

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2015/1

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 81
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 60

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)
Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI
Yard.Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN
Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGİN
Araş. Gör. Fatma Gül KARAGÖZ

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL
Prof. Dr. Hasan KÖNİ
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN
Doç. Dr. Mehmet ERDEM
Dr. Özgür MUMCU

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli Akal (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Baki İlkay Engin (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Korkut Kanatoğlu (Özyeğin Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Turgut Öz (Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Oktay Uygun (Yeditepe Üniversitesi)

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2016 yılının Şubat ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş. / Veysel COŞKUN

Baskı-Cilt : Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0-212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Kapak Tasarımı: Veysel COŞKUN

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergisui@gmail.com

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ	3
“Torba Kanun”	

Doç. Dr. Zeynep ENGİN	11
İşkence ve Türkiye: Türkiye’ de İşkenceye İlişkin	
Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu	

Dr. Bleda R. KURTDARCAN	25
Deniz Alanlarına Erişimin Engellenmesi ve Bölgenin Kapatılması Stratejileri Işığında	
Gemi Savar Füze Harbine İlişkin Hukuki Meselelerin Yeniden İncelenmesi	

Beril ÖNDER	53
How Can Peace Negotiations Change Transitional Justice Process?	

ÖZEL HUKUK

Dr. Özgün ÇELEBİ	87
The Transfer Of Risk In Sale Contracts Under Turkish Law	

Dr. Fülürya YUSUFOĞLU	123
Poliçede Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Talep Hakkı	

KAMU HUKUKU

“Torba Kanun”*

Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ**

Birden çok ve farklı konuları düzenleyen ve çeşitli kanunlarda, kanun hükmünde kararnamelerde değışiklikler öngören düzenlemelere, günlük dilde “torba kanun”¹ deniyor.

Bu tür kanunlara karşı, tepkisel nitelikte ilk düzenlemelere, Roma Hukukunda rastlanıyor. Şöyle ki, aralarında ilgi bulunmayan konuları içeren kanunlar, erken dönemden itibaren yasaklanmıştı. Bunlara “*leges saturae*” (karma-karışık kanunlar) ya da farklı konudaki maddelerden oluşan kanunların blok halinde oylanması anlamında “*legem per saturam ferre*” deniyordu. Aradan geçen uzun zaman diliminden sonra, M.Ö. 88 yılında birbirleriyle ilgisi olmayan kanunları ihtiva eden taslakların tek bir kanun haline getirilmesi bu defa “*Lex Caecilia Didia*” ile yasaklanmıştır.²

Türkiye’de bu tür düzenlemeleri önleyebilmek için, Bakanlar Kurulu tarafından, 19.12.2005 tarihinde “*Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik*” çıkarılmıştır. (R.G.17.2.2006-26083). Halen yürürlükte olan bu yönetmeliğe göre (m.11/2), birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değışiklik öngörölmesi durumunda, “Bazı Kanunlarda Değışiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” veya “Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde

* Yasa yapma tekniğı ile ilgili Türkiye Barolar Birliğı ve Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi tarafından düzenlen uluslararası sempozyuma (27 – 28 Mart 2015) sunulan konuşma metni.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi

¹ Torba Kanun sürecine şahitlik eden bir milletvekilinin değerdirmeleri için Bkz. GÜNAL Mehmet, Torbadaki Hukuk, Berikan Yayınevi, Ankara, 2015; HOŞ Serdar, Yok Kanun Yap Kanun, Torba Kanun, Cumhuriyet Bilim ve Teknoloji, 25 Nisan 2014.

² UMUR Ziya, Roma Hukuku Lüğatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Yayın no: 461, 1975, ss.110-111, 114.

Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı” gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilmesi gerekmektedir. Öte yandan, bir kanun metninde yapılacak değişikliklerde, birbirleriyle bağlantısı olmayan hükümlere yer verilemeyeceği öngörülmektedir (m.17/1). Bu kurallara riayet edilemediği içindir ki, “karmakarışık” kanun metinlerini bir araya getiren bu tür düzenlemelere günlük dilde anonim bir biçimde “torba kanun” denmiştir.

“Torba kanunlarla” ilgili olarak ilk akla gelen sorun, neden bunlara ihtiyaç duyulduğudur. Bilindiği gibi, hukuki açıdan bütün kamusal işlemler gibi, kanunlar da, kamu yararını³ gerçekleştirmek için yapılır. Kamu yararı dendiğinde kısaca, belli kişilerin, siyasi grupların veya çevrelerin çıkarlarını değil, genel veya herkesin yararını sağlamak anlaşılır.

Başka bir anlatımla, mesele yapılan işlemin yani kanunun kamuya yararlı olup olmadığı değil, kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığıdır. Kanunun, kamuya yararlı olup olmaması bir siyasi tercihtir; buna mukabil, kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığı hususu ise hukuki bir konudur.

“Torba kanunların” konuları, büyük ölçüde iktisadi, mali olmakla birlikte; özellikle de yargı ile ilgili hukuki konular da bu kanunlar içine sokulmaktadır. Böyle olunca da TBMM’deki ihtisas komisyonlarının görev alanına giren düzenlemeler, bir bütün halinde Plan ve Bütçe Komisyonuna havale edildiği için, asıl ilgili oldukları ihtisas komisyonları da devre dışı bırakılmaktadır. Böylece teklif veya tasarılar çok acele olarak genel kurula havale edilmektedir. Burada usul açısından dikkat edilmesi gereken, toplumda infial uyandırabilecek düzenlemelerin yanı sıra, toplumun beklentilerine cevap verebilen ve “kozmetik maddeler” olarak da nitelendirilen düzenlemelerin Genel Kurulda birlikte oylanmasıdır. 12 Eylül 2010 tarihindeki anayasa değişikliği için yapılan halk oylamasında, iktidarın yargıya egemen olabilmek için getirdiği düzenlemeler yanında, engellilerle ilgili veya kadınlara pozitif ayrımcılık öngören olumlu maddeler ön plana çıkarılarak, paket halinde, dolambaçlı biçimde oya sunulmuştur. Bu uygulama son derece talihsiz bir misaldir.

Halkın duyarlılığının körelmesine yol açabilecek bu tür oylamalardan uzak durularak, dürüst siyasetin gereği yerine getirilmeliydi. Ancak hemen

³ Kamu yararı için bkz. TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de Kanun Kavramı, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayını, 1972, s.104.

ekleyelim, Anayasa Mahkemesi önceki yıllarda verdiği kararlarda⁴, kanun koyucunun saklı bir amaç güttüğü durumlarda, kanunu amaç unsuru açısından denetleyip iptal etmiştir.

TBMM’de “torba kanunların”, geleneksel kanun koyma usulleri bir kenara bırakılarak, alışılmadık bir tarzda kabul edilmeleri, “hukuk devleti” anlayışı ile de bağdaşmamaktadır. Kanun koyma usulünden söz ederken, bu hususu şekil unsurundan ayırmak gerekir. Çünkü, “kanun” adı altında yapılan işlemin temel niteliklerinden biri de aleniyetidir; gizlilik içinde bir kanun yapılması düşünülemez. Kanun metninin oluşturulması bütün aşamalarda, şeffaf olabilmelidir; gizlisi saklısı olamaz. Çünkü kanunun aleniyeti, kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığının göstergesidir.

“Torba kanunların” görüşülüp kabul edilmeleri süreci çok farklı olabilmekte ve aleniyeti hayli gölgelenebilmektedir. Şöyle ki, bir defa bunlar meclis gündemine hükümet tasarısı olarak değil, bazı milletvekillerinin teklifi şeklinde getirilmektedir. Öte yandan, müzakere sürecinde, görünürde rastgele veya sürpriz öneriler, “tasarılı teklif” gibi adlandırılmalarla yapılmaktadır.

Böylece hükümet, “tavşana kaç, tazıya tut” misali, bir yandan siyasi sorumluluk yüklenmekten kaçınabilmekte, bir yandan da yerine göre önerilere karşı çıkmayarak, dolambaçlı biçimde önerilerini kabul ettirmektedir. Öte yandan hükümetin zaman zaman, çoğunluk milletvekillerini bir arada tutabilmek endişesiyle, “torba kanunu” bir fırsat olarak değerlendirdiği de söylenebilir.

“Torba kanun” hazırlanış süreci, büyük ölçüde usul ile ilgili olduğu için, hukuki denetiminde de aslında usul unsuruna odaklanması gerekmektedir. Kanımca, usul ve şekil unsurlarındaki denetimin kilit sorunu, “usulün” “şekilden” tefrik edilip edilemeyeceğiyle ilgilidir. Zira 1982 Anayasası, şekil denetiminden söz etmekte, ancak usul denetimi ile ilgili olarak kaideten bir hüküm öngörmemektedir.

Şekil denetiminde, süre, davacılar ve kıstaslar, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Kanunlar için şekil yönünden dava açma süresi, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren on gündür. On gün geç-

⁴ AYM, E.1963/124, K.1963/243, Kt.11.10.1963, AMKD, S.1, s.424; E.1963/145, K.1967/20, Kt. 27.06.1967, AMKD, S.5 s.150; E.1988/14, K.1988/18, Kt.14.06.1988, AMKD, S.24, s.270.

tikten sonra iptal davası açılmayacağı gibi, şekle aykırılık def'i yolu ile de ileri sürülemez. Def'i yolu⁵, bir süreyle bağlı olmadığı için, on günlük sürenin burada bir anlamı yoktur. Nitekim 30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 36. maddesinin 4. bendi de, “şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez” demektedir.

Davacılar ise, Cumhurbaşkanı veya TBMM üyelerinin beşte biridir (110 milletvekili). Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden denetim kıstaslarına gelince; bunlar Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kanunlarda son oylamanın öngörülen çoğunlukta (m. 87, 96/1) yapılıp yapılmadığı, Anayasa değişikliklerinde ise (m.175/1) teklif (üçte bir =184 milletvekili) ve oylama çoğunluğuna (beşte üç = 330 milletvekili) ve ayrıca ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.

1982 Anayasasında şekil açısından denetimin çok sınırlı tutulması ile, kanun koyma sürecinde muhalefetin katılımı bertaraf edilerek, milli iradenin iktidar çoğunluğunun tekelinde bırakılmasının amaçlandığı açıktır. Oysa milletin iradesi, çoğunluğun iradesi demek olmayıp, tüm muhalefetleri içeren bir bileşimdir.⁶ Başka söyleyişle, 1982 Anayasasında, kanun koyma süreci çoğulcu değil, çoğunlukçu bir zihniyetle tasarlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de, “*biçim kuralları, bir tasarı ya da teklifin kanunlaşmasına kadar geçirdiği tüm evrelerde uyulması gereken usul ve şekil kurallarının bütünü*nü ifade eder”⁷ gerekçesiyle, usul aşamasını veya sürecini şekil kapsamında mütalaa etmektedir.

Kanun koyma tekniğindeki kurallar, günümüzde kısmen anayasalarda ve büyük ölçüde meclis içtüzüklerinde yer alır. Bunlar bir bütün olarak kanunun usul unsurunu oluşturur. Kanunun usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelerken, iki mesele ile karşılaşabiliriz: **Usul hatası** (buna noksanlığı ve bozukluğu da denebilir (*vice de procédure*) ve **usul saptırması** (*détournement de procédure*).

⁵ Burada teknik anlamda def'i değil, itiraz terimi daha doğrudur. Çünkü Anayasa uyarınca (m.152/1) davanın taraflarından biri aykırılığı ileri sürmese bile, mahkeme re'sen o aykırılığı dikkate alabiliyorsa bu def'i değil, itirazdır.

⁶ DURAN Lütfi, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşleri ve Konumu”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s.70.

⁷ AYM, E.1987/9, K.1987/15, Kt.18.06.1987, AMKD, S.23, s.285.

Usul hatası, kanunun hazırlanma sürecinde, önemine binaen, anayasada dayanağı bulunan bir komisyon görüşü alınmaksızın metnin kabul edilmesidir. Mesela, bütçe kanunu tasarıları, Anayasaya göre (m.162/2) iktidar ve muhalefet partisi üyelerinden oluşan karma bir komisyonda görüşülür. Bu komisyonun kuruluşunda iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmi beş üye verilmek şartı ile, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsili göz önünde tutulur. Anayasanın öngördüğü bütçe komisyonunda görüşülmeden kabul edilebilecek böyle bir kanun için usul hatası (*vice de procédure*) söz konusudur.

Bunun yanı sıra, bir kanunda yapılan değişiklikler, metnin bütünü ile hiç ilgisi olmayan hükümler içeriyorsa bu hususta da usul hatasından (*vice de procédure*) söz edilmektedir.

Bu misallerden yola çıkarak, bu tür kanunlar için açılacak bir iptal davasının, 148. maddenin 2. fıkrasına ve Anayasa Mahkemesinin daha önce zikrettiğim 1987/15 sayılı kararına dayanılarak reddedilmesi, mantıken ve hukuken inandırıcı olabilecek midir? Gerçi 19.2.2005 tarihli Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca (m. 17/2), bir kanun metninde yapılacak değişikliklerde, birbirleriyle bağlantısı olmayan hükümlere yer verilemeyeceği öngörülmektedir. Ancak, bu yasak genel düzenleyici bir idari işleme dayanmaktadır ve bu bakımdan kanunun iptali için hukuki bir dayanak olamaz. Buna rağmen, söz konusu yönetmelik, usul hataları konusunda Anayasa Mahkemesinin içtihadını gözden geçirmesi açısından düşündürücü ve yardımcı olabilir.

Usul saptırması (*détournement de procédure*) ise aslında yetki saptırmasının bir türüdür. Usul saptırması, meclis çoğunluğunun, kamu yararını gerçekleştirmek için kullanabileceği usulü bir kenara bırakıp, içinde bulunduğu durumda, amacına daha kolaylıkla ulaşabileceğini tasarlayarak başka bir usulü kullanmasıdır.⁸

Hukukumuzda, TBMM'nin "karar" başlığı altında yayımlanan işlemlerin özelliği, Meclisin iç işleri veya faaliyetleri ile ilgili olmalarıdır. Kısaca, "meclisin iç hukuku" ile ilgilidir. Ancak Meclis, "karar" başlığı altındaki işlemlerle, ez-kaza bireylerin hak ve hürriyetlerini düzenleyecek olursa, bu takdirde bir usul saptırması söz konusu olacaktır. Mesela 30.10.1984 tarih

⁸ ROUSSEAU Dominique, Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ, Paris, 2013, s.141.

ve 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanuna (R.G. 6.11.1984-18567) dayanılarak, plan belgesinde yer alabilecek kurallarla birey hak ve hürriyetleri sınırlanacak olursa, bu husus **usulün saptırılması** demektir. Gerçi Anayasa Mahkemesi “denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz”⁹ diyerek işlemi denetleyebiliyor. Fakat Mahkemenin verebileceği iptal kararı, Anayasa uyarınca kaideten geriye yürümez (m.153/5). Bu durumda ayrıca metnin yürürlüğünün durdurulması talep edilmiş olsa da, kısa sürede oluşabilecek mağduriyetin izlerini gidermek hiç de kolay değildir.

Kanunların usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususu, bütün demokratik ülkelerde üzerinde hassasiyetle durulan bir konudur. Bu açıdan Türkiye Barolar Birliği’nin Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ankara’da 27-28 Mart 2015 tarihlerinde ortaklaşa düzenledikleri “yasa yapma tekniği” konusundaki uluslararası sempozyumda sunulan tebliğler, her yönü ile kanunun usul unsurunun önemini açıkça ortaya koymuştur. Ülkemizde, kanunların usul kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususu “torba kanunlar” dolayısıyla yepyeni bir boyut daha kazanmıştır ve de kazanmaktadır. Çünkü bu tür kanunların yapılma süreci esasa etkili olabilecek usul hatalarını veya aksaklıklarını gündeme getirmektedir.

“Torba kanunların” amacı, iktidarın tasarladığı konuları çok kısa sürede kanunlaştırmak olunca, meclis komisyonları işlevsiz hale gelebilmekte ve içtüzük kuralları da ihmal edilebilmektedir. Oysa bu kurallar, meclis çatısı altında onun “iç hukukunu” düzenlemektedir. Öte yandan, çok partili liberal siyasi yapıda, iktidar muhalefet ilişkilerinin meclis çatısı altında da gerçekleştirilebilmesinde, içtüzüklerdeki usul kurallarının önemli bir işlevi olduğunda hiç şüphe yoktur. Bu anlamda, muhterem hocam, Tarık Zafer Tunaya’nın içtüzüğü “sessiz anayasa” olarak nitelendirmesi isabetli bir tespittir.¹⁰

Anayasa Mahkememiz, eski hukukumuzdan gelen bir ilkeyi, Mecelle’nin 39. maddesinde yer alan “ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkar olunmaz” ilkesini de çağırıştırır bir tarzda, “durumların ve koşulların” değiş-

⁹ AYM, E.1990/25, K.1991/1, Kt.10.01.1991, AMKD, S.27/1, s.102; E.1991/6, K.1991/20, Kt.03.07.1991, AMKD, S.27/1, s.400.

¹⁰ TUNAYA Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul, 1975, s.91.

mesi ile kararlarını değiştirmiştir.¹¹ Bu bakımdan, “torba kanunlar” vesilesiyle, usul kurallarının çiğnenmesi, ihmal edilmesi, hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Açılabilir bir dava dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin, demokratik ülkelerde olduğu gibi, içtihat yaratma kudreti ile “torba kanun” uygulamasını sonlandırması son derece isabetli olacaktır.¹²

Fransa’da bir kanunda yapılan değişiklikler, metnin bütünüyle ilgisi olmayan hükümler içeriyorsa, bu kanun Anayasa Konseyince denetlenip, usul hatası (*vice de procédure*) gerekçesiyle iptal edilebilmektedir. Nitekim Anayasa Konseyi, 23 Ocak 1987 tarih ve 86-225 sayılı ve 12 Ocak 1989 tarih ve 88-249 sayılı kararları ile, kanunun bütünüyle ilgili olmayan değişiklikleri, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹³

¹¹ E.1972/56, K.1973/11, Kt.6.3.1973, AMKD, S.11, s.138.

¹² Anayasa Mahkemesi önceki başkanı Haşim Kılıç, görevi sona ermeden kısa bir süre önce verdiği demeçte (1 Ocak 2015) “torba kanun” uygulamasının “hukukun mantığına aykırı olduğunu” belirtmiştir. Bu görüşünü görevi sırasında, açılan bir iptal davası vesilesiyle, kararlardan birinin gerekçesinde veya muhalefet şerhinde dile getirebilseydi daha isabetli ve inandırıcı olabilirdi.

¹³ Zikreden ROUSSEAU Dominique, Droit du Contentieux Constitutionnel, LGDJ, Paris, 2013, s.138.

İşkence ve Türkiye: Türkiye’de İşkenceye İlişkin Hukuki Durum ve İşkencenin Cezasız Kalma Sorunu

Doç. Dr. Zeynep ENGİN*

Özet: Devletin işkenceyi önleme konusunda yükümlülüğü vardır. Türk hukuk sisteminde yasal düzeyde bu yükümlülük genel olarak yerine getirilmekle birlikte işkence tam olarak engellenememektedir.

Anahtar kelimeler: İşkence, Cezasızlık, Hukuki Durum.

Torture and Turkey: Legal Status of Torture in Turkey and the Problem of Impunity

Abstract: The state is under the obligation of preventing torture in the Turkish legal system, this obligation is fulfilled at the statutory level; however, this does not prevent torture in practice.

Keywords: Torture, legal situation, impunity.

I. Tanım

1789 Fransız İhtilali’nden bu yana insanın insan olmaktan kaynaklanan bir değeri olduğu yazılı belgelerde kabul edilmektedir. Sadece insan olma özelliği insanı değerli kılmakta olduğundan, onun bedenine ve ruhsal bütünlüğüne yapılacak her türlü saldırı, yüzyıllardan bu yana cezalandırılması

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

gereken ağır bir suç olarak nitelendirilmektedir. 19. yüzyılda kabul edilen uluslararası belgelerde de işkence en ağır insanlık suçlarından biridir. Buna rağmen eski çağlardan günümüze değin insanlık tarihi boyunca her dönemde, her kültürde, her türlü dini inancın olduğu toplumlar ve her türlü gelişmişlik düzeyinde görülmüştür ve görülmektedir. İnsanın onurunu hedef alan bu uygulama bu denli kötülenmesine karşın neden, ne zaman, kime karşı yapılmaktadır? İşkence, iktidarı temsil eden güç tarafından uygulanmaktadır. Bu güç, kendisine karşı gelenlere doğrultulmaktadır ve amaç onların sindirilmesi, korkutulması, topluma karşı işlenmiş bir suçun yargılama olmaksızın cezalandırılması, devletin korunması, suçu adil bir şekilde cezalandırmak yerine intikam hırsının tatmin edilmesidir. İşkence ile insanın bedeni ve ruhsal bütünlüğü, onuru hedef alınmaktadır. Bu yolla, insanın değersizleştirilmesi amaçlanmaktadır. İşkence kişinin maddi ve manevi varlığına yapılabilecek en insanlık dışı ve haksız tecavüzdür.¹

Uygarlığın gelişmesi ile birlikte ve belki de yaşanan iki dünya savaşının yıkıcı etkilerinden biraz da olsa ders alan insanlık, insan onuruna verilen değeri ele almış, işkence uygulamaları önce kınanmış, sonra yasaklanmıştır. Uluslararası belgelerde işkenceye karşı önlem alınması zamanla daha çok iç hukuk düzenlemesini etkilemiştir, ancak tüm çabalar işkencenin önlenmesine yetmemiştir. Bunda uygulamadan kaynaklanan sorunların ağırlık kazandığını söylemek mümkündür.

II. Tarihsel Olarak Türkiye’deki Hukuki Durum

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan önceki döneme kısaca bakıldığında padişahın yetkilerini sınırlayan tüm belgelerde (Sened-i İttifak, Tanzimat Fermanı, Islahat Fermanı, Kanun-i Esasi) işkence yapılamayacağına ilişkin ibareler vardır.² İşkence ve eziyet yasağı, bu deyimlerle ilk defa Islahat Fermanı’nda yer almıştır.³

Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuki düzenlemelerine bakıldığında kuruluşundan itibaren işkenceye karşı olduğunu görmek mümkündür. 1924 Ana-

¹ Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 186.

² Turan, Çetin; “Sunuş Konuşması”, İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı”, İzmir Barosu İnsan Hakları ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, No.: 10, İzmir, 1997, s. 9-10.

³ Akıllıoğlu, Tekin; “İşkence’nin İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, C.: 10-11, 1988-1989, s. 20.

yasasının 73. maddesi “İşkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur” demektedir. 1961 Anayasasının 73. maddesi “Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz” demektedir. 1982 Anayasası da aynı yasağı 17. maddesinde yinelemiştir. 2005 yılında değiştirilen Türk Ceza Kanunu da önceki kanuna göre kapsamını genişleterek işkenceyi ve pek fena muameleyi yasaklamıştır. Bu kanunun düzenlenmesinde işkence suçuna verilen cezalar artırılmış ve suçun ağırlaştırılmış hallerine yer verilmiştir.⁴ Türk Ceza Kanunu’nun 94. maddesindeki düzenlemeye göre: “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması na yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Ancak işkence ölümle sonuçlanmışsa madde 95’e göre ağırlaştırılmış müebbet cezası verilir.

İşkence ve kötü muamelenin engellenmesi için 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu’nda gözaltına alma işlemleri ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Gözaltına alma işlemi ayrıntılı kurallara bağlanmış, gözaltına alınan kişilerin gözaltına alınma nedenlerinin anlayabileceği dille gecikmeksizin bildirileceği ve gözaltına alınan kişinin yakınlarına haber verileceği yasada ayrıntılı ve açık hükümlerle düzenlenmiştir. Avukat hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Bu düzenlemeler işkence ve kötü muameleyi önlemeye yöneliktir.

Bunun dışında Türkiye uluslararası birçok sözleşmeye imza koyarak, uluslararası platformda da işkencenin karşısında olduğunu göstermiştir.⁵ Uluslararası antlaşmalar iç hukukun bir parçası kabul edildiğinden, bu antlaşmalara aykırı hukuki bir düzenleme de yapılamayacaktır.⁶

İşkence suçunu işleyenler devletin memurları olduğu için devletin sorumluluğunu gerektirir. Bu nedenle, hukuk sisteminde işkenceye karşı hüküm bulunmayan bir devlet, hukuk devleti olduğunu iddia edemez. Türkiye’nin hukuk düzeninde işkence yer bulamayan, cezalandırılan bir uygulamadır.

⁴ Erdal, Meryem; Soruşturma ve Dava Örnekleriyle İşkencenin Cezasızlığı Sorunu, İnsan Hakları Derneği, Bas Yay Organizasyon İktisadi İşletme, Ankara, 2006, s. 23.

⁵ Güneş, Seyithan; Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1998, s. 92.

⁶ Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı Analizi) Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006, s. 25.

1992 yılında TBMM’de İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş ve bu komisyon diğer insan hakları ihlallerinin yanında işkenceye ilişkin iddiaları araştırmış ve bu konuda elde ettiği bilgileri kamuoyuyla paylaşmıştır. Her ne kadar bu komisyonun bir yaptırım gücü yoksa da değişik partilerin milletvekilleri tarafından oluşturulan, bağımsız bir komisyon olması nedeniyle raporları önemlidir. Komisyonun raporları kamuoyunda işkenceye karşı bir baskı oluşturabilmektedir.

Nasıl ki dünyadaki hiçbir ülkenin işkence konusunda sicili temiz değilse, ne yazık ki Türkiye’de de zaman zaman daha şiddetli, zaman zaman ise daha kontrol edilebilir bir düzeyde işkencenin varlığından söz etmek gerekmektedir. İşkencenin varlığı nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği tazminat kararları Türkiye’nin başını ağrıtmaktadır. Hatta bunun sonucunda 26.3.2002’de Devlet Memurları Kanunu’nda yapılan bir değişiklik, “işkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle AİHM’ce verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilebilmesi”ne olanak sağlanmıştır.

III. Uygulamada İşkence

Türkiye, 12 Eylül 1980’de yapılan askeri darbeden sonra 2000’li yıllara kadar geçen sürede uluslararası platformda da sık sık olağanüstü hal politikaları ve yapılan işkenceler, kötü muamelelerle anılmaktaydı. İşkence iddiaları daha çok İstanbul, Ankara ve İzmir gibi büyük şehirlerde ve ağırlıklı olarak emniyette gerçekleşmekte (%40) ve işkence faillerinin %45’ini polis ve komiserler oluşturmaktadır.⁷ 1990 ile 2000 yılları arasında işkence mağdurlarının büyük kısmını öğrenciler oluşturmaktadır. Bu yıllarda sık sık gözaltında kayıp olan ya da balkondan atlayan, kendini asan insanlardan söz edilmektedir. 1995-2000 yılları arasında polislerce gözaltına alınan 62 yurttaş “çeşitli nedenlerle” ölmüş, bunların bir bölümü intihar etmiş, bir bölümü ise gözaltında geçirdikleri rahatsızlıklar sonucu hayatlarını yitirmişlerdir.⁸

2000 yılında işkenceye duyarlılığın artırılması ile ilgili önemli bir olay olmuştur. Aslında kolluk kuvvetlerinin hep işkence yapıldığından bahsedil-

⁷ Göregenli, Melek/ Özer, Evren; Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980’lerden Günümüze İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, No: 70, Ankara, 2010, s. 12.

⁸ Saymaz, İsmail; Sıfır Tolerans, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 27.

mesine, hatta bu işkenceler sırasında belirli aletlerin kullanıldığı söylenmesine rağmen bu bilgi hiç kanıtlanmamıştır. O dönem iktidarda olan Demokratik Sol Parti'nin milletvekili ve aynı zamanda İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanı olan Sema Pişkinsüt emniyet merkezlerini ve polis karakollarını inceleyip, baskınlar yapmıştır. Baskın sonucu bulunan Filistin askısı TBMM'ye götürülmüş ve kamuoyuna açıklama yapılmıştır.⁹ Bu gelişme Türkiye'de işkence konusunda resmi bir politika değişikliğine gidilmesi gerektiğini gün yüzüne çıkarmıştır. Buna rağmen bu konudaki sorunların varlığı devam etmektedir, ancak işkence iddialarının 2000'den sonra giderek azaldığını belirtmek gerekir. (2000'de 972 kişi, 2001'de 894, 2002'de 879, 2003'te 924, 2004'te 922, 2005'te 675, 2006'da 333, 2007'de 438, 2008'de 397, 2009'da 406, 2010'da 362 kişi işkence gördüğünü belirtmiştir).

Yine de bu durumun iyimserliğe yol açmaması gerekir, çünkü işkencenin ispatlanmasını güçleştirmek amacıyla “kayıt dışı gözaltılar”ın gerçekleştiği bilinmektedir.¹⁰ Bu uygulama, işkence ve kötü muamelelerin önlenmesi amacıyla yapılan hukuki düzenlemeleri etkisiz bırakmaktadır.¹¹ İşkence iddialarının ispatlanması konusunda güçlük çıkmaktadır. Bu nedenle gözaltı sırasındaki kayıtların düzenli bir şekilde tutulmasını sağlamak gerekmektedir.¹² Ayrıca ispatlanan işkence iddiaları ya görev yerleri değiştirilerek olay unutturulmakta¹³ ya çok az sürelerle cezalandırılmakta, bu cezalar ertelenmekte ya da tümüyle cezasız kalmaktadır. Bazı olaylardan sonra işkence faillerinin terfi ettiklerine dahi rastlanılmaktadır.¹⁴ İşkencenin cezasız kalması, bu suçun tekrar işlenmesine fırsat vermekte, bilgi ve kanıt elde etmek için işkencenin bir yöntem olarak uygulanmasına sebebiyet vermektedir.

IV. İşkencenin Cezasız Kalması Sorunu

İşkence her ülkede az ya da çok olmaktadır. Uygulamadan anlaşıldığına göre, bunu demokratik ve gelişmiş ülkeler dahi tümüyle engelleyememektedirler. İşkence suçunun hiç değilse en aza indirilebilmesi için işkencenin ceza-

⁹ Erdal, s. 113.

¹⁰ Saymaz, s. 41.

¹¹ TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri Raporu 2010, TİHV Yayınları, Ankara, 2011, s. 28.

¹² Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 277.

¹³ Saymaz, s. 170.

¹⁴ Saymaz, s. 105; 119.

sız kalmaması gerekmektedir. Cezanın etkin bir şekilde uygulanamaması, bu suçun işlenme oranının artmasına neden olmaktadır. Türkiye’de ise maalesef işkencenin cezalandırılmadığına ilişkin yaygın bir algı vardır.

İşkencenin cezalandırılmamasına örnek olarak İstanbul’daki vakalar verilebilir. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu’nun 2009 tarihli raporunda 2003-2007 yılları arasında işkence ve kötü muamele nedeniyle toplam 338 polise işkence savıyla soruşturma açılmıştır. Bunlardan 35’ine dava açılmıştır. 2008 yılında dava açılmamış, 14 suç duyurusu takipsizlikle sonuçlanmıştır. 2009’a kadar 431 polis memurundan 290’ı için takipsizlik, 64’ü için beraat çıkmıştır. Görüldüğü gibi işkence iddialarının sayısı oldukça yüksektir, ancak tek bir polis dahi ceza almamıştır. Ayrıca zor kullanma sınırının aşılması ve efrada kötü muamele iddiasına ilişkin olarak 1588 polis hakkında adli işlem yapılmış, yalnızca 19’u ceza almıştır. İki suçlamadan ötürü 2140 polis hakkında açılan idari soruşturmalar sonunda 43’üne ceza verilmiştir.¹⁵

a) Hukuki Düzendeki Eksiklikler

TCK. suçun faili olarak kamu görevlilerini göstermiştir, bu suç herkes tarafından işlenebilen suçlardan değildir.¹⁶ Bu, bazı durumlarda işlenen suçların işkence kapsamına alınmaması sonucunu doğurmuştur: Örneğin Çocuk Esirgeme ve Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğü’ne bağlı bir olayda çocuklara bakıcılar tarafından yapılan sistematik işkence, bu bakıcılar kamu görevlisi sayılmadığından fiil işkence suçu kapsamında değerlendirilmemiştir. O nedenle suçu işleyecek faillerin kimleri kapsayacağı bir kere daha değerlendirilmelidir.¹⁷

İşkence suç olarak kabul edilmesine karşın polisin yetkilerini düzenleyen kanunda¹⁸ 2007 yılında değişiklik yapılırken, polisler silah ve zor kullanmaya yetkili kılınmıştır. Bunun sonucunda işkence iddiaları artmış, silah kullanma nedeniyle de 2007-2012 yılları arasında 127 kişi ölmüştür.

TCK’nın 243. maddesi işkence ve benzeri kötü muameleler yapılmasını, 245. maddesi de kamu gücünü kullananların, kişilere kötü muamelede bulun-

¹⁵ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu İstanbul İlindeki Karakollarda Yapılan İnceleme Sonucunda Hazırlanan Rapor, Ankara, 6 Ocak 2009, s. 66.

¹⁶ Bakım, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008, s. 92.

¹⁷ Erdal, s. 26.

¹⁸ Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 5681 Sayılı Kanun 14.6.2007’de yürürlüğe girmiştir.

masını cezalandırmaktadır. İşkencenin ortaya çıkarılması halinde dahi, bunu yapan kamu görevlisinin yargılanmasında yasadaki düzenleme nedeniyle sıkıntılar yaşanmıştır. Memurların görevleri sırasında işledikleri suçlarda soruşturma ve kovuşturma açılması idari izin koşuluna bağlanmıştır. Bu nedenle örneğin 2000-2005 yılları arasında 118 işkence, 1095 kötü muamele iddiası hakkında soruşturma/yargılama izni verilmemiştir. Bu durum işkence iddiaları söz konusu olduğunda önemli bir cezasızlık engeli olarak kullanılmıştır.¹⁹ 2003 yılında getirilen bir değişiklikle bunun işkence ve kötü muamele suçlarında söz konusu olamayacağı, savcıların memurun bağlı bulunduğu amirden izin almaksızın soruşturmaya başlayabileceği düzenlenmiştir.²⁰ Ancak, kimi savcılar alıştıkları uygulamadan vazgeçmemişler, işkence ve kötü muameleleri, kolluk hizmetleri sırasında gerçekleştirilen şiddet eylemleri kapsamında değerlendirilerek, suçu kapsamının dışına çıkartmışlar ve idari izin prosedürünün işletilmesini sağlamışlardır.²¹

b) İşkencenin Denetim Mekanizmaları

Türkiye'nin sistematik işkence ve kötü muamelenin engellenmesine yönelik sorumluluğu hem ulusal hem de uluslararası bir sorumluluktur. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sadece tüm kamu görevlilerinin konuyu denetim altında tutacaklarını ve ayrıca iç hukukta ve uygulamada alınan önlemlere ilişkin periyodik raporlar sunmayı vaat etmiştir.²²

İşkencenin cezalandırılması kanısının yerleştirilmesi, bu suçu işleyenlerin bedelini ödmeden bu tutumlarını sürdüremeyeceklerini anlamaya katkıda bulunur.²³ Bu vaadin tutulması, işkenceyi bağımsız kurumların denetlemesi, objektif sonuçların elde edilmesi için önemlidir. Yargı organları, insan haklarını koruyan ve uygulayan kuruluşlardır.²⁴ Türk hukuk sisteminde işkence iddialarını savcı denetlemekte, delilleri ise polisler toplamaktadır. Etkili so-

¹⁹ Erdal, p. 121-122.

²⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar, p. 268.

²¹ Erdal, p. 123.

²² Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1990, p. 95.

²³ Giffard, Camille; İşkencenin Rapor Edilmesi, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Ege-tan Basım Yayım Tanıtım LTD. Şti, 2001, p. 42.

²⁴ Çüçen, Kadir; İnsan Hakları, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011, p. 198.

ruşturma yapılması için çoğu zaman olayları bilen ancak örtbas eden amirlerce değil, sivil birimlerce yapılmalıdır. Böylece mesleki dayanışmanın işkence suçunu örtmesine engel olunabilir. Ayrıca işkence soruşturmasının hızla yapılması gerekmektedir. Ağır ve hantal bir soruşturma süreci, hem davaların zamanaşımına uğramasına neden olmakta hem de yargılamadan sağlıklı sonuç alınmasını engellemekte ve adalet beklentisinin hüsrana uğramasına yol açmaktadır.²⁵ 2003 yılında yapılan yeni bir düzenleme ile işkence iddialarının soruşturmalarının ve kovuşturmalarının acele işlerden sayılacağı kabul edilmiştir.²⁶ Uygulamada bazen işkence yapıldığına yönelik güçlü deliller varsa, yargılama sonucunda cezalandırma kaçınılmaz gözükmüyorsa, işkence yargılaması zamana yayılmaktadır.²⁷

Polisler soruşturma sırasında ve dava sürecinde işten el çektirilmemekte ve tutuksuz yargılanmaktadır.²⁸ İşkence gibi önemli bir iddianın olduğu yerde ciddi kanıtlar ve şüphe varsa, aynı polisin çalışmaya devam etmesi yeni bir işkence vakasına yol açabileceği gibi, delillerin karartılması da söz konusu olabilir.

İşkencenin kanıtlanmasında doktor raporlarının önemi büyüktür, işkence mağdurunu inceleyip durumu objektif olarak bir belgeye aktarmak doktorların görevidir. Fiziki bulgular olmadığında işkencenin manevi de olabileceği unutulmamalıdır. Raporlar tıbbi bilgileri olmayan hukukçuların anlayacağı dilde yazılmalıdır.²⁹ Bu görevi yerine getirmeyen doktorun da cezalandırılması gerekmektedir. İşkence iddiasında bulunan kişinin kendi seçeceği doktora muayene olma olanağının olması raporların objektivitesini artıracaktır.³⁰

²⁵ Doğru, Osman; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasası, Legal Yayıncılık, 2006, İstanbul, s. 181.

²⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 275.

²⁷ Erdal, s. 178.

²⁸ Saymaz, s. 258.

²⁹ Kök, Ahmet Nezi; “İşkence İddialarının Fiziksel Değerlendirilmesi ve Raporlandırılması”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ed.: İlyas Doğan, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 82-83.

³⁰ Eryılmaz, Bedri; “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ed.: İlyas Doğan, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 115.

c) Polisin Evrakta Sahtecilik Yapması, Yalancı Tanık Bulması, Delil Yok Etmesi

Savunma hakkına zarar vermemek için soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Bu gizlilik iki şekilde sağlanır: İşlemlerde ilgililerden başka kimse hazır bulunmaz, araştırma sonuçları kamuya paylaşılmaz.³¹ Soruşturma döneminde savcıya yardım eden ve bir suç işlendiğinde suça ilişkin delilleri toplayan görevliler kolluk kuvvetleridir. Ancak eğer suçu kendileri işliyorlarsa, delillerin kaybolması ya da değiştirilmesi konusunda, mesai arkadaşlarının bu konuda birbirlerine yardım ettikleri görülmektedir. Bu durum soruşturmanın gizli yapılması gereğini ihlal etmektedir. Örneğin Nijerya'dan Türkiye'ye futbol oynamak için gelen ve polis merkezinde polisin silahından çıkan kurşunla 2007'de hayata veda eden Festus Okey'in kanlı gömleği bulunamamış ve işin acı tarafı da kimse bundan sorumlu tutulmamıştır.³² Gözaltında yaralanan Mustafa Kükçe bir başka örnektir. Olayın gerçekleştiği polis karakolunda Kükçe'nin hiçbir kamera kaydının bulunmadığı saptanmıştır.³³ Oysa mevcut hukuki düzenleme bu değildir ve birçok karakolda kamera vardır.³⁴ Bundan başka polislerin yaptığı işkencenin ortaya çıkmaması için gerekirse sahte tanıklar bulunmaktadır. 2010 yılının Ekim ayında İstanbul'da bir parkta arkadaşlarıyla içki içerken bir polisin "içki içmeyin" uyarısını dikkate almayan Güney Tuna 7-8 polis tarafından dövülmüştür. Bir arkadaşı tarafından cep telefonuna kaydedilen bu olay, ayrıca MOBESE kameraları tarafından da belgelenmiştir. Ancak olay sonrası ortaya çıkan bir tanık Tuna'nın kendisini yaraladığını ileri sürmüştür.³⁵ Gözaltına alınma, salıverilme gibi durumlarda tutulan kayıtların saatleri değiştirilebilmektedir. 2010'da İstanbul'da vuku bulan bir olay sonrası yapılan teknik incelemede bilgisayardaki yedi dokümanda değişiklik yapıldığı saptanmış, ifadesi alındıktan sonra salıverilen kişinin aslında kendisi gittikten sonra ifadesinin düzenlendiği, değiştirildiği ve sonra imzalatıldığı ortaya çıkmıştır.³⁶

³¹ Centel, Tankut/ Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2012, s. 89.

³² Saymaz, s. 57.

³³ Uluslararası Af Örgütü Raporu, Uluslararası Af Örgütü Yayınları, İstanbul, 2009, s. 359.

³⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 277.

³⁵ Saymaz, s. 183.

³⁶ Saymaz, s. 331.

d) Sanığın İtibarsızlaştırılmasına Yönelik Sahte Deliller Yaratılması ya da Zaten İtibarsız Bir Kişi Olduğuna İlişkin Bilgilerin Toplanarak, İşkenceyi Hak Ettiği Görüntüsü Verilmeye Çalışılması

Bu, sokak çocuklarının, travestilerin, eşcinsellerin, azınlıkların, bazı etnik kimliğe sahip olanların (örneğin Romanların³⁷) sıklıkla başına gelen bir durumdur.³⁸ Bu durum bazı kesimlerin ayrımcılığa uğramalarına neden olmakta, aynı zamanda anayasada belirtilen eşitlik ilkesini de ihlal etmektedir.³⁹ İşkenceye uğrayanlar ötekileştirilerek, kriminal ya da şiddete eğilimli kişiler oldukları izlenimi yaratılarak⁴⁰ kolluk kuvvetlerini zor kullanmaya mecbur ettiklerine ilişkin bir görüntü yaratılmaya çalışılmaktadır. Oysa ki birçok olayda, travestiler sadece oradan geçmekte⁴¹, sokak çocukları sadece bir sigara için yanaşmakta, bu insanların bir suç işleme kastı bulunmamaktadır. Bu durumda sadece toplumun kiyısında yaşıyor olmak, işkence görmeyi normalleştirmektedir, çünkü insanlar kafalarında diğerlerini insanlıktan çıkardıklarında, merhamet gibi insana özgü olduğu kabul edilen değerlere ters düşecek biçimde davranmaları daha kolaylaşır.⁴² Kendisine işkence edilen kişinin de durumu böyledir, işkencenin bir nedeni olduğu, hak edildiği düşünülmekte ve meşrulaştırılmaktadır. Hatta bazı durumlarda işkence faili olduğu iddia edilenler de görevlerini yapmalarına engel olunduğunu⁴³, kendilerine hakaret edildiğini,⁴⁴ tahrik edildiklerini iddia ederek şikâyetçi olmakta, karşı dava açmakta ve kendi haklılıklarını ispatlamaya çalışmaktadırlar. Bu iddia birçok olayda kullanılan bir sindirme yöntemi olarak ortaya çıkmakta ve işkence mağduru olduğunu iddia edenler polise direnmekten, hakaret etmekten ceza almaktadır ya da

³⁷ Çayır, Kenan; “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 12.

³⁸ Saymaz, s. 76.

³⁹ Göregenli, Melek; “Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 249.

⁴⁰ Saymaz, s. 177.

⁴¹ Saymaz, s. 76; 198 vd.

⁴² Göregenli, Melek; “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 69.

⁴³ Saymaz, s. 161.

⁴⁴ Saymaz, s. 165.

işkenceyi yapanların cezaları haksız tahrik gibi nedenlerle azaltılmaktadır.⁴⁵ Bu yöntem işkence mağdurunu sanık haline getirmekte, her iki dava birbiriyle bağlantılandırılmakta, işkence iddiası bağımsız olarak yargılanmamaktadır.⁴⁶

e) Eğitim

Görüldüğü gibi Türk hukuk sisteminde işkencenin engellenmesine yönelik birçok düzenleme vardır. Ancak uygulamada işkenceyi tümüyle ortadan kaldırmak mümkün olmamaktadır. Kolluk kuvvetleri eğitimleri sırasında insan haklarına ilişkin eğitim almaktadırlar. Ancak bazı durumlarda görevlerini yerine getirirken aşılmaması gereken sınırları aşmakta ve zor kullanmaktadırlar. Emniyet güçlerinin tepesinde olanlar dahi polisin kuvvet kullanmasını hoş karşılamakta ve bu zihniyet değişmemektedir.⁴⁷ Gereksiz şiddet kullanımı ya da orantısız kuvvet kullanma sorun yaratan bir durum olarak kalmaktadır. Özellikle toplu gösterilerde son dönemlerde artan biber gazı kullanımı ölümlere neden olmuş, polisin gereksiz yere ya da orantısız şiddet kullandığı durumlar olmuştur. En ağır suçu işleyen bir insanın dahi yargılanmaya hakkı vardır, o kişinin cezasını verecek kişiler de emniyet güçleri değildir. Suç işleyen kişilerin değersiz görülmesi beraberinde işkence olasılıklarını da getirmektedir. Bu nedenle, insan hakları eğitimi, bu eğitimi verecek kişilerden başlayarak, okul öncesine kadar yaygınlaştırmak ve özellikle emniyet güçlerinin her kademesinde zaman zaman hatırlatılarak verilmesinde fayda vardır.⁴⁸ Bu, hukuk devletinin gereklerinden biridir.

