

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2016/2

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 85
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 64

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

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu (Başkan)
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz
Yard.Doç. Dr. Tuba Akçura Karaman
Araş. Gör. Dr. Ali Cenk Keskin
Araş. Gör. Burcu Alkış

DANIŞMA KURULU

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

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Doç. Dr. Fena İpek Kayalı
Doç. Dr. Şule Özsoy Boyunsuz
Yard.Doç. Dr. Mehmet Karlı
Yard. Doç. Dr. Valentin Réturnaz
Dr. A. Cenk Keskin
Dr. Bleda R. Kurtdarcan
Dr. Fülürya Yusufoglu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2016 yılının Aralık 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: hukukfd@gsu.edu.tr

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli ulusal bir dergidir; Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, hukukfd@gsu.edu.tr e-posta adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dilleridir. Bu dillerin dışındaki eserlerin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa özet (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta gösterilmelidir.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde kullanılır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az bir hakemin incelemesine sunulur. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Düzeltme talep edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, yazı bir kez daha hakem incelemesinden geçirilir.

7. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, karar incelemesi, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici not vb. yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
8. Yayınlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
9. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Kaynakçada gösterim:

Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

- a) Kitap: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), **Eser adı** (Kalın/Bold), Basım sayısı, Yayınevi, Yayın yeri, Yayın yılı. (normal)

Örnek: TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16.bası, Beta, İstanbul, 2013.

Örnek: İNCEOĞLU Sibel (Editör),, ..

Çeviri kitaplar için:

SARTORİ Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, (çev. T. Karamustafaoğlu / M. Turhan), Yetkin, Ankara, 1996.

İki yazarlı kitaplar için:

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 15. bası, Beta, İstanbul, 2015.

Üç veya daha fazla yazarlı kitaplar için:

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Seçkin, Ankara, 2016.

b) Yüksek Lisans veya Doktora tezleri için:

ALTAY Sıtkı Anlam, Bankaların Mali Durumlarının Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.

c) Makale: Yazar SOYADI (Büyük harf, normal) Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), **Eser adı** (Kalın/Bold), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.(Makalelerde, makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı belirtilir.)

Örnek: KOÇ Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, **GSÜHFD**, S. 2012-1, 2014, ss. 281-300.

d) İnternet kaynakları: Tam adres ve son erişim tarihi belirtilmelidir.

Big Data, Crime and Security, Parliamentary Office of Science and Technology of the UK Parliament Note no: 470, 2014, [http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/ POST-PN-470/POST-PN-470.pdf](http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/POST-PN-470/POST-PN-470.pdf) (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

12. Dipnotlar: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir.

a) Kitap ve makaleler: Dipnotta sadece kalın harflerle yazarın soyadı, eserin yayın yılı ile sayfa numarası gösterilir. İki yazarın bulunması durumunda her iki yazarın soyadı da kullanılır. İkidenden fazla yazar olması durumunda ilk yazarın soyadını “ve diğ./et al.” ifadesi takip eder. Eğer aynı yazarın aynı yılda basılmış birden fazla yayını kullanılmışsa basım

yıllarının sonuna kaynakçadaki sıraya uygun olarak alfabetik bir karakter ilave edilir (2013a, 2013b...).

Örnek: **Koç**, 2012, s.17.

- b) Karar: Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, karara ulaşılabilecek kaynağa yer verilir.

Y. 13. HD, E. 2016 / 5823, K. 2016 / 13745, 30.05.2016, YKD, c. 42, S. 10, 2016, ss. 2430-2431.

- c) İnternet: Kullanılan içeriğe uygun kısa atıf kuralına uygun hareket edilmelidir.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

- Prof. Dr. Rıdvan AKIN**.....3
Mustafa Kemal Atatürk ve Türk Devrimi Üzerine Düşünceler
Mustafa Kemal Atatürk and Reflections on the Turkish Revolution
- Assist. Prof. Dr. Mete ERDEM**71
Fundamental Right to Vote in American Constitutional Law
Amerikan Anayasa Hukukunda Temel Oy Hakkı
- Ar. Gör. Cihan YÜZBAŞIOĞLU** 101
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Danıştay Kararları Üzerindeki Etkilerine Dair Bir Değerlendirme
Assessing the Impact of the European Court of Human Rights' Case Law on the Decisions of the Council of State

ÖZEL HUKUK

- Yard. Doç. Dr. Nur BOLAYIR**..... 155
Fransız Hukuku'nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları
Alternative Dispute Resolution in French Law
- Deniz ERGENE**..... 175
İç Karışıklıklarda Yabancı Yatırımların Korunması: Ukrayna Örneği
Protection of Foreign Investments During Civil Disturbances: The Case of Ukraine
- Onur ŞAHİN**.....269
CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti
The Duty of Buyer to Mitigate Damages under the CISG

KAMU HUKUKU

Mustafa Kemal Atatürk ve Türk Devrimi Üzerine Düşünceler

Prof. Dr. Rıdvan AKIN*

Özet: Mustafa Kemal, Türk Devrimi'nin önderi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusudur. Balkan Savaşları sonunda Osmanlı Devleti'nin elinden çıkacak olan Rumeli topraklarında doğmuştu. Köken itibariyle, Osmanlı toplumu içinde ayrıcalıklı "devletli" sınıfından değil, görelî olarak aşağı sınıflardan geliyordu. Babasını küçük yaşta kaybetmiş, güvencesiz kalmış bir ailenin çocuğu idi. Bu nedenle, Askerî Rüştiye sınavını kazanması, hayatı açısından bir dönüm noktası sayılmalıdır. Harp Okulu ve Harp Akademisinde aldığı eğitimden sonra parlak bir askerî kariyeri oldu. Yirminci Yüzyılın başından itibaren sürmekte olan ulus devletlerin yükselme çağında, bağımsızlığını kaybetmemiş olmasına rağmen bir yarı-sömürge duruma düşen Osmanlı Devletinin başarılı bir generali idi. İmparatorluğun dağılmanın eşğine geldiği Birinci Dünya Savaşı'nda, yönetici seçkinler sınıfı içinde önemli bir yere geldi. Mütareke döneminde Ordu Müfettişliği görevi ile gönderildiği Anadolu'da, millî kurtuluş savaşını örgütleyerek başarıya ulaştırdı. Bütün siyasal eylemini kuruluşuna önderlik ettiği Türkiye Büyük Millet Meclisine dayandırdı. Türk bağımsızlık savaşını başarıya ulaştırmasından sonra, Türkiye Cumhuriyetinin kurucu önderi ve ilk cumhurbaşkanı oldu. Kurduğu devlet, Orta Doğu'da kurulmuş ilk çağdaş ulus devlettir. Mustafa Kemal cumhuriyet devriminden sonra bir dizi devrim hareketi ile Türkiye'nin hukukî ve sosyo-ekonomik dönüşümünü sağladı. Siyasal eylemine kılavuzluk eden değerler Aydınlanma ve Fransız burjuva demokratik devrimin izlerini taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk devrimi, demokratik devrimler çağı, millî kurtuluş savaşı, imparatorlukların dağılması.

Yayın Geliş Tarihi: 22.09.2016; Yayına Kabul Tarihi: 29.09.2016

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku & Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

Mustafa Kemal Atatürk and Reflections on the Turkish Revolution

Abstract: Mustafa Kemal is leader of the Turkish Revolution and founder of the Turkish Republic. He was born in the Ottoman province of Rumeli which would be lost at the end of the Balkan Wars. As of social origin, he had no contact with the “privileged ruling class”. Instead, he had descended from a somewhat lower class. He lost his father at a young age; he was a child of a family that was remained precarious. Therefore, his admission to the Military Junior High School was a turning point which was so vital to his prospective life. After having a well-prepared education at the Military College and the Military Academy, He had a brilliant professional career. At the age of the rising wave of nation state building process that had started from the beginning of the twentieth century, he was a dominant general of Ottoman Empire that fell in to a semi-colonial status even though it had not lost its independence. In the First World War that paved the way to come to the edge of disintegration of the empire, he gained an important position in the ruling elite. At the end of the war, he became a very well-known general among others. After having successfully organized a national liberation front in Anatolia where he was appointed as general inspectorate of the Ninth Army during the armistice period, he established the Turkish Grand National Assembly, and re-founded the army. Under his command, Turkish war of national independence was finally resulted in favor of the Turks. Mustafa Kemal settled the legitimacy of the Assembly, which he led to its establishment, as the basis of his all political actions. After the Turkish war of independence was successfully completed, he became the founder father of the Republic and was elected the first president of Turkey. The state he established is the first modern state in the Middle East in all respects. After the revolution, Mustafa Kemal transformed Turkey’s legal and socio- economic structure through a series of daring laws and regulations. As a result, it may be said that the values that guided his overall political action bears the traces of the Enlightenment and French bourgeois-democratic revolution.

Keywords: Turkish Revolution, age of democratic revolutions, war of national independence, dissolution of empires.

Demokratik Devrimler Çağı

Mustafa Kemal, geçen yüzyıla damgasını vurmuş en önemli siyasi önderlerden biridir. Milletinin kaderi üzerinde onun kadar etkili olmuş, önder sayısı pek azdır. Mustafa Kemal, anlamlı bir tesadüfle, Düyun-u Umumiye-i Osmaniye İdaresinin kurulduğu yıl doğmuştu. Osmanlı İmparatorluğu o tarih itibariyle, 1699’dan beri devam eden küçülmeye rağmen, hala büyük bir devlet imajını koruyordu. Maliyesine el konulmuş olmakla birlikte, toprakları

Kuzey Afrika'dan, Basra'ya, Hicaz'dan Arnavutluk'a kadar uzanıyordu. Mısır bile eyalet-i mümtaze, yani özel bir statü ile payitahta bağlı bulunuyordu.

O'nu yaratan koşullar Siyaset Bilimcilerin “*birinci demokratlaşma dalgası*” olarak tanımladıkları toplumsal-siyasal sürece tekabül eder.¹ Bu dalga, çok uluslu monarşilerin yerine ulus devletlerin kurulmasını sağlayan radikal bir dönüşüme yol açmıştır.

Bu dönüşüm, 19. yüzyılda kurulmuş bulunan uluslararası statükoyu radikal bir şekilde değişikliğe uğratan Birinci Dünya Savaşı nedeniyle hızlanacaktı.

Bu savaşın sonunda çok uluslu monarşiler tarihe karışmış, yerine birçok yeni devlet kurulmuştur. Almanya'da Hohenzollern, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nda Habsburglar; Çarlık Rusya'da Romanov hanedanları devletleri ile birlikte tarihe intikal ettiler. Osmanlı Devleti de bu kaçınılmaz sürecin bir parçası olmuştur.

Günümüz Avrupası'nda varlığını sürdüren pek çok devletin temeli Dünya Savaşından sonra bu şekilde atılmıştır. Avusturya, Weimar Cumhuriyeti, Polonya bunlara örnektir. Birinci Dünya Savaşını bitiren siyasal konjonktürün ürünü iki yeni devlet daha vardır: Bolşevik Rusya ve Türkiye Cumhuriyeti.

Rusya'da, Marksist-Leninist önderler, 1917'de Dünya tarihini değiştirecek radikal bir eyleme imza atarak Ekim Devrimini gerçekleştirmişlerdi. Avrupa'nın Doğusunda, tarihe karışacak bir başka devlet ise, 19. yüzyıl boyunca sömürgeciliğin ağır darbeleriyle Avrupa ve Kuzey Afrika topraklarında gerileyen Osmanlı imparatorluğuydu. Bu devasa devletin hükümranlık alanı içinde bugün on iki devlet bulunuyor. Bunlardan biri de Mustafa Kemal'in eseri olan Türkiye Cumhuriyeti'dir.

Öncelikle, Türk Devriminin önderini, diğer bazı kurucu önderlerle karşılaştırmalı olarak tanımlamak belki daha yararlı olabilir: Örneğin, O'nu Amerikalıların George Washington'una benzetebiliriz. Çünkü bir bağımsızlık savaşına önderlik etmiştir. Ulus devletin temellerini atması açısından İtalyanların Garibaldi'sine benzetebiliriz Mustafa Kemal, aynı zamanda bir milli kurtuluş direniş cephesi kurmuştur. Bu yönüyle Fransızların de Gaulle'üne; meşruiyetçi ve barışçı yönü ile de Hintlilerin Mahatma Gandhi'sine benzetebilir.

¹ Larry J. Diamond & Marc F. Plattner, *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1995, s.31.

Yaşadığı çağ da önemlidir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucusu, iki Dünya Savaşı arasında ülkelerini yönetmiş olan Woodrow Wilson, Carl Ebert, F.D. Roosevelt, Hindenburg, Hitler, Mussolini, Kral VI. Edward, Bolşevik önderler Lenin, Stalin ve Troçki ile aynı devirde yaşamıştı.

Selanik-Manastır-İstanbul

Mustafa Kemal, her şeyden önce, bir Rumeli çocuğudur. Gençlik hayatı Osmanlı'nın yakın gelecekte kaybedeceği topraklarda geçmiştir. Doğduğu şehir Selanik, imparatorluğun Batıya en açık, en kozmopolit, kültür, sanat ve ticaret hayatının en zengin olduğu şehirlerinden biriydi. Ama O, bu şehirde, bir burjuva, bir mütegalibe çocuğu olarak dünyaya gelmedi. Babası sonradan ticaret hayatına atılmış, küçük bir memurdu. Muhtemelen kalp krizinden kırklı yaşların başında hayata veda ettiğinde arkasında iki çocuk ve yirmili yaşlarda dul bir kadın bırakmıştı. O günkü koşullarda ailesine ne bir maaş ne de bir irat bırakabilmiş değildi. Babası vefat ettiğinde, Mustafa Kemal yedi, kız kardeşi Makbule henüz iki yaşındaydı.

Annesi Zübeyde Hanım, örfe uygun davranarak iki erkek kardeşinden birinin yanına yerleşti. Genç dul Zübeyde Hanım'a muhtemelen aracılar vasıtasıyla, bir izdivaç teklif edildi. Teklif Selanik Gümrük Müdürü Ragıp Efendi'den geliyordu. Ragıp Efendi, eşini kaybetmiş mazbut bir Osmanlı efendisiydi. Biri yeni subay çıkmış, diğerleri daha küçük yaşlarda üç çocuğu buluyordu. İzdivaç gerçekleşti. Yapılan bir mantık evliliği idi. Zübeyde Hanım çocuklarıyla birlikte, Selanik'e geri döndü. Bu suretle iki aile birleşmiş oldu.²

Bir yazara göre, Mustafa Kemal, üvey abisi Süreyya Bey'in telkinleriyle askeri rüştiye sınavına girdi, kazandı. Selanik Askeri Rüştiyesine kabulü hayatında önemli bir dönüm noktası oldu. Böylece, devlet kapısında bir güveneye kavuşmuş oluyordu. Bu aileden Şevket uzaklaşma durumu, iki yıl sonra 1895'de Manastır Askeri Lisesine giderek daha da pekişecektir.

Mustafa Kemal, askeri rüştiyeye girdiğinden itibaren, askerlik sanatı dışında, iki özel ilgi alanı olmuştur: Tarih ve yabancı dil. Tarihe olan ilgisinin temelinde Manastır Askeri Lisesindeki tarih öğretmeni Mehmet Tevfik Bil-

² Ragıp Efendi Atatürk'e aşkı uğruna Çankaya'da intihar eden Fikriye'nin amcası ya da dayısıydı. Bkz. Şemsi Belli, Fikriye, Belge ve Fotoğraflarla Çocukluğundan Evliliğine Kadar Atatürk'ün Duygu Dünyasında Hanımlar, Ankara, Bilgi Kitabevi, 1995, s.89; Şevket Süreyya Aydemir, Tek Adam, Cilt 1, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1965, s. 74.

ge'nin olduğunu söylemek mümkündür.³ İlgı duyduğu bir başka alan yabancı dil öğrenmedir. Özellikle Fransızca öğrenmek - ki dönemin hakim yabancı dilidir- O'nun için çok özel bir uğraşı alanı olmuş; kişisel gayreti ile Bu dile hakimiyeti meslektaşlarının çok üstünde bir düzeye ulaşmıştır. Fransızcasını ilerletmek konusunda kendisini teşvik eden Selanik Askeri Rüştiyesi'nden, hocası Nakıyettin Yücekök'tür. Naki Bey'den aldığı telkinlerle Fransızcasını daima ilerletmiş, bu dile kitap okuma, konuşma ve yazma becerisini geliştirmiş; Fransız düşünce adamlarının eserlerini orijinal metinlerinden okuyacak seviyeye ulaşmıştır.⁴

Manastır Askeri Lisesinden mezun olduktan sonra, 13 Mart 1899 Martında ilk kez İstanbul'a geldi. Yolculuk Mektebi Harbiyeye kaydolmak üzere yapılmıştı. 1899'dan 1902'ye kadar Harbiye'de, 1902'den 1905'e kadar da Harp Akademisinde öğrenimine devam etmiş; o yıl kurmay subay olarak mezun olmuş; daima parlak bir öğrenci olarak dikkat çekmişti.

Askeri öğrenci Mustafa Kemal, yaz tatilleri dışında ailesinden uzak bir gençlik hayatı yaşadı.⁵ Bununla birlikte, 1902'te Harbiye'den mezun olduğunda aile topluca İstanbul'a gelmiş, mezuniyet fotoğraflarla kutlanmıştı.⁶

Mustafa Kemal'in bütün öğrenim hayatı Sultan II. Abdülhamit devrinde geçmiştir. Doğduğunda Sultan Hamit yeni tahta çıkmış, genç bir padişahtır. Askeri rüştiyeyi kazandığında, 1899'da İstanbul'a geldiğinde⁷, 1902'de Har-

³ Mustafa Kemal, Mehmet Tevfik Hocasının TBMM'nin V. Döneminde (1935-1938) Diyarbakır milletvekilliğine seçilmesini sağlamıştır.

⁴ Harbiye'de öğrenci iken yaz tatillerinde Selanik'e döndüğünde sınıf arkadaşı Fethi Bey'den (Okyar) aldığı Fransızca kitapları okumaya özen göstermiş, Selanik Katolik Frerler Mektebindeki hocalardan ders almayı hiç ihmal etmemiştir. 1941'de mülakat yapılan hocası Frere Rodriguez, Mustafa Kemal'i çok iyi hatırladığını, gayet ciddi, zeki çalışkan bir genç olarak hafızasında iz bıraktığından övgüyle söz etmiştir. Atatürk, Selanik Rüştiyesinden ilk Fransızca hocası Naki Beyle 1924'te Samsun'da bir okulda karşılaştıklarında, "ilk esin kaynağının hocası olduğunu" söyleyerek övmüş; 1927'de milletvekili seçilmesini sağlamıştır.

⁵ Öğrenim hayatına ait en erken bilgi, Selanik'te Serezli öğretmen Sadi'nin yayınladığı **Çocuklara Rehber** dergisini takip edenlerden biri olduğudur. Derginin 1897 Ocak ve Haziran nüshalarında bilgi yarışmasına katılan öğrencilerin arasında O'nun da adı geçmektedir. Cemil Sönmez, Atatürk'ün Yetişmesi ve Öğretmenleri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2004, s.69.

⁶ Birinci Balkan Savaşında Selanik düştüğü zaman Zübeyde Hanım, kızı Makbule'yi yanına alarak İstanbul'a muhacir olarak geldiğinde ikinci eşi Ragıp Efendi muhtemelen hayatta değildi.

⁷ Harbiye'ye 13 Mart 1899 günü 1283 apolet numarası ve "Ali Rıza Efendi mahdumu, uzun boylu, beyaz benizli, Mustafa Kemal Efendi" künyesi ile kaydolmuştu.

biye'den, 1905'te Harp Akademisi'nden mezun olduğunda tahtta Sultan Hamit bulunuyordu. Cumhuriyetin diğer bütün kurucu önderleriyle birlikte O da Devr-i Hamidinin ürünüdür. Bu durum hem askeri hem mülki tüm kadrolar için geçerlidir. Bu kuşak, Sultan Hamit devrinde okumuş, onun istibdadından ürkmüş, Hafiye Teşkilatı tarafından takip edilmiş, istibdada karşı çıkmış bir kuşaktır. Mustafa Kemal de bunlardan biridir.

Harbiye öğrencisi olduğu yıllarda, en yakın arkadaşları Ali Fuat Cebesoy, Ömer Naci, Müfit Özdeş, Ali Fethi Okyar olmuştu. En teklifsiz arkadaşı ise Selanik'ten mahalle arkadaşı Nuri Conker'dir. Yaz tatillerinde Selanik'e döndüğünde⁸; ders alarak Fransızcasını geliştirmeye çalışırdı. Bunu kurmay sınıfına geçebilmek için çok önemserdi. İstanbul'daki öğrencilik yıllarına ait en özel hatıralar hiç kuşkusuz tatil günlerindedir.⁹ Harbiye öğrencileri, bütün yatılı okul öğrencilerinin yaptığı gibi okul kurallarına aykırı işler yapmaktan geri durmazlardı.¹⁰

Harbiye'den devre sekizincisi olarak 1902'de mezun olarak kurmay sınıfına ayrılmıştır. Bu sonuç, 492 kişilik sınıfta büyük bir başarı sayılmalıdır. Kurmaylık öğrenimine gelince, 1905'te Harp Akademisinin 57. Dönemini beşincilikle bitirdi. 43 kişilik sınıftan sadece on üçü kurmay subay olma başarısı gösterebilmiş, diğerleri mümtaz yüzbaşı rütbesi ile mezun olabilmişlerdi. Döneminin birincisi daha sonra VI. Ordu komutanlığını yapacak olan Ali İhsan Paşa, ikinci Asım Gündüz'dür. Asım Gündüz Büyük Taarruzda başkomutanlık kurmay başkanlığı görevinde olacaktır.

Görüldüğü gibi bu kadro, o dönemin en parlak, en seçkin öğrencileridir. Ama Sultan Hamit monarşisi açısından ciddi bir handikapları vardır: siyasetle iştiğal ve müesses nizamı beğenmemek. Bu yıllar Osmanlı Sultanı'nın Erme-

8 Mustafa Kemal'in Harbiye'de özel bir merakı vardı: Dans öğrenmek. Bir yaz tatilinde vals öğrenmiş, İstanbul'a gelince de Ali Fuat'a öğretmişti. Bkz. Niyazi Ahmet Banoğlu, Atatürk'ün İstanbul'daki Hayatı-I, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1973, s.6

9 Bir defasında Ali Fuat'la gittikleri Büyükkada'da son vapuru kaçırdıkları için çamlar altında sabahlamak zorunda kalmışlar, bir başkasında ise, yine Ali Fuat'la birlikte, Çengelköyü'nden Alemdağı'ndaki Sultan Aziz köşküne kadar atla gitmişlerdi. Niyazi Ahmet Banoğlu, Atatürk'ün, s.20

10 Örneğin, askeri öğrencilerin gitmesi yasak olmasına rağmen Beyoğlu Tokatlıyan civarındaki Zeve Birahanesine, Kristal Gazinosuna, Tüneldeki Con Paşa lakaplı bir İngiliz'in işlettiği restoran-bara uğurlardı. Burası daha ziyade viski servisi yapan bir mekan olarak tanınıyordu. Hatta bir gün Con Paşanın yerine Kazım Karabekir'i de götürmüşlerdi. Niyazi Ahmet Banoğlu, Atatürk'ün, s.18, 24.

ni ve Yunan sorunlarının yanı sıra Jön Türk muhalefeti ile uğraştığı yıllardır. Siyasi meselelere ilginin kuşkuyla karşılandığı kurmay okulunun başarılı öğrencilerinden biri olan Mustafa Kemal'in davranışları Sultan Hamit'in gizli polisinin takibine uğramaktan kurtulamaz, tam kurmay yüzbaşı olarak mezun olacak iken, soruşturmayla uğrayarak, tutuklanır. 45 gün Yıldız'da tutuklu kaldıktan sonra, Okul komutanının kefil olması üzerine azledilmez.

Sürgünde İhtilalci Bir Kurmay Subay

Mustafa Kemal ve arkadaşı Müfit Özdeş 1905 Şubatında mezun edilerek karargahı Şam'da bulunan V. Ordu'ya atandılar. Bu, afla karışık bir sürgündü. Beyrut'a giden bir vapurla İstanbul'dan uzaklaştırıldılar.

Şam sürgününün yaşamında özel yeri vardır. Burada Harbiye'den arkadaşı Müfit Özdeş ve sürgün bir Jön Türk olan Dr. Mustafa Cantekin ile ilk anlamlı siyasi örgütünü kurdu: Vatan ve Hürriyet Cemiyeti. O dönem için hedefleri diğer muhaliflerle aynı idi: Sultan Hamit monarşisine son vermek ve vatani kurtarmak. Bu yıllarda, radikal düşüncelerle dolu olarak gizli bir Selanik yolculuğu da yaptı. Seyahatin amacı örgüte Balkanlarda taraftar kazandırmak ve uzun dönemde Sultan Hamit rejimini devirmektir. Burada Dr. Tevfik Rüşti Bey (Aras) ile temas kurdu. Aras, örgütün Selanik şubesinin sorumlusu olacaktı.¹¹

Doğal olarak Jön Türk ihtilalini birkaç sürgün subay değil, 1889'dan beni içerde ve dışarda örgütlü muhalefet eden İttihat ve Terakki gerçekleştirecektir. Mustafa Kemal, Sultan Hamit'in "düşüşünü" kariyerinin başında bir kurmay subay olarak karşılayacaktır.

Bir Jön Türk'ün Siyasi Düşünce Birikimi

Şurası bir gerçektir ki bütün Jön Türk kuşağının etkilendiği düşünceler, Mustafa Kemal'i de etkilemişti. Bu düşünceler pozitivizm ve rasyonalizmdir. Yani olguculuk ve akılcılık. "Hayatta en hakiki mürşit ilimdir, fendir" sözünün düşünsel arka planı budur.

Edindiği siyasi değerlere değinmek gerekirse, 8 Mart 1928'de mülakat verdiği Le Matine muhabirine Türk Devrimi ile Fransız Devrimi arasında-

¹¹ İlginç bir şekilde burada anılan her üç kişi de cumhuriyet döneminde önemli görevlere getirilecek, siyasi elit içinde yer alacaklardır. Müfit Özdeş, Mustafa Cantekin mebus, Aras ise Dışişleri Bakanı olacaktır.

ki paralellığe değinmiş, Türklerin Fransız demokratik devriminin açtığı yolu izlediklerini, fakat kendine has özel koşullarda bunu gerçekleştirdikleri yorumunu yapmıştır.

Fransız Devrimi, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile evrensel değerler yaratmış, Aydınlanmanın birikimini siyasal alana taşınmıştı. Devrimin üç ilkesi, özgürlük, eşitlik, kardeşlik cumhuriyetçiliğin temelini oluşturmuştu. Bu ilkeler Mustafa Kemal'in düşünce dünyasında temel değerler olarak anlaşılabilir. Bindiği gibi, Rousseau'nun "Toplum Sözleşmesi", hukuk, siyasal bilimler ve sosyolojinin en çok atıfta bulunulan eserlerden biridir. Mustafa Kemal, "Sözleşme"yi 1913'te, Ziya Paşa'nın çevirisinden kenarına notlar alarak dikkatle okumuştur. Namık Kemal ve Mizancı Murat gibi düşünürler Rousseau'nun sözleşmesini İslami biat kavramı etrafında açıklamaya çalışırken, Mustafa Kemal'in Rousseau'da bulduğu herhalde "cumhuriyetçi" düşünce olmalıydı.¹²

Mustafa Kemal'in çeşitli düşünür, yazar ve sairlerden etkilendiğini söyleyebiliriz: Bunların başında Namık Kemal ve Tefvik Fikret gelir.¹³ 1916-1918 arasında Diyarbakır Silvan'da yaveri olan Şükrü Tezer'in muhafaza ettiği, "Hatıra Defterinden" öğreniyoruz ki: 1916'da XIV. Kolordunun komutanlığına atanan Mustafa Kemal Paşa, 7 Kasım -25 Aralık tarihleri arasında Namık Kemal'in Tarihi Osmani (Osmanlı Tarihi) ve Makalat-ı Siyasiyesini (siyasi içerikli makalelerini) okumuştur.¹⁴ Bu iki şaire ilgisi daha Harp Okulu yıllarında başlamıştı. Ali Fuat Paşa (Cebesoy) ve Asım Gündüz Harp Okulunda yönetimden gizlice Namık Kemal'i okuduklarını hatıralarında yazmışlardır. Fikret'e gelince, şiirlerinin birçoğunu ezbere bilir; yeri geldiğinde bulunduğu topluluğa okumayı severdi. Fikret'in Aşiyân'ını iki kez 1917 ve 1918'de ziyaret etmiş ve anı defterine duygularını yazmıştı. Son ziyaretinde yanında Süleyman Nazif, Ali Faik Ozansoy ve Ziya Gökalp in de bulunduğunu biliyoruz. Diyebiliriz ki Mustafa Kemal, vatan düşüncesini Namık Kemal'den hürriyet düşüncesini Fikret'ten almıştı.

Meşrutiyet düşünce hayatı içinde, genç kurmay Mustafa Kemal'in düşüncelerini etkilemiş iki kişiden daha söz etmek doğru olur. Bunlar sırasıyla Şehbenderzade Filibeli Ahmet Hilmi ve Ziya Gökalp'tir. Şehbenderzade İslam'da

¹² Şerafettin Turan, Atatürk'ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, ss.13-14.

¹³ Çankaya Köşkü Kitaplığı'nda ikisinin kitaplarının, yan yana durduğu yakın çevresinin hatıralarından öğreniyoruz. Şerafettin Turan, Atatürk'ün Düşünce Yapısı, ss.6-8.

¹⁴ Şükrü Tezer, Atatürk'ün Hatıra Defteri, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1972, s.72 vd.

reform, Gökalp ise Türk milliyetçiliği düşüncesinin en önemli isimleridir. Ahmet Hilmi, (1908-1918) döneminin en çok okunan yazarlarından. **Cemiyeti Tedrisiye-i İslamiye** ve **Mecmua-ı Fünun**'un kurucularındandır. Hikmet gazetesi sahibidir. İslam dünyasının çok ciddi bir Rönesans yaşaması gerektiği kanaatinde olan bir düşünürdür. Temel düşüncesi Müslümanların Ortaçağ hayatından çıkarak çağdaş yaşama geçmelerinin zorunlu olduğu yönündedir.

Mustafa Kemal, Şehbenderzade'nin iki önemli kitabını tetkik etmiştir. Yaradılışı sorgulayan “Allahı İnkâr Mükün müdür?” bunlardan birincisidir. Bu kitabı Mustafa Kemal , 1916'da Silvanda üç günde notlayarak okumuştur. Bunu “**Atatürk'ün Hatıra Defteri**”nden öğreniyoruz. Öteki ise “**Tahlili ve Tenkidi İslam Tarihi**”dir. Bu kitabı okurken karşı olduğu görüşlerin altını çizmiş; bazı paragraflara ünlem ve soru işaretleri koymuştur. Kanımca, Şehbenderzade'nin dinde reform düşüncesi Mustafa Kemal'in dikkatini çekmiş bir konudur.¹⁵

Mustafa Kemal'in düşünce dağarcığında aldığı yer sıklıkla vurgulanan diğer önemli isim, Ziya Gökalp'tir. Her ne kadar Gökalp, **Türkleşmek, İslamlaşmak, Muasırlaşmak** ve **Türkçülüğün Esasları** ile Türk milliyetçiliğinin ideoloğu sayılıyorsa da, O'nun ulus (millet) kavramı ile Gökalp'in kavramı ciddi bir şekilde ayrılır. Bunun yanı sıra Gökalp Türkçülüğün Esaslarında medeniyet ve hars (uygarlık ve kültür) ayrımı yapar. Atatürk bu ayrımı sun'ı bulur. Uygarlığı kültürden ayırmaz. Onunla Gökalp arasında ara kesiti Emil Durkheim üzerinden kurmak belki daha anlamlı olabilir. Atatürk'ün Durkheim okumalarının devlet düşüncesi üzerinde etkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Daha genç bir kurmay subay iken Şam'da kurduğu cemiyete, Vatan ve Hürriyet cemiyeti adını vermesi son derece manidardır. Kemal Atatürk'ün kendisini hakkında “Hürriyet ve bağımsızlık benim karakterimdir” dediğini unutmamak lazımdır. Atatürk, John Stuart Mill'in **On Liberty** (hürriyet üzerine) kitabının Fransızcası versiyonunu okumuştur.¹⁶ Yine 1931'de yayınlanan “**Vatandaş için Medeni Bilgiler**” kitabının Hürriyet (Özgürlük) bölümünü şahsen kaleme aldığını da hatırlamakta yarar var.¹⁷

15 Şerafettin Turan, Atatürk'ün Düşünce Yapısı, ss. 21-23.

16 Konuya özel ilgisini bilen Hüseyin Cahit Yalçın, Leon Marblier'in “Vicdan Hürriyeti” ile Stuart Mill'in “Hürriyet Üzerine” kitaplarını (1924 ve 1927'de) çevirerek yayınlamış, imzalı birer kopyasını Mustafa Kemal'e hediye etmiştir.

17 A. Afet İnan, Medeni Bilgiler ve Atatürk'ün El Yazıları, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2000, ss. 534-590.

Mustafa Kemal'in genel dünya tarihine ilişkin okuduğu temel kaynak H.G. Wells'in *“The Outline of History”* başlıklı kitabının Fransızca çevirisidir. Bu kitap 1920ler dünyasının son derece önemli bir kitabı olup, birçok dile çevrilmiştir. Wells eserinde dünya tarihini ulusların tarihi değil insanlığın tarihi olarak yorumlamış, tarihi yapan asıl nesnenin insan olduğuna işaret etmişti. Nutukta bu esere yer yer atıflar vardır.¹⁸ Atatürk'ün çok önemseydiği bu kitap, 1927'de Maarif Vekaleti tarafından *“Cihan Tarihinin Umumi Hatları”* adıyla yayınlanacaktır.

Mustafa Kemal, yoğun olarak okuyan ve yazan devrimci bir devlet adamıdır. Yapılan envantere göre, kendi kişisel kitaplarının sayısı 4289'dur.¹⁹ Kitaplarının içeriği incelediğinde, bunların 862'sinin tarih, 181'nin hukuk, 204'ünün antropoloji ve benzeri sosyal bilimler, 154'ünün dilbilim, 261'nin askerlikle ilgili, diğerlerinin ise sair yayınlar olduğunu görüyoruz. Bunlar hiç kuşkusuz edindiği kişisel kitaplardır. Gazi'nin kitaplarla alakası bu sayı ile sınırlı kalmamıştır. İstanbul'da bulunduğu zamanlarda daima İstanbul Üniversitesi kütüphanesinden yararlandığını, kitaplar getirip okuduğunu biliyoruz. Atatürk'ün temel ilgi alanlarının dil, tarih ve yaratılış olduğunu söyleyebiliriz. Çankaya Köşkü'ndeki kitaplarının bir kısmı 1967'de Anıtkabir'e taşınmıştır. Geriye kalan kitaplar ve kişisel evrakının yakın zamana kadar Çankaya Köşkü'nde muhafaza edilmekte olduğunu biliyoruz.²⁰

Birinci Dünya Savaşına Kadar Mesleki Kariyeri

Mustafa Kemal'in mesleki kariyerinde dikkat çeken iki yön vardır. Bunlardan birincisi, genç bir kurmay subay olduğu yıllarda dahi manevralarda gösterdiği ehliyet ve liyakatın yanı sıra yaşlı Osmanlı generallerini şaşkına çeviren ataklığıdır. Bilgi ve vizyonu ile tatbikat sahalarında komutanlarının bileğini askerce bir nezaketle bükebilme cesareti gösterebilen biri olarak dikkat çekmiştir: Örneğin, 1909'da Selanik civarında yapılan Cumali Ordugahı manevralarında şaşırtıcı ölçüde başarılı öngörülerde bulunmuş, askeri meseleleri

¹⁸ Şükrü Hanioglu, Atatürk, Kurucu Felsefe ve Siyaset, Sabah, 16.11.2014.

¹⁹ Eyüp Kaptan, Atatürk'ün Düşünce Yapısı ve Türkiye, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 2006, Hikmet ss.72-73.

²⁰ Gürbüz Tüfekçi, Atatürk'ün Okuduğu Kitaplar, Özel İşaretleri, Uyarıları ve Düştüğü Notlar İle, Cilt I-II, Ankara; Türkiye İş Bankası Kültür yayınları, 1983-1985; Atatürk'ün Okuduğu Kitaplar: Altını Çizdiği Satırları, Özel İşaretleri, Uyarıları, Düştüğü Notlar ve Kitap İçerisindeki Özel Yazıları ile / yayın koordinatörü. Ankara, Anıtkabir Derneği, 2001. 10 cilt.

çözümlemiş, Alman mareşali Von der Goltz Paşa'nın dikkatini çekmiş, takdirini kazanmıştır. Bu üstünlük Mustafa Kemal'e 1910 Eylülünde Fransa'da yapılan Picardie manevralarında Yüzbaşı Selahattin Bey'le birlikte Osmanlı Devletini temsil etme olanağını sağlayacaktır.

Harbiye Nazırı Mahmut Şevket Paşa, tarafından Osmanlı ordusunu temsilen **Picardie manevralarına** katılmak üzere Fransa'ya gönderilir. Bu manevraları Fransız ordusunu birinci dünya savaşında yönetecek olan Mareşal Foş yönetmiştir. Bir haftalığına resmi görevle yaptığı bu gezi ilk ve son defa Fransa'yı görmesini sağlayacaktır.²¹

Harp Akademisi'nden kurmay yüzbaşı rütbesi ile mezun olan Mustafa Kemal artık binbaşdır. Bu arada, Osmanlı Devletini tehdit eden siyasal gelişmeler hız kazanmaktadır. 1911'de İtalyanların Bingazi ve Trablusgarp vilayetlerini işgal etmeleri, bir kısım yürekli subaya Kuzey Afrika topraklarını yerli direnişçilerle birlikte savunma fikrini verecektir. Bunlardan biri kurmay binbaşı Mustafa Kemal olacaktır. Hayatındaki ilk gerilla savaşı tecrübesini burada edinecektir. Direnişine katılmak üzere, arkadaşları ile birlikte Mısır üzerinden Trablusgarp'a geçiş öyküleri iki şeyi kanıtlar niteliktedir: Birincisi Osmanlı Devleti'nin Kuzey Afrika topraklarını bir deniz savaşı ile savunma gücünden aciz olduğunu, ikincisi de bu güçsüz devletin genç subaylarının bütün olanaksızlıklara rağmen ülke bütünlüğünü savunma azim ve kararında olduklarını.

Suriye ve Trablusgarp tecrübeleri O'na salt Müslüman kardeşliğinin ne ölçüde belirleyici olabileceğini irdeleme imkanı sağladı. Anavatan topraklarının binlerce mil ötesinde verilen bu mücadele Ouchi Antlaşması ile sona erdi. Sonuç reel politik açıdan kaçınılmazdı: Koca **Afrika-yı Osmani** İtalyan hükümetine terk edilmek zorunda kalındı. Mustafa Kemal burada komutanlık yeteneklerini geliştirme olanağı buldu. Yerel savaşıları sevk ve idare etme konusunda tecrübeler edindi. 1912'ye kadar kaldığı Derne'de ilerde kendisine faydalı olacak bazı dostluklar kurdu.²²

İmparatorluk Kuzey Afrika topraklarını terk etmek zorunda kalınca, Kurmay binbaşı Mustafa Kemal, arkadaşları ile birlikte, Mısır, Trieste, Romanya

21 Utkan Kocatürk, Doğumundan Ölümüne Kadar Kaynakçalı Atatürk Günlüğü, Atatürk Araştırma Merkezi, 1999, s.14. , Cüneyt Aktan, Arayışname, İstanbul, Cinius Yayınları, 2013, s. 256.

22 Nalan Seçkin, İlk Meclis'ten Kalanlar, Divan Matbaası, 1970, s. 100,103. Sinan Meydan, Atatürk ile Allah Arasında, İstanbul, İnkılap yayınları, 2009, s. 400, 455, 456.

üzerinden İstanbul'a dönmek zorunda kaldı. Bu arada Balkan Savaşı patlamış, birinci faslı çoktan bitmişti. Bu savaşta bütün Rumeli toprakları kaybedilmiş, altı vilayet elden çıkmış, Kosova, Manastır, Yanya, İşkodra, Selanik imparatorluk sınırları dışında kalmıştı. Hatta, annesi ve kız kardeşi Makbule bu savaş sırasında muhacir olarak İstanbul'a gelmiş, kendisinin de mütareke döneminde kaldığı Beşiktaş Akaretler'deki daireye devlet tarafından yerleştirilmişlerdi.²³

Balkan Savaşlarında alınan feci mağlubiyet, ordunun siyasi otorite ile olan ilişkisinin hangi esaslara dayanması gerektiği hususunda önemli düşünceler edinmesine neden oldu. Bu savaşın sonunda Balkanlarda kurulan yeni statüko diplomatik bir görev almasını sağladı. Arkadaşı Fethi Okyar Sofya'ya büyükelçi olarak gönderilmişti. 27 Ekim 1913'te O'nun nezdine ataşemiliter olarak atandı. Bu görevine kısa bir süre sonra Belgrat ve Çetine ataşemiliterlikleri de ilave edilecektir.

Sofya'daki bu görev çok kısa bir süre önce Osmanlı Devletinden bağımsızlığını elde etmiş bir devleti inceleme ve Batı uygarlığı üzerinde düşünme imkanını sağladı. Bu dönem, 1910'da katıldığı Paris Picardie manevralarından sonra ilk uzun süreli Batı kültürü temasını sağladı. Çok uzak olmayan bir gelecekte, genç ataşemiliter, yeni Türkiye'nin lideri ve yanında görevlendirildiği Fethi Okyar da başbakanı olacaktır.²⁴

Mustafa Kemal, başarılı bir kurmay subay olarak dikkat çekmiş, askeri literatüre yayınları ile katkıda bulunmak istemiştir. Bunlardan birincisi "*Cumhuriyet Ordusu*" dır.²⁵

İkincisi, "*Takımın Muharebe Talimi*", Alman general Karl Litzman'dan yaptığı bir çeviridir. Bu yayın genç kurmay subayın profesyonel literatüre Almanca'dan tercüme yapacak kadar hakim olduğunu göstermektedir.²⁶

²³ Mustafa Kemal'in Mütareke Dönemine kadar İstanbul'la olan ilişkisi kesintili olmuştur; 1909'da 31 Mart ayaklanmasının bastırılması sırasında, 1911'de Picardie manevraları için Paris'e giderken, Balkan Savaşları sonrasında Sofya'ya ataşemiliter olarak atandığı zaman ve Çanakkale savaşları sırasında kısa sürelerle İstanbul'da bulunmuştur.

²⁴ Andrew Mango, Atatürk, London, John Murray, 1999, ss.128-130.

²⁵ 2 Eylül 1909'da tamamladığı bu kitapçık; Selanik'te basılmıştır. Eser; 39 sayfa metin ve 7 adet krokiden oluşmaktadır. Kitap, Makedonya'da 10 gün süren tatbikat sırasında tuttuğu notlardan yararlanılarak yazılmıştır.

²⁶ Kitabın özü; seferi tam mevcutlu bir takımla, değişik hava şartları ve çeşitli arazide, muharebe yöntemleridir. Subayların arazide yetiştirilmelerini amaçlayan tatbikatın, önemini vurgulayan bu çalışma 1911 yılında 5. Kolordu Harekat Şube Müdürü iken kaleme alınmıştır.

Aynı yıl, Selanik'te “*Tabiye Tatbikat Seyahatini*”, 1912’de ise “*Bölüğün Muharebe Talimi*” ni Almanca’dan çevirerek yayınlamıştır. Risale boyutlarındaki diğer iki yayını ise, “*Taktik Tatbikat ve Seyahati*” ile “*Bölüğün Muharebe Talimi*” adlarını taşımaktadırlar.

Sofya’da askeri ateşemiliter iken “*Zabit ve Kumandan ile Hasbıhal*” başlığı ile yazdığı kitap üçüncüsüdür. 1914’de yayınlanan bu risale Harbiye’den arkadaşı Nuri Conker’e yanıt niteliğinde bir çalışmadır.²⁷

Mustafa Kemal, bu eserinde, bir subayın taşınması gereken özveri, risk alma, emri altındakileri sevk ve etme, taarruz ruhu, inisiyatif alma özellikleri üzerinde durmuştur. Genç subayın, içinde bulunduğu koşulları, ordudaki aksaklıkları, bunlara karşı tepkisiz kalmayarak üst makamlara çözüm yollarını nasıl sunması gerektiğini; ülkenin içinde bulunduğu askeri ve siyasi durumu ele almaktadır.

Kitapta, subayların inisiyatif alma niteliğine geniş yer ayırmakta, özellikle Trablusgarp Savaşı’nda edindiği deneyimleri anlatmaktadır. Eserin son bölümünde, Kuzey Afrika’da birlikte çarpıştığı silah arkadaşlarını anmış ve onları “yüksek askerlik niteliklerine” sahip insanlar olarak tanımlamıştır.

Birinci Dünya Savaşı’nın Askeri Kariyerine Katkısı

Birinci Dünya Savaşı Mustafa Kemal adının hızla parlamasını sağlayan en önemli etmen olmuştur. Savaşın başında, Almanya ve Avusturya Macaristan İmparatorluğu mihver cephesini oluşturmuş, Osmanlı İmparatorluğu Sait Halim Paşa’nın Yeniköy’deki yalısında yapılan gizli bir anlaşma ile bu sisteme katılmış, İtilaf cephesine karşı savaş ilan etmiştir.²⁸ Savaş temelde bir Avrupa savaşı olmakla birlikte Galiçya’dan Hint Okyanusu ve Atlantik’e kadar yayılmıştı. Osmanlı Devleti savaş boyunca Kafkaslar, Çanakkale, Irak, Suriye, Filistin ve Süveyş Kanalı’nda çarpıştı.

Savaş boyunca Mustafa Kemal, en kritik cephelerde sorumluluk almaktan çekinmedi. Başarılı olduğu her görev daha çok tanınmasına katkıda bulunacak, askeri kariyerinde hızla ilerleyecekti. İsmi basında ilk kez Anafartalar Grup Kumandanı olarak anıldı. Yerinde ve zamanında aldığı önlemlerle dik-

²⁷ İlk baskısından sonra, İş Bankası Kültür yayınları tarafından Hasan Ali Yücel’in girişimiyle 1956’da yayınlanmıştır.

²⁸ Birinci Dünya Harbinde Türk Harbi: Osmanlı İmparatorluğu’nun Siyasi ve Askeri Hazırlıkları ve Harbe Girişi, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1991, s.44, 48, 140.

kat çekti. Her bir görevinden sonra etrafında yarattığı karizma artıyordu. 1915 Mart'ından Ağustos'una kadar sürdürdüğü Grubu Komutanlığı, adının müttetik Alman generalleri arasında tanınmasına yol açtı. Burada Alman generali Liman Von Sanders'in övgülerini aldı.²⁹ Enver Paşa'nın kötü sevk ve idaresi yüzünden karşılaşılan “*Sarıkamış Felaketi*” sonrasında Ruslar, Doğu Anadolu'yu işgal ederek Erzincan-Bingöl çizgisine kadar ilerlemişlerdi. Mustafa Kemal Van Gölünü çevreleyen vilayetlerde Ermeni ayrılıkçıların desteğinde ilerleyen Çarlık Rusya ordularına karşı 1916'dan itibaren çok sayıda başarı elde etti. Bu bölgede ileride kendisine yarar sağlayacak kişisel dostluklar kurdu. Bunlar Kürt aşiret reisleriydi. Mustafa Kemal, yakın gelecekte örgütleyeceği milli kurtuluş savaşında bu ilişkilerden azami ölçüde yararlanacaktır.³⁰

Mustafa Kemal, kolordu komutanı sıfatıyla albay rütbesinde gittiği Diyarbakır'dan tuğgeneral olarak dönecektir. 1 Nisan 1916'da generalliğe yükseltilmiş, Muş bölgesini Rus ordusundan geri almayı başararak komutanlık liyakatini bir kez daha kanıtlamıştır.³¹ Bu nedenle, Mareşal Ahmet İzzet Paşa, (Furğaç, sonradan sadrazam) izinli olarak İstanbul'da bulunduğu dönemde; birkaç kolordudan oluşan II. Ordu yönetimini genç tuğgeneral Mustafa Kemal'e tereddütsüz havale etmekte bir sakınca görmemiştir. Vekaleten verilen bu sorumluluk bir orgeneral veya mareşalin üstlenebileceği ölçüde büyüktü.³²

²⁹ Ruşen Eşref Mustafa Kemal ile Çanakkale Savaşı sırasında Anafartalar kumandanı başlığı ile ilk mülakatı yayınlayan gazetecidir. Necati Birinci, Ruşen Eşref Üneydin, Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1988, s.24.

³⁰ Erzurum ve Sivas Kongresi sırasında yerel Kürt önderlere çektiği telgraflar. Baki Sarısakal, Belge ve Tanıklarla Samsun'dan Ankara'ya, 19 Mayıs 1919 - 23 Nisan 1920, C.2, Samsun, 2008, s. 684.

³¹ Mustafa Kemal general olduktan sonra Enver Paşa ile daha sık karşı karşıya gelmeye başladı. Enver, Harbiye Nazırı, Başkumandan Vekili olmuş, hanedandan Naciye Sultanla evlenerek saraya damat olmuştu. Mustafa Kemal'in tırnaklarıyla kazıyarak harp meydanlarında elde ettiği kariyerinden daha fazlasını çok kolay elde etmişti. Mustafa Kemal'in önu birçok kez Enver tarafından kesilmiş, bu adı konmamış rekabette şansı yaver giden taraf hep Enver Paşa olmuştu. Ama sonunda Mustafa Kemal, modern Türkiye'nin kurucusu olurken, Enver Paşa, Türkmenistan'da Bolşevik kurşunları altında hayata veda edecekti. Şevket Süreyya Aydemir, Makedonya'dan Orta Asya'ya Enver Paşa, C.3, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1972, s. 9. Bkz. İrfan Ülkü, KGB Arşivlerinde Enver Paşa, Türklüğün Son Cephesi, Karakutu Yayınları, 2005, s. 68, 88, 112.

³² Talihin garip bir tecellisiyle, saygı ve himayesini kazandığı bu mareşali,1920 Bilecik Mülakatından sonra Anadolu İhtilali'nin kalbi olan Ankara'ya götürecektir, sonra askerce taahhütler altında serbest bırakarak İstanbul'a dönüşüne izin verecektir. Mahmut Goloğlu, Üçüncü Meşrutiyet, 1920, s.290. 1970; İslam Ansiklopedisi, Atatürk Maddesi, 10. Cüz, 1960, s. 752;

Mustafa Kemal, 1917 yılı Şubat'ında karargahı Şam'da bulunan Hicaz Kuvve-i Seferiyesi Komutanlığına, Temmuz'da karargahı Halep Aziziye'de bulunan VII. Ordu'ya komutan olarak atandı. Bu ordu Alman generali Von Falkenhayn'in komutasındaki Yıldırım Ordular Grubuna bağlıydı.

1917 Eylülünde Suriye-Filistin cephesi Komutanı Falkenhayn ile görüş ayrılığına düşmüş, alternatif olarak önerilen görevi de kabul etmeyince, İstanbul'daki genel karargaha çağırılmıştı. Bu Mustafa Kemal için iki yıllık eylemli komutanlık görevinin kesintiye uğraması anlamına geliyordu. O yılın Kasım ayından itibaren dokuz ay süreyle fiilen ordu komutanlığı yapmadı. Görüş ayrılığından kaynaklanan bu zorunlu istirahat dönemi ruhen ve bedenen kendisine iyi gelecekti. Fakat ne ilginçtir ki, ayrılmak zorunda kaldığı, Yıldırım Ordular Grubunun nihai komutanı yine kendisi olacaktır.

1 Nisan 1916'de Diyarbakır'da tuğgeneralliğe (mirliva) yükseltilen Mustafa Kemal, 1917 sonbaharından itibaren Harbiye Nezareti nezdinde, İstanbul'dadır. Aralık'ta Nezarete çağırılır. Bu kez değişik bir görevle karşı karşıyadır.

Görev, Padişah Sultan Reşat adına, Avusturya-Macaristan imparatoru I. Karl ve Alman imparatoru Kayser Wilhelm II'yi ziyaret edecek olan Veli-aht Mehmet Vahidettin Efendi'ye yaverlik etmektir. Ziyaret sırasında Alman ve Avusturya karargahları da ziyaret edilecektir. Vahdettin ile tanışıklığı, bu seyahate dayanır. Trenle iki hafta süren bu seyahatte, geleceğin padişahı ve onun devirecek adam birlikte bulundular.³³

Bu yolculuğun resmi gerekçesi şuydu: Kayser Wilhelm II, Padişah Sultan Reşat'ı Alman genel karargahına davet etmiş, yaşlı sultan gittikçe bozulan sağlığını gerekçe göstererek, kendi yerine veliahdı Alman karargahına gönderme kararı almıştı. Geleceğin padişahına saygın bir generalin eşlik etmesi münasip görülmüştü. Bu kişi İstanbul'da kızağa çekilmiş bekleyen Mustafa Kemal Paşa'dan başkası değildi. Vahidettin kendisine refakat eden bu genç general tarafından bir kaç yıl sonra tahtından uzaklaştırılacak ve İngiliz Hükümeti'ne sığınmak zorunda kalacaktır.

Sirkeci'den başlayarak Frankfurt'a 80 kilometre mesafede küçük bir kasaba olan Bad Kreuznack'ta konuşlanan Alman karargahına kadar süren

Mahmut Soydan & Nejdettin Bilgi, Milli Mücadele Tarihine Dair Notlar, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2007, s. 77.

33 Falih Rıfkı Atay, Atatürk'ün Anıları, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1982, ss. 38-44.

yolculuk, O'na ilerde devireceği son Osmanlı sultanını yakından tanıma olanağını sağladı. Falih Rıfkı Atay'ın kaleminden çıkan hatıralarında Mustafa Kemal, o zamanın veliahtından “*mecnun görünüşlü biri*” olarak söz eder.³⁴ Çünkü, düşünce dünyasında “gizli bir cumhuriyetçi”dir. Monarşi karşıtı düşüncelerle geleceğin padişahını küçümseyici ifadeler kullanır. Anlaşılan odur ki hanedan hakkındaki olumsuz görüşleri bu seyahat sırasında pekiştirmiştir.

Bu gezi münabetiyle, Kayser dışında Ludendorf ve Hindenburg gibi meşhur Alman generalleri ile tanışma olanağı bulur. Günümüz Türkiye'sinde bazı çevreler Atatürk'ün bu gezide Vahidettin'le samimiyeti ilerleterek, kızı Sabiha Sultan'la evlenmek ve bu yolla siyasi güç elde etmek istediğini, reddedilince monarşiye daha çok nefretle yaklaştığını yazarlar.³⁵ Bu spekülasyon tarihte Vahidettin lehine, Atatürk aleyhine bir şeyler çıkarma çabalarına verilecek sınırsız örneklerden sadece biridir.

1918 yılı, Mustafa Kemal için sağlık sorunlarıyla uğraşma yılı olmuştur. Almanya dönüşü, İstanbul'daki genel karargahta görevlendirilmiş, böbrek rahatsızlığı nedeniyle 2,5 ay Karlsbad'da (Bugün Çek Cumhuriyeti'nin Batı Bohemya bölgesinde kaplıcaları ile meşhur Karlovy Vary) tedavi görmüştür.³⁶ Anadolu'ya geçişinden sonra, benzer bir kaplıca kürünü Havza'da alacaktır.³⁷

13 Mayıs-4 Ağustos tarihleri arasında Karlsbad'da kalan Mustafa Kemal dönüşünde, Falkenhayn'ın görevden alınmasıyla VII. Ordu'ya komutan olarak atandı. Fakat, ordu komutanı sıfatıyla karargahın bulunduğu Halep Nablus'a vardığında savaş neredeyse sona ermiş bulunuyordu. IV, VII, VIII. ordulardan oluşan Osmanlı cephesine karşı taarruza geçen İngiliz ordusunun VIII. Orduyu bozması üzerine, IV ve VII ordular günümüzdeki Suriye topraklarının Kuzeyine çekildiler. İnisiyatif üstünlüğünü zafere dönüştürmek için bir kez daha taarruza geçen Allenby komutasındaki İngiliz ordusu, Mustafa Kemal

³⁴ Falih Rıfkı Atay, Mustafa Kemal'in Ağzından Vahdettin, İstanbul, Pozitif yayınları, 2012, s.128.

³⁵ Altan Deliorman, Atatürk'ün Hayatındaki Kadınlar, Bayrak Basım Yayım, 2009, ss.111-113.

³⁶ Cemalettin Taşkıran, Yüzyıllardır Harbiye, Doğan Kitap, 2009, ss.239-240; ayrıca A. Afetinan, Mustafa Kemal Atatürk'ün Karlsbad Hatıraları, Ankara, TTK yayınları, 1991.

³⁷ Mustafa Kemal, hayatı boyunca çeşitli hastalıklar geçirmiştir, Çocukluğunda sıtma, Derne'de şiddetli göz enfeksiyonu, Anafartalar'da akciğer enfeksiyonu, daha sonra kronik böbrek, diş rahatsızlıkları ve cumhuriyetin başında geçirilen iki kalp enfarktüsü bunlar arasındadır. Bkz Eren Akççek, Atatürk'ün Sağlığı Hastalıkları ve Ölümü, İzmir, Güven Bilimsel Kitabevi, 2005.

tarafından Halep'in kuzeyinde durduruldu. Bundan sonra gerçekleştirdiği en önemli başarı ise, günümüz Türkiye'sinin sınırlarını oluşturan çizgiye kadar ricat halindeki orduyu düzenli bir şekilde geri çekmesi olacaktır.

Mustafa Kemal, savaşın sonunda Yıldırım Ordular Grubuna komuta ettiğinde henüz 37 yaşındaydı. Neticede, mütareke dönemine girerken, 300 Osmanlı generalinden sadece biriydi.³⁸ Hem de en düşük rütbelilerden biri. Ama diğerlerinden önemli bir farkı vardı: Savaş alanlarında kendini kanıtlamış, yönettiği orduları mağlup ettirmemiş, askeri yeteneklerini tartışmasız bir şekilde kanıtlamış bir generaldi.

Bırakışma (Mütareke) Döneminde Siyasi Seçenek Arayışları

Mustafa Kemal, Birinci Dünya Savaşını bitirecek olan Filistin-Suriye cephesi savaşlarında General Allenby'e karşı savaşan Yıldırım Ordular grubunun son komutanıydı. Müttefik Alman generalleriyle savaşın yönetimi konusunda tartışmış, haklı çıkmış, artık bir enkaza dönüşen cephe komutanlığı O'na devredilmişti.

Mondros Mütarekesi ile birlikte, bütün ordu komutanları gibi O da Harbiye Nezaketi nezdine, İstanbul'a çağrıldı. Ordusu terhis edilip, karargahı da Adana'ya taşınmıştı. Kendisine yapılan tebliğ gereği, uzun bir tren yolculuğundan sonra, 13 Kasım 1918 günü İstanbul'a döndüğünde (Haydarpaşa Garı) müttefik donanmasının azametli **gemilerle** limanı doldurduğunu gördü. Görüntü dramatikti: Dört yıl boyunca savaşmıştı. Ama, ülke yenilmiş ve kaderine terkedilmişti.

Savaşın sonunda, Osmanlı toplumu askeri ve siyasi açıdan çöküntü içinde bir manzara arz ediyordu. 1908'den beri ülkeyi yöneten İttihatçı kadro bir Alman denizaltısı ile ülkeyi terketmiş,³⁹ Mareşal Ahmet İzzet Paşa ülkeyi barışa götürecek bir hükümet kurmuş, ancak sadece ateşkesi imza edecek bir performans gösterebilmişti.

Mütarekeye giriş koşulları Mustafa Kemal'in siyasi geleceği açısından özel önem taşır. Parlak askeri kariyerine karşılık, hiçbir siyasi görev almamış, daha doğrusu verilmemişti. Görev almak konusunda son derece istekliydi. Şimdi bütün konjonktür değişmiş, iktidar alanı tamamen boşalmış bulunmak-

³⁸ Doğu Perinçek, Osmanlı'dan Bugüne Toplum ve Devlet, Kaynak Yayınları, 1986, s. 113.

³⁹ Ahmet Emin Yalman, Yakın Tarihte Gördüklerim ve Geçirdiklerim, Cilt 1, İstanbul, Rey Yayınları, 1970, s. 314.

taydı. Sadarete getirilen Ahmet İzzet Paşa saygın biri olmakla birlikte siyasi kıvraklığı olmayan bir mareşaldi. Bir zamanlar IV. Ordu'da emrinde çalışmış bulunduğu bu yaşlı mareşalin, siyasi mülteci olarak Almanya'ya sığınmış bulunan Enver Paşa'dan boşalan Harbiye Nezareti'ne kendisini atamasını bekledi. Hatta mareşale gönderdiği bir tel mesajı ile talebini açıkça dile getirdi. Fakat bu talep erken bulunmuş olmalı ki kabul görmedi.⁴⁰

Türkiye Hakkında Müttefik Planları

Mütareke akdinden hemen sonra İngiliz, Fransız, İtalyan ve Yunan gemilerinden oluşan İtilaf donanmasının İstanbul'a gelişi ile başlayan “*de facto*” işgal, Kilikya ve Suriye'de Fransızlar, Kuşadası- Antalya- Mersin çizgine kadar İtalyanlar tarafından genişletilerek Türk kamuoyunda derin bir hayal kırıklığına yol açtı. Buna rağmen, gene de Türkler tevekkülle Paris Barış Konferansı'ndan kendileri için adil bir barış antlaşması çıkacağı beklentisi içindeydiler. Bardağı taşıran damla, İzmir'den başlayarak İç-Batı Anadolu'nun, Yunan ordusu tarafından işgal altına alınması olacaktı.⁴¹

İzmir'in işgali, şaşkırtıcı olmayan şekilde direnişe ve Yunan ordusunun sivillere yönelik katliamlarına yol açtı. 7 Ekim 1919 tarihli “*Müttefikler Arası Tahkik Heyetinin*” sunduğu rapor,⁴² işgalin hiçbir meşru gerekçesinin bulunmadığını teyit edecek, fakat fiili durumda hiçbir şey değişmeyecek, Türkler bu haksız uygulamalara Kuvayı Milliye ile yanıt vereceklerdi.

Galiplerin gerçek gündeminin, Osmanlı Devletini tamamen budamak ve Türklerle Orta Anadolu'da Arap emirliklerine benzeyen bağımlı bir devlet bırakmak olduğu Paris Barış Konferansında anlaşıldı.⁴³ Bu arada Osmanlı Meclisi ve Divanı Harpler savaş dönemini sorgulamaya odaklanmışlardı. Bir çok Osmanlı yöneticisi açısından Ermeni Tehciri zanlılarını cezalandırmak müttefiklere şirin görünmenin bir yolu olarak görülüyordu.⁴⁴

⁴⁰ Semih Yalçın, “Mütareke Döneminde Mustafa Kemal Paşa'nın İstanbul'daki Faaliyetleri, 30 Ekim 1918-16 Mayıs 1919”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt 17, s. 178

⁴¹ Ömer Sami Coşar, *İstiklal Harbi Gazetesi*, 1969-1970, no. 2.

⁴² Mustafa Turan, *Yunan Mezalimi, İzmir- Aydın- Manisa- Denizli, 1919-1923*, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, 2006, s. 372.

⁴³ Bülent Tanör, *Kurtuluş*, İstanbul, Der Kitabevi, 1995, s. 59.

⁴⁴ Rıdvan Akın, “İttihat ve Terakki Hükümetlerinin Divan-ı Harb-i Örfi'de Yargılanması ve Malta Sürgünleri (1918-1921)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014/1, ss. 75-77.

Mağlup Osmanlı İmparatorluğu Paris’te masaya yatırılmış, akıbetini beklerken, yerli Rum ve Ermeniler kendilerini artık Osmanlı tebası saymıyorlardı. Bogos Nubar Paşa ve Trabzon Metropolitisi Hrisantos gibi temsilcileri vasıtasıyla, Paris’te gelecekteki bağımsız devletlerinin temellerini atmanın heyecanı içindeydiler.⁴⁵ İstanbul ve İzmir gibi şehirlerde yaşayan Rum ve Ermeniler, mağrur kurtarıcılarının himayelerinde Türkleri aşağılama yarışına girmişlerdi. Anadolu’nun her yerinde, geleceğin siyasi coğrafyasında, Türklere daha az yer vermek, eğer mümkünse Türk varlığını tamamen silmek için Rum ve Ermeni çetelerinin eylemleri sürmekteydi. Vilayat-ı Sitte ve Kilikya’da tehcirle susturulmuş bulunan Ermeni ayrılıkçılığı yeniden alevlenmeye, Canik Sancağı’ndan Batum’a kadar uzanan Doğu Karadeniz sahillerinde antik Pontus Krallığını yeniden kurma ütopyasının ateşlediği Rum ayrılıkçılığı hız kazanmış bulunmaktaydı. Bu eylemlerin anlamı şuydu: Türklere yönelik sindirme ve etnik temizlik.

Birinci Dünya savaşının galipler cephesi Paris’te müzakere masasına oturduğunda, pek çok siyasi proje ve spekülasyon ortalıkla uçuşuyordu. Planlardan bazıları şunlardı: İstanbul ve Doğu Trakya Rumlara veriliyor, Ayasofya yeniden Hıristiyanlığın simgesi haline getiriliyor, Ege bölgesi Yunanistan’a bağlanarak Pan-Elenizm rüyası gerçekleştiriliyor; Boğazlar bölgesi ABD’nin güdümünde bir serbest bölgeye dönüştürülüyordu. Türk Sultanı’nın Bursa veya Konya’ya nakledilmesi ve hilafet makamının İngiliz himayesinde devamından söz ediliyordu. Batılıların Ermeni vilayetleri olarak andıkları, Vilayat-ı Sitte’de ABD’nin himayesinde bir Ermeni Devleti kurulacağı kesin gibi görünüyordu. Böylece Batum-Kilikya hattının doğusunda Büyük Ermenistan yaratılmış olacaktı. Başkan Wilson Kongre’ye bir rapor takdim etmek üzere General George G. Harbord başkanlığında bir heyeti bu projenin “hayata geçirilebilirliğini” incelemek üzere görevlendiriliyordu. Harbord’un sunduğu raporda Doğu Anadolu’da bir Ermenistan kurmanın Amerika Birleşik Devletlerine epey pahalıya mal olacağını ifade etmesini kimse umursamayacaktı. General Harbord planı gerçekçi bulmuyordu.⁴⁶ Paris’te Bogos Nubar ve Er-

⁴⁵ Bogos Nubar ve Hrisatnosun akıbetleri hakkında bkz. İlgili kitaplar. Yaşar Ertürk, Büyük Oyunun Eski Perdesi, Doğu Güneydoğu ve Musul Üçgeni (1919-1923), IQ Yayıncılık, 2007, s.185, 186, 257. Konferansa katılanlardan biri de eski Hariciye ve Nafia Nazırı Naradonkyan Efendi idi. Bkz. Günay Göksu Özdoğan, Türkiye’de Ermeniler, Cemaat-Birey-Yurttaş, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009, s. 12; Taha Akyol, Ortak Acı: Türkler ve Ermeniler 1915, İstanbul, Doğan Kitap, 2009, s. 51.

⁴⁶ General Harbord raporu için bkz. Seçil Akgün Karal, General Harbour’ın Anadolu Gezisi

meni mahfeli “müstakbel Ermenistanı”, Kürt Şerif Paşa, Kürdistanı kurma hayalleri içindeydiler.⁴⁷ Buna Doğu Karadeniz Rumlarının, Pontus Devleti kurma düşünceleri ekleniyordu. Bütün bu ayrılıkçı beklentiler, Anadolu’da asayişsizliğin kol gezmesine yol açacaktı.

1918 sonbaharı itibariyle, iktidarı ele alarak ülkeyi selamete çıkarılabilecek bir elit görünmüyordu. Tersine İttihatçılara yönelik bir cadı avı başlatılmıştı. İktidarı alan Hürriyet ve İtilaf Partisi önderleri ülkenin gerçek meselelerinden bihaber ilkel ve dar görüşlü bir rövanş düşüncesinin esiri olmuş, müttefiklerle yakınlaşmanın Türkiye’yi kurtaracak tek formül olduğunu sanıyorlardı.

Bu arada İstanbul’daki müttefik karargahı Osmanlı Hükümeti üzerindeki baskılarını daha da arttırdı. İngilizler, yurttan kalmayı göze almış İttihatçı önderleri, sorun çıkarabilecek generalleri, vatansever düşünür ve gazetecileri tutuklayarak yargılanmak üzere Malta’ya götürmeye başladılar.

Ziya Gökalp, Sait Halim Paşa, Esat Işık Paşa, Yakup Şevki Paşa, Ali İhsan Sabis gibi 100-150 vatansever aydın peyder pey etkisiz hale getirilerek, Malta’ya götürüldüler. İngilizlerin bu tutumundan, milliyetçi tepkilere önderlik edebilecek kimseyi bırakmamak düşüncesi anlaşılıyordu.⁴⁸ Bu tutum zamanın devletler hukuku anlayışına aykırı idi. Osmanlı Devleti kayıtsız şartsız teslim antlaşması yapmamış, ateşkes imzalamıştı. Bu müteceviz tutum apaçık bir şekilde hükümlerine haklarına aykırıydı.⁴⁹

Pontos Meselesi ve Anadolu’da Görevlendirilme

Enver, Talat, Cemal paşalar ve Dr. Bahaeddin Şakir gibi İttihatçı şeflerin Almanya’ya sığınmaları akabinde kurulan İzzet Paşa ve Tevfik Paşa kabineleri iç ve dış siyasete hakim olamadılar. Hükümetler, olayların girdabında sürükleniyorlardı.

Mustafa Kemal bu sırada Pera Palas’ta müttefik subaylarının kim olduğunu merak ettiklerini parlak bir generaldi. Ne askeri ne de siyasi olarak ismi

ve Ermeni Meselesine Dair Raporu, İstanbul, Tercüman, 1981, s.68 ; Metin Ayışığı, Kurtuluş Savaşı Sırasında Türkiye’ye Gelen Amerikan Heyetleri, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2004, s. 89, 104.

47 Hakan Özoğlu, Osmanlı Devleti ve Kürt Milliyetçiliği, Kitap Yayınevi. 2005, s. 54.

48 Bünyamin Kocaoğlu, Mütarekede İttihatçılık, İstanbul, Temel Yayınları, 2006, s. 216.

49 Rıdvan Akın, İttihat ve Terakki Hükümetlerinin, s. 59-120.

yıpranmamış biriydi. Hükümete girmek, ülke yönetiminde etkin rol almak istemekteydi.

İzzet Paşa'nın yerine sadarete getirilen yaşlı Ahmet Tefik Paşa ve Damat Ferit kabineleri siyasette istediği yolu açmadı. İttihatçıların boşalttığı iktidar alanı bu kez oportünist ve dar görüşlü siyasi aktörlerce doldurmuştu. Sofya'da yanında ateşemiliterlik yaptığı Fethi Okyar'la Mimber gazetesini çıkarmaya çalıştı. Bu çaba kamuoyunda ilgi bulmadı. Fethi'nin Hürriyetperver Avam Fırkası da İttihatçı artığı marjinal bir fikir kulübü olarak kaldı.⁵⁰ Bu arada Mevlanzade Rifat ile arasında yargıya yansıyan bir polemik yaşandı. Mevlanzade'ye göre Dünya Savaşı sırasında görev alan bütün ordu kumandanları suiistimale bulaşmışlardı. Mustafa Kemal bu ithamı gururuna yediremedi ve mahkemeye başvurdu.⁵¹

Sonuçta, Mütareke sonrası göreve gelen bütün hükümetler beceriksiz çıkmış, iktidar en son Vahiddetin'in eniştesi Damat Ferit Paşa'nın elinde kalmıştı. İkinci Meşrutiyet devrinde Ayan Meclisi üyesi olan Ferit Paşa'nın hırslı siyasi vizyonu ile mütenasip değildi. Paris'te anlattığı Türk tezi alaylı bir tebessümle karşılanmış, Osmanlı başbakanı olarak gittiği Paris'te bir sömürge temsilcisi gibi azarlanarak geri gönderilmişti.⁵² Müttefikler Türkiye'nin geleceğine kendileri karar vereceklerdi. Bu sırada Türklerin payitahtı İstanbul'da, Vahdet-i Milliye, Milli Kongre gibi cemiyetler siyasal gerçeklikle örtüşmeyen bir takım faydasız tartışmalar içindeydiler. Parlamento'ya yansımış demokratik bir temsil belki sorunlara çözüm getirebilirdi. Ancak bu yol da, monarşist bir mantıkla Sultan Vahiddettin tarafından kapatılmıştı. Parlamento padişah iradesi ile fesih edilmiş, anayasaya göre yapılması gereken Mebusan Meclisi seçimleri işgal koşulları nedeniyle yapılamamıştı. Padişah hem parlamento'nun toplanmasından çekiniyor hem de barış anlaşmasını onaylama sorumluluğunu üzerine alacak bir platform arıyordu. Bu oluşum derme çatma bir kurul olan **Şura-yı Saltanat** olacaktı.⁵³

50 Fethi Bey'in Mimber Gazetesi ve Hürriyetperver Avam Fırkası girişimleri için bkz. Taha Ni-yazi Karaca, Meclisi Mebusan'dan Türkiye Büyük Millet Meclisine Geçiş Sürecinde Son Osmanlı Meclisi Mebusan Seçimleri, Türk Tarihi Kurumu Basımevi, 2004, s. 25.

51 Mevlanzade, kurtuluştan sonra 150'lik olup yurttaşlıktan çıkarılacaktır. Uygur Kocabaşoğlu, Hürriyeti Beklerken: İkinci Meşrutiyet Basını, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayını, 2010, s.5 7.

52 Serdar Sarısrı, Sürgün: 1919-1923, Demografik Oyun, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2006, s. 158.

53 Padişahın uygun gördüğü devlet adamları 1919 ve 1920'de bu maksatla iki kez toplandılar. Bu toplantıların ikisinde de anlamlı bir sonuç çıkmayacaktı. Mahmut Goloğlu, Milli Mücadele

Bu koşullar altında Mustafa Kemal, Harbiye Nezareti emrinde bulunduğu yedi ay boyunca kendinin de içinde bulunacağı uygun bir siyasal çözüm aradı; ama bunda muvaffak olamadı. Girişimlerinde siyasi otorite tarafından soğuk bir şekilde karşılandı. Belki de hükümet çevreleri onu siyasi kargaşadan yararlanmaya çalışan ihtiraslı bir general olarak görmekteydiler.

Pera Palas'tan Şişli'de gözlerden uzak bir konağa taşınma kararı aldı. Burada arkadaşları Ali Fuat Cebesoy, Kazım Karabekir ve Rauf Orbay'la ülke sorunları üzerine tartışıyor, liderlik gücünü tartıyor, siyasal planlarını olgunlaştırmaya çalışıyordu.⁵⁴

En sonunda kendisinin beklediği fırsat çıktı. Mustafa Kemal, Harbiye Nazırı Şakir Paşa ve Genelkurmay Başkanı Cevat Paşa'nın inisiyatifi ile Anadolu'da Dokuzuncu ordu müfettişliği görevlendirildi.⁵⁵ Bu fırsatın gelişim seyri şöyle gerçekleşecekti: Rumca'da Samsun'dan Hopa'ya kadar Doğu Karadeniz bölgesi Pontia veya Pontos diye tanımlanır. Bölge daima, Rumların yoğun olarak yaşadığı bir bölge olmuştur. Bu bölgede Mütareke ile birlikte ayrılıkçı Rumlar, eylemlerini arttırırken, bir taraftan da mağdur Hristiyan teba rolünü oynayarak itilafın bölgeyi işgalini sağlamak ve bağımsız bir Pontus Rum Devleti kurma düşüncesindedirler. İstanbul'daki müttefik karargahı, Damat Ferit hükümetini Hristiyan ahalinin mağduriyeti önlenmezse mütareke hükümleri gereği bölgenin işgal altına alınacağı konusunda uyarınca, Damat Ferit hükümeti bölgeyi zapt u rabta alabilecek ehliyet ve liyakatte birini aramaya başlamak zorunda kalacaktı. Bu kişi, İttihat ve Terakki'nin çekirdek kadrosu içinde yer almamış, hatta Enver Paşa tarafından rakip görülerek dışlanmış biri olacaktı: Mustafa Kemal Paşa.

Kendisinden beklenen resmi görev Pontos meselesini halletmektir. Anadolu'da bulunan iki ordudan birinin müfettişi yapılmıştı. Karargahı Konya'da bulunan Mersinli Cemal Paşa'nın emrindeki II. Ordu aslında zayıftı. Silah, mühimmat ve erzak stoku yönünden diri kalmış iki kolordu vardı. Karargahı Ankara'da bulunan 20. kolordu ile karargahı Erzurum'da bulunan 15. kolordu. Şimdi bu kolordular onun emri altına girecekti. Bu iki kolorduya kendi-

Tarihi, Cilt 1, Ankara: Nüve Matbaası, 1968, s. 46; Kazım Öztürk, Türk Parlamento Tarihi, Cilt.1, Birinci Bölüm, Türk Parlamento Tarihi Araştırma Grubu, Ankara, TBMM Vakfı Yayınları, 1997, s. 45, 323.

⁵⁴ Sinan Meydan, Atatürk'ün Gizli Kurtuluş Planları, Parola Nuh, İstanbul, İnkılap, 2009, s. 373.

⁵⁵ Şerafettin Turan, Mustafa Kemal Atatürk, Kendine Özgü bir Yaşam ve Kişilik, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2004, s. 220.

sinin Anadolu'ya geçişinden bir ay önce sırasıyla Ali Fuat ve Karabekir'in komutan olarak atanması elbette bir tesadüf değildi. Şimdi, çok önemli bir koz eline geçmişti.

Bu fırsatı kullanarak, Anadolu'da yaratılacak bir hareketin önderi olabilirdi. Kendisini göreve atayan Hükümet Kararnamesi, bir çeşit olağanüstü hal valisi yetkisi vermektedir. Görev tanımı, geniş mülki ve askeri yetkileri içeriyordu. III. Ordu bölgesindeki 3., 15. ve Diyarbakır'daki 13. kolordunun komutanlarının yanısıra, bölgedeki bütün vali ve mutasarrıflara, amir sıfatıyla, emir ve talimat verebilecekti. Mustafa Kemal, 15 Mayıs 1919'dan ordudan istifa ettiği 7/8 Temmuz 1919 gecesine kadar bu sıfatı haizdir. Kendisini Anadolu'ya gönderen müşterek kararnamesinin altında İçişleri Bakanı Mehmet Ali Bey, Harbiye Nazırı Şakir Paşa ve padişahın onama iradesi vardır.⁵⁶

Damat Ferit Hükümeti, Mustafa Kemal'i Anadolu'ya milli kurtuluş savaşını örgütlemek değil, müttefik karargahını tatmin edecek bir Pontus çözümü bulmak için göndermiştir. Oysa ki tutucu çevrelerde çok yaygın olarak dile getirilen iddia şöyledir: Sultan Vahdettin aslında, O'nu, milyonlarca lira para ve gizli bir fermanla kurtuluşu örgütlemek üzere Anadolu'ya göndermiş; fakat sadakatsiz generalinin ihanetine uğramıştır.

Gerçek ise şöyle özetlenebilir: Ordu müfettişi, 23 kişilik karargahı ile birlikte, personelinin 3 aylık maaşı, iki otomobil, 25 er ve erbaş, toplam 48 kişiyle birlikte Anadolu'ya geçmiştir. Bunların içinde Refet Bele, Dr. Refik Saydam, Hüsrev Gerege, Kazım Dirik gibi cumhuriyet devrinin önemli simaları olduğu gibi daha sonra İzmir Suikastı davasında asılacak olan Albay Ayıcı Arif Bey de vardır. Karargah görevlileri açısından Samsun yolculuğu herhalde, önemli bir kamu görevinden başka bir şey ifade etmiyordu. O'nun dışında hiçbirinin Anadolu ihtilalini başlatmak gibi bir hedefi yoktu.⁵⁷

Ordu müfettişinin yola çıkmadan padişahın huzuruna çıkması, devlet adabı gereğiydi. Bugün de devlet hayatında aynı usuller geçerlidir. Ordu Müfettişi Mustafa Kemal, önemli bir göreve gitmeden Devlet Başkanına veda ziyareti yapmıştır. Anadolu'ya geçmeden önce İstanbul'daki en son görevi

⁵⁶ Tayyip Gökbilgin, Milli Mücadele Başlarken, Birinci Kitap, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1959, s. 80.

⁵⁷ Bu konuda bkz. Turgut Özakman, Vahidettin, M.Kemal ve Milli Mücadele: Yalanlar, Yanlışlar, Yutturmacalar, Ankara, 1997, s. 789. Ayrıca bkz. Sinan Meydan, Cumhuriyet Tarihi Yalanları, İstanbul, 2010, ss. 225-226.

Yaveri Ekrem sıfatıyla Beşiktaş Sinanpaşa caminde yapılan Cuma selamlığına katılmak olmuş; aynı gün İzmir işgal edilmiştir.⁵⁸

Sonuç itibariyle, bu ihanet senaryosu saçma bir iddiadır. Aksi halde padişah kendi atadığı ordu müfettişini defalarca geri çağırmaz, görevinden azletmez, askerlikten tard etmez. Divan-ı Harb-i Örfi’de giyabında yargılanmasına müsaade etmez, Hilafet Ordusunu, Anzavuru, Kuvayı İnzibatiyeyi üzerine sevk etmez, ölüm cezasına çarptırılmasını sağlamazdı.⁵⁹

Ancak, şurası bir gerçektir ki, Mustafa Kemal, Erzurum Müdafaa-ı Hukuk Cemiyeti öncülüğünde toplanacak olan Şark Vilayetleri Kongresi’nin Heyet-i Temsiliye başkanı oluncaya kadar, müfettişlik sıfatından sonuna kadar yararlanmıştır. Bu ünvanı kullanarak, Samsun, Havza, Amasya, Sivas, Erzurum güzergahında, valiler, kolordu kumandaları, mutasarrıflara talimatlar vermiş ve onları Müdafaa-ı Hukuk cephesine katılmaya zorlamıştır. Bu nedenle, İstanbul Hükümeti Anadolu’da hiçbir yetkisinin olmadığını, mazul bir general olduğunu tekrar tekrar tamim etmiş, ancak Mustafa Kemal’in örgütlü karşı duruşu nedeniyle başarılı olamamıştır.

Önderlik Sürecinin Başlaması: Samsun- Havza-Amasya

Damat Ferit Hükümeti, aslında, kamu düzenini tesis etmek maksadıyla önemli yetkiler vererek, Mustafa Kemal’i Anadolu’ya göndermek suretiyle kendi anti tezinin bağrından doğmasına vesile oluyordu. Mustafa Kemal kargahı ile birlikte Samsun’a gitti. Gemide kendisine refakat eden kadronun içinde geleceğin bakan ve milletvekilleri de vardı. Ancak İstanbul Hükümetine karşı ihtilal fikri herhalde sadece O’nun kafasında mevcuttu.⁶⁰

Samsun’a vardığında halk kendisini yakın gelecekte başlayacak bir ihtilalin lideri olarak değil, Pontus belasından kurtaracak dirayetli bir devlet adamı olarak karşıladı. İzmir’in Yunanlılar tarafından işgal altına alınması bütün Anadolu’da infial yaratmıştı. Mustafa Kemal, önce mevcut hükümetin

⁵⁸ Alev Coşkun, Samsun’dan Önce Bilinmeyen Altı Ay, İşgal, Hüzün, Hazırlık, İstanbul, Cumhuriyet Kitapları, 2008, s. 132, 406.

⁵⁹ Atatürk’ün ölüm cezasına çarptırılması ve Sultan Vahidettin’in onaylaması için bkz. Ferruh Sidar, Büyük Kin’in Kısa Öyküsü: Karşı Devrim, İstanbul, Cinius Yayınları, 2013, s. 17.

⁶⁰ Utkan Kocatürk, Atatürk Çizgisinde Geçmişten Geleceğe, Atatürk ve Yakın Tarihimize İlişkin Görüşmeler, Araştırmalar, Belgeler, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2005, s. 309; Sadi Borak, Atatürk’ün İstanbul’daki Çalışmaları, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1998, s. 271; Fethi Tevetoğlu, Atatürk’le Samsun’a Çıkanlar, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1971, s. 14.

meşruiyetini sarsan tamimlerle halkı uyardı. Anadolu'daki mülki ve askeri yöneticileri milli meseleler üzerinde uyanık davranmaya davet etti. Arkasında milli irade ve seçilmiş bir meclisin güveni olmayan bir heyetin millet adına barışı müzakere edemeyeceğini vurguladı. Bu anlamda dönüm noktası herhalde Amasya Tamimi olmalıdır. Amasya Tamimi “*Anadolu İhtilalinin*” kadro ve ideolojisini anlamak bakımından özel önem taşır. 22 Haziran 1919 tarihli genelgeye imza koyanlar Mustafa Kemal'in ihtilal liderliğini kabul etmiş olanlardır.⁶¹ Bu bağ başlangıçta mutlak bir sadakat olarak kurulmamıştır. Rauf, Ali Fuat ve Karabekir arasında Mustafa Kemal'in durumu olsa olsa *Pri-mus Inter Pares* olarak tanımlanabilir. Genelgenin vurucu noktası, hükümetin demokratik temsile dayanmadığı tezinin yanı sıra, ateşkesin teslimiyetçi hükümlerine riayet edilmemesi, silahların müttefiklere teslim edilmemesi, genç ve yetenekli subayların milli direnişe kaynak oluşturmak üzere Anadolu'daki kolordulara atanmalarının sağlanmasıydı.

Başkaldırı ve Heyet-i Temsiliye Başkanlığı

Mustafa Kemal, 7-8 Temmuz 1919 gecesi, sarayla yaptığı uzun telgraf haberleşmesi akabinde askerlikten istifa etti.⁶² Fakat bu kopuş anına kadar elinde bulunan yetkilerden azami ölçüde yararlanmaya çalıştığı malumdur. Hükümetten olağanüstü yetkiler alarak Anadolu'ya gittikten sonra merkezi otoriteden tamamen özerk ve ona karşı bir siyaset izlemeye koyulan bu isyankar generalin hızla alternatif bir iktidar odağı yaratması gerekiyordu. Eylemini bir meşruiyet zeminine oturtmaya ihtiyacı vardı. Bunu doğru bir zamanlamayla gerçekleştirdi.

Bu aşamada, bütün Doğu Anadolu'nun Ermenistan yapılacağı endişesiyle kurulan Vilayat-ı Şarkiye Müdafaa-ı Hukuk-u Milliye örgütü Anadolu'yu İstanbul'dan koparmasına olanak sağlayacaktır; Erzurum Kongresinde elde ettiği Heyet-i Temsiliye başkanlığı, mevcut hükümetin aldığı bütün tedbir ve zorlamalara rağmen, Anadolu'nun tam ortasında, Sivas'ta, Anadolu ve Rumenli'yi kapsayacak bir konvansiyonu toplamasını mümkün kıldı. Mustafa Ke-

⁶¹ Amasya Tamimi'nin nasıl kaleme alındığı, imzacıların kimler olduğu ve “Amasya Askeri Örgütü” tanımlaması için bkz. Sina Akşin, *Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi, 1789-1980*, Ankara, İmaj Yayınları, 2001, ss. 116-118.

⁶² Mustafa Kemal Paşa'nın 7-8 Temmuz 1919 gecesi Sarayla yaptığı telgraf haberleşmesi sonrası askerlikten istifası için bkz. Hikmet Özdemir, *Amasya Belgelerini Yeniden Okumak*, Amasya Valiliği Yayınları, 2004, s. 67.

mal, bu hamlesiyle, İstanbul karşısında temsil meşruiyeti sorununu çözmüş oluyordu. Bunu başarmasını sağlayan şey, Anadolu'daki kolordu komutanlarını siyasal eylemine katmış olmasıydı. Anadolu İhtilali'nin bu evresinde mülki idare amirleri ise çoğunlukla tedirgin bir şekilde süreci izlemişlerdir. Daha açık bir söyleyişle, vali ve mutasarrıfların müdafaa-ı hukuk cephesine katılmaları geç, gönülsüz hatta zor kullanarak gerçekleştirilmişti.⁶³

Sivas Kongresinden sonra, Atatürk artık bir ihtilalci açısından en önemli kritik eşiği atlamış bulunuyordu. 11 Eylül 1919'da alınan Kongre kararları İstanbul'daki hükümeti devirme yönünde atılmış en önemli adımdı. 30 Eylülde Damat Ferit'in istifası Anadolu'dan yükselen Müdafaa-ı Hukuk hareketinin meşru bir ses olarak kabul edilmesi anlamına geliyordu. Bundan sonra Mustafa Kemal, asi bir general değil, pazarlığın öte yanındaki gücü temsil edecektir. Sivas Kongresi'nde ilan edilen **“kuvayı milliyeyi amel, irade-i milliyeyi hakim kılmak”** düsturu Damat Ferit Hükümeti'nin düşürülmesi ile başarıya ulaşmış; Anadolu'da fiili iktidar müdafaa-ı hukuka geçmiştir.⁶⁴

Sivas'ta yapılan genişletilmiş **“Heyet-i Temsiliye- Kolordu Komutanları Toplantısı”** iktidarın fiilen Anadolu'ya geçtiğini gösteriyordu. İstanbul'a dikte edilen kararlar, Sivas'ta doğan Müdafaa-ı Hukuk partisinin fiili iktidarını yasal iktidara dönüştürmenin hazırlığı içinde olduğunu göstermekteydi.⁶⁵

Ali Rıza Paşa Hükümetinin kurulması, Amasya'da Salih Paşa ile yapılan müzakereler ve seçim kararı alınması Mustafa Kemal etrafından örgütlenmiş bulunan kolordu komutanlarının sivil toplumu arkalarında örgütleyerek, İstanbul'un hükümet etme gücünü tamamen boşaltmaları anlamına gelmekteydi.

Ali Rıza Paşa Hükümeti ile gerçekleştirilen Amasya Mülakatı parlamentonun feshinden yaklaşık bir yıl sonra Mebusan Meclisi seçimlerinin yapılmasını sağladı.⁶⁶ İşgallerin gölgesinde gerçekleştirilen bu seçimler Mustafa

⁶³ Mülki idare amirlerinin milli kurtuluş hareketine geç katılmaları hakkında bkz. Sabahattin Selek, Anadolu İhtilali, 5. Baskı, İstanbul, 1981, s. 57; Zafer Koylu, Esaretten Özgürlüğe 423 Gün: İngiliz İşgalinde Eskişehir, Eskişehir Ticaret Odası, 2010, s. 209, 222-223.

⁶⁴ Gottard Jaeschke, Türk Kurtuluş Savaşı Kronolojisi, Mondros'tan Mudanya'ya Kadar, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1989, s.67; Ramazan Tosun, Türkiye Cumhuriyeti Tarihi, Kuruluş Dönemi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi, 1994, ss. 34-35.

⁶⁵ Sivas'ta Heyet-i Temsiliye üyeleriyle, kolordu komutanları arasında 16-28 Kasım 1919 tarihleri arasında yapılan toplantı için. Bkz. Doğu Perinçek, Kemalist Devrim Cilt IV, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1992, s. 83.

⁶⁶ Dr. Cengiz Kürşat, Amasya Mülakatı (Görüşmeleri) Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, sayılar,

Kemal Paşa'nın iktidarı ele geçirme yönünde en önemli merhalelerinden birini oluşturur. Birkaç ay öncesinin ihtilalci generali bu seçimlerde Erzurum merkez livasından mebus seçilerek Müdafaa-ı Hukuk partisinin önderliğini pekiştirmişti.⁶⁷ “*Türk Devrimi*” açısından anlamlı kırılma noktalarında biri de seçimde çoğunluğu elde eden Müdafaa-ı Hukuk partisi önderinin 27 Aralık 1919'da Sivas'tan Ankara'ya gelmesidir. Bu küçük ama stratejik Orta Anadolu şehri kısa bir süre sonra Türk Devrimin karargahı olacaktır.⁶⁸

Mustafa Kemal, Ankara'ya gelerek, müttefik işgali altındaki İstanbul'a gitmek zorunda kalmaksızın stratejik bir noktadan parlamentoyu denetim altına almak istemiştir. Dahası, İstanbul'a gelip parlamentoda yemin etmeksizin parlamentonun başkanlığına seçilmeyi düşünmüş, fakat bu hedefini gerçekleştirememiştir.⁶⁹

Ankara Meclisi'nin Meşruiyet Temeli

Dünya'da parlamentarizmin beşiği sayılan İngiltere'nin, İstanbul'daki işgal karargahı Fındıklı Sarayında çalışmalarını sürdürmekte olan Mebusan Meclisi'ni 16 Mart 1920'de basmış, Müdafaa-ı Hukukçu milletvekillerini tutuklayarak Malta'ya götürmüştür. Fakat bu abartılı uygulamalar Müdafaa-ı Hukuk partisini önderine pozisyonunu güçlendirme şansını yaratmıştır. Heyet-i Temsiliye reisinin mebus seçilmiş olduğu halde, müttefiklerce tutuklanma olasılığı nedeniyle gitmediği İstanbul'da, parlamentonun basılması, “*salahiyeti fevkaladeyi haiz bir meclisin*” açılması yolunu açmıştır. Bu gelişme, İstanbul'un kağıt üzerinde var olan hükümetini “yoklukla malul” duruma indirgeyecektir.

İstanbul'da çalışmalarına yeni başlamış bulunan Osmanlı Parlamentosu-

57-59, İstanbul, Mentese Kitabevi, 2001, ss.33-38; Amasya İl Yıllığı: 1967, Ticaret Matbaacılık, 1968, ss. 99-101.

67 İhsan Ezherli, Türkiye Büyük Millet Meclisi, (1920-1986), Ankara,1987, s.13, 15, 17. TBMM'nde bulunan Osmanlı Meclis-i Mebusanı sicil defterlerinde rumuz II-2-d.1. s.56 da Mustafa Kemal Paşa'nın Erzurum mebusluğu seçim mazbatası vardır.

68 Ali Fuat Cebesoy, Milli Mücadele Hatıraları, İstanbul, Vatan Neşriyatı, 1953, s. 265.

69 Mustafa Kemal Paşa, IV. Dönem Osmanlı Mebusanı'na fiilen katılmamış olmakla birlikte başkan seçilmek istemiş, fakat mazbatasını onaylanmakla birlikte yemin etmediği için aday olamamıştır. Mebusan Meclisi başkanlığına Reşat Hikmet Bey, O'nun vefatı üzerine Celaledin Arif Bey seçilmişlerdir. Bkz. Mahmut Goloğlu, Üçüncü Meşrutiyet: 1920, Başnur Matbaası, 1970, s. 58; ayrıca bkz. Emre Kongar, Devrim Tarihi ve Toplum Bilim Açısından Atatürk, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1994, s. 251

nun, böyle bir müdahale ile dağıtılması, Mustafa Kemal Paşa açısından, iktidar zeminini İstanbul'un altından çekip alma fırsatını yaratmış oldu. Sivas'ta ileri sürülen “*kuvayı milliyeyi amel irade-i milliyeyi hakim kılmak*” tezi iktidara tam manasıyla el koymaktan geçiyordu. Bu da ancak meşru bir zeminde yapıldığı zaman anlamlı olurdu. Meşru zemin bu olağanüstü koşullardan bir Kurucu Meclis çıkarmakla yaratılabilirdi. Müdafaa-ı Hukuk önderliği adına vali ve mutasarrıflar ile kolordu kumandanlarına çıkarılan tamim eskinin bağrından “yeni” nin yükseldiğini göstermekteydi.⁷⁰

İstanbul'da bir kez daha göreve gelen Damat Ferit Hükümetinin çıkarıldığı “idam fermanları”nın gölgesi altında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin ilk güç gösterisini, kendilerini “idama mahkum edenleri” idama mahkum ederek gerçekleştirmiştir. Dürrizade fetvasına karşı Ankara Müftüsü Börekçizade Rifat Efendi ve 153 Anadolu müftüsünden alınan fetva milli kurtuluş hareketine dini yönden de meşruiyet kazandıracaktır.⁷¹

Sivas Kongresinden itibaren Anadolu'da fiili hükümet etme gücünü elinde bulunduran otorite, 23 Nisan 1920 tarihinden itibaren yasal güç olacaktır. Hedefi işgalci güçlere karşı tüm ulusu örgütlemek ve Türklerin Balkan felaketinden beri bilenmekte olan millet olma bilincini arttırmak olacaktır. O gün, Müdafaa-ı Hukuk önderini Başkanlığına seçen TBMM, Türklerin adı konmamış yeni devletini de kurmuş oluyordu. Ama bu siyasal gerçek 1 Kasım 1922 kararı ile resmen ilan edileceği günü bekleyecektir.

Modern Türkiye'nin temeli bu meclistir. Mustafa Kemal bundan sonraki siyasal eylemini bu meclise dayanarak yürütmüştür. Birinci Dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanma şekli itibariyle Fransız Konvansiyonuna benzetilebilir.⁷² Kurulduğu andan itibaren kendini ulusal egemenliğin “*tecelli ve temerküz ettiği*” tek üstün otorite sayan, karar, kanun ve uygulamaları temyiz edilemez tek meşru güç bu meclis olmuştur. Türk devrimi kaynağını bu mecliste bulur.

⁷⁰ Heyeti Temsiliye'nin seçim beyannamesi için ve “salahiyeti fevkaladeyi haiz bir meclis” tartışması için bkz. Kazım Karabekir, İstiklal Harbimiz, İstanbul, Türkiye Basımevi, 1969, ss. 513-516; Tarık Zafer Tunaya, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXIII, no. 3-4, 1957, s. 209-210.

⁷¹ Dürrizade-Börekçizade, fetvalar savaşı için bkz. Ahmet Tahtakılıç, Dönüşü Olmayan Yol, Ankara, Akademi Matbaası, 1989, ss. 26-27.

⁷² Rıdvan Akın, TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare, İstanbul, İletişim, 2001, ss. 217-222.

Türk Devriminin önderi, 23 Nisan 1920'den, 10 Kasım 1938'e kadar bütün siyasi tasarruflarını TBMM'nin meşruiyetine ve onun kararlarına dayandırmıştır. Kurucusu ve ilk başkanı olduğu meclis de, içinde bir çok muhalifi olmasına rağmen, onu Başkomutan ve Gazi ünvanlarıyla onurlandırmıştır.

Kuvayı Milliye ve Türk istiklal Savaşı

Türk Devriminin iki önemli boyutu vardır: mili kurtuluş savaşı ve cumhuriyet devrimi. Doğal olarak, bağımsızlık savaşı başarıya ulaştırılmadıkça eski rejimden kopuş ve cumhuriyet devrimi gerçekleşemezdi. Bunun için iki şeye ihtiyaç vardı: Ordu ve devlet. Milli kurtuluş savaşının başında Devlet-i Aliye'nin 2.5 milyonluk ordusundan Ankara hükümetinin emri altına giren birkaç kolordu dışında anlamlı bir askeri güç bulunmuyordu.

Batı'da Çerkes Ethem, Sarı Efe Edip, Yörük Ali Efe, Demirci Mehmet Efe gibi mahalli mügallibenin sağladığı maddi olanaklarla varlığını sürdüren Kuvayı Milliye, işgal güçlerine karşı gayri nizami harp (gerilla savaşı) yöntemlerine başvuruyordu.

Bu silahlı güçler, Sivas Kongresi kararı uyarınca, Ali Fuat Paşa'nın *Umum Kuvayı Milliye Komutanlığı* otoritesi altına alınmış olmalarına rağmen, 1921 başına kadar özerk tutumlarını sürdürdüler.⁷³ Ancak bir TBMM ordusu kurmanın yolu TBMM Devleti kurmaktan geçiyordu. Bu Anadolu İhtilalinin devleti olacaktı. Bu devlet bütün mali ve maddi olanakları kullanarak yeni bir ordu inşa etmek zorundaydı. Bu ordu tedricen kuruldu ve zafere ulaştı. Bu sıkıntılı süreçte müttefiklerin desteğindeki İstanbul'daki işbirlikçi hükümet, karşı devrim yolunda girişimlerde bulunmaktan geri durmadı. 1920 sonbaharına kadar devam eden bu süreci *iç savaş* olarak tanımlamak doğru olacaktır.⁷⁴

Bunlar içinde Ankara rejimini en çok tehdit edenler Bolu-Düzce isyanları, İstanbul Hükümeti tarafından harekete geçirilen Hilafet Ordusu ve bir jandarma miralaylı olan Anzavur Ahmet yönetimindeki karşı devrim girişimleridir. Son olarak, Yozgat'taki Çapanoğlu ile Konya'daki Delibaş isyanlarının başarıyla bastırılması Ankara'nın bütün Anadolu'nun iktidarı olduğunu

⁷³ Ahmet Efe, Kuşçubaşı Eşref, Bengi Yayınları, 2007, s. 143.

⁷⁴ Sina Akşin & Yaşar Seyman, Sina Akşin Kitabı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009, s. 104, 206, 216; Sina Akşin, Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008, s. 152.

kanıtlamıştır.⁷⁵ Bu, TBMM Hükümetinin, Eskişehir-Afyon çizgisinin doğusunda iktidarı tartışmasız ele geçirdiklerini kanıtlar. Bu tarihten itibaren İstanbul'da 1 Kasım 1922 kararlarına kadar Anadolu ihtilaline sorun çıkamayan, siyaseten iktidarsız yaşlı Ahmet Tevfik Paşa'nın hükümeti var olmaya devam edecektir.

Bu noktada, askeri gerçeklere göz atmakta yarar var; Anadolu'da 1 Kasım 1919 tarihi itibarıyla, ilerde TBMM yönetiminin kullanabileceği Osmanlı bakiyesi silahlı gücün dağılımı şöyle bir manzara arz ediyordu. Orduda 4648 subay ve 48 707 er mevcudu bulunmaktaydı. Gerisi terhis edilmişti.⁷⁶

Bu gücün bölgesel dağılımı incelenirse, Albay Kâzım Özalp'in, 2500 mevcutlu 61'inci Tümeni ile buna bağlı iki bin kişilik milis gücü Ayvalık ile Gediz ırmağı Kuzeyinde bulunuyordu. Çerkes Ethem'in Kuvayı Seyyaresi de 1000-1500 kişiden daha fazla değildi. Bunlara ilaveten, Denizli civarındaki Demirci Mehmet Efe komutasındaki 2000 Kuvayı Milliye neferi, Albay Şefik Aker'in 2500 mevcutlu 57'nci Tümeni ile birlikte hareket ediyorlardı.

Buna mukabil, Doğu Cephesinde müdafaa-ı hukuk emrine giren Karabekir'in XV. Kolordusu, en dolgun mevcutlu ve iâşe olanakları en iyi durumda olan birliklerden oluşuyordu. Karabekir, 1422 subay, 17 069 erden oluşan kolordusu ile Doğu'daki üç livayı Taşnaksutyun kalıntısı Ermeni ordusundan geri alarak Ankara Hükümeti namına ilk askeri başarıya imzasını atacaktır.⁷⁷

Batı'da İnönü Savaşları, kurulmakta olan düzenli ordunun ilk başarı işaretlelerini verdi. Albay İsmet Yunan ordusunu, Bilecik- Eskişehir hattı üzerinde doğal bir boğaz olan İnönü bölgesinde durdurarak geri püskürttü. Bu zafer O'na gelecekte İnönü soyadı kazandıracaktır, İkinci İnönü muharebeleri sonunda, 31 Mart 1921 günü, Yunan ordusu bir kez daha Türk direnişini aşamayacağını anlayınca geri çekilmeye başladı. Bu defa ilk kez olmak üzere, Türk

⁷⁵ Yunus Nadi, Birinci Büyük Millet Meclisi'nin Açılışı ve İstanbul, Sel Yayıncılık, 1965, İsyanlar, s. 63,73-77.

