı vermese de örgütlenme hakkı kapsamında değerlendirdiği dava için bkz. *Humbert and Others v Germany*.

⁹² *Karaçay c Turquie*; *Urcan c Turquie*; *Kaya et Seyhan c Turquie* App no 30946/04 (ECtHR, 15 September 2009); Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, *Kaya ve Seyhan - Türkiye Davası*, Özet Çeviri; Aksi yönde görüş için bkz. Gülmez (n 79) 19; Beyoğlu (n 79) 98.

başvuranların, KESK'in yapmış olduğu çağrıya uyararak, bir günlük ulusal eyleme katılmış oldukları belirtilmiştir. Başvuranlara, söz konusu eyleme katıldıkları ve görev yerlerinde bulunmadıkları için “uyarı” disiplin cezası verilmiştir. Mahkeme, başvuruculara uygulanan disiplin cezalarının, “acil bir toplumsal ihtiyaca” karşılık gelmediğini tespit etmiş ve bu nedenle söz konusu cezaların “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna ulaşarak, 11. madde kapsamında “gösteri yapma özgürlüğünü” etkili bir şekilde kullanma hakkına orantısız bir müdahalede bulunulduğuna karar vermiştir⁹³. Bu ayrıma değinmemizin sebebi, grev eylemlerine yönelik alınan tedbirlerin Sözleşme'ye aykırı olduğuna ilişkin AİHM'ne yapılan her başvuruda, söz konusu müdahalelerin sendika hakkı ile bağlantısını kurma noktasında, AİHM'nin her zaman aynı kararlılık ve istekliliğe sahip olmadığını göstermektedir.

AİHM'nin kamu görevlilerinin grev hakkını ele aldığı 2023 tarihli bir kararda⁹⁴, başvuranların davaya konu eylemlerinin grev olup olmadığına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, olumlu bir gelişme kaydettiği ifade edilebilir. Şöyle ki; AİHM, daha eski tarihli olan *Satılmış ve Diğerleri/Türkiye* davasında, Boğaz Köprüsünde sözleşmeli personel statüsünde gişelerde çalışan kamu görevlilerinin, çalışma koşullarını protesto etmek amacıyla üç saat boyunca görev yerleri olan gişeleri terk etmiş olmalarını, iş bırakma ve bu kapsamda grev olarak değerlendirmek yerine, söz konusu eylemi iş yavaşlatma olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin grev hakkını ne ölçüde tanıdığı ve bu hakkın bu madde çerçevesinde nasıl tanımlandığı konularına değinmeksizin, başvuranların üç saatlik iş yavaşlatma eylemini, sendikal hakların kullanımı bağlamında genel nitelikte bir kolektif (toplu) eylem olarak değerlendirmiştir⁹⁵. *Humbert and Others v. Germany (2023)* davasında ise, AİHM, devlet memuru statüsünde bulunan öğretmenlerin daha iyi çalışma koşulları talep etmek amacıyla birkaç saatliğine derslere girmeyip, üyesi oldukları sendika tarafından bu amaçla düzenlenen ve kamuda sözleşmeli personel statüsünde istihdam edilen öğretmenlerin çıkarlarını da temsil eden gösterilere katılmalarını, “grev” olarak nitelendirmiştir. Mahkeme başvuruculara verilen disiplin cezalarının, başvuranların sendikaları tarafından düzenlenen bir iş bırakma eylemine katılmalarından dolayı verildiğini belirterek, söz konusu eylemi grev kapsamında

⁹³ *Kaya et Seyhan c Turquie*, para. 5, 7, 8, 31.

⁹⁴ *Humbert and Others v Germany*.

⁹⁵ *Satılmış et autres c Turquie (Dilek et autres c Turquie)* App no 74611/01, 26876/02, 27628/02 (ECtHR, 17 July 2007) para. 5, 7, 57; Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı, *Satılmış ve Diğerleri -Türkiye Davası*, Kararın Özet Çevirisi 2, 7.

değerlendirmiştir⁹⁶. Mahkeme bu kararıyla, sendikaların eylem yapma çağrısı üzerine *kısa süreli iş bırakma eylemini*, diğer bir ifadeyle, birkaç saatliğine göreve gelmemeyi veya görev yerini terk etmeyi, *iş yavaşlatma* olarak niteleyen hatalı kararından dönerek, grev kapsamında değerlendirmiştir. Bu karar, aynı zamanda başvuruya konu kısa süreli iş bırakmanın yalnızca genel nitelikte “kolektif bir eylem” olarak görülmeyip, “grev” olarak kabul edilmesi bakımından da değerlidir.

Humbert and Others v. Germany davası, grev hakkının AİHS'nin 11. maddesi kapsamında güvenceye alınmamış olduğunun, AİHM tarafından dile getirildiği en yakın tarihli karar olması açısından da önem taşımaktadır. Mahkeme, öncelikle, grev yasağının 11. madde çerçevesinde sendikal özgürlüğün temel bir unsurunu etkileyip etkilemediği sorusunu o zamana kadar yanıtızsız bıraktığını kabul etmiştir. Diğer yandan, AİHM, söz konusu sorunun, davanın bütün koşulları dikkate alınarak, somut olay özelinde yanıtlanabileceğini; grev hakkına getirilen sınırlamaların veya yasaklamaların, Sözleşme'ye uygun olup olmadığına karar verilirken, ilgili devletin sendikal özgürlüğü güvenceye almak için başvurduğu önlemlerin bütününe göz önünde bulundurulacağını vurgulamıştır. Somut olayda da AİHM, memur sendikalarının ve memurların kendilerinin söz konusu mesleki çıkarları etkili şekilde savunmalarını sağlamak için devletçe alınan tedbirlerin bütününe dikkate aldığında, grev yasağının, memurların sendikal özgürlüğünü anlamsız kılmadığına karar vermiştir. Bu nedenle de, Mahkeme tarafından, grev yasağının memurların sendikal özgürlüğünün temel bir unsurunu etkilemediği, başvuruların eylemlerine yönelik yapılan müdahalelerin devletin takdir yetkisi içinde kaldığı ve orantılı olduğu sonucuna varılarak, nihayetinde 11. maddenin ihlal edilmediğine hükmedilmiştir⁹⁷. Mahkeme daha önce vermiş olduğu ihlal kararlarında, başvurulara verilen cezaların hafif olsa da, greve katılmak yönünden sendika üyeleri ve diğer kişiler açısından “caydırıcı” nitelik taşıdığına kanaat getirmişti⁹⁸. Söz konusu davada ise, Mahkeme, 11. maddenin neden ihlal edilmediğine ilişkin gerekçelerini sunarken başvurulara karşı verilen disiplin cezalarının ağır olmadığına dikkat çekmiştir⁹⁹.