Sonuç

Devletin işkencenin önlenmesi konusunda yükümlülüğü vardır. Türk hukuk sistemine bakıldığında genel olarak yasal düzeyde bu yükümlülüğün yerine getirildiği görülmektedir. 2012 yılında kurulan İnsan Hakları Yüksek

⁴⁵ Saymaz, s. 244. Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 18-19.

⁴⁶ Erdal, s. 160.

⁴⁷ Saymaz, s. 109.

⁴⁸ Kuçuradi, Ioanna; “İnsan Hakları Eğitimi ve Dayanışma İçin Eğitim: Eğitimcilerin Eğitimi”, Çev.: Bülent Peker, İnsan Hakları, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011, s. 288. Eren, Abdurrahman; “Birleşmiş Milletler Sisteminde İşkence Yasağı ve Koruma Mekanizmaları”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ed.: İlyas Doğan, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s. 137.

Kurulu ve Kamu Denetçiliği Kurumu da işkence ve kötü muamelenin önlenmesine katkıda bulunabileceklerdir. Ancak işkencenin önüne tam olarak geçilememektedir. Sorunlar daha çok uygulamaya yönelik olduğuna göre, öncelikle bu suçu işleyebilecek, soruşturabilecek, yargılayabilecek kişilere insan hakları eğitimi verilmeli, zihniyetin değişmesi sağlanmalı, işkence yapıldıysa bunun cezasız kalması engellenmelidir. Bir ülkenin bu alanda sabıkasının çok olması hem vatandaşları hem de uluslararası kamuoyu nezdinde prestij kaybına uğramasına, adalete olan güvenin zedelenmesine neden olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu, Tekin; “İşkence’nin İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, C.: 10-11, 1988-1989.
- Bakım, Sevi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2008.
- Centel, Tankut/ Zafer, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2012.
- Çayır, Kenan; “Gruplararası İlişkiler Bağlamında Ayrımcılık”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Çüçen, Kadir; İnsan Hakları, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011.
- Erdal, Meryem; Soruşturma ve Dava Örnekleriyle İşkencenin Cezasızlığı Sorunu, İnsan Hakları Derneği, Bas Yay Organizasyon İktisadi İşletme, Ankara, 2006.
- Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2011.
- Eryılmaz, Bedri; “İstanbul Protokolü Çerçevesinde İşkencenin Soruşturulması ve Belgelenmesi”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ed.: İlyas Doğan, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1990.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı Analizi) Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2006.
- Giffard, Camille; İşkencenin Rapor Edilmesi, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Egetan Basım Yayım Tanıtım LTD. Şti, 2001.
- Göregenli, Melek/ Özer, Evren; Medya ve İnsan Hakları Örgütlerinin Verilerinden Hareketle 1980’lerden Günümüze İşkence: Epidemiyolojik Bir Başlangıç Çalışması, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, No: 70, Ankara, 2010.
- Göregenli, Melek; “Ayrımcılığın Meşrulaştırılması”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- Göregenli, Melek; “Önyargı ve Ayrımcılığı Azaltmak”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.

- Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıpyargı ve Ayrımcılık”, Ayrımcılık. Çok Boyutlu Yaklaşımlar, Der.: Kenan Çayır-Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- Güneş, Seyithan; Teori ve Uygulamada Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1998.
- Kök, Ahmet Nezi; “İşkence İddialarının Fiziksel Değerlendirilmesi ve Raporlandırılması”, İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ed.: İlyas Doğan, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009.
- Kuçuradi, Ioanna; “İnsan Hakları Eğitimi ve Dayanışma İçin Eğitim: Eğitimcilerin Eğitimi”, Çev.: Bülent Peker, İnsan Hakları, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011.
- Saymaz, İsmail; Sıfır Tolerans, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, Oğuz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- TİHV Tedavi ve Rehabilitasyon Merkezleri Raporu 2010, TİHV Yayınları, Ankara, 2011.
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu İstanbul İlindeki Karakollarda Yapılan İnceleme Sonucunda Hazırlanan Rapor, Ankara, 6 Ocak 2009.
- Turan, Çetin; “Sunuş Konuşması”, İşkence Yasağı ve Yaşam Hakkı”, İzmir Barosu İnsan Hakları ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, No.: 10, İzmir, 1997.
- Uluslararası Af Örgütü Raporu, Uluslararası Af Örgütü Yayınları, İstanbul, 2009.

Deniz Alanlarına Erişimin Engellenmesi ve Bölgenin Kapatılması Stratejileri Işığında Gemi Savar Füze Harbine İlişkin Hukuki Meselelerin Yeniden İncelenmesi

Dr. Bleda R. KURTDARCAN*

Özet: Gemiden ya da havadan fırlatılan güdümlü gemi savar füzeleri yaklaşık yarım yüzyıldır su üstü harbinin icra edilmesinin temel aracı haline gelmiştir. Oysa az sayıda da olsa su üstü angajmanlarının gemi savar füzeleriyle icrası ile elde edilen tecrübeler göstermektedir ki bu silahlar, sahip oldukları yüksek teknolojiye rağmen, denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun da temel kuralını teşkil eden ayırım gözetme ilkesine riayet etmekte güçlük çekmektedir. Bu durum özellikle sivil ve tarafsız gemilerin yoğun bulunduğu deniz iletişim hatları üzerinde ve de hasmın elektronik harp uyguladığı ortamlarda kullanılması halinde daha ciddi bir hal almaktadır. Dolayısıyla günümüzde Çin Halk Cumhuriyeti'nin Doğu Çin ve Güney Çin Denizlerinde üstü kapalı bir şekilde Birleşik Devletler donanmasına karşı benimsemiş olduğu gemi savar füzelerine dayalı erişimin engellenmesi ve bölgenin kapatılması stratejisi dünyanın en yoğun deniz trafiğine sahip alanlarından biri olan bu bölgede yakın gelecekte gerçekleşebilecek bir su üstü harbinin yürütülmesinde ciddi hukuki sorunlar çıkaracak potansiyele sahiptir. Bunun sonucu olarak, günümüzde artan konvansiyonel su üstü savaş riski ışığında ilgili devletlerin, gemi savar füze güdüm teknolojilerini ve bu füzelerin kullanım doktrinini denizdeki silahlı çatışmalara ilişkin hukukun gereklerine uygunluğu sağlayacak şekilde geliştirmesi gerekmektedir.

Anahtar kelimeler: Gemi savar füzeler, denizdeki silahlı çatışmalara ilişkin hukuk, ayırım gözetme ilkesi, deniz alanlarına erişimin engellenmesi ve bölgenin kapatılması stratejisi, Doğu ve Güney Çin Denizleri.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Revisiting some legal problems as regards the anti-ship missile warfare in the light of the current Anti Access/Area Denial Strategies

Abstract: Surface and air launched guided anti-ship missiles (ASM) have been the principal means by which surface warfare has been conducted for almost half a century. However, limited experience of surface engagements conducted by long range anti-ship missiles is indicative of the fact that although highly sophisticated, these weapons systems have difficulties complying with targeting law's basic principle: discrimination. This fact is all the more threatening in cases of surface warfare conducted on the sea lanes of communications where there is heavy civilian and neutral merchant vessel traffic and where the enemy conducts defensive electronic warfare. As a result, it becomes clear that to this day China's anti access/ area denial strategy based on heavy use of ASMs and adopted implicitly against the U.S. Navy has the potential of creating serious legal problems in the conduct of a surface warfare which could take place in a region hosting some of the world's busiest sea lanes of communications, should the tensions between the U.S. and its allies in the region and China turn into armed conflict. Therefore it is important today for the relevant states, to understand the shortcomings of ASMs and develop new guidance technologies and comprehensive doctrines on the use of ASMs in order to be able to conduct surface warfare in conformity with the law applicable to armed conflicts at sea.

Keywords: Anti-ship missiles, law applicable to armed conflicts at sea, principle of discrimination, anti-access/ area denial strategy, East and South China Sea

Altı Gün Savaşı'nın sona ermesinden birkaç ay sonra, 21 Ekim 1967'de Sina sahili boyunca rutin devriye görevini yürüten İsrail'e ait *INS Eilat*, Mısır'ın Port Said şehrinin yaklaşık 25 km açığında iken kendini aniden o sırada şehrin limanında bulunan Mısır donanmasına bağlı bir Komar sınıfı hücumbottan fırlatılan Sovyet yapımı SS-N-2 Styx radar güdümlü gemi savar füzesinin hedefinde bulmuştu. 2. Dünya Savaşı'nda görev almış 1700 tonluk bir Z sınıfı İngiliz destroyeri (*HMS Zealous*) olan *INS Eilat*'ın kaptanı, dürbünle ufuk taraması yapılırken fark edilen füze fırlatılışı karşısında hemen kaçış manevrası başlatmış ve gemiyi gelen füzeye en küçük hedef profili sunacak şekilde döndürmeyi başarmıştı. Ancak ne bu manevra, ne de gemideki uçaksavar top ve makineli tüfekleri ile füzeye doğru açılan ateş gemiyi kurtarmaya yetmeyecekti. Nitekim ilk füze gemiyi vurduğunda geminin iletişim ve tahrik sistemleri kullanım dışı kalmıştı. 90 dakika sonra gelen ikinci saldırıda

ise başka bir SS-N-2 füzesi geminin cephaneliğine isabet edecek ve 47 İsraili denizcinin ölümüne sebep olarak destroyeri batıracaktı.¹

Hiçbir şekilde dünyanın önde gelen deniz güçleri arasında sayılmayacak İsrail ve Mısır arasında, ilk bakışta hiçbir şekilde taktik ve stratejik açıdan deniz savaşları için özellik arz etmeyen bu iki gemi arasındaki angajman aslında oldukça devrimsel bir olguya işaret etmekteydi. *INS Eilat*, gemiden fırlatılan bir gemi savar füzesi ile batırılan ilk savaş gemisiydi. Bundan böyle dünya donanmaları, deniz savaşı taktiklerini şekillendirecek başlıca etmen olacak gemi savar füzeleri çağına girmiş olmaktaydı.² Gerçekten de 1967’de gemiden gemiye atılan ilk gemi savar füzesinin hedefini imha etmesini müteakiben yüzyılın sonuna kadar 450’den fazla gemi, Sovyet yapımı SS-N-2 ve daha gelişmiş ardılı veya muadili olan gemiden atılan gemi savar seyir füzeleri ya da havadan atılan gemi savar seyir füzeleri tarafından vurulmuştur.³

2. Dünya Savaşı’ndan itibaren deniz savaşlarının icrasında öne çıkan uçak gemisi konulu deniz havacılığı aracıyla yürütülen angajman konseptine karşı Sovyetler tarafından geliştirilen yanıt olarak ortaya çıkan uzun menzilli gemi savar füzeleri, ilk kez dizayn edildikleri 1960’lı yıllardan sonra teknolojik gelişmelere paralel olarak evrim geçirmiş ve 80’li yıllarla birlikte günümüzde sahip oldukları daha da uzatılmış menzil ile seyir yeteneklerini kazanmışlardır.⁴ Gemilere saldırmak üzere, deniz yüzeyi üzerinde çok alçak irtifada sanki dalgaların üzerinden sekermiş gibi uçarak seyreden uzun menzilli gemi savar füzeleri ilk dizayn edildikleri zamandan günümüze ikili bir güdüm sistemi ile hedeflerine yönlendirilegelmişlerdir. Seyir safhasında eylemsizlik ve GPS güdümü ile yönlendirilen bu füzeler, hedefe saldırının gerçekleşeceği terminal safhada ise aktif radar güdümü ile hedefe yönlenmektedirler. Ayrıca bunları deniz yüzeyinin üzerinde belirli bir irtifada tutacak bir radar altimetresi de bulunmaktadır.⁵

¹ R. G. Grant, **Battle at Sea, 3000 years of naval warfare**, Dorling Kindersley, 2008, s.342; Chris McNab, Hunter Keeter, **Tools of Violence, Guns, Tanks and Dirty Bombs**, Osprey Publishing, 2008, s.229.

² Capt. Wayne Hughes, **Fleet Tactics and Coastal Combat**, 2nd Edition, U.S. Naval Institute Press, 2000, s.149.

³ Hughes, s. 3.

⁴ Edward Luttwak, Stuart Koehl, **The Dictionary of Modern War**, Gramercy, 1991, s. 38.

⁵ Andrea De Martino, **Introduction to Modern EW Systems**, Artech House, 2012, s.13.

Her ne kadar gemi savar füzeleri için en yaygın terminal safha güdüm sistemi aktif radar güdüm olsa da terminal safhada bunun yerine pasif IR güdüm ya da yarı aktif radar güdüm sistemleri kullanan gemi savar füzeler de mevcuttur. Bkz. Luttwak, Koehl, s. 39.

İlk geliştirildikleri zamandan beri dönemlerinin en ileri teknolojileri ile donatılan gemi savar füzelerinin kullanımının denizdeki silahlı çatışmalar hukuku açısından yaratabileceği sorunlara oldukça erken tarihlerden itibaren dikkat çekildiği görülmektedir. Nitekim Prof. O’Connell daha 1972 yılında gemi savar füzelerinin kullanımının hukukiliğine ilişkin olarak şu satırları yazmıştır: “Sorulması gereken sorular deniz füzelerinin kullanılması halinde uygulamada askeri ve sivil hedef ayırımına saygı gösterilmesine ve tarafsız gemilerin saldırılardan dokunulmazlığına yönelik mevcut uluslararası hukuk kurallarına riayet edilip edilemeyeceğidir.”⁶

Nitekim yaklaşık 10 yıl sonra 1981-1987 arasındaki İran-İrak Savaşı’nda-ki uygulamalar ile bu sorunun ne kadar yerinde ve geçerli olduğu görülecektir. 1970’ler ve 80’lerin başındaki devletler arası konvansiyonel silahlı çatışmalarda birçok kereler kullanılmış olsa da, gemi savar seyir füzelerinin tarih boyunca görülen en yaygın kullanımı bu savaşta Basra Körfezi’nde seyreden tanker ve diğer ticari gemilere karşı olmuştur.⁷ Ticari gemilere karşı İran ve Irak tarafından karşılıklı olarak 7 yıl boyunca yürütülen, 400’den fazla geminin vurulmasına ve 100’den fazla geminin batmasına neden olan Tanker Savaşları’nda yapılan bu saldırıların yarısından fazlası gemi savar seyir füzeleri ile gerçekleştirilmiş ve bu füzeler gemilere verilen en ağır zararların kaynağında bulunmuştur.⁸ Ayrıca yine bu dönemde doğrudan hasmın savaş ve destek gemilerine yönelik su üstü harbinin icrasında kullanılan gemi savar füzelerinin operasyonel koşullarda öngörülmeyen bir şekilde tehlikeli bazı davranışlar sergileyebileceği de tecrübe edilmiştir.

Denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun su üstü savaşına ilişkin temel kuralları

Su üstü muharebelerinin yürütülme aracı olarak gemi savar füzelerinin ilk kullanımlarından itibaren denizdeki silahlı çatışmalar hukuku açısından yarattıkları meseleleri daha detaylı olarak incelemeye geçmeden evvel bu

⁶ David O’Connell, “The Legality of Naval Cruise Missiles”, American Journal of International Law, 1972, vol: 66 s.785.

⁷ Hughes, s.149.

⁸ Hughes, s.149. Bu saldırılar gemiden, karadan ve havadan atılan gemi savar füzeleri ile icra edilmiş ve bu füzelerin 8 ayrı tipi taraflar tarafından kullanılmıştır. James Busuttil, **Naval Weapons Systems and The Contemporary Law of War**, Clarendon Press Oxford, 1998 s.195.

hukukun konuya ilişkin kurallarını kısaca ortaya koymak gerekmektedir. Nitekim ancak denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun özellikleri ve karadaki silahlı çatışmaları düzenleyen hukuk kurallarından farklılıkları kavrandığı takdirde ki gemi savar füzeleri aracılığıyla yürütülecek su üstü angajmanlarının yarattığı hukuki meseleler anlaşılacak ve bu silahların kullanımına ilişkin hukuka uygun bir operasyon konsepti geliştirilebilecektir.

Doğrudan ve esas olarak denizdeki silahlı çatışmaları düzenleyen çok az uluslararası antlaşma mevcut bulunmaktadır. Bu bağlamda, 1856 tarihli “Deniz Hukukuna İlişkin Paris Deklarasyonu,” Lahey’de 2. Barış Konferansı neticesi kabul edilen 1907 tarihli “Muhasamatın Başlaması Anında Hasım Ticaret Gemilerinin Durumuna İlişkin 6 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Ticaret Gemilerinin Savaş Gemisine Dönüştürülmesine İlişkin 7 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Otomatik Sualtı Temas Mayınlarının Dökülmesine İlişkin 8 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Savaş Zamanı Deniz Kuvvetleri Tarafından Yapılacak Bombardımana İlişkin 9 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Deniz Savaşında Zapt Etme Hakkının Uygulanmasına Getirilen Bazı Sınırlamalara İlişkin 11 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Cenevre Konvansiyonu’nun İlkelerinin Deniz Muharebelerine Adaptasyonu İçin 10 no.’lu Lahey Konvansiyonu”, “Tarafsız Güçlerin Deniz Savaşlarındaki Hak ve Borçlarına Yönelik 13 no.’lu Lahey Konvansiyonu”; 1930 tarihli “Londra Antlaşması’nın 4. Bölümünde Öngörülen Denizaltı Harbi Kurallarına İlişkin 1936 tarihli Procès-Verbal”; 1949 tarihli “Denizdeki Silahlı Kuvvetlerin Yaralı, Hasta ve Gemi Kazazedesi Mensuplarının Durumlarını Geliştirmeye Yönelik 2 no.’lu Cenevre Konvansiyonu” denizdeki silahlı çatışmaları düzenleyen günümüzde de yürürlükte olan antlaşmaları teşkil etmektedir.⁹ Ancak ilk bakışta da fark edilebileceği üzere bu antlaşmalar konuları açısından oldukça dar kapsamlıdır ve denizdeki silahlı çatışmalarına ilişkin olarak bazı çok spesifik konu, araç, yöntem ve uygulamalar ile insancıl hususlara yönelik olarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla denizdeki silahlı çatışmalarda muhasamatın yürütülmesine ilişkin genel yazılı kurallar bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, yazılı antlaşmalar ile düzenlenmemiş olan özellikle denizde muhasamatın yürütülmesine ilişkin hususların, karadaki silahlı çatış-

⁹ Geoffrey Corn, Victor Hansen *et al.*, **The Law of Armed Conflict, An Operational Approach**, Wolters Kluwer, 2012, s.440; Howard Levie, “Means and Methods of Combat at Sea”, 14 Syracuse J. Int’l L. & Com. 1987-1988, ss.727-728.

malara ilişkin olarak geliştirilen hukuk kurallarının üzerinde yükseldiği temel ilkelerin pekâlâ denizdeki silahlı çatışmalar için de geçerli olduğu düşünce-sinden elde edilen teamül hukuk kuralları ile belirlendiği; devlet uygulamala-rının da bu sonucu desteklediği kabul edilmektedir.¹⁰ “Dolayısıyla aynı kara savaşlarında olduğu gibi çatışmanın tarafları, saldırı hedefi olamayacak sivil ve diğer korunan kişiler ile saldırı hedefi olabilecek muharıpler arasında ay-rım gözetmek zorundadır. Ayrıca deniz ya da deniz altından meşru bir hedefe yönelik saldırıya karar verirken savaşan taraflar karadan yapılan saldırılar-da geçerli olan aynı ilkelere, yani insancılık ve orantılılık ilkelerine riayet etmelidirler.”¹¹

Bununla beraber bir muharebe alanı olarak denizin özelliklerinin kara alanlarından farklılık gösterdiği ölçüde bu farklılıkların denizdeki silahlı çatışmaları düzenleyen kurallar tarafından dikkate alınmaması ve bunlara istina-den kara savaşlarını düzenleyen hukuktan bazı sapmalar içermemesi düşünö-lemes. Nitekim deniz yüzeyinde hareket eden gemilerin saldırıya hazırlanma ya da saldırıya hedef olmama konusunda karadaki gibi kamuflaj imkanına sahip olmamaları nedeniyle kendilerini sivillerden ayırt etme yükümlölükleri kara savaşları hukukundaki gibi katı bir şekilde belirlenmemiş ve kara savaşla-rında hainlik olarak nitelendirilecek bazı uygulamalar denizdeki silahlı çatış-maları düzenleyen hukuk tarafından meşru ve hukuki savaş aldatması olarak addolunmuştur.¹² Yine bu minvalde deniz savaşlarının ekonomik karakteri ve askeri faaliyetleri desteklemek üzere sivil gemiciliğe ağırlıkla başvurulması, sivil kişi ve objeler ile askeri hedeflerin fiziksel olarak birbirinden ayrılması konusunda da kara savaşları hukukundan farklı bir yaklaşımın benimsenme-sini beraberinde getirmiş; bunun sonucu olarak da kara savaşları hukukunda “saldırıların etkilerine karşı alınacak önlemler” altında savunmadaki tarafın askeri objelerini olabildiğince sivil objelerden ayrı tutma yükümlölüğü deniz-

¹⁰ Corn, Hansen, *et al.*, s.440; Leslie Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd Edition, Manchester University Press, 2000, s.162. Bu bağlamda, denizdeki silahlı çatışmalara uygulanacak yürürlükteki kuralları, özellikle de denizde muhasamatın yürütülmesine ilişkin olanları derleyen San Remo Kılavuzu’nun konu hakkındaki teamül kurallarını yansıttığı doktrinde kabul edilmektedir. Corn, Hansen, *et al.*, s.440.

¹¹ Corn, Hansen, *et al.*, s.440.

¹² Corn, Hansen, *et al.*, s.418-419; **San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, Louise Doswald-Beck (ed.), Cambridge University Press, 1995, s.184.

deki silahlı çatışmalar hukukunda kabul görmemiştir.¹³ Aynı şekilde düşmana ait sivil ticaret gemilerine ve sivil mallara tanınan saldırılardan korunma ya da zapt ve zor alıma konu olmama hakkı da kara savaşlarına ilişkin hukuktaki kurallara nazaran daraltılmıştır.¹⁴

Ancak kara ve hava savaşlarındaki temel bazı kuralların denizdeki silahlı çatışmalara uyarlanması benimsenen bu farklı yaklaşım, yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği gibi, saldırıları sadece askeri hedefe yöneltmeye, saldırıda alınacak tedbirlere ve gereksiz acı ve aşırı yaralanmalara sebep olacak savaş araç ve yöntemlerine başvurmamaya ilişkin muhasamatı düzenleyen temel ilkelere sirayet etmemiştir.¹⁵

Bu genel kurallar dışında, yaklaşık son yarım yüzyıldır su üstü gemilerine karşı icra edilen su üstü harbinin yürütülmesinin başlıca aracı haline gelen gemi savar seyir füzelerinin kullanımı, denizdeki silahlı çatışmalar hukuku altında spesifik olarak bir kural ile düzenlenmemiştir.¹⁶ Bu tip füzelerin kullanımı hakkında ikincil bir kaynak olarak ilgili hukuk kural ve ilkelerini saptamaya yardımcı olacak bir mahkeme kararı da bulunmadığı gibi konu hakkında hukuk olarak kabul edilmiş genel bir devlet pratiğini saptamak da mümkün gözükmemektedir.¹⁷ Aslında bu durum şaşırtıcı değildir. Zira Prof. Howard Levie'nin de oldukça açık bir şekilde ifade ettiği üzere konvansiyonel harp başlığına sahip gemi savar füzelerinin geliştirilmesi ve kullanılması spesifik ve önemli bir hukuki sorun yaratmamaktadır. Ufuk ötesi uzun menzillerde kullanılsa dahi bu tip füzeler esasında kara savaşında olduğu gibi modern bir topçudan başka bir şey değildir... Denizdeki hedeflere karşı kullanıldıklarında savaş gemilerinin topları gibi hiçbir yasak ya da sınırlamaya tabi değildirler.¹⁸

¹³ **San Remo Manual**, s. 124.

¹⁴ Corn, Hansen, *et al.*, s.440-441; Wolff Heintschel von Heinegg, "The Law of Armed Conflict at Sea" in **The Handbook of International Humanitarian Law**, 2nd Edition, Dieter Fleck (ed.), 2008, s.500. "Kara savaşlarının aksine deniz harbinde hasım tarafın özel kişilerinin malları zapttan muaf tutulmamıştır. Hasım tarafın özel kişilerinin mallarının zapt ve müsadereye tabi olmasına ilişkin geleneksel kural, deniz harbi kapsamındaki askeri hedef tanımıyla değişikliğe uğramamıştır." von Heinegg, s.500.

¹⁵ Detaylar için bkz. **San Remo Manual**, s.113-124.

¹⁶ von Heinegg, s.535.

¹⁷ Busuttill, s.203.

¹⁸ Levie s.735-736; William Boothby, **Weapons and the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2009, s.295. "Bu cephaneye ilişkin hukuk, füze, bomba ve diğer mermilere iliş-

Bununla beraber gemi savar füzeler ile yürütülecek su üstü harbinde muhasamatın icra edilmesine yönelik temel kurallara uyulmasının ne derecede sorunsal olduğu Denizdeki Silahlı Çatışmalara Uygulanacak Uluslararası Hukuk Hakkındaki San Remo Kılavuzu'nu hazırlayan uzmanlar tarafından şu kelimelerle ifade edilmiştir: “Saldırıda alınacak önlemlere ilişkin temel kurallar açık bir şekilde ayırım gözetme ilkesi ve sadece askeri hedeflere saldırma yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Bu yükümlülükler ise ancak hedefin teşhis edilmesi ile yerine getirilebilir... Füze kullanımı gibi modern teknolojilerin ortaya çıkması ve dünyadaki birçok devletin erişiminde olması deniz harbine uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekliliğinin önemini göstermektedir.”¹⁹ Bu bağlamda Kılavuz, deniz harbinde savaş gemilerinin hasmı yanıltmaya yönelik hile uygulamaları konusunda tarihten gelen çok geniş bir serbestiye sahip olduğunu vurguladıktan sonra bu serbestinin günümüz teknolojilerine uygulanmasının sonucu olarak savaş gemilerinin ya da destek gemilerinin ticari gemiciliğe ait elektronik ve akustik karakteristikleri kendilerini saklamak için hukuka uygun bir şekilde kullanabileceğini belirtmektedir.²⁰

İşte bu yukarıda sayılan ve savaş gemileri ve destek gemilerinin askeri hedef olmayan sivil ve tarafsız gemilerden kendilerini fiziksel olarak ve/veya yanıltma tedbirleri kullanmamak suretiyle ayırma yükümlülüğünün bulunmadığı bu koşullarda, uzun menzilli gemi savar füzeleri aracılığıyla yürütülecek su üstü angajmanlarının, hedef ayırt etme ve saldırıda askeri hedef olmayan sivilleri koruyacak tedbirleri alma yükümlülüğü ile nasıl bağdaştırılacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim San Remo Kılavuzu, konu hakkındaki kuralın belirlenmesi esnasında uzmanlar arasında özellikle uzun menzilli gemi savar füzelerinin saldırıda ayırım gözetme ilkesine uyumluluğu sağlamak için sahip olması gerektiği

kin olandan çok da farklı değildir. Güdümlü gemi savar füzelerinin kullanımını yasaklayan ya da sınırlandıran bir antlaşma yoktur. Genel olarak bu füzelerin zarar verme mekanizması olarak kullandığı yüksek infilaklı harp başlıklarının gemi tipi hedefleri imha etmek için devletlerce tercih edilen yöntem olduğu görülmekte ve gereksiz acı ve aşırı yaralanma hususunda bir sorun teşkil etmediği kabul edilmektedir.” Boothby, s.295.

¹⁹ **San Remo Manual**, s.123.

²⁰ **San Remo Manual**, s.185. Sivil gemiler tarafından kullanılan radar, iletişim ve diğer elektronik ekipmanların kullanılması suretiyle hasımdan saklanmak; bu ekipmanları hasma yönelik bir saldırıyı başlatmadan hemen önce kapatmak koşuluyla hukuka uygun bir aldatma olacaktır. Bkz. von Heinegg, s.496.

düşünülen hedef takip (kilitlenme) ve kendi kendini imha etme sistemlerine ilişkin uzun tartışmaların yapıldığının altını çizmektedir.²¹ Bu tartışmalar neticesinde çok fazla bir detaya girmeden uzmanların su üstü füze harbine ilişkin olarak teamül kuralını yansıttığı konusunda hemfikir olduğu düzenleme kabaca, uzun menzilli füzelerin, her koşulda sivil ve askeri hedef ayrımı yapabilecek ve sadece askeri hedeflere yöneltilebilecek olmaları halinde hukuka uygun olarak kullanılabileceğidir.²² Uzmanların bu kuralın hayata geçirilişinde, haklı olarak hiçbir savaş aracının %100 kesinlikle hedefini vurmasının beklenemeyeceği, ne kadar gelişmiş teknoloji ile donatılırsa donatılsın güdümlü füzelerin de hedefini çeşitli sebeplerle ıskalayabileceği ve ıskalamanın ya da füzenin seçilen hedefi vurmasına rağmen doğurduğu etkiler neticesinde arızı zararlara sebep olabileceği ön kabulünden hareketle, gemi savar füzeleri aracılığıyla bir saldırı düzenleyecek komutanın hedeflemede ayırım gözetme ve özellikle de arızı zararları hesaba katmak suretiyle saldırıda alınacak tedbirlere özel önem vermesi gerektiğinin altını çizdiği dikkat çekmektedir.²³

Dolayısıyla gemi savar füzesiyle bir su üstü angajmanı yapacak komutanın saldırıyı planlarken, angajmanın somut şartlarında kullanacağı füzenin güdüm sisteminin ve diğer yardımcı sensör ve sistemlerinin füzenin yönlendirildiği hedefi ayırt edip kilitlenmesini sağlamadaki güvenilirliğini hesaba katması beklenmektedir. Prof. Robertson'un da ifade ettiği gibi, terminal safhada kendi güdüm sistemi aracılığıyla hedefini tespit edip buna kilitlenen gemi savar seyir füzelerinin aynı bölgede aynı anda bulunan meşru hedef ve meşru olmayan hedef arasında ayırım gözetme yetisi sınırlıdır. Bu tip silahların kullanımının hukuka uygunluğu, silahlı çatışmalar hukukunun genel kabul gören orantılılık ilkesine uygun olarak, meşru olmayan hedeflere verilmesi mümkün olan zarar riski ile askeri görevin başarılması için imha edilmesi hedeflenen meşru hedefin önemi arasında bir denge kurulmasına bağlıdır.²⁴

²¹ **San Remo Manual**, s.167.

²² **San Remo Manual**, s.167. “Temel olarak (San Remo Kılavuzu’nda formüle edilen) bu kural hedeflemeye ilişkin karadaki silahlı çatışmalar hukukunda uygulanan prensiplerin özetlenmiş olarak deniz harbinin yürütülmesine uygulanması halidir. Bu durum da olayların doğal akışında silahın sebep olacağının beklendiği yaralanma ve acılar ile silahın askeri hedef ve sivil objeler arasında ayırım yapabilmesine ilişkin olarak hedefleme ve silah hukukunun genel kurallarına uyması gerektiği anlamına gelmektedir.” Boothby, s.295.

²³ **San Remo Manual**, s.117 ve s.168.

²⁴ Horace Robertson Jr., “Modern Technology and the Law of Armed Conflict at Sea” in **The**

Bu da her olayda hangi güdüm sistemine sahip hangi füzenin hangi hedefe, ne kadar uzaklıktan atıldığıının ve füzenin güdüm sisteminin normal çalışması halinde hangi meşru hedef olamayacak gemilere kilitlenebileceğinin her somut olayda saldırı kararını veren komutan tarafından ayrı ayrı dikkate alınmasını gerektirmektedir.²⁵ Ancak gemi savar füze saldırısında alınacak tedbirlere ilişkin orantılılık hesabı burada bitmemektedir. Zira su üstü savaş gemilerinin gelişen elektronik harp imkân ve yetenekleri sebebiyle onları hedef alan gemi savar füzelerinin sadece güdüm sistemlerinin normal çalışması halinde hedef ayırt edebilme yeteneklerinin güvenilirliği değil aynı zamanda ve daha da önemli olarak elektronik karşı tedbirler altındaki güvenilirliğinin de dikkate alınması gerekecektir.²⁶

Prof. von Heinegg, modern gemi savar füzelerinin donatılmış oldukları teknolojiler ile denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun temel prensipleriyle uyumlu ve yüksek oranda ayırım gösterme yeteneğine sahip, genellikle hedeflerini pek ıskalamayan silahlar olduğunu vurgulamaktadır.²⁷

Ancak aşağıdaki satırlarda ortaya konulacağı gibi, ilk bakışta denizdeki silahlı çatışmalar hukuku kapsamında muhasamatın yürütülmesine ilişkin kurallara (ve bu bağlamda silah ve hedefleme hukuku ilkelerine) uyumlu olarak oldukça hassas ve hedefe vuruş kesinliği yüksek silahlar gibi görünen ileri teknoloji ürünü gemi savar füzelerinin gerçek muharebe ortamındaki performansları gerçekten de bunların en azından bazı taktik koşullarda kullanımının tam da bu temel kuralların gereklerini karşılamakta zorlandığını ortaya koymaktadır.

Pek de hassas olmayan hassas güdümlü füzelerin sürprizleri

Her ne kadar 1981-1988 yılları arasında yüzlerce meşru hedef olmayan sivil ve tarafsız ticaret gemisi gemi savar füze saldırılarının hedefi olmuşsa da,

Law of Naval Operations, Horace Robertson Jr. (ed.), U.S. Naval War College International Law Studies, 1991, Vol: 64, s.372.

²⁵ Busuttil, s.206-207.

²⁶ Busuttil, s.207. “Savaşan taraflar hasmın uyguladığı savunma tedbirleri nedeniyle saptırılan füzelerin neden olacağı istem dışı zararlardan sorumlu değildirler. Ancak somut olayın şartlarını dikkate alarak makul ve pratikte mümkün olan tüm tedbirleri almak ve saptırılması mümkün olan füze ile saldırıyı gerçekleştirmeden önce böyle bir durumda füzenin arz edeceği risk ve neden olabileceği etkileri hesaplamalıdır.” Busuttil, s.207.

²⁷ Von Heinegg, s.535.

gemi savar füzelerinin Tanker Savaşları'nda tarafsız ticari gemilere karşı kullanımının, tam olarak Prof. O'Connell'in ifade ettiği gibi bu füzelerin ayırım gözetmeden vuran silahlar olabileceği düşüncesini destekleyen bir olgu olarak değerlendirilmesi hatalı olacaktır. Zira burada saldırıları icra eden taraflar bilerek ve isteyerek füze saldırılarında zarar gören gemileri hedef almışlar ve fakat hedef aldıkları gemilerin meşru bir hedef olup olmadığını kontrol etmemişlerdir. Dolayısıyla Tanker Savaşları kapsamında gemi savar füzeleri ile icra edilen saldırılar karşılaşılan hukuki sorunlar füzelerin güdüm sistemlerinin hedef ayırt etme yeteneğinin yetersizliğinden kaynaklanmamaktadır. Tam aksine atılan gemi savar füzeleri, yöneltildikleri hedefleri vurmuşlar ve böylece belirli bir askeri hedefe yönlendirilebilmek suretiyle silahlı çatışmalar hukukunun ayırım gözetme ilkesine uygun olarak kullanılabilen savaş araçları olarak kabul edilmişlerdir.²⁸ En azından savunmasız (sivil) gemiler karşısında durum böyledir. Nitekim 1967-1992 yılları arasındaki veriler dikkate alınarak yapılan bir analiz, bir gemi savar füzesinin hedef aldığı savunmasız ticari gemiyi vurma olasılığını %91; kendini savunan askeri bir gemiyi vurma olasılığını ise %32 olarak saptamaktadır.²⁹ Askeri bir gemiye karşı gemi savar füzeleri ile icra edilen bir saldırıda atılan her üç füzedен ikisinin etkisiz kılınmasını sağlayan en temel unsurun ise gemi tarafından elektronik öz savunma tedbirlerinin (elektronik karşı tedbir - ECM) uygulanması olduğu değeri-

²⁸ “Şurası açıktır ki, güdüm sistemi ne olursa olsun gemi savar füzeleri belirli bir askeri hedefe yönlendirilebilir. Bu silahlar (sahip oldukları güdüm yöntemine göre, olası hedeflerin üzerine yönelmek amacıyla) bunların belirli enerji modellerinden yararlanmak üzere tasarlanmış olup, denizde gelişigüzel bir bombardıman aracı olarak kullanılacak sistemler değildir. Gerçekten de okyanusların büyüklüğü sebebiyle, bu pahalı silahlar envantere alınmalarını ve potansiyel kullanımlarını meşrulaştıracak şekilde hedefi vurma konusunda doğruluk ve hassasiyete sahip olmalıdırlar. Bir tarafın kendi gemilerini vurma riskini ortadan kaldırması gerekliliği de bu silahların belirli bir ayırım gözetme yeteneğini haiz olduğuna işaret etmektedir. Ayrıca gemi savar füzeleri güvenilir bir şekilde kullanıldıkları askeri amacı gerçekleştirme konusunda yeterli olmalıdır zira birçok donanma diğer silahlardan vazgeçip su üstü harbini yürütmek için saldırı silahı olarak neredeyse tamamen bu tip füzeleri kullanmaktadır.” Busuttil, s.192. Gemi savar füzelerinin denizde hareketi icra eden gemilerde oldukça sınırlı sayıda olduğu, su üstü angajmanlarını yürütmek için esas silah sistemleri olarak kabul edildikleri, bu veriler ışığında hedef seçimi ve seçilen hedefin vurulması konusunda yüksek yeteneğe sahip oldukça sofistike silahlar olmaları gerektiği; bunun savaşın temel prensiplerinden olan kuvvet tasarrufu ilkesinin doğal bir sonucu olduğu hakkında bkz. Horace Robertson, “New Technologies and Armed Conflict at Sea”, 14 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 1987-1988, s. 706.

²⁹ Hughes, s.275-276.

dirilmektedir.³⁰ Radar güdümlü gemi savar füzelerine karşı kullanılacak olan radar elektronik karşı tedbirleri (RECM) aktif ve pasif sistemler olarak iki ana başlık altında toplanmakta; aktif sistem füzenin terminal safhada kullandığı takip radarının kurduğu kilidi kırmak ve böylece füzenin hedefin üzerine doğru gitmesi için kullandığı güdüm bilgisini ortadan kaldırmayı hedeflerken pasif sistem de genellikle *chaff* bulutu aracılığıyla füzenin takip radarı için daha cazip hedef yaratılmasını amaçlamaktadır.³¹ Savaş gemilerinin gemi savar füzelerine karşı savunulmasında radar elektronik karşı tedbir sistemlerinin önemi 1973 yılındaki Arap- İsrail savaşında ortaya çıkmıştır. İsrail gemilerinin İtalyan Elletronica SpA tarafından geliştirilen elektronik karşı tedbir sistemleri, atılan 52 SS-N-2 Styx füzesinin takip radarını karıştırmayı başararak füze tehdidini bertaraf ederken³² İsrailliler Gabriel füzeleriyle Mısır ve Suriye filotillerine çok ağır bir darbe indirmiştir.³³ Böylece bir yandan taraflar arasında füze düellosu şeklinde vuku bulan ilk deniz savaşına tanıklık edilmiş olmakta, diğer yandan da gemi savar füzeleri ve gemilerin radar elektronik karşı tedbir sistemleri arasındaki sonu gelmeyen mücadelenin startı verilmiş olmaktadır.³⁴ İşte bu mücadelenin öngörülemeyen etkileridir ki 1980’li yıllardan itibaren

³⁰ Hughes, s.276. “Elektronik karşı tedbirlerin mevcut bulunmadığı koşullarda, güncel silah sistemlerinin öldürme olasılığı çok yüksektir ve bir muharebe ortamında yüksek bir yıpratma oranı (zayıat) yaratabilirler. De Martino, s.261.

³¹ De Martino, ss. 261-264 ve 290-291. *Chaff*, çok yüksek sayıda küçük, metalik ve kısa devre yapmaya ayarlanmış çift kutuplu antenden oluşan hacimsel bir radar gürültüsü şeklidir ve pasif elektronik karşı tedbir yöntemlerinden biri olarak sınıflandırılmaktadır. Çift kutuplu antenler, hedeflenen radar dalga boyunun yarısında, kullanılan metalin ağırlığından maksimum radar kesit alanı elde edecek büyüklükte kesilir. Bu antenler, hedef radarı karıştırmak ya da operasyonunu bozmak amacıyla bırakılır. Detaylar için bkz. De Martino, s.289-291 ve Luttwak, Koehl, s.112-113.

³² Enrico Cernushi, Vincent O’Hara, “The Aircraft Carrier Cavour, Doctrine and Sea Power in Italian Navy”, in **World Naval Review 2010**, Conrad Waters (ed.), Seaforth Publishing, 2009, s.128.

³³ Hughes, s.152.

³⁴ Bununla beraber deniz muharebelerinde elektronik karşı tedbirlerin önemi Birleşik Devletler tarafından bile geç anlaşılmıştır. İran-Irak Savaşı esnasında 17 Mayıs 1987 günü Basra Körfez’de seyreden Oliver Hazard Perry Sınıfı bir fırkateyn olan *USS Stark*’ın bir Irak Mirage F-1’i tarafından atılan 2 adet Exocet füzesi ile vurulması neticesinde Birleşik Devletler su üstü gemilerini donattığı elektronik harp sistemini (SLQ-32 (V) 2) geliştirmeyi ve yeteneklerini kapsamlı bir şekilde artırması gerektiğini fark etmiştir. Detaylar için bkz. Alfred Price, **War in the Fourth Dimension, US Electronic Warfare from the Vietnam War to the Present**, Greenhill Books, 2001 s.159-161.

doktrinin, gelişen teknolojilerin ışığında gemi savar füzelerinin denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun temel kuralları ile uyumluluğunu tekrar sorgulamasına yol açmaktadır ve dile getirilen şüphelerin yerindeliği, uygulamada karşılaşılan en azından bir örnekle de doğrulanmış gibi durmaktadır.

Birleşik Krallık ve Arjantin arasındaki Falklands/Malvinas Savaşı esnasında 25 Mayıs 1982’de Arjantin Hava Kuvvetlerine ait iki Super Étendard uçağından atılan birer Exocet füzesi, Falklands’ın doğusunda konuşlanan Kraliyet Donanması’nın çevresini koruyan gemilerden biri olan *HMS Ambuscade* fırkateynine kilitlenmişti. Elektronik karşı tedbir sistemi ile tehdidin varlığına varan gemi *chaff* bulutu atarak kendisine yönelen gemi savar füzelerini yanıltmayı başarmıştı ancak *chaff* bulutundan geçen füzelerin takip radarları kendilerine yeni bir hedef aramaya başlamış ve İngiliz filosu tarafından destek gemisi olarak kullanılan bir konteynır gemisi olan *SS Atlantic Conveyor*’a kilitlenip onu batırmıştı. *HMS Ambuscade* kendini korumayı başarmış ancak asli görevi olan formasyondaki gemileri koruma görevinde başarısız olmuştu.³⁵ Albay Hughes’ın da ifade ettiği gibi “olayı daha da ironik hale getiren Arjantinli pilotların asıl hedeflerinin İngiliz uçak gemisi *HMS Hermes* olmasıydı. Tüm modern sensör ve hassas güdümlü silahlara rağmen (belki de bu yüzden) 21. yüzyılda deniz savaşları karışıklık ve sürprizlerle dolu olmaya devam edecektir.”³⁶

Nitekim su üstü gemilerine karşı füzeler aracılığıyla yapılan angajmanların doğasında bulunan bu sürpriz ve karışıklık Prof. Robertson’ı uzun menzilli füzelerin, amaçlanan hedefle radar kilidini kaybetmeleri halinde anında yakındaki başka bir hedefe ayırım gözetmeden kilitlenmeleri sebebiyle bu füzelerin ayırım gözetme kuralına zarar veren silahlar olabileceği sonucuna götürürken;³⁷ Prof. O’Connell’ı da “hedefin, trafiğin yoğun olduğu deniz hatlarında olduğu ya da yakınlarında başka gemilerin bulunduğu koşullarda kendisine yönlendirilmiş füzeyi tarafsız ya da muharip olmayan bir gemiye saptırması olanağı varsa böyle bir saldırıdan kaçınmak için gereken özen gösterilmelidir”³⁸ yargısına ulaştırmış gibi gözükmektedir.

³⁵ Hughes, s.153.

³⁶ Hughes, s.153.

³⁷ Robertson, “New Technologies and Armed Conflict at Sea”, s.703.

³⁸ Daniel Patrick O’Connell, *The International Law of the Sea*, vol: II, Ivan Shearer (ed.), Oxford University Press, 1984, s.1131.

