

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2025/2**



Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 110

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi No : 88

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. Ceren Zeynep PİRİM (Editör)

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN

Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN

Arş. Gör. Hüsnüye Asena ÇOLAK

Arş. Gör. Yunus Emre ERDÖLEN

Arş. Gör. Sıla ÖZTÜRKLER

Arş. Gör. Ömer Mert YILMAZ

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Olivier DÉCIMA (Université de Bordeaux, France)

Prof. Dr. Mariavaleria DEL TUFO (Università Suor Benincasa, Italy)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üni.)

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL (Kadir Has Üni.)

Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU (Gedik Üni.)

Prof. Dr. Tarsis Barreto OLIVEIRA (Université Fédérale de Tocantins et à l'Université d'État de Tocantins, Brésil)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üni.)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Yeditepe Üni.)

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ayşe Tuba AKÇURA KARAMAN

Prof. Dr. Rıdvan AKIN

Prof. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Nilay ARAT

Prof. Dr. Süheyla BALKAR

Prof. Dr. Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR

Prof. Dr. Mehmet ERDEM

Prof. Dr. Serdar GÜLENER

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Prof. Dr. Zafer KAHRAMAN

Prof. Dr. Zeynel Temel KANGAL

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ

Prof. Dr. Hasan KÖNİ

Prof. Dr. Didem KÖSE

Prof. Dr. Akif Emre ÖKTEM

Prof. Dr. Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR

Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ

Prof. Dr. Oktay UYGUN

Prof. Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU

Prof. Dr. Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN
Doç. Dr. Barış BAHÇECİ
Doç. Dr. Nur BOLAYIR
Doç. Dr. Muhammed DEMİREL
Doç. Dr. Barış DEMİRSATAN
Doç. Dr. Efe DIRENİSA
Doç. Dr. Meral EKİCİ ŞAHİN
Doç. Dr. Birden GÜNGÖREN BULGAN
Doç. Dr. Güzide Burcu GÜNVEREN
Doç. Dr. Serkan KÖYBAŞI
Doç. Dr. Sami Özgür MEMİŞOĞLU
Doç. Dr. Serkan MERAKLI
Doç. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT
Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ
Doç. Dr. Özen ÜLGEN ADADAĞ
Doç. Dr. Sendi YAKUPPUR
Doç. Dr. Burçak YILDIZ
Dr. Öğr. Üyesi Bige AÇIMUZ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ALPASLAN
Dr. Öğr. Üyesi Selin ALPASLAN
Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN
Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Rifat CANKAT
Dr. Öğr. Üyesi Halil Ali DURAL
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan Yaşar DURAN
Dr. Öğr. Üyesi Başak EKİNCİ
Dr. Öğr. Üyesi Elif GÖKŞEN KÖSTEM
Dr. Öğr. Üyesi Pelin İŞINTAN
Dr. Öğr. Üyesi Melisa KONFİDAN
Dr. Öğr. Üyesi Cengiz Serhat KONURALP
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe KURTALAN GÜNER
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Beril ÖZCANLI
Dr. Öğr. Üyesi Haluk TOROSLU
Dr. Öğr. Üyesi Can YÖNEY
Arş. Gör. Dolunay ÇÖREK
Arş. Gör. Dr. Simge SARAÇOĞLU

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2026 yılının Ocak ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Mizanpaj: SEÇKİN YAYINCILIK A.Ş.

Sertifika No: 45644

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

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 yayımlanmakta olup, 2016 yılından beri TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında endekslenmektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar, **hukukfd@gsu.edu.tr** ve **dergigu@gmail.com** e-posta adreslerine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, 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 öz (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. Dergiye gönderilen yazılar, özet ve kaynakça hariç, dipnotlar dahil olmak üzere en fazla 15000 kelime olmalıdır.
6. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır.
7. Dipnotlar 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır.
8. 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.
9. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır.
10. 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.
11. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından

reddi için yeterlidir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca en az iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir.

12. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
13. 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.
14. Metin içerisinde başlıklar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

aa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

15. Kaynakçada gösterim: Yazıda yararlanılan eserler soyadına göre alfabetik olarak sıralanır. Zorunlu olmamakla beraber, kararlar ve internet kaynakları için ayrı bölüm yapılabilir.

- a) **Kitap:** Yazar **Soyadı** (İlk harf büyük, kalın), Adı (İlk harfi büyük, normal), Eser adı (Her kelimenin ilk harfi büyük, normal), Yayın yeri ve Yayın yılı. (normal)

Örnek: **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.

Birden çok yazarlı kitap:

Poroy, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019

Çeviri kitaplar:

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

- b) **Makale:** Yazar **Soyadı** (İlk harf büyük, kalın), Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları.

Dergilerde Yayımlanan Makaleler İçin Örnek: **Engin**, Murat, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 61, Sayı: 1-2, 2003, s. 313-326.

Armağan’da Yayımlanan Makale İçin Örnek: **Tekinalp**, Ünal: “Markanın Üçünü Kişi Tarafından Kullanılması”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 487-521.

Kitapta Yayımlanan Makaleler İçin Örnek: **Evik**, Vesile Sonay, “Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçları İşlemek Maksadıyla Örgütlenme Suçu”, Özel Ceza Hukuku, C. I, Uluslararası Suçlar, İstanbul, 2017, s. 92-113.

c) **Yüksek Lisans veya Doktora tezleri:**

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

d) **Karar:** Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, (karara ulaşılabilecek kaynak, erişim tarihi).

Örnek: Yarg. 11 HD. T. 26.11.2020 E. 2019/145, K. 2020/14408, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 04.05.2023)

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

Örnek: 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-PN470/POSTPN-470.pdf> (Erişim Tarihi: 28.03.2016).

16. Makalede yazarın birden çok eserine atıf yapılıyorsa, kaynakçada ve dipnotlarda eserin ne şekilde kısaltılacağı belirtilmelidir. Kısaltma parantez içinde yer almalıdır.

Örnek: **Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), İstanbul 2012.

Tekinalp, Ünal: “Markanın Üçünü Kişi Tarafından Kullanılması” (Markanın Kullanılması), Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 487-521.

17. Bir esere, başka bir yazardan aktarılmak suretiyle atıf yapılıyorsa aktarılan yazar ve eser kaynakçada ve dipnotta belirtilmelidir.

Örnek: **Debbasch**, Charles, Droit Administratif, Economica, Paris, 2002, s. 13 (Aktaran: Çağlayan, s. 5)

18. Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıf ile kaynakçada yer verilen eserler yazılırken:

a) **Kitaplar** : Ad, Soyad (tamamı koyu-bold), Eser Başlığı, Yayın yeri, yayın yılı, atıf yapılan sayfa. [Eğer yazarın birden çok eserine atıf yapıldıysa, parantez içinde eserin kaynakçada belirtildiği şekilde kısaltılmış hali yazılmalıdır.]

Örnek: Ünal, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku (Fikri Mülkiyet), İstanbul 2012, s. 482.

Reha, **Poroy**/Hamdi, **Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s. 243.

b) **Makaleler:** Ad, Soyad (Koyu-bold), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve atıf yapılan sayfa. [Eğer yazarın birden çok eserine atıf yapıldıysa, parantez içinde eserin kaynakçada belirtildiği şekilde kısaltılmış hali yazılmalıdır.]

Örnek: Ünal, **Tekinalp**, “Markanın Üçünü Kişi Tarafından Kullanılması” (Markanın Kullanılması), Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 501.

c) **Yüksek Lisans veya Doktora tezleri:**

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

- d) **Karar:** Kararı veren kurum, esas sayısı, karar sayısı ve karar tarihi, (karara ulaşılabilecek kaynak, erişim tarihi).
Örnek: Yarg. 11 HD. T. 26.11.2020 E. 2019/145, K. 2020/14408, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 04.05.2023)
- e) **İnternet kaynakları:** Kullanılan içeriğe uygun URL dipnotta yazılır.
19. Dipnotlardaki ikinci ve sonraki atıflarda, sadece yazarın soyadı ve sayfa numarası yazılır. Eğer makalede yazarın birden çok eserine atıfta bulunulmuşsa, eserin adı aynen veya kısaltılmış haliyle yazılır. Söz konusu kısaltmalar, kaynakça kısmında belirtildiği şekilde olmalıdır.
Örnek: **Tekinalp**, “Markanın Kullanılması”, s. 501
Eğer yazarın bir tek eserine atıf yapıldıysa, sadece yazarın soyadı ve sayfa numarası yazılır.
Örnek: **Poroy/Yasaman**, s. 243.
Tekinalp, s. 501.
Eğer farklı eserlerine atıf yapıldıysa: **Akın**, TBMM Devleti, s. 5.
20. Dergimizin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi **1 Nisan**; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise **1 Ekim**’dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
21. Bu Dergide yer alan yazılara yapılacak atıfların aşağıdaki şekilde olması önerilir: Yazar **Soyadı** (İlk harfi büyük, kalın/bold), Adı (İlk harfi büyük, normal), “Makale başlığı” (Tırnak içinde), Eser adı (Normal), cilt sayısı, basım sayısı, yayın tarihi ve sayfa sayıları. Örnek: **Koç**, Sedef, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu”, GSÜHFD, S. 2012-1, 2014, s. 281-300.

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Rukiye AKKAYA** 815

J.B. BOSSUET: “DEVLET SİZSİNİZ MAJESTELERİ”!

J.B. BOSSUET: “THE STATESHİPE, IT’IS YOU ARE YOUR MAJESTY”!

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Anıl ÇAMYAMAÇ** 855

DİPLOMASİ HUKUKUNDA MİSYON BİNÂLARININ DOKUNULMAZLIĞI

INVOLABILITY OF MISSION PREMISES IN THE LAW OF DIPLOMACY

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Onur URAZ - Prof. Dr. Ceren Zeynep PİRİM** 905

ULUSLARARASI ADALET DİVANİ ÖNÜNDE GÖRÜLEN DAVALARA MÜDAHİL

OLMA YOLLARI II: ULUSLARARASI ADALET DİVANİ STATÜSÜ’NÜN

62. MADDESİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ MÜDAHİLLİK USÛLÜ

THE METHODS OF INTERVENTION IN CASES BEFORE THE INTERNATIONAL COURT

OF JUSTICE II: THE INTERVENTION PROCEDURE PROVIDED BY ARTICLE 62

OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Araştırma Makalesi

Prof. Dr. **Elif UZUN** 965

VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ MADDE 27 ÇERÇEVESİNDE

ULUSLARARASI HUKUK İLE ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNAT\$ONAL LAW AND NATIONAL LAW WITHIN

THE FRAMEWORK OF ARTCLE 27 OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF

TREATIES

Araştırma Makalesi

Engin YILDIRIM 1007

META GÖZETİM KURULU: META’NIN “ANAYASA YARGISI” MI,

ANAYASACILIĞIN METALAŞMASI MI?

THE META OVERSIGHT BOARD: META’S “CONSTITUTIONAL REVIEW,” OR THE

COMMODIFICATION OF CONSTITUTIONALISM?

Araştırma Makalesi

Doç. Dr. **İzzet ÇIVGIN** 1065

ESKİ MİSİR’DA “MAAT-DÜZEN-ADALET” KAVRAMI IŞIĞINDA KUTSAL VE SİYASAL, TABAKALI TOPLUM, DEVLETİN ZAYIFI KORUMA ÖDEVİ (MÖ 2300 - 1750)

MAAT-ORDER-JUSTICE IN ANCIENT EGYPT: SACRED AND POLITICAL, STRATIFIED SOCIETY, PROTECTING THE WEAK FROM THE STRONG (2300 - 1750 BCE)

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Veyisel Candan CANOĞLU** 1111

HAKSIZ TAHRİK AÇISINDAN TAHRİK FİİLİNİN HAKSIZLIĞI

INJUSTICE OF THE ACT OF PROVOCATION IN TERMS OF UNJUST PROVOCATION

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Nagehan GÜRBÜZ ERSOY** 1161

DOĞAL HAKLAR, MÜLKİYET VE SİYASAL TEMSİL BAĞLAMINDA LEVELLER HAREKETİ

THE LEVELLER MOVEMENT IN THE CONTEXT OF NATURAL RIGHTS, PROPERTY, AND POLITICAL REPRESENTATION

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Ezgi ÇIRAK KARALI** 1193

MESLEKİ HAREKET (TARAFSIZ EYLEM) KAPSAMINDA YARDIM EDENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

THE CRIMINAL LIABILITY OF AN AIDER WITHIN THE SCOPE OF PROFESSIONAL CONDUCT (NEUTRAL ACT)

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi **Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ** 1253

ÜNİVERSİTE KRİZİ, VAKIF ÜNİVERSİTELERİ VE AKADEMİK ÖZGÜRLÜK

UNIVERSITY CRISIS, FOUNDATION UNIVERSITY AND ACADEMIC FREEDOM

Araştırma Makalesi

Dr. **Yasemin BABA** 1305

POSTPARTUM PSİKOZUN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

THE EFFECT OF POSTPARTUM PSYCHOSIS ON CRIMINAL LIABILITY

Araştırma Makalesi

Emre DEMİRYÜREK 1331

DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU VE UYGULAMADAKİ YANSIMALARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION OF THE OFFENSE OF OBSTRUCTING THE RIGHT TO PETITION AND ITS PRACTICAL REFLECTIONS

*Araştırma Makalesi***Sefa Ural ERTÜRK.....1357**

HIV STATÜSÜ, MAHREMİYET VE EŞE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ:
AİHS BAĞLAMINDA ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE
BİR DEĞERLENDİRME

*HIV STATUS, PRIVACY AND THE DUTY TO INFORM A SPOUSE:
AN ASSESSMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO RESPECT FOR
PRIVATE AND FAMILY LIFE UNDER THE ECHR*

*Araştırma Makalesi***Hacer Gizem KARATAŞ.....1403**

MOSSAD'IN ÇAĞRI CİHAZI OPERASYONUNUN SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKUNUN
TEMEL İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*EVALUATION OF MOSSAD'S PAGER OPERATION IN TERMS OF THE FUNDAMENTAL
PRINCIPLES OF THE LAW OF ARMED CONFLICT*

ÖZEL HUKUK*Araştırma Makalesi***Dr. Öğr. Üyesi Işık Aslı HAN.....1435**

MİRAS PAYININ DEVRİNDE DEVRALANIN KORUNMASI

PROTECTION OF THE TRANSFEREE IN THE TRANSFER OF INHERITANCE SHARE

*Araştırma Makalesi***Dr. Öğr. Üyesi Emine MINDİZ 1467**

ANTİK ROMA'DA SU KAYNAKLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE
DAİR GENEL BİR DEĞERLENDİRME

*A GENERAL EVALUATION OF LEGAL REGULATIONS CONCERNING WATER
RESOURCES IN ANCIENT ROME*

*Araştırma Makalesi***Dr. Öğr. Üyesi Vildan SEZİŞLİ 1513**

TÜRKİYE'DE YABANCILARIN KİŞİSEL DURUM KAYITLARININ TUTULMASI VE
KAYITLARIN DÜZELTİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

*AN ASSESSMENT ON KEEPING AND CORRECTING PERSONAL STATUS RECORDS OF
FOREIGNERS IN TURKEY*

*Araştırma Makalesi***Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TOPAK.....1549**

DOKUNMATİK EKRAN İMZASI İLE OLUŞAN DİJİTAL BELGENİN DELİL DEĞERİ

*THE EVIDENTIAL VALUE OF A DIGITAL DOCUMENT CREATED WITH A
TOUCHSCREEN SIGNATURE*

Araştırma Makalesi

Dr. Doğan KARA.....1603

İSVİÇRE VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE KÖTÜ İFA KAVRAMI VE
TERMİNOLOJİ SORUNU

*THE CONCEPT OF DEFECTIVE PERFORMANCE AND THE PROBLEM OF
TERMINOLOGY IN SWISS AND TURKISH LEGAL SYSTEMS*

Araştırma Makalesi

Öğr. Gör. Dr. Başak KARMUTOĞLU 1655

TELİF HAKKINDA ORJİNALLİK ÖLÇÜTÜ VE BUNUN YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN
MEYDANA GETİRİLEN ESERLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*THE CRITERION OF ORIGINALITY IN COPYRIGHT AND ITS EVALUATION IN
TERMS OF WORKS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

Araştırma Makalesi

Arş. Gör. Zeynep Aşlı ÖZKAN 1697

ÜRETKEN YAPAY ZEKA ÇIKTILARININ FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU
KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ: GÜNCEL KARARLAR IŞIĞINDA
BİR İNCELEME

*EVALUATION OF THE OUTPUTS OF GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE
WITHIN THE SCOPE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: AN ANALYSIS IN LIGHT OF
RECENT DECISIONS*

Araştırma Makalesi

Duygu DURAN 1763

TÜRK VE İTALYAN MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA DAVADA HUKUKÎ MENFAAT
KAVRAMI

*THE CONCEPT OF LEGAL INTEREST IN CIVIL ACTIONS UNDER TURKISH AND
ITALIAN CIVIL PROCEDURAL LAW*

KAMU HUKUKU

J.B. BOSSUET: “DEVLET SİZSİNİZ MAJESTELERİ”!^(*)

Prof. Dr. Rukiye AKKAYA^(**)

Öz: 17. yüzyılda, Avrupa siyasi-hukuki yazınında geniş bir çevre, özgürlük ve itaat arasındaki ikilemi tartışmaktadır. Bilimsel devrimle, insan aklına duyulan güven büyük kaynaşma içindeyken; Orta Çağlı kralların mutlak kutsal hakları tezi, önemini hala koruyordu. 30 yıl savaşlarının sonunda Vestfalya Barışı, Avrupa devletlerinin sınırlarını yeniden belirledi. Egemenliğin ayrıcalıklı kesimlerden, yavaş yavaş halka geçtiği dönemde, yeni bir siyasal teoriye ihtiyaç vardır. Thomas Hobbes’un Leviathan’ı yayınlandığında, güvenlik ve hukuk düzeni arasındaki ilişki, sosyal sözleşme üzerinden yeniden yorumlanmıştır. Devlet; halkını koruyan, kamu güvenliğini ve barışı sağlayan bir yapıdır. Onun görevi, varoluş rolü budur. 16. yüzyıldaki hümanizm dalgasına rağmen; ruhani ve dünyevi iktidarlar arasındaki gerilimin insana umut vermediğini düşünenler, mutlak monarşiyi dirilttiler. İlahiyatı ve siyaseti temsil edenlerin imgeleri dünyevileşmektedir, ancak sınırlar henüz kesin olarak ayrılmamıştır. Fransa tahtının, kiliseye karşı bağımsızlık hamlesi bu yüzyılda doruğa ulaşır.

Süreçte, bir siyasi seçim olarak Gallicanizm’in ilkeleriyle Roma Kilisesi’nden tamamen kopan 14. Louis’nin mutlak iktidarı, her açıdan meşrulaştırıldı. 14. Louis’nin kesin zaferi ile sonuçlanan bu çatışma, ulus-devletin damgasını taşımaktadır. Mutlak monarşinin en iyi düzen olduğunu savunan pek çok kişi, 14. Louis’in uzun hükümrانlığında, onu teorik olarak desteklemiştir. Büyük Veliht’tın hocası olan J.B. Bossuet, monarşi üzerine görüşlerini, Kutsal Kitap’tan alıntılarla ispatlamaya çalışır. Ders notlarından oluşan çalışmalarını 1681’de yayınlar. Bu iki eser; Kutsal Kitabın Sözlerinden Çıkan Siyaset (*Politique Tirée Des Propres Paroles de l’Écriture Sainte*) ve Evrensel Tarih Üzerine Söylev (*Discours sur l’Histoire Universelle*) aslında krala öğütler içermektedir. Eserlerinde; devlet, meşruiyet, yasa ve direnme hakkı üzerinde durur; düzenin ve iktidar örüntülerinin tanrısallığını savunmasına rağmen, kilise ve kral arasındaki gerilimi, tahttan yana çözümler. Direnme hakkını kabul etmez. Fakat

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 22.08.2025 - Makale Kabul Tarihi: 17.09.2025.

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: rakkaya@marmara.edu.tr,
Orcid: 0000-0002-0010-4083.

özgürlük ilkesinin yönetimler tarafından ihlal edilmesini de desteklemez. O halde adaletsiz yasaların kötü sonuçlarından kim sorumludur?

Kral, sadece tanrıya karşı sorumludur. Ancak kralların tahta karşı ödevleri ve halka karşı görevleri konusunda; iktidarın gücünün akılla yönlendirilmesi gerektiğini söyler. Çünkü yasadan muaf olan kral, adaletin hizmetkârıdır. Buyurmanın sınırları tanrısal (lex divina) ve doğal yasalardır (lex naturalis) ve kral, zulümden kaçınmalıdır. Baba otoritesine benzeyen monarşi, Bossuet için en iyi yönetimdir. Aristo'nun devletin ve toplumun doğal varoluş şemasını savunur. Görüşleri, mutlak monarşiye son övgülerdir. Bossuet'nin siyasete-hukuka ilişkin düşünceleri özgün ve derin değildir. Ancak Onu farklı kılan, kendine yeten bir iktidar alanını, kurmaca bir kişiliğe başvurmadan tescillemiş olmasıdır. Fransa'da halk egemenliğini tamamen dışlayan, kralı kutsal ve dokunulmaz olarak tanımlayan 1814 Şart'ı, Eski Rejim'den alınan düşünsel mirasın ifadesidir. Çalışmada 14. Louis'nin mutlak hükümdarlığını destekleyen siyasi teorik görüşlere değinilmiş ve Bossuet'nin adı geçen eserlerinde yer verdiği ana temalar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: J.B. Bossuet, XIV. Louis, Büyük Veliht'tın Eğitimi, Mutlak Monarşi, Gallicanizm.

J.B. BOSSUET: “THE STATESHIPE, IT’IS YOU ARE YOUR MAJESTY”!

Abstract: In the 17th century, a wide circle of European political-legal theory debated the dilemma between the freedom and the obedience. While the trust in human reason was in a great fusion with the scientific revolution, the thesis of the absolute sacred rights of medieval kings still maintained its importance. At the end of the 30-year war, the Peace of Westphalia redefined the borders of states. It was again the 17th century that completely faded away the Middle Ages with all contradictions. A new political theory was needed in the phase where sovereignty gradually passed from the privileged segments to the people. When Thomas Hobbes’ *Leviathan* was published, the relationship between security and legal order was reinterpreted through the social contract. The state is a structure that protects its people, provides public security and peace. This is its duty, its existential role. Despite the wave of humanism in the 16th century; those who thought that the tension between spiritual and temporal powers did not give hope to people revived the absolute monarchy. The images of those representing theology and politics were becoming secular, but the borders were not yet clearly separated. The French Throne’s independence attempt against the Church reaches its peak in this century. In the meantime, the absolute power of Louis XIV, who completely detached himself from the Roman Church through the principles of Gallicanism as a political choice, was legitimized in every respect. This conflict, which ended in the decisive victory of Louis XIV, was marked by the stamp of the nation-state. During Louis XIV’s long reign, many of those who argued that absolute monarchy was the best order supported him theoretically. The preceptor of the Grand Crown Prince, J.B. Bossuet was trying to prove his thoughts about monarchy with quotations from the Holy Bible. He focused on the state, the legitimacy, law and the right to resistance. He published his work consisting of lecture notes in 1681. These two works; *Politics Derived from the Words of the Holy Bible* (*Politique Tirée Des Propres Paroles de Écriture Sainte*) and *Discourse on Universal History* (*Discours sur Histoire Universelle*) actually contain advice to the king. Although Bossuet defended the divinity of order and patterns of power, he resolved the tension between the church and the king in favor of the throne. He did not accept the right to resistance, moreover he did not accept the violation of the principle of freedom by the authorities. Then who is responsible for the destructive consequences of unjust laws? The king is responsible only to God. Yet, with regard to the duties of kings towards the throne and their duties towards the people, he says that the force of power must be guided by reason. Because the king, who is exempt from the law, is on the other hand the servant of justice. The limits of legislation are providential laws (*lex divina*) and natural laws (*lex naturalis*) and the king should avoid tyranny. Monarchy, which resembles paternal authority, is the best form of government for Bossuet. He accepts the Aristotelian scheme of the natural

existence of the state and society. His views are the last eulogy to absolute monarchy. Bossuet's thoughts about political law are not original and profound. However, what makes him different is that, he has created a self-sufficient sphere of power without resorting to a fictional personality. However, the personality of king, glorified with great devotion by him, was a collection of images. In the early modern period; despite the progress in natural and physical sciences, many medieval ideas are still alive. There is a clear incompatibility between the world that promises freedom to man and the concept absolute sovereign. This incompatibility will also be reflected in the legitimacy principles of modern conservatives after the 1789 Revolution. The Charter of 1814, which completely excluded the people's sovereignty in France and defined the king as sacred and inviolable, is the expression of the intellectual legacy of the Ancien Régime. In this work, the political theoretical views supporting the absolute rule of Louis XIV are addressed and the main themes of Bossuet's aforementioned works are elaborated upon.

Keywords: J.B. Bossuet, Louis XIV, Education of the Grand Crown Prince, Absolute Monarchy, Gallicanism.

GİRİŞ

Neden insan, otoriteyi paylaşma cömertliğini gösterebilir? Kralların, kendilerine itaat edilmesini talep etme hakkı nereden gelmektedir? Eşit insanlar arasında, birinin diğerine hükmetme hakkını kim vermektedir? Egemen, çocuk dahi olsa, bunun nedenini ve kaynağını bilmelidir. Büyük olmak, daha aşağıda olana güç uygulayabilmektir ve bunun için meşruiyet gerekir. Bu da Leviathan'ın ya da kutsal kralın işidir.¹ Leviathan'ın yazarı Thommas Hobbes 1679'da öldüğünde, 14.Louis çoktan Büyük Louis (*Louis le Grand*) adını almıştı.² Büyük Veliht'ın³ hocası olan J.B. Bossuet 1704'te; Fransa'nın Güneş Kral (*Roi Soleil*) lakaplı kralı -ki bu lakaplarından sadece biridir- 14.Louis Aydınlanma çağına ufkunda, 1715'te öldü. Büyük Türk'le de bir üstünlük stratejisi⁴ içindeki kralın ihtişamlı sahnesi kapandı. 17.yüzyıl Fransa'sında; Antik düşünürlerden ve Kilise Babaları'ndan özellikle St.Augustin'in görüşlerinden etkilenen J.B. Bossuet⁵ bir taraftan felsefenin

¹ **Lacour-Gayet**, G., *l'Éducation Politique de Louis XIV*, Paris 1923, s.110 vd.

² Voltaire'e göre, 14.Louis "büyük" unvanıyla anılmayı hiç istememiştir. **Voltaire**, XIV.Louis Asrı, (çev. Nahit Sırrı Örik), C 2, 1945, s. 251.

³ Eski Rejim döneminde Büyük Veliht (*Grand Dauphin*) olarak anılan Louis, kral 14.Louis'nin en büyük oğludur. 1661'de doğdu.1711'de tahta çıkamadan babası 14.Louis'den önce öldü. (y.n.)

⁴ 14.Louis tahta çıktığında Osmanlı İmparatorluğu'nun tahtında Sultan İbrahim (1640-1648) bulunuyordu. Louis sırasıyla; IV. Mehmet, II. Süleyman, II. Ahmet, II. Mustafa, III. Ahmet olmak üzere altı padişah gördü. Osmanlı-Fransa ilişkileri, Doğu'nun gizemini çözmek için yola çıkan seyyahlar, kapitülasyonların pazarlığını yapan tacirler ve elçi Süleyman Ağa üzerinden yürümekteydi. Louis, Hristiyanlığın koruyucusu olarak Osmanlı İmparatorluğu aleyhine Girit savaşına destek vermiştir. **Bilici**, Faruk, "XIV. Louis Döneminde Fransa ile Türkiye Arasındaki Kültürel İlişkiler" in Harp ve Sulh Avrupa ve Osmanlılar, Éd. Dejanirah Couto, (çev. Şirin Tekeli), İstanbul 2010, s. 317-331.Osmanlı-Fransız ticari ilişkileri Akdeniz ticaretine hâkimiyette rekabeti ve güvenliği öne çıkarmıştır. Osmanlı için güvenlik, ama 14.Louis'nin Fransa'sı için Avrupa'nın diğer devletleriyle rekabet önemliydi. Richelieu'nün belirlediği hedefi sadık öğrencisi Mazarin takip etmiştir. Bu hedef, Fransa'nın tüm Avrupa'ya hâkim olması esasına dayanmaktaydı. **Bilici**, Faruk, XIV. Louis ve İstanbul'u Fetih Tasarısı, Ankara 2004, s. 16-20.

⁵ J.B. Bossuet, 27 Eylül 1627'de Dijon'da son derece dindar, orta halli bir aile içinde doğdu. Babası, Bourgogne mahkemesinde üye idi. Fransa'da, Protestanların ve Katoliklerin hemen hemen eşit olduğu bu yıllarda, aile Reform'a karşıdır. Büyük aile içinde başka din adamları da vardır. "Tanrıdan korkunuz, kralınızı itaatle onurlandırınız" sloganı ile yetişen Bossuet, son derece başarılı ve çalışkan bir öğrencidir. 1652'de Paris'te Navarre kolejinden mezun olur ve doktorasını tamamlar. 1659'da Paris'e yerleşir. 1670'te Büyük Veliht'ın hocası olarak görevlendirildiğinde ünlü bir vaiz ve din adamıydı. Galicanizmin yılmaz savunucusu ve aynı zamanda Roma Kilisesi ile hassas ilişkilerin mimarı Bossuet; 1680'lerdeki "sakin doktor", 1700'lere doğru "huzursuz" bir iman savunucusuna dönüşür. 1704'te ölür. **Rébelliau**, Alfred, Bossuet, Paris 1912, s. 10-25. **Guion**, Béatrice, Bossuet, Paris 2009, s. 35 vd. Yüksek rütbeli bir din adamı olması nedeniyle J.B. Bossuet'nin yaşamına, eserlerine, Papalık ve ruhbanla

gereksizliğini iddia etmiş diğer taraftan Platon'u, Aristo'yu, Hobbes'u ve Spinoza'yı detaylı incelemiştir. Ancak Bossuet'e göre, bu felsefecilerin siyasi-hukuki dünyası, doğuştan kutsal bir kralın mutlak otoritesine dayanmadığından -önemli bile olsa- bir kaynak olarak değerlendirilemezdi.⁶ O yüzden olsa gerek, nihayetinde Kutsal Kitap'taki kavramların, anlatımların güncel siyasi sorunlarla ilişkisine yoğunlaştı. Aquino'lu Thomas'dan iktidarın kaynağını ve tanrısal yasa yaklaşımını, Aristo'dan toplumsal kurumların gelenekselliğini ve istikrarını, Hobbes'tan mutlak otoriteyi aldı⁷ ve bunları Fransa'nın bütünlüğüne uyarladı. Bir din adamı olarak Bossuet için siyasetin hassas hesabında, tüm bileşenlerin etkisini iyice ölçmek gerekiyordu.

Eski rejim döneminde, yazar-rahip bir karakterdir ve otoriteyle ilişkisi açısından meşru yerini, geleneksel hiyerarşi içinde kendiliğinden bulmuştur. 17.yüzyılda akıl ve inanç nasıl tam olarak ayrılmadıysa, yazar ve rahip de henüz tam olarak ayrılmamıştır. Kraliyet ve kilise, bu karaktere çift yönlü sansür uyguladığından, yazar-rahip halkın nazarında özerk değildir. İnançlı hatip, belagati yüksek edebi kalem, kralına sadık vaiz sıfatlarıyla Bossuet; edebi, teolojik ve siyasi araştırmaların konusu olmuştur.⁸ Eserleri, tematik konuları ve üslubu ile yüzyılın sonunda siyasi açıdan tehlike arz etmeyen "bir yazın türü" olarak algılanır.⁹ Ancak siyasal söylemi tam olarak yitip gitmez.

Bossuet'nin övdüğü tanrısal mutlak monarşi, devrim sonrasında tartışılan meşrutî monarşinin ilkelerinde yumuşatılmıştır. Açıkçası onun görüşleri modern muhafazakârların Eski Rejim'den aldıkları düşünsel mirasa dâhildir.¹⁰ Halk egemenliğini ve toplumun iktidardaki payını tamamen dışlayan

ilişkilerine, mektuplarına dair tüm çalışmalar, tüm detaylarıyla kayıt altındadır. Kilise örgütü içinde çıkarılan dergiler, tezler, monografiler, biyografiler, söyleşiler vb. eserler 1900'ün başında çıkarılan ve düzenli olarak hemen hemen on yıl yayınlanan periyodik Revue Bossuet'de bulunabilir. Revue Bossuet, 1960'lı yıllarda tıpkıbasım yapmış ve güncel olarak da korunmuştur. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k32068p/f3.item.r=Revue%20Bossuet> (Erişim Tarihi 18.04.2025).

Çalışmada Bossuet'nin dönemine, biyografisine, eserlerine ve etkisine ilişkin kaynak tüketiminde onun siyasal yönünü açığa vuran eserlerin dışına çıkmamaya özen gösterilmiştir. (y.n.)

⁶ Rébelliau, Bossuet, s. 100.

⁷ Lanson, Gustave, Bossuet, Extraits des Œuvres Diverses, Paris 1899, s.180-182.

⁸ Dierkens, Alain / Gugelot, Frederic/ Preyat, Fabrice, Éd. Par, La croix et la bannière, L'écrivain Catholique en Francophonie (XVIIe-XVIIIe siècles), Bruxelles 2007, s. 10-17.

⁹ Ibid, 38.

¹⁰ Principes Politiques sur l'otorité Royale et sur les Devoirs des Sujets Extraits des Œuvres de Bossuet, Paris 1817, vj. Yazarı belli olmayan kitapta, Bossuet'nin görüşlerinin 14.Louis ça-

1814 Şart'ı bunun en açık ifadesidir.¹¹ Kralı dokunulmaz ve kutsal olarak ilan eden Şart'ta, ulusal egemenlik ilkesine yer verilmez. Bu geriye gidişte Bossuet, üzerinde pek durulmayan bir isim olarak kalmıştır. Gerçekten de Genel Kamu Hukuku ve Devlet Kuramı çalışmalarında adına çok az rastlanmaktadır.¹² Hâlbuki Onun görüşleri, rasyonel hukuku mutlak monarşinin emrine veren 14.Louis'nin “devlet benim” sözünün açılımıdır. Zira soydan geçme kralların kutsal hakları iddiası, direnme hakkını reddediyordu. Yasanın sınırlarını ilahi adaletle ilişkilendiren Bossuet, Galikanizmin¹³ güçlenmesine hizmet etmesinin yanında Kilisenin birliğini savunmuştur. Büyük Veli-aht'ın eğitimi için görevlendirildiğinde, Fransız monarşisinin din ve siyaset arasında yaşadığı sorunlara tanıklık ediyordu. 14.Louis'nin iktidarının tekliğini, rakipsiz mutlak güç olduğunu Kutsal Kitap'ı tartışmasız gerekçe göstererek açıklamıştır.

Bossuet'un yaşadığı 17.yüzyıl açısından bakıldığında, krallar aklın emrine; yasa, mutlak ve sınırsız dünyevi gücün emrine çağrılmaktadır. Bununla birlikte erken modern dönemde, zamanın dili ile mutlak monarşi teorisyenlerinin iddiaları arasında açık bir uyumsuzluk vardır. Arzulanan monarşinin tam bir örneğini teşkil eden 14.Louis Fransa'sı, klasiklerin pek verimli toprağına ekilmiş “modernlerin” filizlendiği yerdir. Kutsal kraliyet hakları me-

ğında kalmadığı açık biçimde ifade edilmektedir. Ayrıca **Brunori**, Luisa, “La personne du roi inviolable et sacrée. Principes et Procédures entre Révolution et Restauration”, <https://hal.science/hal-03099668v1> (Erişim Tarihi 18.03.2025).

¹¹ **Ferreira**, Oscar, “Le roi” dans “la Charte de 1814. Prison simaginaires”, *Revue de Droit Politique*, V.13, N. 6 2014. <https://hal.science/hal-01552779v1> (Erişim Tarihi 15.03.2025)

¹² **Okandan**, Recai, G., “Devletin Tarihi Menşein Kuvvet ve Mücadelede Bulan Muhtelif Görüşler”, *İÜHFM*, C.9, S.3-4, 1944, s.495-515. **Akın**, İlhan, F., *Devlet Doktrinleri*, İstanbul 2013, s.101 vd. **Göze**, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, İstanbul 2013, s.623 vd. **Akal**, Cemal Bali, *Modern Düşüncenin Doğuşu*, Ankara 2010, s.249.

¹³ Gallikan, Fransa ve civar bazı bölgelerin coğrafi adı olan Galya'dan türetilmiştir. Bunun anlamı, sadece kilise mensuplarını değil, yer ve topluluk esasına dayanarak tüm bu bölgelerdeki Fransızların kral ile ilişkisini ve merkez ile siyasal bağı temel almasıdır. Papalık ve Fransa kralı arasındaki sürtüşmelerin faydacı çözümü olarak tarihsel süreç için **Martin**, Victor, *Les Origines du Gallicanisme*, Paris 1939. Gallicanisme'in ilkeleri 1682'de yasalaşmıştır. 1.Dünyevi iktidarı, Tanrı'nın emriyle hiçbir kişi ve makam görevden alamaz. 2.Taç giyme, yetki vermez, Tanrı tarafından verilen yetkiyi ilan eder. 3.Fransa kralı, ülkesinde Katolik inancın koruyucusudur. Papalık kararlarının Fransa'da uygulanabilmesi için kralın onayı gerekir. 4.Papanın, Fransa Kilisesi üzerinde sadece ruhani yetkileri tanınır. Bossuet'nin söz konusu kararların alınmasında kralın etkisi altında olduğu yönünde tartışma vardır. **Phillips**, Georges, *Du Droit Ecclésiastique*, Trad. Par M. Crouzet, T 3, Paris 1851, s.216. Bu ilkeler, aslında 14.yüzyıldan beri merkezi bir devletin adeta işçisi gibi çalışan Roma hukukunun ilkelerini araştıran kraliyet hukukçularının önermelerinden türetilmiştir. **Crozat**, Charles, *Âme Hukuku Dersleri*, C II Orta Zamanlar, İstanbul 1946, s.730 vd.

selesi, inanç çağının sonu akıl çağının başlangıcı olan bir kavşakta yeniden ele alınır.

Monarşi, en eski, en bütünleştirici ve en doğal yönetim şeklidir. Kralların, bu sistem içindeki değeri, seçilmiş ve tanrıya hizmet eden kutsal varlıklar olmalarındandır. Kralın “*persona idealis*” olarak ölümsüzlüğü de kutsallığına ilişkindir. Kralda görünen tanrı imgesi asla yok olmaz.¹⁴ Krallar asla ölmez!¹⁵ Ancak başta İngiltere olmak üzere Batı Avrupa’nın diğer monarşilerinden, geçmişin kutsal kıldığı geleneksel kraliyet otoritesini ve Kiliseyi reddeden sesler yükselmektedir.¹⁶

Siyaset ve hukuk sekülerleşirken, merkezi monarşiler ulus-devlete doğru evrilirken Bossuet, kralın yetkilerinin kutsal, mutlak ve sınırsız olduğunu söylemektedir. Çalışmanın birinci bölümünde; Bossuet’in, kral 14.Louis’nin iktidarını pekiştiren görüşlerine¹⁷ yer verilmiştir. İkinci bölümde; tahta çıkamadan ölen Büyük Veliht’ın eğitimine ve bu eğitimin sonunda ortaya çıkan; Kutsal Kitabın Sözlerinden Çıkan Siyaset (*Politique Tirée Des Propres Paroles de l’Écriture Sainte*) ve Evrensel Tarih Üzerine Söylev (*Discours sur l’Histoire universelle*) başlıklı eserlerde yer alan ana temalara değinilecektir. Çünkü bu eğitimin içeriğinde, Bossuet’in belirli bir politik müfredatı izlediğini görmekteyiz.

I. ÇOCUK KRAL 14.LOUIS’NİN KRALİYET SAHNESİNE HAZIRLIĞI

14.Louis, beş yaşında, 1643’te tahta çıktı. Çocuk kral; annesi Avusturya’lı Anne’in, Kardinal Jules Mazarin’in danışmanlığında naip olarak ülkeyi yönetmesi için Paris Parlemantosunda resmi bir törene katıldı. 13.Louis’nin vasiyetnamesindeki sınırlı yetkileri iptal ettiren kraliçe, mutlak yetkilerle naip oldu. Mazarin ise hem Fransa tahtının hem Anne’in yetkilerini kullandı.¹⁸

¹⁴ Ernst, H.**Kantrowicz**, Kralın İki Bedeni, (çev. Ümit Hüsrev Yolsal), Ankara 2018, s.516.

¹⁵ J.B., **Bossuet**, *Politique Tirée Des Propres Paroles de l’Écriture Sainte et Lettres à Louis XIV*, Paris 1821, s.59.

¹⁶ Alexandre, **Landry**, *Rhétorique des Discours Antiphilosophiques de L’Encyclopédie à la Révolution*, Thèse Doctorat, Université du Québec, Canada 2011, s.21.

¹⁷ Genel kanaat pekiştirme işinin, iradi bir durum, bir seçim olmadığı; zamanın ihtiyaçları ile ilgili olduğu yönündedir. Martial, **Gantelet**, “La politique, de la politique à la théorie”, in *Revue XVIIe Siècle*, V. 216/3, 2002, s.487.

¹⁸ **Voltaire**, C I, s.37-38.

Çocuk bile olsalar krallar; sade, basit ve sıradan değildir. Her şey ihtişamlı törenlerle gerçekleşmektedir. Peter Burke, çünkü ihtişam, “zaten tanrısal mistisizmin parçasıdır”¹⁹ der. Mistisizm, otoritenin mutlaklığı ile ilgili olduğu kadar kamusal yönüyle de ilgilidir. Bu kamusal imaj, temsildir. Sahnenin arkasında olanla, halkın önünde olan arasında ideolojik, nesnel ve amaçsal farklar vardır. İdeolojik olan; sahnede sergilenene, doğrudan katkı sunmaktadır. Temsil; birisinin yerine geçmek ve onun rızasıyla yine onun adına hareket etmek olarak anlaşılan hukuki bir kurumdur. En önemli soyutlamalardan biridir. Çünkü temsil, çağrışım içerir. Sadece taht ya da taç değil, kralın özel eşyaları da onu temsil eder. Örneğin; kralın portresine sırt dönmek yasaktır. Her şey, her davranış kuralı bir protokole bağlıdır. Yürümek, göz göze gelmek ya da bir eşyaya dokunmak! Kralın yaşamı bir iktidar göstergisidir. Bu gösteri, 17.yüzyılın Fransa’sını gerçek anlamda bir “teatral devlet”e dönüştürür.²⁰ Teatral devletin sahnesinde temsil, bir gösteri içinde olduğunu bilerek devam eder. Bu, bir kandırmaca içinde olduğunu bilerek kandırılmaktır. Tam olarak içeriden ya da dışarıdan; kralın mutlak iktidar olma duygularını ayartmaktır.

Örneğin Bossuet; 14. Louis’yi, Nantes Fermanı’nı fesh ettiğinde “yeni Theodosyus, yeni Charlemagne” olarak övüyordu. Birbirlerinin ruhunu gören bu iki adam kırk yıl boyunca, birbirlerinin tüm sebeplerini onayladılar.²¹

Beş yaşındaki kral, insanlar hakkında henüz bir fikri olmayan çocuk; saldırganlık, kıskançlık ve entrikayla, güvenilir olabileceğini ama bunların hepsi için bir mazereti olduğunu, taç giyme vakti geldiğinde iyiden özümsemişti. Uzun yıllar itaatkar bir öğrenci ama hiçbir şey emredemeyen bu kral, sarayı çok iyi gözlemlemiştir. Öyle ki annesinin sürekli öğütleriyle, Mazarin’in sevgisi ve iltifatları ile kendisine hükmettiğini sezmektedir. Kardinal sarayda olmadığında, dersler eğlencelidir. Kimse ona ne yapması gerektiğini söylemez. Aksine kralcılık oyununda; etrafındaki saray yetkilileri dâhil, kodamanlar ve küçükler ne yapılması gerektiğini ona sormakta; tüm ciddi kararlar ertelenmektedir.²² Sadece kendi menfaatlerine odaklanmadığında otoritesini kaybedebileceğini, gerektiği gibi yönetmesinin etrafındaki-

¹⁹ **Burke**, Peter, XIV. Louis’nin İmali, (çev. Turgay Sivrikaya), İstanbul 2023, s. 24-30.

²⁰ *İbid*, 26.

²¹ **Gazier**, Augustin, Bossuet et Louis XIV (1662-1704), Étude Historique sur le Caractère de Bossuet, Paris 1914, s. 7.

²² Œuvres de, **Louis XIV**, T I, Mémoires Historiques et Politiques, Paris 1806, s.74-75.

ler tarafından engellenebileceğini hocasından öğrenmişti. Büyüme çağında, Mazarin'in kral üzerindeki etkisi ve reşit olmayan kralın Mazarin'in gölgesindeki otoritesi her bakımdan hissedilir. Gerçi onda dört kral ve bir dürüst adam çıkaracak maya vardır; ama gerçekte halkından kopuktur. Yönettiği topluma yabancı bu çocuk, tüm eğitimi Mazarin'in denetiminde geçirmiştir. Öyle ki 14.Louis'nin gerçek krallığı, 7 Mayıs 1661'de Mazarin öldüğünde başlar.²³

Tahta çıkan genç kral, etrafındaki muhalefete iyice baktığında; aristokratların neden tahttan uzak tutulması gerektiğini açıkça görüyordu.²⁴ Tüm aristokrasinin, kralın doğal düşmanı olduğundan emin yetiştirilmişti. Çalışma aşkını, inisiyatif alma becerisini, kararlı olmayı, sözlerini seçerek konuşması gerektiğini, jestleri ve sözleriyle buyuranın bizzat kendisi olduğunu asla unutmamasını da Mazarin'den öğrendi.²⁵ 1654'te taç giyme töreninden hemen sonra, annesinin yönetim üzerindeki haklarını ve ölünceye kadar yanından ayırmadığı Mazarin'in yetkilerini derhal iptal etti. Düstur şuydu; yaptıklarınızın büyük bir kral olmak için yapılması gereken zorunluluklar olduğunu hatırlayınız! Zorunluluklar; akla, vicdana uymayan her şeye meşruiyet kazandırabilir.²⁶ Halkı korumak için yönetimi elinize alın, bakanlara danışın ama sadece siz karar verin. Onun uygulanmasını emredin, uygulamayı takip edin ve bunun size itibar ve zafer getiren sonuçlarını görün; işte kral olmak böyle bir iştir.²⁷ Bossuet, yıllar sonra Büyük Veliht'a verdiği derslerde aynı öğüdü tekrar edecektir.

²³ İbid, s.78.

²⁴ **Gayet**, s.110 vd. 14.Louis anılarında durumunu özetlemiştir; "...sonra gözlerimi devletin çeşitli yerlerine, kurumlarına çevirdim. Davetsiz bir misafir gibi ellerimi hassasiyetle bütün bu yapının üzerinde dolaştırdım, dikkate izledim ve zamanla tüm işleri elime aldım. Her taraf, her şey karmakarışıktı." *Mémoires et Lettres de, Louis XIV*, Paris 1942, s.1-5. **Voltaire**, C 2, s.32-33.

²⁵ **Gayet**, s.110-119.

²⁶ Machiavelli'nin öğütlerinin içine yerleştirilen ve zararsız gibi görünen bu durum, aslında her biri bir prensip olan birkaç kelime içine sığdırılabilir. Prens gerçekçi, bencil, hesapçı; iyiye ve kötüye, gerçeğe ve yalana, verilen söze ve yalan yere yemin etmeye karşı kayıtsız olmalıdır. Erdem nedir; enerjinin dağılıp yeniden kararlılık ve dayanıklılıkla odaklanmasıdır. Bu bir irade jimnastiğidir. Disiplinli düşüncenin, duygunun, sinirlerin, bütün varlığın sürekli yaratımıdır. Kahraman; sonuca ulaştıktan sonra, amaçlarının çıkış yolunu belirleyen kötü tohumları, belki sonra yine kullanmak için saklar. Charles, **Benoist**, *Le Machiavélisme Avant Machiavel*, Paris 1907, s.12.

²⁷ **Gayet**, s.127.

İngiltere’de, iktidarın kendisine tanrı tarafından verildiğini iddia eden I.Charles’ın 1649’da yargılanması ve idamı, sonraki yıllarda genç kral 14.Louis’i çok düşündürmüş olmalıdır. Durum; şüphesiz, halktan değil kralın yakın çevresinden gelebilecek bir tehdidi içermekteydi. Sadece “*savaşa ve tembelliğe aşına aristokrasiye*”²⁸ karşı otoritenin sağlamlaştırılması; kralı, bir yol arayışına itmiştir. Kısaca genç kral 14.Louis, Voltaire’in deyişiyle; Avrupa’daki “*taçlı başlara*”²⁹ neler yapılabileceğini yakından bilmektedir.

I.Charles’ın idam edilmesi; Avrupa’ya, otoriteye gizli bir tiksinti ve aşağılama yerine Machiavelli’nin söylediği gibi, ondan korkmanın daha iyi olacağını gösteriyordu. Oysa 14.Louis için devlet, zafer ve iyi niyetin sinonimiydi. Devlet aklının (*raison d’Etat*) bir dram yaratmasına izin verilmemeliydi. Çünkü devlet akli yasada gizlidir ve yasanın ne olduğunu ancak kral söyleyebilir.³⁰ Zalimlikler, devlet aklıyla da açıklanamaz. Tanrı, İngiltere’de olanlarla, 14.Louis’ye örnekler göstermektedir³¹ ama Bossuet; krala bir seçenek sunmuştur; “*Tanrının mükemmelliği, kralda özetlenmiştir.*”³²

Tahtın tüm yetkilerini ele alınca; önce, bakan, danışman ya da özel çalışmalar için atanan kişilerin görevlerine son verdi. Bakanlara ihtiyacı yoktu; zaten 13.Louis döneminde sarayda nefret uyandıran Richelieu ve hatta çok sevdiği Mazarin düpedüz iktidarın çözüldüğünü gösteriyordu. O halde onların yeri boş bırakılmalı ve kral gerçekten iktidarın, yasanın, halkının ve tahtının biricik sahibi olduğunu göstermeliydi.³³ Onun uzun yıllar süren hükümranlılığının istikrarında; aldığı eğitimin, etrafında dolaşan aristokrasinin ve din adamlarının olduğu kadar zamanın siyasi-hukuki teorisyenlerinin de etkisi vardır.³⁴

Kralın işi (*métier du roi*) yönetmekti; ama bir kral olmak kendi kendini de yönetmektir (*gouverner par soi*). Kendi kendini yönetmek; kamusal kişi-

²⁸ Voltaire, C I, s.9.

²⁹ Ibid, s.66.

³⁰ Jean-Pierre, **Branccourt**, “Estat’lardan Devlete, Bir Sözcüğün Evrimi”, in Devlet Kuramı, Derleyen Cemal Bali Akal, Ankara 2000, s.188.

³¹ 1688’de İngiltere’de, II. James’in, kralların kutsal hakları iddiasını yeniden gündeme getirmesiyle parlamento tarafından tahttan uzaklaştırılması olayı. **Göze**, s.479.

³² **Cottret**, Monique, “Raison d’État et politique chrétienne: entre Richelieu et Bossuet”, Bulletin de la Société de l’Histoire du Protestantisme Français, <https://www.jstor.org/stable/24296948> (Erişim Tarihi 02.03.2025).

³³ **Mémoires de Louis XIV**, s.82.

³⁴ **Gantelet**, s.508.

liği yönetmektir (*personnage public*). Kral kamusal bir kişilik olduğundan, kralın işi kendini yönetmektir.³⁵ Kral oradadır, kudreti tartışma dışıdır ve beklentilerine bir şey katmayan tımturaklı ifadelerin ötesine geçip yönettiği toplumu ikna etmek zorundadır.

1. Monarşiye Methiye: Tek Kral

Machiavelli'den sonra, aldatma sanatının işlendiği; yönetirken yalanın gereklilik olduğuna yönelik, bolca siyasi metin vardır. Elbette güneş tanrıya, kral aya benzetilmiyordu artık ama monarşiyi öven bir dil hâkimiyeti söz konusudur. Bu metinler krallarına, prenslerine; halklarını iyi yönetmeleri için iyi yasalar yapmalarını öneriyordu. Bir yönden modern devletin temsil esasına dayalı egemeni meşruiyetle donatılıyor, diğer taraftan kralların Tanrı'nın temsilcisi olduğu söylemi tekrarlanıyordu. Bu bakımdan 17.yüzyılın, egemenlik ilkelerinin geçiş dönemi olduğunu söylemek mümkündür.³⁶ Gerçekte tüm 17.yüzyılın yazınında Reform'dan sonra iktidarın paydaşı olduğunu iddia eden Kilise'nin dönüşümü ve kurumsal olarak dinin siyasi alandaki yerinin sorgulanması üzerine bir dil ve düşünce hâkimiyeti kuruldu.³⁷ Sadece bir yüzyıl önce La Boétie, Hubert Languet, François Hotman, Guez de Balzac gibi hümanistlerin, edebiyatçıların söylemi, 16.yüzyılın dehşetine karşı iyimser bir retorik gibi görüldü. Eğer saraydakiler, yönetimi suiistimal edebiliyorsa, bunun nedeni kralın gücünü yeterince kullanmamasıydı. Halkın yararı için sadakatsiz gözdeleler, kralın etrafından hemen uzaklaştırılmıyordu. Böylece barış arayışının hayal kırıklığına uğratılmadığı iktidar odaklı sistem, 17.yüzyılın ortalarında Fransa'ya taşınmıştır. Her şeyi yapabilen ama bunu hukuksal bir kisveye büründürmeyen “sınırsız güç” meselesi, ustalıkla ele alındı. Bossuet ise saf düşüncenin tartışmaya meydan okuduğu mistik bir düzlemde, gerekçelerini eskilerin söylemi üzerinden inşa etmiştir.³⁸ O, bir filozof, siyasetçi ya da aksiyon adamı değildi. Mutlak monarşin pekiştirilmesine katkısı şüphe götürmeyen bir din adamıydı. Her şeyden önce, sarayın

³⁵ Mémoires de **Louis XIV**, s.114.

³⁶ **Mosca**, Gaetano, Siyasi Doktrinler Tarihi, (çev. Server Tanilli), İstanbul 1963, s.169. **Ago-ulvent**, Anne Laure, Hobbes ou la crise de l'État Baroque, Paris 1992, s.16 vd.

³⁷ **Janet**, Paul, Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale, T 2, Paris, 1887, s.143.

³⁸ “Kralların Ödevleri”, bir siyasi ilahiyat söylevidir. Bir hukuk formülü, bir aksiyom nihayet krala öğüttür. **Rébelliau**, Alfred, “Bossuet et Les Débuts de Louis XIV; Le Ralliement à l'absolutisme”, Revue des Deux Mondes, C 42, N 2, 1927, s.324. <https://www.jstor.org/stable/44846234> (Erişim Tarihi 14.03.2025).

dini konulardaki danışmanıydı ve kilise üzerinde nüfuzu vardı. 1670'ten itibaren tüm çalışmalarını kraliyet ailesine adamıştır ve birlik inancına tapınmaktadır. Bu birlik sadece inançta değil, ilkelerde ve amaçlarda kenetlenmektir. Açıkçası, onu sadece basit bir saray hizmetkarı gibi görmek kötü niyetli bir yorum olur.³⁹

Bossuet, 1662'de Louvre'a vaazını vermesi için ilk kez çağrıldığında, bunun kamusal bir görev olduğunun bilincindedir.⁴⁰ Kralın görüş ve davranışlarını değiştirmek için her şeyin köküne inmek gerektiğine inanmış halde, ilk vaaza özel bir isim vermiştir: "Kralların Ödevleri" (*Les Devoirs des Rois*). Başlığı gibi içeriği de çok özel olan bu vaaz, hem kendisinin hem Kral'ın yaşamında önemli bir dönüşümün işaretidir.⁴¹

Siyasal mistisizmi yücelten söz oyunlarını dinlediğinde; 14.Louis henüz 23 yaşındadır. Kürsüden tüm kraliyet ailesinin huzurunda; ölümlü krala, otoritesinin ölümsüzlüğü ve tanrısal olduğundan kendisinin asla ölmeyeceği söylenmektedir.⁴² Bossuet, krala öğütler vermektedir. Fakat dahası vardır: Hobbes'un, algıcılığı yücelten Pierre Gassendi'nin, aklı düşünceden ayıran Descartes'in ve Spinoza'nın çalışmaları, hüküm sürdüğü yıllarda 14.Louis'in ellerindedir. 1649'da Hobbes'un, *De Cive*'i Samuel Sorbière (1615-1670) tarafından Fransızcaya çevrilmiştir. Hobbes, Fransa'da vergi düzenlemeleri nedeniyle çıkan Fronde (Sapan) ayaklanmasında (1649-1659) canı yeterince sıkılan krala "koşulsuz itaat"ın tüm akılcı gerekçelerini söylemişti. Cardin le Bret'nin yasa kamusal kişiliğin iradesidir, yasayı isteyen kralı da ister önermesini işlediği Kralın Egemenliği Üzerine (*De la souveraineté du roi*) 1642'de yayınlanmıştı. Lozan'a sürgün edilen bir Calvenist Élie Merlat 1689'da Egemenlerin Mutlak İktidarı'nı (*Traité du pouvoir absolu des souverains*) yazmıştır. Bu arada, Louis Desbans'ın Politikanın ve Doğal Hukukun İlkeleri (*Les principes naturels du droit et de la politique*) yayınlanır. Hobbes'un sistemi, 14.Louis'nin iktidarı boyunca çeşitli isimler-

³⁹ **Faguet**, Émile, *Dix-Septième Siècle Études Littéraires*, Paris 1910, s.392-395.

⁴⁰ **Cagnat-Deboeuf**, C., "Un sermon en anamorphose: le discours au roi dans le Carême du Louvre", Peureux G., Éd., *Lectures de Bossuet*, Rennes, 2002, s.111-128.

⁴¹ **Rébelliau**, "Bossuet et Les Débuts", s.313-314.

⁴² **Gazier**, 11. "Tanrı krallar aracılığı ile kendi ölümsüz otoritesini görünür kılmıştır. Siz de diğer insanlar gibi ölümlüsünüz ama Tanrısallığınızla ölümsüzsünüz, otoriteniz ölümsüzdür. İnsan ölür; bu gerçektir ama biz diyoruz ki bir kral asla ölmez; çünkü Tanrısal simge ölümsüzdür. **Bossuet**, "Les Devoirs des Rois" in *Sermons de Bossuet*, Nouvelle Édition Complète, Tome 2, Paris 1872, s.778.

le kendisine anlatılıyordu zaten.⁴³ Bir başka deyişle, 14.Louis tahta çıktığında, “devlet benim” sözünün siyasi, hukuki hatta seküler dayanaklarını bir teori olarak hazır buldu.

14.Louis’nin “*karmakarışık her şey*”⁴⁴ diye tanımladığı Fransa’da, sadece kurumsal sorunlara değil teorik sorunlara da çözümler bulmak gerekiyordu. Vergilendirme konusunda, artık bıkkınlık veren huzursuzluğu kesip atmak; yani devlet-kilise ikiliğine son verilmesi bir zorunluluktur. Machiavelli’nin cumhuriyeti, soydan geçme kralı pek makbul görmediğinden, çabucak unutulmalıdır. Direnme hakkı, sadece vergi sorununu içermiyordu; örneğin krala karşı gelenlerin mülkiyetleri kraliyete devredilebilir miydi? “*Büyük bir aile olarak sürekli çoğalan Kilise’nin mallarına ve satın alma gücüne, yasal bir sınır getirilmeliydi.*”⁴⁵

Kral ve aristokrasi! İki efendiye sadakat mümkün değildi, kral tüm yetkiyi elinde toplamalıydı. Kendisine hükmetme cüretini övgüyle harmanlayan Roma’ya karşı izlenecek tutumda; kraliyet soyunun kutsal hakları, dokunulmazlık ve sınırsızlık üzerine Bossuet onu onaylamıştır. Kralın mutlak otoritesinin yüceltildiği teoriler, çok sevdiği sahne oyunlarındaki performansı ile pekiştirildi.

Döneminin siyasi eğilimlerine baktığımızda, 14.Louis ne kadar suçlanabilir? Korkunç bir özgüvenin içinde, inatçı ve zaten şiddetin cazibesine kapılmış olan genç kral, kibirli ve gösterişçi olmakla suçlandı. Oysa bu ayartma dediğimiz şey kralın gençlik tutkularına, kaprislerine o kadar uygundu ki en yakınındakilerin verdiği tavsiyeler bile Richelieu’nun saraydaki mirasının parçalarıydı. Genç kral daha güvenilir hangi otoriteden tavsiye alabilirdi? Kralların egemenliği konusunda Bossuet, içindeki mistik dünya ile konuşmayı bıraktıkça, tahtın geleneksel Fransız monarşisinin kültürünü yansıtmadığını düşünmektedir. Onun kralı; halkının üstünde değil yanında olan, kamu güvenliğini ve barışı sağlayan kraldır. Barış ve adalet bir kralın, görevi ve varoluş rolüdür. Krallarda, yeryüzünü cennetin nimetleriyle dolduran bir cömertlik vardır. Kraliyet, yürekten duyulan sadakatten başka bir şey değildir.⁴⁶

⁴³ Gayet, s.280-282.

⁴⁴ Mémoires de Louis XIV, s.82.

⁴⁵ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Berna Günen), İstanbul 2017, s.595.

⁴⁶ Rébelliau, “Bossuet et Les Débuts”, s.312.

2. Buyurmanın Sınırı: Tek Yasa

Bossuet, 1675'te 14.Louis'ye yazılan mektupta; “*Oturduğunuz tahtın Tanrı'ya ait olduğunu ve onu korumanız gerektiğini, O'nun kanunları ile hüküm sürmeniz gerektiğini dikkate alınız. Merhametli ve adaletli krallar, iyilik ve hoşgörü ile kutsanacaktır. Size verilen güç, halkınız içinde, Tanrı'nın hoşuna gitmeyen şeyleri değiştirmek içindir.*”⁴⁷ diyordu.

Bossuet geleneksel din anlayışını parçalayan Reform'un, etkileyici düşünce öbeklerini çok iyi bilmektedir. Öyle ki Avrupa'nın ve Fransa'nın, Luther ve Hristiyanlık arasındaki bölünmüşlüğüne tanık olmuştur. Kısaca dini otoritenin gücünü, kilise aracılığıyla meşrulaştırmak, zamanın ruhuna uygun değildir.⁴⁸ Bu nedenle olsa gerek Bossuet, monarşinin, tanrısal hakla meşrulaştırılması konusuna odaklanır. Kutsal Kitabın Sözlerinden Çıkan Siyaset (*Politique Tirée Des Propres Paroles de l'Écriture Sainte*) eseri, büyük siyasi anlatılar içerisinde monarşinin hizmetindeki son anıta; bu uğurdaki hizmeti, inanç kulelerinde açılan gedikleri kapatmaya gayretli işçiyeye benzetilmiştir.⁴⁹ Kralları dinle ilişkilendiren Tertullian'dan etkilenmişti. Tanrının evrenin her yerinde olması gibi, kral da devletin her yerindedir.⁵⁰ Eğer kral; tacını, ilahi takdirin bir hediyesi; esasını, iradesinin bir aracı olarak görürse; tanrının o kralı kutsadığını⁵¹ düşünüyordu. Ama krallar, onun temsilcisi olarak önce tanrının sözünü dinlemeyi öğrenmeliydiler ki La Fontaine'in “*kralın kulağını kirleten saray haşereleri*”⁵² dediği kesimden korunabilsinler!