Sonuç olarak, grev hakkının, 11. madde kapsamında “vazgeçilmez” bir hak olarak nitelendirilmesi mümkün iken, Mahkemece, greve ilişkin başvurularda böyle bir

⁹⁶ *Humbert and Others v Germany*, para. 113. AİHM bu davada 11. madde kapsamında ihlal kararı vermemiştir.

⁹⁷ *Humbert and Others v Germany*, para. 103, 108, 110, 146, 147.

⁹⁸ *Karaçay c Turquie*, para. 37; *Kaya et Seyhan c Turquie*, para. 30; *Urcan c Turquie*, para. 34; *Enerji Yapı-Yol Sen c Turquie*, para. 32.

⁹⁹ *Humbert and Others v Germany*, para. 143, 146.

değerlendirmeden kaçınılmıştır¹⁰⁰. Bunun sebebi olarak, sosyal haklardan ziyade kişi haklarını ve siyasal hakları güvence altına almak için düzenlenmiş olan Sözleşme'nin, sınırlı bir çerçeveye sahip olması¹⁰¹ gösterilebilir. Bununla birlikte, Mahkeme'nin bu yöndeki isteksizliğinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Kanaatimizce Mahkeme'nin, toplu sözleşme hakkını, Sözleşme'nin 11. maddesinin zorunlu bir parçası olarak kabul etmesi gibi, grev hakkını da bu madde çerçevesinde sendika hakkının ayrılmaz bir bileşeni olarak nitelendirme olanağı bulunmaktadır. Mahkeme'nin grev, toplu sözleşme ve sendika hakkı arasındaki bağı daha güçlü bir şekilde vurgulaması ve temellendirmesi ile 11. maddenin yukarıda bahsedilen dar kapsamını aşabileceği düşünülmektedir.

B. ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmeleri ve Denetim Organlarının Kararları

ILO Anayasası'nda, ILO Anayasası'nın Eki olan Philadelphia Bildirgesi'nde ve ILO sözleşmelerinde grev hakkı, örgütlenme hakkı kapsamında temel bir hak olarak doğrudan düzenlenmemiş, söz konusu belgelerde grev hakkına dair özel bir hükme yer verilmemiştir¹⁰². Grev hakkından lafzi olarak açık bir şekilde bahsedilmese de, örgütlenme özgürlüğünün anlamı ve kapsamı, grev hakkını içerecek şekilde yorumlanmaya müsaittir. Nitekim ILO denetim organları da grev hakkını, örgütlenme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası ve kaçınılmaz bir sonucu olarak kabul etmişlerdir¹⁰³.

ILO denetim organlarından olan Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi (CFA¹⁰⁴), 1952 yılında gerçekleştirdiği ikinci oturumundan¹⁰⁵ itibaren grev hakkının, sendika hakkının temel unsurlarından biri olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁶. Esasında Komite, 1952 yılında gerçekleştirdiği ilk oturumunda¹⁰⁷, grev hakkının örgütlenme özgürlüğü ile bağlantısına ve bu hakkın sendika

¹⁰⁰ Harris vd. (n 69) 561.

¹⁰¹ Harris vd (n 69) 566.

¹⁰² Gülmez (n 35) 143-147.

¹⁰³ Janice R. Bellace, 'The ILO and the Right to Strike' (2014) 153(1) International Labour Review 30, 47, 49.

¹⁰⁴ The Committee on Freedom of Association.

¹⁰⁵ International Labour Organisation, *Sixth Report of the International Labour Organisation to the United Nations* (ILO 1952) 197. [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09618/09618\(1952-6\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09618/09618(1952-6).pdf), Erişim Tarihi, 20.02.2024.

¹⁰⁶ Case No 28 para. 68, ILO, 1952 210; Vogt (n 79) 116.

¹⁰⁷ ILO (n 105) 169.

hakkının kapsamında yer aldığına ilişkin doğrudan bir açıklamada bulunmamıştır¹⁰⁸. Önüne gelen şikayetlerde grev konusu geçmesine karşın Komite'nin, "çalışanların esasında grev yoluna başvurdıkları" ya da "grevlerin yasaklanmadığı ancak ilk aşamada arabuluculuk prosedürüne tabi tutulduğu", yahut "çalışanların grev hakkını kullanmalarından kaynaklı olarak cezalandırmadıkları" gibi gerekçelerle grev hakkını incelemeyi gerekli görmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Ancak ikinci oturumda CFA, grev hakkının ILO belgelerindeki kaynağını belirtmeye gerek görmeden, bu hakkın varlığını ve sendika hakkı kapsamında koruma altında olduğunu açıkça kabul etmiştir¹¹⁰.

CFA, daha sonraki başvurularda grev hakkına dayanak olarak, ILO Anayasası¹¹¹ ile 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi'ni göstermiştir. Komite, 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'ne ise grev hakkının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi noktasında atıfta bulunmuştur¹¹². Grev hakkına ilişkin yapılan şikayetlerde Komite, özellikle 87 sayılı Sözleşme'nin 3¹¹³,8¹¹⁴ ve 10.¹¹⁵ maddelerini yorumlayarak grev hakkını güvence altına almaya çalışmıştır¹¹⁶.