Artırılmış menzil ile gelen ayırım gözetme sorunu: Güzümlü füzeler için hedef teşhisi

Bununla birlikte gemi savar füzelerinin kısa sürede kendilerini su üstü harbinin yürütölmesindeki esas araç olarak kabul ettirmesi nedeniyle bu füzelere sahip olan devletler, hasmı onun silah sistemlerinin menziline girmeden daha uzak mesafelerden atış altına alabilmek amacıyla ve böylece de tarih boyunca birçok savaş araç ve yönteminin temelinde yatan, kendini korurken düşmanı yüksek bir risk altında bırakabilme anlayışına³⁹ uygun olarak bu silahların menzillerini artırma gayreti içinde olmuştur. Bu çabaların neticesinde daha önce de ifade edildiği gibi 1980’li yıllarda gemi savar füzelerinin seyir yeteneklerinin yanında menzillerinde de önemli bir artış söz konusu olmuş; bu füzeler 100 km ve üzerindeki menzilleri ile tam anlamıyla seyir füzesine dönüşmüşlerdir. Ancak artan menzille birlikte füzelerin yönlendirileceği hedeflerin tespit ve teşhisi sorunu ortaya çıkmıştır. Nitekim dünyanın yuvarlaklığı nedeniyle füzeyi taşıyan bir su üstü savaş gemisinin sahip olduğu hedef tespit radarlarının menzili sınırlı olmaktadır ve bu menzil radar ufku olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar radar ufku çeşitli faktörlere göre değişiklik gösterebilse de gemi savar seyir füzelerini, bunların menzil avantajından olabildiğince yararlanacak şekilde hasım su üstü savaş gemilerine yönlendirebilmek için ufuk ötesi hedefleme yeteneğine ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten de hedefin konumunun tam olarak tespit edilmediği ve fakat elektronik destek tedbirleri ile kabaca belirlenmiş olduğu durumlarda saldırılacak hasım su üstü savaş gemilerine doğru uzun menzillerde gemi savar füzelerinin ateşlenmesi, “ölü zaman” problemi nedeniyle pek makul bir yöntem değildir. Zira füzenin seyir süresi boyunca hedefin olduğu tahmin edilen bölgeye sivil ve tarafsız gemiler girebilir ve hedeflenmek istenen gemi füzenin terminal safhada çalıştıracağı hedef takip radarının sınırlı görüş alanından çıkabilir.⁴⁰ Dolayısıyla füze terminal safhaya geçip hedef takip radarını çalıştırıp bir hedefe kilitlenmek istediğinde karşısında vurulmak istenen gemi dışında ya da onunla birlikte meşru hedef teşkil etmeyen gemileri bulabilir. Bu durumda füzenin kendine hangi gemiyi hedef seçeceğini belirlenemediği oranda ayırım gözetmeyen bir saldırı yapılmış olacaktır.⁴¹ İşte bu noktada ufuk ötesi hedefleme (over the horizon targeting - OTH-T) kavramı önem kazanmaktadır. Gemi savar füzesi ile sal-

³⁹ Bleda Kurtarıcan, Özgür Mumcu, **Geleceğin Savaşları ve Silahları**, um:ag, 2014, s.135-136.

⁴⁰ Luttwak, Koehl, s.448.

⁴¹ Benzer yönde bkz. Busuttil, s.206.

dırı kararı alınırken hedef teşhis edilmeli ve füze bu meşru hedef olarak teşhis edilen gemiye yönlendirilmelidir. Oysa İran-Irak Savaşı'nda yaşananlar, yoğun gemi trafiğinin söz konusu olduğu ve tarafsız devlet gemilerinin çatışan tarafların sivil ve askeri gemileri ile iç içe geçtiği deniz alanlarında güdümlü gemi savar füzelerinin ufuk ötesi menzillerden hukuka uygun şekilde kullanılabilmesi için hedef teşhisinin en önemli unsur olduğuna delalet etmektedir.⁴²

Netice itibariyle uzun menzilli gemi savar füzelerinin sivil ve tarafsız gemi trafiğinin yoğun olduğu deniz alanlarında kullanımı, denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun, bu tip silahlı çatışmaların doğasından kaynaklanan zorlu koşullara göre oluşmuş temel kurallarına uyum açısından oldukça çetrefilli bir durum arz etmektedir. Söz konusu koşullarda gerek füze fırlatılışından önceki hedefleme, gerekse füzelerin terminal safhada hedeflenmiş olan gemiye kilitlenmesi aşamalarında saldırıda ayırım gözetme ilkesi ile tam olarak uyumlu hareket etmenin önünde ciddi engeller çıkmaktadır ve hassas güdümlü gemi savar füzelerin beklenildiği kadar hassas davranmadığı deneyimlenmiştir.

Bununla beraber yaklaşık 20 yıllık hızlı bir gelişimin akabinde gemi savar füzelerinin geliştirilmesi ve buna ilişkin sorunların incelenmesi Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile birlikte askıya alınmıştır. Soğuk Savaş sonrası ortaya çıkan çok yönlü asimetrik tehditler ve bu bağlamda özellikle uluslararası terörizmle mücadelenin doğası, konvansiyonel ve simetrik bir deniz savaşında hasmın su üstü güçlerine karşı kullanılmak üzere geliştirilen bu pahalı silahların kullanımına uygun değildi.⁴³ Dolayısıyla deniz stratejisi deniz alanlarının kontrol edilmesi olan ve buna yönelik deniz silahları geliştiren başat denizci devletler, yeni askeri teknolojilere yatırımlarını 21. yüzyılın başında terörizm ile mücadele kapsamında Irak ve Afganistan'da icra ettikleri kara harekâtlarının ortaya çıkardığı gereksinimlere göre yapmayı tercih etmişler; deniz kuvvetlerinin su üstü muharebelerine yönelik yeteneklerini geliştirmek yerine, bunların karada icra edilen harekâtlara sahil bölgelerinden sağlayacak-

⁴² Doktrinde bu yönde yapılan tespitlerin detaylı bir dökümü için bkz. Busuttil, s.201-203.

⁴³ 21. yüzyılın başı itibariyle gemiden gemiye yürütülen su üstü harbi çok büyük oranda 9000 tonluk ileri teknoloji ürünü bir destroyer ile deniz haydutlarına ait birkaç tonluk dhow ve skiff'ler arasındaki karşılaşmalara indirgenmişti. Aynı yönde bkz. Kyle Mizokami, "Bullseye: The 5 Most Deadly Anti-Ship Missiles of All Time", **The National Interest**, March 13, 2015 <http://nationalinterest.org/feature/bull%E2%80%99s-eye-the-5-most-deadly-anti-ship-missiles-all-time-12411>.

ları desteği artırmaya odaklanmışlardır. Ancak gemiden gemiye yürütülen su üstü harbini ve bunun temel aracı olan gemi savar seyir füzelerini geri plana iten bu kontekst 2010'lu yıllar ile birlikte değişecek gibi görünmektedir.

A2/AD stratejileri ve gemiden gemiye konvansiyonel su üstü savaşı tehdidinin gölgesi

Okyanuslar gerçekten de dünya üzerinde nükleer silahların bile kullanılabileceği kadar açık bir şekilde sivil askeri hedef ayrımının yapılabileceği tek yer olabilir.⁴⁴ Gerçekten de 2. Dünya Savaşı'nda Pasifik Okyanusu'nda cereyan eden, uçak gemileri ve onlarca su üstü savaş gemisinden mürekkep Amerikan ve Japon filoları arasında vuku bulan büyük deniz savaşları (1942 yılında yaşanan Mercan Denizi, Midway, Santa Cruz'dakiler gibi muharebeler)⁴⁵ gerek sivillerin yaşadığı adalardan, gerekse de sivil deniz trafiğinden izole konumları nedeniyle, günümüzde olsa karşı karşıya gelen iki “mavi su” donanmasının pekâlâ hukuka uygun bir şekilde taktik nükleer silah kullanabileceği muharebelere örnek teşkil etmektedir. Ancak 1967 yılından itibaren gemi savar füzelerinin kullanıldığı deniz angajmanları göstermiştir ki bu çatışmalar hep kıyıya yakın bölgelerde vuku bulmuştur. Bu bağlamda angajmanlar özellikle deniz trafiğinin yoğun olduğu bölgelerde ve veya bu trafiğin nihai erişim noktası olan limanlara yakın yerlerde yaşanmıştır.⁴⁶ Yakın gelecekte de bu trendin devam etmesi beklenmektedir.

Nitekim 21. yüzyılın ilk 15 yılı içinde özellikle Çin tarafından benimsendiği anlaşılan ve Amerikan doktrininde A2/AD (anti access/ area denial - erişimi engelleme /bölgeyi kapatma) olarak adlandırılan deniz stratejisi nedeniyle yakın gelecekte gerçekleşmesi ihtimal dahilinde bulunan denizdeki silahlı çatışmaların özellikle indo-pasifik gemicilik hatlarının en yoğun bölgelerinde vuku bulması söz konusu olacaktır.⁴⁷

⁴⁴ Robertson, “New Technologies and Armed Conflict at Sea” s.703.

⁴⁵ Grant, ss.312-315, 318.

⁴⁶ Hughes, s.3. Bunun tek istisnası Mayıs 1982'de *SS Atlantic Conveyor*'a Arjantinlilerce yapılan Exocet saldırısıdır. Hughes, s.3 dipnot.

⁴⁷ A2/AD stratejisi kabaca deniz kontrolü gücüne sahip olamayan bir devletin böyle bir güce sahip olan hasmına karşı uyguladığı, hasmın deniz alanını kendi amacına yönelik olarak kullanmasını engelleyerek, denizde bir *no man's land* yaratmaya yönelik denizi engelleme (sea denial) stratejisinin günümüz şartlarına adapte edilmiş halidir. Bu bağlamda iki temel unsurdan oluşmaktadır. 1) Erişimi engelleme 2) Bölgeyi kapatma. Erişimi engelleme genellikle uzun

Çin Halk Cumhuriyeti'nin günümüzde geçerli olan ve yakın gelecekte de geçerliliğini sürdüreceği düşünülen *offshore* savunma stratejisinin bizzat geliştiricisi olan Amiral Liu Huaqing tarafından “birinci ada zinciri” olarak

menzilli araç ve yeteneklerle operasyonel bir alana hasım güçlerin girmesini engellemeyi; bölge kapatma ise genellikle daha kısa menzilli araç ve yeteneklerle hasmı belirli bir operasyonel alanın dışında tutmayı değil ama bu alan içinde hareket özgürlüğünü sınırlamayı ifade etmektedir. Bu konsept özellikle asker işlerde devrim (RMA) ile birlikte buna göre şekillenen Birleşik Devletler silahlı kuvvetlerinin konvansiyonel bir savaşta mutlak üstünlüğe sahip olacağı; onu yenmenin tek yolunun silahlı kuvvetlerin operasyonel bölgeye kuvvet projeksiyonu yaparak kuvvet konsantrasyonu gerçekleştirmesini engellemek olduğu anlayışı üzerinde şekillenmektedir. Detaylar için bkz. Sam Tangredi, **Anti-Access Warfare, Countering A2/AD Strategies**, U.S. Naval Institute Press, 2013, s. 2, 24-36.

Çin resmi ya da yarı resmi olarak A2/AD ya da çevirisi bir şekilde bunu andıran bir konsepte atıf yapmamaktadır. Ancak bir yandan Halkın Kurtuluşu Ordusu'nun (Çin Silahlı Kuvvetleri) yetkilileri tarafından tavsiye edilen ve savunulan harekât konseptleri, diğer yandan da son 15 yılda envantere sokulan silahlar ve silah sistemleri zımnen bu minvalde bir stratejinin benimsendiğini ortaya koymaktadır. Tangredi, s.162-163.

Gerçekten de Çin'in 1990'lı yılların sonundan itibaren geliştirdiği gemi savar seyir füzeleri ve özellikle türünün tek örneği olan gemi savar balistik füze (uçak gemisi katili olarak adlandırılan DF-21D) ile bunların etkin kullanımını sağlamak üzere C4ISR (Command, Control, Communications, Computers, Intelligence, Surveillance & Reconnaissance) sistemleri aracılığıyla erişimi engelleme stratejisi benimsediği değerlendirilmektedir. bkz. **The People's Liberation Army Navy: A Modern Navy with Chinese Characteristics**, Office of Naval Intelligence, August 2009, s.26-28,

<http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA510041>

Aynı yönde bkz. Ryan Martinson, “Reality Check: China's Military Power Threatens America”, **The National Interest**, March 4, 2015,

<http://nationalinterest.org/blog/the-buzz/reality-check-chinas-military-power-threatens-america-12361>;

Harry Kazianis, “3 Chinese Weapons of War the U.S. Should Fear”, **The National Interest**, March 15, 2015,

<http://nationalinterest.org/feature/3-chinese-weapons-war-the-us-navy-should-fear-12419>.

Hâlihazırda yürürlükte olan ve Halkın Kurtuluşu Ordusu Deniz Kuvvetlerinin kuvvet yapısını ve envanterini şekillendiren aktif *off shore* savunma stratejisi, önceki kıyıya çok yakın deniz alanlarında gerilla harbi olarak tasvir edilebilecek sahil savunması stratejisinin aksine deniz kuvvetlerini ilk ada zinciri civarı ve ötesine gidebilecek kabiliyette bir “yeşil deniz” gücüne çevirmiştir. 2050 yılları civarında uygulamaya geçmesi planlanan yeni strateji deniz kuvvetlerini okyanuslar ve ötesinde görev yapabilecek bir “mavi deniz” gücüne dönüştürmeyi ön görmektedir. Dawei Xia, “China: The People's Liberation Army Navy”, in **World Naval Review 2010**, Conrad Waters (ed.), Seaforth Publishing, 2009, s.56-57.

tanımlanan, Japonya'nın Kyushu adalarının güneyinden, içine Sarı Deniz ve Doğu Çin Denizi'ni alacak şekilde başlayarak Ryushu adaların doğusunu takip ederek güney batıda Tayvan'a, oradan da güneye Filipinlere inerek egemenliği tartışmalı Spralty adalarını da kapsayacak biçimde Güney Çin Denizi'nin büyük bir bölümünü içine alan deniz alanlarının⁴⁸ dış sınırlarının, büyük bir deniz seddi olarak hasım deniz güçlerinin bu bölgelere girmesini/ erişimini engelleyecek bir bariyer olarak düşünüldüğü değerlendirilmektedir (bkz. harita 1).⁴⁹

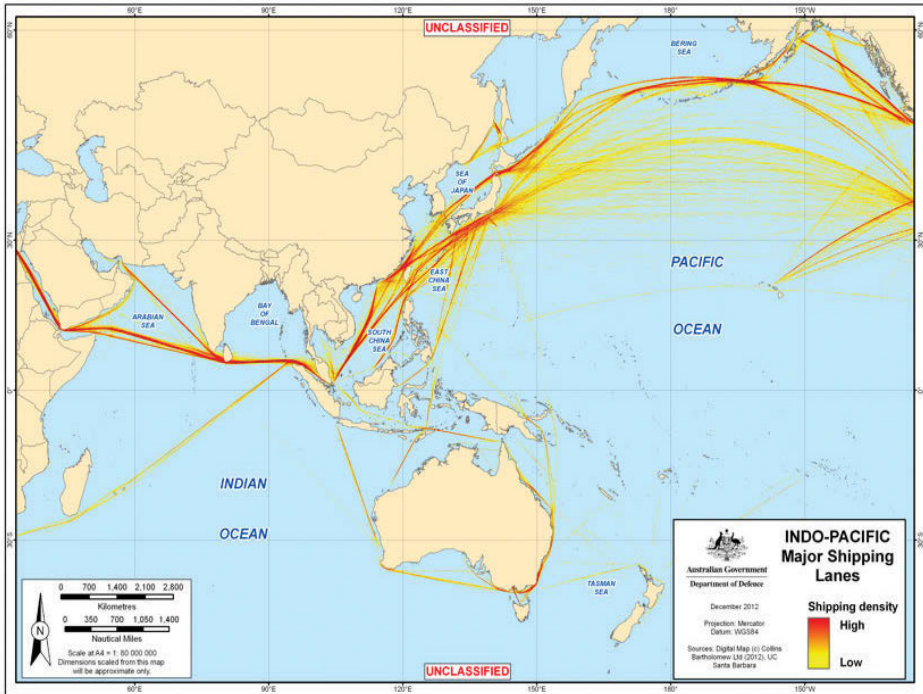


Harita 1

⁴⁸ The People's Liberation Army Navy: A Modern Navy with Chinese Characteristics, s.5-6.

⁴⁹ Tangredi, s.164.

Öyle gözükmetedir ki bu hatlar, bir kriz zamanında bölgeye müdahale etmek isteyecek başta Birleşik Devletler Donanması olmak üzere yabancı güçlerin karşılanacağı ve su üstü harbinin vuku bulacağı bölgeler olacak; Çin deniz kuvvetleri, geliştirmiş olduğu uzun menzilli seyir füzeleri ile yabancı gemileri bu noktada vurmak isteyecektir. Oysa belirlendiği biçimde çizilen deniz seddi, indo-pasifik denizcilik hatlarının en yoğun olduğu yerlerden geçmektedir (Malezya-Brunei-Filipinler arasındaki bölüm, Filipinler ve Tayvan arasındaki bölüm, Tayvan, Ryukyu ve Japon ana adaları arasındaki bölüm bkz. harita 2). Yabancı deniz güçlerinin Doğu Çin Denizi ve Güney Çin Denizi'ne erişimini engellemeye yönelik su üstü angajmanlarının deniz ulaşım hatlarının geçtiği bu dar bölgelerde hayata geçirilmesi, Çin'in son yıllarda geliştirdiği yaklaşık 200 km menzilli YJ-83 ve yaklaşık 300 km menzilli YJ-62 gemi savar seyir füzelerinin terminal safhadaki arayıcılarının önceden belirlenen hedefi tespit etmesi ve ona kilitlenebilmesi yeteneğinin çok üstün bir seviyede olmasını gerektirmektedir. Zira bu noktalarda bölgeye girmek isteyecek yabancı deniz kuvvetlerinin su üstü güçleri tarafsız ticari gemi trafiği ya da bölgesel balıkçılık faaliyetlerini yürüten tekneler ile iç içe geçmiş olabilecektir.



Harita 2

Yukarıda da ifade edildiği gibi deniz savaşlarının doğası kara savaşlarında olduğu gibi askeri hedefleri sivil objelerden olabildiğince ayrı tutmak yükümlülüğünün denizdeki silahlı çatışmalar hukuku kuralları arasında kabul edilmesini ve yerleşmesini engellemiştir.⁵⁰ Hasım tarafından tespit ve teşhis edilmeyi olabildiğince zorlaştırmak için bölgeye girmeye çalışan su üstü savaş gemileri elektronik emisyonlarını olabildiğince kısıtlayacak böylece Çin deniz kuvvetlerinin ufuk ötesi hedef tespit ve teşhisini olabildiğince zorlaştıracaklardır. Bunun sonucu olarak da hem gemiden gemiye füze saldırısının başında saldırılacak hedefin belirlenmesinde hem de füzenin terminal safhada belirlenmiş meşru askeri hedefe kilitlenip yönelmesi aşamasında, sivil ve tarafsız gemi trafiğini büyük tehlikeye atan sorunların yaşanması beklenmelidir. Bu sorunu daha da tehlikeli hale getiren ise, hareketli hedeflere karşı güdüm ve seyir sistemlerinin ne derecede başarılı olacağı bilinmeyen balistik gemi savar füzelerinin uçak gemisi muharebe güçlerine doğru fırlatılması durumudur. Hedef ayırt etme ve önceden belirlenmiş hedefe yönelme yetenekleri tartışmalı olan bu füzelerin tarafsız ve sivil gemi trafiğinin yoğun olduğu bahsi geçen bölgelerde kullanılması halini daha önce yaşanmış olan Tanker Savaşı tecrübesinden ayıracak ve daha trajik hale getirecek olan unsur ise şüphesiz Çin gemi savar seyir ya da balistik füzelerinin, öz savunma yetenekleri yüksek olan belirli askeri su üstü hedeflerini imha etmek ya da görev yapamaz hale getirmek için konvansiyonel bir deniz savaşının gereklerine uygun olarak kullanılacak olmasıdır. Bu tarz bir kullanım ise hedef alınan geminin elektronik ve kinetik öz savunma yeteneklerini açacak, bunlar tarafından baş edilemeyecek kadar yoğun ve kitlesel bir füze salvosu (*saturation attack*) taktiğinin uygulanması anlamına gelecektir.

Oysa yukarıdaki satırlarda da ortaya konulduğu gibi öz savunma yeteneklerini haiz ve bunları etkin bir şekilde kullanabilen bir gemiye karşı gemi savar füzelerinin hedefi vurma olasılığı %32'dir. Dolayısıyla bu tip bir su üstü hedefine yönelik atılan her üç füzeden sadece 1'i hedefi vurmakta diğer ikisi ise ya geminin öz savunma silahları (füze savar füze ve nokta savunma sistemleri) tarafından imha edilmekte ya da elektronik karşı tedbirler ile saptırıl-

⁵⁰ Bu bağlamda devletlerin koşullar izin verdikçe denizde sivil ve tarafsız gemilerin zarar görmesini olabildiğince engellemek için değişik adlar altında hukukiliği oldukça tartışmalı olan yasaklı bölgeler ihdas ettikleri görülmektedir. Bu yöndeki yorumlar için bkz. **San Remo Manual**, ss.167,181-183.

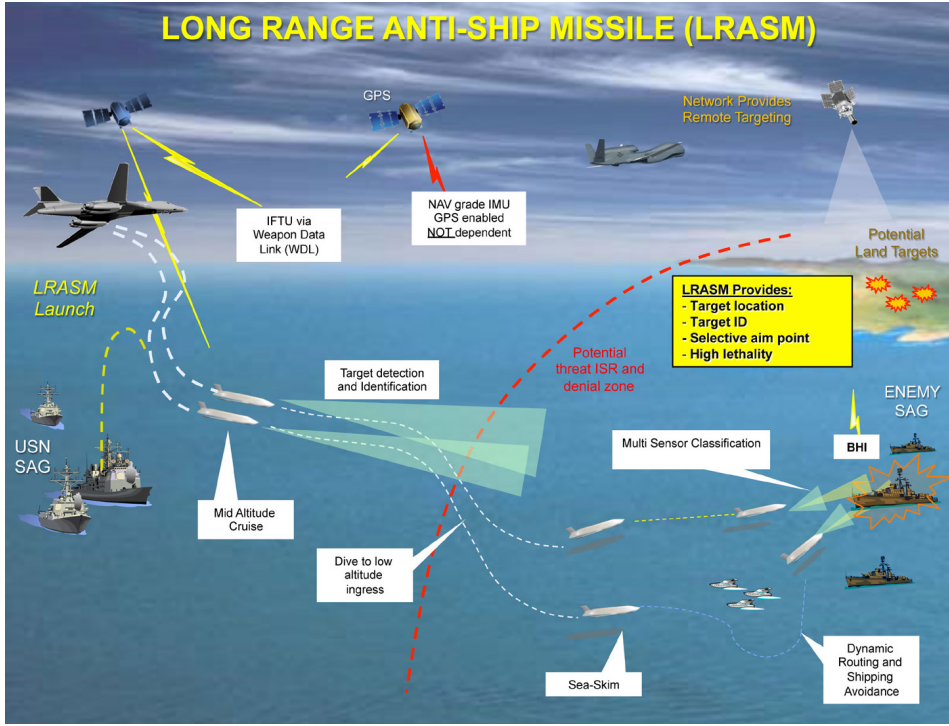
maktadır. Bunun sonucu olarak da günümüzün yüksek teknoloji ürünü gemi elektronik aktif ve pasif karşı tedbir yetenekleri dikkate alındığında, aynı derecede gelişmiş ve hassas bir tarayıcı başlığa ve elektronik karşı-karşı tedbir sistemine sahip olmayan gemi savar füzelerinin hedeflerine kilitlenmesi çok zor gözükmemekte; gemiler tarafından uygulanacak elektronik harp tedbirleri ile saptırılıp, ardılları gibi yakınlarda bulunan ve meşru hedef olmayan gemilere yönelme ihtimalleri yükselmektedir.

Bu bağlamda Birleşik Devletler'in, konvansiyonel su üstü harbi riskinin yeniden yükselmesine bağlı olarak, hızla gelişen teknolojiye paralel olarak evrimini sürdüren ve etkinliğini artıran su üstü gemilerinin hava savunma ve elektronik harp yeteneklerini alt edebilecek ve Soğuk Savaş döneminden miras kalan UGM-84 Harpoon güdümlü füzesinin yerini almak üzere uzun menzilli gemi savar seyir füzesi LRASM'ı geliştirmektedir.⁵¹ Yoğun elektronik karıştırma ortamında faaliyet göstereceği öngörüldüğünden füzenin olabildiğince otonom bir hedef tespit, teşhis ve terminal safhada angajman planlama yeteneğine sahip olacak şekilde geliştirildiği; bu anlayışın doğal sonucu olarak da hedef ayırımını en etkin şekilde yapabilecek çok modlu bir arayıcı başlığa ve sinyal işleme teknolojisi ile donatıldığı geliştirici firma tarafından özellikle vurgulanmaktadır.⁵²

Bununla beraber aynı özenin A2/AD stratejisini benimsemiş gözükken ve belirli deniz alanlarına dışarıdan erişimi engellemeyi amaçlayan su üstü harbi araçları geliştiren Çin tarafından gösterildiğini söylemek açık kaynaklardan elde edilen bilgilere dayanarak mümkün gözükmemektedir.

⁵¹ <http://www.defenseindustrydaily.com/lrasm-missiles-reaching-for-a-long-reach-punch-06752/>

⁵² <http://www.lockheedmartin.com/content/dam/lockheed/data/mfc/photo/lrasm/mfc-lrasm-pc.pdf>. LRASM'ın operasyon konsepti ve yetenekleri, üretici firma Lockheed Martin tarafından hazırlanan ve aşağıda şekil 1 olarak sunulan grafikte görülmektedir.



Şekil 1

Nitekim Birleşik Devletler Deniz Kuvvetleri'nin Deniz İstihbarat Bürosu'nun yayınladığı bir değerlendirme raporu, Çin'in gemi savar füzele-ri geliştirme programının esas amacının hasmın reaksiyon süresini azaltacak şekilde daha hızlı, daha uzun menzilli ve elektronik sistemleri daha iyileşti-rilmiş füzeler geliştirmek olmakla birlikte, tarayıcı başlıkların hassasiyetini artıracak (böylece daha iyi hedef ayırt etmeyi sağlayacak) milimetrik dalga radarların ve uyumlu sinyal işleme yeteneğinin artırılmasına yönelik çalışma-ların süreceğini öngörmekte;⁵³ dolayısıyla zımni olarak mevcut füzelerin ter-minal safhadaki hedef takip sensörlerinin hassasiyet ve güvenilirliğinin yeterli olarak kabul edilmediği olgusuna işaret etmektedir. Nitekim Çinli savunma sistemleri uzmanlarının değerlendirmelerinde de Çin Deniz Kuvvetleri'nin en modern destroyerleri olan, *Type 051B Luhai*, *Type 052B Luyang I*, *Type 51C Luzhou* tipi destroyerlerinde kullanılan YJ-83 (C 802) gemi savar seyir füze-sinin, öz savunma yetenekleri yüksek olan gemi ya da uçak gemisi muharebe

⁵³ The People's Liberation Army Navy: A Modern Navy with Chinese Characteristics, s. 27-28.

gruplarına karşı “ideal olandan daha az bir performans” sergilediklerini ifade etmeleri⁵⁴ de bu yöndeki tespitleri destekler gibi durmaktadır.

Gerçekten de 14 Temmuz 2006 tarihinde İsrail Donanması’nın Sa’ar 5 sınıfı korveti *INS Ahi-Hanit*’e karşı Hizbullah tarafından Lübnan sahilinde ateşlenen 2 adet C-802 tipi füzenin bir tanesinin hedef gemiyi kıçından vurması; ancak ikincinin ise bunu geçip yaklaşık 40 km uzaktaki Kamboçya bandıralı bir yük gemisini batırması, savaş gemileri üzerindeki sadece pasif elektronik harp tedbirlerinin bir ya da birkaçının (geminin *stealth* dizaynı ve *chaff* fırlatma sistemi) dahi bu füzelerin saptırılmasında/hedefi belirlemesinde hataya düşürmede ne denli işe yarayabileceğine ve saptırılan füzelerin sivil gemiler için ne denli tehlike yaratabileceğine işaret eder gibi durmaktadır.⁵⁵

Sonuç yerine

Bu durum bugüne kadar yaşanmış kısıtlı tecrübeden elde edilen sonuçlar ışığında değerlendirildiğinde, çeşitli sebeplerle Doğu ve Güney Çin Denizlerinde vuku bulacak Çin ve Birleşik Devletler (ve hatta Japonya ve bölgede Çin’in bazı deniz alanları üzerindeki yayılımcı politikası nedeniyle ona karşı Birleşik Devletler ile ittifak içinde davranabilecek diğer devlet donanmaları) arasındaki bir deniz muharebesinin, tarafsız devletlerin sivil gemiciliği için bugüne kadar görülmemiş yüksek bir risk anlamına geleceği açıktır. Bununla beraber, Çin’in bölgedeki bazı deniz alanlarına ilişkin yayılımcı politikaları nedeniyle Doğu ve Güney Çin Denizi’nde ortaya çıkma ihtimali yüksek olan

⁵⁴ Lyle Goldstein, “The Real Military Threat from China: Anti-Ship Cruise Missiles”, **The National Interest**, January 22, 2015,

<http://nationalinterest.org/feature/the-real-military-threat-china-anti-ship-cruise-missiles-12085>,

⁵⁵ İsrail Donanması tarafından geminin aktif savunma tedbirlerinin saldırı anında kapalı olduğu açıklaması dışında resmi bir açıklama yapılmaması neticesinde, geminin saldırı esnasında *chaff* atıp atmadığı; atıyorsa bunun füzeler üzerinde ne derecede etkili olduğu konusunda uzmanlar arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. Detaylar için bkz. Kirk Spencer, Trent Telenko, “An Analysis of the Hezbollah Anti-Ship Missile Strike: The Attack on INS Ahi-Hanit”, 25 July 2006, <http://israelbehindthenews.com/an-analysis-of-the-hezbollah-anti-ship-missile-strike-the-attack-on-ins-ahi-hanit/4892/>;

“Soldier killed, 3 missing after Navy Vessel hit off Beirut Coast”, 15 July 2006

<http://www.haaretz.com/news/soldier-killed-3-missing-after-navy-vessel-hit-off-beirut-coast-1.193112>.

bir deniz savaşı örneğinden hareket edilse de bu risk A2/AD stratejilerinin benimsendiği her şartta geçerli olacaktır.

Gemi savar füze harbi *prima facie* değerlendirildiğinden daha sorunsaldır. Yaklaşık 40 yıl boyunca gelişen teknolojiler ve bunların gerçek çatışma ortamında kullanımından elde edilen sınırlı sayıdaki tecrübe bu silahların gerçekte olduklarından daha yetenekli ve muhasamatın yürütülmesine ilişkin temel hukuk kurallarına riayet konusunda daha hassas silahlar olduğu izleniminin yerleşmesine sebep olmuştur. Oysa yüksek miktarda gemi trafiğinin mevcut olduğu deniz alanlarında uygulanacak bir erişimi engelleme stratejisinin beraberinde getireceği su üstü füze angajmanları, gemi savar füze harbinin yürütülmesine ilişkin olarak bir süredir göz ardı edilen sorunları tekrar gün yüzüne çıkarmaktadır.

Her ne kadar teknolojinin gelişmesiyle gemi savar seyir füzelerinin ufuk ötesi mesafelerden belirli bir hedefe yöneltme ve füzenin terminal safhada elektronik karşı tedbir ortamında dahi bu belirlenen hedefi seçip takip etme yetenekleri giderek artıyor olsa da, unutulmaması gereken husus aynı teknolojik gelişmelerin füzelere ya da hedefleyici sensörlere yönelik kullanılan elektronik karşı tedbir yeteneklerini de artırdığıdır. Sinyal işleme tekniğinin gelişmesi ile birlikte tehdide adapte olan aktif radar elektronik karşı tedbir sistemlerinin etkinliği artmakta; benzer şekilde olabildiğince gerçekçi sahte hedef yaratma imkânları da gelişmektedir. Böyle bir ortamda, devlet deniz kuvvetleri arasında bir muharebede yoğun füze saldırıları ile icra edileceği açık olan su üstü angajmanlarının yakınlarda bulunan meşru hedef olamayacak nitelikteki sivil gemiler üzerinde yaratacağı tehdit, bu tarz bir angajmanın deniz trafiğinin yoğun olduğu önemli deniz iletişim yolları (*SLOC*) ve bu yolların geçtiği boğulma noktalarının (*choke points*) yakınlarda/üzerinde olması halinde katlanarak artacaktır. Üstelik yeni nesil füzelerin artırılan tahrip başlığı gücü ve süpersonik hızları, bir kez hedeflerinden saptırıldığı ya da yanlış hedefe yönlendirildiği zaman bu füzeleri sahip oldukları yüksek kinetik enerjileri nedeniyle sivil ve tarafsız gemiler için daha da ölümcül hale getirecektir.

Denizdeki silahlı çatışmalarda uygulanacak kuralların savaş gemilerine hasmı yanıltmaya yönelik olarak saldırıdan hemen öncesine kadar sivil taklidi yapma imkânı tanıdığı, yeni savaş gemilerinin tespit edilmeyi zorlaştıran *stealth* bir dizayna sahip olduğu ve bunların hasım tarafından tespit ve teşhis edilmeyi zorlaştıracak radarlar (*Low Probability of Intercept Radars – LPI*)

kullanmaya başladıkları; böylece günümüzde su üstü harbinde meşru hedef ve sivil ayrımının yapılmasının daha da zorlaştığı göz önünde tutulduğunda;

- gerek erişimi engelleme stratejisini benimseyen, gerekse de bir deniz alanını operasyonel olarak kullanabilmek için bu benimsenen erişimi engelleme stratejisine karşı mücadele olacak deniz güçlerinin denizde muhasamatın yürütülmesine ilişkin mevcut hukuk kuralları ile füzele-
rin kabiliyetleri arasındaki uyumsuzluğun farkında olması;
- mevcut yeteneklerin en az arızı zarara yol açacak şekilde kullanılması-
nı sağlamak üzere su üstü angajmanları için uygun taktik ve konseptle-
rin geliştirilmesi ve bu bağlamda ileri teknoloji ortamında icra edilecek
konvansiyonel bir su üstü savaşına kapsamlı bir hazırlık yapılması;⁵⁶
- yeni gemi savar füzelerinin hedef ayırım yeteneklerinin olabildiğince
artırılması; özellikle terminal safhada çoklu sensör kullanımı ile belir-
lenen meşru hedefe yönelme imkanının artırılması

gerekmektedir.

Bunlar, denizdeki silahlı çatışmalar hukukunun temel prensibi olan ayırım gözetme ilkesi ve buna bağlı olarak saldırıda alınacak tedbirlere ilişkin kural-
lara uygun davranılarak icra edilecek ve gemi savar füzelerle yürütülecek bir
su üstü angajmanının *sine qua non* şartlarıdır.

⁵⁶ Gerçekten de doktrin gemi savar füzelerin hukuka uygun kullanımının ancak bu füzelerin performans karakteristik özelliklerini göz önünde bulunduran, çok dikkatlice hazırlanmış angajman kurallarına bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Busuttil, s.206, dipnot. 119.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- William Boothby, **Weapons and the Law of Armed Conflict**, Oxford University Press, 2009.
- James Busuttil, **Naval Weapons Systems and The Contemporary Law of War**, Clarendon Press Oxford, 1998.
- Geoffrey Corn, Victor Hansen *et al.*, **The Law of Armed Conflict, An Operational Approach**, Wolters Kluwer, 2012.
- Leslie Green, **The Contemporary Law of Armed Conflict**, 2nd Edition, Manchester University Press, 2000.
- R. G. Grant, **Battle at Sea, 3000 years of naval warfare**, Dorling Kindersley, 2008.
- Capt. Wayne Hughes, **Fleet Tactics and Coastal Combat**, 2nd Edition, U.S. Naval Institute Press, 2000.
- Bleda Kurtarcan, Özgür Mumcu, **Geleceğin Savaşları ve Silahları**, um:ag, 2014.
- Edward Luttwak, Stuart Koehl, **The Dictionary of Modern War**, Gramercy, 1991.
- Andrea De Martino, **Introduction to Modern EW Systems**, Artech House, 2012.
- Chris McNab, Hunter Keeter, **Tools of Violence, Guns, Tanks and Dirty Bombs**, Osprey Publishing, 2008.
- Daniel Patrick O’Connell, **The International Law of the Sea, vol: II**, Ivan Shearer (ed.), Oxford University Press, 1984.
- Alfred Price, **War in the Fourth Dimension, US Electronic Warfare from the Vietnam War to the Present**, Greenhill Books, 2001.
- Sam Tangredi, **Anti-Access Warfare, Countering A2/AD Strategies**, U.S. Naval Institute Press, 2013.
- San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea**, Louise Doswald-Beck (ed.), Cambridge University Press, 1995.

Makaleler ve kitap bölümleri

- Wolff Heintschel von Heinegg, “The Law of Armed Conflict at Sea” in **The Handbook of International Humanitarian Law**, 2nd Edition, Dieter Fleck (ed.), 2008.
- Enrico Cernushi, Vincent O’Hara, “The Aircraft Carrier Cavour, Doctrine and Sea Power in Italian Navy”, in **World Naval Review 2010**, Conrad Waters (ed.), Seaforth Publishing, 2009, ss.116-131.

Howard Levie, "Means and Methods of Combat at Sea", 14 **Syracuse J. Int'l L. & Com.** 1987-1988, ss.727-739.

Daniel Patrick O'Connell, "The Legality of Naval Cruise Missiles", **American Journal of International Law**, 1972, vol: 66.

Horace Robertson, "New Technologies and Armed Conflict at Sea", 14 **Syracuse J. Int'l L. & Com.**, 1987-1988, vol:14, ss.699-725.

Horace Robertson Jr., "Modern Technology and the Law of Armed Conflict at Sea" in **The Law of Naval Operations**, Horace Robertson Jr. (ed.), U.S. Naval War College International Law Studies, 1991, Vol: 64.

Dawei Xia, "China: The People's Liberation Army Navy", in **World Naval Review 2010**, Conrad Waters (ed.), Seaforth Publishing, 2009, ss. 56-65.

İnternet kaynakları

Lyle Goldstein, "The Real Military Threat from China: Anti-Ship Cruise Missiles", **The National Interest**, January 22, 2015,

<http://nationalinterest.org/feature/the-real-military-threat-china-anti-ship-cruise-missiles-12085>.

Harry Kazianis, "3 Chinese Weapons of War the U.S. Should Fear", **The National Interest**, March 15, 2015,

<http://nationalinterest.org/feature/3-chinese-weapons-war-the-us-navy-should-fear-12419>.

Ryan Martinson, "Reality Check: China's Military Power Threatens America", **The National Interest**, March 4, 2015,

<http://nationalinterest.org/blog/the-buzz/reality-check-chinas-military-power-threatens-america-12361>.

Kyle Mizokami, "Bullseye: The 5 Most Deadly Anti-Ship Missiles of All Time", **The National Interest**, March 13, 2015,

<http://nationalinterest.org/feature/bull%E2%80%99s-eye-the-5-most-deadly-anti-ship-missiles-all-time-12411>.

Kirk Spencer, Trent Telenko, "An Analysis of the Hezbollah Anti-Ship Missile Strike: The Attack on INS Ahi-Hanit", 25 July,2006, <http://israelbehindthenews.com/an-analysis-of-the-hezbollah-anti-ship-missile-strike-the-attack-on-ins-ahi-hanit/4892/>

“Soldier killed, 3 missing after Navy Vessel hit off Beirut Coast”, 15 July 2006,
<http://www.haaretz.com/news/soldier-killed-3-missing-after-navy-vessel-hit-off-beirut-coast-1.193112>.

The People’s Liberation Army Navy: A Modern Navy with Chinese Characteristics, Office of Naval Intelligence, August 2009,
<http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA510041>.

LRASM Missiles: Reaching for a Long Range Punch, Defence Industry Daily, Feb. 11, 2015, <http://www.defenseindustrydaily.com/lrasm-missiles-reaching-for-a-long-reach-punch-06752/>.

LRASM Offensive ASuW Weapon Capability <http://www.lockheedmartin.com/content/dam/lockheed/data/mfc/photo/lrasm/mfc-lrasm-pc.pdf>.

Harita 1 <https://www.stratfor.com/sample/analysis/japans-latest-military-exercise-sends-message-china>

Harita 2 http://www.defence.gov.au/whitepaper/2013/docs/WP_2013_web.pdf

Şekil 1 <http://www.lockheedmartin.com/content/dam/lockheed/data/mfc/photo/lrasm/mfc-lrasm-pc.pdf>

How Can Peace Negotiations Change Transitional Justice Process?

Beril ÖNDER*

Abstract: To achieve justice and peace, among in-conflict and post-conflict societies, where serious human rights violations have taken place, the choice of transitional justice measures and the way you apply them play a fundamental role. Especially the negotiations between conflict actors, in a country where conflict still goes on or has recently ended, are crucial to build a healthy process. The peace negotiations have a far-reaching potential to determine the future of a country in a better way by aiming to achieve the transitional justice's goals. On the other hand, during negotiation process, countries may choose to adopt some different transitional justice measures and mechanisms, considering their specific social, political, and economic dynamics. And to what extent a comprehensive transitional justice understanding affects the peace negotiation process, could also tell us whether there will be a long-term success in terms of establishing peace and justice. This article, first introduces the transitional justice goals, then focuses on the effects of state obligations under international law on peace talks and questions the impact of the participation of civil society on the peace negotiations, and at the end tries to determine, from a transitional justice perspective, the steps to be taken during peace negotiations.

Keywords: Transitional justice, peace negotiations, duty to prosecute, civil society, human rights

Bariş Müzakereleri Geçiş Adaleti Sürecini Nasıl Değıştirebilir?

Özet: Ciddi insan hakları ihlallerinin yaşanmış olduğu, çatışma halinde veya geçiş dönemindeki toplumlarda, geçiş dönemi adalet mekanizmalarının seçimi ve bunların uygulanma şekli adalet ve barışı sağlamak için çok önemli bir rol oynar. Özellikle, çatışmanın hala devam ettiği veya henüz sona erdiği ülkelerde, çatışmanın tarafları arasındaki müzakereler sağlıklı bir süreç oluşturmak için hayati önemdedir. Bariş görüşmeleri geçiş

* Strasbourg Üniversitesi, doktora öğrencisi. *I would like to thank Professor Paul van Zyl for his feedbacks.*

dönemi adaleti hedefleri gözetilerek gerçekleştirilirse, bir ülkenin geleceğini daha iyiye götürecek büyük bir potansiyel taşır. Öte yandan bu müzakere sürecinde farklı ülkeler, kendilerine özgü sosyal, politik ve ekonomik dinamiklerini göz önünde bulundurarak kendileri için farklı geçiş dönemi adaleti tedbirleri ve mekanizmalarını seçmeye karar verebilirler. İşte bu noktada, ne kadar kapsamlı bir geçiş dönemi adaleti anlayışının barış müzakerelerini etkilediğine bağlı olarak, o ülkede uzun vadeli olarak barış ve adaletin sağlayıp sağlanamayacağı da söylenebilir. Bu makale öncelikle geçiş dönemi adaleti hedeflerini ortaya koymakta, ardından devletlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarının ve sivil toplumun sürece katılımının barış görüşmeleri üzerindeki etkilerini incelemekte, son olarak ise geçiş dönemi adaleti perspektifinden bakıldığında barış görüşmeleri sürecinde atılması gereken adımların neler olduğunu tartışmaktadır.

Geçiş dönemi adaleti, barış müzakereleri, yargılama yükümlülüğü, sivil toplum, insan hakları

I. Introduction

To achieve justice and peace, among in-conflict and post-conflict societies, the choice of transitional justice measures and the way you apply them play a fundamental role. Especially the negotiations of conflict actors, in countries where the conflict still goes on or has recently ended, are crucial to build a healthy process. The peace talks have a far-reaching potential to determine the future of a country in a better way by aiming to achieve the transitional justice's goals. On the other hand, transitional justice itself also shapes the negotiation process. Countries may choose to adopt some different transitional justice measures and mechanisms, considering their specific social, political, and economic dynamics in a negotiation process. However, to what extent a comprehensive transitional justice understanding affects the peace negotiation process could also tell us whether there will be a long-term success in terms of establishing peace and justice.

This paper will focus on:

- I. What are the goals aimed to be achieved through transitional justice in general? What outcomes could be considered as optimal in a negotiation process in an in-conflict and post-conflict society?
- II. How do state obligations under international law affect peace talks? Are they undermining the peace process, or could they be considered

as useful tools to achieve justice and peace at the same time in domestic stage?

- III. How does the participation of civil society to the peace negotiations affect the transitional justice process? How could an agreement be widely acceptable beyond just the negotiators?
- IV. What are the steps needed to be taken in general to achieve peace and justice in a negotiation process?

II. What are the transitional justice goals aimed to be achieved through peace negotiations?

Transitional Justice: Definition, aims

“Transitional justice is a response to systematic or widespread violations of human rights. It seeks recognition for the victims and to promote possibilities for peace, reconciliation, and democracy. Transitional justice is not a special form of justice, but justice adapted to societies transforming themselves after a period of pervasive human rights abuse. In some cases, these transformations happen suddenly; in others, they may take place over many decades.

This approach emerged in late 1980s and early 1990s, mainly in response to political changes in Latin America and Eastern Europe and to demand in these regions for justice. At the time, human rights activists and others wanted to address the systematic abuses by former regimes but without endangering the political transformations that were underway. Since these changes were popularly called “transitions to democracy” people began calling this new multidisciplinary field “transitional justice”.¹

This definition elaborated by the ICTJ (International Center for Transitional Justice) has been increasingly adopted by scholars. In fact the emergence of official and quasi-judicial international documents on transitional justice also indicates a growing common sense about the notion’s general character and its currency.² The former UN Secretary General’s Report, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies” (October

¹ ICTJ, *What is Transitional Justice*, 2008.