Taşradan gelen Bossuet; 14.Louis'nin saf ve kötülüğün dokunmadığı bir insan olduğuna, gerçekten inanmaktadır. “*Kralların Ödevleri*” vaazında; “*Efendim, halkınızın ihtiyaçlarını biliyorsunuz, size bu güçlükleri aşma gücü verildi. Seleflerinizin kaderini aşan görkemli ve büyük bir şey canlanıyor. Adınızın ve Fransız adının şanını öyle bir yükseğe taşıyın ki sizin için ebedi mutluluktan başka bir şey dilenmesin*”⁵³ diyebiliyordu. Açıkçası tam da genç

⁴⁷ Bossuet, *Politique*, s.1821,503.

⁴⁸ Nisard, D., *Études sur la Renaissance*, Paris 1864, s.302.

⁴⁹ Lopez, Denis, “Bossuet, autour de l'année 1700”, <https://hal.science/hal-00713752v1> (Erişim Tarihi 02.03.2025)

⁵⁰ Janet, s.282.

⁵¹ Gazier, s.8-10.

⁵² Ibid, s.17.

⁵³ Bossuet, “Les Devoirs des Rois”, s. 792. Gazier, s.28-30.

kralın istediği gibi, ruhani ve dünyevi otorite arasındaki gerilimi, güçlü biçimde ortaya koymak istiyordu.⁵⁴ Bununla birlikte kim bir krala ödev verebilirdi? Bossuet dilin ve hitabetin tüm olanaklarını kullanarak, “size konuşan ben değilim” der “sadece en yüce varlığın kutsal ve bilgece sözlerini aktarma” alçakgönüllülüğü ile “huzura” çıktığını söyler. Taht ve kürsü arasında kurulan bu özel ilişkide, Bossuet dinin politik yüzünün misyoneri gibidir. 14.Louis’ye bir kral olarak hizmet etmesi gereken ana noktaları gösterir.⁵⁵ Büyük krizlerde de “birlik bağı kırılgandır” sloganını işler. Anlamı şudur; bölünmek yok, mutlak itaat ve tükenmeyen sabır var!⁵⁶ Bu arada uyrukların - hangi sınıftan olursa olsun- mutlak itaat konusunda istisnası yoktur.⁵⁷ Adil olmayan krallar ya da tiranlara karşılık otorite yokluğunun yaratacağı anarşi düşünüldüğünde, her ikisi de katlanılabilir. Zira krala mutlak itaat, inanç savaşları kaostan çıkıp, monarşinin getirdiği güvene ve istikrara teslim olmaktır.

Kral, kamusal bir kişiliktir; fiziksel kişiliği ile soyut kişiliği⁵⁸ farklıdır. Bossuet, bu kişiliği Hobbes’tan farklı olarak, Antiklerden ödünç aldığı görüşlerle ispatlamaya çalışır. Oysa Hobbes için devlet, aklın eylemidir. Hobbes’un tanımladığı “kişileştirmek; kişi olmak” ile “rol yapmak; kendini ya da başka birini temsil etmek” birbirinden ayrılmıştır. Çok sayıda insan, bir siyasal beden ruhuna nasıl dönüşür? Kişiliği tek yapan, temsil edilenlerin birliği değil; temsil edenin birliğidir.⁵⁹ Bu nedenle yasanın içindeki otorite ve istenç tektir, o da kralın semiyotik ilişki içinde bulunduğu soyut beden iradesidir. Bu irade, yasa olarak tezahür eder.

Kral, “*in quo et respublica et nossumus*”⁶⁰ yani “devlet ve bizim içinde olduğumuz şey” adına “böyle olsun istiyoruz” sözlerini kullanır. Burada “istiyoruz” ifadesi, kişisel bir arzumuzu doyurmaya yarayan basit bir istek, keyfi bir seçim değildir. Bu istek, koşulların ve zorunlulukların aksiyomundan doğar. Bu irade, tüm kamusal varlığın tercihidir. Ancak bu tercih, adale-

⁵⁴ Lopez, 14.

⁵⁵ Gauthier, Marion, Scandale et Indignation dans les Sermons de Bossuet, Bourdaloue et Massillon, Thèse Doctorat, Université Paris Diderot, 2017, s.422-423.

⁵⁶ Gazier, s.101.

⁵⁷ Bossuet, Politique, 1821, s.213.

⁵⁸ Kamusal kişiliğin soyut varlığına dair bkz. Frederic W., Maitland, “Bir Tüzel Kişi Olarak Taht”, (çev. Ülke Yükselbaba), İÜHFM, C LXIV, S 2, s.411-430.

⁵⁹ Gazier, s.117-119.

⁶⁰ Gayet, s.303.

ti mi yoksa akıllı mı içerir? Adaletli olmasa da akla uygun olmasa da yasa yine yasadır! “*Hoc volo, sicjubeo; sit proratione voluntas*”!⁶¹ *Bunu istiyorum; bunu [yapmayı] emrediyorum; bırak bu irade, akıl yerini tutsun.* Burada açıkça ortak akıl ilkesinin yerini, kralın iradesi alır. Böylece Bodin’in, kralın mutlak iradesine getirdiği doğal hukuk kaynaklı sınırlamalar bile ortadan kalkar.

Kraliyet kütüphanesinin emektarı Gabriel Naudé (1600-1653) için kamu yararı adına doğal hukuka aykırı yasa olabilir. Ayrıca doğal hukuku, somut ve görünür kılan kralın ta kendisidir. Doğal hukuku var eden güç ile kralın iradesi rekabet edemez. “*Ejust est destituere, cujus est instituere*” yani; yasayı yaratan yetki ile onu kaldıran yetki aynı ise doğal yasayı kim kaldırabilirdi? Zaten kraliyet danışmanı Daniel de Priéziac (1590-1639) Siyasi Söylev’inde (*Discours politiques*) çok daha önceden “prensler insanlara, çıkarlar prenslere hükmeder” demişti. Jean de Silhon’dan (1596-1667) Hobbes’a kadar hepsi aynı şeyi tekrar etmektedir: Halkın güvenliği, en üstün yasa olsun. Bu ilke, siyasal sistem ne olursa olsun -monarşi ya da cumhuriyet fark etmez- şaşmaz bir akıl yasası olarak görülebilirdi. Nihayetinde kamusal güven, kralların son meşru sebebi, siyasi iktidarın varoluş nedenidir.⁶² Öyle görünüyor ki Fransa’da Hobbes’tan önce de yasayı sadece kralın söyleyebileceğine, sadece onun tarafından yorumlanabileceğine dair düşünceler vardır.

Hukuki zorunluluklarla, devlet akıllı çatıştığında, kraliyet ödevleri çok ağır vicdan sınavlarına dönüşebilir diyordu Omer Talon (1598-1688). Haksız vergilere karşı çıkarak Fronde olaylarında kralı eleştirse de Greklerden gelen bir siyasi kavramı, “*anypeythynie*”⁶³ kavramını; devletin çıkarları ve kralın iradesini tek bir formüle indirgedi; “*suma sedes a nemine judicatur*” yani tahtı kimse yargılayamaz.⁶⁴ Talon’un söylediği, Orta Çağ’lı bir görüşün yeniden gündeme alınmasını sağlamıştır. Bir kraliyet varsa, yönetimin yaptığı hatalarda tahtın payının olmadığı düşünülemez. Ama insan, eğer gözleri kapalıysa nasıl görebilir? Kralın olup biteni görebilmesi için ışığa ve bilince ihtiyaç vardır. Koşullar oluşmadığında kral, yalnız kendine borçlu olduğu bir

⁶¹ İbid.

⁶² **Hobbes**, Thomas, *Leviathan*, (çev.Semih Lim), İstanbul 1993, s.234. **Gayet**, s.330-331.

⁶³ **Tribout**, Bruno, *Les Récits de Conjuration sous le Règne de Louis XIV*, T I, Montréal 2008, s.131.

⁶⁴ **Gayet**, s.330.

hesap içindedir. Bu görüş, çocuk kral 14.Louis ile iktidardan zulüm gören tebaasının ilişkisini açıklıyordu. Fransa dışından da aynı görüş destekleniyordu. Önce Hugo Grotius, sonra Hobbes, kralın görevinin yeryüzünü kurtarmak olmadığını, yasa ile bağlı olmadığını; kralın Roma'ya olan saygısının bozulmaması için ona yasayı yapma, bozma ve yeniden yapma hakkının verilmesi gerektiğini söylüyorlardı.⁶⁵

Bossuet de kralı ancak tanrı yargılar, egemenin mutlaklığı gereğince o bir şey yaptığında nedeni sorgulanamaz⁶⁶ diyordu. Ama mutlaklık ile akılcılığın sentezlemişti; *“keyfiyet zulüm ve tirani getirir bu ise barbar köleci toplumların yönetimidir. Mutlak demek; emir verirken başka bir güçle bağlı olmamaktır. Baskının ne olduğunu bilenler, gücü asla zorlayıcı düzeyde kullanamaz; zor kullanan kim olursa olsun, otoritenin ne olduğunu bilmiyor demektir.”*⁶⁷

14.Louis, *Kralların Ödevleri* vaazında hükümlerliliğinin gerekçelerini dinlemektedir Bossuet'dan: *“Devlet sizsiniz majesteleri”* diyordu; *“ama tahtınız, tanrının size emanetidir!”*⁶⁸. Bossuet 14.yüzyılın “Tanrı'nın ve halkının gücüyle” söylemini hatırlatmaktadır aslında. Bugün çok cesur ve bir o kadar da tuhaf gelen *“devlet sizsiniz”* cümlesi, o zamanlarda bir vaizin ağzından duyulduğunda hiç kimse şaşırmasdı. Gerçekten de *“ölüm yaşayanı yakalar, krallar asla ölmez”*⁶⁹ yazıyordu Bossuet. Bu güç, mistik dini bedenin iman bütünlüğünü ifade eden *“toplumun sürekliliği”* görüşüne dayandırılmıştır. Bu noktada dinsel törenler, bir yetki sağlamaz ama var olan bir yetkiyi ilan eder tezi, ustalıkla kullanılır.⁷⁰ Baldus'un bir hukuk önermesiyle sunduğu; *“bir halkın özgür olması demek, onun özgür bir kral yaratma hakkına sahip olması demektir”* görüşü, Kilise'nin halk üzerindeki etkisini dondurmaya gerekli kılmıştır.⁷¹ Bu, kendisinden bir yüzyıl önce yaşamış Jean Bodin'in devleti ve tahtı soyutlamak için kullandığı formüldür.⁷² Bossuet, bir din adamı olarak tanrıdan alınan iktidarı inkâr etmiyordu ama tanrının izni

⁶⁵ Rébelliau, “Bossuet et Les Débuts”, s.316.

⁶⁶ Bossuet, *Politique*, 1821, s.67.

⁶⁷ İbid, 59.

⁶⁸ Gayet, s.343.

⁶⁹ Bossuet, *Politique*, 1821, s.59.

⁷⁰ Kantrowicz, s.430.

⁷¹ İbid, s.392-393.

⁷² Bloch, Marc, *Les Rois Thaumaturges*, Paris 1961, s.352. Bossuet, *Politique*, 1821, s.59. Kantorowicz, s.525.

ile demek ayrı, Papalığın izni ile demek ayrı şeylerdi. Ama bu görüşü kraliyet hukukçularından aldığı halde Bossuet, ne Bodin'e ne de başka bir isime eserinde atıf yapmıştır.

3. Mistik İştirakin Sonu ve Kralın Zaferi: Tek İnanç

Kral, imanlı bir kişidir ve Katolik inancının Fransa'daki koruyucusudur. Yüzyıllarca bu inanç bağının Papalıkla ilişkisi tahtın meşruiyetini doğrudan etkilemiştir. Teorik olarak Fransa kralı ve Fransız halkının bütünleştirilmesi Gallicanizm'i yani Fransa kilisesinin Roma Kilisesi'nden özerkleşmesine yol açtı. Gallicanizm'in, siyasi açıdan sonuçları daha kesindir, zira Fransa kralının, tam da mutlak monarşilerden beklendiği gibi, dünyevi konularda mutlak bağımsızlığının ilanındır.⁷³ 14.Louis, régale hakkını (*droit de régale*) öne sürerek -aslında bu bir bahanedir- kiliseyle “vergileendirme” konusunda yaşanan gerilimi kökten çözmüş ve tahtının meşruiyetinin Papalık makamına bağlı olmadığını kabul ettirmiştir.

Régale hakkı; Fransa kralının, bir piskoposluk makamı boşaldığı sırada bölgesinde bulunan her türlü geliri alma ve mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı olarak tanımlanabilir.⁷⁴ Bilindiği gibi, kilisenin “fief”e taraf olarak kazandığı haklar gelenekseldir. Mülkleri ve hakları, gerçek kişilerin hukuki durumunda olduğu gibi korunur. Mülkiyet hakkı üzerindeki zamanaşımına uğramaz, dokunulmaz yetkiler, kilise mülkleri için de geçerlidir. Régale dayanak teşkil eden; piskoposluk bölgelerine yapılacak atamalara karar vermek hakkı, 742'de Kısa Pepin'in (*Pepin le Bref*) Frank kralı ilan edilmesi sırasında Papalığa, Fransa topraklarında piskoposluk bağışlamasına kadar geri gider.⁷⁵ 1274'te yapılan II.Lyon Konsili'nde bu hak, Fransa krallarına açıkça kanonik bir hüküm olarak tanınmış, ancak ölüm ya da başka bir nedenle münhal olan piskoposluk ve ona tabi piskoposluklarla sınırlandırılmıştır.⁷⁶ Güzel Philippe, ülke topraklarına Roma tarafından tayin edilen, çoğu Fransız olmayan ve kilise yetkilerini kullanan bu kişilerin, söylemle-

⁷³ Touchard, Jean, Siyasi Düşünceler Tarihi, (çev. İsmail Yerguz), İstanbul 2015, s.331.

⁷⁴ Phillips, s.211.

⁷⁵ Roland, s.9. Hayem, Hanri, Le droit de propriété et ses Limites, Paris 1910, s.91-92. Régale hakkı, boş bulunan piskoposluk çevresindeki arazilerin; sahihsiz toprak statüsünde yorumlanarak mülkiyet hakkı kapsamında kraliyete mal edilmesidir. Buna göre, bir bölgede idari olarak kraliyetin yetkilerini kullanan bir piskopos yoksa o bölge kraliyet askerleri ve kralın hukuku ile korunduğundan dahası kalın hükümler alanı olan “kendi ülkesinde” olduğundan, dünyevi iktidarın oradaki mallar üzerinde tasarruf yetkisi vardır. İbid, s.32.

⁷⁶ Phillips, s.211.

riyle din ve mezhep çatışmalarına neden olmalarını engellemeye çalışmıştır.⁷⁷

Richelieu'nün deyişi ile “*Kilisenin önünde bir sonsuzluk vardır, oysa Fransa'nın hayatta kalması, günlük bir mücadele idi.*”⁷⁸ 17.yüzyıl, bu açıdan da bir rövanştır. Önce 1608'de Fransa Parlamentosu, régale hakkının tüm ülke topraklarında geçerli olduğuna karar vermiştir. 1614'te 13.Louis'nin topladığı États Généraux; hiçbir ruhani makamın, Fransa kralını tanrıdan aldığı haklardan mahrum bırakamayacağını teyit eder. Ayrıca hangi dereceden olursa olsun, kilise mensuplarının halkı isyana sevk edici vaazlarının ve yayınlarının, krala ihanet suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık Kilise, kiliseye ilişkin kanun tekliflerinin ruhban sınıfı dışındaki kişiler tarafından yapılamayacağını, halkın kilisenin yanında olması gerektiğini yüksek sesle ifade edince, kral tüm toplumsal sınıfların sadakatini yoklar. Kilise, kralın fiziksel bedeninin dokunulmaz olduğunu tasdik eder, fakat tacın manevi şahsiyetinin mistik siyasi bedene (*Roma Kilisesi'ne*) tabi olduğunda ısrarcıdır. 14.Louis, sorunun daha fazla sürüncemede kalmasına izin vermeyecektir.⁷⁹ Kral, Fransa krallığındaki tüm piskoposlardan, kesin bir bağlılık isteyerek başlar. Ayrıca bunun teorik nedenlerini açıklamak için Paris Üniversitesi teoloji hocalarından gerekçeli görüş bildirmelerini talep eder. Tahta bağlılıklarını açıklayanlara karşı, Papa XI. Innocent boş durmaz ve bazı Fransız piskoposları ve kilise mensuplarını aforoz eder. Bu defa Fransa ulusal kilisesini savunanlar sessiz kalmayacaktır. Derhal toplanan ilk mecliste, söz konusu régale hakkının krala ait olduğu belirtilmiştir. Paris Üniversitesi “kralın üzerinde hiçbir güç olmadığını” ve “kralın sadece Tanrı karşısında sorumlu olduğunu” bildiren kararlar, kraldan yana olur. Arkasından Kral, régale hakkının kraliyete ait olduğunu ilan eder. Kısmi

⁷⁷ **Hayem, s. 84.** Régale hakkının nasıl doğduğu ve Avrupa feodalitesi içindeki yeri için bkz. Jerome à Costa, *Histoire de l'Origine du Progrès des Revenus Ecclesiastiques Où il est traité selon l'ancien et le nouveau Droit, de tout ce qui regarde les Matieres Beneficiales, de la Régale, des Investitures, des Nominations et des autres Droits attributs aux Princes*, Francfort, 1684, s.127-187. Eser, bir monografiden çok her sayfasına el yazısı ile not düşülmüş çok uzun bir rapor andırmaktadır. (y.n.)

⁷⁸ **Gourdault, Jules, Colbert, Ministre de Louis XIV (1661-1683), Tours 1876, s. 267.**

⁷⁹ 14.Louis; régale hakkını, tüm Fransa krallığına yaymak istiyordu. 1673'te toplanan Piskoposlar Kurulu, “régale”in geleneksel ve evrensel bir hak olduğunu tartışırken kral kendilerinden, Papalığın, Fransa kraliyetindeki ve kraliyet topraklarındaki hukuki ve fiili sınırların açıkça belirtildiği bir karar istemiştir. O dönemde 34 tane olan piskoposluk, kendilerinin krala bağlı olduğunu, Fransa Kilisesi'nin ayrı bir kurum olduğunu ilan etme noktasına gelince, Papa aforoz tehdidini savurmuştur. Bildiriyi yazma sorumluluğunu üstlenen Bossuet ile piskoposlar meclisi çalışırken; kral, bu meclisi dağıtır ve kesin bir bağlılık ister. **Phillips, s.213.**

direnışe rağmen, sorunu kesin bir biçimde çözmek için kralın emriyle Ekim 1681’de toplanan ruhban toplantısında, açılış vaazını veren Bossuet, Colbert ile birlikte kararlara önderlik etmiştir.⁸⁰

Colbert, 14.Louis’nin cesaretlendirmesiyle bütçe dengesini korumak ve gelirleri arttırmak için, daha 1673’lerde Hollanda savaşı sırasında kilise gelirlerinin kontrol edilmesini önermişti. Bütçe bütünlüğünü bozduğu gerekçeyle, feodal bağlardan gelen kilise ilişkilerinin mali açıdan gözden geçirilmesi, müsrif aristokrasinin mali denetime alınması ve böylece bütçede de birliğin sağlanmasına ilişkin fikirler de ona aittir. Kiliseye karşı ilk önerilerinde “Kralın tanrısal haklardan yararlanması” konusunu yeniden gündeme almıştır. Ama bu tanrısal hakların, nasıl sunulacağı işi Bossuet’ye bırakılmıştır.⁸¹ 24 Ocak 1682 tarihli Kraliyet Fermanı⁸² parlamento tarafından onaylanarak kanunlaştırılmıştır. Roma kilisesi tarafından yok sayılan 1682 toplantısının sonuçları, 14.Louis için tam bir iktidar zaferidir. Daha sonra 1693’te Papa’ya mektup yazarak Gallicanizm’in ilkelerinden vazgeçtiğini⁸³ belirtse de bu ilkeler Fransa’da yürürlükte kalmıştır.⁸⁴ Yaşı ilerledikçe dindarlığı artan 14.Louis, sonunda fermanı fiilen geri alır. Yayınlayan da kraldır; ilk cayan da! İlanını hazırlarken olduğu gibi geri çekilmesine ilişkin metnin taslağının hazırlanması için yine Bossuet görevlendirilir. Formül kolaydır; aslında Papa, kralı destekleyen din adamlarından, görüşlerini geri çekmelerini ve pişmanlıklarını ifade etmelerini hiç istememişti! Yenilen kimdi? Bossuet mi; Gallicanizm mi? Bunun da bir cevabı vardı; barışçıl ve fedakâr insanlar, ödülleri bu dünyada nadiren alıyorlardı. Her zamanki gibi yaşananlar, prensiplere uyarlanmıştır.⁸⁵

⁸⁰ **Tabaraud**, M. La déclaration bossuétique en 1682. Histoire Critique de l’Assemblée Générale de Clergé de France en 1682 et de la Déclaration, Paris 1826, s. 8.

⁸¹ **Gourdault**, s.268-269. Genç yaşında Mazarin’in himayesine giren Jean-Baptiste Colbert, monarşinin bu “mermer yüzlü” adamı, Ricelieu ve Mazarin’in bir tür politik mirasçısı gibi algılanmıştır. Çalışkanlığı, zekâsı ve “cimriliği” ile ünlüdür. İlerleyen dönemde, kralın ekonomi ve finans işlerinin başına getirilmiştir. İbid, s.12 vd.

⁸² **Edit du Roy sur l’usage de la Régale Verifié en Parlemant le 24 Janvier Paris, 1682.** Ferman’da, 14.Louis régale hakkının Fransız kraliyetindeki yerini adeta özetlemiştir. Daha önce çıkarılan 6 Temmuz 1646, 29 Kasım 1666, 16 Aralık 1677, 19 Temmuz 1678, 21 Haziran 1680 tarihli fermanlara atıfla, kraliyet toprakları üzerindeki régale hakkının artık Fransız kraliyetine ait olduğunu emreder.

⁸³ Papa XI. Innocent 1682’de bildiriği kınamıştır. Papalık, 1693’te bildirinin iptaline ilişkin bir kararnamayı kabul etti; ancak Papalık hiç tanımadığı bir kararın iptalini de ilan edemeyeceğinden bir şey yapamadı. **Phillips**, s.216.

⁸⁴ **Voltaire**, C III, s.63-75.

⁸⁵ **Giraud**, Victor, Bossuet, Paris 1930, s.120.

Bossuet için mesele, kral ve Roma arasındaki gerilimi, inanca zarar vermeden çözebilmektir. Sonuçta, dinin koruyucusu da kraldır⁸⁶ ama Roma'nın hükümlanlığına karşı kamusal kişiliği koruyan egemen gücün tekliğinin, monarka nasıl izafe edileceği bir sorundur. Bossuet bu sorunu, mutlak monarşinin sınırsızlığını, kiliseyi tamamen kraliyet otoritesinin altına alarak çözer. Nihayetinde kralın dokunulmazlığı, krala papanın da dokunamayacağı anlamına gelir! Fransız halkı, papalığın hizmetine girmeden önce Fransa kralının tebaasıdır.⁸⁷ Bu nedenle, Papa ve Kral arasında zamansal üstünlük kurulması doğru değildir.

Sırada Papalığa karşı kazanılan zaferin kraliyet içinde pekiştirilmesi vardır. Bossuet, 14.Louis'nin, Protestanlığa karşı tavrında kararlılık göstermesine teorik olarak yardım ediyordu.⁸⁸ Baskı ve cezalandırmadan önce ikna etmek için çabalamak gerektiğini düşünse de 1688'de, "*Protestan Kiliselerinin Farklılaşması*" başlıklı eserini Nantes Fermanı'nın feshini haklı çıkarmak için yazdığı iddiası tartışmalıdır. Ancak bir din adamının, durumu "inanç üzerindeki defo" olarak görmesi ile siyasi açıdan din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirmesi çok farklı sonuçlar doğurabilirdi.⁸⁹ Bossuet; kralın, inançsızları ve kendi inancını takip etmeyenleri itaatten ve sadakatten muaf tutamayacağını⁹⁰ zaten yazmıştır. Çünkü Bossuet, kralın, kilisenin etkinlik alanı dışında da bir iktidarı olduğunu farkındadır. Her ne kadar siyasetin sınırlarını tanrısal kurtuluşa bağlasa da "Fransız kilisesi, kraliyetin bir parçasıdır" tezi üzerinde durur.⁹¹ Siyasetle inanç arasına sınır koymaz. Ayrıca bir sınır varsa nerede başlayacaktır?

⁸⁶ Frank kralları ile Kilise arasındaki bağı tarihi gerekçelerle inceleyen metin için **Boutigny**, Rolad, Le Vayer de Le Droit des Souverains Touchant l'Administration de l'Église, Paris 1734, s.17 vd.

⁸⁷ **Voltaire**, C I, s.23.

⁸⁸ **Burke**, s.119.

⁸⁹ **Rébelliau**, Alfred, Bossuet, Historien du Protestantisme, Paris 1891, s.48.

⁹⁰ **Bossuet**, Politique, 1821, s.215. 1598'de Protestanlara inanç ve ibadet özgürlüğü getiren Nantes Fermanı, 1685'te 14.Louis tarafından fesh edilmiştir. Nantes Fermanı'nda, siyasi birliğin mezhepten, vatandaşlık bağına çekildiği görülür. Oysa 14.Louis, Fontainebleau Fermanı ile Nantes Fermanı'nı ortadan kaldırarak Fransa'yı yeniden din ve mezhep birliğine çekmiştir. Protestanların, Katolikliğe dönmezlerse, ömür boyu hapis ile cezalandırılacaklarını aksi halde ülkeyi terk etmelerini emredilmiştir. Mezhep değiştirmeyi reddedenler, hapis ve kürek cezasına çarptırıldı. Neredeyse tüm mesleklerden ve devlet işlerinden men edildiler. Bu nedenle büyük bir kitle Fransa'yı terk etmek zorunda kalmıştır. **Benoist**, Charles, Condition Juridique des Protestants sous le Régime de l'Édit de Nantes et après sa Révocation, Paris 1900, s.30-35.

⁹¹ **Touchard**, s.331.

Bossuet, Gallicanizm'i savunmakla birlikte Kilise'nin bölünmesinin önüne geçmiştir. Roma'nın öfkesine karşı, siyasi bir manevrayla tüm din görevlilerinin eşitliğini kabul ettirdi.⁹² Böylece Hollanda zaferinden sonra mali açıdan zorda kalan Güneş Kral'ın geçmişten gelen mistik ortaklığı, kesin olarak sonlandırılmıştır. Kral, vergi ve yargı yetkisinin kullanıldığı hükümler alanı olarak, kendi ülkesinin sınırlarını katı biçimde belirlemiştir. Onun zaferi, monarşinin merkezi gücünün teyit edildiği, ulus devlete giden adımlardan biridir. Aynı süreçte, geniş çaplı bir yasalaştırma hareketi de başlatmıştır.⁹³

II. BÜYÜK VELİAHT'TIN EĞİTİMİ

Bossuet'nin, Büyük Veliht'tın derslerinde değindiği konular, bir “politika müfredatı” oluşturmaktadır. İçeriği felsefe ve teoloji arasında ikircikli olan bu müfredattan⁹⁴ Kutsal Kitaptaki Sözlerden Çıkarılan Siyaset⁹⁵ ve Evrensel Tarih Üzerine Söylev eserleri ortaya çıkar.

⁹² Akın, s.102.

⁹³ 14.Louis, 1667'de medeni usul hukuku, 1670'te ceza hukuku kurumları, 1675'te ticaret hukuku, 1681'de deniz ticaret hukuku, 1669'da kraliyet sınırlarındaki suların ve ormanların kullanımına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler; kilise hukukundan ve geleneksel hukuktan tam bir kopuş gerçekleşmediğinden tam bir ulusal düzenleme olarak nitelendirilmemiştir. **Zachariae**, K.S., Le Droit Français, T I, Paris 1854, s.11.

⁹⁴ Bossuet'nin kütüphanesinde bulunan kitaplar, bu müfredat hakkında bir fikir verebilir. Cicero'nun eserlerinin Robert Estienne'in 1550 Paris, Elzévir'den yapılan 1642 Amsterdam baskıları vardır. Ayrıca Virgilius'un, Horace'ın eserleri bulunmaktadır. Spinoza'nın 1677'de çıkan *Opéra Posthuma*'sı ve *Theologico-Political Treatise*'i, tüm Kilise Babaları'nın folyoları; St. Thomas'ın, 1612 Anvers baskısı; Bonaventure, 1639, Duns Scotus'un 1639 Lyon baskıları bulunmaktadır. Platon'un ve Arsitoteles'in ciltleri ve büyük boy folyoları, Suarez, Petau, Thomassin folyoları vardır. Valois soyundan gelen tüm Fransa krallarına dair tüm eserleri bulundurmaktadır. Kütüphanede ayrıca Galileo'nun *Systemate Mundi* adlı diyalogunun 1641 tarihli baskısı ve Cassini'nin 1680 tarihli *Kuyrukluyıldız Üzerine Gözlemler*'i ve *Düşünceler*'i görülmektedir. Yıllıkların bolluğu ayrıca dikkat çekmektedir. Edward Pocock tarafından Latince'ye çevrilen Aboul-Farage'ın *Evrensel Tarihi*'nin 1663 tarihli Oxford baskılı iki cildi vardır. **Brunetierre**, Ferdinand, “La Bibliothèque de Bossuet” in Bossuet, Paris 1914, s.205-211.

⁹⁵ **Bossuet**, *Politique Tirée Des Propres Paroles de l'Écriture Sainte à Monseigneur la Dauphin*, *Ouvrage Posthume*, Paris MDCCIX, s.1-44. Kitabın tamamlanma aşaması çok uzun bir dönem yayılmıştır. 1700'lerde henüz 10 bölümden oluşmaktaydı ve Bossuet ders notlarında yer almayan dört ayrı başlığı sonradan eklemiştir. Tamamlanmış eserin ilk baskısı 1709'da Paris'te yeğeni tarafından gerçekleştirildi ve Bossuet eserini göremedi. Kitabında devlet, iktidar, toplum gibi kavramları, klasiklere ve Yunan düşünürlerine dayandırmadan irdelemekte ve söylemini Kutsal Kitap'tan alıntılarla kanıtlamaya çalışmaktadır. Ona göre, dünya ve insanlık tüm kurumlarıyla Tanrı'nın eseridir ve bu eserin kuralları Kutsal Kitap'ta özetlenmiştir. Görüşleri St.Augustin'in Tanrı Devleti kitabından esinlidir. Buna özellikle işaret etmek için Bos-

Bossuet; henüz gençlik yıllarında felsefe ve mistisizm üzerine düşünmeye başlamıştır: “*Sonsuzca akıp giden zamanda her şeyi şimdinin gücüne bağlamak neden*” diye yazmaktadır. İman ve akıl arasında sorgulamalarında “*samimi bir inançta felsefeye ihtiyaç duyulmaz.*”⁹⁶ Felsefe inançsızların işidir; çünkü inanç, özgürlük tutkusunu başıboş bırakmaz. Felsefe, makbul bir uğraş olamaz. Bu yüzden Bossuet Kilise Babaları’na yüzünü döner ve iman ile şüphenin yan yana olamayacağına karar verir.⁹⁷ Siyaset, hukuk ve devlet konularında, Antik Yunan ve Roma dönemi yazarları üzerinde durur. Ama imanın ahlakla bezenmesi ve bunun siyasete evrilmesi için din, kurumsal olarak en eski kaynaktır.⁹⁸

Veliht’ta öğretilenler, hep tekrar edile gelen ilkedir.⁹⁹ Sözleri ve eserleri, tüm çeşitliliğine rağmen içinde yalnızca tek bir tadı barındırmaktadır.¹⁰⁰ 14.Louis, bir taraftan tek ülke içinde iki farklı dinin etkisini istemez diğer taraftan Bossuet’nin dini alandaki ağırlığına rağmen Hollanda ve İngiltere konularındaki siyasi öngörüsüzlüğüne öfke duyar. Yine de oğluna, artık okunmayan Kutsal Kitap dogmalarından ödevler verilmesi yerine Hristiyanlığın tarihinin anlatılmasını hoşgörüle karşılamıştır.¹⁰¹ Kral’ın, Veliht’tın eğitimi ile yakından ilgilendiği ve kendi iktidar anlayışına uymayan yerleri tashih ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü 14.Louis dindar olsa da akıllı, bilimi ve sanatı desteklemeyi ihmal etmez, kendisi bilindiği gibi Fransız Akademisi’nin kurucusu ve yakın takipçisidir.

Kutsal Kitaptaki Sözlerden Çıkarılan Siyaset’in 1719’daki baskısının Önsöz’ünde, saraydaki eğitimin içeriği ile ilgili Latince yazılmış iki mektup bulunmaktadır. İlki, eğitimde izlenen metot, ele alınan eserler ve konulara ilişkin açıklamalar içeren, Bossuet’nin Papa XI Innocent’a yazdığı 8 Mart 1679 tarihli mektuptur.¹⁰² Gelecekte kral olacak henüz yedi yaşındaki bir çocuğun hafızasına kazınması gereken üç ilke vardır; Tanrı sevgisi, iyilik,

suet kitabına Tanrı Devleti’in bazı bölümlerini almıştır. Aşağıdaki dipnotlarda Ovrage Posthume olarak ifade edilmiştir.

⁹⁶ Rébelliau, Bossuet, s.22.

⁹⁷ İbid, s.10-25. Faguet, s.401.

⁹⁸ Rébelliau, s.10-30.Touchard, s.360.

⁹⁹ Duclos, Des mémoire Secrets sur le Règne de Louis XIV par Duclos, Paris 1846, s.36. Nourrisson, Jean Félix, La Politique de Bossuet, Paris 1867, s. 27.

¹⁰⁰ Deschanel, s.107.

¹⁰¹ İbid, s.116-117.

¹⁰² Bossuet, Ouvrage Posthume, s.1-22.

adalet.¹⁰³ Mektupta üç eser yazmak istediğini, bunlardan ikisinin ortaya çıktığını ifade eder ve Fransız Yasalarının Ruhu adlı bir eserden bahseder.¹⁰⁴ Ayrıca derslerin Kilise Babaları'nın görüşleri ve St. Augustinus'un "Tanrı Devleti"nden ilhamla hazırlandığını, "*politika*" kavramı üzerinde hassasiyetle durulduğunu ifade etmektedir. Mantık ve doğru düşünme yöntemi üzerinde tartışılırken Platon ve Aristo'dan alıntılar yapıldığını, ancak aklı şaşırtacak şüpheli iddialar etrafında boş yere tartışmaktansa evrensel ilkeler üzerinde durmanın daha uygun olduğunu vurgulamaktadır. Doğa ve evrensel gerçekler üzerine Aristo'nun ve Ciceron'un eserlerine başvurulduğu, ahlak konusunda Sokrates'den bahsedildiği, Aristo'nun Etik eserinin okutulduğu ve Roma tarihinin ele alındığı açıklanmaktadır.¹⁰⁵ Buna ek olarak Bossuet, *Evrensel Tarih Üzerine Söylev*'in derslerde geniş yer almasının nedenlerini yazmıştır. Esasen çalışma üç ana bölümden oluşur. Birinci bölüm, dünyanın başlangıcından Roma İmparatorluğu'nun yıkılışına kadar geçen evredir. İkinci bölümde, bu yıkımdan Charlemagne'ın tahta çıkışına ve Avrupa'da kutsal krallıkların oluşumuna kadar geçen süreç anlatılmaktadır.¹⁰⁶ Üçüncü bölümde, Hristiyanlığın zaferiyle sonuçlanan ve yüzyıllardır devam eden kurumsal etkiler, ikinci bölümde anlatılanlarla harmanlanmıştır. Devletlerin neden yıkıldıkları ve dinin her zaman sarsılmaz bir kurum olarak neden devam ettiği sorusuna yanıt aranmaktadır. En yalın ifadeyle bu, bir tarih tezidir ve St. Augustin'in savunmalarını hatırlatır.¹⁰⁷ "Tanrı Devleti"ne geri dönüşmüştür. Mısır'dan Persler'e, Antik Yunan'dan Roma'ya kadar birbirini takip eden devletlerin tarih akışında yıkımdan kurtulamadıkları, kurulan her devletin kaderinin belirli bir süre sonra yıkılmak olduğu görüşü öne sürülmüştür. Bu, geçmişte böyle olmuştur ve gelecekte de böyle olacaktır.¹⁰⁸

Veliht'tin bu tarih akışını bilmesinin yararları nelerdir? Birincisi, otoritenin dinsel kaynaklarının ilahi yönü ebediyen sürer. Bunu bilen bir yönetici, devletin yıkılmaktan korunması için hangi araçlara ihtiyaç olduğunu görecektir. İkincisi, tanrısal yasaların yön verdiği ve geleneği oluşturan doğal

¹⁰³ İbid, s.26.

¹⁰⁴ **Gazier**, A., Lectures Littéraires; Bossuet, Paris 1903, s.9.

¹⁰⁵ **Bossuet**, Ouvrage Posthume, s.40.

¹⁰⁶ **Gazier**, Lectures, s.99-102.

¹⁰⁷ **Régent-Susini**, Anne, "de la Pédagogie à l'apologétique: le Discours sur l'Histoire Universelle de Bossuet", Renne 2012, s.289. books.openedition.org/pur/114876 (Erişim Tarihi 28.03.2025).

¹⁰⁸ **Gazier**, Lectures, s.11. **Nourrisson**, s.35. **Landry**, s.22.

ilkeleri kavrar. Politikanın sırlarını, yönetimin dayandığı en yüksek değerleri, yasaların gücünü idrak eder. Üçüncüsü, bu öğrenim sürecinde veliaht, Kilise ve Tanrı'ya hizmet eden adaletli bir kralın merhamet ve iyilik ölçüsünü neye göre belirleyeceğini bilecektir.¹⁰⁹ Böylelikle tarihsel akış inanç üzerinden okunmakta, siyasi olguların nedenleri açıklanırken dini yorumlardan destek alınmakta, kralların mutlak ilahi taktir karşısındaki güçsüzlükleri de gözden geçirilmektedir.¹¹⁰

Papa XI.Innocent 19 Nisan 1679 tarihinde Bossuet'ye, gelişmelerden memnuniyetini ileten bir cevap yazmıştır. Cevabında, geleceğin Fransa kralını doğru ve iyi biçimde hazırlamanın kutsal bir iş olduğu, hocanın genç prensin ruhuna ve aklına ektiği tohumların iyi meyvelerini gelecekte toplayacak olan halkın kutsanacağını ve Bossuet'in metodunu onayladığını bildirmektedir.¹¹¹ Fakat eserin, 1821 tarihli baskısında, bu mektuplara yer verilmez.

Bossuet, çok sonraları, despotizmi tanrısallaştırmakla suçlandığında¹¹², kitabını Veliaht için değil, herkes için basit bir dille ve olguları tartışmadan yazdığı söylenir. Tam bu noktada, Kral, Bossuet'yi kürsüden indirir. Şimdi yanıtlanması gereken soru şudur: Bossuet kendi görüşleri nedeniyle mi yoksa kralın görüşlerine destek vermediği için mi kürsüden indirilmiştir?¹¹³

1. Devletin ve Siyasi İktidarın Doğası

Öyle görünüyor ki Bossuet, tarihi güvenle takip edilebilir bir kılavuz olarak görmektedir.¹¹⁴ Tarih, özgür insanın Tanrı ve iktidarla ilişkisinin nedenselliğini açıklayan en önemli kaynaktır. Her şeyden önce nedensellikleri araştırmak için insanlığımızın birikimini yansıtır.¹¹⁵ Zira insanlığın başlangıcından ve insanın o dönemdeki halinden bahseden *Evrensel Tarih Üzerine Söylev*, bir sosyal sözleşmenin ön verilerini ele almasına rağmen, ilginç biçimde onu çürütme yolunu tutar.¹¹⁶ Bossuet, kitapta öz olarak, tarihin tanrıs

¹⁰⁹ Bossuet, *Ouvrage Posthume*, s.27.

¹¹⁰ Landry, s.22.

¹¹¹ Bossuet, *Ouvrage Posthume*, s.48.

¹¹² Nourrisson, s.7.

¹¹³ Gazier, *Lectures*, s.12.

¹¹⁴ Nourrisson, s. 35.

¹¹⁵ Ferreyrolles, Gérard, "Histoire et Causalité Chez Bossuet", in Bossuet *Le Verbe et l'Histoire* (1704-2004), Publiés par Gérard Ferreyrolles, Paris 2006, s.185.

¹¹⁶ Faguet, s.392.

bir takdir süreci olduğunu anlatmaktadır. Başlangıcında, krallardan bahisle Veliaht'a hitaben; *"onların gücünü ve kendi gücünüzü göreceksiniz ve en sağlam gücün ne olduğunu ve umudunu nereye bağlaması gerektiğini kolaylıkla bulabileceksiniz"* der.¹¹⁷ Antik düşünörlere, matematikçilere ve Roma dönemine çok uzun yer ayırır. Platon'u adeta kendi felsefesinin mistik karakteri, Aristo'yu ahlakçı olarak tanımlar.¹¹⁸

Eserde, insanlığın geçirdiğı evreler; yasa yapıcılar, kanunnameler inşa edenler, fatihler, krallar, insanlığımızın kötölükleri ve erdemleri, zamanın yutuğu büyük düşünceler; bunların hepsi insanın büyüklüğü üzerindeki Tanrısal dokunuşu kanıtlamak için bir dizi anlatım içinde yerini bulur.¹¹⁹ Geçmişte tanrısal olana kötü gözle bakan toplumların "felsefe" gibi boş inanç peşinde koştuğı tezinden başlanarak, Avrupa ve Akdeniz havzasındaki bazı toplumların tarihi özetlenmiştir. Bossuet'ye göre Greklere, otoritenin kötölüklerine karşı düşünceleri öğretilmiştir. Bu nedenle Yunanlılar her zaman üyesi oldukları yurttaşlar topluluğuna hizmet etmeyi erdem saymıştır. Onlar için medeniyet, birbirlerine saygı ve nezaketli davranmaktır, bu da insanları sosyalleştirmektedir.¹²⁰

Ancak Bossuet, kibirleri yüzünden halkalarına kötölük yapan kralların düşüşünü, prenze tarihsel örnek olarak göstermek yerine toplumların otoriteyi suiistimaline işaret eder.

*"Otorite suiistimal edildiğinde, tanrı derhal bunun sonucuyla sizi baş başa bırakır. Tanrı, krallarla direkt konuşmaz, geçmişte olanları iyi bilmelerini ve böylece kendilerinin toplumlarına nasıl hizmet edebileceklerini öğrenmelerini sağlar... Çünkü onların çöküşlerinin sebepleri iyi anlaşılmazsa, insanlığımızda ilerleme olmaz. Tanrı tüm insanlığın birbirine sıkıca bağlamıştır, bunun gibi insanların ve milletlerin kaderlerinin ortak yönleri vardır(...) kim geçmişte olan biteni daha iyi anlamak istiyorsa toplumsal kurumların nedenlerine, geleneklere, hakların talihinde ve devletlerin iyi ya da kötü dönüşümünde büyük bir öneme sahip olan krallara ve onun etrafındaki devlet büyüklerine dikkate bakmalıdır. Krallar büyük olayların nedenlerini ve sonuçlarını iyi incelemekten yorulmamalıdır."*¹²¹

¹¹⁷ Bossuet, J.B, Discours sur l'Histoire Universelle, Paris 1853, s.2.

¹¹⁸ Bossuet, Ouvrage Posthume, s.31-34.

¹¹⁹ Bossuet, Discours, s.24 vd.

¹²⁰ İbid, s.336.

¹²¹ İbid, s.305-306.

Bossuet, bir doğa durumundan hareket etmeksizin, insanın siyasi iktidarın garanti ettiği güvenliğe karşı itaat borcunu işler. İnsanlar toplum halinde yaşar ancak birlikte yaşamak, aynı dili ve kültürü paylaşmak, aynı ülke topraklarında olmak, tek başına barışı getirmez. Çünkü tutkularının ve isteklerinin peşindeki insan, şiddet ve kötülüğün tuzağına düşecek kadar acizdir. İnsanları ihtiyaçları bir arada tutar, bu nedenle herkes birbirine özenli olmalıdır.¹²² İnsan, doğuştan özgürdür. İnsanlar birlik ve barış için, düzen ve güvenlik için bir yöneticiye ihtiyaç duyar. İnsanlar kendi iradelerinden ve bireyselliklerinden vazgeçtikleri oranda birliğe, yöneticinin otoritesine ve siyasal topluma dâhil olur. Bir yöneticinin olmadığı ortamda insanlar sürü gibi dağılır, mülkiyet yok olur, yasa ve adalet ortadan kalkar. Siyasal toplum, bir bütün olarak toplumun kendini krala indirgemesi ve onunla bir bütün olduğunun bilincine varması ile oluşur. Kral ise o toplumdaki her bir kişiye, topluluk içinden herhangi biri tarafından uğradığı/maruz kalabileceği tehdit ve zarara karşı otoritesini garanti eder.¹²³

Bossuet'ye göre, yönetimlerin dört temel karakteri vardır. Bunlar, kralın otoritesinin kutsal olması, baba otoritesi gibi doğal olması, mutlaklığı ve akli olmasıdır. Kutsaldır, çünkü krallar Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcileridir. Baba otoritesi gibi doğal ve şefkatlidir, çünkü halkın ihtiyaçlarını karşılamak için çaba sarf ederler. Mutlaktır, çünkü bu mutlak otorite olmadan, krallar ne iyilik yapabilir ne de kötülüğü bastırabilir ve aklidir çünkü keyfi değildir. Ayrıca kraliyet otoritesinin yönetilenlere karşı sorumluluğu, yaptığı kanunlarda ve emirlerde görülür. Yönetilenler ve kralın ardılı olan prens de bu kanunlara uyarak devlete hizmet etmiş olur.¹²⁴

Burada Bossuet, paternalist iktidarı ve pederşahi düzenin soydan geçme ilkesini, geleneğe uygunluğu ölçüsünde meşrulaştırmaktadır: Monarşi doğal ve en kalıcı olandır, insan ırkının devam etmesi için gereken evrensel ilkelere ilişkilidir. Kralın ailesine duyduğu sevgi, toplumuna duyduğu sevgiye karışır, böylece yönetmek onun için doğal hale gelir. Monarşilerde kral kendisinden sonra tahta kimin geçeceğini bilir, bu da onun tahtının başkaları tarafından kısıkanılmamasını sağlar.¹²⁵ Bir monark için eşit güçler arasında

¹²² Hemen hemen aynı ifadelerle toplumun ve devletin kökeni Kutsal Kitaptaki Sözlere Çıkarılan Siyaset I.Kitap s.10 vd. tekrar edilir.(y.n.)

¹²³ **Bossuet**, Extraits, s.9-12.

¹²⁴ **Bossuet**, Discours, s.439. 14.Louis'e yazılan mektupta da aynı konu işlenir; "krallar, halkalarını baba gibi doğal biçimde severler." **Gazier**, Lectures, s.332.

¹²⁵ **Villiers**, M., Principes sur la fidélité aux rois, extraits de M.Bossuet dans sa Politique Tirée de l'Écriture Sainte, Paris 1821, s.24-25.

bölünmüşlük yıkım getirir. Bu nedenle veliahtın halk önünde açıkça bilinmesi, her zaman huzuru korur.¹²⁶

2. Özgürlük ve Direnme Hakkı

Yüzyıl boyunca, siyasi yazının çeşitliliğine rağmen şaşırtıcı biçimde iki tema öndedir; mutlak iktidarın dayanakları ve direnme hakkı. Egemen; tek, sınırsız mutlak olsa da kötü, yanlış, yıkıcı sonuçlara yol açan kararlar aldığına ne yapılabilir?

Bossuet'ye göre her toplumun ya da hükümet biçiminin eksiklikleri ya da hataları vardır. İnsanın, gücünü ve geleceğini koruması için devlet içinde kalması gerekir. Bu nedenle Tanrı meşru yöneticileri korur ve onlara halkaları için neyin iyi olduğunu gösterir. Yöneticilere karşı gelmek, direnmek; halkın barışına, yöneticinin yasalarına ve Tanrı'nın iradesine direnmek demektir.¹²⁷

Mutlak itaatin tek istisnası, kralın buyruklarının tanrının yasalarına aykırı olmasıdır. Bu durum bile halkın krala karşı direnmesini haklı göstermez. İtaatsizlik, kralı ve otoritesini dolayısı ile tanrısal otoriteyi aşağılamaktır.¹²⁸ Bossuet'ye göre günah, insanın yozlaşmasıdır. Özde ne varsa, davranış onu yansıtacağından ruhsal çürümüşlük kötü davranışlarda gözlemlenir; yozlaşma, fiziksel varlıkta değil ruhtadır. Çünkü insan bilincinde ve vicdanında olanı, eylemleri ile gösterebilir. Bir bakıma insan doğasının kötülüğe açık yanı, kralın otoritesine mutlak itaatin gerekçesine dönüşür. Çünkü insanı kendi kötülüklerinden korumak, toplumu kitlesel kötülükten korumaktır. Bu koruma iradesi, mutlak itaat olmadan gerçekleştirilemez.¹²⁹

*“Özgürlük de kutsaldır, özgürlüğün olmadığı bir düzen anarşi içinde kaybolmuş köleliktir. Ancak sınırsız özgürlük, önünde sonunda despotizmi getirir. Tanrı, halkları ve kralları itaatle uzlaştırdı; köle olmayan itaat, sapkın olmayan özgürlük, sadık ve iyi vatandaşların önünde iyi kanunlarını kutsal yasalara saygı ile yapan krallar hep onun eseri-
dir.”¹³⁰*

¹²⁶ İbid, s.27.

¹²⁷ İbid, s.12.

¹²⁸ Bossuet, Politique, s.1821, 221.

¹²⁹ Jourdain, s.337.

¹³⁰ Bossuet, Extraits des oeuvres de Principes Politiques sur l'Otorité Royal, Paris, Paris 1817, s.16.

Bossuet yönetme iktidarının özünün Tanrısal olduğunu, evrende insanın sınırlı kavrayışını aşan bir plan olduğunu söylemektedir.¹³¹ Ona göre, tanrısal varlığa hizmet etmeyen hiçbir güç yoktur. Bu nedenle tüm iradeleri yönlendiren Tanrı iradesinin somut temsilcisi olan krala itaat etmek gerekir. Monarşi, insanlar arasında tanrısal ve akılcı yasalara uyarak kalıcı barışı sağlayabilir. Bu da özgürlüklere saygı ile olur. Toplumda korku ve baskı yaratan yönetimler, yozlaşmış bir tiraniye işaret eder.¹³²

Tüm istenmeyen sonuçlarını görmekle birlikte, halk kralın kararlarını sorgulayamaz. Çünkü insanlar, kendi hakları konusunda sübjektif kararlar verir. Oysa kral, toplumun tamamını görür. Kral, halkının huzuru ve barışı için aldığı kararlarda, vicdanı ve kamusal görevleri çatıştığında bu sadece tanrı ve kral arasında bir iştir. Kralların, sadece tanrı huzurunda sorumluluğu vardır.¹³³ Diğer taraftan yönetici krallar, kendileri için doğmazlar; onların yaşam amacı halkın ihtiyaçlarını karşılamaktır. Kralın gerçek karakteri, halkının ihtiyaçlarına cevap vermesi ile ölçülür. İyiliğe hizmet etmeyen hükümdar, zalimdir. Halkının nankörlüğü, bir kralın iyi olması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Halk, kraldan korkmalıdır ama kral da kötülük yapmak-tan korkmalıdır.¹³⁴

Bossuet, krala sadakati, Tanrısal sadakat ilkesi olarak sunmuştur. Ancak kilise ve kral arasındaki ilişkiyi aydınlatmayı ihmal etmez; ikisi arasında bir hiyerarşi olmadığını söyler. Bir kral, Kilise'nin üstünde değildir, ikisi yan yanadır; akıllı ve iyi bir kral, Kilise'nin yardımını reddetmez, aksine onu arar. Kral ve Kilise arasındaki ilişkide, taraflar özgürce ama saygı içinde birbirini yönlendirmelidir.¹³⁵ Krala yazdığı mektupta, "*Kral dini korur çünkü dinin de kendisini koruduğunu bilir; kral tanrısına ne kadar bağlıysa halkı da kralına o derece teslim olacaktır.*"¹³⁶ demektedir. Her ne kadar Bossuet, kralın yönetmedeki maharetini Kilise veya dinle ilişkilendirse de en nihayetinde yasaların meşruiyeti asıldır.

Toplum; tanrısal iradenin ürünüdür ve orada herkes kendi iyiliğini ve yararlı olanı kendisi için seçer. Ama insanların bir arada olması tek başına iyilik

¹³¹ Touchard, s.130.

¹³² Bossuet, Politique, 1821, s.422-429.

¹³³ Gayet, s.287.

¹³⁴ Bossuet, Politique, 1821, s.100-104.

¹³⁵ Ibid, s. 220.

¹³⁶ Lanson, Gustave, Bossuet Extraits des Œuvres Diverses, Paris 1899, s.660-661.

ve barış getirmez, çünkü insan kötülüğe açık bir varlıktır. Düzeni sağlayıcı kurallara ihtiyaç vardır. Düzen, tutkuların frenidir ve bu düzeni kurallarıyla yöneticiler sağlar. Egemen, her bir bireyin gücünün garantisidir ancak bu güç otoriteye karşı kullanılırsa; otorite ve düzen dağılır. Bu nedenle şiddet, herkesin doğal düşmanıdır. Otoriteye karşı direniş ise düzenin düşmanıdır.

3. Yasa ve Adalet İlişkisi

Yasaların kendi içinde bir düzeni vardır. Büyük krallar bu düzeni bilir ve yasaları o düzene uygun yaparlar. Yasalar, yöneticilerin karakterini taşır; kutsaldır ve herkesi bağlar. Çünkü ilahi kökleri vardır. Değiştirilemeyecek yasalar vardır; değiştirilmesi tehlikeli olan yasalar vardır. Yasa; her şeyden önce adaleti sağlar ve toplumların bölünmesini, barışın bozulmasını önler.¹³⁷

Bossuet, yönetim ve yasa ilkesini birbirinden ayırmaktadır. İktidarın kaynağı Tanrı'dır ancak yönetimin ilkesi farklıdır. Kralın yasama ve yargı yetkisini, adalet kavramı etrafında ele almaktadır:

“Olup biteni baktığınızda adaletli eylemin, gösterişli sözlerden daha üstün olduğunu göreceksiniz. Gerçek zafer adaletin yıkılmış sunağını ayağa kaldırdığınızda gelecektir. Dünyevi krallara giydirilmiş egemenlik elbisesinde, Tanrısal adaleti yerine getirmek için yargılama yetkisinin bir parçası vardır. Kral yargılamayı yaparken, yasadan çok her türlü adaletsizliğin kökü olan kötü insanlara dokunur. Bir kralın gerçek karakteri adalettir. Tanrı adildir ve onun temsilcisi olan kral da adil olmalıdır, adil bir tanrının gözetiminde hiçbir keyfi güç olamaz. Keyfi davranışları, kral bile olsa zamanı geldiğinde, Tanrı kendi adaletiyle yargılanacaktır.”¹³⁸

Meşru iktidar, yasalara uygun yönetendir. Ancak bu, hangi yasadır? Kral, tanrısal yasayla bağlıdır. Kralın yasalarına, kutsallık eklediğinden kral iradesini ortaya koyarken zorlanmaz. Buradan hareketle Bossuet, Tanrısal yasaların emredici gücüne dünyevi yasaların cebri gücünü ekler¹³⁹ ama bunların yanına aklın yönlendirici gücünü ilave ederek keyfi yönetimlerin akla aykırı olduğunu açıklar. Fakat ikircikli biçimde yönetmek akıl ve zeka işidir demesine rağmen, kralın otoritesinin akla üstün gelmesine izin verilmiştir.

¹³⁷ Bossuet, Politique, 1821, s.350 vd.

¹³⁸ Bossuet, Politique, 1821, s.315-317.

¹³⁹ Kantorowicz, s.188.

Bossuet'ye göre, hükümdarın mutlak olması başka bir şeydir, keyfi olması başka bir şey Kralın ödevi keyfiyeti değil, yasayı hakim kılmaktır. Kendisi de yasaya uyarak örnek olmalıdır.¹⁴⁰ Keyfi yönetimler, hukuku tanımayan yönetimlerdir; burada tebaa köleleştirilir, özel mülkiyet tanınmaz, yönetici halkın malını yağmalar ve kendi çıkarı için kullanır, sonunda sadece mülkiyet değil insanın özgür iradesi de tanınmaz. Keyfi güç dediğimiz şey, işte budur!..¹⁴¹ Büyük adil krallar, iyi ve kalıcı yasalar yaparlar, önceki kralların verdiği hakları gözetirler. Övgüye değer gelenekler, adil olduğuna inanılan adetler, yasanın yerini alabilir. Hakların ve eski kanunların korunması, saygı görmesi sadece geleneğin gücünü göstermez, toplumun ve yönetimin geçmişe sadakatini, bilgeliğini, devletin ve toplumun devamlılığını gösterir. Kral; adalet terazisinin, aslında kendisinin yargılandığı yer olduğunu unutmamalıdır. Her kral, halkına bu adaleti borçludur. Adalet, eşit davranmak ve eşit yargılamaktır. Eğer kralın iradesi, ülkesinin her yerinde aynı şekilde işlemiyorsa orada yasa iyi olsa bile adalet doğru işlemez. Çünkü eşitlik, erdemin ruhudur.¹⁴²

Adaletli bir düzenin önündeki engelleri de açıklayan Bossuet, yöneticileri yolsuzluğa karşı uyarır.¹⁴³ Kral, acil müdahale edilmesi gereken durumlarda tembellikten kaçınmalı, soğukkanlılığını korumalı, kararlarında istikrarlı olmalı, kötülüğe merhamet etmemelidir. İyi bir kral düşmanlarına karşı, tanrının dişe diş göze göz kuralını daima hatırlar. Yanı sıra halka öfkeyle davranmak, güvensizlik doğurur ve adalet duygusunu sarsar. Güven, herkesin uyması gereken dürüstlük kuralıdır. Kralın sadece kişisel tutkusu ya da yağma için, kıskançlık yüzünden, askeri başarılarla övünmek için savaşması doğru değildir. Savaşlar, adalete zarar veren somut bir sebebe dayanmadığında daha fazla bedel ödetir.¹⁴⁴

Yasalar kimlere hizmet ediyorsa, onlar da kanunlara uyarak düzenin barışçıl sürekliliğine hizmet eder. Kanunların yaptırımını halkın onlara rıza göstermesinden gelmez, kralın otoritesinden kaynaklanır. Ancak bu otoritenin karakterini veren, yüzyılların deneyimine dayanan gelenektir. Krallar, halkı Tanrı'da ve kendi otoritesi altında birleştirir. İnsanlar daha büyük bir gücün huzurunda bağlayıcı otoriteyi tanımadan kendiliklerinden o otoriteye itaat

¹⁴⁰ Janet, s.283.

¹⁴¹ Touchard, s.362. Akın, s.106.

¹⁴² Bossuet, Politique, 1821, s.327-334.

¹⁴³ İbid, s.343.

¹⁴⁴ İbid, s.350-362.

bağını oluşturamaz. Böylece Kral, doğanın ve insanların koruyucusu olan Tanrı yasasına uyarak, tüm iradeleri tek bir yasaya bağlar ki bu en yüce otoriteye itaati emreden yasadır.¹⁴⁵

4. Süslü Sözlerin Cazibesi

17.yüzyılda Antik dünyanın mitolojik tanrılarına övgü ve yakarış, bir model olarak alındı. Kutsal Kitap, ruhlara söylenen, inananlara iletilmesi gereken mistik, mitolojik bir “şiiir” gibi yorumlandı. Bossuet, yazar-rahip karakteriyle bu modelden kurtulmaya çalışır.¹⁴⁶ Dramatik biçimde kurtulmaya çalıştıkça bu tuzağa sürüklenir, sonunda 17.yüzyıl belagatini bir yöntem olarak siyasetin diline yerleştirmeyi başarır.

Hayatında, Kilise Babalarından, Hristiyanlık tarihinden ve Kutsal Kitap’tan başka bir şey okumamış bir adam nasıl bir evrensel tarih anlatabilirdi? Evrensel tarih neydi? Evrensel tarih, olsa olsa şimdiki haklı çıkarmak için anlatılan seçme hikâyeler olabilirdi. Bu tarih içinde Çin, Hindistan, Amerika hiç yoktur, İslam dünyası yoktur. O halde bu neyin evrenselliğidir? Papalığın ruhani bedeninin evrenselliği! Bossuet, resmi temsilcisi olduğu inancı, tahtın varisine anlatmak ve doktrinini aşlamak zorundadır. Eserleri Orta Çağlı skolastiği ile iç içe geçmiş dini tarih anlatımının yüceltilmesinden başka bir şey değildir. Düşünceleri, kısacık bir cümlecige dökülebilir; devletler çöker, din kalır; tahta çıktığında Tanrı devletine hizmet etmelidir!

Bossuet’nin durduğu yer doğası gereği bir öncüle dayanıyordu. Papalığın kutsal mistik bedeninin teokratik ideolojisini, dünyevi otoriteye uyarladı; amacı bu dünyevi otoritenin saflaştırılması, aydınlatılması ve mükemmelleştirilmesiydi.¹⁴⁷ Birlik, düzen, süreklilik, ataerkillik ve inancın dinginliği söyleminin üretilme koşullarına bakıldığında o söylemin ortaya çıkardığı iktidar ve gerçeklikteki yüzü arasındaki fark büyüktür. Kral tanrı, hükmetme gücünün toplumdan koşulsuz itaat talebinin aracıdır. Bossuet, tanrı ile halk arasında arabulucu gibi çalışan bir kral tasarlar. Bu kral, kendini aşan bir sesin basit sözcüsüdür; retorik otoriter söyleme, söylem otoritenin retorikine dönüşür.¹⁴⁸

¹⁴⁵ İbid, s.10-14.

¹⁴⁶ Dierkens,/Gugelot/Preyat, s.25-27.

¹⁴⁷ Régent-Susini, Anne, “Dionysisme et gallicanisme: la figure de l’évêque selon Bossuet”, Revue de l’Histoire des Religions, V..226/3, 2009, s.421.

¹⁴⁸ Régent-Susini, A., “Bossuet et Rhétorique de l’autorité”, <https://shs.cairn.info/revue-dix-septieme-siecle-2002-3-page-485?lang=fr> (Erişim Tarihi 28.03.2025).

Marc Bloch'a göre; 17.yüzyıl mutlak monarşi savunucularının metotları, büyük doktrinlerin içinden sık yapılan alıntılar ve kendi zamanlarına karşı duyarlılıkları oranında tehlikelidir. Aristo'yu doğrudan ya da St.Thomas yoluyla almış olsun, Bossuet'nin teolojik çözümlemelerinde, doktriner bir siyasetin mistisizmle donatıldığı açıktır. Bu, neredeyse aynı ölçüde Hobbes'da da vardır. Bir taraftan mutlak monarşiye duyulan hayranlık, diğer taraftan iktidarın rasyonalitesiyle beslenir her ikisi de. Klasik eğitim, saray yaşamı, iktidara yakınlık, deyim yerindeyse, “*iktidar bileşenleri ile teşrik-i mesai*” bu metodu ortaya çıkarmıştır. Aslında Bossuet'nin gerçekten inandığı ve sadakatle bağlı olduğu kral 14.Louis'nin şahsında, soyut egemenin kişiliği ile kralın kutsal yağla ovulmuş mucizevi fiziksel varlığı arasında bir uçurum olduğunu -bugün biz- görüyoruz.¹⁴⁹

Bossuet; ülkesini korumak için mutlak monarşiyi savunuyor, toplumunu korumak için “insanların kardeş” olduğunu söylüyordu. İktidarı, kralı; Tanrı devletinin hakemidir ancak Tanrı'nın adaleti karşısında bu hakem de duramaz. Çünkü kral, dünyevi yasalardan bağışık olsa da ilahi yasadaki muaf değildir. Bu nedenle kral; dinden, kiliseden değil Tanrı'dan korkar.¹⁵⁰ Onun kutsal kralı zaman dışıdır; kendisi için doğmamıştır, ne yaşamı ne ölümü kendisine aittir. Kral, tacını giyerken geçmişin yükünü de giyer; defnedilirken kararlarının gelecekteki sorumluluğunu alır!