⁷⁶ Sabahattin Selek, Anadolu İhtilali, Ankara, Örgün Yayınları, 1981, s. 107; Mete Tunçay, "İkinci Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e", Türkiye Tarihi, Çağdaş Türkiye, 1908-1980, Cilt 4, (İstanbul, Cem Yayınevi, 1989), ss. 56-57.

⁷⁷ Kazım Karabekir Paşa'nın Daşnatsütyun Partisi'nin iktidarda olduğu Ermenistan karşısında elde ettiği zafir ve Ermenilerle yaptığı Gümrü Antlaşması için bkz. Bilal Şimşir, Ermeni Meşalesi, 1774-2005, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2005, s.183. Cemalettin Taşkiran, Kazım Karabekir Paşa, Askeri Hayatı ve Komutanlığı, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1993, s. 59.

düzenli ordusu (kuvayı nizamiye) düşmanın çekilmesini takip etme cesareti kendinde bulacaktı.⁷⁸

1921 kışında, tahtına yeniden kavuşan Yunan Kralı Konstantin, saldırıyı bizzat yönetmek ve milliyetçilerin karargahı Ankara'yı düşürmek için ordusunun başında bizzat bulunmak istedi.⁷⁹ Büyük törenlerle İzmir'e geldi. Nihai hedefine ulaşmak isteyen Yunan kuvvetleri 10 Temmuz 1921'de ilerlemeye başlayarak, Altıntaş, Kütahya, Bursa, Orhaneli, Tavşanlı doğrultusunda harekate başladı. General Papulas'ın talimatıyla, iki gruba ayrılan Yunan birlikleri, 170 kilometrelik Söğüt-Afyonkarahisar çizgisi üzerinden Türk cephesine doğru ilerlemeye başladı. Milli Mücadele literatüründe, Eskişehir-Kütahya savaşları olarak bilinen bu savaşlar, büyük Yunan gücü karşısında, Türk ordusunun gerilemesi ile sonuçlandı. Ordu bozgunun sınırından döndü.

TBMM Başkanı Mustafa Kemal Paşa durumun vahametini görünce cepheye müdahale etme ihtiyacını duydu. Durum gerçekten kaygı vericiydi. 15 gün süren Kütahya-Eskişehir savaşları orduyu dağılmanın eşiğine getirmişti. Muharebeler sona erdiğinde bilanço ağırdı: 1643 şehit, 4981 yaralı ve 374 tutsak. Ordunun gücü hemen hemen yarıya inmişti, yeni kurulan ve kıt kaynaklarla teçhiz edilen kuvayı nizamiye dağılmanın eşiğine gelmişti.

O halde, yapılabilecek tek şey, en emin çizgiye kadar orduyu geri çekmek ve tekrar mevzilenerek savunma durumuna geçirmektir. Bu hat Sakarya Nehri olacaktır. Mustafa Kemal Paşa, Meclisten yükselen muhalefeti göze alarak orduyu, müsademenin kabul edilebileceği en emin çizgiye kadar geri çekti. Yunan generalleri bu son savunma hattını aşabilmek için bütün güçlerini kullanacaklardı.⁸⁰ Türk tarafı ise bu son mevzileri kaybetmemek için sonuna kadar direnecekti. 5 Ağustos 1921 tarihli **Başkomutanlık Yasası** böylesi ağır koşullarda müzakere ve kabul edildi. Bu tarihten itibaren yapılan savaşlar Kral Konstantin ve Mustafa Kemal'in siyasi kaderini belirleyecek önemde savaşlardı. Mustafa Kemal'e bu kanun askeri ve siyasi manada olağanüstü

⁷⁸ İ. Sefa-Halit Ütsükarıcı-Mustafa Kızıltan, İsmet İnönü Albümü, Hayatı ve Hizmetleri, Kültür Basımevi, 1939, s. 8.

⁷⁹ Kral Konstantin'in tahta yeniden çıkışı ve Anadolu'da ordusuna şahsen başkomutanlık yapma girişiminin nedenleri için bkz. Osman Akandere-Yaşar Semiz, "1919-1922 Yılları Arasında Yunanlıların Anadolu Macerası ve Küçük Asya Felaketi", TSA, Cilt 7, sayı:2, Ağustos 2003, ss. 51-85.

⁸⁰ Orduyu dağılmaktan kurtarmak için stratejik geri çekilme kararı için bkz. Turgut Özakman, Şu Çılgın Türkler, Ankara, Bilgi yayınevi, 2005, s.121; TBMM, Zabıt Ceridesi, Devre I, Cilt XI, s. 367-368.

yetkiler tanıdı. Bu konjonktürden ya güçlenerek çıkacak ya da silinecekti. Ülkesinin kaderi ile kendi kaderi örtüşüyordu.⁸¹

Sakarya Nehri'ne kadar dayanmış bulunan işgal kuvvetlerini durdurmak ve dağılmak üzere olan orduyu en kısa zamanda toparlamak zorunluymuştu. Başkomutanın yayınladığı **Tekalifi Milliye** emirleri bu ihtiyaçtan doğdu. Emirler, Anadolu halkı için olağanüstü bir salma niteliğini taşımaktaydı.⁸² Türk ordusu 25 Temmuz 1921 gününden itibaren Sakarya ırmağının doğusuna çekilmişti. İnisyatif Yunan ordusunun lehine gözükmekle birlikte, zayıf olduğu noktalar vardı. Öncelikle, bir işgal gücüydü; başka bir ülkede savaşıyordu. İkinci olarak, ikmal ve lojistik destek noktalarından gittikçe daha fazla uzaklaşıyordu. Bu göze alınabilir bir riskti; ancak, karşısındaki gücü makul bir sürede mağlup etmek koşuluyla. Yunan ordusu bunu başaramadı. İnisyatif Türk tarafına geçti.

2 Eylül'e kadar devam eden kanlı çatışmalarda sonuç alamayan Yunan Ordusu Ankara'yı düşürme hedefinden vazgeçmek zorunda kaldı. 5 Eylül'de Yunan saldırısı şiddetinin son noktasına ulaştı. Daha fazlasına takati kalmayınca rüzgar tersine esmeye başladı. Kütahya-Eskişehir muharebeleriyle başlayan Yunan stratejik harekâtının son safhası Sakarya savaşı oldu. İlkinde Türk tarafı, ikincisinde Yunan ordusu kaybetti.

Sakarya Savaşında Türk ordusunun mevcudu, Anadolu'daki Yunan kuvvetlerinin yarısı kadardı. Bu savaşın sonucunu belirleyen en önemli etmendi. Harp tarihi uzmanları bu konuda hemfikirdirler. Ancak, Başkomutan Mustafa Kemal'in yönetimindeki Türk ordusu hasmının dörtte biri kadar makineli tüfek ve yarısı kadar topla muharebeyi kazandı. Zaferin kazanılmasında en büyük pay kuşkusuz Başkomutanındı. Mustafa Kemal Paşa'nın sevk ve idare zekası, askeri yetenek ve tecrübesi bunu sağlamıştı.⁸³

Böylece, 100 kilometre uzunluğunda 20 kilometre derinliğinde 21 gün gece gündüz süren savaş sonunda işgal ordusu önce durdurulmuş, sonra mağlup edilmişti. Mustafa Kemal Paşa daha sonra bu meydan savaşını, "**Sakarya**

⁸¹ Damar Arıkoğlu, Hatıralarım, Milli Mücadele, Tan Gazetesi ve Matbaası, 1961, s.2 43.

⁸² Serpil Sürmeli, Milli Mücadele'de Tekalif-i Milliye Emirleri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 1998, s. 57, 60, 114.

⁸³ Kemal Atatürk, Nutuk 1919-1927, Cumhuriyet Halk Partisinin 15-20 Ekim 1927 tarihleri arasında toplanan İkinci Büyük Kongresinde Söylenmiştir, (Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 1989), ss. 404-406.

melhame-i kübrası” olarak tanımlayacaktı.⁸⁴ Zaferden sonra, ülkeyi uçurum kenarından kurtaran Mustafa Kemal, kendisini başkomutanlığa atayan Meclis tarafından özel bir yasayla Gazi ve Mareşal ünvanları ile taltif edildi. Bu sonuç, tuğgeneral rütbesiyle Osmanlı ordusundan azledilen bir generalin milleti tarafından en yüce rütbeye getirilmesi anlamına geliyordu.⁸⁵ Sakarya’da sonra, cephe yeniden tutulmuş, ordu savunma değil taarruz mantığına göre yeniden örgütlenmiştir.

Yunanlılar, 21 Şubat 1921’de Londra’da taahhüt ettikleri, Anadolu hükümetini barışa zorlamak görevini yerine getirememişler; Sakarya’da yenilerek çekilmek zorunda kalmışlardı. Çekiliş sırasında bozgunu önlemek ve morali yükseltmek için General Papulas “Yüzyıllardır Yunanlı ayağının basmadığı bu topraklardan geçmekte olan bizleri, tarih, değer vererek anacaktır,” diye birliklerine seslenme ihtiyacı duyacaktı.⁸⁶ 18 Eylül 1921’den itibaren Yunan Ordusu Eskişehir-Seyitgazi çizgisinin Batısına yerleşmiş; Türk birliklerinin Afyon’u düşürmeleri ise kuvvet kaydırmak suretiyle önlenebilmişti.

Bu zafer Mustafa Kemal Paşa’nın Meclis içindeki siyasal gücünü artırmış, nihai zaferin O’nun önderliği etrafında kenetlenerek kazanılabileceği kanaati yaygınlaşmıştı. Sakarya Savaşı’nın kazanılması, Ankara Hükümetinin itilaf blokunda açtığı gediği büyütmüş, Fransa ve İtalya, İngiltere’den tamamen uzaklaşarak, ayrı barış yoluna girmiştir. Bir süre sonra, İngiltere dahi, Türk-Yunan savaşında *tarafsızlığını* ilan etmek zorunda kalmıştır.⁸⁷

İngiliz politikasındaki bu değişiklik, Malta’ya yargılanmak üzere götürülen Türk aydınları ile Anadolu’da enterne edilmiş bulunan İngiliz subaylarının mübadele edilmesinin yolunu açtı. Bu vesile ile, Malta esir kamplarında bulunan Türk askeri ve siyasi seçkinleri dönerek Milli kurtuluş savaşı saflarına katıldılar. Rauf Orbay, Fethi Okyar, Yakup Şevki Subaşı gibi seçkinlerin Ankara’ya iltihakı Türk cephesinde maneviyatı yükseltti.⁸⁸

⁸⁴ İbrahim Artuç, İsmet Paşa. Bir Dönemin Öyküsü, Kastaş, 1993, s. 243.

⁸⁵ TBMMZC, Devre I, Cilt XII, s. 264.

⁸⁶ Fahri Belen, Büyük Türk Zaferi: Afyon’dan İzmir’e İstiklal Harbi Hatıraları- Tetkikler Tahliller, Ankara, Doğuş Limited Şt., 1962, s. 20.

⁸⁷ Kuvayı Milliye ve Yunan ordusu arasında ilan edilen General Milne Hattı için bkz. Sina Akşin, İstanbul Hükümetleri ve Milli Mücadele, Cilt II, İstanbul, Cem Yayınevi, 1983, s. 247; Mehmet Kafkas, Milli Mücadele’de Öncüler, Cilt II, Nil Yayınları, 1991, s. 165.

⁸⁸ Mehmet Akif Bal, Sürgün Türkler: Milli Mücadele Döneminde Malta Sürgünleri, Gahura Kitabevi, 2007, s. 42, 349, 351.

Bu arada, Sakarya Savaşı sonrası bir baskın hareketi olarak düşünülen **Sâd Saldırı planının** en erken ilkbaharda yapılabileceği anlaşıldı. Hazırlıksız bir taarruz orduyu zafere değil yenilgiyi sürükleyebilirdi.⁸⁹ Başkomutanın bundan sonra stratejisi zaferden emin olana kadar hazırlanmak, bu arada siyasal konumunu tahkim etmek olacaktı.

Cephane az, ordunun demiryolu son durağından uzaklaşma yeteneği 40 kilometreden öteye gidemiyor, silah ve malzeme nakli uzun zaman alıyordu. Başkomutan Mustafa Kemal, bu kez, kurtuluş için yurttaşlardan bedeni bir özveri istedi. Nakil araçları cepheyi tahkime yetmiyordu. Bu nedenle **Tedarik-i Vesait-i Nakliye Kanunu** yurttaşlara savaş gereçlerinin nakli için bedeni çalışma yükümlülüğü getiriyordu. **Bu yurttaşların bedenlerini ortaya koydukları topyekün bir seferberlikti.** Kanun bütün yurttaşlara ya 100 kilometre silah veya malzeme nakline bedenlen katılmalarını veya bunu karşılayacak bir vergi sorumluluğu getiriyordu. Yasa, cephenin tahkimi açısından büyük önem taşıyordu.⁹⁰

Bu arada, Türk Hükümeti Avrupa nezdinde diplomatik bir atağa kalktı. Dışişleri Bakanı Yusuf Kemal Bey (Tengirşenk) ve İçişleri Bakanı Fethi Bey (Okyar) Avrupa başkentlerini dolaşarak Türklerin barışı isteyen taraf olduğunu kanıtlamaya çalıştılar.⁹¹

Bu gelişmelerle eş zamanlı olarak, Yunanistan'da yeni siyasi gelişmeler olmaktaydı. 1920 sonbaharından itibaren Venizelosçularla Stratos'un Reformist Partisi muhalefetteydi. Muhalefet özellikle barışın sağlanmasına yoğunlaşmıştı. Kral Konstantin'e karşı Avrupa başkentlerinde beslenen olumsuz duygular nedeniyle, Başbakan Gunaris'in Ekim 1921 ve Şubat 1922'de Roma, Paris ve Londra'ya yaptığı geziler yararlı bir sonuç veremeyince, Yunanistan büsbütün yalnız kaldı.⁹²

Bütün bu gelişmeler Mustafa Kemal lehine gözükmele birlikte, Meclisteki gücü tartışmasız bir güç değildi. Başkomutanın siyasal planlarını gerçekleştirebilmek için bir çoğunluk partisine ihtiyacı vardı. 1921 Mayısında

⁸⁹ Celal Erikan, Kurtuluş Savaşı Tarihi (yayına hazırlayan: Rıdvan Akın), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008, s. XXVII,

⁹⁰ Rıdvan Akın, TBMM Devleti, Rıdvan ss. 348-350.

⁹¹ S. Ramadan Sonyel, İngiliz İstihbarat Servisi'nin Türkiye'deki Eylemleri, Ankara, 1995, ss. 238-240; Ali Fethi Okyar, Üç Devirde bir Adam, İstanbul, Tercüman Yayınları, 1980, s. 297.

⁹² Zeki Sarıhan, Kurtuluş Savaşı Günlüğü, Cilt IV, Ankara, TTK, 1996, s. 120, 138, 450.

Mecliste bir Kemalist grup oluşturmuştu. Doğal olarak muhalif gruplar Başkomutanın yükselen gücünü kuşkucu bakışlarla izlemeye devam ediyorlardı. Bir taraftan ondan askeri bir başarı bekliyor, ama öte yandan artan siyasal gücünden hoşlanmıyor, onun bir diktatörlük idaresi kurabileceğinden endişe ediyorlardı. Muhalifler içinde samimi liberaller kadar apaçık gerici unsurlar da bulunuyordu.

Mustafa Kemal iki yönlü baskı altındaydı: Ulusuna vaat ettiği zafer ve muhaliflerin sinir bozucu çelmelemeleri. Başkomutanın taarruz konusunda hiçbir tereddüdü yoktu. Ancak kesin bir zafer, barış masasına oturulduğunda Türklerin elini kuvvetlendirebilirdi. Fakat, zamanlaması yanlış yapılmış bir taarruz Anadolu hareketini zaafa uğratarak bölünmeye yol açabilirdi. Yunan işgal ordusu Sakarya'dan sonra artık savunmaya geçmişti. Türklerin Anadolu'dan kendilerini söküp atacak güçte olmadığından emin olarak sadece tahkimatını güçlendirmeye odaklanmıştı. Şöyle düşünüyorlardı: Türkler kendilerini yenemedikçe aralarında ayrılığa düşecek, bir süre sonra Kemalist Parti iktidardan uzaklaştırılacak, uzlaşmacılar masaya oturmak zorunda kalacaklardı.

Başkomutan, taarruz planlarını sonuna kadar büyük bir gizlilik içinde yürütmüştü; bunun nedeni, Meclis içinde dahi düşmana çalışan odaklar bulunduğu belirtiler vardı. Bütün hazırlıklar tamamlanınca, Başkomutan 20 Ağustos 1922'de Akşehir'e, 24 Ağustos'ta Şuhut'a, 26 Ağustos sabahı Kocatepe'ye, akşamı da Zafertepe'ye gelerek "kader savaşı"ni başlattı. TBMM Ordularını bilfiil sevk ve idare etti. Batı Cephesi'nde 26 Ağustos 1922'de başlayan taarruz, Afyonkarahisar, Altıntaş, Dumlupınar arasında büyük bir meydan savaşı halinde beş gün boyunca sürdü.⁹³

Mustafa Kemal Paşa'nın stratejisi, bir yarma hareketi ile taarruzun başlatılması, kuşatma hareketi ile neticeye ulaşmaya dayanıyordu. Türk karargahı, Kaleciksisvrisi ile Tınaztepe arasında yarma bölgesi olarak seçmişti. Başkomutan ilk ağızda inisiyatifi ele geçirmek için cephenin belli bir bölgesine yoğun bir kuvvet yığma taktiği uygulamıştı. Bu büyük bir riskti, ama yarma hareketinde başarılı olmak için alınması gereken bir riskti bu. Kuşatma başarılı olunca, Murat Başyaylası-Afyonkarahisar, Altıntaş-Dumlupınar arasındaki arazi asıl muhabere alanı oldu.⁹⁴

⁹³ Harp Tarihi Vesikaları Dergisi, Ankara, 1952-1969, s. 1371.

⁹⁴ Celal Erikan, Kurtuluş Savaşı, s. XIX, XXX, s. 327.

Türk tarihinde İstiklal Savaşını zafere ulaştıran askeri hareket, Büyük Taarruz ve Başkomutanın bizzat yönettiği meydan muharebesi de **“Başkomutanlık Meydan Muharebesi”** adıyla anılır.⁹⁵ Bahis konusu taarruz Gemlik Körfezi’nden Büyük Menderes ırmağı ağzına kadar yaklaşık 650 kilometrelik bir cephede başlamış; muharebelerin ağırlık merkezini, Afyonkarahisar, Altıntaş, Dumlupınar bölgesindeki meydan savaşı oluşturmuştur. Bu muharebeler sonucunda, Mustafa Kemal Paşa, büyük ölçüde piyade ve süvariye dayanan 200.000 kişilik bir ordu ile motorlu araçlara dayanan 225.000 kişilik Yunan ordusu üzerinde kesin bir zafere ulaşmıştır. Bu sonuçta, Türk başkomutanının askeri dehası kadar General Hacıanesti’nin kötü yönetiminin de belirleyici rol oynadığını işaret etmekte yarar vardır.⁹⁶ Mustafa Kemal Paşa, yapılan hatalardan azami yararlanmayı başarmış, Yunan ordusunu Anadolu’nun ortasında mağlup etmiştir. 9 Eylül’de Türk ordusunun İzmir’e ulaşması, kurtuluş savaşını bitirmiştir. Zafer Mustafa Kemal’in askeri ve siyasi gücünü olağanüstü boyutlara taşımış. İstanbul Hükümeti ve Ankara’daki muhalifleri Türk milletinin “halaskarı”nı kutlamak zorunda kalmışlardır.

Kurtuluşun Mustafa Kemal Paşa’ya Sağladığı Siyasi Fırsatlar

Büyük zafer Mustafa Kemal’in hayatındaki en önemli dönüm noktalarından biridir. Yoksulluğa, parasızlığa, mühimmat ve lojistik destek eksikliğine, düşmanın sayısal ve teknolojik üstünlüğüne rağmen başarmak, zafere ulaşmak zorundaydı. TBMM Başkanı ve başkomutan olsa da askeri ve siyasi koşulların ağır baskısı altındaydı. Bütün millet etrafında kenetlenmiş, her istediği tartışmasız kabul edilen bir başkumandan değildi. Birçok muhalifi hatta kendisine husumet besleyenler bile vardı.

Bütün bu olumsuz koşullara rağmen Sakarya ve Başkomutanlık Meydan muharebelerini kazanmış, Türk milletinin “Halaskarı” olmuştu. En sıkı muhalifleri bile artık kerhen de olsa teşekkür etmek zorunda kalmışlardı. İstanbul Hükümeti 10 Eylül 1922’de, bir zamanlar rütbelerini söktüğü, idama mahkum ettiği bu eski generaline **“kumandan-ı besalet”** hitabıyla bir tebrik telgrafı göndermek durumunda kalmıştı.⁹⁷ O artık, vatanın kendisinden beklediğini gerçekleştirmiş, bir milli kurtuluş önderiydi. Büyük zaferle komutanlığını

⁹⁵ Kemal Atatürk, Nutuk, s. 449.

⁹⁶ Samim Kocagöz, Kalpaklılar: Doludizgin, İstanbul, Ataç Kitabevi, 1963, s. 272.

⁹⁷ Orhan Koloğlu, Sorularla Vahdetin, İstanbul, Pozitif Yayınları, 2007, s. 175.

dosta düşmana kanıtlamıştı. Bundan sonra içerde ve dışarda savaş meydanlarından daha zor işleri başarmak durumunda olacaktı.

Türk zaferi kesinleşince, Müttefikler, ateşkes için araya girmek gereğini duydular. İstanbul'daki Fransız Yüksek Komiseri General Pelle İzmir'de Türk Başkomutanı ile yarı resmi bir görüşme yaptı.⁹⁸ Müttefikler kendi tanımladıkları *tarafsız bölgeye* Türk Ordusunun girmemesini ve hemen barış görüşmelerine geçilmesini istiyorlardı. Ankara Türk topraklarında tarafsız bölge diye bir yer tanımadığını ilan etti.⁹⁹ Ama özellikle, Çanakkale istihkamlarında İngilizlerle çatışmaktan kaçınıldı. Çanak Krizi (*The Chanak Affair*) İngiltere'de Lloyd George hükümetinin sonunu getirdi.¹⁰⁰ Müttefikler ateşkes müzakereleri için TBMM temsilcilerini Mudanya'ya davet ettiler. Artık, yeni bir konjoktüre girilmişti. Ankara Hükümetini bu görüşmelerde İsmet Paşa'nın temsil etmesi kararlaştırıldı. Mustafa Kemal en güvendiği adamını müzakereye memur etmişti. Bu görevlendirme, yeni Türkiye'nin yakın gelecekte şekillenecek siyasi önderliğine de işaret eden bir gelişme olacaktı: Atatürk-İnönü ikilisi.

11 Ekim 1922'de imzalanan 14 maddelik Mudanya Mütarekesi, 15 gün içinde Yunanlıların işgal altında tuttıkları Doğu Trakya'yı boşaltmaları ve müttefiklerin bu bölgeyi en kısa sürede Türk yönetimine devretmeleri, toplam sekiz bin kişilik Türk jandarmasının Trakya'ya geçirilmesi, Boğazlardaki müttefik işgalinin barışa kadar kabul edilmesi gibi koşullar taşıyordu.¹⁰¹

Ateşkes anlaşması Türkiye'de tek gücün Ankara Hükümeti olduğunu kanıtlamıştı. İstanbul Hükümeti'nin varlığını tamamen ortadan kaldıran ve yeni Türkiye'nin kuruluşunu ilan eden 307 ve 308 sayılı TBMM kararları iktidarın meşruiyet zeminini açıklığa kavuşturuyordu. Türkler artık sultanı tanımıyorlar, Hilafeti de Meclise bağlı dinsel bir sembol olarak gördüklerini ilan ediyorlardı.¹⁰² Bu kararlar Türklerin milli egemenlik rejimini iyice benimsediğine işaret ediyordu. Bu eşğin aşılması TBMM Başkanı ve Başkomutan Mustafa Kemal'in Türklerin tartışmasız önderi olduğu gerçeğini daha da pekiştirdi. Kurtuluşun önderi, halk nezdinde Halaskar Gazi olarak anılmaya başlandı.

⁹⁸ Atatürk'ün Bütün Eserleri, C.13, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2003, s. 308.

⁹⁹ A Öner Pehlivanoglu, Barış Yolu: Mudanya Mütarekesi, Kastaş, 2002, ss. 14-30.

¹⁰⁰ Max Belof, Imperial Sunset, Dream of Commonwealth, 1921-42, Knopf, 1970, s. 79.

¹⁰¹ The Diplomats, 1919-1939, (eds: Gordon Craig, & Felix Gilbert), Princeton Univ Press, 1994, s. 198.

¹⁰² Düstur, 3. Tertip, Cilt III, 30 Teşrinievvel 1338, no.307, s.149 TBMMZC; Devre I, C.24, ss. 269-296, 298; 304-315, Düstur 3. Tertip, Cilt 3, 1-2 Teşrinisani 1338, no.308, ss. 152-153.

Türkiye 27 Ekim 1922’de Lozan’da barış görüşmelerine davet edildi. Barış Konferansı aslında altı yüzyıllık Osmanlı Devletinin tasfiye müzakeresinden başka bir şey değildi.¹⁰³ Görüşmelerin 4 Şubat 1923’te kesintiye uğramasının temel nedeni ise özellikle İngilizlerin adli, idari ve siyasi kapitülasyonların devamı hususunda ortaya koydukları ısrarlı tutumdu.¹⁰⁴ Oysaki Ankara Hükümeti asıl bu konuda taviz vermeyecekti. Bu kararlılığın arkasında Osmanlı Devletinin son iki yüz yıllık tasfiye süreci ve sömürgeci düşünceye tepki yatmaktaydı.

23 Nisan 1923’te tekrar masaya dönüldüğünde bu kez karşı tarafta müzakereciler değişmişti. İngiltere Lord Curzon’u geri çekerek yerine Horace Rumbold’u, Fransa General Pélle’yı ve İtalya Montagna’yı atadı.¹⁰⁵ Toplam üç ay daha çalışılarak barışa ulaşıldı. Barış konferansı süresince, Ana sorunlarda hararetli tartışmalar olmuş; Boğazlar, Patrikhane, Musul, mübadele, savaş tazminatı konuları ele alınmıştı.

Sorunların çoğu Türkler lehine çözümlenmekle birlikte İsmet Paşa, Rıza Nur ve Hasan Saka’dan oluşan “*Heyet-i Murahhasa*” elbette, bütün istediklerini elde edemedi. Atatürk optimum noktaya ulaşıldığına kanaat getirince, İsmet Paşa’ya barışı imzalama talimatını verdi. Antlaşma Türkler açısından büyük bir diplomatik zaferdi.¹⁰⁶ Fakat günümüz Türkiye’sinin anti Kemalistleri Lozan’ı bir zafer değil “hezimet” olarak tanımlarlar. Mustafa Kemal-İsmet Paşa ikilisini Yunan adaları ve Musul-Kerkük konusunda yeterince gayretli olmamakla suçlarlar. Oysa ki bu suçlamanın rasyonel hiçbir temeli yoktur. Kemalist önderlik masadan ayrılırken “Batıya” işbirliği yapılabilir, çağdaş bir yönetim imajı vermeyi ihmal etmemiş; bütün davasının Türklerin kendi kaderlerini tayin hakkı ve medeni milletler camiasının eşit bir üyesi sayılmaktan ibaret olduğu vurgulamıştır. Türkiye’de tutucu tarih yazımcılığının Lozan çözümlenmesi ideolojik saplantıların ve Osmanlı asırlarının “fütühat nostaljisi”-

¹⁰³ İhsan Güneş-Fahri Çoker-Kazım Öztürk, Türk Parlamento Tarihi, II.Cilt, 1. Bölüm, Ankara, TBMM Vakfı, 1993, s. 23; Rıdvan Akin, “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Lozan Siyaseti ve Heyet-i Murahhasa’nın karşılaştığı Belli Başlı Sorunlar”, Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, sayı 41, Haziran 2000, ss. 27-41.

¹⁰⁴ Sevtap Demirci, *Strategies and Struggles, British Rhetoric and Turkish Response: The Lausanne Conference 1922-1923*, İstanbul, the Isis Press, 2006, Yahya ss. 121-125.

¹⁰⁵ Sevtap Demirci, *Strategies and Struggles*, ss. 151-153.

¹⁰⁶ Çok başarılı bir Lozan değerlendirmesi için bkz. Ali Ulvi Özdemir, *Lozan’da Başarıyı Ölçmek, Konular Bazında Bir Değerlendirme*, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi S 53, (Lozan Antlaşması Özel Sayısı), 2013, s. 155-200.

nin derin izlerini taşır. Oysaki Türkler Lozan Barış masasına Osmanlı fütuhât ideolojisinin mirasçısı olarak değil, onurlu, egemen bir milli devlet kurmak için oturmuşlardı.

1920'ler dünyasında barış sadece Türkler için değil, Batı için de elzemdi. Dünya Savaşı galipler cephesini de sarsmıştı. İngiltere İrlanda meselesiyle karşı karşıya gelmişti. İşçi Partisi yükselişe geçmiş, kısa bir süre sonra, 1924'te iktidara geçecektir. Aynı şey Fransa açısından da geçerliydi. İtalya'da daha büyük sosyo-ekonomik sorunlar vardı ve Mussolini'nin mutlak iktidarı çok uzakta değildi.¹⁰⁷

Lozan'ı değerlendirirken, askeri, siyasi, iktisadi koşulları iyi irdelemek gerekir. Örneğin, Mütareke uyarınca, Trakya'ya geçen ordunun iaşesi, askerinin tayını, atların samanının sevki, mağlup Yunan ordusu demiryolu hatlarını imha ettiği için İzmir üzerinden vapurla gerçekleştirilebilmekteydi. Unutulmamalıdır ki düşmandan "istirdad edilen" Anadolu, Gemlik körfezinden, Büyük Menderes'e kadar açık savaş alanı olmuş, şehirleri, köyleri yanmış, yıkılmış, yağmalanmış, enkaza dönmüş, kaynaklarını sonuna kadar kurtuluş uğrunda tüketmiş bir ülkeydi.¹⁰⁸

Sonuç itibariyle, Türkler, Mustafa Kemal'in önderliğinde vatanlarını kurtarmış ve yeni devletlerini uluslararası camiada kabul ettirmişlerdi. Daha fazla toprak için mücadele etmek akıllıca değildi. Yoksul Anadolu halkını sömürgeci güçlerle daha çetin bir mücadeleye sevk etmek doğru olamazdı. Kazanılan barış, o koşullarda en iyi barıştı.

Siyasi Gündem: Halk Fırkası'nın Kuruluşu

Barış herkes için olduğu kadar, Mustafa Kemal için de gerekliydi. Önderliğini ve yenilmezliğini kanıtlamış, Meclis'te kendisine bağlı bir grup kurmuştu. Yeni dönemde, siyasal hareketinin Halk Fırkasına dönüştüreceğinin işaretini 8 Nisan 1923'te vermişti. Daha sonra siyasal programı olan dokuz umdeyi açıklayacaktı.¹⁰⁹

Mustafa Kemal'den artık köşesine çekilmesini isteyenler vardı. Mesela

¹⁰⁷ Lawrence J. McCaffrey, *The Irish Question: Two Centuries of Conflict*, The University of Kentucky, 1995 , ss.133-153; Jasper Ridley, *Mussolini: A biography*, Cooper Square Press, 2000, s.129;Tim McNeese, *Post World-War I, 1919-1930s*, Lorenzeducational, 2015, s.4.

¹⁰⁸ TBMMZC, Devre I, C. 24, ss. 18-136, 259-269; 514- 523; 553-561.

¹⁰⁹ Rıdvan Akın, TBMM Devleti, ss. 403-405.

Halide Edip bunlardan biriydi.¹¹⁰ Bu talebin arkasında iki neden vardı; birincisi, bazı siyasiler eski rejimin iadesini istiyordu. Bazıları da Mustafa Kemal karizmasının daha fazla büyümesinden rahatsızdılar.

Ama Mustafa Kemal bunlara aldırmaksızın kafasında sakladığı siyasi projeyi hayata geçirmeye koyuldu; artık yeterince güçlü olduğuna inanıyordu. Bu proje yeni bir toplum kurma projesiydi.

Fakat Orduyu zaferle ulaştırmak, kurtuluşu sağlamak başka şeydi, milleti toplumsal dönüşüme ikna etmek başka şeydi. İnsanlar kurtuluş için birçok şeye katlanmış, kilometrelerce gece gündüz cepheye mühimmat taşımış, çocuklar, gençler, askerler yaşamlarını kutsal savaşta yitirmişlerdi. Şimdi durum bambaşka idi.

Kurtuluş savaşında kendisine destek olan eşraf ve mütegalibenin yeri geldiğinde nasıl tutucu güçler koalisyonuna dönüşebildiğini bizzat görmüştü. Arkasındaki desteğin kayıtsız şartsız bir destek olmadığını bilincindeydi. Dikkatli olmak, attığı her adımı yerinde ve zamanında atmak zorundaydı.

Zaferi, kuruluşuna önderlik ettiği TBMM'nin meşruiyetine dayanarak kazanmıştı. Devrimi de ona dayanarak gerçekleştirecekti. Bu bakımdan egemen güçlerden özerk, hatta gerekirse onlara karşı tutum takınabileceği bir örgüte ihtiyacı vardı; bu bir siyasi partiydi; bu düşüncesini ilk kez İstanbul'dan gelen gazetecilere İzmit Abdülaziz köşkünde açıklamıştı; partisinin adını da koydu: Halk Fırkası. Parti cumhuriyetten sonra Cumhuriyet Halk Fırkası adını alacaktı.¹¹¹

Böylece, Mustafa Kemal, Sivas Kongresinden beri önderi olduğu Müdafaa-i Hukuk hareketini bir siyasal program çerçevesinde bir araya getirerek, sağlam bir cephe kurmuş, arkasındaki tahkimatı güçlendirmiş oldu. İşte Türk Devrimi'nin motoru bu siyasi parti olacaktır: Halk Fırkası. Mustafa Kemal, Cumhuriyet Halk Partisinin kurucu önderi, ölümüne kadar da genel başkanıdır. Bu nedenle, O'nu Halk Fırkasından bağımsız mütalaa etmek doğru değildir.

Partinin kuruluşu ilen edildikten sonra, Birinci Dönem Türkiye Büyük Millet Meclisi 1 Nisan 1923'de seçimlerin yenilenmesi kararını aldı.¹¹² Bu

¹¹⁰ Halide Edib'in Mustafa Kemal'e siyaset üstü kal teklifi için bkz. Nurettin Güz, Türkiye'de Basın İktidar İlişkileri (1920-1927) , Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 120.

¹¹¹ İsmail Arar, Atatürk'ün İzmit Basın Toplantısı, 16-17 Ocak 1923, İstanbul Matbaası, 1969, ss. 53-54.

¹¹² Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Madde-i müzeyyesinin İlgasına ve Tecdid-i İntihabata Dair 369 Sayılı TBMM Kararı İçin bkz. Düstur, Üçüncü Tertip, C. 4, s. 15.

karar TBMM ikinci döneminin önünü açmış oldu. 1923 Meclisi, 1920 Meclisi'nden oldukça farklı bir meclisti. Mustafa Kemal, kurtuluşu büyük ölçüde tutucu güçlerden oluşan birinci meclisle, devrimi ise, partisinin çoğunlukta olduğu ikinci meclis ile gerçekleştirdi. Cumhuriyet, hilafetin lağvı, Türk hukuk devrimi, yeni anayasa ikinci meclis döneminde hayata geçirildi.

Muhalefetin Tasfiyesi ve Büyük Nutuk

Cumhuriyet ilan edilmesine, İstanbul Ankara Hükümetine bağlanmasına rağmen, Mustafa Kemal, 1927 Temmuzuna kadar İstanbul'a gelmemiştir: İstanbul'dan 1919 Mayıs'ında ayrıldığına göre, bu sekiz yıl demektir. Bu sürenin içine kongreler, TBMM'nin kuruluşu, İstanbul hükümetleri ile iktidar mücadelesi, Türk İstiklal Savaşı, saltanatın lağvı, Lozan, ikinci meclis, cumhuriyet devrimi, hilafetin lağvı, Terakkiperver parti muhalefeti, İzmir suikasti yargılamaları gibi bir dizi siyasal gelişim sığdırabilir.

Atatürk'ün İstanbul'a karşı 1927'ye kadar süren bu mesafeli tutumunun iki nedeni olduğu ileri sürülebilir: Birincisi, İstanbul'da konuşlanmış güçlerin eski rejimi sembolize etmesi; ikincisi, devrim hareketleri sürecinde muhalefetin İstanbul milletvekilleri etrafında örgütlenmiş olması. O, bu süreçten tam manasıyla galip çıkana kadar İstanbul'a gelmemeyi tercih etmiştir.

Her ne kadar, TBMM'nin 1 Kasım 1922 tarihli 307 ve 308 sayılı kararları ile Saltanat ve İstanbul Hükümeti lağvedilmiş, müttefik işgali altındaki İstanbul Ankara'ya bağlı bir vilayet haline dönüştürülmüşse de, Lozan'dan sonra, 6 Ekim 1923'te müttefik idaresinden teslim alınan eski başkent, 1926'ya kadar Ankara rejimine karşı açık veya örtülü muhalefetin örgütlendiği bir şehir olmuştur.

Bu mesafeli ilişkiye rağmen, Büyük Zafer'den sonra başkumandan Mustafa Kemal'e İstanbul Darülfünunu Yahya Kemal'in önerisiyle fahri müderislik, 1923'te de İstanbul belediyesi fahri hemşehrilik unvanı vermiştir.

Hatta reiscumhur Gazi Mustafa Kemal'in ilk heykeli Sarayburnu'nda 3 Ekim 1926'da açılmıştır. Eser İstanbul Belediyesi tarafından Heinrich Krippell'e yaptırılmış; belediye başkanı Muhittin Üstündağ eserin yapımına ön ayak olmuştur. Türk devriminin görselleştirilmesi açısından fevkalade önemli olan bu eser şehre damgasını vurmuştur; ama reiscumhur hala İstanbul'a gelmemiştir.

Nihayet Mustafa Kemal, 1927 yılının 1 Temmuz günü, büyük bir karşı-

lama töreni ile İstanbul'a gelecektir. Seyahat Ankara'dan İzmit'e kadar trenle gerçekleşmiş, oradan Osmanlı hanedanından müdevver Ertuğrul Yatı ile İstanbul'a geçilmiştir.

Nutuk'un büyük bir kısmı 1927 yazında İstanbul'da yazılmıştır. Kalem alınma dönemi de fevkalade manidardır. 1926 İzmir suikastından sonra, Nutuk, Mustafa Kemal'in bütün siyasi hasımlarını kesin olarak mağlubiyete uğrattığı bir dönemde yazılmıştır.

Nutuk, Mustafa Kemal'in kendi siyasi mücadelesinin hikayesidir. Bu hikaye bizzat kendi kaleminden çıkmıştır. Cumhuriyet Halk Partisi'nin ikinci Büyük Kurultayında 15-20 Ekim 1927 tarihleri arasında altı günlük bir konuşma olarak parti delegelerine okunmuştur.¹¹³ İçerik olarak, milli kurtuluş davasını başlangıç evresinden başlayarak nasıl başarıya ulaştırdığı ve hangi engellerle karşılaştığı anlatır. Nutuk'ta yer yer çok sert, tahfif edici (küçümseyici) bir üslup gözlemlenir. Özellikle Terakkiperver Parti kurucuları ile uzun polemikler vardır. Nutuk'ta bir devrimcinin kendi siyasi davasını belgelerin desteği ile kanıtlama çabası görünür.

Osmanlı'dan Devralınan Miras: Mustafa Kemal Türkiye'si

Milli kurtuluş savaşı sona erdiğinde Türkiye oldukça تنها bir ülkeydi. Nüfusun 13 milyon civarında olduğu 1927 nüfus sayımında anlaşılacaktı. Bir başka gerçek ise, bu nüfusun sadece %16 sının 10.000 ve üstü yerleşim bölgelerinde yaşamlarını sürdürüyor olmalarıydı.¹¹⁴ Bir başka ifadeyle, erken cumhuriyet dönemi Türkiye'si baskın özelliği kırsallık ve olan ülkeydi. Bu durum Demokrat Parti devrine kadar değişmeyecektir. Türkiye ancak 1960'lardan sonra, kent toplumu olma yoluna girecektir.

Bunun yanı sıra, Birinci Dünya Savaşı ve Milli Mücadele boyunca ağır bir sosyo-ekonomik travmadan geçen Türkiye, 1930'lara kadar büyük bir demografik hareketlilik yaşadı. 1897'den beri devam eden Türk-Yunan çatışma-

¹¹³ Büyük Nutuk ilk defa 1927'de, biri asıl metin, diğeri belgeler olmak üzere eski harflerle iki cilt olarak yayınlanmıştır. Aynı yıl, tek cilt halinde lüks bir baskısı da yapılmıştır. Yazı devriminden sonra, 1934'de Millî Eğitim Bakanlığınca üç cilt olarak yeniden basılmıştır. Nutuk, Söylev başlığı ile birçok yayınevi tarafından da yayınlanmıştır. En son Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezince yeniden basılmıştır.

¹¹⁴ Cumhuriyet Halk Partisi: On Beşinci Yıl Kitabı, Cumhuriyet Matbaası, 1938, s.XI, Aslan Tufan Yazman, Atatürk'le Beraber, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1984, s.180.

sı, Yunanistan'ın müttefik desteğinde Anadolu'yu işgali, Rumlarla bir arada yaşama koşullarını ortadan kaldırmıştı. Yine de nüfus mübadelesini ilk teklif eden Türk tarafı değil, Yunan başbakanı Venizelos oldu. Mübadele Anlaşması 30 Ocak 1923'te aktedildi.¹¹⁵ 1924'ten 1930'a kadar Mübadele ve İskan Vekaleti'nin gözetiminde yapılan nüfus değişimi sürecinde 1.5 milyon Anadolu Ortodoks Rum, 380 bin Yunan vatandaşı Müslüman Türk ile mübadele edildi. Mübadeleden sadece İstanbul Rumları ve Batı Trakya Türkleri istisna edileceklerdi. Kimlerin İstanbul Rumu sayılacağı konusunda çıkan tartışma (*établis sorunu*) Venizelos'un Ankara'yı ziyaret edeceği 1930 yılına kadar tam manasıyla çözülemedi.¹¹⁶ Sonunda iki tarafı da tatmin edecek bir çözüme ulaşılabildi. Türkiye'ye bu dönemde mübadiller dışında diğer Balkan ülkelerinden muhacirler de geldi. Bunların sayısı yaklaşık olarak 250 bin civarındadır. Türkiye'ye gelen Balkan muhacirleri çoğunlukla Anadolu'ya yerleştirildiler.

Bütün bunlardan anlaşılacağı üzere, Mustafa Kemal Türkiye'si görelî olarak büyük ama toprakları tenha ve fakir bir ülkeydi. Bazı rakamları hatırlamak gerekirse, 1921 harcama bütçesi 120 milyon liraydı. Ve bunun %70'i Milli Müdafaa Vekaletine, yani orduya ayrılmıştı¹¹⁷ Geri kalan miktar kamu personeli giderleri, eğitim sağlık ve bayındırlık harcamaları arasında paylaştırılmıştı. İşgal altında bir ülkede bu kaçınılmazdı.

1930'lara kadar bütçe hacmi aşağı yukarı aynı kalmış; Lozan barışından sonra ordu küçüldüğünden dolayı savunma harcamaları azalmış; eğitim, sağlık ve bayındırlığa daha fazla kaynak ayrılmaya başlanabilmişti.

Ülke koşullarını daha iyi anlamak için, bazı somut örnekler verme yararlı olabilir: Örneğin, cumhuriyetin başında ülke çapında, yüz civarında motorlu kara aracı vardı. Bunlardan ikisi de Atatürk'ün ordu müfettişi sıfatıyla Anadolu'ya götürdüğü otomobillerdi. Ankara'dan Konya'ya demiryolu ile gidebilmek için Eskişehir-Afyon üzerinden bütün İç Batı Anadolu'yu katetmek gerekiyordu. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri açısından ülkeyi demir ağlarla örmek ülkenin her yerini ulaşılır kılmak için zorunluluktaki. Bu-

¹¹⁵ Kemal Arı, Büyük Mübadele: Türkiye'ye Zorunlu Göç (1923-1925), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1995, s. 111.

¹¹⁶ Hülya Toker, Mütareke Döneminde İstanbul Rumları, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2006, s.282; Elçin Macar, İstanbul Rum Patrikhanesi, İstanbul, İletişim, 2003, s. 129.

¹¹⁷ Rıdvan Akın, "TBMM'nin İlk Bütçe Yasası: 1336 Muvazene-i Umumiye Kanunu", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, İstanbul Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Dergisi, sayı: 2, 2002, ss. 1-40.

nun için ciddi kaynak ayırmak gerekiyordu. Örneğin, Ankara-Sivas demiryolu ancak, 1930'larda tamamlanabilecekti.¹¹⁸

Ekonominin temeli tarıma gelince, ağırlıklı olarak karasabanla yapılmaktaydı. Bu da iki bin yıldır (Neolitik devrimden beri) kullanılan bir üretim teknolojisiydi. Bu tarihlerde Anadolu köylerine dağılmış, 1.750.000 hane halkı otarşik (geçimlik) ekonomi koşullarında hayatlarını idameye çalışmaktaydılar.

1924 yılına kadar, kamu gelirlerini oluşturmada en büyük kaynak tarım ürünleri üzerinden tahsil edilen aşar vergisi olmuştu. Büyük köylü kitlesinin üzerinde ağır bir vergi yükü oluşturan aşar kaldırılınca piyasa üzerinden dolaylı vergilerle gelir yaratma yoluna gidilecekti.¹¹⁹

Bu yıllarda, ülkeyi imar etmek için büyük kaynaklara ihtiyaç olduğu gerçeği cumhuriyet yöneticilerinin karşısına dikilmişti. Ülkede milli bir burjuva sınıfının varlığından söz etmek zordu. Var olan kıt kaynaklar taşra mütegalibesinin elindeydi.

Osmanlıdan devralınan en büyük sorunlardan biri, kamu sağlığı ve yoksulluktu. Devletin kurucuları, sadece savaş meydanında düşmana karşı değil, sıtma, frengi ve vereme karşı da büyük bir meydan muhaberesi vermek zorunda idiler. Şu gerçeği unutmamak lazımdır: Bütün Milli Mücadele boyunca, İnönü, Eskişehir-Kütahya, Sakarya ve Büyük Taarruz dahil olmak üzere, muharebe alanında verilen şehit sayısı 13.000 iken, Bunun iki katı asker cephe gerisinde çeşitli enfeksiyon hastalıklarından hayatını kaybetmişti.¹²⁰

Tarıma elverişli sulak bölgelerde, örneğin Çukurova'da halk sıtımadan kırılmaktaydı. Atatürk dahil cumhuriyeti kuran kadro birkaç defa sıtımaya tutulmuş ve kinin küründen geçmek zorunda kalmıştı.¹²¹ Frengi Kırım savaşı sırasında Anadolu'ya sirayet etmiş, özellikle Karadeniz sahillerini etkilemeye devam etmekteydi.¹²² Aynı ağır tablo verem için de geçerliydi.

¹¹⁸ On Beşinci Yıl Kitabı, İstanbul, Cumhuriyet Halk Partisi yayını, 1938, s. 249; Nazan Susam, Türkiye'de Uygulanan Maliye Politikaları, 1923-2008, İstanbul, Derin Yayınları, 2009, s. 92.

¹¹⁹ Yahya Sezai Tezel, Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi, Ankara, Yurt Yayınevi, 1982, s. 345, 387, 395.

¹²⁰ Sabahattin Selek, Anadolu İhtilali, ss. 110-111.

¹²¹ Atatürk'ün geçirdiği sıtımalar nöbetleri sırasıyla şöyledir. Manastır Askeri Lisesi'ne girdiğinde 1896, Nablusta 1918, Sivas'ta General Harbord görüşmesi sırasında 1919 bkz. Eren Akçiçek, Atatürk'ün Sağlığı Hastalıkları ve Ölümü, İzmir, Güven Bilimsel Kitabevi, İzmir 2005, ss. 143-145.

¹²² Bunun için bkz. Rıdvan Akın, "The Anti-Syphilis Law During The Turkish National Struggle

İktisadi Alanda Yapılabileceklerin Sınırları

Hatırlanacağı üzere, Lozan'da Lord Curzon İsmet Paşa'yı "Bugün isteklerimizin hepsini reddediyorsunuz; ama ülkeniz harap haldedir. Yarın ülkenizi imar ve inşa etmek için kapımıza geleceksiniz, para isteyeceksiniz. O zaman şimdi cebimize attıklarımızı, teker teker çıkarıp önünüze koyacağız." diye tehdit etmişti. Cumhuriyeti kuran kuşak bunun ne demek olduğunu çok iyi biliyordu. İki yüz yıldır yürürlükte olan bu senaryo emperyalizmin mazlum milletleri dize getirmek için kullandığı para-kredi-borç boyunduruğundan başka bir şey değildi.

Lozan'da Düyun-u Umumiye-i Osmaniye'nin tasfiyesine karar verilmişti; ama, Osmanlı borçlarının yaklaşık %70'i Türkiye'nin hesabına düşecek ve Demokrat Parti devrine kadar ödemeler devam edecekti.

Bolşeviklerin Çarlık Rusya'nın borçlarıyla ilgili olarak yaptıkları gibi Osmanlı borçlarını reddetmek mümkün olamaz mıydı? Bunu mecliste öneren olmadı değil. Ancak bu büyük bir risk olurdu. Eğer o yola girilseydi, Batıyla bütün köprüleri atarak yeni bir savaşı göze almak gerekirdi. Türkiye, barış masasına Osmanlı'nın mirasçısı olarak, ama tek mirasçısı olmadığını beyan ederek oturdu. Osmanlıdan ayrılan diğer devletler de Düyun-u Umumiye tasfiyesine ortak oldular. Ama en büyük pay yine Türkiye Hükümetine düşmüştü. Bu da 1930'larda Türkiye'nin harcama bütçesinin yaklaşık %15 ine tekabül ediyordu.¹²³

Ülkede sanayi ve ticaret hiç yok değildi. Ama, tamamiyle yabancı sermayenin, Düyun-u Umumiye-Reji-Osmanlı Bankası üçlüsünün hegemonyası altındaydı. Mustafa Kemal Türkiye'sinin iktisat alanında iki temel problemi vardı. Bunlardan birincisi yabancı sermayenin hegemonyasından kurtulmak ikincisi ise ulusal bir ekonomi yaratmaktı.

Bu yıllarda ülke içi kaynakları yatırıma dönüştürebilecek yerli bir müteşebbis sınıfın varlığından söz etmek zordu. Böyle bir sınıf var olsa bile nicelik ve nitelik itibarıyla inisiyatif alabilecek güçten yoksundu.

And Public Health Issues", (Birinci Meclis Döneminde Frengi ile Mücadele : Frenginini Men'i ve Tahdid-i Sirayeti Hakkında Kanun), International Congress on The Turkish History of Medicine, Proceedings Vol.II, 2008, pp.1618-1627.

¹²³ Alptekin Müderrisoğlu, Kurtuluş Savaşının Mali Kaynakları., Ankara, Maliye Tetkik Kurulu, 1974, s. 131, 150, 151.

Bu arada Türkiye'nin Lozan'da taahhüt ettiği bir yükümlülük vardı; Düyun-u Umumiye ödemelerinin ertelenmesi karşılığında 1916 gümrük hadlerini uygulamaya devam taahhüdü altına girilmişti. Dış ticarete bir geçiş rejimi uygulanacaktı. Bu geçiş rejimi 1929'da sona erecekti.

Bu nedenle Atatürk devri iktisadı açısından 1929 çok kritik bir yıldır. Bu yıl Türkiye gümrükleri üzerinde tam egemenliğine kavuşacaktı. Ama aynı yıl, 1954'e kadar sürecek olan Düyun-u Umumiye geri ödemelerine başlanılacaktı.¹²⁴

Kötü bir tesadüfle aynı yıl, 29 Ekim 1929'da New York Borsası çöktü. Büyük Dünya Bunalımı, işsizlik, istihdam daralması, ekonomik durgunluk ve ulusal ekonomilerin küçülmesine neden oldu. Bu süreç ikinci dünya savaşına kadar devam etti. Avrupa ve Amerika'da on milyonlarca insan işsiz ve açsız kaldı.¹²⁵ Böylesine büyük bir krizden, Türkiye gibi yeni savaştan çıkmış bir ülkenin etkilenmemesi söz konusu olamazdı.

1924'ten 30'lara kadar gayri milli bütün kurumlar devletçe satın alındı. 1883'den beri tütün köylüsünü tahakküm altında tutan ve her yıl milyonlarca lirayı yurtdışındaki merkezine transfer eden Tütün Rejisi İdaresi 1925'te satın alınarak lağvedildi. Yerine Tütün Tekeli İdaresi kuruldu. Tütün üretimi ve pazarlaması kamunun yönettiği bir işe dönüştürüldü.¹²⁶

1924 itibarıyla, 7 demiryolu şirketi, 6 maden imtiyazı, 23 banka, 12 sanayi teşebbüsü ve 11 belediye imtiyazı yabancı sermayenin elindeydi. Büyük şehirlerdeki elektrik, su, gaz, telefon hizmetleri tamamiyle yabancı sermaye grupları eliyle yürütülüyordu. İstanbul'daki tünel ve havagazı şirketleri de yabancı sermayenin elindeydi. Akabinde, 1927'de Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları ve Limanları İdaresi kuruldu. Türkiye sınırları içinde faaliyette bulunan bütün yabancı demiryolu şirketleri satın alınarak millileştirildi. Türkiye'nin bütün demiryolları ve limanları Türk devletinin malı oldu.¹²⁷

Sermayesi yerli tek banka Ziraat Bankasıydı. Buna 1924'de İş Bankası eklenecektir. Cumhuriyet Türkiye'si milli iktisadı bu bankalar aracılığıyla

¹²⁴ Fuat Sevim, *Dünya Uygarlığı ve Türk Sosyo-ekonomik Tarihi*, İstanbul, İpek Yayınevi, 1978, s. 201.

¹²⁵ Gökçen Alpkaya & Faruk Alpkaya, *XX. Yüzyıl Dünya ve Türkiye Tarihi*, İstanbul, Tarih Vakfı Yayınları, 2005, s. 105.

¹²⁶ Tütün rejisinin satın alınması için bkz. Korkut Boratav, *100 Soruda: Türkiye'de Devletçilik*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 1974, ss. 109-110.

¹²⁷ Doğan Avcıoğlu, *Türkiye'nin Düzeni*, Birinci Kitap, İstanbul, Tekin Kitabevi, 1987 ss. 453-459.

kurmaya çalışacaktır 1927’de çıkarılan Teşvik-i Sanayi Kanunu’nu yeterince olumlu sonuç vermemesi üzerine Sümerbank ve Etibank kuruldu. Adları bizzat Atatürk tarafından konulan bu bankalar tek parti iktisadiyatının mihenk taşları oldular. Bu iki kamu kurumu öncülüğünde demir-çelik, çimento, kağıt ve tekstil sanayi kurulabildi. Bu bankalar eliyle birçok kamu iktisadi teşebbüsü, iktisadi hayatın vazgeçilmezleri arasına girdi. Zonguldak ve Ereğli kömür ve demir çelik sanayinin merkezi oldu. Türkiye’nin yer altı kaynaklarını bulmak ve çıkarmakla görevlendirilecek olan Maden Tetkik Arama Enstitüsü kuruldu.

Günümüzün globalleşmiş kapitalist dünyasında küçümşenen devletçilik, 1930’lar Türkiye’sinde çok önemli bir işlev görmüş; Devletin ekonomide aktif rol oynaması sayesinde, 1929 Dünya ekonomik bunalımının dalgaları Türkiye’yi fazla etkilememiştir. Türkiye’nin, kamu işletmeciliği sayesinde 1929 ile 1939 arasında, Japonya ve Sovyet Rusya’dan sonra, sınai gelişme endeksi en çok büyüyen üçüncü ülke olduğu gerçeği unutulmamalıdır.¹²⁸

Bu arada Atatürk şahsi malvarlığı ile, örnek bir müteşebbis olmaya özel gayret etti, malt fabrikası, bira fabrikası, buz fabrikası, yoğurt, süt, şarap imalathaneleri kurdurdu. Atatürk Orman Çiftliği, Yalova Çiftliği, Mersin Tekir çiftliği gibi sahsına ait yerlerde modern tarım ve hayvancılığın gelişmesine önderlik etti. Atatürk, tasarrufu altındaki bütün çiftlik ve tesisleri 11 Haziran 1937’de hazineye hibe etti. Bu çiftlikler birer kamu işletmesi haline dönüştüler.¹²⁹

Devrimin Temelleri : Laiklik- Hukuk –Eğitim

Türk Devrimi’nin dayandığı üç ilke asli, üç ilke talidir. Devrimin asli ilkeleri cumhuriyetçilik, laiklik, ve milliyetçiliktir. Devletçilik, devrimcilik, halkçılık ise zaman içinde eklenmiş ilkelerdir. Bu ilkeler, 1931 kurultayında program haline getirilecektir. Türk devriminin temeli, hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın laikliktir. Bugün, çevremizdeki Müslüman ülkelerden daha gelişmiş bir toplum olmamızın nedeni, “Müslüman mahallesinde salyangoz satmak sanılan” laik devlet ilkesidir.

Laiklik, yanlış bir şekilde ileri sürüldüğü gibi din ve vicdan özgürlüğü değildir. Din ve vicdan özgürlüğü başka bir kavramdır. Laiklik ise, dine dünya işlerine müdahil olma yasağı getiren ve devleti bu konuda yetkili kılan bir ilkedir.

¹²⁸ Fikret Yücel, Cumhuriyet Türkiye’sinin Sanayileşme Öyküsü, Ankara, TTGV, 2015, s. 34.

¹²⁹ Aslan Tufan Yazman, Atatürk’le Beraber: Devrimler, Olaylar, Anılar, 1922-1938, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1969, s. 389.

Laiklik hukukun meşruiyetini dinden almaması demektir. Hukuk aleminde yenilik yaratan bir düzenleme yapılırken dini otoriteden onay almaktır. Aksi halde, o devlet laik devlet olmaktan çıkar, teokratik devlet olur. Atatürk'ün Türk devlet ve toplum hayatına soktuğu laiklik ilkesini, Osmanlı mirasçısı Orta Doğu ülkelerinde uygulayan başka bir ülke daha yoktur. Türk laikliğinin temelinde Atatürk Devrimi vardır.

Modern Türkiye'nin temelinde ikinci saçağı, Türk Hukuk Devrimidir. 1921 Anayasası ile temelleri atılan yeni Türkiye Devleti, 1924 Anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti devletine dönüşmüş; 1928'e kadar gerçekleştirilecek bir dizi yasal değişiklikle özel ve kamu hukuku alanlarında yepyeni bir görüntüye kavuşmuştur.

Yakın dönem Türkiye tarihinin dikkatli bir gözlemcisi olan Kont Ostrorog- ki meşrutiyet döneminde de İttihatçılara hukuk danışmanlık yapmak üzere Türkiye'de bulunmuştu- 1927'de Londra'da yayınlanan "*The Angora Reform*" başlıklı kitabında 1922 ila 1927 arasında gerçekleştirilen reformların dünyada eşi ve benzerinin bulunmadığını, bu kadar kısa bir sürede Türklerin hukuk düzenlerinde büyük değişiklikler gerçekleştirdiklerini yazacaktır.¹³⁰

Benzer şekilde Kurt Steinhouse da "*Atatürk Devrimi Sosyolojisi*"nde 30'ları değerlendirirken, büyük ölçüde kırsal ve kapitalizm öncesi üretim ilişkilerinin hakim olduğu Türkiye'nin Kemalistlerin önderliğinde gelişmiş bir Batı ülkesinin bütün üstyapı kurumlarına sahip olduğunu yazacaktır.¹³¹ Türkiye'de kamu hukuku alanında neyin değiştiği görmek için 1876 ve 1924 anayasalarından üç maddeyi karşılaştırmak yeterli olacaktır. Bu iki kısa madde Türkiye'de meşrutiyetten cumhuriyete hukuk düzeninin hangi yönde değiştiğini gözler önüne sermektedir.¹³²

¹³⁰ Tauraj Atabaki & Erik J. Zürcher, *Man of Order: Authoritarian Modernization under Atatürk and Reza Shah, 1918-1942*, Tauris, 2004, s. 233. Leon Ostrorog, *The Angora Reform, 3 Lectures Delivered at the Centenary Celebrations of University College on June 27, 28 Et 29, 1927*, by Léon Ostrorog, University of London, 1927.

¹³¹ Kurt Steinhouse, *Atatürk Devrimi Sosyolojisi* İstanbul, Sarmal Yayınevi, 1995, ss. 115-119.

¹³² 1876 Kanunu Esasi m.4: Zatı Hazreti Padişahi hasbel hilâfe dini İslâmın hâmisî ve bilcümle tebeai Osmanîyenin hükümdar ve padişahıdır; m.5- Zatı Hazreti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür. (Padişah İslâmın halifesi ve Osmanlıların hükümdarıdır; ve yüce kişiliği kutsal ve siyaseten sorumsuzdur.)

1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m.3: Hâkimiyet bilâ kayd-ü-şart Milletindir.; m.4.- Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakikî mümessili olup Millet nâmına hakk-ı hâki-

Türk Hukuk Devriminin önemli bir boyutu anayasal eşitlik ilkesinin gerçek manada hayata geçirilmesidir. Bu da kadınların bütün kamu haklarına kavuşmaları, seçme ve seçilme haklarının tanınmasıdır. Böylece, Türkiye’de kadınların genel oy hakkına sahip olmaları bir çok Avrupa ülkesinden çok önce gerçekleşmiş oluyordu. 5 Aralık 1934’de kadınlara siyasal haklar tanınmış ve ilk kadın milletvekilleri 1935 TBMM seçimlerinde meclise girmişlerdir.¹³³ ilk 15 kadın milletvekilinden bazıları şunlardır. Dr. Fatma Memik (Edirne), Fakihe Öymen (İstanbul), Satı Kadın (Hatı Çırpan, Ankara) Bahire Bediş Morova (Konya) gibi. Türkiye o yıllarda dünyanın ilk kadın kongresine de ev sahipliği yapmıştır.¹³⁴

Devrim tarihimizin özenle vurgulanması gereken bir başka boyutu da Türk eğitim devrimidir. Erken cumhuriyet döneminde eğitim alanında yapılan değişiklikler devrim niteliğindedir. Daha milli mücadele devam ederken Hamdullah Suphi Tanrıöver’in Maarif Vekaleti sırasında Milli Eğitim Şurası toplanmış; önemli kararlar alınmıştır. Cumhuriyetle birlikte eğitim en çok önemsenen alanlardan biri olmuştur. Tevhidi Tedrisat (Eğitim Birliği) Yasası’nın hilafetin lağvı yasasıyla birlikte çıkarılması herhalde yeterince anlamlıdır.

Tanzimattan beri, Türkiye’de temel eğitim hizmetleri, her bir vilayetin kendi mahalli idareleri eliyle yürütülmeye çalışılırdı. Bu da kaynakları kısıtlı vilayetlerde temel eğitimin geri kalmasına, öğretmen istihdamının yetersiz olmasına neden olurdu.

Bu alanda atılan en önemli adım eğitim ve öğretim hizmetlerinin merkezeleştirilmesi olmuştur.

Mustafa Kemal cumhuriyetinin en büyük başarılarından biri bütün eğitim kurumlarının Maarif Vekaletine bağlanması olmuştur. Bu uygulama, ülkenin her yerinde, bütün çocuklar için fırsat eşitliği sağlayan, parasız genel eğitim olanağı sağlamıştır.¹³⁵

miyeti istimâl eder. (Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir, Türkiye Büyük Millet Meclisi egemenliğin yegane temsilcisidir.)

¹³³ Özlem Kumrular, *Dünya’da Türk İmgesi*, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2004, s. 11; Muzaffer Gökman, *Elli Yıllın Tutanağı*, İstanbul, Hürriyet Yayınları, 1973, s. 63, 75.

¹³⁴ Sibel Duroğlu, *Türkiye’de İlk Kadın Milletvekilleri*, Ankara, 2007, Yüksek lisans tezi, ss. 71-131.

¹³⁵ Her vilayet merkezinde açılan liseler dönemin en iyi okulları olarak tarihe geçmiştir. Bir cumhuriyet okulu olan Afyon lisesinden Süleyman Demirel ve Ahmet Necdet Sezer, bir başka cumhuriyet okulu olan Kayseri Lisesinden Turgut Özal ve Abdullah Gül mezun olmuştur.

Tutucu yazarlar, yazı devriminin halkı geçmişinden koparıldığını, kültürsüzleştirdiğinden söz ederler. Acaba gerçekten yeni Türk harflerinin kabulü nedeniyle, Türk halkı kültürsüz bir hale gelmiş midir? Kanımca, gerçek tam tersidir: Harf devrimi halkı kültürsüzleştirmemiş, tersine uygarlaşmanın önünü açmıştır.

Yeni Türk harflerinin yürürlüğe konulduğu 1 Kasım 1928 tarihi itibarıyla halkımızın okuma yazma oranlarına bir göz atıldığında, kadınların %3'ü, erkeklerin %7'sinin okuma yazma bildiği görülür. 1727'de matbaanın Türkiye'ye girmesinden o tarihe kadar anlamlı bir Türkçe kitaplığı yaratılamamış; Kütüphanelerin temelini elyazması dini kitaplar oluşturmuştur. O tarih itibarıyla, bilim, sanat ve uygarlık ile ilgili Osmanlı Türkçesi ile yazılmış bir birikimin varlığından söz etmek mümkün değildir. Halkın %90'nın bilmediği ama dini sebeplerle kutsadığı Arabi harfleri değiştirmek Türkiye'nin rotasını değiştirmek kararlılığından doğmuştur. Kanımca, harf devriminin halkı kültürsüzleştirdiğini ileri sürmek geçmişin sosyo-kültürel statükosunu devam ettirme düşüncesinin dışı vurumu olsa gerektir.¹³⁶

Bir başka husus, yükseköğretimdir. Türkiye'de Atatürk devrine kadar bir üniversite yoktur. Bir tek İstanbul'da Darülfünun vardır. Onun da öğretim kadrosunun önemli bir kesimi milli mücadeleyi desteklememiş; zaferden sonra bile cumhuriyeti uzaktan kibirli bakışlarla izlemiştir.

Atatürk'ün 1933 Üniversite Reformu Türk yükseköğretim tarihinde bir dönüm noktası olmuş, Darülfünun lağvedilmiş ve yerine 1946'a kadar Türkiye'nin tek üniversitesi olan İstanbul Üniversitesi kurulmuştur.¹³⁷ Türkiye üniversite Ankara'da ise 1946'ya kadar Siyasal Bilgiler, Hukuk ve Dil ve Tarih Coğrafya fakülteleri ayrı birer kamu tüzel kişiliği olarak örgütlenmişlerdir. Bu okullardan Siyasal Bilgiler Fakültesi, Osmanlı devrinin Mülkiye Mektebidir; 1936'da İstanbul'dan Ankara götürülmüştür,

Atatürk'ün Ankara'da kurduğu iki okulun özel önemi vardır. Ankara Hukuk Mektebi ve Dil ve Tarih Coğrafya Fakülteleri. İkisinin de temelinde Türk rönesansı vardır. Ankara Hukuk Mektebi ile cumhuriyetin hukuk adamları, yargıçları savcılarını yetiştirilmiş; buna karşılık Dil-Tarihte Türk dili, tarihi ve uygarlığı araştırmalara konu olmuştur.¹³⁸ Türk dil tezi ve Türk tarih tezi bu ik-

¹³⁶ Bilal Şimşir, Türk Harf Devrimi Üzerine İncelemeler, Atatürk Araştırma Merkezi, 2006, s. 45.

¹³⁷ Namık K. Aras-Emre Dölen-Osman Bahadır, Türkiye'de Üniversite Anlayışının Gelişimi, 1861-1961 Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, 2007, s. 52.

¹³⁸ Sina Akşin, Ana Çizgileriyle, ss. 196-197

limden doğmuştur; ünlü tarihçimiz Halil İnalçık; Sümerolog Muazzez İlmiye Çığ fakültenin ilk mezunlarındanır.

Avrupa’da faşizmin yükselişi Türk üniversite reformuna öğretim üyesi kaynağı sağlamış, Türkiye’ye gelen bilim adamları seçkin bir bilim ortamının doğmasına olanak sağlamıştır. Her biri kendi alanında büyük birer isim olan bu bilim adamları, İkinci Dünya Savaşının sonuna kadar hatta bazıları daha sonra da Türkiye’de kalarak, tıp, mühendislik ve sosyal bilimler alanlarında çok önemli katkılarda bulunmuşlardır. Bugün her alanda kendisini kanıtlamış pek çok bilim adamı, Atatürk Türkiye’si’ne misafir olarak gelen bu akademisyenlerin öğrencisi veya asistanı olmuştur. Türkiye’nin o dönemde kucak açtığı dünya çapındaki bilim ve sanat adamlarından bazıları şunlardır: Andreas Schwarz, Fritz Neumark, Clemens Holzmeister, Bruno Taut, Ernst Hirsh, Paul Hindemint, Bela Bartok, Carl Ebert.¹³⁹

Ulus Devlet İnşası: Dil, Tarih Yurttaşlık Bilinci Seferberliği

XX. yüzyılın başında, bütün Jön Türkleri etkileyen iki sorun bulunuyordu: Bunlar, Şark Meselesi (Doğu Sorunu) ve Türklerin aşağı bir ırktan (uygarlığının gelişimine engel olmuş sarı ırktan) geldiği tezidir. Bu ikincisi, dönemin egemen antropoloji paradigmasının öne sürdüğü bir tezd.

Doğu Sorunu, XIX. Yüzyıl Avrupası’nda ortaya çıkmış, aslında nesnesi Doğu olan bir Batı sorunuymdu. Albert Sorel’in 1889’da yayınladığı, *La Question d’Orient* başlıklı kitabında ilk kez ortaya atılmış bir düşüneydi. Kemal Atatürk de zamanında bu kitabı okumuştur. Sorel kitabında, Osmanlı Devletinin yıkılarak Türklerin Avrupa’dan atılmasını ve eski Doğu Roma’nın (Büyük Yunanistan adıyla) kurulmasını öneriyordu. Jön Türkler bu yaklaşımın ne anlama geldiğinin bilincindeydiler.¹⁴⁰ Birinci Dünya Savaşı Avrupalıların gözünde bu sorunu Türkler aleyhine çözecekti. Türklerin vatansız ve devletsiz bırakılmaları anlamına gelen bu çözüme verilen cevap İstiklal Savaşı olacaktır.

İkinci sorunun kaynağında, Türklerin aşağı ırktan olduğu tezi vardı. Bu tez J.A. Gobineau’nun 1853-1855 arasında yayınladığı *“İnsanlar Arasındaki*

¹³⁹ Yücel Namal, Türkiye’de 1933-1950 Yılları Arasında Yükseköğretime Yabancı Bilim Adamlarının Katkıları, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt II, 2012, ss. 14-19.

¹⁴⁰ Atatürk, Türk Tarih Tezi üzerinde çalıştığı dönemde, Marx’ın *Eastern Question*’ı dahil olmak üzere Batı’da yayımlanmış 100 civarında kitabı İstanbul Üniversitesi Kütüphanesi’nden getirterek üzerinde çalışacaktır.

Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine” başlıklı bir kitaba dayanıyordu. Geniş taraftar bulan Gobineau, uygarlığın Ari ırk tarafından yaratıldığını, içlerinde Türklerin de bulunduğu sarı ırkın ise tarihin her aşamasında uygarlığın gelişimine ket vuran olumsuz, yıkıcı bir işlev gördüğünü ileri sürmekteydi.

Bu teze, aslen Polonyalı soylu bir mülteci olan Mustafa Celaleddin Paşa, Paris’te 1870’de yayınladığı **Les Turcs Anciens et Modernes (Eski ve Yeni Türkler)** kitabı ile yanıt vermişti.¹⁴¹ Paşa, kitabında sarı ırkın uygarlığa etkisini tartışmıyordu; Gobineau’nun iddialarına karşı Türklerin Tauro-Aranien gruba dahil bir halk olduğunu öne sürmekteydi. Yani Türkler sarı ırktan değillerdi. Bu reddiye, ülke tarihi ve sorunları ile ilgili bütün Jön Türklerde büyük ilgi uyandırdı. Maneviyatını yükseltti.

Yine aynı problematik içinde, bir başka önemli kitap Leon Cahun’un **Asya Tarihine Giriş: Türkler ve Mogollar**’ı idi. Cahun kitabını 1896’da Paris’te yayınlamıştı. Cahun’un 1877’de yayınladığı **La Bannière Bleue (Gök-bayrak)** romanı da Türk tarihi ile ilgiliydi. Mustafa Kemal, bu kitapları altını çizerek okumuştur. İşte, imparatorluğun son döneminde, bütün düşünen insanları meşgul eden sorunlar temel olarak bunlardı.

Mustafa Kemal, iktidarını pekiştirdikten sonra, tarih ve dil çalışmalarına yönelmiştir. Bu çalışmaları, milli devlet inşa süreci içinde değerlendirmek doğru olur. Günümüzde bazı çevrelerde eleştirilen tarih ve dil çalışmaları Devrim Tarihi açısından son derece anlamlıdır. Hepsinin temelinde Türkler tarihinde onurlu bir yer bulmak ve çağdaş dünyanın özgür ve eşit bir üyesi olmak arzusu vardır.

Bu yolda, Mustafa Kemal, 1931’de Türk Tarihini Tetkik Cemiyeti’nin kuruluşuna önderlik etmiş, ve ilk Türk Tarih Kurultay 1932’de, ikincisi ise 1937’de gerçekleştirilmiştir.

Atatürk’ün sağlığında toplanan bu iki kurultaya hakim olan paradigma Türklerin tarihi kökenleri ve uygarlık tarihindeki yeridir. Tezin temel problemi egemen literatürünün tersine Türklerin uygarlık tarihinde olumsuz değil olumlu yeri olduğunu kanıtlamaktır. Günümüzde bazı yönleriyle yadır-

¹⁴¹ Mustafa Celaleddin Paşa, asıl adı Count Constantine Borzecki’dir. Türkiye’ye iltica etmiş olan Polonya bir küçük aristokrati olup, Nazım Hikmet’in anne tarafından büyükbabasıdır. Bkz. Selim Deringil, Conversion and Apostasy in the late Ottoman Empire, Cambridge University Press, 2012, s. 174.

gadiğımız Türk Tarih Tezi bu “uygarlığımızı” kanıtlama ikliminden doğmuştur.¹⁴²

Atatürk’ün Türklere uygarlık tarihinde yer arama konusunda yoğun olarak çalıştığı dönemde, Cenevre Üniversitesi’nden antropoloji profesörü Eugene Pittard dikkatini çekmişti. Pittard, devrin egemen antropoloji paradigmasının tersine, uygarlığı Anadolu ve Mezopotamya’dan başlatıyor; Neolitik Devrimi gerçekleştiren toplumların eklemeli bir dil kullandıkları bulgusundan yola çıkarak Anadolu’nun en eski halkı Hititlerin Turani bir halk olduğunu iddia ediyordu. 1924’da *Les Races et l’ Histoire (Irk ve Tarih)* adıyla bir kitap yayınlamış olan Pittard, II. Türk Tarih Kurultayına davet edilmiş ve bir bildiri ile kurultaya katılmıştır.¹⁴³ İşte günümüzde epey çarpıtılarak gündeme getirilen ırkçılık tartışması, o günlerde Türklerin aşağı ırktan olmadığını kanıtlama çabasından başka bir şey değildi. Çatalhöyük’te, Alacahöyük’te, Yazılıkaya’da yapılan kazılar, Anadolu’nun tapusu üzerinde Türklerin hakkını meşrulaştırmak, Anadolu’nun sadece son bin yılda değil, Hititlerden beri Türk ve uygar olduğunu kanıtlamak için yapılmışlardı. Son tahlilde Türk Tarih Tezinin peşinde olduğu dava, Türklerin brakisefalliği değil, uygar bir halk olduğu idi.

Sonuç itibarıyla, tarihi, padişahların zaferleri olarak anlayan Osmanlı vakanüvis geleneğine bir tepki olarak doğan cumhuriyetin tarih anlayışı, bu bibliyografyadan beslenerek *Tarih-1-2-3-4* serisinde somutlaşacak, Türk milli devletinin resmi tarih anlayışı olacaktır.¹⁴⁴

1930’larda Türk Tarih Tezine koşut yürütülen Türk Dil Tezi de (Güneş Dil Teorisi) gerçekte, Payitaht’ın yüzlerce yıl boyunca ihmal ettiği Türkçeyi özgün haliyle ayağa kaldırma amacıyla ortaya atılmıştır.

Bu dönemde, Avusturyalı bir dilbilimci olan Prof. Hermann Kvergiç’in “Türk dilinin dünyada esas bir dil olduğu” yönündeki teorisi milli kimlik yaratma peşinde olan Türk seçkinlerinin dikkatini çekmiş, Türk dili üzerindeki

¹⁴² Taner Timur, *Osmanlı Kimliği*, İstanbul, 5. Baskı, İmge Yayınevi, 2010, ss. 120-132; Mustafa Oral, *Türkiye’de Romantik Tarihçilik, 1910-1940*, İstanbul, Asil Yayın Dağıtım, 2006, s. 101, 109.

¹⁴³ Bu arada, Afet İnan’ın, Pittard’ın kürsüsüne doktora yapmaya gönderildiğini belirtmekte yarar var. Orhan Türkdoğan, *Türk Toplumunun Tarihsel Kimliği ve Günümüz Sorunları*, İstanbul, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2009, s. 380.

¹⁴⁴ Bu kitapları, Kaynak Yayınları, “Kemalist Devrimin Tarih Seti” başlığıyla tıpkıbasım olarak yayınlamıştır.

çalışmalar üzerinde etkili olmuştur.¹⁴⁵ 1936'da Dolmabahçe sarayında toplanan Üçüncü Dil Kurultayında Güneş Dil Teorisi'nin kabul edilmesi süreci tamamlamıştır.¹⁴⁶

Mustafa Kemal'in şu sözleri "dilin" aslında bir milletleşme meselesi olduğunu apaçık kanıtlar niteliktedir: "Türk dili, dillerin en zenginlerindedir. Yeter ki bu dil, şuurla işlensin. Ülkesinin, yüksek istiklalini korumasını bilen Türk milleti, dilini de, yabancı dillerin boyunduruğundan kurtarmalıdır."¹⁴⁷

Sonuç itibariyle, Her iki tez de Atatürk Devrimleri'ni anlamak açısından son derece önemlidir. İşlevleri de ulus devlete geçme aşamasında olan Türk'lere Batı karşısında özgüven aşılama olmuştur.

Ulus devlet inşa sürecinin önemli bir uğrak noktasının **Vatandaş İçin Medeni Bilgiler** olduğu unutulmamalıdır. Bu eserin Türk Devriminin doğası gereği geçmişin teb'a zihniyetinden kurtulmuş, yeni insanı yaratmak amacına hizmet ettiği aşıkardır. 1930'da yayınlanan bu kitabın üstünde yazar olarak Prof. A. Afet İnan görülmektedir. Atatürk, bu kitabın hürriyet bölümünü şahsen kaleme almış, diğer bölümlerini ise Afet İnan'a dikte etmiştir. Gerçekte, kitabın fikir babası ve müellifi (yazarı) Atatürk'tür. Medeni Bilgiler'in hedefi, hak ve özgürlüklerinin bilincinde olan cumhuriyet yurttaşını yaratmaktır. Bu eser, cumhuriyet devriminin siyasi terbiye açısından önemsenmesi gereken belgelerinden biridir.

Bir Devrin Sonuna Doğru

1938 Şubatı Atatürk'ün hayatında önemli bir dönüm noktası olacaktı.. Bursa Merinos fabrikasının açılışına katılan cumhurbaşkanı şiddetli bir zatürre geçirir. Bu daha sonra olacakların habercisidir. Atatürk'ün daha önce de bazı şikayetleri olmuş, Dr. Nihat Reşat Belger kendisini Yalova'da muayene

¹⁴⁵ Ulus matbaasında 1935'te basılan "*Etimoloji, Morfoloji ve Fonetik Bakımdan Türk Dili*" kitabı bu dönemde egemen olan dilcilik yaklaşımını ortaya koyması açısından ilginç bir kaynaktır. Nergis Ertürk, *Grammatology and Literary Modernity in Turkey*, Oxford University Press, 2011, s. 98.

¹⁴⁶ Atatürk bu kurultaya ilk kadın milletvekillerinden Satı Kadın'ın da katılmasını özellikle istemişti. Niyazi Ahmet Banoğlu, *Atatürk'ün İstanbul'daki Hayatı*, s. 209.

¹⁴⁷ Bu düşüncelerin somut ürünü ise bizzat kendisinin kaleme aldığı, *Geometri* kitabı olacaktı. Bu kitap, geometri terimlerinin öztürkçelerinin yerleşmesi açısından küçük ama önemli bir kitaptır. Kitap tıpkıbasım olarak yeniden basılmıştır. Bkz. Mustafa Kemal Atatürk, *Geometri*, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2015.

etmiş. El ve ayaklarında ortaya çıkan kızarıklık ve şiddetli kaşıntılar, Doktor Belger'i bir karaciğer arazının ilk belirtileri teşhisine sevk etmişti.¹⁴⁸ Türk hekimlerinin kuşularının gittikçe artması üzerine yabancı hekimlere müracaat edilir. Hastalık süresince üç ünlü hekim Avrupa'dan getirtilir. Hofman Enstitüsünden Dr. Von Bergman, Viyana'dan Prof. Epinger ve Montpellier'den Prof. Fissingen. Bu üç hekim de dahiliye uzmanıdır ve zamanın en meşhur isimleridir. Atatürk'e hastalığı boyunca bakan daimi hekimler Mim Kemal Öke, Nihat Reşat Belger, Akil Muhtar Özden ve Abravaya Marmaralı olmuştur. Hatta ölüm tutanağında da bu doktorların imzaları vardır.

O devirde, siroz illetine¹⁴⁹ verilebilecek iki tedavi vardır; mutlak istirahat ve diyet. Bir de deniz havasının hastaya iyi gelebileceği söylenmektedir. Bu arada Atatürk'ün rahatsızlığı ağırlaşmadan Şubat ayında şöyle bir gelişme olur: 1937 Eylülünden beri görevde bulunan Celal Bayar Hükümeti, Sultan Reşat devrinden kalma *Söğütlü* ve *Ertuğrul* yatlarının artık kullanılamaz hale geldiği düşüncesiyle cumhurbaşkanlığı için yeni bir yat inşa ettirme kararını verir. İlginç bir tesadüfle, *Savarona* gemisi fark edilir. Geminin satın alınma hikayesi şöyle gelişir; Amerikalı milyarder bir hanımın Almanya'nın *Blom und Foss* Tersanesinde 10 milyon dolara inşa ettirdiği Savarona, İkinci Dünya Savaşı rüzgarlarının arttığı bir dönemde, büyük bir vergi konulduğundan Amerika'ya götürülememiş ve Hamburg limanında bekletilmektedir. Hatta bir süre sonra vergi borcu nedeniyle Alman hükümeti tarafından ipotek konulmuştur.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ancak Atatürk kaşıntılarının sebebinin Dolmabahçe'deki karıncalar olduğunu düşünmektedir. Bunu üzerine saray ilaçlatılır; ama bir şey değişmez. Tam tersine şikayetler zaman içinde ilerler; hastalık tablosu ağırlaşır. Eren Akçiçek, Atatürk'ün Hastalığı, s. 180.

¹⁴⁹ Atatürk'ün hastalığı siroz olarak teşhis edilmiş olmakla birlikte, bu görüşte olmayanlar vardır. Örneğin, Erol Mütercimler "karaciğer kanseri" sonucuna ulaşıyor. Erol Mütercimler, Fikrimizin Rehberi: Gazi Mustafa Kemal, İstanbul, Alfa Yayınları, 2008, s.19; Ben ise gerçek nedenin çocukluğundan itibaren geçirdiği sıtmanın (malaria) yarattığı karaciğer harabiyeti üzerine eklenen Hepatit-C enfeksiyonu olduğunu düşünüyorum. Hepatit virüsünü kapıldığı yer ise ünlü diş hekimi Sami Günzberg'in Beyoğlu Mısır Apartmanındaki muayenehanesi olmalıdır. Gazi, diş tedavilerini bu ünlü hekime yaptırıyordu. Meşrutiyet devrinden beri Günzberg'in hastasıydı. Hatta protezlerini de Dr. Günzberg yapmıştı. O devirde etüvler (dezenfeksiyon aletleri) gelişmiş aletler değildi. Hastalığın prognozu da (seyri) Hepatit-C virüsünün neden olduğu karaciğer iflasına işaret ediyor kanısındayım.

¹⁵⁰ Utkan Kocatürk, Atatürk ve Türk Devrimi Kronolojisi, s. 397, 399, 400, 402. Savarona'nın satın alınma hikayesi ve Atatürk'ün Savarona'da geçirdiği günler için bkz. Rifat N. Bali, Savarona: Atatürk'e Son Armağan, İstanbul, Libra Kitapçılık, 2010.

Bayar hükümeti, gemiye talip olur; gemi pazarlıkla 2.5 milyon dolara satın alınır. Alman hükümeti, Türk hükümetine jest olarak ipoteki kaldırır. Gemi Türk yetkilileri tarafından teslim alınarak İngiltere'ye götürülür. Burada tadilattan geçirilerek kaptan Sait Özege tarafından Türkiye'ye getirilir.

Atatürk, Savarona gelince deniz havası alacak, istirahat edecek, diyete tam riayet edecek ve iyileşecektir; şifa umuduyla 1 Haziran 1938'de Savarona'ya geçer. Fakat ne yazık ki gemide sadece 55 gün kalabilecektir. Atatürk, hiçbir zaman keyfini çıkaramayacağı bu gemiyi, Afet İnan'a yazdığı mektupta "bir çocuk gibi" beklediğini söyler.

Tedaviye ve deniz havasına rağmen genel durumu gittikçe ağırlaşmış, 10 Temmuzda artık yatağa bağımlı hale gelmiştir. Bunun üzerine Gazi'nin tedavisinin artık Savarona'da sürdürülemeyeceği anlaşılır. 25 Temmuz gecesi Dolmabahçe açığında demirli Savarona'dan bir koltukta üzerine sıkı sıkıya bir battaniye örtülerek Kılıç Ali, Salih Bozok ve Hasan Rıza tarafından saraya geçirilir. Bu tarihten itibaren Dolmabahçe Sarayı'nda yoğun bir tedavi altında tutulan modern Türkiye'nin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk, 10 Kasım 1938'de vefat etti.¹⁵¹ Atatürk'ün vefatı ile cumhurbaşkanlığı makamı boşalmış oldu. Bu cumhuriyet tarihimiz açısından oldukça önemli bir dönüm noktasıdır. İnönü'nün cumhurbaşkanlığına tereddütsüz ve çalkantısız seçilmesi Kemalist devletin, önderin fiziki varlığından özerk olarak cumhuriyet esaslarında pekiştğini kanıtlar niteliktedir.¹⁵²

Türk Devrimi ve Mustafa Kemal Üzerine Değerlendirmeler

Türkiye Cumhuriyeti'nin temelinde Türk Devrimi vardır. Bu devrim ikili niteliği ile çağdaşlarından ayrılır: Bunlar sırasıyla, bağımsızlık savaşı ve eski

¹⁵¹ 16-19 Kasım arası üç gün süreyle İstanbulda katalfalkta kalan Atatürk'ün cenazesi, Dolmabahçe'den alınarak Sarayburnu'na kadar top arabasında götürüldü. Buradan Zafer torpidosu ile Yavuz'a nakledildi. Atatürk'ün naaşı, Gebze Diliskelesi'nden trene alındı. Atatürk, 20 Kasım sabahı Ankara garında, devlet erkanı tarafından karşılandı. *Şerafettin Turan, İsmet İnönü, Yaşamı, Dönemi ve Kişiliği, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2003., s.144; Utkan Kocatürk, Atatürk ve Türk Devrimi Kronolojisi, s.406.*

¹⁵² Atatürk'ün tahnit edilmiş bedeni uzun yıllar Etnoğrafya Müzesinde Anıtkabirin tamamlanmasını bekledi. 10 Kasım 1953 günü, Atatürk, Bayar'ın yaptığı bir konuşma ile, Anıtkabir'e defnedildi. Törende eski Genelkurmay Başkanı, ulusal kurtuluş savaşı komutanlarından Salih Omurtak da hazır bulundu. Mozole altındaki toprağa verilmiş töreninde ise sadece cumhurbaşkanı, başbakan ve TBMM Başkanı ile İsmet Paşa, eski başbakan ve eski meclis başkanı hazır bulundular. *Cumhurbaşkanlığı Tarihi, 1923-2005, Ankara, 2005, s. 162.*

rejimin tasfiyesidir. Türk Devrimine bugünkü anlamını veren gelişmelerinin temelinde emperyalizme karşı verilmiş bağımsızlık savaşı yatar. Bu savaş Birinci Dünya Savaşının sonuna eklenmiş bölgesel bir savaştır. Nedeni “Doğu Sorununa” galip müttefiklerin önerdiği siyasal çözümün reddidir. Osmanlı Devleti’nin mirasçıları arasında “en büyük evlat” konumundaki Türkler planı kabul etmezler. Müdafaa-ı Hukuk direnişi Anadolu İhtilali’ne dönüşür. Mustafa Kemal’in öncülüğünde Türkler, kendilerine Orta Anadolu’ya hapsedilmiş bağımlı bir köylü devletinden başka bir şey bırakmayan Sevr Anlaşmasını reddederler. Bu ret Türk bağımsızlık savaşının ilanıdır.

Hiç kuşku yok ki devrimin önderi bir Türk Rönesansı gerçekleştirmek düşüncesindeydi. Bu Batı’nın iki yüz yılda gerçekleştirdiği toplumsal dönüşümü kısa sürede hayata geçirmek demektir. Bunun yolu Türk demokratik devriminden geçiyordu. Bazı çevrelerde üst yapı devrimleri diye küçümsenen resepsiyon ile Atatürk, bir kültür devrimi gerçekleştirmiş, burjuvazinin toplumsal değişime önderlik edemeyeceği bir ortamda Türklerin burjuva demokratik devrimini gerçekleştirmişti.¹⁵³ O’nun çeşitli söylevlerinde dile getirdiği “muasır medeniyet, asri sosyete” dediği bundan başka bir şey değildir

Türk Devriminin “demokratikliği”, anti-feodal, anti-monarşik niteliğinden kaynaklanır. Bu yönüyle Büyük Fransız Devriminin izlerini taşır. Günümüzde devrimin muarızlarının öfkelerinin temelinde, Kemal Atatürk’ün Türkleri, bin yıldır ait oldukları medeniyet dairesinden çıkararak başka bir medeniyet dairesine sokma kararlılığı vardır.¹⁵⁴

1923’ten 1938’e kadar devam eden toplumsal siyasal dönüşüm süreci, aynı zamanda Atatürk devrimleri dönemi olarak tanımlanabilir. Bu süreçte Atatürk’ün siyasal gücü gittikçe artarak tartışmasız hale gelmiştir. Kemal Atatürk rejimi, kırsal Türkiye’nin üretim ve mülkiyet ilişkileri bağlamında radikal değişiklikler gerçekleştirememiş olmakla birlikte, tarım ve ticaret burjuvazisi, küçük burjuva aydınları ve yönetici seçkinler sınıfında ciddi bir dönüşüme yol açmıştır.

Bilindiği üzere, Atatürk Türkiye’sini “diktatörlük” dönemi olarak niteleyenler çevreler vardır. Hiç kuşkusuz, Kemalistler kurdukları rejimin bastırıcı aygıtını kullanmakta tereddüt etmediler. Ama, “devletin zorlama aygıtı”,

¹⁵³ Rıdvan Akın, *Kemalist Devrim ve Devlet Tartışmasına Katkı*, Toplum Bilim, Aydınlanma Özel Sayısı, sayı:1, Temmuz, İstanbul, Bağlam Yayınları, 2000, ss. 173-188.

¹⁵⁴ Celal Nuri, *Türk İnkılabı*, İstanbul, Ahmet Kamil Matbaası, 1926, s. 92.

Fransız ihtilalinde olduğu gibi eski rejimin gerici güçlerine karşı kullanıldı. Kemalistlerin hışmına uğrayan sadece feodal, ayrılıkçı, monarşist ve Ortaçağ kalıntısı karşı devrimci odaklar olmuştur.

Ne ilginçtir ki, günümüz Türkiye'sinde bu dönemi diktatörlük olarak sunanlar; Sultan Hamit devri istibdadını, Sultan Vahidettin gibi siyasi vizyonu son derece dar bir padişahı inanılmaz senaryolarla tarihte haklı çıkarmaya çalışan çevrelerden başkaları değildir.

Mustafa Kemal rejimi hiç kuşkusuz muhaliflerini tasfiye etmişti. Ama onun muhalifleri Türkiye'nin “demokrat” güçleri değildi. Türkiye’de çok partili siyasal hayatı (burjuva demokrasisi) yaşatacak sosyolojik altyapı realite henüz ortalarda görünmüyordu. Atatürk’ün karşısındaki güçler eski rejimin uzantılarıydılar. İktidar mücadelesini onlar değil, Mustafa Kemal kazandı.

Atatürk rejimi gericiyle, hanedan yanlılarına, devrime direnen feodallere karşı otoriterdi. Bunun dışında farklı siyasi görüşten insanlar O'nun devrinde himaye bile görmüşlerdir. Örneğin, partisinde Şevket Süreyya Aydemir, İsmail Hüsrev Tökin gibi solcu entellektüeller olduğu gibi, Ahmet Ağaoğlu, Ahmet Hamdi Başar, Celal Bayar gibi liberaller de kendilerine yer bulabilmişlerdi.

Kemalizm'in Türkiye’de yükselişi ile Avrupa’da totaliter rejimlerin zamansal olarak örtüşmesi yanıltıcı olmamalıdır. 1922’de İtalya’da Mussolini 1933’te Almanya’da Hitler 1936’da İspanya’da Franko totaliter rejimler kurmuşlardı. Buna Orta ve Doğu Avrupa’daki diğer dikta rejimleri eşlik etti. Polonya’da Mareşal Pilsudski, Macaristan’da Amiral Horti, Romanya’da Karol, Yugoslavya’da Aleksandr, Bulgaristan’da Çar Boris idaresi gibi. Ancak bunların hiç birinin menşe ve yönetim üslubunun 30’ların Kemal Atatürk rejimi ile ilgisi yoktur. Bunun önemli kanıtlarından biri Hitler faşizminden kaçan 142 bilim adamının aydınlanma adası Türkiye Cumhuriyeti’ne sığınmış olmalarıdır.¹⁵⁵ İngiltere Kralı Edward, Türk mucizesini görmeye herhalde boşuna gelmedi. O'nun ziyaretine geldiği devlet başkanı, mazlum milletlere örnek olmuş devrimci bir lider, bir milli kurtuluş önderiydi.¹⁵⁶

Kemal Atatürk’ün en büyük başarısı muarızlarının şiddetli eleştirisine muhatap olan laikliktir. Atatürk, toplumsal ilerlemenin temelinde, laikliği

¹⁵⁵ Sina Akşin, Kısa 20. Yüzyıl Tarihi, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014, ss. 213-215.

¹⁵⁶ Salahi R. Sonyel, Atatürk:The Founder of Modern Turkey, Turkish Historical Society Print House, 1989, s. 176.

görmüş, ulusunu meşru-hukuki yollarla gerçekleştirdiği devrimlerle buna adapte etmeye çalışmıştır. Laiklik sayesinde, 30'ların sonuna gelindiğinde Türklerin sivil ve kamusal tüm yasaları tamamiyle çağdaş normlarla işler hale getirilmiştir.

Kemal Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen Türk Devrimini üç açıdan değerlendirmek mümkündür. Birincisi siyaset felsefesi açısından Atatürk devrimi Türk rönesansıdır. İkincisi ideolojik açıdan halkçı bir siyasi harekettir. Üçüncü yönü ise topyekun kalkınmacılığıdır. Atatürk düşüncesinde kalkınma bir bütündür. İstanbul Üniversitesi'nin, Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi'nin kuruluşu en az Karabük Demir Çelik'in kuruluşu kadar önemsenmiştir. Atatürk devrinde maddi kalkınma ile kültür devrimi at başı gitmiş, biri diğere tercih edilmemiştir. Devletin güçlü, ülkenin mamur, milletin medeni ve müreffeh olması temel hedef alınmıştır.¹⁵⁷

Hiç kuşku yok ki, Kemal Atatürk eşi benzeri görülmeyen bir ideoloji ortaya koymuş değildir. O, öncelikle bir komutan, bir devrimci, bir siyaset ve devlet adamıdır. Kemalist devrim, son çözümlemede, Batı'da gerçekleşmiş burjuva demokratik devrimleri sürecinin yarı-sömürge bir ülkede özgün bir yansımasıdır. Kemalist önderlik, aydınlanma çağının ve Fransız devriminin ideallerini, yaklaşık iki asırlık bir gecikmeyle kendi ülkesine uygulamış ve bunda da başarıya ulaşmıştır.

Bugün Atatürk'ün eseri, başarıya ulaşmasından yaklaşık bir asır sonra tartışılmaya devam ediyor. Bu son derece olağan ve demokratik bir haktır. Bu tartışma toplumsal diyalektik gereği devam edecektir de. Ancak onun siyasi mirasına en çok karşı çıkan parti önderleri dahi, Ankara Anıttepe'de huzuruna çıkmaya kendilerini zorunlu hissetmektedirler. Bu bile "*devriminin*" mayasının çok güçlü bir şekilde tuttuğunu kanıtlar niteliktedir.

¹⁵⁷ Sina Akşin, Ana Çizgileriyle, ss.206-209.

KAYNAKÇA

- Afetinan, A., Mustafa Kemal Atatürk'ün Karlsbad Hatıraları, Ankara, TTK yayınları, 1991.
- Afetinan, A., Medeni Bilgiler ve Atatürk'ün El Yazıları, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2000.
- Ahmet Efe, Kuşçubaşı Eşref, Bengi Yayınları, 2007.
- Akandere, Osman - Semiz, Yaşar., "1919-1922 Yılları Arasında Yunanlıların Anadolu Macerası ve Küçük Asya Felaketi", TSA, Cilt 7, sayı:2, Ağustos 2003.
- Akçiçek, Eren., Atatürk'ün Sağlığı Hastalıkları ve Ölümü, İzmir, Güven Bilimsel Kitabevi, İzmir 2005.
- Akın, Rıdvan, TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare, İstanbul, İletişim, 2001.
- Akın, Rıdvan, "TBMM'nin İlk Bütçe Yasası: 1336 Muvazene-i Umumiye Kanunu", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, İstanbul Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Enstitüsü Dergisi, sayı:2, 2002.
- Akın, Rıdvan, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Lozan Siyaseti ve Heyet-i Murahhasa'nın karşılaştığı Belli Başlı Sorunlar", Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, sayı 41, Haziran 2000.
- Akın, Rıdvan, "İttihat ve Terakki Hükümetlerinin Divan-ı Harb-i Örfi'de Yargılanması ve Malta Sürgünleri (1918-1921)", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/1.
- Akın, Rıdvan, "The Anti-Syphilis Law During The Turkish National Struggle And Public Health Issues", (Birinci Meclis Döneminde Frengi ile Mücadele : Frenginini Men'i ve Tahdid-i Sirayeti Hakkında Kanun), International Congress on The Turkish History of Medicine, Proceedings Vol.II, 2008.
- Akın, Rıdvan, Kemalist Devrim ve Devlet Tartışmasına Katkı", Toplumbilim, Aydınlanma Özel Sayısı, sayı:1, Temmuz, İstanbul, Bağlam Yayınları, 2000.
- Akşin, Sina & Seyman, Yaşar, Sina Akşin Kitabı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009.
- Akşin, Sina, Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi, 1789-1980, Ankara, İmaj Yayınları, 2001.

- Akşin, Sina, İstanbul Hükümetleri ve Milli Mücadele, Cilt II, İstanbul, Cem Yayınevi, 1983.
- Akşin, Sina, Kısa 20. Yüzyıl Tarihi, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2014.
- Akşin, Sina, Kısa Türkiye Tarihi, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008.
- Aktan, Cüneyt, Arayışname, İstanbul, Cinius Yayınları, 2013.
- Akyol, Taha, Ortak Acı: Türkler ve Ermeniler 1915, İstanbul, Doğan Kitap, 2009.
- Alpkaya, Gökçen & Alpkaya, Faruk., XX. Yüzyıl Dünya ve Türkiye Tarihi, İstanbul, Tarih Vakfı Yayınları, 2005.
- Amasya İl Yıllığı: 1967, Ticaret Matbaacılık, 1968.
- Arar, İsmail, Atatürk'ün İzmit Basın Toplantısı, 16-17 Ocak 1923, İstanbul Matbaası, 1969.
- Aras, Namık K. - Dölen, Emre - Bahadır, Osman, Türkiye'de Üniversite Anlayışının Gelişimi, 1861-1961 Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, 2007.
- Arı, Kemal, Büyük Mücadele: Türkiye'ye Zorunlu Göç (1923-1925), İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1995.
- Arıkoğlu, Damar, Hatıralarım, Milli Mücadele, Tan Gazetesi ve Matbaası, 1961.
- Arıtuç, İbrahim, İsmet Paşa. Bir Dönemin Öyküsü, Kastaş, 1993.
- Atabaki, Tauraj & Zürcher, Erik J. Man of Order: Authoritarian Modernization under Atatürk and Reza Shah, 1918-1942, Tauris, 2004.
- Atatürk, Kemal, Nutuk 1919-1927, Cumhuriyet Halk Partisinin 15-20 Ekim 1927 tarihleri arasında toplanan İkinci Büyük Kongresinde Söylenmiştir, (Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 1989).
- Atatürk, Mustafa Kemal, Geometri, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2015.
- Atatürk'ün Bütün Eserleri, C.13, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2003.
- Atatürk'ün Okuduğu Kitaplar: Altını Çizdiği Satırları, Özel İşaretleri, Uyarıları, Düştüğü Notlar ve Kitap İçerisindeki Özel Yazıları ile Ankara, Anıtkabir Derneği, 2001, 10 Cilt.
- Atay, Falih Rıfki, Mustafa Kemal'in Ağzından Vahdettin, İstanbul, Pozitif yayınları, 2012.
- Atay, Falih Rıfki, Atatürk'ün Anıları, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1982.
- Avcıoğlu, Doğan, Türkiye'nin Düzeni, Birinci Kitap, İstanbul, Tekin Kitabevi, 1987.
- Aydemir, Şevket Süreyya, Makedonya'dan Orta Asya'ya Enver Paşa, C. 3, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1972.