² DE GREIFF, 2012, p. 31.

2004) is one of the most important of these documents. It is quite useful for the understanding of the notion of “transitional justice” in general, and it also offers a definition:

“...the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempt to come to terms with a legacy of large scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof.”³

Transitional justice involves a number of objectives such as prosecuting perpetrators, revealing the truth about past crimes, providing victims with reparation, reforming abusive institutions and promoting reconciliation⁴. Other objectives that a state may have in responding past abuses could be promoting national reconciliation, reducing conflict over the past, or highlighting the new government’s concern for human rights, and therefore gaining the favor of the international community.⁵ A variety of mechanisms or policies can be implemented to try to reach these objectives, as also stated in the 2004 UN Secretary General’s Report.⁶

According to Zalaquett, while choosing the right mechanisms and policies to adopt, two considerations must be balanced in transitional justice: the ethical principles that ought to be pursued, and actual political opportunities and constraints that ought to be taken into account. And he introduces the principles that should be followed

- a) *“A policy to deal with the past human rights abuses should have two overall objectives: Preventing the recurrence of such abuses and to the extent possible, repairing the damage they have caused.*

³ UNSC Secretary General, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies: Report of the Secretary-General”, 2004.

⁴ VAN ZYL, 2005, p.209.

⁵ HAYNER, 2001, p.11.

⁶ UNSC Secretary General, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies: Report of the Secretary-General”, 2004.

- b) *For a policy to be legitimate it must, first, be adopted with full cognizance of past human rights violations. Second, it must be adopted through a body of democratically elected representatives or by other means clearly reflecting the sovereign will of the nation.*
- c) *Within the terms just stated, nations have ample discretion concerning the content of policy. They may lean towards severity or clemency. But international law limits such sovereign discretion.”⁷*

Considering complex and changing situations in a particular state, it is essential to designate combinations of adequate transitional justice mechanisms instead of adopting a single measure to address past abuses.⁸ For instance, prosecutions may be seen as the most important method to pursue justice in societies in transition. However that depends on the desired goals of the transitional justice, and some of these goals can be best achieved through non-prosecution alternatives. The holistic approach that ICTJ and, increasingly, some other scholars and practitioners have adopted, concludes:

“...experience suggests that to be effective transitional justice should include several measures that complement one another. For no single measure is as effective on its own as when combined with the others. Without any truth-telling or reparation efforts, for example, punishing a small number of perpetrators can be viewed as a form of political revenge.”⁹

The holistic approach do not suggest “a particular mix of mechanisms that would prove most effective in achieving the goals of transitional justice”¹⁰ in general, so states, by taking into account their particular situations and vulnerabilities, may choose to adopt different policies which combine several measures.

However, it is actually hard to claim that states have a wide discretion concerning the content of the policy that they choose to address human rights abuses. Over the past 20 years, with the evolution of international law, we

⁷ ZALAQUETT, 1992, pp. 1425, 1430-1431.

⁸ OLSEN et al., 2010, p. 17.

⁹ ICTJ, *What is Transitional Justice*, 2008.

¹⁰ ZALAQUETT, 1992, p. 1425.

have several standards regarding state obligations in dealing with human rights abuses. International human rights bodies such as Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights, Human Rights Committee have played important roles in adopting more stringent standards regarding state obligations in terms of transitional justice, e.g. prohibitions regarding blanket amnesties.¹¹ Furthermore, “*the ratification of International Criminal Court (ICC) by over 100 countries which has both reinforced existing obligations and created new standards, by requiring each signatory to respond appropriately to human rights abuse or face action by the court.*”¹² UN Secretary General’s Report in 2004, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies” is also an important document setting standards in operational and normative terms.¹³

While, sometimes it is hard to comply with these standards, societies in conflict should benefit from the international community’s experience in dealing with the human rights abuse, and should follow a holistic approach to adopt multiple transitional justice mechanisms which will fit their particular situation.¹⁴

Importance of peace negotiations

In an in-conflict society where human rights atrocities are caused by governmental and non-governmental armed groups in the context or under the pretext of civil war, insurgency and counterinsurgency campaigns; and separatist, religious and other such interethnic or intercommunal violence, peace negotiations between the conflict actors can play an essential role to reach a just, comprehensive, and lasting peace in the society, if they are conducted successfully. The position of this paper is that such peace negotiations, need to reflect a broad transitional justice understanding from the very beginning. The negotiating agenda needs to refer to critical aspects of an adequate transitional agreement, such as accountability, truth revealing and reparation. There

¹¹ VAN ZYL, 2005, p.209; *see also* VAN ZYL, 2000 (On how Inter-American Court’s Velasquez Rodriguez case and Inter American Commission on Human Rights decisions adopted more stringent standards over the years)

¹² VAN ZYL, 2005, p. 209.

¹³ Id.

¹⁴ *See* OLSEN *et al.*, 2010, p.25; *see* ICTJ, *What is Transitional Justice*, 2008 for “holistic approach”.

needs to be an agreement between the parties on the necessity of adopting appropriate transitional justice measures, so that following the negotiation process a state can come to terms with its legacy of past abuses and achieve a sustainable peace.

Reaching a viable agreement on transitional justice in the peace negotiations is crucial for a sustainable peace. And for an agreement to be viable, there are several factors to take into account. Tackling the root causes of the conflict and deciding to adopt transitional justice mechanisms that fit particular situations of that country, without ignoring the political realities and economic resources are important. Furthermore, the agreement must be widely acceptable beyond the negotiators.¹⁵ Additionally, reaching an agreement that complies with the standards regarding state obligations in dealing with the human rights abuse is also important. Especially when we consider the fact that “*an agreement that only weakly addresses human rights and transitional justice risks the adverse judgment of domestic and international courts.*”¹⁶

III. Are state obligations under international law undermining peace negotiations?

Under international law, according to several international treaties states have a duty to prosecute perpetrators of past atrocities. And from a maximalist approach prosecutions are considered as the only effective remedy for victims of past human rights violations.¹⁷

- *“The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (CPPCG), International Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (ICAT) and customary international law establish countries’ responsibilities to provide legal remedy for abuses.*
- *The CPPCG explicitly states the duty of countries to enact domestic legislation to punish perpetrators of genocide and their responsibility to provide effective penalties for those found guilty*

¹⁵ International Crisis Group, *Transitional Justice and Colombia’s Peace Talks*, 2013.

¹⁶ VOELKEL Christian, CROW Anna, *The Five Challenges of Negotiating Transitional Justice in Colombia*, International Crisis Group, 2013.

¹⁷ See OLSEN et al., 2010; see ORENTLICHER, 1991; see also SCHARF 1996.

- *The ICAT compels countries to make all acts of torture offenses under their laws and requires state parties either to prosecute or to extradite alleged torturers.*
- *Also other international agreements that outlaw and punish hijacking, aircraft sabotage, taking hostages and terrorism all include explicit extradition or punishment provisions*
- *Legal interpretation of the ICCPR, ECHR, and ACHR also suggest that prosecutions and punishments are the only means of ensuring protection of the rights protected by the treaties.”¹⁸*

Furthermore, regional human rights bodies ECtHR and IACHR play a more effective role with their rulings stating criminal accountability is the only effective remedy for violations of the European and American Conventions.¹⁹

International Courts’ approach seriously oppose amnesties, particularly blanket amnesties, because they fail to meet obligations under international law. International law is increasingly clear that a blanket amnesty for crimes such as war crimes, crimes against humanity and genocide is impermissible.²⁰

Especially two cases of Inter-American Human Rights Court point out the incompatibility of amnesty laws with the American Convention. In 2001, in *Barrios Altos*, the Court stated that self-amnesty laws in Peru violated American Convention, because they “...obstructed the investigation... or the identification and punishment of those responsible...”.²¹ Moreover, the court took another step further in *Gelman* and found that even though an amnesty law was approved through the exercise of direct democracy (approved in a democratic regime and ratified or supported by the public) it would not legitimize automatically the law under International Law.²²

¹⁸ OLSEN et al., 2010, p. 17.

¹⁹ *Id.* p. 18.

²⁰ KRITZ, 2002.

²¹ Inter-American Court of Human Rights, *Barrios Altos v. Peru*, Seies C No. 75, 14 March 2001.

²² Inter-American Court Of Human Rights, *Gelman v. Uruguay*, Series C No. 221, 24 February 2011; *see also* ECHR, *Abdülşamet Yaman v. Turkey*, 2 November 2004, Application No. 32446/96, para. 55. and *Yeter v. Turkey*, Judgment of 13 January 2009, Application No. 33750/03, para. 70. (The ECHR states “... *an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing must not be time-barred and the granting of an amnesty or pardon should not be permissible*”).

In light of these decisions states have a pressing obligation to prosecute and punish the authors of the past serious human rights violations.²³ However this might not always be the best option for every society to establish peace and a successful transition. Alternative approaches could be deemed necessary such as it was in South Africa.

Critics of prosecutions as a transitional justice mechanism contend that the trials lack deterrent effect²⁴ and can lead more violence and instability. An approach which ignores the political realities and only focuses on norms and ideals by emphasizing “justice” side of transitional justice, cannot be successful according to those scholars. Amnesties, in fact can be necessary tools to protect transitions from authoritarian rule and violent conflict in most of the vulnerable situations. According to this “minimalist approach” which underscores the transition side, going too far or too fast in terms of holding perpetrators accountable will constitute a real danger for democratic transition. Because in a country where serious human rights violations took place recently, underestimating the persistent strength of antidemocratic forces, including the former security apparatus and its supporters (“spoilers”) would be a mistake. Amnesties, as strong tools being used in political bargains, will help to neutralize these spoilers and will make possible the transition to the rule of law and to a strong democracy.²⁵

Although the amnesties may be seen unjust from the victims’ perspective, they may be justified to end the conflict permanently and to prevent further grave social harms. Especially during negotiations in an in-conflict society, amnesties can play a very important role. For instance, granting amnesties to rebel armed groups by government could be useful or necessary so that they would lay down arms permanently. In Colombia, in terms of ongoing peace talks between government and FARC, this issue has been very problematic. Considering the recent judgments of IACHR, granting amnesties could constitute a violation of American Convention, whereas not granting amnesties could lengthen and even lead to the failure of the peace-talks.

²³ VAN ZYL, 2000, pp. 61-64.

²⁴ KOSKENNIEMI, 2002, 6,7-9, 1-35; *see also* BASSIOUNI, 1992, 14 (Author defends the deterrent effect of the punishment).

²⁵ OLSEN et al., 2010, p. 19.

As far as we have seen, critics of the obligation to prosecute and punish the perpetrators of serious human rights violations under international law, especially underscores that the political realities in an in-conflict country could necessitate the use of amnesties to end the conflict and to consolidate the peace. The opposition to the amnesties under international law is considered mainly as a justice seeking effort arising from a moral duty towards victims of human rights atrocities and it is claimed that this idealistic search of justice under international law jeopardizes the “peace” in that specific country.²⁶

On the other hand, this would be a deficient analysis, if the amnesties were considered only as helpful tools to end the conflict. In several cases, propositions of granting amnesty to perpetrators, confront with a really strong opposition, and ignoring this opposition could sometimes cause the recurrence of the human rights atrocities in that society. While perpetrators that are not prosecuted for their former acts could commit new crimes, victims and their acquaintances also might try to resort to the illegal violence to take revenge. For instance, within a year of Lomé accord, which provided a blanket amnesty for crimes committed by all parties during the war, Revolutionary United Front started committing new atrocities in Sierra Leone.²⁷ What we can observe here is that amnesties despite compromising on “justice” for the sake of “transition”, do not necessarily secure a peaceful “transition”.

However it is true that, the prohibition of amnesties under international law restricts maneuverability of a state. Especially in terms of peace negotiation between the conflicting parties, governments are deprived of a tool which has a potential to incentivize an armed opposition group to lay down arms. Furthermore, depending on the nature and the duration of the conflict, there are usually many perpetrators who commit serious human rights violations on behalf of state itself, and who would be prosecuted, if no amnesty were granted for them (officers, contra groups etc.). Thus, even a willing authority in charge who aims to establish peace and justice, could face a serious resistance coming from state institutions, especially from security apparatus, which can put the peace negotiations and the transition at risk, e.g. South Africa.

Nevertheless, the states, from the very beginning of the peace negotiations should still consider their duty to prosecute and punish all perpetrators.

²⁶ *Id.*

²⁷ KRITZ, 2002, p. 67.

Although it seems more difficult for a state to fulfill international obligations by prohibiting amnesties at first sight, today, international law itself could be a strong instrument for a government to justify its domestic policy in the eyes of its own people.

In fact, in recent years, there has been a pressing need for prosecution not only coming from outside but also from the victims, their relatives, human rights NGOs and activists in several countries. Increasingly, international law standards concerning, investigation, prosecution and punishment of serious human rights violations have become more demanding and respect to these standards by the State has also been demanded more by the victims, especially with the regional human rights courts binding decisions made important contributions. Individuals in the society have become more conscious about their states' obligations towards them under international human rights law. In fact, we even see that some countries who have been suffering serious human rights violations due to the conflicts, started having really high standards in their domestic legal system about investigation and prosecution of violations. Colombia was an example in that regard. However recently, on 14 June 2012, they had to pass constitutional reform measures including a standard according to which only the perpetrators of the most serious crimes must face justice.²⁸ This provision was adopted in the Legal Framework for Peace to facilitate negotiations with armed groups. This example shows us how duty to prosecute can endanger peace negotiations in conflict societies.

It could be still argued that a country's political constraints depending on the nature of the conflict and socio-economic conditions, may force that country to grant amnesties. However, today, a government, may convince more easily all parties, compared to the past, that it has no option other than prosecution and to punish the perpetrators of serious human rights violations, to comply with its international law obligations, in most of the cases. There is still a possibility to appease the opposing side, to have a successful transition to peace and democracy with this approach without neglecting the justice for the victims.

The steps taken in terms of prosecution, should be without any discrimination to any party though. During the peace negotiations government

²⁸ Human Rights Watch, *Colombia: Make Victim's Rights Central to Peace Talks*, 16 October 2012; International Crisis Group, *Transitional Justice and Colombia's Peace Talks*, 2013.

has to give that guaranty and should emphasize their international obligations, so that any party to the conflict won't be able to raise any strong objection concerning arbitrariness. In fact even an armed opposition group may agree with the government to end permanently a conflict and lay down arms without any granted amnesty because they also have to consider their legitimacy during the negotiation process, on domestic and international level. In fact they have to show that they have some reasonableness in their demands in general. For instance, several members of PKK (Kurdish Workers' Party), separatist Kurdish armed opposition group in Turkey, during the long-running armed conflict, were mistreated and tortured during their interrogation or imprisonment. And Turkey was condemned before the European Court of Human Rights (ECHR) in several cases where they or their families were the plaintiffs. Especially after 90s, Turkey was also condemned before ECHR in many cases where its Kurdish citizens, civilians, who were mistreated by police or military with the allegations of supporting or aiding PKK, were plaintiffs.²⁹ Considering that an awareness has been formed on human rights to some extent, with also the help of European Court of Human Rights decisions, it would not be so easy for PKK, and Kurdish people who have sympathy for this armed opposition group, to ignore completely the role of the ECHR. Therefore it might be argued that PKK could compromise more easily, in terms of being prosecuted in serious violation of human rights, considering also that the ECHR probably would not accept any blanket amnesty that Turkey could grant to perpetrators, including members of PKK who are responsible from gross violation of human rights.

On the other hand, during the peace negotiations, despite emerging importance of complying the international standards, it is possible that a party in the conflict, insists on being granted amnesty and that it introduces this as one of the priorities in peace talks. For instance, in Colombia peace talks, "the FARC, the larger of two guerrilla groups, with some 8,000 troops, repeatedly had stated that an agreement cannot include prison time for any of its leaders."³⁰ Then the question is whether it is possible to reach an agreement between FARC and Colombian government without infringing Colombia's obligations under international law, and also its domestic law. It should be considered that any agreement which weakly addresses human rights and transitional justice

²⁹ See REIDY *et al.*, 1997, pp. 161-173.

³⁰ ACOSTA Nelson, *Colombian Peace Talks Stall, Tension Mounts*, Reuters, 13 October 2013.

risks the adverse judgment of domestic and international courts.³¹ It was being discussed that an amnesty for FARC's political crimes could be granted, that plea bargaining could be also considered with a minimum amount of punishment for specific crimes (e.g. crime against humanity, war crimes).³²

Meanwhile, very recently, Colombia government and FARC rebels have declared that an agreement was signed between them on reparations and justice for victims of the country's civil war. This partial agreement, a product of official peace negotiations that have been going on more than three years, deals with four key issues: victims' rights, land rights, the political participation of rebels, and how to deal with the problem of drug dealing. The parties have yet to agree on how the rebels will disarm once a final agreement is signed.³³ However this is already a really important step in terms of transitional justice in the country, as the agreement foresees creation of a truth commission to reveal the violations of rights, creation of a unit dedicated to search for those who disappeared as a result of the armed conflict and right to compensation for victims of the conflict. In addition to those, special tribunals will be created to try those suspected of having committed conflict-related crimes. According to the details revealed by the parties concerning the agreement, *"while attempting to offer as much amnesty as possible, the courts would reduce sentences for those who admit guilt and exclude from amnesty those responsible for war crimes or crimes against humanity."*³⁴ For instance *"former rebels and soldiers who confess to crimes committed during the conflict will receive 5-year to 8-year sentences of supervised "restrictions of liberty," which would involve surveillance and monitoring but not jail."*³⁵

³¹ VOELKEL Christian, CROW Anna, *The Five Challenges of Negotiating Transitional Justice in Colombia*, International Crisis Group, 2013.

³² However, being cautious about the proportionality between the punishment and the crime is considered to be necessary according to the ECHR in *YETER v. TURKEY*, 2009, para 69 states: *"light punishment imposed on the superintendent, demonstrated a serious disproportion between the gravity of the offence in question and the punishment imposed"*. This might be also taken into account before the Inter-American Court of Human Rights.

³³ BBC News, *Colombia President Hails FARC War Victims Reparation Deal*, 16 December 2015.

³⁴ ACOSTA Nelson, HAMRE Jaime, *Colombia Government, Rebels Agree on War Victims*, Reuters, 15 December 2015.

³⁵ *Id.*

However, we must also keep in mind that, any final, comprehensive deal has to be approved in a referendum by Colombian voters. Doubts over the terms of punishment could cause many Colombian voters not to back the peace agreement too.

Colombia could also face with problems before the Inter-American Court of Human Rights concerning its duty to prosecute concerning the amnesties although it won't be a blanket one. Furthermore, as Colombia is a party to Rome Statute of the ICC, the other relevant question for the negotiation process between Colombia and FARC is:

[W]ill a negotiated peace agreement that involves shortened or suspended criminal sentences, even for those most responsible, be a cause for the ICC to intervene under the principle of complementarity? Or does the duty to investigate and prosecute under the Rome Statute not necessarily include the imposition of a prison sentence – if the investigations are part of a holistic transitional justice strategy that entails attributing accountability for international crimes as well as other measures aimed at restoring the rule of law (such as reparations, truth telling, restitution, etc)? While the ICC has proven to accept shortened or alternative punishment in the framework of a broad transitional justice strategy (e.g. the JPL³⁶-proceedings, which involves a 5-8 year prison term also for crimes under ICC jurisdiction), it is unlikely to accept an agreement that amounts to blanket amnesties for those most responsible.³⁷

Some instruments such as alternative and suspended sentences are being said to leave room for a deal promoting both justice and peace.³⁸ However if the nature of the punishment related to serious violations of human rights

³⁶ In Colombia, international crimes can be tried under the ordinary national jurisdiction as well as a limited number of cases under the Justice and Peace Law of 2005 (JPL). The Colombian government claims it is turning to transitional justice and with the Justice and Peace Law, creating accountability and providing reparations for victims.

³⁷ *The ICC Preliminary Examination in Colombia: A Mechanism to Support or Overthrow the Peace Negotiations Between the Government and FARC?*, Cambridge Journal of International and Comparative Law website, 13 June 2013; ICC Press Release, *ICC Office of the Prosecutor concludes visit to Colombia*, 19 April 2013.

³⁸ International Crisis Group, *Transitional Justice and Colombia's Peace Talks*, Latin America Report No.49, 29 August 2013, p.18.

is changed, then this could still be considered as a “sophisticated way of impunity”. e.g. community service instead of jail time.

We can conclude that there are still several problematic issues concerning the possible Colombian peace agreement, especially concerning the prosecution and punishment of all perpetrators. However the latest news concerning the partial agreement between the government and the FARC also indicate that Colombia has a real chance to end five decades of armed conflict at last, by achieving some goals of transitional justice, such as reparation for victims, revealing the truth for the past crimes, and promoting reconciliation.

What we can observe is that the pressing state obligations with regard to dealing with the past atrocities under international law, especially the ones concerning the duty to prosecute, may put the peace negotiation process in danger. In that case, instead of letting peace negotiation fail, the best solution would be trying to reconcile justice and peace with different alternatives considering both duties of the state under international law and the demands of the participants to the negotiation process.

IV. Participation of Civil Society to the Peace Negotiations

There is a high risk for post-conflict societies to return to conflict in the short-term. Therefore, it is significantly important to conclude a peace agreement that is acceptable by a broad range of actors. Such a peace agreement will increase the chance of success of the transitional justice regime that will be implemented. A participatory approach from the very beginning of the peace process, that can also have a real impact in terms of shaping a negotiated peace agreement, would be more helpful for a long-term post-conflict justice.

Debate over transitional justice has been most commonly focusing on the model of appropriate transitional justice measures. In fact, the level at which transitional justice measures should be adopted is also important issue and there is a growing debate about the relevance of global, national and local level efforts.³⁹ Especially ‘local ownership’ and ‘participatory approach’ concepts seem to be gaining more recognition within the international community.⁴⁰ The importance of a “meaningful participation of Government,

³⁹ LUNDY, MCGOVERN, 2008, p. 106; *see* BETTS, 2005.

⁴⁰ LUNDY, MCGOVERN, 2008, p. 106; *see* CHINKIN, EGM/PEACE/2003/BP.1, 31 October 2003.

civil society and key national constituencies to determine the course of transitional justice and restoration of the rule of law”⁴¹ is recognized broadly, on paper at least. However, it is really hard to claim that this approach finds a real and comprehensive application in practice in post-conflict societies. Although we have some examples where we can especially see the impact of the national and local civil society organizations could have in a transitional justice process, there is still much to be done in theory and in practice. And this section of the paper will focus on how civil society participation can play a positive role in transitional justice, particularly during peace negotiations between the two opposing sides.

Civil society can play an important role in public deliberation which should be considered extremely important for transitional justice. Prioritizing the goals, choosing the appropriate transitional justice measures to adopt for that society, by participation of the civil society would be more likely to give better results. Adopting the basic policies on which consensus is achieved, can more easily create long lasting solutions. On the other hand, in cases of disagreement on other issues, further public discussion can be generated. In both cases, the participation of the civil society to the process will contribute to the democratic legitimation of the peace process and transitional justice.⁴²

Although the very concept of civil society is the subject of intense debate, the United Nations Development Programme (UNDP) defines it as: “The group of voluntary associations that are not part of the state but hold some form of social power: political parties, citizens’ movements, communications media, the private sector, guilds, trade unions, churches and NGOs are in general considered part of said society.”⁴³

Considering the fact that peace negotiations between the two opposing sides are particularly important occasions for public deliberation, the participation of civil society to the negotiation process should be considered

⁴¹ Report of the UN Secretary General, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies” 21, 2004.

⁴² CROCKER, 2001, p.284.

⁴³ ZAMBRANO Liliana, ISA Felipe Gomez, *Participation of Civil Society in the Colombian Peace Process*, NOREF Norwegian Peacebuilding Resource Centre, July 2013.

crucial. One of the most important issue that peace agreements deal with is how to treat past human rights violations once peace is achieved.⁴⁴ At this point, civil society can really contribute to this discussion by stepping in.

Negotiating a peace agreement to end a conflict, without referring to any plan how to deal with past atrocities, will not be really helpful in terms of a long-lasting peace process and the reestablishment of rule of law in that state. On the other hand, a peace agreement that refers to how to deal with the past atrocities should be acceptable by a broad range of actors, and to agree on the transitional justice mechanisms and measures that will be adopted to deal with the past human rights violations is always a delicate issue. For instance, while usually the parties to the conflict are unwilling or extremely cautious about agreeing on a plan that can hold their proponents broadly responsible of the human rights violations, the victims and their families are eager to see that the peace agreement is convincing and promising in terms of achieving justice broadly.

Civil society participation can play a crucial role to (1) initiate the negotiations of a peace and transitional justice process, (2) force parties in the conflict to agree on adopting comprehensive transitional justice measures, (3) monitor and evaluate the government's steps and the realization of the provisions of the peace agreement. We will focus on the first two of these functions, as they are closely related to peace negotiations process and its effects on transitional justice process.

Civil society, in some cases can play a role of "national engine" enabling peace talks. For instance, during the peace negotiations between Guatemalan government and the 20-year-old guerilla movement, the Guatemalan National Revolutionary Union (URNG), the civil society not only played a strong role, but also initially brokered the negotiation.⁴⁵ The Catholic Church stimulated public opinion in favor of a national dialogue which also led government-formed National Reconciliation Commission (CNR) to convene a Grand National Dialogue in 1989, with participation of 47 civil organizations which discussed substantive issues related to the conflict in 15 working commissions. That increased the expectations that wider society should be involved in the negotiations. Civil society also contributed to the recognition of URNG as a

⁴⁴ CROCKER, 2001, p.283.

⁴⁵ CROCKER, 2001, p.283-284.

legitimate party to the negotiations. In 1994, during bilateral talks between the government and the URNG, mediated by the UN, the parties agreed to create a Civil Society Assembly (ASC) involving the diverse sectors⁴⁶ of organized society to discuss the substantive issues on the negotiation agenda and provide recommendations to the negotiators.⁴⁷ Six substantive and five operative accords mapping steps for ending the conflict and including guarantees of reforms to address some of the underlying social and structural issues were concluded by the negotiators, by the end of the 1996. These agreements were under the topics of human rights, a truth commission, the resettlement of refugees and displaced people, the identity and rights of indigenous peoples, the socio-economic and the agrarian situation, strengthening civilian power and the role of armed forces, and reform of the Constitution and electoral system.⁴⁸ This comprehensive peace settlement also set forth the establishment of the Commission for Historical Clarification (CEH)⁴⁹, an important transitional justice mechanism with the mission of clarifying the human rights violations and acts of violence committed during the armed confrontation that affected Guatemala for 35 years.⁵⁰ The Guatemala example shows us how civil society could enable peace talks from the very beginning, which could shape the transitional justice process in a country.

⁴⁶ Political parties, religious groups, Matepec (Trade Unions and popular organisations), Atlixco (academic, small business cooperatives), COPMAGUA (Mayan organisations), women's organizations, development NGOs, Research Centres, Human Rights groups, media organisations were included into the ASC structure. For more detail see ALVAREZ, 2002.

⁴⁷ ALVAREZ Enrique, PRADO Tania Palencia, 2002, 40-41 (2002).

⁴⁸ Idem p. 42; See *Agreement On A Firm And Lasting Peace*, 29 Dec. 1996.

⁴⁹ The Oslo agreement stated first that the CEH would start its work on the day of the conclusion of the Agreement for a Firm and Lasting Peace, and that the CEH would have a period of six months from that date at its disposal, with an option to extend its mandate once for another six months. CEH handed over the report containing its findings and recommendations to the Government of Guatemala, to the former guerilla organization URNG and to a representative of the Secretary General of the UN.

See *Guatemala Memory Of Silence*, Report of the Commission for Historical Clarification Conclusions and Recommendations, 25 February 1999 (According to the report's findings, 93 percent of the human rights violations and acts of violence are attributable to actions by the state, while 3 percent can be attributed to the guerillas.)

⁵⁰ See also *Agreement On The Establishment Of The Commission To Clarify Past Human Rights Violations and Acts Of Violence That Have Caused The Guatemalan Population To Suffer*, 23 June 1994; See also TOMUSCHAT, 2001.

Other than initiating peace talks, civil society can have an impact on the content of peace agreements, and therefore help to implement a more comprehensive transitional justice process. Furthermore, involvement of the civil society empowers legitimacy of the negotiations in general. Once actively involved in the negotiation process, various sectors of organized civil society can make a difference by pushing peace negotiators to tackle with the root causes and to adopt remedies. ASC's role in the Guatemalan negotiation process is a good example in that regard. ASC, as a model of civil society, was composed of representatives from different groups such as grassroots nongovernmental organizations, political parties, universities, and small and medium business associations.⁵¹ Many of proposals of ASC were included in the official peace accords.⁵²

Another meaningful example where civil society groups did have an impact in peace negotiations, in terms of a more comprehensive transitional justice process is the Liberian conflict. During the peace negotiations, at the Accra talks of 2003, civil society groups played an important role in getting the issue of transitional justice on the agenda. Although the demand for the establishment of a war crimes tribunal was refused, the parties agreed on establishing a Truth and Reconciliation Commission (TRC) in the Comprehensive Peace Agreement (CPA) "with the view that its work would contribute to spreading the truth about what transpired during the conflict and gaining further insight into the root causes of the conflict". This was an important step, especially considering the fact that prior to the CPA in Accra, justice for human rights abuses was not addressed beyond granting amnesties for perpetrators of crimes, and the country returned to war in 1999, just two years after the elections of July 1997.⁵³ Moreover, at the Accra talks of 2003 women's groups were actively involved in the peace negotiations.⁵⁴ This should be also considered as an important issue, considering the statement of The Women Building Peace Campaign, which is made up of women and women's organizations from all over the world:

⁵¹ CROCKER, 2001, p.283.

⁵² ALVAREZ, p.52.

⁵³ JAYE, 2009, pp. 4-5.

⁵⁴ *Id.* p. 10.; see also Georgetown University Berkley Centre for Religion, Peace, and World Affairs, *Ending Liberia's Second Civil War: Religious Women as Peacemakers*, Religion and Conflict Study Case Study Series, August 2013, pp 1-11.

“the perception of women as victims during violent conflict and war obscures their role as peacemakers in reconstruction and peace building process (...) Women are persistently excluded from decision making processes in spite of their central role in initiating dialogue and reconciliation at the grassroots level; and their exclusion results in a peace which fails to address sufficiently key issues such as demobilization and rehabilitation of women and girl soldiers, the continued violence against women refugees and the lack of redress for the human rights violations and abuses women suffer.”⁵⁵

On the other hand, in South Africa, although first initiated by the church initiative and the Consultative Business Movement, a group of progressive business leaders from a number of large corporations, National Peace Accord (NPA) was negotiated by South African political parties with the aim of preventing violence. A preparatory committee, formed of ANC, IFP and NP nominated members along with the non-partisan members, was appointed to consider the issues and to establish working groups to draft proposals. The preparatory committee formed five working groups to address five topics: (1) code of conduct for political parties; (2) code of conduct for security forces; (3) socio-economic development; (4) implementation and monitoring; and (5) process, secretariat and media. Following deliberations and negotiations the committee decided to hold a high profile National Peace Convention on 14 September 1991, which brought together the senior political leadership along with the representatives from other political parties, leaders of the independent homeland territories, traditional leaders, churches, trade unions, business groupings, the media and the diplomatic corps. The text of the final drafts of the Convention formed NPA, which was signed by 27 political, trade union and government leaders afterwards.⁵⁶ Although the negotiations led

⁵⁵ *Women Building Peace: From the Village Council to the Negotiation Table*, International Alert Campaign Brochure, June 2000; See also Charlotte Lindsey, *Women Facing War*, ICRC study on the impact of armed conflict on women, pp. 27-28.

⁵⁶ SPIES, 2002, p. 22. However some significant stakeholders with more radical views did not agree to sign NPA. The PAC and the Azanian People's Organization (AZAPO) did not sign because they did not want to be a part of a structure that included government (they were supporting the spirit and objectives of the accord though). Conservative Party (CP), the right wing Afrikaner Resistance Movement (AWB) and Herstigte Nasionale Party did not attend or sign. Three of the homeland governments also refused to sign.

to a peace agreement were crucial for preventing violence and this was an important first step for transitional justice process of South Africa, NPA⁵⁷ did not set forth the establishment of any transitional justice mechanism dealing with the past abuses. It must be further noted that:

*“It is often mistakenly imagined that the establishment of the TRC was a direct result of South Africa’s negotiated settlement. This was not the case. What the parties agreed to in the negotiations prior to the 1994 elections was that ‘amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past’. They did not agree on the mechanism that should be employed to achieve this end. The epilogue to the interim constitution of 1993 mandated the parliament elected in April 1994 to determine how the clause on amnesty should be implemented.”*⁵⁸

On the role of NPA and its negotiation process, Spies states:

*“It created an unprecedented country-wide network of structures to implement the agreement by addressing the behavior of political parties and security forces, issues related to justice and conflict management through participatory processes of localized mediation and monitoring coordinated at the regional and national level. Although aimed at ending the violence, its principles and structures provided an important safety net for national negotiations. Later, politicians knew that even when they walked out of the constitutional negotiations, they retained their common commitment as signatories to the NPA, which provided a mechanism for channels of communication to remain open.”*⁵⁹

Although in South Africa example, negotiation process before the NPA did not set forth the establishment of any transitional justice mechanism dealing with the past abuses, the country-wide network that it created was extremely influential for the future transitional justice process.

Civil society can also play a very important role on monitoring and

⁵⁷ See *National Peace Accord*, 14 September 1991.

⁵⁸ GUELKE, 2008, p. 80.

⁵⁹ SPIES, 2002, p.20.

evaluating government's and other actors' steps towards achieving peace, democratization, and ways of handling human rights violations⁶⁰ in transitional justice process. However, to play this role, civil society does not have to be necessarily involved in the peace negotiations, for that reason, this issue is not discussed in further detail in this paper.

Guatemala and Liberia examples show us that the civil society involvement in the peace negotiation process can lead to a more comprehensive peace process by shaping the agreement and getting the transitional justice issues on the agenda. Civil society has a potential to push the opposite sides of the conflict to agree on adopting transitional justice mechanisms such as Truth and Reconciliation Commission. Civil society involvement to the peace talks bring more legitimacy to the peace process and the peace agreement reached at the end is likely to be accepted more broadly. Moreover, it is likely that a peace agreement accepted by a broad range of actors, and which puts forward the aims of transitional justice, would decrease the chance of recurrence to the conflict for the parties.

However, the potential role of civil society in transitional justice process, and particularly its role during peace negotiations may differ from one country to another. Crocker underscores many different factors in that regard:

“Civic groups and a nation’s civil society as a whole differ with respect to longevity, vitality, formality, resources and sustainability, orientation (inward or outward), internal structure (democratic v. hierarchical) and external relations (grass roots, regionally/ nationally federated, or internationally linked). Depending on their type and social context, many groups and networks are limited in what they can contribute to transitional justice, for they often have scant resources, outreach and staying power. They may rise and fall before they are able to make much of a difference in the lives of their members or the larger society. Their knowledge of similar groups or networks also might be limited, so that they are unable to learn

⁶⁰ CROCKER, 2001, p.286; See also DREEZE, SEN, 1991, 275-279. Authors argue that the monitoring and evaluation by civil society is part of public action, by which NGOs can advance public good, which includes public petitions, protests and marches, strikes, press conferences, public fora, and complaints addressed to public officials.

*from each other. Their scope may be entirely at the “grass roots” preventing them from influencing national institutions. National governments may be indifferent or hostile to their activities.”*⁶¹

In some countries, groups of civil society may be very weak, divided or even nearly inexistent, especially after being ruled with authoritarianism, under repression, with systematic exclusion, after long lasting conflicts, etc. In such situations, civil society's potential impact on transitional justice is usually limited. However, civil society groups in similar cases, even when they entered recently in the process, can still have a potential to influence and shape peace agreements as we see in Guatemala and Liberia. In Guatemala, despite the long history of authoritarianism and systematic exclusion, representatives of diverse sectors of the Guatemalan public got involved in defining the substantive agenda of the peace talks and in shaping the accords that emerged from them especially through ASC. On the other hand, the failure of the full implementation of the accords afterwards was related to the lack of an effective institutionalized mechanism for civil society participation which could monitor the implementation, and to the weakness of the pro-peace social movements, which were unable to mobilize broad public constituencies for the peace process.⁶²

Making wider public aware of developments in the negotiation process in which civil society is involved could also be an important problem. Normally the people who are not linked to a civil society group or social sector and therefore who are not involved in the negotiation process, should be informed of the process so that the agreement and the peace process can find support from a wider public. The lack of such public support could constitute a big obstacle to a long lasting peace and a comprehensive transitional justice process. In Guatemala, for instance, the constitutional amendments to incorporate the peace accords were rejected in a national referendum in 1999. The defeat came with an 81% abstention rate and one of the most important reason of this result was the fact that the public were not really informed of the developments in the ASC and in the official negotiations. For those who were not linked to organized sectors, accurate information was not disseminated

⁶¹ CROCKER, p. 288.

⁶² ALVAREZ, PRADO, p. 43. “With internal social sectors weakened, the international community has become the only actor with sufficient leverage to keep the peace agreement on the national agenda.”

enough through the media. Although a media sector was already included in ASC, they were not very active and influential. The army and the conservative owners of media organizations, on the other hand, portrayed the ASC as a mouthpiece of the URNG.

Alvarez and Prado argue that the experience and capability that were created during the negotiations by Guatemalan civil society leaders were not channeled effectively for the implementation of the peace accords, and each sector tended to concentrate on its own interest and could not formulate or promote an overall peace agenda.⁶³ In fact, if we consider that Guatemala went through a long lasting repression and that its democracy had shallow roots, it is not surprising to see that Guatemalan civil society facing such challenges. In another country, where there was a long and rich democratic history, the potential role of the civil society in meeting the challenges of transitional justice could be bigger, such as the role of civil society in Chile.⁶⁴

Another important challenge that we can face during a civil society involved process is that sometimes it is really hard to form alliances and have a consensus among various civic groups to reach a peace agreement which can lead to achieve the aims of a comprehensive transitional justice process. For instance, while victims and families can take a position which is very far away from compromising on any justice measure, finding a balance between peace and justice could become really tricky problematic, such as in Colombia. Or, for example, having a “lowest common denominator” standard between diverse groups can only encourage weak positions on the issues which would avoid tackling the root causes of a conflict.⁶⁵

The participation of civil society to the negotiation process can play a positive role by influencing and shaping the peace agreement that can lead to a comprehensive transitional justice process, while lending legitimacy to the peace process. However the potential role of the participation of the civil society groups should also be considered with its limitations. First of all due

⁶³ *Id.*

⁶⁴ CROCKER, 2001, p.289.

⁶⁵ In Guatemala, ASC's positions on socio-economic and agrarian reform and particularly the issue of land redistribution were ignored partly because of the influence of the CACIF (Coordinating committee of Farming, Commercial and Financial Associations) which lobbied directly the government and refused to accept ASC's recommendations.

to their deficiencies that are stated above national government or international institutions may have important roles in helping create, strengthen, and form alliances among various civic groups.⁶⁶ Secondly instead of seeing civil society as an actor which should replace the other actors, it is better to consider it as an important contributor to transitional justice, particularly with the role that it may play in the peace negotiations. We must still keep in mind that government still has an indispensable role with respect to adopt and implement mechanisms of prosecution, punishment, compensation, and commemoration.

V. Conclusion

Peace negotiation process between opposing parties of a conflict has a significant potential role as a step of a transitional justice process. It could really shape the transitional justice measures and mechanisms that will be adopted following the negotiations especially through the peace agreement. In order to help achieving a comprehensive transitional justice with a holistic approach, several considerations should be taken into account:

- Parties should get the issues to the negotiations agenda and refer to the necessity of the dealing with past atrocities.
- Parties should conclude an agreement considering the state's obligations under international law, especially on its duty to prosecute perpetrators from past atrocities.
- Peace agreement should be acceptable beyond the negotiators to have a sustainable peace. Achieving a viable agreement between the parties with the participation of the civil society can help as it will give democratic legitimacy to the process.
- Participation of the civil society to the process can bring the transitional justice issues to the negotiation agenda and can influence parties to agree on important transitional justice mechanisms such as a Truth and Reconciliation Commission.
- If the experience, mobilization and organization that come with the participation of the civil society in the peace process can be channeled effectively for monitoring the steps of the parties, especially of the

⁶⁶ CROCKER, 2001.

government, and implementing the agreement, the chance of the success of the transitional justice will increase. The government and international community can also help strengthen and unify a weak and fragmented civil society.

- However, civil society's limitations in different countries cannot be ignored, it should not be considered as an actor who can replace other actors (government, armed opposition, international institutions) completely, in peace negotiations and in transitional justice process. Civil society should rather be considered as an important contributor to the peace negotiations and transitional justice.

BIBLIOGRAPHY

A. BOOKS

- BASSIOUNI M.C., **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**, 14 New York, Springer Publishing, New York, 1992.
- DREZE Jean, SEN Amartya, **Hunger And Public Action**, Clarendon Press, Oxford, 1991
- HAYNER Priscilla B., **Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity**, Routledge, New York, 2001.
- OLSEN Tricia D., PAYNE Leigh A. and REITER Andrew G., **Transitional Justice In Balance: Comparing Process, Weighing Efficacy**, United States Institute Of Peace Press, Washington, D.C, 2010.

B. ARTICLES

- ALVAREZ Enrique, “The Civil Society Assembly: Shaping Agreement’, in **Accord: An International Review Of Peace Initiative**, Issue 13 (C. Barnes ed., London, Conciliation Resources) 2002, pp. 48-55. Available online at: http://www.c-r.org/downloads/13_Public_participation.pdf
- ALVAREZ Enrique and PRADO Tania Palencia, “Guatemala’s Peace Process: Context, Analysis and Evaluation”, in **Accord: An International Review Of Peace Initiative**, Issue 13 (C. Barnes ed., London, Conciliation Resources) 2002, pp. 38-44. Available online http://www.c-r.org/downloads/13_Public_participation.pdf
- BETTS A., “Should Approaches to Post-conflict Justice and Reconciliation be Determined Globally, Nationally or Locally?” 17(4) **European Journal of Development Research**, 2005, pp. 735-752.
- CHINKIN Christine, “Peace Agreements as a Means for Promoting Gender Equality and Ensuring Participation of Women”, EGM/PEACE/2003/BP.1, 31 October 2003. Available at <http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/peace2003/reports/BPChinkin.PDF>
- CROCKER David A., “Transitional Justice and International Civil Society”, in **War Crimes and Collective Wrongdoing: A Reader** (A. Jokic ed. MA: Blackwell Publishers), 2001, pp. 270-300.
- DE GREIFF Pablo, “Theorizing Transitional Justice”, in **Transitional Justice** (Melissa S. Williams et al. ed., New York University Press), 2012, pp. 31-77.

- GUELKE Adrian, "The Lure of the Miracle? The South African Connection and the Northern Ireland Peace Process" in **Global Change, Civil Society and the Northern Ireland Peace Process: Implementing the Political Settlement** (C. Farrington ed., New York:Palgrave Macmillian), 2008, pp. 73-90.
- JAYE Thomas, "Transitional Justice and DDR: The Case of Liberia", International Center for Transitional Justice, 2009. Available online at: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-DDR-Liberia-CaseStudy-2009-English.pdf> (last accessed on: 16 December 2015).
- KOSKENNIEMI Martin, "Between Impunity and Show Trials", 6 **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, 2002, pp. 1-35.
- KRITZ Neil J., "Progress and Humility: The Ongoing Search for Postconflict Justice", in **Post-Conflict Justice**, (8 International and Comparative Criminal Law Series, M. Cherif Bassiouni ed., Transnational Publishers), 2002, pp. 55-87.
- LUNDY Patricia, MCGOVERN Mark, "The Role of Community in Participatory Transitional Justice", in **Transitional Justice from Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change**, 2008, pp. 99-120.
- ORENTLICHER Diane F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100.8 **Yale Law Journal**, 1991, pp. 2537-2615.
- REIDY Aisling, HAMPSON Françoise and BOYLE Kevin, "Gross Violations of Human Rights: Invoking the ECHR in the Case of Turkey", 15(2) **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 1997, pp. 161-73.
- SCHARF Michael P., "The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes", 59 **Law and Contemporary Problems**, Fall 1996, pp. 41-62.
- SPIES Chris, "South Africa's National Peace Accord: Its Structures and Functions", in **Accord: An International Review Of Peace Initiative**, Issue 13 (C. Barnes ed., London, Conciliation Resources) 2002, pp. 20-25.
- TOMUSCHAT Christian, "Clarification Commission in Guatemala", in 23.2 **Human Rights Quarterly**, 2001, pp. 233-258.
- VAN ZYL Paul, "Justice without Punishment: Guaranteeing Human Rights in Transitional Societies", in **Looking Back, Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa** (Villa-Vicencio and Verwoerd ed., University of Cape Town Press) 2000, pp. 42-57.

VAN ZYL Paul, “Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies”, in **Security Governance In Post-Conflict Peacebuilding** (Bryden, A. and Hanggi, H. ed., DCAF Yearly Books), 2005, pp. 209-233.

ZALAUQUETT José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, 43 **Hasting Law Journal**, 1992, pp. 1426-1432. Available at HeinOnline.

C. CASES

ABDÜLSAMET YAMAN V. TURKEY, European Court of Human Rights(ECHR), Application No. 32446/96, 2 November 2004. (Available online at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67228>)

BARRIOS ALTOS v. PERU Inter-American Court of Human Rights, (Merits, Judgment), Series C No. 75, 14 March 2001.