Bossuet, 17.yüzyıl sonunda büyük bir üne kavuşur. Ama kendinden sonrakilerle çelişir. O, 14.Louis'yi tek devlet, tek yasa, tek inanç formülüyle desteklemiştir. Bu yüzden olsa gerek, Fransız yazınında “*hükümdarına koşulsuz tapınan bir serf*”¹⁵¹ olarak tanımlanır. Bunu yaparken din ile siyaseti iç içe geçirmeyi meşru görmüştür. Bununla birlikte Bossuet'de, Orta Çağ'ın “filozofu mahkum” eden tavrı baskın bir unsurdur. Belki bu nedenle tutkulu bir dil kullanmakla birlikte aklın tartışmayı tetikleyen nedenleri eksiktir. Aydınlanma çağının eşiğinde doğa ve insani bilimlerdeki gelişmeyi, büyük yenilenmeyi ihmal etmiştir. O yüzden Bossuet'den bir filozof olarak bahsetmek zordur.¹⁵² Modern ve klasikler arasında birbirinin içine geçen inanç-akıl ikileminde, inancın temel ilkelerine dönmeyi tercih eder. Önce Kilise Babaları'nı sorgusuz kabul eder, ardından yeniden Antik düşüncelere

¹⁴⁹ Bloch, s.345.

¹⁵⁰ Janet, s.277-278.

¹⁵¹ Touchard, s.359.

¹⁵² Rébellieu, Bossuet, s.48-50.

yer açar kitaplarında. Bu onun zamanının tadıdır. Çünkü 17.yüzyıl insanı olarak Bossuet, skolastiklerden kalan ikinci el okumalar yerine orijinal kaynaklara başvurabilmektedir.¹⁵³ Birincil kaynaklara gidebilse de gerekçeleri ve yorumları sınırlı ve dar çerçevede sıkışmıştır.

Platon ve mutluluğun ahlaki doyumunu açıklayan Aristo'ya ve nihayetine Descartes'a geldiğinde; *"tüm düşüncelerimizin gerçek ve doğru bir amacı vardır; bu amaç aklın tüm yargılarının en doğru kuralı olan hakikati gördüğünde aydınlanır, bu da düşüncenin kendisinden başka bir şey değildir!"* der. İnsanın her şeyden önce, kendi varoluşunu anlamasının yeterli olduğunu düşünen eğitmen; Spinoza okumuş, Descartes'tan aldıklarını tanımlamaya koyulmuştur.¹⁵⁴ Leibniz ile Avrupa'da kilisenin birliği üzerine mektuplaşıırken, zafer aramaktadır.¹⁵⁵

Bossuet, düzensizliklerin sebebinin kötü yöneticiler olduğunu göremiştir. İngiltere'de yaşananların aslında Louis'nin monarşisinin sonuna bir örnek olduğunu; dahası Reform'un insanları yeni bir inanç arayışına ittiğini dahi görmeden¹⁵⁶ sadakat hiyerarşisinde kendi gölgesine gömülü kalmıştır.

SONUÇ

Bossuet, mezhep kavgalarının iç savaşlara neden olduğu bir evrenin kapıp, Kilise birliğinin siyasal birliğe evrildiği bir dönemde yaşamıştı. Mutlak iktidarların meşruiyetinin; düzenle, güvenlikle tartıldığı bir dönemde, bunlardan en büyük payı monarşiler arası ticaretin aldığı da bir gerçektir. Böyle bir dönemde Bossuet, siyasal birliğin ve düzenin tanrısal hukuk ile örülmesini, bunu yapabilecek tek kişinin yine tanrının temsilcisi kral olduğuna inanmaktadır. Bossuet'nin dünyasında, kralına sadık din adamı, halkının babası olan krala kurtuluş yolunu göstermek zorundaydı. Kilisenin birliğini savunurken Fransız Kilisesi'ne bağlı ruhbanın dünyevi iktidarla ilişkisi-

¹⁵³ Quantin, Jean Louis, "Bossuet et l'Érudition de son Temps", in Bossuet Le Verbe et l'Histoire (1704-2004), Paris 2006, s. 67.

¹⁵⁴ Rébellieu, Bossuet, s.170 vd.

¹⁵⁵ Rémusat, Charle de, "Leibniz et Bossuet", Revue de deux Mondes, V.31 N 2, 1861, s.394. 1679'da başlayan mektuplaşmalar 1685'te kralın Nantes Fermanı'nı yürürlükten kaldırması ile sonlanır. Bossuet, Roma kilisesinin hükümlerlik iddialarının, ancak evrensel kilise birliğinin sağlanması ile sınırlandırılabileceğine inanmıştır. Oysa Leibniz, kralların evrensel kilisenin seküler kolu olduğuna inanmıştır. 1690'larda Fransa'da ortalık durulunca, mektuplaşmalar yeniden başlar. Antognazza, Maria Rosa, Leibniz, (çev. Orhan Düz), İstanbul 2024, s.188.

¹⁵⁶ Janet, s.287.

ni yeniden düzenlemiştir. Kendisinden çok kralının istediği bir işi yaparak ruhban, itaat edecekleri yeni otoritenin dünyevi otorite olduğunu söylemekteydi. Bu onun kamusal görevine uygundur. Ulus-devlete evrilen sürecin dini boyutunda; kralın tek ve mutlak otoritesinin evrensel otoritenin izdüşümü olduğunu savunarak gerek mezhep ayrılıklarının gerek ruhban sınıfındaki bölünmelerin önüne geçti, ama Bossuet çağını aşamayan bir yazar-rahip olarak kaldı.

19.yüzyıl restorasyon döneminde Bossuet, adı sıkça anılan özgürlük savunucuları gibi Eski Rejim'in anıtları arasından Fransa siyasal tarihindeki akışa yeniden girdi. Hâlbuki onun iddiası -modernlerin aksine- iktidarın rasyonel yolla korunması değil geleneksel yolla yapılandırılması üzerineydi.

Devletin geleneksel yapısı; dış tehditleri ortadan kaldırmaya ve içeride olgunlaşan taleplere tatmin edici bir hamle yapmaya olanak tanımadığında, iktidar örüntüsünün yeniden yorumlanması kaçınılmazdır. Tahtın miras yoluyla aktarımında; merkezileşme siyasetinin beceriksizce elde tutulması bir çözülmeye neden olabileceğinden, kapsayıcı ama tekçi siyaset, özel bir tutum gerektirecektir. Erken modern çağ diyebileceğimiz 17.üzyılda bu tutumun yol ve yöntemini yazanların çoğunluğu, mutlak monarşinin savunuculuğunu yapmaktadır. Kuramcı, danışman ya da saraydaki öğretmen olarak, krallarından himaye görmüşlerdi. Fransa için ise meşru düzene bağlı çok sıkı kuralları olan ve kralın etrafında kümelenen aristokrasinin iyice güçten düştüğü, iktidarın sınırlarına kimlerin dâhil edileceğinin bir bir gözden geçirildiği bir çağdır. İktidarın kutsallığı ve meşruiyetine dair geçmişi aratmayan bir dille, neredeyse Orta Çağ dirilir. Böyle bir tarihsel arka planda Bossuet, 14.Louis'nin, Fransa kralı olarak Roma Kilisesi'ne, Fransa'da dinin koruyucusu olarak Protestanlığa karşı verdiği mücadeleyi meşrulaştırmak adına “süslü sözler” icat eden kişidir. Bossuet'nin büyük saygı duyduğu kral ve onun tahtı, bir yüzyıl sonra tamamen söner. Şatafatı, debdebesi ve mistik dokusu dilden dile dolaşır.

14.Louis kendini bir Avrupa fatihi olarak görüp, Charlemagne'nın bir zamanlar yaptığı gibi Avrupa'da sahip olduğu kıtasal gücü elinde tutması için önce ulusal bütünlüğün sağlanması gerektiğini kavramıştı. Bossuet süreci mistik anlatımlarla süslemiş, şatafatı daha da yüceltmıştır. Bugün Fransa'nın AB özelinde ve küresel ölçüde yerini sağlamlaştırmak adına zaman zaman yaptığı, bu şatafatlı geçmişi hatırlamak ve hatırlatmaktır.

KAYNAKÇA

- Cemal Bali, **Akal**, Modern Düşüncenin Doğuşu, Ankara 2010.
- İlhan F., **Akın**, Devlet Doktrinleri, İstanbul 2013.
- Anne Laure, **Agoulvent**, Hobbes ou la Crise de l'État Baroque, Paris 1992.
- Maria Rosa, **Antognazza**, Leibniz, (çev.Orhan Düz), İstanbul 2024.
- Charles, **Benoist**, Condition Juridique des Protestants sous le Régime de l'Édit de Nantes et Après sa Révocation, Paris 1900.
- Charles, **Benoist**, Le Machiavélisme Avant Machaivel, Paris 1907.
- Faruk, **Bilici**, "XIV. Louis Döneminde Fransa ile Türkiye Arasındaki Kültürel İlişkiler" in Harp ve Sulh Avrupa ve Osmanlılar, Éd. Dejanirah Couto, (çev.Şirin Tekeli), İstanbul 2010, ss.317-331.
- Faruk, **Bilici**, XIV. Louis ve İstanbul'u Fetih Tasarısı, Ankara 2004.
- Marc, **Bloch**, Les Rois Thaumaturges, Paris 1961.
- Bossuet**, Discours sur Histoire Universelle, Paris 1853.
- Bossuet**, Extraits des oeuvres de Principes Politiques sur l'Otorité Royal, Paris 1817.
- J. B., **Bossuet**, Politique Tirée des Propres Paroles de l'Écriture Sainte et Lettres à Louis XIV, Paris 1821.
- J.B., **Bossuet**, Politique Tirée des Propres Paroles de l'Écritur Sainte à Monseigneur la Dauphin, Ouvrage Posthume, Paris MDCCIX.
- J.B. **Bossuet**, "Les Devoirs des Rois" in Sermons de Bossuet, Nouvelle Édition Complète, T 2, Paris 1872.
- Jean-Pierre, **Brancourt**, "Estat'lardan Devlete, Bir Sözcüğün Evrimi", in Devlet Kuramı, Der. Cemal Bali Akal, Ankara, 2000.
- Ferdinand, **Brunetière**, "La Bibliothèques de Bossuet" in Bossuet, Paris 1914, ss.201-214.
- Peter, **Burke**, XIV. Louis'nin İmali, (çev.Turgay Sivrikaya), İstanbul 2023.
- Luisa, **Brunori**, "La personne du roi inviolable et sacrée. Principes et procédures entre Révolution et Restauration", <https://hal.science/hal-03099668v1> (Erişim Tarihi 18.03.2025).
- C., **Cagnat-Deboeuf** "Un sermon en anamorphose: le discours au roi dans le Carême du Louvre", Peureux G., Éd., Lectures de Bossuet, Rennes, 2002, ss.111-128.
- Jourdain, **Charles**, La Philosophie de Saint Thomas d'Aquin, C 2, Paris 1858.
- Monique, **Cottret**, "Raison d'État et politique chrétienne: entre Richelieu et Bossuet", *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, V. 138, 1992, ss.515-536. <https://www.jstor.org/stable/24296948> (Erişim Tarihi 02.03.2025).
- Charles, **Crozat**, Âme Hukuku Dersleri, C II Orta Zamanlar, İstanbul 1946.
- Alain, **Dierkens**/ Frederic, **Gugelot** / Fabrice, **Preyat**, Éd. Par, La Croix et la Bannière, L'écrivain Catholique en Francophonie (XVIIe-XVIIIe siècles), Bruxelles 2007.

- Duclos**, Des Mémoire Secrets sur le Règne de Louis XIV par Duclos, Paris 1846.
- Edit du Roy** sur l'usage de la Régale Verifié en Parlemant le 24 Janvier Paris 1682.
- Émile, **Faguet**, Dix-Septième Siècle Études Littéraires, Paris 1910.
- Osca, **Ferreira**, “Le roi” dans “la Charte de 1814. Prison simaginaires”, <https://hal.science/hal-01552779v1> (Erişim Tarihi 15.03.2025)
- Gérard, **Ferreyrolles**, “Histoire et Causalité Chez Bossuet”, in Bossuet Le Verbe et l'Histoire (1704-2004), Paris 2006, ss.185-195.
- Marion, **Gauthier**, Scandale et Indignation dans les Sermons de Bossuet, Bourdaloue et Massillon, Thèse Doctorat, Université Paris Diderot, 2017.
- Martial, **Gantelet**, “La politique, de la politique à la théorie”, in Revue XVIIe Siècle, N. 216/3, 2002, ss.487-510.
- G.Lacour, **Gayet**, l'Éducation Politique de Louis XIV, Paris 1923.
- Gazier**, A., Lectures Littéraires; Bossuet, Paris 1903.
- Augustin, **Gazier**, Bossuet et Louis XIV (1662-1704), Étude Historique sur le Caractère de Bossuet, Paris 1914.
- Victor, **Giraud**, Bossuet, Paris 1930.
- Jules, **Gourdault**, Colbert, Ministre de Louis XIV (1661-1683), Paris 1876.
- Ayferi, **Göze**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, İstanbul 2013.
- Béatrice, **Guion**, Bossuet, Paris 2009.
- Hanri, **Hayem**, Le droit de propriété et ses Limites, Paris 1910.
- Thomas, **Hobbes**, Leviathan, (çev.Semih Lim), İstanbul 1993.
- Paul, **Janet**, Histoire de la Science Politique dans ses Rapports avec la Morale, T 2, Paris 1887.
- Jerome** à Costa, Histoire de l'Origine du Progrès des Revenus Ecclesiastiques Où il est traité selon l'ancien et le nouveau Droit, de tout ce qui regarde les Matieres Beneficiales, de la Régale, des Investitures, des Nominations et des autres Droits attributs aux Princes, Francfort 1684
- Ernst H., **Kantrowicz**, Kralın İki Bedeni, (çev. Ümit Hüsrev Yolsal), Ankara 2018.
- Alexandre, **Landry**, Rhétoriques des Discours Antiphilosophiques de L'Encyclopédie à la Révolution, Thèse Doctorat, Université du Québec, 2011.
- Gustave, **Lanson**, Bossuet Extraits des Œuvres Diverses, Paris 1899.
- Denis, **Lopez**, “Bossuet, autour de l'année 1700”, <https://hal.science/hal-00713752v1> (Erişim Tarihi 15.03.2025).
- Louis XIV**, Œuvres de, Mémoires Historiques et Politiques, T I, Paris 1806.
- Louis XIV**, Mémoires et Lettres de, Paris 1942.
- Frederic W., **Maitland**, “Bir Tüzel Kişi Olarak Taht”, (çev.Ülke Yükselbaba), İÜHFM, C LXIV, S 2, ss.411-430.
- Victor, **Martin**, Les Origines du Gallicanisme, Paris 1939.

- Montesquieu**, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev.Berna Günen), İstanbul 2017.
- Gaetano, **Mosca**, Siyasi Doktrinler Tarihi, (çev. Server Tanilli), İstanbul 1963.
- D., **Nisard**, Études sur la Renaissance, Paris 1864.
- Jean Félix, **Nourrisson**, La Politique de Bossuet, Librairie Académique, Paris 1867.
- Recai G., **Okandan**, “Devletin Tarihi Menşein Kuvvet ve Mücadelede Bulan Muhtelif Görüşler”, İÜHFM, C 9, S.3-4, 1944, ss. 495-515.
- Georges, **Phillips**, Du Droit Ecclésiastique, Trad. Par M.Crouzet, T 3, Paris 1851.
- Jean Louis, **Quantin**, “Bossuet et l’Érudition de son Temps”, in Bossuet, Le Verbe et l’Histoire (1704-2004), Publiés par Gérard Ferreyrolles, Paris 2006, ss.65-105.
- Alfred, **Rébelliau**, Bossuet, Paris 1912.
- Alfred, **Rébelliau**, Bossuet, Historien du Protestantisme, Hachette, Paris 1891.
- Alfred, **Rébelliau**, “Bossuet et les Débuts De Louis XIV; Le Ralliement à l’absolutisme”, Revue des Deux Mondes, V 42, N 2, 15, 1927, ss.306-328. <https://www.jstor.org/stable/44846234> (Erişim Tarihi 14.03.2025).
- Charlede, **Rémusat**, “Leibniz et Bossuet”, Revue de deux Mondes, V.31, N 2, 1861, ss.386-411.
- Anne, **Régent-Susini**, “de la Pédagogie à l’apologétique: le Discours sur l’Histoire Universelle de Bossuet”, 2012.books.openedition.org/pur/114876 (Erişim Tarihi 28.03.2025).
- Anne, **Régent-Susini**, “Dionysisme et gallicanisme: la figure de l’évêque selon Bossuet”, Revue de l’Histoire des Religions, V.3, S. 226, 2009, ss.413-428.
- A., **Régent Susini**, “Bossuet et Rhétorique de l’autorité” <https://shs.cairn.info/revue-dix-septieme-siecle-2002-3-page-485?lang=fr> (Erişim Tarihi 28.03.2025).
- Le Vayer de Boutigny, **Rolad**, Le Droit des Souverains Touchant l’Administration de l’Église, Paris 1734.
- M., **Tabaraud**, Histoire Critique de l’Assemblée Générale de Clergé de France en 1682 et de la Déclaration, Paris 1826.
- Jean, **Touchard**, Siyasi Düşünceler Tarihi, (çev.İsmail Yerguz), İstanbul 2015.
- Bruno, **Tribout**, Les Récits de Conjuration sous le Règne de Louis XIV, T I, Montréal 2008.
- M., **Villiers**, Principes sur la Fidélité aux Rois, Extraits de M.Bossuet dans sa Politique Tirée de l’Écriture Sainte, Paris 1821.
- Voltaire**, XIV. Louis Asrı, C I-III, (çev. Nahit Sırrı Örik), 1945.
- K.S., **Zachariae**, Le Droit Français, T I, Paris 1854.
- (*Yazarı belli değil (y.n.)*), Principes Politiques sur l’otorité Royale et sur les Dévoirs des Sujets Extraits des Ouvres de Bossuet, Paris, 1817. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k32068p/f3.item.r=Revue%20Bossuet> (Erişim Tarihi 18.04.2025).

DİPLOMASİ HUKUKUNDA MİSYON BİNÂLARININ DOKUNULMAZLIĞI^(*)

Prof. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ^(**)

Öz: Diplomasi, devletler arasındaki uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde kullanılan temel araçtır. Diplomasinin özünü korumak için ayrıcalıklar ve bağıışıklıklar olmazsa olmazdır. Dolayısıyla, diplomatik ayrıcalıklar ve bağıışıklıklar diplomasi hukukunun en hayati sütunlarından birini teşkil eder. Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi'nin 22'nci maddesinde düzenlendiği üzere, diplomatik binâların dokunulmazlığı, devletlerin diplomatik ilişkilerinde kullandıkları ayrıcalıklar ve bağıışıklıklar arasındadır. Elçilik binâları için tanınan ayrıcalıklar aslında nispeten yeni olup, 15'inci yüzyılda dâimî diplomasinin başlangıcına dayanmaktadır. Dolayısıyla, dâimî diplomasinin kurulmasıyla elçilik binâlarının düzenlenmesine duyulan ihtiyaç zorunlu hâle gelmiştir. Zamanla, elçilik binâlarının korunması binâlardan mahallelere doğru genişlemiş ve kabûl eden devlet için felâket sonuçlar doğurmuştur. Bu genişleme esas olarak 19'uncu yüzyılda terk edilmiştir. Günümüzde, diplomatik binâlarla ilgili temel ilke, niteliği her zaman bazı tartışmalara yol açmış olan mutlak dokunulmazlıktır. Bu nedenle bu makalenin amacı, elçilik binâlarına tanınan ayrıcalığı analiz etmek ve ayrıca özel istisnalara dâir olasılıkları incelemektir.

Anahtar Kelimeler: Diplomatik Ayrıcalık ve Bağıışıklıklar, Misyon Binâları, Misyon Binâlarının Dokunulmazlığı, İlticâ Hakkı, Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.08.2025 - Makale Kabul Tarihi: 03.12.2025.

^(**) İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, İzmir - Türkiye,

E-posta: anil.camyamac@bakircay.edu.tr,

Orcid: 0000-0002-8476-9110.

INVIOABILITY OF MISSION PREMISES IN THE LAW OF DIPLOMACY

Abstract: Diplomacy is the main device among states in the conduct of their international relations. To preserve the essence of diplomacy privileges and immunities are *sin qua non*. Thus, diplomatic privileges and immunities are one of the most vital pillar of the law of diplomacy. As regulated in the article 22 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations inviolability of diplomatic premises are among privileges and immunities that is utilised by the states in their diplomatic relations. The privileges for the embassy premises are indeed relatively new, dated back to the beginning of the permanent diplomacy in the 15th Century. Hence, the need for the regulation of embassy buildings became mandatory with the establishment of permanent diplomacy. In the course of time, protection of the embassy buildings expanded from buildings to the quarters, creating catastrophic consequences to the accepting state. This expansion had mainly been left in the 19th century. Today, the main principle regarding to the diplomatic premises is the absolute inviolability the nature of which has always precipitated to some discussions. Thus, the aim of this article is to analyse the privilege relating to the embassy premises, and also examining the probability of specific exceptions.

Keywords: Diplomatic Privileges and Immunities, Mission Premises, Inviolability of Mission Premises, Right to Asylum, Vienna Convention on Diplomatic Relations.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun en eski dallarından birini teşkil eden diplomasi hukukunun¹ temel konularından, en önemli konularından biri diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklardır. Başta diplomatik ajanlar olmak üzere, gönderen devletin misyon görevlileri ve onların âilelerine tanınan diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların² çok tartışıldığı görülmektedir. Bilhassa kabûl eden devlet kamuoylarında tanınan bu ayrıcalık ve bağışıklıkların vatandaşlara tanınmazken, yabancılara tanınıyor olmasının elit bir sınıf yaratıyor kanısını uyandırdığı gözlenmektedir.³ Bu durum da diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkları diplomasi hukuku açısından ön plâna çıkarmaktadır.

Özünde bakıldığında tanınan bu ayrıcalık ve bağışıklıklar bir yanda kişilerin görevlerini gereği gibi yapmalarını sağlamak için, diğer yanda da bu kişilerin halklarını ve devletlerini temsil ediyor olmalarının bir sonucu olarak kendilerine sağlanmaktadır. Nitekim Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi'nin (1961)⁴ Dîbâcesinin 4'üncü paragrafında yer alan “*bu gibi*

¹ Bu konu hakkında bkz. Geraldo Eulalio, **do Nascimento e Silva**, *Diplomacy in International Law* (Diplomacy 1972), Leiden, 1972, s. 16; Eric, **Clark**, *Corps Diplomatique*, Bristol, 1973, s. 105; Ingrid, **Delupis**, *International Law and the Independent State*, Essex, 1974, s. 115; Geraldo Eulalio, **do Nascimento e Silva**, “Diplomacy”, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 82; Jean, **d’Aspremont**, “Premises of Diplomatic Missions”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, March 2009 paragraf: 1 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e977> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).

² 1961 yılında kabûl edilen Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi'nin (bkz. *infra* dipnot: 4) ilgili düzenlemesi göz önüne alındığında diplomatik ajanlar ve âileleri dışında diğer misyon görevlileri ve âilelerine nispeten daha kısmî ayrıcalık ve bağışıklıkların tanındığı ifade edilmelidir. Bkz. Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi (1961) m. 37. Bunlara diplomatik çantayı taşımada kullanılan kuryeler de dâhil edilmelidir. Bkz. Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi m. 27/5-6.

³ Bkz. Jack, **Anderson** / Les, **Whitten**, “The Diplomatic Immunity Charade”, *Washington Post*, November 14 1975, s. C18. Ötesinde Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1957 yılındaki toplantısında ayrıcalık ve bağışıklık kavramlarının değerlendirilmesine ilişkin tartışmalar esnasında *Zourek* bağışıklık kavramı bir yana ayrıcalıklarla diplomatik ajanlara kabûl eden devlette ikâmet eden diğer bireylerin sahip olmadıkları pozitif yönlü hakların tanındığına işâret etmiştir. Bkz. “Diplomatic Intercourse and Immunities” (A/CN.4/91; A/CN.4/98), 394th Meeting, May 9 1957, *Yearbook of International Law Commission*, vol. I, 1957, s. 52 paragraf: 13.

⁴ 18 Nisan 1961 târihinde kabûl edilen ve 24 Nisan 1964 târihinde yürürlüğe giren Diplomatik İlişkilere Dâir Viyana Sözleşmesi'ne (1961) günümüzde aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 193 devlet taraftır. Türkiye Sözleşmenin 6 Mart 1985 târihi itibarıyla tarafı konumuna gelmiştir. Sözleşmenin orijinal İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. “Vienna Convention on

ayrıcılıkların ve bağışıklıkların amacının fertleri yararlandırmak olmayıp, devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerinin etkin şekilde yapılmasını sağlamak olduğunu müdrük bulunarak, ..." şeklindeki tespit, gözlemlenebileceği üzere, her iki teoriye de yer vermektedir.⁵ Târihsel perspektiften bakıldığında ise, zaman içerisinde diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların açıklanmasına dâir birçok teori geliştirildiği, ancak bunlardan sadece üçünün ön plâna çıktığı fark edilmektedir.⁶ Günümüzde ise, Viyana Sözleşmesi (1961) başta olmak üzere konuya ilişkin uluslararası belgelerden de tâkip edilebileceği gibi ağırlıklı olarak iki teoriye ağırlık verildiği dikkat çekmektedir: "İşlevsellik teorisi" ve "temsil teorisi".

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklar çeşitli şekillerde tasnif edilebilmektedir. Ancak basit biçimde şu şekilde sıralanabilirler: Misyon binâlarının

Diplomatic Relations", United Nations-Treaty Series, vol. 500, no: 7310, 1964, s. 96-127. Türkçe resmî çevirisi için bkz. Resmî Gazete 12.24.1984 Sayı: 18615. Bundan sonra 1961 tarihli *Viyana Sözleşmesi (1961)* olarak anılacaktır. Viyana Sözleşmesine (1961) ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Michael, **Hardy**, Modern Diplomatic Law, Manchester, 1968, özellikle s. 1-68; Eileen, **Denza**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Diplomatic 1976), Dobbs Ferry, 1976; Eileen, **Denza**, Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2nd Edition, Oxford, 1998; Jean, **Salmon**, Manuel de droit diplomatique, Bruxelles, 1994; Eileen, **Denza**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Diplomatic 2008), 3rd Edition, Oxford, 2008; Eileen, **Denza**, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations (Diplomatic 2016), 4th Edition, Oxford, 2016; Ivor, **Roberts** (ed.), Satow's Diplomatic Practice, 7th Edition, Oxford, 2017; Christian, **Oelfke**, Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961. Commentaries on Practical Application, Berlin, 2018.

⁵ Geniş anlamda ele alındığında diplomasi hukukunun diğer temel kaynakları arasında sıralanabilecek Konsolosluk İlişkilerine Dâir Viyana Sözleşmesi (1963), Özel Misyonlar New York Sözleşmesi (1969) ve hattâ Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dâir Viyana Sözleşmesi (1975) Dibâcelerinde de *mutadis mutandis* benzer düzenlemelere yer verildiği fark edilmektedir. Konuya ilişkin farklar ve daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Anıl, **Çamyamaç**, Diplomasi Hukukunda Haberleşme Serbestisi (Haberleşme), Ankara, 2024, s. 76-79.

⁶ Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların hukukî dayanağı için ileri sürülen üç temel teori şu şekilde sıralanmaktadır: "Ülke-Dışılık Teorisi", "Temsil Teorisi" ve "İşlevsellik Teorisi". Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların dayanağını teşkil eden bu teorilere dâir ayrıntılı değerlendirme ve açıklamalar için diğerlerinin yanı sıra bkz. Anıl, **Çamyamaç** / Zekiye Özen, **İnci**, Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yarısından Muafiyet, Ankara, 2020, s. 40-46; **Çamyamaç**, Haberleşme, s. 56-74. Bu üç teori ötesinde zikredilen, ancak günümüzde göz önüne alınmayan diğer bazı teorilere dâir açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Cemil, **Bilsel**, Hukuku Düvel, II. Kitap: Devletler Arasında Münasebat-Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar, İstanbul, 1934, s. 178-182; Bhagevatula Satyanarayana, **Murty**, The International Law of Diplomacy. The Diplomatic Instrument and World Public Order, Dordrecht, 1989, s. 336-346. Ayrıca bkz. **Çamyamaç**, Haberleşme, s. 56-57.

dokunulmazlığı, diplomatik temsilciler başta olmak üzere misyon çalışanlarının ve onlarla ikâmet eden yakınlarının dokunulmazlığı ve yargı bağıışıklığı, haberleşme dokunulmazlığı, arşiv ve belgelerin dokunulmazlığı, seyahat ve hareket serbestisi, vergi bağıışıklığı, gümrük bağıışıklığı ve sosyal sigortalar muâfiyet ve bağıışıklığı.⁷ Târihsel açıdan bakıldığında, bu ayrıcalık ve bağıışıklıkların bir kısmı çok eskilere dayanırken, bâzıları yeni oluşan ihtiyaçlar doğrultusunda daha geç ortaya çıkmış, bâzıları ise zaman içerisinde ya önemlerini yitirmiş ya da özüm senerek hayatın normal bir parçası hâline gelmiş ve ayrıcalık olarak nitelendirilme durumları sonlanmışır.⁸

Bu denli önemli olan ve diplomatik görevlerin yerine getirilmesinin temeli ve temsil edilenlere gösterilen saygının bir ifâdesi olarak karşımıza çıkan diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıkların en önde gelenlerinden birisi, kuşkusuz, diplomatik misyon binâlarının dokunulmazlığıdır. Bu binâlarda başta diplomatik temsilciler olmak üzere görevliler görevli kılındıkları diplomatik işlevleri yerine getirmekte, arşiv ve belgeler saklanmakta ve haberleşmenin temel araçları konumlanmaktadır. Özünde bakıldığında diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklar bir bütünün parçalarını teşkil etmekte, bunlardan birinin ihlâli birçok kez ve kaçınılmaz olarak zincir hâlinde diğerlerine de sirâyet ederek onların da ihlâlini berâberinde getirmektedir. Tam da bu nedenle, misyon binâlarının dokunulmazlığının ihlâli yerine göre şahıs dokunulmazlığının ihlâli, yerine göre haberleşme ve arşiv ve belgelerin dokunulmazlığının ihlâli, birçok kere de bir bütün olarak hepsinin berâberce ihlâli olarak karşımıza çıkabilmektedir.⁹

⁷ Her ne kadar birçok genel eserde diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklıklar arasında doğrudan yer verilme de Viyana Sözleşmesi (1961) m. 20’de kendisine yer bulan bayrak ve arma kullanımına ilişkin düzenleme de ayrıcalıklara dâhil edilebilecektir. Bu itibârla 20’nci madde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Misyon ve şefi, gönderen devletin bayrağını ve armasını, misyon şefinin ikametgâhı da dâhil olmak üzere misyonun binâlarında ve misyon şefinin nâkil vâsıtalarında kullanmak hakkını hâizdir*”. Bayrak ve arma kullanımına ilişkin ayrıcalığa dâir ayrıntılı bilgi ve analiz için diğerlerinin yanı sıra bkz. Marjorie M., **Whiteman**, Digest of International Law, vol. VII, Washington D.C., 1970, s. 398-403; John R., **Wood** / Jean, **Serres**, Diplomatic Ceremonial and Protocol. Principles, Procedures and Practices, London, 1970, s. 116-118; Stanislaw E., **Nahlik**, “Development of Diplomatic Law. Selected Problems”, Recueil des cours, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 278-279; Anıl, **Çamyamaç**, “Uluslararası Hukukta Elçilik Binâlarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme” (Teknik Konular), Terazi (Aylık Hukuk Dergisi), Cilt: 13 Sayı: 145, 2018, s. 88-89.

⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra meselâ bkz. **Çamyamaç**, Haberleşme, s. 84-85.

⁹ Bu konuda meselâ bkz. Anıl, **Çamyamaç**, “Diplomatik Temsilciler ve Onlara Tanınan Hareket ve Seyahat Serbestisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 2, 2019, s. 460.

Misyon binâlarının dokunulmazlığı, özünde bakıldığında ve doğal olarak, sürekli diplomasiye ortaya çıkışıyla birlikte düzenlenme ihtiyacı hâsıl olmuş bir ayrıcalıktır. Bilindiği üzere, sürekli diplomasiye geçilmeden evvel, geçici murahhas veya elçiler bu görevleri yerine getirmeye çalışmıştır. 15'nci yüzyılda, özellikle de Rönesans'ın getirdiği aydınlanmanın bir sonucu olarak önce İtalyan şehir devletleri bünyesinde ortaya çıkan ve müteâkiben Avrupa'ya yayılan bir uygulama olarak sürekli elçilikler kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰ Sürekli elçilikler, elçilik binâları mefhumunu berâberinde getirmiş ve bunların da korunması gereği ortaya çıkmıştır. Öyle ki, 17'nci yüzyıl sonrasında sâdece misyonun konumlandığı elçilik binâları değil; sokak, hattâ mahalleler bu korumadan yararlanırlı olmuşlardır. Bu durum aynı zamanda bâzı sorunları da berâberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlisi, bu alanlara sığınan ve korumadan yararlanan suçlular olmuştur. Bâzı büyükelçiler ise, bu yerlere sığınan kişilerden belirli ücretler almak kaydıyla kendilerine gelir elde etme yolunu seçmiştir.¹¹ Bu durum, kaçınılmaz biçimde, kabûl eden devlet konumundaki devletle ilgili misyon ve ötesinde gönderen devletle siyâsî çatışmalara yol açmıştır. Çünkü bu yerlerde kabûl eden devlet yâni ülke devleti kontrolünü kaybetmiş, bu mekânlar zaman içerisinde suç yuvaları hâline dönüşmeye başlamış ve güvenlik sorunlarına yol açmıştır. Günümüzde ise, misyon binâlarına ilişkin ayrıcalık ve bağışıklıkların bu kadar geniş şekilde mahal veya mahallere sirâyet ettirilmediği, müteâkip başlıklardan da tâkip edilebileceği üzere, sadece binâlar ve varsa müstemilât ve bahçe ile sınırlı tutulduğu fark edilmektedir.

Bu çalışmada, misyon binâlarının dokunulmazlığına dâir genel kurallar bir yana, dokunulmazlıkla doğrudan ilişkili bâzı spesifik hususlara kısaca değinilmeye çalışılacaktır. Bu itibârla, târihsel gelişime ilişkin kısa bir girizgâhla başlandıktan sonra konunun çerçevesinin de netleştirilmesi açısından misyon binâlarının tanımlanmasıyla devam edilecektir. Misyon binâlarının kapsamının ortaya konulması sonrasında söz konusu binâların doku-

¹⁰ Konuya ilişkin meselâ bkz. **do Nascimento e Silva**, *Diplomacy* 1972, s. 21-23. Daha ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Luis, Weckmann, "Les origines des missions diplomatiques permanentes", *Revue générale de droit international public*, vol. 56/2, 1952, s. 161-188.

¹¹ Bilindiği üzere, sürekli elçiliğin doğduğu ilk yıllarda büyükelçiler, ilke olarak herhangi bir ödeme almaksızın bu faaliyetini sürdürmüştür. Bu onlar için bir kredibilite meselesi ve aynı zamanda bir hizmetin gereği gibi yerine getirilmesinden ibârettir. Ödeme almamalarına karşılık, temsil ettikleri devletleri de düşünerek, belirli bir hayat standardını tutturmak zorunda kalmaları o dönemki birçok büyükelçinin iflâsına yol açmıştır.

nulmazlığına dâir hem kabûl eden hem de gönderen devlet bakımından genel birtakım açıklamalar yapılacaktır. Müteâkiben bu binâlara giriş ve binâların korunması gibi temel hususlar çerçevesinde bâzı spesifik konularla alâkalı tespitler gerçekleştirilmek sûretiyle makale sonlandırılacaktır.

Bu denli önemli bir konunun Türk doktrininde yeterli ilgiliyi görmediği dikkat çekmektedir. Konuya ilişkin ortaya konulan eserlerin büyük bölümünde sadece misyon binâlarının korunmasına ilişkin düzenleme ve anlayış en genel hatlarıyla verilmiş, ayrıntılara girilmekten genelde kaçınılmıştır. Bu çerçevede, bu makalede bir yanda misyon binâlarının dokunulmazlığına ilişkin genel düzenleme öz bir biçimde ele alınmaya çalışılırken, diğer tarafta uygulamalar bağlamında karşılaşılan kural dışılıklar ortaya konularak misyon binâlarının dokunulmazlığına ilişkin daha derin bir bakış açısı sergilenmesi hedeflenmektedir. Bu itibarla, mevcut düzenlemenin ve buna bağlı devlet uygulamalarının misyon binâlarının dokunulmazlığını hangi ölçüde sağladığının cevabı verilmiş olacaktır.

I. DİPLOMASİ HUKUKUNDA MİSYON BİNÂLARININ DOKUNULMAZLIĞINA İLİŞKİN TÂRİHÎ GELİŞİM

Giriş bölümünde yapılan açıklamalardan da rahatlıkla tâkip edilebileceği üzere, diplomatik ayrıcalık ve bağımsızlıklar ihtiyaçlar doğrultusunda gelişmiş, bâzen değer kazanmış ve ayrıntılandırılmış, bâzense târihin tozlu sayfaları arasına gömülmüştür.¹² İhtiyaçlardan bahsedilirken, sürekli diplomasiye geçilmesiyle birlikte, kaçınılmaz olarak, bu diplomasiinin kurgulandığı temel alanlar olan misyon binâlarına dâir kuralların belirlenmesi zarûreti hâsıl olmuştur.

Bu itibarla, Ortaçağ'da ilk sürekli elçiliklerin kurulduğu dönemden itibaren, sadece elçilik binâları değil, aynı zamanda elçiliklerin bulunduğu sokak ve mahallelerin dahi bu korumadan yararlandıkları bilinmektedir. Fransa'nın Roma Elçilik binâsını teşkil eden Farnese Sarayı'nın¹³ bu çerçevede 17'nci yüzyılda önemli rol oynadığı ifade edilmelidir. İlgili saray yakınlıklarında yaşanan çatışmada birçok ölü ve yaralının olması dönemin Fransa kralı XIV. Louis'i kızdırmış, Avignon'da bulunan Papalık anklavını kuşatmış, bunun üzerine Roma'daki Fransız elçilerinin imtiyazlarını garanti altına

¹² Konuya ilişkin meselâ bkz. Çamyamaç, Haberleşme, s. 84-85.

¹³ Farnese Sarayı bugün de Roma'da Fransa'nın İtalya'daki büyükelçilik binâsı olarak hizmet vermektedir.

alan ve Papalık'ı küçük düşürdüğü ifade edilen Pisa Antlaşması 1664 yılında imzalanmıştır.¹⁴

Dönemin büyük devletlerinin Papalık Roma'sında güç oyunlarına sahne olan elçilik konutlarının, geçen zaman içerisinde sadece konutlarla sınırlanmadığı, konutların etrafındaki yan sokakları ve hattâ blokları kapsadığı ve hangi büyük gücün Roma'da daha fazla toprağa sahip olduğu şeklinde bir denge oyununa dönüştüğü; bu durumun şehrin ciddî anlamda huzurunun bozulmasına da yol açtığı görülmüştür, çünkü özellikle birçok suçlunun sığındığı bu alanlar Papalık polis gücü olan *Sbirri* başta olmak üzere hiçbir yetkilinin müdahale edemediği alanlar olmuştur. Bu durum, 1676'da göreve gelen Papa XI. *Innocente* ile değişmiş, Papa'nın talebi üzerine İspanya diğer güçlerin de bunu kabûl etmesi şartıyla elçilik binâ alanlarını daraltma sözü vermiş, birkaç yıl içerisinde Fransa hâriç diğer tüm elçilikler bu talebe uymuşlar; Fransa ise, her ne kadar elçisi diplomatik ayrıcalıklarının ve bağımsızlıklarının olduğu alanlarda düzeni sağlasa ve 100'ün üzerinde suçluyu Roma makamlarına iade etmiş olsa da iddialarından vazgeçmemiş, bu konuda Fransa'nın da uyumu bir sonraki Papa olan VIII. *Alexander* döneminde sağlanmıştır.¹⁵ Roma'daki durum hariç Madrid ve Venedik'te de elçilik binâlarının çevresindeki sokak ve mahalleler bu tür korumadan yararlandırılmış, ama zaman içerisinde bunun kötüye kullanılmasından ötürü, tıpkı Roma'da olduğu gibi, bu uygulamadan vazgeçilmiştir.¹⁶ O döneme ilişkin meselâ 1664 yılında *Ayala* kendi evindey-

¹⁴ Bkz. **Rapin de Thoyras**, The History of England, vol. XII, 5th Edition (translated by Tindal), London, 1862, s. 382.

¹⁵ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. E.L., **Devlin**, "The Corsican Affair", History Today, (May) 2013, s. 6-7. Ayrıca, bkz. **Salmon**, s. 224.

¹⁶ Bu yönlü uygulamalar *franchise du quartier* olarak adlandırılmaktadır ki, o dönemde bu uygulama ülkedışılık teorisi çerçevesinde gelişmiştir. Bu minvalde, elçiliğin bulunduğu sokak, hattâ mahalle ilgili elçiliğin koruması altında kabûl edilmektedir. Özellikle Madrid, Roma ve Venedik gibi şehirlerde bu uygulama ile elçilik binâsının çevresindeki alanlar suçluların barınağı hâline gelmiştir. Kavrama ve konuya ilişkin olarak bkz. Francis, **Deák**, "Immunity of a Foreign Mission's Premises from Local Jurisdiction", American Journal of International Law, vol. 23/3, 1929, s. 587-588 (*Deák*, bu talepleri fahiş talepler olarak nitelendirmektedir); Wesley L., **Gould**, An Introduction to International Law, New York, 1957, s. 268-269; Seha L., **Meray**, Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt (Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası), Ankara, 1965, s. 33 ve dipnot: 62. Ayrıca, *franchise du quartier* veya *franchise de l'hôtel* terimlerini inceleyen *Chatterjee* de bu terimlerin mutlak anlamda binâların dokunulmazlığı anlayışına dayandığını belirterek muharraşların resmî rezidanslarının kabûl eden devletin ülkesi dışında olduğunun benimsendiği dönemde kullanıldıklarını ifade etmiş ve ilticâ hakkının da bu bağlamda tanınabildiğine dikkat çekmiştir. Yazar, birçok devletin karşı çıktığı bu anlayışın 18'inci yüzyılda bazı Lâtin Amerika devletleri haricinde kullanımının terk edildiğine de işâret etmiştir. Charles, **Chatterjee**, International Law and Diplomacy, London, 2007, s. 14.

ken İspanyol yetkililer tarafından tutuklanmış; Ayala'nın evi İngiliz Büyükelçiliğine komşu olduğu için teknik olarak İngiliz Büyükelçiliğinin koruması altında olduğu hasebiyle İngiliz Büyükelçisi tarafından derhal serbest bırakılması talep edilmiş ve her ne kadar hoş karşılanmasa da kısa bir süre sonra Ayala İngiliz Büyükelçisinin gözetimine bırakılmıştır.¹⁷

Bakıldığında, Avrupa Kıtası açısından bu uygulamanın en son kalıntılarına 18'inci yüzyılın ortalarına kadar Cenova'da rastlandığına dikkat çekilmektedir. Buna karşılık bu yönlü geniş uygulamaların evrensel düzeyde daha geç sonlandığı fark edilmektedir.¹⁸ Meselâ Boksör İsyanı Hâdisesi'nde Çin'deki yabancı misyonların durumu bu hususu açıkça sergilemektedir.¹⁹ Nitekim doktrinde de bu yönlü uygulamaların 20'nci yüzyılda ancak sonlanabildiğine işâret edilmektedir.²⁰

II. DOKUNULMAZLIKTAN YARARLANAN BİNÂLARIN TESPİTİ

Misyon binâlarının dokunulmazlığından bahsedildiğinde, öncelikle bu binâların hangileri olduğunun tespit edilmesi ve ortaya konulması isâbetli olacaktır. Bu minvalde, Viyana Sözleşmesi (1961) madde 1 (i) fıkrasında diplomatik misyon binâlarının tanımı şu şekilde verilmiştir: “«*Misyon binâları*», misyon şefinin ikametgâhı dâhil olmak üzere ve mülkiyete bakılmaksızın, misyonun maksatları için kullanılan binâlar veya binâ bölümleri ile bunlarla irtibatlı arâzidir”.

Öncelikle, “misyon binâları” kavramına ilişkin ortaya konulan tanımından bazı unsurları doğrudan belirlemenin mümkün olduğu vurgulanmalıdır. Bu itibârla, her şeyden evvel, diplomatik misyon binâları *misyonun maksatları* için kullanılmalıdır.²¹ Bunun dışında, misyon binâsı tek başına bir binâ olabileceği

¹⁷ Bkz. Linda S., Frey / Marsha L., Frey, The History of Diplomatic Immunity, Columbus, 1999, s. 224.

¹⁸ Bkz. Frey / Frey, s. 225-226.

¹⁹ Boksör İsyanı Hâdisesi'ne ilişkin bkz. Çamyamaç / İnci, s. 59 dipnot: 97. Ayrıca, bkz. D., Preston, “The Boxer Rising”, Asian Affair, vol. 31/1, 2000, s. 26-36. İlâveten bkz. Salmon, s. 225.

²⁰ Bkz. Frey / Frey, s. 226.

²¹ Ayrıca belirtmelidir ki, misyon binâlarının korumadan yararlanabilmesi için bu binâların ne zamandan itibaren misyon binâsı olarak addedileceği hususu da kuşkusuz önem kazanmaktadır. Çeşitli görüşler olmasına karşılık en isabetli görüşlerden biri tamamen misyon hizmetleri için kullanılmaya başlanması olmaktadır. Bu konuda meselâ bkz. H.P., Romberg, “The Immunity of Embassy Premises”, British Yearbook of International Law, vol. 35, 1959, s. 235. Öte yandan, bu konuya ilişkin tartışmalar için diğerlerinin yanı sıra bkz. Çamyamaç, Teknik Konular, s. 76.

gibi, bir binâ bölümü de olabilecektir. Daha da ötesinde, misyon binâsının tek bir binâdan müteşekkil olması zorunluluğu da yoktur. Bu bağlamda, misyon, işlevlerinin etkinliğinin sağlanabilmesi adına farklı farklı binâlarda da konumlanmış olabilir. Bu binâlar da *prima facie*, misyon binâsı olması hasebiyle dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Ancak diplomatik dokunulmazlıktan yararlanılabilmesi için bâzı temel hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir. Her şeyden önce, bu binâ veya binâ bölümlerinin de diplomatik işlevle kullanılıyor olması zarûridir. Bu çerçevede, diplomatik misyonların işlevlerinin düzenlendiği ilgili Viyana Sözleşmesi (1961) hükmü kılavuz niteliğini hâizdir.²² Nitekim diplomatik işlev vasfı taşımayan görevlerin ifâ edildiği kabûl eden devlet ülkesindeki gönderen devlet binâlarının veya kısımlarının diplomatik dokunulmazlığa sahip kılınmadığı tâkip edilmektedir. Bu itibârla, turist bürolarının²³, kültürel enstitülerin, okuma salonlarının, öğrenci yurtlarının, enformasyon bürolarının, gönderen devlet tarafından kurulmuş kütüphânelerin, elçilik okullarının, ilke olarak, misyon binâlarına tanınan dokunulmazlığı hâiz kılınmadıklarına işâret edilmektedir.²⁴

Diplomatik işlevin görüldüğü ayrı binâların veya binâ kesimlerinin diplomatik dokunulmazlığa sahip olabilmesinin bir diğer koşulu, bunların aynı mahalde kurulmuş olmasına bağlıdır; meğerki kabûl eden devletin bu yönlü açık rızâsı bulunsun. Nitekim Viyana Sözleşmesi (1961) 12'nci madde bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir: “Gönderen devlet, kabûl eden devletin

²² Diplomatik misyonların işlevlerini ortaya koyan Viyana Sözleşmesi (1961) 3'üncü madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “1. Bir diplomatik misyonun görevleri, diğerleri meyanında, şunları da kapsar: a) Gönderen devleti kabûl eden devlette temsil etmek; b) Kabûl eden devlette, uluslararası hukukun müsâade ettiği sınırlar içerisinde gönderen devletin ve vatandaşlarının çıkarlarını korumak; c) Kabûl eden devlet hükûmetiyle müzâkereler yapmak; d) Bütün yasal imkânlarla kabûl eden devletin durumunu ve gelişmelerini tespit etmek ve bunlar hakkında gönderen devlet hükûmetine bilgi vermek; e) Gönderen devlet ile kabûl eden devlet arasında dostâne ilişkileri ilerletmek ve ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkileri geliştirmek”. Dikkat edilmesi gereken husus, oldukça geniş şekilde yer verilen bu işlevlerin sınırlayıcı bir şekilde sayılmamış olduğudur. Bir başka deyişle, siyâsî temsile uygun, ancak maddede sayılmamış başka türlü işlevleri de diplomatik işlev olarak mütalâa etmek mümkün olabilecektir. Nitekim *Oelfke* gönderen devletin diplomatik misyon işlevlerini tek taraflı olarak genişletmesinin önüne geçecek bir kısıtlama olmadığını altını çizmektedir. Bkz. *Oelfke*, s. 133.

²³ Parlâmento görüşmeleri sırasında 1985 yılında Birleşik Krallık Hükûmetinin 17 ulusal turizm bürosunun diplomatik statüsünü sonlandırdığı bilgisi paylaşılmıştır. Konuya ilişkin bkz. Geoffrey, *Marston* (ed.), “United Kingdom Materials on International Law 1990” (1990), British Yearbook of International Law, vol. 61, 1990, s. 537.

²⁴ Konu hakkında bkz. Eileen, *Denza*, “Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities”, Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperations in General-Diplomacy and Consular Relations, vol. 9, Edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 95; *Denza*, Diplomatic 2008, s. 22; *Denza*, Diplomatic 2016, s. 17-18. Ayrıca, bkz. *Çamyamaç*, Teknik Konular, s. 75 ve dipnot: 9.

önceden açık rızası olmadan misyonun kurulduğu mahallerden başka yerlerde misyonun bir kısmını teşkil eden bürolar kuramaz". Hollânda tarafından getirilen ve raportör Bartos tarafından da desteklenen öneri, Viyana Sözleşmesi (1961) hükmü hâline gelmiştir. Bilindiği üzere, gönderen devletin kabûl eden devlette etkin bir biçimde temsil edilebilmesi gönderen devletin kabûl eden devletin yönetim birimlerine, bu bağlamda hükûmet ve özellikle de dışişleri bakanlığına erişimine bağlıdır. Bu yüzden, istisnâî durumlar hariç²⁵, misyon binâlarının başkentlerde konumlanması²⁶ tercih edilir.²⁷ Hattâ kabûl eden devlet başkentte belirli bir mahal veya mahalleri misyon binâlarının konumlanacağı yerler olarak düzenleyebilmektedir. Bu yönlü bir düzenlemenin temel nedenleri arasında kabûl eden devletin koruma yükümlülüğünü etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi yatmaktadır. Daha da ötesinde, bâzı devletler diplomatik misyon binâlarının başkentte konumlanmasını açıkça bir zorunluluk olarak öngörebilmektedir. Bu çerçevede, başta Cenevre olmak üzere birçok kentinde uluslararası örgüt merkezlerini misafir eden İsviçre'nin ayrıcalık ve bağıışıklıklardan yararlanılması için kendi nezdinde atanan yabancı diplomatik personeli barındıracak misyon binâlarının mutlaka başkent Bern'de konumlanmasını bir zarûret olarak düzenlediği vurgulanmalıdır.²⁸ Yine başkent değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda,

²⁵ Bâzen istisnâî de olsa kabûl eden bir devletin yabancı misyonlara ait binâlarının başkentinde konumlanmasını istemediği görülmektedir. Bu konuda bir dönem Suudi Arabistan tarafından gerçekleştirilen uygulama misal olarak gösterilebilir. Bunun dışında, yine istisnâî durumlarda başkent ile hükûmetin konumlandığı mahaller farklılık gösterebilir. Meselâ, Hollânda'nın resmî olarak başkenti Amsterdam olsa da hükûmet merkezi La Haye'dedir. Bu yüzden, yabancı misyonlar Amsterdam'da değil, La Haye'de konumlanmıştır. Konuya ilişkin bilgi ve açıklamalar için diğerlerinin yanı sıra bkz. Çamyamaç, Teknik Konular, s. 80.

²⁶ Viyana Sözleşmesi (1961) öncesinde de meselâ Amerika Birleşik Devletleri'nde başkent dışındaki bir mahale atanan yabancı diplomatik misyon görevlilerinin ayrıcalık ve bağıışıklıklarının genel olarak tanınmama eğiliminin bulunduğu fark edilmektedir. Konuya ilişkin örnekler için bkz. Green Haywood, **Hackworth**, Digest of International Law, vol. IV, Washington D.C., 1942, s. 466-467. Bunun dışında özel misyonlara dâir düzenlemeler getiren New York Sözleşmesinin 17'inci maddesinin birinci fıkrasında, özel misyonun konumlanacağı mahalin kabûl eden devletle mutâbık kalınarak belirleneceği hükme bağlanmışken, ikinci fıkrada böyle bir anlaşmanın yokluğunda özel misyonun kabûl eden devletin dışişleri bakanlığının bulunduğu yerde konumlanacağı açıkça düzenlenmiştir.

²⁷ Uluslararası hukukta misyon binâlarının başkentlerde konumlanmasına dâir bir zorunluluk bulunmadığına dikkat edilmelidir. Bkz. **Denza**, Diplomatic 2008, s. 101 ve s. 103; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 84-85; Çamyamaç, Teknik Konular, s. 80.

²⁸ Konuya ilişkin bkz. **Denza**, Diplomatic 2008, s. 103-104; Çamyamaç, Teknik Konular, s. 80 dipnot: 64. Ancak dikkat edilmesi gereken bir husus, bu düzenlemeye açık bir istisnâ getirilmiş olmasıdır. Buna göre, iki hâlde bu kuralın istisnâsının oluşturulduğu belirtilmektedir. Birleşmiş Milletlerin en az gelişmiş devletler listesinde yer alan devletlerle İsviçre'nin kendisinin diplomatik temsilci atamadığı devletler açısından oluşturulan bu istisnâ uyarınca ilgili devlet-

eski başkentte konumlanan yabancı misyon binâlarının yeni başkente taşınmasını; aksi hâlde misyon dokunulmazlıklardan yararlandırılmayacaklarını düzenleyen devletlere de rastlanmaktadır.²⁹

İlâveten, misyon binâsı olacak taşınmazların mülkiyetinin kime ait olduğunun da bir önemi yoktur. Bu çerçevede, binâlar gönderen devlet tarafından satın alınmış olabileceği gibi, kiralanmış da olabilir. Böylelikle kiralama durumu açısından bakıldığında, misyon binâlarının özel mülkiyete tâbi olabileceği de fark edilmektedir.³⁰ En son olarak, misyon binâları kavramına misyon şefinin rezidansının, daha açık ifade etmek gerekirse özel ikametgâhının da dâhil edildiği belirtilmelidir. Tabii ki, misyon şefinin rezidansının diplomatik misyon binâlarının içinde, yâni özünde diplomatik misyonun görevlerinin görüldüğü alanlar dışında ancak aynı binâda da yer alabileceği gözden kaçırılmamalıdır.³¹

ler Cenevre başta olmak üzere İsviçre’de merkezi bulunan uluslararası örgütlere atadıkları diplomatik temsilcileri İsviçre nezdinde de akredite edebilmektedir. Dolayısıyla da misyon binâları da Bern dışında konumlanmış olmaktadır. Bkz. Anıl, **Çamyamaç**, “Avrupa’daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2019/2, 2019, s. 102-103. Öte yandan, bazı durumlarda akredite edilen temsilcinin nezdinde akredite edildiği uluslararası hukuk kişinin kendi toprağı olmayabilir veya ülkesi misyon binâsı oluşturmaya elverişli olmayabilir. Uluslararası örgütler hariç, Vatikan ve Malta Askerî Egemen Düzeni’nin durumu bu şekildedir. Her ikisine de atanan diplomatik temsilciler Roma’da konumlanmaktadır. Özellikle Düzene akredite edilen diplomatik temsilciler aynı zamanda ya İtalyan devleti ya da Vatikan nezdinde akredite edilmektedir. Bu çerçevede misyonun zaten Roma’da konulanmasında sorun yoktur. Düzene atanan temsilci İtalya değil de Vatikan’a atanmışsa, Latran Anlaşması (1929) m. 12 kapsamında elçilik hakkının tanınmasından dolayı misyon binâlarının aynı şekilde Roma’da konumlanmasında bir sorun olmamaktadır. Bkz. Anıl, **Çamyamaç**, “Malta Askerî Egemen Düzeni’nin Diplomatik İlişkilerine Dair Genel Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10 Sayı: 1, 2020, s. 338-339.

²⁹ Bu konuda meselâ Brezilya örneği verilebilir. Rio de Janeiro’dan başkentin Brasília’ya taşınması sebebiyle Brezilya yabancı misyon elçilik binâlarının Brasília’ya taşınması için son târih olarak 7 Eylül 1972’yi belirlemiş ve bu târih sonrasında misyon binâlarını yeni başkente taşımamış olan devletlerin diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarının tanınmayacağını belirtmiştir. Konuya ilişkin bkz. **do Nascimento e Silva**, *Diplomacy* 1972, s. 51; **Çamyamaç**, *Teknik Konular*, s. 82-83. Ayrıca, bkz. Ludwik, **Dembinski**, *The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations*, Dordrecht, 1988, s. 84.

³⁰ Tam da bu noktada yazarların uyarılarda bulunduğu gözlenmektedir. Meselâ Belçika’daki diplomasi kurallarını aktaran eserlerinde yazarlar kiralama durumunda mülkü kiraya veren standart sözleşme hükümlerinden yararlanmak isteyeceğini bunun da birçok kere misyonun statüsüyle-diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıklarla- bağdaşmayabileceğini vurgulayarak, elçilik konutlarını kiralamak isteyen devletlerin kabul eden devletin ülkesindeki avukatlardan yardım alarak bunu gerçekleştirmelerinin isâbetli olacağına işâret etmişlerdir. Bkz. Frédéric, **Dopagne** / Emily, **Hay** / Bertold F., **Theeuwes**, *Diplomatic Law in Belgium*, Antwerpen, 2014, s. 47.

³¹ Nitekim *Nahlik*, misyon şeflerinin hattâ personelin özel rezidanslarının sorun oluşturmadığını; özellikle eski dönemlerde büyük saray veya villa, köşklere satın alınarak veya kiralanarak elçi-

Öte yandan, misyon binâsı denildiğinde, her ne kadar günümüzde artık mahalle veya sokak gibi geniş bir kapsam söz konusu olmasa da, varsa binânın bahçesi ve müstemillat(lar)ı da madde 22’de belirtilen korumaya dâhildir.³² Bununla birlikte, özellikle günümüzdeki güvenlik kaygılarının bir sonucu bâzı devletlerin başkentlerinde belirli yabancı misyonların daha geniş koruma alanına sahip olabildikleri de gözlenmektedir. Nitekim elçilik binâlarını çevreleyecek 500 fitlik bir alanda düşmanca işâret ve gösterilerin yasaklanmasını Amerikan Mahkemesi uygun bulmuştur.³³

Bunun dışında bir devlette gönderen devletin doğrudan büyükelçiliğinin bulunmadığı durumlarda, gönderen devletin bir başka kabûl eden devlette konumlanan büyükelçiliğine bağlı bir elçilik bürosu oluşturabileceği kabûl edilmelidir. Nitekim 1950’li yılların sonunda Küba’nın Atina’da Bern büyükelçiliğine bağlı bir büro oluşturduğu ve Yunanistan’ın bu uygulamaya karşı çıkmadığı fark edilmektedir.³⁴ Buna karşılık, Dominik Cumhuriyeti’nin Roma Büyükelçiliğine bağlı olarak Atina’da oluşturmak istediği büronun aynı zamanda Dominik Cumhuriyeti’nin Atina fahrî konsolosluğu binâsı bünyesinde olmasına, *haklı olarak*, karşı çıkıldığı ve konsolosluk başta olmak üze-

lik binâsı olarak kullanıldıklarını ve başta misyon şefi olmak üzere personelin de binâlarda ikamet ettiklerini belirtmiştir. Bkz. **Nahlik**, s. 274. Hattâ günümüzden bir örnek vermek gerekirse, Çin Halk Cumhuriyeti’nin yeni büyükelçilik binâsı yapmak için 2018 yılında Londra’da satın aldığı eski *Royal Mint Court*’u düzenlerken, binânın mühtevasında bir kültür merkezinin yanı sıra 200 personeli için konut plânlamasının yapıldığı da dikkat çekmektedir. Bkz. Chris, **Graham**, “Rayner Asks China to Explain Blanked-out Embassy Plans” (Embassy), BBC News, August 3 2025 via www.bbc.com/news/articles/ce932995ny2o (Erişim Tarihi: 03.08.2025).

³² Bu konuda diğerlerinin yanı sıra bkz. **Hardy**, s. 43; Melda, **Sur**, Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, İstanbul, 2024, s. 268. Öte yandan, konsolosluk binâları çerçevesinde tanınan korumanın konsolosluk işlevlerine hasredilen yerlerle sınırlı olduğu ifade edilmelidir. Konsolosluk binâlarının dokunulmazlığına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Satyadeva, **Bedi**, “Inviolability of Consular Premises”, *Indian Journal of International Law*, vol. 15/1, 1975, s. 93-112; Luke T., **Lee**, *Consular Law and Practice*, 2nd Edition, Oxford, 1991, s. 386-418; Luke T., **Lee** / John, **Quigley**, *Consular Law and Practice*, 3rd Edition, Oxford, 2008, s. 353-384; Rona, **Aybay**, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2020, s. 221-241. Kaşıkçı Hâdisesi’nde Anayasa Mahkemesi kararında yer verildiği üzere Türk yetkili makamları konsolosluğun bahçesinde bulunan kuyuda da araştırma yapmak istemişler; ancak Suudi yetkililerin izin vermediği gerekçesiyle sadece su numunesi almakla yetinmişlerdir. Bkz. “Anayasa Mahkemesi Kararı”, Resmi Gazete, Sayı: 32350 Ekim 25 2023 (Çarşamba) paragraf: 21. Oysa Viyana Sözleşmesi (1963) kapsamında Türk makamlarının herhangi bir izin almaksızın kuyuda arama ve araştırma yetkisi olduğu belirtilmelidir.

³³ Bkz. **Çamyamaç**, *Teknik Konular*, s. 77.