- Aydemir, Şevket Süreyya, Tek Adam, Cilt 1, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1965.
- Ayışığı, Metin, Kurtuluş Savaşı Sırasında Türkiye'ye Gelen Amerikan Heyetleri, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 2004.
- Bal, Mehmet Akif, Sürgün Türkler: Milli Mücadele Döneminde Malta Sürgünleri, Gahura Kitabevi, 2007.
- Bali, Rifat N., Savarona: Atatürk'e Son Armağan, İstanbul, Libra Kitapçılık, 2010.
- Banoğlu, Niyazi Ahmet, Atatürk'ün İstanbul'daki Hayatı-I, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1973.
- Belen, Fahri, Büyük Türk Zaferi: Afyon'dan İzmir'e İstiklal Harbi Hatıraları- Tetkikler Tahliller, Ankara, Doğuş Limited Şt., 1962.
- Belli, Şemsi, Fikriye, Belge ve Fotoğraflarla Çocukluğundan Evliliğine Kadar Atatürk'ün Duygu Dünyasında Hanımlar, Ankara, Bilgi Kitabevi, 1995.
- Belof, Max, Imperial Sunset: Dream of Commonwealth, 1921-42, Knopf, 1970.
- Birinci Dünya Harbinde Türk Harbi: Osmanlı İmparatorluğu'nun Siyasi ve Askeri Hazırlıkları ve Harbe Girişi, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1991
- Birinci, Necati, Ruşen Eşref Ünaydın, Ankara, Kültür ve Turizm Bakanlığı, 1988.
- Borak, Sadi, Atatürk'ün İstanbul'daki Çalışmaları, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1998.
- Boratav, Korkut, 100 Soruda: Türkiye'de Devletçilik, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 1974.
- Cebesoy, Ali Fuat, Milli Mücadele Hatıraları, İstanbul, Vatan Neşriyatı, 1953.
- Celal Nuri, Türk İnkılabı, İstanbul, Ahmet Kamil Matbaası, 1926.
- Coşar, Ömer Sami, İstiklal Harbi Gazetesi, 1969-1970, no.2.
- Coşkun, Alev, Samsun'dan Önce Bilinmeyen Altı Ay, İşgal, Hüzün, Hazırlık, İstanbul, Cumhuriyet Kitapları, 2008.
- Cumhurbaşkanlığı Tarihi, 1923-2005, Ankara, 2005, s.162.
- Cumhuriyet Halk Partisi: On Beşinci Yıl Kitabı, Cumhuriyet Matbaası, 1938.
- Deliorman, Altan, Atatürk'ün Hayatındaki Kadınlar, Bayrak Basım Yayım, 2009.
- Demirci, Sevtap, Strategies and Struggles, British Rhetoric and Turkish Response: The Lausanne Conference 1922-1923, İstanbul, the Isis Press, 2006.
- Deringil, Selim, Conversion and Apostasy in the late Ottoman Empire, Cambridge University Press, 2012.

- Diamond, Larry J. & Platter, Marc F. Demokrasinin Küresel Yükselişi, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1995.
- Duroğlu, Sibel, Türkiye’de İlk Kadın Milletvekilleri, Ankara, 2007
- Düstur 3. Tertip, Cilt III-IV, Ankara, Başbakanlık Müdevvenat Müdüriyeti, 1929.
- Erikan, Celal, Kurtuluş Savaşı Tarihi (yayına hazırlayan: Rıdvan Akın), İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2008.
- Ertürk, Yaşar, Büyük Oyunun Eski Perdesi, Doğu Güneydoğu ve Musul Üçgeni (1919-1923), IQ Yayıncılık, 2007.
- Ertürk, Nergis, Grammatology and Literary Modernity in Turkey, Oxford University Press, 2011.
- Ezherli, İhsan, Türkiye Büyük Millet Meclisi, (1920-1986), Ankara,1987.
- Goloğlu, Mahmut, Üçüncü Meşrutiyet:1920, Başnur Matbaası, 1970.
- Goloğlu, Mahmut, Milli Mücadele Tarihi, Cilt 1, Ankara: Nüve Matbaası, 1968.
- Gökbilgin, Tayyip, Milli Mücadele Başlarken, Birinci Kitap, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1959.
- Gökman, Muzaffer, Elli Yılın Tutanağı, İstanbul, Hürriyet Yayınları, 1973.
- Güneş, İhsan, Çoker, Fahri, Öztürk, Kazım, Türk Parlamento Tarihi, II.Cilt 1, Ankara, TBMM Vakfı, 1993.
- Güz, Nurettin, Türkiye’de Basın İktidar İlişkileri (1920-1927), Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Hanioglu, Şükrü, Atatürk, Kurucu Felsefe ve Siyaset, Sabah, 16.11.2014.
- Harp Tarihi Vesikaları Dergisi, Ankara, 1952-1969.
- İrfan, Ülkü, KGB Arşivlerinde Enver Paşa, Türklüğün Son Cephesi, Karakutu Yayınları, 2005.
- İslam Ansiklopedisi, Atatürk Maddesi, 10. Cüz, 1960.
- Jaeschke, Gottard, Türk Kurtuluş Savaşı Kronolojisi, Mondros’tan Mudanya’ya Kadar, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1989.
- Jasper Ridley, Mussolini: A Biography, Cooper Square Press, 2000.
- Kafkas, Mehmet, Milli Mücadele’de Öncüler, Cilt II, Nil Yayınları, 1991.
- Kaptan, Eyüp, Atatürk’ün Düşünce Yapısı ve Türkiye, Ankara, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı, 2006. ,
- Karabekir, Kazım, İstiklal Harbimiz, İstanbul, Türkiye Basımevi, 1969.

- Karaca, Taha Niyazi, Meclisi Mebusan'dan Türkiye Büyük Millet Meclisine Geçiş Sürecinde Son Osmanlı Meclisi Mebusan Seçimleri, Türk Tarihi Kurumu Basımevi, 2004.
- Karal, Seçil Akgün, General Harboud'un Anadolu Gezisi ve Ermeni Meselesine Dair Raporu, İstanbul, Tercüman, 1981.
- Kocabaşoğlu, Uygur, Hürriyeti Beklerken: İkinci Meşrutiyet Basını, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayını, 2010.
- Kocagöz, Samim, Kalpaklılar: Doludizgin, İstanbul, Ataç Kitabevi, 1963.
- Kocaoğlu, Bünyamin, Mütarekede İttihatçılık, İstanbul, Temel Yayınları, 2006.
- Kocatürk, Utkan, Atatürk Çizgisinde Geçmişten Geleceğe, Atatürk ve Yakın Tarihimize İlişkin Görüşmeler, Araştırmalar, Belgeler, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2005.
- Kocatürk, Utkan, Atatürk ve Türk Devrimi Kronolojisi, Ankara, TİTE, 1973.
- Kocatürk, Utkan, Doğumundan Ölümüne Kadar Kaynakçalı Atatürk Günlüğü, Atatürk Araştırma Merkezi, 1999.
- Koloğlu, Orhan, Sorularla Vahdettin, İstanbul, Pozitif Yayınları, 2007.
- Kongar, Emre, Devrim Tarihi ve Toplumbilim Açısından Atatürk, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1994.
- Koylu, Zafer, Esareten Özgürlüğe 423 Gün: İngiliz İşgalinde Eskişehir, Eskişehir Ticaret Odası, 2010.
- Kumrular, Özlem, Dünya'da Türk İmgesi, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2004.
- Kürşat, Dr. Cengiz, Amasya Mülakatı (Görüşmeleri) Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, sayılar, 57-59, İstanbul, Mentş Kitabevi, 2001.
- Macar, Elçin, İstanbul Rum Patrikhanesi, İstanbul, İletişim, 2003.
- Mango, Andrew, Atatürk, London, John Murray, 1999.
- McCaffrey, Lawrence J. The Irish Question: Two Centuries of Conflict, The University of Kentucky, 1995.
- McNeese, Tim, Post World-War I, 1919-1930s, Lorenzeducational, 2015.
- Meydan, Sinan, Atatürk ile Allah Arasında, İstanbul, İnkılap Yayınları, 2009.
- Meydan, Sinan, Atatürk'ün Gizli Kurtuluş Planları, Parola Nuh, İstanbul, İnkılap, 2009.
- Meydan, Sinan, Cumhuriyet Tarihi Yalanları, İstanbul, 2010.
- Müderrişoğlu, Alptekin, Kurtuluş Savaşının Mali Kaynakları, Ankara, Maliye Tetkik Kurulu, 1974.

- Mütercimler, Erol, Fikrimizin Rehberi: Gazi Mustafa Kemal, İstanbul, Alfa Yayınları, 2008.
- Nadi, Yunus, Birinci Büyük Millet Meclisi'nin Açılışı ve İstanbul, Sel Yayıncılık, 1965.
- Nalan Seçkin, İlk Meclis'ten Kalanlar, Divan Matbaası, 1970.
- Namal, Yücel, Türkiye'de 1933-1950 Yılları Arasında Yükseköğretime Yabancı Bilim Adamlarının Katkıları, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt II, 2012.
- Okyar, Ali Fethi, Üç Devirde bir Adam, İstanbul, Tercüman Yayınları, 1980.
- Oral, Mustafa, Türkiye'de Romantik Tarihçilik, 1910-1940, İstanbul, Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- Ostrorog, Leon, The Angora Reform, 3 Lectures Delivered at the Centenary Celebrations of University College on June 27, 28 Et 29, 1927, by Léon Ostrorog, University of London, 1927.
- Özakman, Turgut, Şu Çılgın Türkler, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2005.
- Özdemir, Ali Ulvi, Lozan'da Başarıyı Ölçmek, Konular Bazında Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi Sayı: 53, (Lozan Antlaşması Özel Sayısı), 2013.
- Özdemir, Hikmet, Amasya Belgelerine Yeniden Bakmak, Amasya Valiliği, 2004.
- Özdoğan, Günay Göksu, Türkiye'de Ermeniler, Cemaat-Birey-Yurttaş, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.
- Özoğlu, Hakan, Osmanlı Devleti ve Kürt Milliyetçiliği, Kitap Yayınevi. 2005.
- Öztürk, Kazım, Türk Parlamento Tarihi, Cilt.1, Birinci Bölüm, Türk Parlamento Tarihi Araştırma Grubu, Ankara, TBMM Vakfı Yayınları, 1997.
- Pehlivanoglu, A.Öner, Barış Yolu: Mudanya Mütarekesi, Kastaş, 2002.
- Perinçek, Doğu, Kemalist Devrim Cilt IV, İstanbul, Kaynak Yayınları, 1992.
- Perinçek, Doğu, Osmanlı'dan Bugüne Toplum ve Devlet, Kaynak Yayınları, 1986.
- Sarıhan, Zeki, Kurtuluş Savaşı Günlüğü, Cilt IV, Ankara, TTK, 1996.
- Sarısakal, Baki, Belge ve Tanıklarla Samsun'dan Ankara'ya, 19 Mayıs 1919 - 23 Nisan 1920, C. 2, Samsun, 2008.
- Sarısır, Serdar, Sürgün: 1919-1923, Demografik Oyun, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2006.
- Sefa, İ., Üstükarıcı Halit, Kızıltan, Mustafa, İsmet İnönü Albümü, Hayatı ve Hizmetleri, Kültür Basımevi, 1939.

- Selek, Sabahattin, Anadolu İhtilali, 5. Baskı, İstanbul, Örgün yayınları, 1981.
- Sevim, Fuat, Dünya Uygarlığı ve Türk Sosyo-ekonomik Tarihi, İstanbul, İpek Yayınevi, 1978.
- Sidar, Ferruh, Büyük Kin'in Kısa Öyküsü:Karşı Devrim, İstanbul, Cinius Yayınları, 2013.
- Sonyel, S. Ramadan, İngiliz İstihbarat Servisi'nin Türkiye'deki Eylemleri, Ankara, 1995.
- Sonyel, Salahi R., Atatürk: The Founder of Modern Turkey, Turkish Historical Society Print House, 1989.
- Soydan, Mahmut & Bilgi, Nejdet, Milli Mücadele Tarihine Dair Notlar, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2007.
- Sönmez, Cemil, Atatürk'ün Yetişmesi ve Öğretmenleri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 2004.
- Steinhaus, Kurt, Atatürk Devrimi Sosyolojisi İstanbul, Sarmal Yayınevi, 1995.
- Susam, Nazan, Türkiye'de Uygulanan Maliye Politikaları, 1923-2008, İstanbul, Derin Yayınları, 2009.
- Sürmeli, Serpil, Milli Mücadele'de Tekalif-i Milliye Emirleri, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi, 1998.
- Şimşir, Bilal, Ermeni Meselesi, 1774-2005, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2005.
- Şimşir, Bilal, Türk Harf Devrimi Üzerine İncelemeler, Atatürk Araştırma Merkezi, 2006,
- Tahtakılıç, Ahmet, Dönüşü Olmayan Yol, Ankara, Akademi Matbaası, 1989.
- Tanör, Bülent, Kurtuluş, İstanbul, Der Kitabevi, 1995.
- Taşkıran, Cemalettin, Kazım Karabekir Paşa, Askeri Hayatı ve Komutanlığı, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 1993.
- Taşkıran, Cemalettin, Yüzyıllardır Harbiye, Doğan Kitap, 2009.
- TBMM, Zabıt Ceridesi, Devre I, Cilt XI.
- TBMMZC, Devre I, C.XXIV.
- TBMMZC, Devre I, Cilt XII.
- Tevetoğlu, Fethi, Atatürk'le Samsun'a Çıkanlar, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1971.
- Tezel, Yahya Sezai, Cumhuriyet Döneminin İktisadi Tarihi, Ankara, Yurt Yayınevi, 1982.
- Tezer, Şükrü, Atatürk'ün Hatıra Defteri, Ankara, Türk Tarih Kurumu, 1972.

- The Diplomats, 1919-1939, (eds: Gordon Craig, & Felix Gilbert), Princeton University Press, 1994.
- Timur, Taner, Osmanlı Kimliği, İstanbul, 5. Baskı, İmge Yayınevi, 2010.
- Toker, Hülya, Mütareke Döneminde İstanbul Rumları, Ankara, Genelkurmay Basımevi, 2006.
- Tosun, Ramazan, Türkiye Cumhuriyeti Tarihi, Kuruluş Dönemi, Kayseri, Erciyes Üniversitesi, 1994.
- Tunaya, Tarık Zafer, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, XXIII, no.3-4, 1957.
- Tunçay, Mete, “İkinci Meşrutiyet’ten Cumhuriyet’e”, Türkiye Tarihi, Çağdaş Türkiye, 1908-1980, Cilt 4, İstanbul, Cem Yayınevi, 1989.
- Turan, Mustafa, Yunan Mezalimi, İzmir- Aydın- Manisa- Denizli, 1919-1923 , Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, 2006.
- Turan, Şerafettin, Atatürk’ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1982.
- Turan, Şerafettin, İsmet İnönü, Yaşamı, Dönemi ve Kişiliği, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2003.
- Turan, Şerafettin, Mustafa Kemal Atatürk, Kendine Özgü bir Yaşam ve Kişilik, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2004.
- Turgut Özakman, Vahidettin, M. Kemal ve Milli Mücadele: Yalanlar, Yanlışlar, Yutturmacalar, Ankara, 1997.
- Tüfekçi, Gürbüz, Atatürk’ün Okuduğu Kitaplar, Özel İşaretleri, Uyarıları ve Düşüğü Notlar İle, Cilt I-II, Ankara; Türkiye İş Bankası Kültür yayınları, 1983-1985.
- Türkdoğan, Orhan, Türk Toplumunun Tarihsel Kimliği ve Günümüz Sorunları, İstanbul, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2009.
- Yalçın, Semih, “Mütareke Döneminde Mustafa Kemal Paşa’nın İstanbul’daki Faaliyetleri, 30 Ekim 1918-16 Mayıs 1919”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 17.
- Yalman, Ahmet Emin, Yakın Tarihte Gördüklerim ve Geçirdiklerim, Cilt 1, İstanbul, Rey Yayınları, 1970.
- Yazman, Aslan Tufan, Atatürk’le Beraber, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1984.
- Yazman, Aslan Tufan, Atatürk’le Beraber: Devrimler, Olaylar, Anılar, 1922-1938, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1969.
- Yücel, Fikret, Cumhuriyet Türkiye’sinin Sanayileşme Öyküsü, Ankara, TTGV, 2015.

Fundamental Right to Vote in American Constitutional Law

Assist. Prof. Dr. Mete ERDEM*

Abstract: In American constitutional law, states retain regulatory power to ‘the times, places, and manner of holding elections.’ The historical development of individual right to vote has revolved around the enfranchisement of minority groups through several constitutional amendments with a piecemeal approach to expansion and non-discrimination. The fundamental nature of voting rights calls for application of strict scrutiny to election laws that burden suspect classes. However, for burdens that discriminate against non-suspect classes or affect all voters alike, the US Supreme Court’s recent balancing approach has unduly given more deference to the legislature’s power to regulate elections with laws that restrict the right to vote. The paper argues that burdens on the right to vote should be subject to strict scrutiny irrespective of whether they discriminate against a suspect class.

Keywords: right to vote, American constitutional law, strict scrutiny test, balancing approach.

Amerikan Anayasa Hukukunda Temel Oy Hakkı

Özet: Amerikan anayasa hukukunda eyaletler seçimlerin yapılma zamanı, yeri ve şeklini düzenleme yetkisine sahiptirler. Bireysel oy hakkının tarihsel gelişmesi, birçok anayasa değişikliği ile azınlık gruplarına oy hakkının sağlanması etrafında ayırım gözetmeden geniş kitlelere yayılması yaklaşımıyla olmuştur. Oy haklarının temel hak olma niteliği, etkilenme şüphesine maruz azınlık sınıflarına yük getiren seçim kanunlarının

Yayın Geliş Tarihi: 24.06.2016; Yayına Kabul Tarihi: 30.11.2016.

* Fulbright visiting scholar, Georgetown University Law Center. I gratefully acknowledge a generous research grant received from the Turkish Fulbright Commission to fund this project. My debt of thanks is owed to a unanimous reviewer for insightful comments and invaluable suggestions. All errors remain mine. (May 2016)

sıkı denetime tabi olmasını gerekli kılar. Ancak, etkilenme şüphesi olmayan sınıflara karşı ayırımcılık getiren veya bütün oy verenleri aynı şekilde etkileyen sınırlamalar bakımından Amerikan Yüksek Mahkemesinin yakın geçmişte kabul ettiği dengeleme görüşü, eyalet meclislerinin oy hakkının kullanılmasına sınırlamalar getiren kanunlar ile seçim düzenleme yetkisine daha bir üstünlük tanıyarak, bireysel oy hakkına hanel getirmiştir. Bu çalışma, ABD’de oy hakkının kullanılmasına getirilen bütün güçlüklerin, bir sınıfa karşı olabilecek ayırımcılık etkisine bakmadan sıkı denetim testine tabi tutulması gerektiğini savunur.

Anahtar Kelimeler: oy hakkı, Amerikan anayasa hukuku, sıkı denetim testi, dengeleme görüşü.

I. Introduction

The 2016 race for US presidential nomination has so far been anything but usual in many respects. On both the Republican and Democratic camps, a serious challenge is mounted by the so-called independent candidates against the ‘establishment’ in American politics. This is largely because the Americans are losing faith in the electoral process. A recent Gallup poll has showed that only 30% of the Americans believe that the ‘election process is working as it should.’¹ Not long ago in 2008, that number was 67%.² There are many possible explanations for this decline. One may be that the Supreme Court’s 2010 *Citizens United* decision, which controversially struck down limits on independent expenditures in elections and led to a spiral of increase in corporate spending on elections.³ However, another contributing factor may be that it has gotten easier for states to pass laws that make it harder for citizens to vote.⁴ The removal of the 1965 Voting Rights Act’s preclearance requirement for states with a history of voter discrimination in 2013⁵ has given rise to a flood of legislation rolling back early voting, tightening voter registration procedures, closing polling places, and requiring voters to show photo identification

¹ Republican Sour on Way Election Process is Working, Gallup, March 25, 2016 (available at http://www.gallup.com/poll/190292/republicans-sour-election-process-working.aspx?g_source=Election%202016&g_medium=newsfeed&g_campaign=tiles)

² *Id.*

³ *Citizens United v. Federal Election Com’n*, 558 U.S. 310 (2010).

⁴ *States with New Voting Restrictions Since the 2010 Election*, Brennan Center for Justice, <http://www.brennancenter.org/new-voting-restrictions-2010-election> (Last updated February 4, 2016) [hereinafter *States With New Voting Restrictions*].

⁵ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013).

in order to vote.⁶ The problem has been compounded by the Supreme Court’s adoption of a standard for analysing restrictions on the right to vote that is, in effect, deferential to the states, and deprioritizes the individual right to vote.⁷

In American election law, burdens on the right to vote were, for decades, treated as restrictions on fundamental rights. However, more recently, the Court has adopted *a balancing test* which weighs ‘the asserted injury to the right to vote’ against the ‘precise interest put forward by the State as justifications for the burden imposed by the rule.’⁸ This somewhat diluted standard of scrutiny has been justified by the states’ broad authority under Article I, § 4 of the United States Constitution to regulate ‘*the times, places, and manner of holding elections.*’⁹

This test has been applied only to constitutional challenges to the election regulations that do not burden a suspect class. Although it was first used in cases governing the qualification of candidates,¹⁰ this study will deal with the application of the standard laws governing qualifications and methods of voting.¹¹ These have been dubbed ‘the new vote denial’,¹² and include legislation such as voter ID laws, reductions in early voting, new barriers to registration, and changes to polling places.¹³ This standard has not been applied to redistricting and vote dilution cases, which continue to be governed by strict scrutiny.¹⁴

The paper aims to examine changes and challenges to United States voting laws following the Supreme Court’s decision of 2013 in *Shelby County v. Holder*, a watershed in the history of voting rights, that repealed a portion of the Voting Rights Act, effectively eliminating what was known as the “pre-

⁶ States with New Voting Restrictions, *supra* note 4.

⁷ Crawford v. Marion County Election Board, 553 U.S. 181, 203 (2008).

⁸ Crawford at 190; *see also* Franita Tolson, *Protecting Political Participation Through the Voter Qualifications Clause of Article I*, 56 B.C. L. Rev. 159, 176-180 (2015).

⁹ U.S. Const. art. I, § 4.

¹⁰ *See, e.g.*, Anderson v. Calabrezze, 460 U.S. 780, 817 (1983); Burdick v. Tashucki, 504 U.S. 428, 440 (1992).

¹¹ *See infra* Part V.B.

¹² Joseph Fishkin, *Equal Citizenship and the Individual Right to Vote*, 86 Ind. L.J. 1289, 1292-93 (2011).

¹³ *See* States with New Voting Restrictions *supra* at note 4.

¹⁴ Shaw v. Reno, 509 U.S. 630, 653 (1992).

clearance” process, which forced certain states and local governments, mostly in the South, with a history of voter discrimination to obtain advance federal approval before changing their election laws. Since then, a staggering number of primarily southern states have introduced regressive and discriminatory voter suppressing laws allegedly targeting African-Americans, Latinos, seniors, and students. There are already seventeen states that will have more restrictive voting laws in place for the 2016 presidential election than for the prior one. Part I outlines the fundamental nature of the right to vote in the current US constitutional framework. Part II presents a general description of the Supreme Court’s past approach to laws that burden fundamental rights. Part III provides an overview of the jurisprudence surrounding challenges to burdens on the right to vote, and the emergence of the balancing approach. It explains how this prevailing approach undervalues the fundamental right to vote, and overvalues the state’s power to regulate elections. Part IV examines an approach which incorporates the right to vote as it exists today, by more closely adhering to the traditional fundamental rights jurisprudence and placing a greater priority on the right to vote as well as more scepticism on government attempts to limit or burden that right.

II. The Fundamental Nature of the Right to Vote

The individual right to vote did not exist in the United States Constitution as it was written in 1787, because the franchise was considered a privilege granted only to some.¹⁵ However, ever since the founding, more amendments to the Constitution have been devoted to expanding the franchise and making the electoral process more representative than have been ratified on any other subject. This piecemeal approach has stopped short of establishing an affirmative right to vote in America,¹⁶ but focused instead on banning certain forms of discrimination. It has nevertheless gone a long way in establishing a constitutional norm of inclusion and participation.¹⁷ Indeed, in Ely’s

¹⁵ Specifically, “property-owning, taxpaying white males over the age of twenty-one.” Pamela S. Karlan, *Ballots and Bullets: The Exceptional History of the Right to Vote*, 71 U. Cin. L. Rev. 1345, 1345 (2003).

¹⁶ Janai S. Nelson, *Fair Measure of the Right to Vote: A Comparative Perspective on Voting Rights Enforcement in a Maturing Democracy*, 18 Cardozo J. Int’l & Comp. L. 425, 452 (2010).

¹⁷ See *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, 104 (2000) (noting that “the individual citizen has no federal constitutional right to vote for electors for the President of the United States” but that nonetheless “history has now favored the voter.”)

words, ‘extension of the franchise to groups previously excluded has ... been the dominant theme of our constitutional development since the Fourteenth Amendment.’¹⁸ Since the last voting amendment was passed in 1971, the right to vote has only been further solidified in the popular understanding of American democracy and political rights.

A. The Voting Rights Amendments and the Historical Development of the Individual Right to Vote

If the Constitutional Amendments represent ‘the product of a generation’s principled critique of the status quo’,¹⁹ then surely no area of constitutional law has faced more principled critique, over more generations, than that of the right to vote. As will be argued below, the American constitutional history indicates that whatever the problems created by using the fundamental rights framework when challenging voting restrictions, the importance of this right in the historical discourse necessitates a more protective doctrine.²⁰ The history of the voting rights amendments in American constitutional law demonstrates that the right to vote as we see it now is almost unrecognizable from the right to vote as it was first conceived when the constitution was drafted. The early voting amendments, albeit rights-expansive, made conscious choices to limit the right to vote. However, later amendments more thoroughly expanded the right to vote to comport with modern understandings of the significance of participatory democracy.

i. Early expansions of the franchise

The first attempt was to expand the franchise by constitutional amendment in Section 2 of the Fourteenth Amendment in 1868.²¹ Though some of

¹⁸ John Hart Ely, *Democracy and Distrust* 99 (1980).

¹⁹ Bruce Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, 99 *Yale L.J.* 453, 524 (1989).

²⁰ See, e.g., Winkler, *Fundamental Rights*, *supra* note 27 at 229; Stephen Breyer, *Our Democratic Constitution*, 77 *N.Y.U. L. Rev.* 245, 248 (2002).

²¹ U.S. Const. amend. XIV (“When the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.”)

the drafters of the Fourteenth Amendment hoped that Section 2 would encourage southern states to permit black men to vote, others advocated for Section 2 merely out of fear that southern states would soon outstrip northern states in representation with the inclusion of black voters in reapportionment schemes. However, Section 2 did not explicitly make the states' failure to act on it unconstitutional. Instead, it only imposed a representational 'penalty' to those states that deprived any male citizen over the age of twenty-one of the right to vote based on race discrimination.²²

Section 2 was never truly implemented. Therefore, it completely failed to discourage southern states from denying the franchise to newly freed slaves.²³ Although advocates for a greater post-war racial equality went on to argue for stronger language that would make racial discrimination in voting rights expressly unconstitutional, those who feared the political power of both black voters and the southern states ensured that the ratified amendment would merely create discouraged racial disenfranchisement, rather than banning it outright.²⁴

Section 1 eventually became the primary mechanism by which courts overturned restrictions on the right to vote. But at the time of writing it was widely understood not to incorporate the right to vote.²⁵ In fact, it was not a coincidence that after the Fourteenth Amendment's ratification, early feminists began a legal battle to use the 'equal protection of the laws' language of Section 1 to gain suffrage for women. Nevertheless, this argument failed in the courts.²⁶ It merely served to reveal the limited view of the right to vote held by both the courts and the public at that time.²⁷

Before the Fourteenth Amendment even became law, those who had fought for a black men's right to vote in the original version already began

²² Richard M. Re, Christopher M. Re, *Voting and Vice: Criminal Disenfranchisement and the Reconstruction Amendments*, 121 Yale L.J. 1584, 1605 (2012).

²³ Gabriel J. Chin, *Reconstruction, Felon Disenfranchisement, and the Right to Vote: Did the Fifteenth Amendment Repeal Section 2 of the Fourteenth Amendment?*, 92 Geo. L. J. 259, 281 (2004).

²⁴ Re, *supra* note 22 at 1606-07.

²⁵ *Id.* at 1604.

²⁶ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162 (1874).

²⁷ Adam Winkler, *A Revolution Too Soon: Women Suffragists and the "Living Constitution,"* 76 N.Y.U. L. Rev. 1456 (2001).

drafting the Fifteenth Amendment in 1869.²⁸ Although the Military Reconstruction Acts of 1867 tried to enforce black enfranchisement, and in some senses succeeded,²⁹ many wanted to make this right more permanent, and to expand the enforcement of black suffrage to all states, not just the former confederate states.³⁰ Merely eighteen months after the Fourteenth Amendment was ratified, the Fifteenth followed.

However, even the Fifteenth Amendment, with its explicit inclusiveness of voting rights for black citizens, did not embrace the kind of robust participatory right that exists today.³¹ As the debates around drafting of the Amendment indicate, there were some members of the Congress who advocated for an ‘affirmative’ Fifteenth Amendment, one that would explicitly ‘declare [...] who shall have the right to vote’, rather than just banning voting qualifications based specifically on race.³² This desire was to address the concern that southern states would continue to disenfranchise blacks without racially discriminating them in an explicit manner.³³ However, as with the passage of the Fourteenth Amendment, concerns over black enfranchisement were strong enough to water down the amendment, while creating merely a negative right not to be discriminated against based on race. It thus left the door open to the voting restrictions that characterized the *Jim Crow* south.³⁴

²⁸ William Gillette, *The Right to Vote: Politics and the Passage of the Fifteenth Amendment* 34 (1969).

²⁹ See Chin, *supra* note 23 at 271.

³⁰ *Id.* at 269-72.

³¹ See U.S. Const. amend. XV (“The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.”)

³² See Re, *supra* note 22 at 1608-1609.

³³ *Id.* at 1608-1609. Recommendations for the text included “No State shall make or enforce any law which shall deny or abridge to any male citizen of the United States of the age of twenty-one years or over, and who is of sound mind, an equal vote at all elections in the State in which he shall have his actual residence, such right to vote to be under such regulations as shall be prescribed by law, except to such as have engaged, or may hereafter engage, in insurrection or rebellion against the United States, and to such as shall be duly convicted of infamous crime.” This language, in opposition to the amendment that ended up passing, would have significantly limited the power of states to “deny and abridge” the vote for any reason, rather than just race.

³⁴ Jim Crow laws, enacted after the Reconstruction era, were state and local laws enforcing racial segregation in the Southern United States. They mandated *de jure* racial segregation in all public facilities in states of the former Confederate States of America, starting in 1890 with a

Many members of the Congress and the public had explicitly racist reasons for wanting to implement a negative right to vote rather than an affirmative right. But many others also expressed a desire to ‘preserve the states’ traditional default control over suffrage qualifications.’³⁵ To them, it was more important to preserve the integrity of the voting process than to expand the franchise. This approach to suffrage persevered for many years. The Supreme Court was quick to declare that the Fifteenth Amendment did not ‘confer the right of suffrage upon anyone.’³⁶ Even earlier, courts repeatedly upheld poll taxes as not violating the Fourteenth or Fifteenth Amendment during this time.³⁷ The State’s interest in controlling who had access to the polls, -explicitly laid out in Article I, § 4-, was not considered at that time to be subverted by the Fifteenth Amendment. The latter exclusively prevented burdens to voting rights based on race.

ii. Creating a more representative democracy

Early attempts to end racial discrimination in voting were limited in their scope. A shift in later amendments revealed the emergence of a different approach, one which placed greater value on the individual right to vote, and less on the states’ ability to control how voting took place. Decades after the Reconstruction Amendments, the Seventeenth Amendment was passed in 1913 allowing for direct election of United States Senators by the public, rather than by the State Legislature of each state.³⁸ As interpreted by the Supreme Court, the purpose of this amendment was to ‘make [the Senate] more responsive to the public will.’³⁹ Little has been written about this amendment, yet its purpose seems well settled. A desire for the Senate to be ‘of the people’ had been recognised ever since the early 19th century, when the movement to elect senators by popular vote began. The ratification codified this desire to have a more directly representative system of government in the American polity.⁴⁰

‘separate but equal’ status for African Americans. They remained in force until the passage of the Civil Rights Act of 1964. *See generally* Catherine M. Lewis & J. Richard Lewis, *Jim Crow America: a documentary history* (2009).

³⁵ Re, *supra* note 22 at 1631-32.

³⁶ *United States v. Reese*, 92 U.S. 214, 217 (1987).

³⁷ *See, e.g., Breedlove v. Suttles*, 302 U.S. 277 (1937).

³⁸ U.S. Const. amend. XVII.

³⁹ *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118, 143 (1943).

⁴⁰ Laura E. Little, *An Excursion Into the Uncharted Waters of the Seventeenth Amendment*, 64 *Temp. L. Rev.* 629, 636 (1991).

The next major move toward expansion of the franchise came with the passage of the Nineteenth Amendment in 1920. Like the Seventeenth Amendment, the popular movement for women's suffrage long predated the ratification. The situation whereby women were explicitly excluded from the Fourteenth Amendment by the use of the word 'male' in section 2 led to a nearly century-long struggle to gain gender equality in voting rights.⁴¹ Many opponents of women's suffrage argued that it was the state's right to decide whom to enfranchise under Article 1 § 4. Some western states had already chosen to expand the franchise to women. But many argued that it should be left to the states to decide if they chose to let women vote or not.⁴² In 1920, however, the Nineteenth Amendment passed with the support of those who argued that the 'just powers of the government are derived from the consent of the governed.'⁴³ This was a further indication that the right to vote increasingly became an essential part of full citizenship.

Over a decade later, in 1961, the nation ratified the Twenty-Third Amendment, allowing the residents of the District of Columbia to send electors to the Electoral College. While at the time the Electoral College was created the District of Columbia for only 14,093 residents, by 1960, the population already grew to over 760,000. In fact, denying such a large number of people to have the right to vote for the President and Vice President no longer seemed to comport with a growing commitment to representational equality.⁴⁴

The ratification of the Twenty-Fourth Amendment outlawed poll taxes for federal elections in 1964.⁴⁵ As a testament to how much the popular understanding of the right to vote had changed by this time, this amendment has rarely been invoked and is now considered duplicative of the Fourteenth. Indeed, two years after its passage the Supreme Court held that the Fourteenth Amendment barred the implementation of state poll taxes, as they bore no relation to voting.⁴⁶ The passage of this Amendment, then, may have helped

⁴¹ This was underscored in *Minor v. Happersett*, 88 U.S. 162, 165 (1874), where the Supreme Court clarified that the Fourteenth Amendment does not confer the right to vote to women, as voting is not a "privilege and immunity" of citizenship.

⁴² Steven G. Calabresi, Julia T. Rickert, *Originalism and Sex Discrimination*, 90 *Tex. L. Rev.* 1, 93 at n 468, citing 56 *Cong. Rec.* 8350 (1918) (statement of Senator Shafroth).

⁴³ *Id.* at n 468, quoting 56 *Cong. Rec.* 8350 (1918) (statement of Senator Shafroth).

⁴⁴ Mary M. Cheh, *Theories of Representation: For the District of Columbia, Only Statehood Will Do*, 23 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 65, 68 (2014).

⁴⁵ U.S. Const. amend. XXIV.

⁴⁶ See *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 668 (1966).

shape the Court's understanding that the states' ability to restrict the franchise by charging a poll tax was no longer a more important constitutional principle than ensuring access to the ballot.

Finally, not only was the ratification of the Twenty-Sixth Amendment in 1971 mainly an effort to prevent states from having to provide separate ballots for state and federal elections, but it also expanded the franchise to those aged eighteen to twenty-one.⁴⁷ Notwithstanding the latter, the Supreme Court overturned the provision of the Voting Rights Act that lowered the voting age to 18 from 21 in state elections.⁴⁸ However, the impetus for states and the federal government to reduce their voting age in the first place was created by mounting pressure from young men who were drafted during the Vietnam War. Granting these men the constitutional right to vote reflected the idea that the duties of citizenship should be rewarded with the full rights of citizenship. This was contrary to early discussions of the Fourteenth Amendment, where there was a clear understanding that civil rights were separate from political rights, and that only civil rights were necessary to full citizenship.⁴⁹ And yet, during the debate on the Twenty-Sixth Amendment, most felt that the right to vote was critical to the right of full citizenship.⁵⁰ The structure of the Twenty-Sixth Amendment mirrors that of the Fifteenth and Nineteenth, in that it embraces the negative construction of the right to vote. The debate to ratify the Twenty-Sixth Amendment was focused on administrative concerns, rather than the fear of denying states their right to regulate elections. In fact, at the time of the Twenty-Sixth Amendment's ratification, concerns about states' rights to set qualifications appeared to have diminished in the face of a desire to ensure that those over eighteen had the right to vote.

B. Modern Understanding of the Right to Vote

Admittedly, these amendments stopped somewhat short of creating an absolute right to vote. Instead they merely appeared to have barred certain

⁴⁷ U.S. Const. amend. XXVI.

⁴⁸ See *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 117 (1970).

⁴⁹ See Winkler, *A Revolution Too Soon*, *supra* note 27 at 1498.

⁵⁰ Eric S. Fish, Note, *The Twenty-Sixth Amendment Enforcement Power*, 121 Yale L.J. 1168 (2012). Though there has been very little attention paid to this amendment, the recent litigation challenging voting restrictions that disproportionately affect those age eighteen to twenty-one has used this Amendment as an argument against these restrictions. See *League of Women Voters of N.C. v. North Carolina*, No. 14-1845, 2014 WL 4638379, Brief of Appellants 11-13.

types of voting discrimination. Notwithstanding the shortfall, the American constitutional history did not end with the ratification of the most recent constitutional amendment in 1992.⁵¹ It is true that the textual reading itself seems only to prevent certain types of discrimination, rather than protecting an affirmative right to vote. But the modern understanding of this right in the popular constitutional discourse has developed in a quite different path to allow most citizens to assume that they have a right to participate in elections. It is thus reflected even in the language that the Supreme Court uses to discuss this right in a more robust manner than the text of the constitution itself.

Ever since the civil rights movement of 1960s, activists and leaders have debated on how the right to vote is fundamental to American citizenship.⁵² Given that the definition of citizenship has changed over time, it now includes full political, as well as civil rights. Voting is recognised as a fundamental right and regularly listed as among those unremunerated rights that are nonetheless protected by the constitution in legal writings too.⁵³

Additionally, since the mid-twentieth century the Supreme Court's language in every voting rights case has extolled the importance of this right as 'fundamental', 'preservative of all other rights', and 'necessary to the functioning of democracy'.⁵⁴ A prime example of the change that has occurred in the American people's perception of the right to vote is in the treatment of

51 David A. Strauss, *Forward: Does the Constitution Mean What it Says?*, 129 Harv. L. Rev. 1, 2-15 (2015).

52 *Accord* President Ronald Reagan, Statement About Extension of the Voting Rights Act (Nov. 6, 1981) (available at <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=43215> ("For this Nation to remain true to its principles, we cannot allow any American's vote to be denied, diluted, or defiled. The right to vote is the crown jewel of American liberties, and we will not see its luster diminished.") and President Barack Obama, Remarks by the President on the Voting Rights Act (Aug. 6, 2015) (transcript available at <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/08/06/remarks-president-voting-rights-act>) (calling the right to vote "one of the most fundamental, sacred rights of any democracy" and saying that "conceptually, everybody is in favor of the right to vote. You will not hear anybody defend the notion that the law can discriminate against persons because of their color, or their faith, or their ethnicity, when it comes to going to cast a ballot.")

53 *See, e.g.* Douglas, *infra* note 89 at 149.

54 "No right is more precious in a free country than that of having a voice in the election of those who make the laws under which, as good citizens, we must live. Other rights, even the most basic, are illusory if the right to vote is undermined." *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 17 (1964).

voting rights under the Fourteenth Amendment. When drafted, the Fourteenth Amendment did not explicitly include the right to vote,⁵⁵ hence leading to the creation of the Fifteenth Amendment. But today, most voting rights legislation is brought under this amendment.⁵⁶ It is now generally agreed that the ‘equal protection of the laws’ involves the right to vote.

In 2014, the Supreme Court upheld the decision of the Arizona Independent Redistricting Commission in the face of a challenge that it violated Article I § 4, on the ground that ‘direct law-making by the people was ‘virtually unknown’’ at the time of the founding.⁵⁷ Be that as it may, the Court came to recognise ‘the animating principle of our Constitution that the people themselves are the originating source of all the powers of government.’⁵⁸

C. Representation Reinforcement

There is one other reason why the right to vote is fundamental. It plays a critical role in reinforcing democratic participation. The latter concept, first laid out by Justice Stone in *Carolene Products*, and then expanded on by John Hart Ely, asserts that those rights which are essential to preserving democracy should receive the highest level of judicial protection.⁵⁹ No right is more protective of democracy than the right to vote itself. Under this participatory theory, the right to vote should be treated as even more fundamental than any other constitutional rights, and the Court should cautiously guard this right against infringement.⁶⁰

Many critiques of the representation reinforcement theory have pointed out the challenges it poses.⁶¹ Still, the American constitutional history and modern understanding clearly endorse participation as a constitutional value.

⁵⁵ See discussion *supra* note 21 and accompanying text.

⁵⁶ See, e.g., Crawford v. Marion County Election Board, 553 U.S. 181, 189 (2008); Veasey v. Perry, 769 F.3d 890 (2014); League of Women Voters of N.C. v. North Carolina, No. 14-1845, 2014 WL 4638379 (2016).

⁵⁷ Arizona State Legislature v. Arizona Indep. Redistricting Comm’n, 135 S. Ct. 2652, 1659 (2014).

⁵⁸ *Id.* at 2672.

⁵⁹ John Hart Ely, Democracy and Distrust 75 (1980).

⁶⁰ Richard H. Pildes, *The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 Harv. L. Rev. 28, 48-55 (2004).

⁶¹ Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 Yale L.J. 1063, 1072-77 (1980).

It offers a reason substantive enough to protect the right to vote in a stringent manner. All these amendments have enhanced the Constitution's 'focus on participatory self-government'⁶² and therefore, that focus must now be duly reflected in the process in which elections are carried out. It follows that if and when legislatures attempt to subvert this value, the court should be allowed to intervene and correct their course.

III. Fundamental Rights Jurisprudence

The modern approach to challenging state actions that burden fundamental rights was first articulated by the Warren Court in footnote four of *Carolene Products*.⁶³ As described in that case, fundamental rights are those that are 'central to self-government and human dignity.'⁶⁴ This idea was first put into practice in the 1940s in *Skinner v. Oklahoma*, where the court recognised a right to reproductive autonomy, overturning a statute that used the method of forced sterilization as punishment for certain felonies.⁶⁵ The Court enunciated that there were 'basic civil rights of man' which, though not enumerated in the constitution, ought to be protected from infringement by the government through strict scrutiny, and that reproductive autonomy was among those.⁶⁶ While *Skinner* still employed the language of 'invidious discrimination' to strike down laws that infringed on these fundamental rights in a discriminatory manner, it nevertheless differed from the previous equal protection jurisprudence on the ground that the group being discriminated against did not constitute a suspect class.

The Court has since expanded on this doctrine by establishing fundamental rights to marriage,⁶⁷ custody of children⁶⁸ and other family rights, as well as the right to refuse medical treatment,⁶⁹ and to travel,⁷⁰ among others. This

⁶² Breyer, *supra* note 20 at 254.

⁶³ *See id.* at 228-29.

⁶⁴ *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, n. 4 (1938).

⁶⁵ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 383 (1978); *Obergefell v. Hodges.*, 135 S.Ct. 2584, 2598 (2015).

⁶⁸ *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 652 (1972).

⁶⁹ *Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health*, 497 U.S. 261, 278 (1990).

⁷⁰ *Saenz v. Roe*, 526 U.S. 489, 498 (1999); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634-38 (1969).

was also the case where early voting rights were decided on, using strict scrutiny.⁷¹ The most common expression of the strict scrutiny test takes the form that once a right have been determined to be fundamental, the Court must then ask whether any burden imposed on that right is necessary to achieve a compelling government purpose.⁷²

Typically, this form of the doctrine developed alongside strict scrutiny for certain laws that burden suspect classes. Here however, it involved slightly different enquiries in determining when a law burdened a fundamental right, and whether that burden could be deemed necessary to achieve a compelling government purpose. In doing so, courts would follow a line of enquiry. First, they must establish that the right in question is, in fact, fundamental. Secondly, they must determine whether the right has been burdened or infringed. Thirdly, they must ask whether there is a compelling government interest at stake, and finally, they need to ascertain whether the regulation is narrowly tailored to accomplish that interest.

The first issue of whether the right in question is fundamental has led to the criticism that recognising fundamental rights that are not enumerated in the constitution essentially depends on the judgment of the justices to prioritize which rights are fundamental and which are not.⁷³ As explained in Part II, the American constitutional history, modern understanding, and commitment to democracy make it essential that the Court continues to recognise voting as a fundamental right. Of course, the recognition that voting is a fundamental right could be considered a value judgment predicated upon the belief that democracy is the best form of government, and that citizen participation in that democracy is essentially a good thing. Furthermore, this principle is arguably well rooted in the American constitution tradition and history and thus, it raises fewer questions about the wisdom of recognising the right to vote than it does about other fundamental rights.⁷⁴

The second enquiry under strict scrutiny is whether the right in question has been infringed on or burdened at all. This problem has been especially relevant in cases relating to access to abortion, but still applies to all funda-

⁷¹ See discussion *infra* note 104.

⁷² Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Fourth Edition, 937-38 (2013).

⁷³ *San Antonio Ind. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

⁷⁴ See *infra* Part IV.A.

mental rights.⁷⁵ The Court's analysis of what constitutes a substantial burden or obstacle varies, depending on the nature of the right, and sometimes involves an enquiry into both the purpose and effect of the law.⁷⁶ In some cases, even a minimal burden may warrant strict scrutiny. In others, the burden must be 'substantial' in order for the Court to proceed with heightened scrutiny. To illustrate, the Court has found that a twenty-four hour waiting period is not a 'substantial obstacle' to getting an abortion, but spousal notification is a 'substantial burden.'⁷⁷ Additionally, in other areas of fundamental rights, such as free exercise of religion, burdens that are 'incidental' or not 'substantial' do not warrant strict scrutiny at all.⁷⁸ However, where the right in question is considered to be particularly important, even minimal burdens have been made subject to strict scrutiny.⁷⁹

The third question relates to whether the government has a justification for restricting/infringing the right.⁸⁰ Here again, there is a significant indeterminacy in what constitutes a compelling government interest. Protecting children certainly is one,⁸¹ but what about administrative convenience or cost savings?⁸² Ultimately, the importance of the government interest is often simply weighed against the importance of the right. Protecting children, for example, is a strong enough justification to deprive parents of the right to raise their own child.⁸³ On the other hand, protecting maternal health, though a compelling interest, is not necessarily a strong enough justification by itself to significantly burden abortion rights.⁸⁴ It goes without saying that often a weaker government interest will be adequate to justify only a lighter burden. For a more substantial burden however, the government interest must be greater. In

⁷⁵ Alan Brownstein, *How Rights are Infringed: The Role of Undue Burden Analysis in Constitutional Doctrine*, 45 *Hast. L.J.* 867, 893-920 (1994).

⁷⁶ *Id.* at 925-46.

⁷⁷ See, e.g., *Gonzalez v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 846 (1992).

⁷⁸ Michael C. Dorf, *Incidental Burdens on Fundamental Rights*, 109 *Harv. L. Rev.* 1175 (1996); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 846 (1992).

⁷⁹ Brownstein, *supra* note 75 at 893.

⁸⁰ See Chemerinsky, *supra* note 72 at 937.

⁸¹ Notably in custody cases.

⁸² See cases in Chemerinsky, *supra* note 72 in ch. 8.

⁸³ Child custody cases are inherently all about such balancing tests.

⁸⁴ See *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 846 (1992).

determining whether the interest is legitimate, the Courts must look at both the stated purpose and actual purpose of the law if evidence of the actual purpose exists.⁸⁵

The final question is whether the infringement on the right to vote is necessary for the government's purpose to be achieved.⁸⁶ This is also known as the question of 'fit', which bears on whether the government regulation is an appropriate method by which to achieve the compelling interest. Traditionally, this narrow tailoring placed a 'heavy burden of justification' on the state to prove the necessary connection between the regulation and the compelling interest.⁸⁷ Often, the Court will seek a proof that there is no less restrictive means by which to achieve the government purpose.⁸⁸ However, as with all parts of this enquiry, the definition of narrow tailoring inevitably varies case by case.

IV. The Jurisprudence of the Right to Vote

The evolution of the American jurisprudence regarding challenges to burdens on the right to vote highlights the ways in which it has failed to live up to the strict scrutiny required for burdens on fundamental rights. Perhaps because of the evolving nature of the right to vote in America, the Court has been surprisingly inconsistent in its jurisprudence.⁸⁹ The Court has always applied strict scrutiny to legislation that burdens a suspect class, such as racial minorities, for it analyses these cases under the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment. However, it has been much less consistent when it comes to burdens that affect all voters equally, or burdens that discriminate against non-suspect classes, such as members of a certain political party, people of lower educational attainment, and the poor. During the civil rights movement of the late 1960s and early 1970s, the Court applied strict scrutiny to infringements on the right to vote. It utilised the emerging fundamental rights jurisprudence to ask whether the infringement was necessary to further

⁸⁵ Zablocki v. Rehal, 434 U.S. 374, 388-89 (1978).

⁸⁶ See Chemerinsky, *supra* note 72 at 937-8.

⁸⁷ San Antonio Ind. Sch. Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 17 (1973).

⁸⁸ Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, 59 Vand. L. Rev. 793, 800-01 (2006).

⁸⁹ Joshua A. Douglas, *Is the Right to Vote Really Fundamental?*, 18 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 143 (2008).

a compelling state interest. Starting in the 1980s, however, the Court stopped using this standard, instead creating a much more deferential standard, one which prioritized the state’s power to regulate the ‘time, place, and manner of elections’.⁹⁰

A. *Strict Scrutiny and the Right to Vote*

Starting in the 1960s, the Supreme Court began to apply strict scrutiny to the statutes that burdened voting in ways that discriminated on the basis of wealth, residency and, property ownership, relying on the theory that these burdens violated Fourteenth Amendment.⁹¹ These classifications were not considered ‘suspect’ enough to trigger strict scrutiny in other areas of the law.⁹² However, with an understanding of the fundamental nature of the right to vote, the Court nonetheless chose to subject these burdens on voting to strict scrutiny.⁹³

The Court used a version of strict scrutiny to overturn the poll tax as violating the Equal Protection clause because it burdened the right to vote.⁹⁴ Although the poll tax applied to all voters, the Court nevertheless overturned this practice, finding that the effect of the poll tax was to discriminate on the basis of wealth, and wealth ‘is not germane to one’s ability to participate intelligently in the electoral process.’⁹⁵ The Court recognised that this was a reversal of the long held practice of permitting poll taxes,⁹⁶ by stating that ‘notions of what constitutes equal treatment for the purposes of the Equal Protection clause do change.’⁹⁷ Acknowledging this change meant that any laws which might ‘invade or restrain’ the fundamental right to vote ‘must be closely scrutinized.’⁹⁸

⁹⁰ U.S. Const. art. I § 4.

⁹¹ See, e.g., *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966); *Kramer v. United Free School Dist.*, 395 U.S. 621 (1969); *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972).

⁹² *San Antonio Ind. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 28-29 (1973).

⁹³ See Douglas, *supra* note 89 at 151-157. *But see* Adam Winkler, *Fundamentally Wrong about Fundamental Rights*, 23 Const. Comment. 227 (2006) [hereinafter Winkler, *Fundamental Rights*].

⁹⁴ *Harper v. Virginia State Bd. of Elections*, 383 U.S. 670 (1966).

⁹⁵ *Id.* at 668.

⁹⁶ See *Breedlove v. Suttles*, 302 U.S. 277, 321 (1937).

⁹⁷ *Harper*, 383 U.S. at 669.

⁹⁸ *Id.*

Laws governing candidate qualification were also critical to the development of the Equal Protection strict scrutiny doctrine. The Court recognised that these laws implicated similar rights to voter qualifications.⁹⁹ An Ohio law requiring a larger number of petitions and an earlier filing date for members of new political parties to be placed on the ballot was struck down exactly because it so burdened the right to vote and was not necessary to support a compelling state interest.¹⁰⁰ The Court was clear that the state's power to regulate the selection of electors 'may not be exercised in a way that violates other specific provisions of the Constitution.'¹⁰¹ As a result, the Court found that this provision violated the Fourteenth Amendment, as it discriminated based on political party, thereby violating the Equal Protection clause of the Fourteenth Amendment.¹⁰² Finding the interests of the state not compelling enough to justify the burden, the court struck down the law. Though very little discussion of the narrow tailoring occurred in this case, the Court appeared to find the state's interest far from compelling to begin with.¹⁰³

Many scholars trace the early use of the strict scrutiny doctrine, as we know it, back to *Kramer v. United Free School District*.¹⁰⁴ In *Kramer*, residents of New York challenged a statute that gave only property owners and parents or guardians of public school children the right to vote in local school board elections.¹⁰⁵ The Court overturned the statute on Equal Protection grounds, subjecting the statute to heightened scrutiny. It stated that 'the deference usually given to the judgment of legislators does not extend to decisions concerning which resident citizens may participate in the election of legislators and other public officials. Those decisions must be carefully scrutinized by the Court to determine whether each resident citizen has, as far as is possible,

⁹⁹ *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23, 31 (1968) ("The right to vote is heavily burdened if that vote may be cast only for one of two parties at a time when other parties are clamoring for a place on the ballot.")

¹⁰⁰ *See Rhodes*, 393 U.S. at 24-26. *See also* *Ill. State Bd. of Elections v. Socialist Worker Party*, 440 U.S. 173, 175-77, 183-88 (1979) (using strict scrutiny to overturn a high signature requirement for ballot access).

¹⁰¹ *Rhodes*, 393 U.S. at 29.

¹⁰² *Id.* at 30.

¹⁰³ *Id.* at 31-2.

¹⁰⁴ *Kramer v. United Free School District*, 395 U.S. 621 (1969); *see* Stephan A. Siegal, *The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny*, 48 *Am. J. Legal Hist.* 355, 390 (2006).

¹⁰⁵ *Kramer*, 395 U.S. at 622.

an equal voice in the selections.¹⁰⁶ It then went on to ask whether the statute was necessary to promote a compelling state interest. It ultimately found that while limiting the franchise to only those subjectively interested in the outcome might or might not be a compelling state interest, the statute was not narrowly tailored to meet that interest, as it was both over- and under-inclusive.¹⁰⁷ Once again, strict scrutiny was used to analyse a law that prevented people from participation in the elections.

Three years after *Kramer*, in *Dunn v. Blumstein*,¹⁰⁸ the Supreme Court overturned a lengthy residency requirement that required citizens to live in the state of Tennessee for one year, and the county in which they are voting for three months before being qualified to vote.¹⁰⁹ The Court claimed this provision denied ‘new residents’ of the state the right to vote by discriminating against them, and that though the provision might further the compelling state interest of preventing non-residents from voting, it was not narrowly tailored because it also prevented new residents from voting.¹¹⁰ It also held that ensuring voters were ‘member[s] of the community’ was hardly a compelling state interest.¹¹¹

During this time the Court also seemed to have used strict scrutiny to invalidate regulations that limited voting on bond issues to those who paid property taxes, by showing that the compelling state interest in protecting property rights did not override the denial of the right to vote of a certain class of voters (those who did not own property).¹¹² The Court also found that an absentee voting statute arbitrarily discriminated between voters in violation of the Equal Protection clause by not letting pre-trial detainees held in their county jail use vote absentee because there was no compelling state interest in maintaining the classification.¹¹³ These cases were all firmly grounded in

¹⁰⁶ *Id.* at 628.

¹⁰⁷ *Id.* at 631-33.

¹⁰⁸ *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972).

¹⁰⁹ *Id.* at 334.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 355-56 (“That newly arrived (Tennesseans) may have a more national outlook than longtime residents, or even may retain a viewpoint characteristic of the region from which they have come, is a constitutionally impermissible reason for depriving them of their chance to influence the electoral vote of their new home State.” (internal quotations omitted)).

¹¹² *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701, 704-05 (1969); *Hill v. Stone*, 421 U.S. 289, 297 (1975).

¹¹³ *O’Brian v. Skinner*, 414 U.S. 524, 533 (1973).

fundamental right jurisprudence, which recognised the essential nature of the right to vote. Although it was the early stages of the doctrine, most of the elements of strict scrutiny that were highly sceptical of any infringement on voting rights were present in these cases.

Heightened scrutiny here was motivated by the Supreme Court justices' belief in the fundamental nature of the right to vote. Indeed, the principle that 'the right to exercise the franchise in a free and unimpaired manner is preservative of other basic civil and political rights'¹¹⁴ is invariably cited in all cases concerning qualifications on the right to vote. However, not all voting qualification cases found the right to vote meaningful enough to impose the strictest scrutiny when it was infringed.

B. The Balancing Test

Prior to the development of the fundamental rights doctrine, the Court gave more deference to the legislature's power under Article I, § 4 to 'the times, places, and manner of holding elections.' Deference to the regulatory power of the states in the face of Fourteenth Amendment challenges began with opposition to literacy tests as qualifications for voting. In 1959, the Supreme Court found that a literacy test did not violate the constitutional right to vote, as 'the ability to read and write ... has some relation to standards designed to promote intelligent use of the ballot.'¹¹⁵ Justice Douglas spoke broadly of the 'wide scope for exercise' of the State's ability to impose qualifications for voters, with no indication that there was any need to closely scrutinize restraints on the right to vote.¹¹⁶ Though this reasoning appeared to be abrogated by *Harper*, in fact it was not.

Despite the intervening decisions in *Harper* and *Kramer*, in 1973 the Supreme Court failed to apply the strict scrutiny framework when it upheld a primary voting scheme requiring voters to register as a member of a particular political party several months before the primary election in order to vote for the nomination of that party.¹¹⁷ Plaintiffs argued that this system discriminated against unregistered voters by depriving them of the right to vote in primary elections. The Court distinguished this from the cases above, holding that the

¹¹⁴ Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 562 (1964).

¹¹⁵ Lassiter v. Northampton County Board of Elections, 360 U.S. 45, 51 (1959).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Rosario v. Rockefeller, 410 U.S. 753, 757 (1973).

primary system did not *deprive* certain classes of people from voting, but merely imposed a burden on their voting – requiring enrolment in a particular political party.¹¹⁸ Justice Stewart found that this system served the ‘legitimate’ state goal of ‘preserv[ing] the integrity of the electoral process’ by preventing members of one party from strategically voting in the other party’s primary, thus ‘raiding’ that party’s process.¹¹⁹ He also found that the amount of time required between registration and the primary was ‘tied to a particularized legitimate purpose’ as it was intended to put an ‘insulating’ general election between registration and the primary to discourage voters from enrolling in the party for whose candidate they did not intend to vote.¹²⁰ In his dissenting opinion, Justice Powell stated that despite the finding that the law did burden the right to vote, the Court failed to ask whether the regulation was ‘necessary to promote a compelling state interest.’¹²¹ The justification of the majority ruling was that a lesser burden on the right to vote that did not outright stop citizens from voting should be subject to lesser scrutiny. The rationale behind the majority ruling does not explain the distinction from *Harper*, which merely imposed a nominal fee on voting.¹²²

This application of a looser, more deferential standard of review of state regulations that burden the right to vote also gained favour in other cases challenging stringent candidate qualification laws. Some of these cases were substantively similar to *Williams v. Rhodes*.¹²³ Still, far from requiring that the regulation be narrowly tailored to meet a compelling state interest, the Courts gave much greater deference to the legislature’s power to regulate election qualifications. In *Storer v. Brown*, Justice White examined a California statute that required independent candidates for president to be unaffiliated to any political party for one year prior to running for office. It is worth noting Justice White’s starting point that ‘the States are given the initial task of determining the qualifications of voters who will elect members of Congress’ and that there can be ‘no litmus-paper test for separating those restrictions that are valid from those that are invidious under the Equal Protection clause.’¹²⁴ The

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.* at 761.

¹²⁰ *Id.* at 762.

¹²¹ *Id.* at 768 (Powell, J. dissenting)

¹²² See Douglas, *supra* note 89 at 168.

¹²³ See *Williams v. Rhodes*, 393 U.S. 23 (1968).

¹²⁴ *Storer v. Brown*, 415 U.S. 724, 729-30 (1974).

Court upheld this statute, utilising the ‘legitimate purpose’ language of *Rosario*, rather than the strict scrutiny test of *Kramer* and *Williams*. Later ballot access cases followed in the same doctrinal path.¹²⁵

More recently, the Court has applied such a lower level of scrutiny outside of the ballot access cases, utilising it for voter qualification cases as well. In *Crawford v. Marion County*, the Court examined an Indiana statute requiring citizens to show a photo identification card before voting. The Court chose to begin its analysis with the ‘relevant and legitimate state interests’¹²⁶ and then went on to weigh that interest against the ‘magnitude of the burden’ on voting.¹²⁷ The Court upheld these voter ID restrictions, finding that the ‘precise interest advanced by the state’ outweighed the burden on the right to vote.¹²⁸ The test used here is far more similar to the deferential approach in *Lassiter* than to *Harper*’s enquiry into whether the burden on the fundamental right to vote is necessary to advance a compelling state interest. The prioritization of the state’s interest, rather than the individual right to vote, was also echoed in the decision to overturn Section 5 of the voting rights act five years later.¹²⁹

V. Stricter Scrutiny for Burdens on the Right to Vote

It is important to show how the traditional fundamental rights jurisprudence can be applied to voting rights cases in order to better protect the fundamental right to vote. There is no denying that the American fundamental rights jurisprudence has many problems and inconsistencies.¹³⁰ However, the fundamental rights doctrine remains to be the most helpful method for studying burdens on the right to vote. Burdens on voting may often be imposed in ways that do not discriminate against suspect classes, or that do not discriminate between voters at all. And yet, these burdens can still deprive citizens of this fundamental right. The current balancing test does not necessarily cap-

¹²⁵ See, e.g., *Anderson v. Calabrezze*, 460 U.S. 780, 817 (1983); *Burdick v. Tashucki*, 504 U.S. 428, 440 (1992).

¹²⁶ *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181, 191 (2008) (internal quotations omitted).

¹²⁷ *Id.* at 200.

¹²⁸ *Id.* at 202-3.

¹²⁹ See *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612, 23 (2013) (“States have broad powers to determine the conditions under which the right of suffrage may be exercised”) (internal quotations omitted).

¹³⁰ See Winkler, *supra* note 27.

ture all these violations. In Part A below, the question of how the fundamental rights doctrine can be applied to certain kinds of infringements of voting rights under the balancing test is examined. It is mainly because this framework essentially provides for the strictest level of scrutiny for infringements of the right to vote. This approach is in keeping with footnote four of *Carolene Products*, treating ‘legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation ... to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation.’¹³¹ Part B will address how this approach would apply to three recent voting rights problems.

A. Applying the fundamental rights doctrine to burdens on the right to vote

An enquiry into whether or not a law has burdened the right to vote reveals that the current sliding scale analysis has failed to recognise the gravity of even relatively minimal burdens. Rather than establishing any ‘litmus test’ as to whether a burden is substantial or not, the Court begins its enquiry by asking how ‘weighty’ the state’s interest is.¹³² To give appropriate credence to the fundamental nature of the right to vote, the examination should begin with the significance of the burden. Even a minimal burden on the right to vote should be considered a concern that warrants strict scrutiny. This was the analysis that prevailed in *Harper v. Virginia State Board of Ed*, when the court found that even a \$1.50 poll tax was an appreciable burden on the right to vote.¹³³ A similar approach of taking even minimal burdens as infringements is also utilised in many areas of the free speech doctrine.¹³⁴ Here, an analogy seems appropriate, since many scholars have posited that the right to vote should be considered an expressive right captured by the First Amendment that prohibits the Congress from making any law abridging the freedom of speech, infringing on the freedom of the press, interfering with the right to peaceably assemble or prohibiting the petitioning for a governmental redress of grievances. As one of the most fundamental ways of expressing political

¹³¹ United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144, n. 4 (1938).

¹³² See Crawford, 553 U.S. at 191.

¹³³ Brownstein, *supra* note 75 at 930-31.

¹³⁴ *Id.*

preference and association, the right to vote should receive the strictest protection possible.¹³⁵ Some suggest treating voting rights as less of an ‘individual’ right and more of a ‘participation’ right. This would make any laws with an effect of reducing participation presumptively unconstitutional.¹³⁶

In addition to analysing whether the law has even a minimal effect on the right to vote, courts should look to the *intent* of the legislature in examining the burden on voting. If, -as in many cases involving restrictions to early voting, absentee voting, and registration purging-, there is evidence that the legislature intended to prevent people of any group from voting, then it should serve as evidence that the law creates a burden on the right to vote. Here, too, there is precedent in the Court’s abortion and First Amendment jurisprudence.¹³⁷

The balancing test begins and often ends with the importance of the stated government purpose. In the voting rights context, excessive deference seems to have been given to the stated government interest. This is largely due to what the Court describes as the constitution’s explicit grant of power to the states over voting. In *Crawford*, the majority opinion devoted much attention to discussing the government interest in requiring voters to use IDs.¹³⁸ And yet, much of that discussion was simply a repetition of the government’s arguments for the law. Like in other areas, what is needed is to look behind the stated purpose of the law and attempt to determine what the actual purpose is, rather than accepting the government’s stated purpose on the face value. More often there is some substantial evidence that the purpose of these laws is to reduce voting, particularly among certain groups. If so, any adverse effect on a suspect class must be taken into account. Ironically, Judge Richard Posner, who was the author of the Sixth Circuit decision (which was appealed against) in *Crawford*, subsequently conceded that such laws might have burdened voting unnecessarily in many ways.¹³⁹

¹³⁵ Under this theory, any burden on the right to vote that is “content based” would be subject to strict scrutiny. See Burt Neuborne, *Madison’s Music*, 76-79 (2015).

¹³⁶ James Sample, *The Electorate as More than Afterthought*, 2015 U. Chi. Legal F. 383 (2015), Christopher S. Elmendorf, *Undue Burdens on Voter Participation: New Pressures for a Structural Right to Vote*, 35 *Hastings Const. L.Q.* 643 (2008).

¹³⁷ Brownstein, *supra* note 75 at 940-42.

¹³⁸ *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181, 192-97 (2008).

¹³⁹ John Schwartz, *Judge in Landmark Case Disavows Support for Voter ID*, *New York Times*, <http://www.nytimes.com/2013/10/16/us/politics/judge-in-landmark-case-disavows-support-for-voter-id.html> (Oct. 15, 2013).

However, under the current balancing test, the Courts do very little to analyse the fit between the existing law and the interests at stake. In *Crawford*, the government justification purported to be for the purpose of increasing the integrity of elections by preventing voter fraud. Such claims should be balanced against the proposition that ‘the principal goal of an election is to have eligible voters elect representatives that actually represent the opinions and values of the people whom they govern.’¹⁴⁰ Thus, the laws that infringe on voting rights and tend to reduce participation should only be upheld if it can be shown that there is no way to achieve the state’s compelling interest without reducing participation and burdening the right to vote. Even in cases where the state’s justification is offered to enhance the integrity of the elections process, the Court is required to carefully weigh the cost of the regulation in terms of an infringement of the right against any potential gains in integrity.

B. Application to the current laws burdening voting rights

Although the current balancing test of voting rights is a derivative of the fundamental rights jurisprudence in American election law, it places far too much weight on the state’s interest in regulating elections and not nearly enough weight on protecting the right to vote. Some examples are given below to demonstrate how a stricter version of judicial scrutiny that better reflects the fundamental nature of the right to vote would work in practice.

i. Voter ID

Implementing a stricter scrutiny would be detrimental to laws requiring voters to show photo identification before voting. Recent voter ID laws have been upheld under the balancing test on the grounds that the burden on voting rights is not very substantial, and therefore the government is justified in imposing it in the name of protecting the integrity of elections.¹⁴¹ Though some district courts have struck down voter ID laws using the balancing test, some of these decisions have been overturned on appeal, which has led to widespread confusion, compounded by the upcoming presidential election.¹⁴² Under a stricter version of scrutiny, any evidence that individuals were prevented

¹⁴⁰ Sample, *supra* note 136 at 396.

¹⁴¹ See *Crawford v. Marion County Election Board*, 553 U.S. 181, 189 (2008).

¹⁴² See *Veasey v. Perry*, 769 F.3d 890 (2014); *Ohio State Conference of NAACP v. Husted*, 43 F. Supp. 3d 808, 840-44 (S.D. Oh. 2014).

from voting due to these laws, or that the legislature intended to prevent qualified people from voting, would be adequate for the Court to take a harder look at whether the government's interest was compelling and, most fatally to voter ID laws, whether photo IDs were a necessary measure to accomplish that interest. As many commentators have observed, there is very little evidence that showing a photo ID meaningfully contributes to the integrity of elections.¹⁴³ As a result, it is unlikely that a Court would find these measures necessary to serve the public interest.

ii. Early Voting

It is less clear how reductions in early voting would be treated under strict scrutiny, and much would turn on whether the Court finds these reductions to be a burden on voters. A few Courts have recently heard challenges to rollbacks of early voting, and have come to mixed results under the balancing test. In *North Carolina NAACP v. McCrory*, the Federal District Court found no substantial burden to voting from a reduction in early voting days. Judge Schroeder found that the changes were tailored to serve an interest in more equal and efficient administration of voting.¹⁴⁴ However, in 2014 an Ohio District Court overturned a statute that reduced early voting in Ohio from 35 days to 28 days. This Court, unlike that in North Carolina, found that the burden caused by the elimination of early voting was 'significant but not severe'¹⁴⁵ and that 'the offered justifications fail to outweigh the burdens imposed.'¹⁴⁶ In its analysis, the Court found that 'neither fraud nor cost' withstood careful evaluation as a compelling interest.¹⁴⁷ Nor did it outweigh the fact that 'rights, even the most basic, are illusory if the right to vote is undermined.'¹⁴⁸

¹⁴³ Natasha Khan and Corbin Carson, *New Database of US Voter Fraud Finds No Evidence That Photo ID Laws are Needed*, NBC News, http://investigations.nbcnews.com/_news/2012/08/11/13236464-new-database-of-us-voter-fraud-finds-no-evidence-that-photo-id-laws-are-needed (Aug. 11, 2012).

¹⁴⁴ N.C. State Conf. of NAACP v. McCrory, No. 1:13CV658, Order at 435-439 (M.D. N.C. Apr. 25, 2016).

¹⁴⁵ *Husted*, 43 F. Supp. 3d at 842.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *See Husted*, 43 F. Supp. 3d at 844. "While the elimination of Golden Week will certainly save the Boards money, the more appropriate question is whether the previous 35-day system that included Golden Week was financially unworkable for the Boards, and nothing in the record tends to demonstrate that the old system created undue or burdensome costs." At 845.

¹⁴⁸ *Id.* (citing *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1, 11 (1964)).

In *Husted*, the finding that the changes to early voting burdened the right to vote was based on the fact that tens of thousands of voters used it, and that it burdened some groups more than others.¹⁴⁹ Although the Court focused on the fact that it burdened African-American voters more than white voters, under the fundamental rights test, the fact that it burdened any particular groups – such as those who work long hours, or voters in rural areas who are further from their polling places – would be good enough to trigger strict scrutiny.¹⁵⁰

The Ohio District Court enjoined enforcement of the early voting restrictions based on this finding. However, the Sixth Circuit granted a stay on that injunction. The Supreme Court overturned the stay in order to prevent confusion in the 2014 elections. So it looks unclear where early voting stands now. Nevertheless, if the Court embraced strict scrutiny for burdens on fundamental rights, it is more likely that states would not be able to decrease early voting without a compelling reason. Notably, the Ohio District Court invoked the idea that ‘having once granted the right to vote on equal terms, the State may not, by later arbitrary and disparate treatment, value one person’s vote over that of another.’¹⁵¹ Despite it, there is no indication that the Court intended to create a one-way ratchet, in which once states have created mechanisms to make it easier to vote they cannot remove those mechanisms.¹⁵² However, under strict scrutiny this will be the likely outcome if the removal of those mechanisms creates a burden on voters. In that case, there is no compelling reason for them to be rescinded. This may in turn create a problem of deterring states from passing legislation that makes voting easier at the first place, but on the positive side, it may also help raise the overall baseline for voting access.

iii. Party Registration

Another example of election law that has been widely criticized in the 2016 presidential primary is New York State’s requirement that voters who change their party registration to do so over six months before primary voting

¹⁴⁹ Ohio State Conference of NAACP v. Husted, 43 F. Supp. 3d 808, 840-44 (S.D. Oh. 2014).

¹⁵⁰ See supra section V.A.

¹⁵¹ Bush v. Gore, 531 U.S. 98, 104-05 (2000)

¹⁵² Samuel Issacharoff and Richard H. Pildes, *Epilogue: Bush v. Gore and the Constitutional Right to Vote*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 381, 7 (2013).

begins.¹⁵³ This is the same law that was challenged in *Rosario v. Rockefeller* in 1973.¹⁵⁴ The law was upheld under an early version of the balancing test. In that case, the Court concluded that the burden to voters was minimal, and the state's justification, -preventing the primary elections from being 'raided' by members of an opposing political party-, was 'legitimate'.¹⁵⁵ Justice Powell's dissenting opinion, however, applied the strict scrutiny test to the same statute.¹⁵⁶ Finding that it did burden the right to vote, the Court went on to ask whether the interest in preventing party 'raiding' was compelling. Although it admitted in theory it was compelling, the Court looked at the actual context of the statute and found that party raiding was actually quite rare, even in the states that had shorter registration time periods. By looking to other states, it also found that the interest could be met with less restrictive measures, and that it was therefore not narrowly tailored.¹⁵⁷ The use of this strict scrutiny test to analyse New York's registration procedures would thus have overturned this law. Given the recent public outrage surrounding this process, it serves as an example of how stricter scrutiny on laws governing election administration would conform more to the popular understanding of the value of participation and the fundamental right to vote.

VI. Conclusion

The American constitutional tradition and jurisprudence attest to a long and arduous struggle for extension of the franchise to all segments of the society without discrimination as a constitutional norm of inclusion and participation. The judicial doctrine of strict scrutiny applies to election laws that burden suspect classes. However, numerous constitutional amendments fell short of creating an absolute right to vote, leaving states with control over election laws under Article I, § 4 of the Constitution in a highly fragmented system of regulating the times, places and manner of holding elections. With the civil rights movement of 1960s, modern understanding of voting rights has perceived the right to vote as fundamental to American citizenship and treated

¹⁵³ Leah Libresco, *It's Far Harder to Change Parties in New York Than In Any Other State*, FiveThirtyEight (April 19, 2016), <http://fivethirtyeight.com/features/its-far-harder-to-change-parties-in-new-york-than-in-any-other-state>.

¹⁵⁴ *Rosario v. Rockefeller*, 410 U.S. 753, 757 (1973).

¹⁵⁵ *Id.* at 762.

¹⁵⁶ *Id.* at 769.

¹⁵⁷ *Id.* at 770-71.

accordingly within the context of the fundamental rights jurisdiction. But in *Crawford v Marion County Election Board*, the Supreme Court has instead adopted a *balancing test* which weighs the asserted injury to the right to vote against the precise interest put forward by the State as justifications for the burden imposed by the rule. Furthermore, in 2013, the Supreme Court's 5-to-4 ruling in *Shelby County v. Holder* effectively eliminated the 'preclearance' process in the Voting Rights Act, freeing nine mostly southern states with a history of voter discrimination from federal oversight. Ever since, seventeen states have introduced restrictive voting laws, of which almost all have been challenged before the courts. Court rulings could have serious political repercussions in states like Texas, Wisconsin, Virginia and North Carolina that are closely contested in presidential elections. The most notable is a 2013 North Carolina law that eliminated same-day voter registration and preregistration for 16- and 17-year olds; cut back on early voting by a week; barred counting votes cast outside voters' home precincts; and required voters to show identifications at the polls, which is criticized as one of the most regressive and restrictive voting laws, aiming to disfranchise large numbers of minority voters of mostly African-American and Hispanic origin, and currently challenged under a section of the Voting Rights Act that prohibits discrimination against minorities and the equal protection clause of the Fourteenth Amendment. Beyond discriminatory voter suppression of a suspect class, when an election law burdens the fundamental right to vote, affecting all voters equally or discriminating against non-suspect classes, the Supreme Court's recent balancing approach to a flexible standard of scrutiny has undervalued the fundamental right to vote, by giving deference to the regulatory power of the states and deprioritizing the individual right to vote. This paper has argued that the Supreme Court's balancing approach to laws that burden the right to vote is out of step with the American Constitutional history and the principle of popular sovereignty. Burdens on the right to vote should be subject to strict scrutiny irrespective of whether they discriminate against a suspect class.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İctihadının Danıştay Kararları Üzerindeki Etkilerine Dair Bir Değerlendirme

Ar. Gör. Cihan YÜZBAŞIOĞLU*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ulusal hukukun bir parçası olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının da ulusal yargı tarafından göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmıştır. Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının sayısı dikkate alındığında, Avrupa Konseyi düzeyinde sözleşmesel ya da içtihat yoluyla kabul görmüş temel hak standartlarına uyulmasında, Danıştay'ın yetersiz kaldığı dikkat çekmektedir. Söz konusu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla Danıştay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kararlarında daha sık norm olarak kullanmaya başlamış, sıklıkla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına referans yapmıştır. Danıştay içtihatları göz önünde bulundurulduğunda mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkı yönünden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına yapılan referansların ağır bastığı tespit edilebilir. Hatta bazı kararlarda Danıştay'ın ulusal mevzuat ve içtihadın dışına çıkarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda hukuk yarattığı dahi söylenebilir. Bunun yanında, kanaat, ifade, örgütlenme özgürlüğü ile yaşam hakkı bakımından da Danıştay'ın sıklıkla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıf yapmakta olduğu karşımıza çıkmaktadır. Atıfların niteliği ve atıf yapılan kararların sayısı göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası içtihattan yararlanmasının henüz başlangıç aşamasında olduğunu söylemek mümkünse de, özellikle adil yargılanma hakkı bakımından olmak üzere, çok sayıda kararında Danıştay uluslararası içtihadı ulusal mevzuattan dahi öncelikli olarak uyguladığı yadsınamaz bir gerçektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, referans, Danıştay, hukuk yaratma, sözleşmesel haklar

Yayın Geliş Tarihi: 07.11.2016 ; Yayına Kabul Tarihi: 07.12.2016

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Assessing the Impact of the European Court of Human Rights' Case Law on the Decisions of the Council of State

Abstract: The fact that the European Convention on Human Rights is part of the national law in accordance with the fifth paragraph of Article 90 of the Constitution obliges the European Court of Human Rights' jurisprudence to be taken into account by the national courts. Considering the number of violation judgments against Turkey, it is argued that the Council of State is inadequate in meeting the basic rights standards accepted at the Council of Europe level, whether contractual or case-law. In order to overcome this situation, the Council of State has frequently used the European Convention on Human Rights as a norm in its decisions and frequently referred to the case law of the European Court of Human Rights. Considering the case law of the Council of State, it can be determined that the reference to the case law of the European Court of Human Rights mostly concerns the right to property and the right to a fair trial. Even in some cases, it can be said that the Council of the State has created law in the direction of jurisprudence of European Court of Human Rights, independent from national legislation and case law. In addition, it is considered that the Council of the State frequently refers to the case law of the European Court of Human Rights in terms of freedom of opinion, expression, association and the right to life. Given the nature of the references and the number of decisions referred, it is possible to say that the Council of State has just begun taking into consideration the international jurisprudence; but in many cases, especially in terms of the right to a fair trial, the Council of State has applied international jurisprudence even prior to the national legislation.

Keywords: European Court of Human Rights jurisprudence, reference, Council of State, lawmaking, conventional rights

GİRİŞ

Devletlerin küresel ya da yerel uluslararası örgütler kurarak birleşmesinin en önemli sonucu, hukuk kural ve ilkelerinin ulusal sınırları aşp, uluslar üstü bir nitelik kazanması olmuştur. Bu kurallar özellikle insan hakları ve temel özgürlükler üzerinde yoğunlaşmış, insan onuruna yakışır bir hayat sağlanması, devlet düzeni kurulması için asgari standartlar getirmiştir. Başta Birleşmiş Milletler olmak üzere pek çok uluslararası örgüt bünyesinde, çok sayıda insan hakları metni hazırlanmıştır. Bu metinlerden bir kısmı taraf devletler bakımından bağlayıcı nitelik taşımakta iken, diğerlerinin uygulanması ihtiyaridir. Devletler bakımından bağlayıcı nitelik taşıyan insan hakları metinlerinden akla gelen ilki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 4 Kasım 1950 yılında Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış olup, günümüze kadar yürürlüğe giren 15 adet Ek Protokol ile yürürlükte bulunmaktadır. İçinde kişinin hak ve özgürlüklerini barındıran Sözleşme'de, bu hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce uygulanmasını denetleyen bir de uluslararası mahkeme öngörülmüştür. Sözleşme'nin taraf devletlerce yerine getirilmesine ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) denetim yetkisi başta ihtiyari iken, 1987 yılından itibaren zorunlu hale gelmiştir. Ayrıca AİHS'in 46. maddesine göre, AİHM tarafından verilen kararlar taraf devletler bakımından bağlayıcıdır. Sözleşme'yi ilk imzalayan devletler arasında olan Türkiye bakımından da Sözleşme'de öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunmasının zorunlu olduğu tartışmasızdır.

1982 Anayasası'nın ilk metni uluslararası andlaşmaların iç hukukun bir parçası olduğunu düzenlemekle birlikte, bu andlaşmaların normlar hiyerarşisi içindeki yerini net olarak düzenlememişti. Özellikle sözleşmelerin ulusal kanunlarla çelişmesi halinde hangi hukuk normunun uygulanması gerektiği tartışmalı bir husustur¹. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikle, en azından insan haklarına dair uluslararası andlaşmalar bakımından söz konusu tartışma son bulmuştur. Buna göre, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" Dolayısıyla, Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların kanunların üzerinde, Anayasa'nın altında bir bağlayıcılığının olduğu söylenebilir.

Bu çerçevede AİHS'de öngörülen hak ve ilkeler ile AİHM içtihatları da Türk hukukunun bir parçası olup, kanunların dahi üzerinde bir konuma sahiptir. Bunun doğal bir sonucu olarak, ulusal yargı makamlarının Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükler ile AİHM içtihadını, kanunlara göre öncelikli olarak, uygulaması bir zorunluluktur. Avrupa Konseyi ülkeleri arasında idari yargı kaynaklı ihlal kararlarının sayısına göre yapılan sıralamada Türkiye'nin

¹ Uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerine dair tartışmalara ilişkin olarak Bkz. Erdoğan Bülbül, "Perde - Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, 2003, s. 200; Osman Ermumcu, "Türk (İdari) Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması", Danıştay Dergisi, S. 138, ss. 35 – 42.

bulunduğu yer, Sözleşme'nin uygulanması bakımından başarısız bir karne verdiğimizizi ortaya koymaktadır. Söz konusu başarısızlıkta, pek çok nedenin yanında, hakimlerin AİHS ile AİHM içtihadını uygulamadaki isteksizlik ve ihmalkarlığı da etkili olmuştur. Söz konusu durumun önlenmesi bakımından, 2004 yılında adli ve idari yargı hakimlerine AİHS ve AİHM içtihadı üzerine seminerler verilmiş, bu sayede Sözleşme'nin iç hukuktaki uygulaması beklenenin altında dahi olsa, artırılmıştır².

Ancak Sözleşme'nin ve AİHM kararlarının idari yargı mercileri tarafından uygulanması hala oldukça sınırlı düzeydedir. Bu konuda bir gelişme sağlanabilmesi bakımından, öncelikle ulusal yargı makamlarının hangi alanda ve hangi haklar yönünden AİHM içtihadından etkilendiğinin incelenmesi kanaatimizce önem taşımaktadır.

İdari yargı kararlarının büyük bir kısmının yayınlanmıyor oluşu, AİHM içtihadının yargı makamlarına etkisini tam olarak tespit etmemizde zorluk yaratsa da, güncel ve ulaşılabilir olan Danıştay kararları bu etkinin her geçen gün arttığını açıkça ortaya koymaktadır³.

Danıştay içtihadında dikkat çekici olan bir husus, kararların pek çoğunda AİHS ve AİHM içtihadına şeklen atıf yapılıyor olmasıdır. Yüksek Mahkeme pek çok kararının gerekçe kısmında Anayasa'nın uyuşmazlığın çözümünde dayanak oluşturan maddesine atıf yaparken, yanında ilgili hak veya özgürlüğün AİHS'deki maddesine de atıf yapmaktadır. Ancak bu atıf, karara gerekçe oluşturmaktan ziyade, Sözleşme'nin de yargıcın aklının bir köşesinde olduğu görünümünden fazlasını ortaya koyamamaktadır. Başka bir ifadeyle Danıştay Sözleşme ya da AİHM içtihadına dayanarak karar vermemekte, zaten iç hukuka dayanarak karar verdikten sonra, gerekçesini kuvvetlendirmek için uluslararası kurallara atıf yapmaktadır. Bazı kararlarda ise Danıştay tetkik hakimi tarafından hazırlanan raporda dikkate alınan AİHM içtihatlarına mahkeme kararında yer verilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu içtihatlar karara dayanak oluşturmamıştır⁴. Amacı AİHM içtihadının idari yargılama hukukuna etkile-

2 Bu konudaki istatistiksel verilere ilişkin olarak Bkz. Osman Ermumcu, "Türk İdari Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması" **Danıştay Dergisi**, S. 138, 2015., s. 42 vd.

3 İlk derece idare mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kararları incelemeye alınmamış, bunlara yeri geldikçe genel hatlarla değinilmiştir. Bu kapsamda Danıştay kararından yola çıkılarak yapılan değerlendirme sırasında, atıf yapılan AİHM kararına içerik yönünden değinilmiştir.

4 Dan.12.D., 22.02.2006, E. 2005/6353, K. 2006/540, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

rini göstermek olan bu çalışmada, Sözleşme'ye ya da AİHM içtihadına şeklen atıf yapan, bunları kararının içeriğinde dayanak olarak kullanmayan Danıştay kararları incelemeye dahil edilmemiştir.

AİHM kararlarının içerik yönünden etkilediği ve dayanak oluşturduğu kararlar göstermektedir ki, Danıştay bazı kararlarında AİHS'de yer alan haklar bakımından AİHM kararlarına atıf yapmaktayken (I), Sözleşme'ye ek protokollerde yer alan haklara (II), dair AİHM içtihadına atıf yapan kararların sayısı da gittikçe artmaktadır.

I. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Haklara İlişkin Etkiler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi idare hukuku alanına ilişkin kurallar koymamakla birlikte, gerek haklara ilişkin düzenlemelerin soyut ve yoruma elverişli oluşu, ve gerek AİHM'in genişletici içtihadı doğrultusunda, Sözleşme kapsamındaki haklar idare hukuku ve idari yargılama hukuku alanında etkiler doğurmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca Türk hukukunun bir parçası olarak kabul edilen AİHS idare hukuku ve idari yargılama hukuku bakımından bağlayıcı nitelik taşımakta; sözleşmesel hakları somutlaştıran AİHM içtihadı da Danıştay kararlarına dayanak oluşturmaktadır.

AİHM içtihadının dayanak oluşturduğu Danıştay kararlarının bazılarının maddi idare hukukuna ilişkin (A), diğerlerininse idari yargılama hukukuna ilişkin (B) olduğu dikkat çekmektedir.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının Maddi İdare Hukukuna İlişkin Danıştay Kararları Üzerindeki Etkileri

Kamu gücünü kullanan idarenin bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yaptığı müdahale zaman zaman hukuka aykırı ya da ölçüsüz olabilmekte, dolayısıyla AİHS ile korunan temel hakların ihlali niteliğini taşıyabilmektedir. AİHS'de yer alan haklar arasında öncelik ilişkisi bulunmamakta ve kesin bir kategorik ayrımın yapılması da mümkün olmamaktadır. Ancak hakların sınırlandırılması rejimi ve bu haklara ilişkin AİHM içtihadı birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan düşünce vicdan ve din özgürlüğü, 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ve 11. maddesinde yer alan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün kendi içinde ayrı bir katego-

ri oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, her üç maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama gerekçeleri büyük ölçüde örtüşmektedir. Özellikle, “*kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” her üç hak bakımından da sınırlama gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, “*yasayla sınırlama*” ve “*demokratik toplum gereklerine uygun sınırlama*” gibi sınırlamanın sınırını oluşturan kurallar, AİHM içtihadının bu üç hak yönünden uyum içinde gelişmesini sağlamaktadır. Hatta pek çok kararında AİHM bu üç haktan iki veya daha fazlasının somut olayda birlikte ihlal edildiği yönünde hüküm kurmaktadır⁵. Yukarıda adı geçen üç hakkı “*qualified rights*” adıyla ayrı bir şekilde sınıflandıran müellifler de bulunmaktadır⁶. “*Qualified rights*” kavramının aynen tercümesi⁷ haklar arasında öncelik sıralamasına yol açabilecek bir kavram olduğundan, kanaatimizce söz konusu hakların tümünü içine alan “Kanaat, ifade ve örgütlenme hakkı” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. (1) Bunun yanında, Danıştay kararlarında yalnızca, kanaat, ifade ve örgütlenme hakkı bakımından değil, diğer haklar bakımından da AİHM içtihadına gönderme yapıldığını söylemek mümkündür. Özellikle yaşam hakkı bakımından bu durum daha dikkat çekicidir.(2)

1. Kanaat, İfade ve Örgütlenme Hakları Çerçevesinde Değerlendirme

Kanaat, ifade ve örgütlenme haklarına ilişkin AİHM içtihadı özellikle sınırlama sebepleri ve bu hakları sınırlamanın sınırlandırılması rejimi yönünden önemli benzerlikler taşısa da, Danıştay içtihadında aynı uyumun sergilendiğini söylemek henüz güçtür. AİHM içtihadına gönderme yapan Danıştay kararlarında bu haklar yönünden ayrı bir sınıflandırma yapılmamış, her bir hak kendi kapsamında değerlendirilmiştir. Kanaat, ifade ve örgütlenme hakkına ilişkin Danıştay kararları göz önünde bulundurulduğunda, düşünce ve vicdan özgürlüğüne (1), ifade özgürlüğüne (2) ve sendika hakkına (3) müdahale teşkil eden idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde AİHM içtihadına gönderme yapıldığını söylemek mümkündür.

⁵ AİHM., *Ezelin v. Fransa*, BN. 11800/85, T. 26.04.1991.

⁶ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4th edition, Intersentia, Oxford: Intersentia Press, 2006, s. 791.

⁷ “Nitelikli haklar” olarak Türkçe’ye çevrilmektedir. (Redhouse Büyük Sözlük 1 İngilizce – Türkçe, SEV Matbaacılık ve Yayıncılık, İstanbul: 2011, s. 790.)

a. Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğünün Korunması

1982 Anayasası'nın "Din ve vicdan hürriyeti" başlıklı 24. maddesine göre, "Herkes vicdan, dini inanç ve kanaat özgürlüğüne sahiptir. (...) Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. (...)" Aynı şekilde, AİHS'in "Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü" başlıklı 9. maddesine göre, "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. (...)" Bu hukuki çerçeve içinde din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin olarak Danıştay'ın zorunlu din eğitimi (i) ve inancı yayma özgürlüğüne (ii) ilişkin AİHM kararlarından etkilendiğini söylenebilir.

i. Zorunlu Din Eğitimi

Eğitim hakkı Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz." şeklinde güvence altına alınmış, aynı maddenin takip eden fıkralarında eğitim ve öğretim hakkının kullanılmasına ilişkin birtakım sınırlama ve koşullara yer verilmiştir. Zorunlu din eğitimi konusu bir yönüyle din ve vicdan özgürlüğünü, diğer yönüyle eğitim özgürlüğünü ilgilendiren bir husustur. Nitekim, AİHS'in Ek 1 nolu Protokolü'nün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesinde, "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir." şeklinde düzenlemeye yer verilerek, din özgürlüğünü eğitim hakkının bir sınırı olarak ortaya konulmuştur.

AİHM, zorunlu din eğitimi ilişkin pek çok kararında Sözleşme'nin Ek 1 nolu Protokol'ün 2. maddesinde yer alan düzenlemeyi din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 9. madde ile birlikte değerlendirmiştir⁸. Mahkeme yerleşik içtihadında, ders programlarının düzenlenmesinin kural olarak devletlerin takdirinde olduğunu vurgulamış, ülkelere ve dönemlere göre değişen düzenlemelerin denetimi hakkında AİHM'in değerlendirme yapamayacağını vurgulamıştır. Doktrinde, devletlerin eğitim ve öğretim alanındaki faaliyetlerini

⁸ Abdullah Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s. 347.

yerine getirirken oluşturdukları programlarda yer alan bilgilerin objektif, çoğulcu ve eleştirel bir tutum içinde olması gerektiği vurgulanmış; ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine aykırı sayılabilecek biçimde sistematik telkin içeren eğitim vermeleri yasaklanmıştır⁹. Bu telkin belli bir dini aşlamayı amaçlayabileceği gibi; din karşıtı da olabilmektedir¹⁰.

AİHM'in Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye davasına konu uyuşmazlıkta¹¹, başvuruçular din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulmayı talep etmiş, Mahkeme bu davada din eğitimi müfredatının “*din eğitimi*” mi, yoksa “*din kültürü*” mü şeklinde olduğunu ayrıca ve detaylı olarak inceleme konusu yapmıştır. Söz konusu kararda, Türkiye’de hakim olan dinsel çeşitliliğin din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde dikkate alınmadığı, özellikle Alevi inancındaki topluluğun ülke nüfusundaki oranının çok büyük olmasına rağmen öğrencilerin Alevi inancına ait ibadet türleri hakkında eğitim alamadıkları şeklinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Aynı kararda Mahkeme, ailelerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için uygun araçlar bulunup bulunmadığına ilişkin olarak, Sözleşme’ye taraf devletlerin eğitim müfredatında din derslerine yer verilmesi durumunda, öğrencilerin, okulun verdiği din eğitimiyle ebeveynlerin dini ya da felsefi inançları arasında doğacak çatışmayla karşı karşıya kalmalarının önlenmesinin gerektiğini vurgulamış, bu bağlamda, öğrencilere muafiyet sistemi sağlanması veya söz konusu dersin yerine geçebilecek başka bir derse girmelerine imkan verilmesi ya da din dersinin isteğe bağlı bir şekilde sunulması gerektiğini belirtmiştir¹². Müfredatta

⁹ Akif Emre Öktem, **Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü**, İstanbul: Liberte Yayınları, 2002, s. 426-427. Bu yöndeki Mahkeme kararları için Bkz. AİHM., Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka, BN. 5095/71, 5920/72, 5926/72, T. 07.12.1976; AİHK., Angeleni v. İsveç, BN. 10491/83, T. 03.12.1986.

¹⁰ Öktem, **a.g.e.**, s. 429.

¹¹ AİHM., Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye, BN. 1448/04, T. 09.10.2007.

¹² Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) 2005 tarihli Türkiye ile ilgili raporunda, “*Müfredat bütün dinleri kapsamaktadır ve öğrencilere var olan bütün dinler hakkında bir fikir edindirmek amacıyla hazırlanmıştır. Ancak, birçok kaynaktan, bu derslerin çeşitli din kültürlerini kapsamaktan ziyade yalnızca İslamiyet’in ilkelerini öğretmekten ibaret olduğu, dini azınlık gruplarına mensup öğrencilerin bu dersten muaf tutulabileceğini ve yalnızca Müslüman öğrencilerin katılması gerektiğini, dersin amacının farklı dini kültürlerle ilgili vermek ise, bu dersin yalnızca Müslüman çocuklar için zorunlu tutulmasının sebebinin olmadığı, aksi durumda, dersin yalnızca Müslüman dinini öğretmeyi amaçladığının kabul edilmesi halinde bu dersin isteğe bağlı olarak yapılması ve bu sayede çocuklarla ailelerinin din özgürlüğünü korumanın gerektiği*” hususu vurgulanmıştır.

yer alan din eğitimi dersinin mevcut halinin, Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Danıştay 8. Dairesi'nin 2007 tarihli kararında, ilk ve orta öğretim kurumlarında verilen öğretimin adının din kültürü ve ahlak bilgisi olmasına rağmen, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi eğitimi olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle, bu dersin içeriği nedeniyle, zorunlu tutulmasının hukuka aykırılığı inceleme konusu yapılmıştır. Somut olayda, ilköğretim okulunda öğrenci olan davacının, din dersinden muaf tutulma talebi ilgili İl Milli Eğitim Müdürlüğü kararıyla reddedilmiştir. Davacı zorunlu din derslerinin AİHS madde 9 ile Ek 1 nolu Protokol'ün 2. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle idari yargıya başvurarak söz konusu ret işleminin iptalini talep etmiştir.

Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa Mahkemesi'nin 16.09.1998 tarihli kararına atıf yapan Danıştay 8. Dairesi, Anayasa'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, din kültürü ve ahlak öğretiminin Devletin gözetimi ve denetimi altında yapılacağına, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer aldığına, bunun dışındaki din eğitim ve öğretiminin ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerinse kanuni temsilcilerinin taleplerine bağlı olduğunun altını çizmiştir. Danıştay'a göre, dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler vermek ve ahlaki değerleri benimsetmek amacıyla din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer almıştır. Keza "*din eğitimi*" yerine "*din kültürü*" ifadesinin kullanılması, bu amacı açıkça yansıtmaktadır. Zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersleri dışında ise, bireyler kendi isteklerine bağlı olarak din eğitimi alabilmektedir. Somut olayın çözümünde Danıştay, AİHM içtihadında yer alan gerekçeleri tekrarlamış, devletin eğitim ve öğretim faaliyetlerine ilişkin görevleri yerine getirirken müfredatta yer alan bilgilerin nesnel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına özen gösterilmesi ve ailelerin dini ve felsefi değerlerine saygı gösterilmesi gerektiğinin altını çizerek; Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen zorunlu din derslerinin Anayasa'nın öngördüğü amaca uygun bir müfredatla verilmesi, bu dersin içeriğinin nesnel ve çoğulcu olması, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması ve devletin dinler karşısında tarafsız kalarak, bütün dinsel inançları eşdeğer görmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla, uygulanan müfredatın belli bir din anlayışını esas alması durumunda, bunun din kültürü ve ahlak bilgisi dersi olarak kabul edilemeyeceğinin açık olduğunu belirten Danıştay, AİHM içtihadındaki tespitlere atıf

yaparak, ülkemizde çoğulculuk anlayışı içinde nesnel ve rasyonel bir din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin verilmediğini ortaya koymuştur. İlk ve orta öğretim kurumlarında verilen öğretimin, Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi dersi ile içerik olarak bağdaşmadığı açık olduğundan, Danıştay bu derslerin zorunlu tutulmasının iç hukukun yanında, Sözleşme'de öngörülen hukuk düzenine de aykırı olduğu yönünde hüküm kurmuştur¹³.

ii. İnancı Yayma Özgürlüğü

Mensupları tarafından bir inancın yayılması ve yeni mensuplar kazandırılmasına yönelik faaliyetler misyonerlik olarak tanımlanmıştır¹⁴. Misyonerlik, AİHM tarafından din ve inanç özgürlüğünün dış tezahürü kapsamında nitelendirilmiştir. Misyonerlik faaliyetlerinin engellenmesine ilişkin kamusal tedbirlerin alındığı Yunanistan aleyhine verilen bir kararında AİHM, din özgürlüğünün, başkalarını öğreti yoluyla o dini benimsemeye ikna etme hakkını da kapsamına aldığı, ancak bu şekilde din ve inancı kabul etme ya da değiştirebilme hakkının etkili bir şekilde kullanılabileceğini vurgulamıştır¹⁵. Mahkeme'ye göre aşırı ölçüye varmayan, ölçülülük çerçevesinde yapılan misyonerlik faaliyetleri Sözleşmesel bir haktır. Kokhinakis / Yunanistan kararındaki bu tutumunu yerleşik içtihat haline getiren AİHM, sonraki kararlarında da tutumunu sürdürmüştür¹⁶.

Danıştay 13. Dairesi'nin 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda, basın yayın yoluyla dini yayma ve başkalarına inandırma özgürlüğü ile toplumun milli ve manevi değerleri, Türk aile yapısı arasında dengenin kurulması hususu incelenmiştir. Uyuşmazlığa konu radyo yayınında, Hristiyan yaşam, felsefe ve motiflerine ilişkin açıklamalarda bulunulmuş, bireylere Hristiyanlık dini teşvik edilmiştir. Söz konusu yayın nedeniyle, yayıncı kuruluşa toplumun milli ve manevi değerlerine aykırı yayın yaptığı gerekçesiyle uyarı cezası verilmiştir. Uyuşmazlığın çözümünde AİHM'in Kokhinakis / Yunanistan kararına atıf yaparak, gerekçesini aynen aktaran Danıştay, din özgürlüğünün yalnızca bireyin dini inancını diğerleriyle topluluk halinde ya da aynı inancı paylaşanlar arasında açığa vurma özgürlüğünü değil; aydınlatma yoluyla çev-

¹³ Dan.8.D., 28.12.2007, E. 2006/4107, K. 2007/7481, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁴ Öktem, a.g.e., s. 415.

¹⁵ Bkz. AİHM., Kokkinakis v. Yunanistan, BN. 14307/88, T. 25.05.1993; Öktem, a.g.e., s. 419.

¹⁶ Benzer kararlar için Bkz. Öktem, a.g.e., s. 422.

resindekileri o dine inandırma hakkını da kapsadığını belirtmiştir¹⁷. Danıştay, “*düşünceyi açıklama özgürlüğünün*” yalnızca toplumca kabul gören veya kayıtsızlık içeren bilgi veya fikirler için değil; kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de uygulama alanı bulduğuna vurgu yapmıştır. Demokratik toplum için çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün olmazsa olmaz nitelik taşıdığını kabul eden AİHM içtihadıyla paralel yönde hüküm kuran Danıştay’a göre, uyuşmazlık konusu yayının öncelikli olarak demokratik toplum bakımından kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesi gerekirken; bu yönde herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın toplumun milli ve manevi değerleri ve Türk aile yapısı gerekçe gösterilerek davanın reddedilmesi hukuka aykırıdır¹⁸.

b. İfade Özgürlüğünün Korunması

Demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsuru olan ifade özgürlüğü Anayasa’nın 25 ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, düşünce özgürlüğü üç temel ögeyi kapsamakta olup; bunlar düşüncelerinden dolayı kınanmama hakkı, düşünce ve bilgilere ulaşabilme hakkı ve düşünceleri açıklama ve yayma hakkıdır. Uygulamada düşünce özgürlüğü kavramından daha ziyade düşünceleri yayma özgürlüğü anlaşılmaktadır¹⁹. Anayasa’da yer alan düzenleme düşünce ve kanaat özgürlüğü bakımından ikili bir ayrıma öngörmüştür. Kişinin iç alemindeki düşüncelerin korunması mutlak bir dokunulmazlığa sahip olup, bu hakkın sınırlanması olağanüstü hallerde dahi mümkün değildir. Buna karşılık, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile düşünce ve bilgilere ulaşabilme hakkı Anayasa’daki sebeplerle sınırlanabilmektedir. Ancak sınırlamanın mutlaka Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan sınırlama koşullarına uygun olması gerekmektedir. AİHS’in 10. maddesi Anayasal düzenleme ile benzer şekilde ifade özgürlüğünü güvence altına almıştır. Buna göre, “*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. (...)*” Sözleşme, tıpkı Anayasa gibi, ifade özgürlüğü kapsamında haber alma ve haber yayma özgürlüğünü ifade özgürlüğünün alt unsuru olarak güvence altına almaktadır.

¹⁷ AİHM., Kokkinakis v. Yunanistan, BN. 14307/88, T. 25.05.1993.

¹⁸ Dan.13.D., 08.02.2005, E. 2005/588, K. 2005/692, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁹ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012, s. 173.