GELMAN v. URUGUAY (Merits and Reparations, Judgment), Inter-American Court of Human Rights, Series C No. 221, 24 February 2011. Available online at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_ing.pdf

YETER v. TURKEY, European Court of Human Rights(ECHR), Application No. 33750/03, 13 January 2009. (Available online at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90598>)

D. MISCELLANEOUS

ACOSTA Nelson, *Colombian Peace Talks Stall, Tension Mounts*, Reuters, 13 October 2013.<http://www.reuters.com/article/2013/10/13/us-colombia-peace-idUSBRE99C08O20131013> (last accessed 16 December 2015).

ACOSTA Nelson, HAMRE Jaime, Colombia Government, Rebels Agree on War Victims, Reuters, 15 December 2015. <http://www.reuters.com/article/us-colombia-rebels-idUSKBN0TY29S20151215> (last accessed 16 December 2015).

Agreement On A Firm And Lasting Peace, 29 Dec. 1996, 36 I.L.M. 274 (1997). Available at: <http://www.ucdp.uu.se/gpdatabase/peace/Gua%2019961229b.pdf> (last accessed 16 December 2015).

Agreement On The Establishment Of The Commission To Clarify Past Human Rights Violations And Acts Of Violence That Have Caused The Guatemalan Population To Suffer, 23 June 1994, 36 I.L.M. 283 (1997). Available at <http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Guatemala-Charter.pdf> (last accessed 16 December 2015).

BBC News, *Colombia President Hails FARC War Victims Reparation Deal*, 16 December 2015 <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-35103709> (last accessed 16 December 2015).

Charlotte Lindsey, *Women Facing War*, 27-28, ICRC study on the impact of armed conflict on women. Available at http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0798_women_facing_war.pdf (last accessed 16 December 2015).

Georgetown University Berkley Centre for Religion, Peace, and World Affairs, *Ending Liberia's Second Civil War: Religious Women as Peacemakers*, Religion and Conflict Study Case Study Series, August 2013. Available at <http://repository.berkeleycenter.georgetown.edu/130801BCEndingLiberiasSecondCivilWarReligiousWomenPeacemakers.pdf> ((last accessed 16 December 2015).

Guatemala Memory Of Silence, Report of the Commission for Historical Clarification Conclusions and Recommendations, 25 February 1999. Available at http://www.aaas.org/sites/default/files/migrate/uploads/mos_en.pdf (last accessed 16 December 2015).

Human Rights Watch, *Colombia: Make Victim's Rights Central to Peace Talks*, 16 October 2012. <http://www.hrw.org/news/2012/10/16/colombia-make-victims-rights-central-peace-talks> (last accessed 16 December 2015).

ICC Press Release, *ICC Office of the Prosecutor concludes visit to Colombia*, 19 April 2013, available at:

https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr900.aspx (last accessed 16 December 2015).

ICTJ (International Center for Transitional Justice) *What is Transitional Justice*, 2008. http://legal.un.org/avl/pdf/ls/Van-Zyl_RecReading1_.pdf (last accessed 16 December 2015)

International Crisis Group, *Transitional Justice and Colombia's Peace Talks*, Latin America Report No49, 29 August 2013. <http://www.crisisgroup.org/~media/Files/latin-america/colombia/049-transitional-justice-and-colombia-s-peace-talks> (last accessed 16 December 2015).

National Peace Accord (South African), 14 September 1991. Available at <http://www.anc.org.za/show.php?id=3967> (last accessed 16 December 2015).

teleSUR, *Colombian Government and the FARC Reach Deal for Victims*, 14 December 2015. <http://www.telesurtv.net/english/news/Colombian-Government-and-the-FARC-Reach-Deal-for-Victims--20151214-0010.html> (last accessed 16 December 2015).

The ICC Preliminary Examination in Colombia: A Mechanism to Support or Overthrow the Peace Negotiations Between the Government and FARC?, Cambridge Journal of International and Comparative Law website, 13 June 2013. <http://cjlcl.org.uk/2013/06/13/the-icc-preliminary-examination-in-colombia-a-mechanism-to-support-or-overthrow-the-peace-negotiations-between-the-government-and-farc-2/> (last accessed 16 December 2015).

UNSC Secretary General, "The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies: Report of the Secretary-General", 4, U.N. Doc. S/2004/616, 23 August 2004.

VOELKEL Christian, CROW Anna, *The Five Challenges of Negotiating Transitional Justice in Colombia*, International Crisis Group, 19 September 2013. <http://www.crisisgroupblogs.org/crimeandpolitics/2013/09/19/the-five-challenges-of-negotiating-transitional-justice-in-colombia/> (last accessed 16 December 2015).

Women Building Peace: From the Village Council to the Negotiation Table. International Alert Campaign Brochure, June 2000 <http://www.womenaction.org/global/peacebuilding.html> (last accessed May 2014)

ZAMBRANO Liliana, ISA Felipe Gomez, *Participation of Civil Society in the Colombian Peace Process*, NOREF Norwegian Peacebuilding Resource Centre, July 2013. http://www.peacebuilding.no/var/ezflow_site/storage/original/application/ab5b7f705279f72c3dee76a00eafdfef.pdf (last accessed 16 December 2015).

ÖZEL HUKUK

The Transfer Of Risk In Sale Contracts Under Turkish Law

Dr. Özgün ÇELEBİ*

Abstract: In a sales contract, the concept of “price risk” refers to the question of whether the buyer is obliged to pay the price for the thing sold in cases where the good sold is accidentally lost or damaged. Despite the practical importance of this question and, thus, the strong need for a harmonized approach, solutions vary considerably from one jurisdiction to another. In the past two decades, however, there has been growing interest in the principles adopted by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) on this matter. As a result, several jurisdictions have reformed their internal regulations regarding the transfer of price risk in compliance with the criteria set forth in the CISG. The Turkish Code of Obligations (TCO), which has been in force since July 1, 2012, followed this trend by abandoning the well-established, yet largely criticized, *periculum est emptoris* rule. This paper aims to explain the transformation of Turkish law on this point from a comparative perspective, exposing the reasons underlying the reform as well as its eventual consequences.

Keywords: Sale contract, impossibility of performance, transfer of risk, *res perit domino*, *periculum est emptoris*

Türk Hukukunda Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçmesi

Özet: Satım sözleşmesinde bedel hasarı kavramı, satım konusunun kazaen telef olması veya hasara uğraması durumlarında alıcının yine de satım bedelini ödemek zorunda olup olmadığı sorusuyla ilintilidir. Konunun pratik önemine ve dolayısıyla uyumlu bir yaklaşımın gerekliliğine rağmen, sorunun çözümü hukuk sistemine göre farklılık göstermektedir. Bununla beraber, geçtiğimiz yirmi yıl boyunca Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın bu konuda benimsediği ilkeler gittikçe artan bir ilgi görmüştür. Bunun sonucu olarak birçok hukuk sistemi iç hukuk

* İstanbul Barosu Avukatı.

kurallarını bu anlaşmanın belirlediği kriterlere göre yenilemişlerdir. 1 Temmuz 2012 tarihinden bu yana yürürlükte olan yeni Borçlar Kanunu da çokça eleştirilen *periculum est emptoris* kuralını terk ederek bu akımı izlemiştir. Bu çalışma anılan reformun nedenleri ile olası sonuçlarını inceleyerek Türk hukukunun bu alanda yaşadığı değişimi karşılaştırmalı bir bakış açısıyla açıklamayı amaçlamaktadır.

Anahtar kelimeler: Satım sözleşmesi, ifa imkânsızlığı, hasarın geçmesi, res perit domino, *periculum est emptoris*

INTRODUCTION

In civil law jurisdictions, the occurrence of an impossibility of performance not attributable to the debtor entails the extinction of the contractual obligation without creating, for the debtor, a duty of compensation.¹ In *synallagmatic* contracts,² however, the discharge of the contractual obligation by the debtor does not result in the termination of the contract since it must be decided on the fate of the other party's obligation, which is not affected by an impossibility of performance. The problem of price risk in *synallagmatic* contracts refers to the question of whether the creditor of an obligation, the performance of which has become impossible, is obligated to perform his own contractual obligation in the absence of any counter-party performance.³ Transposed into the context of a contract of sale, the question is whether a buyer is under the obligation to pay the purchase price in cases where the good sold perishes for accidental reasons, despite not receiving the good sold.⁴

¹ Therefore, the problem of risk allocation requires the absence of a liability issue regarding the non-performance (BETTI, 1965, p. 13). For the theory of frustration under Anglo-Saxon law, see CORBIN, 1947, p. 1; EISENBERG, 2009, p. 207. For a comparative analysis on this point, see HAGER, 1982, p. 35.

² On the concept of “*synallagmatic* contract”, see SERIAUX, 2002, p. 777.

³ DESHAYES, 2009, No 4; SCHÖNLE, 1990, p. 265.

⁴ The importance of the risk transfer is not limited to this question. For instance, the legal warranty against hidden defects is due only for defects existing at the time of transfer of risk. The determination of the party bearing the burden of price risk at the time of the loss or the deterioration of the good sold is also important in case where this situation is attributable to a third party, such as the transporter of the good, or in case where it is possible to have recourse to an insurance company: indeed, only the party who suffered from an economic loss, namely the party who carried the burden of risk is entitled to request compensation.

The moment the price risk passes to the buyer is necessarily located within the period commencing with the conclusion of the contract and ending with the performance of the seller's obligations. It is indeed neither before nor after the process of performance, but during this process that there exists a legal relationship between two persons which may eventually burden a person other than the owner with the risk of the accidental loss of a good.⁵ Within this period ending with the performance by the seller of his two principle obligations, namely the transfer of ownership and transfer of possession, three anchor points are likely to be used: the transfer of risk to the buyer can be connected (i) to the execution of the contract, (ii) to the transfer of ownership, or (iii) to the transfer of possession of the good sold.⁶ The Swiss Code of Obligations (SCO) opted, in Article 185, for the first solution, which is commonly known as the "*periculum est emptoris*" rule, providing that the risk passes to the buyer with the conclusion of the contract of sale.⁷ Since the former Turkish Code of Obligations (CO) was based on the SCO,⁸ Turkish law was also under the reign of *periculum est emptoris* rule until the TCO entered into force. The latter connected the transfer of risk to the transfer of possession and thus set forth a system which stands closer to the principles adopted by the CISG.

This paper aims to explain the transformation of Turkish law on this point from a comparative perspective. To this effect, Part I will explain the reasons for the reform adopted by the new Code of Obligations and Part II will then discuss the adequacy of the choice of the time of transfer of possession as criterion of transfer of risk.

I. Abandonment of the Criterion of Execution of Contract

1. Reasons for the Admission of the *Periculum Est Emptoris* Rule

The fact that the Institutes of Justinian refer to the rule shows clearly that the *periculum est emptoris* rule stems from Roman law. Given that under

⁵ On the *res perit domino* maxim, see *infra*.

⁶ VON HOFFMAN, 1986, p. 265.

⁷ This is also the solution of the article 1452 of Spanish Civil Code, and used to be the solution of the Dutch Civil Code previously to the reform of 1992. For the current solution adopted by this jurisdiction, see *infra* II.1.2.

⁸ See BÜCHER, 2000, p. 8; TANDOĞAN, 1965-1966, p. 417- 418.

Roman law, the execution of the contract did not transfer ownership,⁹ the *periculum est emptoris* rule used to mean that the mere acquisition of the status of the buyer was sufficient to transfer the risk without waiting for the transfer of ownership or of the possession. However, the scope of this rule in Roman law remains highly controversial even today. Reluctant to consider this maxim as providing a general rule, some authors asserted that it was applied only in some isolated cases, while others considered that it did not apply in the classic period but came into force later.¹⁰ According to certain authors, there was no Roman rule relating to the transfer of risk since Roman judges used very fine distinctions and the risk was attributed to the seller or to the buyer, depending on the circumstances of each case.¹¹ The prevailing view, however, admits that *periculum est emptoris* was indeed the rule regarding the transfer of risk under Roman law, not only in the Justinian period, but also during the classic period.¹²

The presence of such a rule is not surprising in a system where obligations are considered to be entirely independent from each other, despite belonging to the same economic transaction. There is no doubt that a sales contract, today the prototype of *synallagmatic* contracts, was originally formed by two stipulations. These two stipulations, creating the obligations enabling the exchange of the good and the price, were entirely independent from each other in the sense that the beneficiary of each stipulation could demand the performance of the obligation assumed by the stipulation without the need to comply with his own obligation.¹³ This lack of interdependence between the obligations arising from different stipulations could provide a reasonable

⁹ VAN DEN BERGH, 2008, p. 623; HERMAN, 1981, p. 682. Indeed, under Roman law, the transfer of ownership took place through accomplishment of a ceremony called “*mancipatio*”: WATSON, 1984, p. 9; ZIMMERMANN, 1990, p. 271.

¹⁰ See BETTI, 1965, p. 6 and 11, claiming that, in the classic period, the transfer of risk required the handing over of the thing sold to the buyer. See also, in the same sense, AYİTER, 1957, p. 141-142.

¹¹ See the authors cited by ZIMMERMANN, 1990, p. 282. For the difficulties of interpretation of Roman law on this point, see also POTHIER, 1838-1839, p. 289-290. For a brief presentation of this controversy, see GERKENS, 2002, p. 124 and AYİTER, 1957, p. 133.

¹² ZIMMERMANN, 1990, p. 282; VAN DEN BERGH, 2008, p. 630-631. For different explanations of this rule, see GERKENS, 2002, p. 120-122, YARON, 2004, p. 70.

¹³ On the notion of “*stipulatio*”, see WATSON, 1984, p. 3-5. See GERKENS, 2002, p. 132, explaining the individual character of each stipulation.

explanation for the buyer being unconditionally obligated to pay the price regardless of what happened to the good sold.¹⁴

However, when a stronger interdependence between obligations was established, this explanation of the *periculum est emptoris* rule, namely the co-existence of two independent stipulations, disappeared. The fact that the rule was maintained by the Institutes of Justinian shows that Romans nevertheless considered it the most appropriate solution to the problem of risk allocation, even in a system where the respective obligations of the seller and the buyer are seen as being interdependent. This situation is most commonly explained by the factual peculiarities of Roman sale.¹⁵ If the performance is simultaneous with the execution of the contract, it is natural to allocate the risk to the buyer who will receive the performance immediately after the creation of the obligations. However, it is possible for the parties to postpone the performance. Then it becomes necessary to know why the performance was postponed, since the consequences of the good's accidental loss must be attributed to the party who caused the delay in performance. The buyer should bear the risk of loss and pay the price if the performance was delayed because of him or in his interest, which is the case whenever the seller is able to perform immediately but the buyer is not ready to take delivery. Inversely, the seller should bear the risk when the lapse of time separating the execution of the contract and its performance is in his interest. This distinction allows us to understand the effect of the typical Roman sale, which amounted to a transaction made in the market instantaneously, on the transfer of risk. Indeed, in such sale, the delay in delivery usually serves the buyer since a person who brings the goods to the market is normally ready to deliver such goods. The seller would in most cases have no interest in the performance being postponed given that such a situation would be particularly disadvantageous for him as he needs to transport the good and keep it until the buyer is ready to take delivery.¹⁶ It is more probable for the buyer to request the postponement of the performance, either because he was temporarily unable to assume the

¹⁴ For a similar point of view, see GERKENS, 2002, p. 133, explaining the *periculum est emptoris* rule by the lack of interdependence between legal actions arising from the same economic transaction.

¹⁵ VON JHERING, 1893, p. 102-103; BÜCHER, 1970, p. 291; SCHWARZ, 1947, p. 164; ZIMMERMANN, 1990, p. 290; BÜCHER, 2007, p. 140.

¹⁶ BÜCHER, 1970, p. 291.

transport or the custody of the good, or because he is not yet able to pay the price. Therefore, in a Roman sale, the delay of performance was habitually agreed to be in the interest of the buyer and, consequently, it was the buyer who bore the risk of loss.

Therefore, it seems that the *periculum est emptoris* rule was based on the idea that the risk of the sold good's loss should be assigned to the party who created such risk before the accomplishment of the act of performance, by causing the postponement of the performance, created the risk of the loss of the good. One could object that if this were the case, Roman law would not have put the risks categorically on the side of the buyer and would have sought to determine, on a case-by-case basis, to which party the delay in performance was attributable. Several explanations, however, have been put forward to challenge this objection. Some authors have argued that in a Roman sale, when the delay in performance was agreed upon in the interest of the seller, the buyer gave his consent to this delay only if the seller was responsible for the "*custodia*" of the thing, which imposed the highest level of diligence to the seller and thus practically put most of the risks on his shoulders.¹⁷ Others have tried to explain this categorical choice by the floodgates argument: It was probably the desire to avoid conflicts which led Roman judges to apply as a categorical rule the solution that would be satisfying in the majority of cases.¹⁸

It follows from the foregoing that the longevity of the *periculum est emptoris* rule in Roman law is explained by the characteristics of the Roman sale, which enabled the connection of the transfer of risk to the execution of the contract on the basis of the presumption that the delay in performance was usually in the buyer's interest. Nevertheless, the structure of the contract of sale, in which the *periculum est emptoris* rule provided a satisfying solution, later underwent a substantial transformation. The transfer of risk to the buyer with the execution of the contract could no longer equitably resolve the conflict

¹⁷ ZIMMERMANN, 1990, p. 287; VAN DEN BERGH, 2008, p. 629-630. Nevertheless, this explanation is not valid for the post-Justinian period, since Justinian abolished the concept of *custodia* liability, and replaced it with the more flexible *culpa (in custodiendo)* liability (ZIMMERMANN, 1990, p. 292; AYİTER, 1957, p. 131). This evolution, by releasing the seller from liability for certain risks, entailed a considerable extension of *periculum est emptoris* rule.

¹⁸ VON JHERING, 1893, p. 103.

of interests in a context where the contract of sale acquired too many forms. The increase in the number of cases where the rule was applied to situations for which it was not initially meant revealed its anachronism.

It would probably not be reasonable to assert that at the time of the drafting process of the SCO the transformation of the structure of the contract of sale was not yet sufficiently perceptible. Why then did the drafters of the SCO adopt the Roman rule? Some authors have tried to explain this choice on the basis of the ability of the *periculum est emptoris* rule to resolve the problem of risk allocation independently from the structure of the contract of sale. It has, in this respect, been asserted that the conclusion of the contract could reasonably be the criterion of the transfer of risk given that from that moment on, the good sold would belong to the economic sphere of the buyer.¹⁹ It has also been claimed that the impossibility to perform would enable the seller to request the contractual price, since such a failure would amount to a fiction of performance.²⁰ But it seems that the adoption of this rule by the SCO does not have much to do with belief in the fairness of the Roman rule. Indeed, studies on the drafting process of the SCO show that the admission of the execution of the contract of sale as the criterion of the transfer of risk to the buyer was a compromise to resolve the problem of the moment of transfer of ownership to the buyer. Indeed, during the process of codification, this question became the subject matter of a disagreement between two groups following different traditions but aiming to be governed by the same code. Some deputies defended the pandectist tradition, which required the ownership to be transferred along with the delivery of the good, while for others, the SCO needed to follow the French tradition and opt for a transfer of ownership *solo consensu*, namely, by virtue of the execution of contract. The problem was resolved in favor of the German-speaking part of the country; the transfer of ownership was attached to the delivery. But in order to satisfy the expectations of the French-speaking part, the system of transfer of risk was determined so as to produce, to a certain extent, the effects of the French system of transfer of ownership *solo consensu*: indeed, according to the execution of the contract, the effect of transferring the risk was creating, *inter partes*, the appearance of the transfer of ownership, even though the ownership would not actually be transferred until

¹⁹ ZIMMERMANN, 1990, p. 290.

²⁰ KELLER & FISCHER, Mechanismus der Gefahrtragung des Käufers: eine dogmatische Analyse, Mélanges Paul Piotet, 1990, p. 137, cited by ATAMER, 2000, p. 138, note 24.

delivery.²¹ This historical explanation seems to be the commonly accepted explanation of Article 185 of the SCO in Switzerland. It appears even in the Federal Court's judgments, which recommend a restrictive application of this rule, precisely on the grounds that the presence of this rule in the SCO is explained by historical reasons, and not by its ability to provide a fair solution to the problem of transfer of risk²².

As for the CO, the presence of the *periculum est emptoris* rule in Article 183 was the result of the adoption of the SCO as a bloc,²³ without necessarily paying attention to each provision contained in this Code. As a consequence, Turkish courts, just like Swiss courts, were obligated to apply the rule, even though it is not always a simple task to explain why the buyer must pay for a good which has perished for accidental reasons, without obtaining either ownership or possession of the good sold.

2. Reasons for the Abandonment of the *Periculum Est Emptoris* Rule

The anachronism of the Roman rule has been noted for a long time not only in doctrine,²⁴ but also by the courts. The Swiss Federal Court expressed on various occasions that the *periculum est emptoris* rule is “difficult to reconcile with the general principles of Swiss law of obligations,”²⁵ including, according to the Court, “the rule according to which the owner bears the risk of the thing (*res perit domino*)”²⁶ and “the rule expressed in Article 119/2

²¹ For the presentation of the drafting process on this issue, see BÜCHER, 1985, p. 211-212; more briefly, BÜCHER, 1970, p. 289 and BÜCHER, 2007, p. 148-149.

²² See *infra* I-2.

²³ BÜCHER, 2000, p. 8; TANDOĞAN, 1965-1966, p. 417.

²⁴ For Swiss doctrine, see e.g., SCHWARZ, 1947, p. 164; SCHÖNLE, 1990, p. 265; BÜCHER, 1970, p. 291. For Turkish doctrine, see, e.g. ATAMER, 2000, p. 131; ÇAKIRCA, 2007, p. 177. An author asserted that the longevity of the roman rule might be seen as confirmation of the statement made by Goethe in Faust, who expresses that laws and rights get inherited like an eternal disease (*Es erben sich Gesetz' une Rechte/ Wie eine ewige Krankheit fort*): SCHWARZ, 1947, p. 163.

²⁵ Judgment of Feb. 8, 2010, Federal Court, No 4A 601/2009; judgment of Dec. 16, 2008, Federal Court, No 4A 326/2008; judgment of March 12, 2002, Federal Court, No 4C.336/2000, 128 III 370 (Unless otherwise stated, the federal courts' decisions referred to are available at <<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.html> (last visited on September 20, 2015)).

²⁶ Judgment of Feb. 8, 2010, Federal Court, No 4A 601/2009; judgment of March 12, 2002, Federal Court, No 4C.336/2000, 128 III 370.

of the Code of Obligations, under which a contractor who is released from his contractual obligations because of impossibility of performance can no longer claim the counter-performance promised by the other party.”²⁷ According to the Court, the rule is also “contrary to conceptions generally admitted in public.”²⁸ The tribunal also stated that the presence of the rule in the SCO relies on historical reasons²⁹ and added that, as a consequence, “the jurisprudence as well as doctrine suggests a restrictive application of the rule and a broad interpretation of the exceptions made to it.”³⁰

The strongest evidence for the inconvenience caused by the *periculum est emptoris* rule is the constant temptation to reduce its scope of application,³¹ which can be achieved by using different methods for the sale of specific goods and for the sale of fungibles.

With regard to the sale of specific goods, the possibility of a restrictive application of the *periculum est emptoris* rule is based on the first paragraph of Article 185 of the SCO, which provides that “the benefit and risk of the object pass to the buyer on conclusion of the contract, except where otherwise agreed or dictated by special circumstance.”³²

The possibility of departing from the *periculum est emptoris* rule by means of a special agreement is not surprising in a system where the principle of freedom of contract reigns. This possibility is nevertheless particularly important where the default rule is considered unsatisfying, since it enables the courts to make a broader interpretation of the contractual terms to avoid the application of the default rule. This is precisely the case with respect to the application of

²⁷ Judgment of April 18, 1958, Federal Court, No 84 II 158.

²⁸ *Id.*

²⁹ Judgment of March 12, 2002, No 4C.336/2000, 128 III 370.

³⁰ Judgment of Feb. 8, 2010, Federal Court, No 4A 601/2009; judgment of Dec. 16, 2008, Federal Court, No 4A 326/2008; judgment of March 12, 2002, No 4C.336/2000, 128 III 370.

³¹ MARCHAND, 2004, p. 75.

³² Schwarz asserts that the *periculum est emptoris* rule is in contradiction with Article 210 of the SCO and its scope of obligation could be restricted so as to ensure compliance with this provision, which would allow the seller to obtain the price only after having transferred the possession. He states, therefore, that the risk should pass to the buyer with the execution of the contract only in cases where, as provided by Article 210, the parties agreed upon a special clause rendering the obligation to pay the price enforceable previously to the transfer of possession. (SCHWARZ, 1947, p. 165-167).

the *periculum est emptoris* rule. A significant example of such situation can be drawn from “franco” clauses. It is generally accepted that these provisions relate only to the allocation of transport costs.³³ Nevertheless, on several occasions the Swiss Federal Court inferred from these clauses the contracting parties’ implicit will to avoid the application of the default rule relating to the allocation of risk and to delay the transfer of risk until delivery of the good sold.³⁴

The power provided to the courts by Article 185 of the SCO to depart from the *periculum est emptoris* rule under “special circumstances” provides a more interesting field of reflection. Both doctrine and jurisprudence have sought to make use of this exception to the fullest extent possible. According to the Swiss Federal Court, these exceptions concern “*cases where the temporal separation between the act creating the obligation and the act of performance intervenes not in the interest of the buyer, but only or mainly in the interest of seller.*”³⁵ The passing of risk to the buyer therefore requires the verification in each case whether “*the buyer is unable, because of circumstances attributable to the seller, to dispose of the thing sold before delivery or cannot adequately ensure the custody of his new acquisition.*”³⁶ This approach enabled the Federal Court to dismiss the application of the *periculum est emptoris* rule on several occasions and to delay the transfer of risk until the good sold enters within the sphere of control of the buyer, so that the buyer can take appropriate measures to prevent the occurrence of the risk.³⁷

³³ SCHÖNLE, 1990, p. 268; ATAMER, 2000, p. 144.

³⁴ Judgment of Oct. 11, 1918, Federal Court, No 44 II 416, available at <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2044416.pdf>>; judgment of Dec. 6, 1920, Federal Court, No 46 II 457, available at <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2046457.pdf>>; judgment of Sep. 22, 1926, Federal Court, No 52 II 362, available at <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2052362.pdf>> (last visited on September 20, 2015).

³⁵ Judgment of March 12, 2002, No 4C.336/2000, 128 III 370.

³⁶ *Id.* In the same sense, see judgment of Feb. 8, 2010, Federal Court, No 4A 601/2009; judgment of April 18, 1958, Federal Court, No 84 II 158.

³⁷ Thus, the seller bears the risks of transport while shipping franco to his own agent at the place of performance; indeed, in this case, the buyer does not have control on the transport and cannot take the appropriate measures to avoid the occurrence of the loss (judgment of April 18, 1958, Federal Court, No 84 II 158). Similarly, in a case where the value of the shares of a company was diminished due to the deflection of the company’s clients, the court ruled that the risk is transferred to the buyer only after the registration of the company under the buyer’s name on the grounds that, until that moment the company remains under the control of the

This possibility given by Article 185 is usually used in the sale of specific goods, since, for the sale of fungible goods, there is another tool making it possible to achieve similar results. In fact, the application of the rule connecting the transfer of risk to the execution of the contract runs against the nature of the sale of fungibles. Indeed, for the problem of price risk to arise, there must, in the first place, be an impossibility of performance which will release the seller from his obligations; nevertheless, in compliance with the *geneus non pereit* rule, such a situation can never occur as long as the good sold is a fungible thing. Therefore, the transfer of the price risk requires, in this case, at least the specification of the subject matter of the delivery; the conversion of the fungible goods into a specific thing, which can be done by the identification of the object that will be dedicated to the performance of the obligation. Following this idea, Article 185 of the SCO sets out the identification of the fungible good as a condition of the transfer of risk. However, the mere identification, taking place before the transfer of ownership and of possession, is not sufficient to put the good sold within the sphere of influence of the buyer and thus is considered to be an inadequate moment for the transfer of risk. This is why, in the field of fungible goods, scholars have developed a different interpretation of the concept of identification in order to delay the moment of transfer of risk.

This interpretation is based on the fact that the SCO provides different rules depending on whether the identified object must be shipped or not. Identification is sufficient to specify the object of the obligation only when the seller is under the obligation to put the object at the disposal of the buyer; in cases where he must also ship the object, the SCO requires, in addition to the identification, the handing over of the thing to the carrier. This regulation enabled Swiss doctrine to reject the identification as the decisive circumstance in the specification of the object of obligation.³⁸ According to this point of view, if the SCO establishes this difference depending on whether the sold thing should be shipped or not, it means that the decisive event for fungible things to become the specific object of the obligation is not the physical identification of the goods which will be dedicated to the performance, but

seller and the buyer does not have the possibility of preventing the deflection of clients (judgment of Feb. 8, 2010, Federal Court, No 4A 601/2009).

³⁸ See VON JHERING, 1893, p. 128, claiming that the transfer of risks is not a result of the identification, but the result of another event fortuitously coinciding with the identification.

the accomplishment of the acts of performance by the seller with respect to the scope of obligations he assumed, and in particular, with respect to the place where the performance must take place.³⁹ In fact, if the seller is not bound to ship the good sold, the identification has the effect of transferring the risk to the buyer, because the identification constitutes the last act that the seller needs to accomplish for the delivery to take place. It is following the same logic that the Code requires the handing over to the carrier for the goods to be shipped by the seller, because this is the last act of performance that the seller is supposed to accomplish in this case. In sum, the subject matter of the obligation is not specified and thus the seller does not benefit from a discharge on the basis of an impossibility of performance until the identified object is offered to the buyer at the place of performance⁴⁰ with the intention to transfer the ownership and the possession.⁴¹ Consequently, the transformation of fungible goods into the specific subject matter of the obligation does not depend on the identification, but on the offer of the seller to perform, after having accomplished all the acts of performance expected from him.

The determination of the moment when the object of the obligation becomes a specific good through the above explained interpretation affects, in the first place, the moment of the transfer of risk of performance; in other words, the moment an impossibility of performance may occur for the seller. However, the postponement of the transfer of risk of performance until the

³⁹ VON JHERING, 1893, p. 129 : “*En creusant cette idée de l’influence du lieu de la livraison (nous appellerons ainsi désormais l’exécution d’une commande) et de la distinction qui en découle entre apporter, chercher et envoyer, j’arrivai enfin à cette conclusion que dans tous les cas de livraison, la question des risques se décide d’après un seul et même principe. Les risques passent à l’acheteur avec la livraison effectuée ou empêchée par la mora de la partie adverse. Extérieurement, et en fait, la livraison se fait différemment selon la diversité des cas, mais, juridiquement elle a lieu au moment où le fournisseur a fait ce qui lui incombait d’après l’intention commune des parties. Si donc, il a été convenu que l’auteur de la commande doit chercher la marchandise, la séparation préalable faite par le fournisseur (abstraction fait de la mora accipiendi) ne libère point celui-ci des risques. S’il a été convenu que la marchandise doit être apportée, le fournisseur est libéré lorsqu’il l’a apportée. S’il a été convenu qu’elle doit être envoyée, il est libéré lorsqu’il a envoyé*”.

⁴⁰ SEROZAN, 2014, p. 82; SCHÖNLE, 1990, p. 277.

⁴¹ See also, in this sense, the decision of Turkish Supreme Court, stating that the identification is sufficient to transfer the risk only when the buyer must take delivery at the premises of the seller (judgment of Feb. 2, 1985, Cass. 13. Civ., Case No 1984/7828, Judgment No 1985/1010, available at *Kazancı İctihat Bilgi Bankası*).

fulfillment of all the acts of performance assumed by the seller affects also the transfer of price risk since this problem arises only if an impossibility of performance exists.⁴² Therefore, the moment the acts of performance are fulfilled by the seller constitutes not only the moment of transfer of risk of performance to the buyer, depriving him of the possibility of obtaining specific performance or a pecuniary compensation, but also the moment of transfer of price risk to the buyer.

All these attempts to limit the scope of the *periculum est emptoris* rule create, however, other difficulties. As for the possibility of the courts not applying the rule “*where otherwise agreed or dictated by special circumstance*”, an excessive use of this possibility creates a problem of predictability for the lay litigant. This problem is a very serious one as it disrupts the functioning of the most efficient remedy against the problem of the risk of accidental loss, namely, the possibility of having recourse to insurance. In addition, the solution adopted in the sale of fungible goods, which is based on a distinction depending on the place of performance and which requires to take into consideration the last act of performance assumed by the seller, is not applied to the sale of specific things. For these reasons, even a restrictive application of the *periculum est emptoris* rule does not produce satisfying results, which explains the decision taken by the drafters of the TCO to completely break away from the Swiss system.

II. Adoption of the Criterion of Transfer of Possession

1. Alternatives to the *Periculum Est Emptoris* Rule

1.1. Transfer of Ownership as Criterion of Transfer of Risk

Once the inadequacy of the time of conclusion of the contract as the criterion for the passage of risk is recognized, there remain two solutions depending on the performance of the seller’s two principal obligations: transfer of ownership or transfer of possession.

Transfer of ownership was set forth as criterion of transfer of risk by French law and by the jurisdictions which adopted the French system. The transfer of risk is governed by Article 1138 of the French Civil Code (FCC), providing

⁴² DESHAYES, 2009, No 18.

that the obligation to deliver the thing “*makes the creditor the owner and places the thing at his risk from the time when it should have been delivered, although the handing over has not been made.*” The French solution presents an affinity with Roman law in the sense that, practically, the transfer of risk takes place at the moment the contract is executed. However, the criterion of the transfer is completely different as under the FCC the execution of a contract transfers to the buyer not only the risk, but also the ownership.⁴³ Thus, according to the prevailing opinion, it is because the ownership is transferred at the time of the execution of the contract that the buyer bears the risk of accidental loss of the thing sold⁴⁴: *res perit domino*.⁴⁵ The interdependence that the FCC establishes between the transfer of ownership and the transfer of risk has important practical effects. Indeed, if for any reason the transfer of ownership is delayed, the same happens also with the transfer of risk. This is the case when contracting parties agree to delay the transfer of ownership by providing retention of title clause⁴⁶ or any other clause with a similar effect.⁴⁷ In such situations, the *Cour de Cassation* considers that unless the parties explicitly

⁴³ It must be noted that some authors criticize the passing of ownership through execution of contract and propose a different interpretation of Article 1138; see CHAZAL, VICENTE, 2000, p. 477.

⁴⁴ See SERIAUX, 2006, p. 387, advocating application of *res perit domino* rule in the sale contract.

⁴⁵ It must be underlined that, under Roman law, *res perit domino* rule did not concern the performance of the contract of sale, but was related to the question whether a person who is not the owner of a good may be burdened with the consequences of the loss of this good. As stated by Pothier, “*the maxim is applicable, when the question arises between the proprietor and those who have the custody or use of the thing; in which case, the thing perishes to the loss of the owner, rather than to the loss of those who have the custody or use of it, who, by the happening of the loss without fault on their part, are discharged from their obligation to restore it*” (POTHIER, 1838-1839, p. 288). In the same line, it is accepted that the origins of the maxim are to be found in the law of pledge: WACKE, 1987, p. 327.

⁴⁶ See the judgment of Nov. 20, 1979, Cass. com., Bull. IV, No 300, case No 77-15978, stating that the retention of title clauses must be considered as creating a condition precedent. As a consequence, the risks should be borne by the seller until the fulfillment of the condition, namely, the transfer of ownership to the buyer. In the same sense, see judgment of Oct. 19, 1982, Cass. com., Bull. IV, No 321, case No 81-10220 ; judgment of June 11, 1985, Cass. com., Bull. IV, No 190, case No 84-10913; judgment of Nov. 13, 1997, Cass. 1ère civ., unpublished in Bull., case No 95-20411 (French Court of Cassations’ decisions are available at <<http://www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriJudi.doi>, last visited on September 20, 2015).

⁴⁷ Judgment of Jul. 4, 1995, Cass. 1ère civ., Bull. civ. I, No 305, case No 93-18662.

agree upon a different solution, the risk is automatically transferred to the buyer along with the ownership. Likewise, contractual clauses which delay the transfer of risk are interpreted as delaying the transfer of ownership as well.⁴⁸ Therefore, the application of the *res perit domino* rule can be avoided only if it is expressly stated that the parties intend to separate the issues of the transfer of risk and the transfer of ownership.⁴⁹

English law also adopted the *res perit domino* rule,⁵⁰ except in cases where the sale is made to a consumer. However, this system seems to more fully take into account the circumstances surrounding the performance in order to determine the allocation of the burden of risk. Indeed, the *res perit domino* rule is rejected by the courts not only in the presence of an agreement in this sense, but also when the commercial customs rely on a different rule of allocation of risk. This is the case, for instance, when one of the parties seem to have assumed responsibility for the insurance of the goods or when the seller retains the title but no longer has control over his goods.⁵¹

1.2. Transfer of Possession/Delivery of the Good Sold as Criterion of Transfer of Risk

The solution adopted by the CISG is probably the most commonly known example of a system attaching the transfer of risk to the delivery of the good sold⁵² and is accepted to follow the solution previously adopted by the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS)⁵³ and by the Uniform Commercial Code (UCC).⁵⁴ The CISG explicitly

⁴⁸ Judgment of Jul. 7, 1993, Cass. 1ère civ., Bull. civ. I, No 254, case No 91-18592. As for the effect of stipulation of Incoterms, see judgment of Jan. 7, 1969, Cass. com., Bull. No 6.

⁴⁹ See the annual report of *Cour de Cassation*, 2011, p. 139, available at <https://www.cour-decassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf> (last visited on September 20, 2015).

⁵⁰ SEALY, 1972, p. 234; HAGER, 1982, p. 57.

⁵¹ SEALY, 1972, p. 234-235.

⁵² See BONELL, 2008, p. 4, asserting that the separation of the transfer of risk from the transfer of ownership constitutes one of the originalities of the CISG system. For a presentation of the rules on passage of risk in the CSIG, see, e.g., ERAUW, 2005-2006, p. 203.

⁵³ The Convention was adopted by the Hague Conference in 1964. For the presentation of its provisions on passage of risk, see ROTH, 1979, p. 291; SEVON, 1985, p. 191.

⁵⁴ HAGER, 1982, p. 61-62; see GAKWERERE, 2005, p. 710, underlining the similarities between Article 69 of CISG and Article 2-509 (3) of the UCC which provides that, “*in any case*

leaves the question of the transfer of ownership outside its scope;⁵⁵ therefore, it is undoubted that the transfer of price risk is attached to the delivery of the good sold regardless of the transfer of ownership.⁵⁶

The principles adopted by the CISG, considered economically more rational than the maxim *res perit domino*,⁵⁷ had significant influence on several jurisdictions as well as the harmonization works within the European Union. It must be noted that the Civil Code of Quebec, despite being faithful to the French tradition, opted for this solution in 1994 in Article 1456 of the Civil Code by separating the transfer of risk from the transfer of ownership, which takes place at the time the contract is executed. The solution is also valid in the presence of retention of title clauses, which shows the critical importance of the act of delivery and its independence from the transfer of ownership. Article 1746 of the Civil Code provides that the risk of loss is transferred to the buyer at the moment of delivery, even in cases where the ownership has not yet been transferred.⁵⁸ Under the influence of the CISG, the Dutch Civil Code also broke away from the *periculum est emptoris* rule in 1992 and adopted the rule of delivery in Article 7:10, stating, just like the Civil Code of Quebec, that delivery transfers the risk even if the ownership has not yet been transferred. English law has also been influenced by the CISG system. The Sale of Goods Act 1979, which connects the transfer of risk to the transfer of ownership, adopted in 2002 the criterion of delivery in the field of sales made to consumers.⁵⁹ As for the studies realized within

not within subsection (1) or (2), the risk of loss passes to the buyer on his receipt of the goods if the seller is a merchant; otherwise the risk passes to the buyer on tender of delivery". It should be noted that the same solution had already been provided by Article 522 of Greek Civil Code of 1946 and by Section 17 of the Swedish Sales Act of 1905.

⁵⁵ See Article 4 B: "*This Convention (...) is not concerned with: (...) (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold*".

⁵⁶ TORSELLO, 2000, p. 939; ERAUW, 2005-2006, p. 203; VISSER, 1998-1999, p. 81. For the criticism of this choice, see VISSER, 1998-1999, p. 90; SEVON, 1985, p. 191. The issue of ownership is also left out of the scope of the International Commercial Terms (Incoterms).

⁵⁷ THIEFFRY, 1988, p. 124.

⁵⁸ Article 1746: "*An installment sale transfers to the buyer the risks of loss of the property, except in the case of a consumer contract or where the parties have stipulated otherwise*". On this point, see GAKWERERE, 2005, p. 709.

⁵⁹ The Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002 came into force on March 31, 2003.

the European Union, Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights provides in Article 20 that in contracts of sale providing for the transport of goods, “*the risk of loss of or damage to the goods shall pass to the consumer when the consumer or a third party indicated by the consumer, other than the carrier, has acquired physical possession of the goods.*”⁶⁰ Following the same logic, the Proposal for a Regulation On a Common European Sales Law of 11 October 2011⁶¹ provides, regarding sales to consumers, that the transfer of risk takes place when the consumer “*has acquired the physical possession of the goods or the tangible medium on which the digital content is supplied*”,⁶² and regarding sales between professionals, that “*the risk passes when the buyer takes delivery of the goods or digital content or the documents representing the goods.*”⁶³

Although German law also connects the transfer of risk to delivery, in order to understand the choice made by the *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), further developments are required. Section 446 of the BGB provides that “*the risk of accidental destruction and accidental deterioration passes to the buyer upon delivery of the thing sold.*” However, in German law, delivery also transfers the ownership. Indeed, according to section 929 of the BGB, the transfer of ownership of a movable to the buyer requires that “*the owner delivers the thing to the acquirer and both agree that ownership is to pass.*” The juxtaposition of transfer of ownership and of risks thus gives rise to the question of whether German law opted for interdependence between the ownership and the burden of risk, or whether the delivery was chosen independently from the transfer of ownership.⁶⁴

For some authors, the German system follows exactly the same logic as French law regarding the solution to the question of the burden of risk. According to this point of view, German law put into force the *res perit domino* rule by connecting the transfer of risk to the transfer of ownership,

⁶⁰ The directive does not provide a solution for the passage of risk in the contracts which do not involve carriage of goods.

⁶¹ SEC (2011) 1165 final.

⁶² Article 142.

⁶³ Article 143. For a comparative analysis of the Directive on Consumer Rights and the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, see DESHAYES, 2012, p. 88.

⁶⁴ The same question arises also in Austrian law due to Sections 1048 and 1064 of the Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

both taking place with the delivery of the thing sold.⁶⁵ However, others refuse to see in the transfer of ownership the criterion of transfer of risk and assert that the German system links the transfer of risk to the delivery of the good sold independently from ownership.⁶⁶ This point of view seems to currently prevail. Indeed, the existence of interdependence between ownership and the burden of risk has not been confirmed by judicial practice. On the contrary, several factors indicate that although the juxtaposition of transfer of risk with the transfer of ownership is frequent, these two issues are governed by different considerations. For example, retention of title by the seller does not prevent the risk from being transferred through the act of delivery.⁶⁷ Another factor stemming from the law of immovable goods is likely to dissipate doubts that may exist in this regard. Indeed, in the sale of immovable goods, the respective moments of transfer of risk and transfer of ownership are different. Section 446 of the BGB determines the time of delivery as the moment of risk transfer for all kinds of property without distinction between movable and immovable goods. However, the ownership is transferred under Section 873 by “*the registration of the change of rights in the Land Register.*” Given that in this field transfer of ownership does not take place at the same moment as the transfer of risk, one may conclude that the situation does not need to be different for movables. Moreover, until the reform of 2002,⁶⁸ Section 446 had a second paragraph, which provided that in instances where the ownership passed before the delivery, the passing of ownership would also transfer the risk.⁶⁹ By removing this provision, the German legislator is very likely to have desired to show that it did not wish to connect the passage of risk with the ownership issues, even as an alternative to the solution of delivery. The

⁶⁵ TORSELLO, 2000, p. 941; ZIMMERMANN, 1990, p. 292; SCHWARZ, 1947, p. 161; ERAUW, 2005-2006, p. 214, note 12; VISSER, 1998-1999, p. 87.

⁶⁶ ATAMER, 2000, p. 131; DANIELS, 1957, p. 485 ; KEYES, 1954, p. 666; BÜCHER, 1970, p. 286; BÜCHER, 1985, p. 211; see also HAGER, 1982, p. 54, explaining that, although in the past some authors defended the existence of a relationship between the transfer of risk and the transfer of ownership, this conception has been abandoned by the contemporary German doctrine.

⁶⁷ BÜCHER, 1970, p. 286; PENNINGTON, 1978, p. 290.

⁶⁸ The new BGB came into force on January 1, 2002.

⁶⁹ “*Wird der Käufer eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffs oder Schiffsbauwerks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch, das Schiffsregister oder das Schiffsbau-register eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein*”.

official grounds of law explained that the provision needed to be abolished because the fact of connecting the transfer of risk to the registration of his ownership by the buyer was not a satisfying solution as long as the latter did not have possession of the thing sold.⁷⁰ These points seem to demonstrate that German law should be considered one of the systems which consider delivery as an autonomous criterion of the passage of risk, regardless of transfer of ownership.