³⁴ Bkz. C.N., **Papas**, “Chancelleries and Inviolability”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 14/1, 1961, s. 228.

re fahrî konsoloslukların binâlarının misyon binâları gibi bir korumaya sahip olmadığının belirtildiği takip edilmektedir.³⁵

Öte yandan diplomasi hukukuna geniş bir zâviyeden bakıldığında, özel misyonların veya delegasyonların, sürekli olmayan, yâni geçici nitelikleri de göz önüne alındığında, ilke olarak, bulundukları ülkede gönderen devletin, daha açık ifâdesiyle temsil ettikleri devletin misyon binâlarından yararlanabilecekleri mütalâa edilmelidir. Bâzen özel misyonlar gönderildikleri ülke devletindeki kendi devletlerinin misyon binâlarını kullanmak yerine farklı birtakım çözümler de yaratabilmektedir.³⁶ Bu çözümler arasında en başta geleni, her ne kadar bâzı devletler tarafından tasvip edilmese, hattâ karşı çıkılsa dahi otel odalarının kullanımı olmaktadır. Öyle ki, bu yönlü ihtiyaç doğrultusunda bir otelin birden fazla odası, ötesinde özel misyonunun genişliğine göre kat veya katların kullanımı dahi söz konusu olabilecektir.³⁷

III. MİSYON BİNÂLARININ DOKUNULMAZLIĞINA DÂİR TEMEL DÜZENLEME

Misyon binâlarına ilişkin genel düzenleme denildiğinde, önce bu binâların bulunduğu devletin, yâni kabûl eden devletin bu konudaki yükümlülüğü değerlendirilmeliyken, ikinci olarak gönderen devletin bu binâları kullanır-

³⁵ Bkz. *ibid.*, s. 228-229. Hemen ilâve edilmelidir ki, 1950’li yıllardaki bu anlayışın, makaledeki analizlerin de sergilediği üzere, daha sonradan kabûl edilip yürürlüğe giren Viyana Sözleşmeleri (1961 ve 1963) bağlamında da sürdürüldüğü bir gerçektir. Ancak konsolosluk binâlarına tam dokunulmazlık sağlamanın önüne geçen genel bir kuralın olmadığı, ikili konsolosluk anlaşmaları mücibince bu şekilde bir dokunulmazlığın bahsedilebileceği, hattâ Komünist devletlerle bu şekilde anlaşmaların olduğu belirtilmektedir. Konuya ilişkin bkz. **Lee**, s. 393; **Lee / Quigley**, s. 359. Konsolosluk binâlarının dokunulmazlığı bir yana (konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve bilgi için bkz. *supra* dipnot: 32), fahrî konsolosluklara dâir bilgi ve değerlendirme için diğerlerinin yanı sıra bkz. Anıl, **Çamyamaç** / Muhammed Halid, **Kavak**, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Fahrî Konsolos”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 27 Sayı: 1, 2025, s. 3-41.

³⁶ Özel misyonların kabûl eden devlette kendi misyon binâlarından yararlanmamasının çeşitli nedenleri olabilir. Bunların başında kabûl eden devlette misyon binâsı bulunmaması gelmektedir. Bilindiği üzere, devletler kendi aralarında diplomatik ilişki kurup kurmama konusunda serbest irâdeleriyle ve karşılıklılık temelinde hareket etmektedir. Hattâ kurulan diplomatik ilişkinin mâhiyetini belirleme konusunda da her devlet, kendi egemenliğinin doğal bir sonucu olarak, özgürdür. Daha açık ifâde etmek gerekirse, diplomatik ilişki kurulmuş olması berâberinde misyon kurma zorunluluğunu da getirmemektedir. Bunun ötesinde, kabûl eden devlette gönderen devletin misyon binâsı olsa da bu binâdan özel misyonun da görevleri boyunca yararlanıp yararlanmayacağı gönderen devletin irâdesine kalmıştır.

³⁷ Konuya ilişkin bilgi ve açıklamalar için bkz. Anıl, **Çamyamaç**, “50. Yılında Özel Misyonlar Sözleşmesi ve Diplomasi Hukuku” (Özel Misyonlar), KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5 Sayı: 1, 2020, s. 40.

ken kendisine düşen vazîfeler ele alınmalıdır. Bu başlık altında özellikle gönderen devletin yükümlülüğü çerçevesinde misyon binâlarına ilişkin dokunulmazlığın ihlâli veya kötüye kullanımına karşı kabûl eden devletin neler yapabileceğine ilişkin görüşlere de kısaca yer verilmeye çalışılacaktır.

1. Kabûl Eden Devletlerin Misyon Binâlarına Karşı Yükümlülükleri

Misyon binâlarına ilişkin temel kural Viyana Sözleşmesi (1961) 22'nci maddede açık bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu minvalde, 22'inci madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “1. Misyon binâları dokunulmazdırlar. Kabûl eden Devlet yetkilileri misyon şefinin rızası olmadıkça bu binâlara giremezler. 2. Kabûl eden Devlet, misyon binâlarını herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almak özel göreviyle yükümlüdür. 3. Misyon binâları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nâkil vâsıtaları arama, el koyma, hâciz veya icrâdan bağıştırlar”. Maddeden de izlendiği üzere, diplomatik misyon binâlarının dokunulmazlığı açıkça düzenlenmiştir. Kabûl eden devletin yetkilileri misyon şefinin rızası bulunmadan misyon binâsına giremezler. Bu husus, aşağıda istisnâî hâllerin veya istisnâî hâl olarak en azından bir dönem önerilen hususların değerlendirildiği alt başlıkta daha ayrıntılı ele alınmaya çalışılacaktır. Bunun ötesinde, misyon binâlarının, içindeki eşyaların ve malların, ayrıca misyonun kullanımına hasredilmiş nâkil araçlarının her türlü el koyma, hâciz ve icrâdan bağıştık tutulduğu da düzenlenen hususlar arasında yer almaktadır. Nâkil vâsıtaları geniş olarak ele alınabilmektedir. Bu minvalde, yalnızca karadaki motorlu taşıtlar değil, aynı zamanda uçak, deniz aracı gibi nâkil vâsıtaları da işin içine girmektedir. Dikkat edilmesi gereken, ilgili nâkil vâsıtasının yöneltmiş olduğu işlevdir. Bunun dışında, bu nâkil vâsıtalarının gönderen devletin malı olup olmamaları da önemli değildir. Bir başka deyişle, nâkil vâsıtaları diplomatik işlevler için kullanılmak sûretiyle gönderen devletin mülkiyetinde olabileceği gibi basit bir şekilde kiralanmış veya leasing marifetiyle de kullanılıyor olabilir.³⁸ Hemen ilâve edilmelidir ki, nâkil vâsıtalarının çok da geniş yorumlanabildiği ve diplomatik temsilcinin özel mülkiyetinde ve kullanımında olan araçların da bu kapsama alınabildiği gözlenmektedir. Bu itibarla, *The Amazone Kararı*nda İngiliz Mahkemesi Belçikalı dip-

³⁸ Konuya ilişkin diğerlerinin yanı sıra bkz. Yehuda Zvi, **Blum**, “What is a ‘Diplomatic Aircraft’?”, in Will ‘Justice’ Bring Peace? International Law-Selected Articles and Legal Opinions, edited by Blum, Leiden, 2016, s. 422.

lomatik temsilci ve eşi arasındaki boşanma dâvasında ilkinde ait özel yatın diplomatik dokunulmazlığı hâiz olduğuna hükmetmiştir. *O'Connell* Mahkemenin kararında bu yönlü dokunulmazlığın egemen bağımsızlıkla aynı kefeye konulduğuna işâret etmiştir.³⁹

Tıpkı diğer tüm ayrıcalık ve bağımsızlıklarda olduğu üzere, ilke olarak, diplomatik misyon binâları için düzenlenen bu dokunulmazlığın kabûl eden devlet açısından yükümlülük bağlamında iki yönü bulunmaktadır. Bu minvalde, diplomatik misyon binâlarına kabûl eden devlet tarafından hiçbir şekilde müdâhale edilmemesi kabûl eden devlet açısından negatif yükümlülüğü oluştururken, bu binâların her türlü saldırıdan korunması ise yine kabûl eden devlet açısından aktif bir eylemi gerektirdiği için pozitif yükümlülüğü teşkil etmektedir.⁴⁰ *Salmon* tarafından vurgulandığı üzere alınacak tedbirler kamu düzeninin genel olarak korunması için alınacaklardan farklı olarak onların ötesinde ve özel niteliktedir. Bununla berâber, kolluk güçleri onlardan beklenen şekilde mâkul tüm tedbirleri almışlarsa, bu yine de yeterli olacaktır. Misyonun kendi ihmâlinden dolayı kabûl eden devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁴¹

Bu konuda İsviçre'nin başkenti Bern'de 1950'li yıllarda iki ayrı olay yaşanmıştır. İlki, 1955 yılının Şubat ayında yaşanmış olan Romanya Büyükelçilik binâsının işgali ve içindeki kişilerin rehin alınması vakasıdır. Misyon şefi konumundaki Rumen maslahatgüzârın açık rızâsına rağmen İsviçre makamları gerek rehinelerin yaşamının korunması gerek misyon binâsının bulunduğu muhitteki insanların güvenliğini neden göstererek misyon binâsına girmemiş; sadece işgalcileri teslim zorlamış ve ancak iki buçuk gün sonra işgalcilerin teslim olmasıyla olay sonlanabilmiştir. Rumen Hükûmeti, İsviçre makamlarını, gerek işgali önleyememe gerek açık rızâyâ rağmen işgale müdâhale edememe gibi sebeplerle suçlamıştır.⁴² İkinci olay ise, 1958

³⁹ Bkz. Daniel Patrick, **O'Connell**, International Law, vol. II, 2nd Edition, London, 1970, s. 902. Söz konusu dâvaya ilişkin ayrıca bkz. Clifton E., **Wilson**, Diplomatic Privileges and Immunities, Tucson, 1967, s. 153.

⁴⁰ Misyon binâlarının dokunulmazlığına ilişkin korumanın daha da genişletilebileceğine dikkat çeken *Oelfke* bunun iki şekilde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda ya uluslararası hukuk bünyesinde devletlerin genel bağımsızlığına yönelik hükümleri kullanılabilir ki, bunların Viyana Sözleşmesinin (1961) ilgili hükümlerinden daha geniş olduğunu ifade edilmelidir ya da ilgili devletler arasında özel bir anlaşma bağlanması suretiyle mevcut düzenlemelerden daha geniş bir koruma tahsis edilebilecektir. Konuya ilişkin bkz. *Oelfke*, s. 138.

⁴¹ Bkz. **Salmon**, s. 214.

⁴² Konu hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Paul, **Louis-Lucas**, "L'affaire de la légation de Roumanie à Berne", Annuaire français de droit international, vol. 1, 1955, s. 175-182. Ayrıca, bkz. **Salmon**, s. 215-216.

yılında benzer şekilde Macaristan Büyükelçiliğinde yaşanmış ve iki Macar ilticâcı misyon binâsına girmiş, personeli tehdit etmiş ve ateş açmışlardır. İsviçre polisi elçinin de açık rızâsıyla binâyâ girmiş ve işgalcilerden biri ağır yaralı olarak iki işgalci de yakalanmıştır. Macaristan ise, olayı İsviçre'nin tarafsızlığını kötüye kullanmasına ve olumsuz propagandaya bağlamış ve İsviçre Hükûmetinden tüm kayıplarını tazmin etmesini istemiştir.⁴³ Bakıldığında ilk olayda Romanya'nın işgalin önlenememesi suçlaması bir yana, misyon şefi konumundaki maslahatgüzârın iznine rağmen İsviçre'nin müdâhale etmemesi İsviçre'nin sorumluluğuna yol açmışken, ikinci olayda İsviçre sorumlu tutulamayacaktır. Nitekim doktrindeki değerlendirmeler de benzer yönlüdür.⁴⁴

Devletler ülkelerindeki yabancı misyon binâlarını koruma görevi için ilke olarak dikkatli davranmaktadır. Buna karşılık, uygulamada bâzı ihlâllerin olduğu gözlenmektedir. Meselâ *Fujimori* devlet başkanı iken Peru'nun başkenti Lima'da Japon Büyükelçisinin rezidansında verilen bir resepsiyon Tupac Amaru Gerillaları tarafından basılmış 480 kişi rehin alınmıştır. Gerillalar hapisteki 458 arkadaşlarının serbest bırakılmasını, yabancı yatırımcıların ülkeden sınır dışı edilmelerini, para ve Peru'nun doğusundaki yoğun Amazon ormanlarına serbest geçiş yapılmasını talep etmişlerdir. Talepleri karşılanmadığı durumda rehinelere öldürmeye başlayacaklarını söyleyerek tehditte bulunmuşlardır. Kriz dört aydan fazla sürmüş; arada birçok rehine serbest bırakılmış, içlerinden sadece pazarlık açısından önemli olanlar tutulmuştur. Dört aylık müzâkere sürecinde, gerillaların istekleri yerine getirilmemiş; buna karşılık, Perulu yetkililer gizli tüneller açarak rezidansın bulunduğu binâyâ ulaşmışlar, dört aydan uzun süren kriz açılan bu tüneller sayesinde bir operasyonla sonuçlanmış; tüm gerillalar öldürülmüş, rehiner kurtarılmış, operasyonda iki asker ve bir rehine ise hayatını kaybetmiştir. Ancak operasyondan Japon Hükûmetine haber verilmemiştir. Bunun üzerine, Peru Devlet Başkanı Fujimori, doğrudan Japon Başbakanı *Haşimoto*'yu arayarak özür dilemiş, Japon Başbakanı durumu anlayışla karşıladıklarını iletmış ve başarılı operasyon için de teşekkür etmiştir. Müteâkip ay Peru'da 19 polis yetkilisi hakkında gerillaların baskınında ihmalleri olduğu gerekçeyle dâva açılmış, Japonya ise Büyükelçisinin durumu fark edememesi karşısında görevden azli istemine olumlu yanıt vermiştir. Japonya'nın Lima

⁴³ Konuya ilişkin diğerlerinin yanı sıra bkz. **Salmon**, s. 215.

⁴⁴ Bkz. **Louis-Lucas**, s. 178-180. Ayrıca, bkz. **Salmon**, s. 216.

Büyükelçiliğinde yaşanan olay ve sonrasında tarafların takındığı tutum ve verilen karşılıklar, görüldüğü üzere, devletlerin bu konuda gereken özeni göstermeye azamî çaba sarf ettiklerini ortaya koymaktadır.⁴⁵

Konuya ilişkin en önemli ihlâllerden birini teşkil eden 1979 yılında Tahran'da ABD Büyükelçiliğinin basılması ve diplomatik personel de dâhil çalışanların rehin alınması olayına dâir 1980 yılında verdiği kararında Uluslararası Adâlet Dîvanı, İran'ın, başta 22'nci madde olmak üzere, Viyana Sözleşmesinin (1961) diplomatik ayrıcalık ve bağıışıklara dâir birçok hükümünü ihlâl ettiğini vurgulamıştır.⁴⁶

Koruma yükümlülüğünün ihlâl edildiği bir diğer önemli örnek 1991 yılının temmuz ayında Türkiye'nin Londra'daki Büyükelçilik binâsının Kürt Militanlar tarafından basılması olmaktadır. Binâyı korumakla görevlendirilen polis memurlarını etkisiz hâle getiren militanların binâyı işgal ettikleri; sonrasında barışçı bir biçimde binâyı terk ettikleri aktarılmıştır.⁴⁷ Herhangi bir zararın doğmamış olması, İngiltere'nin koruma yükümlülüğünü ihlâl etmediği anlamına gelmeyecektir. Sonuç olarak, binâyı izinsiz ve yasadışı olarak girilmiş ve böylelikle Viyana Sözleşmesi (1961) açık bir biçimde ihlâl edilmiştir. İngiltere'nin, özellikle o dönem Türkiye'nin içinde bulunduğu hassas süreci de hesaba katarak daha etkin güvenlik önlemleri alması gerektiği ileri sürülebilecektir. Ne yazık ki, bu yönlü örnekleri çoğaltmak mümkündür.⁴⁸

⁴⁵ Shotaro, **Hamamoto** / Kazuhiro, **Nakatani**, "The MRTA Seizure of the Japanese Ambassador's Residence in Peru (1996-1997)", *Japanese Annual of International Law*, vol. 44, 2001, s. 120-133.

⁴⁶ Bkz. ICJ, 24 May 1980, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran), s. 35-36, paragraf: 76 (www.icj-cij.org, Erişim Tarihi: 10.10.2025). Çok sayıda ve tekrarlanan ihlâlden bahseden Dîvan, iki zaman dilimi çerçevesinde hâdiseyi ele almış; ilk andaki işgallerin doğrudan İran'a isnat edilemese de bunun İran'ın sorumlu olmadığı anlamına gelmeyeceğini, işgallerin gerçekleşmemesi için uygun tüm adımların atılmış olması gerektiğine hükmetmiş; devam eden süreci ikinci kısım olarak ele alan Dîvan İran'ın süregelen ihlâlleri sonlandırma yükümlülüğünü çiğnediğini ifâde etmiştir. Dîvan ayrıca İslâm dininin de katkı sağladığı çok uzun süredir yerleşmiş bu kuralları daha da güçlendirecek şekilde Viyana Sözleşmesi (1961) bağlamında hükümler getirildiğine de işaret etmiştir. Bu minvalde, özellikle bkz. *ibid.*, s. 30 paragraf: 60-61, s. 31 paragraf: 64, s. 33 paragraf: 69, s. 35-36 paragraf: 76 ve s. 40 paragraf: 86.

⁴⁷ Bkz. Charles, **Rousseau**, "Chronique des faits internationaux", *Revue générale de droit international public*, vol. 89/1, 1985, s. 131.

⁴⁸ Meselâ bu konuda oluşturulan bir liste için bkz. **Salmon**, s. 221. Örneğin Fildişi Sâhilleri Cumhuriyeti'nde yapılan seçimler sonucunda çıkan karışıklıkta, Japon Büyükelçilik rezidansı seçimleri kazandığını iddia eden bir önceki devlet başkanına bağlı askerlerce işgal edildiği, bir gün sonra Fransız askerleri ve Birleşmiş Milletlere bağlı kuvvetler tarafından işgalin son-

Bu konuda en son yaşanan vakalardan biri Ekvator özel kuvvetlerinin Meksika Büyükelçiliğine düzenledikleri baskındır. İlticâ talebinde bulunarak Meksika Büyükelçilik binâsına sığınan ve talebi kabûl edilen Ekvator eski başkan yardımcısının yakalandığı bu olay sonrası Meksika konuyu Uluslararası Adâlet Dîvanının önüne taşımış; Ekvator ise karşı dâva açmıştır.⁴⁹ Bakıldığında, *kanımızca*, Ekvator'un elçilik binâlarının mutlak dokunulmazlığı karşısında bu kuralı ihlâl ettiği görülmektedir.⁵⁰

Her türlü saldırı denilirken içeriğin de tartışılması zarûrîdir. Misyon binâsının onurunun da korunması gerekmektedir. Bu çerçevede, misyon binâlarının dışında gerçekleştirilen protesto eylemleri tartışma yaratabilmekte ve bu tür eylemlere göz yumulup yumulmaması devletten devlete değişebilmektedir. Meselâ *R. v. Roques* dâvasında İngiliz Mahkemesinin Güney Afrika Cumhuriyeti büyükelçiliğinin önünde *apartheid* karşıtı protestoların yapılmasının elçilik binâsının onurunu zedelemeyeceği, bu yönlü kabûl eden devlet yükümlülüğünün kuvvet içeren (*abusive*) veya aşağılayıcı (*insulting*) hareketler için söz konusu olacağına hükmetmiştir.⁵¹ Buna karşılık, Avustalya'nın başkenti Canberra'daki Çin Halk Cumhuriyeti Büyükelçiliği önünde Falun Gong taraftarlarının yapmış olduğu eylemlerde pankart ve hoparlör kullanımı Dışişleri Bakanı tarafından elçiliğin onurunu zedeleyici olarak mütalâa edilmiş ve bu konuda yasaklayıcı önlemler alınmıştır.⁵² Öte yandan,

landırıldığı aktarılmaktadır. Japon Hükûmeti Fildişi Sâhilleri Hükûmetine bir kınama yollamış ve durumu açıklamasını talep etmiştir. Bkz. Yumi, **Nishimura**, "Inviolability and Protection of Diplomatic and Consular Premises (1990-2011)", *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 54, 2011, s. 408-409.

⁴⁹ Konuya ilişkin bkz. Michael, **Plachta**, "Immunity of Diplomatic Premises. Mexico Submits Application to the UN Court Against Ecuador over Kidnapping of Vice-President", *International Enforcement Law Reporter*, vol. 40/4, 2024, s. 177-180; Rodrigo, **Labardini**, "Inviolability of Diplomats and Diplomatic Premises. International Court of Justice Tells Mexico that with Ecuador's Assurances in Place There is no Urgency to Issue Provisional Measures to Guarantee Mexico's Embassy in Quito", *International Enforcement Law Reporter*, vol. 40/6, 2024, s. 249-252. Ayrıca, bkz. Francisco-José, **Quintana** / Justina, **Uriburu**, "Mexico and Ecuador at the ICJ: A Plea for Taking the Latin American Experience Seriously", *EjilTalk*, May 1 2024 via ejiltalk.org/mexico-and-ecuador-at-the-icj-a-plea-for-taking-the-latin-american-experience-seriously/ (Erişim Târihi: 01.05.2024).

⁵⁰ Konuya dâir "*Misyon Binâlarına İlişkin Dokunulmazlığın Kötüye Kullanımına Karşı Yapılcakların Değerlendirilmesi*" başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.

⁵¹ Aktarım için bkz. Charles J., **Lewis**, *State and Diplomatic Immunity*, 2nd Edition, London, 1985, s. 188-189 § 14.20.5.

⁵² Parlâmentoda senatör *Kerr*'in sorusu üzerine Dışişleri Bakanı *Downer*'in açıklamalarına dâir bkz. Justine, **Garratt** (ed.), "Australian Practice in International Law 2002", *Australian Yearbook of International Law*, vol. 23, 2004, s. 351.

9 Nisan 2005 târihinde Çin Halk Cumhuriyeti'nin başkenti Beijing'de Japon Büyükelçilik binâsı önünde toplanan 10000 göstericinin binâyâ taş attıkları ve camların kırılmasına yol açtıkları, 16 Nisan 2005 târihinde ise Şangay'daki Japon Başkonsolosluk binâsı önünde toplanan göstericilerin binâyı plastik şişe, taş ve dışkı yağmuruna tuttukları aktarılırken, olaylar karşısında başta Japonya Dışişleri Bakanı olmak üzere Japon Hükûmet yetkilileri şiddetli kınamalarda bulunmuş ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin ilgili koruma yükümlülüklerini ihlâl ettiğini belirterek sorumluluk talep etmişlerdir.⁵³

Kabûl eden devlet bâzen yükümlülüklerini kendi gizli amaçlarını kamufle etmek için de kullanabilmektedir. Soğuk Savaşın tüm hızıyla sürdüğü 1970'li yıllarda Moskova'da yaşanan bir hâdise bu duruma dâir önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bir Rus doktor, eşi ve iki kızları Amerika'ya ilticâ etmek için büyükelçilik bahçesine girmişken bir düzine Rus polisi peşi sıra elçilik bahçesine girerek doktorun eşini ve iki kızlarını tekrar kaldırıma sürüklemeyi başarmış; ancak demirlere tutunarak yardım isteyen doktoru sürükleyememişler ve doktor elçilik çalışanlarının yardımıyla elçiliğe alınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri SSCB'ye polislerin izinsiz bir biçimde elçilik bahçesine girmelerinden dolayı uluslararası hukukun ihlâl edilmiş olduğunu bildirerek kınamada bulunmuştur. Oysa Sovyet yetkililer tam aksine hemen elçiliğin dışında konuşlanan görevli polislerin elçiliği koruma vazîfeleri olduğunu; bu minvalde de bu vazîfe kapsamında elçiliğe yönelen deli ve tekin olmayan insanlardan elçiliği koruduklarını ileri sürmüştür.⁵⁴ Yaşanılanların da gösterdiği üzere, Sovyet yetkililer o dönemde vatandaşlarının Amerika'ya ilticâlarını engelleyebilmek için kendilerine uluslararası hukuk tarafından verilmiş olan yükümlülüğü mazeret olarak kullanabilmiştir.

Hemen ilâve edilmelidir ki, bâzı istisnâî durumlarda misyon binâsına kabûl eden devlet tarafından yapılan müdâhalenin gönderen devlet tarafından ihlâl olarak nitelendirilip protesto edilmesi bir yana olumlu dahi karşılanabildiği dikkat çekmektedir. Bu minvalde, Bahreyn'in Londra Büyükelçilik binâsı çevresinde 2019 yazında toplanan göstericiler Bahreyn'de yaşananları protesto ederken, bir gösterici misyon binâsının çatısına çıkmış, görevliler sopalarla şahsı düşürmeye çalışırken, İngiliz polisi misyon şefinin izni olmaksızın binâyâ girerek çatıdaki şahsı bulunduğu yerden indirmişlerdir. Mûteâkiben Bahreyn'den yapılan resmî açıklamada İngiliz polisinin misyon

⁵³ Konuya ilişkin bkz. **Nishimura**, s. 409-412.

⁵⁴ Hâdisenin nâkli için bkz. **Clark**, s. 214.

binâsına izinsiz girmesinin kınanması bir yana, polis kuvvetlerinin göstermiş olduğu işbirliği için teşekkür edildiği görülmektedir.⁵⁵

Misyon binâlarına tanınan dokunulmazlık, Viyana Sözleşmesi (1961) 30'uncu madde uyarınca başta diplomatik misyon şefinin olmak üzere, diplomatik vasfı hâiz misyon üyelerinin özel rezidansları için de geçerlidir.⁵⁶ Ancak uygulamada bâzen tartışmalı örneklerle rastlanılabilmektedir. Bu çerçevede, Norveç'te görülen *Dorf Dâvası* örnek verilebilir. İsra'il'in Oslo Büyükelçiliğinde görevli diplomatlarından birinin özel konutunda yakalanan ve diplomatik dokunulmazlığa sahip olmayan şüphelinin dâvasına bakan Yüksek Mahkeme, bu itibârla, dokunulmazlığı hâiz meskenlerde yapılan yakalama işleminin bu dokunulmazlıktan dolayı şüphelinin salıverilmesiyle sonuçlanıp sonuçlanmayacağını ve bir diplomatın bu tür bir dokunulmazlığı ihlâlinin neticesini ele almış; Viyana Sözleşmesinde (1961) dokunulmazlığın bulunduğu bir binâda dokunulmazlığa sahip olmayan bir kişinin yakalanmasını yasaklayan bir kuralın olmadığını belirtmiştir. Hattâ bu şekilde bir yakalamanın Sözleşmenin m. 41/3 tarafından da desteklendiği üzere meşrû olduğu dile getirilmiştir.⁵⁷ Verilen bu karar doktrinde bir kişi diplomatik dokunulmazlığa sahip olmasa da yakalandığı yer diplomatik dokunulmazlığın söz konusu olduğu bir mesken ise bunun dokunulmazlığın mutlaklığıyla bağdaştırılamayacağına işâret edilerek eleştirilmiştir.⁵⁸

Ne var ki tüm anlatılanların gösterdiği üzere dokunulmazlığın mutlaklığından bahsedilirken insan yaşamına yönelmiş bir tehlikede dahi binâların dokunulmazlığının en azından ilkesel olarak ihlâl edilmemesi gerektiğini düşündürmektedir. Nitekim İngiltere'deki bir dâvada diplomatik temsilcinin rezidansında çocuklarına karşı şiddet içerikli ve işkence barındıran birtakım

⁵⁵ Bkz. "Police Storm Bahrain Embassy in London after Man Scales Roof to Protest Executions", Independent, July 28th 2019 (Sunday) via <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/bahrain-embassy-london-protest-police-executions-moosa-a9023566.html> (Erişim Tarihi: 04/05/24). Konuya dâir bir değerlendirme için diğerlerinin yanı sıra bkz. Miles, **Jackson**, "Inviolability and the Protest at Bahrain Embassy", EjlTalk, August 9 2019 via www.ejltalk.org/inviolability-and-the-protest-at-bahrain-embassy/ (Erişim Tarihi: 08/01/21).

⁵⁶ Viyana Sözleşmesi (1961) m. 30 şu şekildedir: "1- Bir diplomatik ajanın özel konutu misyonun binâları gibi aynı dokunulmazlık ve korumadan yararlanacaktır. 2- Diplomatik ajanın evrakı, haberleşmesi ve 31'inci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, malları, aynı şekilde dokunulmazlıktan yararlanacaktır".

⁵⁷ Bkz. "Dorf Case", in International Law Reports, vol. 65, edited by Lauterpacht, Cambridge, 1984, s. 552-561.

⁵⁸ Diğerlerinin yanı sıra bkz. **Denza**, Diplomatic 2008, s. 273; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 226-227.

hareketlerinin tespit edildiği bir vakada Mahkeme diplomatik temsilciye ilişkin dokunulmazlığın varlığı sebebiyle talep edilen koruma tedbirini almamıştır.⁵⁹ Daha sonrasında duruma ilişkin bir hipotez geliştiren hâkim, bir polis memuru rezidansın önünden geçerken âcil bir durumun varlığını fark etmiş olsaydı dahi konuta girmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Hâkim yaptığı değerlendirmede bu gibi bir durumda bir yanda Viyana Sözleşmesi (1961) diğer yanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1951) hükümlerinin çatıştığına işaret etmiştir. Hâkim bu şekilde çatışmayı “farazî çözümlenemez -bir- ikilem” (*virtual insoluble dilemma*) vasfıyla nitelendirmiştir.⁶⁰ Hâkimin kurduğu hipotezde diplomatik dokunulmazlığa üstünlük tanındığı gözlenmektedir. Bunun da nedeni, tanınan dokunulmazlıkların mutlak karakterinde yatmaktadır.⁶¹

2. Gönderen Devletin Misyon Binâlarına Dâir Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Misyon binâlarına tanınan ayrıcalık ve bağımsızlık kapsamında misyon binâlarının, yukarıda da kısaca irdelendiği şekliyle, dokunulmazlığı bulunmaktadır. Belirtildiği üzere, kabûl eden devlete iki yönlü yükümlülük yükleyen bu dokunulmazlık mutlak karakterdedir. Böyle bir dokunulmazlığın tanınmış olması, elbette onun kötüye kullanılması anlamını taşımamalıdır. Bu konuda nitekim Viyana Sözleşmesi (1961) 41’inci madde birinci ve özellikle de üçüncü fıkralardaki genel düzenlemeler gönderen devlet açısından bağlayıcıdır. Bu itibarla, ilgili fıkralar şu şekilde oluşturulmuştur: “1. *Kabûl eden devletin kanunlarına ve nizâmlarına riâyet etmek, ayrıcalık ve bağımsızlıklarına hâlel gelmeksizin, bu gibi ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanan*

⁵⁹ Bkz. EWCF, 18, 16 March 2020, *A Local Authority v. A.G.* özellikle paragraf: 38-39 (via www.bailii.org/ew/cases/EWFC/HCI/2020/18.html, Erişim Târihi: 05.12.2024).

⁶⁰ Bkz. *ibid.* paragraflar: 44-46. Hattâ hâkim Sözleşmeye bir ek yapılması gereğine dikkat çekmiştir.

⁶¹ Yukarıda metin içerisinde verilen örneklerden de tâkip edilebileceği üzere, tabii ki devletler tarafından mutlak dokunulmazlığın ihlâl edilebileceği fark edilmektedir. Ancak bu durumda ihlâl eden devletin sorumluluğu doğmaktadır. Nitekim *Salmon* ihlâller karşısında devletlerin tazminat ödediğine vurgu yapmış; ancak çoğu zaman bunun gizli yapıldığına ve birçok durumda da *ex gratia* gerçekleştirildiğine dikkat çekmiştir. Bkz. **Salmon**, s. 216-217. Meselâ İngiltere ve İran arasında 1988 yılındaki müzâkerelerde iki devletin birbirlerinin misyon binâlarına vermiş oldukları zarara ilişkin taleplerinin ele alındığı, İran’ın 1.800.000 Pound talep ederken, İngiltere’nin ise 900.000 Pound talep ettiği ve üç günün sonunda küçük hususlar dışında uzlaştıkları aktarılmaktadır. Bkz. Grant V., **McClanahan**, *Diplomatic Immunity. Principles, Practices, Problems*, London, 1989, s. 52. Uluslararası hukukta tazminatın hesaplanmasına dâir genel bilgi ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Muhammed Halid, **Kavak**, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi ve Hesaplanması*, Ankara, 2022, özellikle s. 25-38 ve s. 98-117.

her şahsın görevidir. Anılan devletin iç işlerine müdâhale etmemek de bu şahısların kezâ görevidir. ... 3. **Misyonun binâları, misyonun bu Sözleşme-
de belirtilen görevleri ve diğer uluslararası hukuk kuralları veya gönderen
ve kabûl eden devlet arasında yürürlükte olan özel anlaşmalar ile bağ-
daşmayacak bir tarzda kullanılamaz**".⁶² Görüldüğü üzere, misyon binâları-
nın işlevleri dışında kullanımı, daha açık ifâdesiyle diplomatik işlevleri dı-
şında kullanımı ilgili sözleşme hükümlerine göre yasaklanmıştır.

Bu konuya ilişkin ilginç bir tartışma Avusturya Parlâmentosunda ya-
şanmıştır. Bu îtibârla 18 Eylül 2013 târihinde bir grup milletvekili Federal
Dışişleri Bakanlığına video izlemeleri ve kayıtlarına dâir sorular yönelmiş-
tir. Buna göre, yabancı misyonların korunması amacıyla kullanılan binâ
dışlarına yerleştirilmiş video izleme sistemleri mûcibince yoldan geçen
Avusturya vatandaşlarının izinleri olmaksızın kayıt altına alındıklarına işâret
ederek bu kameraların misyonların kendi inisiyatifîyle mi yoksa Avustur-
ya'nın bir düzenlemesi sonucu mu yerleştirildiği, yabancı misyonlarca yapı-
lan izlemelerin hangi kurallara göre yönetildiği, bu izlemeler çerçevesinde
yabancı misyonların Avusturya Veri Koruma Kanununa (*Überwachung an
das Österreichische Datenschutzgesetz*) uyma yükümlülüklerinin olup ol-
madığı ve bu alandaki varsa uluslararası antlaşmaların neler olduğunu sor-
muşlardır. Federal Dışişleri Bakanlığının verdiği yanıtta bu video sistemleri-
nin yabancı misyonların inisiyatifîyle kurulduğu, ancak her hâlükârda Viya-
na Sözleşmelerinin (1961 ve 1963) ilgili hükümleri⁶³ kapsamında Avusturya
kanun ve düzenlemelerine uymak zorunda olduklarının altı çizilmiştir.⁶⁴

Her bir misyon binâsı gönderen devletin kültüründen izler taşımaktadır. Bu
îtibârla, birçok durumda bu binâlar tasarlanırken veya restore edilirken gönde-
ren devletin dünyaya vermek istediği mesajı ortaya koyacak şekilde veya ken-
dini nasıl lanse etmek istiyorsa ona göre biçimlendirildiği dikkat çekmektedir.⁶⁵
Bunun yanı sıra, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin yaşadığı sorunlar

⁶² Koyu karakterler tarafımızca vurgunun ön plâna çıkması için gerçekleştirilmiştir.

⁶³ Viyana Sözleşmesi (1961) m. 41 ile Viyana Sözleşmesi (1963) m. 55.

⁶⁴ Bkz. Markus P., **Beham** / Gerhard, **Hafner** (eds.), "Austrian Diplomatic and Parliamentary Practice in International Law / Österreichische Diplomatische und Parlamentarische Praxis zum Internationalen Recht: Video Surveillance of Extra-Territorial Buildings", Austrian Review of International & European Law, vol. 18, 2013, s. 334-335.

⁶⁵ Bkz. Çamyamaç, Teknik Konular, s. 78-80.

nedeniyle kaleleştirilen misyon binâlarına da sıklıkla rastlanılmaktadır.⁶⁶ Ancak ne olursa olsun misyon binâları restore veya inşâ edilirlerken⁶⁷ kabûl eden devletin imâr kanun ve düzenlemelerine tâbi olunacağı, özellikle de bu konuda yerel yönetimler ve Dışişleri bakanlıklarıyla işbirliği içinde hareket edilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Nitekim Parlâmentoda yapılan görüşmeler sırasında Parlâmento Meydanı'nda Çin Konsolosluğunun Pagoda şeklinde inşâ edilip edilemeyeceği yönlü soruya hükûmet sözcüsünün verdiği cevapta büyükelçilik ve konsolosluk binâlarının İngiltere'nin, daha açık ifâdesiyle kabûl eden devletin imar kanunlarına tâbi olduğu belirtilmiştir.⁶⁸

Öte yandan, misyonunun nâkil araçlarının el koyma, hâciz ve icrâdan bağışık olmasına ilişkin âdûzenleme, bu tür araçların trafik kurallarına, özellikle de park kurallarına uymaması durumunda kabûl eden devlet tarafından bunlar hakkında harekete geçilemeyeceği anlamını taşımamaktadır. Nitekim bazı İngiliz yazarlar özellikle nizâmî olarak park etmemiş araçlara kilit uygulamasının veya bunların çekilmelerinin kabûl eden devlet tarafından ilgili hükümün ihlâlini teşkil etmediğinin altını çizmektedir.⁶⁹

⁶⁶ Özellikle 1983 yılında Beyrut'ta yapılan saldırı sonrasında hazırlanan *Inman Raporunun* misyon binâlarının tahkimleştirilmesini önerdiği gözlenmektedir. Tüm bu hususlar için diğerlerinin yanı sıra bkz. Jane C., **Loeffler**, *The Architecture of Diplomacy: Building America's Embassies*, New York, 1998, özellikle s. 241-265; **Çamyamaç**, *Teknik Konular*, s. 79-80.

⁶⁷ Misyon binâlarının restorasyonu veya inşâsı için kullanılmak üzere gönderen devletten veya başka bir devlet ülkesinden getirilen malzemelerin gümrük bağışıklığını hâiz olup olmadığı da tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu tür malzemelerin diplomatik çantayla bile taşınabileceği sonucuna varmaktadır ki, bu itibarla gümrük muafiyeti söz konusu olacaktır. Konuya ilişkin bkz. **Oelfke**, s. 194. Ayrıca, bkz. **Çamyamaç**, *Haberleşme*, s. 165. Karşı görüş için ise meselâ bkz. Constantin P., **Economidès**, "Les ambassades ont-elles droit à une exemption douanière pour les matériaux et équipements de construction qui leur sont destinés?", *Revue hellénique de droit international*, vol. 24/1, 1971, s. 161-164.

⁶⁸ Bkz. Geoffrey, **Marston** (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1982", *British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, s. 419; **Çamyamaç**, *Haberleşme*, s. 62. Günümüzde Çin Halk Cumhuriyeti'nin Londra'daki yeni elçilik binâsına ilişkin İngiliz yetkililere sunduğu plânlarda bodrum katındaki bazı odaların ve bölümlerin kullanım amaçlarının tanımlanmamış olmasından ötürü İngiliz yetkiler Çinli yetkililerin bunlara açıklık getirmesini talep etmişlerdir. Bkz. **Graham**, *Embassy*, *supra* dipnot: 31. Hattâ bunlar dışında, en azından bir dönem, misyon binâları dâhilinde ibadethânelerin de bulunduğu, ancak dinî toleransın bulunmadığı dönemlerde dışa yansiyacak şekilde çan çalınması veya görülür birtakım ulusal sembollerin kullanılmasının tasvip edilmediği dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, günümüzde genel imar düzenlemelerine uyumlu olunmasının yeterli olduğu kabûl edilmelidir. Konuya ilişkin bkz. Anıl, **Çamyamaç**, "İbadethâne Hakkı: Uluslararası Diplomasi Hukukunda Neredeyse Unutulan Bir Diplomatik Ayrıcalık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22 Sayı 2, 2020, s. 499.

⁶⁹ Bu konuda kişinin bulunamaması ve durumun ciddi bir trafik engeli oluşturması gerekmektedir. Her hâlükârda para cezâsından muaf tutulmalıdırlar. Bkz. **Lewis**, 189 § 14.20.8; **Denza**,

B. Misyon Binâlarına İlişkin Dokunulmazlığın Kötüye Kullanımına Karşı Yapılacakların Değerlendirilmesi

Misyon binâlarının hukuka aykırı şekilde kullanılması; bu itibarla bu binâlara tanınan dokunulmazlığın açık şekilde kötüye kullanılması durumlarında kabûl eden devletin neler yapabileceği doktrinde tartışılan konular arasındadır. Bakıldığında bu yönlü aykırı kullanımlar karşısında kabûl eden devletler tarafından “karşı önlemlere” (*countermeasures*)⁷⁰ başvurulup başvurulmayacağı öncelikle değerlendirilmelidir. Târihte bu yönlü bâzı uygulamalara rastlanılmıştır. I. Dünya Savaşı’nın en kızgın döneminde, 25 Ağustos 1916 târihinde çıkartılan bir kararname ile İtalya Kutsal Taht nezdinde kullanılan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu Büyükelçiliği binâsına, yâni Venedik Sarayına zararlar-karşılık (*reprisals*)⁷¹ müessesesi çerçevesinde el koymuştur.⁷²

Oysa günümüzde durumun tam tersi olduğu dikkat çekmektedir. Bu minvalde, öncelikle Viyana Sözleşmesi (1961) düzenlemeleri incelendiğinde 41’inci maddenin ilk fıkrası itibarıyla diplomatik ayrıcalıklara ve bağımsızlıklara hâlel gelmeksizin kabûl eden devletin kanun ve nizâmına uyulmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak bu yönlü bir ihlâl vuku bulduğunda kabûl eden devletin yapabilecekleri sınırlıdır. Bu çerçevede, kabûl eden devlet gönderen devletten ihlâli gerçekleştiren temsilci ve görevlilerini

Diplomatic 2008, s. 160-161; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 132-133. Ancak dikkat edilmesi gereken bir husus mevcuttur. Araçlara kilit vurulması eyleminin hem amaç hem etki bakımından cezâî bir önlem olduğu, oysa Viyana Sözleşmesinde (1961) diplomatların cezâ yargısından muafiyetinin açıkça düzenlendiğine işaret edilmiş ve 12 Aralık 1983 itibarıyla bu yönlü uygulamadan vazgeçilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. Geoffrey, **Marston** (ed.), “United Kingdom Materials on International Law 1986”, British Yearbook of International Law, vol. 57, 1986, s. 552; **Denza**, Diplomatic 2008, s. 160; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 132.

⁷⁰ Karşı önlemler, en basit ifâdesiyle, bir başka devletin kendisine yönelik haksız fiili sebebiyle bir devletin uyguladığı tek taraflı önlemler olarak târif edilebilir. Karşı önlemlerin amacı ise, yönlendirildikleri devletin söz konusu hareketi kesmesini veya zarar-giderim ödemesini sağlamak olarak belirtilebilir. Konuya ilişkin olarak diğerlerinin yanı sıra bkz. Federica I., **Paddeu**, “Countermeasures”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, September 2015 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1020> (Erişim Târihi: 29.10.2024).

⁷¹ Zararlar-karşılık müessesesine dâir ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Matthias, **Ruffert**, “Reprisals”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Peters, January 2021 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1771> (Erişim Târihi: 29.10.2024).

⁷² Bkz. **Deák**, s. 590. Karşı önlemler teriminin günümüzde en azından kısmen zararlar-karşılığın yerini aldığı ifâde edilmektedir. Konuya ilişkin diğerlerinin yanı sıra bkz. **Paddeu**, paragraf: 2; **Ruffert**, paragraf: 1.

geri çağırmasını talep edebilir veya bu kişileri doğrudan *persona non grata* ilân edebilir; hattâ ihlâlin ağırlığına göre gönderen devletle diplomatik ve/veya konsolosluk ilişkilerini askıya alabilir veya kesebilir. Bakıldığında, Viyana Sözleşmesi (1961) kapsamında dokunulmazlık mutlak olarak düzenlediği için kabûl eden devlete Sözleşmenin hiçbir yerinde karşı önleme başvuracak şekilde bir yetkinin tanınmadığı görülmektedir. Nitekim doktrinde de diplomasi hukuku kuralları çerçevesinde kabûl eden devletin karşı önlemlere başvuramayacağı açık bir biçimde vurgulanmaktadır.⁷³ Daha da ötesinde Uluslararası Hukuk Komisyonu bünyesinde hazırlanan “Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu (2001)”⁷⁴ başlıklı Taslakta karşı önlemlerin diplomatik dokunulmazlık kuralları çerçevesinde uygulanmayacağı açık bir biçimde öngörülmüştür.⁷⁵

İkinci olarak, aykırı kullanımın yoğunluğu, özellikle kabûl eden devletin bekâsını tehdit eder nitelikteyse, kabûl eden devletin meşrû müdâfaa hakkından yararlanıp yararlanamayacağı da ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Ancak meşrû müdâfaanın kullanımına ilişkin koşullar Birleşmiş Milletler Şartı’nın 51’inci maddesinde⁷⁶ açık bir biçimde ortaya konulmaktadır.⁷⁷ Bu minvalde, yabancı bir misyon binâsında gerçekleştirilen ihlâllerin derecesi ne olursa olsun, gönderen devlet açısından bir meşrû müdâfaa hakkı yarattığını öne sürmek çok da gerçekçi olmayacaktır. Nitekim doktrindeki görüşlerin de ağırlıklı olarak bu yönde olduğu gözlenmektedir.⁷⁸ Bu çerçe-

⁷³ Bkz. **Salmon**, s. 230 (*Salmon* diplomasi hukukunun kendine özgü yaptırımları olduğuna vurgu yapmaktadır. Bkz. *infra* dipnot: 82); **d’Aspremont**, paragraf: 19.

⁷⁴ Bkz. “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, Yearbook of the International Law Commission, vol. II Part II, 2001, s. 26-30. Bundan sonra kısaca Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler şeklinde anılacaktır.

⁷⁵ Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler m. 50/2 (b).

⁷⁶ Birleşmiş Milletler Şartı (1945) 51’inci madde şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Bu Şartın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşrû müdâfaa hakkına hâlel getirmez. Üyelerin bu meşrû müdâfaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler derhal Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin işbu Şart gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesisi için gerekli göreceği şekilde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez*”.

⁷⁷ Uluslararası hukuk çerçevesinde meşrû müdâfaa kavramına ilişkin meselâ bkz. Christopher, **Greenwood**, “Self-Defence”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e401> (Erişim Tarihi: 29/11/24).

⁷⁸ Meselâ bkz. **Higgins**, Rosalyn, “The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience, American Journal of International Law, vol. 79/3, 1985, s. 646-647; **Lewis**, s. 189 § 14.20.6; **d’Aspremont**, paragraflar: 20-21; Yinan, **Bao**, “The Protection of Public

vede, meselâ *Denza*⁷⁹ her ne kadar 1978 yılında İslâmabad'daki Irak Büyükelçilik binâsına, önceden büyükelçiden izin istenmesi ve bunun reddedilmiş olmasına rağmen, Pakistan polis kuvvetlerince girilmesi ve binâda ciddi oranda mühimmat bulunduğu keşfedilmesi vakasında⁸⁰, bu girişin dayanağını esas olarak meşrû müdâfaa hakkı biçimde temellendirmiş olsa da, *Salmon*⁸¹, ilgili düzenlemedeki açıklık ve devletlerin bu yönlü tutumları çerçevesinde bunun kabûl edilmesinin mümkün olmadığına işâret etmiştir. Nitekim *Barnhoorn* da diplomasi hukukunun bu konuda bağımsız bir rejime sahip olduğunu⁸² ve tıpkı Salmon gibi kabûl eden devletin bu konuda sınırlı karşılık verebileceğine vurgu yapmıştır.⁸³

Safety and Human Life vs. the Inviolability of Mission Premises: A Dilemma Faced by the Receiving State", in *Diplomatic Law in a New Millennium*, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 162-165. Buna karşılık, meselâ *Corthay*, meşrû müdâfaaya ilişkin durumun tartışmalı olduğuna işâret ederken, bir büyükelçilik binâsından yapılan siber saldırıya karşı bu hakkın kullanımının oldukça cazip olabileceğini, ancak gereklilik şartının bu hakkın kullanımı açısından gönderen devlete zorluk çıkartacağını vurgulamıştır. Bkz. Eric L., *Corthay*, "The Inviolability of Mission Premises: An Absolute Principle Surrounded by Excuses", in *The International Legal Order in the XXIst Century. Essays in Honour of Professor Marcelo Gustavo Kohen*, edited by Viñuales & Clapham & Boisson de Chazournes & Hébié, Leiden, 2023, s. 467 dipnot: 85. Öte yandan, *Mann* ise, tamamen karşı bir görüş belirtmektedir. Bu itibarla, meşrû müdâfaa başta olmak üzere diplomatik misyon binâlarına ilişkin dokunulmazlığın kötüye kullanıldığı durumlarda kabûl eden devletin yapabileceklerini değerlendiren Mann misyonların dokunulmazlığının onların meşrû kullanımıyla koşullandığını belirterek bu yönlü dokunulmazlığın mutlak olmadığını ifâde etmiştir. Bkz. Frederick Alexander, *Mann*, "Inviolability' and Other Problems of the Vienna Convention on Diplomatic Relations", in *Further Studies in International Law*, edited by Mann, Oxford, 1990, s. 332-337.

⁷⁹ Bkz. *Denza*, *Diplomatic* 1976, s. 84 ve s. 268. Koşut biçimde *Herdegen* de kabûl eden devletin hükûmetini düşürmek, vatandaşlarının yaşam ve vücut bütünlüğünü bozucu şekilde faaliyetlerde bulunmak veya kabûl eden devlet ülkesinde ciddi sivil karışıklığa neden olmak gibi doğrudan ve ağır ihlaller karşısında meşrû müdâfaa hakkına kabûl eden devletçe başvurulabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Matthias, *Herdegen*, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Some Observations in the Light of Recent British Experience", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 46/4, 1986, s. 749-754.

⁸⁰ Bu vakaya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. *Çamyamaç*, *Haberleşme*, s. 204-205.

⁸¹ Bkz. *Salmon*, s. 230, ayrıca s. 198-199. Nitekim *Akinsanya* da Pakistan Hükûmetinin bu vakada Irak'a karşı başvurabileceği karşılıkların ya Viyana Sözleşmesi (1961) madde 9'da yer alan *persona non grata* müessesesi ya da diplomatik ilişkilerin kesilmesi olduğunun altını çizmiştir. Adeoye, *Akinsanya*, "Reflections on the Inviolability of Diplomatic Premises and Diplomatic Bags", *Pakistan Horizon*, vol. 42/3&4, 1989, s. 117. Öte yandan, *Bao* gönderen devlet tarafından misyon binâsına ilişkin dokunulmazlığın kötüye kullanılması hâlinde yerel yönetimler, misyon ve gönderen devletin arasında sağlanacak daha iyi iletişim ve işbirliği ile sorunların etkin bir biçimde aşılabileceğine işâret etmiştir. Bkz. *Bao*, s. 168-169.

⁸² Uluslararası hukukta bu yönlü rejimler "*self-contained régimes*" ibâresi ile anılmaktadır.

⁸³ Bkz. Lambertus A.N.M., *Barnhoorn*, "Diplomatic Law and Unilateral Remedies", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 25, 1994, s. 39-81, özellikle s. 59, 68 ve 80. Koşut

Elçilik binâlarına kabûl eden devlet yetkililerince müdâhale edilmesine ilişkin tartışılan diğer dayanak noktaları arasında tehlike durumu⁸⁴ ile zarûret hâli⁸⁵ de gelmektedir. Bâzı yazarlara göre, tehlike durumu çerçevesinde hayatî birtakım hâdiselerin (yangın, deprem, terör eylemi) gerçekleşmesi durumunda hayat kurtarmak adına kabûl eden devletin yetkililerinin başka bir şansı yoksa, iyiniyetle izin için başvurmalarına rağmen bu izni elde edememişlerse ve tehlike gerçek ve âcil nitelikteyse kabûl eden devletin yetkilileri bu konuda adım atabilecektir.⁸⁶ Zîra *Corthay*'a göre de ülkedışılık teorisi söz konusu olmadığına göre elçilik binâsının içindeki kişiler kabûl eden devletin yetki alanındadır.⁸⁷ Ancak *Corthay*'ın analizinde yer verdiği önceki açıklamalarında kabûl eden devletin yabancı misyon binâlarına karşı yükümlülüklerini ortaya koyarken devletin bu yönlü koruma yetkisinin binânın dışında etki doğuracağını, kesinlikle binânın içine zuhur etmeyeceğini belirttiği⁸⁸ görülmektedir ki, bu yazarın görüşleri arasında bir tutarsızlık yaratmaktadır. Daha evvel de belirtildiği üzere, Viyana Konferansı'nda devletlerin bu konudaki tutumları açıktır. Diplomatik misyon binâlarına ilişkin dokunulmazlık mutlaklıdır.⁸⁹

IV. MİSYON BİNÂLARININ DOKUNULMAZLIĞINA İLİŞKİN OLASI İSTİSNÂÎ HUSUSLAR

Misyon binâlarının korunması genel kuralının istisnalarının olup olmayacağına tartışılması, aynı zamanda genel olarak bu taşınmazlara ilişkin farklı

biçimde, her ne kadar önceki açıklamalarında bâzı somut örneklerle dayanarak çok ekstrem durumlarda kabûl eden devletin yabancı misyon binâlarına girebildiğine değinse de *Ott* da özellikle Uluslararası Adâlet Dîvanının ortaya koyduğu görüş çerçevesinde *Yvonne Fletcher* isimli bir polis memurunun Libya Büyükelçiliği önünde binâdan açılan ateş sonucu vurulması olayında İngiltere'nin uluslararası hukukta çok sıkı sınırlandırılmış kurallar çerçevesinde hareket edebildiğine vurgu yapmıştır. Bkz. David H., *Ott*, Public International Law in the Modern World, London, 1987, s. 163-164.

⁸⁴ Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler m. 23.

⁸⁵ Sorumluluğa İlişkin Taslak Maddeler m. 25.

⁸⁶ Bu konuda meselâ *Oelfke*'nin açıklamaları için bkz. *infra* dipnot: 119. Öte yandan, *van Alebeek* de çok âcil bir durumda özellikle de insan hayatının korunması gibi baskın bir nedenle gönderen devletin rızâsı hilâfına yabancı misyon binâlarına kabûl eden devlet yetkililerinin girebileceğine işâret etmiştir. Bkz. Rosanne, *van Alebeek*, "Immunity, Diplomatic", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, May 2009 paragraf 8 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1055> (Erişim Târihi: 29.10.2024).

⁸⁷ Bkz. *Corthay*, s. 469-470.

⁸⁸ Bkz. *ibid.*, s. 463.

⁸⁹ Nitekim meselâ bkz. *supra* dipnotlar: 81 ve 83.

birtakım hususların incelenmesini de berâberinde getirmektedir. Viyana Sözleşmesi (1961), diplomasi alanında mevcut diğer temel sözleşmelerden farklı olarak diplomatik misyon binâlarının dokunulmazlığına ilişkin istisnâî nitelikte herhangi açık bir düzenleme getirmemiştir. Ancak gerek 1960 yılında gerçekleştirilen Viyana Konferansında gerek uygulamada ve hattâ belirtildiği üzere geniş olarak ele alındığında diplomasi hukukunun farklı düzeylerinde oluşturulan metinlerinde konuya ilişkin istisnâların önerildiği veya varolduğu dikkat çekmektedir. Bu alt başlıkta bu hususa ilişkin değerlendirmeler yapılmaya çalışılacaktır. Bu istisnâî durumlara ilişkin olarak önce sığınma hakkının değerlendirilmesiyle başlanılması uygun düşecektir.

1. Sığınma Hakkı

Misyon binâlarına sığınma hakkı bir yana târîh boyunca insanların sığınma hakkı ihtiyacı duyduğu ve çeşitli kurumların bu konuda ön aldıkları tâkip edilmektedir. Meselâ Ortaçağ'da özellikle kiliselere bu yönlü sığınma hakkının tanındığı görülmektedir. İngiltere örneğinden hareket edilecek olunursa, ilk olarak 693 yılında Batı Saksonya Kralı *İna*'nın çıkardığı bir kanunla adam öldürmeyle suçlanan birinin kiliseye sığındığı takdirde hayatının bağışlanacağı ve adâlete uygun bir tazminin söz konusu edileceğinin düzenlendiği aktarılmaktadır. 1070 yılında *Fatih William* tarafından açıkça kiliselere sığınma ayrıcalığının tanınmasına kadar da benzer nitelikli birtakım düzenlemelere rastlanıldığı bilinmektedir.⁹⁰ Hattâ bâzı kiliselerin sığınma hakkı sağlamakta çok da geniş yetkilere sahip kılındığına işâret edilebilir. Örneğin Durham Katedrali'nin kuzey kapısında sığınmacılar için bronzdan yapılmış özel bir kapı tokmağının bulunduğu ve Katedrale sığınmak isteyen kişinin bu tokmağı çalarak kapının açılmasını sağladığı ve böylelikle Katedral'de sığınma hakkına sahip olabildiği bilinmektedir.⁹¹ Tabî ki,

⁹⁰ Suçlanan veya suçlu bir kişi kiliseye sığındığında rahip ve hizmetlileri hariç hiç kimse o kişiyi onu arayanlara teslim etmeyecektir.

⁹¹ Konuya ilişkin olarak diğerlerinin yanı sıra meselâ bkz. J.R., **Boyle**, "Sanctuary at Durham Cathedral", *The Monthly Chronicle*, vol. 3/29 (July), 1889, s. 289-292; J. Charles, **Cox**, "The Sanctuaries and Sanctuary Seekers of Yorkshire", *Archaeological Journal*, vol. 68/1, 1911, s. 273-299. Tabî ki, bu yönlü düzenlemeler Ortaçağ'da sadece İngiltere ile sınırlı değildi. Avrupa Kıtası'nda misal Fransa'da Le Puy Katedrali'nin veya İsviçre'de Payerne Katedrali'nin bu yönlü sığınma hakkı sağlayan kiliseler arasında yer aldığı aktarılmaktadır. Konuya ilişkin bkz. "Sanctuary Ring" via <https://www.durhamcathedral.co.uk/explore/treasures-collections/our-most-famous-items/the-sanctuary-ring> (Erişim Târihi: 02.12.2024). Antik dönemden beri Tapınaklarda ve/veya dinî nitelikli yerlerde bu şekilde sığınma hakkının mevcûdiyeti rahatlıkla tâkip edilebilmektedir. Bu konuda diğerlerinin yanı sıra bkz. Justino P., **Hermoso**, "Diplomatic Asylum", *Ateneo Law Journal*, vol. 9/3, 1960, s. 226-227.

kilise hukuku çerçevesinde Ortaçağ döneminde tanınan bu tür sığınma hakkını diploması hukuku bünyesinde var olabilecek olası bir sığınma hakkına teşmil etmek güçtür.

Misyon binâlarının dokunulmazlığına ilişkin en çok tartışılan hususlardan biri, belirtildiği üzere, binâlara sığınma hakkı olmaktadır. Bakıldığında konuya ilişkin Viyana Sözleşmesi (1961) bünyesinde bir düzenlemenin getirilmediği görülmektedir. Sözleşmeye giden yolda, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonuna İngiliz hukuk insanı *Fitzmaurice* sığınmaya ilişkin teklif sunmuş olmasına karşın, raportör olarak görevlendirilen *François* sığınma hakkının ele alınmasına karşı çıkmış; verilen görevin sığınma hakkına teşmil ettirilemeyeceğine işâret etmiştir. Nitekim devletlerin de bu yönlü bir tutum takındığı ve sonucunda Viyana Sözleşmesinde (1961) bu konuda bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.⁹²

Misyon binâlarına ilişkin sığınma hakkı göz önüne alındığında Hollânda hukukçu *Bynkershoek*'in bu hakkı, suçun ağırlığı hususunda herhangi bir ayırım yapmaksızın tamamen reddettiği fark edilmektedir ki, böylelikle yazar tanınan ayrıcalık ve bağışıklıkların diplomatik temsilcinin şahsiyetiyle alâkalı olduğunu, ülkesel bir niteliğe bağlanamayacağını ortaya koymuştur.⁹³ Oysa günümüzde misyon binâlarına ilişkin sığınma hakkı çerçevesinde değerlendirmeler, genel olarak, iki temel üzerinden gerçekleştirilmektedir: Âdî suçlar bakımından konunun değerlendirilmesi ve siyâsî suçlar bakımından konunun değerlendirilmesi.⁹⁴ Âdî suç işleyen biri yabancı bir misyon binâsına sığındığında iki olasılığın tek bir sonuç yaratacak şekilde var olduğu görülmektedir. Ya kabûl eden devlet yetkililerinin gönderen devlet misyon şefinin rızasıyla misyon binâsına girerek kişiyi teslim alması ya da misyon görevlilerinin kişiyi kabûl eden devlete teslim etmeleri gerekmektedir. Görüldüğü üzere, iki tür farklı hareket sergilenebilme imkânı söz konusudur; ancak her iki hareket de aynı sonucu sağlamaktadır. Daha açık ifâdesiyle, âdî suçlulara misyon binâsında sığınma hakkı tanınmaması asıldır.

⁹² Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Denza**, *Diplomatic* 2008, s. 140-141; **Denza**, *Diplomatic* 2016, s. 114-115. Ayrıca bkz. **Lewis**, s. 188 § 14.20.2.

⁹³ *Bynkershoek*'in bu konudaki görüşlerinin aktarımı için bkz. Edward Robert, **Adair**, *The Extritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, London, 1929, s. 203 vd. Ayrıca, bkz. **Frey / Frey**, s. 218.

⁹⁴ Bu yönlü ayırım için meselâ bkz. Louis, **Le Fur**, *Devletler Umumî Hukuku*, çeviren Şinasi Z. Devrin, Ankara, 1942, s. 214 paragraf: 470; **Sur**, s. 268-269.