87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesi, çalışan örgütlerine (sendikalara) "yönetim ve etkinliklerini düzenleme ile programlarını oluşturma" hakkı tanımaktadır. CFA da, 3. maddede yer alan bu hakların grev hakkını kapsadığını ancak bu hakkın sınırsız olmadığını ileri sürmektedir¹¹⁷. Bu maddenin yanı sıra, ülkelerin iç hukuktaki yasalarının 87 sayılı Sözleşme'de öngörülen güvencelere aykırı olamayacağı ve Sözleşme'ye zarar verecek şekilde uygulanamayacağına ilişkin 8. maddenin 2. fıkrası ile çalışanların çıkarlarını savunma amacı

¹⁰⁸ İlk oturumla ilgili rapor için bkz. ILO (n 105) 169-196.

¹⁰⁹ ILO (n 105) 178-187.

¹¹⁰ Bellace (n 103) 47.

¹¹¹ ILO Anayasası'nda tanınan örgütlenme özgürlüğü ilkesinin grev hakkına dayanak teşkil edebileceğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Vogt (n 79) 117.

¹¹² Vogt vd. (n 79) 8,12.

¹¹³ M. 3/1: "Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler".

M. 3/2: "Kamu makamları, bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar".

¹¹⁴ M. 8/2: "Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz".

¹¹⁵ M. 10: "Bu sözleşmede 'örgüt' terimi, çalışanların veya işverenlerin çıkarlarına hizmet ve bu çıkarları savunma amacını güden çalışanların ve işverenlerin her türlü kuruluşunu ifade eder".

¹¹⁶ Gülmez (n 35) 147-148; Gülmez (n 69) 141.

¹¹⁷ Vogt (n 79) 113.

güden çalışan kuruluşlarının (sendikalar gibi) “örgüt” adı altında güvenceye kavuşturan 10. maddesi de grev hakkını tanıma açısından dayanak gösterilmektedir¹¹⁸. Gerçekten, düşünüldüğünde, sendikaların üyelerinin mesleki ve ekonomik çıkarlarını koruma işlevini layıkıyla yerine getirebilmesi için grev hakkının gerekliliği açıktır. Nitekim Komite de birçok kararında, grev hakkının, çalışanların ve çalışan örgütlerinin (sendikaların) ekonomik ve sosyal çıkarlarını geliştirip savunabilecekleri temel araçlardan biri olduğunu vurgulamıştır¹¹⁹. Özellikle, çalışanları ilgilendiren istihdam, sosyal koruma ve yaşam standartları gibi konulara doğrudan etkisi bulunan sosyal ve ekonomik politika eğilimlerinin ortaya çıkardığı sorunlara karşı çözüm bulma arayışında olan çalışan örgütlerinin, çalışanların sosyo-ekonomik ve mesleki çıkarlarını savunabilmek için grev hakkına sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir¹²⁰.

ILO’nun diğer bir denetim organı olan Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına ilişkin Uzmanlar Komitesi (CEACR¹²¹) de, CFA gibi 87 sayılı Sözleşme’nin grev hakkını içerdiğine dair bir yorum geliştirmiştir. Ancak CEACR, grev hakkını CFA’nın aksine hemen doğrudan incelememiştir. Grev hakkına dair bu yaklaşımına, CFA’nın kararından 7 sene sonra, “Örgütlenme Özgürlüğü Hakkında Genel Araştırma Raporu”nda yer vermiştir¹²². 1959 tarihli raporda Komite, “Örgütlerin Faaliyetlerini Düzenleme ve Programlarını Oluşturma Hakkı (87 sayılı Sözleşme m.3)” başlığı altında, kamu erki adına hareket eden kamu görevlileri dışındaki çalışanların grev hakkının yasaklanmasının, sendikaların potansiyel faaliyetlerini ciddi şekilde kısıtlayabileceğini belirtmiştir. Ayrıca Komite, grev yasağının, sendikaların üyelerinin mesleki çıkarlarını savunma işlevine etkisini göz önünde bulundurarak, söz konusu yasağın 87 sayılı Sözleşme’nin 8. maddesine aykırı olma ihtimalinin bulunduğunu ifade etmiştir¹²³.

¹¹⁸ Gülmez (n 35) 148.

¹¹⁹ International Labour Office, *Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association* (Sixth edition ILO 2018) para.753 143, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf, Erişim Tarihi, 18.02.2024.

¹²⁰ International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (Fifth -revised- edition ILO 2006) para.527 110, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf, Erişim Tarihi, 15.02.2024.

¹²¹ The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations.

¹²² Bellace (n 103) 48-49.

¹²³ International Labour Conference, *Third Item on the Agenda: Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*, 43rd Session, International Labour Office, Geneva, 1959, Report III (Part IV), para. 68 114-115, [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1959-43\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1959-43).pdf), Erişim Tarihi, 24.02.2024.

CEACR daha sonraki raporlarında da, çalışanların taleplerinin dikkate alınması ve bu taleplerin karşılanması için, çalışanlara ve sendikalarına çeşitli baskı araçlarının sunulması gerektiğini; grev hakkının da, işverenlere maliyet yüklemesi sebebiyle, çalışanların ve sendikalarının çıkarlarını korumak için kullanabilecekleri temel baskı araçlarından biri olduğunu vurgulamıştır. Bunun yanı sıra, örgütlenme hakkının grev hakkını içerdiğini ve toplu pazarlık hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesinin grev hakkının tanınmasına bağlı bulunduğunu belirtmiştir¹²⁴.

ILO belgelerine dayanarak grev hakkını güvenceye alan denetim organlarının, kamu görevlilerinin grev hakkına yönelik yaklaşımlarında da kapsayıcı olduğu görülmektedir. CFA, 87 sayılı Sözleşme'nin kapsamındaki hakların işçi-kamu görevlisi şeklinde bir ayırım gözetilmeksizin "çalışanlara" tanındığını, dolayısıyla kamu görevlilerin de söz konusu haklara sahip olduğunu belirtmiştir¹²⁵. Bununla birlikte, Komite, bu hakkın "temel hizmetler" ve "kamu hizmetinde yalnızca devlet adına yetki (kamu gücü) kullanan kamu görevlileri" yönünden kısıtlanabileceğini ve hatta yasaklanabileceğini kabul etmiştir¹²⁶.