Temel hak ve özgürlüklerin çoğu gibi, ifade özgürlüğünün de mutlak olduğu söylenemez. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası, düşünce özgürlüğünün sınırlanabilmesinin gerekçelerini sıralamıştır²⁰. Özellikle kamu düzeni ve genel ahlak gibi soyut gerekçeler gösterilerek bu hakkın sınırlanmasına ilişkin AIHM içtihadının Türk idari yargılama hukukunu etkilediği söylenebilir. (i) Sınırlamanın kapsamı yalnızca sebep yönünden değil; hakkı sınırlanacak kişi yönünden de farklılıklar göstermektedir. Sıradan bir vatandaşın günlük yaşantısındaki ifade özgürlüğünün, siyasal faaliyetler çerçevesinde kullanılan ifade özgürlüğünden farklı ölçülerle sınırlanması gerekmekte olup, aksi bir durum AIHS ile öngörülen toplum düzenine aykırı sonuçlar meydana getirebilmektedir. (ii)

i. İfade Özgürlüğünün Genel Ahlak Gerekçesiyle Sınırlandırılabilmesi

Haber alma ve bilgi yayma hakkının kullanılabilmesi bakımından en etkin araç kuşkusuz basın ve yayın yoludur. Yazılı ve görsel basın yoluyla bireyler gerek haber alma gerekse görüşlerini ifade etme hakkını etkin olarak kullanabilmektedir. Bu nedenle özellikle basın ve yayın araçlarının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için anayasal güvencelere ihtiyaç duyulmuştur. Anayasa'nın 26. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "*Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.*" Bunun yanında, gerek anayasal düzenleme ve gerek AIHS düzenlemesi radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayınların izin sistemine bağlanması yoluyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesine imkan tanımaktadır²¹. Öte yandan ulusal yargı ve AIHM iç-

²⁰ Anayasa madde 26/2: "*Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*"

²¹ Dikkat çeken bir diğer husus ise, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılması rejimine ilişkin Sözleşme ve Anayasa'da yer alan düzenlemeler arasındaki farklılıktır. Anayasal sınırlama sebepleri olan millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, suçların önlenmesi gibi sebeplerin yanında, Sözleşme'de genel ahlak da ifade özgürlüğünün sınırlanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan anayasal düzenlemenin, hakkın sınırlandırılması bakımından daha özgürlükçü bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

tihadında, ahlak kavramının bölgenin ve zamanın koşullarına uygun olarak yorumlanması gerektiği vurgusu dikkat çekmektedir. Genel ahlak nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlanmasında keyfiliğin önlenmesi için birtakım ölçütler getirilmiştir. Bu ölçütlerden önem taşıyanlar, ifade edilen düşüncenin hedef kitlesi, ahlak dışı etkiyi azaltmaya yönelik çaba, ahlak dışı ifadelere erişim biçimi şeklinde sıralanabilir²².

Danıştay 13. Dairesi'nin 2010/5054 esas ve 2012/2878 karar sayılı kararında, mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan düzenleme dava konusu yapılmıştır. Adı geçen düzenlemeye göre, "*Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır. (...)*" Aynı Kanun'un "*Uyarı, para cezası, durdurma ve iptal*" başlıklı 33. maddesinin birinci fıkrasında da, "*Üst Kurul, öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen, izin şartlarını ihlâl eden, yayın (...) aykırı yayın yapan özel radyo ve televizyon kuruluşlarını uyarır veya aynı yayın kuşağında açık şekilde özür dilemesini ister. Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı hâlinde ihlâlê konu olan programın yayını (...) durdurulur.*" Davadaki uyuşmazlıkta, genel ahlaka aykırı yayın yapıldığı gerekçesiyle, yayıncı kuruluş hakkında program yayınının bir kez durdurulması cezası verilmiştir. Somut olayda, eski kocası ablasının kızıyla evlenen bir kadının stüdyoda bulunan 'yalan makinesi' olarak adlandırılan cihazlara bağlandığı, canlı yayına telefon aracılığıyla bağlanan olayın diğer taraflarıyla konuşturulduğu, taraflar arasında hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadelerin kullanıldığı, taraflar arasında yaşanan gayri ahlâkî ilişkinin detaylarına canlı olarak yayınlanan programda yer verildiği, programın herkesin izleyebileceği bir zaman dilimi içinde yayınlandığı gerekçe gösterilerek durdurma cezası verilmiştir. Danıştay'ın da kararında yer verdiği, AİHM'in Handyside / Birleşik Krallık kararı, bir yayının ahlaka aykırı olup olmadığına karar verirken kültürel, sosyal ve dini etkenlerle birlikte halkın yapısı ve yayının hedef kitlesinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Genel ahlakın tespitinde, o andaki genel ve ortalama ahlak anlayışının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Toplumda yerleşmiş değer yargılarına göre hoş görülmemeyen hareketler genel ahlaka aykırı nitelik taşıyabilmektedir.

²² Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz**, Ankara: İnsan Hakları El Kitapları No: 2, s. 95.

AİHM içtihadına uygun olarak Danıştay, herkesin izleyebileceği bir zaman diliminde canlı olarak yayınlanan programda hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadeler ve gayri ahlâkî ilişkinin detaylarına yer verildiği, bu durumun televizyon yayınlarının genel ahlaka uygun olarak yapılması ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir²³.

ii. Siyasi Faaliyetler Kapsamında Kullanılan İfade Özgürlüğünün Sınırlanması

İfade özgürlüğünün sınırlarının tespitinde, bu özgürlüğü kullanan kişinin ve ifadelerin muhatabı olan kişinin kim olduğu önem taşıyan bir diğer husustur. Türk hukukunda olduğu gibi Avrupa Konseyi ülkelerinde de sıradan vatandaşa yöneltebilecek ifade ve eleştirilerle, siyasal faaliyetlerde bulunan kişilere yönelik eleştirilerin sınırının farklı olduğu kabul edilmektedir²⁴. Özellikle iktidarda olan bir siyasi partiye ve onun yöneticilerine yapılan eleştiriler, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur. Bunun yanında, siyasi parti temsilcilerinin bu sıfatla katıldıkları toplantılarda, karşıt görüşleri eleştirmeleri sırasında ifade özgürlüğünü sıradan vatandaşa nazaran daha geniş kullanabilmesi de siyasal hayatın bir gereğidir²⁵. Dolayısıyla siyasal kimliğe sahip kişilerin siyasal faaliyetler çerçevesinde daha geniş bir ifade özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, katlanmaları gereken eleştirinin sınırı da sıradan vatandaşa nazaran daha geniştir.

Danıştay 13. Dairesi'nin 2006/5565 esas ve 2007/354 karar sayılı kararında, eleştiri hakkının ifade özgürlüğü kapsamında korunabilirliği değerlendirilmiştir. Dava konusu uyuşmazlıkta, bir televizyon programına katılan siyasetçi, başbakan ve bazı bakanlar aleyhinde ağır ve küçük düşürücü ifadeler kullanmış; Radyo Televizyon Üst Kurulu bu yayın nedeniyle, kişilerin manevi şahsiyetlerine yönelik saldırı yapıldığı gerekçesiyle, yayıncı kuruluşa uyarı cezası vermiştir. Danıştay, demokratik toplum içinde hoşgörülebilir eleştiri sınırlarının kamusal kişi olan siyaset adamı hakkında, sade vatandaşlara göre daha geniş olduğuna dikkat çekerken, AİHM kararına atıf yapmıştır. Nitekim AİHM'e göre, siyaset adamlarının özel hayatı ve onuru dışında kalan konuların serbest tartışmaya konu olabilmesi mümkündür²⁶. Başka bir kararında

²³ Dan.13.D., 09.11.2012, E. 2010/5054, K. 2012/2878, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

²⁴ AİHM. Lingens v. Avusturya, BN. 9815/82, 08.07.1986.

²⁵ Yahya Şahin, Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları, www.anayasa.gov.tr. (Erişim Tarihi: 11.08.2016).

²⁶ AİHM., Castells v. İspanya BN. 11798/85, T. 23.04.1992.

ise AİHM, siyasi liderlerin fikir ve tutumlarını keşfetmek ve fikir oluşturmak bakımından en iyi araç olan özgür basın tarafından, politikacılar hakkında yapılacak eleştirilerin sınırının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir²⁷.

Dava konusu uyuşmazlıkta Danıştay, ifade ve yayın özgürlüğünün demokratik rejimin vazgeçilmez unsurlarından biri olduğuna dair AİHM içtihadını tekrarlamış, bu özgürlüğün ölçüsüz sınırlandırmalardan korunması ve yayın özgürlüğü ile kişilik hakları arasında dengenin kurulması zorunluluğunu vurgulamıştır. Olayın koşullarını göz önünde bulunduran Danıştay, beyanların eleştiri düzeyinde mi kaldığı, yoksa kişinin manevi şahsiyetine yönelik bir saldırı niteliğinde mi olduğu hususunu değerlendirmiş; programın bir siyasi parti lideri ile söyleşi niteliğinde olduğunu ve yapılan konuşmaların iktidardaki siyasi partiye ve onun yöneticilerine yönelik siyasal görüşleri içerdiğini tespit etmiştir. Demokratik bir toplumda siyasi partilerin temsilcilerinin karşıt görüşleri en etkili şekilde eleştirmeleri doğaldır. Bu kapsamda siyasi kişilerin yaptıkları eleştirilerdeki üslup ve ölçünün, herhangi bir kişiye nazaran daha farklı ve çarpıcı, hatta ağır olması siyaset yapmanın bir gereğidir. Siyasilerin, ağır da olsa, haklarında yapılan eleştirileri hoşgörülle karşılamaları; doğrudan kişisel niteliklere yönelmeyen, siyasal nitelikteki ifadelerin eleştiri sınırları içinde kabul edilmesi gerekmektedir. Daha sonraki tarihli kararlarında da AİHM içtihadı²⁸ ile paralel tutumunu sürdüren Danıştay, siyasi kimlikli kişilere yönelik eleştirilerin sınırlarının, sıradan vatandaşa nazaran daha geniş yorumlanmasının demokratik toplumun bir gereği olduğuna karar vermiştir²⁹.

²⁷ AİHM., *Lingens v. Avusturya*, BN. 9815/82, T. 08.07.1986.

²⁸ AİHM. *Castells v. İspanya*, BN. 11798/85, T. 23.04.1992; AİHM. *Müslüm Gündüz v. Türkiye*, BN. 35071/97, T. 04.12.2003.

²⁹ “(...) Kişinin üstlendiği görevin, toplumdaki önemine göre yapılan eleştirilerin sayısı çoğalacağı gibi gerektiğinde içeriği de çok sert olabilir. Çünkü basın, kamu adına, eleştiri yapmaktadır. Demokrasilerde eleştirilmeyecek kurum, kuruluş, fikir ve düşünce yoktur. Siyasal yaşamda görev yapmak, bu görevin gerektirdiği sorumluluk ve sonuçları kabul etmek demektir. Siyasi kişileri, yöneticileri, genel müdürleri eleştirmek ve onlarla ilgili sürekli haber yapmak basın için bir hak değil, ayrıca bir görevdir. Özellikle siyasal yaşamda görev alan kişilerin, basının her yönüyle kendisi ile ilgileneceğini, eleştireceğini, uyaracağını ve hatta bazen çok sert eleştirilere muhatap olacağını önceden bilmesi ve hesaba katması gerekir. Siyasal figürlerin davranışları, yasalara uygun olsa ve yasalara aykırı hiçbir eylem içermese dâhi, basın tarafından değer yargılarına ters düşen davranışlarının sorgulanacağını bilmesi ve bilebilecek durumda olması gerekir. (...) devlet adamı, politikacı, yazar, sanatkar gibi topluma mal olmuş veya kamuoyunda tanınmış kişilere yönelik eleştiri sınırının, normal bireylerden daha geniş olduğu konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. (...)” (Dan.13.D. 31.12.2014, E. 2013/2894, K. 2014/4670, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

Siyasi içerikli televizyon programlarında kullanılan ifadelerin halkı kin ve düşmanlığa sevk ettiği gerekçesiyle, televizyon kanallarına uygulanan yaptırımlar ifade özgürlüğünün sınırlamasının bir diğer görünümünü oluşturmaktadır. Danıştay bu yönde yayın yapan televizyon kanallarına uygulanan yaptırımlar hakkındaki kararlarında AİHM'in farklı içtihatlarına gönderme yapmaktadır³⁰. Bu doğrultuda Danıştay, salt toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü haber ve düşüncelerin değil; toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesine ve bireylerin ifadeleri nedeniyle herhangi bir yaptırıma maruz kalmayacağından emin olması gerektiğine vurgu yapmış; ifade özgürlüğünün çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın, zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap vermesinin yanında, izlenen meşru amaçla orantılı olması da gerekmektedir. AİHM içtihadının zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı tespitinde kullandığı ölçütlere³¹ değinen Danıştay'a göre, ifade edenin sıfatı, hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyuna sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır³². Buna karşılık ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi alanlarda, Devlet otoritelerinin daha geniş müdahale yetkisi bulunmaktadır³³.

Dava konusu uyuşmazlıkta AİHM içtihatları doğrultusunda³⁴ Danıştay müdahaleyi, kullanılan ifadeler ve bunların ifade edildiği ortam da dâhil olmak üzere bir bütün olarak incelemiş; düşünce ve açıklamalara ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, kullanılan terimlerin, yazıldıkları bağlamın dikkate alınmasının gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda Danıştay, basın özgürlüğü çerçevesinde yapıldığı anlaşılan yayın hakkında uygulanan yaptırımı iptal etmiştir³⁵.

30 AİHM. Handyside v. Birleşik Krallık, BN. 5493/72, T. 07.12.1976; Sunday Times v. Birleşik Krallık, BN. 6538/74, T. 26.05.1979;

31 AİHM. Gözel ve Özer v. Türkiye, BN. 43453/04, T. 06.07.2010; AİHM. Müslüm Gündüz v. Türkiye, BN. 35071/97, T. 04.12.2003.

32 Dan.13.D., 27.01.2007, E. 2006/5565, K. 2007/354, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

33 AİHM. Axel Springer AG v. Almanya, BN. 39954/08, T. 07.02.2012; AİHM. Von Hannover v. Almanya, BN. 40660/08, T. 07.02.2012.

34 AİHM. Zana v. Türkiye, BN. 18954/91, T. 25.11.1997; AİHM. Özgür Gündem v. Türkiye, BN. 23144/93, T. 16.03.2000; AİHM. Sürek v. Türkiye, BN. 24762/94, T. 08.07.1999.

35 “ (...) Belirtilen hususların tümünün birlikte değerlendirilmesinden, somut olayda, ... isimli

c. Sendika Hakkının Korunması

Anayasa'nın 51. maddesine göre, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” AİHS’in “Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü” başlıklı 11. maddesine göre, “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içermektedir. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz.” Anayasal düzenleme ile AİHS arasındaki en temel fark, Sözleşme’de yer alan düzenlemenin dernek kurma ve sendika hakkını bir arada düzenliyor olmasıdır. Esas olarak kişinin haklarını güvence altına alan AİHS, sendika hakkını kişi hakkı olan dernek kurma ve derneğe üye olma hakkının özel bir görünümü olarak güvence altına almıştır. Buna karşılık, Anayasa’da yer alan düzenleme dernek kurma hakkı ile sendika hakkını ayrı olarak düzenlemiş; dernek kurma hakkına Anayasa’nın 33. maddesinde kişi hakları bölümünde, sendika hakkına ise sosyal ve ekonomik haklar bölümünde Anayasa’nın 51. maddesinde yer vermiştir. Bu

şahsın, 28 Şubat döneminde belirli çevreler tarafından yapıldığı iddia olunan manipülasyonlardaki rolü ve bu durumun günümüze yansımaları hakkında ihlal konusu programa davet edildiği, söz konusu şahsın görüşlerinin kamuoyu tarafından bilinir olduğu, özellikle ilgili şahsın programdaki ifadelerinin şiddeti teşvik veya şiddete çağrı unsurlarını barındırmadığı gibi, farklı gruplara karşı bir nefret söylemi de ihtiva etmediği, bu bağlamda, programın yayın dönemi ve ifadelerin tümü göz önüne alındığında, programın amacının kamuoyunun geçmişte yaşanan bir sürecin aydınlatılması ve bu dönem hakkında izleyicilerin bilgilendirilmesi mahiyetinde olduğu, kaldı ki ...’ün görüşlerine karşıt görüşlere de programda yer verilerek toplumun tek taraflı bilgilendirilmesi ve/veya meselenin tek yönlü ele alınmasının engellenerek çoğulcu tartışma ortamının sağlandığı, belirtilen çerçevede dava konusu yaptırım vasıtasıyla gerçekleştirilen kısıtlamanın toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği, bu anlamda sınırlamanın gereklilik kriterini sağlamadığı anlaşıldığından, ifade özgürlüğünün bir görünümü olan ve kamuoyuna çeşitli siyasi fikir ve tutumlarının iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini oluşturan basın özgürlüğü çerçevesinde yapıldığı anlaşılan yayın hakkında uygulanan dava konusu yaptırım kararı ile, bu özgürlüğün hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle sınırlandırılması meşru olmadığından (...)” (Dan.13.D. 26.11.2014, E. 2013/1727, K. 2014/377, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

farklılık sendika hakkının, özellikle sosyal bir hak niteliği taşıyıp taşımadığı bakımından ulusal ve uluslararası hukukta farklı esasların belirlenmesine sebep olmuşsa da kararlarında Danıştay AİHM içtihadından yararlanmışır.

Sendikaya üye olma ya da olmama hakkı ile sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı sendika hakkının en temel görünüm biçimidir. Grev, toplu görüşme, toplu sözleşme gibi pek çok hak da sendika hakkının ayrılmaz parçası olarak nitelendirilerek AİHM içtihatlarında güvence altına alınmıştır. Danıştay içtihadı incelendiğinde, sendikal faaliyetlere katılma (i) ve sendikal faaliyetler kapsamında kamu görevlilerinin beyanda bulunma (ii) hakkı yönünden AİHM içtihadına gönderme yapıldığı tespit edilmiştir.

i. Sendikal Faaliyetlere Katılma Hakkı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2009/1063 esas ve 2013/1998 karar sayılı kararında, sendikal faaliyetlere katıldığı için göreve gelmeyen kamu görevlisi hakkında “*izinsiz olarak göreve gelmeme*” nedeniyle uygulanan aylıktan kesme cezası inceleme konusu olmuştur. Uyuşmazlık konusu olayda, kamu görevlisi olan davacı, bağlı olduğu sendikanın almış olduğu eylem kararı doğrultusunda bir gün süreyle göreve gelmemiş, hakkında mazeretsiz olarak göreve gelmemek fiili nedeniyle aylıktan kesme disiplin cezası verilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, uyuşmazlığı AİHS'in “*Dernek kurma ve toplantı*” özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi ve benzer bir uyuşmazlığın hükme bağlandığı AİHM'in Kaya ve Seyhan / Türkiye davasına atıf yaparak çözmüştür.

Kaya ve Seyhan / Türkiye kararında, AİHM uyuşmazlık konusu disiplin cezasının, kamu düzeninin sağlanması amacıyla orantılı olup olmadığını incelemiştir. Uyuşmazlık konusu olayda başvuru, üyesi olduğu KESK'in TBMM'de tartışılmakta olan bir kanun tasarısını protesto etmek amacıyla düzenlediği bir günlük eylemine katılması nedeniyle uyarı cezası almıştır. AİHM'e göre, uyarı cezası basit nitelikli bir yaptırım olsa da, sendika üyelerini meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek nitelik taşımaktadır. Ayrıca, söz konusu disiplin cezası acil bir sosyal ihtiyaca da tekabül etmediğinden demokratik toplum düzeni bakımından gerekli değildir³⁶.

AİHM içtihadına uygun olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu davacının sendikal faaliyetleri gereği göreve gelmeme eyleminin, özürsüz

³⁶ AİHM., Kaya ve Seyhan v. Türkiye, BN. 30946/04, T. 15.09.2009.

olarak bir veya iki gün göreve gelmemek kapsamında değerlendirilemeyeceğini; sendikal hakların kullanımının mazeret olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulamış; davacıya verilen aylıktan kesme cezasını hukuka aykırı bulmuştur³⁷.

ii. Sendikal Faaliyetler Kapsamında Görüş Bildirme Hakkı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2007/2281 esas ve 2011/244 karar sayılı kararında, sendika yöneticisi olan memurun toplantı, basın açıklaması ve grev gibi fiilleri nedeniyle görev yerinin değiştirilmesi işlemi, sendika hakkı bağlamında değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, sendika yönetim kurulu üyesi ve basın sekreteri olan davacı yerel bir gazetede hükûmetin eğitim ve ekonomi politikalarını eleştiren bir yazı yayınlamıştır. Davacı hakkında yapılan soruşturma sonucunda, basına demeç verdiği gerekçesiyle, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Benzer bir durumun AİHM önünde uyuşmazlık konusu yapıldığı Metin Turan / Türkiye kararında, sendika hakkının kullanılmasının engellenmesi amacıyla yapılan tayin işlemi, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir³⁸.

Danıştay, sendikal faaliyet kapsamındaki fiilleri nedeniyle cezalandırılan veya görev yerleri değiştirilen memurların başvuruları üzerine, AİHM'in Sözleşme'nin 11. maddesine dayanarak verdiği ihlal kararlarını göz önünde bulundurarak, sendika üyesi veya yöneticisi olan memurların, sendikal faaliyetleri nedeniyle görev yerlerinin değiştirilmesi işlemlerinin demokratik toplum gerekliliklerine aykırı olduğu yönünde hüküm kurmuştur³⁹.

2. Yaşam Hakkı Çerçevesinde Değerlendirme

Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesine göre, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Yaşama hakkını düzenleyen AİHS'in 2. maddesine göre, her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altında olup, kanunun

³⁷ Dan.İDDK.,22.05.2013, E. 2009/1063, K. 2013/1998, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yöndeki başka bir Danıştay kararı için Bkz. D.12.D., E. 2004/4209, K. 2004/4148, DD. 109, s. 343-344.

³⁸ AİHM., Metin Turan v. Türkiye, BN. 0868/02, T. 14.11.2006; AİHM'in benzer uyuşmazlıklara ilişkin aynı yöndeki tutumu için Bkz. AİHM., Karaçay v. Türkiye, BN. 6615/03, T. 27.03.2007.

³⁹ Dan.İDDK., 14.04.2011, E. 2007/2281, K. 2011/244, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

ölüm cezasıyla cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bir cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez. Öte yandan, AİHS'in 13. maddesi, sözleşmesel hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ulusal bir makama başvuru yapabilme hakkı bulunduğunu düzenlemektedir.

Anayasa ve AİHS'in çekirdek haklar listesinde güvence altına alınan ve sınırlanamayan yaşam hakkı devlete bireylerin yaşamına zarar vermeme, yaşam hakkının başkaları tarafından zarar verilmesine engel olma ve yaşam hakkına kamu otoriteleri ya da üçüncü kişilerce zarar verilmesi halinde etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü öngörmektedir. Dolayısıyla yaşam hakkının devlete olumlu ve olumsuz edimler yüklediği söylenebilir. Özellikle, devletin olumlu edimi olan etkin soruşturma yapma yükümlülüğü hususunda ulusal yargı mercileri AİHM içtihadına sıkça yer vermiştir.

Danıştay 15. Dairesi'nin 2011/9811 esas ve 2012/2716 karar sayılı kararında, kişilerin gözaltında buldukları sürede hayatlarını kaybetmeleri halinde ölüm olayının nasıl meydana geldiği hususunda etkin soruşturma yapılması zorunluluğu inceleme konusu olmuştur. Uyuşmazlığın çözümünde Danıştay farklı AİHM kararlarını dayanak almıştır. Bu kararlardan Şeker / Türkiye kararında,⁴⁰ devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün, etkin bir resmi soruşturma yapmayı da kapsadığı vurgulanmıştır. Etkin soruşturma yükümlülüğünün adam öldürmeden devlet görevlisinin sorumlu olduğu davalarla sınırlı olmadığı, yetkili makamlara bir kişinin öldürüldüğünün bildirilmiş olmasının kendiliğinden etkin soruşturma yükümlülüğünü getireceği ortaya konulmuştur. AİHM'e göre, soruşturmanın etkililiği, tatmin edici araştırmanın niteliği ve derecesi, her bir olayın koşullarına göre değişmektedir. Bu bağlamda, hızlı hareket ederek işi mümkün olduğunca süratli yürütmek gerekmekte olup, uygulamada bazı engel ve zorluklarla karşılaşılabilen kabul edilebilirse de, yetkili makamların ölüm olayını soruşturmak için hızlı bir biçimde harekete geçmeleri, kamuoyunun hukuka olan güvenini de sağlamak bakımından önem taşımaktadır⁴¹. AİHM içtihatları bir arada değerlendirildi-

⁴⁰ AİHM., Şeker v. Türkiye, BN. 52390/99, T. 21.02.2006.

⁴¹ Benzer şekilde AİHM, 21594/93 başvuru numaralı Oğur v. Türkiye kararında, kişilerin kuvvet kullanımı sonucu öldürülmeleri halinde etkili bir resmi soruşturmanın yapılmasının gerekli olduğu vurgulanmış, bu soruşturmada sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılması yönünde gerekli adımların atılması gerektiği ortaya konmuştur. (AİHM., Oğur v. Türkiye, BN. 21594/93, T. 20.05.1999.); aynı yöndeki açıklamalar için Bkz. AİHM., Özgen ve Diğerleri v. Türkiye, BN. 28925/03, T. 08.04.2008; AİHM., Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, BN. 42942/02, T. 08.04.2008.

ğinde, soruşturmalarda gerekli özenin gösterilmemesi ve bu suretle suç faillerinin tespit edilemediği soruşturmaların yapılmasının, Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirildiği söylenebilir. İhbar üzerine soruşturmanın tam ve etkin olarak yapılıp suç failinin tespiti için tüm imkanların kullanılması taraf devletler bakımından yükümlülüktür.

AİHM'in açıklanan içtihadını göz önünde bulunduran Danıştay, sorgulanması sırasında rahatsızlanarak ölen kişinin ölümüne dair yeterli inceleme yapılmayarak takipsizlik kararı verilmesini, sorgulamayı yapan güvenlik mensuplarının kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılmamasını ve ölüm olayından kamu görevlilerinin sorumlu olup olmadıklarının araştırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturmanın yapılmamasını yaşama hakkı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı bulmuştur⁴².

Başka bir kararında ise Danıştay, bireylerin devletin gözetimi ve kontrolü altında tutulduğu cezaevi gibi kurumlarda, bireylerin yaşam hakkının korunmasına dair özel durumu değerlendirilmiştir⁴³. Uyuşmazlık konusu olayda, cezaevinde çıkan olaylara güvenlik güçleri tarafından yapılan müdahale sırasında bazı mahkûmlar hayatını kaybetmiş, mahkum yakınları idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Danıştay, cezaevi gibi kişilerin kontrol altında tutulduğu bir ortamda, devletin bu kişilerin yaşam hakkının korunması yönünden daha fazla sorumluluğu bulunduğunu vurgulamış, cezaevinde meydana gelen şiddet olaylarına gerekli müdahalenin orantılı olarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda AİHM'in Perişan ve Diğerleri / Türkiye kararına⁴⁴ geniş bir şekilde yer veren Danıştay, cezaevinde meydana gelen şiddet olayları ya da isyanlarda güç kullanılmasının gerekli olduğuna, ancak somut olaydaki güç kullanımının orantısızlığı nedeniyle mahkumun yaşam hakkının ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Aynı konuya ilişkin başka bir kararında AİHM'in Beker / Türkiye kararına atıf yapan Danıştay, devlet kontrolünde bulunan kişilerin yaşam hakkına yönelik saldırı ya da tehdit oluşması, hatta bu kişilerin intihar etmesi, halinde kusurunun bulunmadığını ispat yükünün idareye ait olduğunu vurgulamıştır⁴⁵. Daha yeni tarihli bir kararında, AİHM'in anılan içtihadına gönder-

⁴² Dan.15.D. 09.05.2012, E. 2011/9811, K. 2012/2716, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁴³ Dan.İDDK. 02.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁴ AİHM. Perişan ve Diğerleri v. Türkiye, BN. 12336/03, T. 20.05.2010.

⁴⁵ Dan.11.D. 05.05.2014, E. 2011/3388, K. 2014/2674; Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

me yapan Danıştay, psikolojik sorunları olan bir mahkumun yeterli gözetim sağlanmaması nedeniyle cezaevinde intihar etmesini hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir⁴⁶. Aynı olaya ilişkin olarak AİHM'e de başvuru yapılan ve yaşama hakkının ihlal edildiğine hükmedilen bu uyuşmazlıkta Danıştay, AİHM tarafından sözleşmenin ihlaline ve manevi tazminata hükmedilen hal-lerde, iç hukukta manevi tazminata hükmedilmesinin gerekmeceğine karar vermiştir⁴⁷.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadının İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Danıştay Kararlarına Etkileri

AİHM içtihadı, Danıştay kararlarına yalnızca içerik yönünden değil, çoğu zaman yargılama usulü yönünden de yol gösterici olabilmektedir. AİHM'in yargılama hukukuna ilişkin koyduğu ilkeler adli yargıda olduğu gibi idari yargılama hukuku bakımından da bağlayıcı niteliktedir. Bazı kararlarında idari yargılama hukukuna ilişkin yeni ilkeler ortaya koymakla birlikte, bazı kararlarında ise AİHM; hukuk veya ceza yargılamasına ilişkin bazı adil yargılanma ilkelerinin idari yargılama hukukunda uygulanması yönünde kararlar da vermektedir.

Adil yargılanma hakkı Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" AİHS ise adil yargılanma hakkını "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. (...)*" şeklinde daha ayrıntılı düzenlemiştir. Adil yargılanma hakkı, düzenlemenin lafzı ve içtihattan kaynaklanan pek çok alt unsuru kapsamaktadır⁴⁸. Adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle Türkiye aleyhine veri-

⁴⁶ Dan.İDDK. 11.02.2015, E. 2013/1614, K. 2015/339, DD., S. 141, s. 109.

⁴⁷ Dan.İDDK. 02.12.2013, E. 2010/2741, K. 2013/4312, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁸ Bu alt unsurlara örnek olarak, mahkemeye erişim hakkı, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılanma hakkı, savunma hakkının dokunulmazlığı, gerekçeli karar hakkı, aleni yargılanma hakkı, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi sıralanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bu sayılan alt unsurlar sınırlı sayıda olmayıp gerek kendi içlerinde daha alt unsurları içinde bulundurmaktadır.

len AİHM kararlarının sayısı göz önünde bulundurulduğunda, bu hakkın Türk hukukundaki gelişiminde AİHM içtihadının önemli bir yerinin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak ceza ve hukuk yargılamasına dair sayıca daha fazla AİHM içtihadı bulunmasına karşılık, AİHM'in idari yargılama hukuku üzerindeki etkisi yadsınamaz. AİHM içtihadına özellikle idari yargılama usulü kurallarının katı bir şekilde yorumlanmaması ve adil yargılanma hakkının korunması amacıyla esnetilmesi (1) yönünden atıf yapan Danıştay; idari yargı kararlarının gerekçeli olması (2) ve hukuka aykırı olarak toplanan kişisel verileri disiplin soruşturmalarında kullanma yasağı (3) kuralarını getirirken de AİHM içtihadından yararlanmışır.

1. Yargılama Usulü Kurallarının Katı Yorumlanmaması

İdari yargı mercilerinin görevine girmesine rağmen, adli veya askeri yargıda dava açılan hallerde, İYUK'un 9. maddesi uyarınca, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde idari yargıya başvurulması gerekmektedir. Bu durumda görevsiz yargı düzeninde dava açılmış olan tarih, idari yargı yerinde davanın açılma tarihi olarak kabul edilmektedir. Maddenin lafzi yorumundan, 30 günlük dava açma süresi içinde idari yargıya başvurulmaması halinde davanın reddedilmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

İYUK madde 9 düzenlemesi Danıştay tarafından başta son derece sıkı bir şekilde lafzi olarak yorumlanmaktayken, AİHM bu hükmün katı bir şekilde yorumlanmasının hak arama özgürlüğü bakımından ihlal oluşturacağına hükmederek, esnek bir şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur⁴⁹. AİHM'e göre, görevsiz yargı düzeninde dava açılan hallerde, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 30 gün içinde dosyanın görevsiz mahkeme tarafından görevli idari yargı merciine gönderilmesi durumunda, dava süresinde açılmış sayılmalıdır⁵⁰. Başka bir ifadeyle, 30 günlük süre içinde dos-

⁴⁹ AİHM. Mesutoğlu v. Türkiye, BN. 36533/04, T. 14.10.2008.

⁵⁰ "AİHM, (...) dava dosyasının görevsizlik kararı veren Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından İdare Mahkemesine gönderilmesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi ile öngörülen ayrımı ve usullere sıkı sıkıya bağlı kalarak başvuranların İdare Mahkemesine başvurusu arasında alınacak sonuç açısından hiçbir fark bulunmadığına kanaat getirmektedir. Hangi yöntem aracılığı ile olursa olsun, mevcut davada ulaşılmak istenen amaç davanın *ratione materiae* bakımından yetkili bir mahkemede görülmesiydi. (...) AİHM'e göre, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. maddesi ile birlikte 9. maddesinin *ratio legis*'i (...) idare mahkemelerine erişimi kolaylaştırmaktı. Oysa mevcut davada, başvuranları, esas bakımından

yanın davacı tarafından idari yargı önüne getirilmesi gerekli olmayıp, aynı süre içinde görevsizlik kararı veren mahkeme tarafından görevli idari yargı merciine gönderilmesi yeterlidir⁵¹.

AİHM'in bu kararı üzerine içtihadını değiştiren Danıştay, kanun hükmünü AİHM kararı doğrultusunda yorumlayarak, dosyanın 30 günlük süre içinde görevli idari yargı yerine gönderilmesini süre koşulu yönünden yeterli bulmuştur⁵². Daha yeni tarihli kararlarında ise, AİHM içtihadının ötesine geçen bir uygulamayla Danıştay, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren 30 günlük süre içinde, davacının görevsiz yargı yerine, dosyanın görevli idari yargı merciine gönderilmesi talebiyle başvuruda bulunmasını dahi yeterli kabul etmiştir⁵³. Hak arama hürriyeti bakımından olumlu olan bu içtihadın, kanunilik ilkesi bakımından tartışma yaratacağı şüphesizdir.

Danıştay 14. Dairesinin 2011/16787 esas ve 2012/9669 karar sayılı kararında ise, idari yargının görev alanına girmekle beraber, farklı yargı yerinde açılmış olan davalarda verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi halinde, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı hususu uyuşmazlık konusu olmuştur. İYUK'un 9. maddesinin birinci fıkrasına göre, Danıştay, idare ve vergi mah-

dilekçelerinin incelenmesinden yoksun bırakan usuli muameleye ilişkin bir gerekliliğin yorumu söz konusudur ki bu durum mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal oluşturacak niteliktedir. (AİHM. Mesutoğlu v. Türkiye, BN. 36533/04, T. 14.10.2008.)

51 İbid.

52 Dan.İDDK. 31.05.2007, E. 2006/4713, K. 2007/1302, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası; aynı yönde Danıştay kararları için Bkz. Dan.15.D. 08.04.2014, E. 2013/3846, K. 2014/2558 aktaran Şimşek op.cit., s. 125, dn. 25; Dan.12.D. 27.09.2012, E. 2012/4525, K. 2012/4622 aktaran Şimşek, op.cit., s. 122.

53 “Her ne kadar (...) görevsizlik kararı veren adli veya askeri yargı yerlerince istek üzerine veya kendiliğinden dosyanın idari yargı yerlerine gönderileceğine dair bir usul hükmü bulunmaktada ise de, uygulamada görevsizlik kararı veren mahkemelerce dosyaların görevli idari yargı yerine gönderildiği de olmaktadır. (...) İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesini çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuranları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kanaatine varıldığı belirtilerek Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. (...) ilgililerin görevsizlik kararı üzerine süresi (...) içinde adli yargı yerine verdikleri dosyanın idari yargı merciine gönderilmesi istemini içeren dilekçelerin, idari yargı yerlerine verilmiş dava dilekçeleri gibi kabulü cihetine gidilerek “dilekçenin reddi” kararı verilmek suretiyle dilekçelerin idari dava dilekçesi durumuna getirilmesi sağlandıktan sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. (Dan.6.D. 27.09.2012, E. 2012/4525, K. 2012/4622, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

kemelerinin görevlerine giren hallerde, adli ve askeri yargı yerlerinde açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılacaktır. Bu durumda görevsiz yargı merciine başvurma tarihi idari yargı merciine başvurma tarihi olarak kabul edilecektir. Uyuşmazlık konusu olayda, idari para cezasına karşı sulh ceza mahkemesinde dava açılmış, görevsizlik kararı verilmesi üzerine itiraz başvurusu yapmış olup, başvuru reddedilmiştir. Ancak kesinleşen görevsizlik kararının tebliğinin gecikmesi sonucu, görevli idare mahkemesine başvuru süresi geçirilmiştir. Uyuşmazlığa bakan Danıştay 14. Dairesi, kanunların Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine uygun şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, 2577 sayılı Kanunun 9. maddesindeki “kesinleşme” ifadesini, “kesinleşmeyi sağlayan yargısal işlemin ilgiliye tebliği” olarak anlamak ve yorumlamak gerektiğini; aksi halde görevsizlik kararını kesinleştiren kararın verilmesiyle tebliği arasında geçen sürede 30 günlük dava açma süresinin işleyeceğini vurgulamıştır. Davacının bilgisi dahilinde olmayan ve kendisine tebliğ edilmeyen karar nedeniyle kanunla verilen 30 günlük sürenin kısılacağını, hatta kararın verilmesiyle davacıya tebliği arasında geçen sürenin 30 günü aşması ihtimalinde idari yargıda dava açma olanağının ortadan kalkacağına hükmetmiştir⁵⁴. Danıştay bu yorum tarzının, İYUK'un sürelerle ilgili genel esaslarını belirleyen 8. maddesindeki, “tebliğ, yayın veya ilan tarihini izleyen günden itibaren sürelerin başlayacağı” düzenlemesiyle de uyumlu olacağını vurgulamıştır. AİHM'in, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak verdiği kararlarındaki⁵⁵ gerekçelerini bir arada değerlendiren Danıştay, İYUK'un 9. maddesindeki düzenlemenin aşırı şekilci yorumlanmaması gerektiğini; aksi halde mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini vurgulamıştır⁵⁶.

⁵⁴ Dan.14.D. 13.12.2012, E. 2011/16787, K. 2012/9669, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.. Aynı yönde karar için Bkz. Dan.14. D., 09.10.2013, E. 2012/2468, K. 2013/6878, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁵⁵ “(...) dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. (...)” (AİHM., Mesutoğlu v. Türkiye, BN. 36533/04, T. 14.10.2008.)

⁵⁶ Dan.4.D. 25.06.2003, E. 2002/1254, K. 2003/1789, aktaran Tacettin Şimşek, “Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 7, Y. 2015, s. 119, dn. 16.

Danıştay 14. Dairesi başka bir kararında, dava dilekçesinin İYUK'un 3. ve 5. maddelerindeki şartları taşıyor olması koşulunu ilk inceleme aşamasında değerlendirilmesinde, sıkı bir şekilcilikten kaçınılması gerektiğini ortaya koymuştur. AİHM'in, Dattel / Lüksemburg kararındaki⁵⁷ “*usule ilişkin ulusal kuralların, maddi olaylar ve dayanılan hukuki argümanlar da dâhil olmak üzere bir dava veya temyiz dilekçesinin belirli bir forma uygun olarak yazılmasını gerektirmekle birlikte, söz konusu şartın aşırı şekilciliğe meydan vermemesi gerektiği ve mutlak bir açıklık veya net bir taleple ortaya konulmamış olsalar bile ulusal mahkemelerin, başvurusunun iddialarının esasına ilişkin meseleyi araştırmak için belirli bir tahkikatı yürütmeleri gerektiği, re'sen araştırma yapılmaksızın, anlamının ve kapsamının anlaşılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği*” ifadelerini Danıştay kararında aynen tekrar etmiştir⁵⁸.

Daha yeni tarihli bir kararında Danıştay, davaya müdahale kurumunun idari yargılama usulündeki uygulamasını değerlendirmiştir. Öncelikle İYUK'un 31. maddesinin, davaya müdahale kurumu bakımından 6100 sayılı HMK'ya atıf yaptığını, dolayısıyla adli yargılamalar için öngörülen müdahale kurumunun idari yargıda da uygulanacağını belirten Danıştay, adli ve idari yargı düzeninde davaya müdahalede bulunan üçüncü şahısların uyuşmazlıktan etkilenmelerinin farklı olduğunu, dolayısıyla müdahale usulünün katı bir şekilde uygulanmaması gerektiğini, vurgulamıştır⁵⁹. Müdahale kurumunun idari yargılama hukukunun kendine has nitelikleri göz önünde bulundurularak uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yukarıdaki değerlendirmelerin ardından Danıştay, idari yargıda müdahilin temyiz hakkını kullanma usulüne ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapmıştır. “(...) *idari yargı mercileri önündeki uyuşmazlıklarda, müdahilin sadece davalı idare ile birlikte hareket edebileceği ve tek başına kanun yoluna baş-*

⁵⁷ AİHM., Dattel v. Lüksemburg, BN. 18522/06, T. 30.07.2009.

⁵⁸ Dan. 14. Daire, 10.10.2013 tarih, E: 2012/9751, K: 2013/6964, aktaran Şimşek, op.cit., s. 116.

⁵⁹ “(...) *davaya müdahalenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun'da yer aldığı şekliyle uygulanacağı öngörülmesine rağmen, adli ve idari yargı düzeninde davaya müdahalede bulunan üçüncü şahsın uyuşmazlığın esasından etkilenme dereceleri farklılık arz edebilmektedir. İdari işlemlerin yargısal denetiminde işlemi tesis eden makam olarak kamu idareleri davalı konumunda yer almalarına rağmen, söz konusu idari işlemle farklı bir statü sahibi olan üçüncü kişiler idari işlemin hukukiliğini koruması ya da iptali sonucunda doğuracak yargı kararından, davalı konumundaki idarelerden daha fazla etkilenmektedir.*” (Dan.17.D. 08.05.2015, E. 2015/9316, K. 2015/1943, DD., S. 139, s. 116.)

vuramayacağıının mutlak bir şekilde kabulü halinde, davalı idarelerin kanun yoluna başvurmamaları durumunda, davalı yanında müdahil konumunda bulunan üçüncü kişilerin adına tesis edilen bir idari işlem konusunda hak arama özgürlüğünün temin edilememesi, bir başka ifadeyle mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması söz konusu olabilecektir. (...) adil yargılanma hakkının uygulanabilir ve etkili olarak hayata geçirilmesi adına, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının, kararın sonucundan doğrudan etkilenen müdahiller açısından da temin edilmesi, diğer taraftan kanun yollarına başvuru hakkını da kapsayacak şekilde kabul edilmesi bir gerekliliktir.”⁶⁰ ifadelerine kararında yer veren Danıştay, idari yargıda müdahilin tek başına kanun yollarına başvurabilmesinin önünü açmıştır⁶¹.

Danıştay’ın gönderme yaptığı pek çok AİHM kararı, mahkemeye erişim hakkının teoride düzenlenmesinin yeterli olmadığını, bu hakkın ulaşılabilir ve etkili olması gerektiği vurgulamıştır⁶². Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararında AİHM, davaya müdahaleyi düzenleyen HMK hükmünün idari yargıda aynen uygulanmaması gerektiğine, idari yargının niteliğinden kaynaklanan gerekliliklerin yerine getirilmemesinin adil yargılanma hakkı yönünden ihlal oluşturacağına hükmetmiştir. İdari yargıda açılan davayı ilgili tüm kişilere hakimin resen bildirmesi gerekmektedir; uyuşmazlıkta HMK düzenlemesi aynen uygulanmış, bu yükümlülük yerine getirilmemiştir. Bu durum, AİHM tarafından savunma hakkının sınırlanması ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir⁶³.

Danıştay, özellikle dava açma sürelerine ilişkin uyuşmazlıklarda olmak üzere, idari yargılama hukuku kurallarının katı şekilde yorumlanmaması yö-

⁶⁰ Dan.17.D. 08.05.2015, E. 2015/9316, K. 2015/1943, DD., S. 139, s. 116.

⁶¹ Dan.17.D. 08.05.2015, E. 2015/9316, K. 2015/1943, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁶² AİHM. De Geouffre de la prabelle v. Fransa, BN. 12964/87, T. 16.12.1992; AİHM. Winterwerp v. Hollanda, BN. 630176, T. 27.11.1981; AİHM. Moldovan ve Diğerleri v. Romanya. 41138/98, T. 12.07.2005.

⁶³ “AİHM, 31. maddedeki çok açık ifadelerle rağmen, başvuranın ulusal mahkemeler tarafından söz konusu dava hakkında bilgilendirilmediğini kaydetmektedir. Bu nedenle, başvuran ilk yargılamanın ancak temyiz safhasında müdahil olabilmiş, bu da esas hakimi önünde kendisini savunmasına imkân vermemiştir: (...) Valilik esas taraf olarak temyize gitmediği için başvuran, Danıştay önünde kendisini sınırlı bir şekilde savunma imkânı bile bulamamıştır. Yukarıda elde edilen bilgiler ışığında AİHM, (...) başvuranın hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyen bir ihtilaf konusunda kendisini savunmadığı sonucuna varmaktadır.” (AİHM. Menemen Minibüsçüler Odası v. Türkiye, BN. 44088/04, T. 09.12.2008.)

nündeki AİHM içtihadına⁶⁴ paralel içtihadını diğer kararlarında da sürdürmektedir⁶⁵.

2. Gerekçeli Karar İlkesi

Kararların gerekçeli olması zorunluluğu, adil yargılanma hakkının bir unsuru olup; Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Kararlarda Bulunacak Hususlar*" başlıklı 24. maddesi de dayandığı hukuki sebepler ile gerekçenin kararda belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

64 "(...)Mahkeme mahkemeye erişim hakkını (...) sınırlamanın kişiye tanınan başvuru hakkının özünü etkileyecek şekilde veya etkilenmesi sonucunu doğuracak şekilde uygulanmaması gerektiğini tekrar ifade etmek ister. (...) Dava açma hakkını kullanmak elbette yasal bir takım şartlara bağlansa da, yukarıdaki kurallardan, mahkemelerin usul kurallarını uygularken hem yargılamanın adil olmasına halel getirecek aşırı şekilcilikten ve hem de yasalar tarafından konulan usul kurallarını ortadan kaldırma sonucunu doğuracak aşırı esneklikten kaçınmaları gerektiği sonucu çıkmaktadır. (...)" (AİHM. Eşim v. Türkiye, BN. 59601/09, T. 17.09.2013.) Aynı yöndeki AİHM içtihatları için Bkz. AİHM. Beles v. Çek Cumhuriyeti, BN. 47273/99, T. 12.11.2002; AİHM. Tricard v. Fransa, BN. 40472/98, T. 10.07.2001.

65 "Gaziantep İdare Mahkemesince, adli yargı yeri tarafından gönderilen dosyanın, idari yargı yerinde açılmış bir dava gibi kabul edilip dilekçe ret kararı verilmek suretiyle dilekçenin ıslahı yoluna gidilmesinden sonra yenilenen dilekçe ile açılan davanın, artık süresinde açılmış bir dava olarak kabul edilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddi yolunda verilen temyize konu kararda usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır." (Dan.10.D. 26.10.2005, E. 2005/1379, K. 2005/6404, aktaran Şimşek, op.cit., s. 120, dn. 17.) "(...) yasalarda, dava açma sürelerine yönelik açık hüküm yer almadığı sürece, söz konusu sürelerin adil yargılama hakkına aykırı yoruma tâbi tutulmaması, geniş yorumlanması gerekmektedir. 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde, bir yıllık sürede yalnız bir kez başvurulabileceği yolunda kısıtlayıcı bir hüküm yer almadığından, idari eylem nedeniyle hakkının ihlal edildiğini ileri süren ilgililerin, bir yıl içerisinde her zaman, birden çok kez idareye başvurabileceğinin ve bu başvuruların açıkça veya zımnen reddi üzerine her seferinde 60 gün içinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı kabulü gerekmektedir." (Dan.10.D. 02.07.2013, E. 2010/4156, K. 2013/5788, aktaran Şimşek, op.cit., s. 132, dn. 33.) Danıştay 10. Dairesi'nin 2007 tarihli bir kararında, İYUK'un 9. maddesindeki düzenlemenin adli yargı tarafından hukuka ve usule uygun olarak verilen görevsizlik kararları için geçerli olduğu; buna karşılık adli yargı mercii tarafından verilen görev ret kararında, "*kararın tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde İdare Mahkemesinde dava açmakta serbest olduğunun*" belirtilmesi halinde, davacının yanlış yönlendirilmiş olacağı vurgulanmıştır. Danıştay, mahkeme kararının bu nitelikte bir hukuki hata içerdiğini düşünmeyerek, karara uyan davacının dava açma hakkının korunmamasının hakkaniyetle bağdaşmayacağına hükmetmiştir. (Dan.10.D. 30.05.2007, E. 2005/7670, K. 2005/6404, aktaran Şimşek, op.cit., s. 120) Aynı yönde karar için Bkz. Dan.17.D. 27.10.2015, E. 2015/3770, K. 2015/4357, DD., S. 141, s. 163; Dan.6.D. 18.11.2013, E. 2013/3385, K. 2013/7004, aktaran Şimşek op.cit., s. 117, dn. 15.

Danıştay 12. Dairesi, 2002/1760 esas ve 2005/20 karar sayılı kararında kararların gerekçeli olması ve bu gerekçenin uyuşmazlıkla ilgili olması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Olayda, davacı hakkında yapılan atama işlemi 14 yaşındayken işlemiş olduğu ve adli sicilden silinen hırsızlık suçu nedeniyle idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş, ancak söz konusu iptal kararının gerekçesinde çelişkili ifadelerle yer verilmiştir.

AİHM pek çok kararında gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların iddialarına cevap verilmemesi ya da yetersiz, kanuna dayanmayan gerekçelerin yazılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir⁶⁶. Danıştay, kararların yapısı ve içeriği bakımından mahkemelerin takdir yetkisinin olduğunu, ancak kararların dayanaklarının yeterli açıklıkta belirtilmesinin bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır. Gerekçenin olayla ilgili olmayan hususları içermesi adil olmayan sonuçlara varılmasına sebep olabilecektir. Bunun yanında, gerekçede birbiri ile çelişen anlatımlara yer verilmesi ya da maddi olayla ilgisi olmayan saptamaların yapılması durumunda, sağlıklı bir çözüm yapılamayacaktır. Bu nedenle, yargı makamları hükme varırken kullandıkları gerekçede tutarlı olmalı ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapıldığını ortaya koymalıdır⁶⁷.

3. Hukuka Aykırı Olarak Toplanan Kişisel Verilerin Disiplin Soruşturmalarında Kullanılabilirliği

Hukuka aykırı delil, ceza hukuku doktrininde, “*hukuk sistemine dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil*” olarak tanımlanmıştır⁶⁸. Anayasa Mahkemesi’ne göre, hukuka aykırılık, “(…) *en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.*”⁶⁹ Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılabilirliği Anayasa’nın 38. maddesi-

⁶⁶ AİHM., De Moor v. Belçika, BN. 16997/90, T. 23.06.1994, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası; AİHM., Georgiadis v. Yunanistan BN. 21522/93, T. 29.05.1997.

⁶⁷ Dan.12.D., 13.01.2005, E. 2002/1760, K. 2005/20, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁶⁸ Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2012, S. 101, s. 62.

⁶⁹ AYM., 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, RG. 05.01.2002, S. 24631.

nin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yüklenen suç ancak, “*hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille*” ispat edilebilir. Bir ceza hukuku ilkesi olan hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilleri kullanma yasağının idare hukuku, özellikle de disiplin soruşturmalarında, kullanılabilirliği, uyuşmazlık olarak Danıştay önüne getirilmiştir. Danıştay 10. Dairesi kararlarında hukuka aykırı olarak, özellikle de haberleşmenin gizliliği ilkesinin ihlali suretiyle, elde edilen delillere dayanılarak, yapılan idari soruşturmaları ağır hizmet kusuru olarak nitelendirmiştir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi 03.04.2014 tarihli bireysel başvuru kararında, “(...) mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır.” ifadeleriyle mahremiyet hakkının kapsamına dair değerlendirmede bulunmuştur⁷¹. Anayasa Mahkemesi gibi genişletici yorum yapan AİHM de, mesleki hayat kapsamında yürütülen faaliyetlerin özel hayat kapsamı içinde olduğunu ve korunması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır⁷².

⁷⁰ D.10.D, E. 1997/2216, K. 1999/4812, T. 13.10.1999, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası; D. 10.D., E.2000/2926, K. 2000/6227, T. 06.12.2000, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası; D.10.D., E. 2000/3896, K. 2000/6228, T. 06.12.2000, Aynı yöndeki kararlar için Bkz. Ali Rıza Çınar, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2004, S. 55, s. 58.

⁷¹ “(...) Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır. (...) Somut başvuru açısından, başvuruçunun devlet memurluğundan sadece meslekî nedenlerle yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde çıkarılmamış olduğu açıktır. Disiplin soruşturması sürecinden, devlet memurluğundan çıkarma kararından ve derece mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, başvuruya konu süreçte özellikle başvuruçunun özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkileri belirleyici olmuştur. Bu şartlar altında, özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma kararının, başvuruçunun özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.” (AYM. Şengül Kayan Başvurusu, BN. 2013/1614, T. 03.04.2014.)

⁷² “AİHM, bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğunu kabul etse de, diğer taraftan “özel hayat” kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2010/1391 esas ve 2011/273 karar sayılı kararında, ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak kullanılan gizli kamera görüntülerinin, disiplin soruşturmalarında delil olarak nitelendirilerek ceza verilip verilemeyeceği hususu incelenmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda memur olarak görev yapan davacı hakkında, bir televizyon programında yayınlanan ve iş sahipleri ile para alışverişinin olduğu videolar dayanak gösterilerek ceza soruşturması başlatılmış, soruşturma ile eş zamanlı olarak disiplin soruşturması yürütülmüştür. Disiplin soruşturmasında, olaydaki para alışverişinin memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kıztarıcı ve utanç verici hareket niteliğinde olduğu sonucuna varılarak, davacı hakkında Devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Ceza yargılaması sonucunda delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verildiği gerekçe gösterilerek, memuriyetten çıkarma işlemine karşı dava açılmışsa da, ilk derece mahkemesi, anılan ceza mahkemesi kararının disiplin yargılaması açısından bağlayıcı olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz incelemesinin ardından, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ısrar eden yerel mahkemenin kararını aynı gerekçeyle onamıştır. Buna karşılık, gerekçede farklı oy yazısında, AİHM kararlarında, özel yaşamın gizliliği ilkesine aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasının AİHS'in 8. madde düzenlemesine aykırılık teşkil edeceğinin kabul edildiği ileri sürülmüş, gizli kamera çekimlerinin disiplin soruşturması kapsamında delil olarak kabul edilmesinin hukuken olanaklı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Aksinin kabulünün ise, disiplin soruşturması gerekçesiyle temel hak ve özgürlüklerin idare tarafından ihlal edilmesinin önünü açacağı vurgulanmıştır.

Daha yeni tarihli bir kararda Danıştay 16. Dairesi, hukuka aykırı şekilde yürütülen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında elde edilen ses kayıtlarının, kamu görevlisi hakkında yürütülen disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılması halinde, salt bu delillere dayanarak karar verilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Somut uyuşmazlıkta AİHM'in

kavramına indirgenemeyeceği kanaatini taşımaktadır. (...) AİHM, yukarıdaki verilen bilgiler ışığında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetleri "özel hayat" kavramı dışında tutmak için hiçbir ilkesel neden bulunmadığını bir kez daha belirtmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde 8. madde kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını, daha çok, hatta en çok, mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir." (AİHM. Özpinar v. Türkiye, BN. 20999/04, T. 19.10.2010.)

Özpinar / Türkiye kararına⁷³ atıf yapan Danıştay, hukuka aykırı şekilde elde edilen telefon kayıtlarına dayanılarak kamu görevlisi hakkında meslekten çıkarma cezası verilmesinin özel hayatının gizliliğini ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁷⁴.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokollerinde Yer Alan Haklara İlişkin Etkiler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlerce 1948 yılında imzalanan 59 maddelik temel metninden sonraki yetmiş yıla yakın uygulanma sürecinde Sözleşme'ye ek 16 protokol imzalanmıştır⁷⁵. Özellikle mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin Ek 1 nolu Protokol, AİHM ve ulusal yargı makamları önünde sıklıkla uygulanacak norm olarak kabul edilmiştir. AİHM'in mülkiyet hakkına ilişkin Türkiye aleyhine vermiş olduğu çok sayıda ihlal kararı, idari yargı içtihadının gelişimine önemli katkıda bulunmuş, yol gösterici olmuştur. (A) Öte yandan, Türk hukukunda sosyal hak olarak düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, AİHM içtihadında mülkiyet hakkının alt unsuru olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda AİHM'in mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirdiği sosyal güvenlik hakkına dair kararlar da Danıştay içtihadı bakımından yol gösterici oluşturur. (B)

A. Sözleşme'ye Ek Protokollerde Bulunan Bir Hakka İlişkin Etkiler: Mülkiyet Hakkının Korunması

Anayasa'nın 35. maddesine göre, "*Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*"⁷⁶ Öte yandan AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün "*Mülkiyetin korunması*" başlıklı 1. maddesine göre, "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve*

⁷³ AİHM., Özpinar v. Türkiye, BN. 20999/04, T. 19.10.2010.

⁷⁴ Dan.16.D. 11.11.2015, E.2015/3643, K. 2015/6993, DD., S. 141, s. 160.

⁷⁵ 16 Nolu Protokol, 2 Ekim 2013 tarihinde Strasbourg'da AİHS'ne taraf devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu bu protokol henüz yürürlüğe girememiştir.

⁷⁶ Mülkiyet hakkının sınırlanması bakımından da ölçü norm olan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddesinde yer alan sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmektedir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

kanunda öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”

AİHM, Ek 1 nolu Protokol’ün birinci maddesinde yer alan “*mülkiyet*” kavramının, maddi anlamda mülkiyet ile sınırlı olmayan ve iç hukuktaki resmi sınıflandırmalardan bağımsız, kendine has anlamı olduğunu kabul etmektedir. Mülkiyet hakkının tespitinde temel olan “*ciddi bir menfaat sağlama*” ölçütüdür. Buna göre, maddi mülkiyetin yanı sıra kıymet teşkil eden hak ve çıkarlar da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla mülk kavramı geniş tutulmuş, menkul veya gayrimenkul, elle tutulabilir veya tutulamaz pek çok varlık mülkiyet hakkı kapsamına alınmıştır. Ayrıca AİHM içtihadına göre, mülkiyet hakkını “*fıilen kullanabilmeye ilişkin makul ve yasal bir beklentiye sahip olmak*” da hakkın kapsamında yer almaktadır⁷⁷. Mülkiyet hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi, yalnızca Devletin müdahaleden kaçınmasıyla sağlanamamakta; malikin idari makamlardan bekleyebileceği önlemlerden etkin şekilde faydalanmasının gerekli olduğu hallerde, idarenin pozitif koruma tedbirlerini alması da gerekmektedir⁷⁸.

Özellikle imar planı ve kamulaştırma gibi kamu yararı gerekçesiyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar ve bu sınırlamaların iç hukuk ve AİHS yönünden kabul edilebilirliği, hem ulusal yargı makamlarının hem de AİHM’in önünde yoğun olarak uyumsuzluk konusu olmuştur. Bu bağlamda, ulusal mahkemeler açısından bağlayıcı olan AİHS ile AİHM içtihatlarının Danıştay kararları üzerinde etki doğurması kaçınılmazdır. AİHM içtihadının etkilenen Danıştay, idarenin özel hukuk kişileri tarafından kamulaştırma (1) ve parsestasyon (2) yapmaya zorlanabileceğine dair kararlar vermiştir. Bunun yanında, Türkiye’de yoğun bir uygulaması olan kentsel dönüşüm faaliyetlerine konu olan taşınmazlara dair mülkiyet hakkının korunması (3) ile mülkiyet hakkından doğan kazanılmış hakların korunması (4) bakımından da Danıştay kararlarının AİHM içtihadına göndermeler yaptığı dikkat çekmektedir.

1. İdarenin Kamulaştırmaya Zorlanabilmesi Yoluyla Mülkiyet Hakkının Korunması

Kamulaştırmayı, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz-

⁷⁷ AİHM., Iatridis v. Yunanistan, BN. 31107/96, T. 25.03.1999; aynı yönde AİHM., Tre Traktörer v. İsveç, BN. 10873/84, T. 07.07.1989.

⁷⁸ AİHM., Öneriyıldız v. Türkiye, BN. 4839/99, T. 30.11.2004; D.6.D., E. 2012/3972, K. 2013/4556, DD., S. 134, s. 147-148.

ların, kamu yararı amacıyla ve gerçek bedelinin peşin olarak ödenmesi şartıyla, Devletin ya da kamu tüzel kişilerinin mülkiyetine geçirilmesi olarak tanımlayabiliriz. Kamulaştırma, idare tarafından tek taraflı olarak yapılabilen bir işlem olduğundan, taşınmazın maliki olan özel hukuk kişinin kamulaştırmaya rızasının bulunması gerekmez. Bu yönüyle kamulaştırma, özel hukuk kişilerinin taşınmazlarına, onların rızası hilafına el konulması işlemi gibi görünse de; uygulamada taşınmaz maliki özel hukuk kişilerinin de, idareyi kamulaştırma yapmaya zorlama hususunda menfaati olabilmektedir. Özellikle imar mevzuatı ya da taşınmazın sonradan içine girdiği statü nedeniyle mülkiyet hakkının kullanılamaz hale gelmesi ya da kullanımının önemli ölçüde sınırlandırılması halinde bu durum söz konusu olmaktadır. Bu hallerde çoğu zaman malikin elinde çıplak bir mülkiyet kalmakta, malik kendisine ait taşınmaz üzerinde inşaat ya da değişiklik yapamamaktadır. Danıştay içtihatları değerlendirildiğinde, imar planı değiştirilen (a) ve koruma alanı içinde kalan (b) taşınmazlar bakımından bu durumun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu ihtimallerde idarenin kamulaştırmaya zorlanabilmesine yönelik Danıştay kararlarında, AİHM içtihadından yararlanıldığı söylenebilir.

a. İmar Planı Değişikliği İhtimalinde Kamulaştırmaya Zorlanabilme

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, *“Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. (...) Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. (...) İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler (...) kamulaştırılincaya (...) kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder.”* Bu düzenleme belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde planı uygulamak üzere beş yıllık imar programını hazırlayacaklarını belirtmiş, ancak bu planların hangi süre içinde uygulanacağına dair kurala yer vermemiştir. İmar Kanunu'ndaki bu düzenleme, maliklerin imar planında kamu hizmetine tahsis edilen yerlerde kalan taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlamakta, bu taşınmazlar kamulaştırma işlemine konu olacağından değeri düşmekte, uygulamada taşınmazlar satılamamakta ve taşınmazlardan ancak kamulaştırma yoluyla bedel alınması sonucu yarar sağlanabilmektedir. Kamulaştırmanın yapılmaması ihtimalinde ise, temel hak olan mülkiyet hakkı

süresi belirsiz bir zaman diliminde kısıtlanmakta; bu durum mülkiyet hakkının özüne zarar vermektedir.

Danıştay 2008 yılından önceki içtihadında, imar planı değişikliği sonucunda umumi hizmete ayrılan taşınmazların maliklerinin, imar planı nedeniyle idareden kamulaştırma talep etmesinin mümkün olmadığına hükmetmekteydi. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2005/2154 esas ve 2008/1839 karar sayılı kararında, davacının hissedarı olduğu taşınmaz, imar planında çocuk bahçesi ve park alanı olarak düzenlenmiş, ancak 20 yılı aşkın süre boyunca kamulaştırılmamıştır. Mülkiyet hakkının sınırlandırıldığını iddia eden davacı idari yargıya başvurmuş, ilk derece idare mahkemesi AİHM'in Sporrong ve Lönroth kararlarına referans yaparak, imar planının mülkiyet hakkının özüne dokunduğu gerekçesiyle kamulaştırma talebinin reddi işlemini iptal etmiştir. Bozulan kararda ilk derece mahkemesinin ısrar etmesi üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, "*imar planı değişiklik istemlerinin idarelerce, çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyuşmazlık konusu taşınmaza ayrıldığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılması mümkün olduğundan*", bahisle plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlem dava konusu olduğunda idare mahkemesinin ancak şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygunluk yönünden inceleme yapabileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla, Danıştay 6. Dairesi ve İdari Dava Daireleri Kurulu imar planı değişiklikleri sonucunda mülkiyet hakkı kısıtlanan malikin, idareye plan değişikliği ya da kamulaştırma talebiyle başvurduğu hallerde, idarenin söz konusu işlemi tesis etme hususunda takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekteydi⁷⁹.

AİHM ise, 23.09.1982 tarihli Sporrong ve Lönroth / İsveç Kararı'nda, başvuruçuların taşınmazlarının uzun bir süre inşaat yasağı kapsamında tutulmasını ve bu süre içinde kamulaştırma yapılmamasını mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda Sporrong Miras Şirketi'nin 25, Lönroth'un ise 12 yıl süreyle mülkiyet hakkının kamulaştırma yapılmaması suretiyle ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, belirsiz süreli olarak inşaat yasağı uygulanmasını mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁰.

⁷⁹ Dan.İDDK., 23.10.2008, E. 2005/2154, K. 2008/1839, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁰ AİHM., Sporrong and Lönroth v. Sweden, B.N. 7151/75, T. 23.09.1982.

Benzer bir uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi, “3194 sayılı Yasa’nın 13. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında imar planlarında, resmi yapı, okul, cami, yol, meydan gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlerin, imar programına alınmaya kadar mevcut kullanma şeklinin devam edeceği öngörülmüştür. Yasanın 10. maddesinde de belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde bu planı uygulamak üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları belirtilmiş, ancak Yasa’da bu planların tümünün hangi süre içinde programa alınarak uygulanacağına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. 13. maddenin birinci fıkrası uyarınca imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusundaki bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu açıktır. (...) kuralın neden olduğu belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirmesi, sınırlamayı aşan hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır.”⁸¹ ifadeleriyle aynı yönde tutum sergilemiştir.

Danıştay 6. Dairesi yukarıda açıklanan içtihadını 2009/10109 esas ve 2011/3784 karar sayılı kararıyla değiştirerek, AİHM içtihadı ile paralel hale getirmiştir. Kararda, imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilmiş yerlerde kalan taşınmazlar üzerinde maliklerin tasarruf hakkının kısıtlanmakta olduğu, bu yerlerin kamulaştırma işlemine konu edilmemesi sebebiyle satış değerinin düştüğü ve rayiç bedelinde satılamadığı vurgulanmıştır. Mahkeme, söz konusu taşınmazların ancak kamulaştırılarak bedeli alınmak suretiyle malike yarar sağlayabildiğini vurgulamıştır. Kamulaştırmanın yapılmadığı hallerde ise, mülkiyet hakkı süresiz olarak kısıtlanarak bu hakkın özü zedelenecektir. AİHM’in Sporong ve Lönroth Kararı’na atıf yapan Danıştay, İmar Kanunu’nun belediyelere, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde imar programını hazırlama ve kamu hizmetine ayrılan arsaları imar programı süresi içinde kamulaştırma mükellefiyeti yüklediğini vurgulamıştır. Kamu yararı adına fedakarlığa katlanan maliklerin mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuracak şekilde, taşınmazların belirsiz süreli olarak imar programına alınmadan bekletilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirten Danıştay, herhangi bir takdir yetkisi olmaksızın idareye kamulaştırma yapma görevinin yüklendiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda, davacıya ait taşınmazı ilkokul alanı olarak düzenleyen imar planının yürürlüğe girmesinden yıllar geçmesine rağmen, taşınmazın imar programına alınmaması veya kamulaştırılmama-

⁸¹ AYM., E. 1999/33, K. 1999/51, T. 29.12.1999.

sının, mülkiyet hakkının süresiz olarak kısıtlanması suretiyle ihlal edilmesi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁸².

Danıştay 6. Dairesi başka bir kararında, imar planında yol ve otopark olarak belirlenen, ancak 5 yıllık programa alınmayan taşınmazın maliki tarafından idareye yapılan kamulaştırma talebinin reddedilmesi işleminin hukuka uygunluğunu incelemiştir⁸³. Uyuşmazlığın çözümünde, AİHM'in Hakan Arı / Türkiye⁸⁴ davasına atıf yapan Danıştay, mülkiyet hakkına orantısız bir müdahalenin yapıldığını tespit etmiştir. Adı geçen davada AİHM, taşınmazın imar planında yol ve okul yapımı için ayrılmasının, idare tarafından el atma olarak nitelendirilemeyeceğini, ancak başvuruçunun taşınmazdan yararlanmasını olanaksız hale getirdiğini vurgulamıştır. AİHM, imar planı sonucunda oluşan mülkiyet hakkına dair kısıtlamanın, doğrudan taşınmazın değeri ile bağlantılı olduğunu ve sonucu itibarıyla taşınmazın kullanılabilirliğini azalttığını belirtmiştir. Başvuranın taşınmaza erişim hakkını ya da malik olma hakkını kaybetmediğini; ancak taşınmazın satışı ve elden çıkarılmasının güçleştiğini belirten AİHM, başvuranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmadığına, taşınmazın değerinin hatırı sayılır ölçüde azaldığına hükmetmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁸⁵.

⁸² Dan.6.D., 18.10.2011, E. 2009/10109, K. 2011/3784, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası. Danıştay 6. Dairesi başka bir kararında mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlanmasını ölçülülük ilkesi bağlamında incelemiştir. Uyuşmazlığa konu olayda, imar planı değişikliği sonucunda kullanım hakkı kısıtlanan taşınmaz için kamulaştırma, parselasyon ya da satın alma yöntemlerinin birinin kullanılması yoluyla kısıtlılığın kaldırılması talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Danıştay, ret işleminin, Anayasa'nın 35 maddesinde ve AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. (Dan6.D., 17.01.2013, E. 2009/8736, K. 2013/2, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.) Aynı yönde Danıştay kararı için Bkz. Dan İDDK. 04.11.2013, E. 2010/2107, K. 2013/3533 aktaran Şimşek, op.cit., s. 152, dn. 68; Dan.6.D., 21.06.2013, E. 2010/4659, K. 2013/4430, Dan6.D. 12.03.2014, E. 2011/4240, K. 2014/1969; Dan.6.D. 14.04.2014, E. 2011/8576, K. 2014/3094 aktaran Şimşek, op.cit., s. 150 dn. 65; Dan.6.D. 10.04.2014, E. 2011/5403, K. 2014/3033, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁸³ Dan.6.D., 17.04.2013, E. 2011/8152, K. 2013/2702, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁴ AİHM., Hakan Arı v. Türkiye, BN. 13331/07, T. 11.01.2011.

⁸⁵ AİHM. Hakan Arı v. Türkiye, BN. 13331/07, T. 11.01.2011. İmar planlarında yapılan değişiklikler nedeniyle mülkiyet hakkı kısıtlanan malikin idareye başvurmasına rağmen, idare tarafından kamulaştırmanın yapılmamasının tartışıldığı bir diğer yargı mercii ise Yargıtay'dır. Yargıtay bir kararında, "(...) uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle, kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan idarece

ÂİHM içtihadında yer alan gerekçelerle Danıştay, imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç ay içinde bu planı tatbik etmeye beş yıllık imar programının hazırlanmaması ve bunun sonucunda imar planında yol ve otopark olarak belirlenen davacıya ait taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle, davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süreyle kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığı gerekçesiyle, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁶.

engellendiği kuşkusuzdur. (...) Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olmaması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukukten kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta, her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında aynı sonucu doğurmaktadır. Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu her türlü zahtan varestedir. (...)" (Y. HGK., E. 2010/5-662, K. 2010/651, T. 15.12.2010, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.) Yargıtay, imar planında yapılan değişiklik sonrası taşınmazın kullanım hakkının sınırlandırılması, ancak kamulaştırma yapılmamasını kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilmiş; idarenin hukuka aykırı eylemiyle, mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz malikinin kamulaştırmaz el atma hükümlerine dayanarak dava yoluyla idareden taşınmazın bedelini isteyebileceği sonucuna ulaşmıştır. Ancak burada belirtmek gerekir ki, Uyuşmazlık Mahkemesi 09.04.2012 tarihli, 2012/41 esas ve 2012/77 karar sayılı kararında, söz konusu uyuşmazlıkların adli yargı değil idari yargının görevine girdiğine hükmetmiştir.

- ⁸⁶ Dan.6.D., 17.04.2013, E. 2011/8152, K. 2013/2702, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası. Benzer bir uyuşmazlıkta davacıya ait arazi, imar planında önce yeşil alan olarak düzenlenmiş; daha sonra tahsisi okul alanı olarak değiştirilmiştir. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından taşınmaza ihtiyaç duyulmadığına dair verilen karar üzerine, arsa sahibi tarafından arazinin konut alanı olarak değiştirilmesi talep edilmişse de; başvuru reddedilmiştir. ÂİHM'in Hakan Arı/Türkiye kararına atf yapan Danıştay, arsa sahibinin mülkiyet hakkının belirsiz durumda bırakılması ve arsanın kullanılamaz hale getirilmiş olması gerekçeleriyle dava konusu işlemi hukuka aykırı bulmuştur. (Dan.İDDK. 16.12.2013, E. 2012/2108, K. 2013/4577, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.) Başka bir kararında da ÂİHM'in Hakan Arı/ Türkiye kararına atf yapan Danıştay, arsası ağaçlandırılacak alan olarak belirlenen davacının mülkiyet hakkının, idare tarafından gerekli kamulaştırma işlemleri yapılmaması nedeniyle ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yukarıda açıklanan kararlardan farklı olarak somut olayda, ağaçlandırılacak alan olarak belirlenen arsa, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu kararı ile kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmiş olup, taşınmazın davalı idare tarafından da kullanılması olanağı kalmamıştır. Uyuşmazlığın çözümünde Danıştay, imar planında yapılan değişiklik üzerine mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak sınırlandırılması sonucu oluşan hak ihlalini, taşınmazın idare tarafından kamu yararı amacıyla kullanılmasına üstün tutmuş ve kamulaştırma talebinin reddi işleminin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. (Dan.6.D. 05.02.2014, E. 2010/750, K. 2014/718, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

Danıştay daha yeni tarihli kararlarında da imar planı değişikliği yapılan hallerde, taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle mülkiyet hakkının belirsiz süre ile kısıtlanmasını hukuka aykırı bulmuş ve bu hallerde yapılan kamulaştırma talebinin reddi işlemlerini iptal etmiştir⁸⁷. Danıştay'ın yerleşik içtihadı üzerine harekete geçen kanun koyucu 2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na Ek madde 1 düzenlemesini eklemiştir⁸⁸. Söz konusu düzenleme uyarınca idarelere, uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılarak bu taşınmazların kamulaştırılması veya imar planı değişikliği yaptırılması yükümlülüğü öngörülmüştür. Aksi durumda ise, maliklere idare aleyhine idari yargıda dava açabilme imkanı sağlanmıştır.

b. Koruma Alanı İçinde Kalan Taşınmazlar Yönünden Kamulaştırmaya Zorlanabilme

Korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenleyen 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 7. maddesi, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını tespit ve tescil yetkisini koruma bölge kurullarına vermektedir. Kanun'un 9. maddesi ise, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanlarında kültür varlıklarını koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, inşâ ve fizikî müdahalede bulunulması ve kullanımlarının değiştirilmesini yasaklamıştır. Ayrıca 2863 sayılı Kanun'un 15 maddesi uyarınca, özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde olan taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak programa uygun olarak kamulaştırılabilir⁸⁹. Yukarıdaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, koruma

⁸⁷ Dan.İDDK. 23.06.2014, E. 2014/1615, K. 2014/2763, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁸ 2942 sayılı Kanun'un Ek 1. madde düzenlemesine göre, “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde tasarrufu hukuken kısıtlanan taşınmazlar hakkında, uygulama imar planlarının yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıllık süre içerisinde imar programları veya imar uygulamaları yapılır ve bütçe imkânları dâhilinde bu taşınmazlar ilgili idarelerce kamulaştırılır veya her hâlde mülkiyet hakkını kullanmasına engel teşkil edecek kısıtlılığı kaldıracak şekilde imar planı değişikliği yapılır/yaptırılır. (...)*”

⁸⁹ Aynı madde hükmünde, kamulaştırmanın kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri ve mahallî idare birlikleri tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.

bölge kurullarınca taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilen özel kişilere ait taşınmazların idare tarafından kamulaştırılacağı, kamulaştırma yapıncaya kadar taşınmaz malikinin, taşınmaz üzerinde inşaat ya da tadilat yapamayacağı anlaşılmaktadır. Kültür varlıklarının korunmasına ilişkin bu düzenlemenin mülkiyet hakkına geniş bir sınırlama getirdiği açıktır.

Danıştay 6. Dairesi, taşınmazı kültür varlığı olarak tescil edilen malikin açtığı davada, mülkiyet hakkına belirsiz süre ile kısıtlama getirildiğine ve bu nedenle taşınmaz malikinin kamulaştırma başvurusunun idarece reddi işleminin iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararında, AİHM'in Sporrong ve Lönroth kararına gönderme yapan Danıştay, uyuşmazlığın maddi sebebinin imar planı değişikliklerindekiyle benzer olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda, imar planı değişikliklerinde idarenin kamulaştırmaya zorlanabilmesine dair verdiği kararlardakiyle aynı yönde tutum sergilemiş ve mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlanmasına yol açan idari işlemi iptal etmiştir⁹⁰.

Danıştay 6. Dairesi'nin 2012/3972 esas ve 2013/4556 karar sayılı başka bir kararında, taşınmazı içme suyu havzası kısa mesafeli koruma alanı içinde kalan malik idareye kamulaştırma talebinde bulunmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. Somut olaydaki uyuşmazlığı inceleyen Danıştay, AİHM'in Hakan Arı / Türkiye ve Sporrong ve Lönroth / İsviçre kararına atıf yaparak hüküm kurmuştur. Kararda özellikle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin AİHM'in koyduğu temel ilkelere atıf yapılmıştır. Buna göre Ek 1 nolu Protokol üç belirgin kuraldan oluşmaktadır: Mal ve mülk dokunulmazlığı temel kuraldır. Bazı hallerde kişi mal ve mülkünden yoksun bırakılabilmektedir.

⁹⁰ “(...) davalı idarenin eylemsizliğinden kaynaklanan belirsizliğin kişisel yarar ile kamu yararı arasında adil dengely bozarak mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirdiği, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaları aşarak mülkiyet hakkının özüne dokunan bir nitelik taşıdığı, bu görev yerine getirilmeksizin davacının takas talebinin sürüncemede bırakıldığı sonucuna ulaşılmıştır. (...) Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında I. derecede doğal sit alanında kalan nazım imar planında bu niteliğiyle birlikte açaçlandırılacak alan fonksiyonu verilen (...) taşınmazın belirlenen bu durum ile ele alınıp taleplerinin mahkemece karara bağlanması gerekmektedir.” (Dan.6.D. 19.06.2015, E. 2014/668, K. 2015/4416, DD., S. 140, s. 36.) Daha yeni tarihli bir karara konu uyuşmazlıkta, davacıya ait taşınmaz birinci derece arkeolojik sit alanı ilan edilmiş ve taşınmaza inşaat yasağı getirilmiştir. Mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlandığını iddia eden davacı idareden trampa talebinde bulunmuşsa da, yeterli ödeneğin bulunmadığı gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir. Kararında AİHM'in Sporrong ve Lönroth kararına atıf yapan Danıştay, davacının mülkiyet hakkının belirsiz süreli sınırlandırıldığına karar vermiştir. (Dan.6.D. 13.11.2005, E. 2015/4974, K. 2015/6691, DD., S. 141, s. 129.)

Üçüncü kural ise, devletlerin genel çıkarlar doğrultusunda, kanunda düzenlenmek şartıyla özel kişilere ait mülklerin kullanımını kontrol edebilme yetkisidir. Öneriyıldız / Türkiye kararına⁹¹ atıfta bulunan Danıştay, AİHS çerçevesinde mülkiyet hakkının devlete yalnızca negatif yükümlülük değil, pozitif yükümlülükler de yüklediğini ortaya koymuştur. Buna göre devletin, mülkiyet hakkının etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak aktif edimlerde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Dava konusu uyuşmazlıkta, ruhsatsız olarak inşa edilen fabrikanın bulunduğu parsellerin, kısa mesafeli koruma havzasında yer alması nedeniyle, fabrika içindeki tüm makine ve donanımla birlikte mühürlenmiş, ancak yapı hakkında yıkım kararı alınmamıştır. Malik taşınmaz için kamulaştırma talebinde bulunmuşsa da, idare herhangi bir yanıt vermemiştir. Dolayısıyla davacının mülkiyet hakkından yararlanması belirsiz süreli olarak kısıtlanmıştır. AİHM içtihatlarıyla uyumlu olarak Danıştay, idarenin kısa mesafeli içme suyu havzasında bulunan fabrikanın yapımı aşamasında gerekli denetimleri yapmaması, yapının tamamlanması ve içerisinde bulunan makine ve teçhizatın kurulmasına kayıtsız kalmasını, pozitif koruma önlemlerini yerine getirmeme olarak değerlendirmiş ve fabrika enkaz bedelinin davacıya tazmin ettirilmesine hükmetmiştir. Öte yandan Danıştay, tahliye ya da yıkım kararı alınmadan fabrikanın mühürlenmesi ve bu kapsamda fabrikada bulunan makine ve teçhizatın etkin bir şekilde kullanılmasının engellenmesini de mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁹².

2. İdarenin Parselasyon Yapmaya Zorlanabilmesi Yoluyla Mülkiyet Hakkının Korunması

3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Arazi ve Arsa Düzenlemesi" başlıklı 18. maddesine göre, imar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya (...) belediyeler yetkilidir⁹³. Belediyeler düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımını sırasında, bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında "düzenleme

⁹¹ AİHM., Öneriyıldız v. Türkiye, BN. 4839/99, T. 30.11.2004.

⁹² Dan.6.D., 27.06.2013, E. 2012/3972, K. 2013/4556, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹³ Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise, belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.

ortaklık payı” olarak düşülebilir⁹⁴. Aynı Kanun’un “*Parselasyon Planlarının Hazırlanması ve Tescili*” başlıklı 19. maddesi ise, parselasyon yapılması ve tescilini düzenlemektedir. Buna göre, “*İmar planlarına göre parselasyon planları yapılıp, belediye ve mücavir alan içinde belediye encümeni, dışın-da ise il idare kurulunun onayından sonra yürürlüğe girer. (...)*” Görüleceği üzere parselasyon işlemi, imar sınırı içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazilerin, malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, yeniden imar planına uygun ada ve parsellere ayrılması suretiyle, inşaata veya diğer kullanım şekillerine uygun imar parselleri oluşturulması amacıyla yapılır. Parselasyonun amacı imar planına uygun imar parseli oluşturmaktır⁹⁵. Parselasyon işlemlerinde alınan kamu ortaklık payının amacı ise, düzenleme alanı kapsamında ihtiyaç duyulan kamu hizmetlerinin karşılanmasına parsel maliklerinin katılımını sağlamaktır⁹⁶.

Danıştay 6. Dairesi’nin 2009/9047 esas ve 2013/3 karar sayılı kararındaki uyuşmazlık konusu olayda davacı, taşınmazının tevhit edilmesini, bunun mümkün olmaması ihtimalinde 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca arazi ve arsa düzenlemesi yapılmasını talep etmiş, ancak başvurusu reddedilmiştir.

Somut olaydaki uyuşmazlıkta, mevcut imar planına göre davacının taşınmazında, komşu parseldeki taşınmazla tevhit edilmeden, uygulama yapılamaması mümkün değildir. Ancak komşu parsel maliklerinin muvafakati bulunmadığından, davacı tarafından belediyeye yapılan İmar Kanunu madde 18 başvurusu, bu başvurunun en az ada bazında yapılabileceği gerekçesiyle, reddedilmiş ve tevhit işlemi yapılamamıştır. Dolayısıyla, davacıya ait taşınmazda uygulama yapılamaması sonucu mülkiyet hakkı belirsiz bir zaman dilimi boyunca kısıtlanmıştır. Danıştay bu kısıtlılık halinin mülkiyet hakkının özüne zarar verdiği hükmetmiştir⁹⁷.

⁹⁴ İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlemesi İle İlgili Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre, “*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler, belediye encümeni kararı ile dışında valilikler, il idare kurulu kararı ile; 5 yıllık imar programlarında öncelik tanımak ve beldenin inkişaf ve ihtiyaç durumuna göre, yeterli miktarda arsayı, konut yapımına hazır bulunduracak şekilde düzenleme sahalarını tespit etmek ve uygulamasını yapmak mecburiyetindedir. (...) Belirlenen düzenleme sahası bir müstakim imar adasından daha küçük olamaz.. (...)*”

⁹⁵ Dan.6.D. 16.04.2008, E. 2006/2217, K. 2008/2361; Dan.6.D. 17.01.2000, E. 1998/6414, K. 2000/106, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁶ Dan.6.D. 16.04.2010, E. 2008/5832, K. 2010/3900, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁷ Dan.6.D. 17.01.2013, E. 2009/9047, K. 2013/3, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Danıştay 6. Dairesi, 2012/3814 esas ve 2013/7931 karar sayılı kararında, imar planı değişikliği yapılan alanda, bu plana uygun parselasyon yapılmasının, o alanda yaşayan taşınmaz malikleri bakımından bir hak olduğunu vurgularken, AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesine atıf yapmıştır. Danıştay, yeni plana göre parselasyon işlemi yapılmadan yapı ruhsatı verilemeyeceğinden bahisle, imar planlarının yapılmasından sonra parselasyon yapılarak, plana uygun yapılaşma olabilecek imar parsellerinin oluşturulmasının zorunluluk olduğunu kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle, imar planında değişiklik yapıldığında idare parselasyon yapmaya zorlanabilecektir⁹⁸.

3. Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Alanlarında Bulunan Taşınmazlara dair Mülkiyet Hakkının Korunması

Kentsel dönüşüm kanunu olarak anılan, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, iyileştirme, tasfiye ve yenileme faaliyetlerini düzenleyen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un yanı sıra 5303 sayılı Belediye Kanunu da kentsel dönüşüm uygulamasına dair düzenlemeler içermektedir. Belediye Kanununun 73. maddesinde belediyelere, kentin gelişimine uygun olarak eskiden kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek; konut alanları, sanayi ve ticaret alanları, teknoloji parkları ve sosyal donatılar oluşturmak, deprem riskine karşı tedbirler almak veya kentin tarihî ve kültürel dokusunu korumak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulama yetisi verilmiştir. Kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine konu olacak alanlar, belediye meclisinin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile ilan edilmektedir. Belediye Kanunu kapsamında yapılan kentsel dönüşüm faaliyetlerinde yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Başka bir ifadeyle belediye meclisi tarafından kentsel dönüşüm kapsamına alınan taşınmazların malikleriyle öncelikle antlaşma yolu denenecek, antlaşma sağ-

⁹⁸ Parselasyon yapılmasının idare tarafından gerekli görülmediği hallerde, arsanın kullanımının olanaksız hale gelmesi durumunda idarenin kamulaştırmaya zorlanabileceği Danıştay içtihadında kabul edilmiştir. “Her ne kadar, uyumsuzluk konusu olayda, davacılar parselinin yukarıda belirtilen gerekçelerle düzenleme dışında tutulmasına ilişkin dava konusu parselasyon işlemlerinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, parselinin tamamı park olan davacıların mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı açık olup bu kısıtlılığın kaldırılması için davalı idare tarafından taşınmazın kamulaştırılması ya da başka bir taşınmaz ile takas edilmesi, veya daha sonra bölgede yapılacak yeni bir parselasyon işlemine dahil edilmesi gerektiği tabidir.” (Dan.6.D. 20.02.2014, E. 2010/7377, K. 2014/1261, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

lanamaması halinde kamulaştırma usulü izlenecektir. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı, kamu yararı amacıyla Anayasaya uygun olarak yasayla sınırlandırılabilir. Buna karşılık, Belediye Kanunu'nun 73. maddesinde yer alan düzenleme imar planında kamu kullanım alanları ile sosyal ve teknik altyapı alanlarına ayrılan taşınmazların yanında, konut ve ticaret gibi kullanımlara ayrılan taşınmazların da sadece kentsel gelişim ve dönüşüm alanında kalması sebebiyle kamulaştırılmasına imkan vermektedir. Kamulaştırmaya ilişkin Anayasal düzenleme dikkate alındığında ise, *“imar planında kamu kullanım alanları ile sosyal ve teknik altyapı alanlarına ayrılan taşınmazların kamulaştırılması esas iken konut ve ticaret kullanımlara ayrılmış bir taşınmazın sadece kentsel gelişim ve dönüşüm alanında kaldığı sebebiyle kamulaştırılıp kamulaştırılmayacağı”* sorunu gündeme gelmektedir.

Yukarıda açıklanan sorunun çözümüne ilişkin olarak, Danıştay 6. Dairesi, 2012/3492 esas ve 2013/5107 karar sayılı kararında, Belediye Kanunu'nun 73. maddesi kapsamında yapılan kentsel gelişim ve dönüşüm uygulamalarının, Anayasa'nın 35. maddesi ve AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün 1 maddesinde korunan mülkiyet hakkıyla bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir. AİHS Ek 1 nolu Protokole atıf yapan Mahkeme, *“Mülkiyetin Korunması”* başlıklı 1. madde uyarınca gerçek ve tüzel kişilerin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğunu ve bu hakkın ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara uygun olarak sınırlandırabileceğini vurgulamıştır. Bu kapsamda Danıştay öncelikle, imar planında konut alanında kalan taşınmazın kentsel gelişim ve dönüşüm alanında kaldığından bahisle 5393 Sayılı Kanunun 73. maddesindeki *“taşınmazların kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır”* hükmünün uygulanmayarak olağan kamulaştırma usulünün uygulanmasının hukuka aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle, kentsel dönüşüm alanında kalan taşınmazların kamulaştırılmasında öncelikle antlaşma yolu denenecek, antlaşmaya varılamaması halinde olağan kamulaştırma usulü uygulanacaktır.⁹⁹ Somut olayda, 5393 sayılı Kanun'da yer alan usulün, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda yer alan olağan kamulaştırma usulüne göre öncelikli olarak uygulanacağını vurguladıktan sonra Danıştay daha da ileri giderek, Anayasa'nın madde 90/5 hükmünden bahisle, kararında *“Kamulaştırmanın imar planına ya da kamu yararı kararına dayalı olarak idarelerin görmekle yükümlü buldukları görevleri yerine getirmek amacıyla ancak kamu yararı amacıyla yapılabilmesi, İnsan Haklarının ve*

⁹⁹ Dan.6.D., 23.09.2013, E. 2012/3492, K. 2013/5107, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere herhangi bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine göre mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceği ve imar planında konut alanı olarak belirlenen bir taşınmazdaki bu kullanım türünü davacının da uygulamaya geçirebileceği göz önüne alındığında sadece kentsel dönüşüm ve gelişim alanında kaldığından bahisle taşınmazın kamulaştırılamayacağı sonucuna ulaşıldığından davaya konu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.” ifadelerine yer vermiştir. Buna göre Danıştay imar planında konut ve ticaret alanında kalan kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarında, 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesinde yer alan kamulaştırma usulünün uygulanamayacağını öngörmüştür¹⁰⁰.

Danıştay'ın bu kararıyla, Anayasa'nın 35. maddesi, AİHS Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi ve 2942 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan düzenlemeler arasında oluşabilecek çelişkiler bakımından kategorik bir ayırım yaptığı söylenebilecektir. Buna göre, kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarında kalan taşınmazlardan imar planında kamu kullanım alanları ile sosyal ve teknik altyapı alanlarına ayrılanların kamulaştırılmasında antlaşma usulünün uygulanması zorunludur. Buna karşılık, kentsel dönüşüm ve gelişim alanlarında kalan taşınmazlardan imar planında konut ve ticaret alanında kalanların kamulaştırılması mümkün olmaktadır. Bu kararıyla Danıştay, Anayasa'nın 90. maddesinde öngörüldüğü şekliyle AİHS ve AİHM içtihadını, 5393 sayılı Kanun'da öngörülen düzenlemeye nazaran öncelikli olarak uygulayarak uyumsuzluğu çözmüştür.

4. Mülkiyet Hakkı Çerçevesindeki Kazanılmış Hakların Korunması

Danıştay 14. Dairesi'nin 2011/14794 esas ve 2013/1444 karar sayılı kararında, düzenli şehirleşmenin sağlanması bakımından, inşa edildiği tarihte yürürlükte olan plana ve ruhsata uygun olarak inşa edilen yapıların, bu planın hukuka aykırı olduğu tespit edilerek, iptal edilmesi durumunda, malikin kazanılmış hakkın bulunup bulunmadığı incelenmiştir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesine göre, “(...) ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, (...) üzerine, (...) Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. (...) Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş, olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruh-

¹⁰⁰ Dan.6.D., 23.09.2013, E. 2012/3492, K. 2013/5101, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

sata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir. Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, (...) yıktırılır (...).” Uyuşmazlık konusu olayda davacı, usulüne uygun olarak yapı ruhsatı almış ve yapıyı bu ruhsata uygun olarak tamamlayarak yapı kullanım izni almıştır. Ancak daha sonraki tarihli idare mahkemesi kararıyla, söz konusu imar planı ve yapı ruhsatı iptal edilmiştir. Yapı kullanma izninin iptal edilmesi sonucunda yapı hakkında yıkım kararı verilmiştir. Somut olaydaki uyuşmazlık, ruhsatın dayanağı olan düzenleyici işlemin yargı yeri tarafından iptal edilmesi sonucu tesis edildiği tarih itibarıyla hiç var olmamış gibi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmasından kaynaklanmaktadır. Yargı makamı tarafından iptal edilen plana uygun olarak verilen inşaat ruhsatının iptal edilmesi halinde; her ne kadar ruhsat işlemi tesis edildiği tarihteki plana uygun ise de, hukuka aykırılığı saptanan plana ilişkin verilen iptal kararı imar planını geriye etkili olarak yürürlükten kaldıracığından, inşaat ruhsatının da hukuki dayanağı kalmayacak ve iptali gerekecektir¹⁰¹.

Kıyıda yer alan taşınmazın hukuka aykırı şekilde özel mülkiyet konusu yapılarak tapuya kaydedilmesinin ardından, taşınmazın sahibine tazminat ödenmeksizin hazine adına kaydedilmesi üzerine açılan davada AİHM, malın değerine uygun makul bir bedel ödemediği başvuranın mülkiyet hakkından mahrum kalmasını Sözleşme'nin ihlali olarak nitelendirmiştir¹⁰². AİHM, davacıya tazminat ödenmemesi ihtimalinde, mülkiyetin korunması ile kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulacağına hükmetmiştir. Başka bir uyuşmazlıkta ise AİHM, tapu siciline güvenerek taşınmazı satın alan kişinin taşınmazının ruhsatsız olduğu ve koruma alanında kaldığı gerekçesiyle, bedel ödenmeksizin idare tarafından yıkılması işlemini değerlendirmiştir. Kararda AİHM, müdahalenin mülkiyet hakkı ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurması gerektiğini, orantılı bir tazminat ödenmeksizin mülkten mahrum bırakılmanın Sözleşme'yi ihlal edeceğini vurgulamıştır¹⁰³.

AİHM kararlarını bir arada değerlendiren Danıştay, sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması amacıyla, yürürlükte olan plana aykırı inşa edilmiş olan yapının, inşa edildiği tarihte yürürlükte bulunan plana ve ruhsata uygun

¹⁰¹ Aynı yönde Danıştay kararı için Bkz. Dan.14 D. 12.12.2012, E. 2011/13513, K. 2012/9867 aktaran Şimşek, op.cit., s. 151.

¹⁰² AİHM., *Nastou v. Yunanistan*, BN. 51356/99, T. 16.01.2003.

¹⁰³ *N.A. ve Diğerleri v. Türkiye*, BN. 37451/97, T. 11.08.2005.

olarak inşa edilmiş olması ihtimalinde dahi; kazanılmış hak oluşmayacağını vurgulamıştır. Taşınmazın yıkılmasına hükmetmiştir. Ancak, mülkiyet hakkının korunması bakımından, hukuka aykırı şekilde plan oluşturan ve bu plana göre ruhsat veren idarenin kusurlu davranışı nedeniyle, iyi niyetli kişilere yıkıma konu taşınmazın bedelinin ödenmesi gerekmektedir¹⁰⁴.

B. Sözleşme'ye Ek Protokollerde Bulunmamakla Birlikte AİHM İçtihadıyla Koruma Altına Alınan Bir Hakka İlişkin Etkiler: Sosyal Güvenlik Hakkının Korunması

Sosyal güvenlik hakkı Anayasanın 60. maddesinde düzenlenmiş olup, bu hak kapsamında Devletin, “ (...) bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri al(ma) ve teşkilatı kur(ma)” yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal güvenlik hakkının Anayasa'nın Üçüncü Bölümünde yer alan “*Sosyal ve Ekonomik Haklar*” arasında düzenlenmesinin bir sonucu, bu hakkın Türk hukukunda sosyal hak, başka bir ifadeyle ikinci kuşak hak olmasıdır. Gerek hakkın kapsamı ve gerek Devletin bu hakkın yerine getirilmesindeki yükümlülüklerinin tespiti bakımından bu durum önem taşımaktadır¹⁰⁵. AİHS ya da Sözleşme'ye ek protokollerde ise sosyal güvenlik hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, AİHS'in esas olarak kişinin haklarını güvence altına alıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Danıştay içtihadı incelendiğinde, AİHS ile AİHM içtihadına atf yapılan kararlarda, sosyal güvenlik hakkının mülkiyet hakkı ile kişi güvenliği ve dokunulmazlığı hakkıyla ilişkilendirilerek Sözleşme kapsamında güvence altına alındığı dikkat çekmektedir. Başka bir deyişle, sosyal güvenlik hakkı, AİHS'in 5. maddesi ile güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkı ve Sözleşme'nin Ek 1 nolu Protokolünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının alt unsuru olarak Sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁶. Danıştay da kararlarında genişletici yorum yaparak sosyal güvenlik hakkını Sözleşme kapsamında değerlendirmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Dan.14.D., 28.02.2013, E. 2011/14794, K. 2013/1444, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰⁵ Zira, Anayasa'nın 65. maddesine göre Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

¹⁰⁶ H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009, s. 440 vd.

¹⁰⁷ “Türkiye'nin de onaylayarak taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Eki Ek 1 Nolu Protokol çerçevesinde sosyal güvenlik hakkı mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmekte-

Danıştay 11. Dairesi'nin 2011/4496 esas ve 2013/9926 karar sayılı kararında, sosyal güvenlik hakkının AİHS Ek 1 nolu Protokol çerçevesinde mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiği vurgulanmıştır. Kesenek veya primleri ödenmek suretiyle çalışılan sürelerin ilgililer bakımından mülkiyet nitelikli menfaat doğurduğu kararda vurgulanmıştır¹⁰⁸. Karardaki karşı oy yazısında, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkı ile Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı arasında bağlantı kurduğu AİHM içtihadına vurgu yapılmıştır. Buna göre, Devletin, ekonomik ve sosyal faaliyetlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde, yaşam hakkını ortadan kaldıran veya kısıtlayan kurallar koyamayacağına hükmedilmiştir¹⁰⁹. Bu bağlamda, karşı oy yazısında, sosyal güvenlik hakkının yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı bağlamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

SONUÇ

Anayasa'nın 90. maddesi gereği Türk ulusal hukukunun bir parçası olarak kabul edilen AİHS ve Sözleşme'ye uygunluk denetimi yapan AİHM tarafından verilen kararlar, idari yargılama hukukunu gittikçe daha fazla etkilemektedir. Söz konusu etki, anayasal bir zorunluluk olmanın yanında, hukuk devleti olabilmek bakımından da bir gerekliliktir. Ancak belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin öngördüğü hukuk düzeninin uygulamaya geçmesi amacıyla atılan adımların henüz yeterli olduğu söylenemez. İdari yargı makamları, kamu düzeni ile ulusal gerek ve ihtiyaçları sebep göstererek ulusal mevzuatı, Sözleşme'nin önünde tutma yolunda eğilime sahiptir. AİHS'in ve AİHM iç-

dir. Sözleşme hukuku bakımından ilgililer tarafından, kesenek veya prim ödenmek suretiyle çalışılan sürelerin mülkiyet nitelikli menfaat doğurduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin, (...) sayılı kararında da benzer bir bakış açısı ile Anayasa'nın 60. maddesinde yer verilen sosyal güvenlik hakkının insanların yarınlarını güvenceye alma düşüncesiyle gelirleri ne olursa olsun, çalışma hayatı boyunca ve sonrasında karşılaşılabilecekleri yaşlılık, analık, kazâ, malûllük, hastalık gibi sosyal riskler karşısında asgari ve insanca yaşama düzeyi sağlama amacına yönelik ve bireyin mutluluğuna hizmet eden en temel araçlardan biri olduğu belirtilerek, Anayasa'nın 60. maddesinde tanınan "sosyal güvenlik hakkı", yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı" ile bağlantılı olduğundan, Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde yaşam hakkını ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar koyamayacağı gerekçesine yer verilmiştir" (Dan.11.D. 26.11.2014, E. 2014/1363, K. 2014/7360, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.)

¹⁰⁸ Dan.11.D., 13.11.2013, E. 2011/4496, K. 2013/9926, Bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁰⁹ AYM., E. 1998/35, K. 1998/70, T. 17.11.1998.

tihadının ulusal yargı makamlarınca uygulamasının artması bakımından öncelikle AİHM içtihadının şimdiye kadarki etkilerinin incelenmesi yarar sağlamaktadır.

Danıştay'ın güncel kararlarında, özellikle belli sözleşmesel hak ve özgürlükler bakımından AİHM içtihadına atıf yapıldığı dikkat çekmektedir. Bunlar din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, sendika hakkı, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı olarak sayılabilir. Özellikle adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkına ilişkin çok sayıda kararda AİHM içtihadıyla paralel bir tutum izleyen Danıştay, kararının gerekçesini doğrudan AİHM'in gerekçelerinden almaktadır.

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak Danıştay, AİHM'in idari yargılama hukuku kurallarının şekilci yorumlanmaması yönündeki kararlarına atıf yapmış; İYUK'un, özellikle sürelerle ilişkin, hükümlerinin esnek bir şekilde yorumlanması gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Bunun yanında Danıştay'ın AİHM içtihadına sayıca en çok atıf yaptığı hak ise mülkiyet hakkıdır. Mülkiyet hakkına idare tarafından getirilen belirsiz süreli sınırlamalar, Danıştay'ın AİHM içtihadından en çok etkilendiği uyuşmazlık konusudur. İdare tarafından yapılan imar planı veya koruma alanı olarak ilan etme gibi işlemlerin kişilerin mülkiyet hakkını sınırlamasını ve belirsiz süreli olarak taşınmazların kullanımını önemli ölçüde kullanılamaz hale getirmesini Danıştay, AİHM'in gerekçelerini tekrarlayarak mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

Mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkından başka Danıştay, idarenin denetimi altındaki kişilerin yaşamının korunmasında azami özenin gösterilmemesini hizmet kusuru olarak nitelendirirken, AİHM'in yaşam hakkına dair kararlarına gönderme yapmıştır. Öte yandan Danıştay, Milli Eğitim Bakanlığı müfredatında verilen din eğitiminin Anayasa'da öngörülen din kültürü ve ahlak bilgisi dersi ile bağdaşmadığını; dolayısıyla bu dersin tüm öğrencilere zorunlu tutulmasının hukuka aykırı olduğuna ilişkin kararında, aynı konuya ilişkin AİHM'in Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarındaki hukuki tespitleri yinelemiştir.