Bununla birlikte, esas tartışma konusu misyon binâlarına diplomatik sığınma hakkının olup olmadığı sorununda düğümlenmektedir. Belirtildiği üzere, siyâsî sığınma hakkına ilişkin resmî bir düzenleme bulunmamaktadır. Ötesinde konuyla alakalı uluslararası bir örf ve âdet kuralının varlığı da açıkça kabûl edilmemiştir. Nitekim sığınma hakkına dâir *Haya de la Torre* dâvalarında Uluslararası Adâlet Dîvanı bâzı tespitlerde bulunmuştur.⁹⁵ “Sığınma Hakkı” başlığını taşıyan ilk dâvada Dîvan, özellikle, ülkesel ve diplomatik sığınma müesseselerinin farkına dikkat çekmiştir. Dîvana göre, ülkesel sığınmada bu hakkı talep eden talep ettiği devletin ülke sınırları dâhilindedir ve dolayısıyla talep eden devletin ülkesel yetkisi altındadır. Suçun işlendiği devletin egemenliği bu bağlamda doğrudan ihlâl edilmemektedir. Oysa diplomatik sığınmada sığınma hakkı talep eden, hâlihazırda suçu işlediği devletin ülkesi sınırları içerisinde ve dolayısıyla sığınma hakkı tanıyacak devlet ilgili suçu tek taraflı ve niteliksel açıdan tanımlamak sûretiyle suçun işlendiği devletin egemenliğini doğrudan ihlâl eder konuma düşmektedir.⁹⁶ Daha da ötesinde, Dîvan diplomatik sığınma hakkına ilişkin Amerika Kıtası’nda bir örf ve âdet kuralının varolduğuna ilişkin yeterli kanıtların sunulmadığından bahisle böyle genel bir kuralın olmadığı yön-

⁹⁵ Esasen Uluslararası Adâlet Dîvanı konuya ilişkin üç karar vermiştir. *Haya de la Torre* Peru’da başarısız bir askerî isyanı başlatan partinin başkanıdır. Başarısız isyan sonrasında derhal Parti kapatılmış ve Haya de la Torre ile arkadaşları hakkında cezâ kovuşturması başlatılmıştır. Üç ay saklanan Haya de la Torre Ocak 1949’da Lima’daki Kolombiya Büyükelçiliğine sığınmıştır. Peru ve Kolombiya arasında Haya de la Torre’nin akıbetine ilişkin gerçekleştirilen müzâkerelerden bir sonuç çıkmayınca olay Uluslararası Adâlet Dîvanının önüne taşınmıştır. Taraflar Dîvandan Kolombiya’nın hangi koşullarla sığınma hakkı verebileceğini ve buna ilişkin Havana Sığınma Hakkı Sözleşmesi kurallarının aydınlatılmasını talep etmişlerdir. Sığınma Hakkı başlıklı ilk kararında Dîvan, diğer hususlar bir yana, konuya ilişkin Amerika Kıtası’nda örf ve âdet kuralının gelişiminin ve varlığının kanıtlanamadığını (bkz. *infra* dipnot: 97) belirtmiştir. Verilen bu karara ilişkin Dîvandan yorum talebinde bulunan Kolombiya’nın, yorumlanmasını istediği husus Haya de la Torre’nin teslim edilip edilemeyeceği olmuş ve yine Sığınma Hakkı başlıklı Dîvanın ikinci kararını teşkil etmiştir. Dîvan bu kararında ise, özetle, ilk kararda talep edilmeyen ve gündeme getirilmeyen bir hususa ilişkin isteği yorumlayamayacağını belirterek Kolombiya’nın talebini teknik sebepten ötürü reddetmiştir. Bunun üzerine, Kolombiya Haya de la Torre’nin iade edilip edilmeyeceğine ilişkin hususu Dîvanın önüne tekrar taşımıştır. Dîvan, böylelikle, konuya ilişkin Haya de la Torre Dâvası başlığıyla üçüncü kararını vermiştir. Sığınma Hakkı ve Haya de la Torre Dâvalarına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Boleslaw Adam, **Boczek**, *Historical Dictionary of International Tribunals*, New Jersey, 1994, s. 37-39; Kay, **Hailbronner**, “Haya de la Torre Cases”, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1995, s. 683-685; Kay **Hailbronner** / Monika, **Pohlmann**, “Haya de la Torre Cases”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, May 2007 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e146> (Erişim Târihi: 29.10.2024).

⁹⁶ Bkz. ICJ, 20 November 1950, *Asylum Case* (Colombia/Peru) s. 274-275 (www.icj-cij.org, Erişim Târihi: 10.10.2025).

lû de karar vermiştir.⁹⁷ Haya de la Torre kararında ise Dîvan Kolombiya'nın şahsı teslim etmesi zorunluluğu bulunmadığına işâret ederken verilen sığınma hakkının iptal edilmesi gerektiğine de hükmetmiştir.⁹⁸

Diplomatik sığınma hakkına ışık tutacak târihten örneklerle bakıldığında, üç önemli hâdisenin ön plâna çıktığı fark edilmektedir: “Schlieben Hâdisesi” (1702); “Ripperda Hâdisesi” (1726) ve “Springer Hâdisesi” (1747). 1702 yılında Kont *Schlieben* zimmet suçu işlediği iddiasıyla Danimarkalı yetkililerce Kopenhag'da tutuklandıktan sonra kaçmış, Fransız sefâreti yakınlarında muhâfızlar tarafından yakalanmaya çalışılırken sefâret görevlileri müdâhil olmuş ve Kont *Schlieben*'in serbest kalmasını sağlamışlardır. Camdan olaylara tanıklık eden Fransa'nın Danimarka elçisi Kont *Chamilly* ise Kont *Schlieben*'e sığınma hakkı tanımış ve muhâfızların sefârete izinsiz girmelerinden ötürü Danimarka Hükûmetinden tazminat talep etmiştir. Danimarka Dışişleri Bakanı da bunun üzerine Kralın bir elçinin adâlet sürecine müdâhalesine ve bir suçluya koruma vermek sûretiyle kendisine egemen haklar bahşediyor olmasına müsâmaha göstermeyeceğini vurgulamıştır. Bunun üzerine, Fransız elçi tüm Hristiyan dünyasında elçilerin sığınma hakkı tanınmasının kabûl edildiğini, sığınma hakkının verilmesiyle Kralın egemenliğinin ihlâl edilmediğini, Kralın bu yönlü düşüncesinin Danimarkalı bakanın tecrübesizliği ve cehâletiyle açıklanabileceğini ifâde etmiş ve kendisi bu konuya dâir bir yandan adâlet talep ederken diğer yandan da zarar-giderim isteğinde bulunmuştur. Kont *Schlieben* tekrar yakalanmazken kuklası elçilik önünde sembolik olarak idam edilmiştir.⁹⁹

1726 yılında İspanya Kralı tarafından Maliye ve Dışişleri Bakanlığı görevlerinden alınan Baron *Johan Willem de Ripperda*, halkın baskısından da korkarak İngiltere büyükelçiliğine sığınır. Ancak kendisinin aynı zamanda çok önemli devlet belgelerini berâberinde götürdüğünü fark eden İspanyol Hükûmeti, özellikle devlet sırlarının ifşâsından korkarak İngiltere'ye kişinin iâdesi için baskı kurar. Bu arada Kastilyan Konseyi *Ripperda*'nın zor kullanılarak elçilikten çıkartılması gerektiğine dâir bir karar alır. Bu karara istinaden iki komutan

⁹⁷ Bkz. *ibid.*, s. 277-278.

⁹⁸ Bkz. ICJ, 13 June 1951, *Haya de la Torre Case* (Colombia/Peru) s. 82-83 (www.icj-cij.org, Erişim Tarihi: 10.10.2025). Haya de la Torre dâvalarında verilen hükümlerin Lâtin Amerika devletlerinde hoş karşılanmadığı ve bu sebeple 1954 târîhli Sözleşmenin bağtlandığı aktarılmaktadır. Bkz. Prakash, **Shah**, “Asylum, Diplomatic”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2007, paragraf: 7 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e756> (Erişim Tarihi: 29.10.2024); **Quintana & Uriburu**, *supra* dipnot: 49.

⁹⁹ Bkz. **Frey / Frey**, s. 219-220.

refâkatinde 60 asker elçilikteki Ripperda'yı alır ve tüm belgelere el koyar.¹⁰⁰ Benzer durum, 1747'de Stockholm'de *Springer Hâdisesi*'nde de yaşanmıştır.¹⁰¹ Böylelikle, târihî vakalar göz önüne alındığında da iddia olunanın aksine siyâsî sığınma hakkının ya îtibâr görmediği ya da tanınmadığı fark edilmektedir.

Günümüze gelindiğinde diplomatik sığınma hakkının verilir verilmeyeceğine ilişkin herhangi bir kuralın namevcûdiyeti hesaba katıldığında kesin bir sonuca varmak kolay olmasa da insan yaşamı ve vücut bütünlüğünün korunması zarûreti hâsıl olmuşsa olumlu bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülebilecektir.¹⁰² Ne var ki, bu durumda dahi belirli hususlara dikkat edilmesinde fayda vardır. Meselâ öncelikle misyon binâsına siyâsî sığınma sâikiyle gelen kişinin hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlikenin bulunması gerekmektedir. Öte yandan, siyâsî sığınma hakkı talep ederek misyon binâsına gelen kişinin siyâsî bir suç hasebiyle bu sığınma isteminde bulunması gerekmektedir ki, siyâsî suç nedir, nasıl tanımlanabilir; belirlemek oldukça güçtür. Siyâsî suç kavramının sübjektif niteliği çerçevesinde, bu suça ilişkin uygulanmalar ve ötesinde bu suçun düzenlenmesi bağlamında devletten devlete farkların bulunabileceği aşîkârdır. Daha da ötesinde, bu yönlü bir siyâsî sığınma hakkının kimin tarafından tanınacağını da hesaba katılması gerekmektedir. Nitekim doktrinde yazarlar, *haklı olarak*, kararın misyon şefi tarafından değil; bilâkis gönderen devletin kendince verilmesi gerektiğini ifâde etmektedir.¹⁰³ En son olarak, verilen bu sığınma hakkının geçici nitelikte olduğu ve mümkün olduğunca kısa süre ile sınırlandırılması gerektiği doktrinde ifâde edilmektedir.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Bkz. *ibid.*, s. 220. Ayrıca, bkz. **Hermoso**, s. 227-228.

¹⁰¹ Bkz. **Frey / Frey**, s. 221.

¹⁰² Öte yandan, *Aust*, Lâtin Amerika'daki uygulamalar bir yana diplomatik ilticâ tanınmasını misyon binâlarının dokunulmazlığının kötüye kullanılması olarak mütalâa etmiştir. Bkz. Anthony, **Aust**, Handbook of International Law, 2nd Edition, Cambridge, 2010, s. 170. *Hughes-Gerber* ise, misyon binâlarına ilişkin Viyana Sözleşmesi (1961) m. 22'de kabûl edilen diplomatik dokunulmazlığın siyâsî ilticâ tanınması için hukukî bir zemin oluşturamayacağına işâret etmektedir. Bkz. Laura, **Hughes-Gerber**, Diplomatic Asylum. Exploring a Legal Basis for the Practice under General International Law, Cham, 2021, s. 93. Koşut biçimde, *Symonides* de uluslararası hukuka göre yararlanılan bağışıklığın diplomatik ilticânın temeli olarak nitelendirilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Bkz. Janusz, **Symonides**, "Territorial Asylum", Polish Yearbook of International Law, vol. 15, 1986, s. 221.

¹⁰³ Konuya ilişkin diğerlerinin yanı sıra bkz. **do Nascimento e Silva**, Diplomacy 1972, s. 104.

¹⁰⁴ Bkz. **do Nascimento e Silva**, Diplomacy 1972, s. 104. Meselâ İngiliz uygulamasını aktaran *Hermoso* da her ne kadar İngiltere'nin diplomatik sığınma hakkını genel olarak tanımasa da insanî temelde âciliyet kesbeden durumlarda diplomatlarının kısa süreliğine bu yönlü sığınma hakkı vermelerine izin verdiğini ifâde etmektedir. Bkz. **Hermoso**, s. 227.

Diplomatik sığınma hakkının evrensel olarak reddedildiğini belirten yazarlar¹⁰⁵ bulunsa da bâzı yazarlar yukarıda belirtilen koşullara da dikkat edilerek bu yönlü bir hakkın tanınabileceğini kabûl etmektedir.¹⁰⁶ Nitekim uygulamalara bakıldığında¹⁰⁷ sadece Lâtin Amerika’da da değil, aynı zamanda Avrupa Kıtası’nda da diplomatik sığınma hakkının tanındığı durumların varlığı dikkat çekmektedir. İspanya İç Savaşı sırasında 10 binlerce kişinin toplamda 19 devletin misyonlarına sığınarak diplomatik sığınma hakkından yararlandıkları ve bu 19 devletin 12’sinin bu yönlü hiçbir sözleşmeye taraf olmadığı altı çizilmektedir.¹⁰⁸ Günümüze yakın dönemde Doğu Alman vatandaşlarının 1989 yılında Budapeşte, Prag ve Varşova’da Federal Almanya elçiliklerine bu yönlü sığındıkları yine Arnavutluk vatandaşlarının bu yönlü davrandıklarına işâret edilmektedir.¹⁰⁹

2. Misyon Binâlarına Âcil Girişe İlişkin Değerlendirmeler

Misyon binâlarına ilişkin değerlendirilmesi gereken konulardan biri de bu binâlara âcil giriş gerektiği durumlarda ne olacağı sorunudur. Daha açık ortaya koymak gerekirse, âciliyet durumlarında misyon binâlarına kabûl eden devletin yetkililerinin giriş yapıp yapamayacakları, bilhassa da böyle bir durumda misyon şefinin rızası varmış gibi hareket edip edemeyecekleri değerlendirilmelidir. Bakıldığında, 1961 yılındaki Viyana Konferansı’nda konunun yoğun olarak ele alındığı ve enine boyuna tartışıldığı görülmektedir. Hattâ misyon binâlarına âcil girişe dâir bâzı devletlerin birtakım öneriler sunduğu tâkip edilmektedir. Meksika, bu bağlamda, “*Misyon başkanı yangın, salgın hastalık veya diğer ekstrem âciliyet durumlarında yerel yetkililerle işbirliği yapacaktır*” şeklinde bir öneri getirmiştir.¹¹⁰ Müteâkiben İrland-

¹⁰⁵ Bkz. **Hermoso**, s. 229 (*Hermoso*, konuya ilişkin spesifik bir anlaşmanın yokluğunda hiçbir devletin diplomatik sığınma hakkı tanıyamaması gerektiğini ileri sürmektedir); **Symonides**, s. 220; **Shah**, paragraflar: 1, 5 ve 10.

¹⁰⁶ Bkz. **Nahlik**, s. 284-285; **Oelfke**, s. 145.

¹⁰⁷ **Hughes-Gerber**, diplomatik misyona siyâsî sığınma hakkının hukukî bir zemini olmasa da özellikle 22’nci madde çerçevesinde- yine dokunulmazlığın devam edeceğine, bunun da durumu tartışmalı hâle getirdiğine dikkat çekmektedir. Bkz. **Hughes-Gerber**, s. 94-95.

¹⁰⁸ Bkz. **Nahlik**, s. 284.

¹⁰⁹ Bkz. **Nahlik**, s. 284; **Denza**, *Diplomatic* 2008, s. 142; **Denza**, *Diplomatic* 2016, s. 117; **Oelfke**, s. 142.

¹¹⁰ Bkz. “*Mexico: Amendment to Article 20*”, A/CONF.20/C.1/L.129, in United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities (Vienna, 2 March-14 April), Official Records, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962, s. 20.

da ve Japonya müşterek önerisi ise şu şekilde formüle edilmiştir: “*Bu madde kabûl eden devletin kamu âciliyetine ve tehlikesine dâir istisnâî durumlarda yaşamı ve malı korumak için temel teşkil edecek türdeki önlemleri almaktan alıkoymayacaktır*”.¹¹¹ Konuya ilişkin son öneriyse İspanya tarafından şu biçimde ortaya konulmuştur: “*Kabûl eden devletin vatandaşlarının yaşam ve mallarına bir tehlike durumunda, yerel yetkililer reddi sonucunda hükûmeti adına tam sorumluluğu üstlenmedikçe bu tür bir yetkiyi verecek misyon şefi-ne, binâya ya da mahale girmek için âcil izin talebini yönlendireceklerdir*”.¹¹² Dikkat edilebileceği üzere, sunulan tekliflerde gönderen devletin işbirliği veya yine izni söz konusu edilmektedir. Bunun tek sapması İrlanda ve Japonya’nın müşterek teklifinde kabûl eden devletin önlem almaktan alıkonulamayacağı şeklinde formüle edilmiştir.

Ne var ki, sunulan bu teklifler konferansta görüşüldükten sonra kabûl edilmemiş ve mutlak dokunulmazlık anlayışı sürdürülmüştür. Bu itibarla, aralarında Tunus ve Kanada delegeleri de olmak üzere az sayıda delegenin sunulan tekliflere pozitif yaklaşmasına karşılık¹¹³, ağırlıklı olarak tekliflere olumlu yaklaşmamıştır. Meselâ Fransa delegesi *Vaucelles* misyon binâları kapsamında mutlak dokunulmazlığı desteklediğini vurgularken, hiçbir istisnâî durumu kabûl etmeyeceklerinin altını çizmiştir. Müteâkiben ise, Meksika önerisinin haklı yönleri olsa da fayda sağlayacak hiçbir amacının olmadığına dikkat çekmiştir.¹¹⁴ Rumen delege *Glaser* ise, özetle, her ne kadar teklifleri anlayışla karşılasalar da maddeye istisnâî düzenleme getirilmesini kabûl etmeyeceklerini, çünkü yer verilmek istenilen bu yönlü istisnâî düzenlemelerin elçilik binâlarının dokunulmazlığı ilkesini ortadan kaldırılabileceğini düşündüklerini belirtmiştir.¹¹⁵ Çekoslovakya delegesi *Pechota* ise, koşut biçimde, getiri-

¹¹¹ Bkz. “*Ireland and Japan: Amendment to Article 20*” A/CONF.20/C.1/L.163, in United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities (Vienna, 2 March-14 April), Official Records, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962, s. 24.

¹¹² Bkz. “*Spain: Amendments to Article 20*”, A/CONF.20/C.1/L.168, in United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities (Vienna, 2 March-14 April), Official Records, vol. II: Annexes, Final Act, Vienna Convention on Diplomatic Relations, Optional Protocols, Resolutions, New York, 1962, s. 24-25.

¹¹³ Bkz. United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities (Vienna, 2 March-14 April), Official Records, vol. I: Summary Records of Plenary Meetings and of Meetings of the Committee of the Whole, Geneva, 1962, s. 138 paragraf: 10 ve s. 139 paragraf: 17.

¹¹⁴ Bkz. *ibid.*, s. 139 paragraf: 25.

¹¹⁵ Bkz. *ibid.*, s. 140 paragraf: 35.

len tüm tekliflere karşı çıkacaklarına, tekliflerde getirildiği şekliyle hiçbir yükümlülüğün bulunmadığına, hukuk ilkelerinin kodifikasyonunda ahlâkî yükümlülüklerle ilgilenilmemesi gerektiğine işâret etmiştir.¹¹⁶

Nihâyetinde, belirtildiği üzere, tekliflerin hiçbiri Viyana Sözleşmesine zerk edilmemiş, böylelikle misyon binâlarının dokunulmazlığının mutlaklığı ilkesi muhâfaza edilmiştir. Doktrinde *do Nascimento e Silva* âcil durumlarda binâlara girilmesine dâir sunulan tekliflerin reddedilmesiyle ilgili, âciliyet gerektiren durumlarda misyon şefinin yerel yetkililerle işbirliği yapmayı reddetmeyeceğine, her şeyden evvel bu türde bir felâketle karşılaşıldığında binâ ve içindekilerin olası kaybı çerçevesinde bundan en büyük zararı göreceğinin gönderen devletin kendisi olduğuna, hattâ binâ kiralıksa tüm zararın yine gönderen devlet tarafından karşılanacağına dikkat çekerek zaten misyon şefinin bir felâket durumunda kendisinin yardım isteyeceğini vurgulamıştır. İlâveten yazar Viyana Sözleşmesi (1961) düzenlemesiyle son sözün her dâim misyon şefine bırakıldığının altını çizmiş ve eğer genel geçer bir izin verilmesi düzenlenmiş olsaydı dahi bunun spesifik durumlarda dokunulmazlığın ihlâlini de berâberinde getireceğine işâret etmiştir.¹¹⁷

Uygulamalar açısından bakıldığında 1960'lı yıllarda Kanada'nın başkenti Ottawa'daki Sovyet Büyükelçiliğinde çıkan yangında elçilik personelinin itfâyecilerin binâya girişine izin vermedikleri, kendi imkânlarıyla yangını söndürdükleri; ancak binânın bir kısmının ciddî hasar gördüğü aktarılmaktadır.¹¹⁸ Alman devletinin uygulamaları çerçevesinde binâya müdâhale için zamanında onay alınmasının mümkün olmadığı durumlarda, itfâye birimlerinin duruma göre Dışişleri Bakanlığına veya eyaletlerdeki ilgili birimlere durumu haber verecekleri; eğer itfâye tarafından müdâhale zarûrî ise, takdir yetkisi çerçevesinde binâya girilerek gerekli tedbirlerin alınabileceği ifâde edilmektedir. Ancak böyle bir hareketin mutlak zarûret hâlinde gerçekleştirilebileceği ve mümkün olduğunca arşiv bölümünden uzak durulacağı ve misyon şefi ihlâl iddiasında bulunursa, Alman yetkililere açıklama şansının verilmesi gerektiği, misyon şefinin ihlâl iddiasına rağmen gönderen devlet hükûmeti cevâz verirse, bu cevâzının geçerli olacağı aktarılmaktadır.¹¹⁹

¹¹⁶ Bkz. *ibid.*, s. 141 paragraf: 37.

¹¹⁷ Bkz. Geraldo Eulalio, *do Nascimento e Silva*, "Privileges and Immunities of Permanent Missions to International Organizations", German Yearbook of International Law, vol. 21, 1978, s. 14-15.

¹¹⁸ Bkz. *Nahlık*, s. 275.

¹¹⁹ Konuya ilişkin bkz. *Oelfke*, s. 155.

Diplomatik misyon binâları açısından durum böyleyken, konsolosluk binâları ve özel misyon binâlarına ilişkin düzenlemeler de incelenmelidir. Nitekim diplomatik misyon binâlarından konsolosluk ve özel misyon binâlarını ayıran temel farklardan biri bunlara ilişkin âcil durumlarda binâlara girişin açık biçimde düzenlenmiş olmasıdır. Bu itibarla, Viyana Sözleşmesi (1963) 31'inci madde ikinci fıkrada şu şekilde bir düzenleme söz konusu edilmiştir: “... *âcil koruma tedbirleri alınmasını gerektiren yangın veya sâir felâket hâlinde konsolosluk şefinin zımnî rızâsı alınmış sayılabilir*”.¹²⁰ New York Sözleşmesi 25'inci maddede ise “... *kamu emniyetini ciddi şekilde tehlikeye düşüren yangın veya sâir felâket hâlinde ve sadece özel misyon şefi veya yerine göre dâimî misyon şefinin açık rızâsını elde etmenin mümkün olmadığı durumlarda böyle bir rızânın var olduğu kabul edilir*”.¹²¹ Bu konuda konsolosluk binâlarına ilişkin olarak bir örnek vermek gerekirse, 2017 yılında Yunanistan'ın İstanbul Başkonsolosluk binâsında çıkan yangına İstanbul itfâiyesi müdâhale etmiş, yangın yarım saat içerisinde söndürüldükten sonra itfâiye olay mahalinden ayrılmıştır.¹²²

3. Yabancı Misyon Binâlarının Kamulaştırılmasına İlişkin Hususlar

Diplomatik misyon binâlarına tanınan dokunulmazlık göz önüne alındığında akıllara gelen başka bir istisnâî durum kabul eden devlet tarafından gerektiğinde bu binâların kamulaştırılıp kamulaştırılmayacağı sorunsalı olmaktadır. 1918 yılında İspanyol misyon üyesi bir fahrî ataşenin Washington'daki rezidansına bir devlet kurumu tarafından el konulmaya çalışılması üzerine Dışişleri Bakanlığı bunun uygun olmadığını ve Amerika Birleşik Devletleri'ni uluslararası alanda zor durumda bırakacağını belirtmiştir. Koşut biçimde, 1938 ilâ 1939 yılları arasında Washington D.C.'deki kanalizasyon çalışmalarına dâir Fransız Büyükelçisi, elçilik binâlarının bir kısmının da altından geçirilecek tünellere ilişkin verilebilecek herhangi bir zarar ve rahatsızlığın tazmini koşuluyla Hükûmetinin iznini sunmuştur.¹²³

¹²⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için diğerlerinin yanı sıra bkz. Lee, s. 389-393; Lee / Quigley, s. 356-359; Aybay, s. 222-224.

¹²¹ Özellikle maddede geçen “yerine göre” ibâresinin içeriği belirgin değildir. Bu çerçevede, doktrinde dâimî misyon şefi ile özel misyon şefinin sınıflarına bakılması gerektiği ve özel misyon şefinin sınıfı dâimî misyon şefinin sınıfının üzerinde ise dâimî misyon şefinin rızâsına gerek olmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Murty, s. 457; Çamyamaç, Özel Misyonlar, s. 39.

¹²² Bkz. “Yunanistan'ın İstanbul Başkonsoloslugu Binasında Yangın”, Milliyet, Ağustos 18 2017 via www.milliyet.com.tr/gundem/yunanistanin-istanbul-baskonsoloslugu-binasinda-yanigin-2504405 (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

¹²³ Bu konuda yer verilen örnekler için bkz. Hackworth, s. 563.

Misyon binâlarına ilişkin kamulaştırma yapıp yapılamayacağı hususu 1961 yılında toplanan Viyana Konferansında da gündeme gelmiş ve hattâ sonradan geri alsa da Meksika delegesi konuya dâir bir teklif sunmuş¹²⁴; ne var ki nihâyetinde konuyla alakalı herhangi bir düzenleme benimsenmemiştir. Bakıldığında, Uluslararası Hukuk Komisyonunun “*yukarıda belirtilen dokunulmazlığın kamu çıkarı nedeniyle kabûl eden devlet tarafından yapılacak kamulaştırmayı önleyemeyeceği*” şeklindeki teklifi mevcut uluslararası hukuk uygulamalarına aykırı bulunduğu; son tahlilde gönderen devlet ile kabûl eden devlet arasında bu konudaki hususların, ayrılıkların müzâkerelerle hâll edilmesi gerektiğini, ancak gönderen devletin binâyı boşaltmayı reddetmesi durumunda bunun engellenemeyeceğini benimsediği aktarılmaktadır.¹²⁵ Konuya ilişkin devlet uygulamalarına bakıldığında, 1963 yılında Küba çıkardığı bir karnâme ile İsviçre’nin koruyuculuğu altındaki Amerika Birleşik Devletleri’nin Havana’daki misyon binâsını kamulaştırmış; Amerika Birleşik Devletleri ise Karnâmeyi resmî olarak Havana’daki İsviçre büyükelçiliği aracılığıyla kınamış ve nihâyetinde söz konusu Karnâme uygulanmamıştır.¹²⁶ İngiltere’de ise Londra’da yeraltı metro hattına ilişkin çalışmalar kapsamında hattın yabancı misyon binâlarının altından geçtiği mahaller için kamu çıkarı çerçevesinde olağan kamulaştırma prosedürleri uygulanmamış, diplomatik düzeyde ilgili yabancı misyon binâlarının gönderen devletleri nezdinde o devletlerin rızaları aranmıştır.¹²⁷

Öte yandan, Moskova’daki İngiliz büyükelçiliğinin yerinden rahatsızlık duyan Sovyet yönetimi tarafından gösterilen yerlerden biri kısa sürede seçilip elçilik taşınmazsa yeni bir yerin İngiltere’ye empoze edileceğinin bildirilmesi üzerine, İngiltere târihî ve oldukça etkili konumdaki elçilik binâsını bırakarak gösterilen diğer mekâna geçmiştir.¹²⁸

¹²⁴ Meksika delegesinin getirdiği öneride elçilik binasının bulunduğu alanda kamusal çalışma yapılmasının gerektiği durumlarda, kabûl eden devletin gönderen devletle mâkul bir sürede binânın boşaltılmasına ilişkin bir anlaşmaya varabilme sâikiyle müzâkerelere girişebileceği şeklinde bir teklif sunmuşken; söz konusu teklifin baskıcı bir nitelik taşımadığının altı da çizilmiştir. Bkz. “*Mexico Amendment to Article 20*”, A/CONF.20/C.1/L.129, s. 20. Konsolosluk binâlarının kamulaştırılmasına ilişkin açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Aybay**, s. 225.

¹²⁵ Bkz. **Denza**, Diplomatic 2008, s. 146; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 119-120. Bununla birlikte, **Oelfke** kabûl eden devlet tarafından misyon binâsını da etkileyebilecek şekilde kamu yararına yönelik gerçekleştirebilecek meselâ altyapı işlerinin, çalışmalarının eğer bu çalışmalar salt siyâsî ideolojilerle yapılıyorsa ya da misyonun işlevlerini etkiliyorsa uluslararası hukuka aykırı olacağına işâret etmektedir. Bkz. **Oelfke**, s. 140.

¹²⁶ Konuya ilişkin aktarım için bkz. **Denza**, Diplomatic 2008, s. 146-147; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 120.

¹²⁷ Bkz. **Lewis**, s. 188 § 14.20.3; **Denza**, Diplomatic 2008, s. 147; **Denza**, Diplomatic 2016, s. 120.

¹²⁸ Konuya ilişkin bkz. **McClanahan**, s. 51.

4. Misyon Binâlarının Başka Devlet Tarafından Kullanımı

Yine istisnâî durumlarda bir devletin büyükelçilik binâsı başka bir devletin büyükelçiliğinin bir parçası olarak kabûl edilebilmektedir. Bilhassa iki devlet arasında diplomatik ilişkilerin kesilmesi durumunda diplomatik ilişkilerin kesildiği devletlerden birinin ülkesindeki diğer devlete ait büyükelçilik binâsı, birçok durumda, koruyucu devlete bırakılmakta ve koruyucu devlet bu büyükelçilik binâsının korunmasını içindekilerle birlikte sağlamaya çalışmaktadır. Bunun daha etkin şekilde yapılabilmesi için diplomatik ilişki kesildiğinde ve bu minvalde de koruyucu devletin devreye girdiği bâzı durumlarda, korunacak olan ilgili elçilik binâsının koruyucu devletin elçilik binâsı olarak veya en azından onun elçilik mülklerinden biri olarak mütalâa edilebilmesi olmalıdır ki, nitekim bu duruma ilişkin bâzı örneklerle rastlamak mümkündür. Meselâ Küba ile Amerika Birleşik Devletleri'nin arasındaki diplomatik ilişkilerin kesilmesiyle birlikte, Birleşik Devletler Küba'da koruyucu devlet olarak İsviçre'yi tâyin etmiştir. Bu konuda iki devlet arasında gerçekleştirilen mutâbakat çerçevesinde, Amerika Birleşik Devletleri'nin Havana büyükelçilik binâsı İsviçre diplomatik misyonunun bir parçası olarak ele alınmıştır.¹²⁹ Bunun ötesinde, koruyucu devlet korumayı üstlendiği misyon binâsı üzerindeki göndere gerekli görürse kendi bayrağını da çekebilecektir.¹³⁰

Öte yandan, malî nedenlerden ötürü misyonların daraldığı, küçüldüğü bu dönemde birden fazla devletin bir araya gelerek tek bir misyon binâsını kullanmaları veya bir devletin kabûl eden devlette bir başka devletin misyon binâsının bir kısmını kiralayarak kullanmaya başlaması yine bu alt başlık altında değerlendirilebilecek bir durum teşkil etmektedir. Bu çerçevede, İzlanda'nın başkenti Reyjavik'de İngiltere ve Almanya bir binâyı kendi elçilikleri olarak müşterek kullanmaktadırlar.¹³¹ Benzer şekilde, İngiltere ve Almanya arasındaki bu yönlü uygulama ilk olarak 9 Temmuz 1992 târîhli bir memorandumla Kazakistan'ın o dönemki başkenti Alma Ata için belirli faaliyetler kapsamında uygulanmıştır.¹³² Bunun ötesinde, Malta, Tel

¹²⁹ Konuya ilişkin olarak bkz. Wayne S., **Smith**, "The Protecting Power and the U.S. Interests Section in Cuba", in *Diplomacy under a Foreign Flag. When Nations Break Relations*, edited by Newsom, New York, 1990, s. 100.

¹³⁰ Konuya ilişkin olarak meselâ bkz. Geoff R., **Berridge**, *Embassies in Armed Conflict*, New York, 2012, s. 97-98.

¹³¹ Bkz. Kishan S., **Rana**, *The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence*, New York, 2013, s. 107; Çamyamaç, *Teknik Konular*, s. 78.

¹³² Bkz. Geoffrey, **Marston** (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1992", *British Yearbook of International Law*, vol. 63, 1992, s. 685; Çamyamaç, *Teknik Konular*, s. 78 dipnot: 40.

Aviv'deki Güney Kıbrıs Rum Cumhuriyeti'nin büyükelçilik binâsının bir kısmını kiralayarak ortak bir girişle binâyı kendi büyükelçiliği olarak da kullanmaktadır.¹³³

5. Misyon Binâlarının Âtıl Hâle Gelmesi

Diplomatik misyon binâları bâzı durumlarda âtıl hâle gelebilmektedir. Misyon binâlarının âtıl hâle gelmesi çeşitli sebeplere dayandırılabilir. Bu sebeplerden en çok rastlanılanı ve belirgin olanı diplomatik ilişkilerin kesildiği durumlarda binâların terk edilmesi olmaktadır. Meselâ Kamboçya'da Pol Pot'un yönetime gelmesi sonrasında Londra'daki Kamboçya büyükelçilik binâsı boşaltılarak terk edilmiş; buna rağmen İngiliz Dışişleri Bakanlığı Viyana Sözleşmesi (1961) madde 45¹³⁴ çerçevesindeki yükümlülük uyarınca binâda rutin kontrol gerçekleştirmeye devam etmiştir. Ağustos 1976'da yapılan rutin kontrolde binânın bâzı şahıslarca işgal edilmiş olduğu tespit edilmiştir.¹³⁵ İngiliz kanunlarına göre bu şahıslar belirli bir süre bu işgali sürdürdükleri takdirde binânın mülkiyet hakkını hâiz olacaklardır. Bunun önüne geçilebilmesi adına Dışişleri Bakanlığına daha önceden misyon binâsı olarak kullanılan taşınmazları elde edebilme hakkı tanıyan bir kanun 1987'de yürürlüğe sokulmuş ve İngiliz Dışişleri Bakanlığı Kamboçya'ya ait olan taşınmazı sahiplenebilmiştir.¹³⁶ Yvonne Fletcher'in öldürülmesi sonrasındaki gelişmeler çerçevesinde 1984 yılında boşaltılarak âtıl hâle gelen ve Suudi Arabistan'ın koruması altına bırakılan Libya Büyükelçilik binâsı da 1987 yılında bir başka kiracıya kiraya verilmiştir.¹³⁷

Binâların elçilik binâsı olarak işlevlerinin ne zaman biteceği tartışmalı bir konu olarak görülebilecektir. Nitekim Berlin İstirdat Yüksek Mahkeme-

¹³³ Bkz. **Rana**, s. 107; **Çamyamaç**, Teknik Konular, s. 78.

¹³⁴ Viyana Sözleşmesi (1961) m. 45 şu şekildedir: “İki devlet arasında diplomatik ilişkiler kesildiği veya bir misyon sürekli veya geçici olarak geri çekildiği takdirde; a) Kabûl eden devlet, silâhlı çatışma hâlinde dahi, malları ve arşivleri ile birlikte misyonun binâlarına saygı gösterir ve bunları korur; b) Gönderen devlet, malları ve arşivleri ile birlikte misyonun binâlarının nezâretini, kabûl eden devletin rızâ gösterdiği bir üçüncü devletin uhdesine tevdi edebilir; c) Gönderen devletin kendisinin ve vatandaşlarının menfaatlerinin korunmasını, kabûl eden devletin rızâ gösterdiği bir üçüncü devletin uhdesine tevdi edebilir”.

¹³⁵ Konunun aktarımı için bkz. Geoffrey, **Marston** (ed.), “United Kingdom Materials on International Law 1988”, British Yearbook of International Law, vol. 59, 1988, s. 473-476; **Çamyamaç**, Teknik Konular, s. 76.

¹³⁶ Bkz. **Marston**, 1990, s. 537; **Çamyamaç**, Teknik Konular, s. 76.

¹³⁷ Bkz. **McClanahan**, s. 52.

sinin (*Supreme Restitution Court of Berlin*)¹³⁸ *Tietz Dâvası*nda verdiği kararda binânın insan yaşamına elverişli olmamasının altının çizildiği fark edilmektedir.¹³⁹

Konuya ilişkin yakın târihli bir örnek vermek gerekirse, diplomatik ilişkilerin kesilmesi sonrasında terk edilen Washington D.C.’deki Venezuela Büyükelçilik binâsına göstericileri tahliye etmek için giren Amerikan polisinin gerçekleştirdiği hadise gösterilebilir. Konuya ilişkin olarak doktrinde m. 45’in uygulanması gerektiği ve terk edilse de -en azından bir olasılık dahi olsa- yeniden kullanılabilecek kadar kabûl eden devletin binâyı koruması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁰ Buna karşılık, terk edilerek âtıl hâle gelmiş yabancı misyon binâlarına ilişkin kabûl eden devletin koruma yükümlülüğü devam etmekle birlikte, doktrinde, bu binâlara girilebileceği de vurgulanmaktadır.¹⁴¹

Diplomatik ilişkilerin kesilmesi sonrasında binâların âtıl hâle gelmesi durumu dışında başkent değişiklikleri sonucunda da eski başkentte kalan misyon binâları âtıl hâle gelebilmektedir. Bu itibarla, başkent değişikliği söz konusu olduğunda, yabancı devletler taşınan yeni başkentte diplomatik misyon binâları edinirken eski başkentte kalan ve kendilerine ait binâlar üzerinde başka türlü tasarruflarda bulunabilmektedir. En temel örneklerden biri Federal Alman Cumhuriyeti ile Demokratik Alman Cumhuriyeti’nin birleşmesi sonrasında Federal Alman Cumhuriyeti’nin başkentinin Bonn’dan Berlin’e taşınmış olmasıdır. Bu itibarla, Bonn’daki yabancı misyonların kendilerine ait misyon binâlarını çeşitli tasarruflarla değerlendirdikleri gözlenmiştir. Bâzı devletler Bonn’daki eski büyükelçilik binâlarını farklı kamu hizmetleri çerçevesinde kullanmaya başlamışken, bâzıları ise satılığa

¹³⁸ O dönemde konuya ilişkin Mahkemenin önüne dört dâva gelmiştir: “*Tietz v. People’s Republic of Bulgaria*”, “*Bennett v. People’s Republic of Hungary*”, “*Weinmann v. Republic of Latvia*”, “*Cassirer v. Japan*”. Batı Berlin’de konumlanan taşınmazlara ilişkin bu dâvaların tümü 1933 öncesinde Alman Nasyonal Sosyalist yönetimin el koyduğu ve daha sonradan yabancı hükûmetlere sattığı binâlardır. Üç binâ elçilik olarak kullanılmış ve II. Dünya Savaşındaki bombardıman sonrası yıkılmıştır. Bir binâ ise bir yabancı devletin donanma ataşeliği bürosu olarak kullanılmıştır ki, ilgili binâ savaşta zarar görmemiştir.

¹³⁹ Karar metni için bkz. **Romberg**, s. 236-239. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Çamyamaç**, *Teknik Konular*, s. 76.

¹⁴⁰ Konuya ilişkin diğerlerinin yanı sıra bkz. Giuseppe, **Puma**, “Riconoscimento di Governi, Rottura delle Relazioni Diplomatiche e Trattamento della Sede della Missione: Il Caso della Crisi Costituzionale Venezuelana”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 103/2, 2020, s. 453-468.

¹⁴¹ Bkz. **Berridge**, s. 97 ve dipnot: 104.

çıkartmıştır.¹⁴² Özellikle satılığa çıkartılan misyon binâlarının uzun süre satılamamasının da bir sonucu olarak âtıl hâle geldikleri ifâde edilmektedir.¹⁴³

SONUÇ

Diplomatik ayrıcalık ve bağışıklıkların belkemiği kuralları arasında yer alan misyon binâlarına ilişkin dokunulmazlık sürekli diplomasiye geçildiği andan itibâren diplomatik uygulamalara girmiş ve kısa sürede en azından uygulandığı alan bakımından genişleyerek kabûl eden devlet açısından sorunlara bile yol açmıştır. Günümüzde ise, varlığını sürdüren söz konusu kâdim kuralın en azından doğrudan binâlarla ve eğer varsa bahçe ve müstemilatlarıyla sınırlandığı; ancak dokunulmazlığın niteliğinin değişmediği ve bilâkis daha sağlamlaştığı fark edilmektedir. Bu itibârla, yabancı devletin misyon binâlarına ilişkin dokunulmazlık mutlak ve kabûl eden devlet buna saygı göstermelidir. Nitekim konuya ilişkin Viyana Sözleşmesi (1961) hükümleri göz önüne alındığında kabûl eden devletin bir yanda yabancı misyon binâlarının dokunulmazlığına saygı göstermesi yükümlülüğü düzenlenmişken, diğer yanda bu binâlara müdahâle etmeme zorunluluğuna da açıkça yer verilmiştir. Ancak gerek uygulamada gerek teorik olarak konuya ilişkin istisnâî durumların belirebildiği veya tartışmaya yol açtığı dikkatlerden kaçmamaktadır. Misyon binâlarına ilişkin âcil müdahâle gerektiren durumlarda dokunulmazlığın göz ardı edilip edilemeyeceği tartışılmış, Viyana Konferansında konuya ilişkin teklifler verilmiş; ancak hepsi de reddedilmiştir. Daha da ötesinde, misyonlara ilişkin dokunulmazlığın kötüye kullanıldığı durumlarda dahi dokunulmazlıktan ödün verilmemeye çalışıldığı, bu durumlarda kabûl eden devlet tarafından gerçekleştirilen ihlâllerin o devletin sorumluluğuna yol açacağına ağırlıklı olarak mütalâa edildiği dikkat çekmektedir. Sonuç olarak bakıldığında Viyana Sözleşmesi (1961) mûcibince getirilen ayrıcalık ve bağışıklıklar sistemi bağımsız bir rejim öngörmekte ve bu da kabûl eden devlete ancak sınırlı bir karşılık verebilme imkânına yol açmaktadır.

¹⁴² Bu konuda ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için meselâ bkz. Çamyamaç, Teknik Konular, s. 85-86.

¹⁴³ Satılmayı beklerken âtıl duruma düştüğü aktarılan misyon binâları arasında -eski- Yugoslavya, İran ve Güney Afrika Cumhuriyeti elçilik binâları yer almaktadır. Bkz. Çamyamaç, Teknik Konular, s. 86 dipnot: 130.

KAYNAKÇA***Uluslararası Antlaşmalar, Dâvalar ve Diğer Metinler***

Havana Diplomatik Ajanlara Dâir Sözleşme (1928).

Havana Konsolosluk Ajanlarına Dâir Sözleşme (1928).

Harvard Taslağı (1932).

Birleşmiş Milletler Şartı (1945).

Sığınma Dâvası (1950).

Haya de la Torre Dâvası (1951).

Diplomatik İlişkilerine Dâir Viyana Sözleşmesi (1961).

Konsolosluk İlişkilerine Dâir Viyana Sözleşmesi (1963).

Özel Misyonlar Sözleşmesi (1969).

Dorf Dâvası (1973).

Evrensel Nitelikli Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Devletlerin Temsiline Dâir Viyana Sözleşmesi (1975).

Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerinden Doğan Sorumluluk Taslağı (2001).

A Local Authority v. AG (2020).

Cemal Kaşıkçı Hâdisesi'ne İlişkin Bireysel Başvuru Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararı (2023).

Kitaplar

Adair, Edward Robert, The Exterritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries, London, 1929.

Aust, Anthony, Handbook of International Law, 2nd Edition, Cambridge, 2010.

Aybay, Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2020.

Berridge, Geoff R., Embassies in Armed Conflict, New York, 2012.

Bilsel, Cemil, Hukuku Düvel, II. Kitap: *Devletler Arasında Münasebat-Devlet Reisleri, Hariciye Vekilleri, Elçiler, Konsoloslar*, İstanbul, 1934.

Boczek, Boleslaw Adam, Historical Dictionary of International Tribunals, New Jersey, 1994.

Chatterjee, Charles, International Law and Diplomacy, London, 2007.

Clark, Eric, Corps Diplomatique, Bristol, 1973.

Çamyamaç, Anıl, Diplomasi Hukukunda Haberleşme Serbestisi, Ankara, 2024. (Çamyamaç, Haberleşme)

Çamyamaç, Anıl / **İnci**, Zekiye Özen, Uluslararası Hukuk ve Ceza Hukuku Yönleriyle Diplomatik Bir Bağışıklık Olarak Ceza Yargısından Muafiyet, Ankara, 2020.

Delupis, Ingrid, International Law and the Independent State, Essex, 1974.

Dembinski, Ludwik, The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations, Dordrecht, 1988.

- Denza**, Eileen, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, Dobbs Ferry, 1976. (**Denza**, Diplomatic 1976)
- Denza**, Eileen, Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 2nd Edition, Oxford, 1998.
- Denza**, Eileen, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 3rd Edition, Oxford, 2008. (**Denza**, Diplomatic 2008)
- Denza**, Eileen, Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 4th Edition, Oxford, 2016. (**Denza**, Diplomatic 2016)
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio, Diplomacy in International Law, Leiden, 1972. (**do Nascimento e Silva**, Diplomacy 1972)
- Dopagne**, Frédéric & **Hay**, Emily & **Theeuwes**, Bertold F., Diplomatic Law in Belgium, Antwerpen, 2014.
- Frey**, Linda S. / **Frey**, Marsha L., The History of Diplomatic Immunity, Columbus, 1999.
- Gould**, Wesley L., An Introduction to International Law, New York, 1957.
- Hackworth**, Green Haywood, Digest of International Law, vol. IV, Washington D.C., 1942.
- Hardy**, Michael, Modern Diplomatic Law, Manchester, 1967.
- Hughes-Gerber**, Laura, Diplomatic Asylum. Exploring a Legal Basis for the Practice under General International Law, Cham, 2021.
- Kavak**, Muhammed Halid, Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi ve Hesaplanması, Ankara, 2022.
- Lauterpacht**, Elihu (ed.), International Law Reports, vol. 65, Cambridge, 1984.
- Le Fur**, Louis, Devletler Umumî Hukuku, çeviren: Şinasi Z. Devrin, Ankara, 1942.
- Lee**, Luke T., Consular Law and Practice, 2nd Edition, Oxford, 1991.
- Lee**, Luke T. / **Quigley**, John, Consular Law and Practice, 3rd Edition, Oxford, 2008.
- Lewis**, Charles J., State and Diplomatic Immunity, 2nd Edition, London, 1985.
- Loeffler**, Jane C., The Architecture of Diplomacy: Building America's Embassies, New York, 1998.
- McClanahan**, Grant V., Diplomatic Immunity. Principles, Practices, Problems, London, 1989.
- Meray**, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt (Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası), Ankara, 1965.
- Murty**, Bhagevatula Satyanarayana, The International Law of Diplomacy. The Diplomatic Instrument and World Public Order, Dordrecht, 1989.
- Newsom**, David D. (ed.), Diplomatic under a Foreign Flag. When Nations Break Relations, New York, 1990.
- O'Connell**, Daniel Patrick, International Law, 2nd Edition, London, 1970.

- Oelfke**, Christian, Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961. Commentaries on Practical Application, Berlin, 2018.
- Ott**, David H., Public International Law in the Modern World, London, 1987.
- Rana**, Kishan S., The Contemporary Embassy: Paths to Diplomatic Excellence, New York, 2013.
- Rapin de Thoyras**, The History of England, vol. XII, 5th Edition (translated by Tindal), London, 1762.
- Salmon**, Jean, Manuel de droit diplomatique, Bruxelles, 1994.
- Sinha**, S. Prakash, Asylum and International Law, The Hague, 1971.
- Sur**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, İstanbul, 2024.
- Whiteman**, Marjorie M., Digest of International Law, vol. VII, Washington D.C., 1970.
- Wilson**, Clifton E., Diplomatic Privileges and Immunities, Tucson, 1967.
- Wood**, John R. / **Serres**, Jean, Diplomatic Ceremonial and Protocol. Principles, Procedures and Practices, London, 1970.

Makaleler

- Akinsanya**, Adeoye, "Reflections on the Inviolability of Diplomatic Premises and Diplomatic Bags", Pakistan Horizon, vol. 42/3&4, 1989, s. 98-120.
- Bao**, Yinan, "The Protection of Public Safety and Human Life vs. the Inviolability of Mission Premises: A Dilemma Faced by the Receiving State", in Diplomatic Law in a New Millenium, edited by Behrens, Oxford, 2017, s. 149-171.
- Barnhoorn**, Lambertus A.N.M., "Diplomatic Law and Unilateral Remedies", Netherlands Yearbook of International Law, vol. 25, 1994, s. 39-81.
- Bedi**, Satyadeva, "Inviolability of Consular Premises", Indian Journal of International Law, vol. 15/1, 1975, s. 93-112.
- Beham**, Markus P. / **Hafner**, Gerhard (eds.), "Austrian Diplomatic and Parliamentary Practice in International Law/Österreichische Diplomatische und Parlamentarische Praxis zum Internationalen Recht", Austrian Review of International & European Law, vol. 18, 2013, s. 313-385.
- Blum**, Yehuda Z., "What is a 'Diplomatic Aircraft'?", in Will 'Justice' Bring Peace? International Law-Selected Articles and Legal Opinions, edited by Blum, Leiden, 2016, s. 422.
- Boyle**, J.R., "Sanctuary at Durham Cathedral", The Monthly Chronicle, vol. 3/29 (July), 1889, s. 289-292.
- Corthay**, Eric L., "The Inviolability of Mission Premises: An Absolute Principle Surrounded by Excuses", in the International Legal Order in the XXIst Century. Essays in Honour of Professor Marcelo Gustavo Kohen, edited by Viñuales & Clapham & Boisson de Chazournes & Hébié, Leiden, 2023, s. 455-473.
- Cox**, J. Charles, "The Sanctuaries and Sanctuary Seekers of Yorkshire", Archaeological Journal, vol. 68/1, 1911, s. 273-299.

- Çamyamaç**, Anıl, “Uluslararası Hukukta Elçilik Binalarına Dair Bazı Teknik Konular Üzerine Bir İnceleme”, *Terazi (Aylık Hukuk Dergisi)*, Cilt: 13 Sayı: 145 (Eylül), 2018, s. 73-92. (**Çamyamaç**, Teknik Konular)
- Çamyamaç**, Anıl, “Avrupa’daki Minyatür Devletlerin İkili Diplomatik İlişkilerine Dair Uluslararası Hukuk Açısından Pragmatik Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2019/2, 2019, s. 59-162.
- Çamyamaç**, Anıl, “Diplomatik Temsilciler ve Onlara Tanınan Hareket ve Seyahat Serbestisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21 Sayı: 2, 2019, s. 457-486.
- Çamyamaç**, Anıl, “50. Yılında Özel Misyon Sözleşmesi ve Diplomasi Hukuku”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5 Sayı: 1, 2020, s. 27-51. (**Çamyamaç**, Özel Misyonlar)
- Çamyamaç**, Anıl, “İbadethâne Hakkı: Uluslararası Diplomasi Hukukunda Neredeyse Unutulan Bir Diplomatik Ayrıcalık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22 Sayı 2, 2020, s. 477-507.
- Çamyamaç**, Anıl, “Malta Askerî Egemen Düzeni’nin Diplomatik İlişkilerine Dair Genel Bir Değerlendirme”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10 Sayı: 1, 2020, s. 310-353.
- Çamyamaç**, Anıl / **Kavak**, Muhammed Halid, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Fahrî Konsolos”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27 Sayı: 1, 2025, s. 1-50.
- Economidès**, Constantin P., “Les ambassades ont-elles droit à une exemption douanière pour les matériaux et équipements de construction qui leur sont destinés?”, *Revue hellénique de droit international*, vol. 24/1, 1971, s. 161-164.
- d’Aspremont**, Jean, “Premises of Diplomatic Missions”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, March 2009 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e977> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).
- Deák**, Francis, “Immunity of a Foreign Mission’s Premises from Local Jurisdiction”, *American Journal of International Law*, vol. 23/3, 1929, s. 582-594.
- Denza**, Eileen, “Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities”, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperations in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, Edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 94-99.
- Devlin**, E.L., “The Corsican Affair”, *History Today*, (May) 2013, s. 6-7.
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio, “Privileges and Immunities of Permanent Missions to International Organizations”, *German Yearbook of International Law*, vol. 21, 1978, s. 9-26.
- do Nascimento e Silva**, Geraldo Eulalio, “Diplomacy”, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 78-87.

- Garratt**, Justine (ed.), "Australian Practice in International Law 2002", Australian Yearbook of International Law, vol. 23, 2004, s. 289-396.
- Greenwood**, Christopher, "Self-Defence", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2011 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e401> (Erişim Tarihi: 29.11.2024).
- Hailbronner**, Kay, "Haya de la Torre Cases", in Encyclopedia of Public International Law, vol. 2, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1995, s. 683-685.
- Hailbronner**, Kay / **Pohlmann**, Monika, "Haya de la Torre Cases", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, May 2007 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e146> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).
- Hamamoto**, Shotaro / **Nakatani**, Kazuhiro, "The MRTA Seizure of the Japanese Ambassador's Residence in Peru (1996-1997)", Japanese Annual of International Law, vol. 44, 2001, s. 120-133.
- Herdegen**, Matthias, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations. Some Observations in the Light of Recent British Experience", Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol. 46/4, 1986, s. 734-757.
- Hermoso**, Justino P., "Diplomatic Asylum", Ateneo Law Journal, vol. 9/3, 1960, s. 222-229.
- Higgins**, Rosalyn, "The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience", American Journal of International Law, vol. 79/3, 1985, s. 641-651.
- Jackson**, Miles, "Inviolability and the Protest at Bahrain Embassy", EjiTalk, August 9 2019 via www.ejiltalk.org/inviolability-and-the-protest-at-bahrain-embassy/ (Erişim Tarihi: 08.01.2021).
- Labardini**, Rodrigo, "Inviolability of Diplomats and Diplomatic Premises. International Court of Justice Tells Mexico that with Ecuador's Assurances in Place There is no Urgency to Issue Provisional Measures to Guarantee Mexico's Embassy in Quito", International Enforcement Law Reporter, vol. 40/6, 2024, s. 249-252.
- Louis-Lucas**, Paul, "L'affaire de la légation de Roumanie à Berne", Annuaire français de droit international, vol. 1, 1955, s. 175-182.
- Mann**, Frederick Alexander, "'Inviolability' and Other Problems of the Vienna Convention on Diplomatic Relations", in Further Studies in International Law, edited by Mann, Oxford, 1990, s. 326-338.
- Marston**, Geoffrey (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1982", British Yearbook of International Law, vol. 53, 1982, s. 337-569.
- Marston**, Geoffrey (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1986", British Yearbook of International Law, vol. 57, 1986, s. 487-654.
- Marston**, Geoffrey (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1988", British Yearbook of International Law, vol. 59, 1988, s. 421-593.

- Marston**, Geoffrey (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1990", British Yearbook of International Law, vol. 61, 1990, s. 463-647. (**Marston**, 1990)
- Marston**, Geoffrey (ed.), "United Kingdom Materials on International Law 1992", British Yearbook of International Law, vol. 63, 1992, s. 615-841.
- Nahlik**, Stanislaw E., "Development of Diplomatic Law. Selected Problems", Recueil des cours, vol. 222, 1990-III, 1990, s. 187-364.
- Nishimura**, Yumi, "Inviolability and Protection of Diplomatic and Consular Premises (1990-2011)", Japanese Yearbook of International Law, vol. 54, 2011, s. 408-417.
- Paddeu**, Federica I., "Countermeasures", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, September 2015 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1020> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).
- Papas**, C.N., "Chancelleries and Inviolability", Revue hellénique de droit international, vol. 14/1, 1961, s. 228-229.
- Plachta**, Michael, "Immunity of Diplomatic Premises. Mexico Submits Application to the UN Court Against Ecuador over Kidnapping of Vice-President", International Enforcement Law Reporter, vol. 40/4, 2024, s. 177-180.
- Preston**, D., "The Boxer Rising", Asian Affairs, vol. 31/1, 2000, s. 26-36.
- Preuss**, Lawrence, "Protection of Foreign Diplomatic and Consular Premises against Picketing", American Journal of International Law, vol. 31/4, 1937, s. 705-713.
- Puma**, Giuseppe, "Riconoscimento di Governi, Rottura delle Relazioni Diplomatiche e Trattamento della Sede della Missione: Il Caso della Crisi Costituzionale Venezuelana", Rivista di Diritto Internazionale, vol. 103/2, 2020, s. 453-468.
- Quintana**, Francisco-José / **Uriburu**, Justina, "Mexico and Ecuador at the ICJ: A Plea for Taking the Latin American Experience Seriously", EjilTalk, May 1 2024 via ejiltalk.org/mexico-and-ecuador-at-the-icj-a-plea-for-taking-the-latin-american-experience-seriously/ (Erişim Tarihi: 01.05.2024).
- Romberg**, H.P., "The Immunity of Embassy Premises", British Yearbook of International Law, vol. 35, 1959, s. 235-240.
- Rousseau**, Charles, "Chronique des faits internationaux", Revue générale de droit international public, vol. 89/1, 1985, s. 131.
- Ruffert**, Matthias, "Reprisals", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Peters, January 2021 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1771> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).
- Shah**, Prakash, "Asylum, Diplomatic", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, on-line edition, edited by Wolfrum, April 2007 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e756> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).

- Smith**, Wayne S., “The Protecting Power and the U.S. Interests Section in Cuba”, in *Diplomacy under a Foreign Flag. When Nations Break Relations*, edited by Newsom, New York, 1990, s. 99-112.
- Symonides**, Janusz, “Territorial Asylum”, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 15, 1986, s. 217-232.
- van Alebeek**, Rosanne, “Immunity, Diplomatic”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, May 2009 via <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1055> (Erişim Târihi: 29.10.2024).
- Weckmann**, Luis, “Les origines des missions diplomatiques permanentes”, *Revue générale de droit international public*, vol. 56/2, 1952, s. 161-188.

Gazete Haberleri ve Benzerî Belgeler

- Anderson**, Jack / **Whitten**, Les, “The Diplomatic Immunity Charade”, *Washington Post*, November 14 1975, s. C18.
- Graham**, Chris, “Rayner Asks China to Explain Blanked-out Embassy Plans”, *BBC News*, August 3 2025 via www.bbc.com/news/articles/ce932995ny2o (Erişim Târihi: 03.08.2025) (**Graham**, Embassy)
- “Police Storm Bahrain Embassy in London after Man Scales Roof to Protest Executions”, *Independent*, July 28th 2019 (Sunday) via <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/bahrain-embassy-london-protest-police-executions-moosa-a9023566.html> (Erişim Târihi: 04.05.2024).
- “Sanctuary Ring” via <https://www.durhamcathedral.co.uk/explore/treasures-collections/our-most-famous-items/the-sanctuary-ring> (Erişim Târihi: 02.12.2024).
- “Yunanistan’ın İstanbul Başkonsolosluğu Binasında Yangın”, *Milliyet*, Ağustos 18 2017 via www.milliyet.com.tr/gundem/yunanistanin-istanbul-baskonsoloslugu-binasinda-yangin-2504405 (Erişim Târihi: 08.01.2021).

ULUSLARARASI ADALET DİVANİ ÖNÜNDE GÖRÜLEN DAVALARA MÜDAHİL OLMA YOLLARI II: ULUSLARARASI ADALET DİVANİ STATÜSÜ'NÜN 62. MADDESİNİN ÖNGÖRDÜĞÜ MÜDAHİLLİK USÛLÜ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Onur URAZ^(**)
Prof. Dr. Ceren Zeynep PİRİM^(***)

Öz: Müdahillik kurumu, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 62. ve 63. maddeleri tarafından düzenlenmekte ve bu maddelerin öngördüğü iki farklı müdahillik yöntemi, varlık sebepleri, tarihsel gelişimleri, hukukî nitelikleri, öngördükleri şartlar ve hizmet ettikleri amaçlar bakımından birbirinden farklı özellikler arz etmektedir.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 08.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 16.09.2025.

Prof. Pirim ve Dr. Uraz, Türkiye'nin UAD önündeki *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)* davasına müdahil olma sürecinde Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Hukuk Genel Müdürlüğü'nün hukuk danışmanlığını birlikte yürüttükleri Dr. Nilüfer Oral başta olmak üzere, Büyükelçi Kaan Esener'e ve Genel Müdür Yardımcısı Çağla Seçkin'e teşekkürü borç bilirlir. Bu ekibin Türkiye'nin söz konusu davaya müdahillik dilekçesini yazarken birlikte yürüttüğü hukukî muhakeme, yazarların *Public and Private International Law Bulletin*'de yayımladıkları "Uluslararası Adalet Divanı Önünde Görülen Davalara Müdahil Olma Yolları I: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 63. Maddesinin Öngördüğü Müdahillik Usûlü" başlıklı makalelerinin olduğu kadar bu çalışmanın da ilham kaynağını teşkil etmektedir. Bununla beraber bu çalışmalarda dile getirilen fikir ve görüşler yazarların kendi akademik kanaatleridir ve Türkiye'nin ilgili davadaki görüş ve düşüncelerini ifade etmemektedir.

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: onururaz@hacettepe.edu.tr,
Orcid: 0000-0003-1761-049X.

^(***) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye;
Panthéon-Assas Üniversitesi, Centre Thucydide, Paris - Fransa,
E-posta: czpirim@gsu.edu.tr,
Orcid: 0000-0001-6680-6494.

“Hususî müdahillik” olarak adlandırılan ve bir diğer çalışmamızın konusunu teşkil eden 63. madde müdahillik çok taraflı bir uluslararası andlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan ancak andlaşmanın tarafı olan devletlerin andlaşma hükümlerinin ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin tutumlarını Divan’a iletme haklarını güvence altına alırken, 62. madde, Divan önünde görülmekte olan bir davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte bir hukukî menfaati olduğunu düşünen üçüncü devletlerin davaya, taraf olarak veya taraf olmadan, müdahil olabilmelerine imkân sağlamaktadır.

Elinizdeki makale 62. maddenin öngördüğü ve “genel müdahillik” olarak adlandırılan müdahillik yöntemine hasredilmiştir. 63. maddenin öngördüğü müdahillik yöntemine ilişkin çalışmamızla birlikte okunmasında fayda bulunan bu makale, 62. maddede düzenlenen müdahillik yönteminin tarihsel gelişimini, hukukî özelliklerini, işlev ve sonuçlarını, başvuru koşullarını ve öngördüğü sonuçları incelemekte ve halihazırda Divan önünde görülmekte olan davalara bu madde temelinde yapılan müdahillik başvuruları ışığında gelişen uygulamayı değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Madde 62, Madde 63, Müdahillik, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü.

THE METHODS OF INTERVENTION IN CASES BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE II: THE INTERVENTION PROCEDURE PROVIDED BY ARTICLE 62 OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Abstract: Intervention in cases before the International Court of Justice (ICJ) is governed by Articles 62 and 63 of the ICJ Statute. These two distinct methods of intervention differ significantly in their underlying principles, historical development, legal characteristics, conditions, and the purposes they serve.

Article 63, often referred to as “special intervention” and the subject of a separate study, grants the right to states party to a multilateral international treaty -who are not directly involved in a dispute over the interpretation or application of that treaty- to present their views on the interpretation of the treaty provisions before the Court. On the other hand, Article 62 allows third states, which consider themselves to have a legal interest in the outcome of a case before the Court, to intervene either as parties or in a non-party capacity.

This article, which should be read in conjunction with our discussion on the intervention method under Article 63, focuses on the intervention procedure outlined in Article 62, commonly known as “general intervention”. It examines the historical development, legal characteristics, functions, and outcomes of this intervention method, while assessing the evolving practice of interventions under Article 62, with reference to current cases before the Court.

Keywords: Article 62, Article 63, International Court of Justice, Intervention, Statute of the International Court of Justice.

GİRİŞ

UAD önünde görülmekte olan davalara müdahillik Divan'ın Statüsü'nün 62. ve 63. maddelerinde düzenlenmektedir. 62. madde, Divan önünde görülmekte olan bir davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte bir hukukî menfaati olduğunu düşünen üçüncü devletin davaya, taraf olarak veya tarafa olmadan, müdahil olabilmesine imkân sağlamaktadır. “Genel müdahillik” olarak da adlandırılan bu müdahillik yöntemi “üçüncü devletlere Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olma ‘hakkı’ vermemekte, ‘talep’ niteliğindeki müdahillik başvurusunun gerekli şartları sağlayıp sağlamadığını değerlendirmeyi ve talebi kabul edip etmemeyi Divan’ın takdirine bırakmaktadır”¹. “Hususî müdahillik” olarak adlandırılan ve bir diğer çalışmamızın konusunu teşkil eden 63. madde müdahilliği ise “çok taraflı bir uluslararası andlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın doğrudan tarafı olmayan ancak andlaşmanın tarafı olan devletlerin andlaşma hükümlerinin ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin tutumlarını Divan’a iletme haklarını güvence altına almaktadır. 63. maddenin öngördüğü müdahillik, 62. maddede öngörülenin aksine, “hak” niteliğindedir”².