CFA, kamu hizmetinde grev hakkı yasağının, sadece devlet adına yetki kullanan kamu görevlileriyle¹²⁷ sınırlı olduğunu özellikle vurgulamıştır¹²⁸. Ancak söz konusu kategoriye dahil olmayan kamu görevlilerinin icra ettiği faaliyetler, temel hizmetler kapsamında ise, bu durumda da grev hakkının yasaklanabileceği ifade edilebilir¹²⁹. Örneğin, elektrik, su, telefon, itfaiye hizmetleri gibi hizmetlerde çalışanların, doğrudan kamu gücünün temsilcisi konumunda hareket ettikleri veya devlet adına otorite kullandıkları söylenemese de, bu hizmetlerde çalışan

¹²⁴ Vogt vd. (n 79) 58-59.

¹²⁵ Gülmez (n 35) 145.

¹²⁶ ILO (n 119) para. 827-830 154-155.

¹²⁷ Tüm kamu görevlileri, doğrudan devlet yönetiminde görevli olmayabilirler ve bazıları kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmazlar. Bu durumda, ilgili kamu görevlilerinin devlet adına otorite kullandığını veya diğer bir deyişle kamu erkinin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiğini söylemek güçtür. Devlet idaresine özgü faaliyet yürüten kamu görevlileri, örneğin bakanlıkların ve diğer kamu kuruluşlarının üst düzey görevlileri; bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşların başkanları, yardımcıları, genel sekreterleri; valiler, vali yardımcıları ve kaymakamlar; düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyeleri gibi üst kademe kamu yöneticilerinin devlet adına yetki kullandıkları ve bundan dolayı grev yasağına tabi tutulmaları anlaşılabilir. Ancak bunun aksine, öğretmenler, doktorlar, posta ve telekomünikasyon hizmetinde çalışanlar ile ulaştırma sektöründeki görevlilerin yürüttükleri kamu hizmetlerinin nitelikleri ile kullandıkları kamu gücü yetkisi ve ayrıcalıklarının yoğunluğu bahsi geçen üst düzey kamu görevlilerinkinden oldukça farklıdır. Dolayısıyla bu iki grup arasında bir ayırım yapılmadan kamu görevlilerin grev hakkının tümüyle yasaklanmasının Sözleşme'yle bağdaşmadığı söylenebilir; Gülmez'in "*devlet adına otorite işlevleri yerine getiren memurlar*" hakkındaki açıklamaları çalışmada yazarlarca yorumlanmıştır. Gülmez (n 35) 149-150,154-155.

¹²⁸ ILO (n 119) para. 828-829 154.

¹²⁹ Gülmez (n 35) 150. Metin Kutsal, 'ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Grev Hakkına İlişkin Önemli Bazı Kararları' (2019) (77) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 13.

kamu görevlilerinin yerine getirdiği faaliyetlerin temel hizmet niteliği taşıması, ilgili kamu görevlilerine grev hakkının yasaklanmasını haklı kılabılır. Zira, bahsi geçen faaliyetler kesintiye uğraması halinde, tehlike yaratabilecek; nüfusun tamamının veya bir kısmının yaşamı, kişisel güvenliği veya sağlığı açısından açık ve yakın bir tehdit oluşturabilecek hizmetlerdir¹³⁰. Diğer yandan, grevin belirli bir süreyi aşması ya da grev olayının beklenenden daha fazla kişi veya alanı etkilemesi ve bunun tehlike yaratması halinde; daha önce CFA kararlarında kesinlikle temel hizmet olarak kabul edilmeyen¹³¹ bir kamu hizmetinin temel hizmet gibi değerlendirilmesi ve bu grevi gerçekleştiren kamu görevlilerinin de grev hakkının kısıtlanması veya yasaklanması söz konusu olabilir¹³².

Devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri ölçütüne geri döndüğümüzde, bu ölçütün kapsam ve sınırlarının tamamıyla ILO denetim organlarınca belirleneceği bu anlamda kamu gücünün temsilcisi olarak hareket eden (devlet adına yetki kullanan) kamu görevlilerin kimler olduğuna ilişkin iç hukuktaki belirlemelerin bir hükmünün olmayacağı söylenebilir. Kamu görevlilerinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılıp donatılmadığı veya devlet adına otorite kullanıp kullanmadığı, üstlendikleri faaliyetlerin niteliğine göre, ILO organlarınca belirlenecektir¹³³. Örneğin, CFA, yargı mensuplarının, gümrük memurlarının, maliye bakanlığında ve vergi dairelerinde çalışan kamu görevlilerinin, devlet adına yetki kullanmalarını sebebiyle grev haklarının yasaklanabileceğini belirtmiştir¹³⁴.

CEACR de, kamu görevlilerinin grev hakkı noktasında CFA'yla benzer bir yaklaşım sergileyerek, grev hakkının 87 sayılı Sözleşme'nin 3,8, ve 10. maddeleri kapsamında güvence altında olduğunu kabul etmiştir¹³⁵. Komite bir incelemesinde, kamu görevlileri sendikalarının "etkinliklerini düzenleme ve programlarını oluşturma hakları"nın, iç hukuktaki yasal düzenlemelerle aşırı derecede kısıtlamaması için gerekli adımların atılmasını Ekvador

¹³⁰ ILO (n 119) para. 830,836,838 154-156. CFA, hangi hizmetlerin temel hizmet olarak görülebileceğini kararlarında açık bir şekilde belirlemiştir. Buna göre, hastane, elektrik, su, telefon, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, cezaevleri, öğrencilere gıda temini ve okulların temizliği ile hava trafik kontrolü hizmetleri, temel hizmet olarak kabul edilmiştir. Bkz. ILO (n 119) para. 840 156-157. 87 sayılı Sözleşme m.9/1 hükmüyle, silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına, Sözleşmeyle korunan hakların tanınması açısından sınırlamalar getirilmesine açıkça izin verilmektedir.

¹³¹ Örneğin, Radyo ve televizyon hizmetleri, petrol sektörü, bankacılık, Merkez Bankası, metal ve madencilik sektörleri, büyükşehir ulaşımı da dahil genel ulaşım, demiryolu hizmetleri, çöp toplama hizmetleri, eğitim sektörü vd. için bkz. ILO (n 119) para. 842 157-160.