The choice of these legal systems to avoid both the *periculum est emptoris* rule and the *res perit domino* rule can be explained by the inadequacy of these solutions to resolve the conflict of interest generated by the question of the burden of risk. The first rule is rejected since it does not take into account any act of performance assumed by the seller, contravening therefore the *synallagmatic* nature of the contract of sale. As for the *res perit domino* rule, it is doubtful that the considerations regarding the acquisition of ownership, a question which concerns less the process of performance between the parties than the enforceability of the right to enjoy a good against third parties,⁷¹ can legitimately govern the solution of the burden of risk which relates exclusively to the progress of the process of performance and the rights that the contracting parties have against each other.⁷² Compared to these two solutions, the choice of the moment of delivery as the criterion of the transfer of risk has both practical and dogmatic advantages. It has practical advantages since it connects the burden of risk to the possibility of monitoring the good sold and thus increases, on the one hand, the chances of preventing the occurrence of an accidental loss, and on the other hand, the chances of using the insurance remedy in the most efficient way.⁷³ This choice also has dogmatic benefits arising from the fact that the delivery transfers to the buyer the use of the good sold: the delivery provides the buyer the primary utilities of the good and enables him to make an effective use of the other attributes of the property

⁷⁰ “(...) erscheint es nicht in allen Fällen interessengemäß, dass der Käufer, der die Sachherrschaft über das Grundstück noch nicht erlangt hat, die Gefahr zufälliger Verschlechterungen vom Zeitpunkt seiner Eintragung an tragen soll”.

⁷¹ BÜCHER, 1985, p. 213; HAGER, 1982, p. 67.

⁷² *Contra* SERIAUX, 2006, p. 387.

⁷³ VON HOFFMAN, 1986, p. 265; BRIDGE, 2008, p. 77; ROTH, 1979, p. 291; AKKANAT, 2003, p. 273.

right in instances where this right was transferred prior to the delivery.⁷⁴ The delivery thus constitutes the act enabling the contracting parties to achieve the purpose of the contract. The fact of connecting the transfer of risk to the delivery therefore provides a solution consistent with the *synallagmatic* principle that should govern the contract of sale.

2. Adoption of the Criterion of Transfer of Possession by Turkish Law

2.1. Scope of the Regulation on the Transfer of Risk

Article 208 of the TCO regulates the transfer of risk in the following terms:

“The risk and benefit remain with the seller until the transfer of possession of the goods in the sale of movables and the registration of ownership in the sale of immovables, except where otherwise agreed or dictated by the law or by special circumstances.

In the sale of movables, if the buyer is in default in taking possession of the goods, the risk and benefit pass to the buyer as if the transfer of possession had occurred.

When the seller ships the goods on the buyer’s request to a different place than the place of performance, the risk and benefit pass to the buyer as soon as the seller hands over the goods to the carrier.”

Article 183 of the CO was based on Article 185 of the SCO and expressed the following:

“The benefit and risk of the object pass to the buyer on conclusion of the contract, except where otherwise agreed or dictated by special circumstances.

Where the object sold is defined only in generic terms, the seller must select the particular item to be delivered and, if it is to be shipped, must hand it over for dispatch.

In a contract subject to a condition precedent, benefit and risk of the object do not pass to the buyer until the condition has been fulfilled”.

⁷⁴ On the importance of the transfer of the use of the thing sold to the buyer with respect to an efficient use of property right, see TORSELLO, 2000, p. 942.

Comparison of these two provisions shows that Turkish law has fundamentally reformed the regulation regarding the transfer of risk in sale contracts (2.1.1). Some of the former rules, provided for particular cases, have nevertheless been conserved (2.1.2).

2.1.1. Amendments Introduced by the New Code of Obligations

2.1.1.1. Moment of the Transfer of Risk

In the sale of movables, as clearly provided for in Article 208, the transfer of risk no longer takes place via execution of the contract, but via transfer of possession to the buyer or the default of the latter in taking possession. Two observations can be made in this respect.

First, Article 208 establishes a distinction depending on whether the thing sold is movable or immovable property. The former regulation did not distinguish between the sale of movables and the sale of immovables, while providing that the execution of the contract transferred the risk.⁷⁵ In the current system, in the sale of immovables, the risk is transferred to the buyer via registration of contract of sale, namely, transfer of ownership. This difference between the sale of movables and the sale of immovables is nevertheless smoothed by the fact that Article 245,⁷⁶ specific to the immovable sale, provides that in instances where an agreement stipulated a date on which the buyer is to take possession, the risks would not pass until that date. In other words, if the parties agree to postpone the transfer of possession, the transfer of ownership will not be sufficient to transfer the risk.

Second, attention should be drawn to the fact that, in the sale of movables, the legislator took care to link the transfer of risk to the “transfer of possession” and not to the delivery, as was the case in the provisions of CISG and BGB, which are, nevertheless, according to the grounds of the new Code, supposed to have served as the model for the current regulation. The choice of this expression can be explained by the desire not to exclude from the scope of the provision the

⁷⁵ It nevertheless provided that, in the sale of immovable property, in case where an agreement stipulated a date on which the buyer is to take possession of the good, it should be presumed that risks would not pass to the buyer until that date.

⁷⁶ “*If the parties agreed on a date for the buyer to take delivery of the good sold, the benefit and the risk pass to the buyer with the delivery. The same applies in case where the buyer is in default of taking delivery. This agreement has to be made in written form*”.

instances where possession of the thing sold can be transferred through means other than delivery, as is the case, for example, in the sale of goods leased to third parties, thus depriving the seller of the possibility to deliver the thing. However, the choice of the moment of transfer of possession does not create a substantial difference with respect to the systems which use the expression of “delivery.” Indeed, on the one hand, Turkish law does not attach independent consequences to the act of delivery itself, but considers it one of the concrete ways to operate the transfer of possession. On the other hand, in systems where the expression “delivery” is used, it is interpreted so as to include the transfer of possession by means of delivery to an agent of the buyer, or by means of the transfer to the buyer the instruments enabling the latter to assert his control over the good sold.⁷⁷ In other words, the results achieved by a broad interpretation of the concept of delivery in systems which use this term are the same as those achieved by the concept of transfer of possession in Turkish law. The starting point of all these systems is the same, despite the diversity that may exist in the terminology: not to admit passage of risk to the buyer as long as the good sold remains in the sphere of influence of the seller. To this extent, the use in Turkish law of the term “transfer of possession” should not be understood as a different solution than the use of the term “delivery.”

2.1.1.2. Effect of the Creditor’s Default on the Transfer of Risk

Former Article 183, which did not give any effect to the transfer of possession with respect to the question of transfer of risk, did not mention the impact that the default of the buyer in taking possession may have on the transfer of risk. The new system, based on the transfer of possession, provides that the default of the creditor in taking possession does not hinder the transfer of risk. The rule is an expression of the idea that the burden of risk should be borne by the contracting party who has been the cause of the delay in performance. This rule is also consistent with the solution provided for the transfer of risk within the work contract by Article 483 of the TCO.⁷⁸

⁷⁷ For CISG, see BRIDGE, 2008, p. 73.

⁷⁸ According to Article 483, “*if by accident the work is destroyed prior to completion or delivery, the contractor is not entitled to remuneration for work done or expenses incurred unless the customer is in default on acceptance of the work. In this case any loss of materials is borne by the party that supplied them*”. The solution provided for the work contract is related exclusively to the transfer of risk, while in the contract of sale, the default of the buyer transfers the risk as well as the benefits.

It should nevertheless be borne in mind that the creditor's default does not release the seller from his obligation to take care of the good during the period of time where the good sold remains under his custody. As a consequence, the transfer of risk to the buyer in cases where the buyer fails to take possession in due time does not deprive the buyer of the right to claim compensation if the loss of the thing sold is due to a breach of this obligation by the seller.

2.1.1.3. Specific Rules Concerning the Sale of Fungible Goods and Contracts Subject To a Condition Precedent

Former Article 183 provided specific rules for the sale of fungible goods and for sales subject to a condition precedent. For these categories of sale, the execution of the contract was not sufficient to transfer the risk to the buyer. The new regulation abolished these distinctions and provided a single criterion of transfer of risk, namely, the transfer of possession.

In the logic of the new system, the abandonment of the requirement of identification of the fungible goods does not sound awkward. As a matter of fact, the requirement of identification of the good, which previously had the effect of delaying the transfer of risk while it normally took place via the execution of the contract, is not justified under the current system where the transfer of risk takes place with the transfer of possession of the good. The transfer of possession supposes, indeed, that the fungible good has already been identified; there is therefore no need to specify the identification as a condition of transfer of risk.

However, scholars emphasize that even though the legislator abandoned the distinction between the sale of fungible goods and the sale of specific goods, the identification of fungible goods continues to bear importance in instances of default of the buyer in taking possession. They argue that in the current system, default of the buyer in taking possession is sufficient to transfer the risk, and that in this situation the identification of the fungible thing appears to be a condition for the transfer of risk to take place. Scholars who defend this opinion propose, in this respect, to fulfil the legal gap by following the example of Article 69/3 of the CISG,⁷⁹ providing that “*the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.*” In our view, if the identification is actually a condition of transfer of

⁷⁹ ÇETİNER, 2009, p. 102; ÇAKIRCA, 2012, p. 108-109.

risk to the buyer in default, the fact that this point has not been mentioned in the new Code does not constitute a gap, insofar as the recognition of the default of creditor requires, by definition, an offer to perform; yet such an offer does not exist unless the seller fulfils the acts of performance, including, in the case of a sale of fungible goods, the identification of the goods dedicated to the performance of the given contract.⁸⁰

As for obligations subject to a condition precedent, the abolishment of the former rule is in part justified by the fact that the specific rule lost its reason to be. Indeed, just like the requirement of identification of fungible goods, the requirement of fulfilment of the condition had the effect of delaying the transfer of risk that would normally take place via execution of the contract. Since the transfer of possession has become the moment of transfer of risk, in many cases the condition will have been fulfilled before the transfer of possession takes place. However, the transfer of possession may also take place before the implementation of condition. In this hypothesis, the question is whether the transfer of possession will be sufficient for the transfer of risk to take place. Given that the new regulation does not provide a specific rule for this situation, the solution is to be found in the general regulation regarding the obligations subject to a condition precedent. According to general principles provided by the TCO, the non-fulfilment of a condition precedent prevents the contract from producing its effects and requires that the contracting parties be put in the same situation as they were before the execution of the contract. Thus, in a case where the sold thing perishes while under the buyer's possession and the condition precedent fails, the transfer of possession cannot be considered as having transferred the risk: the buyer is therefore not under the obligation to pay the price. This solution is explicitly provided for in Article 172 of the TCO regarding profits generated under a contract subject to a condition precedent. Under this provision, the failure of the condition creates, for the creditor, the obligation of restitution with regards to the fruits of the good sold, which means that the transfer of possession did not transfer the profits to the creditor. The same solution can also be legitimately applied to the transfer of risk.⁸¹

⁸⁰ *Contra* ÇETİNER, 2009, p. 102. This author asserts that the offer to perform does not require the identification of the fungible goods; thus, the buyer may be considered as being in default in taking possession even before the identification of the goods.

⁸¹ ÇETİNER, 2009, p. 104.

2.1.2. Rules Maintained by the TCO

With regard to the obligations subject to a condition subsequent, the new regulation does not introduce amendments. This issue will be resolved, as before, in accordance with the general rules regarding obligations subject to a condition subsequent. According to the second paragraph of Article 173 of the TCO, implementation of a condition subsequent terminates the contractual relationship from that moment onwards. In other words, the fulfilment of a condition subsequent does not have a retroactive effect. In accordance with this general principle, the transfer of risk which may have occurred before the fulfilment of the condition will not be affected by this circumstance.

The legislator has also maintained the specific rule provided by former Article 183 regarding the transfer of risk of fungible goods which are to be shipped by the seller. In compliance with the former rule, the TCO provides that if the goods must be sent, the risk is transferred to the buyer when the seller hands over the goods to the carrier for dispatch. Even if the core of the former rule has been preserved, two important amendments have nevertheless been introduced in this respect. First, the legislator emphasizes that the transfer of risk by handing over to the carrier concerns cases where the good must be shipped by the seller “*at the request of the buyer.*” This provision, reproducing Section 447 of the BGB, means that the handing over to the carrier is not sufficient to transfer the risk in cases where the transport of the goods appears to be an obligation of the seller. Indeed, in this case, the handing over of the goods to the carrier cannot be considered the last act of performance that should be accomplished by the seller and, therefore, cannot have the effect of releasing him from the burden of risk. Second, this specific rule regarding the goods to be shipped now applies both to the sale of fungible goods and to the sale of specific goods, while former Article 183 had provided this rule, to the astonishment of scholars,⁸² only for the sale of fungible goods. As a result of these amendments to the sale of goods to be shipped by the seller, Turkish law now stands in line with the CISG and German law.

2.2. Advantages Expected From the New Regulation

The new rules of the transfer of price risk present advantages that the former *periculum est emptoris* rule was not able to provide. Compared to the

⁸² ATAMER, 2000, p. 151-152.

previous solution, connecting the transfer of risk with the transfer of possession provides, above all, a solution more respectful of the *synallagmatic* nature of the contract of sale since it requires, for the contractual price to be earned by the seller, the performance of at least one of his obligations by the seller, namely, the obligation to transfer the possession. The right to obtain the price thus becomes the counterparty for the transfer of the use of the good sold and of profits associated to the practical possibility to use the good.

The fact that the burden of risk is connected to the control of the good also increases the chances of risk prevention. One may object that if the loss or the deterioration of the good was likely to be avoided, the seller would anyway be held liable for its occurrence. But this opinion is not valid in systems such as Turkish law, where the seller is discharged from liability by proving that he took the precautions that a diligent person placed in the same circumstances would have taken to assure the custody of the thing.⁸³ Indeed, the behaviour expected from a normally diligent person is not necessarily equivalent to the best care possible. Therefore, the fact of charging the seller with the burden of price risk could provide a better incentive for the seller to undertake all possible efforts to prevent the loss of the good than the rules of liability for negligent custody.

This solution provided proof facilities as well. For example, it facilitates the implementation of the warranty against hidden defects for the buyer. Indeed, this warranty is due only for defects existing at the time of transfer of risk. However, in the former system, this moment was the execution of the contract. The buyer therefore had to prove that the defect that he discovered at the time of delivery was already present before the execution of the contract.⁸⁴ This regulation used to put the seller in a difficult position. By holding the seller liable for defects that may occur before the delivery of the thing, the current system provides a considerable ease to the buyer with respect to proof of the time period during which the defect came into existence. The new system simplifies, moreover, the transfer of risk in the sale of fungible goods. Indeed, the abolishment of the moment of identification as the criterion of the transfer of risk allows the avoidance of the problem of proof of identification and the conflicts related to it.

⁸³ On the conditions of the discharge of the debtor under Turkish law, see OĞUZMAN & ÖZ, 2014, p. 414.

⁸⁴ Indeed, in the field of warranty against hidden defects, the buyer bears the burden of proof as to the presence of the defects.

In addition, the linking of transfer of risk to the transfer of possession, an externally visible event, better complies with the expectations of lay litigants. Predictability of the legal rule by the lay litigant is crucial to making an optimal use of the instrument which provides the most efficient protection against the occurrence of a risk, namely, the use of the insurance remedy. The compliance of the rule of transfer of risk with the predictions of the lay litigant increases the chances of success of this instrument, providing the possibility of a better distribution of roles in this area, and avoiding the lack of insurance and double insurance.

It must nevertheless be recognized that the rule adopted by the TCO is not as predictable as it could have been. The new regulation could have been more profitable if the criterion of transfer of risk to the buyer had been better explained.

2.3. The Grey Areas of the New Regulation

Under Turkish law, the determination of the moment of transfer of possession as the moment of transfer of risk is not sufficient to understand the criterion of this transfer. Indeed, in a system where ownership is transferred at the time of transfer of possession, the choice of transfer of possession as the moment of transfer of risk can be interpreted in two ways. This choice may be based on the application of the *res perit domino* rule, in the sense that the transfer of possession may have been chosen as the moment of transfer of risk merely because it has also the effect of transferring ownership. It is also possible for the transfer of possession to have been selected as an independent criterion of transfer of risk, for reasons unrelated to the transfer of ownership. We have already exposed that the transfer of risk in German law has been subject to different interpretations on this point.⁸⁵ As Turkish law provides to a large extent the same provisions in this field as German law, it becomes necessary to answer the question of whether the criterion of passage of risk is the transfer of possession itself or the transfer of ownership.

The necessity to resolve this problem arises from the fact that these two interpretations produce different consequences on practical level. As a matter of fact, the rules on transfer of risk and on the transfer of ownership are default rules. The contracting parties are free to agree on different moments than that

⁸⁵ See *supra* II-1.2.

provided by the legislator for the transfer of risk and for the transfer of ownership. The understanding of the philosophy underlying the default rule of transfer of risk then becomes important in order to interpret the contractual clauses which concern exclusively the transfer of risk or exclusively the transfer of ownership. More precisely, the admission of a relation of interdependence between the transfer of risk and that of ownership could lead the courts to interpret the contractual clauses in a way that takes into consideration this interdependence.

To illustrate this point, we can take the example of the contractual use of International Commercial terms (Incoterms). It is known that these clauses do not govern the transfer of ownership, but provide solutions for the transfer of risk. Nevertheless, in a system where the burden of risk is supposed to follow the ownership, the use of Incoterms by the parties may have a different meaning. We know, for example, that the application of the *res perit domino* rule led the French courts to infer from the use of Incoterms the implicit will to submit the transfer of ownership to the transfer of risk, unless the contracting parties explicitly provide that they intend to dissociate the two issues.⁸⁶ Interpretation of the new Turkish system as being based on the *res perit domino* rule could lead to the same result. A similar situation may arise while interpreting retention of title clauses. These clauses delay the transfer of ownership until the fulfilment of certain conditions, including, in most cases, the payment of the entire contractual price by the buyer⁸⁷ and, thus, providing a guarantee of payment to the seller. However, in a system where the passage of risk follows the transfer of ownership, the insertion of a retention of title clause into the contract could be interpreted as delaying the transfer of risk until the transfer of ownership, even though the buyer has already taken possession of the good sold. The question also concerns the sale of immovables. Under the former legislation, the execution of the contract of sale was sufficient to transfer the risk to the buyer, unless the parties had agreed on a later date for the transfer of possession, in which case the priority was given to this latter. However, in the current system, the criterion of transfer of risk has been set as the moment of transfer of ownership unless the parties agree on a later date for the transfer of possession. In this configuration, whether it is the *res perit domino* rule that should be applied is important in order to determine when the risk passes in instances where the parties agree on a delivery date *prior*

⁸⁶ See *supra* II-1.1.

⁸⁷ For examples, see PENNINGTON, 1978, p. 280; CROCQ, 2007, No 2860.

to transfer of ownership.⁸⁸ Indeed, if the *res perit domino* rule were applied, the transfer of possession would not have any effect on the burden of risk, whereas the rejection of this rule would give the transfer of possession the effect of transferring the risk even if the ownership is maintained by the seller. To resolve all of these questions, it is necessary to determine whether the transfer of possession is an independent criterion of risk transfer or whether it means the adoption of the rule *res perit domino*.

Comprehension of the system adopted by the Turkish legislator has not been facilitated by the grounds of the new legislation. On the one hand, in order to explain the reasons for the abandonment of the *periculum est emptoris* rule, the grounds of the new Article 208 refer to the CISG. The legislator thus explicitly shared his intention to adopt a solution which will be consistent with the solution adopted by the CISG. However, we know that the CISG is indifferent to the transfer of ownership. The grounds also indicate German law as a model for the solution and, as we have seen, it is generally accepted that German law connects the transfer of risk to the delivery independently from the transfer of ownership.⁸⁹ These factors allow the presumption that the transfer of possession constitutes an independent criterion of the passage of risk and that the new system does not constitute an application of the *res perit domino* rule.

On the other hand, the same grounds refer explicitly to the necessity to follow the *res perit domino* rule as one of the reasons why the former system has been abandoned. In addition, the solution adopted for the sale of immovables does not really follow German law. Under the current system, the criterion of risk transfer is the transfer of ownership, unless the parties agree on a later time for delivery, while in the BGB, the delivery constitutes the moment of transfer of risk both for movables and immovables. It is important here to recall that until the reform of 2002, Section 446 of the BGB had a second paragraph which provided that in instances of acquisition of the ownership by the effect of registration prior to delivery, the transfer of risk to the buyer was to take place at the time of transfer of ownership.⁹⁰ By removing this

⁸⁸ ÇETİNER, 2009, p. 101.

⁸⁹ See *supra* II-1.2.

⁹⁰ “Wird der Käufer eines Grundstücks oder eines eingetragenen Schiffs oder Schiffsbauwerks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch, das Schiffsregister oder das Schiffsbauregister eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein”.

provision in 2002, the German legislator wanted to display that ownership can by no means constitute the grounds for the burden of price risk. Yet, the Turkish legislator did not follow the German example on this point and preferred to adopt the system of the BGB prior to the reform of 2002, which may be interpreted as a sign of the desire to give a function to the transfer of ownership in the field of transfer of risk.

It follows from the foregoing that the doubts arising from the new provisions are far from having dissipated by the grounds of the law. There remains, therefore, an imprecision on whether the transfer of possession is an autonomous criterion of transfer of risk. Under these circumstances, court practice will specify if and to what extent the transfer of ownership will affect the interpretation of the new regulation.⁹¹ Nevertheless, it seems likely that the interpretation will take into consideration the worldwide evolution of the solution of transfer of price risk, namely, the increasingly common admission of transfer of possession as the criterion of transfer of risk regardless of considerations related to the ownership.

CONCLUSION

The problem of the passage of price risk in sales contracts refers to the question of whether a buyer is obligated to pay the contractual price for the good sold despite the accidental loss or deterioration of the good sold. Turkish law, which followed the Swiss model and used the *periculum est emptoris* rule to resolve this problem, abandoned this solution. This decision has been well received since the inability of the former rule to provide a satisfying solution has for a long time been underlined by courts and scholars, because it did not take into consideration either the transfer of ownership or the delivery of the good sold. The implementation of the *synallagmatic* nature of the contract of sale could have been achieved two ways: the legislator had to connect the passage of risk either to the transfer of ownership or to the transfer of possession, each constituting the performance of one of the principal obligations of the seller. The choice has been made in favour of a system which links the passage of risk to the transfer of possession in the

⁹¹ For an interpretation which seems to give the priority to the transfer of possession regardless of transfer of ownership, see, Court of Cassation, 13. civil chamber, 01.07.2013, E. 2013/13389, K. 2013/18038.

sale of movables and to the transfer of ownership in the sale of immovables. Thus, as far as movables are concerned, Turkish law moved, at least at first sight, closer to the principles adopted by the CSIG in his field and is now able to achieve the practical advantages of connecting the transfer of risk to the possibility of an efficient control over the thing sold. Nevertheless, the fact that in Turkish law the transfer of possession also has the effect of transferring ownership creates difficulties with respect to the comprehension of the system adopted by the legislator. It is indeed possible to ask whether the transfer of possession is an autonomous criterion of transfer of risk or has been chosen with regard to its effect on transfer of ownership, in which case, the burden of risk should follow not possession and the possibility of control arising from it, but the ownership of the good sold. The clarification of this point is crucial in order to determine when the transfer of risk will take place in cases where the transfer of possession, for some reason, does not take place at the same time as the transfer of ownership. The creation of an imprecision on this point is regretful and will considerably diminish the scope of the advantages expected to arise from the new regulation until the courts present their interpretation of this point.

BIBLIOGRAPHY

- AKKANAT Halil, “Gefahrtragung beim Internationalen Versendungskauf nach UN-Kaufrecht”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, V. 35/52, 2003, p. 269.
- ATAMER Yesim, “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı - Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m.183’ün Farklı Okunması Gereği”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, 2000, p. 131.
- AYİTER Kudret, “Roma Hukukunda Alım Satım Aktinde Hasarın İntikali” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, V. 14, 1957, p. 122, available at <<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1957-14-01-04/AUHF-1957-14-01-04-Ayiter.pdf>> (last visited on September 2, 2015).
- BETTI Emilio, “Zum Problem der Gefahrtragung Bei Zweiseitig Verpflichtenden Vertragen”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**, V. 82, 1965, p. 13.
- BONELL Michael Joachim, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, **American Journal of Comparative Law**, V. 56, 2008, p. 1.
- BRIDGE Michael, “The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)”, **Sharing International and Commercial Law Across National Boundaries** (Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter eds., 2008), available at <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge4.html>> (last visited on September 2, 2015).
- BÜCHER Eugen, “Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, V. 89/1, 1970, p. 281.
- BÜCHER Eugen, “The Position of the Civil Law of Turkey in the Western Civilisation”, **Annales de la faculté de droit d’Istanbul**, V. 32/49, 2000, p. 8.
- BÜCHER Eugen, “Römisches Recht: Dessen Gewundene Wege bei seinen Rezipienten”, **Spuren des Römischen Rechts: Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag** (Pascal Pichonnaz, Nedim Petr Vogt, Stephan Wolf eds. 2007), p. 137, available at <http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/A101.pdf> (last visited on September 2, 2015).
- BÜCHER Eugen, “Gefahrübergang”, **Lausanner Kolloquium** 1984, Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung ed., Zürich 1985, p. 207.

- CHAZAL Jean-Pascal & VICENTE Serge, “Le transfert de propriété par l’effet des obligations dans le Code Civil”, **Revue trimestrielle de droit civil**, 2000, p. 477.
- CORBIN Arthur L., “Frustration of Contract in the United States of America”, **Journal of Comparative Legislation and International Law**, V. 29, 1947, p. 1.
- CROCQ Pierre, “Clause de réserve de propriété”, **Jurisclasser Contrats-Distribution**, Fascicule 2007, no 2860.
- ÇAKIRCA Seda İrem, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S.65, 2007, p. 177.
- ÇAKIRCA Seda İrem, “Passing of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the New Turkish Code of Obligations from a Comparative Perspective”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, V. 16, 2012, p. 91.
- ÇETİNER Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 67, 2009, p. 97.
- DANIELS William G., “The German Law of Sales. Some Rules and Some Comparisons”, **American Journal of Comparative Law**, S. 6, 1957, p. 470.
- DESHAYES Olivier, “Théorie des risques”, in **Répertoire civil Dalloz**, Fascicule May 2009, no 4.
- DESHAYES Olivier, “Les nouvelles règles européennes d’attribution des risques de la chose transportée: un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance?”, **Revue des contrats**, V. 1, 2012, p. 88.
- EISENBERG Melvin A., “Impossibility, Impracticability, and Frustration,” **Journal of Legal Analysis**, V. 1, 2009, p. 207.
- ERAUW Johan, “CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, **Journal of Law and Commerce**, V. 25, 2005-2006, p. 203.
- GAKWERERE Jean Paul, “Que reste-t-il du transfert consensuel de la propriété des biens meubles en droit canadien? Considérations sur la codification d’un principe dans un système bijuridique”, **Cahiers de droit**, V. 46, 2005, p. 671.

- GERKENS Jean-François, “Observations sur l’adage: Periculum est emptoris”, **Les cahiers du centre de recherches en histoire du droit et des institutions (Cahiers CRHIDI)**, V. 17, 2002, p. 117, available at <<http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/57921/1/PericulumORBi.pdf>> (last visited on September 2, 2015).
- HAGER Günter, **Die Gefahrtragung beim Kauf: Eine Rechtsvergleichende Untersuchung**, Metzner, 1982.
- HERMAN Shael, “The Uses and Abuses of Roman Law Texts”, **American Journal of Comparative Law**, V. 29, 1981, p. 671.
- KEYES W. Noel, “Toward a Single Law Governing the International Sale of Goods-A Comparative Study”, **California Law Review**, V. 42, 1954, p. 653.
- MARCHAND Sylvain, “L’évolution de la jurisprudence récente en matière de contrats de vente (1994-2004)”, **Evolution récente du droit des obligations**, CEDIDAC ed., 2004, p. 69.
- OGUZMAN Kemal & ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, İstanbul, 2014.
- PENNINGTON, Robert R., “Retention of Title to the Sale of Goods under European Law”, **International & Comparative Law Quarterly**, V. 27, 1978, p. 277.
- POTHIER, Robert Joseph, “At Whose Risk a Thing Sold is During the Intermediate Time between the Contract and the Delivery”, (excerpt from Treatise on the Contract of Sale), **The American Jurist and Law Magazine**, V. 20, 1838-1839, p. 286.
- ROTH P.M., “The Passing of Risk”, **American Journal of Comparative Law**, V. 27, 1979, p. 291.
- SCHÖNLE Herbert, “Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale”, **Mélanges a la mémoire du Professeur Haluk Tandoğan**, Ankara, 1990, p. 259.
- SCHWARZ Andreas B., “Satış Aktinde Hasarın İntikali”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, V. 4, 1947, p. 159.
- SEALY Len, “Risk in the Law of Sale”, **Cambridge Law Journal**, V. 31, 1972, p. 225.
- SERIAUX Alain, “La notion de contrat synallagmatique”, **Le contrat au début du XXème siècle – études offertes a Jacques Ghestin**, LGDJ, 2002, p. 777.

- SERIAUX Alain, “Res perit domino”, **Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l’honneur de Yves Serra**, Dalloz 2006, p. 387.
- SEROZAN Rona, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm III (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme)**, Istanbul, 2014.
- SEVÓN Lief, “Passing of Risk”, **Lausanner Kolloquium** 1984, Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung ed., Zürich, 1985, p. 191, available at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sevon3.html>> (last visited on September 2, 2015).
- TANDOGAN Halûk, “L’influence des codes occidentaux sur le droit privé turc, en particulier la réception du code civil suisse en Turquie”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, V. 22-23, 1965-1966, p. 417.
- THIEFFRY Patrick, “Le droit américain des contrats et le nouveau droit de la vente internationale”, **Revue française d’études américaines**, V. 35, 1988, p. 119.
- TORSELLO M., “Transfer of Ownership and the 1980 Vienna Sales Convention: A Regretful Lack of Uniform Regulation?”, **International Business Law Journal**, 2000, p. 939.
- VAN DEN BERGH Rena, “Perfecta emptione periculum est emptoris: Why all the fuss?”, **Journal of South African Law**, 2008, p. 623.
- VISSER Evelien, “Favor Emptoris: Does the CSIG Favor the Buyer?”, **University of Missouri-Kansas City**, V. 67, 1998-1999, s. 77.
- VON HOFFMAN Bernd, “Passing of Risk in International Sales of Goods”, **International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures**, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., 1986, p. 265, available at <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>> (last visited on September 2, 2015).
- VON JHERING Rudolph, “Théorie des risques dans le contrat de vente”, **Œuvres choisies**, T.1, A. Marescq ed., O. de Meulenaere trans., 1893, p. 102.
- WACKE Andreas, “Casum sentit dominus: Liability for Accidental Damages in Roman and Modern German Law of Property and Obligation”, **Journal of South African Law**, 1987, p. 318.
- WATSON Alan, “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”, **Law and History Review**, V. 2, 1984, p. 1.

YARON Reuven, “Remarks on consensual sale (with special attention to periculum emptoris)”, **Roman Legal Tradition**, V. 2, 2004, p. 70, available at <<http://romanlegaltradition.org/contents/2004/RLT-YARON1.PDF>> (last visited on September 2, 2015).

ZIMMERMANN Reinhardt, **The Law Of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition**, 1990.

Poliçede Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Talep Hakkı

Dr. Fülürya YUSUFOĞLU*

Özet: Kambiyo senedine dayanan bir talepte borçlu, borcunu ifa etmezse, hamil elindeki senede dayanarak takip hakkına sahip olur. Bu takip, kanun tarafından belirtilen sürelerde gerçekleşmezse, talep zamanaşımına uğramış olur. Aynı sonuca yol açan bir diğer düzenleme de hamilin, poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasını ihmal etmiş olmasıdır. Her iki halde, düzenleyenin veya kabul edenin poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş olur. Ancak TTK md. 732/1, bu durumlarda dahi düzenleyen veya kabul edenin poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalacaklarını düzenlemiştir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvuru sebepleri sınırlayıcı bir şekilde belirtilmiştir. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin yöneltilebilmesinin temel şartı poliçeden doğan hakların sona ermesidir. Bunun dışındaki bir sebepten dolayı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talebin amacı, kambiyo hukukundaki katı şekil kurallarının nispeten de olsa yumuşatılmasıdır. Buradaki sebepsiz zenginleşme kavramı, sebep ve sonuçlar bakımından, BK’da düzenlenen sebepsiz zenginleşme kavramından farklıdır. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep hakkı TTK md. 732/4’e göre bir yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur.

Anahtar kelimeler: Poliçe, sebepsiz zenginleşme, poliçeden doğan hakların ileri sürülmemesi, hamil, muhatap, keşideci.

Unjust Enrichment Claims Related to the Bill of Exchange

Abstract: In the event that the holder fails to comply with the time limits for presentation of a sight bill or an after-sight bill, for protest for non-acceptance or for non-payment, for presentation for payment of bills bearing the comment “no protest”, he forfeits his rights against the endorser, the drawer and all other parties liable on the bill,

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

with the exception of the acceptor. In the event that the holder fails to comply with the time limit for presentation for acceptance prescribed by the drawer, he forfeits his right of recourse for non-acceptance and for non-payment, unless the wording of the comment shows that the drawer intended to exclude only liability for acceptance. To the extent that the drawer of a bill of exchange and the acceptor are unjustly enriched to the detriment of the holder, they remain obliged to the holder even where their bill liability has become timebarred or extinguished on account of failure to take the actions required by law to sustain the entitlement under the bill of exchange. The claim for unjust enrichment also exists against the drawee, the domiciliate and the person or company for whose account the drawer issued the bill.

Keywords: Bill of exchange, unjust enrichment, forfeiture of rights related to the bill of exchange, failure to take the action required by law, holder, drawer, acceptor.

Giriş

Zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmesi dolayısıyla, düzenleyenin veya kabul eden muhatabın poliçeden doğan yükümlülükleri sona ermiş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar.

Bilindiği gibi poliçe kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemelerde en ayrıntılı olarak düzenlenen ve diğer kambiyo senetlerine referans oluşturan kambiyo senedi türüdür. Bono ve çek ile ilgili düzenlemelerde ise poliçeye atıfta bulunulmuştur¹. Yeni TTK'nın, bonoya uygulanacak poliçe hükümlerini gösteren md. 778/1-d'de sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen TTK md. 732'ye açık atıf bulunmaktadır². TTK md. 818/1-m'nin açık atfı ile, poliçedeki sebepsiz zenginleşme hükümlerinin çekler için de uygulanacağı belirtilmiştir³.

Poliçe üçlü bir hukuki ilişkiyi düzenlediği için, bono ve poliçe arasında

¹ Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013, s. 281; Fırat **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012, s. 215; **Ülgen/Helvaci**, Hüseyin **Ülgen** / Mehmet **Helvacı**/Abuzer **Kendigelen**/Aslan **Kaya**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 99; Hayri **Bozgeyik**, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003, s. 21; Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, s. 149; Hasan **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2012, s.87, s. 105.

² Eski TTK'da, bonoya uygulanacak poliçe hükümlerini gösteren md. 690'da, sebepsiz zenginleşme ile ilgili hükme atıf yoktu.

³ Eski TTK md. 730/14'de açık bir şekilde, poliçedeki sebepsiz zenginleşme hükümlerinin çekler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir.

müracaat hakkı ile ilgili birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda da inceleneceği gibi kabul için ibraz sadece poliçede bulunmaktadır. Çek bir kredi değil, bir ödeme aracı olduğu için, kabul söz konusu değildir ve çek üzerinde muhatap tarafından yazılan kabul beyanı yazılmamış sayılır (TTK md. 784)⁴. Çekte bu kabul yasağı ile bankanın çek yaprağı başına üstlendiği ödeme yükümlülüğü dışında kambiyo borcu altına girmemesi, hamil bakımından çekin ibraz edilmesi durumunda ödenmemesi riskini artırmaktadır⁵.

Poliçe ilişkisinde muhatap, kabul etmediği sürece, kambiyo ilişkisine yabancıdır; kabul ederse kambiyo ilişkisine dahil olur ve asıl borçlu haline gelir. Muhatabın kabul etmemesi durumunda, düzenleyen müracaat borçlusu olmaktadır.

Sebepsiz zenginleşme talebi, TTK md. 730'da düzenlenen başvurma hakkının düşmesi veya TTK md. 749'da düzenlen zamanaşımı sürelerinin sona ermesi dolayısıyla, sebepsiz zenginleşene karşı hamile tanınan bir haktır⁶.

I. Poliçede Sebepsiz Zenginleşmenin Koşulları

A. Genel Bakış

TTK md. 732, poliçe hamilinin sebepsiz zenginleşme talebinde bulunmasının koşullarını düzenlemektedir. Bu hükme göre, zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmiş olması dolayısıyla, düzenleyenin veya kabul edenin poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar. Görüldüğü gibi, kambiyo senedine özgü sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkını ileri sürebilmek için iki ihtimal bulunmaktadır: (1) müracaat haklarının

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Ramazan **Durgut**, “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, İBD (İstanbul Barosu Dergisi), C.80, S.3, Yıl 2006, s. 985-1004; Ahmet **Tamer**, Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek, Bankacılar Dergisi, S. 87, Aralık 2013, s. 3-17.

⁵ Hamilin güvence ihtiyacı, uygulamada “teyitli çek” türünü çıkarmıştır. Teyitli çekler Kanunda açıkça düzenlenmemekle beraber, uygulamada ve Yargı İçtihatlarında, bu ihtiyaca karşılık olarak çıkmış olan özel bir çek türüdür. Teyitli çek, garantili çek, banka çeki, kabul yasağının getirdiği güven ihtiyacının sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz, Tamer, s. 3-4.

⁶ Hayri **Bozgeyik**, “Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme” (Anılış, Sebepsiz Zenginleşme), AÜHFD, C. VII, S. 1-2 (Haziran 2003), (s. 589- 628), s. 591, 595.

kullanılmamasından dolayı poliçeye bağlı taleplerin düşmesi, (2) zamanaşımı sebebiyle poliçeden doğan yükümlülüklerin düşmesi. Sebepsiz zenginleşmeye özgü koşullar üzerinde biraz daha ayrıntılı durulmalıdır.

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvuru sebepleri sınırlayıcı bir şekilde belirtilmiştir. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin yöneltilebilmesinin temel şartı poliçeden doğan hakların sona ermesidir. Bu sona erme, zamanaşımının süresinin sonuna kadar hakların kullanılmamasından kaynaklanabileceği gibi, müracaat hakkının düşmesinden de kaynaklanabilir. Bunun dışındaki bir sebepten dolayı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez. Örneğin poliçenin kaybolması, sebepsiz zenginleşme talebine dayanak teşkil etmez⁷.

Her ne kadar senedin zilyedliğinin başvuran hamilde bulunması şart olsa da, TTK md. 732'ye dayanan talep, poliçeden doğan hakların yerine geçmez. Sebepsiz zenginleşme hükümleri, hakkın düşmesinden sonra ortaya çıkan yeni bir talep hakkının doğumuna sebep olur⁸. Bundan dolayı sebepsiz zenginleşme hakkının ortaya çıkması için geçerli bir poliçenin varlığı şart olsa da, TTK md. 732'de düzenlenen hak, poliçeye bağlı olan olağan haklardan değildir.

TTK md. 732'ye dayandırılan talep, kambiyo senetlerine özgü olağan ve tipik bir talep hakkı olmasa da, son tahlilde kambiyo ilişkisinden doğan bir taleptir. Zira böyle bir talebin ileri sürülebilmesi ancak bu ihtimalde, tam ve geçerli bir kambiyo senedinin varlığını gerektirir. Bir diğer ifade ile zamanaşımına uğramamış veya müracaat hakkı düşmemiş olsaydı bir alacak var olacaksa, sebepsiz zenginleşmeye konu bir talep söz konusu olabilir⁹.

⁷ Karş. Yaşar **Karayağçın**, Ticaret Hukuku Dersler, C. II: Ticari Senetler, Ankara 1970, s. 340, s.373, birinci fıkrada bulunan “bile olsa” ifadesi dolayısıyla, sebepsiz zenginleşme hallerinin zamanaşımı ve hakların düşmesiyle sınırlı olmadığını, poliçenin kaybedilmesi halinde de sebepsiz zenginleşme talebinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Benzer şekilde Domaniç de, senedin poliçe karakterini haiz olmaması veya senetteki imzaların sahibini bağlamaması halinde de sebepsiz zenginleşme talebinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir; bkz, Hayri **Domaniç**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975, s. 355; bkz, Ömer **Özkan**, “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. (507-533), s. 519, 522.

⁸ **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 595; **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 7-10; Antoine **Eigenmann**, Commentaire Romand, Code des Obligations II, (éditeurs: Pierre Tercier/Marc Amstutz) Bale 2008, s. 2397.

⁹ **Özkan**, s. 518; P. **Arminjon** et P. **Carry**, La lettre de change et le billet à ordre, Paris 1938, No 383, p. 426-427.

Eğer hamile karşı ileri sürülebilecek bir def'i zaten bulunmaktaysa, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunan hamile karşı bu def'i yine ileri sürülebilir¹⁰. Kendisine karşı sebepsiz zenginleşme talebiyle başvuru muhatap veya keşideci, mutlak def'ilere veya hamile karşı ileri sürebileceği kişisel def'ilere dayanabilir.

B. Müracaat Hakkının Düşmesi

Policeyi kabul etmek suretiyle kambiyo sorumluluğu altına giren muhatap poliçenin asıl borçlusu haline gelir ve hamile karşı birinci derecede sorumlu olur. Bundan dolayı kabul eden muhatapın hamile karşı olan sorumluluğu birincil nitelikte, muhatapın kabul etmemesi halinde düzenleyenin hamile karşı olan sorumluluğu ise ikincil nitelikte olarak tanımlanmıştır¹¹.

Muhataap, policeyi kabul ederek, yabancı olduğu kambiyo ilişkisinin asıl borçlusu haline gelir. Muhataapın bu sorumluluğu, poliçenin ön yüzüne imza atması veya arka yüzüne kabul ettiğine dair beyanda bulunmasıyla başlar¹².

1. Policede Vade ve Ödememeye Bağlanan Müracaat Hakkının Düşmesi

Police alacağının vade tarihi, muacceliyet tarihidir. TTK md. 703 dört tür vade öngörmüş ve bu vadelerin başka şekilde yazılması veya birbirini ta-

¹⁰ **Bozgeyik**, s. 601. Yarg. 11. HD'nin, E. 1992/2977, K. 1993/3444, T. 13.5.1993 tarihli kararına göre, "TTK'nun 644. maddesi zamanaşımına uğrayan veya süresinde ibraz edilmeyen çekler sebebiyle takip hakkını kaybeden hamilin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre keşideciye başvurabilme şart ve imkanını getirmiştir. Buna göre keşideciye başvurabilmek için hamilin müracaat hakkını kaybetmesinden önce bu çekle bir talep hakkının bulunmuş olması, müracaat hakkını kaybetmesi neticesi hamilin zararının doğması ve nihayet keşidecinin hak sahibi hamil aleyhine zenginleşmiş olması halinde hamilin keşideciye karşı talepte bulunabileceği kabul edilmiştir." Karar için bkz, www.kazanci.com.tr.

¹¹ Hayri **Bozgeyik**, Policede Müracaat Hakkı, Ankara 2003, s. 25,26. Ancak yazar, eserinin sonrakı sayfalarında şu hususu belirtmektedir: "muhataapın asıl borçlu sıfatının bulunmadığı veya asıl borçlu sayılmadığı hallerde söz konusu sıfat policede en son ödeme yükümlüsünün kim olduğu ve senedin kimin kredisine dayandığı kriterlerine göre belirlenir; bu da keşidecidir. Bu halde keşideci, sorumluluk zincirinin ilk halkasını oluşturduğundan, herkesin kendisine müracaat edebildiği fakat kendisinin kimseye müracaat edemediği kimse konumundadır." Bkz, s. 32.

¹² Ramazan **Durgut**, Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 2005, s. 29,30.

kip eden vadenin yazılması halinde poliçeyi batıl kabul etmiştir. Bu vadeler; görüldüğünde, görüldükten belli bir süre sonra, düzenlendikten belli bir süre sonra ve belirli bir gün şeklindedir¹³.

Ödeme ile ilgili olarak bono ve çekin özelliklerinin belirtilmesi gerekir. TTK md. 778 bonoyu düzenlemekte ve vade ile ilgili olarak TTK md. 703 ve 707 maddelerine yollama yapmıştır. Buna göre poliçeye konulabilecek dört tür vade bono bakımından da geçerlidir. Ancak bonoda vade, poliçede olduğu gibi esaslı bir şekil şartı değildir. Bonoda vade belirtilmemişse, görüldüğünde ödenir¹⁴. Çekte ise vade yoktur, vade konulmuşsa yazılmamış hükmündedir. Çek, düzenleme gününden itibaren işlemeye başlayan ibraz süresi içinde ödenmelidir. Çek görüldüğünde ödenir (TTK md. 795/1, ÇekK, md.3/1).

TTK md. 708/1'e göre, belirli bir günde veya düzenleme gününden ya da görüldükten belli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin hamili, poliçeyi ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödemek üzere ibraz etmelidir. Görüldüğünde vadeli poliçede ibraz süresi düzenleme tarihinden itibaren bir yıldır. Poliçenin düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi vadenin geçirilmesi hükmündedir. Poliçe vadesinde ibraz edilmiş ve kabul eden muhatap veya muhatabın kabul etmemesi halinde düzenleyen tarafından ödenmemişse, ödememe protestosunun düzenlenmesi gerekir. Bu durumda hamil, ödemeyen borçlu dışındaki kambiyo senedi sorumlularına karşı müracaat etme hakkına sahip olur.