63. maddenin öngördüğü müdahillik yöntemini inceleyen çalışmamızda ifade ettiğimiz gibi 62. ve 63. maddelerde öngörülen müdahillik yöntemlerinin varlık sebepleri, tarihsel gelişimleri, hukukî nitelikleri, hizmet ettikleri amaçlar ve öngördükleri şartlar birbirinden oldukça farklıdır³. 63. maddede düzenlenen müdahillik yöntemi, devletlerin taraf oldukları uluslararası andlaşmaların koruyucuları ve yorumlayıcıları oldukları varsayımına dayanırken, 62. maddenin öngördüğü müdahillik yöntemi Divan’ın görmekte oldu-

¹ Robert, **Kolb**, The International Court of Justice, Hart Publishing 2013, s. 695; Manley, **Hudson**, The Permanent Court of International Justice, 1920-1924. A Treatise, New York 1943, s. 422; Onur, **Uraz** / Ceren Zeynep, **Pirim**, “Uluslararası Adalet Divanı Önünde Görülen Davalara Müdahil Olma Yolları I: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 63. Maddesinin Öngördüğü Müdahillik Usûlü”, Public and Private International Law Bulletin, Vol. 45, No. 2, 2025, Advance Online Publication Public and Private International Law Bulletin. <https://doi.org/10.26650/ppil.2025.45.2.1654447>, s. 4.

² **Uraz / Pirim**, s. 4. Bkz. *Case of the S. S. “Wimbledon” (Question of Intervention by Poland)* [1923] PCIJ, Series A, No. 1, 11, 12; Genel olarak bkz. George, **Barrie**, “Third-Party State Intervention in Disputes before the International Court of Justice: A Reassessment of Articles 62 and 63 of the ICJ Statute”, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 53, 2020, s. 1-20.

³ **Uraz / Pirim**, s. 4.

ğu bir davada vereceği karardan hukuken etkilenebilecek üçüncü devletlerin somut ve bireysel menfaatlerini korumaya yönelik bir araçtır⁴.

63. maddenin öngördüğü müdahillik yöntemine ilişkin çalışmamızla birlikte okunmasında fayda bulunan elinizdeki makale, 62. maddenin öngördüğü müdahillik yoluna hasredilmiştir. Makale, 62. maddede düzenlenen müdahillik yönteminin tarihsel gelişimini, hukukî özelliklerini, işlev ve sonuçlarını, başvuru koşullarını ve öngördüğü sonuçları incelemekte ve halihazırda Divan önünde görülmekte olan davalara bu madde temelinde yapılan müdahillik başvuruları ışığında gelişen uygulamayı değerlendirmektedir.

I. 62. MADDE MÜDAHİLLİĞİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

62. maddede öngörülen müdahillik yönteminin, temellerini -1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerine ve tahkim usûlüne dayanan 63. madde müdahillikliğinin aksine⁵- Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın (UDAD) tesis edilmesine yönelik hazırlık çalışmalarında bulduğu bilinmektedir. Dolayısıyla, üçüncü bir devlete, Divan önünde görülen ve kendisinin de tarafı olduğu çok taraflı bir uluslararası andlaşmanın yorumlanmasına ilişkin davalarda yorum sürecine katılma hakkı veren müdahillik anlayışı, günümüzde UAD Statüsü'nün 62. maddesinde düzenlenen müdahillik yönteminden daha önce gündeme gelmiştir.

Bilindiği üzere, uluslararası hukukta merkezî bir kanun koyucu ve kolluk kuvveti bulunmamakta, bu hukuk düzeni eşit ve egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Dolayısıyla, bir devletin bir başka devleti herhangi bir uluslararası yargı mercii önüne götürebilmesi için yargı mercii önüne götürülen devletin bu mercii'nin yargı yetkisini kabul etmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, uluslararası uyuşmazlıkların yargısal çözümü ka-

⁴ **Uraz / Pirim**, s. 4; Alina, **Miron** / Christine, **Chinkin**, "Article 63" in Andreas, **Zimmermann** / Christian, **Tams** / Karin, **Oellers-Frahm** / Christian, **Tomuschat** (eds), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2019, s. 2727-2777, s. 2730.

⁵ 1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 29 July 1899, entered into force 4 September 1900), 1 Bevans 230, 187 CTS 410; 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910), UKTS 6 (1907), 1 Bevans 577, 205 CTS 233; *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 1, 1877, s. 126-133, s. 131; Permanent Court of International Justice, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, June 16th-July 24th, 1920, with Annexes, s. 693-749. Bkz. Rosenne, **Shabtai**, *Intervention in the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff, 1993, s. 2.

musal bir fonksiyonun ifasından ziyâde uyuşmazlığın tarafları arasında etki doğuran bir çözüm yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır⁶. İşte 63. maddede ifadesini bulan müdahillik yöntemi “kamusal faydayı önceleyerek” bu ilkeye -kısmen- bir istisna teşkil etmiş ve üçüncü devletlere, tarafı olmadıkları uyuşmazlıklara ilişkin yargı süreçlerinin parçası olma hakkı tanımıştır. Amaç, çok taraflı uluslararası andlaşmaların doğru ve yeknesak bir biçimde yorumlanması ve hukukî belirliliğinin sağlanmasıdır.

62. maddede düzenlenen müdahillik yöntemi ise 63. madde müdahilliğine dair tartışmaların bir uzantısı olarak ve UDAD Statüsü’nün taslak metnini hazırlayan Danışma Komitesi’nin çalışmaları sırasında ortaya çıkmıştır⁷. Çalışmalar sırasında önerilen ve “*bir devlet, davadaki karardan etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaati olduğunu görürse, davaya katılmak amacıyla Divan’a talepte bulunabilir. Bu talebi karara bağlamak Divan’a aittir*” şeklinde kaleme alınan madde hiçbir değişikliğe uğramadan, olduğu gibi kabul edilmiştir⁸.

Bu noktada metnin Fransız dilinde hazırlandığının ve sonradan İngiliz diline çevrildiğinin ve bu iki metin arasında önemli bir fark bulunduğunun belirtilmesi gerekir. Şöyle ki; Fransızca “*lorsqu’un État estime que dans un différend un intérêt d’ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête à fin d’intervention*” şeklinde kaleme alınan hüküm, İngilizce’ye “*should a State consider that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case, it may submit a request to the Court to be permitted to intervene as a third party*” şeklinde çevrilmiştir. Bu çerçevede, Fransızca metin üçüncü devletin Divan’a “müdahillik başvurusunda” bulunabileceğini belirtirken, İngilizce metin üçüncü devletin Divan’a “davaya üçüncü taraf olarak müdahil olma izni verilmesi için talepte

⁶ Markus, **Benzing**, “Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals”, Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 5, 2006, s. 369-408, s. 374-377.

⁷ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Application by Malta to Intervene (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 13-14, para. 22-23; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta)*, Application by Italy to Intervene (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, Dissenting Opinion of Judge Oda, s. 95-97, para. 11-16). Bkz. Alina, **Miron** / Christine, **Chinkin**, “Article 62”, Andreas, **Zimmermann** / Christian, **Tams** / Karin, **Oellers-Frahm** / Christian, **Tomuschat** (eds), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, Oxford University Press, 2019, s. 2644-2726, s. 2649-2650.

⁸ Statute for the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations, League of Nations Treaty Series, Vol. 6, 1921, s. 391-413.

bulunabileceğini” öngörmüştür. Bu çerçevede, UDAD Statüsü’nün 62. maddesinin Fransızca düzenlemesi, bu maddenin öngördüğü müdahillik yönteminin davaya mutlaka taraf olmayı gerektirmediği şeklinde anlaşılmaktayken, İngilizce düzenlemesi bu müdahillik yöntemine başvuran üçüncü devletin davaya taraf olacağına işaret etmiştir.

İki metin arasındaki bu farklılık 1945 yılında kabul edilen UAD Statüsünde giderilmiş ve “üçüncü taraf olarak” ifadesi İngilizce metinden çıkarılmıştır; ki bu, metinde yapılan tek değişikliktir⁹. Bu değişiklik, aşağıdaki satırlarda da açıklanacağı üzere, 62. maddede düzenlenen müdahillik yöntemine ilişkin önemli bir kafa karışıklığını gidermiştir. En nihâyetinde,

“1. Bir devlet, davadaki karardan etkilenebilecek hukukî nitelikte bir çıkarı olduğunu düşünürse, Divan’dan müdahil olmasına izin verilmesini talep edebilir.

2. Bu talep hakkında karar vermek Divan’ın takdirindedir”

şeklinde kaleme alınan UAD Statüsü, 62. maddeye dayanacak müdahillik taleplerinin “davaya taraf olarak müdahillik” ve “davaya taraf olmadan müdahillik” şeklinde yapılabilmesinin önünü açmıştır.

UAD Statüsü 62. maddenin ilk halinin Fransızca ve İngilizce versiyonlarında var olan bir diğer farklılığı da gidermiştir. Şöyle ki; Fransızca metin, üçüncü devletin Divan önündeki “uymazlıktan” (*différend*) etkilenecek hukukî nitelikte bir menfaatinin bulunması durumunda davaya müdahillik başvurusunda bulabileceği şeklinde kaleme alınmış ve böylece bir müdahillik başvurusunun yapılabilmesi için oldukça geniş bir çerçeve çizmiştir. İngilizce metin ise müdahillik başvurusunun yapılabilmesi için üçüncü devletin “davada verilecek karardan” (*decision in the case*) etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaatinin bulunmasını” şart koşturmuştur. UAD Statüsü’nün nihâi versiyonu İngilizce metni temel almış, Divan da muhtelif kararlarında müdahillik taleplerinin kabulü için “davada verilecek karardan etkilenebilecek hukukî bir menfaatin varlığının” kanıtlanmasının şart olduğunu ifade etmiştir¹⁰.

⁹ **Miron / Chinkin**, “Article 62”, s. 2650.

¹⁰ Bkz. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment)* [1990] ICJ Rep. 92, s. 114, para. 52; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene (Judgment)* [1984] ICJ Rep. 3, s. 25, para. 40.

Tarihsel olarak incelendiğinde, devletlerin hem 62 hem de 63. maddede düzenlenen müdahillik yöntemlerine nadiren başvurdukları görülmektedir. Bununla birlikte, son dönemde Divan önüne getirilen *Gambiya / Myanmar*¹¹, *Ukrayna / Rusya*¹² ve *Güney Afrika / İsrail*¹³ davalarına 63. madde temelinde yapılan kitlesel müdahillik beyanlarına kadar, 62. maddenin devletlerce daha sık kullanıldığı bilinmektedir. Bu üç davaya kadar, UDAD ve UAD önünde açılmış olan davalara 63. maddeye dayanan beş müdahillik beyanı yapılmışken, 62. madde on farklı davada on dört farklı devletin müdahillik talebinin hukukî temelini teşkil etmiştir¹⁴. Halihazırda Divan önünde olan dört başvuru ise henüz karara bağlanmamıştır.

Divan önünde görülen davalara 62. madde temelinde yapılan müdahillik başvurularının yalnızca üçünün kabul edildiği¹⁵, 1990'lı yıllara kadar yapılan bütün başvuruların reddedildiği bilinmektedir. Robert Kolb, bu durumu, Divan'ın 1990'lara kadar takip ettiği anlayışın 62. madde müdahillliğini ne-redeyse imkânsız kıldığı tespiti ile açıklamaktadır. Yazara göre, "Divan'ın müdahillik hukukî yönlerini temel almayan eski içtihadı, birbirine zıt ve

¹¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar: 7 States intervening)*.

¹² *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

¹³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*.

¹⁴ *Case of the S. S. "Wimbledon" (Question of Intervention by Poland)* [1923] PCIJ, Series A, No. 1, s. 11 et seq. (UDAD önünde görülen Wimbledon davasına müdahil olmak isteyen Polonya'nın 62. maddeye dayanan talebi reddedilmiş, müdahillik 63. madde altında gerçekleştirilmiştir); *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Application by Fiji to Intervene* (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 320; *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *Application by Fiji to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 535; *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, *Application by Malta to Intervene* (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta)*, *Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, s. 25; *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case* (Order of 22 September 1995) [1995] ICJ Rep. 288, s. 306, para. 67; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, *Application by the Philippines for Permission to Intervene* (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Application by Honduras for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420; *Application by Costa Rica for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 348.

¹⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, *Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, *Application to Intervene* (Order of 21 October 1999) [1999] ICJ Rep. 1029; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, *Application for Permission to Intervene* (Order of 4 July 2011) [2011] ICJ Rep. 494.

anlamsız gereklilikler arasında gidip gelerek bu kurumun işletilmesini neredeyse imkânsız kılmaktaydı. Divan, bir yandan, kendi hak ve yükümlülüklerini ortaya koymak yerine sadece genel menfaatleri gündeme getirmek veya Divan'ı görüş ve tutumları hakkında bilgilendirmek isteyen üçüncü devletlerin davalara müdahil olmalarına izin vermiyordu. Diğer yandan, kendi hak ve yükümlülüklerini dile getiren ve Divan'ın vereceği kararla bağlı olmaya istekli olan devletlerin talepleri de davaların kapsamlarının genişleyeceği endişesiyle ve davanın taraflarının rızası olmadan kabul edilmiyordu. Bu çerçevede, Divan, çok uzun bir dönem boyunca 62. madde altında yapılan müdahillik taleplerini yalnızca davanın taraflarının rızası olması durumunda kabul etti ve müdahillik kurumu bu dönemde “davaya taraf olarak müdahillik” şeklinde tezahür etti. Bu anlayış, 1990 yılında El Salvador ve Honduras'ı karşı karşıya getiren *Kara, Ada ve Deniz Sınırları Uyuşmazlığı* davasında değişti ve Divan bu davaya Nikargua'nın yaptığı müdahillik talebini ‘fer’î bir usûl’ olarak değerlendirdi¹⁶. 62. madde müdahilliğinin, hâlâ katı koşulların varlığında kabul ediliyor olmasına rağmen, bu tarihten itibaren gerçek anlamda uygulanmaya başlandığını söylemek yanlış olmayacaktır¹⁷.

Kanaatimizce, tüm bu tespitlerin ve uygulamada geniş bir yelpazede tezahür eden sorunların temelinde, 62. maddenin lâfzının muğlâk bir biçimde kaleme alınmış olması ve İngilizce ve Fransızca metinler arasında ciddi bir uyumsuzluk bulunması yatmaktadır¹⁸. Nitekim 62. madde müdahilliğinin işlevi, kabul edilebilirlik koşulları, hukukî özellikleri ve sonuçları Divan'ın içtihadı ile açıklığa kavuşturulabilmiştir¹⁹.

II. 62. MADDE MÜDAHİLLİĞİNİN TEMEL İŞLEVLERİ VE HUKUKÎ ÖZELLİKLERİ

Üçüncü bir devlet, UAD önünde görülmekte olan bir davada verilecek kararın hukukî nitelikte bir menfaatini etkileme ihtimalinin bulunduğunu

¹⁶ **Kolb**, The International Court of Justice, s. 703-704. Bkz. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92.

¹⁷ **Kolb**, The International Court of Justice, s. 703-704.

¹⁸ Benzer bir görüş için Shabtai, **Rosenne**, The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Vol. III, Martinus Nijhoff Publishers 1997, s. 1497.

¹⁹ Bkz. *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene* (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 14-16, para. 23-27; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, s. 27-28, para. 45.

düşündüğü durumlarda, 62. maddeye dayanarak davaya müdahillik talebinde bulunabilir. Bu çerçevede, 62. maddenin temel işlevi, üçüncü devletlerin Divan tarafından yürütülen yargısal süreçten etkilenme ihtimali bulunan bireysel ve somut hukukî menfaatlerini korumaktır.

Bilindiği üzere ve UAD Statüsü'nün 59. maddesi uyarınca, Divan'ın kararları yalnızca davanın tarafları nezdinde ve o dava özelinde bağlayıcıdır²⁰; dolayısıyla kararların üçüncü devletler nezdinde *res judicata* etkisi yoktur. Bu çerçevede, 59. madde Divan önünde görülen uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü devletlerin menfaatlerinin yargılama sırasında doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilecek olması ihtimalinde dahi bu devletlere bütüncül bir koruma değil, yalnızca *post festum* bir koruma sağlamaktadır.

Oysa, uyuşmazlığın çözümlenmesi süreci üçüncü devleti etkileyebilecek nitelikte olabilir. Örneğin deniz yetki alanlarının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda Divan'ın kabul edeceği çözüm, coğrafi konumu nedeni ile üçüncü bir devleti etkileyebilir. Benzer bir biçimde, iki devlet arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın -örneğin bir sınır uyuşmazlığının- çözümlenmesi sırasında Divan'ın uygulayacağı ilkeler, uyuşmazlığın tarafı olan devletlerle sınırı olan veya bölgede bulunan üçüncü devletlerin içinde bulundukları diğer bazı uyuşmazlıkların çözümüne etki edebilecek ilkeler olabilir. İşte 62. madde müdahilliği, bu gibi durumlarda Divan önünde görülmekte olan davanın tarafı olmayan üçüncü devletlerin kendi menfaatlerini korumalarını sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu çerçevede, üçüncü devletin Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. maddeye dayanarak müdahil olmasına izin verilebilmesi için, korunması gereken bir hakka sahip olduğunu göstermesi gerekmektedir; davada verilecek karardan etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaatinin bulunduğunu göstermesi yeterlidir²¹. Bunun yanı sıra, müdahil olma talebinde bulunan devletin hukukî menfaatinin karardan mutlak olarak etkileneceğini kanıtlaması beklenmemekte, menfaatin “etkilenebileceğini” göstermesi yeterli addedilmektedir²². Müdahil olmak isteyen devletin hukukî menfaatinin

²⁰ Aksi yönde bir görüş için Robert, **Kolb**, The Elgar Companion to the International Court of Justice, Edward Elgar Publishing 2014, s. 361.

²¹ Hugh, **Thirlway**, The International Court of Justice, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 180; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment)* [1990] ICJ Rep. 92, s. 129, para. 87.

²² *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment)* [1990] ICJ Rep. 92, s. 117-118, para. 61.

esasa ilişkin karardan etkilenip etkilenmeyeceğine Divan tarafından her davanın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurularak karar verilecektir.

UAD Statüsü'nün 62 ve 63. maddelerinde düzenlenen müdahillik yöntemlerinin her ikisi de sadece çekişmeli yargılama süreçlerinde ve sadece devletler tarafından kullanılabilen arızî yöntemlerdir. Başka bir ifade ile, müdahillik kurumu yalnızca Divan önünde görülen davalarda işletilebilmekte ve Divan'dan talep edilen danışma görüşü süreçlerinde devreye sokulamamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası örgütler Divan önünde görülen davaların tarafı olmadıklarından bu davalara müdahillik talebi veya beyanında bulunabilmeleri mümkün değildir²³. “Bununla birlikte, UAD Statüsü'nün 66. maddesi, Divan'dan danışma görüşü istenmesi durumunda, bu istemin Divan önünde dava açma hakkına sahip olan bütün devletlere hemen bildirileceğini ve bu devletlerden ve uluslararası örgütlerden danışma görüşüne konu olan sorunla ilgili bilgi verebilecek olanların belli bir süre içinde yazılı açıklamalarını Divan'a iletebileceğini öngörmektedir. Böylece, Divan'ın danışma görüşü verme sürecine müdahil olmaları mümkün kılınmayan devletlerin, söz konusu görüşe ilişkin fikirlerini beyan etmelerine imkân tanındığı görülmektedir”²⁴. Ancak bu imkânın, müdahillik kurumuna özgü olan hak, sorumluluk ve sonuçları doğurmadığının belirtilmesinde fayda vardır²⁵. Bunun yanı sıra, Divan İç Tüzüğü'nün 43. maddesinde 2005 yılında yapılan değişiklik ile, uluslararası örgütlerin, tarafı oldukları uluslararası andlaşmalardan dolayı iki veya daha fazla devlet arasında doğan ve söz konusu andlaşmaların yorumunu gerektiren uyuşmazlıklarla ilgili hukukî görüşlerini Divan ile paylaşmalarına imkân tanınmıştır²⁶. Ancak bu hak da müdahillik kurumuna bağlanan sonuçları beraberinde getirmemektedir.

62. maddenin lâfzının muğlaklığı nedeni ile bu maddede düzenlenen müdahillik yönteminin tanımı ve işlevi hem geniş hem dar yorumlanmaya müsait olmuş ve hukukî özellikleri tartışma konusu teşkil etmiştir.

²³ *Acquisition of Polish Nationality* (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Series B, No. 7, s. 5.

²⁴ **Uraz / Pirim**, s. 8.

²⁵ *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations* (Advisory Opinion) [1989] ICJ Rep. 177, s. 178, para. 3; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (Advisory Opinion) [1999] ICJ Rep. 62, s. 64, para. 3. Farklı görüş için bkz. Juan José, **Quintana**, *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Brill / Nijhoff 2015, s. 932.

²⁶ **Quintana**, s. 936.

62. madde müdahilliğinin tartışmalı özelliklerine değinmeden önce; bu müdahillik usûlünün arızî bir usûl olduğu hususunda teorik bir uzlaşa bulunduğu altını çizmek gerekir²⁷. Daha açık bir ifade ile, müdahillik talebinin ve sürecinin akıbeti esas uyuşmazlığa bağlıdır; “ki müdahillik kurumuna ilişkin usûlî ilkelerin Divan İç Tüzüğü’nün ‘Arızî İşlemler / Muameleler’ (*Incidental Proceedings*) başlığı altında düzenlenmiş olması bu tespiti teyit etmektedir. Dolayısıyla, Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olmak isteyen devlet müdahillik sürecinde asıl uyuşmazlık bakımından çizilen sınırların dışına çıkamayacaktır. Bu çerçevede, müdahil devlet yargılama sırasında yeni bir uyuşmazlık teşkil edebilecek veya ilgili uyuşmazlığın nevini genişletecek ve/veya değiştirecek nitelikte iddialar ileri süremeyecektir. Müdahilliğin arızî nitelikte olması, Divan’ın, önüne getirilen uyuşmazlıkta yargı yetkisi olmadığına karar vermesi, davayı kabul edilemez bulması veya sürecin davanın taraflarınca sona erdirilmesi hallerinde müdahillik sürecinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu da doğuracaktır”²⁸.

Bu noktada, kanaatimiz, Divan önünde görülen bir davaya 62. madde altında “taraf olmadan” gerçekleştirilen müdahilliklerin bütünüyle arızî bir niteliğe sahip oldukları ancak “taraf olarak” gerçekleştirilen müdahilliklerin *sui generis* bir nitelik arz ettikleri yönündedir²⁹. Bu tespitin açıklanabilmesi için ise “taraf olarak müdahillik” ve “taraf olmadan müdahillik” kavramlarının ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir.

Şöyle ki; yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, 62. madde, bu maddeye dayanarak herhangi bir davaya müdahil olan devletlerin müdahalesinin niteliğine ilişkin muğlak bir düzenleme öngörmektedir; bu maddeye dayanarak davaya müdahil olan üçüncü devletin “davaya taraf olmadan yal-

²⁷ *Haya de la Torre Case* (Judgment) [1951] ICJ Rep. 71, s. 76; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), *Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 392, s. 425, para. 74; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras), *Application to Intervene* (Order of 28 February 1990) [1990] ICJ Rep. 3, s. 4; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador v. Honduras), *Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 127-128, s. 134, para. 84 ve 98.

²⁸ Bkz. **Uraz / Pirim**, s. 8; *Nuclear Tests* (Australia v. France), *Application to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 530, s. 531-533; *Nuclear Tests Case* (New Zealand v. France), *Application by Fiji for Permission to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 535, s. 536-538; **Kolb**, *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, s. 354.

²⁹ Aksi yönde bir görüş için bkz. Torres, **Bernárdez**, “L’intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 256, 1995, s. 193-458, s. 270-271.

nızca görüş ifade eden bir müdahil mi olduğu” (63. maddeye dayanan devletler gibi), yoksa “müdahalenin müdahil devleti anlaşmazlığın tarafı haline mi getirdiği” 62. maddede açıklığa kavuşturulmuş değildir. 62. maddenin bu muğlaklığı UAD’yi “taraf olarak müdahil olma (*intervention as a party*) talepleri” ile “taraf olmadan müdahil olma (*non-party intervention*) talepleri” arasında bir ayrım yapmaya itmiştir.

Divan, üçüncü bir devletin görülmekte olan bir davaya 62. madde altında taraf olarak müdahil olabilmesinin çok istisnâ ve katı koşullar altında mümkün olabileceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir. Nitekim, Divan’ın tesis ettiği bu katı koşullar nedeniyle 2024 yılında Nikaragua’nın Güney Afrika’nın İsrail aleyhine yaptığı başvuruya müdahil olma talebine kadar hiçbir devlet Divan önünde görülen davalara 62. madde altında taraf olarak müdahil olma talebinde bulunmamıştır³⁰. Bu bakımdan bir ilk olma niteliği taşıyan Nikaragua’nın talebi Divan tarafından henüz karara bağlanmamıştır³¹. Bu çerçevede, Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında taraf olarak müdahil olmak üçüncü devletler bakımından henüz teorik bir imkân olmanın ötesine geçebilmiş değildir.

Divan’ın, üçüncü devletlerin görülmekte olan bir davaya **taraf olarak müdahil olma** taleplerine ilişkin oldukça katı standartlar tesis ettiği ve üçlü bir test uyguladığı bilinmektedir. Buna göre:

- ilk olarak, devletin davaya müdahil olmasını gerektiren hukukî nitelikte bir menfaatinin (*interest of a legal nature*) veya hakkının bulunduğunu ve bu menfaatin veya hakkın davanın esasına ilişkin karardan etkilenebileceğini ispatlaması gerekmektedir. Davaya taraf olarak müdahil olan devletin, söz konusu haklara ilişkin karar alınmasını Divan’dan talep edebilmesi mümkündür. Müdahil devlet Divan’ın kararı ile bağlı olacaktır.

³⁰ Bkz. Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua in the *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, 23 January 2024, para. 25.

³¹ Honduras 2010 yılında, Nikaragua ve Kolombiya arasındaki *Kara ve Deniz Uyuşmazlığı* davasına taraf olarak müdahil olmayı istemiş, bu talebinin kabul görmemesi durumunda taraf olmadan müdahil olmak istediğini ifade etmiştir. Divan’ın Honduras’ın “hukukî menfaat unsurunun bulunmadığı” gerekçesiyle reddettiği bu başvuru 62. madde altında bir davaya taraf olarak müdahil olmak yönündeki ilk talep olsa da Divan’a alternatif sunan bir biçimde yapılmıştır. Dolayısıyla, Nikaragua’nın 2024 yılındaki başvurusu, gerçek anlamda ilk “taraf olarak müdahil olma” başvurusu addedilmektedir. Bkz. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420.

- ardından, devletin davaya müdahil olmasını gerektiren “meşru bir amacının” bulunduğunu ortaya koyması, başka bir ifade ile “müdahillğin meşru bir amaca hizmet etmesi (*object of the intervention*)” gerekmektedir. Bu unsur her talebin ve davanın özelinde incelenmekte ve Divan’ın dava ile müdahale talebi arasında var olması gereken bağlantıyı değerlendirmesine imkân vermektedir. Söz konusu bağlantı yeterince yakın olmalıdır ve müdahillik başvurusu hem müdahillik talebine hem de talebin nedenine atıfta bulunmalıdır.
- son olarak davaya taraf olarak müdahil olmak isteyen devlet, kendisi ile davanın tarafları arasındaki ilişkide dava açma hakkının yani Divan’ın yargı yetkisinin bulunduğunu (*jurisdictional link*) ortaya koymak veya uyumsuzluğun taraflarının müdahil olma talebine ilişkin açık rızalarını almak durumundadır.

62. madde altında **davaya taraf olmadan yapılan müdahil olma** taleplerine gelince; Divan’ın bu talepleri de üç aşamalı bir test uygulayarak değerlendirdiği görülmektedir:

- her şeyden önce, müdahil olmak isteyen devletin davaya müdahil olmasını gerektiren hukukî bir menfaatinin bulunup bulunmadığını ve bu menfaatin esasa ilişkin karardan etkilenip etkilenmeyeceğini ortaya koyması beklenmektedir. Davaya taraf olmadan müdahil olan devletler Divan’ın vereceği kararla bağlı olmayacaktır.
- ardından, üçüncü devletin davaya müdahil olmasının “meşru bir amaca hizmet etmesi” beklenmektedir; ki bu unsurun varlığı her talep ve dava özelinde ayrı ayrı incelenecektir.
- davaya taraf olmadan müdahil olma talepleri yapılırken müdahil olmak isteyen devletin kendisi ile davanın tarafları arasında mevcut bir yargı yetkisi bağı olduğunu ispat etmek zorunda olup olmadığına gelince; bu unsurun mutlak bir unsur olup olmadığı uzun süre tartışılmış ve Divan 62. maddenin lâfzından bu unsurun varlığının elzem olmadığı sonucunun çıktığı kanaatine varmıştır³². Oysa taraf olarak müdahil olma taleplerinin varlığında bu kriterin karşılanması zorunludur.

³² *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 132-135, para. 94-101.*

Üçüncü bir devletin Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. maddesinde altında “taraf olarak müdahil olması” ile “taraf olmadan müdahil olması” arasındaki ayrımın ana hatları Nikaragua’nın *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasına müdahillik talebinde bulunması vesilesiyle çizilmiştir. Nikaragua’nın başvurusunu değerlendiren Divan’a göre, “davaya müdahil olmasına izin verilen devlet, sadece müdahil olması nedeniyle aynı zamanda davanın tarafı haline gelmemektedir. Buna karşılık, davanın taraflarının gerekli rızayı göstermesi koşuluyla, müdahilin de davada taraf olması mümkündür. Davaya taraf olarak müdahil olan devlet kendi haklarının Divan tarafından verilecek kararda dikkate alınmasını ve tanınmasını isteyebilir; ki bu, müdahillik talebinin kabul edildiği hususlar bakımından kararın müdahil devlet için de bağlayıcı olacağı anlamına gelmektedir”³³.

Oysa taraf olmadan müdahillik hallerinde -UAD Statüsü’nün 59. maddesinin öngördüğü “Divan’ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır” hükmü geçerli olacağından-, karar müdahil devlet bakımından bağlayıcı olmayacaktır. Nitekim Divan’a göre bir davada görüşlerini ve menfaatlerini bildirme hakkı ile o davanın tarafı olma ve kararın ilgili devleti bağlaması iki farklı hukukî gerçekliği ifade etmektedir³⁴.

Görüldüğü üzere, bir davaya taraf olarak müdahil olmayı taraf olmadan müdahil olmaktan ayıran üç temel unsur vardır: İlk olarak, taraf olarak müdahillik usulünde, ya uyuşmazlığın taraflarının müdahillğe açıkça rıza göstermeleri ya da müdahillik talebinde bulunan devletle uyuşmazlığın tarafları arasında mevcut bir yargı yetkisi bağının mevcudiyeti gerekmektedir. Ardından, taraf olarak müdahillik halinde müdahil olan devlet Divan’dan kendi haklarına dair iddiaları da karara bağlamasını talep etme hakkını haizdir. Bununla birlikte, müdahil olmak isteyen devlet davaya yeni bir uyuşmazlık yaratacak şekilde müdahil olamaz veya başka bir devletin iddialarını öne süremez. Son olarak, davada verilecek karar, davaya taraf olarak müdahil olan için bağlayıcı olacaktır³⁵.

³³ *Idem*, s. 134-135, para. 99.

³⁴ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 609-610, para. 421-424.

³⁵ **Miron / Chinkin**, “Article 62”, s. 2656 ve s. 2698; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 610, para. 424.

Gerçekten de taraf olarak müdahillik (asli müdahillik) durumlarında, davaya müdahil olan devlet, davanın taraflarının hak ve yükümlülüklerinin neredeyse tamamına sahip olmakta; âdeta davaya eklemlenmektedir. Bu tür müdahilliği bir davaya taraf olmaktan ayıran yegâne unsur müdahilliğin asıl davanın varlığına ve sınırlarına bağlı olmasıdır. Bu çerçevede müdahil devletin davayı genişletebilmesi, değiştirebilmesi veya tek başına devam ettirebilmesi mümkün değildir.

Taraf olmadan müdahillik (fer'î müdahillik) yönteminde ise müdahil devlet asıl davanın tarafı haline gelmemekte, davanın taraflarının sahip oldukları haklara sahip olmamakta, sadece, kendileri için özel olarak öngörülmüş birtakım hak ve yükümlülüklerle donatılmaktadır³⁶. Bu nedenle kanaatimiz, 62. madde altında yapılan “davaya taraf olarak müdahillik” kurumunun *sui generis* bir yapı arz ettiği ve bütünüyle arızî olmadığı yönündedir³⁷.

Yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, 62. madde altında yapılan müdahillik taleplerini kabul edip etmemek, maddenin ikinci fıkrası uyarınca, Divan’ın takdirindedir; yani 62. madde “izin veren” (*permissive*) bir nitelik arz etmekte ve -63. madde müdahilliğinin aksine- üçüncü devletlere Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olma “hakkı” vermemektedir³⁸. Daha açık bir ifade ile, üçüncü devletin, Divan’ın önünde görülmekte olan bir davada verilecek kararın hukukî bir menfaatini etkileme ihtimalinin bulunduğunu ortaya koyması tek başına yeterli değildir. Divan’ın bu kanaati paylaşması ve talebi kabul edilebilir bulması da gerekmektedir³⁹.

Bu noktada Divan’ın takdir yetkisinin sınırları ve bu yetkinin ne şekilde kullanılacağı üzerinde durmakta fayda vardır. Öncelikle, Statünün hazırlık çalışmaları Divan’a bu hususta sınırsız bir takdir yetkisi verilmesi yönündeki önerilerin açıkça reddedildiğini göstermektedir⁴⁰. Divan’ın takdir yetkisi, müdahillik talebinin Statüde ve İç Tüzükte belirtilen koşullara riayet edilerek yapıp yapılmadığını kontrol etmekle sınırlıdır. Nitekim Divan, Tunus ve Libya arasında gördüğü *Kıt’a Sahanlığı* davasında, 62. maddenin 2. fıkrası

³⁶ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 135-136, para. 102.

³⁷ Benzer görüş için bkz. **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 719.

³⁸ Kısmen farklı bir görüş için bkz. **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 705.

³⁹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Honduras for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420, s. 433-434, para. 35-36.

⁴⁰ Bu öneriler için bkz. Permanent Court of International Justice, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists*, June 16th-July 24th, 1920, with Annexes, s. 593.

sının kendisine müdahillik taleplerinin kabulüne veya reddine ilişkin genel bir takdir yetkisi değil, sadece bu taleplerin kabul edilebilir olup olmadıklarını belirleme yetkisi verdiğinin altını çizmiştir⁴¹.

Bununla birlikte, Divan'ın bir müdahillik talebini incelerken yapacağı değerlendirmenin belli bir takdir yetkisi içerdiği de aşîkârdır. Zira müdahillik talebini incelemek maddî gerçeklere ilişkin bir değerlendirme yapmayı gerektirir; ki bu değerlendirme davanın sonucunun müdahil devlet üzerindeki etkisini tahmin ve takdir etmeyi de kapsar. Daha açık bir ifade ile, her ne kadar görülmekte olan davada verilecek kararın hukukî bir menfaatinin etkilenebileceğini ortaya koyma yükümlülüğü davaya müdahillik talebinde bulunan üçüncü devlete ait olsa da ve Divan bu hususta re'sen tahkikat yapmasa da Divan'ın üçüncü devletin hukukî bir menfaatinin "etkilenebileceğine" kani olması gerekir.

Divan bu kanaate ulaşırken, söz konusu hukukî menfaatin hangi yoğunlukta ve ne şekilde etkileneceğini dikkate alacaktır⁴². Divan'ın müdahillik talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararında bu talebin davaya taraf olarak müdahillik şeklinde mi yoksa taraf olmadan müdahillik şeklinde mi yapıldığı da rol oynayacaktır; davaya taraf olarak müdahillik talebinde bulunan devletin, davada verilecek karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukukî menfaatin bu müdahillik türünü meşru kılacak önemde olması gerekmektedir.

Divan, üçüncü devletin müdahillik başvurusunu değerlendirirken davanın asıl taraflarının müdahillik talebine ilişkin görüşlerini almakla yükümlüdür ancak bu görüşlerle bağlı değildir⁴³. Zira "Divan'ın müdahillik taleplerini değerlendirme yetkisi -aynen kendisine havale edilen davayı dinleme ve karara bağlama yetkisi gibi- davanın taraflarının rızasından değil, Statüsü'nün öngördüğü hükümlerden ve Statüye taraf olan devletlerin kendisine verdikleri rızadan kaynaklanmaktadır"⁴⁴. Bununla birlikte içtihat, Divan'ın

⁴¹ *Continental Sheff (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene* (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 12, para. 17.

⁴² **Kolb**, The International Court of Justice, s. 719.

⁴³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 133, para. 96; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, s. 28, para. 46.

⁴⁴ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 133, para. 96.

davanın taraflarının itiraz etmediği müdahillik taleplerine daha olumlu yaklaşmış olduğunu göstermektedir⁴⁵.

Bu noktada, söz konusu olan yetkinin Divan'ın müdahillik taleplerini değerlendirme yetkisi (*jurisdiction*) olduğunun vurgulanmasında fayda vardır. Taraf olarak müdahillik taleplerinin kabulü için gereken yargı yetkisi bağının varlığı bir kabul edilebilirlik şartı olduğundan, bu bağın varlığı başka bir değerlendirmenin (*admissibility*) konusunu teşkil etmektedir⁴⁶.

Bu noktada, Divan önünde iki devlet arasında görülmekte olan davanın konusunun üçüncü bir devletin sahip olduğu veya olabileceği bir hakla ilgili olması durumunda, bu üçüncü devletin yokluğunda davaya devam edilemeyeceği, başka bir ifade ile bu devletin davaya zorunlu olarak müdahil edilip edilemeyeceği sorusunun da sorulması gerekir. Bu mesele Divan'ın önüne 1954 *Monetary Gold* davası vesilesi ile gelmiştir. İtalya'nın, Fransa, Birleşik Krallık ve ABD'ye karşı açtığı davaya konu olan uyuşmazlık, Almanların İkinci Dünya Savaşı sırasında İtalya'nın başkenti Roma'dan aldıkları altınlarla ilişkindir. Fiziken Almanya'ya götürülen bu altınların mülkiyetinin Arnavutluk'a ait olduğu anlaşılmış ve savaş sonrasında Almanya ile yapılan tazminat andlaşması gereği tesis edilen tazminat komitesi söz konusu altınların bunlar üzerinde pay sahibi olan devletler arasında dağıtılmak üzere toplatılmasını kararlaştırmıştır⁴⁷. Altınlar üzerinde hangi devletin hakkı olduğuna ilişkin iki iddia ortaya atılmıştır. İlk olarak, Birleşik Krallık, Divan'ın 1949 *Korfu Boğazı* davasında verdiği karar⁴⁸ uyarınca Arnavutluk'un kendisine ödemesi gereken tazminatın -kısmen- karşılığı olarak altınların kendisine teslim edilmesi gerektiğini iddia etmiştir⁴⁹. Ardından İtalya, 1945 tarihinde kabul edilen bir Arnavutluk yasası nedeniyle zarara uğradığını ve altınların bu zararın kısmen karşılanabilmesi için kendisine verilmesini talep etmiştir⁵⁰. Diğer yandan, 1946'da Almanya ile akdedilen Tazminat Andlaşması'nı uygulamakla görevlendirilen Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve

⁴⁵ Miron / Chinkin, "Article 62", s. 2659.

⁴⁶ Miron / Chinkin, "Article 62", s. 2656 ve s. 2658.

⁴⁷ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)* (Judgment) [1954] ICJ Rep. 19, s. 25-27.

⁴⁸ *Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)* (Judgment on the Compensation) [1949] ICJ Rep. 244.

⁴⁹ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)* (Judgment) [1954] ICJ Rep. 19, s. 21.

⁵⁰ *Idem*, s. 22.

Birleşik Krallık hükümetleri, 1951 yılında yayınladıkları Washington Bildirisi'nde, İtalya veya Arnavutluk'un, haklarının karara bağlanmasını belli bir süre içinde Divan'dan talep etmemeleri halinde altınların Birleşik Krallık'a teslim edilmesi gerektiğini beyan etmişlerdir. Arnavutluk bu beyanın ardından herhangi bir eylem veya işlemde bulunmamış, İtalya ise Divan'a başvurmuş ve talebinin Birleşik Krallık'ın talebinden önce dikkate alınması gerektiğini iddia etmiştir⁵¹.

Divan, kararında, davanın konusunu teşkil eden altınların doğrudan Arnavutluk'un mülkiyetinde bulunduğunu; uyumsuzluğun "üçüncü tarafı" olan Arnavutluk'un rızası olmadan, İtalya'nın Arnavutluk'a ilişkin iddialarının değerlendirilmesinin mümkün olmadığını; dolayısıyla yargı yetkisi bulunmayan Divan'ın İtalya'nın Arnavutluk'a ait altınlara yönelik talebi hakkında karar veremeyeceğini ifade etmiştir⁵².

Zamanla "*Monetary Gold Principle*" olarak isimlendirilen bu ilkeye göre, uluslararası hukukta rıza esastır ve uluslararası yargı mercilerinin bir devletin rızası olmadan söz konusu devlet üzerinde yargı yetkisi kullanabilmeleri mümkün değildir. Bu çerçevede Divan, bazı ulusal yargı mercilerinin aksine, görülmekte olunan bir davada üçüncü bir devleti "zarûrî üçüncü taraf" addederek yargılama sürecine katma hak ve yetkisini haiz değildir⁵³. Dolayısıyla, görülmekte olan dava üçüncü bir devletin haklarını da ilgilendiriyorsa ve bu devlet davaya müdahil olmak istemiyorsa Divan davayı görmeye devam edemeyecektir⁵⁴. Diğer yandan, davanın üçüncü devletin herhangi bir hakkını değil de menfaatini etkileme ihtimalinin bulunduğu durumlarda, bu durum Divan'ın davayı göremeyeceği anlamına gelmeyecektir⁵⁵.

62. maddede düzenlenen müdahillik yöntemine ilişkin bir diğer önemli mesele, bu maddeye dayanan müdahillik taleplerinin davanın "ihtiyâfî tedbir" veya "yargı yetkisi" ve "ilk itirazlar" aşamalarında yapılmasının mümkün olup olmadığı meselesidir. Aşağıdaki satırlarda ayrıntılı bir biçimde ele

⁵¹ *Idem*, s. 26.

⁵² *Idem*, s. 34.

⁵³ *East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment), Separate Opinion of Judge Shahabuddeen [1995] ICJ Rep. 90, s. 119.

⁵⁴ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)* (Judgment) [1954] ICJ Rep. 19, s. 32.

⁵⁵ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Quintana**, s. 911 *et seq.*

alınacağı üzere, Divan İç Tüzüğü'nün 81. maddesi, 62. madde müdahillliği-nin en kısa zamanda ve her halde cevap dilekçesi için belirlenmiş son tarihten önce yapılması gerektiğini hükme bağlamaktadır. UAD Statüsünde veya İç Tüzükte müdahillik talebinin söz konusu aşamalar sırasında yapılmasını veya bu aşamalara ilişkin olmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Divan'ın bu meselede takındığı tutumun kısıtlayıcı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Şöyle ki; üçüncü bir devletin bir davaya bu davanın ihtiyâtî tedbir aşamasına ilişkin olarak 62. madde altında müdahil olabilmesi teorik olarak mümkündür; bunun için davada verilecek ihtiyâtî tedbirlerden etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaatin veya hakkın varlığını kanıtlamak gerekir. Bununla birlikte, ihtiyâtî tedbir sürecinin ivedi niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bu yönde bir müdahillik başvurusunun hazırlanması ve Divan tarafından değerlendirilmesi oldukça güç görünmektedir. Nitekim günümüze dek bu tür bir müdahillik başvurusu yapılmış değildir.

Buna karşılık, davaya “yargı yetkisi” (*jurisdictional stage*) ve/veya ilk itirazlar (*preliminary objections*) aşamalarında müdahil olunup olunamayacağı meselesi Divan tarafından birden fazla uyuşmazlık vesilesi ile tartışılmıştır. İlk olarak, Fiji 1973 tarihinde Yeni Zelanda ve Avustralya'yı Fransa ile karşı karşıya getiren *Nükleer Denemeler* davalarına UAD Statüsü'nün 62. maddesine dayanarak ve davalar henüz yargı yetkisi aşamasındayken yani Divan henüz yargı yetkisine sahip olup olmadığına dair itirazları karara bağlamamışken müdahil olma başvurusunda bulunmuştur⁵⁶. Fransa Fiji'nin müdahillik başvurusunu “Divan'ın somut olayda yargı yetkisinin bulunduğunu varsayarak” yani yapılması gereken zamandan daha önce yaptığını, oysa Divan'ın davayı görmeye yetkili olmadığını ve davanın bu gerekçeyle reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁷. Divan, müdahillik başvurusunun konusunun davanın içinde bulunduğu aşamaya değil, esasa ilişkin olduğunu kabul etmiş, ancak müdahillik başvurusunu reddetmektense bu başvuruya dair değerlendirme yapmayı yargı yetkisi meselesi çözümlene kadar öteleme-

⁵⁶ Application by the Government of Fiji for Permission to Intervene under the terms of Article 62 of the Statute in the *Case concerning Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, 18 May 1973; Application by the Government of Fiji for Permission to Intervene under the terms of Article 62 of the Statute in the *Case concerning Nuclear Tests (Australia v. France)*, 16 May 1973.

⁵⁷ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Application by Fiji to Intervene (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 320, s. 321.

ye hükmetmiştir⁵⁸. Bununla birlikte, UAD uyuşmazlığa dair kararını vermeden önce Fransa nükleer denemelerine son vereceğini taahhüt etmiş ve bu taahhüt Divan tarafından bağlayıcı addedilmiştir⁵⁹. Bu çerçevede, davaların konusuz kaldığına ve sona erdiğine hükmeden Divan, 20 Aralık 1974 tarihindeki kararları ile Fiji'nin müdahillik taleplerinin de kendiliğinden sona erdiğine karar vermiştir⁶⁰.

Benzer bir süreç, 1995 yılında Yeni Zelanda ve Fransa'yı Divan'ın 1974 tarihli bu kararıyla ilgili tekrar karşı karşıya getiren yeni bir uyuşmazlıkta da yaşanmış ancak Yeni Zelanda'nın Fransa aleyhine açtığı davanın reddedilmesi nedeni ile davaya yönelik müdahillik talepleri karara bağlan(a)mamıştır⁶¹.

Mesele, El Salvador Nikaragua ve ABD arasında görülen *Nikaragua* davasına 1984 yılında UAD Statüsü'nün 63. maddesi altında müdahil olmak istediğinde tekrar gündeme gelmiştir. El Salvador, davaya müdahil olma talebini Divan'ın davayı görmeye yetkili olup olmadığının belirlendiği aşamada dile getirmiş ve sonradan ortaya çıkabilecek haklarını saklı tutarak davaya bu aşamada müdahil olmak istediğini açıkça belirtmiştir. Divan El Salvador'un bu talebini değerlendirmeyi ötelememiş, kabul edilemez bulunmuştur. Zira El Salvador'un davanın yargı yetkisi aşamasında yaptığı müdahillik beyanında Divan'a ilettiği yorumlar, davaya konu teşkil eden uluslararası andlaşmaların ve bunların hükümlerinin davanın yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik aşamalarına ilişkin olmayan, davanın esasına ilişkin yorumlardır⁶². Bu çerçevede, *Nikaragua* davası Divan'ın 62. madde ve 63. maddeye dayanan müdahillik talep ve beyanlarının davaların yargı yetkisi ve ilk itirazlar aşamalarında yapılması-

⁵⁸ *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 324; *Nuclear Tests (Australia v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 320. Bkz. **Uraz / PİRİM**, s. 9.

⁵⁹ *Nuclear Tests (Australia v. France) (Judgment)* [1974] ICJ Rep. 253, para. 41; *Nuclear Tests (New Zealand v. France) (Judgment)* [1974] ICJ Rep. 457, para. 44.

⁶⁰ *Nuclear Tests (Australia v. France), Application to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 530; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 535.

⁶¹ Müdahillik talep eden devletlerin, müdahillik başvurularının davaların yargı yetkisi aşamasında yapılmasına herhangi bir engel bulunmadığı yönündeki görüşleri için bkz. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Courts Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case* (Order of 22 September 1995) [1995] ICJ Rep. 288, s. 301, s. 306-307, para. 24-25, 41, 67.

⁶² *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Declaration of Intervention of the Republic of El Salvador* (Order of 4 October 1984) [1984] ICJ Rep. 215.

nın önünde, söz konusu talep ve beyanların bu aşamalar ile ilişkili olması kaydı ile, bir engel bulunmadığını teyit etmiştir⁶³.

Bu mesele son olarak *Ukrayna / Rusya* davasında gündeme gelmiştir. Söz konusu davada, Rusya üçüncü devletlerin yargı yetkisi ve ilk itirazlar aşamasında davaya müdahillik başvurusu yapamayacaklarını ileri sürmüş ve yapılan müdahillik beyanlarının -*Nikaragua* kararından da hareketle- davanın esasına ilişkin olduğunu ve dolayısıyla reddedilmeleri gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Divan ise, Rusya'nın üçüncü devletlerin yargı yetkisi ve ilk itirazlar aşamasında davaya müdahillik başvurusu yapamayacakları yönündeki itirazını, bu itirazı destekleyen herhangi bir İç Tüzük hükmü olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir⁶⁵. Divan'a göre, uyuşmazlığın tespitine ve kapsamına dair ara kararın müdahillik beyanlarından önce alınması zorunluluğu bulunmamaktadır; bu çerçevede "ilk itirazlar aşamasında belli hükümlerin yorumlanmasının söz konusu olması halinde, devletlerin bu hükümlere ilişkin yorumlarını sunmak üzere davaya bu aşamada müdahil olmaları" mümkündür⁶⁶.

Rusya'nın itirazına zemin hazırlayan mevzuat boşluğu Divan'ın İç Tüzüğü'nün 81. maddesinde 1 Haziran 2024 tarihinde yapılan değişiklikle giderilmiştir. Yapılan değişiklikle, 81. maddesinin 3. fıkrası "*müdahillik beyanının ilk itirazlara ilişkin olması halinde, bu beyan mümkün olan en kısa sürede ve ilk itirazlara ilişkin gözlem ve görüşlerin yazılı olarak sunulması için belirlenen tarihten geç olmamak kaydıyla sunulacaktır*" şeklinde kaleme alınmış ve böylece mesele açıklığa kavuşturulmuştur.

Rusya'nın *Ukrayna / Rusya* davasında ileri sürdüğü "müdahillik beyanının davanın esasına ilişkin oldukları ve dolayısıyla reddedilmeleri gerektiği"

⁶³ **Miron / Chinkin**, "Article 63", s. 2727 ve s. 2753; **Quintana**, s. 944; **Kolb**, The International Court of Justice, s. 736. Divan, davanın esasına geçildikten sonra El Salvador'un tekrar müdahillik beyanında bulunabileceğini de vurgulamıştır. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Declaration of Intervention of the Republic of El Salvador (Order of 4 October 1984) [1984] ICJ Rep. 215, s. 216. Oysa kanaatimizce, Divan'ın Fiji'nin yukarıda zikredilen başvurusunda olduğu gibi El Salvador'un başvurusunu değerlendirmeyi ötelemesi usûl ekonomisi açısından daha yerinde olurdu.

⁶⁴ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, The Russian Federation's Written Observations on Admissibility of the Declarations of Intervention submitted by France, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, New Zealand, Poland, Romania, Sweden, The United Kingdom and The United States, 17 October 2022, s. 27 et seq.

⁶⁵ *Idem*, s. 3 et seq.

⁶⁶ *Idem*, para. 68.

yönündeki itirazı da Divan tarafından reddedilmiştir. Divan, görmekte olduğu bir davaya ilk itirazlar aşamasında müdahillik başvurusunda bulunan üçüncü devletlerin Divan'ın yargı yetkisine ve bu yetkinin *ratione materiae* kapsamına ilişkin hükümlerini yorumlayabileceklerini ve bu yorumların bu aşamada müdahillik talebinin konusunu oluşturabileceğini ifade ederek önceki içtihadını takip etmiştir. Ancak Divan, davaya ilk itirazlar aşamasında müdahil olmak isteyen devletin bir uluslararası andlaşmanın davanın esasına konu teşkil eden hükümlerine dair yorumlarını dikkate alamayacağını ifade etmiştir. İlk itirazlar aşamasında yapılan müdahillik beyanının hem Divan'ın yargı yetkisine hem de davanın esasına ilişkin olması durumunda ise Divan sadece yargı yetkisinin belirlenmesiyle ilgili olan kısımları dikkate alacaktır⁶⁷.

III. 62. MADDE MÜDAHİLLİĞİNİN HUKUKÎ SONUÇLARI

Üçüncü devletlerin Divan önünde görülen davalara 62. madde altında müdahil olmalarının hukukî sonuçlarına gelince; bu sonuçların davaya taraf olarak müdahillik ve davaya taraf olmadan müdahillik halleri birbirinden ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Zira Divan önünde görülmekte olan davaya taraf olmadan müdahil olma başvurusunda bulunan devletin temel amacı hak ve menfaatlerine ilişkin dinlenme hakkını kullanmaktır; davaya taraf olarak müdahil olmak isteyen devlet ise bir hukukî uyuşmazlığın çözümünü amaçlamaktadır.

Bu çerçevede, davaya taraf olmadan müdahil olan devlet Divan'ın Statüsü, İç Tüzüğü ve usûl hukukunun genel ilkeleri uyarınca taraf statüsüne bağlı haklar kazanamayacak ve bu statüye bağlı yükümlülöklere tâbi olmayacaktır⁶⁸. Davaya taraf olmadan müdahil olan devlet Divan önünde sadece görüşlerini ve hukukî menfaatine dair mülâhazalarını sunma hakkını haiz olacaktır. Divan, içtihadında müdahil devletin müdahillik sonucunda elde ettiği tek usûlî hakkın “dinlenilme hakkı” olduğunu ifade etmektedir⁶⁹; ki bu hak müdahillüğünün yargılamanın tüm konusuyla ilgili olmadığı hallerde sınırlandırılabilir⁷⁰. Bu çerçevede, davaya taraf olmadan müdahil olan devlet,

⁶⁷ *Idem*, para. 74.

⁶⁸ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 135-136, para. 102.

⁶⁹ *Quintana*, s. 905.

⁷⁰ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua Intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 609-610, para. 423.

hukukî görüş ve yorumlarını sadece müdahillik talebinin kabul edildiği çerçevede bildirebilecektir.

Davaya taraf olmadan müdahil olan devlet Divan'ın vereceği kararla bağlı olmayacaktır⁷¹; dolayısıyla üçüncü bir devletin bir davaya taraf olmadan müdahil olmasının uygulamada *amicus curiae* kurumundan farksız olmadığı görülmektedir⁷². O kadar ki, El Salvador ve Honduras arasındaki *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasına 62. madde altında müdahillik başvurusunda bulunan Nikaragua, davaya taraf olmadan müdahil olmak istediğini ancak Divan'ın vereceği kararla bağlı olmaya hazır olduğunu belirtmiş⁷³, ancak bu talep Divan tarafından reddedilmiştir. Divan'a göre, “*res judicata* etki sadece tek bir yönde işlememektedir: müdahil devlet davaya taraf olur ve böylece kararla bağlı hale gelirse, kararın bağlayıcılığını diğer taraflara karşı da ileri sürme hakkına sahip olacaktır. Divan önündeki bir davaya taraf olmayan bir devletin ise, davaya müdahil olarak kabul edilsin veya edilmesin, kendi tek taraflı eylemi ile kendisini taraf konumuna getirmesi ve asıl taraflara karşı karara dayanma hakkına sahip olduğunu iddia etmesi mümkün değildir”⁷⁴. Somut uyuşmazlıkta davanın tarafı olan El Salvador ve Honduras'ın Nikaragua'nın kararla bağlı olmasını gerektirecek bir statüye kavuşturulmasına rıza göstermediğini ifade eden Divan, bu koşullarda, kararının Nikaragua nezdinde *res judicata* olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁵.

Bununla birlikte, bazı hâkimler Divan'ın bu muhakemesine katılmamış ve kaleme aldıkları karşı görüşlerde, devletlerin sorumluluk sahibi olmadan hak sahibi olamayacaklarını ve bu çerçevede Divan kararlarının en azından müdahil oldukları kısımları ile⁷⁶ bağlı olmaları gerektiğini belirtmişlerdir⁷⁷.

⁷¹ *Idem*, s. 609, para. 421-423; **Quintana**, s. 423.

⁷² **Quintana**, s. 900.

⁷³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment)* [1990] ICJ Rep. 92, s. 108-109, para. 38; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua Intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 609-610, para. 422, 424.

⁷⁴ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua Intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 609-610, para. 422, 424.

⁷⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua Intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, s. 609-610, para. 422, 424.

⁷⁶ *Bkz. Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene (Judgment)* [1981] ICJ Rep. 3, Separate Opinion of Judge Oda, s. 27, para. 9; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene (Judgment)* [1984] ICJ Rep. 3, Dissenting Opinion of Judge Oda, s. 108, para. 35.

Benzer bir biçimde, Kolb ve Quintana gibi bazı uluslararası hukukçular da Divan önündeki davaya taraf olmadan müdahil olan devletin Divan'ın kararının en azından müdahilliğin konusuna ilişkin kısımları ile bağlı olması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁸. Kanaatimiz de Divan önünde görülen bir davaya taraf olmadan müdahil olan devletin Divan'ın kararı ile bağlı olmayacağı yönündeki görüşün sorunlu ve genel hukuk mantığına aykırı olduğu yönündedir. Zira Quintana'nın da ifade ettiği üzere, Divan önündeki bir davaya taraf olmadan müdahillik talebinde bulunan devlet davada etkileneceğini düşündüğü menfaatlerin içeriği ve kapsamı hakkında Divan'ı bilgilendirme hakkından yararlanabilmekte ve böylece, talebi kabul edilmese bile, amacına büyük ölçüde ulaşabilmektedir⁷⁹. Divan'ın kararının müdahillik talebinde bulunan devlet için bağlayıcı olmayacağının kabulü, söz konusu devletin hiçbir yükümlülük altına girmeden önemli bir menfaat elde etmesi sonucunu doğurmaktadır.

Divan önünde görülen davaya 62. madde altında taraf olarak müdahil olmanın hukukî etki ve sonuçlarına gelince; bu hallerde Divan'ın vereceği karar müdahil devlet için bağlayıcı olacaktır. Zira bu tür müdahillikler, müdahil olan devletin herhangi bir menfaatini korumanın ötesine geçmekte ve müdahil devlet için de uyuşmazlık çözümü işlevi gören bir kurum niteliğine bürünmektedir. Bununla birlikte, müdahil devlet davanın taraflarından farklı olarak sadece müdahil olduğu hususlara ilişkin hükümlerle bağlı olacaktır⁸⁰.

Görmekte olduğu davalara taraf olarak müdahil olma taleplerini değerlendiren Divan'ın, bu talepleri kabul etmesi durumunda, müdahilliğin kapsamını sınırlayabilmesi mümkündür⁸¹. Bu çerçevede, davaya taraf olarak müdahillik başvurusunun kabulü taraflar arasında üç farklı hukukî rejimin uygulanması sonucunu doğuracaktır⁸².

⁷⁷ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras: Nicaragua Intervention)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351, Declaration of Judge Oda, s. 620; Separate Opinion of Judge Torres Bernárdez, s. 730-731, para. 208.

⁷⁸ **Quintana**, s. 903.; **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 728.

⁷⁹ **Quintana**, s. 905.

⁸⁰ Bkz. *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Honduras for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420, s. 429, para. 18.

⁸¹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene* [2011] ICJ Rep. 348, s. 361-362, para. 42-43.

⁸² **Quintana**, s. 908.

IV. 62. MADDE MÜDAHİLLİĞİNİN KOŞULLARI

1. Esasa İlişkin Koşullar

UAD Statüsü'nün 62. maddesi, Divan önünde görülmekte olan bir davaya bu maddeye dayanarak müdahil olmak isteyen devletlerin Divan'ın davada vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte bir hukukî menfaat sahibi olmaları gerektiğini hükme bağlamakta ve müdahillik talebinin kabulü için bunun dışında esasa ilişkin herhangi bir koşul öngörmemektedir. Esasa ilişkin koşulların Divan İç Tüzüğü'nün 81. maddesinin 5. fıkrasında düzenlendiği görülmektedir.

Bu çerçevede, Divan'ın görmekte olduğu davaya müdahil olmak isteyen devlet, müdahillik başvurusunda, söz konusu davada verilecek karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukukî nitelikteki menfaati, müdahillik talebinin açık amacını ve davanın tarafları arasındaki yargı yetkisi bağını ortaya koymalıdır⁸³.

A. Hukukî Menfaat Koşulu

Divan önünde görülen bir davaya 62. madde altında müdahillik başvurusunda bulunacak olan devletin, her şeyden önce, davaya müdahil olmasını gerektiren hukukî nitelikte bir menfaatinin bulunduğunu ve bu menfaatin Divan'ın esasa ilişkin kararından etkilenebileceğini ortaya koyması gerekmektedir. Bu koşul yerine getirilmesi güç bir koşuldur; günümüze kadar 62. madde altında yapılan müdahillik başvurularının büyük bir kısmının Divan tarafından bu koşulun yerine getirilmediği gerekçesi ile reddedildiği bilinmektedir. Gerçekten de bugüne kadar, 62. madde altında çok az sayıda taraf olmadan müdahillik talebinde bulunulduğu ve bu taleplerin çoğunlukla sınır uyuşmazlıklarına ilişkin olduğu görülmektedir. Söz konusu müdahillik taleplerinin büyük çoğunluğu reddedilmiş ve Divan, ret kararlarını genellikle “müdahil olmak isteyen devletlerin uyuşmazlıkta hukukî nitelikte menfaatleri bulunduğunu yeterince ortaya koyamadıkları” gerekçesine dayandırmıştır⁸⁴.

Müdahillik başvurusunda bulunan devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek hukukî bir menfaatinin bulunduğu Divan tarafından her davanın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurularak tespit edilir. 62. madde “*müdahil olmak isteyen devletin dayandığı menfaatin hukukî nitelikte*

⁸³ Müdahillik talebinde bulunana devlet, dilekçesinde temsilcisinin adını ve başvurusunun ilgili olduğu davayı da belirtmek durumundadır.

⁸⁴ Barrie, s. 8.

olmasını gerektirmektedir; yani bu menfaat, tamamen siyâsî, ekonomik veya stratejik nitelikteki bir iddianın aksine, devletin hukuka dayalı gerçek ve somut bir iddiasının konusu olmalıdır”⁸⁵. Bu çerçevede, Divan’ın vereceği kararın, müdahillik talebinde bulunan devlete ilişkin hukukî bir durumu/pozisyonu etkileme veya değiştirme ihtimalinin varlığı aranmaktadır. Divan’ın içtihadında ifade ettiği üzere, müdahillik talebinde bulunan devletin davaya müdahil olmasını gerektiren hukukî nitelikteki menfaatinin açık bir biçimde tanımlanması beklenmektedir⁸⁶.