Türk hukukundan farklı olarak sendika hakkını ayrı bir hak olarak öngörmeyen ve dernek kurma özgürlüğünün bir alt unsuru olarak niteleyen AİHM, sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesinin ya da farklı muamele yapılmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağını vurgulamıştır. Benzer uyuşmazlıklara ilişkin verdiği kararlarında

AİHM içtihadındaki hukuki tespitleri vurgulayan Danıştay, Sözleşmesel dernek kurma hakkının yanında, Türk hukukunda sosyal hak olarak düzenlenen sendika hakkının da ihlal edildiğine hükmetmiştir. İfade özgürlüğüne dair kararlarında ise Danıştay, özellikle televizyon kanallarına verilen uyarma ve kapatma cezalarının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi sırasında, içtihadını AİHM standartlarına uygun hale getirmiştir.

Sözleşme'nin uygulanmasına dair tutumunu değerlendirdiğimizde, ulusal mevzuattaki düzenlemelerin, temel hakların açıkça ihlaline sebep olduğu hallerde Danıştay'ın AİHM içtihadına atıf yaptığı; AİHS standardına tam olarak ulaşmak yönünden ise henüz başlangıç aşamasında olduğu söylenebilir. Danıştay, özellikle hakkaniyete aykırı sonuçlar yaratan uygulamaların önüne geçmek amacıyla bir destek norm olarak gördüğü AİHM içtihadından yararlanmıştır. Buna karşılık, AİHM içtihadına vurgu yapmakla birlikte, bu içtihadı aykırı gerekçeye sahip Danıştay kararına da rastlanmamıştır. Bu durum, Danıştay'ın yalnızca yararlanmak istediği AİHM içtihadını değerlendirmeye aldığını; buna karşılık kuracağı hükme aksi yönde olan AİHM kararlarına hiç değinmediğini ortaya koymuştur. Kanaatimizce, Danıştay'ın aksi yönde karar verdiği hallerde dahi AİHM içtihadına yer vermesi özellikle içtihadını geliştirebilmesi bakımından daha yararlı olurdu.

Danıştay kararları, AİHM içtihadının Türk hukukunda uygulanması hususunda istekli olunduğunu, ancak idari yargıda henüz tam anlamıyla ölçü norm haline gelmediğini ortaya koymaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, özellikle adil yargılanma hakkına ilişkin AİHM kararlarından etkilenen Danıştay, yargılama hukuku anlamında İYUK hükümlerini aşan uygulamalar benimsemiştir. Bu durumun kanun koyucuya gerekli düzenlemeleri yapmayı yüklediği şüphesizdir. Bu durumun kanunilik ilkesi ile bağdaşırılığı tartışmalıdır. İdari yargılama usulü ve idare hukuku mevzuatının AİHS ve AİHM içtihadına paralel hale getirilmesi için yapılması gereken düzenlemeler ise ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYÜREK, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2012, S. 101.
- BÜLBÜL, Erdoğan, “Perde - Yasa Kuramının Türk Hukukunda Uygulanabilirliği,” Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No: 4, 2003.
- ÇINAR, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2004, S. 55.
- DİJK, Pieter van, HOOE, Fried van, RİJN, Arjen van, ZWAAK, Leo, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th edition, Intersentia, Oxford: Intersentia Press, 2006.
- ERMUMCU, Osman, “Türk İdari Yargısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması“ Danıştay Dergisi, S. 138, 2015.
- GEMALMAZ, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz, Ankara: İnsan Hakları El Kitapları No: 2.
- ÖKTEM, Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, İstanbul: Liberte Yayınları, 2002.
- ŞAHİN, Yahya, Danıştay Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Sınırlamaları, www.anayasa.gov.tr. (Erişim Tarihi: 11.08.2016)
- ŞİMŞEK, Tacettin, “Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM’ın Etkisi”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 4, S. 7, Y. 2015.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

ÖZEL HUKUK

Fransız Hukuku'nda Uyuşmazlıkların Dostane Çözüm Yolları

Yard. Doç. Dr. Nur BOLAYIR*

Özet: Fransız Medenî Usûl Kanunu'nda acil bir durumun varlığı veya kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, tarafların dava açmadan önce dostane çözüm yollarına başvurmaları zorunlu kabul edilmiştir. Arabuluculuk, uzlaşma, tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi dostane çözüm yolları olarak belirlenmiştir. Uyuşmazlığın arabuluculuk, uzlaşma veya tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi sonucunda çözüme kavuşturulması halinde, taraflar vardıkları anlaşmayı uyuşmazlığa bakmaya görevli olan hâkimin onayına sunarak, anlaşmaya icraî nitelik kazandırabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Dostane çözüm yolları, arabuluculuk, uzlaşma, tarafların ve avukatların katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi, anlaşmanın icraî niteliği.

Alternative Dispute Resolution in French Law

Abstract: In French Civil Procedure Law, it's obligatory for the parties to address to alternative dispute resolution, except in case of an urgent situation or some litigations about public order, before filing of an action. Mediation, conciliation, resolution of disputes by the parties and their lawyers are the methods of alternative dispute resolution. At the end of these methods, the parties could apply to the judge to authenticate the agreement; so the agreement has an executive power.

Keywords: Alternative dispute resolution, mediation, conciliation, resolution of disputes by the parties and their lawyers, executive power of the agreement.

Yayın Geliş Tarihi: 29.10.2016; Yayına Kabul Tarihi: 08.11.2016

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Fransız Hukuku'nda 20 Ocak 2012 tarihli ve 2012/66 sayılı kararnameyle Yeni Medenî Usûl Kanunu'na (*Nouveau code de procédure civile-NCPC*) “uyuşmazlıkların dostane çözüm yolu” başlıklı 5. bir kitap eklenmiş ve Kanun'un 1528 ilâ 1567. maddelerinde bu hususta düzenlemeler öngörülmüştür. İlgili hükümler, Resmî Gazete'de yayınlanarak 23 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹.

14 Mart 2015 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanıp yürürlüğe girmiş olan 11 Mart 2015 tarih ve 2015/282 sayılı kararnameyle ise, dava açılmadan önce dostane çözüm yollarına başvurulması zorunlu kılınmıştır. Bu çerçevede 1 Nisan 2015 tarihinden itibaren dostane çözüm yollarına girildiği ve söz konusu denemenin başarısızlıkla sonuçlandığı belgelenmeden hiçbir şekilde dava açılmayacağı kabul edilmiştir. NCPC. m. 127'de belirtildiği üzere, davacı dostane çözüm yollarına ilişkin teşebbüste bulunduğunu dava dilekçesinde ortaya koyamadığı takdirde, hâkim kendiliğinden bir arabulucu² veya uzlaştırıcı³ tayin edecektir. Davacı veya vekili, dava açarken uyuşmazlığı dostane yollarla çözmek için gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etmeli veya acil bir durumun varlığına ya da kamu düzenini ilgilendiren bir uyuşmazlığa

¹ Jérôme Cassey, Le décret du 20 Janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends: que d'opportunités à saisir!, Gazette du Palais, 23.06.2012, no:175, s.1 (<https://www.lextenso.fr/lextensoools/print>).

² NCPC.m.131-2'ye göre, arabuluculuk faaliyeti uyuşmazlığın tamamına veya bir kısmına ilişkin olabilmekte; arabulucuya başvurulması, hâkimin her zaman gerekli gördüğü önlemleri alabilmesine engel teşkil etmemektedir. NCPC.m.131-6/f.I uyarınca, hâkim arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin kararında, arabulucuya başvuru hususunda tarafların rıza gösterdiklerini belirtmekte; arabulucuyu görevlendirmekte ve görevinin ne kadar süreceğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, NCPC.m.131-3'de öngörüldüğü üzere, arabuluculuk sürecinin üç aydan fazla sürmemesi gerekmele birlikte, arabulucu önceden arabuluculuk için öngörülmuş sürenin bir kereye mahsus olmak üzere, o süre kadar uzatılmasını talep edebilmektedir. Hâkim, taraflardan birinin talebi veya arabulucunun önerisi üzerine arabuluculuk sürecini sonlandırabildiği gibi, arabuluculuk faaliyetinin iyi işlemediği kanaatine vardığı anda, süreç re'sen son verebilmektedir. Arabulucu, görev süresi sona erdiğinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığa bir çözüm bulup bulamadıkları hususunda hâkimi yazılı olarak bilgilendirmektedir. Taraflar arasında bir anlaşmaya varılması halinde, önce harekete geçen taraf veya tüm taraflar, arabulucu tarafından düzenlenmiş olan anlaşma tutanağının onaylanmasını hâkimden talep edebilmektedirler (NCPC. m. 131/10- 131/11-131/12).

³ NCPC. m.129 uyarınca, uzlaşma faaliyeti, kural olarak hâkimin belirttiği yerde ve zamanda, onun öngördüğü şartlar dâhilinde icra edilmekte; uzlaştırıcı tarafları uzlaşmanın konusu ve uzlaşma süreci hakkında bilgilendirmektedir.

dayanarak dostane çözüm yollarına başvurudan kaçınabilme hususunda haklı bir sebebi olduğunu ortaya koymalıdır⁴.

NCPC. m.1528’de bir uyuşmazlığın taraflarının, kendi istekleri ve bu kitabın öngördüğü şartlar doğrultusunda bir arabulucunun, uzlaştırıcının veya tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminde (*procédure participative*) avukatlarının huzurunda, uyuşmazlığı dostane yollardan çözebilecekleri belirtilmiştir⁵. NCPC. m.1529’da ise, bu kitabın ilgili hükümlerinin adlî yargıdaki medenî, ticarî, sosyal veya kırsal kesime ilişkin uyuşmazlıklar hakkında, uyuşmazlık konusunun parasal değeri önemli olmaksızın⁶, anılan hususlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, uygulama alanı bulacağı ortaya konulmuştur. Ayrıca, sözü geçen maddede bu hükümlerin, Medenî Kanun’un 2066. maddesinin 3. fıkrası⁷ saklı olmak üzere, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar⁸ hakkında da tatbik edileceği ifade edilmiştir.

-
- 4 Dominique **Lopez-Eychenié**, Depuis le 1^{er} Avril 2015, il faut justifier d’une tentative de résolution amiable des conflits pour pouvoir saisir un juge, 16.03.2015 (<http://www.village-justice.com/articles/partir-1er-avril-2015-faudra,19199.html>). NCPC.m.56’da dava dilekçesinin unsurları sayılmış ve dava dilekçesinde, dostane çözüm yollarına başvurudan kaçınabilme hususunda haklı bir sebep teşkil eden acil bir durumun ya da kamu düzenini ilgilendiren bir uyuşmazlığın varlığı hariç olmak üzere, uyuşmazlığın dostane yollarla çözülmesi için özen gösterildiğinin de belirtilmesi gerektiği ortaya konulmuştur.
- 5 Belirttiğimiz dostane çözüm yollarından hangisinin uygulanacağına uyuşmazlığın niteliği dikkate alınarak en doğru şekilde tarafların avukatlarınca karar verilebilecektir. Avukat tarafından böyle bir seçimin yapılmasının ardından uyuşmazlığın dostane yollardan çözümlenmesi teklif edilecektir. Söz konusu teklifin yazılı olarak yapılması, mahkeme nezdinde dostane çözüm yollarına dair teşebbüste bulunulduğunun ispatı bakımından kolaylık sağlayacaktır. Karşı tarafın susması veya teklifi reddetmesi halinde doğrudan hâkim önünde yargılamaya başlanacaktır. Dostane çözüm yollarına başvurulup bir sonuç alınmaması halinde ise, sürecin başarısızlıkla sonuçlandığı arabulucu veya uzlaştırıcı ya da avukatların katılımı halinde, avukatlar tarafından bir raporla tutanak altına alınacaktır (**Lopez-Eychenié**, <http://www.village-justice.com/articles/partir-1er-avril-2015-faudra,19199.html>).
- 6 Christophe M. **Courteau**, Conciliation et médiation conventionnelle: solutions pour sortir de la confusion, 1^{er} Avril 2015, Village de la Justice Village-justice.com, s.2.
- 7 Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine ilişkin düzenleme getiren Medenî Kanun’un 2066.maddesine göre taraflar uyuşmazlıklarını kısmen veya tamamen çözen anlaşmayı hâkimin onayına sunabilecekler; taraflar anlaşmaya varamadıkları takdirde uyuşmazlığı hâkimin önüne getirecekler ve bundan böyle uzlaşma veya arabuluculuk yoluna başvuramayacaklardır. Ancak, maddenin 3. fıkrasında tarafların anlaşamamaları halinde, uyuşmazlığı hâkimin önüne getireceklerine, uzlaşmaya veya arabuluculuğa başvuramayacaklarına ilişkin düzenlemenin iş hukukundan doğan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı belirtilmiştir.
- 8 İş hukukunda uyuşmazlıkların dostane çözüm yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Benjamin **Krief**, Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux États-Unis, La Semaine Juridique Social no:15, 9 Avril 2013, s.2 vd. (Lexis Nexis SA).

Dostane çözüm yolları Medenî Usûl Kanunu'nda üç ana başlık altında düzenlenmiş; ilk ana başlıkta arabuluculuk ile uzlaşmaya ilişkin hükümlere yer verilmiş; ikinci ana başlıkta tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine ilişkin hükümler ortaya konulmuş; üçüncü ana başlıkta ise ortak hükümlere değinilmiştir. Çalışmamızda biz de Kanun'da belirtilen bu hususları üç ana bölümde inceleyeceğiz; dördüncü bölümde ise, Fransız Hukuku'ndaki hükümlerle, Türk Hukuku'ndaki hükümler arasında bir karşılaştırma yapacağız.

I- Arabuluculuk ve Uzlaşma

NCPC. m.1530'a göre, arabuluculuktan ve uzlaşmadan iki veya daha fazla tarafın uyuşmazlıklarını yargılamanın dışında dostane yollarla kendi seçtikleri, görevini tarafsızca, özenli ve yetkin şekilde yerine getiren bir üçüncü bir kişi aracılığıyla çözmek için anlaşmaya çalıştıkları; 8 Şubat 1995 tarihli Hukukî, Cezaî, İdari Yargılama Teşkilâtı Kanunu'nun 21 ve 21-2 maddeleri⁹ uyarınca gerçekleştirilen bir sürecin anlaşılması gerekmektedir. Kanun'un 1531. maddesi uyarınca, gerek arabuluculuk gerekse uzlaşma 8 Şubat 1995 tarihli anılan Kanun'un 21-3 maddesinde¹⁰ öngörülen şartlar ve usûller dâhilinde gizlilik prensibine tâbidir.

⁹ Anılan Kanun'un 21. maddesinde iki veya daha fazla kişinin kendilerince seçilmiş veya rızaları dâhilinde hâkim tarafından atanmış üçüncü bir kişi olan arabulucu aracılığıyla aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulmak için bir anlaşmaya varmalarına yönelik süreç, arabuluculuk olarak tanımlanmıştır. Kanun'un 21-2. maddesinde ise, arabulucunun görevini tarafsız, yetkin ve özenli olarak ifa edeceği belirtilmiştir. Arabulucunun tarafsızlığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3.Baskı, Ankara 2013, s. 564 vd.; Çiğdem **Yazıcı Tıktık**, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 43 vd.; Elif Kısmet **Kekeç**, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2.Baskı, Ankara 2014, s.61 vd. Arabulucunun görevini özenle ve tarafsız olarak yerine getirmesi hususunda ayrıca bkz. Melis **Taşpolat Tuğsavul**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012, s. 149-151; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1042-1043; Seda **Özsumcu**, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 343 vd.

¹⁰ Anılan Kanun'un 21-3. maddesine göre, tarafların arasında aksine bir anlaşma olmadığı takdirde, arabuluculuk gizlilik prensibine tâbidir. Arabulucunun tespitleri ve arabuluculuk sırasında alınan beyanlar üçüncü kişilere açıklanamamakta; devlet veya tahkim yargılaması sırasında ileri sürülememekte veya kullanılamamaktadır. Ancak, kamu düzenine ilişkin önemli sebeplerin, çocuğun üstün menfaatlerinin, kişinin bedensel veya ruhsal bütünlüğünün korunmasına ilişkin gerekliliklerin bulunması halinde arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın varlığının ya da içeriğinin açıklanması, anlaşmanın uygulanması veya icraya konulması

Medenî Kanun'un 2238. maddesine göre, uyuşmazlığın doğumundan sonra tarafların arabuluculuk veya uzlaşma yoluna başvurmak için kendi aralarında yazılı bir sözleşme yapmaları halinde, bu sözleşmenin akdedildiği andan; sözleşmenin sözlü olarak kurulması halinde ise, arabuluculuğa veya uzlaşmaya ilişkin ilk toplantının yapıldığı tarihten itibaren zamanaşımı kesilmiş sayılmaktadır. Tarafların biri veya her ikisi tarafından ya da arabulucu veya uzlaştırıcı tarafından arabuluculuk veya uzlaşma sürecinin sona erdiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlamaktadır.

A- Arabuluculuk

NCPC. m.1532'de arabulucunun gerçek veya tüzel kişi olabileceği belirtildikten sonra arabulucunun tüzel kişi olması ihtimalinde, arabuluculuk görevini tüzel kişi adına üstlenecek olan gerçek kişinin tarafların anlaşması neticesinde seçileceği öngörülmüştür. Arabulucu olarak seçilecek olan veya arabulucunun tüzel kişi olarak seçilmesi ihtimalinde tüzel kişi adına hareket edecek olan gerçek kişinin haiz olması gereken şartlar, NCPC. m.1533'de sayılmıştır. Buna göre, arabulucu olarak seçilecek olan kişinin ehliyetsiz olmaması, hüküm giymemiş olması, arabuluculuk sicilinden çıkarılmamış olması gerekmekte; ayrıca uyuşmazlığın niteliğine göre arabuluculuk faaliyetinin gerektirdiği mesleki yeterliliğe sahip olması¹¹ aranmaktadır. Arabulucu, yargının dışında faaliyet gösteren bir üçüncü kişi olup ücreti arabuluculuk ücret tarifesine göre taraflarca ödenmektedir; ancak yapılan masraflar gerektiği takdirde adli yardım kapsamında karşılanabilmektedir¹².

NCPC. m.1534'e göre, arabuluculuk süreci sonunda ortaya çıkan anlaş-

için gerekli olduğu takdirde gizlilik prensibine istisna tanınmaktadır. Ayrıca, ilgili hükümde arabulucunun hâkim tarafından tayin edilmesi halinde, arabulucunun hâkimi tarafların bir anlaşmaya varıp varmadıkları hususunda bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Arabuluculukta gizlilik prensibine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yazıcı Tıktık**, s. 51 vd. Gizlilik prensibi hakkında ayrıca bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.134 vd.; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 572 vd. ve 1052 vd.; **Özmumcu**, s.304 vd.; **Kekeç**, s.77 vd.;

¹¹ Bu hususta en çok mesleki yeterliliğe sahip olanlar, hukukçular olmakla birlikte, madde metninde arabulucunun hukukçu olması şart koşulmamış; arabulucu olmak için belli bir meslek grubuna mensup olmak aranmamıştır (**Casey**, s. 2).

¹² **Courteau**, s.3. Béatrice **Gorchs-Gelzer**, L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions, 15 Mars 2016, http://www.ca-paris.justice.fr/art_prix/BGelzer-colloque-conciliation-CAP-15mars2016.pdf, s.12.

ma ise, tarafların tamamınca veya diğerlerinin açık rızasıyla taraflardan biri tarafından hâkime onaylanması için sunulmaktadır¹³.

B- Uzlaşma

20 Mart 1978 tarihli ve 78-381 sayılı kararnameye göre, uzlaştırıcı en az üç yıllık hukukî deneyime sahip olmalı; medenî ve siyasal hakları kullanma ehliyetini haiz olmalıdır. Uzlaştırıcı, yemin ederek görevine başlamakta; yemin sırasında görevini doğru ve dürüst bir şekilde ifa edeceğini taahhüt etmektedir¹⁴. Uzlaştırıcı, gerek ilk derece mahkemesi gerekse istinaf mahkemesi nezdinde kamu hizmetinde bulunan yargı görevlisi olarak çalışmakta; bu sebeple uzlaştırma yoluna başvuran tarafların uzlaştırıcıya herhangi bir ücret ödemeleri gerekmemektedir¹⁵.

NCPC. m.1537 ve 1538’de belirtildiği üzere, her gerçek veya tüzel kişi tarafından uyuşmazlığın çözümü için uzlaştırıcıya müracaat edilebilmekte; bunun üzerine uzlaştırıcı ilgilileri davet etmekte; ilgililerin onayıyla uyuşmazlık konusunun bulunduğu mahale gidebilmekte ve dinlenilmelerinde yarar görülen kişileri, kabul etmeleri halinde, dinleyebilmektedir¹⁶.

Uzlaştırıcı, tarafların rıza göstermeleri kaydıyla istinaf mahkemesinin yargı çevresindeki başka bir uzlaştırıcının uzlaşma sürecine katılımını sağlayabilmekte; taraflarla yapılan toplantı sırasında uzlaştırıcılar tarafların talepleri hakkında karşılıklı bilgi alış-verişinde bulunabilmekte; sürecin sonunda tarafların anlaşmalarını ortaya koyan tutanak her iki uzlaştırıcı tarafından imzalanmaktadır. Kısmî bir uzlaşma sağlanması halinde bile, bir anlaşma tutanağı düzenlenebilmekte ve bu tutanak taraflar ile uzlaştırıcı tarafından imza

¹³ NCPC. m.1535 uyarınca, arabuluculuk neticesinde varılan anlaşma, Avrupa Parlamentosu ve Konsey’in 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52 sayılı medenî ve ticarî konularda arabuluculuğa ilişkin direktifi uyarınca Avrupa Birliği’ne üye bir devlet nezdinde icra edilebilirlik kazanmışsa, bu anlaşma Fransa’da da tanınmakta ve icraî kabiliyeti haiz olmaktadır.

¹⁴ Adeline **Audrerie**, Médiation et conciliation: quelle distinction en matière juridique, Mémoire de recherche, Toulouse 2015, s.80. NCPC.m.1533’e göre, arabulucunun uyuşmazlığın niteliğine göre arabuluculuk faaliyetinin gerektirdiği mesleki yeterliliğe sahip olması yeterli olmakta; uzlaştırıcının aksine hukuk eğitimi almış olması ve hukukî deneyim sahibi olması aranmamaktadır (**Audrerie**,s.82).

¹⁵ **Courteau**,s.4; **Gorchs-Gelzer**, s.12.

¹⁶ Kanun’da arabuluculuğa ilişkin olarak bu hususta özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, doktrinde arabulucunun da uzlaştırıcı gibi tarafların onayıyla uyuşmazlık konusunun bulunduğu mahale gidebileceği ve dinlenilmelerinde yarar görülen kişileri dinleyebileceği yönünde görüş bildirilmiştir (Soraya **Amrani-Mekki**, Résolution amiable des différends, Gazette du Palais, 26.05.2012, no:147, s. 2 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print); **Audrerie**,s.87.

edilmektedir¹⁷. Uzlaşmanın, uzlaştırıcı ve tarafların biri ya da birden fazlası tarafından imzalanmış, uzlaştırıcının huzurunda düzenlenmiş olan bir anlaşmanın maddelerini içeren bir tutanağın içine kaydedilmesi de mümkündür. Söz konusu durumda, uzlaştırıcı anlaşmanın uzlaşma tutanağının içinde yer aldığını ortaya koymalı ve bunu tutanağa eklemelidir. Uzlaşmanın bir haktan feragat edilmesi sonucunu doğurması halinde ise, ayrı bir tutanağın düzenlenmesi zorunludur. Tutanağın bir örneği, ilgililerden her birine verilmekte; uzlaştırıcı da tutanağın bir örneğini uyuşmazlığa bakmaya görevli olan mahkemenin yazı işleri müdürlüğüne hemen teslim etmektedir. Anlaşma tutanağının onaylanmasına ilişkin olarak taraflardan biri tarafından, bunlardan biri anlaşmanın onaylanmasına karşı çıkmadıkça, hâkimden talepte bulunulmaktadır. Bununla birlikte, uzlaşma yoluyla sınır aşan bir uyuşmazlık¹⁸ sona erdiriliyorsa, talep tarafların tamamı veya diğerlerin açık rızasıyla¹⁹ içlerinden biri tarafından yapılmaktadır (NCPC. m. 1539-1541).

Arabulucu, ikna ve telkinle tarafların müzakerelere girişmelerine, anlaşma sağlamalarına imkân veren bir ortamı oluşturmayı amaçlamakta; tarafların tümünün çıkarlarının en üst seviyede dengelenmesine yarayacak bir anlaşma zemininin bulunmasına dair çaba göstermekte; böylece uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunmakta iken; uzlaştırıcı ise, taraflara çeşitli çözüm önerileri sunmakta; onların bu çözüm önerilerini müzakere etmelerini ve söz konusu çözüm önerilerinden biri üzerinde tarafların mutabakata varmalarını hedeflemektedir. Anlaşıldığı üzere, uzlaştırıcı arabulucuya nazaran daha etkin konumdadır; tarafların karşılıklı olarak çıkarlarının korunmasını ve gerçekleştirilmesini amaçlayan bir çözümler kataloğu üretip sunmak, uzlaştırıcının asli işlevi olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabulucu, taraflara çözüm önerileri sunmamaktadır; arabulucunun işlevi, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olmak amacıyla onların bir masa etrafında bir araya gelmelerini, aralarındaki iletişim kopukluğunun giderilmesini, sürekli diyalog içinde bulunmaları suretiyle iletişimin pekiştirilmesini sağlamaya yöneliktir²⁰.

¹⁷ Uzlaştırıcı hukukî bilgi sahibi olduğundan, arabulucudan farklı olarak taraflarla birlikte anlaşma tutanağını imzalayabilmektedir (**Audrerie**, s.86-87).

¹⁸ Uzlaşma yoluna başvurulduğu tarihte taraflardan en az birinin yerleşim yeri veya mutad meskeni Fransa'nın dışında Avrupa Birliği'ne üye bir devlette bulunurken, karşı tarafta yer alan kişilerden en az birinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin Fransa'da bulunması halinde, uyuşmazlık sınır aşan uyuşmazlık olarak kabul edilmektedir.

¹⁹ Rızanın anlaşma tutanağının içinde yer alması da mümkündür.

²⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Gülgün **İldır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara

II- Tarafların ve Avukatlarının Katılımıyla Uyuşmazlığın Çözümü Yöntemi

NCPC. m.1542’de tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminin, aşağıda ayrıntılı olarak belirteceğimiz, Medenî Kanun’un 2062 ilâ 2067. maddelerinde öngörülen hükümler çerçevesinde uygulama alanına sahip olduğu belirtilmiş; NCPC. m.1543’de de bu yöntemin bir sözleşme (*procédure conventionnelle*) çerçevesinde cereyan ettiği ve akabinde de mahkemeye başvurularak hüküm elde etme yoluna gidilebileceği (*procédure aux fins de jugement*) ortaya konulmuştur.

Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminde, aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, arabuluculuk ve uzlaşma yöntemlerinden farklı olarak, tarafsız bir üçüncü kişi değil; müvekkillerinin menfaatleri doğrultusunda hareket eden avukatlar aktif bir rol üstlenmektedirler.

A- Taraflar ve Avukatları Arasında Sözleşme Akdedilmesi

Medenî Usûl Kanunu’nun 1544 ilâ 1555. maddelerinde, taraflar ve avukatları arasında sözleşme akdedilmesi başlığı altında, genel hükümler, teknik uzman kişiye (*téchnicien*) başvurulması, tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminin sona ermesi şeklinde üç alt başlığa yer verilmiştir.

1- Genel Hükümler

NCPC. m.1544 ilâ 1546’da taraflar ve avukatları arasında akdedilen sözleşmeye ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Buna göre, taraflar avukatlarıyla birlikte sözleşmeyle belirlenmiş şartlar çerçevesinde aralarındaki uyuş-

2003, s.100-101; Hakan **Pekcanitez**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005/5, s.16; Süha **Tanrıver**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Özellikle Arabuluculuk, TBBD Mayıs-Haziran 2006, S.64, s. 165 vd.; Süha **Tanrıver**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof.Dr.Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 827 vd.; Süha **Tanrıver**, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Fırat Öztan’a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2025 vd.; Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medenî Usûl Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013, s.1094.

mazlığa anlaşma yoluyla son vermeye çalışmaktadırlar²¹. Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminde avukat süreç üzerinde merkezi bir rol üstlenmekte; müvekkiline uyuşmazlığın dostane yollardan çözümü sürecindeki haklarını ve yükümlülüklerini anlatmakta; bir çözüme ulaşılması hususunda yardımcı olmaktadır²². Medenî Kanun'un 2063. maddesinde öngörülen şartların²³ dışında tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine başvurulmasına imkân veren bu sözleşmede²⁴ (*convention de procédure participative*) tarafların ve avukatlarının adları, soyadları ve adresleri yer almaktadır.

Anılan sözleşmenin adî yazılı şekilde veya resmî şekilde yapılması mümkün olup²⁵, sözleşme kuruluşu hakkında öngörülmüş şekilde değiştirilmektedir. Medenî Kanun'un 2238. maddesine göre, taraflar arasında bu sözleşmenin kurulduğu andan itibaren zamanaşımı süresi kesilmekte; sözleşmeye son verildiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlamaktadır.

Yazışmaların ve belgelerin taraflar arasında karşılıklı olarak iletilmesi, sözleşmede öngörülen usûller dâhilinde avukatlar aracılığıyla gerçekleşmekte; avukatlar yazışmaları ve belgeleri elverişli tüm araçlar vasıtasıyla ilgililerin bilgisine sunmakta; bir belgenin iletilmesini takiben bir bordro düzenlenmektedir²⁶. Anlaşıldığı üzere, belirttiğimiz düzenlemeyle hukukî dinlenil-

21 Taraflar ve avukatları arasındaki sözleşmenin uyuşmazlığın doğumundan önce veya doğumundan sonra akdedilmesi mümkündür (Bernard **Pons**, *Contrat de transaction, solutions transactionnelles, conciliation-médiation- procédure participative*, Paris 2013, s.634).

22 Catherine **Peulvé**, *La dimension processuelle de la procédure participative*, Petites affiches, 16.04.2012, no:76, s.2 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).

23 Medenî Kanun'un 2063. maddesine göre yazılı olarak yapılan bu sözleşmede, sözleşmenin ne zaman sona ereceğinin, uyuşmazlığın konusunun, uyuşmazlığın çözümü için gerekli belgelerin, bilgilerin ve bunların taraflar arasında ne şekilde iletileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

24 Medenî Kanun'un 2062. maddesinde sözü geçen sözleşme, bir uyuşmazlığın taraflarının hâkime veya hakeme başvurmadan önce uyuşmazlığı birlikte, iyi niyet kurallarına uygun olarak dostane yollardan çözmek için anlaştıkları sözleşme olarak tanımlanmış; sözleşmenin belirli bir süre için kurulabileceği belirtilmiştir.

25 Hervé **Croze**, *Procédure participative et acte d'avocat*, Procédures no:4, Avril 2012 (Lexis-Nexis Jurisclasseur).

26 NCPC. m.1531'de arabuluculuk ve uzlaşma sürecinin gizlilik prensibine tâbi olduğu açık olarak belirtilmiş; ancak tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine ilişkin hükümlerde bu hususta herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O halde, tarafların gizlilik kuralının geçerli olmasını istemeleri halinde, söz konusu kuralı bu yöntemine başvurularına imkân veren sözleşmede açıkça ifade etmeleri gerekecektir (Antoine **Kirry**, *Modes*

me hakkının gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır²⁷. Medenî Kanun'un 2064. maddesine göre avukatıyla birlikte hazır bulunan her bir taraf, Kanun'un 2067. maddesi²⁸ saklı kalmak kaydıyla, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği haklara ilişkin olarak bu sözleşmeyi akdedebilmektedir. Kanun'un 2065. maddesinde öngörüldüğü üzere, sözleşmenin yürürlükte olduğu süreçte taraflar uyuşmazlık hakkında karar vermesi için hâkime başvuramamakta; yalnızca taraflardan biri tarafından sözleşmenin ifa edilmemesi hali, diğer tarafa uyuşmazlığa ilişkin karar alabilmesi için hâkime başvurma imkânı vermektedir²⁹. Ayrıca, acil durumlarda sözleşme süresince taraflar mahkemeden geçici hukukî koruma önlemleri talep edebilmektedirler.

Anılan sözleşme, sürecin dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olarak işleminin teminatı olarak karşımıza çıkmakta; sözleşme hem tarafların, hem de avukatlarının karşılıklı olarak dürüstlük kaidelerine riayet etmelerini gerektiren birçok hüküm içermekte; aynı zamanda avukatların rolünü de ortaya koymaktadır³⁰.

de résolution extrajudiciaire des litiges et droit des contrats, Gazette du Palais, 24.05.2014, no:144, s.3 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).

- 27 **Peulvé**, s.4. Hukukî dinlenilme hakkının uyuşmazlık hakkında tarafların bilgilendirilmesini, onların açıklamada bulunmalarını, uyuşmazlık çözüm sürecine eşit şekilde etki edebilmelerini ifade etmesi sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla da bağlantılı olduğu hususunda ayrıca bkz. Mustafa **Özbek**, Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, s.150.
- 28 Medenî Kanun'un 2067. maddesine göre, boşanmaya veya ayrılığa bir çözüm aramak amacıyla eşler arasında da tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine ilişkin sözleşme yapılabilmektedir. Bu durumda, sözleşmenin sonunda uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı hakkında çözüm getiren anlaşmanın hâkimin onayına sunulabileceğine; sözleşmenin sonunda hiçbir anlaşmaya varılamaması halinde tarafların hâkime başvuracaklarına, söz konusu ihtimalde uzlaşmaya veya arabuluculuğa başvuramayacaklarına ilişkin düzenleme öngören Kanun'un 2066. maddesi uygulanmamaktadır. Eşlerin, sözleşme neticesinde herhangi bir çözüme ulaşamayıp mahkemeden boşanma veya ayrılık talebinde bulunmaları halinde, Medenî Kanun'un boşanmaya dair hükümleri tatbik edilmektedir.
- 29 İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, taraflardan birinin kötü niyeti devlet yargısına başvurma yaptırımına bağlanmıştır (Emmanuel **Jeuland**, Principes procéduraux, médiation et procédure participative, Gazette du Palais, 24.05.2014, no:144, s. 2 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print)).
- 30 **Peulvé**, s.3; Sophie **Rivière-Mariette**/Christophe **Mollard-Courteau**, Le droit collaboratif: une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige?, Gazette du Palais, 09.07.2013, no:190, s.3 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).

Tarafların anlaşma görüşmelerini gerçekleştirecekleri yer, taraflar arasında güven ortamı yaratmaya elverişli bir mekân olarak seçilmeli; avukat müvekkilini sürecin başında ortaya çıkabilecek masraflar hakkında bilgilendirmelidir. Tarafların ne kadar sıklıkla anlaşma görüşmelerine oturacakları ise, karşılıklı olarak iletilen raporlar çerçevesinde belirlenmektedir. Avukat, müvekkilinin ihtiyaçlarını ve beklentilerini bilmeli; bir çözüme ulaşılabilmesi için karşı tarafı anlaması hususunda müvekkiline yardımcı olmalı; belgelerin dürüstlük kuralına uygun şekilde taraflar arasında karşılıklı değişimini sağlamalıdır³¹. Taraflardan birinin avukatı da diğer tarafın avukatıyla ulaşılabilecek çözümlerin müvekkilinin menfaatlerine uygun olması gerektiğini göz önünde tutarak, işbirliği içinde çalışmaktadır. Bununla birlikte, hakem veya hâkim sıfatını haiz olmayan avukat müvekkiline belli bir çözümü kabul etmesi için ısrar edememekte; uzlaştırıcının aksine çözüm önerilerinde bulunamamaktadır. Avukat, tavsiye verme ve anlaşma yapılmasını kolaylaştırma rolleri arasında doğru bir denge kurmaya çalışarak, müvekkilinin hakkaniyete uygun bir anlaşmaya varmasını sağlayacak yolları aramaya çalışmaktadır³².

2- Teknik Uzman Kişiye (*Téchnicien*) Başvurulması

Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi sırasında taraflar teknik uzman bir kişiye³³ başvurmaya karar verdikleri takdirde, aralarında anlaşarak uzmanı seçmekte³⁴ ve onun görevlerini kararlaştırmaktadırlar. Tarafların aralarında kararlaştırdıkları usûl dâhilinde uzmanın ücreti taraflarca ödenmektedir. Teknik uzman kişi görevini kabul etmeden önce, tarafların bundan gerekli gördükleri sonucu çıkarabilmeleri için, bağımsızlığından şüpheliyi gerektirecek her türlü hususu açıklamalıdır. Teknik uzman kişi, taraflarla sözleşmenin şartları hakkında anlaştıktan sonra görevine başlamakta; görevini bilinçli, dikkatli ve tarafsız şekilde hukukî dinlenilme hakkına uyarak icra etmekte; tarafların oy birliğiyle görevinden alınabilmektedir. Teknik uzman kişinin talebi üzerine veya incelemelerde bulunmasından sonra, taraflar uzmana verilmiş olan görevin kapsamını değiştirebilmekte veya başka bir teknik uzman kişiye ek bir görev verebilmektedirler (NCPC. m. 1547-1550).

31 Rivière-Mariette/ Mollard-Courteau, s.3.

32 Rivière-Mariette/ Mollard-Courteau, s.4.

33 Örneğin, mal rejiminin veya terekenin tasfiyesi gibi teknik yönü haiz olan aile hukukuna ilişkin meselelerde teknik uzman kişiye başvurulması son derece yararlı olacaktır (Casey, s.2).

34 Uzmanın tarafların ortak bir anlaşması neticesinde seçilmesi, uyuşmazlığın çözümü hususunda bir anlaşmaya varmaları şansını da şüphesiz arttırmaktadır (Casey, s.2).

Taraflar teknik uzman kişiye görevini ifa etmesi için gerekli olan belgeleri sunmaktadırlar. Bir tarafın hareketsiz kalıp elindeki belgeleri ibraz etmemesi uzman kişinin görevini düzgün şekilde yapmasına engel olduğu takdirde, teknik uzman kişi tarafları çağırarak onlardan gerekli özeni göstermelerini isteyebilmektedir. Tarafın söz konusu talebe uymaması halinde, teknik uzman kişi elindeki mevcut belgelere dayanarak görevini icra etmektedir (NCPC. m. 1551). İlgili üçüncü şahıslar, tarafların ve uzman kişinin onayıyla, teknik uzmanın gerçekleştirdiği işlemler sırasında hazır bulunabilmekte; teknik uzman kişi üçüncü kişiler nezdinde uygulanacak işlemler hakkında onları bilgilendirmektedir. Yapılan işlemlerin sonunda teknik uzman kişi, taraflara ve işleme katılan üçüncü şahıslara yazılı bir rapor sunmakta; raporuna taraflar ve işleme katılan üçüncü şahıslar talep ettikleri takdirde onların gözlemlerini veya isteklerini eklemekte; raporunda bu gözlemlerden ve isteklerden çıkardığı sonuçlara da yer vermektedir. Söz konusu rapor, yargı organları nezdinde de ibraz edilebilmektedir (NCPC. m. 1552-1554). Raporun yargı organlarına sunulabilmesi ise, teknik uzman kişiye bir tür “bilirkişi” vasfını kazandırmaktadır³⁵.

3- Tarafların ve Avukatlarının Katılımıyla Uyuşmazlığın Çözümü Yönteminin Sona Ermesi

Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminin hangi hallerde sona ereceği NCPC. m.1555’de sayılmıştır. İlgili hükme göre, bu yonteme başvurulmasına ilişkin olarak akdedilmiş sözleşmenin süresinin bitmesi, sözleşmenin avukatlarıyla birlikte hazır bulunan taraflarca süresinden önce yazılı olarak feshedilmesi, uyuşmazlığı tamamen sonuçlandıran bir anlaşmanın akdedilmesi veya bu uyuşmazlığın tamamının ya da bir kısmının devam ettiğini ortaya koyan bir belgenin düzenlenmesi hallerinde anılan yöntem sona ermektedir. Ayrıca, sözü geçen maddede belirtildiği üzere, taraflar arasında en azından kısmî bir anlaşmaya varıldığı takdirde, bu anlaşma avukatlarıyla birlikte hazır bulunan taraflarca yazılı bir şekilde tutanak altına alınmakta ve tutanakta söz konusu anlaşmanın yapılmasına imkân veren unsurlar ayrıntılı biçimde ortaya konulmaktadır.

B- Mahkemeye Başvurularak Hüküm Elde Etme Yoluna Gidilmesi

Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminin sonunda boşanmaya ve ayrılığa ilişkin talepler hariç olmak üzere, uyuşmaz-

³⁵ Casey, s.2.

liği tamamen sonlandıran taraflarca akdedilen anlaşmayı onaylaması veya uyuşmazlığı kısmen sonlandıran taraflarca akdedilen anlaşmayı onaylayıp uyuşmazlığın devam eden kısmı hakkında karar vermesi ya da uyuşmazlığın tamamı hakkında karar vermesi için hâkime başvurulabilmektedir. Bir tarafın sözleşmeye uymaması sebebiyle, Medenî Kanun'un 2065. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde, sözleşmenin sona ermesinden önce uyuşmazlık hakkında karar vermesi için diğer tarafça hâkimden talepte bulunulabilmekte; anılan talebin şekli, talep hakkında tahkikat yapılması ve buna ilişkin karar verilmesi söz konusu hâkim önünde cereyan eden yargılama kurallarına tâbi olmaktadır (NCPC. m.1556).

1- Uyuşmazlığı Sona Erdiren Bir Anlaşmanın Onaylanması İçin Hâkime Başvurulması

Taraflar arasında NCPC. m.1555 çerçevesinde bir anlaşmaya varılması halinde, önce harekete geçen tek bir tarafça veya tüm taraflarca hâkimden bu anlaşmanın onaylanması talep edilmekte; tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine başvurulmasına ilişkin sözleşme de talebe eklenmektedir. Taraflar arasında yapılan anlaşma ayırt etme gücüne sahip olan bir küçüğü ilgilendiriyorsa, özellikle de anne-babanın küçük üzerindeki haklarının kullanım şekillerine ilişkinse, söz konusu talep küçüğün hâkim veya hâkimin görevlendireceği bir kişi tarafından dinlenilme, avukat yardımından yararlanma hakkına ilişkin şartları da içermektedir (NCPC. m.1557).

2- Devam Eden Bir Uyuşmazlık Hakkında Karar Verilmesi İçin Hâkime Başvurulması

Medenî Kanun'un 2066. maddesinin 3. fıkrası³⁶ saklı kalmak üzere, uyuşmazlığın tamamı veya bir kısmı hakkında karar vermesi için başvurulmuş olan hâkim önünde uygulanan yargılama kuralları önceden uzlaşma veya arabuluculuk yoluna başvurulmuş olmasını arıyorsa ve uzlaşma ya da ara-

³⁶ Kural olarak, tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminde taraflar uyuşmazlıklarını kısmen veya tamamen çözen anlaşmayı hâkimin onayına sunabilmekte; anlaşmaya varamadıkları takdirde uyuşmazlığa hâkim tarafından bakılmakta; artık uzlaşma veya arabuluculuk yoluna başvurulamamaktadır. Ancak, Medenî Kanun'un 2066. maddesinin 3. fıkrasına göre, tarafların anlaşamamaları halinde uyuşmazlığı hâkimin önüne getireceklerine, uzlaşmaya veya arabuluculuğa başvuramayacaklarına ilişkin kural iş hukukundan doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanmamaktadır.

buluculuk süreci başarısızlıkla sonuçlanmışsa uyuşmazlık hakkında doğrudan duruşmalı yargılamaya geçilmektedir (NCPC. m. 1558). Ancak, NCPC. m.1559'da belirtildiği üzere, taraflarca ileri tarihli bir ödemeye veya takasa karşı konulmuşsa, üçüncü bir kişinin müdahalesi söz konusu olmuşsa ya da anlaşmanın kurulmasından sonra aniden yeni bir vakıa meydana gelmişse belirtilen hususlarda önce bir tahkikat yapılmakta; ardından sözlü yargılama aşaması başlamaktadır³⁷.

Taraflar aralarında kısmî bir anlaşmaya vardıkları ve bu anlaşmanın NCPC. m.1557'ye göre yalnızca onaylanmasını istemedikleri takdirde, uyuşmazlığın devam etmekte olan kısmı hakkında kendi huzurunda uygulanan yargılama kurallarına göre karar vermesi için hâkime başvurabilmektedirler. Söz konusu talep, NCPC. m.57'de belirtilen unsurlar³⁸ dışında, tarafların aralarında akdettikleri anlaşmanın³⁹ konusunu oluşturan noktaları, aralarında uyuşmazlık konusu olarak kalan noktalara ilişkin tarafların iddiaları ile bu iddiaların her birinin dayandığı vakıaları ve hukukî sebepleri, her iddiaya ilişkin olarak ibraz edilmiş belgeleri içermelidir. Ayrıca, tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine başvurulmasına ilişkin sözleşme, uyuşmazlığın çözümü için gerekli belgeler, uzman kişinin raporu ve anılan yöntemin uygulanması sırasında tarafların arasında iletilmiş olan belgeler de talebe eklenmelidir (NCPC. m.1560).

Uyuşmazlığın konusu tarafların iddiaları doğrultusunda belirlenmektedir. Taraflar, ard arda ifa edilen bir alacağa ilişkin talebin miktarını güncelleştirmek; ileri tarihli bir ödemeye veya takasa karşı koymak; üçüncü bir kişinin müdahalesinden ya da anlaşmanın kurulmasından sonra bir vakıanın aniden meydana gelmesinden veya ortaya çıkmasından kaynaklanan soruları yargılamaya taşımak dışında iddialarını değiştirememektedirler. Taraflar, yalnızca hâkimin uyuşmazlığın çözümü için gerekli gördüğü vakıalara ve hukuka ilişkin açıklamalarda bulunmaları için onları davet etmesi halinde taleplerinin hukukî sebebini değiştirebilmekte; yeni sebepler ortaya koyabilmektedirler (NCPC. m.1561).

³⁷ Peulvé, s.5.

³⁸ Gerçek kişiler için talepte bulunanların her birinin adı, soyadı, mesleği, yerleşim yeri, uyruğu, doğum tarihi, doğum yeri; tüzel kişiler için ticaret ünvanı, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer, tüzel kişinin kanunî temsilcisi olan organ; talepte bulunulan yargı mercii, talebin dayandırıldığı belgeler, NCPC. m.57'de sayılan unsurlardır.

³⁹ Aynı talebin içinde tarafların anlaşmanın onaylanmasını hâkimden istemeleri de mümkündür.

Uyuşmazlığın tamamının devam etmesi halinde ise, hâkim kendi önünde uygulanan yargılama kurallarını dikkate alarak uyuşmazlık hakkında karar vermektedir (NCPC. m.1562). Bu durumda, önce harekete geçen tarafın avukatı tarafından tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine başvurulmasına ilişkin sözleşmenin sona ermesini izleyen üç ay içinde mahkemenin yazı işleri müdürlüğüne talepte bulunulmalı; NCPC. m.58'de sayılan unsurların⁴⁰ dışında, taraflar taleplerinde vakıalara ve hukukî sebeplere yer vermeli; NCPC. m.1560/f.III'de belirtilen delil listesini de taleplerine eklemelidirler⁴¹. Başvuru dilekçesini teslim eden avukat, diğer tarafı ve sözü geçen yöntemin uygulanması sırasında o tarafın yanında bulunmuş olan avukatı, talebinin alındığına dair belgeyi de ibraz ederek, tebligat yoluyla veya taahhütlü mektupla bu konuda bilgilendirmektedir (NCPC. m. 1563) Mahkemenin yazı işleri müdürlüğüne talepte bulunulduktan sonra, NCPC. m.1563'de belirtilen tebligat yoluyla karşı taraftan tebliği izleyen on beş gün içinde kendini avukatla temsil ettirmesi istenmektedir. Ayrıca, talepte bulunan tarafın avukatına talep anında, davanın ilk duruşmasının ne zaman yapılacağı hususunda mahkemenin yazı işleri müdürlüğü tarafından bilgi verilmekte; söz konusu tarih de NCPC. m.1563'de belirtilen tebligat yoluyla karşı tarafa bildirilmektedir (NCPC. m.1564).

III- Ortak Hükümler

Tarafların arabuluculuk, uzlaşma veya tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yönteminin sonucunda vardıkları anlaşmaya icraî nitelik kazandırılması için anlaşmanın uyuşmazlığa bakmak hususunda görevli olan hâkimin onayına sunulması gerekmektedir. Anlaşmanın sunulduğu hâkim, anlaşmanın şartlarını değiştirememekte; anlaşmanın kamu düzenine ve genel ahlâk kaidelerine uygun olup olmadığını denetlemektedir⁴². Hâkim, tarafları dinlemeye ihtiyaç duymadıkça onların talepleri hakkında duruşma yapmaksızın karar vermektedir. Hâkimin anlaşmayı onaylamayı red-

⁴⁰ Gerçek kişiler için talepte bulunan tarafın adı, soyadı, mesleği, yerleşim yeri, uyruğu, doğum tarihi, doğum yeri; tüzel kişiler için ticaret ünvanı, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer, tüzel kişinin kanunî temsilcisi olan organ; karşı tarafın adı, soyadı, yerleşim yeri; tüzel kişiyse ticaret ünvanı, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer; talebin konusu NCPC. m.58'de sayılan unsurlardır.

⁴¹ Mahkemeden talep bulunulurken yazı işleri müdürlüğüne verilen dilekçeyle birlikte avukata verilen vekâletname de ibraz edilmelidir.

⁴² **Amrani-Mekki**, s.3.

detmesine ilişkin mahkeme kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilmekte; istinaf başvurusu istinaf mahkemesinin yazı işleri müdürlüğüne beyanda bulunularak yapılmakta; çekişmesiz yargı işi olarak görülmektedir (NCPC. m. 1565-1566)⁴³.

IV- Fransız Hukuku'ndaki Hükümlerin Türk Hukuku'ndaki Hükümlerle Karşılaştırılması

Hukukumuzda Fransız Hukuku'ndan farklı olarak uzlaşmaya ilişkin herhangi bir kanunî düzenlemeye yer verilmemiş; arabuluculuk ise Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Fransız Hukuku'nun aksine, Türk Hukuku'nda HUAK. m.2,b'de de belirtildiği üzere, arabuluculuğun ihtiyarî olması, zorunlu arabuluculuk sisteminin benimsenmemiş olması iki hukuk sistemi arasındaki en belirgin farklılık olarak göze çarpmaktadır.

Fransız Hukuku'nda gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de arabulucu olmalarına imkân tanınırken, HUAK. m.2,a'da yalnızca gerçek kişilerin arabulucu olabilecekleri kabul edilmiştir. Arabulucunun hukuk eğitimi almış olmasını ve hukukî deneyim sahibi olmasını öngörmeyen Fransız Hukuku'nun aksine, arabuluculuk siciline kayıt şartlarına ilişkin HUAK.m.20/f.II,b'de arabulucunun mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip, hukuk fakültesi mezunu olması aranmıştır. Fransız Hukuku'ndakine paralel şekilde, taraflar arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın icraî nitelik kazanmasını istedikleri takdirde, HUAK.m.18/f.II uyarınca, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek mahkemeden, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulmuşsa davanın görüldüğü mahkemeden talep edebilmektedirler.

Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi ise, Türk Hukuku'nda Avukatlık Kanunu'nun (AvK.) 35/a maddesinde düzenlenmiş olan avukatın uzlaşma sağlama yetkisine benzemektedir. İlgili hükme göre, avukatlar dava açılmadan önce veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan evvel, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri

⁴³ Kanun'un 1567. maddesine göre 1565 ve 1566. maddeler, arabuluculuğa, uzlaşmaya, tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemine başvurulmaksızın, taraflarca sulh olunması halinde de uygulanacak; önce harekete geçen tarafça veya tarafların tümü tarafından hâkime başvurulabilecektir.

konularda müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilmektedirler. Fransız Hukuku'nda tarafların aralarında yaptıkları anlaşmanın icraî nitelik kazanabilmesi için bu anlaşmanın hâkimin onayına sunulması gerekir; AvK.m.35/a uyarınca avukatlar ve müvekkilleri tarafından imzalanan tutanağın, hâkimin onayına gerek olmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılarak icraî vasfı haiz olması, iki hukuk sistemi arasındaki temel bir farklılık olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Fransız Hukuku'nda 1 Nisan 2015 tarihinden itibaren dava açmadan önce dostane çözüm yollarına başvurulması zorunlu hale getirilmiş; dostane çözüm yollarına başvuru sonucunda bir netice alınmadığı takdirde dava açılmasına imkân tanınmıştır. Davacının dava dilekçesinde uyuşmazlığı dostane yollarla çözmek için gerekli tüm özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Acil bir durumun ya da kamu düzenine ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı ise, davacının dostane çözüm yollarına başvurudan kaçınabilmesi bakımından haklı sebep teşkil etmektedir. Dostane çözüm yollarına ilişkin olarak, Yeni Medenî Usûl Kanunu'nda arabuluculuk, uzlaşma; tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi ve ortak hükümler başlıkları altında düzenleme getirilmiştir.

Taraflar, arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla uyuşmazlıklarını yargılamanın dışında dostane yollarla kendi seçtikleri, görevini tarafsızca, özenli ve yetkin şekilde yerine getiren bir üçüncü bir kişi vasıtasıyla çözmeye çalışmaktadırlar. Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi ise, bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşmekte; bu sürecin ardından mahkemeye başvurularak hüküm elde etme yoluna gidilmektedir. Taraflar avukatlarıyla birlikte sözleşmeyle belirlenmiş şartlar dâhilinde aralarındaki uyuşmazlığa anlaşma yoluyla son vermeye çalışmakta; boşanmaya ve ayrılığa ilişkin talepleri hariç olmak üzere, uyuşmazlığı tamamen sonlandıran kendi aralarında yaptıkları anlaşmayı onaylaması veya uyuşmazlığı kısmen sonlandıran kendi aralarında yaptıkları anlaşmayı onaylayıp uyuşmazlığın devam eden kısmı hakkında karar vermesi ya da uyuşmazlığın tamamı hakkında karar vermesi için hâkime başvurumaktadırlar.

Arabuluculuk, uzlaşma veya tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi sonucunda varılan anlaşma, uyuşmazlığa bakmaya görevli olan hâkimin onayına sunulmuş olarak icraî nitelik kazanabilmektedir.

Türk Hukuku'nda zorunlu arabuluculuk sisteminin kabul edilmemiş olması, yalnızca gerçek kişilerin arabuluculuk yapabilmeleri, arabulucuların hukuk fakültesi mezunu olmalarının şart olması olması, Türk Hukuku ile Fransız Hukuku arasındaki arabuluculuğa ilişkin en temel farklılıklardır. Tarafların arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın icraî nitelik kazanmasını istemeleri halinde, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini mahkemeden talep edebilmeleri ise, iki hukuk sistemi arasındaki büyük bir benzerliktir. Tarafların ve avukatlarının katılımıyla uyuşmazlığın çözümü yöntemi ise, AvK.m.35/a'daki avukatın uzlaşma sağlama yetkisine benzemektedir. Ancak, Fransız Hukuku'nda tarafların aralarında yaptıkları anlaşma hâkimin onayına sunulması icraî nitelik kazanırken, Türk Hukuku'nda avukatlar ve müvekkilleri tarafından imzalanan tutanak, ek bir şart aranmaksızın ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Amrani-Mekki** Soraya, Résolution amiable des différends, Gazette du Palais, 26.05.2012, no:147, s. 1-5 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).
- Audrerie** Adeline, Médiation et conciliation: quelle distinction en matière juridique, Mémoire de recherche, Toulouse 2015.
- Cassey** Jérôme, Le décret du 20 Janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends: que d'opportunités à saisir!, Gazette du Palais, 23.06.2012, no:175, s.1-3 (<https://www.lextenso.fr/lextensotools/print>).
- Courteau** Christophe M., Conciliation et médiation conventionnelle: solutions pour sortir de la confusion, 1^{re} Avril 2015, Village de la Justice Village-justice.com, s.1-6.
- Croze** Hervé, Procédure participative et acte d'avocat, Procédures no:4, Avril 2012 (LexisNexis Jurisclasseur).
- Gorchs-Gelzer** Béatrice, L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions, 15 Mars 2016, http://www.ca-paris.justice.fr/art_prix/BGelzer-colloque-conciliation-CAP-15mars 2016. pdf, s.1-24.
- Ildır** Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- Jeuland** Emmanuel, Principes procéduraux, médiation et procédure participative, Gazette du Palais, 24.05.2014, no:144, s. 1-4 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).
- Kekeç** Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2.Baskı, Ankara 2014.
- Kirry** Antoine, Modes de résolution extrajudiciaire des litiges et droit des contrats, Gazette du Palais, 24.05.2014, no:144, s.1-4 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).
- Krief** Benjamin, Le règlement amiable des litiges du travail en France et aux États-Unis, La Semaine Juridique Social no:15, 9 Avril 2013, s.2 vd. (Lexis Nexis SA).
- Lopez-Eychénié** Dominique, Depuis le 1^{re} Avril 2015, il faut justifier d'une tentative de résolution amiable des conflits pour pouvoir saisir un juge, 16.03.2015 (<http://www.village-justice.com/articles/partir-1er-avril-2015-faudra,19199.html>).
- Özbek** Mustafa, Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları

Toplantısı-IX, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 15-16 Ekim 2010, s.107-154.

Özbek Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3.Baskı, Ankara 2013. (*Kısaltma: Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*)

Özmumcu Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı İle Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. Baskı, İstanbul 2013.

Pekcanitez Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005/5, s. 12-16.

Pekcanitez Hakan / **Atalay** Oğuz / **Özekes** Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 14.Bası, Ankara 2013.

Peulvé Catherine, La dimension processuelle de la procédure participative, Petites affiches, 16.04.2012, no:76, s.1-8 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).

Pons Bernard, Contrat de transaction, solutions transactionnelles, conciliation-médiation- procédure participative, Paris 2013.

Rivière-Mariette Sophie / **Mollard-Courteau** Christophe, Le droit collaboratif: une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige?, Gazette du Palais, 09.07.2013, no:190, s.1-5 (https://www.lextenso.fr/lextenso_tools/print).

Tanriver Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Özellikle Arabuluculuk, TBBD Mayıs-Haziran 2006, S.64, s.151-177.

Tanriver Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, Prof.Dr.Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.821-842.

Tanriver Süha, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof.Dr.Firat Öztan'a Armağan, C.II, Ankara 2010, s.2025-2036.

Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Ankara 2012.

Yazıcı Tıktık Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

İç Karışıklıklarda Yabancı Yatırımların Korunması: Ukrayna Örneği

Deniz ERGENE*

Özet: Çalışmamızda şiddet içerikli iç karışıklıklarda yabancı yatırımların korunması meselesi Ukrayna'da 2013 yılında başlayan iç karışıklıklar örneği üzerinden incelenmiştir. Yabancı yatırımların iç karışıklıklarda uğradığı fizikî tahribata ilişkin ev sahibi devletin giderim yükümlülüğünün, ev sahibi devletin millî hukuku ve milletlerarası hukuktan kaynaklanabildiği açıklandıktan sonra, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler üzerinde durulmuştur. Milletlerarası hukukta anlaşmadan ve (veya) milletlerarası teamül hukukundan kaynaklanan yükümlülükler ve bu yükümlülüklere ilişkin milletlerarası içtihat incelenmiştir. Milletlerarası yatırım anlaşmalarında yer alan tam koruma ve güvenlik hükümleri ile savaş hükümleri ayrıntısı ile açıklanmış, en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün bu alanda uygulanması ihtimâli ve gerekliliği üzerinde durulmuştur. Yatırım anlaşmasında objektif koruma yükümlülüğü bulunmayan yatırımlara uygulanmak üzere, milletlerarası teamül hukukundan kaynaklanan asgarî muamele yükümlülüğünün iç karışıklıklarda yabancı yatırımları korumak yönünde uygulanabilirliği incelenmiştir. Çalışmadaki tüm bu incelemeler, Türkiye-Ukrayna Yatırım Anlaşması hususiyetle dikkate alınarak yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türkiye-Ukrayna Yatırım Anlaşması, tam koruma ve güvenlik hükmü, savaş hükmü, en çok gözetilen millet muamelesi, milletlerarası asgarî muamele standardı.

Protection of Foreign Investments During Civil Disturbances: The Case of Ukraine

Abstract: This study analyses the issue of protection of foreign investments in case of civil disturbances and it takes the recent case of Ukraine as its observation area. After

Yayın Geliş Tarihi: 29.06.2016 ; Yayına Kabul Tarihi: 13.10. 2016

* Avukat (İstanbul Barosu), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Programı doktora öğrencisi.

examining domestic legal obligations of Ukraine vis-à-vis foreign investments, the study focuses on international obligations to protect foreign investments from physical harm. Two sources of international obligations, namely treaty and customary obligations, are examined through an extensive investment case-law survey. Among treaty obligations, the ones stemming from full protection and security clauses and war clauses are explored in depth. The possibility to import full protection and security obligations through the most favoured nation clause is also analysed, in order to fill the gap of full protection and security clause in the Turkey-Ukraine bilateral investment treaty. Lastly, for the case of no applicable treaty obligations, the customary obligation of minimum standard of treatment pertaining to physical protection is examined. The analysis in the study is conducted specifically through the perspective of possible investment claims made by Turkish investors against Ukraine.

Key Words: Turkey-Ukraine bilateral investment treaty, full protection and security clause, war clause, most favoured nation treatment, international minimum standard of treatment.

Giriş

Tarihî ve coğrafî yakınlığımız bulunan Ukrayna'daki yabancı yatırımların korunmasını inceleyebilmek için, Ukrayna'daki iç karışıklıkların nasıl meydana geldiğini kısaca hatırlamak gerekir.

Ukrayna ile Avrupa Birliği (AB) arasındaki işbirliğini derinleştirmesi ve ticareti artırması beklenen ortaklık anlaşmasının, Ukrayna hükûmetince imzalanmayacağına açıklandığı 2013 yılının Kasım ayında, hükûmetlerinin bu kararına tepki gösteren Ukraynalılar, başkentleri Kiev'de kitlesel gösteriler düzenlediler. Kiev'in Özgürlük Meydanı'nda (*Maidan Nezalezhnosti*'de) toplanan göstericiler, önceleri hükûmetlerinin AB'ye üyelik çizgisinden uzaklaşan ve Rusya politikalarına meyleden tutumunu protesto ederken; sonrasında cereyan eden sert polis müdahaleleri protestoların odağını, yolsuzluk, insan hakları ihlalleri, hukuk devleti ilkesine riayet edilmemesi gibi hususlara çekti. Bu gelişmeler üzerine ülkenin özellikle batısına şâmil olacak şekilde, büyük bölümüne yayılan sokak protestoları, 2014 yılının Şubat ayına gelindiğinde, yer yer ateşli silahların ya da patlayıcı, yanıcı maddelerin de kullanıldığı, şiddet içeren bir hâl aldı. Mart ayından itibaren, ülkenin Rusya politikalarına meyleden kesimlerinin ağırlıkla yaşadığı, güney ve doğu Ukrayna bölgelerinde de karışıklıklar baş gösterdi; çeşitli silahlı gruplarla Ukrayna silahlı kuvvetleri arasında çatışmalar yaşandı. 16 Mart 2014'te Kırım'da yapılan referandumda %97 oranında Rusya'ya katılma yönünde oy çıktı. Referandumu

müteakip, Rusya Federasyonu da Kırım'ın ülkesine katılmasını kabul etti. Kırım'ın Rusya tarafından ilhakından sonra Ukrayna'nın doğusunda; özellikle de Donetsk ve Luhansk'taki karışıklıklar arttı. Bu çalışmanın basıma verildiği tarih itibariyle, Ukrayna'daki şiddet içerikli karışıklıklar nispeten hafiflemiş gözükmektedir¹.

Ukrayna'nın içinden geçmekte olduğu bu zorlu dönem, siyaset bilimi, sosyoloji ve hatta sosyal psikoloji gibi birçok disiplin yönünden incelenmeye muhtaçtır. Mesele, hukukî boyutuyla incelenmek istendiğinde ise, yaşananlara en doğru ışık tutacak hukuk dalının milletlerarası hukuk olduğunda, herhâlde, şüphe yoktur². Nitekim bu çalışmada, Ukrayna'daki iç karışıklıklar, milletlerarası hukukun bir alt dalı niteliğindeki milletlerarası yatırım hukuku³ cephesinden değerlendirilecektir.

Milletlerarası yatırım hukuku, her şeyden evvel, yabancı yatırımcıya istikrarlı bir yatırım ortamı sağlamayı hedefler⁴, zira milletlerarası yatırım akışının artırılabilmesinin istikrarlı bir yatırım ortamının sağlanmasına bağlı olduğu varsayımından yola çıkar. Yabancı yatırım için ideal “yatırım ikliminin” oluşturulması, ev sahibi ülkede yalnızca hukukî ve iktisadî istikrarın sağlanması ile değil, aynı zamanda siyasî istikrarın da sağlanmasıyla mümkün olur⁵. Milletlerarası yatırım hukukunun ayırt edici niteliği (tabiri caizse alâmet-i fârikalarından biri) de budur; başka bir ifadeyle, rejimin asıl lehtarı olan yatırımcıya uzun dönemli istikrar sağlama gayesidir⁶. Yabancı yatırımcı,

¹ 10 Haziran 2016 tarihi itibariyle.

² Bu doğrultuda “Uluslararası Hukukun Yeni Test Sahası Ukrayna” başlığı ile 22 Mayıs 2014 tarihinde Galatasaray Üniversitesi'nce düzenlenen sempozyumda, Ukrayna'daki iç karışıklıklar milletlerarası hukukun çeşitli cephelerinden değerlendirilmiştir. Bu çalışma -ağırlıklı olarak- yazarın bahsi geçen sempozyumda verdiği tebliğ esas alınarak hazırlanmıştır.

³ Milletlerarası yatırım hukukunun, milletlerarası hukuk disiplini altında, milletlerarası ekonomik hukuka bağlı bir dal olduğu yönünde bkz. AKSAR, 2011, ss. 18, 19; DOLZER/SCHREUER, 2012, s. 12; SCHWAZERNBERGER, 1966, ss. 8, 9.

⁴ ŞANLI ve diğ., 2013, ss. 617, 618.

⁵ TİRYAKİOĞLU, 2003, s. 44, 45; ŞANLI ve diğ., 2013, s. 618.

⁶ Nitekim yatırım hukukunu ona en yakın hukuk dalı olarak kabul edilen, milletlerarası ticaret hukukundan ayıran nitelik olarak uzun dönemli istikrar sağlama gayesi gösterilir. Bu hususiyetin temelinde, kısa dönemli (kural olarak tek seferlik eşya ve para değiş tokuşundan ibaret) ticarî ilişkilerden farklı olarak, doğrudan yabancı yatırımcının uzun süreli risk altına girmesi bulunur. Milletlerarası yatırım hukuku yabancı yatırımcının, söz konusu riske rağmen, ev sahibi ülkeye gelmesini teşvik etmek amacını güder. Bknz. DOLZER/SCHREUER, 2012, s. 21. Bu noktada hatırlatmakta fayda var ki, çalışmamızda “milletlerarası ticaret hukuku” terimi

doğrudan yabancı yatırım için gerekli kaynağı bir kere ev sahibi ülkedeki yatırıma tahsis ettikten sonra, ev sahibi devletin iktisadî, hukukî ya da siyasî koşullarında meydana gelebilecek her değişiklik, yatırımın iktisadî değerini etkileme potansiyeline sahiptir⁷. Ev sahibi ülkede meydana gelebilecek bu gibi değişiklikler sebebiyle, yabancı yatırımın iktisadî değerinin menfî yönde etkilenmesi hâline karşı, milletlerarası yatırım hukukunda, yatırımcıya çeşitli haklar tanınmıştır⁸. Bu hakların çoğu yabancı yatırımcının zararının ev sahibi devlet tarafından nakden tazmin edilmesi niteliğindedir.

Ukrayna’da yaşanmakta olan iç karışıklıklar da, Ukrayna’daki yabancı yatırımlar bakımından, “yatırım ikliminde” ciddi değişikliklere yol açmıştır. Yukarıda, istikrarlı bir yatırım ikliminin unsurlarına ilişkin olarak yaptığımız üçlü ayırım (iktisadî, hukukî, siyasî koşullarda istikrar ayırımı) bakımından, Ukrayna’daki mevcut gelişmelerin, yabancı yatırımların içinde bulunduğu siyasî koşullarda önemli oranda değişikliğe sebebiyet verdiği aşîkârdır. Şüphesiz, bir ülkede siyasî koşulların daima (ya da doğrudan yatırımın ev sahibi devlette bulunduğu görece uzun süre boyunca) aynı kalması, hayatın olağan akışına aykırıdır. Başka bir ifadeyle ev sahibi ülkede, bir takım siyasî değişiklikler olması olağandır. Nitekim milletlerarası yatırım hukukunun sağladığı güvencelerle muhafaza edilmeye çalışılan siyasî istikrar, başka bir ifade ile asgarîye indirilmeye gayret edilen siyasî riskler, olağan değişikliklere değil, olağanüstü siyasî değişikliklere işaret eder. Ukrayna’daki iç karışıklıklar da, bu tür bir olağanüstü siyasî değişiklik niteliği arz etmektedir. Zira Ukrayna’da meydana gelenlere ilişkin yukarıda yaptığımız özetle de dikkati çekmeye çalıştığımız üzere, siyasî koşullardaki değişiklik, pasifik (barışçıl) niteliğini ilk günlerinde kaybetmiş; sıklıkla ve ülkeye yaygın biçimde şiddete başvuru (barikat kurulması, kamu binalarının ya da özel gayrimenkullerin basılması, ateşli silahlar ve zırhlı araçların kullanılması vb.) bir hâl almıştır. Bu hâliyle Ukrayna’daki iç karışıklıkların, demokratik bir devlette olağan karşılanacak bir siyasî değişik niteliğinde olmadığı, “yatırım ikliminde” olağanüstü değişikliklere neden olduğu tespit edilebilir. Milletlerarası yatırım hukuku, yabancı yatırımları olağanüstü değişiklik risklerine karşı koruduğuna göre; bu tespit karşısında, söz konusu iç karışıklıklar nedeniyle yabancı yatırımın uğradığı

milletlerarası kamu hukukun bir dalı olan *international trade law* anlamında kullanılmıştır. Yoksa milletlerarası özel hukukun bir dalı olan *international commercial law* anlamında kullanılmamıştır.

7 SALACUSE, 2010, s. 28.

8 SALACUSE, 2010, s. 26.

zararın, milletlerarası yatırım rejiminde Ukrayna aleyhine tazminat yükümlülüğü doğurabileceği ön-sonucuna varmak mümkündür.

Bu çalışmanın (ve bu çalışmanın temelini teşkil eden tebliğin) hacmi gereği Ukrayna’da meydana gelen krizin yatırım hukuku cephesinde meydana gelebilecek sonuçlarından, yalnızca “ev sahibi devletin yabancı yatırımlar lehine sağladığı koruma” incelenmiştir. Bu çerçevede, ev sahibi devlet olarak Ukrayna’nın, Ukraynalı olmayan yatırımcılara yönelik yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin (muhtemel) ihlâlî hâlinde tazminat yükümlülüğünün doğup doğmayacağı üzerinde durulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, çalışmamızın sınırları belirlendikten sonra Rusya’nın Kırım’ı ilhak etmesi, çalışmamızda incelediğimizden başka bir yatırım uyuşmazlığı kurgusunun da önem kazanmasına sebebiyet vermiştir. Ukraynalı yatırımcıların, incelediğimiz iç karışıklıklar sonucu Kırım’ı ilhak eden Rusya aleyhine yatırım tahkiminde dava açtıkları görülmüştür⁹. Bu mesele, çalışmamızın temelini oluşturan tebliğin sunulmasından sonra meydana gelmiş olması sebebiyle ve çalışmamızın hacmi göz önünde bulundurularak incelenmemiş olmakla birlikte, akademik ve tatbikî ihtiyacı karşılamak adına ayrı bir makalenin konusu olmayı hak eder.

Ukraynalı olmayan yatırımcının, iç karışıklıklar sebebiyle uğradığı zararları tazmin etmek adına, ev sahibi devlet sıfatıyla Ukrayna aleyhine bir yatırım tahkimi davası açıldığına ilişkin bir bilgi ise, çalışmanın basıma verildiği tarih¹⁰ itibarıyla kamuya açılmış değildir. Bunun sebebi milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarında ağırlıklı olarak, tahkim usûlünün (yatırım tahkiminin) tercih edilmesi¹¹ ve tahkim yargılamasının gizli yürütülmesi olabilir. Tahkim

⁹ Her biri Ukrayna-Rusya Yatırımların Karşılıklı Teşviki Anlaşması’na dayanılarak, Ukraynalı yatırımcılar tarafından Rusya aleyhine açılan yatırım tahkimi davaları şunlardır; Stabil LLC, Rubenor LLC, Rustel LLC, Novel-Estate LLC, PII Kirovograd-Nafta LLC, Crimea-Petrol LLC, Pirsan LLC, Trade-Trust LLC, Elefteria LLC, VKF Satek LLC, Stenv Group LLC v. Russian Federation, Case No. 2015-35, UNCITRAL/PCA; Limited Liability Company Lugzor, Limited Liability Company Libset, Limited Liability Company Ukrinterinvest, Public Joint Stock Company DniproAzot, Limited Liability Company Aberon Ltd v. Russian Federation, Case No. 2015-29, UNCITRAL/PCA; PJSC Ukrnafta v. Russian Federation, Case No. 2015-34, UNCITRAL/PCA; PJSC CB PrivatBank, Finance Company Finilon LLC v. Russian Federation, Case No. 2015-21, UNCITRAL/PCA; Aeroport Belbek LLC, Mr. Igor Valerievich Kolomoisky v. The Russian Federation, Case No. 2015-7, UNCITRAL/PCA.

¹⁰ 20 Haziran 2016.

¹¹ DOUGLAS, 2003, s. 157. Milletlerarası yatırım uyuşmazlıkları, yatırım anlaşmalarında öngörülen menşe devlet ile ev sahibi devlet arasında işleyen tahkim usûlü (*state-to-state arbitration*) ile veya yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında işleyen tahkim usûlü (*investor-state arbit-*

yargılaması kural olarak gizli yürütüldüğünden, bazı yatırım tahkimi yargılamalarından kamunun haberdar olmaması mümkündür¹². Bu sebeple, Ukrayna'daki iç karışıklıklardan kaynaklanan bir yatırım uyuşmazlığı, hâlihazırda gizlilik esasına ilişkin bir tahkim usûlü ile yürütülmekte ise bundan kamunun haberdar olmaması muhtemeldir.

Kıscacası Ukrayna'daki iç karışıklıkların yatırım tahkiminde ev sahibi devlet (Ukrayna) aleyhine bir davaya sebebiyet verdiğiine ilişkin kamuya açılmış bir bilgi olmaması, böyle bir yargılamanın olmadığına ya da olmayacağına delâlet etmez. Bilakis, şiddete sıklıkla başvurulmuş bu iç karışıklıklarda, yabancı yatırımların zarar görmüş olma ihtimâli yüksek olduğundan, aşağıda incelediğimiz tür uyuşmazlıklarla gelecekte karşılaşma ihtimâli vardır. Bilgimiz dâhilinde somut bir ihtilâf olmadığından, konuya ilişkin aşağıdaki açıklamalarımız varsayımsaldır (*hypothétique*).

İncelememizin varsayımsal olması, kuşkusuz, bazı riskleri beraberinde getirir. Bunların başında, nazarî açıklama ve ayrımlara ağırlık vererek, somut gerçeklik ve gerekliliklerden uzak sonuçlara varma riski yer alır. Bu olası kusuru asgarîye indirebilmek adına, çalışmada vardığımız sonuçları, dünyanın çeşitli yerlerinde meydana gelen iç karışıklık (ve savaş) hâllerinde verilmiş yatırım tahkimi kararlarına dayandırmaya özen gösterdik. Yine aynı sebeple, milletlerarası yatırıma ilişkin içtihadın “prensiplere” niteliğindeki somut tespitlerine atıfta bulunmakla yetinmedik. Atıfta bulunduğumuz her bir karar için, o prensipleri içeren karara konu somut ihtilâfin gerçek hayatta ne şekilde cereyan ettiğine ilişkin kısa özetler sunmaya çalıştık. Böylece okuyucunun, milletlerarası yatırım hukuku içtihadına konu ihtilâflar ile Ukrayna'da meydana gelmesi olası ihtilâfları karşılaştırmasına imkân sağlamaya gayret gösterdik.

ration) ile çözülebileceği gibi, genel milletlerarası kamu hukukundan kaynaklanan diplomatik koruma usûlü ile ya da Milletlerarası Adalet Divanı yargılaması ile de çözülebilir. Yabancı yatırımcının, yatırım uyuşmazlığının çözümü için ev sahibi devletin iç hukuk yollarına başvurma imkânı da vardır. Çalışmamızda bu usûllerden, milletlerarası yatırım hukuku rejiminin ayırt edici tipi olan, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki yatırım tahkimi esas alınmıştır. Çalışmada aksi belirtilmediği sürece, “yatırım tahkimi” ya da “yatırım yargılaması” ifadesi ile yatırımcı ile ev sahibi devlet arasındaki tahkim usûlü (*investor-state arbitration*) kastedilmiştir.

¹² Ticarî tahkim usûlünden farklı olarak -yatırım hukukunun niteliği gereği- bazı yatırım tahkimi tiplerinde, gizlilik prensibine istisna getirilmiştir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkzn. ATAMAN-FİGANMEŞE, 2011, s. 139.

Ukrayna'daki iç karışıklıklarda yabancı yatırımın korunması konusu, çalışmada üç bölümde incelenmiştir. İlk bölümde Ukrayna'daki yabancı yatırımlar ve bu yatırımların Ukrayna'nın millî hukukunda korunması (I) hususu, ikinci bölümde Ukrayna'nın taraf olduğu yatırım anlaşmalarından kaynaklanan yabancı yatırımı koruma yükümlülükleri (II) açıklanmıştır. Esasında, çalışma hazırlanmaya başlandığında, makalenin salt bu iki bölümden oluşacağı öngörülmüştü. Ne var ki, Ukrayna'daki Türk yatırımcılara ait yatırımların korunmasına ilişkin ilkelerin ortaya konduğu Türkiye-Ukrayna yatırım anlaşmasında, korumanın temelini tesis eden bir düzenlemenin bulunmaması, iki bölümlü plan düzeneğinin (*plan binaire*) bozulması pahasına, Türk okuyucuyu yakından ilgilendirebilecek, üçüncü bir bölümün eklenmesini zorunlu kılmıştır. Velhâsıl, çalışmanın üçüncü bölümünde, yatırım anlaşmasında koruma yükümlülüğüne ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde Ukrayna'nın yabancı yatırımları koruma yükümlülüğü incelenmiştir (III).

I. Ukrayna'daki Yabancı Yatırımlar ve Yatırımların Millî Hukukta Koruması

1990'larda Yeni Milletlerarası İktisadî Düzen (*New International Economic Order*) akımının itibar kaybetmesi ve iktisadî küreselleşmenin önem kazanmasıyla, yabancı yatırım ve yatırımcı çekebilmek kalkınmanın önemli bir aracı olarak görülmeye başlanmıştır¹³. Bu sebeple, yabancı yatırım çekebilmek için yabancı yatırımın çeşitli risklere karşı hukuken korunması hedeflenmiş, bu hukukî koruma, millî hukukta ve milletlerarası hukukta öngörülen hükümler aracılığıyla sağlanmaya gayret edilmiştir.

1990'ların başında bağımsızlığını kazanan birçok eski Sovyetler Birliği devleti gibi, Ukrayna da bu dönemin yabancı yatırım çekmeye yönelik eğilimlerinden etkilenmiştir¹⁴. Bu doğrultuda Ukrayna, yalnızca birçok devletle Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması (YKTA) imzalamamış, aynı zamanda millî hukukunda öngördüğü güvenceler yoluyla da yabancı yatırımcı nezdinde, Ukrayna'nın uygun bir yatırım iklimi sunduğu intibamı uyandırmaya gayret etmiştir¹⁵. Başka bir ifadeyle Ukrayna, hem milletlerarası hukuk hem de millî hukuku yoluyla yabancı yatırım çekmeye yönelmiştir. Ç-

¹³ ENGLE, 2003, ss. 196, 197; BURGEAT, 2002, s. 14.

¹⁴ BURGEAT, 2002, s. 14.

¹⁵ Ukrayna bağımsızlığını kazanmasından hemen sonra, kayda değer bir hızla, yabancı yatırım çekmeye yönelik kanun yapma ve YKTA'ya taraf olma sürecine girmiştir. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. I.B.; II.A.1. ve II.B.1 başlıkları altındaki açıklamalarımız.

İşmanın ikinci bölümünde, Ukrayna'nın taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar (YKTA'lar) yoluyla yatırımcının iç karışıklıklar karşısında ne şekilde korunabileceğine ilişkin açıklamalara geçmeden evvel, bu bölümde Ukrayna'da hâli hazırda bulunan yabancı yatırımlara (A) ilişkin genel bilgiler vermenin ve yatırımların korunmasına ilişkin Ukrayna millî hukukundaki düzenlemelere (B) değinmenin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

A. Ukrayna'da Bulunan Yabancı Yatırımlar

Ukrayna'nın yabancı yatırım çekebilmek için birçok avantajı vardır; nüfusunun tahsil düzeyinin yüksek olması, doğal kaynaklar bakımından zenginliği, 45 milyon kişiyi geçkin nüfusunun¹⁶ önemli bir tüketici pazarı oluşturması, diğer büyük pazarlara (Orta ve Doğu Avrupa, Rusya, Orta Asya ve hatta Orta Doğu pazarlarına) yakınlığı bu avantajlar arasında sayılabilir¹⁷. Ne var ki Ukrayna, 1991 yılında bağımsızlığını kazanmasını takip eden ilk 15 yılda, bu avantajlarını kayda değer bir iktisadî büyüme sağlayacak şekilde değerlendirememiştir. Üstelik 90'lı yılların ikinci yarısında, Ukrayna'nın gayrisafi yurtiçi hâsılasının Sovyetler döneminden dahi düşük olduğu görülmüştür¹⁸. Ukrayna'nın gayrisafi yurtiçi hâsılasında ilk defa 2000 yılında büyüme sağlanmış, bu dönemde Ukrayna'nın ihracat pazarlarında Türkiye, Rusya'dan sonra ikinci sırada yer almıştır¹⁹. Bununla birlikte 2000 yılında gözlemlenen büyüme Ukrayna ekonomisinde sürdürülebilir bir kalkınma sağlayamamıştır.

Yatırım çevrelerinde “beklemedeki mucize” olarak adlandırılan Ukrayna'nın²⁰ yabancı yatırım çekebilmek için birçok avantaja sahip olmasına rağmen, kendisinden beklenen performansı gösterememesi bir tutarsızlığa işaret eder. Bu tutarsızlığın temelinde hukukî sebepler olduğu kadar siyasî ve idarî sebepler de yer alır. Milletlerarası araştırma kuruluşlarının yaptığı saha çalışmalarında bu tutarsızlığın temelinde yatan siyasî ve idarî sebeplerin, idarenin işlemlerinin şeffaf olmaması ve keyfiliği, yolsuzluk²¹, kayıt dışı ekonominin

¹⁶ Ukrayna Devlet İstatistik Hizmetleri'nin 1 Mayıs 2016 tarihli tahminleri uyarınca, Ukrayna'nın nüfusu 42.692.393'dir. <http://www.ukrstat.gov.ua/> (Erişim: 20.06.2016).

¹⁷ OECD, 2001, s. 42.

¹⁸ OECD, 2001, s. 35.

¹⁹ OECD, 2001, s. 37.

²⁰ Ukrayna'nın milletlerarası yatırım çevrelerinde “beklemedeki mucize” (*miracle in waiting*) olarak adlandırıldığı hakkında bkz. BURGEAT, 2002 s. 16.

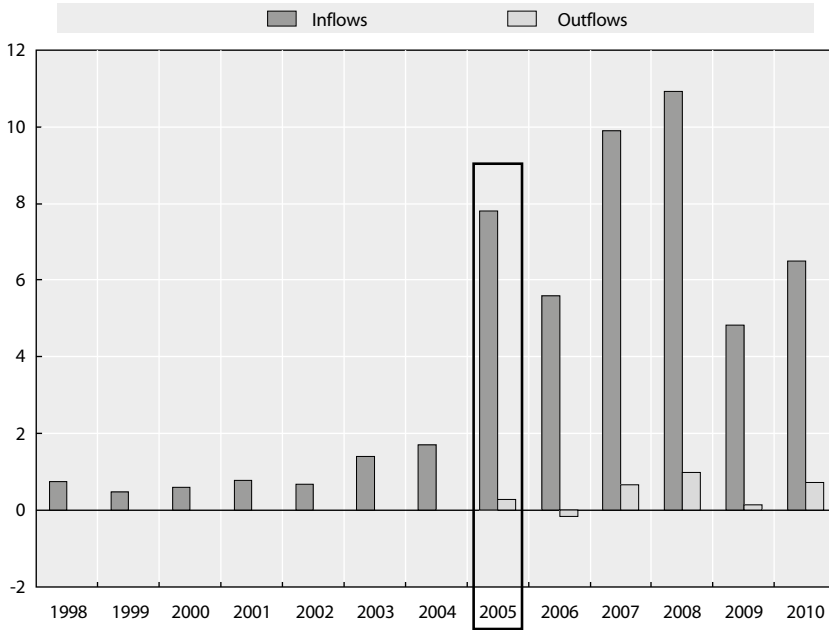
²¹ OECD, 2001, s. 83.

kayıtlı ekonomiye nazaran çok büyük olması²², siyasî istikrarın sağlanamaması olduğu tespit edilmiştir²³.

Hakikaten günümüzde, Ukrayna'nın hâlâ doğrudan yabancı yatırım çekmek konusunda önde gelen ev sahibi devletler arasında sayılmadığını görürüz. Özellikle 2005 yılına kadar sürdürülen yatırım politikaları, Ukrayna'ya ciddi bir yatırım girdisi sağlamamıştır²⁴. 2005 yılındaki bu ani değişikliğin, 2003-2005 yılları arasında, Ukrayna'nın önceki deneyimlerine göre daha tutarlı biçimde yürüttüğü özelleştirme politikalarına bağlı olduğu tahmin edilmektedir²⁵.

Tablo 1: Ukrayna'nın 1998-2010 Arasında Doğrudan Yabancı Yatırım Giriş-Çıkışı²⁶

Figure 1.1. FDI in and from Ukraine 1990-2009
(USD billion)



Source: National Bank of Ukraine

22 ÖĞÜTÇÜ/STEPANEKO-MALAN, 2002, s. 22; OECD, 2001, s. 88.

23 OECD, 2001, s. 43.

24 Bknz. Tablo 1.

25 OECD, 2011, s. 24.

26 OECD, 2011, s. 19.

2005 yılından itibaren, Ukrayna'ya doğrudan yabancı yatırım girişinin yıllık ortalama 7 milyar ABD doları civarında²⁷ olduğu ve toplam doğrudan yabancı yatırımın 58 milyar ABD doları civarında olduğu düşünülürse²⁸, Ukrayna gibi yabancı yatırım çekmek konusunda büyük potansiyel sahibi bir ülkenin, bu potansiyelinden gereği gibi faydalanamadığı sonucuna varmak mümkün olur²⁹. Ukrayna'nın bu durumunu gözlemleyebilmek için, gelişmekte olan ülkelerden benzer avantajlara sahip, Türkiye, Hindistan, Brezilya gibi ülkelerin, aynı dönemlerdeki doğrudan yabancı yatırım ortalamalarına bakmak yeterlidir. Ukrayna'nın toplam doğrudan yabancı yatırım girişinin 58 milyar ABD doları olduğu 2010 tarihi itibarıyla, Türkiye'de bu kalem 186 milyar ABD dolarını, Hindistan'da 205 milyar ABD dolarını, Brezilya'da 682 milyar ABD dolarını bulmuştur³⁰. Keza, Ukrayna'ya doğrudan yabancı yatırım girişinin yıllık ortalama 7 milyar ABD doları olduğu 2005-2010 tarihleri arasında, Türkiye için bu kalem yıllık 14 milyar ABD dolarını, Hindistan için 26 milyar ABD dolarını, Brezilya için ise 31 milyar ABD dolarını bulmuştur³¹.

27 Verdiğimiz bu ortalama rakam, milletlerarası iktisadî gelişmelerin dönemsel sonuçlarını göz ardı ederek, yabancı yatırım girişine ilişkin genel tabloyu sunmayı hedefler. Yine de hatırlatmakta fayda var ki, Ukrayna'nın iktisadî durumu milletlerarası gelişmelerden bağımsız değildir. Nitekim Ukrayna'nın 2008 yılında 11 milyar ABD doları seviyesinde doğrudan yabancı yatırım çekerek doğrudan yabancı yatırımda zirveyi gördüğü; 2009 yılında ise milletlerarası ekonomik krizden de etkilenerek bu rakamın %56 düşüşle 5 milyar ABD doları seviyelerine kadar düştüğü görülür. Doğrudan yabancı yatırım girişi her ne kadar 2010'da %10 artışla 6 milyar ABD doları seviyesine yükselmişse de, kriz öncesi seviyeleri tekrar yakalayamamıştır.

28 Bknz. Tablo 2.

29 Ukrayna'nın içinde bulunduğu durum sebebiyle güncel iktisadî verilerine ulaşmak kolay değildir. Bu konuyla ilgili en güncel çalışmalar, OECD'nin 2011 yılına ait Ukrayna Yatırım Politikası Raporu ile UNCTAD'ın 2012 yılına ait Ukrayna Yatırım Profili Raporudur. Her iki rapor da Ukrayna Merkez (Millî) Bankası ve Dünya Bankası'nın sağladığı 2010 verileri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla çalışmamızda verdiğimiz rakamsal veriler, aksi belirtilmedikçe, 2010 yılına kadarki iktisadî durumu yansıtmaktadır. Bknz. OECD, 2011, ss. 18, 19; UNCTAD, 2012, s. 1 vd. Ukrayna hakkında daha güncel iktisadî ve hukukî bilgileri sağlayabilecek OECD Investment Policy Reviews: Ukraine 2016 yayını, 11 Temmuz 2016'da erişime açılacak olup, çalışmamızın basıma verildiği tarihte güncel verilere ulaşmamızı –malesef- sağlayamamıştır.

30 OECD, 2014, s. 18.

31 OECD, 2014, s. 12.

Table 2: Ukrayna'nın 2005-2010 Arası Yatırım Giriş-Çıkışı³²

Table 1.1. Ukraine's international investment (million of USD)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Inward direct investment flows	7 808	5 604	9 891	10 913	4 816	6 495
Equity capital	7 489	4 504	8 364	9 440	4 434	5 550
Reinvested earnings	4	35	17	172	22	0
Other capital	315	1 065	1 510	1 301	360	945
Inward portfolio investment	2 757	3 586	5 782	-1 292	-1 551	4 434
Other investment liabilities	5 453	9 780	22 553	27 568	2 867	10 609
Outward direct investment flows	275	-133	673	1 010	162	736
Equity investment	27	-8	975	796	115	692
Reinvested earnings	0	0	0	1	0	0
Other capital	248	125	-302	213	47	44
Outward portfolio investment	0	3	29	-12	8	17
Other investment assets	7 913	15 580	22 838	22 884	10 822	10 817
FDI stocks						
Inward	17 209	23 125	38 059	46 997	52 021	57 985
Outward	468	344	6 077	7 005	7 262	7 966
Memorandum items						
<i>Inward flows as % of gross fixed capital formation</i>	42	23	27	36	25	36*
<i>Inward stock as % of GDP</i>	20	21	27	38	46	42

* First nine months of 2010.

Source: National Bank of Ukraine, Balance of Payments Statistics.

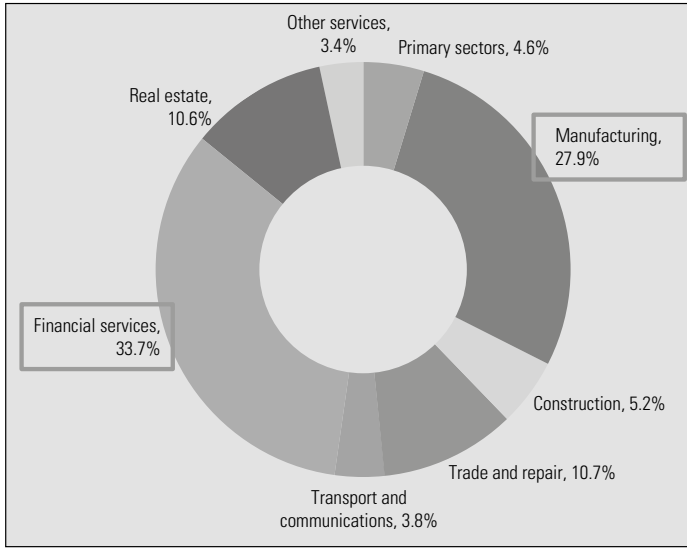
Ukrayna enerji alanında doğal kaynaklara sahip olmasına ve önemli enerji hatları üzerinde bulunmasına rağmen, Ukrayna'nın doğrudan yabancı yatırım çektiği sektörler arasında enerji sektörü önemli bir paya sahip değildir. Buna mukabil, toplam yabancı yatırımların ortalama üçte biri finans sektöründe, üçte biri imalat sektöründe faaliyet göstermektedir. Kalan üçte birlik kısım ise diğer sektörlerce paylaşılmaktadır³³.

32 OECD, 2011, s. 18.

33 Bknz. Tablo 3.

Tablo 3: Ukrayna'daki Doğrudan Yabancı Yatırımların Sektörel Dağılımı³⁴

Figure 1.2. FDI stock by sector (2010)



Source: Statc Statistical Service.

Ukrayna'da bulunan toplam doğrudan yabancı yatırımların % 75'inin AB ülkelerinden geldiği görülür. AB ülkelerinden sonra, yabancı yatırım ağırlıklı olarak Rusya (% 8) ve ABD'den (%3) gelmektedir³⁵. Rus yatırımcıların, Ukrayna'daki toplam yabancı yatırımdaki payının gerçekte %8'den fazla olduğu tahmin edilmekte, bu rakamın çeşitli sebeplerle istatistikî verilere yansımadığı bildirilmektedir³⁶.

Ukrayna coğrafî bakımdan oldukça büyük bir ülkedir. Bununla birlikte, yabancı yatırımların, ülkeye homojen dağılmadığı görülür. Ukrayna'daki iç karışıklıklardan en fazla etkilenen bölgelerden Kiev ile Doğu ve Güneydoğu Ukrayna toplam yabancı yatırımların üçte ikisini barındırır³⁷. Bu bölgele-

³⁴ OECD, 2011, s. 22.

³⁵ OECD, 2011, ss. 22, 23.

³⁶ OECD, 2011, s. 23.

³⁷ Ukrayna'daki toplam yabancı yatırımların üçte birinin Kiev ve çevresinde, üçte birinin Ukrayna'nın doğu ve güneydoğusunda bulunan Donetsk, Zaporozhye, Poltava, Odessa ve Dnipropetrovsk bölgelerinde bulunduğu. Kalan üçte birlik yabancı yatırımın ise ülkenin geriye kalan geniş coğrafyasında yer aldığı hakkında bkz. ÖĞÜTÇÜ/STEPANEKO-MALAN, 2002, s. 21; Kiev ve çevresindeki yabancı yatırımın diğer bölgelere nazaran, son on yılda hızla arttığı görülmektedir. Öğütçü/Stepaneko-Malan'ın çalışmasına göre daha güncel kaynaklarda Kiev

rin Ukrayna’da devam etmekte olan iç karışıklıklardan en şiddetle etkilenen bölgeler olduğu göz önünde bulundurulursa, giriş bölümünde varsayımsal olduğunu hatırlattığımız çalışmamızda incelediğimiz hükümlerin uygulanma ihtimâlinin ne kadar yüksek olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

Ukrayna’nın gerek millî hukuku gerek taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere yabancı yatırım ve yatırımcıya belirli düzeyde bir koruma sağlamaktadır. Bununla birlikte Ukrayna’nın hâlâ niteliklerinin gerektirdiği yatırımı çekememiş olmasının altında ayrıca, Ukrayna’daki hukukî yatırım ikliminin gerçek anlamda “yatırımcı canlısı” olmamasının yattığı da söylenebilir. Özellikle mevzuatın çok dağınık ve parçalı olması, bazı “stratejik” sektörlerde yabancı yatırımcının ancak Ukraynalı ortaklar ile kuracağı joint-venture aracılığıyla yatırım yapmasına müsaade edilmesi³⁸ ve “stratejik” sektörlerde yabancı yatırımın beyan esasına değil izin esasına dayanması³⁹; söz konusu “stratejik” sektörlerin geniş bir liste ile tanımlanması; yabancı yatırımcıların gayrimenkul edinmelerindeki güçlükler⁴⁰; mevzuatın geriye yürür şekilde sıklıkla değiştirilmesi milletlerarası doğrudan yatırım akışından Ukrayna’nın “hakkı” olan payı alamamasının hukukî gerekçeleri arasında görülebilir.

Mevzuatın sıklıkla ve geriye yürür şekilde değiştirilmesinin yabancı yatırımlar bakımından en dikkat çekici örneği, 1993 tarihli Yabancı Yatırım Kararnamesi ile yabancı yatırımcıya tanınan 5 yıllık vergi muafiyetinin 1996 tarihli Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun ile ilga edilmesine ilişkindir. Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun’da 1994 tarihine kadar tescil edilmiş olan yatırımlar bakımından vergi muafiyetinin geçerliliğinin korunacağına ilişkin geçiş hükmü bulunmasına rağmen, 1997 tarihli bir kanun ile vergi muafiyetine ilişkin teşvik düzenlemesi geriye yönelik olarak kaldırılmıştır. Geçiş

ve çevresindeki yabancı yatırımın tüm ülkeye oranının % 39 olduğu da bildirilmektedir. Bknz. OECD, 2011, ss. 23, 24.

38 OECD, 2001, ss. 48, 49, 54.

39 OECD, 2011, s. 32.

40 Yabancı yatırımcının Ukrayna’da gayrimenkul edinmesine, yakın zamana kadar hukuken müsaade edilmemekteydi. Bknz. OECD, 2001, s. 66. Gayrimenkul Kanununda yapılan değişiklikle yabancı yatırımcının gayrimenkul edinmesine imkân tanındıysa da, gayrimenkulün şehir sınırları içinde olması ve tarıma özgülmemiş olması gerekmektedir. Kamuya ait gayrimenkulün mülkiyetinin ise (ki bu tip gayrimenkul Ukrayna’daki gayrimenkullerin büyük kısmına işaret etmektedir) yabancı yatırımcı tarafından edinilmesi oldukça sıkı koşullara tâbi tutulmuştur. Bknz. OECD, 2011, s. 38.

hükümden yararlanan yatırımcılar iç hukuk yollarına başvurmuş olmalarına rağmen, davaları esasa girilmeksizin usûlden reddedilmiştir⁴¹.

B. Ukrayna'daki Yabancı Yatırımların Korunmasına İlişkin Millî Düzenlemeler

Devletler yabancı yatırımın korunması ve teşviki için öncelikle millî mevzuatlarında çeşitli düzenlemelere yer verirler⁴². Türkiye'nin millî mevzuatında yer alan, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁴³ ve yabancı yatırımların korunması ve teşvikine ilişkin çeşitli kanun ve yönetmeliklerde yer alan hükümler⁴⁴ gibi, Ukrayna millî hukukunda da yabancı yatırımın korunmasına ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.

Ukrayna'nın piyasa ekonomisi koşullarına uyum sağlayarak yabancı yatırım ve yatırımcı çekmeye yönelik kanun yapma çalışmaları ülke olarak bağımsızlığını kazanmasına ilişkin referandumdan dahi evvel başlamıştır. Öyle ki, Aralık 1991'de resmen bağımsız olan Ukrayna'nın, piyasa ekonomisine uyum sağlamaya yönelik kanunlaştırma çalışmaları, bağımsızlıktan evvel, 1991 Şubatında kanunlaşan Girişimcilik Faaliyetlerine Dair Kanun ve 1991 Martında kanunlaşan Özel Mülkiyete Dair Kanun ile başlamıştır. Ukrayna'nın yabancı yatırımlara ilişkin ilk kanunî düzenlemesi olan Yabancı Yatırımlara Dair Kanun Mart 1992'de kanunlaşmıştır. Yeni bağımsızlığını kazanmış bir devletin piyasa ekonomisi ve yabancı yatırımlara ilişkin hukukî altyapı oluşturma yönündeki bu hızının, yatırım politikasına verdiği öneme işaret ettiği söylenebilir.

Ukrayna millî hukukunda yabancı yatırıma ilişkin mevzuat, Türkiye'de ve başka pek çok devlette olduğu gibi, bir yandan sadece yabancı yatırımcıyı ilgilendiren düzenlemelerden; diğer yandan ise yerli ve yabancı tüm yatırımcıları ilgilendiren genel nitelikli düzenlemelerden oluşur. Birinci tip, yalnızca yabancı yatırıma ilişkin düzenlemelerin başlıcaları, 1992 tarihli Yabancı Yatırımlara Dair Kanun ve bu kanunu yürürlükten kaldıran 1996 tarihli Yabancı

41 Vergi muafiyetine ilişkin vakıanın ayrıntısı için bkz. OECD, 2001, s. 49.

42 ÇALIŞKAN, 2002, s. 9.

43 RG. 17.06.2003-25141.

44 Bu hükümlere örnek olarak; Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun (RG. 22.01.2000-23941); Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik (RG. 29.08.2003-25214); Tapu Kanunu'nun m. 36 (RG. 18.05.2012-28296) verilebilir.

Yatırım Rejimine Dair Kanun'dur. İkinci tip, yerli ve yabancı, tüm yatırımcı-ları ilgilendiren, bununla birlikte Ukrayna'daki yabancı yatırımcının ağırlıklı olarak istifade ettiği düzenlemelerin başlıcaları ise 1992 tarihli Özelleştirme Kanunu⁴⁵, 1999 tarihli Özelleştirmenin Hızlandırılması için Acil Tedbirler Kanunu⁴⁶, 2003 tarihli Ukrayna'nın Millî Güvenliğine İlişkin Esaslara Dair Kanun⁴⁷, 1991 tarihli Mülkiyete Dair Kanun, 1992 tarihli Gayrimenkul Kanu-nu, Kar Paylaşım Sözleşmelerine Dair Kanun⁴⁸, 1999 tarihli İmtiyaz Sözleş-melerine Dair Kanun ve bunu tamamlayan 2010 tarihli Kamu-Özel Teşebbüs Ortaklığına Dair Kanun⁴⁹ ve 2000 tarihli Bazı Faaliyetler için Lisans Verilme-sine Dair Kanun'dur.

Ukrayna'nın millî hukukunda yer alan yatırımın korunmasına ilişkin düzenlemelerden en kapsamlısı 1996 tarihli Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun'dur. 27 maddelik bu kanunda, milletlerarası yatırım hukukunda temel kabul edilen bazı haklar, bu millî düzenleme ile yabancı yatırımcılara tanın-mıştır. Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun, Ukrayna'da kurulan şirketlerin, kural olarak, kısmen ya da tamamen yabancı hissedarlardan teşekkül edebi-leceği (m. 3); yabancı yatırımın millî yatırımdan daha az elverişli muameleye tâbi tutulmayacağı, i.e. millî muamele esası (m. 7); bedelsiz kamulaştırmama (m. 9); devlet organları ve memurların fiilleri ve ihmallerinden kaynaklanan zararların tazmini (m. 10); nakit transferi serbestisi (m. 12) gibi teminatlar sağlamak ve bazı vergi avantajları öngörmektedir⁵⁰.

Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun, yukarıda saydıklarımız gibi alışıl-gelmiş hükümlerin yanı sıra, yabancı yatırımcıyı teşvik amaçlı, "yaratıcı" düzenlemelere de yer vermiştir. Bu hükümlerin başında "mevzuatın sabitlen-mesi hükmü" (stabilisation clause, m. 8) sayılabilir. Milletlerarası yatırım uy-gulamasında, yatırım sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan ancak genel düzenle-me niteliğindeki yatırım anlaşmaları ya da yatırım mevzuatlarında görmeye alışkın olmadığımız mevzuatın sabitlenmesi hükmü, bir yatırım sözleşme-

45 OECD, 2001, s. 79.

46 OECD, 2001, s. 80.

47 Bu kanunda millî güvenliğe yönelik iktisadî tehdit kavramı tanımlanmıştır. Bu kanundan yola çıkılarak, Ukrayna için bir çok "stratejik" sektör tespit edilmekte ve bu alanlarda yapılabilecek doğrudan yabancı yatırımlar sınırlandırılmakta ya da yasaklanmaktadır. OECD, 2011, s. 36.

48 OECD, 2001, s. 51.

49 OECD 2011, s. 47.

50 OECD, 2001, s. 44.

siyle tek bir yabancı yatırımcıya değil, Ukrayna'daki tüm yabancı yatırımcılara mevzuatın değiştirilmeyeceği teminatını vermektedir. Hüküm uyarınca, yabancı yatırımcı için, Ukrayna'da yatırımını yaptığı tarihten itibaren 10 yıl boyunca mevzuat sabitlenir. Bu teminat doğrultusunda, mevzuatta değişiklikler olsa dahi, bu değişiklikler, söz konusu yabancı yatırımcıya 10 yıllık süre boyunca uygulanmaz. Ne var ki, 10 yıl için öngörülen mevzuatın sabitlenmesi düzenlemesi, 2005 yılında serbest bölgelere ilişkin düzenlemelerin ilga edilmesi yoluyla ihlâl edilmiştir⁵¹.

Her ne kadar bu hükümler, milletlerarası yatırım hukukunun yabancı yatırımcıya sağladığı hükümler ile önemli ölçüde paralellik göstermekte ise de, yabancı yatırımın korunması bakımından çeşitli eksiklikleri barındırmaktadır. Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun'daki bu eksikliklerin başında, milletlerarası yatırım anlaşmalarındaki mutata ifadeler ile benzer ifadeler kullanılarak düzenlenen, bedelsiz kamulaştırmama hükmünün milletlerarası yatırım hukukundan daha dar bir koruma sağlaması yer alır. Milletlerarası yatırım anlaşmalarında bedelsiz kamulaştırmama hükümleri, hem yabancı yatırımcının Ukrayna'da yatırım amacıyla kurduğu şirketin hisselerinin kamulaştırılmamasını, hem de bu şirketin maliki olduğu işletmenin (imalathane, hizmet sağlayan işletme vs.) kamulaştırılmamasını öngörür. Buna mukabil Ukrayna'nın Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun'unda yer alan bedelsiz kamulaştırmama hükmü yalnızca şirket hisselerinin bedelsiz kamulaştırılmaması yükümlülüğü ile sınırlı tutulmuştur⁵². Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun, Ukrayna'nın millî mevzuatında yer aldığı için, mevzuatta yer alan kavramların içeriğinin de milletlerarası hukuk değil, millî hukuk göz önünde bulundurularak tespit edilmesi olağandır. Dolayısıyla, Ukrayna'daki yabancı yatırımcının, millî hukuktan kaynaklanan bedelsiz kamulaştırmama hakkının, milletlerarası yatırım hukukunda öngörülen düzeyde değil, ancak millî hukukta anlaşılan şekliye korunması söz konusu olacaktır. Özetle, millî hukukta yer alan ve yukarıda özetlediğimiz haklar, her ne kadar düzenleniş biçimleri bakımından milletlerarası hukuktaki yabancı yatırımın korunması hükümlerine paralel de olsa, içerik bakımından bedelsiz kamulaştırmama örneğinde olduğu gibi, daha düşük standartta bir koruma sağlama riskini taşır.

Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanunda öngörülen teminatlar yalnızca teminatın içeriği bakımından değil, teminattan yaralanabilen yatırım ve yatı-

51 OECD, 2011, s. 31.

52 OECD, 2001, ss. 44, 45.

rımcıların tespiti bakımından da daha sınırlıdır. Kanunda düzenlenen teminatlar, milletlerarası yatırım anlaşmalarında sıklıkla öngörüldüğü gibi fiilen gerçekleştirilmiş olan yatırımların tümüne sağlanmaz. Kanunî korumadan yararlanabilmek için, yatırımcıya ayrı bir izin ve tescil yükümlülüğü getirilmiştir (m. 13). Üstelik, söz konusu teminatlardan yararlanılabilmesi için öngörülen izin ve tescil yükümlülüklerinin gereğinin yerine getirilip getirilmediği hususu ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmediği durumda yabancı yatırımcının zararının tazmin edilmesi meselelerinin yargılanması, münhasıran Ukrayna devlet mahkemelerine bırakılmıştır (m. 26).

Ukrayna'nın yabancı yatırımlara ilişkin millî mevzuatında yer alan bu eksikliklerin, Ukrayna'nın taraf olduğu ve aşağıda iç karışıklıklar temelinde daha ayrıntılı olarak incelenecek olan yatırım anlaşmaları ile –kısmen- giderildiğini söylemek mümkündür. Zira Ukrayna hukuku monist yaklaşımı benimsemiştir. Ukrayna Anayasası (m. 9) uyarınca milletlerarası anlaşma hükümleri Ukrayna iç hukukunun parçasıdır ve doğrudan uygulanabilir. Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanun'da da yatırım anlaşmaları ile Yabancı Yatırım Rejimine Dair Kanunu hükümleri arasında ihtilâf olduğu takdirde, yatırım anlaşması hükmünün esas alınacağını düzenlemiştir (m. 6)⁵³.

Bu bakımdan Ukrayna'nın milletlerarası yükümlülükleri ile tamamlanan millî düzenlemelerin ciddi bir eksikliği bulunduğu söylenemez. Nitekim, yabancı yatırım mevzuatına ilişkin olarak yabancı yatırımcının en temel eleştirisi, mevzuattaki eksiklik değil fazlalıktır. Yabancı yatırımı ilgilendiren düzenlemelerin parçalı oluşu ve buna bağlı şeffaflık eksikliği ile mevzuatın geriye yürür biçimde sıklıkla değiştirilmesi sebebiyle hukuk güvenliğinin zedelenmesi hukukî istikrarın önündeki en önemli engeller arasında görülmektedir⁵⁴.

2000 tarihli Bazı Faaliyetler için Lisans Verilmesine Dair Kanun ve bu kanuna getirilen 2009 ve 2010 tarihli değişiklikler uyarınca bazı sektörlerde faaliyette bulunması Ukrayna idaresinden lisans alınmasına bağlanmıştır. Bu sektörlerden bankacılık, sermaye piyasaları, finans, milletlerarası ticaret, radyo ve televizyon yayıncılığı, elektrik, eğitim, fikrî mülkiyet, alkollü ve tütün içeren madde üretimi, telekomünikasyon, inşaat alanlarında faaliyette bulunmak özel kanunlarında düzenlenen özellikli lisansları edinmeyi gerektirirken, bunlara ek olarak 45 farklı sektörde daha faaliyet lisans alınmasına

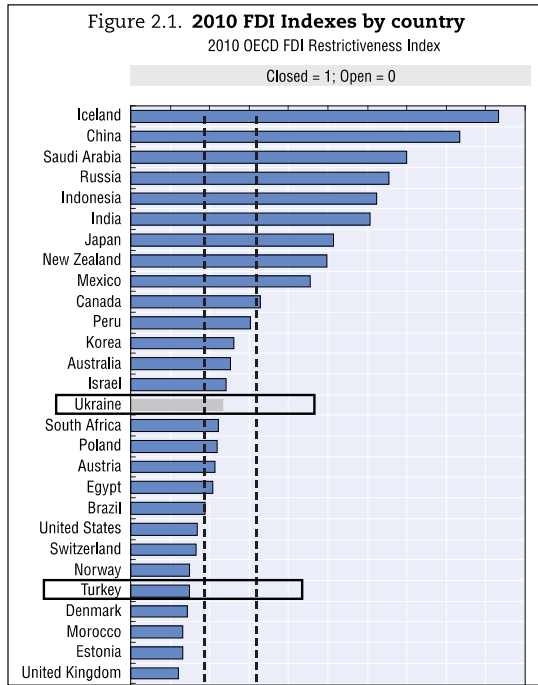
⁵³ OECD, 2001, ss. 45, 47.

⁵⁴ OECD, 2001, s. 54; ÖĞÜTÇÜ/STEPANEKO-MALAN, 2002, s. 22.

bağlıdır⁵⁵. Her ne kadar bu sektörlerde faaliyette bulunmak için izin almak sadece yabancı yatırımcı için değil, Ukraynalı yatırımcı için de gerekliyse de, uygulamada bu izinlerin alınmasında yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılara nazaran daha güçlük çektiği belirtilmektedir⁵⁶.

Ukrayna'nın yabancı yatırım çekebilmek amacıyla millî mevzuatında yaptığı bu düzenlemelerin yabancı yatırım çekebilmek için yeterli olmadığı OECD'nin Doğrudan Yabancı Yatırımı Kısıtlayıcılık Endeksinde de görülebilmektedir⁵⁷. Ukrayna OECD'nin kısıtlayıcılık endeksinde yalnızca Türkiye'nin değil OECD ülkeleri ortalamasının⁵⁸ da üzerinde yer almıştır. Başka bir ifadeyle Ukrayna mevzuatı ve bu mevzuatın tatbiki, yabancı yatırım çekmek konusunda Türkiye'den ve OECD ülkeleri ortalamasından daha kısıtlayıcıdır.

Tablo 4: 2010 Yılı OECD Doğrudan Yabancı Yatırımı Kısıtlayıcılık Endeksi⁵⁹



55 OECD, 2011, s. 39-41.

56 OECD, 2011, s. 41.

57 Bknz. Tablo 4.

58 Tablo 4'te OECD kısıtlayıcılık ortalaması solda yer alan kesik çizgi ile gösterilmektedir.

59 OECD, 2011, s. 51.

II. Ukrayna'nın Milletlerarası Yatırım Hukukundan Kaynaklanan Yabancı Yatırımları Koruma Yükümlülükleri

Giriş bölümünde kısaca izah edildiği üzere, milletlerarası yatırım hukukuna ilişkin normlar, yatırımlar için istikrarlı bir ortam yaratmayı hedefler. Ukrayna'da yaşanmakta olan iç karışıklıklar ve silahlı çatışmalar ise bu hukukî normlarla yaratılmaya çalışılan istikrarı hızla ve önemli ölçüde bozabilecek vakialardır.

Milletlerarası yatırım hukuku, milletlerarası iktisadî hukukunun bir alt başlığı olarak savaş, silahlı çatışma ve benzeri karışıklıklardan bağımsız bir milletlerarası hukuk branşı izlenimini yaratsa da milletlerarası yatırım hukukunun temellerinin atıldığı XIX. ve XX. yüzyıllarda savaş önemli rol oynamıştır⁶⁰. Yabancı yatırımların milletlerarası hukukta korunmasına ilişkin hükümlerde barış ve savaş (ya da silahlı çatışma) hâllerine göre ayırım yapılmıştır⁶¹. Nitekim günümüzde hâlâ savaş ve Ukrayna'nın içinde bulunduğu iç karışıklık sürecinde olduğu gibi silahlı çatışmalar, milletlerarası yatırım hukukunda devletin sorumluluğuna yol açabilecek ya da zaman zaman devletin sorumluluğunu sınırlandırabilecek vakıalar arasında yer almaktadır.

Ukrayna'nın iç karışıklıklar sebebiyle, ülkesindeki yabancı yatırımcıya karşı doğabilecek bu sorumluluğunun hukukî temeli ağırlıklı olarak milletlerarası anlaşmalarda yer alır. Nitekim Ukrayna, Türkiye de dahil olmak üzere 73 devletle YKTA'ya⁶² ve Enerji Şartı Anlaşması⁶³ ile ICSID Anlaşmasına⁶⁴ taraf olmuştur. YKTA'lar ve Enerji Şartı Anlaşması, ev sahibi devlet olarak Ukrayna'nın yabancı yatırımı koruma yükümlülüğünü düzenleyen hükümler içerir. Çalışmanın bu bölümünde bu anlaşmalarda sıklıkla rastlanılan iki tip koruma yükümlülüğünün niteliği ve yatırım hukuku tatbikatındaki yeri üzerinde durulacaktır. Bunlar; tam koruma ve güvenlik hükmü (A) ile savaş ve genişletilmiş savaş hükmünden (B) kaynaklanan yükümlüktür.

⁶⁰ GATHII, 2009, ss. 354, 355.

⁶¹ SCHWARZENBERGER, 1969, s. 21.

⁶² OECD, 2011, ss. 139 vd.

⁶³ Enerji Şartı Anlaşması 29 Ekim 1998 tarihinde Ukrayna tarafından onaylanmıştır. Anlaşma 27 Ocak 1999 tarihinden beri Ukrayna bakımından yürürlüktedir.

⁶⁴ ICSID Anlaşması 16 Mart 2000 tarihinde Ukrayna tarafından onaylanmıştır. Anlaşma 7 Temmuz 2000 tarihinden beri Ukrayna bakımından yürürlüktedir.

A. Tam Koruma ve Güvenlik Yükümlülüğü

Milletlerarası yatırım hukukunun temel norm kaynağını oluşturan YK-TA'ların büyük çoğunluğu “tam koruma ve güvenlik” (full protection and security) hükmünü içerir⁶⁵. Tam koruma ve güvenlik hükmü, yabancı yatırımları ev sahibi devlet organlarından ve özel kişilerden kaynaklanabilecek fizikî zararlara karşı koruyabilecek etkin tedbirlerin ev sahibi devletçe alınmasına yönelik bir milletlerarası yükümlülük doğurur⁶⁶. Bu yükümlülük karşısında ev sahibi devlet, söz konusu koruma ve güvenliği sağlayamadığı ölçüde sorumlu olacaktır. Milletlerarası yatırım hukukunda bu sorumluluğun ilk ve en önemli sonucu, ev sahibi devletin koruma ve güvenliği sağlayamamasından kaynaklanan zararları tazmin etme borcu altına girmesidir.

“Tam koruma ve güvenlik” hükmünün temelini, milletlerarası teamül hukukunun⁶⁷ yabancılara muameleye dair milletlerarası asgarî standart oluşturur⁶⁸. Milletlerarası yatırım hukukunda -ve dolayısıyla YKTA'larda- yabancılara muameleye dair milletlerarası asgarî standardın tam koruma ve güvenlik hükmünden daha “popüler” bir görünümü daha bulunur: adil ve hakkaniyetli muamele (*fair and equitable treatment*) hükmü. Milletlerarası asgarî standardın iki görünümünden; adil ve hakkaniyetli muamele hükmü, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik idarî ve hukukî işlemlerine ilişkin iken, tam koruma ve güvenlik hükmü yatırımın fizikî olarak korunmasına yönelik fiillerine⁶⁹ ilişkin milletlerarası yükümlülük

⁶⁵ SCHREUER, 2010, s. 1.

⁶⁶ MOSS, 2008, s. 131; Schreuer, 2010, s. 1; SCHILL, 2009, s. 81; ÇALIŞKAN, 2011, 76.

⁶⁷ Yabancılara muameleye dair milletlerarası asgarî standardın bağlayıcılığının milletlerarası teamül hukukundan ya da medenî milletlerce kabul edilen hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabileceğine, ancak bunun belirlenmesi için asgarî standardın hususî olaya uygulanacak içeriğinin (özel asgarî standardın) tespit edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. YALKIN, 2009, s. 72 vd. Bazı yazarlar, tam koruma ve güvenlik hükmü ile adil ve hakkaniyetli muamele hükümlerinin, teamül hukuku kuralı olmadığını, buna mukabil hukukun genel ilkelerinden olduğunu savunmaktadır. Bknz. McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 1.176, 7.177.

⁶⁸ GRIERSON-WEILER/LAIRD, 2008, s. 264; TUDOR, 2008, ss. 62, 63. Tam koruma ve güvenlik standardının tarihi gelişimi için bkz. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, par. 6.41-6.46; SALACUSE, 2010, s. 208.

⁶⁹ Tam koruma ve güvenlik hükmü kapsamında ev sahibi devletin milletlerarası yükümlülüğü yalnızca ev sahibi devletin fiillerinden değil, ihmâlınden de kaynaklanabilir. Zira, hüküm devletin yatırıma ilişkin muamelelerinin hükümde belirtilen standarda uygunluğunu amaçlar. “Muamele” (treatment) ifadesinden ne kast edildiği çoğu YKTA'da açıklanmamakta birlikte kavramın, devlet fiilleri olduğu kadar ihmâllerini de kapsadığı, Devletin Sorumluluğuna

doğurur^{70,71}. Bu çalışmada, hususiyetle Ukrayna'daki iç karışıklıkların yabancı yatırımlara olası etkisi açıklanmaktadır. Söz konusu iç karışıklığın içerdiği fizikî şiddet göz önünde bulundurularak, çalışmada Ukrayna'nın tam koruma ve güvenlik hükmünden kaynaklanabilecek milletlerarası sorumluluğu üzerinde durulmaktadır⁷².

1. Ukrayna'nın Taraf Olduğu YKTA' larda Yer Alan Tam Koruma ve Güvenlik Hükümlerinden Örnekler

Ukrayna'nın taraf olduğu YKTA'ların çoğunda tam koruma ve güvenlik hükmü yer almaktadır. Örneğin Ukrayna-ABD YKTA'sında⁷³, tam koruma ve güvenlik hükmü şu şekilde ifade edilmiştir;

“Yatırım daimi olarak adil ve hakkaniyetli muameleye tâbi tutulur, **tam koruma ve güvenlikten istifade eder** ve hiçbir durumda milletlerarası hukukun gerektirdiğinden düşük bir muameleye tâbi tutulmaz.”⁷⁴ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Ukrayna-İngiltere YKTA'sında⁷⁵ tam güvenlik ve koruma hükmü şu şekilde düzenlenmiştir;

İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun maddelerindeki düzenlemelere de uygun olarak, yatırım uygulamasında genel kabul görmüştür. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, par. 6.16.

70 TUDOR, 2008, s. 185.

71 Nispeten yakın tarihli milletlerarası yatırım tahkimi kararlarında, tam koruma ve güvenlik hükmünün sadece fizikî değil idarî ve hukukî korumayı da kapsayacak şekilde geniş, başka bir ifade ile adil ve hakkaniyetli muamele standardı ile örtüşecek şekilde yorumlanmaya başlandığı görülmüştür. Ne var ki bu hususta tahkim içtihadı ve milletlerarası yatırım hukuku doktrini yeknesak bir tutum sergilememektedir. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. SCHREUER, 2010, ss. 6 vd.; NEWCOMBE/PARADELL, par. 6.45. Bu çalışmada, genel olarak tam koruma ve güvenlik standardını açıklamaya çalışmaktan ziyade, Ukrayna'da yaşanmakta olan ve şiddet içerme eğilim gösteren kriz karşısında yabancı yatırımların korunmasına ilişkin hükümleri açıklamayı amaçladığımızdan, tam koruma ve güvenlik hükmünü yalnızca doktrin ve içtihat tartışmasız olan anlamı ile, yani “ kuvvet kullanmaya karşı bir koruma standardı” olarak kullanacağız.

72 Adil ve hakkaniyetli muamele hükmünden kaynaklanabilecek milletlerarası sorumluluk hâlleri ise, yalnızca gerekli görüldüğü durumlarda hatırlatılmıştır.

73 Ukrayna-ABD YKTA'sının UNCTAD tarafından sağlanan İngilizce içeriği için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2366> (Erişim: 20.06.2016).

74 Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, **shall enjoy full protection and security** and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

75 Ukrayna-İngiltere YKTA'sının UNCTAD tarafından sağlanan İngilizce içeriği için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2365> (Erişim: 20.06.2016).

“Âkit devletlerin yatırımcılarına ait yatırımlar daimi olarak adil ve hakka-niyetli muameleye tâbi tutulur ve **diğer âkit devlet ülkesinde tam koruma ve güvenlikten istifade eder.**”⁷⁶ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Ukrayna-Almanya YKTA’sında⁷⁷ tam güvenlik ve korum hükmü şu şekilde düzenlenmiştir;

“Âkit devletlerden birinin vatandaşı ya da ortaklığına ait yatırımlar, **diğer âkit devlet ülkesinde tam koruma ve tam güvenlikten istifade eder.**”⁷⁸ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Ukrayna-Fransa YKTA’sında⁷⁹ tam koruma ve güvenlik hükmü şu şekilde yer almaktadır;

“Âkit devletlerden birinin ya da diğerinin vatandaşı ya da ortaklığı tarafından gerçekleştirilen yatırımlar, **diğer âkit devlet ülkesinde ve kara sularında tam ve eksiksiz bir güvenlik ve korumadan istifade eder.**”⁸⁰ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Ukrayna’daki yabancı yatırım, şayet yukarıdaki YKTA’lardan birinin ya da bu YKTA’larda olduğu gibi tam koruma ve güvenlik hükmü içeren bir başka YKTA’nın uygulama alanına giriyorsa, Ukrayna bu yatırıma ve yatırımcısına karşı fizikî koruma sağlama yükümlülüğü altındadır.

Yukarıda, Ukrayna’nın taraf olduğu YKTA’larda yer alan tam koruma ve güvenlik hükümlerinden verdiğimiz örnekler incelenecek olursa hepsinin az ya da çok birbirine benzer ifadeler içerdiği görülür. Hükümlerden bazılarının, “tam” sıfatını yalnızca korumaya attettiği; diğerlerinin, hem koruma hem

⁷⁶ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and **shall enjoy full protection and security in the territory of the other contracting Party.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

⁷⁷ Ukrayna-Almanya YKTA’sının UNCTAD tarafından sağlanan Almanca içeriği için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1442> (Erişim: 20.06.2016)

⁷⁸ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Kapitalanlagen von Staatsangehörigen oder Gesellschaften einer Vertragspartei **genießen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei vollen Schutz und volle Sicherheit.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

⁷⁹ Ukrayna-Fransa YKTA’sının UNCTAD tarafından sağlanan Fransızca içeriği için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1290> (Erişim: 20.06.2016)

⁸⁰ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Les investissements effectués par des nationaux ou sociétés de l’une ou l’autre des Parties contractantes **bénéficient, sur le territoire et dans la zone maritime de l’autre Partie contractante, d’une protection et d’une sécurité pleines et entières.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

güvenlik için “tamlik” aradığı; bazılarında düzenlenen koruma ve güvenlik yükümlülüğünün coğrafi sınırlara tâbi tutulduğu; diğerlerinde ise tutulmadığı tespit edilebilir. Terimin ifadesindeki bu tür farklılıklar YKTA’larda yer alan hükmün maddî içeriğine ilişkin anlamlı bir değişiklik yaratmaz⁸¹. Bu sebeple, hükmün kapsamına ilişkin aşağıdaki açıklamalarımızda, milletlerarası yatırım uygulamasında günümüzde en çok kullanılan terimi, “tam koruma ve güvenlik” terimini tercih edeceğiz.

2. Tam Koruma ve Güvenlikten Kaynaklanan Koruma Yükümlülüğünün Kapsamı

Tam koruma ve güvenlik hükmünün ev sahibi devlete yüklediği, fizikî koruma yükümlülüğünden anlaşılan, güç kullanımından kaynaklanabilecek zararlara karşı asgarî düzeyde bir koruma ve güvenlik sağlamaktır. Bu husus, Saluka v. Çek Cumhuriyeti kararında,

“Tam koruma ve güvenlik standardı, esasında yabancı yatırımın iç karışıklık ve **fizikî şiddetten** etkilendiği hâllerde uygulanır. . [...] “tam koruma ve güvenlik” hükmü yatırımın maruz kaldığı *herhangi* bir zararın tazmini amacını değil; **hususî olarak, kuvvet kullanımından kaynaklanabilecek müdahalelere karşı yatırımın fizikî bütünlüğünü koruma amacını güder.**” [Kalın ve italik yazı tipi eklenmiştir.]

şeklinde ifade edilmiştir⁸².

Ev sahibi devletin, ülkesindeki yabancı yatırıma tam koruma ve güvenlik sağlama yükümlülüğü öncelikle, yatırıma devlet organları aracılığıyla fizikî zarar vermemeyi gerektirir. Bu bağlamda hükmün ihlâli, iç karışıklıkların önlenmesi amacıyla *bizzat devlet organlarınca alınan ve kuvvet kullanımını içeren tedbirlerden kaynaklanabilir*⁸³. Nitekim Biwater v. Tanzania kararında bu yönde hükme varılmıştır. Davaya konu ihtilâf, Tanzania idare teşkilatında yer alan DAWASA (Dar es Salaam Water and Sewerage Authority - Dar es

⁸¹ SCHREUER, 2013, s. 4; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 308.

⁸² Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The ‘full protection and security’ standard applies essentially when the foreign investment has been affected by civil strife and **physical violence**. [...] the ‘full security and protection’ clause is *not meant to cover just any kind of* impairment of an investor’s investment, but to protect more **specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force.**” [Kalın ve italik yazı tipi eklenmiştir.] Bknz. Saluka v. Çek Cumhuriyeti, par. 483, 484. Aynı yönde bknz, Rumeli v. Kazakistan, par. 668.

⁸³ Zira devlet organlarının faaliyetleri devlete atfedilerek devletin sorumluluğunu doğurur. Bknz ILC’s Articles on State Responsibility, m. 4.

Selaam Su ve Kanalizasyon İdaresi) ile Biwater Gauff Ltd'in Tanzania'da kurduğu City Water Services Limited arasında imzalanan, Dar es Salaam şehrinin su dağıtım ve kanalizasyon işletmesinin sağlanmasına ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Sözleşme, 10 yıllık bir süre için 2003 yılında imzalanmıştır. DAWASA, su dağıtım ve kanalizasyon işletmesinin ilgili hizmetleri gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle 13 Mart 2005'te sözleşmeyi feshetmiş, City Water'ın kullanımındaki tesislere kuvvet kullanarak el koymuş ve Biwater'ın üst düzey yönetimindeki kişileri sınırdışı etmiştir. Biwater, İngiltere-Tanzanya YKTA'sına dayanarak ICSID bünyesinde tahkim davası açmıştır. Tanzania, tam koruma ve güvenlik hükmüne dayanan savunmasında, hükmün yalnızca iç savaş, ayaklanma ya da doğal felaketler gibi devlet organlarının dahlinin bulunmadığı sebeplerle meydana gelebilecek zararları öngörme ve bunlara karşılık vermek konusunda bir yükümlülük getirdiği görüşünü ileri sürmüştür⁸⁴. Bu savunmaya karşı;

“Hakem Heyeti, ‘tam koruma ve güvenlik’ standardının uygulama alanının Devletin üçüncü kişilerin eylemlerini önlemeyle sınırlı olmadığı, buna mukabil bizzat devlet organ ve temsilcilerinin eylemlerine de şamil olduğu görüşündedir. ‘Tam’ ifadesi ile de bu kastolunur [...]”⁸⁵

yönünde hükme varmıştır⁸⁶. Başka bir ifadeyle, ev sahibi devletin, kendi organları aracılığıyla yabancı yatırıma zarar vermesi, tam koruma ve güvenlik hükmünün ihlâli kabul edilmiştir. Uygulamada, devlet organlarının yabancı yatırıma zarar vermesi, sıklıkla silahlı kuvvetlerin ve kolluk kuvvetlerinin eylemlerinden kaynaklanır. Bu devlet organları, Biwater kararında olduğu gibi, doğrudan doğruya yabancı yatırıma ve yatırımcıya karşı kuvvet kullanabilir ya da -Ukrayna'daki iç karışıklıklarda yaşanması daha muhtemel olduğu gibi- hâlihazırda kuvvet kullanmakta olan üçüncü kişilere müdahalede bulunurken yabancı yatırıma zarar verebilir.

⁸⁴ Biwater v. Tanzania, par. 719.

⁸⁵ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The Arbitral Tribunal also does not consider that the “full security” standard is limited to a State’s failure to prevent actions by third parties, but also extends to actions by organs and representatives of the State itself. That is also implied by the term ‘full’ [...]” Biwater v. Tanzania, par. 730.

⁸⁶ Benzer şekilde, Tecmed v. Meksika kararında da, ev sahibi devlet organlarınca, yatırımcıya karşı özel kişilerin yürüttüğü gösteri ve protestoların teşvik edilmemesi ve bunlara iştirak edilmemesi, tam koruma ve güvenlik hükmü bakımından devletin sorumluluğunun doğmaması için gösterilen gerekçeler arasında sayılmıştır. Bknz. Tecmed v. Meksika, par. 176.

Ev sahibi devletin tam koruma ve güvenlik hükmünden kaynaklanan yükümlülüğünün ihlâli yalnızca devlet organlarının güç kullanımıyla yatırıma zarar verilmesi hâlinde değil, aynı zamanda özel kişi ve gruplarca zarar verilmesi hâlinde de söz konusu olabilir⁸⁷. Bu bağlamda tam koruma ve güvenlik hükmü; yalnızca menfî bir yükümlülük (devlet organları eliyle zarar vermeme yükümlülüğü) değil, aynı zamanda müsbet bir yükümlülük de (özel kişilerce verilebilecek zararın etkin olarak önlenmesi yükümlülüğü de) yaratır⁸⁸. Nitekim *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti* kararında;

“Hakem heyeti şu görüştedir; [Çek Cumhuriyeti-Hollanda] YKTA’sı m. 3(2)’de yer alan kıstas, **ev sahibi devletin yatırımcıyı üçüncü kişilerden koruması yükümlülüğünü** kapsamaktadır; bu kişiler, taraflarca zikredildiği üzere göstericiler, isyancılar, kiralık haydutlar ve bunlar gibi, devletin kuvvet kullanma tekeli yatırımcı aleyhine ihlâl edenlerdir. Dolayısıyla, **ev sahibi devlet, üçüncü kişilerce gerçekleştirilen eylemlerden mâni olması gerekenleri engelleyemediğinde, tam koruma ve güvenlik sağlayamamış olur.**”⁸⁹ [Kalın yazı tipi eklenmiştir. İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.]

yönünde karar verilmiştir⁹⁰.

⁸⁷ Bu husus birçok yatırım tahkimi kararında vurgulanmıştır . Bknz. *AMT v. Zaire*, par. 28; *Wena v. Mısır*, par. 84; *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, par. 203; *Plama v. Bulgaristan*, par. 180; *Rumeli v. Kazakistan*, par. 668; *Saluka v. Çek Cumhuriyeti*, par. 483, 484; *Parkerings v. Litvanya*, par. 355; *PSEG Global Inc. ve Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Şirketi v. Türkiye*, Esas, 19 Ocak 2007, ICSID Vakıa No. ARB/02/5, par. 257-259; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P v. Arjantin*, Esas, 22 Mayıs 2007, ICSID Vakıa No. ARB/01/3, par. 284-287; *BG Group Plc. v. Arjantin*, Esas, 24 Aralık 2007, UNCITRAL, par. 323-328; *Sempra Energy International v. Arjantin*, Esas, ICSID Vakıa No. ARB/02/16, par. 321-324.

⁸⁸ SCHILL, 2009, s. 81.

⁸⁹ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “As the Tribunal understands it, the criterion in Art. 3(2) of the [Czech-Netherlands] BIT concerns **the obligation of the host state to protect the investor from third parties**, in the cases cited by the Parties, mobs, insurgents, rented thugs and others engaged in physical violence against the investor in violation of the state monopoly of physical force. Thus, **where a host state fails to grant full protection and security, it fails to act to prevent actions by third parties that it is required to prevent.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir. İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.] *Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti*, par. 203.

⁹⁰ Bu kararın dikkat çekici diğer bir yönü de, özel kişilerce yürütülen ve “şiddet” içermeyen eylemlerin dahi, tam koruma ve güvenlik hükmü kapsamında değerlendirilebileceğini ima eden ifadeler içermesidir. *Eastern Sugar* kararına konu uyuşmazlık, tamamına yabancı (İngiliz, Fransız ve Alman) yatırımcıların sahip olduğu şeker üreticisi *Eastern Sugar* şirketine

Benzer şekilde Ukrayna’da yaşanmakta olan iç karışıklıklarda, yabancı yatırım, Ukrayna devleti ile organik bağı olmayan özel kişilerin güç kullanımı sebebiyle zarar görebilir. Bu durumda, ev sahibi devlet olarak Ukrayna, bu zararların meydana gelmesini önleyememesinden ötürü tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünü ihlâl etmiş sayılıp, yatırım tahkiminde tazminata mahkûm edilebilir.

Ev sahibi devletin, olası zararları önlemek konusunda müsbet bir davranış yükümlülüğünün olması, ülkesinde meydana gelebilecek tüm fizikî zararlardan mutlak şekilde sorumlu olduğu anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle, bu hüküm, yabancı yatırımların özel kişilerden kaynaklanabilecek tüm zararlarına karşı, ev sahibi devleti “kusursuz sorumluluk” hükümlerince sorumlu tutmaz⁹¹. Nitekim bu husus, Milletlerarası Adalet Divanı’nın ELSI (ABD v. İtalya) kararında vurgulanmıştır. Karara konu ihtilâf, iki Amerikan şirketinin

tanınan şeker pancarı ve şeker kamışı alım kotasının, rakibi Çek üreticilere sağlanan artıştan yararlandırılmamasından kaynaklanmıştır. Yatırımcının tam koruma ve güvenlik iddiasının temelinde yatan vakia ise, yerli şeker pancarı üreticilerinin, şeker kamışına karşı, şeker pancarı üretimini koruyan bir politika talep ettikleri sokak gösterisidir. Şeker pancarı üreticilerinin düzenledikleri gösterinin tam koruma ve güvenlik hükmünü ihlâl edip etmediğini değerlendiren, hakem heyeti;

“Eastern Sugar, muhalif şeker pancarı üreticilerinin şeker pancarlarını, Eastern Sugar [işletmesinin] girişindeki merdivenlere bıraktıklarını ve kolluk kuvvetlerinin [müstehzi bir] gülümsemeye olanları izlediklerini ileri sürmemektedir. Şeker pancarları Ziraat Bakanlığı önündeki merdivenlere bırakılmış olup; Ziraat Bakanlığı’nın bunun üzerine, Eastern Sugar’ın hedef alındığı Üçüncü Şeker Kararnamesi yoluyla [olaylara] karşılık verdiği iddia edilmiştir.” [Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Eastern Sugar does not claim that disgruntled sugar beet growers were dumping sugar beet on the entrance stairs of Eastern Sugar, and policemen were looking on with a grin on their face. Sugar beet was dumped on the stairs of the Ministry of Agriculture, and the Ministry of Agriculture then allegedly reacted with the Third Sugar Decree, targeting Eastern Sugar.”]

ifadelerini kullanmış ve bu gerekçeyle, tam koruma ve güvenlik standardının ihlâli iddiasını reddetmiştir. Bknz. Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti, par. 204. Bu ifadenin mefhumu muhalifinden anlaşılabilir; şayet şeker pancarı üreticileri, şeker pancarlarını merdivenlere bıraktıkları gösteriyi Ziraat Bakanlığı önünde değil, Eastern Sugar işletmesinin önünde yapmış olsalardı ve kolluk kuvvetleri bu gösteriyi “müstehzi bir gülümsemeye” izleyip müdahalede bulunmasalardı, bu vakia tam koruma ve güvenlik hükmünü ihlâl edebilir ve Çek Cumhuriyeti’nin sorumluluğunu gerektirebilirdi. Görüldüğü gibi, yalnızca şiddet içeren gösteriler değil, şeker pancarının merdivenlere bırakılması gibi barışçıl gösterilerin dahi, doğrudan doğruya yabancı yatırımcıya yönelmesi ve kolluk kuvvetlerince orantılı bir karşılık verilmemesi hâlinde tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün ihlâli olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁹¹ SCHREUER, 2013, s. 8; SCHREUER, 2010, s. 14; TUDOR, 2008, s. 184; ÇALIŞKAN, 2011, 77.

tümüyle sahip oldukları Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) şirketi vasıtasıyla Palermo’da işlettikleri elektronik alet üretim tesisinin faaliyetlerinin -randı-mansız çalışması sebebiyle- durdurulmasına karar vermelerinden kaynaklan-mıştır. İşsizliğin artacağı endişesiyle yerel idare, işletmecilerin bu kapatma kararına karşı çıkmış ve işletmeye el konulması kararı almıştır. İşletme, el koyma kararının alındığı gün çalışanları tarafından işgal edilmiştir. ABD, ev sahibi devlet olarak İtalya’nın ABD ile İtalya arasındaki Dostluk Ticaret ve Seyir Anlaşması’nda yer alan tam koruma ve güvenlik hükmünü ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme;

“Madde V’te “daimi koruma ve güvenlik” hükmüne yapılan atıf, yatırı-mın hiçbir zaman ve hiçbir surette işgal ya da taciz edilmeyeceğinin garanti edildiği şekilde yorumlanamaz.”⁹²

tespitiyle, tam koruma ve güvenlik hükmünden nasıl bir sorumluluk türünün anlaşılması gerektiğini açıklamış ve somut olayda hükmün ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu ifadesinden de anlaşıldığı üzere, tam koruma ve güven-lik hükmü ev sahibi devlet aleyhine bir kusursuz sorumluluk (*strict liability*) ihdas etmez⁹³. Buna mukabil, tam koruma ve güvenlik hükmü ev sahibi devlet aleyhine bir özen (*due diligence*) yükümlülüğü doğurur⁹⁴. Dolayısıyla hük-mün devletin sorumluluğuna sebebiyet verebilmesi için, yatırımın kuvvet kullanımı sebebiyle zarara uğradığının ispatı yeterli değildir. Ayrıca, somut olayın şartlarının gerektirdiği özenin ev sahibi devletçe gösterilmediğinin is-pat edilmesi gerekir⁹⁵. Bu husus AAPL v. Sri Lanka kararında açıkça tespit edilmiştir.

⁹² Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The reference in Article V to the provision of ‘constant protection and security’ cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed.” Bknz. ELSI, par. 108.

⁹³ Burada “kusursuz sorumluluk (strict liability)” AAPL v. Sri Lanka kararında açıklandığı üzere “Fiilleri devlete atfedilemeyen kişilerin sebep olduğu ve devletin kontrolünün dışında kalan hâllerde” de devletin sorumlu olması anlamında kullanılmıştır. Bknz. AAPL v. Sri Lanka, par. 45. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] ‘strict liability’ which renders the Sri Lankan Government liable for any destruction of the investment even if caused by persons whose acts are not attributable to the Government and under circumstances beyond the State’s control.”

⁹⁴ SCHREUER, 2010 s. 14; McLACHLAN ve diğ., 2007 s. 247; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 309.

⁹⁵ ECONOMIDES, 2010, s. 377.

AAPL v. Sri Lanka kararına konu ihtilâf, Hong Kong’da kurulmuş Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) şirketinin, Sri Lanka idaresi ve Sri Lankalı özel kişilerle kurduğu joint venture vasıtasıyla, Sri Lanka’da tesis ettiği ve işlettiği karides çiftliğinin bölgedeki ayaklanmanın bastırılması sırasındaki çatışmalarda zarar görmesinden kaynaklanmıştır. Çatışmalarda bazı çalışanlar ölmüş, bazıları yaralanmış, çiftlik hasar görmüş ve yetiştirilmekte olan karidesler okyanusa dağılmıştır. Muhakemede, söz konusu çatışmada meydana gelen zarara, ayaklanmacı Tamil Tigers birliklerinin mi, yoksa ayaklanmayı bastırmak için müdahalede bulunan Sri Lanka güvenlik birimlerinin mi sebebiyet verdiği tespit edilememiştir⁹⁶. Davacı tam koruma ve güvenlik hükmüne dayanarak tazminat talep etmiş ve hükmün, ev sahibi devlete kusursuz sorumluluk yüklediğini iddia etmiştir. Hakem heyeti, kusursuz sorumluluk iddiasını aşağıdaki gerekçelerle ve yukarıda açıkladığımız ELSI kararına da atıf yaparak reddetmiş, devletin tam koruma ve güvenlik hükmünden kaynaklanan yükümlülüğünün özen yükümlülüğü niteliğinde olduğuna hükmetmiştir:

“[...] ev sahibi devletin “koruma ve güvenlik” sağlama ya da “milletlerarası hukukun gerektirdiği tam koruma ve güvenlik” sağlama yükümlülüğünü düzenleyen ifadelerin [...] kelimelerin tabii ve mutata manası gereği, “kusursuz sorumluluk” doğuracak şekilde yorumlanamayacağını son MAD kararı teyit etmiştir.”⁹⁷

“[...] hakem heyeti, davacının ana iddiası olan, Sri Lanka’nın sorumluluğunun tespiti için, “özen yükümlülüğü” kapsamında davranılmadığının [...] ispatına gerek olmadığı, devletin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu [...], yönündeki iddiayı reddeder”⁹⁸.

Tam koruma ve güvenlik hükmünün ne tür bir sorumluluk yarattığı tartışmasının yapıldığı yatırım tahkimi kararlarında, hakem heyetleri, kusursuz sorumluluk ile özen sorumluluğu (*strict-absolute liability* ile *due diligence lia-*

⁹⁶ AAPL v. Sri Lanka, par. 85 (d).

⁹⁷ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] the latest I.C.J. ruling confirms that the language imposing on the host State an obligation to provide “protection and security” or “full protection and security required by international law” [...] could not be construed according to the natural and ordinary sense of the words as creating a “strict liability”. AAPL v. Sri Lanka, par. 49.

⁹⁸ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] the Tribunal declares unfounded the Claimant’s main plea aiming to consider the Government of Sri Lanka assuming strict liability [...], without any need to prove [...] to establish the State’s responsibility for not acting with ‘due diligence’.” AAPL v. Sri Lanka, par. 53.

bility) ayrımını temel almış ve bunlardan özen sorumluluğunun esas alınması gerektiğini kabul ederek, kusursuz sorumluluk iddialarını reddetmişlerdir⁹⁹.

Hakem heyetlerinin vardıkları bu sonuca bir başka sınıflandırma olan sonuç yükümlülüğü ile özen yükümlülüğü (*obligation of result* ile *obligation of means*) ayrımı¹⁰⁰ cephesinden yaklaşmak da mümkün ve hatta daha açıklayıcı olabilir¹⁰¹ zira hukuk tekniği bakımından kusursuz sorumluluk kavramının gerçek zıddı özen sorumluluğu değil kusur sorumluluğudur¹⁰². Tam koruma ve güvenlik standardını sonuç yükümlülüğü – özen yükümlülüğü ayrımından değerlendiren tek yatırım tahkimi kararı AMT v. Zaire kararıdır. Ne yazık ki bu kararda da hakem heyeti bahsi geçen tartışmanın sonuçlandırılmasını gerekli görmemiştir¹⁰³. Yatırım tahkimi kararı bünyesinde değilse de, İtalya-Venezüella Karma Komisyonu'nun Sambaggio kararında bu husus değerlendirilmiş ve nihayete erdirilmiştir. Yargılamada, İtalya güvenliğinin etkin biçimde temin edilememiş olmasının başlı başına milletlerarası sorumluluk sebebi olduğunu iddia etmiş, Venezüella ise tam koruma ve güvenliğin garanti

⁹⁹ Tecmed v. Meksika, par. 177; Noble Ventures v. Romanya, par. 164; Wena v. Mısır, Esas, par. 84; Saluka v. Çek Cumhuriyeti, par. 484; MCI v. Ekvador, par. 245, 246; Plama v. Bulgaristan, par. 181; Biwater v. Tanzania, par. 725, 726; Rumeli v. Kazakistan, par. 668.

¹⁰⁰ Milletlerarası kamu hukukunda devletin sorumluluğunu doğurabilen yükümlülüklerin sonuç yükümlülüğü (*obligation of result*) ve özen yükümlülüğü (*obligation of means/conduct*) olarak ayrımı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ECONOMIDES, 2010, ss. 375 vd.

¹⁰¹ “Obligation of means” ya da Fransızca ifadesiyle “obligation de moyens” terimleri, Türkçeye mot-à-mot çevrilecek olursa “vasıta borcu” terimi ile karşılanmalıdır. Ancak bu çeviri Türkçe’de yaygın şekilde kullanılmadığından, çalışmada terim, “özen yükümlülüğü” olarak ifade edilmiştir. Nitekim Fransızcada da “obligation de moyens” ve “obligation générale de prudence et de diligence” terimleri eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bknz. Vocabulaire Juridique, s. 615; “**Vasıta borcu** (diğer ifadesiyle umumî dikkat ve özen borcu). Borçlusuna belirli bir sonuca ulaşma borcunu yüklemeyen ve fakat bu sonuca ulaşmak yönünde özen ve becerisini kullanma borcunu yükleyen [...] öyle ki, borçlunun sorumluluğunun ancak alacaklı tarafından bu dikkat ve özenin sarf edilmemiş olduğunun ispat edildiği hâlde doğduğu borçtur.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “**Obligation de moyens** (dite aussi obligation générale de prudence et de diligence). Obligation, pour le débiteur, non de parvenir à un résultat déterminé mais d’y appliquer ses soins et ses capacités [...] de telle sorte que la responsabilité du débiteur n’est engagée que si le créancier prouve, de la part de ce débiteur, un manquement à ses devoirs de prudence et de diligence.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur. Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

¹⁰² Black’s Law Dictionary, s. 934. Sözlüğün “*strict liability*” maddesinde, kavram “*absolute liability*” ve “*liability without fault*” ile aynı anlamda kabul edilirken, karşıtı olarak “*fault liability*” yani kusur sorumluluğu gösterilmiştir.

¹⁰³ AMT v. Zaire, par. 6.08.

niteliğinde bir sonuç yükümlülüğü değil, bir özen yükümlülüğü (*obligation of means*) yarattığı savunmasında bulunmuştur. Kararda, Komisyon İtalya'nın sonuç yükümlülüğü iddiasına değil, Venezüella'nın özen yükümlülüğü savunmasına hak vermiştir¹⁰⁴.

Tam koruma ve güvenlik hükmü, bir sonuç yükümlülüğü yani yabancı yatırımın kuvvet kullanımı yoluyla zarar görmeyeceğinin temin edilmesi yükümlülüğünü ihdas etmez. Buna mukabil, ev sahibi devlete, yabancı yatırımın kuvvet kullanımı sebebiyle uğrayabileceği zararları engellemek ya da en aza indirmek için “gerekli” özenin gösterilmesi yönünde bir yükümlülük ihdas eder ve bu sebeple özen sorumluluğu teşkil eder. Bu çerçevede fiilen yabancı yatırımcı korunamamış olsa dahi gerekli özen gösterilerek, örneğin ev sahibi devletin yabancı yatırımın korunması konusunda orantılı bir teşebbüste bulunmasıyla, tam koruma ve güvenlik hükmüne uygun davranıldığı tespit edilebilir¹⁰⁵.

Tam koruma ve güvenlik hükmünün sonuç yükümlülüğü değil özen yükümlülüğü ihdas ettiğinin tespitinin, ispat hukukuna ilişkin önemli ve yatırımcı aleyhine sonuçları vardır¹⁰⁶. Hüküm bir sonuç borcu yaratıyor olsaydı, öngörülen koruma ve güvenliğe ilişkin sonucun doğmadığının, yani fiilen yatırımın korunmadığının, yatırımcı tarafından ispat edilmesi hükme aykırılığın ispatı için yeterli kabul edilebilirdi. Buna mukabil hükmün bir özen yükümlülüğü ihdas ettiği kabul edildiğine göre, hükme aykırılığın ispatı için, yatırımcının, hem koruma ve güvenliğin sağlanmadığını, hem sağlanması için “gerekli” özenin gösterilmediğini¹⁰⁷, hem de bu ikisi arasında illiyet bağı

¹⁰⁴ Sambaggio Case, s. 512 (Sambaggio Case, Mixed Italo-Venezuelan Commission, 7 Mayıs 1903, Reports of International Arbitral Awards, Sayı 10, s. 499-525.

¹⁰⁵ Aynı yönde, sonuç yükümlülüklerinin başarmayı gerektirdiği, özen yükümlülüğünün ise sadece teşebbüs yükümlülüğü olduğuna ilişkin bkz. COMBACAU, 1981, s. 196.

¹⁰⁶ ECONOMIDES, 2010, s. 377.

¹⁰⁷ Toto v. Lübnan kararında, tam koruma ve güvenlik hükmünün ihlâl edildiği iddiası, “gerekli” özenin gösterilmediğinin kanıtlanamaması sebebiyle reddedilmiştir. Toto v. Lübnan, par. 229. “[...] Toto (yatırımcı), Lübnan’ın (ev sahibi devletin) önlem niteliğinde ya da telafiye yönelik alınabilecek tedbirler konusunda yetersiz kaldığını ve ihmâlkâr davrandığını ispat edememiştir [...]”. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] Toto did not demonstrate that Lebanon could have taken preventive or remedial action that it failed to take, and that it acted negligently [...]”. “Gerekli” özenin gösterilmediğinin ispatında *prima facie* ispat düzeyinin yeterli kabul edildiği kararlar da vardır. Bu hâlde, ev sahibi devletin sorumluluktan kurtulabilmesi için, olayın özelliklerinin gerektirdiği önlem ya da başkaca tedbirlerin alınmış olduğunun ispatı yükü devlete verilmiştir. Bknz. AMT v. Zaire, par. 6.05; “Zaire (ev sahibi devlet) ülkesinde

olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Başka bir ifadeyle, yatırımcının, “gerekli” özen gösterilmiş olsaydı, zarara uğramamış olacağını da ispat etmesi gerekir¹⁰⁸.

Ukrayna’da devam etmekte olan iç karışıklıklar sebebiyle, ister özel kişilerin kuvvet kullanımından kaynaklansın, ister Ukrayna silahlı kuvvetleri ya da kolluk kuvvetlerinin bu iç karışıklıklara müdahalesi esnasında meydana gelsin, yabancı yatırımın maruz kaldığı fizikî zararların tazmini; ancak yatırımcının koruma ve güvenliğin sağlanamadığının (i) ve sağlanması yönünde gerekli özenin gösterilmediğinin (ii) ispat edilmesi, ayrıca meydana gelen zarar ile özen eksikliği arasında illiyet bağı (iii) olduğunun ispat edilmesi hâlinde söz konusu olabilecektir.

Tam koruma ve güvenlik hükmünün, bir özen yükümlülüğü teşkil etmesinin ispat yüküne olan etkisinden başka, diğer bir sonucu da, ihlâlin gerçekleştiği anın tespit edilmesindeki güçlüktür¹⁰⁹. Koruma ve güvenliğin

AMT’nin (yatırımcının) yatırımlarını korumaya yönelik önlem niteliğindeki tedbirleri almış olduğunu ispat etmek zorundadır.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Zaire must show that it has taken all measure of precaution to protect the investments of AMT on its territory.” Uygulamada *prima facie* ispat derecesi ile yetinilmesi, menfi vakıanın ispatındaki güçlük, buna karşılık müsbet vakıanın ispatındaki göreceli kolaylığın getirdiği pratik mülahazalar olabilir.

¹⁰⁸ Noble Ventures v. Romanya kararında, illiyet bağının ispatı, gerekli özen gösterilmiş olsaydı zararın meydana gelmesinin önüne geçilebileceğinin ispatı ile yolu ile aranmıştır. Bu husus, hakem heyetinin şu ifadeleriyle karara intikâl etmiştir; “Davacı (yatırımcı), tazminini talep ettiği zarar ve kaybın, davalı (ev sahibi devlet) gerekli özeni göstermiş olsaydı önlenebileceğini ispat edememiştir”. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The Claimant has failed to prove that its alleged injuries and losses could have been prevented had the Respondent exercised due diligence in this regard” Bknz. Noble Ventures v. Romanya, par. 166. Yine Noble Ventures v. Romanya kararında davacının tazminat talebi de göz önünde bulundurularak, tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü ihlâlinin sebebiyet verdiği maddi zararının da davacı tarafından ispat edilmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir; “Davalının (yabancı yatırım korumak hususundaki) başarısızlığının, yatırım anlaşmasının ihlâli sayılmaya yetecek derecede ağır olduğu kabul edilse bile, yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğün ihlâlinin davacıyı somut bir zarara uğrattığı ispat edilememiştir.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “And even if one concluded that there was a certain failure on the side of the Respondent sufficiently grave to regard it as a violation, it has not been established that non-compliance with the obligation prejudiced the Claimant, to a material degree.” Bknz. Noble Ventures v. Romanya, par. 166.

¹⁰⁹ Bu hususa Devletin Sorumluluğuna ilişkin Maddeler’in şerhinde de değinilmiştir. 12. maddenin şerhinde ayırımın önemi şu şekilde ifade bulmuştur; “[...] özen (davranış) yükümlülükleri ile sonuç yükümlülükleri arasında genellikle bir ayırım yapılır. Bu ayırım ihlâlin hangi anda gerçekleştiğinin tespitinde fayda sağlayabilir.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] a

sağlanmasında “gerekli” özenin tam olarak hangi andan itibaren sağlanmadığının tespiti güçtür. Zira, “gerekli” özeni sağlayan müsbet fiilin tam olarak hangisi olduğunun hükümden anlaşılması mümkün değildir. Tam koruma ve güvenlik hükmünde olduğu gibi müsbet davranış gerektiren özen yükümlülüğü niteliğindeki hükümlerin genel özelliği, devletten beklenen müsbet davranışın ne olduğunun açıkça ifade edilmemesidir¹¹⁰. ELSI ve AAPL kararlarında olduğu gibi, bunları takip eden birçok yatırım tahkimi kararında da “gerekli özen” görüşü kabul edilmiş olmakla birlikte, özenli davranış yükümlülüğünün somut olarak hangi fiilleri kapsadığı hususunda hiçbir karar sarih ve kapsayıcı bir açıklama getirmemiştir. Buna mukabil her somut olay bakımından, ev sahibi devletten hangi somut davranışın beklendiğinin tespiti yoluna gidilmiştir¹¹¹.

Noble Ventures v. Romanya kararında¹¹², “gerekli özen yükümlülüğü ihlâlinin belirli somut davranış yükümlülüklerinin ihlâli yolu ile tespit” edilmesi gerektiği, ancak bu tespitin güç olduğu ve ihlâlin tazminata sebebiyet verebilmesi için “yeterince ağır” olması gerektiği aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir;

“Davacının (yatırımcının) ileri sürdüğü vakıaların doğruluğu kabul edilse dahi, davalının (ev sahibi devletin) davacıyı koruması için **gerekli özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğine ilişkin somut bir başarısızlığın (somut bir davranış yükümlülüğü ihlâlinin) tespiti** güçtür. Davalının [yabancı yatırımı korumak hususundaki] başarısızlığının, **yatırım anlaşmasının ihlâli sayılmaya yetecek derecede ağır** olduğu kabul edilse bile, yatırım anlaşmasından

distinction is commonly drawn between obligations of conduct and obligations of result. That distinction may assist in ascertaining when a breach has occurred.” Bknz. ILC’s Articles on State Responsibility, s. 56, par. 11; ECONOMIDES, 2010, s. 377.

110 Bu tür hükümlerin çoğunlukla “tüm uygun tedbirler” (all appropriate measures), “gerekli tedbirler” (necessary measures), “etkin tedbirler” (effective measures), “gücünün yettiği herşeyi yapar” (do everything in its power), “gerekli özeni gösterir” (exercise due diligence) gibi genel ve belirsiz ifadeler içerdiği yönünde bknz. ECONOMIDES, 2010, s. 378.

111 AMT v. Zaire, par. 6.07.

112 Karara konu ihtilâf, bir Amerikan şirketi olan Noble Ventures Inc. (Noble Ventures) ile Romanya idarî teşkilatında yer alan Romanınan State Ownership Fund arasında, Combinatul Siderurgic Resita çelik fabrikasının özelleştirilmesine ilişkin olarak yapılan bir sözleşmeden kaynaklanmıştır. Özelleştirmeye ilişkin anlaşmanın yapılmasından sonra Romanya’da iktidar değişmiş ve özelleştirme karşıtı yeni iktidar döneminde, Noble Ventures, çalışanlarının işletmeye karşı düzenledikleri gösteriler dahil çeşitli fiilî ve hukukî güçlüklerle karşılaşmıştır. Bu güçlüklerden bazıları; gösteriler esnasında nakit kasasının çalınması, tesis ve makinelere zarar verilmesi ve yönetim kadrosunda çalışanların dövülmesidir.

kaynaklanan yükümlülüğün ihlâlinin davacıyı somut bir zarara uğrattığı ispat edilememiştir.”¹¹³ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Hakem heyetinin bu tespitlerinden yola çıkılarak, “gerekli özen” standardının “yeterince ağır” yani yüksek bir standart olduğunu ve ihlâlin ancak belirli davranışlarda bulunulmaması hâlinde söz konusu olacağını söylemek mümkündür. O hâlde tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün ihlâli sayılmaya “yetecek derecede ağır” olduğu belirtilen “somut bir başarısızlık” hangi davranışlarda bulunmakla ya da bulunmamakla mümkündür?

3. Tam Koruma ve Güvenlik Hükmünün İhlâli Sayılabilecek Davranışlar

Bir standarda¹¹⁴ başvurmak yoluyla ihdas edilen tüm hukuk normlarında olduğu gibi, “gerekli özen standardına” başvurularak ihdas edilen tam koruma ve güvenlik hükmünün somut içeriğinin ilgili vakiadan sonra (*ex post*) tespit edilmesi gerekir¹¹⁵. Bu sebeple, standarda dayalı normların nasıl bir davranış yükümlülüğü yarattığının somut olarak öngörülmesi kolay değildir. Bu mahzurun önüne geçilmesi ancak tutarlı içtihatlar yoluyla mümkündür¹¹⁶. Bu

¹¹³ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Even assuming the correctness of the Claimant’s factual allegations, it is difficult to **identify any specific failure by the Respondent to exercise due diligence** in protecting the Claimant. And even if one concluded that there was a certain failure on the side of the Respondent **sufficiently grave to regard it as a violation** it has not been established that non-compliance with the obligation prejudiced the Claimant, to a material degree.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] Noble Ventures v. Romanya, par. 166.

¹¹⁴ “Standart” kavramının, bir usûlün ya da bir sonucun optimum niteliğini (kalitesini) ifade ettiği kabul edilir.

¹¹⁵ Hukuk normlarından “standart” ve “kural” (principle-rule) farkına dikkat çekmek gerekir. Standart “*ex post*”, kural “*ex ante*” kanun koyma usûlüne tekabül eder. Bu kapsamda, kurallardan farklı olarak standartlara dayanan yargılamalarda, yargılamayı yapan kimsenin yalnızca vakıaları değerlendirerek normu uygulamakla kalmadığı, aynı zamanda yargılama aşamasında kuralın içeriğini de vakılara uygun olarak tespit ettiği, bu bağlamda yargılamanın konusu olan fiilden sonra –*ex post*– kanun koyma faaliyetinde bulunduğu kabul edilmektedir. Bir örnek verilerek standart niteliğindeki normun, ne şekilde *ex post* kanun koyma faaliyetine dönüştüğü açıklanabilir. Uygulanacak standardın bir otoyolda yüksek hızla araç kullanılmasını yasakladığını varsayalım. Bu standardın, sürücülerden somut olarak nasıl bir davranış beklediği, salt standardı belirleyen norma bakılarak tespit edilemez. Söz konusu otoyolda bir aracın saatte 110 km hızla ilerlemesini müteakip, bu aracın yüksek hızda seyredip seyretmediği hakim tarafından tespit edildiğinde, *ex post*, 110 km/saat hızın standarda uygun bir davranış olup olmadığı anlaşılabilir. Bu bağlamda 110 km/saat hız bakımından *ex post* kanun koyma faaliyetinde bulunulmuş olur. “Standart” ve “kural” kavramlarının ayrımı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. KAPLOW, 1992, ss. 559, 560; TUDOR, 2008, s. 115.

¹¹⁶ Her ne kadar standart niteliğindeki normların içeriğinin öngörülmesi -kural nitelikli olanlara nazaran- daha zor olsa da müstekar içtihatlar (*jurisprudence constante*) yoluyla, standartların

çerçevede, bugüne kadar konu olduğu yatırım tahkimi davaları yoluyla, tam koruma ve güvenlik standardının içeriğinin tespiti gerekir¹¹⁷.

Özel kişilerce verilen zarardan ev sahibi devletin sorumlu tutulduğu davalar arasında Wena v. Mısır kararı dikkat çekicidir. Kararda, ev sahibi devletten (Mısır'dan) beklenen müsbet davranışlara ilişkin açıklayıcı ifadeler yer almıştır. Karara konu ihtilâf, tamamı devlete ait bir şirket olan Egyptian Hotel Company (EHC) ile İngiliz yatırımcı Wena arasında yapılan, Luxor ve Nile otellerinin işletmesini konu alan sözleşmelerden kaynaklanmıştır. Wena ve EHC arasındaki uyuşmazlık devam ederken, Wena işletmesindeki iki otel, Luxor ve Nile, aynı gün, yaklaşık aynı saatlerde (sonradan EHC'nin işçileri olduğu anlaşılan) bir grup tarafından işgal edilmiş ve Wena çalışanlarının işletmeye erişimi engellenmiştir. Bu işgale etkin şekilde mâni olun(a)maması sebebiyle, tahkim yargılamasında tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün yerine getirilmediği ileri sürülmüştür. Hakem heyeti;

“Hakem heyeti, IPPA [İngiltere-Mısır YKTA'sı] m. 2(2)'de düzenlenen “adil ve hakkaniyetli muamele” ve “tam koruma ve güvenlik” yükümlülüklerinin, Mısır tarafından Wena aleyhine, ihlâl edildiği yönündeki iddiasında davacıya hak vermektedir. Her ne kadar, EHC çalışanları dışında, Mısırlı memurların 1991, 1 Nisanındaki işgale doğrudan doğruya katılıp katılmadıkları net değilse de, EHC'nin otellere el koyma niyetinden Mısır'ın **haberdar olduğu** ve EHC'yi **engellemek için hiçbir tedbir almadığı** yönünde kuvvetli deliller mevcuttur. Üstelik kolluk kuvvetleri ve Turizm Bakanlığı, elkoyma bir kere gerçekleşikten sonra, otelleri **vakit kaybetmeksizin iade etmek için ivedi tedbirler almamıştır**. Son olarak, Mısır EHC'ye ya da EHC üst düzey memurlarına **kayda değer müeyyideler uygulamamıştır**, ki bu durum Mısır'ın EHC'nin fiillerini onayladığını düşündürmektedir.”¹¹⁸ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

“kurallaştığı” ve bu yolla öngörülebilirliklerinin arttığı yönünde bkz. KAPLOW, 1992, s. 611; TUDOR, 2008, s. 122.

117 Maddî milletlerarası yatırım hukuku ağırlıklı olarak standartlar aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu durum maddî yatırım hukukunun içeriğinin tespitini güçleştirir. Ne var ki, özellikle son yirmi yılda yatırım tahkiminin gösterdiği gelişim, yatırım hukukunun kendi içinde tutarlı bir içtihat yaratmasına yardımcı olmuştur. SCHREUER, 2008, s. 1. Bu türlü bir müstekar içtihat yoluyla, yatırım hukukuna ilişkin standartların da *ex post* kurallar hâline geldiği söylenebilir. Paulsson bunu “norm geliştirme” olarak ifade etmektedir. Bknz. PAULSSON, 2010, s. 699.

118 Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The Tribunal agrees with Wena that Egypt violated its obligation under Article 2(2) of the IPPA to Accord Wena's investment “fair and equitable treatment” and “full protection and security.” Although it is not clear that Egyptian officials

tespitinde bulunmuş ve Mısır'ın tam koruma ve güvenlik hükmünü ihlâl ettiğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün ihlâlini tespit ederken, hakem heyeti, kuvvet kullanmanın somut olayda **öngörölmüş** olup olmadığına, *status quo ex ante*'ye **iade için** (somut olayda otellerin yatırımcıya iadesi için) **derhâl faaliyete geçilip geçilmediğine** ve **sorumluların kovuşturulup kovuşturulmadığına**¹¹⁹ ilişkin kıstasları değerlendirmiştir.

Tam koruma ve güvenlik hükmünün gerektirdiği “gerekli” özenin, olası **“zararlara mâni olmak” için tüm “gerekli tedbirleri almayı”** da kapsaması gerektiği AMT v. Zaire kararından anlaşılmaktadır. AMT v. Zaire kararına konu ihtilâf, %94 hissesi American Manufacturing & Trading Corporation (AMT)'ye ait, Zaire'de faaliyet gösteren Soci  t   Industrielle Za  roise'in Kinsasa'da bulunan tesislerinin, bölgedeki ayaklanma ve Ő iddet olayları esnasında, Zaire askerlerince tahrip edilmesi ve yağmalanmasından kaynaklanmıŐ tır. Kararda, ev sahibi devletin olası zararları önlemek konusundaki yükümlülüğü Ő u ifadelerle somutlaŐ tırılmıŐ tır;

“Zaire'nin yükümlülüğü bir   zen yükümlülüğüdür, Ő oyle ki Zaire [...], AMT'nin yatırımının koruma ve güvenlik bütünüyle istifade edebilmesini temin etmeye yönelik **gerekli tüm tedbirleri** almalıdır [...]”¹²⁰ [Kalin yazı tipi eklenmiŐ tir.]

“Zaire, AMT'nin **yatırımına zarar veren vakıalara engel olmak konusundaki aczi sebebiyle sorumludur**, zira Zaire'nin [yatırımını bu vakıalara karŐ ı] koruma yükümlülüğü vardır.”¹²¹ [Kalin yazı tipi eklenmiŐ tir.]

other than officials of EHC directly participated in the April 1, 1991 seizures, there is substantial evidence that **Egypt was aware of EHC's intentions to seize** the hotels and took **no actions to prevent EHC** from doing so. Moreover, once the seizures occurred, both the police and the Ministry of Tourism took **no immediate action to restore the hotels** promptly to Wena's control. Finally, Egypt **never imposed substantial sanctions** on EHC or its senior officials, suggesting Egypt's approval of EHC's actions.” [Kalin yazı tipi eklenmiŐ tir.] Wena v. Mısır, par. 84.

¹¹⁹ Tam koruma ve güvenlik y  k  ml  l  ğ  n  n kovuŐ turma y  k  ml  l  ğ   de doğurduğ u Parkerings v. Litvanya kararında da tespit edilmiŐ tir. Parkerings v. Litvanya, par. 355.

¹²⁰ Metnin orijinal ifadesi Ő u Ő ekildedir; “The obligation incumbent upon Zaire is an obligation of vigilance, in the sense that Zaire [...] shall take **all measures necessary** to ensure the full enjoyment of protection and security of its [AMT's] investment [...]” [Kalin yazı tipi eklenmiŐ tir.] AMT v. Zaire, par. 6.05.

¹²¹ Metnin orijinal ifadesi Ő u Ő ekildedir; “Zaire is **responsible for its inability to prevent the**

Karara konu olayda, yabancı yatırımın uğradığı zarara Zaire askerleri sebebiyet vermiştir. Buna rağmen hakem heyeti, şartırtıcı şekilde, ev sahibi devletin zarar vermeme yükümlülüğü üzerinden tazminata hükmetmek yerine, meydana gelen zararı tüm gerekli tedbirlerle engelleme yükümlülüğünün ifa edilmemesine dayanmıştır¹²².

Toto v. Lübnan kararında da devletin üçüncü kişilerin zararlı eylemlerini önlemek konusundaki özen yükümlülüğü değerlendirilmiştir. Kararda, ev sahibi devlet ülkesinde yabancı bir ordunun bulunması, tam koruma ve güvenlik hükmü kapsamında değerlendirilmiştir. Karara konu ihtilâf, İtalya’da kurulmuş Toto Construzioni Generali S.p.A (Toto) ile Lübnan idarî teşkilatındaki Conseil Exécutif des Grand Projet arasındaki, otoyol inşaatı sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Yatırımcı, inşaatın yapılacağı bölgelerin zamanında kamulaştırılarak, uygun şekilde tesliminin yapılamamasının, sözleşme ve yatırım anlaşmasının ihlâli niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Yatırımcının inşaatı yapacağı öngörüldüğü bölgede Suriyeli askerî birliklerin bulunması ve Lübnan’ın söz konusu üçüncü ülke ordusunu bölgeden uzaklaştıramaması, *teorik olarak* tam koruma ve güvenlik hükmünü ihlal *edebilecek* bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Buna mukabil, yatırımcı Suriyeli birliklerin bölgeden çekilmemesinin, tam koruma ve güvenlik hükmünün ihlâli niteliğinde olduğunu ileri sürmediğinden, somut olay ayrıntısıyla muhakeme edilememiştir¹²³.

Ev sahibi ülkede yabancı yatırım aleyhine düzenlenen protestolar karşısında devlet yetkililerinin alması gereken tedbirlerin tam koruma ve güvenlik standardına uygunluğu Tecmed v. Meksika kararında değerlendirilmiştir. Karara konu ihtilâf, tüm hisseleri İspanyol Técnicas Medioambientales Tecmed SA’ya (Tecmed) ait Meksika’da kurulu Cytar şirketinin, Meksika’nın Promo-

disastrous consequences of these events adversely affecting the investments of AMT which Zaire had the obligation to protect.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] AMT v. Zaire, par. 6.08.

122 SCHREUER, 2013, s. 5.

123 “Toto [çalışmalar] engel olan [gayrimenkul] malikinin uzaklaştıramamasının, m. 4.1’in [tam koruma ve güvenlik hükmünün] ihlâli olduğunu ileri sürmüş, fakat Suriyeli askerî birliklerin inşaat alanından uzaklaştıramamasının da m. 4.1’in ihlâli niteliğinde olabileceği ihtimâli üzerinde durmamıştır.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Toto alleges that the failure to remove the obstructing owner from the site was a breach of Article 4.1 [full protection and security clause], but it did not elaborate on the possibility that the failure to remove the Syrian troops from the site could be a breach of Article 4.1 as well.” Toto v. Lübnan, par. 171.

tora Belediyesi'nin düzenlediği ihalede kazandığı, atık depolama sahası işletme haklarının yenilenmemesinden kaynaklanmıştır. Cytar şirketinin işletme hakkının yenilenmemesinde, bölge halkının atık depolama faaliyetine karşı çıkması ve bu görüşlerini çeşitli gösteriler düzenleyerek ifade etmeleri etkili olmuştur. Gösteriler sırasında, 200 kişilik bir grup işletmeye yürümüş ve işletmeyi sembolik olarak kapatmıştır. Hakem heyeti, ev sahibi devletin tam koruma ve güvenlik hükmü çerçevesinde, **gösteri ve protestolara “demokratik bir devletin” niteliklerine uygun ve makul bir karışık vermesi** gerektiğini ve buna aykırı davranışın davacı yatırımcı tarafından ispat edilmesi gerektiğini şu ifadelerle tespit etmiş;

“Hakem heyeti, atık depolama işletmesi aleyhine düzenlenen eylemler karşısında, Meksikalı yetkililerin [...], demokratik bir devletin niteliklerine uygun, makul bir karşılık vermedikleri yönündeki iddiayı destekleyen delillerin yeterli olmadığı görüşündedir.”¹²⁴

ve somut olayda Tecmed'in tam koruma ve güvenlik hükmü ihlâli iddiasını ispat edemediği sonucuna varmıştır. AMT v. Zaire kararının “gerekli tüm tedbirler” içtihadı, Tecmed v. Meksika kararı ile birlikte okunduğunda; “gerekli” olan “tüm” tedbirlerin, esasında yalnızca “demokratik bir devletin niteliklerine uygun” olanlardan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, devletin almakla yükümlü olduğu tedbirlerin yatırıma yöneltilen fizikî tehdit ile orantılı olması gerekir.

Yukarıda ayrıntısı ile incelediğimiz yatırım tahkimi içtihadı özetlenecek olursa, hakem heyetlerinin tam koruma ve güvenlik hükmüne uygun davranış kabul ettiği “belirli davranış yükümlülükleri” şu şekilde sıralanabilir;

1. Devlet organları eliyle yabancı yatırıma zarar vermemek.
2. Özel kişilerin yabancı yatırıma zarar verme ihtimali varsa bunu öngörmek ve demokratik bir devletin niteliklerine uygun önlem almak.
3. Zarar veren eylem bir kere başladıysa, zarara mâni olmak ya da zararı asgarîye indirmek için uygun ve makul tedbir almak.
4. Zarara mâni olunamadıysa, yatırımın *status quo ante*'ye iadesi için ivedi tedbirler almak.

¹²⁴ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[T]he Arbitral Tribunal holds that there is not sufficient evidence supporting the allegation that the Mexican authorities [...] have not reacted reasonably, in accordance with the parameters inherent in a democratic state, to the direct action movements conducted by those who were against the Landfill.” Tecmed v Meksika, par. 177.

5. Zarara mâni olunamadıysa, sebebiyet verenleri kovuşturmak.

Yukarıda özetlediğimiz türde bir hareket tarzı ev sahibi devletçe benimsendiğinde, fiilen yabancı yatırımın zarar görmesine mâni olunamamış olsa bile, tam koruma ve güvenlik hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmak ve bunun üzerinden tazminata hükmetmek mümkün olamayacaktır. Zira bu durumda ev sahibi devlet, tam koruma ve güvenlik hükmünün gerektirdiği özen yükümlülüğünün gereğini ifa etmiş olacaktır.

4. Tam Koruma ve Güvenliğin Sağlanmasında Özen Yükümlülüğünün Ağırlığı

Sıraladığımız belirli davranış tiplerinden hepsinin her durumda bir devletten beklenmesi makul olmayabilir. Yatırım tahkimi uygulaması dikkate alınarak, sorumluluğun tespitinde önceliğin iki davranış tipine verildiği görülür; bunların “devlet organları eliyle yabancı yatırıma zarar vermemek” ve “zarara mâni olmak ya da asgarîye indirmek için uygun ve makul tedbirleri almak” olduğunu söylemek mümkündür.

Ukrayna’daki iç karışıklıklar bakımından, tam koruma ve güvenlik hükmü ile korunan devlet yatırımcılarının, milletlerarası yatırım tahkimi içtihadı çerçevesinde, Ukrayna’dan yukarıda tarif ettiğimiz türde bir davranış beklentileri haklıdır. Yine de Ukrayna’daki krizin, ağırlığı ve neredeyse tüm ülkeye yaygınlığı dikkate alındığında, özel kişiler tarafından verilen zararlara karşı alınabilecek tedbirlerden hangilerinin, somut olay çerçevesinde, Ukrayna’dan beklenebilecek düzeyde makul olduğu tartışması¹²⁵ yapılabilir.

Doktrinde devletin yabancı yatırımı fizikî şiddetten korumak için göstermesi gereken tedbirlerin ağırlığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, “alınması icap eden tedbirlerin iyi idare edilen bir devletten beklenebilecek tedbirlerden ne fazla ne de az olmasının” gerekli özenin gösterildiğinin ispatı için yeterli olduğunu savunmuştur¹²⁶. Newcombe ve Paradell ile Brownlie ise, ev sahibi devletten alınması beklenebilecek tedbirlerden hangilerinin makul olduğunun, söz konusu devletin içinde bulunduğu koşullar ve gelişmişlik seviyesi dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği görüşündedirler¹²⁷.

¹²⁵ Tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü kapsamında hangi tedbirlerin alınmasının makul sayılabileceği tartışması için bkz. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, par. 6.44 vd.

¹²⁶ MCI v. Ekvador, par. 246; FREEMAN, 1938, ss. 277-278 [NEWCOMBE/PARADELL, 2009, par. 6.44’ten naklen].

¹²⁷ NEWCOMBE/PARADELL, 2009, par. 6.44; BROWNLIE, 2008, s. 526.

Nitekim bu yaklaşım, milletlerarası hukukta, özen yükümlülüğünün subjektif niteliğini ifade eden ve özen yükümlülüğü standardının uygulandığı hâllerde tatbik edilen *diligentia quam in suis* prensibi olarak ifade edilmektedir¹²⁸. *Diligentia quam in suis* prensibi uyarınca, sorumluluğuna başvurulanan devletin zarara sebebiyet veren davranışının makul özen gerekliliklerini yerine getirip getirmediği; iyi idare edilen ortalama bir üçüncü devletin alabileceği tedbirler ile karşılaştırılarak değil; ilgili ev sahibi devletin içinde bulunduğu (toplumsal ve iktisadî) koşullar ve gelişmişlik seviyesi dikkate alınarak ve diğer faaliyetlerinde gösterdiği özen ile karşılaştırma yapılarak tespit edilir. Brownlie, *diligentia quam in suis* prensibinin, hususiyetle iç karışıklık ve sivil savaş hâllerinde yerleşmiş bir uygulaması olduğunu belirtir¹²⁹.

Milletlerarası yatırım tahkiminde söz konusu prensip, doğrudan doğruya ismi zikredilmeksizin, Pantechniki v. Arnavutluk kararında uygulanmıştır. Karara konu ihtilâf, Arnavutluk idarî teşkilatında bulunan General Road Directorate ile Yunanistan’da kurulmuş Pantechniki SA arasındaki iki sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu sözleşmeler kapsamında Arnavutluk’ta yol ve köprü inşaatı yapan Pantechniki SA’nın tesisleri, ülke çapındaki bir iç karışıklıkta yağmalanmıştır. İç karışıklık Arnavutluk’un tamamına yaygın, ülkenin yetişkin nüfusunun üçte ikisinin katıldığı, yüzlerce insanın ölümüne sebebiyet veren ve özellikle yatırımcının şantiyesinin bulunduğu bölgelerde meydana gelen ve şiddet içeren olayları kapsamaktadır. Hakem, Arnavutluk’un tam koruma ve güvenlik hükmü kapsamında sorumlu olmadığına karar verirken, somut olayın koşullarında, devletten beklenebilecek özen yükümlülüğünün makul olması gerektiği üzerinde durmuştur. Hakem bu hususa ilişkin muhakeresinde, kararını Newcombe ve Paradell’in şu görüşlerine dayandırmıştır¹³⁰:

“Her ne kadar ev sahibi devletin objektif bir asgarî özen yükümlülüğü bulunsa da, [ev sahibi devletten beklenen] özen yükümlülüğü standardı, söz konusu devletin koşullarında bulunan ve onun kaynaklarına sahip bir ev sahibi devletten beklenen özendir. Bu [tespit], özen yükümlülüğünün, hafifletilmiş bir objektif standart – [yani] ev sahibi devletin [yalnızca] benzer koşullardaki bir ev sahibi devletten beklenen özeni gösterme yükümlülüğünün bulunduğu bir standart- olduğunu gösterir. **Uygulamada hakem heyetlerince özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, ilgili [devletin**

¹²⁸ BROWNLIE, 2008, s. 526.

¹²⁹ BROWNLIE, 2008, s. 526; Özellikle bknz. dn. 37.

¹³⁰ Pantechniki v. Arnavutluk, par. 81.

içinde bulunduğu] koşullar belirlenirken, devletin gelişmişlik düzeyini ve istikrarını dikkate almaları muhtemeldir. Londra, New York veya Tokyo’da yatırım yapan bir yatırımcı ile bölgesel iç karışıklıkların olduğu ve iyi idare edilmeyen bir yerde yatırım yapan bir yatırımcı, fizikî güvenliğe ilişkin aynı beklentileri taşıyamazlar.”¹³¹ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Arnavutluk’ta yaşanan somut olayı bu görüşler çerçevesinde değerlendiren hakem, “polis müdahalede bulunamayacak durumda” olmasını, “müdahalede bulunmayı reddetmesinden” ayırmış ve polisin iç karışıklığın ağırlığı karşısında aciz kaldığını tespit etmiştir¹³². Özetle, Pantechniki v. Arnavutluk kararında, yatırımcının iç karışıklık hâlinde ev sahibi devletten bekleyebileceği **makul tedbirlerin ev sahibi devletteki gelişmişlik ve istikrar düzeyi ile iç karışıklığın ağırlığı dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiği** vurgulanmıştır.

Pantechniki v. Arnavutluk kararı göz önünde bulundurularak ve *diligentia quam in suis* kıstasından yola çıkılarak denilebilir ki, Ukrayna’da 2004 yılından beri irili ufaklı iç karışıklıklarla karşılaşılıyor olması, Ukrayna’nın gelişmekte olan ülkeler arasında bulunması, 2014’ten itibaren yaşanan iç karışıklıkların ağırlığı ve ülkeye yaygınlığı, tam koruma ve güvenlik hükmü ihlâli

¹³¹ Metnin kararda da aynen aktarılan orijinal ifadesi şu şekildedir; “Although the host state is required to exercise an objective minimum standard of due diligence, the standard of due diligence is that of a host state in the circumstances and with the resources of the state in question. This suggests that due diligence is a modified objective standard – the host state must exercise the level of due diligence of a host state in its particular circumstances. In practice, tribunals will likely consider the **state’s level of development and stability as relevant circumstance in determining whether there has been due diligence**. An investor investing in an area with endemic civil strife and poor governance cannot have the same expectations of physical security as one investing in London, New York or Tokyo.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] NEW-COMBE/PARADELL, 2009, par. 6.44.

¹³² Pantechniki v. Arnavutluk, par. 82. “Şayet kolluk kuvvetleri [olay yerinde] bulunsaydı ve arkasını dönseydi görüşüm farklı olabilirdi. Dourou Hanım’ın (yatırımcının proje yöneticisi – tank) tanıklığı [ise] bu yönde değildir. Müdahalede bulunma konusunda, *kolluk kuvvetlerinin aceze düştüğünün* bildirildiğine tanıklık etmiştir. Yağmalamanın boyutları dikkate alındığında, bu bildirim *müdahalede bulunmanın reddinden* oldukça farklıdır. İç karışıklıkların vahameti karşısında Arnavut yetkililerin etkisiz kaldıkları sonucuna vardım.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.] Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “My view may have been different if police were present and turned their back. Ms. Dourou’s evidence was to the contrary. She testified that the police said they were *unable* to intervene. That is crucially different from a *refusal* to intervene given the scale of the looting. I conclude that the Albanian authorities were powerless in the face of social unrest of this magnitude.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.]

sebebiyle Ukrayna'nın tazminat sorumluluğunun doğması ihtimalini düşürebilecek faktörlerdir.

B. Savaş Hükümü ve Genişletilmiş Savaş Hükümü

Ukrayna'daki iç karışıklıklardan menfî yönde etkilenebilecek yabancı yatırımcının, YKTA sistemi içinde başvurabileceği diğer bir hüküm de “savaş hükümü” (*war clause*) olarak adlandırılan savaş ve iç karışıklık hâllerinde yatırımın uğradığı zararı gidermeye yönelik tazminat hükümleridir. Bu hükümlerin başlığı yalnızca “savaş” kavramını zikretmekle birlikte, hükümlerin metni yalnızca savaş hâlini değil, silahlı çatışma, iç karışıklık, olağanüstü hâl veya benzeri toplumsal olayları kapsar.

1. Ukrayna'nın Taraf Olduğu YKTA'larda Yer Alan Savaş Hükümlerinden Örnekler

Savaş hükümleri, çoğu YKTA'da savaş ve iç karışıklık hâllerine özgü ayrımcılık yasağı hükümleri niteliğinde formüle edilir. Başka bir ifadeyle, savaş hükümleri, *lex specialis* niteliğinde -iç karışıklık ve savaş hâllerine özgü- ayrımcılık yasağı hükümleridir¹³³. Nitekim Ukrayna'nın taraf olduğu YKTA'larda da savaş hükümleri hususî ayrımcılık yasağı niteliğinde formüle edilmiştir. Örneğin Ukrayna-Türkiye YKTA'sında¹³⁴ savaş hükümü şu şekilde düzenlenmiştir;

“Yatırımları, diğer Tarafın ülkesinde savaş, ayaklanma, iç karışıklık veya diğer benzer olaylar nedeniyle zarar gören Taraflardan her birinin yatırımcıları, diğer Tarafça kendi yatırımlarına ya da herhangi üçüncü bir ülke yatırımcılarına uygulanan muameleden daha az elverişli olmayacak şekilde, bu tür kayıplarla ilgili olarak benimsenecek işlemlerden hangisi en elverişli ise o muameleye tâbi tutulacaklardır.”

Ukrayna-Rusya YKTA'sında¹³⁵ “Zarar Giderimi” (*Recompense of Damage*) başlığı kullanılarak savaş hükümü şu şekilde düzenlenmiştir;

“Âkitlerden birinin ülkesinde, savaş, iç karışıklık veya benzer başka vakıalar sonucu yatırımı zarar gören diğer Âkit yatırımcılarına, ilk bahsi geçen Âkitin benzer zararlarla ilgili olarak üstlendiği tedbirlere ilişkin olarak,

¹³³ SCHREUER, 2013, ss. 9, 10; ACCONCI, 2008, s. 371; ÇALIŞKAN, 2011, s. 75.

¹³⁴ RG. 17.04.1998-23316.

¹³⁵ Ukrayna-Rusya YKTA'sının UNCTAD tarafından sağlanan İngilizce çevirisi için bkz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2233> (Erişim: 20.06.2016).

üçüncü ülke yatırımcılarına bahşedilen rejimden daha az elverişli olmayan bir rejim sağlanır.”¹³⁶

Ukrayna-ABD YKTA’sında savaş hükmü, kamulaştırmaya ilişkin maddenin içinde ayrı bir fıkra olarak şu şekilde düzenlenmiştir;

“Âkitlerden birinin ülkesinde, savaş veya başkaca bir silahlı çatışma, ihtilâl, millî bir olağanüstü durum, ayaklanma, iç karışıklık ya da benzer başka bir vakıa nedeniyle yatırımı zarar gören diğer âkit devlet vatandaşı ya da şirketi, [ev sahibi] âkitin bu zararlarla bağlantılı olarak aldığı tedbirler bakımından, kendi vatandaş ya da şirketlerine veya üçüncü ülke vatandaş ya da şirketlerine sağlanandan –hangi muamele daha elverişli ise- daha az elverişli muameleyle tâbi tutulamaz.”¹³⁷

Ukrayna-Fransa YKTA’sında savaş hükmü ayrı bir maddede değil, tam koruma ve güvenlik hükmü ile kamulaştırma yasağının düzenlendiği maddenin son fıkrasında, şu şekilde formüle edilmiştir;

“Âkitlerden birinin ülkesinde veya kara sularında, savaş, veya başkaca bir silahlı çatışma, ihtilâl, millî bir olağanüstü durum veya ayaklanma nedeniyle yatırımı zarar gören diğer âkit devlet vatandaşı veya şirketi, [ev sahibi] âkit tarafından kendi vatandaş veya şirketlerine ya da en çok gözetilen millet vatandaş veya şirketlerine sağlanandan daha az elverişli muameleyle tâbi tutulamaz.”¹³⁸

Ukrayna’nın taraf olduğu YKTA’larda yer alan savaş hükümlerinde de

¹³⁶ Çeviri metninin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The investors of one Contracting Party whose investments suffered damage on the territory of the other Contracting Party as a result of war, civil disturbances or other similar circumstances, shall be granted a regime no less favorable than the one which the latter Contracting Party is granting to investors of any third state with respect to any measures which it undertakes in connection with such damage.”

¹³⁷ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Nationals or companies of either Party whose investments suffer losses in the territory of the other Party owing to war or other armed conflict, revolution, state of national emergency, insurrection, civil disturbance or other similar events shall be accorded treatment by such other Party no less favorable than that accorded to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third country, whichever is the most favorable treatment, as regards any measures it adopts in relation to such losses.”

¹³⁸ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Les nationaux ou sociétés de l’une des Parties contractantes dont les investissements auront subi des pertes dues à la guerre ou à tout autre conflit armé, révolution, état d’urgence national ou révolte survenu sur le territoire ou dans la zone maritime de l’autre Partie contractante, bénéficieront, de la part de cette dernière, d’un traitement non moins favorable que celui accordé à ses propres nationaux ou sociétés ou à ceux de la Nation la plus favorisée.”

gözlemlenebileceği gibi, silahlı çatışma niteliğinde olsun olmasın, şiddet içerebilecek her tür toplumsal vakıa hükmün uygulama alanına girer¹³⁹. Hükümlerde çoğunlukla bu vakıalar *numerus clausus* olmayacak şekilde örneklendirilmiştir. Yukarıda verdiğimiz örneklerde de görüldüğü üzere savaş hükümleri çoğunlukla, savaş, iç karışıklık, devrim, ayaklanma, isyan ve olağanüstü hâlleri kapsar. Özetle, bu hâller ve bu hâllere benzer şekilde kuvvet kullanımı içeren her hâl, savaş hükmünün uygulama alanına girer.

2. Bir Bağlı Hüküm Tipi Olarak Savaş Hükümü

Savaş hükümleri ev sahibi devlete –tam koruma ve güvenlik hükmünde olduğu gibi- bir özen yükümlülüğü ya da asgarî bir davranış yükümlülüğü getirmez¹⁴⁰. Savaş hükümlerinin, ev sahibi devlete yüklediği milletlerarası yükümlülük, ilgili yabancı yatırımcıya millî yatırımcı ya da üçüncü bir devlet yatırımcısından daha az himaye sağlanmamasının teminidir. Bu yönüyle, savaş hükümleri ayrımcılık yasağı hükümleri niteliğindedir.

Savaş hükümlerinin bir tür ayrımcılık yasağı niteliğinde olması, yatırım anlaşması normları için milletlerarası yatırım hukuku doktrininde sıklıkla yapılan bir ayrıma göre, bu hükümleri bağlı (*contingent*) hüküm sınıflandırmasına tâbi kılar. Savaş hükümlerinin, bağlı hüküm olması, bu hükümlere dayalı yatırımcı taleplerinin ispatında, devletin üçüncü kişi yatırımcılara yönelik muamelelerine “bağlı” –yani karşılaştırmalı- bir değerlendirme yapılmasını gerekli kılar. Buna göre savaş hükmünün ihlâl edildiğinin ispatı, bir karşılaştırma yatırımının ve bu yatırımın daha iyi muameleye tâbi tutulduğunun ispatına bağlıdır¹⁴¹. Daha açık ifadesiyle, savaş hükmünün ihlâl edildiğini ispat etmek isteyen yatırımcının;

¹³⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Silahlı Çatışmaların Milletlerarası Anlaşmalara Etkisine Dair Taslak Kuralları’nda yer alan tanıma göre silahlı çatışma “devletler arasında silahlı kuvvetlerin [faaliyetlerine] başvurulmuş hâl ya da devlet makamları ile örgütlü silahlı gruplar arasında silah gücüne başvurulmuş müzmin hâl” olarak tanımlanır. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “a situation in which there has been a resort to armed force between States or protracted resort to armed force between governmental authorities and organized armed groups.” Bknz. ILC’s Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts, m. 2/b. YKTA’larda yer alan savaş hükümleri ise bu tanıma uyan silahlı çatışmalar dahil olmak üzere, ama bununla sınırlı olmaksızın, devlet organlarıncı ya da özel kişilerce kuvvet kullanımına başvurulabilecek her türlü karışıklık hâlini uygulama alanına alan düzenlemelerdir.

¹⁴⁰ SCHREUER, 2013, s. 10.

¹⁴¹ Nitekim bağlı hükümlerin bu şekilde uygulanmasına somut uygulama denmektedir. Bu somut uygulama, aşağıda III.A.1 başlığı altında açıkladığımız soyut uygulama ile karşılaştırıldığında daha iyi anlaşılır.

1. Benzer koşullarda başkaca bir millî ya da üçüncü bir devlet vatandaşına ait yatırım bulunduğunu (karşılaştırma yatırımı - comparator),
2. Bu karşılaştırma yatırımının, ilgili kuvvet kullanımı karşısında, daha iyi bir muameleye tâbi tutulduğunu,

ispat etmesi gerekir¹⁴².

Savaş hükmünün, bu bağlı (karşılaştırmalı) niteliğine ilişkin bir değerlendirme AAPL v. Sri Lanka kararında yapılmıştır. Hakem heyetinin değerlendirmesine göre;

“Madde 4(1) (ilgili anlaşmanın savaş hükmü içeren düzenlemesi) doğrudan [ihtilâfî çözmeye yönelik] sonuçlar tesis eden; i.e. kesin ve belirli ifadelerle müeyyideler öngören- maddî düzenlemeler içermez. Kanunlar ihtilâfî kurallarında olduğu gibi, madde 4(1)’de yer alan düzenleme; takip edilecek çözümü öngören diğer kaynaklara atıf (renvoi¹⁴³) yapma işlevinden ibaret olan, dolaylı bir kural içermektedir.

Sri Lanka – İngiltere YKTA’sı m. 2(2) (ilgili anlaşmanın tam koruma ve güvenlik düzenlemesi) uyarınca zaten “tam güvenlikten” faydalanmakta olan yatırımcı, madde 4(1)’in tartışmaya yer bırakmayan, sarih ifadesi uyarınca [ayrıca]:

- (i) – ev sahibi devletin kendi vatandaşları ve şirketlerine sağladığından; ya da
- (ii) – üçüncü devlet vatandaşlarına ve şirketlerine sağlanandan

daha az elverişli muameleye tâbi tutulamaz.”¹⁴⁴

¹⁴² McLAHLAN ve diğ., 2007, par. 7.193.

¹⁴³ Belirtmek gerekir ki bu metinde “atıf” olarak çevirdiğimiz ve orijinal metinde “renvoi” olarak kullanılan terim, milletlerarası özel hukuktaki “atıf” ya da “renvoi” terimi ile aynı anlamda değildir. Bu metindeki atıf ifadesinden; bir normun doğrudan doğruya bir maddî ihtilâfî çözmediği, bununla birlikte bu ihtilâfî çözebilecek maddî düzenlemeyi işaret ettiği (gösterici hukuk normu olduğu) anlaşılır. Milletlerarası özel hukukta ise bu tür gösterici normlar kanunlar ihtilâfî kuralı terimi ile karşılanırken, atıf terimi bu gösterici kuralların uygulanmasında karşılaşılan bir teknik sorunu çözen usulü anlatacak şekilde kullanılır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI ve diğ., 2013, ss. 47 vd.

¹⁴⁴ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Article 4. (1) [ilgili anlaşmanın savaş hükmü içeren düzenlemesi] does not include any substantive rules establishing direct solutions; i.e. material rules providing remedies expressed in fixed and definitive terms. Like conflict-of-law rules, Article 4. (1) contains simply an indirect rule whose function is limited to effecting a reference (renvoi) toward other sources which indicate the solution to be followed. According to

AAPL v. Sri Lanka kararında da açıkça ifade edildiği üzere, savaş hükmü sebebiyle ev sahibi devletin milletlerarası sorumluluğunun doğması için, ev sahibi devletin, davacı yatırımcının yatırımlarına, başkaca yatırımlara sağladığından daha düşük (daha az elverişli) bir koruma sağlamış olması gerekir. Nitekim, davacının yatırımlarına, başka yatırımlara sağlandığından daha düşük bir koruma sağlanmadığı savunması, Zaire tarafından AMT v. Zaire davasında yapılmıştır;

“Zaire özen yükümlülüğünü ihlâl ettiğini inkâr etmemektedir. SINZA’nın (davacı AMT’nin Zaire’deki işletmesinin) “1991 yağmalamalarında ve esasında diğer yağmalamalarda da, yağmanın odağı [niteliğinde]” olduğu Zaire tarafından ikrar edilmektedir. Mamafih, **Zaire’nin “benzer koşullarda SINZA’ya, kendi vatandaşlarına veya şirketlerine sağladığından daha az elverişli muameleyle tâbi tuttuğunu” ispat eden delillerin AMT tarafından gösteril(e)mediği**, Zaire tarafından savunma olarak ileri sürülmüştür. Ayrıca, Zaire SINZA’ya, [benzer] koşullarda herhangi bir üçüncü devlet vatandaşı ya da şirketine sağladığından daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunduğu savunmasında bulunabilirdi.”¹⁴⁵ [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur. Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Hakem heyeti bu savunma vesilesiyle, savaş hükmünün tam koruma ve hükmü ile olan ilişkisini değerlendirmiştir. Yukarıdaki alıntıdan da görülebileceği üzere, hakem heyeti yaptığı değerlendirmede, devletin tam koruma ve güvenlik hükmü ile savaş hükmünün ihlâlinin farklı vakıalarla ispat edildiği, bunlardan birinin (özen yükümlülüğünün ihlâl edildiğinin) ikrarının, doğrudan doğruya diğerinin (bağlı yükümlülüğün) ihlâlinin ispatına yetmeyeceğini tespit etmiştir.

the undisputed plain language of Article 4. (1), the investor -already enjoying the ‘full security’ under Article 2. (2) of the Sri Lanka/U.K. Treaty- has to be accorded treatment no less favourable than: (i) – that which the host State accords to its own nationals and companies; or (ii) – that accorded to nationals and companies of any Third State.” AAPL v. Sri Lanka, par. 66.

¹⁴⁵ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Zaire has never denied its breach of the obligation of vigilance. Simply, admits Zaire that it is SINZA which ‘has been the object of looting in 1991 as indeed it was the case with all the others.’ But, continues Zaire, **AMT has not adduced any evidence to show that the State of Zaire ‘has accorded in like circumstances a treatment less favourable to SINZA than that which it has accorded to its own nationals or companies.’** Or else, Zaire could have contended that it has accorded to SINZA a treatment no less favourable in circumstances than that which it has accorded to national or companies of any third State whatsoever.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur. Kalın yazı tipi eklenmiştir.] AMT v. Zaire, par. 6.09.

Tam koruma ve güvenlik hükmü ile savaş hükmünün ihlâlinin farklı vakıalara bağlı olması bir yana, AMT v. Zaire kararında bu yükümlülüklerin arasındaki ilişki de tespit edilmiştir. Kararda, hakem heyeti tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün, savaş hükmü savunması karşısında, koruma tabanı teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Başka bir ifadeyle, hakem heyeti, devletin ayrımcılık yasağı esasına dayalı bağlı yükümlülükleri kapsamında, diğer yatırımlara “daha yüksek himaye sağlanmadığı” savunması yapabildiğini, en azından tam koruma ve güvenlik tabanının üstünde bir muamele yapıldığı hâllere mahsus kılmıştır. Bu husus AMT v. Zaire kararında şu ifadelerle yer almıştır;

“Zaire tarafından ileri sürülen savunma tümüyle asılsız değilse de, milletlerarası hukukun gerektirdiği asgarî standartları gözetmek hususunda Zaire'nin açıkça yetersiz kaldığı ortadadır. Eklemek gerekir ki, **Zaire aynı yükümlülüğünü bir üçüncü devlete ya da tüm diğer üçüncü devletlere karşı aynı derecede ihlâl etmiştir.** Esasında, Zaire'nin bu [üçüncü] devlet vatandaşları ve şirketlerine [de] hiçbir koruma sağlamamış ve giderimde bulunmamış olduğuna ilişkin savunması hakem heyeti nezdinde [somut ihtilâfla] bağlantılı değildir. Zira, **Zaire'nin üçüncü devletlere karşı benzer yükümlülüklerini müteaddit defalar ihlâl etmiş olması, AMT'ye karşı YKTA m. II, fıkra 4 uyarınca yüklediği objektif yükümlülüğünü, [yani] koruma ve güvenlik yükümlülüğünü ihlâl etmesi için bir muafiyet sağlamaz.**”¹⁴⁶ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Kararda yer alan bu ifadeden de anlaşılabilceği üzere; iç karışıklık hâlinde ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik muamelelerinde ayrımcılık olmaması, başlı başına bu muamelenin tam koruma ve güvenlik hükmü standartlarında olduğu ve tazminatı gerektirmediği anlamına gelmez¹⁴⁷. Bir muamelenin tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünü ihlâl etmek konusunda tüm yatırımlara karşı eşitlikçi olması, bu muamelenin nihayetinde tam koruma ve

¹⁴⁶ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “If the argument advanced by Zaire does not seem altogether unfounded, the fact remains that Zaire has manifestly failed to respect the minimum standard required of it by international law. It should be added that **Zaire has equally failed to perform a similar obligation with regard to a third State or all other third States.** In effect, the argument advanced by Zaire that it has not accorded to national and companies of these States any protection or reparation, is not pertinent for the Tribunal. Since **the repetition of breaches and failures to perform similar obligations it owes to third States will not in any way exonerate the objective responsibility of the State of Zaire for the breach of its obligation of the treatment of protection and security it owes to AMT by virtue of Article II paragraph 4 of the BIT.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] AMT v. Zaire, par. 6.10.

¹⁴⁷ McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.192.

güvenlik hükmünün ihlâli olduğu ve devletin sorumluluğunu doğurduğu gerçeğini değiştirmez. Anlaşmada yer alan savaş hükmü, Zaire'nin savunmasında ileri sürdüğü gibi, tam koruma ve güvenlik hükmünün korumasını kaldırır şekilde uygulanamaz.

Nitekim bu husus AAPL v. Sri Lanka davasında da açıkça ifade edilmiştir. Bir kere taban koruma yükümlülüğünün – yani tam koruma ve güvenlik hükmünün ya da milletlerarası asgarî standardının- ihlâl edildiği ispat edilirse, ayrıca başka yatırımların daha iyi muamele gördüğünün ispatına gerek kalmaksızın uğranılan zararın tazmini gerekir. Başka bir ifadeyle, AAPL v. Sri Lanka davasında hakem heyetinin tespit etmiş olduğu gibi, bir kere taban koruma yükümlülüğünün ihlâl edildiği ispat edilirse, devlet tazminat yükümlülüğünden ayrımcılık yapmadığı gerekçesi ile kurtulamaz¹⁴⁸.

Meseleye biraz daha yakından bakıldığında, devletin taban koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda tazminat yükümlülüğünden kurtulabilmek için savaş hükmüne dayanarak ayrımcılık yapmadığı savunmasında bulunmasının, esasında, diğer yabancı yatırımlar bakımından da koruma yükümlülüğünü (yani bir milletlerarası yükümlülüğünü) ihlâl etmiş olduğunun ikrârı olduğu görülür. Ev sahibi devletin taban korumanın altında kalan bir koruma ve güvenlik sağladığı durumda, ayrımcılık yasağı hükmüne dayanan bir savunma yapması, başka bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâline dayanarak hak iddia etmesi anlamına gelir. Bu iddiaya itibar edilmesi, *ex injuria non oritur jus* prensibine aykırı sonuç doğurur. Buna göre tam koruma ve güvenlik standardının altında bir muameleye maruz kalan yatırımcının talebine karşı, davalı devletin savaş hükmüne dayalı bir savunmada bulunması devleti sorumluluktan kurtarmaz. Bu hâlde savaş hükmü hiç işletilmeksizin, tam koruma ve güvenlik hükmünün ihlâli sebebiyle sorumluluk doğar.

Savaş hükmü gereği, diğer yatırımcılara nazaran daha az elverişli bir muamelede bulunulması sebebiyle devletin sorumluluğunun doğması için hiç

¹⁴⁸ AAPL v. Sri Lanka, par. 67; “‘Tam koruma ve güvenlik’ yükümlülüğünün ihlâli bir kere tespit edildiğinde [...] ev sahibi devletin sorumluluğu doğar ve genel milletlerarası hukuk kuralları ile -bahsi geçen- milletlerarası teamül hukukunun *asgarî standardı* kapsamındaki devletin ‘özen yükümlülüğünün’ ihlâli gereğince tazminat gerekir.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.] Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Once failure to provide ‘full protection and security’ has been proven [...] the host State’s responsibility is established, and compensation is due according to the general international law rules and standards previously developed with regard to the State’s failure to comply with its ‘due diligence’ obligation under the *minimum standard* of customary international law.” [İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.]

değilse tam koruma ve güvenliğin, yani taban korumanın sağlanmış olması gerekir. Savaş hükmü, ancak tam koruma ve güvenlik hükmünün gereği olan objektif taban korumanın üstünde bir korumanın mevcut olduğu durumda, yatırımcıya bir hak doğurur. İç karışıklık hâlinde başka bir yatırımcıya tam koruma ve güvenlik standardının üstünde muamele edilmiş olması hâlinde, savaş hükmünden istifade eden yatırımcıya, söz konusu daha yüksek muameleyi talep ya da bu muameleden mahrum kalmış olması sebebiyle uğradığı zararı tazmin hakkı sağlar¹⁴⁹.