¹³² ILO'nun ilgili kararı, çalışmada kamu görevlileri açısından yorumlanmıştır. Karar için bkz. ILO (n 119) para. 837 156.

¹³³ Gülmez (n 35) 149-150.

¹³⁴ ILO (n 119) para. 832-834 155.

¹³⁵ Bellace (n 103) 30.

Hükümetinden talep etmiştir. Bu kapsamda ulaştırma, akaryakıt dağıtım, idare tarafından yürütülen eğitim hizmetlerinde ve hidrokarbon sektöründe çalışan görevlilerin grev düzenlemelerinin mümkün olması gerektiği yönündeki ILO denetim organlarının değerlendirmelerini hatırlatmıştır¹³⁶.

CEACR'ye göre, kamu görevlileri açısından grev hakkına getirilen sınırlamalar dar yorumlanmalıdır. Ayrıca hakları sınırlanan kamu görevlilerinin ekonomik ve mesleki çıkarlarını koruma ve geliştirmeleri bakımından başka güvencelerin tesis edilmesi gerekmektedir¹³⁷.

CEACR'nin raporlarında, 87 sayılı Sözleşme çerçevesinde grev hakkını tanınması, ILO'da 2012 yılında işveren grubu tarafından itirazlarla karşılanmış ve ciddi bir krize yol açmıştır¹³⁸. CFA tarafından örgütlenme hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen grev hakkının, çalışanların temel hakkı olduğu konusunda geliştirilen içtihatlarla, işverenler grubu tarafından neredeyse kırk yıl boyunca herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Aynı şekilde, CEACR'nin grev hakkına ilişkin çalışanlar lehine olan gözlemlerine de, bu süreçte olumsuz bir tepki gösterilmemiştir. İşverenler grubunun grev hakkıyla ilgili şikayetleri ise 1989 ve 1992 yılları arasında ortaya çıkmaya başlamıştır. Soğuk Savaşın sona ermesiyle birlikte diğer bir ifadeyle Sovyetler Birliğinin dağılmasıyla, Doğu Blokunun oluşturduğu tehdidin ortadan kalkması sonucunda, işverenler grubunca ILO tarafından tanınan ve korunan grev hakkı sorgulanmaya başlanmış ve bu hakka yönelik yoğun eleştiriler getirilmiştir¹³⁹.

İşverenler Grubunun ciddi itirazları sonucunda, 10 Kasım 2023 tarihinde, ILO Yönetim Kurulu, 349. (özel) oturumunda, 87 sayılı Sözleşmesi'nin grev hakkı açısından yorumlanmasına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı'ndan tavsiye niteliğinde görüş alınmasına karar vermiştir. ILO Yönetim Kurulu, kararında, grev hakkının 87 sayılı Sözleşme kapsamında korunup korunmadığı konusunda ILO'nun üçlü bileşenleri arasında "ciddi ve kalıcı anlaşmazlıklar olduğunun bilincinde" olduğunu ve üçlü diyalog yoluyla bir uzlaşmaya varılamadığını belirtmiş ve ardından "*çalışanların ve örgütlerinin grev hakkı, 1948 (No. 87) tarihli Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi kapsamında*

¹³⁶ Ecuador, Direct Request (CEACR), 111st ILC session (2023).

¹³⁷ Gülmez (n 35) 150-151.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bellace (n 103) 57-59.

¹³⁹ Vogt (n 79) 110; Vogt vd. (n 79) 11-12.

korunmakta mıdır?” sorusuna tavsiye niteliğinde görüş verilmesini talep etmiştir¹⁴⁰. Uluslararası Adalet Divanı ise henüz bu konuyla ilgili görüşünü yayınlamamıştır.

V. TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN GREV HAKKI

1982 Anayasası’nda kamu görevlilerinin grev hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Anayasa’nın 54. maddesi, “*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler*” diyerek, grev hakkını sadece “işçilere” tanımıştır.

Anayasa’da bir hakkın belli gruplara açıkça tanınmaması, bu hakkın o gruplar açısından yasaklandığına işaret etmez; sadece o hakkın anayasal güvence altında olmadığını gösterir¹⁴¹. Dolayısıyla, Anayasa’da grev hakkının yalnızca işçilere tanınmış olmasından bu hakkın kamu görevlilerine yasaklandığı sonucuna varılamaz¹⁴². Zira “aksiyle kanıt” yolu temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ileri sürülebilecek bir dayanak değildir¹⁴³. Bu nedenle, grev hakkının kamu görevlilerine yasaklandığını iddia edebilmek için, bu yasağın Anayasa’da açıkça düzenlenmiş olması gereklidir. Diğer yandan, “kuşku halinde hak ve özgürlükler lehine yorum ilkesi” de, kamu görevlilerine grev hakkının yasaklanmadığı yönünde yorum yapmayı gerekli kılar¹⁴⁴.

1982 Anayasası’nda olduğu gibi, 1961 Anayasası’nda da grev hakkı yalnız işçiler için öngörülmüştür. Kamu görevlilerine bu hakkın tanınmaması ile ilgili olarak da Temsilciler Meclisi görüşme tutanaklarında çeşitli açıklamalara yer verilmiştir. Komisyon sözcüsünün açıklamasına göre, “*memurlar için de grev hakkını Anayasa teminatı altına almak adımı henüz atamadık. Şartlarımızın henüz buna elverişli olduğuna kaani değiliz. Bu demek değildir ki, kanun koyucu ilerde böyle bir hakkı benimseyemez. Maddede, bu hakkın memurlara tanınmayacağını ifade eden bir kayıt yoktur [...] Ama kanun koyucu onlara grev hakkını tanırsa, buna mâni yoktur*”¹⁴⁵. Görüleceği üzere, Anayasa ile doğrudan yasaklanmadığı için grev

¹⁴⁰ ILO, Governing Body, 349. bis(Special) Session, Geneva, 10 November 2023 34-35, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_909846.pdf, Erişim Tarihi, 25.02.2024.