“Hukukî nitelikteki menfaat” kavramı “sübjektif hak” kavramından ayrılmaktadır. Hukukî nitelikteki menfaat haktan daha geniş kapsamlıdır; hak bir hukuk normu tarafından korunan ve hukuk düzeni içinde “ihlâl” edene karşı ileri sürülebilir bir iddia iken, hukukî menfaatin mutlaka bir hukuk normu tarafından korunması gerekmemektedir. Müdahillik başvurusunda bulunan devletin, Divan’ın vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte bir “hak” sahibi olduğunu kanıtlaması gerekmemekte, hukukî bir menfaat sahibi olduğunu ortaya koyması yeterli addedilmektedir⁸⁷. Bununla birlikte, hukukî nitelikteki menfaatin hukukî bir iddiaya çevrilmesi müdahillik başvurusunun başarısı için gereklidir.⁸⁸

Divan tarafından uygulanacak uluslararası hukuk kural ve ilkelerine ilişkin genel ya da özel bir menfaat 62. madde altında yapılacak bir müdahillik başvurusu için yeterli değildir⁸⁹. Divan hukukî nitelikteki menfaatin bireyselleşmiş olmasını istemektedir⁹⁰. Örneğin Malta’nın Tunus ve Libya

⁸⁵ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Costa Rica for Permission to Intervene [2011] ICJ Rep. 348, s. 358, para. 26; **Kolb**, The International Court of Justice, s. 358.

⁸⁶ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 118, para. 62.

⁸⁷ **Kolb**, The Elgar Companion to the International Court of Justice, s. 358; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 129, para. 87.

⁸⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Costa Rica for Permission to Intervene [2011] ICJ Rep. 348, s. 358, para. 26.

⁸⁹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 124, s. 126, para. 76 ve 82.

⁹⁰ Kéba, **Mbaye**, “L’intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice”, Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye, Vol. 209, 1988, s. 223-345, s. 292; Beatrice, **Bonafé**, “Discretionary Intervention (Article 62, Statute of the Court)”, Paula Almeida, **Wojcikiewicz** / Jean-Marc, **Sorel** (eds), Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law, Routledge 2017, s. 98-108, s. 99.

arasında görülen *Kıt'a Sahanlığı* davasına müdahil olma talebini değerlendiren ve reddeden Divan, Malta'nın öne sürdüğü hukukî menfaatlerin hiçbirinin mevcut davada Tunus ve Libya arasında veya kendisi ile bu devletlerden herhangi biri arasında doğrudan var olmadığını belirtmiştir⁹¹. Bunun yanı sıra, Divan ileri sürülen hukukî menfaatin somut olmasını talep etmekte, hukukî menfaatin soyut bir biçimde ortaya konulmuş olması müdahillik talebinin reddedilme gerekçesi addedilmektedir. Dahası Divan, *Kıt'a Sahanlığı* davasında, üçüncü devletlerin görülmekte olan davalara 62. madde altında müdahil olmalarını daha da zorlaştıran bir koşul getirmiş ve müdahil olmak isteyen devletin ileri sürdüğü menfaatin bölgedeki diğer devletlerin menfaatlerinden farklı, hususî bir menfaat olması gerektiğini belirtmiştir⁹². Divan, kararında, davaya müdahillik başvurusunda bulunan devletin bu başvuruya yeni bir uyuşmazlık ileri süremeyeceğini de ifade etmiştir⁹³.

Müdahillik başvurusunda bulunan devletin Divan'ın davada vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte bir hukukî menfaatinin bulunması ve bu menfaatin somut ve bireysel olması koşullarının, davanın taraflarından birinin *erga omnes* ve *erga omnes partes* yükümlülükleri ihlâl etmiş olması halinde sağlanıp sağlanmayacağı güncel bir tartışma konusudur.

Şöyle ki; Nikaragua, Filistin ve Belize, Güney Afrika'nın İsrail aleyhine 1948 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin (Soykırım Sözleşmesi) ihlâl edildiği gerekçesi ile 2023 yılında açtığı davaya, Polonya da Ukrayna'nın Rusya aleyhine yine aynı sözleşmenin ihlâl edildiği iddiası ile 2022 yılında açtığı davaya 62. madde altında müdahillik başvurusunda bulunmuşlardır. Halen Divan'ın önünde bulunan bu davalara müdahillik talebinde bulunan devletler, Divan'ın vereceği kararların hukukî menfaatlerini tamamen (Nikaragua⁹⁴ ve Belize⁹⁵) veya kısmen (Filistin⁹⁶ ve Polonya⁹⁷)

⁹¹ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene* (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 12, para. 19.

⁹² *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)* (Judgment) [1982] ICJ Rep. 18, para. 15.

⁹³ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene* (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 12, para. 31.

⁹⁴ Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*South Africa v. Israel*), s. 7-8.

⁹⁵ Application for permission to intervene and declaration of intervention submitted by Belize in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*South Africa v. Israel*), para. 33 et seq.

etkileyebileceği iddialarını, İsrail'in ve Rusya'nın ihlâl ettikleri yükümlülüklerin *erga omnes* ve *erga omnes partes* nitelik taşıyan yükümlülükler olduğu iddiası ile temellendirmişlerdir.

Bilindiği üzere, UAD *Barcelona Traction* davasında bir devletin uluslararası sorumluluğunun başka bir devlete karşı doğabileceği gibi uluslararası toplumun tamamına karşı da doğabileceği yönünde önemli bir ayırım yapmış, uluslararası toplumun tamamına yönelik yükümlülüklerin korunması bakımından bütün devletlerin hukukî menfaatinin bulunduğunu, zira bu yükümlülüklerin *erga omnes* nitelikte olduğunu belirtmiştir⁹⁶. Soykırım Sözleşmesi'nin öngördüğü yükümlülüklerin bu nitelikte olduğu tartışma götürmemektedir. Nitekim Divan, 1951 tarihli *Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler* danışma görüşünde, Soykırım Sözleşmesinin özel niteliklerini ve Sözleşme-ci devletlerin sözleşmeye ilişkin menfaatlerinin niteliğini incelemiş ve Sözleşmenin tamamen insanî ve medenî amaçlar için kabul edildiğinin, bir yandan belli insan gruplarının varlığını, diğer yandan en temel ahlâk ilkelerini korumayı hedeflediğinin altını çizmiştir. Divan'a göre, böyle bir sözleşmede taraf devletlerin sadece kendilerine ait olan menfaatlerden söz edebilmek mümkün değildir; devletlerin tek ve ortak bir menfaattinden söz edilebilir, o da sözleşmenin varlık nedeni olan yüksek amaçların gerçekleştirilmesidir⁹⁷.

Daha açık bir ifade ile, Soykırım Sözleşmesi sadece devletlerin bireysel menfaatlerini değil, aynı zamanda uluslararası toplumun tamamının menfaatlerini bir bütün olarak korumaktadır. Bu çerçevede, Soykırım Sözleşmesi'nin tarafı olan devletlerden birinin sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda Sözleşmenin tüm taraflarının hukukî menfaati ihlâl edilmiş olacaktır. Bu tespit, Divan'ın *Gambia / Myanmar* davasında ilk itirazlara ilişkin verdiği kararda teyit edilmiştir. Divan, kararında Soykırım Sözleşmesi'nin taraf devletler arasında kurduğu hukukî ilişkinin niteliğini değerlendirmiş ve bu devletlerin Sözleşmenin öngördüğü soykırımın önlenmesi ve cezalandırılması yükümlülüğünün yerine getirilmesinde ortak bir menfaate sahip olduk-

⁹⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for Intervention and Declaration of Intervention of the State of Palestine, 3 June 2024, para. 22 *et seq.*

⁹⁷ *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Poland, 23 July 2024, para. 9 *et seq.*

⁹⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Judgment)* [1970] ICJ Rep. 3, s. 32, para. 33.

⁹⁹ *Reservations to the Convention on Genocide (Advisory Opinion)* [1951] ICJ Rep. 15, s. 23.

larının altını çizmiştir. Divan'a göre, bu ortak menfaat, Sözleşmenin tarafı olan her devletin söz konusu yükümlülüğü diğer bütün taraf devletler nezdinde yerine getirmekle borçlu olduğu anlamına gelmektedir; yani bu yükümlülükler *erga omnes partes* bir nitelik arz etmektedir¹⁰⁰. Divan, buradan hareketle, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olan herhangi bir devletin, başka bir taraf devletin Sözleşmeden doğan *erga omnes partes* yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiası ile ve bu ihlâl son verilmesini sağlamak amacıyla Divan önünde dava açmak da dâhil bütün meşru yollara başvurabileceğini ifade etmiştir¹⁰¹. Divan'a göre, Soykırım Sözleşmesi'nin öngördüğü *erga omnes* yükümlülüklerin ihlâl edildiği iddiası, özel bir menfaatin bulunup bulunmadığına bakılmadan, Divan önünde dava açılması yoluyla ileri sürülebilecektir¹⁰².

Bu çerçevede, üçüncü bir devletin Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında müdahillik başvurusunda bulunabilmesi için, Divan'ın davada vereceği karardan etkilenebilecek hukukî, bireyselleşmiş ve somut bir menfaatinin bulunması gerektiği koşulu nasıl okunacaktır? Davada ihlâl edildiği ileri sürülen yükümlülüklerin *erga omnes* yükümlülükler olması durumunda bu koşul gerçekleşmiş mi yoksa gerçekleşmemiş mi sayılacaktır?

Uluslararası Daimî Adalet Divanı 1930'larda verdiği *Landwarów-Kaisiadorys* danışma görüşünde, görüşe konu olan seyahat ve iletişim özgürlüğü alanında bütün devletlerin menfaat sahibi olduğunu ancak somut olayda hiçbir üçüncü devletin uyuşmazlığa müdahil olmadığını belirterek soruya bir yandan zımnen olumlu yanıt vermiş diğer yandan bu tür yükümlülüklerin ihlâli halinde üçüncü devletlerin müdahilliklerinin istisnâî niteliğine vurgu yapmış görünmektedir¹⁰³. UAD önünde görülmekte olan davalara yapılan müdahillik başvurularında, müdahillik talebinde bulunan devletlerin de *erga omnes* yükümlülüklerin istisnâî niteliğine vurgu yaptığı gözlemlenmektedir. Bu görüş uyarınca, bir yükümlülüğün ihlâli nedeni ile insanlığın ve dolayısıyla tüm devletlerin menfaatinin zarar görebilecek olması, müdahillik tale-

¹⁰⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections (Judgment)* [2022] ICJ Rep. 477, s. 515-516, para. 107.

¹⁰¹ *Idem*, s. 517, para. 112.

¹⁰² *Idem*, s. 516, para. 108.

¹⁰³ *Railway Traffic Between Lithuania and Poland (Railway Sector Landwarów-Kaisiadorys) (Advisory Opinion)* [1931] PCIJ Series A/B, No. 42, s. 108, s. 118.

binde bulunan devletin “karardan etkilenebilecek nitelikte hukukî bir menfaati” olduğu anlamına gelmektedir.

Bu görüşü benimseyen uluslararası hukukçulara göre¹⁰⁴, Soykırım Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerden birinin Sözleşme’nin IX. maddesi kapsamındaki yargılamalarda dava ehliyetine (*legal standing*) sahibi olmaya yetecek bir hukukî menfaatinin bulunması, mantıksal olarak, UAD Statüsü’nün 62. maddesinde müdahillik başvurularının kabul edilebilirlik (*admissibility*) şartı olarak öngörülen “davadaki karardan etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaate” sahip olduğu sonucunun çıkarılması gerektirmektedir. Örneğin, Gaja’ya göre, bir devletin, *erga omnes* nitelikte bir yükümlülüğü ihlâl eden başka bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürme hakkına ve bu devletle Divan’ın yargı yetkisine ilişkin bir bağa sahip olması halinde, yani bu devlete Divan önünde dava açabileceğinin tespiti halinde çözüm açık görünmektedir; Divan önünde görülmekte olan bir davaya Divan’ın Statüsü’nün 62. maddesi uyarınca müdahil olabilmek için aranan “hukukî nitelikteki menfaatin”, Divan önünde dava açmayı haklı kılacak bir menfaatten daha yüksek olması mümkün değildir¹⁰⁵. Aksi yönde bir kabul, *erga omnes* nitelik taşıyan normların ihlâlinin diğer devletlerin menfaatlerini etkilemediği ve zedelediği anlamına gelecek ve *erga omnes* kavramını zayıflatacaktır.

Kanaatimizce, iki farklı hukukî müesseseye işaret eden dava ehliyeti (*legal standing*) ve davanın kabul edilebilirliği (*admissibility*) arasında doğrudan bağ kuran bu görüş hatalı bir hukuk mantığı yürütmektedir. Zira bir devlete dava ehliyeti atfetmeye yetecek hukukî bir durum davanın kabul edilebilirliğini sağlamayabilir. Başka bir ifade ile, *erga omnes* yükümlülük-

¹⁰⁴ Bkz. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Provisional Measures (Order of 10 May 1984) [1984] ICJ Rep. 169, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, s. 190 et seq.; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Declaration of Intervention of the Republic of El Salvador (Order of 4 October 1984) [1984] ICJ Rep. 215, Dissenting Opinion of Judge Schwebel 223; *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)*, Declaration of Intervention of New Zealand (Order of 6 February 2013) [2013] 3, Separate Opinion Cançado Trindade, s. 33-35, para. 53-60; **Miron / Chinkin**, “Article 62”, s. 2671.

¹⁰⁵ Giorgio, **Gaja**, “The Protection of General Interests in the International Community”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 364, 2013, s. 9-185, s. 119. Bkz. Rudolf, **Bernhardt**, “Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving More than Two States”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 68(2), 1999, s. 57-250, s. 120; Giorgio, **Gaja**, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, Vol. 71, 2004, s. 119-212, s. 144-145; Robert, **Kolb**, *La Cour internationale de justice*, Pedone, Paris 2011, s. 940.

lerin ihlâli, ihlâlden “doğrudan” etkilenmeyen devletlerin Divan önüne gidebilmesi için dava ehliyeti yaratabilecekken, davanın kabul edilebilirliği için yeterli olmayabilir.

Nitekim, UAD’nin içtihadı -UDAD’nin 1931 tarihli *Landwarów-Kaisiadorys* danışma görüşünün aksine-, teknik olarak gerekli koşulları sağlasa bile uzak veya varsayımsal nitelikteki menfaatlara dayalı müdahillik taleplerini kabul etmemek doğrultusunda gelişmiştir¹⁰⁶. Divan son dönemde verdiği kararlarında, üçüncü bir devletin görülmekte olan bir davaya 62. madde altında müdahil olabilmesi için dolaylı menfaatlerin yeterli olamayacağını kaydetmiştir¹⁰⁷. Bu çerçevede, Divan 62. madde müdahilliklerinin “kişisel olmayan” ve teorik değil, “kişisel” ve somut olmasını beklemektedir. Oysa *erga omnes partes* yükümlülüklerin ihlâl edildiği iddiasının bu koşulları sağladığını söylemek zordur.

Bu noktada Divan’ın, “üçüncü bir devletin Divan’ın kararında uygulanması muhtemel olan genel hukuk kurallarına ve ilkelerine ilişkin menfaatinin müdahilliği haklı kılmaya yetmeyeceğini” ifade ettiğinin de belirtilmesi gerekir¹⁰⁸.

Ayrıca Divan’ın, davaya konu olan uyuşmazlıkta ihlâl edildiği iddia edilen yükümlülüklerin *erga omnes* niteliğinden hareketle, davaya 62. madde uyarınca müdahil olmak isteyen devletin “hukukî nitelikte bir menfaati” olduğunu kabul etmesi durumunda dahi, bu menfaatin “davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte” olmadığına kanaat getirmesi mümkündür. Zira Divan’a göre, üçüncü bir devletin görülmekte olan bir davaya müdahil olabilmesi için yalnızca hukukî menfaate sahip olması yeterli değildir; bu hukukî menfaatin, içerik ve kapsam bakımından, Divan’ın davada vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte olması gerekmektedir¹⁰⁹. Oysa ihlâl edildi-

¹⁰⁶ Gerald, **Fitzmaurice**, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure”, British Yearbook of International Law, Vol. 34, 1958, s. 1-162, s. 127. Bkz. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 603-604, para. 83.

¹⁰⁷ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 603-604, para. 83.

¹⁰⁸ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 124, para. 76.

¹⁰⁹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420, s. 434, para. 37.

ği iddia edilen yükümlülüğün uluslararası toplumun bütününe yönelik bir yükümlülük olması yani *erga omnes* bir nitelik arz etmesi durumlarında Divan'ın vereceği kararın, uluslararası toplumun bir parçası olan ancak ihlâlin doğrudan muhatabı olmayan devletlerin menfaatlerini etkileyip etkilemeyeceği tartışmalıdır.

Bu çerçevede bazı yazarlar, üçüncü bir devletin Divan önündeki bir davaya, davaya konu olan uyuşmazlıkta *erga omnes* nitelikli yükümlülüklerin ihlâl edildiğini gerekçe göstererek müdahil olabilmesi için ihlâl teşkil eden fiilden zarar gördüğünü kanıtlaması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁰. Nitekim *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasına müdahil olma talebinde bulunan Nikaragua¹¹¹ ve *Nükleer Denemeler* davasına müdahil olma talebinde bulunan devletler bu yolu izlemiş görünmektedir¹¹². Divan önündeki *Güney Afrika / İsrail* davasına müdahillik talebinde bulunan Filistin ve Polonya da benzer bir hukukî strateji izlemiş ve müdahillik başvurularında İsrail'in soykırım teşkil ettiğini düşündükleri eylemlerinden doğrudan zarar gördüklerini ortaya koymaya çalışmışlardır. Bugüne kadar, Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında ve salt *erga omnes* nitelikli yükümlülüklerin ihlâl edildiği gerekçesine dayanarak müdahillik başvurusunda bulunan iki devlet bulunmaktadır: Nikaragua ve Belize, *Güney Afrika / İsrail* davasına İsrail'in davaya konu olan eylemlerinin *erga omnes* nitelikte olduğunu ileri sürerek müdahil olma talebinde bulunmuşlardır¹¹³. Divan bu iki başvuru hakkında henüz karar vermiş değildir.

Kanaatimiz, Divan'ın Nikaragua ve Belize'nin salt *erga omnes* kavramına dayanan müdahillik başvurularını kabul etmeme ihtimalinin yüksek olduğu yönündedir. Zira “*erga omnes* yükümlülükler bir bütün olarak uluslararası toplumun ve ayrı ayrı uluslararası toplumun her bir üyesinin hukukî

¹¹⁰ Paolo, **Palchetti**, “Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond”, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 6, 2002, s. 139-181, s. 177.

¹¹¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application to Intervene (Order of 28 February 1990) [1990] ICJ Rep. 3, s. 121-122, s. 125, para. 72, 79.

¹¹² Bkz. *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application for Permission to Intervene under Article 62 and Declaration of Intervention under Article 63 submitted by the Government of Solomon Islands, 24 August 1995, para. 18.

¹¹³ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua, para. 10-21; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for permission to intervene and declaration of intervention submitted by Belize, para. 35, 38, 91.

menfaatini korumayı amaçlayan çok taraflı hak ve yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır”¹¹⁴. Bu çerçevede, bu tür bir yükümlülüğü ihlâl ettiği iddiası ile bir devlet aleyhine dava açılmış olması Divan tarafından “uluslararası toplumun ortak menfaatinin korunması için” gerekli adımın zaten atıldığı şeklinde yorumlanabilir. Divan’ın, söz konusu davaya *erga omnes* nitelikli bir yükümlülüğün ihlâl edildiği gerekçesi ile müdahillik talebinde bulunan devletlerin, davayı açan devletin hukukî menfaatinden farklılaşan bir hukukî menfaate sahibi olmadıklarına kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

Bunun yanı sıra, aşağıdaki satırlarda ele alınacağı üzere, üçüncü bir devletin Divan önündeki bir davaya 62. maddeye dayanarak müdahil olabilmesinin ikinci koşulu bu müdahilliğin meşru bir amacının bulunmasıdır. Divan, günümüze kadar, devletlerin kendi menfaatlerini ve haklarını koruma ve/veya bunlarla ilgili Divan’ı bilgilendirme amacı güden müdahillik başvurularının bu koşulu sağladığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, Divan’ın davacı devletin menfaatinden farklılaşan bir menfaate sahip olmayan üçüncü devletin, meşru bir müdahillik amacının bulunmadığına kanaat getirmesi ihtimal dâhilindedir. Örneğin *Güney Afrika / İsrail* davasında Nikaragua, müdahillik başvurusunun meşru bir amacı bulunduğunu zira “Soykırım Sözleşmesinin bütün taraf devletlere soykırımı önleme yükümlülüğü yüklediğini ve Nikaragua için bu yükümlülüğe uygun davranmanın tek yolunun Divan önüne gitmek olduğunu” belirtmiştir¹¹⁵. Başka bir ifadeyle, Nikaragua Divan önüne yeni bir uyuşmazlık getirmek amacıyla olmadığını, amacının -aynen Güney Afrika gibi- soykırım suçunun işlenmesini önlemek olduğunu ve bu amacın meşru olduğunu ileri sürmüştür. Divan’ın bu argümanı kabul edip etmeyeceği henüz belli değildir.

Bu noktada, *erga omnes* yükümlülüklerin bütün devletlerin ortak menfaatlerini korumanın yanı sıra her bir devlet için farklılaşan menfaat, sorumluluk ve haklar da doğurduğu ileri sürülebilir. Nitekim her ne kadar Divan, *Soykırım Sözleşmesi’ne Çekinceler* danışma görüşünde bu nitelikte bir sözleşmede taraf devletlerin kendilerine ait herhangi bir menfaatlerinin bulunmadığını, sadece ve sadece ortak bir menfaate -sözleşmenin varlık sebebi

¹¹⁴ Bkz. James, **Crawford**, State Responsibility. The General Part, CUP, Cambridge 2013, s. 362; Ceren Zeynep, **Pirim**, Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu, Tühan, Ankara 2024, s. 70.

¹¹⁵ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua, para. 17-21.

olan amaçların gerçekleştirilmesi menfaatine- sahip olduklarını¹¹⁶ belirtmişse de kanaatimizce bu ifadeler söz konusu ortak menfaatin “ihlâlinin” bireyselleşmiş sonuçlar doğurduğu anlamına gelmemektedir. Başka bir ifade ile, her ne kadar Divan Soykırım Sözleşmesi’nin temelinde bulunan insanî amaçların, sözleşmeye taraf olan devletlerin bireysel menfaatleri üzerinden tanımlanmaya, gerçekleştirilmeye ve korunmaya uygun olmadığını ve ortak bir nitelik arz ettiklerini belirtmiş olsa da bu ortak menfaatin ihlâlinin devletlerin bireysel hukukî menfaatlerini etkilemesi kanaatimizce mümkündür. Kaldı ki; söz konusu ortak menfaat doğası gereği tekil olsa da ortak menfaatten türeyen bireyselleşmiş menfaatlerin içeriği Soykırım Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerin coğrafi konumuna, siyâsî, ekonomik ve askerî gücüne ve ilişkilerine bağlı olarak değişebilir¹¹⁷; Divan’ın kararları sözleşmeye taraf olan devletlerin hukukî menfaatlerini farklı şekillerde etkileyebilir. Örneğin *Güney Afrika / İsrail* davasında ileri sürüldüğü üzere İsrail’in *erga omnes* nitelikli yükümlülüklerini ihlâl etmesi, İsrail ve Filistin ile tarihî ve ticarî bağları bulunan ve bölgeye coğrafi olarak yakın olan bir devletin menfaatlerini, başka bir devlete nazaran daha fazla ve farklı bir biçimde etkileyecektir.

Divan önündeki bir davaya 62. madde altında müdahil olma talebinde bulunan devletin ileri sürüldüğü hukukî menfaatin bu müdahilliği meşru kılmaya “yeterli” olması da gerekmektedir¹¹⁸. Her ne kadar Divan, “müdahilliği meşru kılmaya yeterli menfaat” kavramının muhtevasını yeterince açıklamamış ise de doktrin bu koşulu “Divan’ın davada vereceği kararın müdahil olma talebinde bulunan devleti ilgilendiren bir etkiye sahip olması” şeklinde yorumlamaktadır¹¹⁹. Bu çerçevede, ileri sürülen hukukî menfaatin müdahillik talebinde bulunan devletin kendisine ait bir menfaat olması gerekir. Müdahil devletin, müdahillik kurumunu başka bir devletin veya tarafın menfaatlerini korumak için kullanabilmesi mümkün değildir. Divan önündeki bir davaya müdahil olan devletin bir tür *actio popularis* tesis ederek *erga omnes* nitelikli bir menfaati *de lege lata* savunması Divan tarafından kabul görmeyecektir¹²⁰. Divan’ın kabul edebileceği yegâne argüman, her devletin kolektif yü-

¹¹⁶ *Reservations to the Convention on Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep. 15, s. 23.

¹¹⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep. 43, s. 221, para. 430.

¹¹⁸ Bkz. **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 708.

¹¹⁹ **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 708.

¹²⁰ **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 708.

kümlülöklere ve *erga omnes* normlara uyulmasını sağlamada hukukî bir menfaatinin bulunduğu argümanıdır¹²¹.

Robert Kolb, Divan'ın hukukî menfaat koşuluna ilişkin oldukça talepkâr ve kısıtlayıcı bir içtihat geliştirdiğini ifade etmektedir. Yazara göre, içtihatta üçüncü bir devletin Divan önünde görölmekte olan bir davaya 62. madde altında müdahil olabilmesi için “hukukî nitelikte bir menfaatten” daha fazlasına sahip olması gerektiği talep edilmekte ve ortak veya asıl uyuşmazlığın çözümünü ilgilendiren bir hakkın etkilenecek olması koşulu aranmaktadır¹²².

Gerçekten de 62. madde temelinde yapılan müdahillik başvurularının kabul edildiği davalarda, genellikle ortak bir alan üzerinde sahip olunan ortak hakların söz konusu olduğu görölmektedir. Örneğin Ekvator Ginesi, Kamerun ve Nijerya arasındaki *Kara, Göl ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasına müdahil olma başvurusunda bulunmuş ve Divan Gine Körfezi'nin konkav yapısı nedeni ile Ekvator Ginesi'nin davaya müdahil olmaması durumunda sınırlı bir hak tayini yapabileceğinden hareketle bu başvuruyu kabul etmiştir. Divan, kararını, söz konusu devletlerin bölge üzerinde ortak bir kontrolünün bulunduğu ve davada vereceği kararın Ekvator Ginesi'nin hak ve menfaatlerini etkileyebileceğinden hareketle verdiğini vurgulamıştır¹²³.

Benzer bir biçimde, Nikaragua, El Salvador ve Honduras arasındaki *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasına, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden Fonseca Körfezi'nde hak sahibi olduğu, 1917'de Orta Amerika Adalet Divanı'nın kendisini El Salvador ve Honduras ile birlikte körfezin ortak sahibi addettiği¹²⁴, dolayısıyla bu alanın hukukî rejiminin belirlenmesinde kendisinin de hukukî menfaatinin bulunduğu gerekçeleri ile müdahillik başvurusunda bulunmuştur¹²⁵. Divan Nikaragua'nın davanın konusunu teşkil eden deniz sınırı uyuşmazlığında hukukî menfaatinin bulunduğu ve verilecek kararın Nikaragua'nın haklarını etkileyeceğine kani olmuş¹²⁶ ancak

¹²¹ Kolb, The Elgar Companion to the International Court of Justice, s. 359.

¹²² Kolb, The International Court of Justice, s. 709.

¹²³ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Application to Intervene* (Order of 21 October 1999) [1999] ICJ Rep. 1029.

¹²⁴ *El Salvador v. Nicaragua*, Central American Court of Justice, 9 March 1917, translated and reprinted in 11 AJIL, 1917, s. 674-696.

¹²⁵ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 123, para. 74.

¹²⁶ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 121, para. 72.

adalar üzerindeki egemenlik iddialarının Nikaragua'nın haklarını etkilemeyeceğinden hareketle, müdahillik başvurusunu kısmen kabul etmiştir¹²⁷.

Divan, Tunus ve Libya arasında görülen *Kıt'a Sahanlılığı* davasına¹²⁸ müdahil olma talebinde bulunan Malta'nın talebini ise, davaya konu olan alan üzerinde davanın taraflarıyla ortak kontrol sahibi olmadığı ve dolayısıyla davada verilecek karardan etkilenecek yeterli bir hukukî menfaati bulunmadığı gerekçeleri ile reddetmiştir¹²⁹.

Kosta Rika'nın, Nikaragua ve Kolombiya arasındaki *Kara ve Deniz Uyuşmazlığı* davasına, uyuşmazlığın konusunu teşkil eden Karayip Denizi'ne kıyısı olduğu ve bu çerçevede davada verilecek kararın uluslararası hukuk altında sahip olduğu egemenlik haklarını ilgilendirdiği gerekçesi ile yaptığı müdahillik başvurusu da Divan tarafından kabul edilmemiştir¹³⁰. Divan'a göre her ne kadar Kosta Rika Karayip Denizi'nde hukukî bir menfaat sahibi olsa da bu menfaat içerik ve kapsam bakımından Divan'ın davada vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte değildir¹³¹. Divan bu tür davalarda, çizeceği sınır hattını üçüncü devletlerin etkilenebileceği noktaya ulaşmadan önce sonlandırarak uyuşmazlığın konusunu teşkil eden deniz alanlarına kıyısı bulunan ancak davaya taraf olmayan üçüncü devletlerin hukukî menfaatlerini etkilemeyecek biçimde karar verebileceğini ifade etmiştir¹³².

Divan, *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik* davasına müdahillik talebinde bulunun ve davada verilecek kararın aynı bölgede bulunan başka bir adaya ilişkin benzer bir uyuşmazlığı etkileyeceği, bu nedenle davaya müdahil olmasında hukukî bir menfaatinin bulunduğu argümanını ileri süren Filipinler'in talebini de kabul etmemiştir¹³³.

Görüldüğü üzere, Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. maddeye dayanarak müdahil olma başvurusunda bulunan devletin "Divan'ın dava-

¹²⁷ *Idem*, s. 124, para. 77.

¹²⁸ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Application by Malta to Intervene (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 19, para. 33.

¹²⁹ *Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Application by Malta to Intervene (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3, s. 8-9, para. 13.

¹³⁰ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Costa Rica for Permission to Intervene [2011] ICJ Rep. 348, s. 364, para. 54.

¹³¹ *Idem*, s. 358, para. 26.

¹³² *Idem*, s. 372, para. 89.

¹³³ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 603-604, para. 83.

da vereceği karardan etkilenebilecek hukukî bir menfaatinin bulunması” koşulu, Divan tarafından “karardan yeterli düzeyde etkilenebilecek hukukî bir menfaat” olarak okunmakta ve oldukça yüksek bir eşik tesis etmektedir. Kanaatimiz, Divan’ın bu yaklaşımının davalara “taraf olarak müdahillik” ve “taraf olmadan müdahillik” yöntemleri arasındaki çizgiyi oldukça bulanıklaştırdığı yönündedir.

Şöyle ki; davaya taraf olarak müdahillik ve taraf olmadan müdahillik yöntemleri arasında müdahilliğin etkisi bakımından teorik bir farklılık bulunduğu *Kara ve Deniz Uyuşmazlığı* kararında Divan tarafından açıkça ifade edilmiştir. Divan, söz konusu kararında bu iki müdahillik yöntemini, davaya müdahillik talebinde bulunan devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte bir hak sahibi mi yoksa menfaat sahibi mi olması gerektiği üzerinden de -zımnen- karşılaştırmıştır. Divan’a göre davaya taraf olmadan müdahil olmak isteyen devletin, davada verilecek kararın herhangi bir “hak-kını” etkileyebileceğini ortaya koyması gerekmemektedir; hukukî nitelikteki bir “menfaatinin” etkilenebileceğini göstermesi yeterlidir; önemli olan bu menfaatin devletin hukuka dayalı, gerçek ve somut bir iddiasının konusunu teşkil ediyor olmasıdır¹³⁴. Divan’ın bu ifadelerinin mefhum-u muhalifinden, bir davaya taraf olarak müdahil olmak isteyen devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte bir menfaat sahibi olmasının yetmeyebileceği sonucu çıkarılabilir. Bu çerçevede, bir davaya taraf olarak müdahillik yöntemine başvuran devletlerin davada verilecek kararın hak ve menfaatlerini etkileyeceğini ortaya koyması gerekirken, taraf olmadan müdahillik yöntemine başvuran devletlerin, verilecek kararın hukukî menfaatlerini dolaylı olarak etkileyebileceğini göstermesi yeterli addedilmelidir. Oysa Divan, bir davaya taraf olmadan müdahillik başvurusunda bulunan devletin “Divan’ın davada vereceği karardan etkilenebilecek hukukî bir menfaatinin bulunması” koşulunu “karardan yeterli düzeyde etkilenebilecek hukukî bir menfaat” olarak okuyarak, taraf olarak müdahillik talepleri için araması gereken yüksek eşiği taraf olmadan müdahillik başvurularında da aramakta ve bu iki yöntem arasındaki çizgiyi bulanıklaştırmaktadır¹³⁵.

¹³⁴ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene* [2011] ICJ Rep. 348, s. 358-359, para. 26; *Application by Honduras for Permission to Intervene (Judgment)* [2011] ICJ Rep. 420, s. 434, para. 37.

¹³⁵ Divan’ın bugüne kadar yalnızca *Yargı Bağışlıkları* davasına taraf olmadan müdahillik başvurusunda bulunan Yunanistan’ın başvurusunu daha esnek bir bakış açısı ile değerlendirdiği görülmektedir. Almanya ve İtalya arasında görülen bu davada Yunanistan’ın ulusal mahkeme kararlarının yorumlanması gerekmiş, buradan hareketle Yunan vatandaşlarının menfaatlerinin

Divan'ın önündeki bir davaya 62. maddeye dayanarak müdahil olma talebinde bulunan devletin davada verilecek karara ilişkin hukukî bir menfaat sahibi olmasının yeterli olmadığını, bu menfaatin karardan “etkilenebilecek” nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştik¹³⁶. Bu noktada, müdahillik talebinde bulunan devletin hukukî menfaatlerinin mutlak bir şekilde etkileneceğini kanıtlamasının beklenmediğinin, menfaatin etkilenebileceğini göstermesinin yeterli sayıldığına altının tekrar çizilmesinde fayda vardır¹³⁷. Bunun yanı sıra, menfaati etkileyecek “karar”dan anlaşılması gereken, Divan'ın kararının yalnızca hüküm (*dispositif*) kısmı değildir; kararın tamamı yani gerekçe bölümü de bu kapsamdadır¹³⁸. Bu çerçevede, davaya müdahil olmak isteyen devlet Divan'ın vereceği kararın sadece hüküm kısmının değil, hükme ulaşırken benimseyeceği gerekçelerin hukukî menfaati etkileyebileceğini de ileri sürülebilir¹³⁹. Ancak Divan'ın yapacağı yorumların müdahil devletin menfaatleri üzerinde uzun vadede ve dolaylı etki etme ihtimalinin bulunması, müdahillik için yeterli addedilmemektedir¹⁴⁰.

Müdahillik talebinde bulunan devletin, Divan'ın esasa ilişkin kararından etkilenebilecek hukuki menfaat(ler)ini açık bir biçimde tanımlaması gerekmektedir. Söz konusu devletin “genel bir hak kaybı endişesine sahip olması” yeterli değildir; Divan'a, hangi hukukî menfaatlerinin etkilenebileceğini açıkça iletmesi beklenir. Bu çerçevede, davaya müdahil olunmasında hukukî bir menfaatin bulunduğu dair ispat yükü tamamen müdahil olmak isteyen devletin üzerindedir¹⁴¹. Müdahillik talebi davanın esas konusundan değil de tâlî bir konudan doğmuşsa, hukukî menfaatin etkileneceğine dair ispat yükü

Divan önündeki davada verilecek karardan doğrudan etkileneceği ve Yunanistan'ın bu davaya müdahil olabilmek için yeterli bir hukukî menfaate sahip olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 709.

¹³⁶ Bkz. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 129, para. 87; Shigeru, **Oda**, “The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Vol. 244, 1993, s. 9-190, s. 87.

¹³⁷ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 117-118, para. 61.

¹³⁸ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Application by the Philippines for Permission to Intervene* (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 596, s. 597-598, para. 47, 55.

¹³⁹ *Idem*, para. 47; **Kolb**, *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, s. 360.

¹⁴⁰ Bkz. **Kolb**, *The International Court of Justice*, s. 712-713.

¹⁴¹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 118, para. 62.

künün müdahillik talebinde bulunan devlet aleyhine artacağıının altının çizilmesi gerekir¹⁴².

Son olarak, Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında müdahil olmak isteyen devlet uyuşmazlığın bütününe ilişkin bir müdahillik talebinde bulunmak zorunda değildir; davanın esasının sadece bir veya birkaç noktasına ilişkin müdahillik talebinde bulunabilir. Devletin müdahilliklerinin kapsamı Divan tarafından belirlenecektir. Bu tespit, Divan'ın Nikaragua'nın *El Salvador / Honduras* davasına müdahil olma talebine ilişkin yaptığı değerlendirmede -ki bu karar Divan'ın bir davaya taraf olmadan müdahil olma başvurularına dair görüşlerini en ayrıntılı biçimde ifade ettiği karardır- teyit edilmiştir. Fonseca Körfezi'ndeki yetki alanlarının davanın tarafları arasında sınırlandırılmasına ilişkin olan bu uyuşmazlığa, Nikaragua, Körfez'de hak sahibi olduğu iddiasıyla müdahil olma talebinde bulunmuş, El Salvador Nikaragua'nın talebine karşı çıkarken Honduras çekimser kaldığını bildirmiştir. Davanın taraflarının bu görüşleriyle bağlı olmayan Divan, kararında Nikaragua'nın sadece körfez sularının hukukî rejimine ilişkin olarak davaya müdahil olabileceğine hükmetmiştir¹⁴³. Divan'a göre, Nikaragua sadece körfez sularının hukukî rejimine ilişkin hukukî bir menfaati olduğunu kanıtlayabilmiş, davaya konu olan diğer sınır uyuşmazlıkları ile ilgili hukukî bir menfaatinin varlığını ortaya koyamamıştır.

B. Müdahillik (Meşru) Amacı

Üçüncü bir devletin Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında yaptığı müdahillik talebi değerlendirilirken yalnızca davada verilecek kararın müdahillik talebinde bulunan devletin hukukî bir menfaatini etkileyebilecek olması değil, aynı zamanda “müdahillik amacı” (*the object of the intervention*) da dikkate alınmaktadır. Talebin kabul edilebilmesi için “müdahillik meşru bir amaca hizmet etmesi” gerekmektedir.

Bu koşul her talebin ve davanın özelinde incelenmekte ve Divan'ın dava ile müdahale talebi arasında var olması gereken bağlantıyı değerlendirmesine imkân sağlamaktadır. Söz konusu bağlantı yeterince yakın olmalı ve hem müdahillik talebine hem de talebin nedenine atıfta bulunmalıdır. Böylece,

¹⁴² *Sovereignty over Pulau Ligitan und Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 598, para. 59.

¹⁴³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras)*, Application by Nicaragua to Intervene (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 112, para. 45.

Divan'ın, üçüncü devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek hukukî menfaatlerini gerçekten korumaya çalıştığından emin olabilmesi hedeflenmektedir¹⁴⁴.

62. madde altında gerçekleştirilen müdahilliklerin amacı asıl davanın konusu ile bağlantılı olmalıdır. Bu ilke Divan'ın 1951 tarihli *Haya de la Torre* kararında vurgulanmış, Divan söz konusu kararında üçüncü bir devletin görülmekte olan bir davaya müdahil olma talebinin ancak yargılamanın konusuyla gerçekten ilgiliyse kabul edilebilir bir nitelik arz edeceğini ifade etmiştir¹⁴⁵. İlkeye Filipinler'in müdahil olma talebinde bulunduğu Endonezya ve Malezya arasındaki *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik* davasında da değinilmiştir. Divan 2001 tarihli kararında müdahillik talebinde bulunan Filipinler'in "yeni bir dava açamayacağını", aksine uyuşmazlığın konusunu teşkil eden alanlar üzerindeki egemenlik iddialarının verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte olduğunu -yani Filipinler'in davaya müdahil olmasını gerektirecek hukukî bir menfaatinin bulunduğunu- ortaya koyması gerektiğini ifade etmiştir. Divan, yaptığı incelemeler sonucunda, verilecek kararın Filipinler'in hukukî bir menfaatini etkileyebileceği kanaatine varmamıştır. Zira Filipinler, Endonezya ve Malezya arasındaki uyuşmazlığın konusuyla ve tarafların talepleriyle doğrudan bağlantılı olmayan iddialarda bulunmuş ve böylece asıl davanın konusunu coğrafî olarak genişletme eğiliminde olmuştur¹⁴⁶.

Üçüncü devletlerin Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olma talepleri ile davanın konusu arasındaki bağlantının yeterli olup olmadığı bazı durumlarda talep ve konunun doğrudan karşılaştırılması sûretiyle (*Haya de la Torre* davasında olduğu gibi), bazı durumlarda ise müdahale talebinde bulunan devletin hukukî menfaatlerinin davada verilecek karardan nasıl ve ne ölçüde etkileneceğinin değerlendirilmesi sûretiyle (*Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik* davasında olduğu gibi) belirlenir¹⁴⁷.

Müdahilliğin amacı müdahil olmak isteyen devletin etkilenebilecek sübjektif menfaatleri hakkında Divan'ı bilgilendirmek (*informative role*) veya

¹⁴⁴ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Application by Honduras for Permission to Intervene (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420, s. 436, para. 48.

¹⁴⁵ *Haya de la Torre Case* (Judgment) [1951] ICJ Rep. 71, s. 76.

¹⁴⁶ *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 600, para. 66.

¹⁴⁷ **Kolb**, *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, s. 362 (dipnotlar çıkarılmıştır).

bu hakların korunmasını sağlamak (*protective role*) olmalıdır¹⁴⁸. Nitekim Divan, *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* kararında “müdahil devletin, hukukî menfaatlerinin etkilenmemesini sağlamak amacıyla, Divan’ı kendi hakları veya menfaatleri konusunda bilgilendirmesinin” müdahilliğin amacı olduğunu belirtmiştir¹⁴⁹.

Bu çerçevede, Divan önündeki bir davaya 62. madde altında müdahil olmak isteyen devletin, başvurusunda Divan’ın kararından etkilenebilecek hak ve menfaatlerini korumayı hedeflediğini ortaya koyması ve Divan’a bu konuda bilgi vermesi esastır. Aksi takdirde başvuru reddedilebilir. Nitekim Divan Libya ve Malta arasında görülen *Kıt’a Sahaneliği* davasına müdahil olma talebinde bulunan İtalya’nın müdahil olma amacını uygun bulmamış ve “Divan’ın doğru bilgi alması ve genel resmi görmesi amacıyla” müdahil olduğunu belirten İtalya’nın başvurusunu reddetmiştir. Divan’a göre, 62. madde altında gerçekleştirilen müdahillik başvurularında, başvuruda bulunan devletin müdahillik yoluyla “bilgi alma” talebinin bir menfaat ile doğrudan ilgili olması gerekmektedir¹⁵⁰.

Son olarak, 62. madde altında yapılan müdahillik taleplerinin amacı yeni bir uyuşmazlık ortaya atmak olmamalı, fakat mevcut uyuşmazlığa eklenmeli ve bağlanmalıdır¹⁵¹. Dolayısıyla, müdahillik talebinde bulunmayı tercih eden devletler bunu -Divan’ın ifadeleriyle- kendi menfaatlerini korumayı hedefleyerek ancak kendi menfaatlerini esas almadan yapmalıdır¹⁵².

Bu çerçevede, son dönemde Divan önündeki davalara 62. madde altında yapılan ve Divan tarafından henüz karara bağlanmayan dört müdahillik başvurusunda ileri sürülen “meşru amaç” argümanlarına kısaca değinmekte fayda vardır.

Polonya, 2024 yılında, Ukrayna ve Rusya arasındaki *Soykırım* davasına -63. maddenin yanı sıra- 62. madde temelinde de taraf olmadan müdahil olma talebinde bulunmuş ve amacının “Polonya Cumhuriyeti’nin hukukî

¹⁴⁸ Quintana, s. 867-869.

¹⁴⁹ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 130, para. 90.

¹⁵⁰ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, para. 40.

¹⁵¹ *Idem*, para. 34-37.

¹⁵² *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 131, para. 91-92.

menfaatlerini korumak ve Ukrayna ile güçlü siyâsî bağları ve coğrâfî yakınlığı bulunan bir devlet olarak, Ukrayna'nın Donetsk ve Luhansk'ta Soykırım Sözleşmesi'ni ihlâl ederek soykırım işlemekten sorumlu olduğuna dair inandırıcı kanıtların mevcut olup olmadığına ilişkin değerlendirmesini Divan'a bildirmek" olduğunu belirtmiştir.

Nikaragua, yine 2024 yılında, Güney Afrika ve İsrail arasındaki *Soykırım* davasına 62. madde temelinde taraf olarak müdahil olma talebinde bulunmuş ve müdahillik talebinin amacını şu ifadelerle açıklamıştır: “Nikaragua'nın, Soykırım Sözleşmesi'ne taraf bir devlet olarak, soykırımı önlemek ve bu amaçla Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarına başvurmak da dâhil olmak üzere diğer taraf devletlerle işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Soykırımı önleme yükümlülüğü, tüm taraf devletler için bağımsız, ‘normatif ve zorlayıcı’ bir yükümlülüktür. Bu nedenle, eğer taraf devletler, ellerinde ‘soykırım hazırlığı içinde olduğundan şüphelenilen veya özel bir niyet taşıdığından mâkul ölçüde şüphelenilen kişiler üzerinde caydırıcı etki yaratabilecek araçlar [...]’ varsa, ‘bu araçları koşulların elverdiği ölçüde kullanma’ yükümlülüğü altındadır. Nikaragua'nın soykırımı önleme yükümlülüğünü yerine getirmek için kullanabileceği ve devam eden soykırım üzerinde caydırıcı etkisi olabilecek tek etkili araç Divan'a başvurmaktır. Güney Afrika'nın başvurusu Nikaragua'yı bu yükümlülükten kurtarmamıştır. Güney Afrika uluslararası toplumun tek temsilcisi olarak hareket etmemektedir ve başvurusu, Sözleşme'nin diğer taraflarının, sadece Sözleşme'nin yorumlanmasında değil, aynı zamanda mevcut duruma uygulanmasında da müdahillliğini dışlamamaktadır. Nikaragua'nın 62. madde uyarınca yaptığı müdahillik talebi bu hukukî çerçeve içinde değerlendirilmelidir”¹⁵³. Bu çerçevede Nikaragua, taraf olduğu Soykırım Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarını korumayı ve Sözleşme'nin getirdiği yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesine katılmayı; insanlığın ve mevcut uyuşmazlıkta özellikle Filistin halkının soykırımdan kurtarılması için işbirliği yapma yükümlülüğüne riayet etmeyi; Soykırım Sözleşmesi'nde öngörüldüğü üzere, soykırımı önleme ve cezalandırma konusundaki ahdî yükümlülüğünü yerine getirmeyi ve tüm bunlara bağlı olarak, aynen Güney Afrika gibi İsrail'in “*erga omnes partes yükümlülüklerine*” uymadığını ortaya çıkarmayı, bu ihlâle son verilmesini sağlamayı ve İsrail'in Soykırım Sözleşmesi altındaki sorumluluğunu ileri

¹⁵³ Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*South Africa v. Israel*), para. 17.

sürmeyi” amaçladığını belirtmiştir. Nikaragua Güney Afrika tarafından açılan davanın konusunu değiştirme niyetinde olmadığını ve davaya taraf olarak müdahil olmasına izin verilmesi halinde, Divan’ın vereceği kararla bağlı olacağının bilincinde olduğunu da ifade etmiştir¹⁵⁴.

Aynı davaya Filistin de -63. maddenin yanı sıra- 62. madde temelinde taraf olmadan müdahil olma başvurusunda bulunmuş ve 2024 yılında yaptığı bu başvuruda müdahillik talebinin iki amacı olduğunu belirtmiştir: uyumsuzluğun temelinde yer alan hukukî menfaatleri hakkında Divan’ı bilgilendirmek ve etkilenebilecek hukukî menfaatlerinin yargılamanın her aşamasında korunmasına olanak sağlamak¹⁵⁵. İsrail’in Doğu Kudüs de dâhil olmak üzere İşgal Altındaki Filistin topraklarında işgalci güç konumunda bulunduğu altını çizen Filistin, konumu nedeniyle, İsrail’in eylemlerinin niteliğini açıklığa kavuşturacak bilgilere kendisinin ulaşabileceğini ve İsrail’in soykırım eylemlerine ilişkin maddî verileri sağlamayı ve İsrail’in Divan’a sunduğu raporların yetersiz olduğunu doğru ve doğrulanabilir bilgilerle ortaya koymayı hedeflediğini belirtmiştir¹⁵⁶.

Güney Afrika’nın İsrail aleyhine açtığı *Soykırım* davasına yine -63. maddenin yanı sıra- 62. madde temelinde taraf olmadan müdahil olma talebinde bulunan Belize ise 2024 yılında yaptığı başvuruda müdahillik talebinin temel amacının davada etkilenme riski bulunan hukukî nitelikteki menfaatlerini korumak olduğunu belirtmiştir¹⁵⁷. Belize İsrail’in Gazze’de Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesinde, İsrail’in Soykırım Sözleşmesi ihlallerinden sorumlu tutulmasında, soykırım faillerinin cezасız kalmamasını sağlamada ve soykırımın önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılmasında menfaat sahibi olduğunun altını çizmiştir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ *Idem*, para. 21.

¹⁵⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for Intervention and Declaration of Intervention of the State of Palestine, para. 33.

¹⁵⁶ *Idem*, para. 35-36.

¹⁵⁷ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for permission to intervene and declaration of intervention submitted by Belize, s. 18, para. 41-42. See also *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 606, para. 87.

¹⁵⁸ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application for permission to intervene and declaration of intervention submitted by Belize, s. 19.

Divan'ın günümüze kadar geliştirdiği içtihat ve halihazırda görülmekte olan müdahillik başvurularında ileri sürülen argümanlar dikkate alındığında, bir davaya 62. madde altında müdahil olma talebinde bulunan devletin hem davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikteki hukuki menfaati hakkında Divan'ı bilgilendirmesinde (*informative role*) hem de bu menfaatin korunması amacını güttüğünü dile getirmesinde (*protective role*) fayda bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte, müdahillik talebinin amacı ne çok ayrıntılı ne çok muğlak olarak kaleme alınmalıdır. Zira müdahillik talebinde bulunan devletin, talebinin amacını çok ayrıntılı bir biçimde kaleme alması Divan'ın önüne yeni bir uyuşmazlık götürdüğü şeklinde algılanması ile, muğlak bir biçimde kaleme alması ise müdahillik talebinin kabul edilmemesi ile sonuçlanabilecektir¹⁵⁹. Nitekim, *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasında El Salvador bu ikilemin üzerinde durmuş ve Nikaragua'nın davaya müdahil olma başvurusunun reddedilmesini talep etmiştir. El Salvador'a göre "müdahillik talebinin amacı Divan'ı sahip olunan haklar veya talepler konusunda bilgilendirmekse, Nikaragua'nın sözlü yargılamada bunu yapmak için (davaya müdahil olmasına izin verilmesine gerek kalmadan) bir fırsatı olacaktır. Diğer yandan, Nikaragua'nın başvurusunun amacı iddialarını tüm hukukî yollarla korumaksa böyle bir amaç yeni bir uyuşmazlığın ortaya atılması anlamına gelecektir"¹⁶⁰.

Benzer bir şekilde, Nikaragua ve Kolombiya arasındaki *Kara ve Deniz Uyuşmazlığı* davasına müdahil olma talebinde bulunan Kosta Rika, başvuru aşamasında amacının Divan'ı ayrıntılı olarak bilgilendirmek olmadığını, bunu müdahillik sürecinin ikinci aşamasında yani sözlü aşamada yapacağını belirtmiş ve deniz yetki alanlarının belirlenmesinde sahip olduğu menfaatleri ortaya koymayı tercih etmiştir. Ancak Divan, Kosta Rika'nın sunumlarıyla yeterince bilgilendiğine, bu bilgilerin davanın esasına ilişkin aşamada kullanılmasında bir beis olmadığına ve bu nedenle Kosta Rika'nın davaya müdahil olmasını gerektiren bir amaç kalmadığına hükmederek müdahillik talebini reddetmiştir¹⁶¹.

¹⁵⁹ **Miron / Chinkin**, "Article 62", s. 2684.

¹⁶⁰ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 129, para. 88-89. Divan El Salvador'un bu itirazlarını reddetmiştir.

¹⁶¹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 348, s. 363, para. 49-51.

Son olarak, kabul edilen müdahillik taleplerinde Divan'ın, meşru amaç koşulunu müdahillğin sınırlarını belirlemek için kullandığının altının çizilmesinde fayda vardır¹⁶².

C. Yargı Yetkisi Bağı

Divan İç Tüzüğü'nün 81. maddesinin 5(c) hükmü Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olma başvurusunda bulunan devletin, başvuru dilekçesinde -davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikteki hukukî menfaatinin ve müdahillğinin amacının yanı sıra- davanın tarafları ile arasındaki yargı yetkisi bağına da belirtmesini öngörmektedir.

Bu hüküm, hiç şüphesiz, uluslararası hukukta zorunlu yargı mercii ilkesinin bulunmaması ile açıklanmaktadır. Bununla birlikte, hükmün muğlak bir biçimde kaleme alındığı ve müdahillik başvurusunda bulunan devletin davanın tarafları ile arasında bir yargı yetkisi bağı bulunduğunu mutlak olarak kanıtlaması gerekip gerekmediği meselesini açıklığa kavuşturmadığı görülmektedir. Bu muğlaklığın, temellerini UDAD Statüsü'nün hazırlık aşamasında bulduğu bilinmektedir. Şöyle ki; UDAD Statüsü'nün hazırlandığı dönemde Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin esas olması ve Milletler Cemiyeti'ne üye olan bütün devletlerin Divan'ın yargı yetkisini tanımış sayılmaları fikri gündeme gelmiş¹⁶³, zorunlu yargı yetkisi ilkesinin kabul görmemesinin ardından 62. madde müdahillğinin uluslararası hukukun öngördüğü iradeci yaklaşımla ve rızaya dayalı yargı yetkisi ilkesi ile nasıl bağdaşacağı sorunu ortaya çıkmıştır¹⁶⁴.

Divan'ın İç Tüzüğü'nün ilk versiyonları bu meseleyi muğlak bırakmaya devam etmiş ve bu muğlaklık iki farklı görüşün ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir. Bir görüş, uluslararası hukukta zorunlu yargı mercii ilkesinin bulunmadığından hareketle Divan önündeki bir davaya müdahil olmak isteyen devletin davanın tarafları ile arasında Divan'ın yargı yetkisini tanıyan bir bağı ortaya koyması gerektiğini savunmuştur. Diğer bir görüş ise 62. maddede açıkça öngörülmemiş bu ilkenin müdahillik için bir koşul olarak ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir; bu görüşe göre uluslararası hukukta zorunlu

¹⁶² Miron / Chinkin, "Article 62", s. 2684. Bkz. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene (Judgment)* [1990] ICJ Rep. 92, s. 136, para. 103; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* (Judgment) [2012] ICJ Rep. 99, s. 106, para. 10.

¹⁶³ Miron / Chinkin, "Article 62", s. 2686.

¹⁶⁴ Miron / Chinkin, "Article 62", s. 2686.

yargı mercii ilkesi bulunmamasına rağmen UAD Statüsü'nün 62. maddesinin bu şekilde kaleme alınmış olması bilinçlidir, maddenin öngördüğü düzenlemenin muğlaklığının basit bir gözden kaçma olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir¹⁶⁵.

Divan önündeki bir davaya müdahillik başvurusunda bulunan devletin, davanın tarafları ile arasında bir yargı yetkisi bağı bulunduğunu kanıtlamasının gerekip gerekmediği Divan içtihadında da açıklığa kavuşturulamamış¹⁶⁶ ve en nihâyetinde 1978 İç Tüzüğü'nün yukarıda alıntılanan hükmü kaleme alınmıştır. Ancak yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, söz konusu hüküm de muğlak bir biçimde kaleme alındığı için meseleyi açıklığa kavuşturamamıştır¹⁶⁷. Divan meseleyi *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* davasında açıklığa kavuşturacaktır. Söz konusu davaya 62. madde uyarınca müdahil olma talebinde bulunan Nikaragua'nın davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte bir hukukî menfaati ve davaya müdahil olmasında meşru bir amacı olduğuna kani olan Divan, Nikaragua ve davanın tarafları arasında bir "yargı yetkisi bağının bulunmamasına" ilişkin incelemesinde, davaya taraf olmadan müdahil olma talebinde bulunan devletlerin bu tür bir bağın (*jurisdictional link*) varlığını kanıtlamalarına gerek olmadığını ifade etmiştir¹⁶⁸. Ancak Divan, bir devletin görülmekte olan bir davaya taraf olarak müdahil olabilmesi için bu koşulu sağlaması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁹.

Mesele karmaşıktır. Zira bir yandan, devletin Divan önündeki bir davaya müdahil olabilmesi için kendisiyle davanın tarafları arasında herhangi bir

¹⁶⁵ **Miron / Chinkin**, "Article 62", s. 2686.

¹⁶⁶ Mesele Fiji'nin *Nükleer Denemeler* davasında yaptığı müdahillik başvurusunda gündeme gelmiştir. Bkz. *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 535, Declaration by Judge Onyeama, s. 531-532, Joint Declaration by Judges Dillard and Sir Humphrey Waldock, s. 532; Declaration by Judge Jiménez de Aréchaga, s. 533-534; Declaration by Barwick, s. 533.

¹⁶⁷ Libya ve Malta arasında görülen *Kıt'a Sahaneliği* davasına müdahillik başvurusunda bulunan İtalya'nın başvurusunun, bu muğlaklık nedeni ile, UAD hâkimleri tarafından farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, Separate Opinion of Judge Nagendra Singh, s. 31 *et seq.*; Separate Opinion of Judge Mbaye, s. 35 *et seq.*; Separate Opinion of Judge Jiménez de Aréchaga, s. 55 *et seq.*; Dissenting Opinion of Vice-president Sette-Camara, s. 71 *et seq.*; Dissenting Opinion of Judge Oda, s. 90 *et seq.*; Dissenting Opinion of Judge Ago, s. 115 *et seq.*; Dissenting Opinion of Judge Schwebel, s. 131 *et seq.*; Dissenting Opinion of Sir Robert Jennings, s. 148 *et seq.*

¹⁶⁸ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92, s. 132-135, para. 94-101.

¹⁶⁹ *Idem*, s. 133, para. 95.

yargı yetkisi bağının bulunması koşulunun aranmaması durumunda, davanın tarafları aleyhine Divan önünde dava açma hakkı olmayan bu devletin 62. madde aracılığıyla, yani âdeta arka kapıdan, Divan önünde söz konusu devletler aleyhine hukukî sonuç elde edebilmesi mümkün kılınacaktır. Ancak diğer yandan, müdahillik talep eden devlet ile davanın tarafları arasında bir yargı yetkisi bağının bulunması koşulunun her durumda aranması müdahillik kurumunun devreye sokulmasını ve bu kurumu kullanmak isteyen devletlerin Divan'ı kendi hak ve menfaatleri hakkında bilgilendirebilmelerini oldukça zorlaştıracaktır. Divan, görülmekte olan bir davaya taraf olmadan müdahil olma talebinde bulunan devletlerin davanın tarafları ile arasında herhangi bir yargı yetkisi bağının bulunmasına gerek olmadığına ancak davaya taraf olarak müdahil olmak isteyen devletlerin bu nitelikte bir bağı kanıtlamalarının elzem olduğuna hükmederek orta yolu bulmuş görünmektedir.

Şöyle ki; taraf olmadan müdahillik kurumu arızî bir nitelik arz etmekte ve davaya müdahil olan devlet ile davanın tarafları arasında doğrudan bir hukukî sonuç doğurmamaktadır. Başka bir ifade ile, davaya müdahil olan devlet, davanın tarafları ile kendisi arasında var olan uyuşmazlığın çözümünü talep edememekte ve Divan'ın davada verdiği kararlarla bağlı olmamaktadır. Bu çerçevede, davaya müdahil olan devletin, uluslararası hukukta zorunlu yargı mercii ilkesi bulunmadığı yönündeki ilkeyi “arka kapıdan dolanarak” bertaraf etmesi söz konusu değildir. Oysa taraf olarak müdahillik yönteminde, müdahil devlet -davanın kapsamını genişletmemekle beraber- davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığa eklenilerek taraflar ile arasındaki uyuşmazlığın Divan tarafından çözümlenmesini talep edebilmekte ve Divan'ın vereceği karar hem davanın tarafları hem de davaya müdahil olan devlet için bağlayıcı olmaktadır. Dolayısıyla, bu yöntemle davaya müdahil olan devlet ile davanın tarafları arasında Divan'ın yargı yetkisini tesis eden bir bağın bulunması koşulunun aranmaması, uluslararası hukukta zorunlu yargı mercii ilkesi bulunmadığı yönündeki ilkenin dolanılması anlamına gelecektir.

Divan'ın bulduğu çözüm kanaatimizce yerindedir. Bununla birlikte, bu çözümü tatmin edici bulmayan uluslararası hukukçular da vardır. Bu hukukçular müdahillik talebinde bulunan devlet ile davanın tarafları arasında var olan bir yargı yetkisi bağının 62. madde müdahilliği için yeterli mi olduğu yoksa -UAD Statüsü'nün 40. ve 62. maddelerinin birbirinden farklı iki rejim ortaya koyduğundan hareketle- 62. madde altında yapılan müdahillik başvu-

ruharında davanın taraflarının açık rızasının gerekli mi olduğu sorusuna yanıt verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Zira Divan önünde görölmekte olan bir davaya 62. madde altında taraf olarak müdahillik başvurusunda bulunan bir devletin davanın iki tarafı ile arasında bir yargı yetkisi bağı mevcutken, davanın diğler taraflarının müdahillik talebine rızası bulunmayabilir. Dolayısıyla, davanın taraflarından biri (ya da her ikisi) 62. madde aracılığıyla uyuşmazlıklarının zorla “çok taraflı hale getirilmesine” itiraz edebilir. Davaya müdahil olma talebinde bulunan üçüncü devlet ise, kendisi ile davanın tarafları arasında geçerli bir yargı yetkisi bağı mevcut olduğundan -*ante hoc* yargı yetkisi tanınması içeren her davada olduğu gibi- davanın taraflarının müdahillik talebine önceden rıza göstermiş sayılmaları gerektiğini iddia edecektir. Bununla birlikte, davanın tarafları, Divan’ın *Kara, Ada ve Deniz Sınırı Uyuşmazlığı* kararında belirttiğı üzere, Divan’ın bir uyuşmazlıkta yargı yetkisi kullanabilmek için alması gereken “tarafların özel rızasının” önceden verilen soyut bir rıza değil, Divan önüne getirilen davaya bağı somut bir rıza olması gerektiğini iddia edebileceklerdir¹⁷⁰. Başka bir ifade ile, davanın tarafları, müdahillik talebinde bulunan devletin “müdahillik usûlünü ‘arka kapıdan’ Divan önüne yeni bir uyuşmazlık getirmek için kullanmaya çalışmak yerine, yeni bir yargılama başlatmak için adım atması gerektiğini iddia edebileceklerdir”¹⁷¹.