Ukrayna’da meydana gelen iç karışıklıklarda, özel silahlı grupların eylemleri sebebiyle, bir bölgedeki Ukraynalı ve yabancı yatırımcıların işletmelerinin zarar gördüğü bir örneği ele alalım. Ukraynalı kolluk kuvvetleri veya silahlı kuvvetlerin makul özeni göstererek söz konusu zararları engellemeye teşebbüs ettikleri fakat başarılı olamadıkları durumda, Ukrayna, üçüncü kişilerden gelen zararı engellemek konusunda gerekli özeni göstermiş olduğundan, tam koruma ve güvenlik hükmünden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Dolayısıyla tam koruma ve güvenlikten kaynaklanan bir tazminat ödeme yükümlülüğü altında olmaz. Bununla birlikte Ukrayna bu teşebbüs ile yetinmeyip, yatırımları bu karışıklıklarda zarar gören Ukraynalı veya Alman yatırımcıların zararlarını nakden tazmin ederse, aynı bölgede zarar gören ve savaş hükmünden yararlanan bir başka yatırımcı için benzer bir tazminatı talep hakkı doğar. Bu durumda talep hakkı, tam koruma ve güvenlik hükmünden değil, ayrımcılık yasağı niteliğindeki savaş hükmünden kaynaklanır.

3. Savaş Hükmünün Uygulama Alanına Giren Tedbirler

Savaş hükmü kapsamında, yatırımcının talep edebileceği daha elverişli muamelelerin neleri kapsadığı üzerinde de durulması gerekir. Savaş hükümleri, savaş veya iç karışıklık hâllerinde korumaya ve yatırımda meydana gelen zararın telafisine yönelik tedbirleri öngörür. Çoğu YKTA’da bu tedbirler tazminat ve iadeye yönelik olarak kaleme alınmıştır. Hükümlerde, sıklıkla, ev sahibi devletin aldığı tedbirlerden en elverişlisinin yatırımcı tarafından talep edilebileceği ifadesi yer alır.

Hükümlerin bir kısmında alınan tedbirin niteliğine ilişkin bir kısıtlama getirilmediği gibi, her tür tedbire uygulanabilecek kapsamlı ifadelere yer verilir. Örneğin Ukrayna-Türkiye YKTA’sındaki savaş hükmünde “kayıplar-

¹⁴⁹ McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.192.

la ilgili benimsenecek işlemler”, Ukrayna-Rusya YKTA’sında “söz konusu zararlarla bağlantılı olarak alınan her tedbir” (*any measures which it undertakes in connection with such damage*), Ukrayna-Fransa YKTA’sında “daha az elverişli olmayan muamele” (*un traitement non moins favorable*) gibi genel ifadelere yer verilmiştir. Bu hükümlerde yer alan “daha az elverişli olmayan” “işlem”, “tedbir” ya da “muamele” gibi kapsayıcı ifadelerden anlaşılması gereken; doğrudan doğruya yatırımı zarara uğratan kuvvet kullanmaya karşı alınan koruma tedbirleri (örneğin yatırımın kolluk kuvvetlerince fizikî olarak korunmasına yönelik teşebbüs) olabileceği gibi zarara uğrayan yatırımların eski hâle iadesine yönelik tedbirler (örneğin tazminat, geçici vergi muafiyetleri, başka bir arazi tahsisi) de olabilir. Kısaca, savaş hükmünde hükmün kapsamına giren tedbirlerin niteliğine ilişkin bir kısıtlama bulunmuyorsa, hükümden yararlanan yatırımcının, gerek zararın meydana gelmesi esnasında alınan koruma tedbirleri bakımından, gerek zararın meydana gelmesinden sonra alınan giderim tedbirleri bakımından, diğer yatırımcıların yararlandığına nazaran daha az elverişli bir tedbirden yararlandırılması savaş hükmünün ihlâlüne sebebiyet verir.

Bazı savaş hükümlerinde ise, daha elverişli tedbirlerin niteliğine ilişkin çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bu tip hükümlerde, ilgili tedbirlerin yalnızca zararın giderimine ilişkin olanlar olduğu yönünde ifadeler yer alır. Örneğin Ukrayna-Almanya YKTA’sında hüküm şu şekilde formüle edilmiştir;

“Âkitlerden birinin ülkesinde, savaş veya başkaca bir silahlı çatışma, ihtilal, millî bir olağanüstü hâl ya da ayaklanma sebebiyle yatırımı zarara uğrayan diğer âkit devlet vatandaşı ya da şirketi, **iade, giderim, tazminat veya başkaca bir karşılık bakımından [ev sahibi devlet] vatandaşları ve şirketlerinden daha az elverişli muameleyle tâbi tutulmaz.** Bu tip ödemeler serbestçe transfer edilebilir olmalıdır.

İşbu maddede düzenlenen hususlar bakımından, âkit devlet vatandaşları ya da şirketleri, diğer âkit devlet ülkesinde en çok gözetilen millet muamelesinden yararlanır.”¹⁵⁰ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

¹⁵⁰ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Staatsangehörige oder Gesellschaften einer Vertragspartei, die durch Krieg oder sonstige bewaffnete Auseinandersetzungen, Revolution, Staatsnotstand oder Aufruhr im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei Verluste an Kapitalanlagen erleiden, werden von dieser Vertragspartei hinsichtlich der **Rückerstattungen, Abfindungen, Entschädigungen oder sonstigen Gegenleistungen nicht weniger günstig behandelt** als ihre eigenen Staatsangehörigen oder Gesellschaften. Solche Zahlungen müssen frei

Bu tür bir savaş hükmünden istifade eden yatırımcının, ev sahibi devletçe alınan fizikî korumaya yönelik tedbirler bakımından daha az elverişli muameleye tâbi tutulmuş olması, ilgili savaş hükmünün ihlâlini doğurmaz. Diğer bir ifadeyle salt giderime ilişkin tedbirlere yönelik kaleme alınan bu tür bir savaş hükmünden istifade eden yatırımcının, korumaya yönelik tedbirler bakımından, üçüncü bir yatırımcıya sağlanan tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün üstünde bir muamelenin daha elverişli olmasına dayanarak tazminata hak kazanması mümkün değildir. Örneğin, Ukrayna'daki iç karışıklıklar sırasında aynı çatışma bölgesinde kalan Ukraynalı bir işletmeciye ait un fabrikasının korunmasına yönelik üst düzey askerî tedbirler alınırken, aynı bölgedeki yabancı yatırımcıya ait şeker fabrikasına yalnızca birkaç polis aracı gönderilmiş, şeker fabrikasına isabet eden patlayıcılar sebebiyle fabrika iş göremez hâle gelecek düzeyde hasara uğramış olsun. Şeker fabrikasının sahibi olan yabancı yatırımcının istifade ettiği savaş hükmü fizikî korumaya yönelik tedbirleri kapsamıyor yalnızca giderime ilişkin tedbirleri kapsıyorsa, bu yabancı yatırımcının “Ukraynalı yatırımcıya sağlanan daha elverişli -üst düzey askerî koruma- kendisine de sağlanmış olsaydı maruz kalmayacağı zararın tazminini” talep etmesi mümkün olmaz¹⁵¹. Bu tür, tedbirin türü bakımından sınırlandırılmış savaş hükümleri, yalnızca giderime yönelik daha az elverişli olmayan muameleyi temin ettiğinden, ancak giderime ilişkin bir tedbirde ayrımcılığın ispatı hâlinde koruma sağlar.

Yalnızca giderime yönelik tedbirlere daraltılmış savaş hükümlerine bir örnek de Ukrayna-İngiltere YKTA'sından verilebilir. Anlaşmada savaş hükmü “Zararın Giderimi” (*Compensation for Losses*) başlığını taşıdığı gibi, hüküm metninde de hangi niteliği taşıyan tedbirlerin daha elverişli koşullar sağlayabileceğine ilişkin açıklama getirmiştir. Ukrayna-İngiltere YKTA'sında savaş hükmü şu şekilde formüle edilmiştir;

“Âkitlerden birinin ülkesinde, savaş veya silahlı çatışma, ihtilal, millî bir olağanüstü hâl, isyan, ayaklanma ya da kargaşa sebebiyle diğer âkitin yatırımcılarına ait yatırımlar zarara uğradığında, [ev sahibi devletin yatırımcıya

transferierbar sein. Hinsichtlich der in diesem Artikel geregelten Angelegenheiten genießen die Staatsangehörigen oder Gesellschaften einer Vertragspartei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei Meistbegünstigung.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

¹⁵¹ Yalnızca giderime ilişkin koruma sağlayan bir savaş hükmünden istifade eden yabancı yatırımın korunmasında, fizikî korumaya yönelik ayrımcılık bir zarara sebebiyet vermiş olsa dahi, bu durum ev sahibi devlet aleyhine tazminata sebebiyet vermez, meğer ki yabancı yatırımın istifade ettiği fizikî koruma tam koruma ve güvenlik standardının altında kalmış olsun.

yönelik] **iade, tazminat, giderim veya başkaca çözümlere ilişkin muameleleri**, kendi yatırımcılarına ya da üçüncü devlet yatırımcılarına sağladığından daha az elverişli olmaz. İlgili ödemeler serbestçe transfer edilebilir olmalıdır.”¹⁵² [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Bu savaş hükmü de, açıkça salt giderime yönelik tedbirlerle sınırlandırılmış olmakla birlikte, giderimin tipi bakımından örnekseyici bir ifade tercih edilmiştir. Buna göre savaş veya iç karışıklıklar sebebiyle ortaya çıkan zararın giderimi hangi yolla yapılırsa yapılsın (tazminat, aynen iade, ikame yer tahsisi, vergi muafiyeti vb.), bu tedbir ismen hükümde yer almasa dahi hükümde düzenlenen ayrımcılık yasağının uygulama alanına girer. Üstelik hükümden anlaşıldığı üzere giderime “ilişkin” her türlü muamele daha elverişli olup tazminatı gerektirebileceğinden, giderimin türü, miktarı, ifa usulü ve hatta zamanı dahi bir yatırımcı bakımından daha elverişli bir durum yarattığında savaş hükmünün uygulama alanına girebilir.

4. Genişletilmiş Savaş Hükümü: Bir Bağımsız Yükümlülük Tipi

Milletlerarası uygulamada, bazı YKTA’larda yukarıda açıkladığımız türde “klasik” savaş hükümlerinin yanı sıra, genişletilmiş savaş hükümlerinin (*extended war clause*) bulunduğu da görülür. Bu tür genişletilmiş savaş hükümlerinde, ayrımcılık yasağı niteliğindeki bağlı yükümlülüklerin yanı sıra, bağımsız yükümlülükler de yer alır.

Genişletilmiş savaş hükmü, “klasik” savaş hükmünde yer alan ayrımcılık yasağına halel getirmeksizin bazı bağımsız yükümlülükler ihdas eder. Genişletilmiş savaş hükümleri, özetle, devlet organlarının iç karışıklıklarda sebebiyet verdikleri bazı zararların giderileceği düzenlemesini içerir. Ukrayna-İngiltere YKTA’sında bu tür bir genişletilmiş savaş hükmü yer almaktadır;

“Âkitlerden birinin ülkesinde, savaş veya silahlı çatışma, ihtilal, millî bir olağanüstü hâl, isyan, ayaklanma ya da kargaşa sebebiyle diğer âkitin yatırımcılarına ait yatırımlar zarara uğradığında, [ev sahibi devletin yatırımcıya

¹⁵² Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Investors of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party **treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement**, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own investors or to investors of any third State. Resulting payments shall be freely transferable.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

yönelik] iade, tazminat, giderim veya başkaca çözümlere ilişkin muameleleri, kendi yatırımcılarına ya da üçüncü devlet yatırımcılarına sağladığından daha az elverişli olmaz. İlgili ödemeler serbestçe transfer edilebilir olmalıdır. [Kalın yazı tipi eklenmiştir]

İşbu maddenin birinci fıkrasından [kaynaklanan taleplere] **halel gelmeksizin**, birinci fıkrada sayılan hâllerde, devletin silahlı kuvvetleri veya kolluk birimleri tarafından;

- a. malvarlığına elkoyma işlemi, ya da
- b. muharebe fiillerinden kaynaklanmayan tahribat veya [askeri] gerekliliklerle açıklanamayan tahribat

sebebiyle âkit devlet ülkesinde [yatırımı] zarar gören diğer âkit devlet yatırımcısına [malvarlığı] iade edilir veya uygun tazminat ödenir. İlgili ödemeler serbestçe transfer edilebilir olmalıdır.”¹⁵³ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Görüldüğü üzere, genişletilmiş savaş hükmü (yukarıdaki örnekte birinci fıkrada olduğu gibi) öncelikle “klasik” savaş hükmünü içerir. Bu hükümden kaynaklanan yükümlülüklerle halel gelmeyecek şekilde, (yukarıdaki örnekte ikinci fıkrada olduğu gibi) devlet organlarının faaliyetlerinden kaynaklanabilecek bazı ek bağımsız yükümlülüklerini ayrıca düzenler. Bu genişletilmiş savaş hükmü örneğinde de olduğu gibi, “klasik” savaş yükümlülüğü ile genişletilmiş savaş yükümlülüğünün “halel getirmeksizin” (*without prejudice*) kalıbı ile bağlanması, iki yükümlülüğün istif olmasını (kümülatif olarak bağlayıcı olmasını) sağlar. Çalışmamızın önceki bölümlerinde “klasik” savaş hükmünden kaynaklanan bağımlı yükümlülük üzerinde ayrıntısıyla durulduğundan, bu başlık altında yalnızca genişletilmiş savaş hükmünden kaynaklanan bağımsız yükümlülükler üzerinde durulacaktır.

¹⁵³ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Investors of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own investors or to investors of any third State. Resulting payments shall be freely transferable. **Without prejudice** to paragraph (1) of this Article, investors of one Contracting Party who in any of the situations referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from: (a) requisitioning of their property by its forces or authorities, or (b) destruction of their property by its forces or authorities, which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded restitution or adequate compensation. Resulting payments shall be freely transferable.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Genişletilmiş savaş hükmü, yukarıda incelediğimiz yükümlülüklerden tam koruma ve güvenlik hükmünde olduğu gibi bağımsız bir yükümlülük doğurur. Hem uygulama alanı, hem de yükümlülüğün bağımsız nitelikte olması bakımından birbirine benzeyen bu iki hüküm, yabancı yatırımcının tazminini talep ettiği zarara sebebiyet verenin kişi ya da kurumlar bakımından birbirinden ayrılır. Genişletilmiş savaş hükmünde ev sahibi devletin sorumluluğu ancak tazmini talep edilen zarar ev sahibi devletin silahlı kuvvetleri ya da kolluk birimlerinin fiillerinden kaynaklanmaktaysa doğar¹⁵⁴. Başka bir ifadeyle özel kişi ve grupların (ya da genişletilmiş savaş hükmünde belirtilen devlet organları dışındaki devlet organlarının) verdikleri zararlar, genişletilmiş savaş hükmünün konusunu oluşturmaz. Genişletilmiş savaş hükmü bu yönüyle tam koruma ve güvenlik hükümlerinden de ayrılır.

Genişletilmiş savaş hükmü gereğince ev sahibi devletin sorumluluğunun doğabilmesi için yalnızca zarara sebebiyet veren kişi veya kurumlarda bir sınırlamaya gidilmemiş, aynı zamanda zarara sebebiyet veren işlem ve vakıalar da *numerus clausus* ilkesiyle sınırlandırılmıştır. Buna göre yukarıda yer alan genişletilmiş savaş hükmü örneği gereğince ev sahibi devletin sorumluluğunun doğması için, tazmini istenen zarara sebebiyet veren fiillerin elkoyma niteliğinde olması veya zararın devlet organlarının muharebe dışı fiillerinden kaynaklanması ya da muharebe fiilinden kaynaklandığı durumda bile askerî gerekliliklerin ötesine geçen bir tahrip gücünden neşet etmesi gerekir. Başka bir ifade ile, genişletilmiş savaş hükmü sebebiyle ev sahibi devletin sorumluluğunun doğması, ancak hükümde sayılan davranışların gerçekleşmiş olduğunun ispatı ile mümkündür¹⁵⁵. Yoksa tam koruma ve güvenlik hükmü ya da en çok gözetilen millet muamelesinde olduğu gibi, zarara sebebiyet veren davranışın benzer koşullardaki bir devletten beklenebilecek makul özen ya da başkaca bir yatırımcının tâbi tutulduğu muamele ile karşılaştırılması söz konusu değildir¹⁵⁶. Bu bağlamda, genişletilmiş savaş hükmünden kaynaklanan sorumluluğun, diğer hükümlere göre daha öngörülebilir olduğunu, bu yolla hukuk güvenliğini daha iyi sağladığını söylemek mümkündür.

¹⁵⁴ SCHREUER, 2013, s. 14.

¹⁵⁵ SCHREUER, 2013, s.11.

¹⁵⁶ Diğer bir ifadeyle, tam koruma ve güvenlik hükmü uygulanırken benimsenen *ex post* (karşılaştırmalı) değerlendirmeden farklı olarak, genişletilmiş savaş hükmünden kaynaklanan sorumluluğun tespitinde, sorumluluğa sebebiyet verebilecek davranış tiplerinin *ex ante* belirlenmiş olduğu görülür.

Bir YKTA'da genişletilmiş savaş hükmü bulunması yatırımcıya tam koruma ve güvenlik ya da “klasik” savaş hükmü vasıtasıyla sahip olmadığı –bağımsız- ek bir hak sağlar. Bu bakımdan, genişletilmiş savaş hükmünden istifade eden yatırımcının, iç karışıklık hâllerinde daha iyi bir hukukî korumaya sahip olduğunu söylemek mümkündür. Buna mukabil, bu (ek) hakkın -tam koruma ve güvenlik ile “klasik” savaş hükmüne nazaran- çeşitli sınırlamalara tâbi tutulması, ispatını oldukça güçleştirir. Nitekim bu güçlük, milletlerarası yatırım tahkimi uygulamasında, genişletilmiş savaş hükmünden neşet eden bir talebin, henüz hiçbir yatırımcı tarafından başarıyla ileri sürülememesine sebebiyet vermiştir.

Genişletilmiş savaş hükümlerinde yer alıp hükmün ispatını güçleştiren bu sınırlamalara (i.e. sorumluluk kapsamındaki zarar kalemleri ve zarara sebebiyet veren devlet organlarına ilişkin sınırlamalara) daha yakından bakalım. Genişletilmiş savaş hükmünün konusunu oluşturan zarar kalemlerinden elkoyma ve tahribatın ispat yönünden birbirinden ayrılması gerekir. Elkoyma, niteliği gereği hukukî bir işlemden kaynaklandığından, bu zarara devlet organlarıncı sebebiyet verildiğinin yatırımcı bakımından ispatı nispeten kolaydır¹⁵⁷. Buna mukabil, muharebe fiilleri esnasında meydana gelen bir tahribata devlet organlarının sebebiyet vermiş olduğunun ya da tahribatın askerî gerekliliklerle açıklanamayacağının ispatı daha zordur¹⁵⁸. Nitekim AAPL v. Sri Lanka davasında, davacının genişletilmiş savaş hükmüne dayanan iddiası, söz konusu zarara devlet organlarıncı sebebiyet verildiğinin ispat edilememiş olması gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu husus kararda şu şekilde ifade edilmiştir;

“ [...] gayrimenkûlün yıkımına sebebiyet veren atışın devletin askerî birliklerinden geldiğine yönelik iddiayı yeterince destekleyen inandırıcı ispat araçları sunulmamış ve karideslerin [devletin] güvenlik birimlerinin fiilleri sebebiyle zâyi olduğunu ispatlayan güvenilir kanıtlar gösterilmemiştir. [...] Binaenaleyh, **zararların devlet organlarının fiillerinden kaynaklandığına ilişkin inandırıcı kanıtların yokluğunda**, Hakem Heyeti, somut olayda m. 4 (2)'de (ilgili anlaşmanın genişletilmiş savaş hükmünü içeren maddesinde) aranan ilk koşulun yerine getirilmiş sayılamayacağı sonucuna varmıştır.”¹⁵⁹ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

¹⁵⁷ SCHREUER, 2013, s. 14.

¹⁵⁸ SCHREUER, 2013, s. 14.

¹⁵⁹ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] there is no convincing evidence produced which sufficiently sustains the Claimant’s allegation that the firing which caused the property

Yatırım anlaşmalarında savaş ve benzeri olağanüstü hâllere ilişkin olarak, genişletilmiş savaş hükmü düzenlenmesinin öncelikli sebebi, bu hâllere ilişkin, milletlerarası teamül hukukunun öngörmediği bir sorumluluk tipi yaratmaktır¹⁶⁰. Milletlerarası teamül hukuku uyarınca, savaş ve benzeri olağanüstü hâllerde, devletin bu olağanüstü gelişmelere müdahalesi sırasında meydana gelen zararlar, prensip olarak, devletin sorumluluğunu doğurmaz¹⁶¹. Zira milletlerarası teamül hukuku uyarınca, devletin bu durumda tazminat sorumluluğunun doğması için, zararın meydana gelmesinin sebebinin, devletin (milletlerarası) hukuka aykırı davranışı (*wrongfulness in the conduct*) olduğunun ispatlanması gerekir. Oysa milletlerarası teamül hukuku uyarınca, devletin ülkesindeki iç karışıklıklara müdahalesi esnasında verdiği zararlar, kural olarak, milletlerarası hukuka aykırı değildir. Başka bir ifade ile milletlerarası teamül hukuku uyarınca, bu hâllerde devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, “milletlerarası hukuka aykırılık” unsurunun yatırımcı tarafından ayrıca ispatlanması gerekir¹⁶².

Yukarıda verdiğimiz genişletilmiş savaş hükmü örneklerinde olduğu gibi, tazminat yükümlülüğü doğurması için hükümde sayılan koşullar kimi zaman hukuka uygun dahi olabilir. Nitekim “malvarlığına el koyma işlemi” hukuka aykırı olmasa dahi hükmün uygulama alanına uygun şekilde gerçekleştirildiğinde, iade ve / veya tazminat yükümlülüğü doğurabilir. Bu yükümlülüğün doğması için söz konusu işlemin (el koyma işleminin) hükümde yer alan koşullarda gerçekleştiğinin yatırımcı tarafından ispatı yeterli olur, ayrıca bu el koymanın hukuka aykırı olması gerekmez. Bilakis, devletin sorumluluğuna sebebiyet veren fiil (el koyma işlemi) hukuka uygun olabilir. Zarara sebebi-

destruction came from the governmental troops, and no reliable evidence was adduced to prove that the shrimps were lost due to acts committed by the security forces [...] Therefore, the Arbitral Tribunal finds that the first condition required under Article 4(2) cannot be considered fulfilled in the present case, due to **lack of convincing evidence proving that the losses were incurred due to acts committed by the governmental forces.**” [Kalin yazı tipi eklenmiştir.] AAPL v. Sri Lanka, par. 59, 60.

¹⁶⁰ Konuya ilişkin bir UNCTAD raporunda, milletlerarası yatırım anlaşmalarında genişletilmiş savaş hükmü öngörülmeğe başlanmasının bir başka sebebi olarak, savaş ve benzeri olağanüstü durumların, yatırımcının yabancı yatırıma ilişkin yaptırdığı sigorta sözleşmelerinden müstesna tutulması gösterilmiştir. Yatırımcının bu riskini sigortalayamaması, yatırım anlaşmalarında bu riskin yatırımı kabul eden devletçe üstlenilmesi ile karşılanmıştır. Bknz. UNCTAD, 2007, s. 52.

¹⁶¹ RIPINSKY/WILLIAMS, 2008, s. 25.

¹⁶² RIPINSKY/WILLIAMS, 2008, s. 25.

yet veren fiil hukuka uygun olmasına rağmen, yatırımcının zarar öncesi hâle iadesi yükümlülüğü genişletilmiş savaş hükmü gereği doğar. Nitekim, Devletlerin Milletlerarası Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluğuna İlişkin taslak maddelerin genel açıklamasında da bu tür iade yükümlülüklerine açıkça yer verilmiştir. Açıklama uyarınca, devletin milletlerarası sorumluluğu, yalnızca milletlerarası hukuka aykırı fiilleri sebebiyle gerçekleşmez¹⁶³. Bazı durumlarda devlet hukuka uygun fiillerinden sonra dahi *status quo ante*'nin yeniden inşasından sorumlu olabilir¹⁶⁴. Bu durumda, devlet teknik olarak *status quo*'yu hukuka aykırı olarak değiştiren fiil sebebiyle değil; hukuka uygun bir değişiklik sebebiyle meydana gelen ve bağımsız bir *status quo ante*'yi yeniden inşa yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumlu tutulur¹⁶⁵. İşte genişletilmiş savaş hükümlerinde yer alan “iç karışıklık ve savaş hâllerinde silahlı kuvvetler ya da kolluk kuvvetlerince gerçekleştirilen el koyma işlemi” bu tür bir bağımsız *status quo ante*'yi yeniden inşa yükümlülüğüdür. Bu sebeple salt o işlemin gerçekleştirildiğinin ispatı, devletin sorumluluğunun doğması için yeterlidir.

Özetle genişletilmiş savaş hükmü, iç karışıklık ve savaş hâllerinde yatırımcının uğradığı kimi zararların tazmini yükümlülüğü için hukuka aykırılığın ispat edilmesi yükünü hafifletir. Buna rağmen, genişletilmiş savaş hükmüne dayanan tazminat taleplerinde, yatırımcının hükmü ihlâl iddiasının ispatı oldukça güçtür. Nitekim, AAPL v. Sri Lanka davasında, hakem heyeti genişletilmiş savaş hükmünün ispatına ilişkin şu tespitte bulunmuştur;

“[...] m. 4(2)'nin (ilgili anlaşmanın genişletilmiş savaş hükmünü içeren maddesinin) uygulanmasını talep eden yabancı yatırımcının ağır bir ispat yükü altında olduğu belirtilmelidir. Zira yatırımcı;

- (i) - yıkıma isyancıların değil devlet organlarının sebebiyet verdiğini;
- (ii) - yıkımın ‘muharebe fiillerinden’ kaynaklanmadığını;
- (iii) - [askerî] gerekliliğin bulunmadığını, öyle ki yıkımın kaçınılmaz olmadığını, yıkımdan kaçınmanın mevcut koşullar altında makul olduğunu.

ispatla yükümlüdür.”¹⁶⁶

¹⁶³ ILC's Articles on State Responsibility, General Commentary, par. 4(c).

¹⁶⁴ ILC's Articles on State Responsibility, General Commentary, par. 4(c).

¹⁶⁵ ILC's Articles on State Responsibility, General Commentary, par. 4(c).

¹⁶⁶ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] it has to be noted that the foreign investor who invokes the applicability of said Article 4.(2) assumes a heavy burden of proof, since he has

Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi, genişletilmiş savaş hükmüne dayanarak tazminat talep etmek isteyen yatırımcının, birinci ve ikinci sırada sayılanları ya da birinci ve üçüncü sırada sayılanları ispat etmesi gerekmektedir.

Yatırımcının, genişletilmiş savaş hükmüne dayanan tazminat talebinin ispatının uygulamada ne derecede zor olduğu *AMT v. Zaire* kararından anlaşılabilir. Kararda, zararın kaynağındaki yağmalama faaliyetlerinin, Zaire ordusu mensuplarının da katılımıyla gerçekleştirilmiş olduğu ispat edilmiş olmasına rağmen, bu kimselerin yağmalamaya katılmaları ev sahibi devlete atfedilebilir kabul edilmemiştir. Bu husus *AMT v. Zaire* kararında şu şekilde ifade edilmiştir;

“Edinilen bilgidен yola çıkılarak, somut olayda [yağmayı gerçekleştirenlerin] örgütlü biçimde ya da talimat altında hareket ettikleri ispat edilememiş; münferiden hareket eden askerler [veya] en azından askerî üniformalı kimse-ler oldukları tespit edilmiştir.

Yağmalamanın mahiyeti ve yağmalanan mülkteki tahribat, somut olayda, fiilin bizzat ‘ordu’ ya da ‘silahlı kuvvetler’ tarafından gerçekleştirilmediğini açıkça ortaya koyuyor.”¹⁶⁷

AMT v. Zaire kararından yaptığımız bu alıntıdan da anlaşılacağı üzere, zararın devlet organlarından neşet etmiş olduğunun ispatı için, ilgili fiile devlet yetkililerinin katkıda bulunduğu ispatı yeterli değildir. Bu kimselerinin faaliyetlerinin devlete atfedilebilir olduğunun da ispatı gerekir. Başka bir ifadeyle, söz konusu fiile devlet yetkililerinin karışmış olduğunun ispatı, fiillerin devlet organınca gerçekleştirildiğinin kabulü için yeterli değildir. Nitekim aynı yönde, *AAPL v. Sri Lanka* kararında da, genişletilmiş savaş hükmü ile ilgili olarak ortaya konan ve yatırımcının ispat etmesi beklenen unsurlardan birincisinin; yıkıma devlet organlarının sebebiyet verdiği hususunun ispatı olduğu tespit edilmiştir¹⁶⁸.

[...] to establish: (i) - that the governmental forces and not the rebels caused the destruction; (ii) - that this destruction occurred out of “combat”; (iii) - that there was no ‘necessity’, in the sense that the destruction could have been reasonably avoided due to its unnecessary character under the prevailing circumstances.” *AAPL v. Sri Lanka*, par. 58.

¹⁶⁷ Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “In the present case, it is true from the information received that they were the military, at least persons in military attire who manifestly acted individually without any one being able to show either that they were organized or that they were under order. The nature of the looting and the destruction of property which were looted show clearly that it was not ‘the army’ or ‘the armed forces’ that acted as such in the circumstances.” *AMT v. Zaire*, p. 7.08, 7.09.

¹⁶⁸ *AAPL v. Sri Lanka*, par. 58.

Genel milletlerarası sorumluluk hukukunda, devlet organlarının fiilleri sebebiyle devletin sorumluluğunun doğabilmesi için fiilin devlete atfedilebilir olması gerekir¹⁶⁹. Devlet yetkililerince icra edilmekle birlikte devlete atfedilemeyen faaliyetler “özel kişi sıfatıyla faaliyet” (*private conduct*) olarak adlandırılmakta ve devletin sorumluluğunu gerektirmemektedir¹⁷⁰. Buna mukabil, yetkililerin özel kişi sıfatıyla olmayan, i.e. “resmî sıfatla faaliyetleri” (*official conduct*), ister iç hukuktan aldıkları yetkiye uygun olsun, ister bu yetkiyi aşan unsurlar (*ultra vires* faaliyetler) barındırsın, devlete atfedilir, yani devletin milletlerarası sorumluluğunu gerektirir. Devlet organlarının faaliyetlerinin devlete atfedilmesi milletlerarası sorumluluk hukukunda temel bir prensip olup, bu husus MHK’nın Devletin Sorumluluğuna ilişkin Taslak Kuralları’nda açıkça ifade edilmiştir¹⁷¹. Milletlerarası yatırım hukukundan kaynaklanan devletin sorumluluğu da bu kuraldan müstesna değildir.

Devlet yetkililerince gerçekleştirilen fiillerden hangilerinin devlet organının faaliyeti sayılacağı (dolayısıyla fiilin devlete atfedilebileceği), bazı durumlarda ayrıca araştırmayı gerektirebilir. Bu araştırma, yukarıda açıklandığı üzere, devlet yetkililerinin, özel kişi sıfatıyla mı, yoksa resmî sıfatla mı hareket ettikleri noktasında toplanacaktır. Bir faaliyetin özel kişi sıfatıyla mı, yoksa resmî sıfatla mı yapıldığına ilişkin araştırma yapılırken, devlet yetkilisinin söz konusu faaliyeti yerine getirirken, resmî görevini “*görünüşte*” yerine getirip getirmediğine bakılır. Nitekim bu husus, MHK Taslak Kuralları’nın, resmî sıfatla ama *ultra vires* faaliyetlerden sorumluluğa ilişkin 7. maddesine ilişkin şerhinde şu ifadelerle yer almıştır;

“[Resmî sıfatla ama *ultra vires* faaliyet ile özel kişi sıfatıyla faaliyet arasındaki] fark, 7. maddedeki ‘organ, kişi ya da birim yetkisi çerçevesinde hareket etmişse’ ifadesinde yer alır. Bu ifade göstermektedir ki; maddede kastedilen [resmî sıfatla ama *ultra vires*] faaliyetler, yalnızca **görünüşte** resmî görevlerini yerine getirmekte olan organların fiil ve ihmâlleridir; yoksa bir taraftan da devlet yetkilisi olan bireylerin özel fiil ve ihmâlleri değildir. Kısacası, esas mesele **görünüşte** resmî yetkiyle faaliyette bulunulup bulunulmadığıdır.”¹⁷²
[Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

¹⁶⁹ ILC’s Articles on State Responsibility, m. 2; BROWNLEE, 2008, s. 436; HOBÉR, 2008, s. 554.

¹⁷⁰ ILC’s Articles on State Responsibility, m. 7, Article Commentary par. 8.

¹⁷¹ ILC’s Articles on State Responsibility, m. 4.

¹⁷² Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “That distinction is reflected in the expression ‘if the

Görüldüğü üzere Milletlerarası Hukuk Komisyonu, özel kişi sıfatıyla faaliyetlerin tespit edilmesi için “görünüşte resmî yetkiyle faaliyette bulunma” kriterinin kullanılmasını önermektedir. AMT v. Zaire kararında da, ordu mensuplarının da dahil oldukları faaliyetlerin “özel kişi sıfatıyla faaliyet” niteliğinde olduğuna hükmedilirken, açıkça ifade edilmemiş olsa da, bu kriterin göz önünde bulunduğu tespit edilebilir¹⁷³. Hakem heyeti, bu meseleye ilişkin kararını verirken “örgütlü biçimde ya da talimat altında” hareket etme araştırması¹⁷⁴ ile somut olayda verilen zararın (yağmalamanın) “mahiyeti ve [yatırımdaki] tahribatı” yani zararın nitelik ve niceliğine¹⁷⁵ atıfta bulunmuştur. Karardaki bu ifadelerden anlaşıldığı üzere, silahlı kuvvetler gibi düzenli bir yapıya sahip devlet organında çalışanların “görünüşte” resmî bir faaliyette buldukları sonucuna varılabilmesi için, dışarıdan bakıldığında bu kişilerden “örgütlü biçimde ya da talimat altında” hareket ediyor gözükmeleri ve verdikleri zararın nitelik ile niceliğinin bu yapının kuvvet ve niteliğini karşılar biçimde olması beklenir.

III. Yatırım Anlaşmalarında Sarih Koruma Yükümlülüğü Olmayan Hâllerde Yabancı Yatırımın Korunması

Ukrayna'nın taraf olduğu YKTA'lardan bazıları, ülkenin içinde bulunduğu şiddet hâli sebebiyle yabancı yatırımların uğrayabileceği zararın tazmini gerektirebilecek nitelikte sarih bir koruma ve güvenlik hükmü içermez¹⁷⁶.

organ, person or entity acts in that capacity' in article 7. This indicates that the conduct referred to comprises only the actions and omissions of organs **purportedly or apparently carrying out their official functions**, and not the private actions or omissions of individuals who happen to be organs or agents of the State. In short, the question is whether they were **acting with apparent authority**.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] ILC's Articles on State Responsibility, m. 7, Article Commentary par. 8.

¹⁷³ AMT v. Zaire, par. 7.06.

¹⁷⁴ AMT v. Zaire, par. 7.08.

¹⁷⁵ Kararda yer alan “yağmalamanın mahiyeti ve yağmalanan mülkteki tahribat, somut olayda, fiilin bizzat ‘ordu’ ya da ‘silahlı kuvvetler’ tarafından gerçekleştirilmediğini açıkça ortaya koyuyor” ifadeleri, fiillerin devlete atfedilebilir olup olmadığının tespitinde; “yağmalamanın mahiyeti” ifadesiyle zararın niteliğine ve “yağmalanan mülkteki tahribat” ifadesiyle zararın niceliğine ilişkin bir araştırma yapıldığını ortaya koymaktadır. AMT v. Zaire, par. 7.09.

¹⁷⁶ Milletlerarası yatırım uygulamasında tam koruma ve güvenlik hükmü içermeyen YKTA'lara pek rastlanmaz. Aşağıda belirtilen Ukrayna'nın tarafı olduğu ve tam koruma ve güvenlik hükmü içermeyen YKTA'ların yanı sıra; milletlerarası uygulamada tam koruma ve güvenlik hükmü içermeyen sınırlı sayıdaki bazı YKTA'lar için bkz. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 309, dn. 412.

Bu YKTA'lerden biri de Türkiye-Ukrayna YKTA'sıdır¹⁷⁷. Türkiye-Ukrayna YKTA'sında tam koruma ve güvenlik hükmünün ve adil ve hakkaniyetli muamele hükmünün bulunmaması, çalışmanın hususiyetle Türk okuyucuya hitap eden bu kısmında, bu korumayı sağlayabilecek başkaca yükümlülüklerin araştırılmasını gerekli kılmıştır.

Sarih bir tam koruma ve güvenlik hükmünün yokluğunda, ev sahibi devletin koruma yükümlülüğü iki hukuk kaynağından doğabilir; YKTA'da yer alan bir başka hükümden ve milletlerarası teamül hukukundan. Birinci durumda koruma yükümlülüğü, anlaşmada yer alan en elverişli muamelenin taahhüt edildiği bağlı hükümlerden (A); ikinci durumda ise devletin ülkesindeki yabancılara yönelik milletlerarası asgarî muamele yükümlülüğünden (B) neşet eder.

A. Daha Elverişli Muamele Olarak Tam Koruma ve Güvenlik

Tam koruma ve güvenlik hükmü ile adil ve hakkaniyetli muamele hükmü içermeyen YKTA'lar karşısında, ev sahibi devletin başkaca bir anlaşma hükmü vasıtasıyla asgarî muamele yükümlülüğü altında olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır¹⁷⁸. Bu YKTA'ların genel bağlı hükümler içerip içermemelerine göre bir ayırım yapılmış ve bağlı hükümler içerenlerin, dolaylı olarak tam koruma ve güvenlik ile adil ve hakkaniyetli muamele standardında bir koruma sağlayabileceği sonucuna varılmıştır¹⁷⁹.

YKTA'larda yer alan genel bağlı hükümler (*contingent clauses*); millî muamele (*national treatment*) ve en çok gözetilen millet muamelesi (*most favoured nation treatment*) hükümleridir¹⁸⁰. Milletlerarası yatırım hukuku uygu-

¹⁷⁷ Aşağıda, Ukrayna'nın taraf olduğu YKTA'lerden, tam koruma ve güvenlik hükmünü içermeyen diğer anlaşmalara ayrıca değinilecektir.

¹⁷⁸ Tartışmalar için bkz. TUDOR, 2008, s. 24.

¹⁷⁹ TUDOR, 2008, s. 24; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 255. Yazarların ilgili metinlerdeki ifadelerinde, millî muamele ve en çok gözetilen millet muamelesi hükümlerinin ortak niteliği olarak "bağlı hüküm" nitelikleri yerine "ayrımcılık yasağı hükmü" (*non-discrimination clause*) nitelikleri ön plana alınmıştır. Bununla birlikte biz çalışma metninde ilgili hükümlerin ortak özelliklerden biri olabilecek "ayrımcılık yasağı" niteliğine vurgu yapmaktan imtina ettik. Zira bu hükümlerin "bağlı hüküm" niteliğinde olduğu, başka bir ifadeyle "başkaca bir muameleye ya da hukukî düzenlemeye *bağlı olarak* koruma sağladığı" tartışmalı değildir. Bununla birlikte hükümlerin "ayrımcılık yasağı" niteliğinde olduğu tartışmalıdır. Hükümlerin ayrımcılık yasağı niteliğinde olduğuna ilişkin görüşler için bkz. SCHILL, 2009, s. 76; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 148. Aksi yönde bkz. COLE, 2012, ss. 540, 543.

¹⁸⁰ YKTA'larda yer alan maddî (usûle ilişkin olmayan) hükümlerin bağlı (*contingent / relative*) ve bağımsız (*non contingent / absolute*) hükümler olarak ikiye ayrıldığı; bağlı hükümler kap-

lamasında, bu hükümlerden en çok gözetilen millet muamelesi hükmü çoğu durumda millî muamele hükmüne nispetle daha iyi bir koruma sağladığından ve daha sıklıkla uygulandığından, çalışmada aksi belirtilmedikçe bu hükme ağırlık verilecektir¹⁸¹.

En çok gözetilen millet muamelesi kayıtları neredeyse bütün yatırım anlaşmalarında bulunur, zira bu kayıtlar milletlerarası iktisadî hukukun en eski kayıtlarından biridir¹⁸². Türkiye-Ukrayna YKTA'sında da tam koruma ve güvenlik hükmü ya da adil ve hakkaniyetli muamele hükmü bulunmamakla birlikte, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü bulunur. Anlaşmada hüküm şu şekilde düzenlenmiştir;

“1. Her bir Taraf, kendi ülkesinde diğer Taraf yatırımcılarının yatırımlarına ve ilgili faaliyetlerine benzer durumlarda herhangi üçüncü bir ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına kendi kanun ve nizamları çerçevesinde göstereceği muameleden daha az elverişli olmayacak şekilde, izin verecektir.

2. Taraflardan her biri kurulmuş olan bu yatırımlara benzer durumlarda kendi yatırımcılarının yatırımları veya herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, o muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır.”

İlgili hükmün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, en çok gözetilen millet muamelesi bu muamelenin lehtarının, hiç değilse, millî yatırımcıya ya da üçüncü devlet yatırımcısına ait yatırımın ya da yatırımcının tâbi tutulduğu muameleye tâbi tutulmasını sağlar¹⁸³.

samında ev sahibi devletten beklenen asgarî davranış standardının, başkaca bir yatırım ya da yatırımcıya sağlanan muameleyle bağlı olduğu yönünde yukarıdaki açıklamalarımızın yanı sıra bknz. MCLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.19; ACCONCI, 2008, s.364. Tam koruma ve güvenlik ile adil ve hakkaniyetli muamele hükümleri bağımsız hüküm niteliğindedir. Bağımsız hükümler kapsamında devletten beklenen davranış, başka bir yatırım ya da yatırımcının tâbi tutulduğu muamele ile karşılaştırılmaz. Bknz. MCLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.19; SCHILL, 2009, s. 78.

¹⁸¹ Milletlerarası yatırım hukukunda millî muamele hükmünün uygulanma tekniği, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü ile benzerdir. Her iki hükmün uygulanmasında öncelikle bir karşılaştırma yatırımı ya da yatırımcısı tespit edilir, ardından bu karşılaştırma yatırımının ya da yatırımcısının daha elverişli bir muameleyle tâbi tutulup tutulmadığı tetkik edilir. Dolayısıyla, aşağıdaki açıklamalarımızın büyük kısmı millî muamele hükmü için de geçerli kabul edilebilir. En çok gözetilen millet muamelesinden farklı olarak, yalnızca karşılaştırma muamelesinin ev sahibi devletin millî yatırımı (ya da yatırımcısının) tâbi tutulduğu muamele olduğu hatırlanmalıdır.

¹⁸² COLE, 2012, s. 544, SCHWARZENBERGER, 1945, s. 97.

¹⁸³ SCHILL, 2009, s. 76; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 148; SALACUSE, 2010, s. 245; SCHWARZENBERGER, 1945, s. 96.

Çalışmaya konu mesele örneğinde, Türkiye-Ukrayna yatırım anlaşmasında tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmaması sebebiyle, kriz döneminde bu elverişli muameleye doğrudan hak kazanamayan Ukrayna'daki Türk yatırımcıların; Ukrayna'nın taraf olduğu diğer yatırım anlaşmalarında yer alan tam koruma ve güvenlik hükümlerinden, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla (dolaylı olarak) faydalanıp faydalanamayacakları sorusunun cevaplanmasına gayret edilecektir. Bu sorunun yanıtlanabilmesi için en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün milletlerarası yatırım hukukundaki anlamının ve uygulanma usûlünün kısaca hatırlanmasında fayda vardır.

1. En Çok Gözetilen Millet Muamelesi Kayıtlarının Uygulanma Usûlü

Savaş hükmünün bağlı hüküm niteliğinde olduğu yukarıda açıklanırken bağlı hükümlerin uygulama usûlünün; sırasıyla bir karşılaştırma yatırımının ya da yatırımcısının (comparator) tespiti ve daha elverişli muamelenin tespiti ile mümkün olduğu açıklanmıştı¹⁸⁴. Bağlı hüküm bu uygulamasıyla somuttur ve ancak benzer koşullarda bir başka yatırımcıya daha elverişli muamelenin fiilen sağlandığı durumlarda uygulanır. Milletlerarası yatırım hukukunda¹⁸⁵, genel bağlı normlardan¹⁸⁶ özellikle en çok gözetilen millet muamelesinin ihlâli iddialarında, bu somut uygulama yerine soyut uygulamanın tercih edildiği görülür¹⁸⁷. Nitekim en çok gözetilen millet muamelesi hükümlerine ilişkin

¹⁸⁴ NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 225; SALACUSE, 2010, s. 248. Ayrıca bkzn. II.B.2 numaralı başlık altındaki açıklamalarımız.

¹⁸⁵ Milletlerarası iktisadî hukukun diğer büyük dalı olan milletlerarası ticaret hukukunda bağlı hükümlerin sadece somut olarak uygulandığı hatırd tutulmalıdır. Nitekim milletlerarası yatırım hukukunda bağlı hükümlerin uygulanma usûlü ve özellikle karşılaştırma unsurunun (like circumstances ya da like product kavramının) milletlerarası ticaret hukukundan (hususiyetle DTÖ yargılamalarından) farklı olduğu yönünde bkzn. McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.159, 7.160. En çok gözetilen millet muamelesi hükmünün milletlerarası ticaret hukukundaki uygulaması ile milletlerarası yatırım hukukundaki uygulamasının farklı sonuçlar doğurduğuna ilişkin bkzn. PAPANINSKIS, 2011, ss. 36 vd.

¹⁸⁶ Hatırlatmak gerekir ki genel bağlı normlardan farklı olarak, milletlerarası yatırım hukukunda özel bağlı normların (e.g. klasik savaş hükmünün) tatbikinde karşılaştırma unsuru ve somut olarak daha elverişli bir muameleden istifade etmiş olma kriterleri, i.e. somut uygulama aranır. Aşağıda açıkladığımız soyut uygulama genel bağlı normlara özgüdür.

¹⁸⁷ Genel bağlı normlardan, somut uygulamaya millî muamele hükmünde daha sık rastlanırken, soyut uygulama neredeyse yalnızca en çok gözetilen millet muamelesi hükmünde tercih edilmektedir. Bu tespite ilişkin yatırım tahkimi içtihadı incelemesi için bkzn. McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.154 - 7.160.

yatırım tahkimi kararlarının çoğu, bir başka YKTA'dan hukukî koruma ithâl edilmesine yönelik, yani soyut uygulamaya ilişkindir¹⁸⁸.

Bağlı normun soyut uygulamasından kastedileni biraz açmak lazım gelirse; daha elverişli bir devlet muamelesinden somut olarak (fiilen) yararlanmış bir karşılaştırma yatırımının ya da yatırımcısının bulunmadığı durumda, daha elverişli bir hukukî korumadan yararlanma **ihтимâlî** olan, **muhtemel** bir yatırım ya da yatırımcı bulunmasının daha elverişli muamele kabul edildiği uygulamayı “soyut” olarak adlandırdığımız söylenmelidir. Diğer bir ifadeyle en çok gözetilen millet muamelesinden soyut uygulama ile yararlanmak isteyen yatırımcının, örneğin YKTA'sında bulunmamasına rağmen tam koruma ve güvenlikten yararlanmak isteyen Ukrayna'daki bir Türk yatırımcının, kendisi ile benzer koşullarda olup tam koruma ve güvenlikten fiilen yararlanmış bir başka yatırımcı bulunduğunu ispat etmesi gerekmediği gibi, esasında bu korumadan yararlanma ihtimâlî olan bir yatırımın bulunduğunu dahi ispat etmesi gerekmez. Tam koruma ve güvenlik hükmünün sağladığı daha elverişli hukukî korumadan yararlanma imkânı olan bir yatırımın yapılma ihtimâlînin gösterilmesi, daha elverişli muamelenin Türk yatırımcından esirgendiğinin ispatı için yeterli görülür¹⁸⁹. Bu daha elverişli hukukî koruma ihtimâlînin ispatı için, ev sahibi devletin üçüncü bir devlet ile yaptığı YKTA'da ilgili hukukî korumanın temin edildiğinin gösterilmesi yeterli kabul edilir¹⁹⁰.

Örneğin, A devleti ülkesinde, B ve C devleti yatırımcılarının yatırım yaptıklarını düşünelim. A-B YKTA'sında tam koruma ve güvenlik kaydı bulunmamakta, buna mukabil en çok gözetilen millet muamelesi kaydı bulunmakta olsun, A-C YKTA'sında ise tam koruma ve güvenlik kaydı bulunsun. Tam koruma ve güvenlik hükmünün yokluğunda, B devleti yatırımcısının A devletindeki yatırımının iç karışıklıklarda üçüncü kişilerin fiillerinden gördüğü zarar sebebiyle, kural olarak, A devletinin sorumluluğu doğmaz¹⁹¹. Buna mukabil B devleti yatırımcısının A-B YKTA'sında yer alan en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla, A-C YKTA'sında yer alan tam koruma ve güvenlik hükmünden yararlanması mümkün olabilir. Yatırım hukukunda en çok gözetilen

188 TUDOR, 2008, ss. 191, 192; SALACUSE, 2010, s. 252; McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.162.

189 NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 226.

190 Aynı yönde bkz. ILC's Draft Articles on MFN, m. 20, Article Commentary, par. 6 vd.

191 İstisnaen, A devletinin bu zarardan dolayı, milletlerarası teamül hukukundan kaynaklanan bir sorumluluğu olabileceği ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda III.B başlığı altındaki açıklamalarımız.

millet muamelesi kaydı soyut olarak uygulandığından, B devleti yatırımcısının, A-C YKTA'sında daha elverişli bir hukukî koruma, i.e. tam koruma ve güvenlik kaydı bulunduğunu göstermesi yeterlidir. Bağlı hükümlerin somut uygulamasında olduğu gibi, daha elverişli bir fizikî korumadan (örneğin daha elverişli bir kolluk kuvveti ya da silahlı kuvvetler aracından ya da tazminat-tan) fiilen yararlanmış bir yatırımcı bulunduğunun ispatı gerekmediği gibi¹⁹², A ülkesinde bir C devleti yatırımcısı bulunduğunun¹⁹³ dahi ispatı gerekmez¹⁹⁴. En çok gözetilen millet muamelesi hükmü soyut olarak uygulandığından, A-C YKTA'sında tam koruma ve güvenlik kaydının bulunması, tek başına bu kaydın ihlâli anlamına gelir¹⁹⁵, zira bu hukukî korumanın B devleti yatırımcısına sağlanmamış olması tek başına daha az elverişli muamele sayılır¹⁹⁶.

Bu soyut uygulama esas alınarak, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında olduğu gibi, tam koruma ve güvenlik hükmünün sağladığı hukukî korumadan faydalanmayan bir Türk yatırımcının, Ukrayna'da iç karışıklıklar sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için en çok gözetilen millet muamelesinden faydalanması düşünülebilir. Halbuki en çok gözetilen millet muamelesi hükmü, milletlerarası ticaret hukukunda ya da yatırım anlaşmalarındaki savaş hükümlerinde olduğu gibi yalnızca somut olarak uygulanıyor olsa idi, Türk yatırımcının tam koruma ve güvenlik hükmünden fiilen yararlanmış benzer koşullarda bulunan bir karşılaştırma yatırımı bulunduğunu ve bu korumadan kendisinin fiilen yararlandırılmadığını ispat etmesi gerekirdi.

¹⁹² Daha elverişli hukukî korumadan **yararlanma ihtimâlinin** ispatı **yeterli** kabul edilir.

¹⁹³ Daha elverişli hukukî korumadan yararlanma ihtimâli olan bir **yatırımın bulunmasının muhtemel olması yeterli** kabul edilir.

¹⁹⁴ Şayet en çok gözetilen millet muamelesinin sadece somut olarak daha elverişli bir muameleden üçüncü yatırımcıların faydalandırıldığı durumda uygulandığı kabul edilecek olsaydı, öncelikle B devleti yatırımcısı ile benzer koşullarda bir C devleti yatırımı bulunması gerekirdi. Bu C devleti yatırımcısının yatırımının, B devleti yatırımcısının yatırımına nazaran, daha elverişli bir kolluk kuvveti ya da silahlı kuvvetler araçları ile korunduğu veya uğradığı zararın daha elverişli bir araçla tazmin edildiğinin ispat edilmesi gerekirdi. Bu unsurların -ihtimâli değil- varlığı ispat edilmeksizin, en çok gözetilen millet muamelesi yükümlülüğünün ihlâl edildiği ispat edilemezdi.

¹⁹⁵ DOUGLAS, 2011, s. 104. En çok gözetilen millet muamelesi kaydının somut ve soyut uygulaması ayrımı için bknz. SALACUSE, 2010, s. 252.

¹⁹⁶ Bu örnekte, ev sahibi A devleti Ukrayna; YKTA'sında tam koruma ve güvenlik kaydı bulunmamakla birlikte en çok gözetilen millet muamelesi kaydı olan B devleti Türkiye, YKTA'sında tam koruma ve güvenlik kaydı bulunan bir YKTA'ya taraf C devleti ise, örneğin, Birleşik Krallık olarak düşünülebilir.

En çok gözetilen millet muamelesi hükümlerinin soyut uygulamasını doğru anlamak için hükmün milletlerarası yatırım hukukunda hangi ihtiyaca cevap verdiğinin doğru anlaşılması gerekir¹⁹⁷. Kural olarak bir devlet ile başka bir devlet arasındaki anlaşma bu anlaşmaya taraf olmayan “üçüncü” devletler ve dolayısıyla bu üçüncü devletlerin vatandaşları için hukukî bir sonuç doğurmaz¹⁹⁸. Ne var ki, özellikle üçüncü ülke tüccarının bu anlaşmalardan hiç etkilenmediği sonucuna varmak doğru olmaz, zira üçüncü ülke tüccarı, en azından aynı düzeyde elverişli muameleden yararlanmadığı müddetçe, bu anlaşmalardan, hukukî olarak değilse de ticarî olarak olumsuz etkilenir. Bu sebeple bir devlet, vatandaşı olan tüccarın menfaatlerini en iyi şekilde korumak istiyorsa, bu tüccarın ülkesinde faaliyette bulunduğu devletlerin üçüncü devletlerle olan anlaşmalarını da yakından takip etmek durumundadır¹⁹⁹. Üçüncü bir devletle daha elverişli koşullar sağlayan bir anlaşma yapıldığını tespit ettiğinde, kendi anlaşmasını en azından bu koşulları sağlayabilecek şekilde değiştirmeye gayret etmelidir. Ne var ki, ticarî ilişkide bulunulan tüm devletlerin milletlerarası ticarî anlaşma ve uygulamalarını daimî olarak takip ve tetkik etmek, üstelik daha elverişli muamele tespit edilen her hâlde, o devletle arasındaki anlaşmanın yenilenmesi çalışmalarına başlamak, önemli oranda emek ve zaman sarfına yol açar²⁰⁰. Bu sebeple devletler, milletlerarası anlaşmalara, en çok gözetilen millet muamelesi kaydını dercederek, bu daimi takip, tetkik ve sözleşmenin yenilenmesi yükünden kurtulmayı hedefler. En çok gözetilen millet muamelesi kaydının soyut uygulanması sayesinde, üçüncü bir devlet vatandaşı tacir için daha elverişli bir muamele yürürlüğe girdiği anda, bu kayıttan yararlanan devlet vatandaşı tacir bakımından da aynı elverişli muamele “otomatik” olarak koruma sağlamaya başlar²⁰¹.

197 Genel olarak milletlerarası iktisadî hukukta bağlı hükümlere ilk ihtiyaç, milletlerarası ticaret hukukunda gümrük tarifesi imtiyazlarına ilişkin olarak doğmuştur. Cole, s. 553, 554.

198 Bu husus hukukun genel prensiplerinden “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*” ilkesinin bir sonucudur. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 196.

199 SCHWARZENBERGER, 1945, s. 98; COLE, 2012, s. 556.

200 COLE, 2012, s. 554.

201 SCHWARZENBERGER, 1945, ss. 99-101. Schwarzenberger’in bu “otomatik hüküm ithâline” (*automatic incorporation by reference*) ilişkin teşbihinin amacını aşan biçimde anlaşıldığı yönündeki haklı eleştirisi için bkz. Douglas, *MFN*, s. 105-107. Biz de bu teşbihe atıf yaparken, daha elverişli üçüncü anlaşma hükmünün temel anlaşmayı statik bir hâle getirecek şekilde ithâl olduğunu ileri sürmüyoruz. Yalnızca yatırımcının sanki bu hüküm temel anlaşmaya ithâl olmuş gibi söz konusu daha elverişli hukukî korumanın ihlâlinden kaynaklanan zararının tazminini talep edebileceğini ifade ediyoruz.

Özetle en çok gözetilen millet muamelesinin, milletlerarası yatırım hukukundaki, asıl fonksiyonu²⁰², bir devletin başka bir devletin elde ettiği imtiyazları “kıskanmasının” önüne geçmektir²⁰³. Bu asıl fonksiyonun yanı sıra, hükmün “*anlaşmaları hazırlayanların beceriksizliğine ve dar muhayyilesine karşı bir teminat*” niteliğinde de olduğu Schwarzenberger tarafından ifade edilmiştir²⁰⁴. Böylece milletlerarası ticaretin (ve milletlerarası yatırımların) korunması için duyulan (ya da sonradan gelişen) ihtiyaçların karşılanmasında, milletlerarası anlaşmaları hazırlayanların eksik kaldığı yerde, en çok gözetilen millet muamelesinin işleyişine güvenilmektedir²⁰⁵.

Temel anlaşmadaki²⁰⁶ en çok gözetilen millet muamelesi kaydının doğru tatbiki için öncelikle ilgili kaydın içeriğinin doğru tespit edilmesi gerekir. Bunun için her en çok gözetilen millet muamelesi kaydının ayrıca yorumlanması gerekir²⁰⁷. Milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümlerin içeriği Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31 uyarınca tespit edilir²⁰⁸. En çok gözetilen millet muamelesi hükmü de bu kuraldan müstesna değildir²⁰⁹. Bir

202 Belirtmek gerekir ki, doktrinde kimi yazarlar bağlı hükümlerin asıl fonksiyonunun yatırım anlaşmasının eksiklerinin tamamlanması olduğunu göz ardı ederek, bu hükümlerin tek fonksiyonlarının tüm yatırımcıların eşit muamele görmesi olduğunu ileri sürerler. Bu yaklaşımı benimseyen yazarlar bağlı hükümleri sıklıkla ayrımcılık yasağı hükümleri olarak adlandırır. Bknz. NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 147, 148; SALACUSE, 2010, s. 245; McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.152; SCHILL, 2009, s. 74, 75. Ne var ki kanımızca bu yaklaşım millî muamele ve en çok gözetilen millet muamelesi hükümlerinin fonksiyonu ile ratio legisini ayırt etmekte eksik kalır. Bu hükümlerin ratio legisinin bir yatırımcının diğer bir yatırımcıya nazaran korumacı bir politikadan yararlanmasına mâni olmak ve bu yolla rekabeti artırmak olduğuna şüphe yoktur. Bununla birlikte bağlı hükümlerin bu ratio legise ulaşmak için öngördüğü fonksiyonun yatırım anlaşmasının hukukî koruma konusundaki “eksiklerinin” tamamlanması olduğuna dikkat edilmelidir.

203 Bir devletin başka bir devleti “kıskanmasına” ilişkin teşbih Schwarzenberger’den ödünç alınmıştır. Bknz. SCHWARZENBERGER, 1945, s. 99.

204 SCHWARZENBERGER, 1945, s. 99.

205 SCHWARZENBERGER, 1945, s. 99.

206 Çalışmada “temel anlaşma” ifadesiyle, en çok gözetilen millet muamelesi kaydını içeren anlaşma kastedilmektedir. OECD, MFN, s. 9.

207 NEWCOMBE/PARADELL, 2009, ss. 216, 217; SALACUSE, 2010, s. 251.

208 COLE, 2012, s. 573; DOLZER/SCHREUER, 2012, s. 31, 32; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 217. Viyana Sözleşmesi m. 31’in ihtiyatla ve yatırım anlaşmalarının birbiri ile uyumlu şekilde anlaşılmasına imkân tanıyacak şekilde uygulanması gerektiği görüşü için bknz. DOUGLAS, 2011, 108 vd.

209 En çok gözetilen millet muamelesi kayıtlarının, milletlerarası anlaşmalara ilişkin genel yorum kuralına tâbi olduğuna ilişkin görüş ve bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bknz. PAPANIKIS, 2011, ss. 20 vd.

yatırım anlaşmasında yer almayan koruma standardından, örneğin tam koruma ve güvenlik standardından, o anlaşmadaki en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla yararlanılıp yararlanılmayacağı, ancak (ve öncelikle) temel anlaşmadaki en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün yorumlanması ile mümkün olur. Gerçekten de neredeyse tüm yatırım anlaşmalarında en çok gözetilen millet muamelesi niteliğinde bir hüküm bulunur. Bununla birlikte her YKTA'daki en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün aynı içerikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı anlaşma taraflarınca, ayrı ifadeler kullanılarak hazırlanan en çok gözetile millet muamelesi hükümlerinin aynı içeriğe sahip olduğunu söylemek doğru olmaz²¹⁰.

Hükümün yorumlanmasında uygulanan Viyana Sözleşmesi'nin Genel Yorum Kuralı²¹¹, yorumlanan milletlerarası anlaşmaların taraflarının karşılıklı ve ortak iradesinin tespitini amaçlar²¹². Her ne kadar yatırım tahkimi uygulama-

²¹⁰ COLE, 2012, s. 557; SCHWARZENBERGER, 1945, s. 103. Schwarzenberger, her bir anlaşmada yer alan en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün içeriğinin belirlenebilmesi için ayrıca incelenmesi gerektiğini bildirmekle birlikte, tüm bu hükümlerin genel geçer bazı ortak noktaları bulunduğunu da hatırlatmaktadır. Yazarın bu görüşü şu meşhur ifade ile bilinir; “Belirli ve tek (*the*) bir en çok gözetilen millet muamelesi **hükmü** diye bir şey yoktur, mamafih belirli ve tek bir en çok gözetilen millet muamelesi **standardı** olduğunu vurgulamak bir o kadar önemlidir.” Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “Though there is no such thing as *the* m.f.n **clause**, it is equally necessary to emphasize that there is such a thing as *the* m.f.n. **standard.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir. İtalik yazı tipi orijinal metinde mevcuttur.] Bknz. SCHWARZENBERGER, 1945, s. 104. Aynı yönde bknz. DOUGLAS, 2011, ss. 99, 100.

²¹¹ Viyana Sözleşmesi m. 31 şu şekilde düzenlenmiştir; “1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar:

a. andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma;

b. andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge.

3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:

a. Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,

b. Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması,

c. Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tabiki kabil herhangi bir kuralı.

4. Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir.”

²¹² Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin en tartışmalı maddeleri yorum kurallarını içeren 31 ve 32. maddeleridir. Tartışmalar yorum kuralının anlaşma metnine mi yoksa taraf iradele-

sında, Viyana Sözleşmesi m. 31’de yer alan yorum kuralının “konu ve amaç” unsuruna özel önem atfedilerek²¹³, yorum faaliyetindeki taraf iradelerinin tespiti hedefi zaman zaman göz ardı edilmişse de, bazı yazarlarca ve tahkim kararlarında bu tehlikenin varlığına dikkat çekilmiştir²¹⁴. Gerçekten de, yatırım tahkimi uygulamasında, YKTA’ların “konu ve amacının” yatırımcıyı korumak olduğu görüşünden yola çıkılarak, birçok kararda ilgili anlaşmada yer alan maddeler mümkün mertebe “yatırımcı lehine” yorumlanmıştır²¹⁵. Ne var ki nispeten yeni tarihli kararlarda, “yatırımcı lehine” yorumun, yorum faaliyetinin asıl amacı olan tarafların karşılıklı ve ortak iradelerinin tespitine mâni olabileceği hatırlatılmış, bu yolla yorum faaliyetinin asıl amacının tarafların ortak iradesinin tespiti olduğu vurgulanmıştır²¹⁶. Yatırım anlaşmaları yorumlanırken yalnızca Viyana Sözleşmesi’nin 31’inci maddesinde yer alan genel yorum kuralına başvurulmaz. Bu yolla tespit edilen anlaşma içeriği, Sözleşme’nin 32. maddesi gereği teyit edilir²¹⁷. Velhâsıl, genel yorum kuralı gereği tespit edilen içeriğin, 32. madde uyarınca, “muğlak ve anlaşılmaz” veya “açık bir şekilde saçma ve makul olmayan bir” yoruma sebebiyet vermediği teyit edilmelidir. Sözleşmenin 32. maddesi gereği yorum faaliyetinde takip edilmesi gereken bu son yöntem, özellikle en çok gözetilen millet muamelesi kayıtlarının uygulanmasıyla varılan sonuçlar bakımından önem arz etmektedir.

rine mi ağırlık vermesi gerektiği üzerinde yoğunlaşmıştır. Bknz. GARDINER, 2008, s. 302. Nihai metinde, sözleşme metni ile birlikte taraf iradelerinin tespitine de yönelen bir ifade tercih edilmiştir. Şöyle ki; yorum kuralında, anlaşma metninde yer alan ifadelerin “alelade manasına” özel vurgu yapılması yorum faaliyetinin objektifleştirilmesi çabasının bir ürünüdür. Bknz. COLE, 2012, s. 573, McLACHLAN, 2005, s. 291. Bu objektifleştirme vasıtasıyla anlaşmanın taraflarından birinin iradesine üstünlük tanınmamış olur. Ne var ki anlaşma metnine verilen bu önem, yorum faaliyetinin asıl amacının tarafların “karşılıklı ve ortak” iradelerinin meydana getirilmesi olduğu gerçeğini değiştirmez. COLE, 2012, ss. 574, 575; McLACHLAN, 2005, ss. 310, 311.

213 MTD v. Şili, para. 104; Ronald S. Lauder v. Çek Cumhuriyeti, Esas, 3 Eylül 2001, UNCITRAL, par. 292; Continental Casualty Company v. Arjantin, Yetki, 22 Şubat 2006, ICSID Vakıa no. ARB/03/9, par. 80; Azurix Corp v. Arjantin, Esas, 14 Temmuz 2006, ICSID Vakıa No. ARB/01/12, par. 360.

214 En çok gözetilen millet muamelesi hükmünün yorumlanmasında tarafların ortak iradesinin tespitinin esas alınması gerektiğine ilişkin bknz. Telenor Mobile Telecommunications A.S. v. Macaristan, Esas, 13 Eylül 2006, ICSID Vakıa No. ARB/04/15, par. 95.

215 Yatırım tahkimi uygulamasındaki bu temayül ve eleştirisi için bknz. DOUGLAS, 2009, par. 145 vd.

216 Bknz. Plama v. Bulgaristan, par. 193.

217 COLE, 2012 s. 574.

Bir YKTA'da yer alan en çok gözetilen millet muamelesi kaydının, ilgili temel sözleşmede yer bulmayan tam koruma ve güvenlik hükmünü, başkaca bir yatırım anlaşmasından çekip temel sözleşme korumasına dahil edip edemeyeceğinin tespit edilebilmesi için, yalnızca en çok gözetilen millet muamelesi kaydının değil, tamamlanmak istenen anlaşma boşluğunun (*lacuna*) da yorumlanması gerekir. Zira bir sözleşmenin hukuk camiasında doğurduğu sonuçlar yalnızca sözleşme metninde yer alan hükümlerden değil, metinde yer almasından “imtina edilen” hükümlerden de kaynaklanır. Nitekim Türkiye-Ukrayna YKTA'sında yer almayan tam koruma ve güvenlik korumasının, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü aracılığıyla anlaşmaya ithâl edilmesiyle, yalnızca en çok gözetilen millet muamelesi hükmü uygulanmış olmayacak, aynı zamanda ilgili anlaşma boşluğu da doldurulmuş olacaktır. Bu boşluğun da Viyana Sözleşmesi m. 31 gereği tarafların ortak iradesine uygun doldurulması esastır.

Bir yatırım anlaşmasında, tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunmaması taraf iradeleri bakımından iki türlü boşluğa işaret edebilir; bilinçsiz boşluk ve bilinçli boşluk. En çok gözetilen millet muamelesi bilinçsiz boşluğun tamamlanması yoluyla, daha az elverişli muamelenin müeyyideye bağlanmasını sağlar. O hâlde, tam koruma ve güvenlik hükmünün Türkiye-Ukrayna YKTA'sında bulunmamasının bilinçli bir boşluk olup olmadığının tespiti, ilgili korumanın başkaca bir YKTA'dan ithâl edilip edilemeyeceğinin tespitinde, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31 ve 32'ye en uygun ilk adımı teşkil eder. Şöyle ki; anlaşma tarafları, tam koruma ve güvenlik hükmünün dahilini müzakere ederek, hükmü bir pazarlık sonucu anlaşma dışında tutmuşlarsa, yani ilgili boşluk bilinçli bir boşluksa, bu hükmün korumasının en çok gözetilen millet muamelesi yoluyla yatırımcıya sağlanması, ilgili bilinçli boşluğun ve en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün taraf iradelerini yok sayan şekilde yorumlanması anlamına gelir²¹⁸. Zira anlaşma taraflarının, bir yandan bilinçli olarak tam koruma ve güvenlik düzenlemesini anlaşma dışında bırakmayı niyet ettikleri kabul edilirken; diğer taraftan bu hükmün gerektirdiği korumanın en çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla anlaşmaya dahil edilmesini niyet ettiklerini düşünmek “açık bir şekilde makul olmayan” bir sonucun doğmasına sebebiyet verir²¹⁹.

218 McLACHLAN ve diğ., 2007, par. 7.162.

219 Benzer yönde, anlaşmada fiilen bulunmakla birlikte, özel olarak pazarlığa tabi tutulmuş hükümlerin, en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla daha elverişlileri ile değiştirilmesinin, taraf iradelerine uygun bir sonuç doğurmayaacağı görüşü için bkz. COLE, 2012, ss. 579, 580.

Tarafların anlaşma görüşmeleri esnasında açıkça hüküm üzerinde tartışıklarının ve hükmün anlaşmada yer almasından imtina etmeye karar verdiklerinin görüşme tutanaklarından tespit edilemediği durumda dahi, yatırım anlaşmasını hazırlayan taraf devletlerin, diğer devletlerle aralarındaki yatırım anlaşmalarında sıklıkla bulunan bir hükme (örneğin tam koruma ve güvenlik hükmüne) belirli bir anlaşmada ve bu anlaşmayı takip eden diğer anlaşmalarda yer vermemeleri, tarafların bu hükmün ilgili anlaşmada bulunmasını özellikle istemedikleri yönünde önemli bir gösterge olarak kabul edilebilir. Bu durumda, ilgili korumanın en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla sağlanması mümkün olmaz. Zira tarafların anlaşma dışı bıraktıkları bir hükmün korumasını, aynı anlaşmaya dercedilen en çok gözetilen millet muamelesi kaydı ile ithâl etmeyi murat ettikleri “açık bir şekilde makul olmayan” bir yorumdur. Ciddiyetle yapılan müzakere faaliyetlerinin sonucu meydana gelen bir yatırım anlaşmasının yürürlüğe girdiği anda tamamlanmasının taraflarca arzu edildiği düşünülemez²²⁰.

Bu sebeple yukarıda açıkladığımız her iki durumda da, boşluğun anlaşma taraflarınca bilinçli olarak bırakılmış olduğu kabul edilerek, yatırım anlaşmasında eksik bulunan hukukî korumanın en çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla tamamlanmasının taraf iradelerine uygun olmadığı tespit edilmelidir. Bu tespit, Viyana Sözleşmesi m. 32 uyarınca, anlaşmanın metnine dayalı yorumuyla varılan sonucun “açık bir şekilde makul olmayan bir sonuca” sebebiyet vermediğinin teyit edilmesi yoluyla yapılacaktır²²¹.

Yukarıda tarif ettiğimiz hâllerden başka, bir hükmün yatırım anlaşmasında bulunmamasının sebebi, anlaşmayı hazırlayanların dikkatsizliği, unutkanlığı ya da ilgili durumu öngörememiş olmaları da olabilir. Yaptığımız ayrıma göre, bu durumda, anlaşmada ilgili hükme ilişkin bilinçsiz bir boşluk bulunur. Anlaşmadaki bilinçsiz boşluğa rağmen, (varsa) anlaşmada bulunan en çok gözetilen millet muamelesi kaydıyla eksik olan korumanın yatırıma ya da yatırımcıya sağlanması mümkün olur. En çok gözetilen millet muamelesinin bu şekilde uygulanması, yalnızca temel anlaşmadaki boşluğun değil, en çok gözetilen millet muamelesi kaydının da VAHS m. 31, 32 anlamında doğru yorumlanması demektir. Nitekim Schwarzenberger’in tespit ettiği, en çok gö-

²²⁰ Benzer yönde, başka ve daha erken bir anlaşmada olan bir hükmün, en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla, boşluk bulunan anlaşmaya dahil edilmesinin, tutarsız bir sonuç olduğu ve taraf iradelerini yansıtmayacağı yönünde bkz. COLE, 2012, ss. 575, 576.

²²¹ COLE, 2012, s. 574.

zetilen millet muamelelerinin “*anlaşmaları hazırlayanların beceriksizliğine ve dar muhayyilesine karşı bir teminat*” işlevini bu yolla ifa edilmiş olur²²².

Temel anlaşmada yer alan bu tür bilinçsiz boşlukların doldurulmasının ancak anlaşmadaki en çok gözetilen millet muamelesinin doğru yorumlanması yolu ile olduğu MTD v. Şili kararındaki yorum tekniğinden de anlaşılabilir. Karara konu olayda, Malezyalı yatırımcıyı hukuken koruyan temel YKTA’da en çok gözetilen millet muamelesi kaydı bulunur. Bununla birlikte, Hırvatistan-Şili YKTA’sı ile Danimarka-Şili YKTA’sında yer alan, yabancı yatırımın bir kere ülkeye kabulünden sonra iç hukuk çerçevesinde gerekli izinlerin verileceğini temin eden hüküm, Malezya-Şili YKTA’sında bulunmaz. Yatırımcı MTD, bahsi geçen diğer YKTA’larda yer alan izinlere ilişkin hükmün, en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla Malezya-Şili YKTA’sına otomatik olarak ithâl olmuş sayılacağını iddia etmiştir²²³. Hakem heyeti, izinlere ilişkin hükmün temel anlaşmaya ithâli talebini değerlendirirken, en çok gözetilen millet muamelesi kaydını tahlil etmiş ve kaydın kimi istisnalar tanıdığını; izinlere ilişkin düzenlemelerin bu istisnalar arasında bulunmadığını tespit etmiştir²²⁴. Hakem heyetinin yaptığı yoruma ve muhakemeye göre, anlaşmanın tarafları, izinlere ilişkin daha elverişli hükümleri en çok gözetilen millet muamelesinden müstesna tutmak isteselerdi, bunu da pekâlâ bir istisna kaydı ile hükmün uygulama alanının dışarında tutarlardı²²⁵.

Kanımızca MTD v. Şili kararında takip edilen yöntem, somut ihtilâfta uygulanan anlaşma normunun yorumlanması esasına dayanması bakımından, prensip olarak, yerindedir. Ne var ki bu kararda takip edilen mantık silsilesi-

222 SCHWARZENBERGER, 1945, s. 99.

223 MTD v. Şili, par. 197, 198.

224 Türkiye’nin de taraf olduğu kimi en çok gözetilen millet muamelesi kayıtları, uygulama alanları bakımından sınırlıdır. Örneğin; Türkiye-Avusturya YKTA’sında yer alan en çok gözetilen millet muamelesi bazı hâlleri en çok gözetilen millet muamelesi korumasından muaf tutmuştur. Bknz. Türkiye-Avusturya YKTA’sı m. 3; “Bu Anlaşmanın, herhangi bir üçüncü Devletin yatırımcılarına gösterilenden daha az elverişli olmayan bir muamele yapılmasına ilişkin hükümleri, bir Akit Tarafı, aşağıdakilerden kaynaklanan herhangi bir muamele, tercih ya da ayrıcalığı diğer Akit Tarafın yatırımcılarına sağlamaya mecbur eder tarzda yorumlanmayacaktır: a) Herhangi bir gümrük birliği, ortak pazar, serbest ticaret bölgesi ya da bir ekonomik topluluğa üyelik; b) Vergilendirmeye ilişkin mütekabiliyet temelindeki herhangi bir uluslararası anlaşma ya da ikili düzenleme; c) Sınır trafiğini kolaylaştıran herhangi bir yönetmelik.” RG.10.02.1991- 20782.

225 MTD v. Şili, par. 104.

nin gereğinden öteye götürülmesi tehlikesi de hatırdta tutulmalıdır. Şöyle ki, MTD v. Şili kararından yola çıkılarak, uygulama alanı istisnalarla sınırlandırılan en çok gözetilen millet muamelesi kayıtlarında, bu istisnalar dışındaki tüm alanlarda daha elverişli yabancı kayıtların mutlaka anlaşmaya ithâl edilmesinin murat edildiğini söylemek²²⁶, bu mantık silsilesinin gereğinden öteye götürülmesi anlamına gelir²²⁷. Anlaşma taraflarının bu kayıttan istisna tutmak istedikleri alanlarda da –Schwarzernberger’in ifadesiyle- özensizlik, dikkatsizlik yapmış olmaları pekâlâ mümkündür. Hükmün istisnalarında açıkça yer almamakla birlikte, bir hukukî korumanın en çok gözetilen millet muamelesinin uygulama alanından muaf tutulması taraflarca murat edilmiş olabilir. Bu sebeple MTD v. Şili kararındaki mantık silsilesinin, mutlaka anlaşmanın hazırlık çalışması tutanakları ile ve tarafların diğer devletlerle aralarındaki YKTA uygulamaları ile teyit edilmesi gerekir.

En çok gözetilen millet muamelesi kaydı ile tamamlanmaya çalışılan bir hukukî korumanın temel anlaşmadaki bir bilinçli boşluktan mı yoksa bilinçsiz boşluktan mı kaynaklandığının tetkikinde, anlaşmanın hazırlık çalışmalarından kesin bir sonuca varılamıyorsa, tarafların YKTA uygulamalarının incelenmesi gerektiğini tespit ettik. Örneğin temel anlaşmadan evvel kullanılagelen bir hükme sadece temel anlaşmada yer verilmediyse ve sonraki YKTA’larda bu hükme yer vermeye devam edildiyse, boşluğun yalnızca bir dikkatsizlikten kaynaklandığı sonucuna varmamız mümkün olabilir. Diğer bir ifadeyle, bu durumda boşluğun bilinçsiz bir boşluk olduğu sonucuna varılır. Boşluğun bilinçsiz olduğunun tespiti üzerine, ilgili hukukî korumanın yatırımcıya (ya da yatırıma) en çok gözetilen millet muamelesi yoluyla sağlanması, tutarsız ya da açıkça makul olmayan bir sonucun doğmasına sebebiyet vermez²²⁸. Örneğin MTD v. Şili kararında Şili’nin taraf olduğu diğer (özellikle sonraki) YKTA’lar incelenerek, ithâl edilmek istenen hukukî korumanın diğer YKTA’larda da bulunup bulunmadığının teyit edilmesi gerekirdi²²⁹. Örneğin,

226 Nitekim, istisnalarda yer almayan muamele alanlarının en çok gözetilen millet muamelesinin uygulama alanına dahil olduğu sonucuna, ilgili hükmün ifade biçiminin yorumlanması sonrasında, ulaşılabacağı yönünde bknz. OECD, MFN, s. 5.

227 Anlaşma ifadesinin mefhumu muhalifine dayanan bu yorum yönteminin büyük bir dikkatle uygulanması gerektiği, aksi takdirde bu yöntemin taraf iradelerinin tespitinden ziyade, “niyet okuması” sonucunu doğuracağı yönünde bknz. PPARINSKIS, 2011, s. 35.

228 Benzer yönde bknz. COLE, 2012, ss. 581, 582.

229 Nitekim, Maffezini v. İspanya kararında davada iddia edilen daha elverişli muameleminin, temel anlaşmadaki en çok gözetilen millet muamelesi kaydının uygulama alanına dahil olup olma-

Hırvatistan ile Danimarka YKTA'larında yer alan kaydın bu anlaşmalara özel bir pazarlığın sonucu dahil edilip, diğer YTKA'ların bu kayıttan hususiyetle mahrum kılındığı tespit edilebilirse temel anlaşmadaki boşluğun bilinçli olduğu sonucuna varılıp, en çok gözetilen millet muamelesi kaydı ile doldurulmasından geri durulması icap eder.

Görüldüğü üzere, başka YKTA'larda yer alan daha elverişli hükümlerin en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla somut vakiya uygulanan YKTA'ya dahil teorik olarak mümkün ise de, bunun sağlanabilmesi için gerek boşluğun bilinçli mi bilinçsiz mi olduğunun, gerekse boşluğu dolduracak hükmün uygulama alanının yorum yolu ile tespit edilmesini gerektirir²³⁰.

2. Türkiye-Ukrayna YKTA'sında Bulunan En Çok Gözetilen Millet Muamelesi Kaydının Tahlihi

Temel YKTA'da eksik olan bir hukukî korumanın hangi koşullarda tam koruma ve güvenlik kaydı vasıtasıyla YKTA lehtarına sağlanabildiği yukarıda açıklandığına göre, Türkiye-Ukrayna YKTA'sı bakımından anlaşmada tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunmamasının, bu açıklamalar ışığında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre öncelikle, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında tam koruma ve güvenlik kaydının bulunmamasının bilinçli bir boşluk teşkil edip etmediği araştırılmalı, ardından Türkiye-Ukrayna YKTA'sında yer alan en çok gözetilen millet muamelesi kaydının uygulama alanının tam koruma ve güvenlik korumasını kapsayıp kapsamadığı tespit edilmelidir.

Türkiye-Ukrayna YKTA'sında tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunmamasının anlaşmadaki bilinçli bir boşluktan mı yoksa bilinçsiz bir boşluktan mı kaynaklandığını tespit etmek için, hazırlık çalışmalarına ulaşmak mümkün olmadığından, tarafların diğer devletlerle aralarındaki YKTA uygulamasının incelenmesi gerekir. Türkiye'nin taraf olduğu diğer YKTA'ların bir kısmında tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmaz. Örneğin Türkiye-A-

dığı, taraf devletlerin sonraki YKTA uygulaması ile teyit edilmiştir. Bknz. Emilio Agustín Maffezini v. İspanya, Yetki, 25 Ocak 2000, ICSID Vakıa No. ARB/97/7, par. 57-61. Benzer şekilde, Salini v. Ürdün kararında da en çok gözetilen millet muamelesi kaydının uygulama alanı tespit edilirken taraf devletlerin YKTA uygulamaları dikkate alınmıştır. Bknz. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Ürdün, Yetki, 15 Kasım 2004, ICSID Vakıa No. ARB/02/13, par. 118.

²³⁰ ILC's Draft Articles on MFN, m. 9; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, ss. 204 vd.; SALACUSE, 2010, ss. 253, 254.

vusturya YKTA'sında, Türkiye-Arnavutluk YKTA'sında²³¹, Türkiye-Bangladeş YKTA'sında²³² Türkiye-Azerbaycan YKTA'sında²³³, Türkiye-Bulgaristan YKTA'sında²³⁴, Türkiye-Endonezya YKTA'sında²³⁵, Türkiye-Hindistan YKTA'sında²³⁶; Türkiye-Kazakistan YKTA'sında²³⁷, Türkiye-Kırgızistan YKTA'sında²³⁸, Türkiye-Özbekistan YKTA'sında²³⁹, Türkiye-Pakistan YKTA'sında²⁴⁰ tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmaz²⁴¹. Bu anlaşmaların Türkiye'nin ağırlıklı olarak 1990'lı yıllarda taraf olduğu YKTA'lar olduğuna dikkat edilmelidir. Ancak bunun istisnaları da vardır. Örneğin 1990 tarihinde imza edilen Türkiye-Danimarka YKTA'sı²⁴² m. 3'te; 1991 tarihinde imza edilen Türkiye-Güney Kore YKTA'sı²⁴³ m. 3'te; 1991 yılında imza edilen Türkiye-İngiltere YKTA'sı²⁴⁴ m. 2'de, 1996 tarihinde imza edilen Türkiye-İsrail YKTA'sı²⁴⁵ m. 2'de; Türkiye-Rusya YKTA'sı²⁴⁶ m. 2'de tam koruma ve güvenlik hükmü bulunur. Türkiye'nin 2000'li yıllarda taraf olduğu YKTA'ların büyük çoğunluğunda²⁴⁷ ise tam koruma ve güvenlik hükmüne yer verildiği

231 RG. 27.06.1996 – 22679.

232 RG. 13.09.1989 – 20281.

233 RG. 26.05.1997 – 23000.

234 RG. 04.05.1997 – 22979.

235 RG. 10.05.1998 – 23338.

236 RG. 17.09.2003 – 25232. Anlaşmanın imza tarihi 17.09.1998'dir.

237 RG. 11.02.1995 – 22199.

238 RG. 12.02.1995 – 22200.

239 RG. 12.02.1995 – 22200.

240 RG. 12.02.1997 – 22903.

241 Belirtmek gerekir ki bu sayılan anlaşmaların bir kısmında klasik savaş hükmü bulunur, ne var ki bu hüküm tam koruma ve güvenlik hükmünün sağladığı, bağlı olmayan (mutlak) hukukî korumayı sağlamaz. Diğer bir kısmında ise tam koruma ve güvenlik hükmünün yokluğunda faydalanılabilecek adil ve hakkaniyetli muamele hükmü bulunurken, bir kısmında adil ve hakkaniyetli muamele hükmü ya hiç bulunmaz (veya dibacede bağlayıcı bir hüküm olmayacak şekilde bulunur) ya da savaş ve iç karışıklık hâllerindeki fizikî korumayı kapsamayacak şekilde yalnızca vergi düzenlemelerine özel adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü bulunur.

242 RG. 27.05.1992 – 21240.

243 RG. 02.05.1994 – 21922.

244 RG. 09.05.1996 – 22631.

245 RG. 02.09.1998 – 23451 Mükerrer.

246 RG. 16.05.2000 – 24051. Anlaşmanın imza tarihi 15.12.1997'dir.

247 İstisnaen 2000'li yıllarda imza edilen bazı anlaşmalarda da tam koruma ve güvenlik hükmünün olmadığı görülebilir. Örneğin Türkiye-Katar YKTA'sı (bknz. RG. 02.08.2007 – 26601. Anlaşma 25.12.2001 tarihinde imza edilmiştir.); Türkiye-Malta YKTA'sı (bknz. RG. 08.07.2004 – 25516)

görülmür²⁴⁸. Özetle, Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarından 2000'li yıllar ve sonrasında imza edilenlerin kural olarak tam koruma ve güvenlik hükmünü içerdiği; Türkiye-Ukrayna YKTA'sının da içinde bulunduğu 90'lı yıllarda imza edilenler anlaşmaların ağırlıklı kısmında hüküm bulunmadığı, bir kısmında ise bulunduğu tespit edilebilir. O hâlde Türkiye-Ukrayna YKTA'sının müzakere edildiği 90'lı yıllarda, Türkiye'nin yatırım anlaşmalarında tam koruma ve güvenlik hükmünü YKTA'ların dışında bırakmak temayülünün bulunduğu görülmekle birlikte, bunun istisnaları olduğuna da dikkat edilmelidir. Bu sebeple Türkiye'nin Türkiye-Ukrayna YKTA'sında tam koruma ve güvenlik hükmüne yer vermemekle, bu hükmü mutlaka anlaşma dışında bırakmayı murat ettiği sonucuna varılamaz. O hâlde Türk YKTA tatbikatı bakımından hükmün anlaşma dışında bırakılmasının, bilinçli bir boşluğa teka-bül etmediği ve en çok gözetilen millet muamelesinin uygulanmasına müsait olduğu söylenebilir.

Ukrayna'nın Türkiye dışında taraf olduğu YKTA tatbikatına bakıldığında, anlaşmaların büyük çoğunluğunun tam koruma ve güvenlik korumasını içerdiği tespit edilir²⁴⁹. Türkiye-Ukrayna YKTA'sından başka, beş anlaşmada (Ukrayna-Arjantin YKTA'sı²⁵⁰, Ukrayna-Hindistan YKTA'sı²⁵¹, Ukrayna-İsviçre YKTA'sı²⁵²; Ukrayna-Makedonya YKTA'sı²⁵³ ve Ukrayna-Rusya YKTA'sında) tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmaz²⁵⁴. Üstelik tam koruma ve güvenlik hükmü içermeyen bu anlaşmaların bir kısmı Ukrayna-Türkiye

248 2000'li yıllarda imzalanan YKTA'ların çoğunda tam koruma ve güvenlik hükmü bulunur, örneğin; Türkiye-Afganistan YKTA'sında (bknz. RG. 01.04.2005 – 25773); Türkiye-Avustralya YKTA'sında (bknz. RG. 19.06.2009 – 27263); Türkiye – Birleşik Arap Emirlikleri YKTA'sında (bknz. 15.06.2011 – 27965); Türkiye – Etiyopya YKTA'sında (bknz. RG. 08.03.2005 – 25749); Türkiye – Fas YKTA'sında (bknz. RG. 04.05.2004 – 25452); Türkiye – Fransa YKTA'sında (bknz. RG. 26.06.2009 – 27270); Türkiye – Portekiz YKTA'sında (bknz. RG. 19.12.2003 – 25321); Türkiye-Suriye YKTA'sında (bknz. RG. 28.12.2005 – 26037); Türkiye – Tayland YKTA'sında (03.07.2010 – 27630).

249 İtiraf etmek gerekir ki, Ukrayna'nın taraf olduğu YKTA'lara ilişkin yaptığımız bu inceleme, yalnızca UNCTAD'ın sağladığı İngilizcesi, Fransızcası, Almancası ya da İspanyolcası yayımlanmış 33 YKTA üzerinden yapılabilmektedir. Bknz. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/219#iiaInnerMenu> (Erişim: 20.06.2016).

250 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/125> (Erişim: 20.06.2016).

251 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1612> (Erişim: 20.06.2016).

252 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2324> (Erişim: 20.06.2016).

253 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1951> (Erişim: 20.06.2016).

254 Belirtmek gerekir ki tam koruma ve güvenlik teminatından mahrum bu anlaşmalardan Ukrayna-Rusya YKTA'sı hariç diğerleri -hiç değilse- adil ve hakkaniyetli muamele teminatını içerir.

YKTA'sından önceki diğer bir kısmı ise sonraki tarihlidir. Bu bakımdan Ukrayna'nın YKTA tatbikatında tam koruma ve güvenlik hükmüne ilişkin tutumunun, Türkiye'nin tatbikatına nazaran daha tutarlı olduğu ve Ukrayna bakımından da tam koruma ve güvenlik hükmü eksikliğinin bilinçli bir boşluğa tekabül etmediği söylenebilir.

Türkiye-Ukrayna YKTA'sının taraflarının anlaşma tatbikatına ilişkin bu incelemelerden yola çıkılarak, tarafların YKTA'larında -kural olarak- tam koruma ve güvenlik kaydına yer verdikleri teşhis edilebilir. Tarafların tatbikatına ilişkin ortak inceleme sonucu tam koruma ve güvenlik kaydından –istisnaen- mahrum bulunan YKTA'ların ise belirli –hususiyetle Türkiye-Ukrayna YKTA'sının müzakere edildiği- döneme mahsus olmadığı anlaşılıyor. Bu tespitler karşısında, Türkiye-Ukrayna YKTA'sı taraflarının, anlaşmanın lehtarı olan yatırımcıları tam koruma ve güvenlik hükmünün korumasından mahrum bırakmayı hususiyetle murat ettikleri söylenemez. Diğer bir ifadeyle, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunmaması bilinçli bir boşluk hâli değildir, bu yönüyle en çok gözetilen millet muamelesinin uygulanmasını müsaittir.

Bir kere tam koruma ve güvenlik hükmünün Ukrayna-Türkiye YKTA'sında bulunmamasının bilinçli bir boşluk olmadığı tespit edildikten sonra, bu boşluğa rağmen yatırımcının tam koruma ve güvenlik korumasından yararlanmasını sağlayabilecek en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün uygulama alanının tespiti gerekir²⁵⁵. Ukrayna-Türkiye YKTA'sında yer alan en çok gözetilen millet muamelesi şu ifadeyi içerir;

“Taraflardan her biri kurulmuş olan bu yatırımlara benzer durumlarda kendi yatırımcılarının yatırımları veya herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, o muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır.

[...]

İşbu maddenin hükümleri, Taraflardan herhangi birinin Taraf olduğu aşğıdaki anlaşmalar bakımından geçerli olmayacaktır:

(a) mevcut veya gelecekteki herhangi bir gümrük birliği, serbest bölge, bölgesel ekonomik teşkilat veya benzer uluslararası anlaşmalar,

²⁵⁵ Türkiye'nin taraf olduğu YKTA'larda yer alan en çok gözetilen millet muamelesi kayıtlarının karşılaştırmalı incelemesi ve metinlerinin çoğunlukla aynı olduğu yönünde bkz. AYDOĞMUŞ, 2009, ss. 26 vd.

(b) tamamen veya esas olarak vergilendirmeye ilişkin olanlar.”

Türkiye-Ukrayna YKTA’ında yer alan en çok gözetilen millet muamelesinin asıl uygulama alanının gösterildiği yatırımlara “uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise” ifadesi hüküm bakımından en geniş uygulama alanını gösterir. En çok gözetilen millet muamelesinden muaf tutulan hususların gösterildiği fıkarda ise yalnızca “gümrük birliği [...] ve benzer uluslararası anlaşmalar ile vergilendirmeye ilişkin” muamelelerin yer alması, tam koruma ve güvenlik hükmünün en çok gözetilen millet muamelesinin uygulama alanından açıkça muaf tutulmadığını gösterir²⁵⁶. Zira tam koruma ve güvenlik hükmü –yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere- “fizikî koruma muamelelerini” düzenler ve bu muameleler en çok gözetilen millet muamelesinin sayılı istisnaları arasında yer almaz. O hâlde en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla, Türkiye-Ukrayna YKTA’sı lehtarlarının diğer tarafların diğer YKTA’larında yer alan tam koruma ve güvenlik hükmünün korumasını talep etmeleri mümkündür.

Özetle, Ukrayna’da yatırımı üçüncü kişilerin şiddet içerikli fiilleri sebebiyle zarar gören Türk yatırımcının devlet tarafından sağlanan fizikî korumanın yetersizliğine bağlı olarak uğradığı zararı tazmin ettirmesi, uygulanan YKTA’da tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunmaması sebebiyle mümkün değilmiş gibi gözüküyorsa da, anlaşmada yer alan en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla bu talep ileri sürülebilir.

Milletlerarası yatırım tahkimi tatbikatında Türkiye’nin taraf olduğu ve tam koruma ve güvenlik hükmü gibi diğer bir bağlı olmayan hükmü –adil ve hakkaniyetli muamele hükmünü- içermeyen iki YKTA’ya ilişkin iki ayrı davada, anlaşma lehtarlarının bu korumadan yararlanılıp yararlanılmayacağı değerlendirilmiştir. Bunlar Rumeli Telekom v. Kazakistan ve Bayındır v. Pakistan davalarıdır.

Bu davalardan Rumeli Telekom v. Kazakistan’da, korumanın usûlî sebeplerle en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla sağlanmasına gerek kalmamıştır²⁵⁷. Bayındır v. Pakistan davasında ise –yukarıda tam koruma ve

²⁵⁶ Bazı muamelelerin en çok gözetilen millet muamelesinin istisnalarında yer almamasının mefhumu muhalifinin, bu muameleleri hükmün kapsamına dahil etmek olduğu yönünde bkz. MTD v. Şili, par. 104.

²⁵⁷ Rumeli Telekom v. Kazakistan, par. 575. Milletlerarası yatırım uyumsuzluklarında bağlı olmayan korumalarından birinin yatırım anlaşmasındaki eksikliğin yatırımcının hukukî koruması bakımından yaratabileceği eksikliğe dikkat çekmesi bakımından, karar bu çalışmada kısaca

güvenlik kaydı özelinde vardığımız sonuç ile uyumlu olacak şekilde- Türk yatırımcıların uygulanabilir YKTA’da açık hüküm bulunmamasına rağmen adil ve hakkaniyetli muamele korumasından, en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla yararlanıp yararlanamayacakları muhakeme edilmiştir. O halde, Bayındır v. Pakistan kararında adil ve hakkaniyetli muamele koruması bakımından varılan sonuçların, kıyas yoluyla, tam koruma ve güvenlik korumasına uygulanması mümkündür.

Bayındır v. Pakistan davasına konu ihtilâf, yatırımcı ile Pakistan Millî Otoyol İdaresi arasındaki İslamabad-Peshawar otoyolunun inşasına ilişkin sözleşmenin haksız feshi iddiasından kaynaklanmıştır. Davacı, haksız fesih ile bu feshe giden süreç ve fesih sonrasındaki muamelelerin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlâli niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür²⁵⁸. Davada, her ne kadar, adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün ihlâli iddiası ispat edilemediyse de, yatırım anlaşmasında adil ve hakkaniyetli muamele hükmü bulunmamasına rağmen, davalı devletin bu yükümlülükle bağlı olduğu iddiası başarıyla savunulmuştur.

Davacı, Türkiye-Pakistan YKTA’sında adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, anlaşmada yer alan en çok gözetilen millet muamelesi aracılığıyla davalı Pakistan’ın bu yükümlülüğünün bulunduğunu ileri sürmüştür²⁵⁹. Bayındır, en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün yorumlanmasına dayandırdığı bu iddiasında, Viyana Sözleşmesi m. 31’de yer alan yorum kuralına ve özellikle anlaşmanın dibacesinde “adil ve hakkaniyetli muamelenin” zikredilmiş olmasına ve en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün istisnalarının adil ve hakkaniyetli muameleyi kapsayacak hususları içermemesinin mefhumu muhalifine dayanmıştır²⁶⁰. Davalı Pa-

açıklanmayı hak eder. Davada, davalı ev sahibi devlet, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü gereği, yatırımcıya karşı adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğü ile tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün bulunduğu iddiasına itiraz etmemiştir. Bilakis, bu yükümlülüğünün bulunduğunu ikrar etmiştir. Meselenin taraflar arasında ihtilâflı olmaması sebebiyle, tahkim heyeti, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü dolayısıyla, Kazakistan-İngiltere YKTA’sında yer alan adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün Türk yatırımcıya da koruduğu sonucuna varmış ve doğrudan doğruya bu yükümlülüğünün somut vakiada ihlâl edilip edilmediği incelemesine girmiştir. Davalının itirazının bulunmaması sebebiyle, en çok gözetilen millet muamelesinin uygulama alanı ya da temel YKTA’da yer alan boşluğun bilinçli olup olmadığı incelemesine kararda girilmemiştir.

258 Bayındır v. Pakistan, par. 184 vd.

259 Bayındır v. Pakistan, par. 148.

260 Bayındır v. Pakistan, par. 149.

kistan ise bu iddiaya karşı, Türkiye-Pakistan YKTA'sında adil ve hakkaniyetli muamele hükmünün bulunmamasının bilinçli bir boşluk olduğu, tarafların ortak iradesinin bu hükmün anlaşma korumasının dışında bırakılması olduğu savunması ile dahil edilmek istenen yükümlülüğün temel anlaşmadan önceki tarihli olduğu savunmasını yapmıştır²⁶¹. Özetle taraflar, bir yatırım anlaşmasında bulunmayan hukukî korumanın, en çok gözetilen millet muamelesinin soyut uygulamasıyla, anlaşma korumasına dahil edilip edilemeyeceğine ilişkin, yukarıda incelediğimiz tüm görüşleri ileri sürmüşlerdir.

Tahkim heyeti yaptığı incelemede, anlaşma dibacesinde “adil ve hakkaniyetli muamele” esasına yapılan atfın anlamına ilişkin iki önemli tespit bulunmuştur. Bunlardan birincisi; başlı başına bir yükümlülük doğurmayan bu atfın, ancak anlaşma metnindeki yükümlülüklerin yorumlanmasında bir araç olarak kullanılabilceği yönündeki tespittir²⁶². İkincisi -ve kanımızca daha incelikli olanı- dibacede yer alan bu ifadenin, davacının ileri sürdüğü gibi, en çok gözetilen millet muamelesi yoluyla ilgili yükümlülüğün anlaşma korumasına dahil edilmesini sağlayacak bir yoruma müsait olmadığı, balakis söz konusu boşluğun bilinçli bir boşluk olduğunu gösterebileceği tespittir. Hakem heyetinin tespit ettiği üzere, adil ve hakkaniyetli muamele esasının dibacede açıkça yer alması, tarafların bu anlaşma müzakereleri esnasında söz konusu yükümlülüğün varlığını değerlendirdiklerine ve taraflara yükümlülük doğuran ana metne dahil etmekten açıkça imtina ettiklerine yönelik bir anlam taşıyabilir²⁶³. Türkiye'nin taraf olduğu YKTA'lar arasında tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü ile adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihtiva etmeyenlerin bir kısmının dibacesinde, Türkiye-Pakistan YKTA'sında olduğu gibi, adil ve hakkaniyetli muamele esası zikrediliyor olmakla birlikte,

²⁶¹ Bayındır v. Pakistan, par. 150.

²⁶² Dibacede yer alan adil ve hakkaniyetli muameleye ilkesine aykırılık, yatırımcıya tazminat davası açma hakkı tanımaz. Zira milletlerarası anlaşmaların dibacelerinde yer alan ifadelerin taraflara (ya da yatırım hukukunda sıklıkla kabul edildiği üzere üçüncü kişiye, yani yatırımcıya) hak ya da yükümlülük tesis etmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte dibacede yer alan ifadeler, sadece anlaşmanın konu ve amacının tespit edilmesinde kolaylık sağlar. Bu niteliği sebebiyle, dibacede yer alan ifadelerden, anlaşma metnindeki bağlayıcı hükümlerin yorumlanmasında yararlanılabilir. TUDOR, 2008, s. 20, 21.

²⁶³ Hakem heyeti bu yorum olasılığını belirttiikten sonra, dibacedeki ifadenin tamamını yorumlayarak böyle bir kesin sonuca varmadığını hatırlatmıştır. Bknz. Bayındır v. Pakistan, par. 155. Hatta, dibacede bu ifadelerin yer almasını, korumanın en çok gözetilen millet muamelesi uygulamasına dahil edilmesini destekleyen bir yorum aracı olarak telakki etmiştir. Bknz. Bayındır v. Pakistan, par. 157.

hiçbirinin dibacesinde tam koruma ve güvenlik esası açıkça zikredilmemiştir. Bu bakımdan, Türkiye'nin taraf olduğu YKTA'larda tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün eksik olduğu hâllerde, bu eksikliğin en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla tamamlanmasının, dibacede yer alan açık bir ifadeyle tehdit altında olmadığını söylemek mümkündür.