¹⁴¹ Serim (n 78) 65.

¹⁴² Aynı görüş için bkz. Aksoy (n 13) 20.

¹⁴³ Gülmez (n 43) 128-129; Serim (n 78) 66.

¹⁴⁴ Gülmez (n 43) 129; Serim (n 78) 66.

¹⁴⁵ T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 46. Birleşim, 17.04.1961 299, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c003/tm_00003046.pdf, Erişim Tarihi, 26.02.2024.

hakkının yasayla memurlara tanınmasında bir engel yoktur. Dolayısıyla 1961 Anayasası'nın kamu görevlileri için grev hakkı yönünden bir yasaklama amacı gütmeyeceği anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası da, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi grev hakkını işçilere tanıyıp, kamu görevlilerini zikretmemesi yönünden benzer hükümlere sahiptir. Bunun da ötesinde, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, 1982 Anayasası'nda kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkının açıkça düzenlendiği gözetildiğinde, iki anayasada da kamu görevlilerinin grev hakkının yasaklanma amacı güdülmeyeceği yönünden bir süreklilik olduğu ifade edilebilir¹⁴⁶. Nitekim, 2010 Anayasa değişikliği görüşme tutanağında, iktidar partisi mensubu milletvekili, grev hakkına yönelik “[...] Ya biz, bu Anayasa’da kamu çalışanlarına grev yasağı, kesinlikle grev hakkı verilemez ya da yasak diye bir şey koymadık ki. Bu, yasayla düzenlenecek bir iştir [...]”¹⁴⁷ ifadesi bu durumu kanıtlar niteliktedir. Dolayısıyla, 1961 Anayasası'nın grev hakkını kamu görevlilerine yasaklama amacı taşımadığını ancak 1982 Anayasası'nın bu amacı güttüğünü söylemek tutarsız olur. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi de belli hakların Anayasa’da yer almamasının yasaklama anlamına gelmeyeceğini; bunun yasaya koyuca bırakılmış bir serbesti olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁸.

Yasa koyucu ise bu serbestiyi, grev hakkını kamu görevlilerine yasaklama şeklinde kullanmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesine göre, “Devlet memurlarının greve karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, ilan etmeleri, bu yolda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurları, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılamaz, grevi destekliyemez veya teşvik edemezler.” Aynı Kanun’un 125. maddesiyle de “[...] işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak greve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak” fiilleri, devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümler Türkiye'nin taraf olduğu ve grev hakkının güvence altına alındığı 87 sayılı ILO Sözleşmesi ile çelişmektedir. Daha önce bahsedildiği üzere, ILO denetim

¹⁴⁶ Başlangıçta 1982 Anayasası'nda sendikal hakların memurlara açıkça yasaklanmasına ilişkin öneri “tekrara düğüldüğü gerekçesiyle” reddedilmiş olsa da, 1982 Anayasası'nda 1995, 2001 ve 2010 yıllarında gerçekleşen değişikliklerle anayasa koyucunun tutumunun değıştiğı ve artık mesleki örgütlenmeye ilişkin hakları memurlara tanımakta çekincelerinin azaldığı görülmektedir. Dolayısıyla anayasa değışikliklerinden önce memurların örgütlenmesine ve grev hakkına ilişkin kanunlarla getirilen yasaklamaların, artık 1982 Anayasası'nın güttüğü amaçla bağdaşmadığı söylenebilir.

¹⁴⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 90. Birleşim, 21.04.2010 313, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c067/tbmm23067090.pdf>, Erişim Tarihi, 27.02.2024.

¹⁴⁸ AYM, E. 1963/336, K. 1967/29, T. 26-27.09.1967, R.G. 13031-19.10.1968; AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, T. 04.04.1991, R.G. 20959-13.08.1991, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.

organları, kamu görevlilerinin grev hakkının ilgili sözleşmeyle korunduğunu, bu hakkı tüm memurlara veya kamu görevlilerine yasaklayan ulusal düzenlemelerin Sözleşme'ye aykırı olduğunu ifade etmiştir. Diğer yandan, AİHS ile doğrudan güvence altına alınmış olmasa da, AİHM, grev hakkının ayırım yapılmaksızın tüm memurlar veya kamu görevlileri için yasaklanmasını Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. Bu madde uyarınca, kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda 657 sayılı Kanun'a değil, grev hakkını tanıyan uluslararası belgelere üstünlük tanınması ve bunların hükme esas alınması gerekir. Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırı hükümler ihtiva etmediği¹⁴⁹ de gözetildiğinde bu çıkarıma varılması kaçınılmazdır.

Kamu görevlilerin grev ve benzeri faaliyetlerine yönelik müdahalelere, Danıştay ve bölge idare mahkemelerinin kararlarında da sıklıkla yer verilmektedir. Ancak bu kararlar daha çok, kamu görevlilerine uygulanan disiplin yaptırımlarının hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi şeklinde olmaktadır¹⁵⁰.

SONUÇ

Sosyal devletin yalnızca asgari yaşam seviyesini sağlamaya çalışan değil, aynı zamanda toplumun refah düzeyinin artırılmasını, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesini görev edinen devlet olduğu ifade edilmektedir. Devletin bu görevlerini gerçekleştirebilmesi, sosyal hakların etkili bir şekilde sağlanmasıyla mümkündür. Özellikle sendikal örgütlenme hakkı, bu açıdan önemli ve vazgeçilmez nitelikte bir işlev görür. Zira güçlü konumda bulunan çalıştırının güçsüz olan çalışmanı ezmesinin önüne geçilmesi, her iki grup

¹⁴⁹ Anayasa koyucu grev hakkını kamu görevlilerine açıkça yasaklamamıştır. Yasayla bu hakkın kamu görevlilerine tanınması halinde, söz konusu yasa Anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, grev hakkını kamu görevlileri yönünden koruyan ilgili uluslararası sözleşmeler de Anayasayı ihlal etmiş olmayacaktır.