Görüldüğünde vadeli poliçede ibraz süresi düzenleme tarihinden itibaren bir yıldır. Poliçenin düzenleme tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi vadenin geçirilmesi hükmündedir. Poliçe vadesinde ibraz edilmiş ve kabul eden muhatap veya muhatabın kabul etmemesi halinde düzenleyen tarafından ödenmemişse, ödememe protestosunun düzenlenmesi gerekir.

¹³ Poliçelerde ibraz, muaccel olan borcun talep edilmesidir. Poliçedeki para borcu vadede muaccel olur. Yukarıda belirtilen vadelerden sadece görüldüğünde ödenecek poliçede ibraz tarihi muacceliyet tarihidir. Diğer poliçelerde muacceliyet tarihi vade tarihidir. TTK md. 708/1'e göre, belirli bir günde veya düzenleme gününden ya da görüldükten belli bir süre sonra ödenecek bir poliçenin hamili, poliçeyi ödeme gününde veya onu izleyen iki iş günü içinde ödemek üzere ibraz etmelidir. **Poroy/Tekinalp**, s. 213; **Kaya**, (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya), s. 183 vd; Şükrü **Yıldız**, "Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, (Anılış: Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı), s. 825-826; Pulaşlı, s. 129 vd.

¹⁴ **Ülgen** (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya), s. 132 vd; **Poroy/Tekinalp**, s. 283.

Kabule ibrazın zorunlu tutulduğu poliçelerde (görüldükten belirli süre sonra ödenecek poliçeler ve düzenleyen tarafından kabule zorunlu kılınan poliçeler), poliçenin kabul edilmesine rağmen, vadesinde muhatap tarafından ödenmemesi halinde, ödememe protestosunun çekilmesi gerekir.

Kabule ibrazın zorunlu olmadığı poliçelerde (belli günde ödenecek poliçeler ve düzenlendikten belli bir süre sonra ödenecek poliçeler), poliçe ödeme için ibraz edildiğinde ödenmemişse, müracaat hakkının düşmemesi için ödememe protestosunun çekilmesi gerekir.

Vadesinde ödeme için ibraz edilmesine rağmen ödenmeyen poliçelerle ilgili olarak, protestosuz/gidersiz kaydı olmadığı sürece, müracaat hakkının kullanılması için, ödememe protestosunun çekilmesi gerekir.

Poliçelerde kabul etmemeye veya ödememeye bağlı müracaat hakkının düşmesi, hamilin, poliçe borçluları olan ciranta, avalist, lehtara karşı başvurup onların sorumluluğuna gidememesi, poliçe bedelini onlardan talep edememesi anlamına gelir.

2. Kabul İçin İbraza Bağlanan Müracaat Hakkının Düşmesi

a. Kabul Etmemenin Genel Sonuçları

Kabul sadece poliçede söz konusudur, zira hem poliçede, hem çekte üçlü bir ilişki bulunmakla birlikte sadece poliçede, poliçeyi kabul etmesi şartıyla senedi meydana çıkaran kişi olan düzenleyen dışındaki bir kişinin asli borçlu sıfatıyla senedi ödemesi gündeme gelmektedir. Bononun özünde ikili bir ilişki için ve bonoda muhatap bulunmadığı için kabul söz konusu değildir. Çek ise, her ne kadar nitelikli bir havale ilişkisi olarak kabul edilse de, banka hiçbir zaman kambiyo ilişkisinin tarafı olmadığı için, açıkça kabul yasağı bulunmaktadır.

Muhatap, düzenleyenle arasındaki ilişkiye bağlı olarak senedi ödemeyi kabul edebilir veya reddedebilir¹⁵. Düzenleyen ve muhatap arasında senedin

¹⁵ Örneğin muhatabın düzenleyenle arasında bir hukuki ilişki doğmamışsa veya düzenleyen kendi borcunu ifa etmemişse, muhatap kendisine kabul için ibraz edilen senedi kabul etmeyebilir. Muhatapla düzenleyen arasında geçerli bir hukuki ilişkinin varlığı durumunda bile muhatap senedi kabul etmek zorunda değildir. Böyle bir durumda düzenleyen, muhatapla olan iç ilişkiye dayanarak muhataba karşı bir takım taleplerde bulunabilir, ancak muhatabı senedi kabul etmeye veya ödemeye mecbur bırakamaz. Ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, düzenleyen ile muhatap arasında bir anlaşmanın bulunması halinde, muhatabın kabul etmesi amacıyla dava edilebilir. Bu konuda bkz, **Domaniç**, s.178.

kabul edilmesi ve ödenmesi konusunda bir ilişkinin bulunduğu durumlarda dahi, muhatap bu senedi kabul etmeyebilir ve bu şekilde kambyo ilişkisine taraf olmaz¹⁶. TTK md. 698/1'e göre muhatap poliçeyi kabul ederse kambyo ilişkisine dahil olur ve esas borçlu konumuna gelir¹⁷.

TTK md. 691'e göre poliçeyi kabul için ibraz etmek kural olarak ihtiyari-dir. Kabule arzın ihtiyari olduğu durumlarda, poliçe vadeye kadar olan sürede muhataba ibraz edilebilir veya ibraz edilmeyerek ödeme için ibraz edilir. Ancak bazı hallerde poliçenin kabule arzı zorunlu kılınabilir veya yasaklanabilir (TTK md. 691).

Belirli vadeli poliçenin söz konusu olduğu durumlarda ve düzenlendikten belli bir süre sonra ödenecek poliçeler bakımından vade tarihine kadar poliçenin kabul için ibrazının ihtiyari olduğu kabul edilir.

Ancak görüldüğünde ödenecek poliçeler bakımından doktrinde bir fikir ayrılığı bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, görüldüğünde ödenecek poliçelerin kabule arz edilmesi mümkün değildir, zira bu poliçeler özellikleri itibariyle görüldüğünde ödenecektir (TTK md. 704/1)¹⁸. Bizim de katıldığını-

¹⁶ Ancak bu durumda düzenleyenin muhataba karşı sözleşmeye aykırılıktan dolayı talepte bulunması söz konusu olabilir. Netice itibariyle muhatap poliçeyi kabule zorlanamaz ve muhatap poliçeyi kabul etmediği sürece kambyo ilişkisine taraf olmaz.

¹⁷ **Ülgen (Ülgen/ Helvacı/ Kendigelen/ Kaya)**, s. 113. Bu soyut bir taahhüttür. Poliçe nama yazılı olarak düzenlenmiş ise, senet alacağın temlik hükümlerine göre devredilir. Senedi devralan kişi, bu ilişkideki alacağı devraldığı için, şahsi def'iler devralana karşı da ileri sürülebilmektedir. Devralan şahsi def'ilere karşı korunmamaktadır. Alt ilişkiden doğan tüm defiler hamile karşı ileri sürülebilir. Nitekim TTK md. 687/2'den anlaşıldığı üzere, nama yazılı olarak düzenlenen poliçede, kendisine başvuru, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuran hamile karşı ileri sürebilir. Fikrimizce burada "başvuru alan kişi" kambyo ilişkisi içerisindeki kişidir. Yoksa muhatap değildir. Muhatap, sonradan poliçeyi kabul etse dahi, ciro ile devir ilişkide bulunmadığından dolayı, düzenleyenin şahsi def'ilerini devralmaz. **Pulaşlı**, s. 139; **Reha Poroy/Ünal Tekinalp**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013, s. 82-83. **Poroy/Tekinalp**'in verdiği örneği burada aktarmakta fayda görmekteyiz, nama yazılı senedin sırasıyla A, B, C, D ve E'ye devredilmişse, senet borçlusu A, B, C ve D'ye karşı ileri sürebileceği def'ileri E'ye karşı ileri sürebilir.

¹⁸ Bu görüş için bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 147, 174; **Ülgen(Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya)**, s. 114,115. Böyle bir poliçenin düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde ödenmesi için ibrazı gerekir. Düzenleyen bu süreyi kısaltabileceği gibi, daha uzun bir süre de belirleyebilir. İbraz süreleri cırantalar tarafından kısaltılabilir. Düzenleyen, görüldüğünde ödenecek bir poliçenin belirli bir günden önce ödenmek üzere ibraz edilmeyeceği hakkında şart koyabilir. Bu takdirde ibraz süresi o tarihten başlar. Bu poliçelerin kabul için ibraz edilmemesi esastır.

mız ikinci görüşe göre, görüldüğünde ödenecek poliçenin, her ne kadar kabule arzı gerekli olmasa da, yasak da değildir¹⁹.

Kabul etmeye arzın zorunlu olmadığı tüm durumlarda, kabul edilmemesine rağmen kabul etmeme protestosunun çekilmemesi, sadece erken başvuru hakkını sona erdirir, yoksa ödeme için ibraz hakkı sona ermez. Hamil vadeden önce müracaat hakkını kullanmaya zorlanamaz ve vadesinde muhataba ödeme için ibraz edebilir. Zira poliçenin vadeden önce ödenmesinin talep edilmesi halinde, iskonto sistemi işleyecektir (TTK md. 725/2). Oysa hamil bu sistemi uygulamak istemeyebilir.

b. Kabule İbrazın Zorunlu Olduğu Hallerde Müracaat Hakkının Düşmesi

Kabule arzın zorunlu olduğu haller özel bir önem taşır. Zira kabule arz edilmesi zorunlu olmasına rağmen, poliçe süresinde kabule arz edilmezse, hamil değil sadece kabule ilişkin başvuru haklarını, aynı zamanda ödememesine ilişkin başvuru haklarını kaybeder²⁰. İşte bu durumlarda, TTK md. 732'ye göre, ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ve sadece düzenleyene karşı müracaat hakkı kalır.

(1) Görüldükten Belirli Bir Süre Sonra Ödenecek Poliçede

Görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart kılınan poliçelerin, düzenlenme gününden itibaren bir yıl içinde kabule arz edilmesi gerekir. Düzen-

¹⁹ Görüldüğünde ödenecek poliçelerde kural poliçenin ibrazında ödenmesidir. Bu açıdan senedin vadesini belirleme yetkisi esasen hamildedir. Zira senedin ödenmek üzere ibraz edilmesi halinde, vadesi gelmiş kabul edilir. Poliçenin, doğrudan ödeme yapılması amacıyla ibraz edilmesi halinde vadenin belirlendiği; ancak poliçenin kabul amacıyla ibraz edilmesi halinde, hamilin iradesine rağmen ve Kanunda bunu yasaklayan bir hükmün bulunmamasına rağmen ibrazın ödeme için ibraz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hamilin vadeyi belirlediği güne kadar, muhatabın kambyo ilişkisine girip girmeyeceğini öğrenmesi, kendi lehine bir durumdur. Poliçenin “görüldüğünde ödenecek vadeli” olması, ancak bu iradeyle ibraz edilmesi halinde söz konusu olmalıdır. Kabul amacıyla ve muhatabın kambyo ilişkisine taraf olup olmayacağının tespit bakımından ibraz halinde bu ibrazın doğrudan doğruya vade olarak kabul edilmesi, hamilin aleyhine bir düzenlemedir. Naci **Kınacıoğlu**, “Görüldüğünde Ödenecek Poliçeler”, BATİDER, Ocak 1968, C.IV, S. 3, s. 480-482; **Yıldız**, Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, s. 831-934; **Öztan**, s. 98,99; Fırat **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 527; **Bozgeyik**, Poliçede Müracaat Hakkı, s. 129.

²⁰ **Ülgen(Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya)**, s. 117; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 600; **Öztan**, s. 162.

leyen bu süreyi uzatabilir, cirantalar ise bu süreyi sadece kısaltabilirler (TTK md. 693)²¹. TTK md. 705'te de belirtildiği gibi, muhatabın poliçeyi kabul etmemesi halinde vade bu tarih esas alınarak belirlenir²². Müracaat hakkının kullanılabilmesi, ibrazın bu süre içinde yapılmasına bağlıdır. Poliçenin ibraz edilmesine rağmen kabul edilmemesi halinde, müracaat hakkının kullanılabilmesi, kabul etmeme protestosunun bu sürede yapılmasına bağlıdır²³.

Görüldükten belirli bir süre sonra ödenecek poliçelerde, (1) poliçenin süresinde ibraz edilmemesi, (2) kabul edilmeme halinde kabul etmeme protestosunun çekilmemesi müracaat hakkının düşmesine sebep olur. Bu iki durumda hamil, sebepsiz zenginleşme talebini düzenleyene karşı yöneltir. Ancak eğer poliçede gidersiz/protestosuz kaydı varsa, kabul etmeme halinde protesto çekilmese dahi müracaat hakkı düşmez, hamil başvuru hakkını protesto çekmeksizin kullanabilir²⁴.

(2) Düzenleyenin İbrazi Zorunlu Kıldığı Poliçede

Düzenleyen bir süre belirleyerek veya belirlemeksizin poliçenin kabule arz edilmesini zorunlu hale getirebilir (TTK md. 692/1). Ödeme tarihi belli olan poliçelerde ve düzenlendikten belli bir süre sonra vadeli poliçelerde, kural olarak kabule arz ihtiyaridir. Bu iki vade türünü taşıyan poliçelerde düzenleyen, poliçenin kabule arz edilmesini zorunlu hale getirebilir. Bunun yanında, yukarıda da belirttiğimiz üzere, görüldükten belli bir süre sonra ödenecek poliçelerde düzenleyen ibraz bakımından bir süre belirlediyse, bu süre esas alınarak ibrazın yapılması zorunludur²⁵.

²¹ Poliçede düzenleyen bir süre belirtmemişse ciranta bir yıllık ibraz süresini kısaltabilir. Ancak bu şekilde kısaltılmış olan bu ibraz süresine bağlanan sonuç, sadece ciranta ve avalisti bakımından etkili olur. Bu süreye uymamak, sadece cirantaya müracaat hakkını etkileyebilecek nitelikte olup, hamil tarafından belirlenen veya kanuni sürelerle uyması halinde, düzenleyen ve diğer cirantalarla karşı müracaat etme hakkını haiz olur. Cirantanın bir süre belirlemesi, sadece kendisine bağlı müracaat haklarının düşmesine yol açar. **Poroy/Tekinalp**, s. 176.

²² Kabul etmeme şerhinde bir tarih belirlenmemişse ve tarihin tespit edilmesi için bir protesto da çekilmemişse, vade kabul için bir tarih belirlenmişse bu tarihte, belirlenmemişse kanuni süre olan bir yılın sonundan itibaren hesaplanır. **Poroy/Tekinalp**, s. 147, 149.

²³ **Bozkeyik**, Müracaat Hakkı, s. 106; **Öztan**, s. 162.

²⁴ **Poroy/Tekinalp**, s. 239,240; **Bozgeyik**, s. 136-141.

²⁵ Düzenleyen, belli bir süre ibrazı menederek ibrazı zorunlu kılabilceği gibi, ibrazın belli bir sürede yapılmasını da zorunlu kılabilir, ibraz için belli bir süre koymaksızın, vadeye kadar

İşte bu gibi durumlarda, TTK md. 730/2 uyarınca hamil, kabul amacıyla ibraz edilmesi için düzenleyenin verdiği süreye uymazsa, kabul etmeme ve ödememe sebebiyle başvuru haklarını kaybeder. Kabule arz etmeme dolayısıyla müracaat haklarının düşmesi için, kabule arz zorunlu tutulmuş olmalı ve sorumluluktan istisna edici bir kayıt düşülmemiş olmalıdır. Düzenleyenin yalnız TTK md. 679 uyarınca kabule ait sorumluluğu istisna etmek istediği *kayıttan* anlaşılırsa, kabul etmemeye bağlanan başvuru hakkını kaybeder, ancak yine de senedi ödemek için ibraz hakkını ve buna bağlanan sonuçları muhafaza eder²⁶.

Burada da yukarıda yaptığımız ayırimda belirttiğimiz gibi, (1) gerek kabul için süresinde ibraz edilmemesi, (2) gerek ibraz edilip kabul edilmemesine rağmen protestonun çekilmemesi, müracaat hakkını düşürür. Ancak poliçenin gidersiz/protestosuz olması durumunda, kabul edilmeme protestosu çekilmese dahi, müracaat hakkı kullanılabilir. Bu durumda da kabule arz edilmiş olması şarttır.

3. TTK md. 730 Hükümünün Eleştirisi

TTK md. 730'da belirtilen müracaat haklarının düşmesi halinde, hamil müracaat borçlularına karşı poliçeye özgü başvuru haklarını kaybeder. TTK md. 730, hangi hallerde ve kimlere karşı müracaat haklarının düştüğünü belirtmektedir.

TTK md. 730/1-a'ya göre, *hamil görüldüğünde veya görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart olan poliçeyi ibraz için belirli süreleri geçirirse, kabul eden kişi hariç olmak üzere, cirantalara, düzenleyene ve diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları kaybeder*. Doktrindeki bir görüşe göre, her ne kadar bu fıkra, sadece görüldüğünde veya görüldükten belli bir süre sonra ödenmesi gereken poliçeler belirtilmişse de, fikrimizce burada genel olarak poliçenin ödenmek üzere süresinde ibraz edilmemesi ve özel olarak görüldükten belli bir süre sonra ödenmesi gerek poliçenin kabul için ibraz edilmemesi

herhangi bir tarihte kabul için ibrazı zorunlu hale getirebilir. Ülgen(Ülgen/Helvacı/Kendigenlen/Kaya), s. 114,115; Poroy/Tekinalp, s. 147.

²⁶ Düzenleyen poliçenin kabule arz edilmesini zorunlu tutmakla beraber, poliçenin kabul edilmemesi halinde sadece kabul edilmemenin sonuçlarından sorumlu olmayacağını belirtmişse, poliçe kabul için ibraz edilmese bile hamilin müracaat hakkı düşmez. Poliçe ödenmek üzere yine ibraz edilir ve ödememe halinde takip edilmesi gereken usul takip edilir.

düzenlenmiştir. Zira her ne kadar sadece iki vade türü belirtilmişse de, diğer vadelerde de ödeme için ibrazın belli sürelerde yapılması zorunludur (TTK md. 708/1)²⁷. Fikrimizce, buradaki görüldüğünde ve görüldükten belirli bir süre sonra ödenmek üzere düzenlenen poliçelerde, diğer iki poliçe türünden farklı olarak, ibraz vadenin belirlenmesi bakımından önem arz eder. Bu fıkra bahsi geçen poliçelerde ibrazın özelliği dolayısıyla, özel bir düzenleme ihtiyacı hissedilmiş ve bu durumda başvuru hakkının düştüğü düzenlenmiştir. İbraz, her halükarda protesto çekmenin ön şartı olduğundan dolayı, bunun ayrıca düzenlenmesinin bu maddede öngörüldüğünü düşünmemekteyiz²⁸. Nitekim bu düzenleme, Cenevre Yeknesak Kurallarını temel alarak hazırlanan İsvBK md.1050'den aynen alınmıştır.

TTK md. 730/1-b'ye göre, *hamil kabul etmeme veya ödememe protestosunu düzenlemek için belirli süreleri geçirirse, kabul eden kişi hariç olmak üzere, cirantalara, düzenleyene ve diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları kaybeder*. Poliçenin üzerinde “gidersiz” kaydı yoksa, hamilin ödememe protestosu çekmesi zorunludur. Buna karşın kabul etmeme protestosunun çekilmemesi, kural olarak sadece kabul etmemeye bağlanan müracaat haklarının düşmesine sebebiyet verir. Sadece iki halde poliçenin kabul için ibraz edilmesi ve kabul etmeme protestosunun çekilmesi, müracaat haklarının kullanılması bakımından zorunludur. Bunlardan birisi, TTK md. 730/1-a'da belirtilen görüldükten belli bir süre sonra ödenecek poliçelerin kabul için arz edilmesi, diğeri ise md. 730/2'de belirtilen kabulün düzenleyen tarafından zo-

²⁷ Öztan, s. 162. Bozgeyik, s. 173-174, eski TTK md. 642 ve md. 620 hükümlerinin (TTK md. 730 ve 708) birlikte incelenmesi halinde, farklı vade türlerine göre sürelerinin değişmesine rağmen, poliçenin ödenmek üzere ibraz edilmediği bütün hallerde hamilin kabul eden muhatap dışındaki poliçe borçlularına karşı müracaat hakkının düştüğü sonucunun çıktığını belirtmektedir.

²⁸ Kaya (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), ödeme için ibrazın, ödeme protestosunun çekilmesinin ön şartı olduğunu, hamilin senedi ibraz etmeksizin ödememe protestosu çekmek suretiyle müracaat borçlularına başvurma hakkının bulunmadığını ve bu hususun doktrinde “ibrazsız protesto olmaz” şeklinde açıklandığını belirtmiştir. Ayrıca, senet ibraz edilmeden protesto çekildiği takdirde, bu protestonun başvurma hakkının kullanılması bakımından bir anlam veya etkiye sahip olmayacağını ifade etmiştir, bkz, s. 183, 184. Kaya(Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya), başvurma hakkının düşmesi ile ilgili incelemede bir ayrıma gitmemiş ve hamilin (veya yetkili temsilcinin) poliçeyi ödeme için hiç veya gerektiği şekilde ibraz etmemesi halinde başvuru borçlularına karşı başvuru hakkının düştüğünü belirtmiştir, s. 222. Tekinalp/Poroy, s. 243, ibrazın, TTK md. 730/1-a belirtildiği şekilde, sadece görüldüğünde veya görüldükten belirli bir süre sonra ödenmesi şart olan poliçe bakımından uygulama alanı olduğunu belirtmiştir.

runlu kılınmasıdır. Her iki halde de kabul etmeme protestosunu süresi içinde çekmemesi, müracaat haklarının düşmesine sebebiyet verir.

TTK md. 730/1-c'ye göre, *hamil “gidersiz iade olunacaktır” kaydının bulunması hâlinde, poliçeyi ödeme amacıyla ibraz için belirli süreleri geçirirse, kabul eden kişi hariç olmak üzere, cirantalara, düzenleyene ve diğer borçlulara karşı sahip olduğu hakları kaybeder.* Oysa TTK md. 722/2 fıkrası karşısında bu düzenlemenin burada ayrıca konulması gereksizdir. Zira, bir poliçenin “gidersiz” olması, hamili sadece protesto çekme yükümünden kurtarmaktadır, hiçbir şekilde ödeme için ibraz yükümünden kurtarmamaktadır. Bu ihtimal ise TTK md. 730/1-a hükmünde zaten düzenlenmiştir.

TTK md. 730/2'ye göre hamil, *kabul amacıyla ibraz edilmesi için düzenleyenin verdiği süreye uymazsa, kabul etmeme ve ödememe sebebiyle başvuru haklarını kaybeder;* meğer ki, düzenleyenin yalnız kabule ait sorumluluğu istisna etmek istediği kayıttan anlaşılsın. Birinci fıkradaki düzenlemeden farklı olarak, bu fıkra, düzenleyenin ibrazı zorunlu kılması halinde müracaat haklarının düşmesini düzenlemektedir. Hamilin belirlediği süre için kabule arz edilmeyen poliçe dolayısıyla poliçeye dayanan başvuru hakları düşer. Ancak bu madde de, TTK md. 730/1-a ve b'nin düzenlemelerinin genel ifadeleri göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemelere dahildir.

TTK md. 730/3 cirantalara karşı müracaat haklarının düşmesini düzenlediği için, burada ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır. Zira sebepsiz zenginleşme dolayısıyla başvuru hakkı, sadece kabul eden muhataba ve müracaat hakkı düşen düzenleyene karşı mümkündür.

C. Kambyo Alacağının Zamanaşımına Uğraması

1. Genel Bakış

Kambyo senedine dayanan bir talepte borçlu, borcunu ifa etmezse, hamil elindeki senede dayanarak takip hakkına sahip olur. Bu takip hakkı dava yoluyla ileri sürülebileceği gibi, İİK'da yer alan özel düzenlemelere göre de ileri sürülebilir (İİK md. 167-176). Ancak borçlunun durumu da göz önünde bulundurulmuş ve takip imkanı belli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Kambyo senetlerine dayalı takip için tanınan zamanaşımı süreleri, kurumun özelliği göz önünde bulundurularak kısa tutulmuştur²⁹.

²⁹ Öztan, s. 197; Kazım Menderes Uslu, Yeni TTK Tasarısı Nazara Alınarak Kambyo Senetlerinde Zamanaşımı, Ankara 2006, s. 34 vd; Bozer/Göle, s. 135; Pulaşlı, s. 199 vd.

TTK md. 749 zamanaşımı sürelerini, taleplerin ileri sürülebileceği kişilere göre düzenlemiştir.

(1) Poliçeyi kabul edene karşı ileri sürülecek poliçeden doğan istemler, vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

(2) Hamilin, cirantalarla düzenleyene karşı ileri süreceği istemler, süresinde çekilen protesto tarihinden veya senette “gidersiz iade olunacaktır” kaydı varsa vadenin dolduğu tarihten itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

(3) Bir cirantanın başka cirantalarla düzenleyen aleyhine ileri süreceği istemler, cirantanın poliçeyi ödediği veya poliçenin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar.

Kabul eden muhataba ve düzenleyene karşı başvuru hakkının farklı sürelerle bağlandığı görülmektedir. Zamanaşımı süresi, düzenleyene karşı bir yılken, kabul eden muhataba karşı üç yıldır. Kanun, poliçedeki zamanaşımı sürelerini düzenlerken, imza sahiplerinin sorumluluk derecelerini ve talepte bulunacak kişilerin poliçe ilişkisindeki durumlarını göz önünde bulundurmuştur³⁰.

Zamanaşımının sona ermesi ile senet, kambiyo senedi olma özelliğini kaybetmez. Şekil şartlarındaki eksiklikler senedi kıymetli evrak olmaktan çıkarır³¹. Zamanaşımına uğramış senetler için öngörülen özel icra takip yolları da bulunmamaktadır. Bunlar kambiyo senetlerine özgü takip yollarına göre takip edilemez³². Bu durumda, sebepsiz zenginleşme sebebiyle dava açma ve takip etme hakkı devam eder.

2. Muhatap ve Müracaat Borçluları Bakımından Zamanaşımı

a. Kabul Etmiş Muhataba Karşı İleri Sürülecek Taleplerde Zamanaşımı Süresi

Kabul eden muhatabın, poliçenin asıl borçlusu olduğu kabul edilmektedir (TTK md. 724). Bunun sonucu olarak, bu kişiye karşı ileri sürülecek talepler,

³⁰ Şükrü Yıldız, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri, Porf. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, S. 335-351, s. 337.

³¹ Şükrü Yıldız, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri, s. 336.

³² Arrêt du Tribunal fédéral du 26 octobre 1987 dans la cause C. AG, publié aux ATF 113 III 123 = JdT 1990 II 53 = RSJB125 (1989), p. 537 = Pra 77 (1988), p. 165 n° 42.

müracaat borçluları göz önünde bulundurulduğunda ileri sürülecek taleplere göre daha uzun zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur.

Muhatabın, kabul etmesine rağmen, kambiyo borcunu ödememesi durumunda, kabul etmek suretiyle asıl borçlu haline geldiği için sorumluluğu devam etmektedir. Muhataba karşı olan ödeme talebi, 3 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilebilir. Eğer muaccel olan poliçe ibraza rağmen ödenmemişse, muhatap temerrüde düşer. Muhatabın borcunu ödememesinden dolayı hamilin poliçe sorumlularına karşı başvurabilmesi için, ödememe protestosunu süresi içinde çekmiş olması gerekir. İşte, ödememe protestosunun çekilmesi, düzenleyen ve diğer müracaat borçlularına karşı olan hakların kullanılması bakımından önem arz eder. Özellikle kabul edilmesine rağmen ödenmeyen poliçede müracaat kurumu ve süreleri göz önünde bulundurulduğunda, muhatap bakımından öngörülen zamanaşımı süresinin müracaat borçlularına göre daha uzun olması olağandır.

Tüm poliçe ilgililerinin, kabul eden muhataba karşı talep hakları üç yıllık zamanaşımı süresine tabidir³³. Kabul eden muhataba karşı ileri sürülecek talepler bakımından öngörülen 3 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı vade tarihi olarak belirlenmiştir. Poliçenin vadeden önce veya vadeden sonra kabul edilmesi, zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı an bakımından bir önem arz etmez, başlangıç süresi objektif bir başlangıç süresi olup, vade tarihidir³⁴. Vade veya vadeden sonra poliçeyi kabul eden muhatap da vadeden önce muhatap gibi senedin asıl sorumlusu olur³⁵.

Vadenin bir tatil gününe rastlaması durumunda, sürenin başlangıcı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bir fikre göre vadenin bir tatil gününe rastlaması durumunda, vade tarihi tatil günü olduğu için ve vade ile ödeme tarihleri her zaman aynı olmadığı için, vade tatil gününe rastlarsa dahi zamanaşımı bu tarihten itibaren hesaplanmaya başlanır³⁶. Fikrimizce de, TTK md. 749/1 ve md. 752/1 göz önünde bulundurulduğunda, işlemlerin yapılmasının “tatil gününü izleyen ilk iş gününe” bırakılması, vadeyi de-ğiş-

³³ Yıldız, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri, s. 338.

³⁴ Yıldız, Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, s. 823-825; Poroy/Tekinalp, s. 254, 255.

³⁵ Yıldız, Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, s. 823, 824; Uslu, s. 97; Bozgeyik, Müracaat Hakkı, s. 180.

³⁶ Yıldız, Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, s. 825, 826; Öztan, s. 822; Domanic, s. 310; Uslu, s. 98-99.

tirmemektedir. Diğer fikre göre ise Kanun ödemenin talep edilebileceği günü zamanaşımının başlangıcı olarak kabul ettiği için, vade tarihinin bir tatil gününe rastlaması durumunda zamanaşımı ödemenin fiilen talep edilebileceği günden itibaren başlar³⁷.

Ödememe protestosunun çekilmemesi, müracaat borçlularına karşı başvuru hakkının kaybına yol açar. Ancak yine de muhataba karşı, kambiyo senetlerine bağlı başvuru hakkı 3 yıl boyunca devam eder³⁸. Kabul eden muhatap ödememişse 3 yıl boyunca takip edilebilir. Sürenin hesabında, zamanaşımının işlemeye başladığı gün sayılmaz (TTK md. 753, BK md. 151).

b. Müracaat Borçlularına Karşı İleri Sürülecek Taleplerde Zamanaşımı

Muhatabın poliçe bedelini hamiline ödemesi durumunda, poliçeden doğan borç herkes bakımından sona erer³⁹. Zira ödemeyi yapan muhatap asıl borçlu olup, onun ifası sadece kendi borcunu değil, poliçe dolayısıyla sorumluluk altına girmiş olan herkesin borcunu sona erdirir. Alacağını tahsil edemeyen hamil ödememe protestosu çekerse, cirantalara ve düzenleyene karşı başvurma hakkı doğar ve bu hak bir yıllık zamanaşımına tabidir.

Poliçede müracaat borçlularına karşı takip hakkının zamanaşımı süresine tabi olması için, hamilin yapması gereken şekli gerekleri yerine getirmiş olması ve müracaat hakkını kaybetmemiş olması gerekir. Müracaat hakkının düşmesi halinde, herhangi bir zamanaşımı süresinin işlemesinden bahsedilemez⁴⁰.

Ancak muhatabın kabul etmemesi veya ödememesi halinde, düzenleyenin asıl borçlu olup olmadığı tartışılmaya değer bir konudur. Zira poliçenin ödenmemesi halinde, hamilin TTK md. 749/2 uyarınca müracaat borçlularına karşı talep hakkı ve TTK md. 732'ye göre sebepsiz zenginleşme dolayısıyla düzenleyene karşı başvuru hakkı düzenlenmiştir.

Müracaat haklarının kullanılabilmesi için, protestonun çekilmesi gerekir. Bu noktada düzenleyen ile cirantaların aynı sorumluluk esaslarına tabi tutu-

³⁷ **Poroy/Tekinalp**, s. 254; Yücel Kıran, Poliçe, Bono ve Çekte Zamanaşımı, İstanbul Barosu Dergisi, 1978, S. 1-2-3, s. 77; İsmail **Doğanay**, TTK Şerhi, C. II, Ankara 1990, s. 1834.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz, **Yıldız**, Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, s. 822 vd.

³⁹ **Poroy/Tekinalp**, s. 218; **Bozgeyik**, Poliçede Müracaat Hakkı, s. 30; **Uslu**, s. 107 vd.

⁴⁰ **Öztan**, s. 197.

lup tutulmayacağı önem arz etmektedir. Ödememe protestosunun çekilmesi bakımından kanun, düzenleyen ile cirantalar arasında bir fark gözetmemiş ve müracaat haklarının kullanılabilmesi için ödememe protestosunun düzenlenmemesi halinde müracaat haklarının tüm müracaat borçlularına karşı düşeceğini belirtmiştir (TTK md. 730/1)⁴¹. Ödememe protestosunun çekilmemesi halinde, ödememe durumu tespit edilemediği için, düzenleyene de gidilemez. TTK md. 749/2'nin açık metni karşısında, müracaat hakkı bakımından düzenleyen ile cirantaların aynı sorumluluk esasına tabi tutuldukları görülmektedir. Gerek bunlara başvuru şartları, gerek başvuru süreleri, gerek zamanaşımı süreleri bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴².

Bundan dolayı, muhatabın kabul etmemesi halinde, düzenleyenin asıl borçlu haline geldiğini söylemek fikrimizce mümkün değildir. Muhatabın kabul etmemesi durumunda, asıl borçlunun düzenleyen olduğunu söyleyebilmemiz için, ödememe protestosunun çekilmemesi halinde dahi düzenleyene karşı başvuru hakkının belli bir süre devam ettiğini söyleyebilmemiz gerekirdi. Oysa Kanun metninde bu yönde yoruma müsait bir hüküm bulunmamaktadır. Düzenleyen ile cirantaların aynı sorumluluk esaslarına tabi tutulması halinde, “muhatabın kabul etmemesi halinde düzenleyenin asıl borçlu olduğunu” söylemek tarafımıza da doğru gelmemektedir⁴³.

Ödememe protestosu zamanında çekilirse, düzenleyene ve cirantalara karşı bir yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Eğer protesto çekilmezse, zamanaşımı süresinin işlemesine yol açacak olan işlemler hiç yapılmadığı için, müracaat hakkı doğrudan düşer.

Müracaat hakkının kullanılması bakımından hamilin protesto çekmesi, müracaat hakkının şekli şartlarındandır⁴⁴. Ancak zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra, hamilin cirantalara başvurması mümkün değilken, düzen-

⁴¹ **Öztan**, TTK md. 730'da belirtilen kişilerin müracaat borçlusu olduğunu belirtmiştir; bkz. Kıymetli Evrak Hukuku, s.161.

⁴² **Ülgen (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya)**, s. 112; **Öztan**, s. 103, 159.

⁴³ **Ülgen (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya)**, s. 107, 112; **Bozgeyik**, Müracaat Hakkı, s. 35 vd; **Öztan**, muhatabın kabul etmemesi halinde, poliçe hamilinin senette imzası bulunan diğer şahıslara (müracaat borçlularına) başvurma hakkını haiz olduğunu belirtmiştir, bkz. Kıymetli Evrak Hukuku, s. 103, 161. Karş. **Tekinalp/Poroy** ise, kabule kadar asıl borçlunun düzenleyen olduğunu belirtmektedir, s. 167.

⁴⁴ Hayri **Bozgeyik**, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003, s. 107 vd.

leyene sebepsiz zenginleşmeye dayanarak başvurulabilir. TTK md. 732/1'e göre, zamanaşımı sebebiyle düzenleyenin veya kabul edenin poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar.

Muhatabın poliçeyi kabul edip etmemesine göre zamanaşımı süreleri bakımından, şu tespitlerde bulunabiliriz:

– Muhatap poliçeyi kabul etmiş, ancak ödememişse, TTK md. 749/1'e göre 3 yıllık zamanaşımı süresi içinde borcundan dolayı takip edilebilir. Bu durumda da ikili bir ayırma gitmek gerekir:

- hamil ödememe protestosu çektiyse, düzenleyeni ve diğer müracaat borçlularını 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde takip edebilir. Bu durumda, bir yıllık süre içinde düzenleyen ve diğer müracaat borçlularından alacağını tahsil edemeyen hamilin, muhataba karşı talep hakkı 3 yılın sonuna kadar devam eder.
- hamil ödeme protestosu çekmediyse, düzenleyene ve diğer müracaat borçlularına karşı müracaat haklarını kaybeder. Ancak her halükarda kabul eden muhataba karşı 3 yıl içinde müracaat edebilir.

– Muhatap poliçeyi kabul etmemiş ve ödememişse, kambiyo ilişkisine girmedikten dolayı, kendisine hiçbir şekilde başvurulamaz. Bu durumda da ikili bir ayırma gitmek gerekir:

- hamil ödememe protestosu çektiyse, düzenleyene ve diğer müracaat borçlularına karşı 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde takip edebilir.
- hamil ödeme protestosu çekmediyse, düzenleyene ve diğer müracaat borçlularına karşı müracaat haklarını kaybeder.

II. Sebepsiz Zenginleşme Olgusu

TTK md. 732/1'e göre zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmiş olması dolayısıyla, düzenleyenin veya kabul edenin poliçeden doğan yükümlülükleri sona ermiş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar.

Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talebin amacı, kambiyo hukukundaki katı şekil kurallarının nispeten de olsa yumuşatılmasıdır.

TTK md. 732/1,2,3'te yer alan düzenleme, İsviçre BK md. 1052'den alınmıştır. Mehaz kanundan farklı olarak, TTK md. 732/4'te, sebepsiz zenginleşmeye özgü talep hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresi bir yıl olarak tespit edilmiştir ve ispat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edene yüklenmiştir. Bu zamanaşımı süresi, poliçenin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır. Bu düzenleme mehaz kanunda bulunmamaktadır.

A. Zararın Tazminini Talep Hakkı

Zarar, poliçeye dayalı talep haklarının sona ermesinden kaynaklanmaktadır. Sebepsiz zenginleşmeye bağlı talep, temel ilişkiye dayalı bir talep hakkı değildir⁴⁵. Bu durum kendisini özellikle poliçede net bir şekilde göstermektedir. Hamil, poliçe ilişkisinin dışında düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişki dolayısıyla bir talepte bulunmaktadır. Bunun sebebi, poliçe ilişkisi dolayısıyla hamilin bir alacağının bulunması ve muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişki dolayısıyla bu iki kişiden birinin malvarlığında oluşan artıştır. Alacaklının, geçerli bir talebi olmayacak idiyse, bir zarardan bahsetmek mümkün değildir⁴⁶.

Zarar, poliçeden doğan alacağın, başvurma hakkının düşmesi veya zamanaşımı dolayısıyla meydana gelmektedir. Maddede “veya” ibaresinin anlamı doktrinde farklı yorumlara sebebiyet vermiştir.

Bir görüşe göre bir kişi hakkında poliçeye dayalı talep hakları devam ederken, diğer bir kişiye karşı zamanaşımı süresini işletmek mümkün değildir. Bu görüşü savunanlara göre, kabul eden muhataba karşı zamanaşımı süresi boyunca poliçeye dayalı talep devam ederken ve muhatap poliçeyi ödemekle yükümlüyken, ona başvurulması ve şartların gerektirmesi halinde sonradan düzenleyene karşı başvurusu gerekirken, aynı zamanda düzenleyeni de sorumlu tutmak doğru bir yaklaşım değildir⁴⁷.

⁴⁵ Bu özelliği dolayısıyla, doktrinde bu zarara “soyut zarar” denilmektedir. Bu konuda bkz, **Poroy/Tekinalp**, s. 269; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 602-603; **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 99. Ancak bu şekilde adlandırılması halinde, tazminat hukukundaki “soyut zarar”la karıştırılma ihtimali bulunduğundan dolayı, sadece temel ilişkiye yönelik bir talep olmadığını belirtmekle yetineceğiz.

⁴⁶ Örneğin düzenleyenin hamile karşı bir def'i hakkının bulunması durumunda, hamilin zarara uğradığı düşünülemez.

⁴⁷ **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 99-102.

Bir diğer görüşe göre, sebepsiz zenginleşme talebinin, sadece zenginleşene karşı yöneltileceği düşünüldüğünde ve gerçek anlamda zenginleşenin düzenleyen olduğu durumlarda⁴⁸, muhataba karşı olan 3 yıllık zamanaşımı süresinin bitmesini beklemek, düzenleyene karşı olan başvuru hakkının tamamen düşmesine sebebiyet verebilir. Zararın varlığı için, talep haklarının hem keşideci, hep muhataba karşı düşmüş olması gerekmez⁴⁹. Hamil bakımından zararın varlığı, poliçenin tüm borçlularına karşı talep haklarının tamamen düşmesine bağlı değildir.

Fikrimizce, muhataba veya düzenleyene karşı ifadesinde, “veya” bağlacının sadece birine karşı talepte bulunulabileceği ve poliçeye bağlanan başvuru hakları devam ettiği sürece başkasına başvurulamayacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Muhataba veya düzenleyene karşı poliçeye bağlı olan talep hakkı devam ettiği sürece, *bu kişiye* karşı sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez. Bir diğer ifadeyle, fikrimizce düzenleyene karşı zamanaşımı süresince, sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülemez. Aynı şekilde, muhataba karşı zamanaşımı süresi devam ettiği müddetçe, muhataba karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmaz. Kabul eden muhataba karşı poliçeye bağlı takip hakkı devam ederken, ödememe protestosunun çekilmiş olmasına rağmen diğer müracaat borçlularına bir yıllık süre içinde başvurulmamış olsa dahi hamil, düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Benzer şekilde, ödememe protestosunun çekilmemesinden dolayı müracaat borçlularına karşı başvuru hakkını kaybeden hamil, bir yandan muhatabı takip ederken, diğer yandan düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme talebini yöneltebilir. Muhataba karşı zamanaşımı süresinin işlemeye devam ettiği sürece, hamil düzenleyene karşı, gerek müracaat haklarını kaybettiği için, gerek müracaat haklarını süresinde kullanmadığı için, sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir. Derhal tahsili mümkün bir alacak hakkının kaybı, ve poliçe vasıtasıyla tatmininin imkansızlaşması, zararın varlığı için yeterli olarak kabul edilmiştir⁵⁰.

⁴⁸ Muhatabın poliçeyi hatır için kabul etmesi örneğinde olduğu gibi.

⁴⁹ **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 914-916; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 603-604. **Ülgen (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya)**, yukarıda yazılanlar göz önünde bulundurulduğunda, zenginleşmemiş muhataba karşı dolmayan zamanaşımı süresi dolayısıyla, TTK md. 732’nin uygulama alanı bulamayacağını söylemenin tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir. Bkz, s. 123,124.

⁵⁰ **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 915.

Muhataba ve düzenleyene karşı, zamanaşımı sürelerinin farklı olduğu unutulmamalıdır. Kabul eden muhataba karşı 3 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüşken, protesto çekilmemiş müracaat borçlularına artık başvurulamaz, protesto çekilmiş müracaat borçlularına karşı ise 1 yıllık zamanaşımı süresi işlemektedir. Bir yıllık zamanaşımı süresini takiben 1 yıl içinde sebepsiz zenginleşme davasını açmayan hamilin, düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşmeye bağlı talep hakkı da düşer. Muhataba karşı zamanaşımı devam ederken, düzenleyene karşı olan sebepsiz zenginleşme hakkının düşmesi, fakat muhatabın ödeme gücünün bulunmaması durumunda, hamilin tüm başvuru ve alacağını elde etme yolları kapanmış olur. Nitekim mehz kanuna baktığımızda da, İsv. BK md. 1052'ye göre, muhatabın ve düzenleyenin hamile karşı sebepsiz zenginleşme sebebiyle sorumluluklarının devam edeceği belirtilmiştir.

Fikrimizce düzenleyen ve kabul eden muhatap hamile karşı ayrı ayrı sorumlu olmak zorunda değildir. Zira aşağıda da göreceğimiz gibi, sebepsiz zenginleşmediğini iddia eden, bunu ispatlamak zorundadır. Bir diğer ifade ile sebepsiz zenginleşme davası sadece bir kişiye karşı açılırsa ve bu kişi sebepsiz zenginleşmeyen kişiyse, hamil alacağını elde edemez. Bu yüzden muhataba karşı zamanaşımı devam ederken, düzenleyene karşı sebepsiz zenginleşme davasının açılmayacağı şeklindeki görüş, muhatabın sebepsiz zenginleşmemiş olması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Sebepsiz zenginleşme tespit edilirken, muhatabın veya düzenleyenin değil, herkesin hamile karşı zenginleşmiş olacağı kadar sorumlu olduğu görülecektir. Nitekim TTK md. 732/1'de de bu husus şu şekilde belirtilmiştir: *onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar*.

Temel ilişkiye dayalı talep haklarının devam etmesi, TTK md. 732'nin uygulanmasına engel teşkil etmez. Zira TTK md. 732, şekli olarak poličeye bağlı olan hakların sona ermesinin sonuçlarını düzenlemektedir⁵¹.

B. Sebepsiz Zenginleşme Kavramı

Sebepsiz zenginleşmenin talep konusu olabilmesi için, karşı tarafta bir zenginleşmenin ve talep edenin malvarlığında bir azalmanın bulunması ve bunların arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Eğer bir tarafın

⁵¹ **Eigenmann**, s.2399, no.18; Anne **Petitpierre-Sauvain**, Papiers-valeurs, Traité de droit privé suisse Bd. VIII/7, Basel 2006 no.486.

zenginleşmesi, diğer tarafın fakirleşmesi söz konusu değilse, sebepsiz zenginleşme dolayısıyla talep hakkı doğmaz.