En çok gözetilen millet muamelesi yoluyla, anlaşma korumasına ithâl edilmek istenen (Pakistan-İngiltere YKTA'sında yer alan) adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünün, Türkiye-Pakistan YKTA'sından eski tarihli olmasının, ithâl edilmek istenen yükümlülük bakımından bir engel teşkil edip etmediği de kararda değerlendirilmiştir. Pakistan, tarafların önceki tarihli daha elverişli bir korumayı anlaşmaya dahil etmek isteselerdi bunu açıkça yapabilecekleri görüşünü ileri sürerek, temel anlaşmadan önceki tarihli YKTA'larda yer alan hükümlerin –daha elverişli hükümler olmasına rağmen- bilinçli olarak taraflarca anlaşmaya dahil edilmemeleri sebebiyle sonradan anlaşma korumasına dahil edilmemeleri gerektiği savunmasını yapmıştır. Hakem heyeti bu savunmayı prensip olarak kabul etmiş olmakla birlikte, somut vakıda Türkiye-Pakistan YKTA'sından sonra yapılan YKTA'larda da benzer adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüklerinin bulunduğunu tespit ederek bu savunmayı kabul etmemiştir. Hakem heyetinin anlaşma tarihlerine ilişkin olarak yaptığı bu tespitten, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında yer almayan tam koruma ve güvenlik yükümlülüklerine ilişkin de bir sonuç çıkartılabilir. Yukarıda da ayrıntısıyla gösterildiği üzere, anlaşma taraflarının her ikisinin de Türkiye-Ukrayna YKTA'sından sonra imza ettikleri YKTA'larda tam koruma ve güvenlik hükmü bulunur. O hâlde, Bayındır v. Pakistan içtihadı takip edilecek olursa, Türkiye ve Ukrayna'nın sonradan taraf oldukları YKTA'lardaki bu yükümlülüğün anlaşma korumasına dahilî mümkündür.

Adil ve hakkaniyetli muamele korumasının temel anlaşmanın hukukî korumasına ithâl edilip edilemeyeceğine ilişkin hakem heyetinin muhakemesinde –ayrıca- anlaşmanın en çok gözetilen millet muamelesi hükmü ve bu hükmün istisnaları yorumlanmıştır. Heyetin yorumuna göre en çok gözetilen millet muamelesinin istisnalarının gösterildiği anlaşma hükmünün adil ve hakkaniyetli muameleyi kapsamaması -bu muamelenin daha elverişli olmakla- en çok gözetilen millet muamelesinin uygulama alanına girdiğini gösterir²⁶⁴. Hakem heyetinin hükmün (istisnalarının) yorumlanması yoluyla vardığı bu sonuç, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında yer almayan tam koruma ve güven-

²⁶⁴ Bayındır v. Pakistan, par. 157.

lik hükmünün anlaşma korumasına dahilinde, ilgili anlaşmanın en çok gözetilen millet muamelesinin istisnalarını gösteren düzenlemesinin yorumunda yukarıda vardığımız sonuçlar ile paraleldir.

Özetle, Ukrayna'daki iç karışıklıklarda, Türk yatırımcıların, anlaşmada açık hüküm olmamasına rağmen, tam koruma ve güvenlik korumasından yararlanmalarının en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla sağlanabileceği söylenebilir. Vardığımız bu sonuç, yukarıda açıkladığımız üzere milletlerarası yatırım hukuku doktrini ve içtihadı ile uyumludur. Bununla birlikte yukarıdaki muhakemenin her bir yatırım uyuşmazlığı bakımından ayrıca yapılması gerekir. Yapılacak her muhakeme, hakem heyeti tarafından ilgili boşluğun bilinçli bir boşluk olduğunun ya da en çok gözetilen millet muamelesinin bu muameleyi kapsamadığının tespit edilmesi riskini taşır. Böyle bir riskin gerçekleştiği durumda, yatırımcının en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla tam koruma ve güvenlikten yararlanması mümkün olmaz. Bu şekilde, yatırım muhakemesinde en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün varlığının başarılı biçimde ileri sürülemediği –i.e. yatırımcının YKTA'daki korumalardan mahrum kaldığı– hâllerde, devletin başkaca bir koruma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekir. Bu muhtemel ihtiyaca karşılık vermek adına, milletlerarası teamül hukukundaki milletlerarası asgarî muamele standardının ev sahibi devlete koruma yükümlülüğü yükleyip yüklemediği üzerinde durulması gerekir.

B. Milletlerarası Asgarî Muamele Standardı Olarak Koruma Yükümlülüğü

Türkiye-Ukrayna YKTA'sında olduğu gibi tam koruma ve güvenlik hükmünün ya da bu hükmün yokluğunda benzer bir koruma sağlamasına gayret edilebilecek adil ve hakkaniyetli muamele hükmünün²⁶⁵ bulunmadığı ve bu hukukî korumaların en çok gözetilen millet muamelesi kaydı ile yatırımcıya sağlanamadığı hâllerde koruma yükümlülüğünün milletlerarası hukukun başkaca kaynaklarında, i.e. milletlerarası teamülde ya da hukukun genel ilkelerinin

²⁶⁵ Tam koruma ve güvenlik hükmü ile adil ve hakkaniyetli muamele hükümlerinin ikisinin de yabancılara muameleye dair milletlerarası asgarî standarttan türemiş olması ve her iki hükmün de objektif bir muamele standardı ihdas ediyor olması; tam koruma ve güvenlik hükmünün yokluğunda, adil ve hakkaniyetli muamele hükmünün yatırımcı için benzer bir asgarî koruma sağlamasına temel teşkil edebilir.

de aranması icap eder. Milletlerarası yatırım hukuku milletlerarası anlaşmalar yolu ile düzenlene gelmiştir. Milletlerarası yatırım hukukunda milletlerarası teamül ve hukukun genel ilkelerinin yeri oldukça sınırlıdır²⁶⁶. Buna rağmen, Türkiye-Ukrayna YKTA'sında olduğu gibi, yatırım anlaşmalarında hüküm bulunamayan hâllerde, milletlerarası teamülden istifade edilmesi gerekliliği ihtimâline binaen bu kaynaklarda korumaya yönelik bir yükümlülük bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

Milletlerarası yatırım hukukunun kaynaklarının, son altmış yıldır ağırlıklı olarak yatırım anlaşmalarından teşekkül etmesine rağmen²⁶⁷, milletlerarası teamül kurallarının yatırım hukukunun kaynakları arasındaki yeri, tarihî önemi ve bahsi geçen anlaşmaları tamamlayıcı niteliği açısından yadsınamaz²⁶⁸. Milletlerarası teamül hukukunda yabancı yatırım(cın)ın korunması, yabancıya ve yabancıların malvarlığına karşı devletlerin milletlerarası sorumluluğu üst başlığına tâbi olarak, milletlerarası asgarî muamele standardı adı altında gelişmiştir²⁶⁹. Zira milletlerarası asgarî muamele standardı, devletin yabancılarla ve yabancıların malvarlığına ilişkin muamelelerinde milletlerarası teamül hukuku gereğince uymakla yükümlü olduğu asgarî esaslar olarak tarif edilir²⁷⁰. Standart, iç karışıklıklar hâlinde yabancıya koruma ve güvenlik sağlanmasını da kapsayacak şekilde, Milletlerarası Kamu Hukuku Ansiklopedisi'nde şu şekilde tanımlanmıştır;

“Asgarî standart (ya da kimi zaman tercih edildiği üzere milletlerarası adalet standardı) kavramı, milletlerarası hukukun yabancılar tarafından ya da onlar adına [ve] **devlet aleyhine ileri sürülebilecek haklar tanımladığı ve yarattığını** temin eder. [...] Bu kavram, [milletlerarası] anlaşmalara dayanan haklardan ziyade, milletlerarası teamül hukukunca tesis edilen haklara ilişkin olarak kullanılır. [...] Bu [kavram] kapsamında; **yabancıların [...] karışıklıklar ve şiddet karşısında korunmasına yönelik haklar** ve [...] -kamu yararı-

²⁶⁶ WEILER, 2011, s. 335.

²⁶⁷ NEWCOMBE/PARADELL, 2009, ss. 57 vd.

²⁶⁸ SALACUSE, 2010, ss. 3, 4; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 91, RIPINSKY/WILLIAMS, 2008, ss. 25 vd.; AAPL v. Sri Lanka, par. 20, 21.

²⁶⁹ XX. yy'nin ikinci yarısından itibaren, yabancılarla muameleye dair milletlerarası asgarî standardın, bir milletlerarası teamül hukuku kuralı olduğu konusunda görüş birliğine varılmıştır. SCHWARZENBERGER, 1969, s. 25; NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 235; SALACUSE, 2010, s. 46, 47; WEILER, 2011, s. 337.

²⁷⁰ TUDOR, 2008, s. 61.

na olan ve adil tazminat ödenen hâller maada- mameleklerinden yararlanma [hakları] geliştirilmiştir.”²⁷¹ [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

Bu tanımdan yola çıkılarak denilebilir ki, geniş bir uygulama alanı olan milletlerarası asgarî standardın ev sahibi devlete yüklediği somut davranış yükümlülüklerinden biri (ve çalışmamız bakımından önem arz edeni), yabancılar a ait malvarlığının fizikî zararlara karşı korunması yönünde gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğüdür²⁷². Nitekim milletlerarası hukuk doktrini ve içtihadında milletlerarası asgarî muamele standardının, milletlerarası teamül hukukundan kaynaklandığı ve ev sahibi devletler bakımından bir anlaşmanın yokluğunda dahi bağlayıcı olacağı ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²⁷³.

Ukrayna’daki Türk yatırımları gibi, uygulanabilir bir tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmaması sebebiyle, anlaşma hükmüne başvurulamayan bir yatırım tahkimi yargılaması Amco v. Endonezya davasında yapılmıştır. Amco v. Endonezya kararına konu ihtilâf; Amerikalı yatırımcı Amco Asia Corp. (Amco)’nun, yerel ortağı PT Wisma ile birlikte Endonezya’da işletme hakkına sahip olduğu otelin, Endonezya silahlı kuvvetleri mensuplarının da içinde bulunduğu PT Wisma’nın yönlendirdiği kişilerce basılmasından kaynaklanmıştır. Yukarıda verdiğimiz diğ er örneklerden farklı olarak Amco v. Endonezya kararında, ICSID hakem heyetinin yetkisi, bir YKTA’dan değil, Endonezya iç hukukundan kaynaklanmıştır. Millî mevzuat uyarınca, ihtilâfa uygulanacak hükümler arasında, yatırımcının ev sahibi devletten bekleyebileceği davranış yükümlülüklerinin neler olabileceğine ilişkin bir YKTA hükmü, özellikle de tam koruma ve güvenlik hükmü, söz konusu değildir. Bu çerçevede koruma ve güvenlik konusunda özen yükümlülüğünü tespit edebilmek için, hakem heyeti ICSID m. 42’de yer alan kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukuku, yani ev sahibi devletin hukukunu ve milletlerarası huku-

²⁷¹ VAGTS, 1992, s. 408. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The minimum standard concept (sometimes called the international standard of justice) affirms that there are **rights created and defined by international law that may be asserted against States** by or on behalf of aliens. [...] The term is more generally used with respect to rights conferred by customary international law than with respect to rights based on specific treaties. [...] Among the topics developed were **the rights of aliens to [...] protection against disorders, violence [...]** and to the enjoyment of their property unless taken for a public purpose with fair compensation.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

²⁷² NEWCOMBE/PARADELL, 2009, s. 307.

²⁷³ SCHREUER, 2010, s. 12; WEILER, 2011, ss. 344-351; TUDOR, 2008, s. 62.

ku uygulamak durumunda kalmıştır²⁷⁴. İhtilafa konu vakıanın özelliklerini değerlendirirken, hakem heyeti, Endonezya silahlı kuvvetleri mensuplarının fiillerini devlete atfedilebilir bulmamış olmakla birlikte, otelin basılmasına etkin şekilde müdahalede bulunulamamasının, milletlerarası asgarî muamele standardını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. İhlâl edilen yükümlülük kararda şu şekilde ifade edilmiştir;

“Milletlerarası karar ve hükümlerde açıkça ifade edildiği ve doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, Devletin, kimi vatandaşlarının hukuka aykırı hareketlerine karşı yabancıları ve yatırımlarını koruma yükümlülüğü bulunduğu milletlerarası hukukun genel kabul görmüş bir kuralıdır. [...]”²⁷⁵

Amco v. Endonezya kararından da anlaşılabilirliği gibi, tam koruma ve güvenlik gibi, içeriği belirli ölçüde netleşmiş bir anlaşma standardı ile korunmayan yatırımlar da, milletlerarası asgarî muamele standardı kapsamında korumadan yararlanabilirler. Özellikle, üçüncü kişilerce yatırımcıya ya da yatırıma verilebilecek zararlardan ötürü, devletin milletlerarası teamül hukukundan kaynaklanan bir sorumluluğu bulunduğu tespit için Amco v. Endonezya kararındaki tespitler önemlidir²⁷⁶. Netice itibarıyla, ilgili YKTA’da tam koruma ve güvenlik hükmü olmasa da, Türk yatırımcının, Ukrayna’da zarar görebilecek yatırımlarının, hiç değilse, milletlerarası asgarî muamele standardınca korunduğunun kabulü gerekir.

²⁷⁴ ICSID m. 42 “(1) Heyet, anlaşmazlığa taraflarca üzerinde anlaşılacak Hukuk kuralları çerçevesinde karar verecektir. Anlaşma sağlanamaması hâlinde Heyet anlaşmazlığa taraf olan Akit ülkenin, hukukunun (Kanunların çatışması hâlinde uygulanacak kurallar da dahil olmak üzere) ve **Uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını** uygulayacaktır.” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.] Hükmün İngilizce orijinal ifadesi şu şekildedir; “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and **such rules of international law as may be applicable.**” [Kalın yazı tipi eklenmiştir.]

²⁷⁵ Amco Asia Corp., Pan American Development Ltd ve PT Amco Indonesia v. Endonezya, Yetki, 10 Mayıs 1988, ICSID Vakıa No. ARB/81/1, par. 172. Kararın orijinal ifadesi şu şekildedir; “It is a generally accepted rule of international law, clearly stated in international awards and judgments and generally accepted in the literature, that a State has a duty to protect aliens and their investment against unlawful acts committed by some of its citizens [...]”.

²⁷⁶ Belirtmekte fayda var ki, Amco v. Endonezya kararında, milletlerarası asgarî muamele standardı milletlerarası teamül hukukunun bir unsuru olarak değil, hukukun genel ilkeleri niteliğinde uygulanmıştır. Bu husus yukarıda aktardığımız metindeki “generally accepted rule of international law” ifadesinden anlaşılacaktır.

Yine de milletlerarası teamülden kaynaklanan bu özen yükümlülüğünün, yatırımcıya YKTA’da tam koruma ve güvenlik hükmü yer alıyorsa sağlayacağı korumadan daha düşük olduğu hatırdta tutulmalıdır²⁷⁷. Bu husus MAD’ın, ELSI kararında şu şekilde ifade edilmiştir;

“Mahkeme, Yüksek Âkitlerin vatandaşlarını korumak hususunda genel milletlerarası kamu hukukunun [milletlerarası asgarî standardın] ötesine geçebilecek –ve genel milletlerarası kamu hukukuna yapılan atfa ek- bir koruma ihdas eden standartlar öngören anlaşma hükümlerini uygulamak üzere görevlendirilmiştir [...]”²⁷⁸

Bir yandan devletten beklenen koruma standardının, diğer ifadesiyle özen yükümlülüğünün, tam koruma ve güvenlik hükmüne nazaran daha düşük olması, diğer taraftan bu standart gereği devletten beklenen koruma ve güvenlik sağlanmasına yönelik somut davranışların neler olduğunun milletlerarası yatırım tahkimi içtihadıyla –tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü için olduğu kadar- netleştirilmemiş olması bu yükümlülüğün uygulanmasına ilişkin bir belirsizlik yaratır. Bu belirsizlik, koruma ve güvenlik beklentisinde olan yatırımcı bakımından hukukî riskin, tam koruma ve güvenlik hükmünün bulunduğu hâllere nazaran, daha yüksek olduğunu gösterir.

Netice itibarıyla, ilgili YKTA’da tam koruma ve güvenlik hükmü ya da en çok gözetilen millet muamelesi kaydı vasıtasıyla tam koruma ve güvenlik teminatı olmasa da, Türk yatırımcının, Ukrayna’da zarar görebilecek yatırımlarının, hiç değilse, milletlerarası asgarî muamele standardınca korunduğunun kabulü gerekir. Tam koruma ve güvenlik korumasından faydalanamayan yatırımların, konumuz özelinde örneğin en çok gözetilen millet muamelesi

²⁷⁷ AMT v. Zaire, par. 6.06. Milletlerarası yatırım tahkimi uygulamasında, tam koruma ve güvenlik hükmünün (ve adil ve hakkaniyetli muamele hükmünün) milletlerarası teamül hukukundaki milletlerarası asgarî standart ile aynı anlamda mı olduğu, yoksa bu anlaşma hükümlerinin teamül hukukundaki asgarî standarttan bağımsız (ve daha üstün koruma gerektiren) bir içeriğinin mi olduğu kimi yazarlarca ve yargılamalarda tartışılmıştır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bknz. SCHILL, 2009, ss. 79 vd.; DOLZER/SCHREUER, ss. 124-128. NAFTA uygulaması bakımından NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu’nun, 31 Temmuz 2001 tarihli yorum notu vasıtasıyla, tam koruma ve güvenlik hükmünün, milletlerarası asgarî muamele standardından farklı ve daha ağır bir kıstas getirmedeği kesinleşmiş olmakla birlikte, bu tespit NAFTA dışındaki anlaşma ve yargılamaları bağlamaz.

²⁷⁸ ELSI, par. 111. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “The Chamber is here called upon to apply the provisions of a treaty which sets standards - in addition to the reference to general international law - which may go further in protecting nationals of the High Contracting Parties than general international law requires [...]”.

hükmü vasıtasıyla tam koruma ve güvenlikten istifade edemeyen Ukrayna'daki Türk yatırımlarının, ancak milletlerarası asgarî muamele standardı kapsamında, tam koruma ve güvenlik standardına göre düşük bir özen yükümlülüğü vasıtasıyla korunduğu hatırdta tutulmalıdır.

Sonuç

Ukrayna'da cereyan eden iç karışıklıklarda yabancı (mesela Türk) yatırım(cın)ın fizikî olarak zarar görmesi hâlinde, ev sahibi devlet sıfatıyla Ukrayna'nın milletlerarası hukuktan kaynaklanan giderim sorumluluğu bulunur²⁷⁹. Bu sorumluluk hem ev sahibi devlet organlarının fiillerinden kaynaklanan, hem de üçüncü kişilerin fiillerinden kaynaklanan zararların giderimine yöneliktir.

Ukrayna'nın milletlerarası hukuktan kaynaklanan sorumluluğu öncelikle -ilgili yatırıma uygulanabilir- YKTA'ya aykırılıktan kaynaklanabilir. YKTA'da yer alan **tam koruma ve güvenlik** hükmü;

yatırım(cın)ın korunması ve güvenliğine yönelik alınan tedbirlerde -benzer koşullarda bulunan demokratik bir devletten beklenen- makul özenin gösterilmediği her durumda, ev sahibi devlete zararı tazmin yükümlülüğü doğurur.

Tam koruma ve güvenlik hükmünden kaynaklanabilecek sorumluluğun yanı sıra -YKTA'da yer alması hâlinde- Ukrayna'nın **savaş hükmü** gereğince sorumlu olması da ihtimâl dahilindedir. Bu hüküm gereği;

şayet ev sahibi devlet, hükmü ileri süren yatırım(cıya) nazaran benzer koşullardaki başka bir yatırıma daha elverişli bir koruma sağladıysa, bu daha elverişli korumayı hükmü ileri süren yatırım(cıya) da sağlamış olsaydı meydana gelmeyecek olan zararın tazmini yükümlülüğü doğar.

Savaş hükmü gereği doğabilecek sorumluluğa hâlel getirmeksizin, -YKTA'da yer alması hâlinde- **genişletilmiş savaş hükmü** gereği;

ev sahibi devlet, iç karışıklık sebebiyle alınan, malvarlığına elkoyma tedbirlerinden ve devlet organlarının iç karışıklıklara müdahalesi esnasında meydana gelip, muharebe fiillerinden kaynaklanmayan tahribattan veya askerî gerekliliklerle açıklanamayan tahribattan sorumlu olur.

²⁷⁹ İç karışıklık hâlinde Ukrayna'nın sorumluluğunu doğurması muhtemel bu yükümlülüklerin, iç karışıklık (veya benzer bir şiddet içerikli hâl) ile karşı karşıya bulunan her ev sahibi devlet bakımından yabancı yatırımcı lehine uygulanabilir olduğunu hatırlatmak gerekir.

Türkiye-Ukrayna YKTA'sında olduğu gibi tam koruma ve güvenlik hükmünden mahrum YKTA'lerden istifade eden yatırım(cı)ların, -varsa- temel anlaşmadaki çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla diğer YKTA'larda yer alan tam koruma ve güvenliğe ilişkin hukukî korumadan yararlanması mümkün olur. Yatırım(cın)ın **en çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla tam koruma ve güvenlik** korumasından yararlanabilmesi için;

temel YKTA'da tam koruma ve güvenlik hükmünün eksik olmasının bilinçsiz bir boşluğa tekabül ettiğinin ve temel YKTA'da yer alan en çok gözetilen millet muamelesi hükmünün uygulama alanının koruma ve güvenliğe ilişkin muameleleri kapsadığının ispatı gerekir.

Türkiye-Ukrayna YKTA'sında olduğu gibi, tam koruma ve güvenlik hükmü bulunmayan bir YKTA'nın teminatı altında bulunan yatırım(cın)ın, en çok gözetilen millet muamelesi hükmü vasıtasıyla da tam koruma ve güvenlikten -çeşitli sebeplerle- istifade edemediği durumda, yatırım(cın)ın anlaşmadan doğan kapsamlı bir objektif koruma yükümlülüğünden mahrum olduğu tespit edilmiş olur²⁸⁰. Bu durumda yatırım(cı) lehine, iç karışıklıklarda koruma ve güvenlik sağlanmasına yönelik başka bir objektif yükümlülük, anlaşma dışı bir kaynaktan, i.e. milletlerarası teamül hukukunda aranır. Milletlerarası teamül hukukunda yer alan **milletlerarası asgarî muamele yükümlülüğü**, yatırımcının fizikî olarak korunmasına yönelik objektif yükümlülük ihtiyacına cevap verir. Buna göre;

yatırım(cıy)a zarar vermemek ve üçüncü kişilerce sebep olunan zararlardan ötürü yatırım(cıy)ı korumak ve güvenliğini sağlamak konusunda, ev sahibi devletin asgarî bir özen gösterme yükümlülüğü bulunur. Devletin bu asgarî özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi giderim sorumluluğunu gerektirir.

Türkiye-Ukrayna YKTA'sından istifade eden yatırım(cı)lar bakımından; yukarıda özetlediğimiz hukukî teminatlardan Türk yatırım(cın)ın yararlana-

²⁸⁰ Belirtmek gerekir ki bu hâlde dahi yatırım(cı) anlaşma kaynaklı bütün korumalardan mahrum değildir. Yatırım(cın)ın iç karışıklıklarda diğer yatırımlara nazaran daha az elverişli şekilde korunduğunun ispat edilebildiği durumda, savaş hükmü gereği, korunması mümkün olur. Zira anlaşmada kapsamlı bir objektif koruma yükümlülüğünün bulunmaması, yatırım(cın)ın bağlı hükümler gereği, karşılaştırmalı bir korumadan istifade edemeyeceği anlamına gelmez. Hatta, genişletilmiş savaş hükmünden yararlanabilen yatırım(cın)ın, "kapsamlı" olmasa da, sınırlı bir uygulama alanı bulunan objektif bir koruma yükümlülüğünden yararlanmasının da mümkün olduğu hatırdta tutulmalıdır.

bilecekleri, -ancak en çok gözetilen millet muamelesi vasıtasıyla sağlanabilen- tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü ile savaş hükmünden kaynaklanan bağlı yükümlülüktür.

KAYNAKÇA

- ACCONCI Pia, “Most Favoured Nation Treatment”, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Oxford University Press, New York, 2008, ss. 361-406.
- AKSAR Yusuf, “International Economic Law”, Ed. Yusuf Aksar, **Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms**, 1. Bası, Martinus Nijhoff Publishers, Amersfoort, 2011, ss. 5-49.
- ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, “Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 31, Sayı 1, 2011, ss. 91-152.
- AYDOĞMUŞ Yasemin, “İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 29, 2009, ss. 21-84.
- BROWNLIE Ian, **Principles of Public International Law**, 7. Bası, Oxford University Press, New York, 2008.
- BURGEAT Eric, “OECD-Ukraine Co-Operation in the Field of International Investment”, **OECD Investment Policy Reviews Ukraine – Progress in Investment Reform 2002**, OECD Publications, Paris, 2002, ss. 13-16.
- ÇALIŞKAN Yusuf, **The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD-MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment**, dissertation. com Academic Publishing, Florida, 2002.
- ÇALIŞKAN Yusuf, “Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya’daki Türk Yatırımları”, Ed. M. Macit Kenanoğlu, Ali Yeşilirmak, **Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi**, Küre, İstanbul, 2011, ss. 59-87.
- COLE Tony, “The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law”, **Michigan Journal of International Law**, Bahar 2012, ss. 537-586.
- COMBACAU Jean, “Obligations de Résultat et Obligations de Comportement: Quelques Questions et pas de Réponse”, **Mélanges Offerts à Paul Reuter**, Pedone, Paris, 1981, ss. 181-204.

- DOLZER Rudolf / SCHREUER Christoph, **Principles of International Investment Law**, 2. Basi, Oxford University Press, Croydon, 2012.
- DOUGLAS Zachary, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration”, **British Yearbook of International Law**, Sayı 74(1), 2003, ss. 151-289.
- DOUGLAS Zachary, **The International Law of Investment Claims**, Cambridge University Press, New York, 2009.
- DOUGLAS Zachary, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, **Journal of International Dispute Settlement**, Cilt 2, Sayı 1, 2011, ss. 97–113.
- ECONOMIDES Constantin P., “Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result”, Ed. James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, **The Law of International Responsibility**, Oxford University Press, New York, 2010, ss. 371-382.
- ENGLE Eric Allen, “The Failure of the Nation State and the New International Economic Order: Multiple Converging Crises Present Opportunity to Elaborate a New Jus Gentium”, **St. Tomas Law Review**, K1ş 2003, ss. 187-206.
- FREEMAN Alwyn Vernon, **The International Responsibility of States for Denial of Justice**, Vaillant-Carmanne, Liège-Genf, 1938. [NEWCOMBE/ PARADELL, par. 6.44'ten naklen.]
- GARDINER Richard, **Treaty Interpretation**, Oxford University Press, İngiltere, 2008.
- GATHII James Thuo, “War’s Legacy in International Investment Law”, **International Community Law Review**, Sayı 11, 2009, ss. 353-386.
- GRIERSON-WEILER, Todd J. / LAIRD Ian A., “Standards of Treatment”, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Oxford University Press, New York, 2008, ss. 259-304.
- HOBÉR Kaj, “State Responsibility and Attribution”, Ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer, **The Oxford Handbook of International Investment Law**, Oxford University Press, New York, 2008, ss. 549-583.
- KAPLOW Louis, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, **Duke Law Journal**, Sayı 42, 1992, ss. 557-629.

- McLACHLAN Campbell, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3) (c) of the Vienna Convention", **International & Comparative Law Quarterly**, Sayı 54(2), 2005, s. 279-319.
- McLACHLAN Campbell / SHORE Laurence / WEINIGER Matthew, **International Investment Arbitration - Substantive Principles**, Oxford University Press, New York, 2007.
- MOSS Giuditta Cordero, "Full Protection and Security", Ed. August Reinisch, **Standards of Investment Protection**, Oxford University Press, New York, 2008, ss. 131-150.
- NEWCOMBE Andrew / PARADELL Lluís, **Law and Practice of Investment Treaties - Standards of Treatment**, Wolters Kluwer, Birleşik Krallık, 2009.
- ÖĞÜTÇÜ Mehmet / STEPANEKO-MALAN Anna, "An Assessment of Challenges and Policy Reforms for Improved Investment Environment in Ukraine", **OECD Investment Policy Reviews Ukraine – Progress in Investment Reform 2002**, OECD Publishing, Paris, 2002, ss. 17-28.
- PAPARINSKIS Martins, "MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond *Maffezini* and *Plama*?", **ICSID Review**, Sayı 26(2), 2011, ss. 14-58.
- PAULSSON Jan, "The Role of Precedent in Investment Arbitration", Ed. Katia Yannaca-Small, **Arbitration Under International Investment Agreements – A Guide to the Key Issues**, Oxford University Press, New York, 2010, s. 699-718.
- RIPINSKY Sergey, WILLIAMS Kevin, **Damages in International Investment Law**, British Institute of International and Comparative Law, Londra, 2008.
- SALACUSE Jeswald W., **The Law of Investment Treaties**, 1. Bası, Oxford University Press, New York, 2010.
- SCHILL Stephan W., **The Multilateralization of International Investment Law**, 1. Bası, Cambridge University Press, New York, 2009.
- SCHREUER Christoph, "Introduction: Interrelationship of Standards", Ed. August Reinisch, **Standards of Investment Protection**, Oxford University Press, New York, 2008, ss. 1-8.
- SCHREUER Christoph, "Full Protection and Security", **Journal of International Dispute Settlement**, 2010, ss. 1-17.

- SCHREUER Christoph, “The Protection of Investments in Armed Conflicts”, Ed. Freya Baetens, **Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives**, Cambridge University Press, y.y., 2013, ss. 3-20.
- SCHWARZENBERGER Georg, “The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice, **British Yearbook of International Law**, Sayı 22, 1945, ss. 96-121.
- SCHWARZENBERGER Georg, **The Principles and Standards of International Economic Law**, A.W. Sijthoff, y.y. 1966.
- SCHWARZENBERGER Georg, **Foreign Investments and International Law**, Stevens & Sons, Londra, 1969.
- ŞANLI Cemal / ESEN Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Vedat, İstanbul, 2013.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, **Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
- TUDOR Ioana, **The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment**, Oxford University Press, New York, 2008.
- VAGTS Detlev, “Minimum Standard”, Ed. Rudolf Bernhardt, **Encyclopedia of Public International Law**, Cilt III, North-Holland, Amsterdam, 1992, s. 408-410.
- WEILER Todd, “An Historical Analysis of the Function of the Minimum Standard of Treatment in International Investment Law”, Ed. Todd Weiler, Freya Baetens, **New Directions in International Economic Law - In Memoriam Thomas Wälde**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, ss. 335-382.
- YALKIN Tolga R., **The International Minimum Standard of Treatment of Aliens in International Investment Law**, Dissertation for the Completion of the Master of Philosophy in Law, Faculty of Law University of Oxford, 2009.

Milletlerarası Kuruluşlarca Düzenlenen Metinler ve Sözlükler

- CORNU Gérard (Ed.), **Vocabulaire Juridique**, 7. Bası, PUF, Paris, 2005. (Kısaca: Vocabulaire Juridique).
- GARNER Bryan A. (Ed.), **Black’s Law Dictionnary**, 8. Bası, West Publishing, y.y., 2004. (Kısaca, Black’s Law Dictionnary).

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, “Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries”, **Yearbook of the International Law Commission**, 1978/II, ss. 16-73. Erişim: 20.06.2016 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf (Kısaca: ILC’s Draft Articles on MFN).

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, “2001 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentartaries”, **Reports of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session**, ss. 31-143. Erişim: 20.06.2016 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Kısaca: ILC’s Articles on State Responsibility).

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, “Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, with Commentaries”. Erişim: 20.06.2016 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf (Kısaca: ILC’s Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts).

OECD, **Investment Policy Review: Ukraine**, OECD Publishing, Paris, 2001.

OECD, **Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law**, Hazırlayan Marie-France Houde, Working Papers on International Investment No. 2004/2, 2004. Erişim: 20.06.2016 https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf (Kısaca: OECD, MFN).

OECD, **Investment Policy Reviews: Ukraine**, **OECD Investment Policy Reviews**, OECD Publishing, Paris, 2011.

OECD, **OECD International Direct Investment Statistics 2014**, OECD Publishing, Paris, 2014.

UNCTAD, **Investment Country Profiles – Ukraine**, United Nations Publications, y.y. 2012.

UNCTAD, **Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking**, United Nations Publications, İsviçre, 2007.

Vakıalar²⁸¹

Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka, Esas, 27 Haziran 1990, ICSID Vakıa No. ARB/87/3 (Kısaca: AAPL v. Sri Lanka).

²⁸¹ Çalışmada yalnızca bir kere atıf yapılan kararlara kararlar listesinde yer verilmemiştir. Bu kararların açık künyesi metin içerisinde atfın yer aldığı dipnotta bulunabilir.

- American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire, Esas, 21 Şubat 1997, ICSID Vakıa No. ARB/93/1 (Kısaca: AMT v. Zaire).
- Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ v. Pakistan, Esas, 27 Ağustos 2009, ICSID, ARB/03/29 (Kısaca: Bayındır v. Pakistan).
- Biwater Gauff Ltd. v. Tanzania, Esas, 24 Temmuz 2008, ICSID Vakıa No. ARB/05/22 (Kısaca: Biwater v. Tanzania).
- Eastern Sugar B.V. v. Çek Cumhuriyeti, Kısmî Karar, 27 Mart 2007, SCC Vakıa No. 088/2004 (Kısaca: Eastern Sugar v. Çek Cumhuriyeti).
- Elettronica Sicula SpA (ABD v. İtalya), 20 Temmuz 1989, Milletlerarası Adalet Divânı, ICJ Reports 1989 (Kısaca: ELSI).
- M.C.I. Power Group L.C. ve New Turbine, Inc. v. Ekvador, Esas, 31 Temmuz 2007, ICSID Vakıa No. ARB/03/6 (Kısaca: MCI v. Ekvador).
- MTD Equity Sdn. Bhd. ve MTD Chile S.A. v. Şili, Esas, 25 Mayıs 2004, ICSID Vakıa No. ARB/01/7 (Kısaca: MTD v. Şili).
- Noble Ventures, Inc. v. Romanya, Esas, 12 Ekim 2005, ICSID Vakıa No. ARB/01/11 (Kısaca: Noble Ventures v. Romanya).
- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Arnavutluk, Esas, 30 Temmuz 2009, ICSID Vakıa No. ARB/07/21 (Kısaca: Pantechniki v. Arnavutluk).
- Parkerings-Compagniet AS v. Litvanya, Esas, 11 Eylül 2007, ICSID Vakıa No. ARB/05/8 (Kısaca: Parkerings v. Litvanya).
- Plama Consortium Limited v. Bulgaristan, Esas, 27 Ağustos 2008, ICSID Vakıa No. ARB/03/24 (Kısaca: Plama v. Bulgaristan).
- Rumeli Telekom AŞ ve Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AŞ. v. Kazakistan, Esas, 29 Temmuz 2008, ICSID Vakıa No. ARB/05/16 (Kısaca: Rumeli v. Çek Cumhuriyeti).
- Saluka Investments Bv v. Çek Cumhuriyeti, Kısmî Karar, 17 Mart 2006, UNCITRAL/PCA (Kısaca: Saluka v. Çek Cumhuriyeti).
- Técnicas Medioambientales Tecmed SA v. Meksika, Esas, 29 Mayıs 2003, ICSID Vakıa No. ARB(AF)/00/2 (Kısaca: Tecmed v. Meksika).
- Toto Costruzioni Generali S.P.A. v. Lübnan, Esas, 7 Haziran 2012, ICSID Vakıa No. ARB/07/12 (Kısaca Toto v. Lübnan).
- Wena Hotels Ltd v. Mısır, Esas, 8 Aralık 2000, ICSID Vakıa No. ARB/98/4 (Kısaca: Wena v. Mısır).

CISG Kapsamında Alıcının Zararı Azaltma Külfeti

Onur ŞAHİN*

 zet: Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında, hem alıcı hem de satıcı zararı azaltma külfeti altındadır. Ancak uygulamada  oŐunlukla alıcının zarara uŐradıŐı ve dolayısıyla alıcının zararı azaltma külfeti altında bulunduŐu görülmektedir. Zararı azaltma külfeti kapsamında, alıcı, ihlalden doŐan zararları azaltmak için bütün makul önlemleri almak zorundadır. Aksi takdirde, zararın azaltılabilecek olduŐu miktarda tazminat hakkını yitirmektedir. Teoride net olan zararı azaltma külfeti, uygulamada kimi belirsizliklere yol açabilmektedir. K lfetin hangi koşullarda, nasıl ve ne  l de önlemler almayı gerektirdiŐi gerek sözleşme taraflarınca gerekse mahkeme ve tahkim kurullarınca çok kolay saptanamamaktadır.

Anahtar Kelimeler: CISG, CISG madde 77, Viyana Konvansiyonu, zararı azaltma külfeti, uluslararası satım sözleŐmeleri.

The Duty of Buyer to Mitigate Damages under the CISG

Abstract: Under the United Nation Convention on the International Sale of Goods (CISG), both parties have the duty to mitigate losses. In practise, it is observed that the buyer usually relies on a breach of contract and consequently, most of the time, it is the buyer who has the duty to mitigate damages. Under the duty of mitigation of damages, the buyer must take reasonable measures to mitigate his losses. If he fails to take reasonable measures, he must bear the amount of damages which should have been mitigated. Theoretically, the concept of the duty to mitigate damages is clear, though it might cause

Yayın Geliş Tarihi: 12.01.2016 ; Yayına Kabul Tarihi: 11.2016

* *Avukat (İstanbul Barosu), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora  Őrencisi, (LL.M. University of Glasgow – Fikri Mülkiyet ve Dijital Ekonomi, LL.B. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*

uncertainties in practice. It is not always so easy for parties, courts and arbitral tribunals to determine which measures are reasonable under which conditions.

Keywords: CISG, CISG article 77, Vienna Convention, duty to mitigate damages, international sale of goods.

I. Giriş

Uluslararası mal satımlarına uygulanacak hukuk kurallarını yeknesaklaştırmak amacıyla yürütülen çalışmalar sonucunda, Viyana Konvansiyonu olarak da bilinen 11.04.1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG) imzalanmıştır. CISG’in yeknesaklaştırma açısından başarılı olması, uluslararası sözleşme hukukunda, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles on European Contract Law) ve Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri gibi başkaca yeknesaklaştırma çalışmalarına da yol açmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu CISG, 07.04.2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmesiyle birlikte CISG hükümleri, Türkiye’de iç hukuk kuralları olarak uygulanmaya başlamıştır.

Çalışmamız, CISG kapsamında alıcının zararı azaltma külfetini ele almaktadır. Zararı azaltma külfeti, uygulama açısından büyük önem teşkil etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, zararı azaltma külfetine ilişkin mahkeme kararlarına detaylı olarak yer verilecektir. Zararı azaltma külfetinin tazminat sorumluluğunun bir parçasını teşkil etmesinden dolayı genel olarak tazminat sorumluluğundan bahsetmek zararı azaltma külfetinin bütün olarak anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak CISG kapsamında tazminat sorumluluğuna yer verilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde zararı azaltma külfetinin CISG’de ne şekilde düzenlendiği, kaynağı, hukuki niteliği, kapsamı tartışılacak ve CISG md. 80 ile karşılaştırılması yapılacaktır. Çalışmamızın üçüncü bölümünde zararı azaltma külfetine aykırılık durumu, mahkeme kararları ışığında incelenecektir. Son bölümde ise zararı azaltma külfetinin Türk hukukunda kanun, doktrin ve yargı kararlarına nasıl yansdığı üzerinde durulacaktır.

II. CISG Kapsamında Tazminat Sorumluluğu

1. Genel Olarak

CISG kapsamında zararı azaltma külfeti, tazminat sorumluluğunun bir parçası olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan genel olarak ve kısaca tazminat sorumluluğu üzerinde durmak zararı azaltma külfetinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

CISG kapsamında tazminatın amacı, tam bir denkleştirme sağlamaktır¹. Bir başka deyişle; sözleşme alacaklısının, borçlunun sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmiş olması halinde sahip olacağı maddi duruma getirilmesidir².

CISG kapsamında tazminat sorumluluğu, kusur yerine garanti esasına dayanan bir yükümlülükle benzerlik göstermektedir. Buna rağmen bir kusursuz sorumluluk yükümlülüğü değildir ve belli şartlar altında sorumluluktan kurtulma imkanı vardır. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki; tazminat yükümlülüğü, her zaman parasal giderim şeklinde ortaya çıkmaktadır³.

Tazminat sorumluluğun ortaya çıkması için genel olarak, sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, ihlal nedeniyle bir zararın meydana gelmesi, zarar ve yükümlülüğü ihlal eden davranış arasında illiyet bağının bulunması ve CISG’de yer alan sorumsuzluk sebeplerinden birinin bulunmaması gerekmektedir⁴.

2. CISG’de Yer Alan Düzenlemeler

Tazminat sorumluluğu, CISG’nin 74 ila 77. maddeleri arasında düzenlenmiştir. CISG md. 74’te sözleşmenin ihlali halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının nasıl hesaplanacağı düzenlenmiş ve bu kapsamda tazminat miktarı için subjektif azami bir sınır belirlenmiştir. Tazminat talep eden taraf, basiretli bir tacir olarak sözleşmenin kurulduğu sırada öngörebileceği zararlar

¹ CISG Advisory Council, Opinion No.6, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, (son erişim 05.03.2016).

² Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (CISG)**, İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s.424.

³ Rudolf Welser, Irene Welser, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığ Halinde Başvurabileceği Hukuki İmkanlar”, Çev: Ayça Akkayan Yıldırım, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.5, S.1-2, 2006, s.162-163. 145-164

⁴ Atamer, **CISG**, s.426 vd.

haricindeki zarar kalemlerini tazminat miktarına ekleyemeyecektir⁵. Tazminat sorumluluğu kapsamında CISG md.74'de tazminat miktarının, mahrum kalınan kar da dâhil olmak üzere, zarar gören tarafın sözleşmenin ihlalden dolayı uğradığı zararın toplamına eşit olacağı düzenlenmiştir. Ayrıca tazminat miktarına ilişkin bir sınır getirilerek, sözleşmenin kurulması sırasında bilinen veya bilinmesi gereken veriler ışığında sözleşme ihlalinin sonucunda öngörülmesi gereken zararı aşamayacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda hesaplanacak olan tazminat miktarı md. 75'te düzenlenmiştir. Buna göre; sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra ikame mal alımı veya satımı halinde, tazminat talep eden taraf, ikame fiyat ile sözleşmede kararlaştırılan fiyat arasındaki farkı da talep edebilmektedir.

75. maddede uğranılan zararın gerçek değeri hesaplanmaktayken 76. Maddede zarar, soyut yöntemle hesaplanmaktadır. Soyut yöntem, ancak mallar için cari bir fiyatın var olması halinde kullanılabilir ve sözleşmede belirlenen fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki fark hesaba katılmaktadır⁶.

3. Tazminatın Kapsamı

CISG'de yer alan tazminat sorumluluğu, sözleşme alacaklısının zararının tamamen tazminini hedeflemektedir. Bu kapsamda, Türk hukukundan farklı olarak hakimin tazminatı belirlemede takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla; Türk hukukunun takdir yetkisine ilişkin hükümleri, CISG kapsamındaki sözleşmeler açısından uygulanamayacaktır⁷.

Sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara uğrayan taraf, çalışmamız kapsamında alıcı, fiili zararlarının ve yoksun kaldığı kârın tazminini talep edebilir. Bunların yanında sözleşmenin ihlali nedeniyle gündeme gelen üçüncü kişilerin taleplerinden doğan zararlar ve itibarın zedelenmesi nedeniyle doğmuş olan zararların da talep edilebileceği belirtilmiştir⁸. Burada istenebilir zararın sınırları, CISG md.74 ile çizilmiş ve bu kapsamda istenebilecek olan zarar, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebilir olan zararı aşamayacaktır.

⁵ Welsler, Welsler, **a.g.m.**, s.162-163.

⁶ Ibid, s.163-164.

⁷ Atamer, **CISG**, s.425.

⁸ Illinois (A.B.D.) Bölge Federal Mahkemesi Kararı, 10.04.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090410u1.html>, (son erişim 14.11.2015).

Atamer, öngörülebilirlik kriterini ele alırken tarafların bir edimin önemine sözleşmede açıkça yer vermesi ya da sözleşmede açıkça yer verilmese bile tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında ilgili edimin önemi hakkında bilgi alışverişinde bulunmuş olmalarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir⁹. Öngörülebilirliğin kapsamıyla ilgili *Dayıoğlu*, zarar miktarının kesin olarak öngörülmesinin değil sadece zararın genel kapsamının sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülebilir olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁰.

Yoksun kalınan kârın, CISG kapsamında tazmini talep edilebilecek kalemler arasında yer alması, satın aldığı malları tekrar kâr elde etmek amacıyla satan alıcı açısından önemlidir. Alıcı, malları tekrar satmak amacıyla olmamış olsa dahi malları herhangi bir şekilde kullanarak kâr elde edebileceği faaliyetlerde kullanmaktadır. Bu bakımdan ticari satım sözleşmesinin tarafı olan satıcının, alıcının malları kâr elde etme amacıyla aldığını bilmediği öne sürmesi mümkün değildir. Zararı azaltma külfetinin de uygulamada çoğu zaman yoksun kalınan kâr kalemi bakımından gündeme geldiği de görülmektedir. Bu husus, aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır.

III. Zararı Azaltma Külfeti

1. Genel Olarak

Tazminat yükümlülüğü ile bağlantılı olarak CISG kapsamında sözleşmenin ihlalden dolayı zarar gören taraf, zararını azaltmak için makul olan tüm önlemleri alma külfeti altındadır. Aksi takdirde, zarar görenin talep edeceği tazminatta bu külfete orantılı olarak indirim yapılmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere; tazminat sorumluluğunun parasal giderim şeklinde ortaya çıkması hususu, zararı azaltma külfetinde önem teşkil etmekte ve indirim parasal giderim üzerinden yapılmaktadır. Zararı azaltma külfeti, CISG md. 77’de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Madde 77 “Sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar

⁹ Yeşim M. Atamer, “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Bakış”, *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim Atamer, , İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2008, 221-266, s.244.

¹⁰ Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.118.

dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.”

Kural olarak zararı azaltma külfeti sadece alıcının üzerinde değildir, madde metninde de belirtildiği üzere sözleşmenin ihlaline dayanan taraf makul bütün önlemleri almak zorundadır. Dolayısıyla satıcının da zararı azaltma külfeti gündeme geldiği durumlar mevcuttur, Slovak Yüksek Mahkemesi bir kararında; alıcının sözleşme konusu malları teslim almayarak sözleşmeyi ihlal ettiğini ve bundan dolayı satıcının, tazminat talep etme hakkının bulunduğunu ancak satıcının teslim alınmayan malları bir başkasına satarak zararı azaltma külfetine uygun davranması gerektiğini belirtmiştir¹¹. Bununla birlikte uygulamada çoğunlukla karşılaşılan durum, alıcının sözleşmenin ihlaline dayanarak zararlarının tazminini talep etmesi ve de zararı azaltma külfeti altında olmasıdır.

Madde metninde açık olarak düzenlendiği ve mahkeme kararlarında altı çizildiği gibi; yoksun kalınan kar da zararı azaltma külfeti kapsamındadır¹². Bir başka deyişle tazminat talep eden taraf, sadece ihlal dolayısıyla gerçekleşecek olan ana zararı değil satım sözleşmesine konu olan mallar üzerinden elde edebileceği kara ilişkin de makul önlemler alma yükü altındadır. Somut olaya uygun makul olan önlemler alarak kârdan mahrum kalmanın önüne geçilebiliyorsa artık bu kalem, tazminat talep edilen tarafa yönlendirilmemelidir. Zarar gören taraf, bu imkana sahip olduğu halde hareketsiz kalırsa, mahrum kaldığı kâr miktarına kendi katlanmak zorundadır.

2. Zararı Azaltma Külfetinin Kaynağı

Doktrinadaki genel kabul, CISG’de yer alan zararı azaltma külfetinin, bir uluslararası ticaret genel ilkesi olan ve CISG md. 7/I’de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklandığıdır¹³. CISG md. 7/I’de dürüstlük kuralına aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

¹¹ Slovakya Yüksek Mahkemesi Kararı, 28.10.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081028k1.html>, (son erişim 08.11.2015).

¹² Murcia (İspanya) Yüksek Mahkemesi Kararı, 15.07.2010, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100715s4.html>, (son erişim 08.11.2015).

¹³ Atamer, CISG, s.483; Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.365-366; Peter Huber, Alastair Mullis, **The CISG, A New**

Madde 7 “(1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulamasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.”

CISG md.7/I’de yer alan düzenlemeye ekonomik bir bakış açısı getirilerek zararın artmasının önüne geçmek amacıyla makul önlemler alınmanın dürüstlük kuralına daha uygun olduğu görüşü benimsenmiştir. Buradaki ana fikir, zarar gören tarafın zararı azaltma olanağı varken pasif bir şekilde zararın gerçekleşmesini bekleyip oluşan zararların tazmini için dava açması yerine, onu zararın azaltılması için önlem almaya teşvik etmektir¹⁴.

Benzer yaklaşımda düzenlemeler 85. ve 86. maddelerde, hem satıcı hem alıcı için malların muhafaza edilmesi yönünden getirilmiştir¹⁵. Ayrıca başka hukuk sistemlerinde ve UNIDROIT İlkelerinde¹⁶ de bu yönde düzenlemelere rastlamak mümkündür¹⁷.

3. Hukuki Niteliği

Zararı azaltma külfetinin hukuki niteliğinin belirlenmesi doğuracağı sonuç bakımından önem taşımaktadır. Doktrinde zararı azaltma külfetinin hukuki niteliğinin bir yükümlülük değil ancak bir külfet olduğu özellikle vurgulanmıştır¹⁸. Külfet olmasının hukuki sonucu ise, ihlal halinde satıcı, alıcıyı ifaya

Textbook for Students and Practitioners, Münih, Selier European Law Publishers, 2007, s.289; Erhan Kanişlı, **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2013, s.42; Hector L. MacQueen, “Remedies for Breach of Contract: the Future Development of Scots Law in its European and International Context”, **Edinburgh Law Review**, C.1, S.2, 1997, s.215, 200-226.

¹⁴ Djakhongir Saidov, “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Pace International Law Review**, C.14, S.2, 2002, 307-377, s.350.

¹⁵ Bruno Zeller, **Damages Under Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2. Bası, Oxford, Oxford University Press, s.104.

¹⁶ Bkz. UNIDROIT İlkeleri md. 7.4.8. Zararın Azaltılması (Mitigation of Harm):
“(1) *The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps.*
(2) *The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.*”

¹⁷ Saidov, **a.g.m.**, s.349-350.

¹⁸ Huber, Mullis, **a.g.e.**, s.292; Atamer, **CISG**, s.438, dn.848; Kanişlı, **a.g.e.**, s.42.

zorlayamaz ve bir dava hakkı doğmaz. Alıcı, sadece zararının tamamının tazminini talep etme şansını yitirmektedir.

Dikkat çekilmesi gereken husus ise CISG’de zararı azaltma külfetinin, Unidroit ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin aksine¹⁹, “*tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.*” olarak ifade edilmesidir. Bu noktada madde metninde açıkça yer almayan husus, indirimin hakim tarafından re’sen mi inceleneceği yoksa ancak bir indirim talebinin varlığı halinde mi dikkate alınacağıdır²⁰. Doktrindeki görüşler, madde lafzının aksine düzenlemenin hakime re’sen inceleme yetkisi verdiği yönündedir²¹. Bu husus, aşağıdaki bölümlerde ele alınıp tartışılacaktır.

4. Kapsamı

Zararı azaltma külfetinin sadece tazminat talebi halinde mi uygulanacağı yoksa tazminat harici diğer taleplerde de mi gündeme geleceği tartışılmıştır. BM 1980 Viyana Konferansı’nda madde metni üzerine yapılan tartışmalar esnasında, A.B.D. temsilcisi madde metninin değiştirilerek genişletilmesini ve zararı azaltma külfetinin tazminat haricindeki taleplerde de uygulanması için değişiklik yapılması gerektiğini belirtmiştir²². Buna karşılık Almanya ve Kanada temsilcileri, bu değişikliğin zararı azaltma külfetinin kapsamını çok fazla genişleteceğini ve uygulamada öngörülemeyecek sonuçlara neden olabileceğini belirterek itiraz etmiştir²³. Ayrıca zararı azaltma külfetinin CISG

¹⁹ Uluslararası hukukun yeknesaklaştırılmasını hedefleyen her iki metinde de zararı azaltma külfetine uyulmaması halinde; sözleşmeye aykırı davran tarafın, külfete uymama oranında zarardan sorumlu olmayacağı yönünde emredici nitelikte ifadeler kullanılmaktadır:

PICC md.7.4.8.:

“ (1) Sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmeyen taraf, sözleşmenin ihlalden zarar gören tarafın makul önlemler alarak azaltılabileceği oranda zarardan sorumlu değildir.”

PECL md. 9:505:

“(1) Sözleşmeye aykırı davranan taraf, zarar görenin zararından, zarar görenin makul önlemler almakla azaltılabileceği oranda sorumlu değildir.”

²⁰ Baysal, **a.g.e.**, s.368.

²¹ Atamer, **CISG**, s.439, dn.849; Baysal, **a.g.e.**, s.368.

²² 31.03.1980 Tarihli BM Viyana Konferansı 1. Komite Görüşmeleri, para.55, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link77.html>, (son erişim 08.11.2015). A.B.D.’nin değişiklik teklifi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 3. Baskı, Lahey (The Hague), Kluwer Law International, 1999, s. 456 vd.

²³ *Ibid*, para. 60, 64, 65.

sistematığı içerisinde tazminat bölümünün bir parçası olarak düzenlendiğine ve böyle bir değişikliğin sistematığı bozacağına oturum başkanı tarafından dikkat çekilmiştir²⁴. Doktrinde yer alan baskın görüş de 77. maddenin sadece tazminat talebinde uygulanması gerektiği yönündedir²⁵. Bu noktada kanaatimizce, hem CISG sistematığı hem de kapsamın sınırlı ve belirli olması gerekliliği göz önüne alındığında zararı azaltma külfetinin sadece tazminat talebinde uygulanması gerekmekte ve geri kalan talepler bakımından genel kural olan dürüstlük kuralına başvurularak talebin türüne uygun çözümler bulunmalıdır.

CISG'deki zararın azaltılması külfetine ilişkin düzenlemenin, özellikle karışık ve tespiti zor zararlar için, alıcıya meşakkatli bir külfet yüklediği düşünülmemelidir. Dolayısıyla bu gibi zararlar için alıcının zararı azaltma külfeti bulunmadığını söylemek yerinde olur aksi takdirde; zararı azaltma külfeti, kaynaklandığı dürüstlük kuralına tezat yaratacaktır. Şöyle ki; sözleşmeyi ihlal ederek zararın meydana gelmesine sebep olan tarafın ortaya çıkan karışık ve tespiti zor zararlar için zarar gören taraftan bir de masraflı ve meşakkatli önlemler almasını beklemesi ve bu hususu öne sürmesi başlı başına dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu gibi zararların meydana gelmesi halinde yabancı yazar *Bridge*, ikili bir ayırım yapmış ve karışık ve tespiti zor zararlarla karşılaşan alıcının, zararı azaltma külfeti altında olmamasına rağmen yine de zararı azaltacak önlemler almayı tercih ettiğinde buna ilişkin tali zararlarının tazminini de talep edebileceğini aksi halde ise ana zararlarının tazminini talep edebileceğini belirtmiştir²⁶. Zararı azaltma külfeti kapsamında *Uzun*, alınan önlemlerin ve yapılan masrafların makul ve öngörülebilir olma şartlarının birlikte aranması gerektiğini belirtmiştir²⁷.

²⁴ *Ibid*, para. 57.

²⁵ Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods**, (Editör: Ingeborg Schwenzer), 3 Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010, Article 77, no:4, Baysal, a.g.e., s.369, Atamer, **CISG**, s.439. Zararı azaltma külfetine ilişkin olarak *Baysal* ise, 77. maddenin kaynağı olan dürüstlük kuralına inerek; zarar gören tarafın, tazminat talebi yerine aynen ifa veya sözleşmeden dönme gibi başkaca taleplerde ısrar etmesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık varsa bu taleplerin sınırlanabileceğini belirtmiştir (Baysal, a.g.e. s.370).

²⁶ Michael Bridge, "Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods", **International & Comparative Law Quarterly**, C.59, S.4, 2010, s.915, dn.21, 911-940.

²⁷ Tuğba Birinci Uzun, "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.16, S.1, 2014, 151-193, s.174.

5. CISG Madde 80 İle Karşılaştırılması

CISG'nin 4. ayırımında sorumluluktan kurtulma başlığı altında 80. maddede “müterafik kusur” düzenlenmiştir. 77. maddede yer alan zararı azaltma külfetine paralel olarak, müterafik kusurun düzenlendiği 80. madde de hem satıcı hem de alıcı bakımından uygulanmaktadır²⁸:

Madde 80 – “*Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.*”

Alıcının hareketleri veya hareketsizliği, satıcı açısından ifa engeli oluşturması durumunda satıcı sorumluluktan kurtulacaktır. Bu maddedeki düzenleme de yine dürüstlük kuralından kaynağını almaktadır. Hatta *Atamer*, 80. Madde CISG’de düzenlenmese dahi 7. Maddede yer alan dürüstlük kuralından hareketle aynı sonuca varılabileceğini öne sürmüştür²⁹.

Müterafik kusur terimi, ortak kusur, birlikte kusur veya zarar görenin kusuru anlamında kullanılmaktadır³⁰. Ancak CISG’de yer alan sorumluluk türünün kusur sorumluluğu olmaması ve bir çeşit garanti sorumluluğu olmasından dolayı madde 80’de yer alan düzenleme, tam anlamıyla müterafik kusur teriminin karşılığını oluşturmamaktadır. *Baysal*, bu madde kapsamında sorumluluktan kurtulmanın uygulanması için kusurun aranmayacağı ifade etmiştir³¹.

Neumann, CISG md.77 ve md.80’in karşılaştırıldığında; md.80 lafzının zararı önleme veya azaltma yükü içermediğini, md.7’de yer alan dürüstlük kuralına uygunluğun tüm CISG maddelerinin yorumunda kullanılmakla birlikte, sözleşme taraflarından birinin kusuru nedeniyle ortaya çıkan ifa engeli halinde, diğer tarafın, zararı önleme veya azaltma yükü altında olduğunu belirten herhangi açık bir hükmün CISG’de bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak bunun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek kusurlu tarafın kusurunun, ifa engeli ile arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığının tespiti yapılması gerektiğini belirtmiştir³². Buna ilişkin bir CIETAC (Çin Uluslararası Ekonomik

²⁸ Baysal, **a.g.e.**, s.370.

²⁹ Atamer, **CISG**, s.470-471.

³⁰ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, 16. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 410; Adli Kısagün, “Müterafik Kusur”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1961, S.4, s.9 vd.

³¹ Baysal, **a.g.e.**, s.370-372

³² Thomas Neumann, “Shared Responsibility under Article 80 CISG”, **Nordic Journal of Com-**

ve Ticari Tahkim Komisyonu) kararında; satıcı, ülkesinde yaşadığı doğal afet ve alıcının sözleşmede teslimi öngörülen banka evraklarını geç teslim etmesi nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan mal olan sarı fosforu eksik olarak teslim etmesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağını öne sürmüştü ancak ikame mal satın alarak alıcıya teslim edebileceği gerekçesiyle satıcı haksız bulunmuştur³³. Ancak alıcının sözleşmede belirlenen banka evraklarını geç teslim etmesinden dolayı, banka evraklarının tesliminin malların teslimine etkili olduğu gerekçesiyle alıcının da kusurlu olduğunu belirterek ortaya çıkan zararın %70'inin satıcı tarafından tazmin edilmesi, %30'una da alıcının katlanması gerektiğine hükmedilmiştir³⁴.

Alıcının zararı azaltma külfetini düzenleyen CISG 77. madde ve CISG 80. madde kanımızca birbirine benzer düzenlemeler içermektedir. CISG 80. madde kapsamında tespite yardım eden kıstas, alıcının hareketleri veya hareketsizliği olmasaydı satıcının yine de ifa yükümlülüğünü ihlal edip etmeyeceğidir³⁵. Bu noktada; 77. madde ve 80. madde arasındaki en önemli fark, 80. maddede alıcı, doğrudan sözleşmenin ihlaline sebep olurken 77. maddede alıcı, sadece satıcının sözleşmeyi ihlali sonucu ortaya çıkan zararın artmasına neden olmaktadır. Bu önemli fark da, ortaya çıkan hukuki sonucu etkilemektedir. 80. madde sonucu satıcı tamamen sorumluluktan kurtulmakta ve alıcı ona taleplerini yöneltememektedir ancak 77. maddede alıcı, sadece tazminat talebinin miktar olarak bir kısmından mahrum kalmaktadır.

IV. Zararı Azaltma Külfetine Aykırılık

1. Makul Önlemlerin Alınmaması

Zararı azaltma külfetinin belki de en önemli unsuru, makul önlemlerin alınmasıdır. Çok soyut ve belirsiz olan makuliyet ölçüsünü saptamak için yar-

mercial Law, S.2, 2009, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann1.html>, (son erişim 05.03.2016), s.5-6.

³³ Malın özellikleri ve sözleşmede yer alan hükümler gereği Kurul, alıcının ikame mal satın almasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

³⁴ CIETAC Kararı, (yellow phosphorus case), 09.08.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020809c1.html>, (son erişim 0.03.2016).

³⁵ Atamer, **CISG**, s.471; Yeşim Atamer, "Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?", **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Özel Sayı (Armağan) C.8, 2013, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/13-Ye%C5%9Fim-M.-ATAMER.pdf>, (son erişim 14.11.2015), s.487 vd., 487-509.

dımcı kriterlere ihtiyaç vardır. Madde metninde “koşullar dikkate alındığında makul olan önlemler” ifadesi yer almaktadır. Burada yer alan “koşullar” ifadesi, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini, ticari teamülleri ve alışkanlıkları kapsamaktadır³⁶. Ayrıca zarar gören tarafın, çalışmamız kapsamında alıcının, konumunda bulunan makul ve sağduyulu bir kişinin ne gibi önlemler alarak zararı önleyebileceği ya da azaltabileceği de incelenmelidir³⁷.

Troiano, CISG kapsamında makuliyetin CISG md. 8³⁸ kapsamında yorumlanması gerektiğini ve maddede yer alan makul kişi kavramının, beyan ve davranışların yöneltildiği tarafın “*objektif ve soyut anlayışı*”³⁹ baz alınarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰. Ayrıca *Troiano*, maddede yer alan makul kişi kavramı ile Roma hukukundan gelen *bonus pater familias* kavramının fonksiyonel olarak birbirine eşdeğer olduğunu ve de Kara Avrupası hukukunda yer alan özenli ve dikkatli kişi kavramına fonksiyonel olarak paralellik gösterdiğini ifade etmektedir⁴¹.

Doktrinde *Zeller*, makuliyet ölçüsünün belirlenmesinin hukuki değil, fiili bir sorun olduğunu belirtmiştir⁴². Riznik de aynı yönde görüş belirterek, alınacak önlemlerin makul olup olmadığının tespitinde birçok faktörün göz önüne alınması gerektiğini ve dolayısıyla somut olaylar haricinde, makul önlemlere ilişkin sınırlı sayıda bir liste belirlemenin mümkün olmadığını belirt-

³⁶ Atamer, **CISG**, s.439; Kanışlı, **a.g.e.**, s.42.

³⁷ Huber, Mullis, **a.g.e.**, s.290; Atamer, **CISG**, s.439.

³⁸ CISG md.8: “1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır; yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.”

³⁹ “Objective and abstract horizon”

⁴⁰ Stefano Troiano, “To What Extent Can the Notion of ‘Reasonableness’ Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective”, **European Review of Private Law**, C.17, S.5, 2009, 749-787, s.762.

⁴¹ Troiano, **a.g.m.**, s.763.

⁴² Bruno Zeller, “Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art.9:505)”, **CISG Veritabanı**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>, (son erişim 05.03.2016).

miştir⁴³. *Opie* ise zararı azaltmak için alınan önlemin niteliği, ne kadar sürede harekete geçildiği ve alınan önlem yerine aynı durumda başka bir önlem alınıp alınamayacağı belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁴.

Makul önlemler kavramının net bir şekilde sınırını çizmek mümkün olmasa da hangi önlemlerin zararı azaltma külfetine uygun olduğunu daha iyi kavrayabilmek mahkeme kararlarındaki uygulamaların incelenmesi gerekmektedir. Bir Slovakya mahkemesi kararında, satım sözleşmesi konusu olan ve alıcıya teslim edilen patateslerin nemli ve çürümekte olduğu alıcı tarafından fark edilmiş ve satıcıya bu durumu bildirmiştir. Mahkeme, dava konusu olayda alıcının, satıcının yönlendirmesi ile patatesleri yıkayarak iyi durumda olanları ayırmasını makul önlem olarak değerlendirmiş ve alıcının zararı azaltma külfetine uygun davrandığına hükmetmiştir⁴⁵.

Zararı azaltma külfeti kapsamında, somut olayın özelliklerine göre satım sözleşmesi konusu malların ikamelerinin satın alınması da gündeme gelebilir. Bir Brezilya mahkemesi kararında alıcı, satıcının teslim ettiği elektrikli aşındırma makinelerinin sözleşmeye uygun olmaması ve çalışmaması nedeniyle işyeri faaliyetlerini durdurmak zorunda kaldığını iddia ederek tüm zararlarının tazminini talep etmiştir. Mahkeme, alıcının ikame mal satın alarak ya da kiralayarak işyeri faaliyetlerini devam ettirebileceğine ancak alıcının bunu yapmayarak zararın artmasına neden olduğuna ve zararın azaltılması külfetine aykırı davrandığına hükmetmiştir⁴⁶. Bu kararda görüldüğü üzere; alıcı, altında bulunduğu koşullara göre seçeneklerini gözden geçirmeli ve dürüstlük kuralına uygun olan önlemin ikame mal alımı olması halinde bu yola başvurarak zararın artmasını engellemelidir. Aynı şekilde satıcının zararı azaltma külfeti altında olduğu durumlarda, üçüncü kişilere derhal satımın gerçekleştirilmesi de makul önlem olarak kabul edilmektedir⁴⁷. İkame mal alımının sözleşme

43 Peter Riznik, “Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss”, **CISG Veritabanı**, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>, (son erişim 05.03.2016).

44 Elisabeth Opie, “Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG”, **CISG Veritabanı**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>, (son erişim 05.03.2016).

45 Komarno (Slovakya) Bölge Mahkemesi Kararı, 24.02.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html>, (son erişim 08.11.2015).

46 Rio Grande do Sul (Brezilya) Temyiz Mahkemesi Kararı, 20.05.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520b5.html>, (son erişim 08.11.2015).

47 Antwerp (Belçika) İstinaf Mahkemesi Kararı, 22.01.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070122b1.html>, (son erişim 08.11.2015).

şartlarıyla açıkça belirlenmesine ihtiyaç yoktur, külfete uygunluk için bu önlemin alınması CISG md.77 gereğidir⁴⁸.

İkame mal alımının yapılmış olması her durumda ve her fiyatta makul önlem olmayabilir. Satım sözleşmesi konusu malların yerine, birçok farklı fiyatta seçenek mevcutken iki üç katı fazla fiyatta olan malların ikame olarak satın alınması, makul önlem olarak kabul edilemez ve bu durum, zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil edecektir. Bir Fransız mahkemesi kararında, satım sözleşmesinde birim fiyatının rengine göre 0.93-0.98 Euro olarak kararlaştırılan mallar, satıcı tarafından teslim edilmeyerek satım sözleşmesi ihlal edilmiştir. Alıcı ise, faaliyetlerini devam ettirmek amacıyla ikame mal alımını tercih etmiş ancak birim fiyatı 1.98 Euro olan mallarda satın almıştır. Fransız mahkemesi, birim fiyatları arasında 1 Euro fark olması nedeniyle alıcının yapmış olduğu ikame mal alımını makul bulmamış ve bunun alıcının zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiştir⁴⁹.

Zararı azaltma külfeti, satıcı tarafından alıcı üzerinde hukuki baskı yaratmak amacıyla veya sözleşme şartlarını değiştirme amacıyla kullanılamaz. Bu doğrultuda 77. maddenin alıcıya asli bir yükümlülük yüklediği ve bunun sadece bir külfet olduğu unutulmamalıdır. Bu noktada Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 12.01.2007 tarihli kararı önem taşımaktadır. Dava konusu uyuşmazlıkta satıcı, kendinden kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirlenen teslim yerinden başka bir yerde malları teslim edebileceğini alıcıya bildirmiş ve zararı azaltma yükünü hatırlatarak malları belirttiği yerde teslim alması gerektiği yönünde uyarmıştır. Ancak mahkeme, bu tek taraflı beyan ile sözleşme koşullarını değiştirmenin hukuken yeterli olmayacağına ve zararı azaltma külfetinin alıcı aleyhine bu şekilde kullanılmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁰.

Zararı azaltma açısından makul önlem, hukuki bir talebin zamanında ileri sürülmesi olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Bir Brezilya mahkemesi kararında, alıcının geç ödemeleri karşısında, satıcının sözleşme ile belirlenmiş

⁴⁸ Magdalena Raczynska, "Recoverability of the Buyer's Lost Resale Profit Under CISG", **Nordic Journal of Commercial Law**, S.2, 2007, http://njl.utu.fi/2_2007/article2.pdf, (son erişim 05.03.2016), s.9,

⁴⁹ Rennes (Fransa) İstinaf Mahkemesi Kararı, 27.05.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html>, (son erişim 08.11.2015).

⁵⁰ Köln (Almanya) Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı, 12.01.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070112g1.html>, (son erişim 08.11.2015).

olan cezai şart talebini 1 sene sonra ileri sürmesi, dürüstlük kuralına ve ayrıca zararı azaltma külfetine aykırı bulunmuştur. Mahkeme, bu durumda zaman geçmesiyle ödenmesi gereken miktarın arttığını ve bunun da zararı azaltma külfetiyle bağdaşmadığını belirtmiştir⁵¹

Somut olaya göre ne gibi makul önlemler alınabileceği hususunda ilginç bir karar incelemesi, *Schlechtriem* tarafından yapılmıştır⁵². Bir Amerikan mahkemesi kararında, avukatlara ödenen ücretler, CISG md. 74 kapsamında öngörülebilir zarar kalemleri içerisinde sayılmıştır⁵³. Ancak sonraki tarihli üst derece Amerikan mahkemesi kararında, avukatlara ödenen ücretler ve yargılama giderleri CISG md.74 kapsamında talep edilebilecek zararlar kapsamı altında kabul edilmemiştir⁵⁴. Buna karşın, Amerika dışında Çin⁵⁵, Almanya, Belçika, Finlandiya ve İsviçre başta olmak üzere birçok ülkede avukatlık ücretleri ve yargılama giderleri, CISG md.74 kapsamındaki zararlardan kabul edilmiştir⁵⁶. Doktrinde ise, avukatlık ücretleri ve yargılama masraflarının CISG md.74 kapsamında değerlendirilmesi⁵⁷ ve kapsam dışında tutulması⁵⁸

51 Sao Paulo (Brezilya) Temyiz Mahkemesi Kararı, 03.07.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070703b5.html>, (son erişim 08.11.2015).

52 Peter Schlechtriem, “Attorneys’ Fees as Part of Recoverable Damages”, *Pace International Law Review*, C.14, S.205, 2002, s.208-209, 205-209.

53 Illinois (A.B.D.) Bölge Mahkemesi Kararı - 155 F. Supp. 2d 969 (N.D. Ill. 2001), 22.08.2001, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/155/969/2365544/>, (son erişim 08.11.2015),

54 Kararda, yargılama masraflarının CISG md.74 kapsamında değerlendirilemeyeceği, aksinin kabulü halinde; taraflar arasında eşitsizlik yaratılacağı, davacı tarafın davayı kazanması halinde yargılama masraflarını CISG md.74 kapsamında talep edebilmesine karşın davalı tarafın davayı kazanmasına rağmen davacının sözleşmeyi ihlal etmemesi nedeniyle yargılama masraflarını tazminat kalemi olarak talep edememesi sonucunu doğuracağı belirtilmiştir (Amerikan Federal Temyiz Mahkemesi Kararı, *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc.*, 19.11.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>, son erişim 26.02.2016), bu yönde görüş için bkz.

55 Bkz. CIETAC Kararı, (India rapeseed meal case), 29.09.2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040929c1.html>, (son erişim 06.03.2016).

56 Kieth William Diener, “Recovering Attorneys’ Fees under CISG: An Interpretation of Article 74”, *Nordic Journal of Commercial Law*, S.1, 2008, http://www.njcl.utu.fi/1_2008/article3.pdf, son erişim 26.02.2016, s.8 vd.

57 John Felemegas, “An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals”, 31.12.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas4.html>, (son erişim 26.02.2016).

58 Harry M. Flechtner, “Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Foreign Case law in CISG Jurisprudence, with a Post-Script on Zapata Hermanos Sucesores, S.A.

yönünde farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁹. *Zeller*, anılan Amerikan mahkemesi kararlarına ilişkin yorumunda, sorunun iki noktada toplandığını bunlardan birincisinin avukatlık ücretlerinin öngörülebilir olup olmadığı, ikincisinin ise çözümün CISG md.7/II kapsamında iç hukuk dâhilinde aranıp aranmayacağı olduğunu belirtmiş ve sonuç olarak da uluslararası ticarete olası bir uyuşmazlık halinde önemli bir zarar kaleminin avukatlık ücreti olduğunun herkes tarafından öngörülebildiğini ve md.7/II kapsamında iç hukuk dahilinde çözüm aranmaması gerektiğini öne sürmüştür⁶⁰. *Schlechtriem* ise, avukatlık ücreti kalemlerinin Amerikan mahkemeleri önünde CISG md.74 kapsamında sayılabilmesi için sözleşme hükümlerinde düzenleme ya da esasa uygulanacak hukuk seçimi yapılmasını tavsiye etmektedir⁶¹. Ayrıca avukatlık ücretlerinin CISG md. 74 kapsamında sayılması halinde md.77’de yer alan zarar azaltma külfetinin de devreye gireceğini ve astronomik miktarlarda avukatlık ücreti içeren birden çok avukatlık sözleşmesi akdetmenin, zarar görenin zararı azaltma külfetine aykırı olacağını belirtmiştir⁶². Bu örnek ve incelemeden de görüleceği üzere; makul önlemlerin kapsamı çok geniş ve her somut olaya göre değişkenlik göstermektedir.

2. Külfete Aykırılığın İspatı

Zararı azaltma külfetine aykırı davranılması halinde tazminattan indirim talep eden taraf, tazminat talep eden tarafın bu külfete nasıl aykırı davrandığını, ne gibi makul önlemler almasının mümkün olduğunu ve makul önlemler alınmış olsa idi zararın ne oranda azalacağını ispat etmesi gerek-

v. Hearthside Baking Co.” <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner4.html>, (son erişim 26.02.2016) ; Harry Flechtner & Joseph Lookofsky ‘Viva Zapata! America Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal’ (2003)”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner5.html>, (son erişim 26.02.2016); Andreas Ehlers, “Establishing a Uniform Interpretation of the CISG: A Case Study of Article 74”, *Nordic Journal of Commercial Law*, S.2, 2013, http://njcl.utu.fi/2_2013/ehlers_andreas.pdf, son erişim 26.02.2016, s.27, dn.97).

59 Troy Keily, “How Does the Cookie Crumble? Legal Costs under a Uniform Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Temmuz 2003*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily2.html#47>, (son erişim 26.02.2016).

60 Bruno Zeller, “Interpretation of Article 74 – Zapata Hermanos v Hearthside Baking, Where Next?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, S.1, 2004, http://njcl.utu.fi/1_2004/commentary1.pdf, (son erişim 05.03.2016), s.4.

61 Peter Schlechtriem, “Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law”, *Journal of Law and Commerce*, C.26, S.7, 2006, 71-80, s.79.

62 Schlechtriem, *Attorneys’ Fees*, s.208-209.

mektedir⁶³. Bu açıdan CISG kapsamında ispat yükü, Türk usul hukukuna ve mehz alınan İsviçre usul hukukuna da paralellik göstermektedir. Usul hukukumuzda genel olarak ispat yükü, TMK md. 6 ve HMK md. 190 gereği bir vakıadan kendi lehine sonuç çıkararak taraftadır⁶⁴. Çalışmamız alıcının zararı azaltma külfetiyle sınırlı olması nedeniyle çalışmamız kapsamında ispat yükünün satıcıda olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

İspat yükü, ICC Tahkim Kurulu'nun Haziran 1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararda ele alınmıştır. Uyuşmazlık konusu satım sözleşmesi ile belli kalitedeki koka yapraklarının satışı kararlaştırılmıştır ancak satıcının teslim ettiği yaprak kararlaştırılan kalitede olmadığı için yaprakları tekrar satmak amacıyla alan alıcı yüksek kalitede başka yapraklar satın alarak harmanlamıştır. Ancak alıcı, harmanlanmış yaprakların kalitesi nedeniyle kendine alıcı bulamamış ve sonuç olarak alıcının zararı azalmak yerine artmıştır. Tahkim yargılaması esnasında sözleşmeyi ihlal eden satıcı, sadece genel olarak alıcının koka yapraklarını harmanlamasının zararı azaltma yüküne uygun olduğunun kabul edilemeyeceğini öne sürmüştür. ICC Tahkim Kurulu ise, alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığının satıcı tarafından ispatlanması gerektiğini ancak satıcının hiçbir delil öne sürmeden sadece genel bir ifadeyle iddiada bulunmasının ispat yükü bakımından yeterli olmadığına hükmetmiştir. Kurul, bu noktada satıcının alıcının ne gibi önlemler alarak ya da ne gibi işlemlerden geçirecek koka yapraklarını daha iyi değerlendirebileceğini ortaya koymasını gerektiğini belirtmiştir⁶⁵.

İspat yüküne ilişkin bir başka kararda İsviçre Federal Mahkemesi, satıcının, alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığına ilişkin iddiasını ispat için yalnızca kendi çalışanını tanık olarak dinletmesinin yeterli olmadığını, bu iddianın destekleyici başka delillerle de kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁶.

⁶³ *Ibid*, s.289; Kanişlı, a.g.e., s.43.

⁶⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.563.

⁶⁵ ICC Tahkim Kurulu Kararı, Haziran 1999, No:9187, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=466&step=FullText>, (son erişim 07.11.2015)
İspat yüküne ilişkin başka kararlar için bkz. Murcia (İspanya) Yüksek Mahkemesi, 15.07.2010, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100715s4.html>, (son erişim 08.11.2015); Seul (Güney Kore) Bölge Mahkemesi, 19.12.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081219k3.html>, (son erişim 08.11.2015)

⁶⁶ İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, 18.05.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090518s1.html>, (son erişim 08.11.2015), para. 11.1.

3. Tazminatın İndirilmesi

Zararı azaltma külfeti, yukarıda da ayrıntılı olarak tartışıldığı üzere sadece tazminatın indirilmesine etki etmektedir. Bu doğrultuda alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davranması, tüm tazminat hakkının ortadan kalkmasına neden olmaz. Çünkü zararı azaltma külfetine uyulsa da uyulmasa da, sözleşmesinin ihlali durumu söz konusudur. Dolayısıyla zararı azaltma külfetine uymamak sadece zararın artmış olan kısmına katlanma zorunluluğu getirmektedir.

Zararı azaltma külfeti kapsamında, zarar gören tarafın alacağı önlemler için yapacağı masrafların hem makul olması hem de zarar veren tarafça öngörülebilir olması gerekmektedir⁶⁷. Tazminatın indirilmesi için yapılan masrafların makul ve öngörülebilir olması şartları birlikte aranmaktadır. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, CISG md.77 dolayısıyla zarar gören tarafın bir takım önlemler alacağını ve bu önlemler dolayısıyla bir takım masrafların ortaya çıkacağını öngörmesi beklenir bir davranıştır. Aynı şekilde, tarafların içinde bulunduğu ve sözleşmede belirlenen koşullar tartışılarak alınan önlemler nedeniyle ortaya çıkan masrafların da makul ve öngörülebilir olması gerekmektedir⁶⁸.

Bu husus, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 17.12.2009 tarihli kararında ele alınmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, davalı İsviçreli saat üreticisi, CISG kapsamında satıcı ve davacı Ukraynalı saat satıcısı ise, alıcı konumundadır. Davalı saat üreticisi, Ukrayna'da davacının rakibi bir firmayla tek satıcılık anlaşması imzalamış ve dolayısıyla davacıyla arasındaki sözleşmeyi ihlal ederek ona saat satımını durdurmuştur. Davacı ise bunun üzerine, kendi müşterileriyle arasında yapmış olduğu sözleşmelere istinaden borçlarını yerine getiremediğini ve faaliyetlerini durdurmak zorunda kaldığını iddia ederek davalıdan sipariş etmiş olduğu saatlerin bedeli ve saatlerin kendi müşterilerine satışından elde edeceği kârın toplamını talep ederek İsviçre yerel mahkemesinde dava açmıştır. Yerel mahkeme, zararı azaltma külfeti kapsamında davacının Ukrayna'daki tek satıcıdan saat satın alması gerektiğini ancak davacının bunu yapmayarak zararı azaltma külfetine aykırı davrandığını belirtmiş ve tüm tazminat talebini reddetmiştir. Kararın temyizinin davacı tarafından talep edilmesi üzerine; İsviçre Federal Mahkemesi, davacının zararı azaltma

⁶⁷ Ayşe Elif Ulusu, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, İstanbul, Beta 2011, s.150.

⁶⁸ Birinci Uzun, **a.g.m.**, s.174.

külfetine uygun davranmadığına, Ukrayna'daki tek satıcıdan saat satın alarak kendi müşterilerine karşı borçlarını ifa etmeye devam edebileceğini belirtmiştir. Ancak Federal Mahkeme, yerel mahkemenin tüm tazminat kalemlerini reddederek zararı azaltma külfetini yanlış yorumladığına ve bu külfete uygun davranmayan davacının ikame satın alma yapmadığı için yoksun kaldığı kârın tazminat miktarından indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁹.

Kararda da görüldüğü üzere; satıcı, CISG kapsamındaki sözleşmesine aykırı davranmış ve alıcının zarara uğramasına neden olmuştur. Bu ihlalden dolayı oluşan zarar saatlerin sözleşme kapsamındaki bedelleri ve alıcının bu saatleri kendi müşterilerine satarak elde edeceği kârdır. Somut olayda, alıcının çok fazla çaba ve masraf yapmadan makul önlemi alma imkânı bulunmaktadır. Başka bir deyişle alıcı, sözleşme konusu saatleri, Ukrayna'da başka bir satıcıdan satın alma, bunları kendi müşterilerine satma ve dolayısıyla elde edeceği kâr bakımından zararı azaltma imkânına sahiptir. Ancak alıcının bu külfete aykırı davranması, tazminat talep etme hakkının tamamen ortadan kalkmasına değil sadece azaltılabilecek zarar oranında (mahrum kalınan kâr) tazminat hakkından indirimine sebep olmaktadır. Mahrum kalınan kârı önlemek için ikame mal alımı yapılması durumunda, tazminat hesabı yapılırken ikame mal alım bedeli ve ihlal edilen satın sözleşmesinde yer alan bedel arasındaki fark zarar miktarına eklenir⁷⁰.

V. Zararı Azaltma Külfetinin Türk Hukukundaki Yansıması

1. Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

Türk Borçlar Kanunu'nda zararı azaltma külfeti, CISG'den farklı olarak haksız fiil sorumluluğu altında düzenlenmiştir. Bunun doğal sonucu olarak, kusur sorumluluğunun bir parçasıdır. Ancak TBK md. 114/2'de yapılan atıfla haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kıyasen sözleşmeye aykırılık durumunda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte; zararı azaltma külfeti, CISG'de olduğu gibi tazminata ilişkin düzenlemelerin bir parçası olarak ele alınmıştır. TBK md.51/1'de tazminatın belirlenmesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi kararı, 17.12.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217s1.html>, (son erişim 07.11.2015).

⁷⁰ Murcia (İspanya) Yüksek Mahkemesi, 15.07.2010, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100715s4.html>, (son erişim 08.11.2015).

MADDE 51- *“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.”*

TBK md.51’de hakime, tazminatın belirlenmesi ile ilgili geniş ölçüde takdir yetkisi verildiği görülmektedir. TBK md.52/1’de ise zararı azaltma külfeti ve tazminatın indirilmesi düzenlenmiş, ayrıca hangi kriterlerin tazminatın indirilmesinde rol alacağı belirlenmiştir:

MADDE 52- *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”*

TBK md.52 ile md.51’e paralel olarak hakime tazminatın indirilmesi veya kaldırılması ile ilgili takdir yetkisi vermektedir. Burada öngörülen soyut koşul, herkes gibi zarar görenin de dürüstlük kuralına uygun davranması, zararın zarar veren tarafça tazmin edileceği düşüncesiyle zararın doğumuna veya artmasına sebep olmamasıdır.

2. Doktrinde Yer Alan Görüşler

Doktrinde, makul bir kişiden beklenenin kendi menfaati doğrultusunda zarar görmekten kaçınması olduğu belirtilmiştir⁷¹. Bu doğrultuda; zarar gören kişinin, zararın doğumuna sebep olmaması ve zararın doğması halinde ise bu zararın artmasına neden olacak davranışlarda bulunmaması gerekmektedir⁷². Aksi bir durumun kabulü, evrensel bir hukuk kuralı olan ve TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralına uymayacaktır. Bu düşüncenin yansıması olarak da Türk hukuk sistemi, zarar görene, zarardan sakınacak veya zararı artırmayacak davranışlarda bulunma külfet getirmiştir.

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, zararı azaltmanın, CISG’de olduğu gibi Türk hukukunda da bir yükümlülük olarak değil, bir külfet olarak düzenlenmiş olmasıdır. Külfet, kişinin kendisine yüklenmiş olan davranış ödev-

⁷¹ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.319.

⁷² Haluk Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s.85.

lerini yerine getirmemesi halinde hak kaybına uğramasını ya da kendi lehine olabilecek bir hukuki durumdan mahrum kalması olarak tanımlanmıştır⁷³.

Külfet-yükümlülük ayrımının en önemli sonucu; zarar görene yüklenenin külfet olmasından dolayı zarar görenin bu külfete uymayan davranışlarda bulunması halinde, aksi yönde davranışların edasının kendisinden talep ve dava edilememesidir⁷⁴. Külfete bağlanan sonuç ise; zarar görenin, külfete uygun olmayan davranışının sonuçlarına katlanmak zorunda olmasıdır⁷⁵.

Doktrinde *Oğuzman ve Barlas*, zararı azaltma külfetinin dürüstlük kuralının bir yansıması olmasının hakime re'sen inceleme yetkisi vermeye etkisinin olmayacağı ve tarafların talepleri doğrultusunda bu hususa aykırılığın inceleneceği belirtmiştir⁷⁶. Bu konuda yukarıda yer alan açıklamalarımızı burada tekrar etmekten kaçınarak bu görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz.

3. Yargı Kararları

Yargıtay içtihatlarında, tazminatın belirlenmesi noktasında hâkimin takdir yetkisine ilişkin birçok karar bulunmaktadır⁷⁷. Ancak içtihat konusu kararların birçoğunda müterafik kusur ele alınmıştır⁷⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.06.1997 tarihli kararında, hâkimin tazminat miktarını belirlerken zararı azaltma külfetine uygun davranılıp davranılmadığına ilişkin incelemeyi de re'sen yapması gerektiğini belirtmiştir.

“...alacaklının mamelekindeki artmanın engellenmesi anlamında olan bu tazminatı belirlemek hâkime ait bir görevdir. BK.nun 98/son fırcası yolu ile sözleşmelerde de uygulanması gereken BK.nun 42. maddesi uyarınca, hâkim zararın tutar ve

⁷³ Kocayusufpaşaoğlu *et al.*, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, C.1, İstanbul Filiz Yayınevi, 2008, Bölüm 2, No:54; Baysal, **a.g.e.**, s.30.

⁷⁴ Nomer, **a.g.e.**, s.85.

⁷⁵ Baysal, **a.g.e.**, s.30.

⁷⁶ Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 19. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.267.

⁷⁷ Bu yönde bazı örnek kararlar için bkz: Y. 11. HD 2013/16697 E, 2014/5330 K, 19.3.2014 T. (Kazancı İçtihat Bankası); Y. 15. HD 2015/4466 E, 2015/11816 K, 10.11.2015 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y 11. HD 2013/18227 E, 2014/2702 K, 17.02.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁸ Y. 3. HD 2014/19512 E, 2014/16971 K, 22.12.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

kapsamını doğrudan doğruya (resen) araştırmak ve tesbit etmek zorundadır. Bu zararı tesbit ederken de halin mutad cereyanı yanında, zarar görenin zararın azaltılması ve çoğalmasının önlenmesi için aldığı veya alması gereken tedbirleri de göz önünde bulunduracak ve gerektiğinde BK.nun 44. maddesini uygulayacaktır. Mahkemece açıklanan bu ilkeler doğrultusunda hiçbir araştırma yapılmadan bilirkişinin gerekçesiz raporuna dayanarak davacının kâr yoksunluğunun 3 ay ile sınırlı tutulması doğru değildir. O itibarla uyuşmazlığın niteliğine göre olayda hukuksal ve sağlıklı bir çözüme ulaşılabilmesi için mahkemece yapılacak iş öncelikle akdin feshinden sonra davacının aynı muntıkada bayilik kurup kurmadığı, kurmuş ise bu bayiliğin satışa başladığı tarih ile akdin feshi tarihi arasında; geçen sürenin belirlenmesi, şayet fiilen bayilik kurmamış ise, iptal edilen bayiliğin istanbul, Şişli, Gayrettepe gibi şehrin merkezi yerinde bulunduğu da dikkate alınarak, bu muntıkada akaryakıt istasyonu kurulacak bir yerin belediye imar planlarına göre tefrik edilip edilmediği, imar planlarında akaryakıt istasyonu olarak tefrik edilmiş bir yer varsa, bu yerlere yeni kurulması muhtemel akaryakıt istasyonu için i) Trafik Komisyonu veya benzer kuruluşlar tarafından akaryakıt istasyonu olarak kurulmasına izin verilmesinin olası bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bütün bu gelişmelerin olumlu sonuçlanması halinde akaryakıt istasyonunun işletmeye açılması için işletme ruhsatının ne kadar sürede alınabileceği hususları dikkate alınarak, davacının bu şartları yerine getirmesi halinde ne kadar sürede yeni bir bayilik kurabileceğinin tesbiti icap eder, bu hususların tahkik ve tesbiti için gerektiğinde mahallin de talimat yolu ile keşif yapılması da gerçekleştirilerek, makul sürenin saptanması ve tüm delillerin değerlendirilmesi suretiyle hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesinden ibarettir. Bu hususlar gözetilmeksizin önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde, usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.”⁷⁹

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise direnme kararında zararı azaltma külfeti-

⁷⁹ YHGK 1996/11-372 E., 1996/485 K., 12.06.1997 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

nin tazminat talep edilen tarafça ileri sürülmedikçe re'sen incelenemeyeceğini belirtmiştir:

“...Taraflar arasındaki 12.5.1989 tarihli ve 5 yıl süreli sözleşmeyi davalı süre dolmadan 31.3.1993 tarihinde feshetmiştir. Davalı sözleşmeyi tek taraflı olarak ve sebep göstermeden feshettiğine göre, davacı geri kalan süre için oluşacak kâr mahrumiyetini davalıdan isteyebilir. Kaldı ki davalı taraf, davacının aynı yerde bir başka petrol istasyonu açabileceği ve zararın daha az olacağı yolunda açık bir savunmada bulunmadığına göre, mahkemece bu hususta inceleme yaptırılarak kâr mahrumiyetinde indirim yapılarak hüküm kurulması doğru görülmüştür. O halde, mahkemece, davacının sözleşmenin feshi tarihinden sözleşme süresinin sonuna kadar yoksun kaldığı kârın 1.7.1994 günlü bilirkişi raporundaki hesaplandığı şekliyle kabulü gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...”⁸⁰

Hukuk Genel Kurulu kararının aksine 11. Hukuk Dairesi'nin kararı kanımızca daha isabetlidir. Somut olay bakımından mahkemenin, aynı yerde başka bir petrol istasyonu açıp açamayacağı hususunun davalının iddia ve talebi olmadan incelenmesi ve Genel Kurul kararında tarif edildiği şekilde delil toplaması mevcut HMK bakımından da mümkün olmayacaktır. HMK md.24'te yer alan tasarruf ilkesi ve md.25'te yer alan taraflarca getirilme ilkesi bakımından hakim, talep edilmeyen bir hususu inceleyemez, taraflardan birinin söylemediği şeyi veya vakıyı kendiliğinden dikkate alamaz ve kendiliğinden delil toplayamaz. Zararı azaltma külfetinde düzenlenen indirim takdirleri bir indirim değildir, bizzat zararın azaltılması amacıyla alınan önlemler ve zararın azaldığı miktarla bağlantılıdır. Dolayısıyla tazminattan indirimin satıcı tarafından talep edilmemesi ve hakimin re'sen incelemesi halinde ispat sorunu ortaya çıkacaktır. Somut olayın koşullarına göre makul önlemlerin neler olduğu, hangi önlemlerle zararın ne kadar indirilebileceği ve buna göre tazminat miktarından ne kadar indirim yapılması gerektiği hususları ispata muhtaçtır. Sonuç olarak re'sen inceleme durumunda ispat edilmemiş hususlara dayanarak ve sadece hakimin takdiriyle karara varılacaktır. Bu sonuç ise CISG'de düzenlenen zarar azaltma külfetine, külfetin dayandığı dürüstlük kuralına ve ispat hukukuna aykırı olacağı görüşündeyiz. Sonuç olarak; zara-

⁸⁰ Y. 11 HD 1995/2767 E., 1995/3802 K., 25.04.1995 T. (Kanunum İçtihat Bilgi Bankası).

rı azaltma külfetine aykırılık, ancak dosya kapsamından anlaşıldığı takdirde hakim HMK md.31’de yer alan davayı aydınlatma ödevi kapsamında incelenebileceği aksi takdirde yani hiç ileri sürülmediği takdirde hakim re’sen inceleme konusu yapamayacağı görüşündeyiz. Ancak bu görüşe katılmadığımızı ve zararı azaltma külfetine uygunluğun ancak talep üzerine incelenmesi gerektiğini belirtmek isteriz.

VI. Sonuç

Dürüstlük kuralının özel görünümde bir uzantısı olan zararı azaltma külfeti, CISG kapsamında tazminat sorumluluğunun bir parçasını oluşturmaktadır. Hem alıcı hem de satıcı açısından mevcut olan külfet, sözleşmenin ihlali halinde zarar gören tarafa meydana gelen zararın artmaması için koşullar dâhilinde makul olan önlemleri alma yükü getirmektedir. Bu bağlamda, bir yükümlülük değil ancak bir külfet ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak, külfete aykırılık halinde karşı taraf, külfete uygun davranışların edasını talep ve dava edememekte ancak külfete aykırı davranışlar sergileyen tarafın, tazminat hakkının indirilmesi sonucuna katlanması gerekmektedir.

Zararı azaltma külfeti kapsamında makul önlemlerin alınması hususu önemli yer teşkil etmektedir. Makul önlemler, ancak uyumsuzlukların kendi içerisinde yer alan koşullar bakımından saptanabilmektedir. Uygulamada genel olarak en çok öne çıkan makul önlem ikame mal satın alımıdır ancak ikame mal satın alma önlemi de, kendi içerisinde özellikle fiyat bakımında, makul şartlarla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Zararı azaltma külfetine aykırılık, lehine tazminattan indirim yapılan tarafça, çalışmamız kapsamında satıcı tarafından, ispat edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, doktrinde aksi yönde görüşler bulunsa da, külfete aykırılık halinin hakim tarafından re’sen ele alınmaması ve ancak satıcı tarafından iddia ve talep edilmesi üzerine incelenmesi gerekmektedir.

Külfete aykırılık sonucunda satıcı sadece tazminattan indirim talep edebilmekte ve alıcının tazminat talep hakkı tümüyle ortadan kalkmamaktadır. Bu açıdan CISG md. 80’de yer alan müterafik kusur sonucu satıcının sorumluluktan kurtulması ve alıcının talepte bulunamaması düzenlemesinden farklılık arz etmektedir.

Türk hukukunda zararı azaltma külfeti, haksız fiil sorumluluğu kapsamında düzenlenmiş ve hakim, takdir yetkisine dayanarak külfete aykırılık sonucu tazminattan indirim yapabilmektedir.

KAYNAKÇA

- 31.03.1980 Tarihli BM Viyana Konferansı 1. Komite Görüşmeleri, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/link77.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Atamer**, Yeşim M., “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Özel Sayı (Armağan) C.8, 2013, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/13-Ye%C5%9Fim-M.-ATAMER.pdf>, (son erişim 14.11.2015)
- Atamer**, Yeşim M., “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Bakış”, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim Atamer, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2008, 221-266.
- Atamer**, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2005 (CISG)
- Baysal**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- Birinci Uzun**, Tuğba “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.1, 2014, 151-193
- Bridge**, Michael, “Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods”, International & Comparative Law Quarterly, C.59, S.4, 2010, 911-940
- CISG Advisory Council, Opinion No.6, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, (son erişim 05.03.2016)
- Dayıoğlu**, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011
- Diener**, Kieth William, “Recovering Attorneys’ Fees under CISG: An Interpretation of Article 74”, Nordic Journal of Commercial Law, S.1, 2008, http://www.njcl.utu.fi/1_2008/article3.pdf, (son erişim 26.02.2016)
- Ehlers**, Andreas, “Establishing a Uniform Interpretation of the CISG: A Case

- Study of Article 74”, *Nordic Journal of Commercial Law*, S.2, 2013, http://njcl.utu.fi/2_2013/ehlers_andreas.pdf, (son erişim 26.02.2016)
- Felemegas**, John, “An Interpretation of Article 74 CISG by the U.S. Circuit Court of Appeals”, 31.12.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas4.html>, (son erişim 26.02.2016)
- Flechtner**, Harry M. , “Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Foreign Case law in CISG Jurisprudence, with a Post-Script on Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.” <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner4.html>, (son erişim 26.02.2016)
- Flechtner**, Harry Flechtner; **Lookofsky**, Joseph , “Viva Zapata! America Procedure and CISG Substance in a U.S. Circuit Court of Appeal (2003)”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner5.html>, (son erişim 26.02.2016).
- Honnold**, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3. Baskı, Lahey (The Hague), Kluwer Law International, 1999
- Huber**, Peter, **Mullis**, Alastair, *The CISG, A New Textbook for Students and Practitioners*, Münih, Selier European Law Publishers, 2007
- Kanışlı**, Erhan, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- Keily**, Troy, “How Does the Cookie Crumble? Legal Costs under a Uniform Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Temmuz 2003, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily2.html#47>, (son erişim 26.02.2016)
- Kılıçoğlu**, Ahmet, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, 16. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012
- Kısagün**, Adli, “Müterafik Kusur”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1961, S.4, 9-14
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip; **Hatemi**, Hüseyin; **Arpacı**, Abdülkadir; **Serozan**, Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, C.1, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2008
- MacQueen**, Hector L., “Remedies for Breach of Contract: the Future Development of Scots Law in its European and International Context”, *Edinburgh Law Review*, C.1, S.2, 1997, 200-226

- Neumann**, Thomas, “Shared Responsibility under Article 80 CISG”, *Nordic Journal of Commercial Law*, S.2, 2009, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann1.html>, (son erişim 05.03.2016)
- Nomer**, Haluk, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996
- Oğuzman**, Kemal; **Barlas**, Nami, *Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 19. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Opie**, Elisabeth, “Commentary on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 77 of the CISG”, *CISG Veritabanı*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni77.html>, (son erişim 05.03.2016).
- Pekcanitez**, Hakan; **Atalay**, Oğuz; **Özekes**, Muhammet, *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012
- Riznik**, Peter, “Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss”, *CISG Veritabanı*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>, (son erişim 05.03.2016)
- Ryffel**, Grith, *Die Schadensersatzhaftung des Verkaufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11 April 1980*, Bern, 1992 (Naklen: Atamer, CISG)
- Saidov**, Djakhongir, “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review*, C.14, S.2, 2002, 307-377
- Schlectriem**, Peter, “Attorneys’ Fees as Part of Recoverable Damages”, *Pace International Law Review*, C.14, S.205, 2002, 205-209 (Attorneys’ Fees)
- Schlectriem**, Peter, “Legal Costs as Damages in the Application of UN Sales Law”, *Journal of Law and Commerce*, C.26, S.7, 2006, 71-80
- Schlectriem**, Peter; **Schwenzer**, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, (Editör: Ingeborg Schwenzer), 3 Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010
- Tandoğan**, Haluk, *Türk Mes’uliyet Hukuku - Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- Troiano**, Stefano, “To What Extent Can the Notion of ‘Reasonableness’ Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective”, *European Review of Private Law*, C.17, S.5, 2009, 749-787

- Ulusu**, Ayşe Elif, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul, Beta, 2011
- Welser**, Rudolf; **Welser**, Irene, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Başvurabileceği Hukuki İmkanlar”, Çev: Ayça Akkayan Yıldırım, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1-2, 2006, 145-164
- Zeller**, Bruno, “Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)”, **CISG Veritabanı**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>, (son erişim 05.03.2016)
- Zeller**, Bruno, Damages Under Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2009
- Zeller**, Bruno, “Interpretation of Article 74 – Zapata Hermanos v Heartside Baking, Where Next?”, Nordic Journal of Commercial Law, S.1, 2004, http://njcl.utu.fi/1_2004/commentary1.pdf, (son erişim 05.03.2016)

Mahkeme Kararları

- Antwerp (Belçika) İstinaf Mahkemesi Kararı, 22.01.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070122b1.html>, (son erişim 08.11.2015)
- CIETAC Kararı, (yellow phosphorus case), 09.08.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020809c1.html>, (son erişim 0.03.2016)
- CIETAC Kararı, (India rapeseed meal case), 29.09.2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040929c1.html>, (son erişim 06.03.2016)
- ICC Tahkim Kurulu Kararı, Haziran 1999, No:9187, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=466&step=FullText>, (son erişim 07.11.2015)
- Illinois (A.B.D.) Bölge Federal Mahkemesi Kararı, 10.04.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090410u1.html>, (son erişim 14.11.2015).
- Illinois (A.B.D.) Bölge Federal Mahkemesi Kararı - 155 F Supp. 2d 969 (N.D. Ill. 2001), 22.08.2001, <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/155/969/2365544/>, (son erişim 08.11.2015)
- İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, 18.05.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090518s1.html>, (son erişim 08.11.2015)

- İsviçre Federal Mahkemesi kararı, 17.12.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091217s1.html>, (son erişim 07.11.2015)
- Komarno (Slovakya) Bölge Mahkemesi Kararı, 24.02.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi Kararı, 12.01.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070112g1.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Murcia (İspanya) Yüksek Mahkemesi, 15.07.2010, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100715s4.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Rennes (Fransa) İstinaf Mahkemesi Kararı, 27.05.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Rio Grande do Sul (Brezilya) Temyiz Mahkemesi Kararı, 20.05.2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090520b5.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Sao Paulo (Brezilya) Temyiz Mahkemesi Kararı, 03.07.2007, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070703b5.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Seul (Güney Kore) Bölge Mahkemesi, 19.12.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081219k3.html>, (son erişim 08.11.2015)
- Slovakya Yüksek Mahkemesi Kararı, 28.10.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081028k1.html>, (son erişim 08.11.2015)
- YHGK 1996/11-372 E., 1996/485 K., 12.06.1997 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)
- Y. 11 HD 1995/2767 E., 1995/3802 K., 25.04.1995 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)
- Y. 11. HD 2013/16697 E, 2014/5330 K, 19.3.2014 T. (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y. 15. HD 2015/4466 E, 2015/11816 K, 10.11.2015 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)
- Y. 3. HD 2014/19512 E, 2014/16971 K, 22.12.2014 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