¹⁵⁰ AİHM kararı dayanak gösterilerek, davacının sendikal faaliyet gereği göreve gelmeme eyleminin disiplin suçu olarak değerlendirilemeyeceği, bir gün göreve gelmemenin sendikal faaliyet kapsamında mazeret olarak kabulünün gerektiğine ilişkin karar için bkz. Danıştay İDDK, E. 2009/1063, K. 2013/1998, T. 22.05.2013; benzer yönde, Danıştay İDDK, E. 2013/4031, K. 2014/975, T. 20.03.2014; Danıştay 12. Daire, E. 2012/10829, K. 2016/345, T. 28.01.2016; Danıştay 12. Daire, E. 2012/11297, K. 2015/4815, T. 16.09.2015; Erzurum BİM, 3. İDD, E. 2018/1468, K. 2019/447, T. 17.04.2019; İzmir BİM, 2. İDD, E. 2017/7549, K. 2017/7417, T. 06.10.2017, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>.

arasında ekonomik ve sosyal bir dengenin kurulması ancak çalışanların güçlü sendikal örgütler altında örgütlenmesiyle gerçekleşebilir¹⁵¹.

Ancak sendikal örgütlenme hakkı da bu amacı gerçekleştirme yönünden tek başına yeterli değildir. Ulusal gelirin dağılımında adaletin gerçekleşmesi, çalışanların emeğinin karşılığı olarak adil bir ücret kazanmaları ve buna bağlı olarak da refah düzeyinin yükselmesi, sendikal örgütlenme hakkının yanı sıra grev ve toplu sözleşme gibi etkili mekanizmaların işletilmesine de bağlıdır¹⁵². Çalışanların taleplerini kabul ettirebilmeleri bakımından etkili bir araç olan grev izin verilmediği durumda, sendika hakkı da anlamını yitirir¹⁵³.

Çalıştıran vafına sahip bulunan devlet tüzel kişiliği ve diğer kamu tüzel kişileri karşısında, çalışan olan kamu görevlilerinin de güçsüz bir konumda olduğu ve sosyal bir devlette korunması gerektiği aşikardır. Zira sosyal devlet ilkesi güçlü karşısında güçsüzün korunmasını hedefler ve bu anlamda devletin çalışma hayatına müdahalesini zorunlu kılar¹⁵⁴.

Grev hakkı esasen diğer sosyal hakların güvencesi niteliğinde olan bir haktır¹⁵⁵. Grev hakkı olmaksızın sendikal hakların da toplu sözleşme hakkının da işlevini tam anlamıyla yerine getiremeyeceği açıktır. Memurlara ve diğer kamu görevlilerine grev hakkının yasaklanması sendikal hakların özüne müdahale oluşturur¹⁵⁶. Bunun yanı sıra demokratik ve sosyal devlet ilkeleriyle de bağdaşmaz. Özellikle İkinci Savaş'ın sonrasında, sermaye ile işçi sınıfı arasındaki geçici uzlaşma döneminin merkez kapitalist ülkeler yönünden dinamikleri düşünüldüğünde, memurlara grev hakkının yasaklanması ve onların bu hakkı kullandıkları için cezalandırılmaları tutarlı görünmemektedir. Nitekim ilgili toplumsal formasyonlarda, memurların grev ve sendika haklarına yönelik ciddi gelişmeler olduğu da bilinmektedir¹⁵⁷. Grev hakkının memurlar yönünden yasaklanması veya kısıtlanması, memurların mesleki ve sosyal durumlarına yönelik mücadelelerinin demokratik yoldan sağlanmasının önünde büyük bir engeldir¹⁵⁸. Esasen bu durumun demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı da söylenebilir.

¹⁵¹ Serim (n 78) 72, 73.

¹⁵² Serim (n 78) 73.

¹⁵³ Tanör (n 13) 255.

¹⁵⁴ Serim (n 78) 72.

¹⁵⁵ Tanör (n 13) 211.

¹⁵⁶ Aksoy (n 13) 69-70; Tanör (n 13) 217.

¹⁵⁷ Aksoy (n 13) 70-71.

¹⁵⁸ Aksoy (n 13) 71; Çalışma Meclisi Tutanağı, 1962 29, <https://www.csgeb.gov.tr/media/1309/3calismameclisi.pdf>.

Uluslararası metinlerde kamu görevlilerine grev hakkının tanınması ancak iç hukukta bu hakkın yasaklanması hem idare, hem kamu görevlileri, hem de kamu hizmetinden yararlananlar açısından belirsizlik yaratmaktadır. Kanunlardaki ve uluslararası anlaşmalardaki bu uyumsuzluk ve ikilik, idarelerin kararlarını ve dayanaklarını farklılaştırabileceği gibi ilk derece yargı mercilerinin de konuya ilişkin kararlarında ayrıma sebep olabilir. İdarenin, farklı normların kıskacına alınması ve iklimde bırakılması da bir hukuk devletinde düşünülemez. Bu durum idarenin keyfi davranışlarına sebep olacağı gibi kamu görevlileri açısından benzer eylemler yönünden farklı sonuçların doğmasına ve kamu görevlilerinin haklarını kullanması bakımından hukuki belirsizlik içinde bırakılmasına yol açacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut O, 'Toplantı ve Örgütlenme Özgürlükleri' Sibel Inceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Avrupa Konseyi 2013).
- Aksoy M, '1961 Anayasasına Göre Memurların Grev Hakkı' (1971) 26(4) SBF Dergisi 1-75.
- Akyılmaz B Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (Savaş Yayınevi 2020).
- Arıcı K, 'Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları', *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010).
- Arslan OE, *Kamu Personel Rejimi: Statü Hukukundan Esnekliğe* (TODAİE Yayınları 2005).
- Asal B, '1960-1971 Arası Dönemde Türkiye'de Toplu İş Hukukunun Gelişmesi' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).
- Bellace JR, 'The ILO and the Right to Strike' (2014) 153(1) International Labour Review 29-70.
- Benjamin W, 'Şiddetin Eleştirisi Üzerine', Aykut Çelebi (ed.), Ece Göztepe (çev) *Şiddetin Eleştirisi Üzerine* (Metis Yayınları 2014).
- Beyoğlu CÜ, 'AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı' (2018) (135) TBB Dergisi 77-118.