Zarar, hamilin poliçeye özgü yollara başvurmamasından dolayı elde edemediği para olduğu için, düzenleyen ile kabul eden muhatap arasındaki ilişkiden bağımsız bir şekilde elde edemediği bir alacağı vardır. Oysa zenginleşme kavramı, temel ilişki göz önünde bulundurularak tespit edilir⁵². Hamilin zararı, poliçeden doğan karşılığını elde edememesinden doğar. Zenginleşme ise, düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişki çerçevesinde belirlenir. Poliçeyi ödemekle yükümlü olan kişi, poliçenin ödenmemesinden dolayı bir menfaat elde edecektir. Bir fikre göre zenginleşme, poliçeye dayalı hakkın zamanaşımına uğraması veya hakkın korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmaması sırasında mevcut olmalıdır⁵³. Bizim de katıldığımız diğer fikre göre zenginleşme, borçlunun mal varlığında ve sebepsiz zenginleşme talebinin yapıldığı dava tarihinde bulunmalıdır⁵⁴. Zenginleşmenin aranacağı tarih konusunda TTK sessiz kaldığı için, bu noktada BK hükümlerinin uygulama alanı bulması tarafımıza da doğru gelmektedir. BK md. 79/1, sebepsiz zenginleşmenin, bu talebin yöneltilmesi sırasında bulunması gerektiğini belirtmektedir. Ancak zararın tespit anının talep olarak kabul edilmesi, talepte bulunabilecek yetkili hamilin, hak kaybının gerçekleştiği zamanki yetkili hamil olduğu gerçeğini değiştirmez.

Zenginleşme, düzenleyen ile muhatap arasındaki temel ilişki göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Her ne kadar zenginleşme, poliçeden doğan hakların kullanılmamasına bağlı olsa da, zenginleşmenin tespiti, taraflar arasındaki ilişki ekseninde tespit edilir. Borçlu, ancak zenginleştiği ölçüde sorumludur. Zenginleşme ölçüsü de temel ilişki çerçevesinde belirlenir.

Klasik görüşe göre ise zenginleşme, borçlunun kambiyo taahhüdü çerçevesinde verdiğinden fazlasını almasından kaynaklanmaktadır. Borçlunun zenginleşmesi, poliçe karşılığında elde ettiği bedeli (başvuru hakkının yitirilmesi veya zamanaşımı sebebiyle) elinde bulundurması sebebiyle oluşmakta ve bu artış zenginleşmeyi oluşturmaktadır. Örneğin düzenleyen, satım sözleşmesi neticesinde malları teslim almış ancak herhangi bir karşılık vermemişse, zenginleşmiştir. Benzer şekilde kabul eden muhatap da, poliçenin karşılığını

⁵² **Eigenmann**, s.2399, no.23.

⁵³ **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 595; **Eigenmann**, s.2340, no.23.

⁵⁴ **Domanic**, s. 356.

almışsa, ancak borcunu kambyo senetlerine özgü başvuruların yapılmamasından dolayı ödememişse zenginleşmiştir⁵⁵.

Bizim de katıldığımız yeni görüşe göre, düzenleyen ile muhatap arasındaki ilişki temel alınarak, poliçeyi ödeyecek en son kişinin tespit edilmesi gerekir. Nitekim sebepsiz zenginleşmediğini ileri süren kişi bunu ispatlayabilir⁵⁶. Yeni görüş, yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar kavramı ile zenginleşme kavramlarının farklı iki temel ilişkiye göre şekillenmesini göz önünde bulundurduğu için ve tespiti buna göre çok daha net bir şekilde yaptığı için kabul edilmesi gereken görüştür.

III. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Talebin Hukukî Niteliği ve Talebin Özünde Yer Alan Temel İlişkilerin Tesbiti

A. Poliçeye Özgü Sebepsiz Zenginleşmenin Hukuki Niteliği

TTK md. 732’de düzenlenen sebepsiz zenginleşme davası, kambyo hukukuna dayalı bir talep hakkı vermekte olup, BK md. 77-82 hükümleri arasında düzenlenen sebepsiz zenginleşmeden bağımsızdır⁵⁷.

BK’daki sebepsiz zenginleşme hükümleri, zamanaşımı süresinin dolması veya talep hakkının sona ermesi halinde uygulama alanı bulmaz. Oysa

⁵⁵ **Eigenmann**, s.2340, no.23; **Poroy/Tekinalp**, s. 270-271.

⁵⁶ Yeni görüş ve bu görüşten önceki “klasik görüş” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, **Poroy/Tekinalp**, s. 270-272; **Bozgeyik**, s. 608-609.

⁵⁷ BK’daki sebepsiz zenginleşme için ayrıntılı bilgi için bkz, Turgut **Öz**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990; Seza **Reisoğlu**, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961; İlhan **Ulusan**, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984; Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2013, s. 305 vd. Yargıtay da esasen bu iki davanın farklı olduğunu kabul etmektedir. Yarg.11. H’nin, E. 2008/8894, K. 2010/83, T. 11.1.2010 tarihli kararına göre, TTK’nun 644. maddesinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşme davası kambyo hukukuna özgü bir dava çeşidi olup, BK’nun sebepsiz zenginleşme davasından tamamen farklı kurallara tabidir. Ancak farklı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşün taraftarlarına göre, TTK’daki sebepsiz zenginleşme ile BK’daki sebepsiz zenginleşme, birbiri yerine geçebilecek hükümlerdir. Nitekim bazı Yargıtay kararlarının bu yönde olduğu görülmektedir. Yarg. 11. HD’nin 27.1.1984 E. 1983/5291, K. 1984/327 sayılı kararı için bkz, www.kazanci.com.tr; 19 HD’nin E. 2001/5925, K. 2001/188, 15.02.2001 tarihli daha yeni tarihli bir kararında da kambyo senetlerine ilişkin sebepsiz zenginleşme davalarında BK’daki düzenlemeler göz önünde bulundurulacaktır; **Bozer/Göle**, s. 137; **Pulaşlı**, s. 204.

TTK'daki sebepsiz zenginleşmeye dayalı temel şartı, kambiyo alacağının zamanaşımına uğraması veya uygun bir şekilde talep edilmemesi dolayısıyla hakkın sona ermesidir⁵⁸. BK'daki sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep hakkı, zamanaşımı süresinin dolmasıyla sona ererken; kambiyo senetlerinde zamanaşımı süresinin sona ermesi, talep hakkının doğumunun şartlarından birisidir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, TTK'daki sebepsiz zenginleşmeye göre talepte bulunabilmek için de özel bir zamanaşımı süresinin bulunduğudır.

TTK'daki sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürülmesi bakımından hamilin kusuru neticesinde başvuru haklarını kaybetmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Oysa BK hükümlerine göre hakkın korunmasının ihmal edilmiş olması, sebepsiz zenginleşme talebine dayanak teşkil edemez⁵⁹.

BK'daki sebepsiz zenginleşme davasının açılmasının amacı, malvarlığının sebepsiz bir şekilde yer değiştirmesinden doğan zararın düzeltilmesi iken, TTK'daki sebepsiz zenginleşmenin amacı, kambiyo hukukunun katı kurallarından doğan zararın giderilmesidir. TTK'daki sebepsiz zenginleşme talebinin yöneleceği kişinin malvarlığında hakkaniyete aykırı bir artış bulunmalıdır⁶⁰.

BK'daki sebepsiz zenginleşmede, zenginleşen ile fakirleşen arasında bir mamelek kayması bulunmaktadır. Oysa TTK'da, malvarlığının yer değiştirmesi gibi iki taraf arasında doğrudan ilişkiyi gerektirmez⁶¹. Önemli olan, senedin tedavülü dolayısıyla ekonomik bir dengesizliğin oluşmasıdır.

Aynı şekilde, sebepsiz zenginleşme talebi BK md. 82'ye göre, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle

58 **Poroy/Tekinalp**, s. 268; **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 905; **Pulaşlı**, s. 204; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 594; Ömer **Özkan**, Polîçede Sebepsiz Zenginleşme Davası, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 507-533, s. 513.

59 **Poroy/Tekinalp**, s. 268; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 594; **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 15; **Özkan**, s. 514; **Bozer/Göle**, s. 137.

60 **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 594; **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 15; **Özkan**, s. 514-515.

61 Ancak elbette ki senedin hiç tedavül etmemiş olması durumunda, lehtarın düzenleyene karşı ileri süreceği talep örneğinde, taraflar arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Ancak bu bir kural değildir. **Öztan**, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 905; **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 594; **Durgut**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 15; **Bozer/Göle**, s. 137.

zamanaşımına uğrasa da, TTK md. 732/4'e göre, zamanaşımı süresi, poliçe-
nin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır. Talep-
ler açısından öngörülen zamanaşımı süreleri de farklıdır.

Yargıtay, iki kanuni düzenlemede bulunan sebepsiz zenginleşme arasın-
daki nitelik farkı olduğunu, ancak amaç benzerliği olduğunu belirtmiştir⁶².

Her ne kadar BK'daki ve TTK'daki hükümler farklı kurumları düzen-
leseler de, TTK'da düzenlenmemiş hususlar için BK'daki hükümlerin kıyas
yoluyla uygulanması mümkün olmalıdır. TTK'daki hükümler kambiyo senet-
lerine uygulanan özel hükümler oldukları için, BK'daki hükümler ancak boş-
luk bulunduğu durumda uygulama alanı bulur⁶³.

B. Sebepsiz Zenginleşme Talebinde Göz Önünde Bulundurulacak Temel İlişkilerin Tespiti

Bilindiği üzere, kambiyo senedi, ifa uğruna düzenlenen ve dolaşıma çı-
karılan bir senettir. Düzenleyen lehtara para vermek yerine kambiyo senedi
düzenleyip vermektedir. Bu senedin verilmesi, kural olarak ifa uğruna verilir

⁶² Yarg. 19. HD'nin E. 1999/1590, K. 1999/4342, T. 26.11.1999 tarihli kararı. Bu kararında, sebepsiz zenginleşme talebine uygulanacak zamanaşımı süresi açısından EBK md. 60'ta yer alan bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmıştır. Bkz, **Poroy/Tekinalp**, s. 269.

⁶³ **Bozgeyik**, Sebepsiz Zenginleşme, s. 592. Nitekim Yargıtay da birçok konuda boşluk doldurma hususunda BK hükümlerindeki düzenlemeleri kullanmaktadır. Yarg. 11. HD'nin E. 2004/2938, K. 2004/12295, T. 13.12.2004 tarihli kararına göre, "Davacı, TTK'nın 644. maddesine dayalı olarak açtığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı işbu davada, çeklerin üzerindeki tarih-lerden itibaren temerrüt faizi de talep etmiş bulunmaktadır. Konuyu özel olarak düzenleyen sözü edilen maddede, bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte davanın sebepsiz zenginleşme ilkelerine dayalı bir talep şekli olduğu belirlenmiş bulunmaktadır. O halde, uyuşmazlığın çözümünde bu hukuki dayanağın ilkelerinden yararlanılması gerekir. Nitekim doktrinde de bu davada temerrüt faizinin genel hükümlere göre istenebileceği vurgulanmıştır (bkz. F. Öztan Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, 2. Bası sf. 904 - 907). BK'nın 61. ve onu izleyen maddelerinde düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme taleplerinde ana alacağa sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülmesi uygulamada kabul edildiğine göre TTK'nın 644. maddesine dayalı davalarda da sebepsiz zenginleşmenin vaki olduğu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir." Yarg. 11 HD'nin E. 2005/147, K. 2006/122, T. 16.1.2006 tarihli kararına göre, Dava, TTK'nın 730/14, maddesi yollamasıyla aynı Yasa'nın 644. maddesi uyarınca açılmış bulunan sebepsiz iktisap davası olup, çekte ayrıca bir ödeme yeri gösterilmediği gibi, çekin muhatabı da V. Bankası Ürgüp Şubesi'dir. Ayrıca davalının ikametgahı da Ürgüp'tür. Davanın yukarıda açıklanan niteliğine göre BK'nın 73. maddesi olaya uygulanamaz.

ve dolaşım boyunca senet, ifa uğruna el değiştirir⁶⁴. Bunun sonucu olarak da hamilin tatmin olması, poliçenin paraya çevrilmesi şartına bağlıdır. Bu ilişki, kambiyo senedi ilişkisidir.

Kambiyo senedinin poliçe olması durumunda, muhatap poliçeyi kabul etmediği sürece, poliçe ilişkisine yabancısıdır. Bu açıdan, muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişki, poliçe ilişkisinden bağımsızdır. Muhatap poliçeyi kabul etse dahi, düzenleyen ile arasındaki ilişkisine dayanamaz. Örneğin poliçeyi kabul etmesinden sonra, düzenleyen ile arasındaki sözleşmeyi ileri sürerek ifadan kaçınamaz. Bir diğer ifade ile poliçe dışındaki bir sebebe dayanarak, poliçeyi ödemekten kaçınamaz.

Hamil poliçeyi, poliçeye özgü yollardan takip ettiği sürece, muhatap düzenleyen ile arasındaki temel ilişki dolayısıyla ifa etmekten kaçınamaz. Oysa hamil, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak poliçe alacağını elde etmeye kalkıştırsa, muhatap sebepsiz zenginleşmediğini ispatlayarak, poliçe bedelini ödemekten kurtulur. Diğer yandan hamilin sebepsiz zenginleşme talebi ile başvurusunun şartı, geçerli bir poliçeye dayanmasıdır.

Görüldüğü üzere, sebepsiz zenginleşme talebi söz konusu olduğunda, iki ilişki bulunmaktadır. Bir yandan hamilin zararına yol açan poliçe ilişkisi, diğer yandan sebepsiz zenginleşmeye yol açan muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişki.

C. TTK'daki Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri ile Temel İlişkideki Hakların Yarışması

Özellikle kambiyo senedinin tedavül etmemesi ve doğrudan lehtarda kalması durumunda, lehtarın bir yandan TTK'daki hükümlere başvurma imkanı varken, diğer yandan temel ilişkiye başvurma imkanı bulunmaktadır. Bu durumda, sebepsiz zenginleşme hükümleri ile genel hükümler çerçevesinde ileri sürülebilecek talep haklarının yarışması söz konusu olabilmektedir.

Ancak asıl borç ilişkisine dayanarak bir talepte bulunan kişinin, söz konusu ilişkinin tarafı olması gerekir. Bir diğer ifadeyle, senedin henüz devredilmemiş olması gerekir⁶⁵. Bilindiği üzere ciro, asıl borç ilişkisini ciro edilene intikal ettirmez. Devredilen senet nama yazılı bir senet olsa dahi, alacağın

⁶⁴ Tarafların bunun aksini de kararlaştırması mümkündür.

⁶⁵ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 903; Özkan, s. 510, 516; Pulaşlı, s. 203.

temlikli yoluyla senedi devralmış olan kişi de temel ilişkinin tarafı olmaz. Bundan dolayı nama yazılı bir senedi devralan kişi de temel borç ilişkisine ve burada geçerli talep sürelerine dayanarak dava açmaz.

Yargıtay kararlarına baktığımızda, kıymetli evrak hukukuna bağlanan sebepsiz zenginleşme talebi ile temel ilişkiye bağlı, genel hükümler çerçevesindeki taleplerin yarışması incelenmiş ve talep sahibinin TTK'ya dayalı sebepsiz zenginleşme talebinden vazgeçerek, temel ilişkiye dayanmasını kabul etmiştir⁶⁶.

⁶⁶ Yarg. 11. HD'nin, E. 2007/4034, K. 2007/7947, T. 20.9.2007 tarihli kararı "Mahkemece, davada sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanıldığı, çeklerin bankaya ibraz edilmedikleri, TTK'nun 644. maddesi gereği çeklerin zamanaşımı sürelerinin dolmasından 1 yıllık süre içinde dava açılmadığı gerekçesiyle, zamanaşımı nedeniyle davanın ve şartlan oluşmayan davalının tazminat isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesinde, hem temel ilişkiye dayanılmış, hem de TTK'nun 644. maddesinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayanılarak itirazın iptali isteminde bulunulmuştur. Ancak, yargılama sırasında davalı vekili davasını ıslah etmiş ve ıslah dilekçesinde temel ilişkiye dayandığını, aradaki ilişkinin ödünç ilişkisi olduğunu belirterek davasını da alacak davasına dönüştürmek suretiyle ıslah etmiştir. Bu durumda mahkemece ıslah da gözetilerek davanın BK'nun 125. maddesinde öngörülen (10) yıllık zamanaşımına tabi olduğu düşünülmeden ve ıslah dilekçesi ile değiştirilen dava niteliği dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Benzer şekilde, Yarg. 3. HD'nin, E. 2010/17397, K. 2010/21420, T. 23.12.2010 tarihli kararına göre, "Mahkemece, takip konusu bononun zamanaşımına uğradığı, davacının senedi keşideci olarak imzalayan davalıya karşı TTK'nun 644. maddesinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvuru hakkına sahip ise de, zamanaşımı nedeniyle davacının bir alacağı bulunmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, yargılama aşamasında mal sattığı davalıdan alacağını talep ettiğini beyan etmiştir. Davacının bu beyanı, davalı savunması ve tüm dosya kapsamından davacının, aralarındaki temel borç ilişkisine dayalı olarak yapılan icra takibinde söz konusu bonoya belge olarak dayandığı anlaşılmaktadır. Bu yön gözetilerek davanın BK. 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu düşünülüp davacıya temel ilişki dolayısıyla alacaklı olduğu yönünde tanık dahil tüm delillerini sunarak kanıtlama olanağı tanınarak, toplanacak deliller ve uygun sonuç dairesinde bir karar vermek gerekirken, yanılıklı değerlendirme ile zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.". Yarg. 19. HD'nin, E. 2004/7477, K. 2005/366, T. 27.1.2005 tarihli kararına göre, "Mahkemece, toplanan delillere göre, çek zamanaşımına uğrasa bile çek hamilinin TTK'nun 730/14. maddesi yollamasıyla aynı yasanın 644. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşme kurallarına göre keşideci aleyhine dava açabileceği, temel ilişkiye dayalı alacağın BK'nun 125. maddesindeki zamanaşımına tabi olduğu ve bu madde hükmüne göre alacağın zamanaşımına uğramadığı, bu itibarla da davalının zamanaşımı itirazına itibar edilemeyeceği, alacağın esasına itiraz edilmediği gerekçesiyle davacının talebinde haklı olduğu...".

IV. Sebepsiz Zenginleşme Talebinde Taraflar

A. Talep Sahibi

1. Hamil

TTK md. 732/1, talep sahibi olarak hamili belirlemektedir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine uygun talepte bulunabilecek kişi, zamanaşımının gerçekleştiği veya hakkın düştüğü sırada meşru hamildir. Bu hak, başvuru hakkını “kaçıran”, elde edilmesi için gerekli işlemleri yapmayı ihmal eden hamile tanınmaktadır. Vadesinde poliçeyi ödemek üzere ibraz eden ve gerekli işlemleri yaptıktan sonra müracaat haklarını kullanan hamile ödeme yapan dönüş yolundaki ciranta da, sonraki cirantalara ve düzenleyene başvurmak için gereken süreleri kaçırırsa ve kabul eden muhataba karşı da 3 yıllık süre içinde talepte bulunmamışsa, son hamil olarak kabul edilir. Neticede müracaat işlemleri sırasında ödeme yapan ciranta ya da avalist de TTK md. 732 çerçevesinde başvuru hakkını haizdir⁶⁷.

2. Zamanaşımına Uğrayan Kambiyo Senedine Bağlı Talep Hakkın Devri

Sebepsiz zenginleşme şartları gerçekleştikten sonra ödeme yapan kişiler de sebepsiz zenginleşme talebinin tarafı olabilir. Durumu bilerek ödemede bulunan kişinin zararı, poliçeye bağlı müracaat hakkının düşmesinden veya zamanaşımının gerçekleşmesinden kaynaklanmamaktadır⁶⁸. Ancak son hamilin halefi olan kişinin sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı bulunmaktadır⁶⁹. Senedi tahsil ciro suyla devralan kimsenin de ciranta adına sebepsiz zenginleşme davası açması mümkündür. Önemli olan husus son hamilin yetkili hamil olmasıdır⁷⁰. Tahsil ciro sunda, ciro edilen kişi senet bedelini tahsil etme konusunda temsilci, vekil konumundadır⁷¹.

⁶⁷ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 907; Bozgeyik, Sebepsiz Zenginleşme, s. 611; Durgut, Sebepsiz Zenginleşme, s. 111,112; Uslu, s. 323.

⁶⁸ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 907-908; Bozgeyik, Sebepsiz Zenginleşme, s. 612; Durgut, Sebepsiz Zenginleşme, s. 112.

⁶⁹ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 908; Bozgeyik, Sebepsiz Zenginleşme, s. 612; Özkan, s. 525.

⁷⁰ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 908.

⁷¹ Poroy/Tekinalp, s. 198.

Zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedi alacağı adi bir borca dönüşmemektedir⁷². Nitekim verilen Yargıtay kararlarında da zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedinin ancak yazılı delil başlangıcı teşkil edeceği belirtilmiştir. Ancak yazılı delil başlangıcı teşkil etmesi için de, iddia eden kişi ile karşı taraf arasında bir temel ilişkinin bulunması gerekir. Böyle bir temel ilişkinin bulunmadığı durumlarda, hamil yönünden yazılı delil başlangıcı dahi teşkil etmez⁷³.

3. Düzenleyenin Sebepsiz Zenginleşmeye Bağlı Talebi

Düzenleyenin, sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak muhataba karşı bir talebinin olup olmayacağının da tartışılması gerekir. Bir görüşe göre, düzenleyenin kabul edene karşı ileri sürebileceği talep TTK md. 732'ye dayandırılmaz. Zira TTK md. 732, zamanaşımının gerçekleşmesi sırasındaki meşru hamile tanınan bir hak olup, yukarıdaki ihtimal bu maddede öngörülmemiştir. Poliçeyi düzenleyen kişi aynı zamanda aval veren olsa dahi, durum değişmemektedir. Zira sebepsiz zenginleşme talebi, hakların düşmesinin ve kısa zamanaşımı süresinin bir nevi telafisi olup, o anki mağdur lehine yapılan bir düzenlemedir. Poliçeyi düzenleyen kişinin kendi rızasıyla vadesinde bir ödeme

⁷² Öztan, s. 878; Uslu, s. 266; Yarg. 11 HD'nin E. 1983/5292, K. 1983/5336, T. 29.11.1983.

⁷³ Yarg. HGK'nın E. 2001/230, K. 2001/310, T. 28.03.2001 tarihli kararına göre de, "... zamanaşımına uğramış bono adi senet sayılmayacağı gibi, aralarında temel ilişki bulunmayan hamil yönünden yazılı delil başlangıcı da teşkil etmez". Yarg. 19. HD'nin, E. 1999/4206, K. 1999/5672, T. 7.10.1999 tarihli kararına göre, "Davacı hamil, davalı ise keşidecidir. Taraflar arasında temel ilişki mevcut değildir. Bu itibarla, ancak temel ilişkiye dayanılması halinde söz konusu edilebilecek olan yazılı delil başlangıcı ile ilgili kuralları hükmün gerekçesi yapmak isabetli görülmemiştir." **Ancak Yargıtay'ın bu konuda verdiği aksi yönde ve katılmadığımız bir kararı da bulunmaktadır.** Yarg. 19. H'nin, E. 2008/7142, K. 2009/2682, T. 2.4.2009 tarihli kararına göre, "Dava konusu çek zamanaşımına uğradığından kambiyo hukukuna dayanan haklar yitirilmiştir. Bu durumda arada temel ilişki bulunması halinde zamanaşımına uğramış çeke yazılı delil başlangıcı olarak dayanılabilir ve alacağın her türlü delille ispatı mümkün hale gelir. Arada temel ilişki bulunmaması halinde ise hamilin keşideciye karşı TTK. nun 644. maddesine dayanarak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talepte bulunması olanaklıdır. Somut olayda davacı, dava dışı keşideci T.E.'ye mal sattığını, çekin buna karşılık alındığını iddia etmiştir. Keşideci davada taraf değildir. Dava konusu çek zamanaşımına uğradığından ciro yoluyla temlik söz konusu olamaz. Başka bir anlatımla zamanaşımına uğramış çeke dayalı alacağın devri B.K.da düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabidir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulup tartışılmadan eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."

yapması durumunda, poliçeye bağlı haklar sona erer ve hakların kaybindan tek sorumlu olan düzenleyenin sebepsiz zenginleşmeye bağlı hakkı düşer⁷⁴. Sebepsiz zenginleşme talebi ciro yoluyla devredilemez. Bu talep kambiyo senetlerini ilgilendiren katı kuralların yumuşatılması amacını taşıdığı için, kendi rızasıyla ödeme yapan düzenleyen tarafından ileri sürülemez.

Ancak fikrimizce düzenleyenin poliçeyi ödemesi halinde, her ne kadar kendi rızasıyla ödeme yapmış olsa da, durumunun diğer müracaat borçlularından ayrılması gerekir. Her halükarda kabul eden muhatabın, poliçenin asıl borçlusu olarak kabul edildiği bir düzende, düzenleyene sebepsiz zenginleşme talebini tanımamak tarafımıza doğru gelmemektedir⁷⁵. Düzenleyenin sorumluluğunun, diğer müracaat borçluları ile aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, haklarının da aynı olması gerekir. Ancak bununla beraber düzenleyen kabul edene karşı, aralarındaki temel ilişkiye de dayanma hakkını haizdir. Bu durumda düzenleyen açısından yarışan haklar söz konusudur. Düzenleyen isterse, TTK md. 732’de düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kabul eden muhataba başvurabilir, aynı zamanda aralarındaki temel ilişkiye dayanarak genel hükümlere göre de başvurabilir.

B. Sebepsiz Zenginleşen Taraf

Bu talep hakkı öncelikle düzenleyen ve kabul edene karşı ileri sürülebilir⁷⁶. TTK md. 732/2’ye göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan istem, muhataba, yerleşim yerli bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve düzenleyen, poliçeyi başka bir kişi veya ticari işletme hesabına düzenlemiş olduğu takdirde o kişiye veya ticari işletmeye karşı da ileri sürülebilir. Yerleşim yerli poliçeyi ödeyecek olan kimse ve poliçeyi başka bir kişi veya ticari işletme hesabına düzenlemiş olduğu takdirde o kişi, kambiyo hukuku hükümlerine göre olmasa da, yine de hamile karşı sorumludur. Bu kişiler, muhatap veya düzenleyene karşı sorumlu oldukları için, poliçenin ödenmemesinden bir menfaat elde edebilecek kişiler-

⁷⁴ Cour de justice, 2ème Chambre. 21 septembre 1984. Arve-Immo SA c. Fert & Cie; SJ 1985 p. 48.

⁷⁵ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 907; Bozgeyik, Sebepsiz Zenginleşme, s. 611; Durgut, Sebepsiz Zenginleşme, s. 112; Özkan, s. 524.

⁷⁶ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 909. Düzenleyen veya muhatabın sorumluluklarının çeşitli ihtimaller çerçevesinde incelenmesi için bkz; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s.909, s. 921 vd; Poroy/Tekinalp, s. 272-273; Bozgeyik, s. 615-617.

dir⁷⁷. Policeden doğan borcu düşmüş olan cirantaya karşı böyle bir istem ileri sürülemez; zira cirantalar poličeyi almak için belli bir karşılık vermişlerdir. Bu durumda bu kişilerin zenginleştikleri söylenemez.

Borçlu, düzenleyen veya kabul eden muhataptır. Muhatabın kabul etmesi halinde düzenleyen müracaat borçlusu haline gelmekte ve diğer müracaat borçlularıyla beraber aynı sorumluluk esaslarına tabi tutulmaktadır. Ancak düzenleyenle beraber diğer müracaat borçlularına karşı hakların düşmesi durumunda, düzenleyen dışındaki müracaat borçlularının sorumlulukları bir daha doğmamak üzere sona ermektedir.

Yukarıdaki tartışmada da belirttiğimiz üzere, düzenleyenin sorumluluğu muhatap kabul etse dahi devam etmektedir. Zira düzenleyenin sorumluluğu muhatabın sorumluluğundan bağımsız bir şekilde düzenlenmiştir. İsviçre hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, İsv. Bk md. 1052’ye göre, “düzenleyen ve kabul eden muhatap” sorumlu olmaya devam etmektedir. Düzenleyenin sorumluluğu, muhatabın kabul edip etmemesinden bağımsız olarak devam eder.

TTK md. 732 sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talebin yöneltilebileceği kişileri belirlemiş olup, poliče dolayısıyla sorumlu olan diğer kişiler hariç tutulmuştur. Düzenleyen lehine aval veren veya araya girmek yoluyla kabul eden, policeden doğan borcu sona eren kişi, zamanaşımı süresince sorumlu olsa dahi, hakkın kaybindan sonra veya zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra sebepsiz zenginleşme talebiyle takip edilemez⁷⁸.

⁷⁷ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 909-910; Bozgeyik, s. 612-613; Eigenmann, s.2398, no.13; Petitpierre-Sauvain, no.486; Bozer/Göle, s. 138.

⁷⁸ Bozgeyik, s. 614; Eigenmann, s.2398, no.14; Petitpierre-Sauvain, no.486. Nitekim Yargıtay kararı da bu yöndedir. Yarg. 13. HD’nin, E. 2008/9245, K. 2008/11969, T. 20.10.2008 tarihli kararına göre, “TTK’nın 644. maddesine göre sebepsiz zenginleşme davasında davalılar kural olarak keşideci veya muhatap veya her ikisidir. Keşideci kavramına, hesabına poliče çekilen şahıs veya ticarethane, muhatap kavramına, ikametgahlı poličeyi ödeyecek kişi de dahildir (TTK 644/2). Bu kişilerin ortak yönleri, senedin zamanaşımına uğraması sonucunda malvarlıklarında hamilin zararına sebepsiz bir zenginleşmenin meydana gelmiş olmasıdır. TTK’nın 644. maddesinde davanın yöneltilebileceği kimseler tahdidi olarak belirtilmiş olduğundan, cirantalara, kefile, aval verene karşı sebepsiz zenginleşme davası açılamaz (Ertan Demirkapı, age, sh. 200; Kazım Menderes Uslu, Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı, Ankara 2006, sh. 324, davanın kefile karşı açılamayacağı ile ilgili bkz. Yargıtay 1. HD 04.07.2002, 2002/3093 E. 2002/7001 K.). O halde, somut olayda da takip konusu bonoda aval veren durumunda olan davalılardan H.Ömer’e karşı TTK’nın 644. maddesi gereğince sebepsiz zenginleşme davası

V. Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Kapsamı ve İspat Yükü

TTK md. 732/1'e göre, poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalacakları belirtilmiştir. Son hamilin zararının miktar ile sebepsiz zenginleşen kişinin zenginleşme miktarı birbirine eşit olmayabilir. Bu konuda doktrinde fikir ayrılığı bulunmaktadır.

Bir fikre göre zarar, poliçenin üzerindeki meblağ veya ödememe/kabul etmeme protestosu çekilen bir poliçe söz konusu ise TTK md. 725'te belirlenen başvuru hakkının kapsamı kadardır. Kısmi ödeme söz konusuysa zarar, ödenmeyen kısım kadardır. Zenginleşme miktarının hesabında belirtilen maddedeki her kalem sebepsiz zenginleşenin borcuna dahil değildir, zira bazı kalemler kanun tarafından belirli kişilere yüklenmiştir⁷⁹.

Diğer fikre göre istem poliçe bedelini aşamaz ve başvurma hakkının içeriğine ilişkin TTK md. 725 ve 726 burada uygulama alanı bulmaz⁸⁰. Faiz talep edilemez⁸¹.

Yargıtay, faizlerin talebe dahil olup olmayacağı hususunu incelemiştir.

Yarg.11. HD'nin E. 2004/2938, K. 2004/12295, T. 13.12.2004 tarihli kararına göre, "Davacı, TTK'nın 644. maddesine dayalı olarak açtığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı işbu davada, çeklerin üzerindeki tarihlerden itibaren temerrüt faizi de talep etmiş bulunmaktadır. Konuyu özel olarak düzenleyen sözü edilen maddede, bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte davanın sebepsiz zenginleşme ilkelerine dayalı bir talep şekli olduğu belirlenmiş bulunmaktadır. O halde, uyuşmazlığın çözümünde bu hukuki dayanağın ilkelerinden yararlanılması gerekir. Nitekim doktrinde de bu davada temerrüt faizinin genel hükümlere göre istenebileceği vurgulanmıştır (bkz. F. Öztan Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, 2. Bası sf. 904 - 907). *BK'nın 61. ve onu izleyen maddelerinde düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme ta-*

açılması mümkün değildir. Adı geçen davalıya karşı açılan davanın bu gerekçeyle reddine karar verilmesi gerektiğinden, davacının bu davalı yönünden sonucu itibarıyla doğru olan hükme yönelik temyiz itirazlarının bu nedenle reddine karar vermek gerekmiştir."

⁷⁹ Poroy/Tekinalp, s. 274,275; Bozgeyik, s. 605-607.

⁸⁰ Ülgen (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya), s. 125; Özkan, s.532; Domaniç, s.297.

⁸¹ Öztan, s.209. Ülgen (Ülgen/Helvaci/Kendigelen/Kaya), faiz isteminin tartışmaya açık olduğunu belirtmiştir, s. 125.

leplerinde ana alacağa sebepsiz zenginleşmenin meydana geldiği tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülmesi uygulamada kabul edildiğine göre TTK'nın 644. maddesine dayalı davalarda da sebepsiz zenginleşmenin vaki olduğu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir."⁸².

İspat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edene aittir. Eski kanun zamanında, ispat yükünün kime ait olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak gerek doktrin, gerek Yargıtay içtihatları, ispat yükünü sebepsiz yere zenginleşmediğini iddia edene yüklemiştir⁸³. Ancak bazı yazarlar, ispat yükünün hamil üzerinde olduğunu ileri sürmüştür⁸⁴. Kanunda getirilen açık düzenlemeyle, ispat yükü sebepsiz zenginleşene yüklenmiştir.

⁸² Yarg. 11. HD'nin, E. 2010/14277, K. 2012/5371, T. 5.4.2012, Yarg. 11. HD'nin, E. 2003/2615, K. 2003/9053, T. 9.10.2003 tarihli; Yarg. 11. HD'nin, E. 2002/2756, K. 2002/6224, T. 17.6.2002 kararı. Kararlar için bkz, www.kazanci.com.tr.

⁸³ Poroy/Tekinalp, s. 274; Yarg. 13. HD'nin, E. 2008/9245, K. 2008/11969, T. 20.10.2008 tarihli kararına göre, bononun vade tarihinden itibaren üç yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonraki bir yıl içinde açılan bu davada davacı, senedi keşideci olarak imzalamış olan davalılara karşı TTK'nın 644. maddesinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre başvuru hakkına sahip olup, davalı keşideciler, genel hükümler çerçevesinde sebepsiz zenginleşme diklerini kanıtlamakla yükümlüdürler. Yarg.11. HD'nin, E. 2008/8894, K. 2010/83, T. 11.1.2010 tarihli kararına göre, TTK'nın 644. maddesinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşme davası kambiyo hukukuna özgü bir dava çeşidi olup, BK'nun sebepsiz zenginleşme davasından tamamen farklı kurallara tabidir. Bu maddeye göre açılan davalarda ispat yükü sebepsiz olarak zenginleşmediğini veya çek bedelini cırantalardan birine veya hamile ödediğini savunan keşideci davalıya aittir. Diğer bir deyişle davalı keşideci ancak bu ispat yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde sorumluluktan kurtulabilir. Yarg. 19. HD'nin, E. 1999/4206, K. 1999/5672, T. 7.10.1999 tarihli kararına göre, "Davacı hamil, davalı ise keşidecidir. Taraflar arasında temel ilişki mevcut değildir. Bu itibarla, ancak temel ilişkiye dayanılması halinde söz konusu edilebilecek olan yazılı delil başlangıcı ile ilgili kuralları hükmün gerekçesi yapmak isabetli görülmemiştir. Somut olayda davalı keşidecinin, haksız zenginleşme kuralları çerçevesinde savunmada bulunması ve çek bedelini aralarında temel ilişki bulunan kişiye ödediğini kanıtlaması gerekir (TTK md. 644). Ancak böyle bir savunma ileri sürülmediğine göre davalının, çek bedeli kadar bir miktarla hamil aleyhine sebepsiz zenginleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle sonucu itibarıyla doğru bulunan hükmün, HUMK.nun 438 /son maddesi uyarınca yukarıda belirtilen gerekçe ile onanması uygun görülmüştür."

⁸⁴ Domaniç, s. 298; Özkan, s. 528; Uslu, s. 327.

VI. Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı

Zamanaşımı süresi, poliçenin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır (TTK md. 732/4). İsviçre hukukunda bu davanın zamanaşımı 10 yıl olup, zamanaşımı süresinin bitmesinden veya müracaat hakkının kaybedildiğinin bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁸⁵.

TTK md. 732'nin muadili olan eTTK md. 644'te sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bundan dolayı doktrinde ve Yargıtay kararlarında, BK'da sebepsiz zenginleşme için öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmekteydi⁸⁶. BK'daki bu hüküm ve Yargıtay'ın uygulaması, TTK md. 732'deki zamanaşımı süresini şekillendirmiştir. Ancak BK'da yapılan değişikliklerle, sebepsiz zenginleşme için öngörülen zamanaşımı süresi 2 yıla çıkarılmıştır⁸⁷. Poliçeye özgü sebepsiz zenginleşmenin hukuki niteliğinin, BK'da düzenlenen sebepsiz zenginleşmeden farklı olduğu yukarıda belirtilmiştir. TTK md. 732/4'ün açık düzenlemesi karşısında, BK'daki zamanaşımı süresinin iki yıl olarak belirlenmiş olması, poliçeler bakımından uygulama alanı bulamaz.

⁸⁵ Frédérique **Berthoud**/ François **Dessemontet**, Le droit de change, CEDIDAC 2004, s. 147-149.

⁸⁶ Yarg. HGK, E. 2011/19-686, K. 2011/671, T. 2.11.2011 tarihli kararına göre, H.G.K.nca; yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlığın; 818 Sayılı B.K. uyarınca uygulanacak bir yıllık zamanaşımı süresinin, çekin ibraz süresinden sonra mı yoksa ibraz süresinin bitiminden itibaren altı ay geçtikten sonra mı işlemeye başlayacağı noktasında toplandığı belirtildikten sonra, yasal düzenlemelere işaret edilmiş ve diğer gerekçeler yanında davaya konu çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmediğinin dosya kapsamından anlaşıldığı, süresinde ibraz edilmeyen çekin, kambiyo vasfını yitirmiş olmakla adi belge niteliğinde olduğu, bu haliyle davaya konu belge çek vasfı taşımayıp, adi belge niteliğinde olduğundan, somut olayda TTK'nun 726. maddesinin uygulama yeri olduğundan da söz edilemeyeceği, gerekçesine de yer verilmiş ve sonuç itibarıyla, "somut olay yönünden TTK'nun 726. maddesi uygulanamayacağından, BK'nun 66. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşmede uygulanacak olan bir yıllık süre hesabında altı aylık süre dikkate alınmaz. Hal böyle olunca, çekin ibraz süresi geçtikten bir yıl sonra zamanaşımı süresi dolar. Bu sebeple aynı hususlara işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup; onanması gerekir..." gerekçesiyle direnme kararı oyçokluğu ile onanmıştır.

⁸⁷ Sebepsiz Zenginleşmeye ilişkin değişiklikler hakkında bkz, Turgut **Öz**, "Sebepsiz Zenginleşmeden doğan Borç İlişkileri", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014 s. 33 vd.

Sonuç

Sebepsiz zenginleşme dolayısıyla hamilin talep hakkı değerlendirilirken, birbirinden farklı olmasına rağmen, bir noktada birleşen iki ilişkinin bulunduğunu unutmamak gerekir. Bir yandan poliçe ilişkisi, diğer yandan ise poliçeyi düzenleyen ile kabul etmediği sürece poliçeye yabancı olan muhatap arasındaki ilişkidir. Sebepsiz zenginleşme talebine gelene kadar, hamilin talebi tamamen poliçeye bağlı bir talepken, sebepsiz zenginleşmenin şartlarının gerçekleştiği durumda, düzenleyen ile kabul eden muhatap arasındaki taleptir.

Sebepsiz zenginleşmeye dayalı talep hakkı, müracaat hakkının düşmesi ve kambiyo senedine dayanan talep hakkının zamanaşımına uğraması sırasındaki meşru hamildir. Kural olarak poliçenin kabul için ibrazı zorunlu değildir. Ancak bazı hallerde kabul için ibraz zorunlu kılınmıştır. İşte bu gibi durumlarda hamilin poliçeyi kabule arz etmemesi, müracaat haklarının düşmesine sebebiyet verir. Kabul için ibrazın zorunlu olduğu haller dışında hamil, senedi doğrudan ödemek için ibraz etme hakkını haizdir. Ancak belirlenen sürelerde senedi ödemek için ibraz etmemişse, müracaat hakkı düşer. Müracaat hakkının düşmesinden itibaren sebepsiz zenginleşmeye dayalı davanın bir yıl içinde açılması gerekir.

Hamilin, kabul etmeme ve ödememeye ilişkin işlemleri gerçekleştirmesi halinde, artık müracaat borçlularına karşı başvurma hakkı sona ermektedir. Kanunda belirtilen bir yıllık zamanaşımı süresinde hamil bu kişilere karşı kambiyo senetlere özgü yollara başvurabilir ve alacağını bu şekilde elde etmeye çalışabilir.

Hamil, müracaat haklarını bir yıllık süre içinde kullanmazsa, müracaat hakkı zamanaşımına uğramış olur ve düzenleyene karşı bir yıl içinde sebepsiz zenginleşme davası açma hakkı doğmuş olur.

Kabul eden muhatap, vadesinde poliçeyi ödemezse, üç yıllık zamanaşımı süresi içinde kambiyo senetlerine özgü takip yollarından takip edilmesi gerekir. Eğer kabul eden muhataba karşı üç yıl için bir talep yöneltilemezse, bu durumda muhataba karşı ancak sebepsiz zenginleşme dolayısıyla dava açma hakkı doğar.

Sebepsiz zenginleşme talebi, kambiyo talebinden farklı yeni bir taleptir. Bu talebi yöneltebilecek tek kişi hak kaybının gerçekleştiği zamandaki meşru

hamildir. Böyle bir talepte bulunabilmesi için poliçenin paraya çevrilmemiş olmasından dolayı bir zarara uğramış olması gerekir.

Sebepsiz zenginleşme talebinin davalı tarafı ise, düzenleyen ve kabul eden muhataptır. Bu kişilere karşı bir talep hakkının yöneltilebilmesi için, bu kişiler bakımından bir zenginleşmenin bulunması gerekir. Zenginleşmediğini ispatlayan kişi, meşru hamilin zararını ödemekten kurtulur. Sebepsiz zenginleşme talebi bir yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- P. Arminjon/P. Carry**, La lettre de change et le billet à ordre, Paris 1938, No 383, p. 426-427.
- Berthoud, Frédérique / Dessemontet, François**, Le droit de change, CEDIDAC 2004.
- Bozer, Ali/ Göle, Celal**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015.
- Bozgeyik, Hayri**, Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara 2003.
- Bozgeyik, Hayri**: “Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme” (Anılış, Sebepsiz Zenginleşme), AÜHFD, C. VII, S. 1-2 (Haziran 2003), s. 589-628.
- Domanıç, Hayri**: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975.
- Doğanay, İsmail**: TTK Şerhi, C. II, Ankara 1990.
- Durgut, Ramazan**: Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 2005.
- Durgut, Ramazan**: “Çekte Kabul Yasağı ve Çekin Teyidi”, İBD (İstanbul Barosu Dergisi), C.80, S.3, Yıl 2006, s. 985-1004.
- Eigenmann, Antoine** Commentaire Romand, Code des Obligations II, (éditeurs: Pierre Tercier/Marc Amstutz) Bale 2008.
- Karayalçın, Yaşar**: Ticaret Hukuku Dersler, C. II: Ticari Senetler, Ankara 1970.
- Kınacıoğlu, Naci**: “Görüldüğünde Ödenecek Poliçeler”, BATİDER, Ocak 1968, C.IV, S. 3, s. 447 vd.
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2013.
- Öz, Turgut**: Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990.
- Öz, Turgut**: “Sebepsiz Zenginleşmeden doğan Borç İlişkileri”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III (26-27 Mayıs 2012), İstanbul 2014 s. 16-36.
- Özkan, Ömer**: “Poliçede Sebepsiz Zenginleşme Davası”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 507-533.
- Öztan, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2012.
- Öztan, Fırat**: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.
- Petitpierre-Sauvain, Anne**: Papiers-valeurs, Traité de droit privé suisse Bd. VIII/7, Basel 2006.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal**: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013.

- Pulaşlı**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2012.
- Reisoğlu**, Seza: Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara 1961.
- Tamer**, Ahmet: Teyitli (Karşılıklı, Bloke) Çek, Bankacılar Dergisi, S. 87, Aralık 2013, s. 3-17.
- Uluslan**, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- Uslu**, Kazım Menderes: Yeni TTK Tasarısı Nazara Alınarak Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı, Ankara 2006.
- Ülgen**, Hüseyin /**Helvacı**, Mehmet/ **Kendigelen**, Abuzer/ **Kaya**, Aslan: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013.
- Yıldız**, Şükrü: “Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s. 821-852 (Anılış: Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı).
- Yıldız**, Şükrü: Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, S. 335-351.