- Bilgin KU, 'Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları', *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010).
- Binbir S, 'Türk İş Hukukunda Lokavt', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023).
- Boratav K, 'İktisat Tarihi (1908-1980)', Sina Akşin (ed.), *Türkiye Tarihi 4: Çağdaş Türkiye 1908-1980* (Cem Yayınevi 1997).
- Doğan C, 'Türk İş Hukuku ve Çalışma İlişkileri Alanına Uzlaştırma Kurulunun Girişi: Ta'til-i Eşgâl Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme' (2012) (31) *Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 273-296.
- Doğru O ve Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt* (T.C. Yargıtay Başkanlığı 2013).
- Duguit L, *Hak kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, Edip Serdengeçti (çev) Emre Partalci (yayıma haz.) (Pinhan Yayıncılık 2019).
- Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri*, Süheyp Derbil (çev) (İstiklal Matbaacılık 1954).
- Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (Ekin Yayınevi 2021).
- Gülmez M, 'Tatil-i Eşgal Yasası Üzerine Bir Not', *Seha L. Meray'a Armağan, Cilt: 1.* (A.Ü.S.B.F. Yayını 1981).
- Gülmez M, *Memurlar ve Sendikal Haklar* (İmge Kitabevi 1990).
- Gülmez M, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar* (TODAEİ Yayınları 1996).
- Gülmez M, 'Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?' (2008) (3) (11. Kongre Özel Sayı) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 137-169.
- Gülmez M, 'Sendikal Hakların Bölünmezliği: Toplu Sözleşmesiz ve Grevsiz Sendika Hakkı, Özünden Yoksundur' (2010) (3) *Çalışma ve Toplum Dergisi* 9-50.
- Güzel A, '3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri', (1986) (35-36) *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi* 165-222.
- Güzel Ş, *Grev: Grevin Yapısal ve İşlevsel Açından İrdelenmesine Katkı* (Sosyalist Yayınlar 1993).
- Güzel Ş, *Türkiye'de İşçi Hareketi 1908-1984* (Kaynak Yayınları 1996).

Harris D ve diğerleri, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan (çev) (Avrupa Konseyi 2013).

ILO, Governing Body, 349. bis(Special) Session, Geneva, 10 November 2023.

International Labour Conference, *Third Item on the Agenda: Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*, 43rd Session, International Labour Office, Geneva, 1959, Report III (Part IV).

International Labour Office, *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (Sixth edition ILO 2018).

International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (Fifth -revised- edition ILO 2006).

International Labour Organisation, *Sixth Report of the International Labour Organisation to the United Nations* (ILO 1952).

Işıklı A, 'İşçi Memur Ayrımının Düşündürdükleri', (1971) 26(04) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 181-212.

Karahanoğulları O, *Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim* (Turhan Kitabevi 2015).

Karahanoğulları O, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2023).

Kılıçoğlu M, 'Toplu Eylem ve Grev Hakkının Uluslararası Hukuk Penceresinden Değerlendirilmesi', (2020) (4) Çalışma ve Toplum Dergisi 2405-2440.

Kutal M, 'Hukuki Açından Lokavt', (1972) (24) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 159-189.

Kutal M, 'ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin Grev Hakkına İlişkin Önemli Bazı Kararları' (2019) (77) Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi 1-19.

Losovsky A.S., *Sendikalar Üzerine I: Muharebe Olarak Grev*, İsmail Yarkin (çev) (İnter Yayınları 1988).

Magdoff H, *Sömürgecilikten Günümüze Emperyalizm* Erdoğan Usta (çev) (Kalkedon Yayınları 2006).

Makal A, *Grev: Kuramlar ve Uluslararası Farklılıklar* (Verso Yayınları 1987).

Mankiewicz RH, 'The Right to Strike of Civil Servants and Employees in the Public Services, under the French Constitution of 1946' (1955) 4(1) The American Journal of Comparative Law 89-96.

Narmanlıoğlu Ü, *Grev* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1990).

Özay İH, *Günüşğında Yönetim* (Filiz Kitabevi 2017).

Özdemir AM, 'Anlatı ve İktidar ya da Kamu Personel Reformunu Anlamak', (2016) 7(9) Emek ve Araştırma Dergisi 11-20.

Özdemir AM, *Sözün Mülkiyeti: Hukukun Ekonomi Politikası* (Dipnot Yayınları 2008).

Serim B, *Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut* (Öteki Yayınevi 1995).

Sevgili Gençay FD, 'Fransa'da Kamu Personel Rejimi' (2014) 5(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-240.

Sorel G, *Şiddet Üzerine Düşünceler*, Anahid Hazaryan (çev) (Epos Yayınları 2013).

Sur M, *Grev Kavramı: Türk ve Fransız Hukuku Açısından Karşılaştırmalı İnceleme* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1987).

Sur M, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı', (1994) 16(1) İnsan Hakları Yıllığı 37-50.

Sur M, *İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 66 1995).

Sur M, 'Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri' (2013) (15) (Özel sayı) DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 255-278.

Tan T, *İdare Hukuku* (Turhan Kitabevi 2018).

Tanör B, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (On İki Levha Yayınları 2022).

Tilly C ve Shorter E, *Strikes in France 1830-1968* (Cambridge University Press 1974).

Tunç H, 'Ülkemizde Kamu Görevlilerinin Grev ve Toplu Sözleşme Haklarının Hukuki Boyutu ve Uygulamaları', *DPB Kamu Görevlilerinin Sendikal Ve Demokratik Hakları Çalıştayı* (Başbakanlık Basımevi 2010).

Ulusoy A, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ülke Kitapları 2004).

Ulusoy AD, *Türk İdare Hukuku* (Yetkin Yayınları 2023).

Vogt JS, 'The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO)' (2016) 27(1) King's Law Journal 110-131.

Vogt JS ve diğerleri, *The Right to Strike in International Law* (Hart Publishing, 2020).

Yücesan Özdemir G ve Özdemir AM, *Sermayenin Adaleti: Türkiye'de Emek ve Sosyal Politika* (Dipnot Yayınevi 2008).