Kanaatimiz, bu görüşlerin yerinde olmadığı yönündedir. Zira Divan, Statüsü’nün 40. maddesinde düzenlenen “yargı yetkisi” ile 62. maddesinde düzenlenen müdahillik kurumu arasında açık bir ayırım yapmaktadır. Divan’a göre, 62. madde uluslararası hukukta zorunlu yargı mercii bulunmadığı ilkesinin istisnası değildir¹⁷²; bu maddenin, farklı bir uyuşmazlığı Divan önüne dava olarak getirmenin alternatif bir yolu olarak veya davaya taraf olmayan bir devletin bireysel haklarını ileri sürmesinin bir yöntemi olarak tasarlandığını gösteren hiçbir şey yoktur¹⁷³. Bu çerçevede kanaatimiz, Divan tarafından yapılan ayırımın makul olduğu, görölmekte olan bir davaya taraf olarak müdahillik taleplerinin varlığında dahi davanın taraflarının müdahillige açık rıza göstermeleri koşulunun aranmasına gerek olmadığı yönünde-

¹⁷⁰ Quintana, s. 886.

¹⁷¹ Quintana, s. 886-887.

¹⁷² *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, s. 23, para. 37.

¹⁷³ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), Application by Italy to Intervene* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3, s. 23, para. 37.

dir. Zira bir uyuşmazlığın taraflarının, aralarında yürürlükte bulunan bir andlaşmanın öngördüğü uyuşmazlıkların çözümü hükmüne dayanarak birbirleri aleyhine dava açabilmelerinin mümkün olduğu durumlarda, davaya aynı andlaşmaya ve dolayısıyla aynı hükme dayanarak müdahil olma talebinde bulunan devletlerin bu talebine açıkça rıza gösterilmesi koşulunun aranması makul ve yerinde görünmemektedir.

2. Usûle İlişkin Koşullar ve Süreç

62. madde müdahilliğinin usûlüne ilişkin genel koşullar, Divan İç Tüzüğü'nün 81. maddesinde kaleme alınmıştır. Maddeye göre,

“1. Statü'nün 62. maddesi uyarınca müdahale izni için yapılan başvuru, bu İç Tüzüğün 38. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen şekilde imzalanmış olarak, mümkün olan en kısa sürede ve cevap dilekçesinin (counter memorial) sunulması için belirlenen tarihten geç olmamak kaydıyla yapılır.

2. Divan, bu İç Tüzüğün 45. maddesinin 2. fıkrası veya 46. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ek yazılı savunma yapılmasına izin vermişse veya 80. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bir karşı talepte bulunulmuşsa, müdahale izni başvurusu mümkün olan en kısa sürede ve son yazılı savunmanın sunulması için belirlenen tarihten geç olmayacak şekilde yapılır.

3. Müdahale izni başvurusu, ilk itirazlarla ilgili ise ve ilgili olduğu ölçüde, mümkün olan en kısa sürede ve en geç ilk itirazlara ilişkin tespit ve görüşlerin yazılı olarak sunulması için belirlenen tarihe kadar yapılır.

4. İstisnâî durumlarda, daha sonra yapılan bir başvuru kabul edilebilir.

5. Başvuruda bir temsilci adı belirtilir. Başvuru, ilgili olduğu davayı zikretmeli ve aşağıdaki hususları içermelidir:

(a) davaya müdahil olmak için başvuran devletin söz konusu davadaki karardan etkilenebileceğini düşündüğü hukukî nitelikteki menfaat;

(b) müdahilliğin açık amacı;

(c) davaya müdahil olmak için başvuran devlet ile davanın tarafları arasında var olduğu iddia edilen yargı yetkisinin temeli.

6. Başvuru, destekleyici belgelerin bir listesini içermeli ve bu belgeler başvuruya eklenmelidir”.

Bugüne kadar 62. madde müdahilliğinin usûl koşullarına ilişkin en önemli tartışma müdahillik başvurusunun ne zamana kadar yapılabileceği üzerine yürütülmüştür. Şöyle ki; İç Tüzüğü'nün 81. maddesi, 62. madde altında gerçekleştirilen müdahillik taleplerinin “yazılı yargılamanın kapanışından önce” yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu ifadenin belirsizliği nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek isteyen Divan¹⁷⁴ 81. maddede Haziran 2024'te yaptığı değişiklikle daha net bir tarih belirlemiş ve 62. madde altında gerçekleştirilen müdahillik taleplerinin, cevap dilekçesinin (*counter-memorial*) teslimi için Divan'ın belirlediği tarihten geç olmamak kaydı ile en kısa zamanda (*as soon as possible*) yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. 81. maddede yapılan bu değişiklik Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahil olma başvurularının ne zamana kadar yapılabileceği ile ilgili eskisine nazaran daha açık bir düzenleme öngörmekte ise de maddedeki “en kısa sürede” ifadesi muğlaklığını korumaktadır¹⁷⁵.

62. madde müdahilliğinin usûl koşullarına ilişkin bir diğer tartışma, Divan önünde görülmekte olan bir davaya, davanın ilk itirazlar ve yargı yetkisi aşamasında müdahillik talebinde bulunulup bulunulamayacağına ilişkindir. Bu tartışmanın önce Divan'ın verdiği kararlar ile¹⁷⁶, son olarak da 2024 yı-

¹⁷⁴ Bkz. **Kolb**, The International Court of Justice, s. 723.

¹⁷⁵ Divan bugüne kadar hiçbir başvuruyu salt “en kısa sürede yapılmış olma” koşuluna riayet edilmediği için reddetmemiştir. Bununla birlikte, bu koşulun Endonezya ve Malezya arasında görülen *Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik* davasına müdahil olma talebinde bulunan Filipinler'in talebi bağlamında tartışıldığı görülmektedir. Divan, Filipinler'in talebine ilişkin şu tespitleri yapmıştır: “Başvurunun yapılması için seçilen zamanın (...) İç Tüzüğü'nün 81. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ‘mümkün olan en kısa sürede’ yapılması koşulunu karşıladığı söylenemez. Divan'ın İç Tüzüğü'nün 1. maddesi tek başına ele alındığında yeterince açık olmadığı düşünülecek olan bu gereklilik, yine de Divan önündeki usûlün düzenli ve hızlı bir şekilde ilerlemesi için gereklidir. Müdahale davalarının arzı niteliği göz önünde bulundurulduğunda, asıl davalar çok ileri bir aşamaya ulaşmadan müdahilliğin gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Yakın tarihli davalardan birinde, başka bir tür arzı yargılamayı ele alan Divan şu gözlemlerde bulunmuştur: ‘adaletin sağlıklı idaresi, geçici tedbirlerin belirtilmesine yönelik bir talebin (...) zamanında sunulmasını gerektirir’. Aynı durum, müdahillik izni başvurusu için de geçerlidir ve hatta Divan İç Tüzüğü'nün 81. maddesinin 1. fıkrasında bu yönde açık bir hüküm bulunduğu göz önüne alındığında daha da geçerlidir”. *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia)*, Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575, s. 585, para. 21.

¹⁷⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Declaration of Intervention of the Republic of El Salvador (Order of 4 October 1984) [1984] ICJ Rep. 215, s. 216; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Admissibility of the Declarations of Intervention (Order of 5 June 2023) ICJ Rep. 354, para. 63; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)* (Order of 3 July 2024), para. 37-45.

ında Divan'ın İç Tüzüğü'nün 81. maddesine eklenen 3. fıkra ile bir nebze açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca müdahillik başvurusu, ilk itirazlarla ilgili ise ve ilgili olduğu ölçüde, mümkün olan en kısa sürede ve en geç ilk itirazlara ilişkin tespit ve görüşlerin yazılı olarak sunulması için belirlenen tarihe kadar yapılmalıdır¹⁷⁷. Bununla birlikte, bir davanın esasına ilişkin müdahillik başvurularının -Divan'ın davayı görmeye yetkili olduğunu varsayarak- davanın yargı yetkisi aşamasında yapılması durumunda Divan'ın bu başvuruyu değerlendirmeyi öteleyeceği mi yoksa reddederek devleti davanın esasına geçildiği aşamada tekrar başvuru yapmaya davet mi edeceği meselesi muğlaklığını korumaktadır.

Yukarıdaki satırlarda alıntılanan İç Tüzüğün 81. maddesi, Divan önünde görülmekte olan bir davaya müdahillik talebinde bulunan devletin, Divan'a sunacağı destekleyici belge ve delillerin listesini teslim etmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Talepte bulunan devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte hukukî bir menfaatinin bulunduğunu ve müdahillik başvurusunun diğer koşullarını karşıladığını belge ve deliller ile kanıtlaması büyük önem arz etmektedir. Nitekim Divan, davaya müdahil olmak isteyen devletten istenen delillerin, yargılamanın kabul edilebilirlik aşamasında sınırlı veya özet deliller olmadığını, bu devletin Divan'ın kararından etkilenebilecek hukukî nitelikte bir menfaati bulunduğunu ortaya koyacak deliller sunması gerektiğini ifade etmiştir¹⁷⁸. Bu çerçevede, müdahillik talebinde bulunan devletin resmî yazışmalar, uluslararası andlaşmalar, haritalar, haberler, raporlar, fotoğraflar gibi somut delil ve belgeleri başvurusuna ekleme hakkı bulunmaktadır¹⁷⁹.

Müdahillik başvurusunu izleyen sürece ilişkin kurallar İç Tüzüğün 83, 84 ve 85. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, müdahillik başvurusu önce davanın taraflarına bildirilecek ve tarafların, varsa, yazılı görüşlerini belirtilen süre içerisinde Divan ile paylaşmaları istenecektir. Başvuru ardından Divan tarafından değerlendirilecek ve Divan müdahillik talebinde bulunan devletin davaya müdahil olmasına izin verip vermemeyi karara bağlayacaktır. 84. maddeye göre bu öncelikli bir işlemdir. Şayet taraflardan biri

¹⁷⁷ Bkz. Juliette, **Mcintyre**, "The ICJ Changes the Rules for Intervention", EJIL: Talk!, 11 March 2024, <https://www.ejiltalk.org/the-icj-changes-the-rules-for-intervention/> (Erişim Tarihi: 02.04.2025).

¹⁷⁸ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene (Judgment)* [2011] ICJ Rep. 348, para. 49.

¹⁷⁹ *Idem*, para. 48; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Application by the Philippines for Permission to Intervene (Judgment)* [2001] ICJ Rep. 575, s. 587, para. 29.

müdahillik talebine itiraz ederse Divan talepte bulunan devleti ve tarafları sözlü olarak dinleyecektir. Tarafların müdahillik talebine yöneltebileceği itirazlar *numerus clausus* değildir; taraflar talebin reddedilmesi gerektiği yönündeki kanaatlerini her türlü argüman ile destekleyebileceklerdir¹⁸⁰. İtirazın zımnen değil, açıkça yapılması gerekir. Müdahillik talebinin kabul edilmesi durumunda, dava dilekçelerinin ve ekli belgelerin kopyaları davaya müdahil olan devlete iletilecek ve kendisine Divan tarafından belirlenecek süre içinde yazılı bir beyan sunma hakkı verilecektir. Davanın taraflarının, arzu ettikleri takdirde, sözlü yargılamadan önce bu beyana ilişkin yazılı görüşlerini sunabilmeleri mümkündür; Divan bunun için başka bir süre belirleyecektir.

Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında müdahillik başvurusu yapılmış olması kamuya açık bilgiler dışındaki bilgilerin başvuruda bulunan devletle paylaşılması için yeterli değildir. Divan'ın İç Tüzüğü'nün 53. ve 85. maddeleri birlikte okunduğunda, söz konusu bilgi ve belgelerin müdahil devlet ile "müdahillik başvurusu kabul edildikten sonra" paylaşılabilirliği görülmektedir. Kamuya açık olmayan bilgi ve belgelerin davaya müdahil olma talebinde bulunan devletle talep henüz kabul edilmeden önce paylaşılabilmesi için davanın taraflarının rızası gerekmektedir¹⁸¹.

Son olarak, Divan'ın içtihadı, bir davaya 62. madde altında taraf olmadan müdahil olan devletlerin *ad hoc* yargıç atama hakkının bulunmadığını göstermektedir¹⁸². Davaya 62. madde altında taraf olarak müdahil olan devletlerin bu hakka sahip olup olmadığı hususunda ise muğlaklık bulunmaktadır. Kanaatimizce taraf olarak müdahillik hallerinde, verilecek karar müdahil devlet için de bağlayıcı olacağından, *ad hoc* hâkim tayin etme hakkı bulunmalıdır.

SONUÇ

Bu çalışma, UAD önünde görülmekte olan bir davada verilecek kararın hukukî nitelikte bir menfaatini etkileme ihtimalinin bulunduğunu düşünen üçüncü devletlerin, davaya Divan'ın Statüsü'nün 62. maddesine dayanarak müdahil olabilmelerinin hukukî çerçevesini, koşullarını ve sonuçlarını incelemektedir.

Divan tarafından yürütülen yargısal süreçten etkilenme ihtimali bulunan üçüncü devletlerin bireysel ve somut hukukî menfaatlerini korumayı amaçla-

¹⁸⁰ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Kolb**, The International Court of Justice, s. 723.

¹⁸¹ **Kolb**, The International Court of Justice, s. 724.

¹⁸² *Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene (Judgment)* [1981] ICJ Rep 3, 6, para 8.

yan 62. maddeye dayanılarak yapılan müdahillik başvuruları, müdahillik başvurusunda bulunan devletin davada verilecek karardan etkilenebilecek nitelikte hukukî bir menfaati bulunduğunu ve davaya müdahil olmasını gerektirecek meşru bir amaca sahip olduğunu ispat etmesini gerektirmekte ve bu bakımdan hukukî açıdan zorlu ve karmaşık başvurular olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim, zaman içinde UAD tarafından geliştirilen içtihat uyarınca “taraf olarak müdahillik” ve “taraf olmadan müdahillik” olarak iki farklı şekilde tezahür etmeye başlayan 62. madde müdahilliğinin her iki yöntemi de nadiren başvuru olan yöntemlerdir. Nikaragua’nın 2024 yılında, Güney Afrika’nın İsrail aleyhine 2023 yılında 1948 Soykırım Sözleşmesini ihlâl edildiği gerekçesi ile açtığı davaya müdahil olma talebine kadar hiçbir devlet Divan önünde görülen davalara 62. madde altında taraf olarak müdahil olma talebinde bulunmamış, bu bakımdan bir ilk olma niteliği taşıyan Nikaragua’nın talebi de Divan tarafından henüz karara bağlanmamıştır. Bu çerçevede, Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında taraf olarak müdahil olmak üçüncü devletler bakımından henüz teorik bir imkân olmanın ötesine geçebilmiş değildir. Divan önünde görülmekte olan bir davaya 62. madde altında taraf olmadan müdahil olmak yönündeki taleplerden ise, yukarıdaki satırlarda incelendiği üzere, yalnızca üçü kabul edilmiştir.

62. maddenin öngördüğü müdahillik yönteminin bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da nadiren başvuru olan bir yöntem olarak kalıp kalmayacağı Divan’ın halihazırda görülmekte olan bazı davalara yapılan müdahillik başvurularına vereceği yanıt ile şekillenecektir. Gerçekten de, 62. madde müdahilliğine ilişkin en güncel ve belki de en önemli hukukî mesele Divan önünde görülmekte olan bir davada ihlâl edildiği ileri sürülen yükümlülüklerin *erga omnes* yükümlülükler olmasının, üçüncü bir devletin davaya 62. madde altında müdahillik başvurusunda bulunabilmesi için yeterli bir gerekçe teşkil edip etmeyeceği meselesidir. Davanın taraflarından birinin *erga omnes* yükümlülükleri ihlâl ettiği iddiasının, üçüncü bir devletin söz konusu davaya 62. madde altında müdahil olabilmesi için yeterli olup olmadığı, daha açık bir ifade ile bu yükümlülüklerin ihlâlinin üçüncü bir devletin Divan’ın davada vereceği karardan etkilenebilecek nitelikte hukukî, bireyselleşmiş ve somut bir menfaate sahip olması koşulunu karşılayıp karşılamadığı henüz Divan tarafından karara bağlanmamıştır. 62. maddenin uluslararası toplumun tamamına yönelik yükümlülüklerin ihlâli durumlarında sahip olabileceği rolün içeriği ve kapsamı ve bu yükümlülükler riayet edilmesine ne ölçüde katkıda bulunabileceği, Divan’ın, önündeki davalara ve bu davalara yönelik müdahillik başvurularına ilişkin nihâi kararları ile açıklığa kavuşacaktır.

KAYNAKÇA

Belgeler

Permanent Court of International Justice, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Advisory Committee of Jurists, June 16th-July 24th, 1920, with Annexes.

Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale, Annuaire de l'Institut de droit international, Vol. 1, 1877, s. 126-133.

Statute for the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations, League of Nations Treaty Series, Vol. 6, 1921, s. 391-413.

1899 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 29 July 1899, entered into force 4 September 1900), 1 Bevans 230, 187 CTS 410.

1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (adopted 18 October 1907, entered into force 26 January 1910), UKTS 6 (1907), 1 Bevans 577, 205 CTS 233.

Doktrin

Barrie, George, "Third-Party State Intervention in Disputes before the International Court of Justice: A Reassessment of Articles 62 and 63 of the ICJ Statute", Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 53, 2020, s. 1-20.

Benzing, Markus, "Community Interests in the Procedure of International Courts and Tribunals", Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 5, 2006, s. 369-408.

Bernárdez, Torres, "L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice", Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 256, 1995, s. 193-458.

Bernhardt, Rudolf, "Judicial and Arbitral Settlement of International Disputes Involving More than Two States", Annuaire de l'Institut de droit international, Vol. 68(2), 1999, s. 57-250.

Bonafé, Beatrice, "Discretionary Intervention (Article 62, Statute of the Court)", **Wojcikiewicz**, Paula Almeida / **Sorel**, Jean-Marc (eds), Latin America and the International Court of Justice: Contributions to International Law, Routledge 2017, s. 98-108.

Crawford, James, State Responsibility. The General Part, CUP, Cambridge 2013.

Fitzmaurice, Gerald, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-54: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure", British Yearbook of International Law, Vol. 34, 1958, s. 1-162.

Gaja, Giorgio, "Obligations and Rights Erga Omnes in International Law", Annuaire de l'Institut de droit international, Vol. 71, 2004, s. 119-212.

Gaja, Giorgio, "The Protection of General Interests in the International Community", Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 364, 2013, s. 9-185.

- Hudson**, Manley, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1924. A Treatise*, New York 1943.
- Kolb**, Robert, *La Cour internationale de justice*, Pedone, Paris 2011.
- Kolb**, Robert, *The International Court of Justice*, Hart Publishing 2013.
- Kolb**, Robert, *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, Edward Elgar Publishing 2014.
- Mbaye**, Kéba, “L’*intérêt pour agir devant la Cour internationale de Justice*”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 209, 1988, s. 223-345.
- Mcintyre**, Juliette, “The ICJ Changes the Rules for Intervention”, *EJIL: Talk!*, 11 March 2024, <https://www.ejiltalk.org/the-icj-changes-the-rules-for-intervention/> (Erişim Tarihi: 02.04.2025).
- Miron**, Alina / **Chinkin**, Christine, “Article 62”, **Zimmermann**, Andreas / **Tams**, Christian / **Oellers-Frahm**, Karin / **Tomuschat**, Christian (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press 2019, s. 2644-2726.
- Miron**, Alina / **Chinkin**, Christine, “Article 63”, **Zimmermann**, Andreas / **Tams**, Christian / **Oellers-Frahm**, Karin / **Tomuschat**, Christian (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford University Press 2019, s. 2727-2777.
- Milther**, John T., “Intervention in Proceedings before the International Court of Justice”, **Gross**, Leo (eds), *The Future of the International Court of Justice*, Vol II, Oceana Publications, Inc. 1976, s. 542-571.
- Oda**, Shigeru, “The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993)”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 244, 1993, s. 9-190.
- Palchetti**, Paolo, “Opening the International Court of Justice to Third States: Intervention and Beyond”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, 2002, s. 139-181.
- Pirim**, Ceren Zeynep, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, Turhan, Ankara 2024.
- Quintana**, Juan José, *Litigation at the International Court of Justice Practice and Procedure*, Brill / Nijhoff 2015.
- Rosenne**, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Vol III, Martinus Nijhoff Publishers 1997.
- Shabtai**, Rosenne, *Intervention in the International Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers 1993.
- Thirlway**, Hugh, *The International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Uraz**, Onur / **Pirim**, Ceren Zeynep, “Uluslararası Adalet Divanı Önünde Görülen Davalara Müdahil Olma Yolları I: Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 63. Maddesinin Öngördüğü Müdahililik Usûlü”, *Public and Private International Law Bulletin*, Vol. 45, No. 2, 2025, Advance Online Publication Public and Private International Law Bulletin. <https://doi.org/10.26650/ppil.2025.45.2.1654447>.

İçtihat

Acquisition of Polish Nationality (Advisory Opinion) [1923] PCIJ Series B, No. 7.

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), The Russian Federation's Written Observations on Admissibility of the Declarations of Intervention submitted by France, Germany, Italy, Latvia, Lithuania, New Zealand, Poland, Romania, Sweden, The United Kingdom and the United States, 17 October 2022.

Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (Advisory Opinion) [1989] ICJ Rep. 177.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep. 43.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Preliminary Objections (Judgment) [2022] ICJ Rep. 477.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Judgment) [1970] ICJ Rep. 3.

Case concerning Nuclear Tests (Australia v. France), Application by the Government of Fiji for Permission to Intervene under the terms of Article 62 of the Statute, 16 May 1973.

Case concerning Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application by the Government of Fiji for Permission to Intervene under the terms of Article 62 of the Statute, 18 May 1973.

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Application for Permission to Intervene by the Government of the Republic of Nicaragua, 23 January 2024.

Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Application for permission to intervene and declaration of intervention submitted by Belize.

Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) (Judgment) [1954] ICJ Rep. 19.

Case of the S. S. "Wimbledon" (Question of Intervention by Poland) [1923] PCIJ, Series A, No. 1.

Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Application by Malta to Intervene (Judgment) [1981] ICJ Rep. 3.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta), Application by Italy to Intervene (Judgment) [1984] ICJ Rep. 3.

Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya) (Judgment) [1982] ICJ Rep. 18.

Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania) (Judgment on the Compensation) [1949] ICJ Rep. 244.

- Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* (Advisory Opinion) [1999] ICJ Rep. 62.
- East Timor (Portugal v. Australia)* (Judgment), Separate Opinion of Judge Shahabuddeen [1995] ICJ Rep. 90.
- El Salvador v. Nicaragua*, Central American Court of Justice, 9 March 1917, translated and reprinted in 11 AJIL, 1917, s. 674-696.
- Haya de la Torre Case* (Judgment) [1951] ICJ Rep. 71.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), Application for Permission to Intervene* (Order of 4 July 2011) [2011] ICJ Rep. 494.
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)* (Judgment) [2012] ICJ Rep. 99.
- Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Application to Intervene* (Order of 21 October 1999) [1999] ICJ Rep. 1029.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application by Nicaragua to Intervene* (Judgment) [1990] ICJ Rep. 92.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras), Application to Intervene* (Order of 28 February 1990) [1990] ICJ Rep. 3.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening)* (Judgment) [1992] ICJ Rep. 351.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Declaration of Intervention of the Republic of El Salvador* (Order of 4 October 1984) [1984] ICJ Rep. 215.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) [1984] ICJ Rep. 392.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures* (Order of 10 May 1984) [1984] ICJ Rep. 169.
- Nuclear Tests (Australia v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 320.
- Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 12 July 1973) [1973] ICJ Rep. 324.
- Nuclear Tests (New Zealand v. France), Application by Fiji to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 535.
- Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Application for Permission to Intervene under Article 62 and Declaration of Intervention under Article 63 submitted by the Government of Solomon Islands, 24 August 1995.
- Nuclear Tests (Australia v. France), Application to Intervene* (Order of 20 December 1974) [1974] ICJ Rep. 530.
- Nuclear Tests (Australia v. France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep. 253.
- Nuclear Tests (New Zealand v. France)* (Judgment) [1974] ICJ Rep. 457.

- Railway Traffic Between Lithuania and Poland (Railway Sector Landwarów-Kaisiadorys)* (Advisory Opinion) [1931] PCIJ Series A/B, No. 42.
- Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case* (Order of 22 September 1995) [1995] ICJ Rep. 288.
- Reservations to the Convention on Genocide* (Advisory Opinion) [1951] ICJ Rep. 15.
- Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia v. Malaysia), Application by the Philippines for Permission to Intervene* (Judgment) [2001] ICJ Rep. 575.
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Costa Rica for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 348.
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application by Honduras for Permission to Intervene* (Judgment) [2011] ICJ Rep. 420.
- Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Declaration of Intervention of New Zealand* (Order of 6 February 2013) [2013].

VİYANA ANDLAŞMALAR HUKUKU SÖZLEŞMESİ MADDE 27 ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI HUKUK İLE ULUSAL HUKUK İLİŞKİSİ^(*)

Prof. Dr. **Elif UZUN**^(**)

Öz: Uluslararası andlaşmalar, uluslararası hukukun temel kaynaklarından biridir. Uluslararası andlaşmaların bir hukuk aracı olarak kullanılabilmesi için bu belgelerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekliliğinin delinmesine ancak istisnai durumlarda izin verilebilir. Devletler kimi zaman iç hukuklarını uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeme gerekçesi olarak sunabilmekteyse de, bu gerekçenin kabul edilemez olduğu ilkesi, uluslararası örf-âdet hukukunun bir kuralı olarak kabul edilmektedir. Bu makale, söz konusu örf-âdet kuralını somutlaştıran Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesini incelemektedir. Hükmün anlamının açıklığa kavuşturulması için öncelikle tarihsel uygulama ve kararlara, kodifikasyon sürecine, hükmün amaçları bakımından 'iç hukuk' ifadesinin kapsamına bakılacaktır. Arkasından hükmün uygulanması veya yorumlanması esnasında ortaya çıkabilecek sorunlara işaret etmek amacıyla geçici uygulama durumundaki sorunların yanında iç hukuka atıf yapan çekinceler konusu ele alınacaktır. Bunun ardından, 27. madde hükmünün, devletlere, iç hukuklarını tarafı oldukları andlaşmalara uygun hale getirme yükümlülüğü de getirip getirmediği şeklindeki tartışma ele alacaktır. Son olarak hükmün uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkide uluslararası hukuka üstün tanıyıp tanımadığı, ilgili teorik tartışmalar bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Andlaşmalar Hukuku, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 27, Uluslararası Hukuk-İç Hukuk İlişkisi, Devletin Sorumluluğu, Monizm ve Düalizm.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 22.08.2025 - Makale Kabul Tarihi: 28.10.2025.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir - Türkiye,
E-posta: eluzun@anadolu.edu.tr,
Orcid: 0000-0001-7825-7840.

THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND NATIONAL LAW WITHIN THE FRAMEWORK OF ARTICLE 27 OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

Abstract: International treaties are one of the fundamental sources of international law. For international treaties to serve as a legal instrument, the obligations arising from these documents must be fulfilled, and deviations should only be permitted under exceptional circumstances. Although states may occasionally invoke their domestic laws as justification for failing to comply with treaty obligations, the principle that such justification is inadmissible is recognized as a rule of customary international law. This article examines Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which embodies this customary rule. To clarify the meaning of the provision, the article first explores historical practice and judicial decisions, the codification process, and the scope of the term 'internal law' in light of the provision's objectives. Subsequently, to highlight potential issues in the application or interpretation of the provision, the article addresses problems that may arise in provisional application, as well as reservations referencing domestic law. Further, the article discusses the debate over whether Article 27 imposes an obligation on states to align their domestic laws with the treaties to which they are parties. Finally, whether the provision recognizes the supremacy of international law over domestic law in the relationship between international and domestic laws will be evaluated in the context of relevant theoretical debates.

Keywords: International Law on Treaties, *Pacta Sunt Servanda*, Vienna Convention on the Law of Treaties Art. 27, Relationship Between International Law and Internal Law, State Responsibility, Monism and Dualism.

GİRİŞ

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin¹ (VAHS) 27. maddesi, uluslararası hukukun varlığını mümkün kılan en temel ilkelerden birini uluslararası andlaşmalar bakımından hükme bağlamaktadır. Madde hükmüne göre, bir andlaşmanın tarafı, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak iç hukukuna başvuramaz. Bu hüküm, uluslararası hukuk düzeyini, ulusal hukuk düzeylerinden ayrı ve özerk bir hukuk evreni olarak kurmaktadır.

Uluslararası hukukun en genel ve en yaygın kabul gören ilkelerinden biri olmakla birlikte anılan maddenin vücut verdiği normun etraflıca incelenmesi; ilkenin ve andlaşma hükmünün mahiyetinin açıklıkla ortaya koyulması, hükmün VAHS'nin diğer hükümleriyle ilişkisinin kurulması, olası soru işaretlerinin giderilmesi ve uygulamada karşılaşılan ihlallerin nitelenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Bu amaçla makalede öncelikle hükmün dayanağı ve amacı incelenecek, ardından örfi niteliği ve kodifikasyon süreci ele alınacaktır. Ardından hükmün en önemli koşulları analiz edilecek, bu amaçla ilk olarak yükümlülüğü yerine getirmeme gerekçesi olarak başvurulamayacağı belirtilen 'iç hukuk' kavramının kapsamı tespit edilecektir. Bunu takiben, kodifikasyon sürecinde de tereddüt doğurduğu görülen, iç hukukun hangi andlaşmalara karşı ileri sürülemeyeceği, başka deyişle andlaşmaların yürürlükte olması koşuluna değinilecek, aynı başlık altında geçici uygulamayla ilgili bazı sorunlara da işaret edilecektir. Bir sonraki başlık altında iç hukuka atıf yapan çekincelerle md. 27 arasındaki ilişki tartışılacak, ardından 27. madde hükmünün, devletlere, iç hukuklarını uluslararası andlaşmalarla uyumlu hale getirme yükümlülüğü yükleyip yüklediği sorununa değinilecektir. Son olarak da, madde hükmünün uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul edip etmediği sorusu, ilgili teorik arka plan çerçevesinde değerlendirilecektir.

¹ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 23 May 1969) 1155 UNTS 331. VAHS'den yapılan alıntılarda şu kaynaklar dikkate alınmıştır: Aslan, **Gündüz**, Milletlerarası Hukuk, İstanbul 2014, s. 66-87; Enver, **Bozkurt**, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2003, s. 554-578; İbrahim, **Kaya**, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Ankara 2016, s. 68-111.

I. VAHS MD. 27’NİN DAYANAĞI VE AMACI

VAHS md. 27 metni şu şekildedir²:

“Bir taraf andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz. Bu kural 46. maddeye bir hâlel getirmez.”

Hükmün ilk cümlesi, uluslararası hukukun en genel ve en yaygın kabul gören ilkelerinden birini dile getirmektedir. Buna göre, bir andlaşmanın tarafı, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak iç hukukuna başvuramaz. Bu yönüyle md. 27, VAHS md. 26’da dile getirilen *pacta sunt servanda* ilkesinin tamamlayıcısı, hatta sonucu³ mahiyetindedir.⁴ *Pacta sunt servanda* (Ahde vefa) başlığını taşıyan md. 26’ya göre “Yürürlükteki her andlaşma taraflarını bağlar ve andlaşmaların iyi niyetle ifa edilmesi gerekir”.

Madde 27 hükmüyle birlikte, uluslararası andlaşmaların bağlayıcı gücünü tayin edenin sadece ve sadece uluslararası hukuk olduğu, andlaşma tarafı devletlerin iç hukuklarını andlaşmayı icra etmemelerinin haklı bir nedeni olarak sunamayacakları dile getirilmiş olur. Başka bir deyişle, bir andlaşmanın bağlayıcı gücünden, iç hukuk gerekçe gösterilerek kaçınılamaz. Belirtmek gerekir ki, iç hukukun uluslararası yükümlülüklerin icra edilmemesinde

² Her ne kadar VAHS md. 27’nin aktardığımız Türkçe çevirisi ilgili kaynaklarda aynı şekilde karşımıza çıksa da, maddenin orijinalinde geçen ve ‘andlaşmayı icra etmeme’ye karşılık gelen ‘*failure to perform a treaty*’ ifadesine dikkat çekmek istiyoruz. Anlam bakımından çok büyük bir değişiklik yaratmasa da, ‘bir andlaşmayı ifa etmeme’ veya ‘bir andlaşmanın gereğini yerine getirmeme’ alternatifleri de hükmün anlamına nüfuz etmek için dikkate alınabilir. Bunun yanında İngilizcede *to fail* fiilinden türeyen *failure* kelimesi, bir kural, taahhüt, kanun veya sözleşmeyle bağlantılı olarak kullanıldığında, bir yükümlülüğü veya yapılması gereken yahut yapılması beklenen bir eylemi yapmamak anlamına gelir. Dolayısıyla ‘*failure to perform a treaty*’ ifadesi, yapması gerektiği halde ifa etmemeyi kendiliğinden çağrıştırmaktadır. Türkçede bu tip durumlar için sadece ‘yapmama’, ‘uymama’ veya ‘riayet etmeme’nin dile getirilmesi yeterli olmaktadır. Ancak açıklığı sağlamak için sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan ‘yükümlülükler’in yerine getirilmemesinden veya kanunun ‘gereğini’ yerine getirmemekten daha sık bahsedildiği söylenebilir. Dolayısıyla İngilizce ifadenin çağrıştırdığı hususları açıkça dile getirmek için şöyle bir çevirinin de tercih edilebileceğini belirtmek isteriz: ‘Bir andlaşmanın tarafı, andlaşmanın hükümleri uyarınca hareket etmemesinin gerekçesi olarak iç hukukuna başvuramaz.’

³ Mark E., **Villiger**, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden ve Boston 2009, s. 371-2.

⁴ Kirsten, **Schmalenbach**, “Article 27”, *Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary*, Berlin ve Heidelberg 2012, s. 454; Annemie, **Schaus**, “1969 Vienna Convention - Article 27”, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties - Vol. 1*, Oxford 2011, s. 689; Anthony, **Aust**, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge 2007, s. 180.

etkisiz olması ilkesi, sadece akdi yükümlülüklerle ilgili değildir. Bu durum bütün uluslararası yükümlülükler için geçerlidir.⁵

Uluslararası hukuk, devletlerin akdi yükümlülüklerini yerine getirme şekillerini belirlemede tarafları serbest bırakır, meğerki yükümlülükler yerine getirilsin ve üçüncü devletlerin hakları korunsun. Burada uluslararası hukuk düzeninin her bir devletin ulusal hukuk düzenine atıfta bulunduğu söylenebilir. Bu bağlamda atfın anlamı, uluslararası hukukun, uluslararası yükümlülüklerin ulusal hukuk düzeni dahilindeki icra tarzına kayıtsız olmasıdır.⁶ Ancak bu kayıtsızlık, ilgili devletin iç hukukundaki araçların veya örgütlenmenin biçimine veya usulüne ilişkin herhangi bir şey söylememesi, sadece uluslararası hukukun gerekliliklerinin yerine getirilmesinin öngörülmesi anlamına gelir.⁷ Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Topluluk hukukun yürütülmesi amacıyla üye devletlere yetki devredildiği ve yükümlülük yüklendiği durumlarda, bu yetkinin nasıl icra edileceği ve yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği meselesinin, her bir devletin anayasal sistemiyle ilgili olduğuna karar vermiştir.⁸

Bu ilke, uluslararası hak ve yükümlülüklerin, özellikle de andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin sahibi olan devletlerin yüklendiği uluslararası sorumluluk ilkesine paraleldir.⁹ Gerçekten de, sözleşmenin ihlali, andlaşmada yer alan yükümlülüklerin icrasıyla ve icra etmemenin haklı nedenleriyle ilgilidir. Dolayısıyla, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin icra edilmemesinin haklı nedeni olarak iç hukuka başvurulamaz. Andlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğün sahibi olan devlet, bu yükümlülüğünü yerine getirmez veya gereğince yerine getirmezse, uluslararası hukuk düzleminde sorumlu hale gelir. Bu açıdan md. 27 hükmü, devletin sorumluluğu sorunuyla yakından ilgilidir.¹⁰ Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) devlet sorumluluğu hakkındaki taslak maddelerinin¹¹ 3. maddesi şöyle der:

⁵ **Schaus**, s. 689.

⁶ **Schmalenbach**, s. 463; **Schaus**, s. 689-90.

⁷ **Schaus**, s. 690.

⁸ ECJ, Joined Cases 51-54/71 - International Fruit Company, 15 December 1971, ECR 1971, s. 116.

⁹ **Schaus**, s. 690.

¹⁰ **Schmalenbach**, s. 457; **Schaus**, s. 690. Türkçe literatürde meseleyi devletin sorumluluğu kapsamında inceleyen çalışmalar için bkz. Elif, **Uzun**, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Ankara 2021, s. 63-4; Ali, **Bal**, Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 81-2.

¹¹ United Nations General Assembly (UNGA), Responsibility of States for internationally wrongful acts, Res 56/83 (12 December 2001) UN Doc A/RES/56/83.

“Devletin eyleminin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, uluslararası hukuk çerçevesinde olur. Böyle bir eylemin ulusal hukuk açısından hukuka uygun olması, bu nitelendirmede etkili olmaz.”

Ancak belirtmek gerekir ki, md. 27, md. 73’te işaret edildiği üzere devletin uluslararası hukuk çerçevesindeki sorumluluğunu VAHS’nin konusu haline getirmeksizin sorumluluk alanına ilişkin bir hüküm getirmiş olur. Dolayısıyla, hangi eylemin hangi koşullarda andlaşmanın ihlali sayılacağına veya hangi durumlarda andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmediğine ilişkin kurallar, devletin uluslararası hukuka aykırı yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin hukukun parçası olmaya devam edecektir.¹²

Andlaşmanın tarafı olan devletin iç hukukunun muhtevası ne olursa olsun, iç hukukun ilgili hükümleri ne devletin uluslararası yükümlülüğüne ne de söz konusu yükümlülüklerin icra edilmemesinden kaynaklanacak sorumluluğa etkide bulunabilir.¹³

II. ÖRFİ NİTELİĞİ VE KODİFİKASYON SÜRECİ

VAHS md. 27’nin mevcut bir uluslararası örf-âdet hukuku kuralını kodifiye ettiği kabul görmektedir.¹⁴ Devletler zaman zaman ulusal hukuklarına müracaatla uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmaya yöneliyor olsalar da, devlet yetkilileri ve uluslararası yargı organları defalarca istikrarlı bir şekilde bu tarz iddiaları reddetmiştir.

Örneğin, ABD Dışişleri Bakanı Bayard, Meksika’daki bir Amerikan vatandaşının yargılanmasıyla ilgili olarak şunları dile getirmiştir¹⁵:

“...eğer bir Devlet kendi iç yasalarını, uluslararası hak ve yükümlülüklerinin nihai ölçütü olarak koyarsa, uluslararası hukuk kuralları içi boş

¹² Scmalenbach, s. 462.

¹³ Schaus, s. 690.

¹⁴ Scmalenbach, s. 454; Villiger, s. 370; Aust, s. 138. UAD, Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardıma İlişkin Bazı Sorunlar (Cibuti v. Fransa) kararında, her ne kadar VAHS md. 27’nin somut olayla ilgisini kabul etmemişse de madde hükmünün uluslararası örf-âdet hukukunun bir yansıması olduğunu dile getirmiştir; bkz. ICJ, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports 2008, par. 124.

¹⁵ The executive documents of the House of Representatives for the first session of the fiftieth Congress. 1887-’88 1887/1888, s. 754, <https://search.library.wisc.edu/digital/ANT66L3JWSTXB58J> (Erişim Tarihi: 16.05.2025).

kelimelerden ibaret kalacak ve Devletler için de bireyler için de koruma sağlamayacaktır. Birleşik Devletler Hükümeti istikrarlı bir şekilde, herhangi bir devletin, uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi taleplerine cevaben iç hukuktaki kurallarına başvuramayacağını dile getirmiş ve kabul etmiştir. Bu önerme o kadar iyi bilinmekte ve kabul görmektedir ki, herhangi bir atıfta bulunmaya veya emsal karar sunmaya gerek bile görmüyoruz.”

Milletler Cemiyeti Konseyi’nde, Romanya hükümetinin yaptığı kamulaştırmalar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak Macaristan temsilcisi Appony, Romanya’nın uluslararası andlaşma hükümlerine karşı Romanya Anayasasını gerekçe göstermesi üzerine şöyle demiştir¹⁶:

“Müzakerelerimizin dayanması gereken temel ilke -ki bu ilkeyi görmezden gelmek uluslararası anarşiyle sonuçlanır- andlaşma hukukunun ulusal hukuka üstünlüğüdür. Bu üstünlük, tam da eşyanın doğasından kaynaklanır. Andlaşmalar yapmanın ya da uluslararası yükümlülükler üstlenmenin ne anlamı kalırdı, eğer bu yükümlülükleri üstlenen taraflar, yasama, yürütme ya da anayasal bir işlemle ya da kendi yetkilerinden kaynaklanan herhangi bir başka eylemle bunların sonuçlarından kaçabilecek olsalardı?”

1872 yılında verilen *Alabama Talepleri Hakkında Hakemlik Kararı*, bu yöndeki erken tarihli emsal kararlardan birini teşkil etmektedir. Birleşik Devletler ile Birleşik Krallık arasında, Birleşik Krallık’ın Amerikan İç Savaşı sırasındaki tarafsızlık beyanına aykırı hareket etmesinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesine yönelik talepler üzerine kurulan hakemlik heyeti, Birleşik Krallık’ın, mevzuatındaki yetersizliği, tarafsızlığı gözetmedeki özen yükümlülüğünü ihlalinin gerekçesi olarak kullanamayacağına karar vermiştir.¹⁷

¹⁶ 5 Temmuz 1923 tarihli Konsey tutanakları için bkz. Hungarian Optants in Romania - Council - Minutes of the XXVth Session of the Council, VIIth and VIIIth Sessions, held on 5 July 1923, concerning the expropriation by the Romanian government of the properties of the Hungarian Optants. United Nations Library & Archives Geneva, <https://archives.ungeneva.org/les-optants-hongrois-en-roumanie-conseil-proces-verbal-de-la-xxve-session-du-conseil-viie-et-viii-seances-tenues-le-5-juillet-1923-concernant-lexpropriation-par-le-gouvernement-roumain-des-biens-immobiliers-des-optants-hongrois> (Erişim Tarihi: 16.05.2025).

¹⁷ Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, 1872, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIX (2012), s. 131. Alabama hakemlik kararına yol açan olaylar ve ayrıntılı açıklama için bkz. Elizabeth, **Chadwick**, “Gone With the War? Neut-

Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD), *Danzig’teki Polonya Uyraklarına ve Polonya Asıllı ya da Polakça Konuşan Diğer Kişilere Yapılan Muamele*’ye dair istişârî mütalaasında bu ilkeyi, “Devlet, uluslararası hukuk ya da yürürlükte bulunan andlaşmalarla yüklendiği yükümlülüklerden kurtulmak için kendi Anayasasını diğer Devlete karşı gerekçe olarak gösteremez”, şeklinde ifade etmiştir.¹⁸

Harvard Üniversitesi tarafından 1927 yılında başlatılan uluslararası hukuk araştırmalarının sonucunda ortaya çıkan ‘Andlaşmalar Hukuku’ hakkındaki 1935 tarihli taslak metin (Harvard Taslağı), 23. maddesinde benzer bir hüküm içeriyordu¹⁹:

“Andlaşmada aksi belirtilmediği müddetçe bir Devlet, bir andlaşma çerçevesinde üstlendiği yükümlülükleri ifa etmemesini iç hukukunda mevcut olan veya olmayan hükümlere yahut da kendi devlet yapılanmasına veya anayasal sisteminin özel hususiyetlerine dayanarak haklı gösteremez.”

Taslak madde hükmünün gerekçesinde, uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin haklı nedeni olarak iç hukuka başvurulması durumunda bütün andlaşma sisteminin bütünlüğünün ve işe yararlığının zarar göreceği belirtilmiştir.²⁰

UHK’nin 1949’da kabul ettiği *Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine Dair Deklarasyon Taslağı*’nın tek cümleden ibaret 13. maddesinin ilk kısmında *pacta sunt servanda* ilkesine değinildikten sonra, cümlelerin ikinci yarısında hem andlaşmalardan hem de uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak anayasasına veya yasalarına başvuramayacağını belirtilmiştir.²¹

ral State Responsibility and the Geneva Arbitration of 1872”, Leiden Journal of International Law, Cilt: 12, 1999, s. 787-820; Elit Meviza, **Demirkol**, “The Alabama Arbitral Award and Indirect Damages in International Law”, Law & Justice Review, Cilt: 12, Sayı: 22, 2021, s. 131-50.

¹⁸ PCIJ, Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, PCIJ Series, Serie AB, No. 44, 1932, s. 24.

¹⁹ Research in International Law (Under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School), “Draft Convention on the Law of Treaties, with Comment”, AJIL, Cilt: 29, Supplement: Research in International Law, 1935, s. 1029.

²⁰ Research in International Law (Under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School), s. 1030.

²¹ United Nations General Assembly (UNGA), Draft Declaration on Rights and Duties of States, UNGA Res 375 (IV) (6 December 1949) UN Doc A/RES/375 (IV).

VAHS md. 27 hükmünün gördüğü genel kabule rağmen, UHK'deki VAHS'ye yönelik çalışmalarda, md. 27'ye karşılık gelen herhangi bir taslak madde bulunmuyordu. Zira genel itibarıyla md. 27'nin içerdiği hükmün bir andlaşmalar hukuku meselesi değil, devlet sorumluluğu ilkesi olduğu düşünülmüştü.²² Ancak özel raportör Fitzmaurice bu duruma bir istisna teşkil eder. Öncelikle Fitzmaurice'in, devletlerin, kendi iç hukuklarındaki boşlukları veya andlaşmanın muhtevasıyla çelişik hükümleri bir andlaşmanın bağlayıcı gücünü veya uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmak amacıyla kullanmasını yasaklayan ilkeyi, *"uluslararası hukukun, bütün bir sistemi şekillendiren ve sistemin her bir unsuru için geçerli olan en önemli ilkelerinden biri"* olarak nitelediğini belirtmemiz gerekiyor.²³ İkinci olarak, Fitzmaurice'in özel raportör olarak 1957 yılında hazırladığı taslak maddelerin 5. maddesi, bu meseleye temas eden bir hüküm içeriyordu. Söz konusu madde 'Genel uluslararası hukukun kabul etmediği sona erdirme veya askıya alma sebepleri' başlığını taşıyor ve ikinci fıkrasının (ii) bendinde uluslararası evrende uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olduğu ilkesi sebebiyle, *"andlaşmanın, ilgili devletin anayasası veya ulusal hukuku ile uyumsuz olduğunun anlaşılması[nın] veya bunları, andlaşmayla uyumlu hale getirecek şekilde değiştirmenin imkansız olduğunun anlaşılması[nın]"*, sona erdirme veya askıya alma gerekçesi olarak kullanılamayacağı söyleniyordu.²⁴ Bu maddeye ilişkin gerekçesinde Fitzmaurice, bir devletin uluslararası bir andlaşma yapmak suretiyle mevzuatının ve devlet organlarının eylemlerinin andlaşmaya uygun olmayan sonuçlarının sorumluluğunu üstlenmiş olacağını, anayasasının dahi uyumsuzluk için bir gerekçe teşkil etmeyeceğini, zira egemen bir devletin kendi içinde, anayasayı da değiştirmek üzere her türlü tasarrufta bulunabiliyor olması gerektiğini dile getirir.²⁵ Fitzmaurice'e göre, söz konusu madde hükmü herhangi bir felsefi tartışmada

²² Schmalenbach, s. 455. Nitekim VAHK'de ABD delegesi, Pakistan delegesinin mevcut md. 27 hükmünü doğuran önergesini ilkede kabul etmekle birlikte, böyle bir hükmün yerinin andlaşmalar hukukuyla ilgili bir sözleşme değil, devlet sorumluluğuyla ilgili bir sözleşme olduğunu söyler; bkz. UNCLOT I, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Vienna, 26 March-24 May 1968), Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.39/11, s. 151, par. 69. Keza Uzman Danışman Humphrey Waldock da, VAHK görüşmelerinde, söz konusu konunun UHK tarafından devlet sorumluluğuna ait bir mesele olarak karara bağlandığını dile getirir; bkz. UNCLOT I, s. 158, par. 73.

²³ G., Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", RCADI, Cilt: 92, Sayı: 2, 1957, s. 85 (Aktaran: Schaus, s. 691).

²⁴ G., Fitzmaurice, Law of Treaties - Second Report, YILC, 1957, Cilt: 2, UN Doc A/CN.4/107, s. 23.

²⁵ Fitzmaurice, Law of Treaties - Second Report, s. 42, par. 31.

taraf tutmak anlamına gelmemektedir. İster monist isterse düalist olsun, uluslararası hukuka ilişkin herhangi bir tutumun zorunlu olarak uluslararası düzeyde uluslararası hukukun üstünlüğü anlamına gelecektir, aksi takdirde uluslararası hukukun yükümlülük yaratan hiçbir gücü kalmaz. Bu durumda sadece ilgili devletin andlaşma yükümlülüklerini gönüllü bir şekilde yerine getirmeye ilişkin sürekli iradesine güvenilmek durumunda kalınacaktır.²⁶ Fitzmaurice'in hazırladığı dördüncü raporda yer alan taslak maddelerin 7. maddesi ise, konuyla ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme içerir. Başlığı “*Andlaşmaların yükümlülük yükleyen niteliği: uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi*” olan madde şöyledir²⁷:

“1. Bir andlaşmadan doğan yükümlülükler, bir çatışma söz konusu olduğunda, taraf devletlerin iç hukuklarının veya anayasalarının hükümlerine uluslararası düzeyde üstün gelir ve onlara baskındır.

2. Buna göre, bir andlaşma yükümlülüğü yüklenildikten sonra, bu yükümlülüğün uluslararası geçerliliği ve yürürlük gücü; andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra çıkarılmış olsun, ilgili tarafın iç hukukunun veya anayasasının hükümleriyle arasında var olan tutarsızlıklardan; yükümlülüğün iç hukuk düzeyinde yerine getirilmesini etkileyebilecek, söz konusu tarafın hukukunun, anayasasının veya devlet örgütlenmesinin eksikliklerinden, boşluklarından (lacunae), özel niteliklerinden veya kendine has özelliklerinden etkilenmez. Tüm bu durumlarda, yükümlülük uluslararası düzeyde geçerliliğini korur ve Devlet, bu yükümlülüğü yerine getirmemekten doğacak her türlü sorumluluğu üstlenir.

3. İç hukuk veya anayasanın herhangi bir hükmü, andlaşma yükümlülüğünün ifasının geçersiz kılınması veya engellenmesi sonucunu doğurur ya da onun iç hukuk düzeyinde yerine getirilmemesini haklı gösterirse, bu maddenin yukarıdaki hükümleri geçerli olacaktır. Bu durum; söz konusu hükmün konusundan, andlaşmayı veya andlaşmanın kapsadığı konu sınıfını özellikle ilgilendirdiğini iddia edip etmemesinden veya andlaşmadan farklı bir amaç veya hedefe sahip olduğunun söylenmesinden bağımsızdır.”

²⁶ Fitzmaurice, Law of Treaties - Second Report, s. 42, par. 32.

²⁷ G., Fitzmaurice, Law of Treaties - Fourth Report, YILC, 1959, Cilt: 2, UN Doc A/CN.4/120, s. 43.

Bu madde gerekçesinde Fitzmaurice, hükmün, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini andlaşmalar bakımından dile getirdiğini ve bu ilkenin ele alınmasında bu konudaki felsefi tartışmalara girmenin gereksiz olduğunu, zira en nihayetinde bütün farklılıklarına rağmen söz konusu teorilerin hükmünde yer alan ilkeye ulaştığını söyler. Buna ilaveten Fitzmaurice, bu üstünlüğün uluslararası hukuk düzeyindeki bir üstünlük olduğunu, iç hukuka ilişkin bir şey söylenmediğini, uluslararası hukuka aykırı bir iç hukuk uygulamasının devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağını belirtir.²⁸

Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı'ndaki (VAHK) görüşmeler esnasında Pakistan delegesi devletlerin kimi zaman iç hukuklarından bahisle uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınabildiklerini, bu durumu engellemek için *pacta sunt servanda* ilkesine ek olarak uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesinin de açıkça VAHS'ye dahil edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.²⁹ Önergesinin aldığı kabul³⁰ üzerine Taslak Komitesi tarafından hüküm müstakil madde olarak düzenlenmiştir.³¹

²⁸ **Fitzmaurice**, Law of Treaties - Fourth Report, s. 58, par. 37-9.

²⁹ UNCLOT I, s. 151, par. 58-9. Pakistan'ın önergesi, *pacta sunt servanda* ilkesine yer veren 26. maddeye (taslak metindeki 23. maddeye) “ve hiçbir taraf kendi anayasasının veya yasalarının hükümlerine bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin gerekçesi/mazereti olarak başvuramaz” ifadesinin eklenmesi şeklindeydi (UNCLOT I, s. 427, par. 29).

³⁰ Ör. bkz. Sovyetler Birliği, UNCLOT I, s. 152, par. 14; Türkiye, UNCLOT I, s. 154, par. 25; Şili, UNCLOT I, s. 154, par. 33. Önergeye ilişkin yapılan oylamada 55 devlet kabul oyu verirken, ret oyu kullanılmamış, otuz devlet ise çekinse kalmıştır. Bkz. UNCLOT I, s. 158, par. 76. Sözleşmeye ilişkin konferansın genel kurulundaki oylamada 73 kabul 2 ret oyuyla birlikte 24 devlet çekinse kalmıştır (UNCLOT II, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Vienna, 9 April-22 May 1969), Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.39/11/Add.1, s. 54, par. 40). Buradaki görüşmelerde Venezuela delegesi, VAHS'nin (şimdiki) 46. maddesiyle md. 27 hükmünün en iyi ihtimalle aynı hususu tekrarladığını ama daha ziyade, 27. maddenin böyle bir üstünlük kurmayan 46. maddeyle çeliştiğini dile getirir; bkz. UNCLOT II, 54, par. 35. Keza İran delegesi de İran Anayasası uyarınca bütün andlaşmaların meclis tarafından onaylanması gerektiğinden bahisle, hükmün (şimdiki) 46. maddeyle çeliştiğini belirtmiştir (UNCLOT II, 54, par. 38). Oturum başkanı ise bazı delegelerin bu iki hüküm arasındaki çelişkiye atıf yapmalarına şaşırıldığını çünkü 27. maddenin zaten sadece yürürlükte olan andlaşmalarla ilgili olduğunu dile getirir (UNCLOT II, 54, par. 39). Madde hükmünün oylanmasında 24 çekinse oyun bulunması, devletlerin, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü tanıma yönünde bir tereddüdün varlığına işaret eder şekilde değerlendirilebilir; bkz. **Villiger**, s. 371.

³¹ UNCLOT II, s. 53, par. 30. Taslak Komitesi, Pakistan'ın 26. maddeye ekleme yapılması şeklindeki önergesini *pacta sunt servanda* ilkesinin müstakil bir madde olarak kalmasının vazgeçilemez olduğu gerekçesiyle (UNCLOT I, s. 427, par. 31) ayrı bir madde olarak hazırlarken, önergede yer alan “anayasa” ve “yasalar” kelimelerinin yerine, bu meselenin (şimdiki)

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da bu ilkeyi istikrarlı bir şekilde uygulamaktadır. Divan, Komisyon'un İtalya aleyhine, meyve ağaçlarıyla ilgili bir regülasyonda öngörülen sürelerle uyulmaması sebebiyle yaptığı başvuruda, üye devletlerin Birlik/Topluluk kaynaklı yükümlülüklerine riayet etmemesinin gerekçesi olarak iç hukuk düzenindeki hüküm veya uygulamalara başvuramayacağına karar vermiş³² ve bu tutumunu istikrarlı bir şekilde sürdürmüştür.³³

III. 'İÇ HUKUK' KAVRAMI

Devletin andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini icra etmemesinin gerekçesi olarak başvuramayacağı 'iç hukuk', bir bütün olarak iç hukuktur. Bu haliyle iç hukuk tabiri, daha dar bir anlama sahip 'ulusal mevzuat'tan daha kapsamlıdır. Aynı zamanda buradaki 'hukuk' kelimesi, sadece yasama organından çıkarılan kuralları değil, örf-âdet hukuku gibi yazılı olmayan hukuk kurallarını, aynı zamanda düzenleyici (idari) mahiyetteki her türlü kuralı kapsar.³⁴ Bunun yanında ulusal veya iç hukuk, andlaşmanın yapıldığı anda yürürlükte bulunan hukuk yanında, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren hukuk kurallarını da kapsar.³⁵

Nitekim devletler, UDAD'nin de *Danzig'teki Polonya Uyruklarına ve Polonya Asıllı ya da Polakça Konuşan Diğer Kişilere Yapılan Muamele*'ye dair istişârî mütalaasında belirttiği üzere, bu bağlamda anayasal hükümlere de başvuramazlar.³⁶ Anayasal hükümlerin md. 27 kapsamındaki yerine ilişkin devlet pratiğine ilişkin kayda değer bir örnek, Guatemala'nın VAHS'ye taraf olurken koyduğu çekincelere yönelik bazı devletlerden gelen itirazdır. Guatemala, imza aşamasında VAHS'nin 11, 12, 25 ve 66. maddelerine, ken-

46. maddenin konusu olduğunu belirterek, "iç hukuk" ifadesini getirmiş, ayrıca 46. maddeyle olası bir örtüşmeyi engellemek için hükmün 46. maddeye hâlel getirmeyeceğini belirten bir kayıt düşmüştür (UNCLOT I, s. 427, par. 32).

³² ECJ, *Commission v Italy (Premiums for Grubbing Fruit Trees)*, Case 30/72, ECR 1973, s. 161.

³³ Ayrıntılı bir karar listesine **Schaus**, s. 691 dn. 12'den erişilebilir. Aynı zamanda, Birlik hukukuna sadakati bir uluslararası hukuk genel ilkesi olarak ele alan ve VAHS md. 26 ve md. 27 kapsamında da değerlendiren bir çalışma için bkz. Geert, **de Baere**/Timothy, **Roes**, "EU Loyalty as Good Faith", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 64, Sayı: 4, 2015, s. 829-74.

³⁴ **Schmalenbach**, s. 456; **Villiger**, s. 372; **Schaus**, s. 692-3; A., **McNair**, *The Law of Treaties*, Oxford 1961, s. 100-101.

³⁵ **Villiger**, s. 372; *Research in International Law (Under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School)*, s. 1031.

³⁶ Bkz. yuk. dn. 18.

di anayasasına aykırı oldukları durumlarda bu hükümleri uygulamayacağını beyan ederek çekince koymuştu. Onay aşamasında ise, bu çekincelerine ek olarak 27. madde hükmü bakımından, burada yer alan ‘iç hukuk’ ifadesini ‘ikincil mevzuat’ olarak anladığını, ‘Siyasi Anayasa’ olarak anlamadığını, ‘Siyasi Anayasa’sının her türlü yasa veya andlaşmaya üstün olduğunu ifade ederek, ‘iç hukuka başvuramama’ ilkesini anayasası bakımından iç hukuk kavramının dışında tutmuştur. Buna karşın Almanya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık Danimarka, Finlandiya ve İsveç md. 27 hükmünün uluslararası örf-âdet hukukunun yerleşik bir parçasını teşkil ettiğini belirtmişlerdir. Bunun yanında Kosta Rika da 27. maddeye Guatemala’yla aynı içerikte çekince ileri sürmüş, Birleşik Krallık bu çekinceye itiraz ettiğini bildirmiştir.³⁷

Aynı şekilde, mahkeme kararları iç hukuka dahil kabul edildiğinden devletler uluslararası bir andlaşmanın gereğini yerine getirmemenin gerekçesi olarak iç hukuklarındaki mahkeme kararlarına da başvuramaz.³⁸ UDAD, *Polonya Yukarı Silezya’daki Bazı Alman Çıkarlarıyla İlgili Dava*’da (Esas), yargı kararlarının, yasalar ve idari önlemlerle aynı şekilde, “Devletlerin iradesini ifade eden olgulardan ibaret” olduğunu, Divan’ın, Polonya’nın bir yasayı tatbik etmek suretiyle uluslararası bir andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine karar vermekten men edecek herhangi bir şey bulunmadığını belirtir.³⁹

Uluslararası veya uluslararası örgütlerin birincil ve ikincil hukukları da, üye devletin hukuk düzenine gereğince dahil edilmesi durumunda o devletin iç hukukunun ayrılmaz parçasını oluşturur.⁴⁰ Dolayısıyla, örneğin, AB hukukunun, her ne kadar uluslararası andlaşmalar aracılığıyla kurulmuş yükümlülükler getirse de, üye devletler bakımından aynı zamanda⁴¹ iç hukuk olarak da kabul edilmesi gerekmektedir.⁴² Bu durumda, AB üyesi bir devletin, AB

³⁷ İlgili beyan, çekince ve itirazlar için bkz. United Nations Treaty Collection, Vienna Convention on the Law of Treaties, Declarations and Reservations, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec (Erişim Tarihi: 27.02.2025).

³⁸ Schmalenbach, s. 456.

³⁹ PCIJ, Case Concerning Certain German Interest in Polish Upper Silesia (Merits), Germany v Poland, Ser. A, No. 7, 1926, s. 19.

⁴⁰ Thilo, Rensmann, “Article 46”, Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary, Berlin ve Heidelberg 2012, s. 785.

⁴¹ Schmalenbach, s. 456.

⁴² Aust, s. 314.

üyesi olmayan bir devletle, AB hukukuna aykırı yükümlülükler getiren bir andlaşma yapması durumunda, üye olmayan devletin AB hukukunun detaylarını bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle md. 46'da yer alan aşıkârlık koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle AB üyesi devlet andlaşmayla bağlanma rızasının geçersizliğini ileri sürmek için iç hukukuna (AB hukukuna) dayanamayacağı gibi, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin gerekçesi olarak da yine AB hukukuna dayanamayacaktır.⁴³

‘İç hukuk’ kavramı sadece geçerli olan kurallara veya hukuk eliyle yaratılmış mevcut önlem veya mekanizmalara atıf yapmaz. Aynı zamanda, bir andlaşmanın gereğini yerine getirmek için gerekli iç hukuk araçlarının ‘yokluğu’ veya ‘yaratılmamış’ olması da, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğün icra edilmemesinde haklı bir neden teşkil edemez. Bu ilkeye yönelik erken bir karar örneği, yukarıda değindiğimiz *Alabama Talepleri Hakkında Hakemlik Kararı*’dır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, *Capuano/İtalya* kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6’nın ihlali iddiasıyla yapılan başvuruda, uzun süren yargılamanın gerekçesi olarak mevzuata hâkim olan ilkelere ve bir bilirkişinin zamanında raporunu sunmamasına karşı yargıcın sadece küçük bir para cezası vermekten fazlasını yapamayacağı gerekçesine, yani iç hukukunun md. 6’nın gerektirdiği koşulları sağlamadığı gerekçesine başvuramayacağına karar vermiştir.⁴⁴

Federal devletler de federe devletlere ilişkin otoritelerinin sınırlılığından bahisle yükümlülüğünden kaçınamazlar. Federal devletin, icrası federe devletlerinin/eyaletlerinin idari ve hukuki yetki alanına dahil meselelerle ilgili andlaşmalara taraf olduktan sonra olası bir aykırılık durumunda federe devlet ile federal yönetim arasındaki uyumsuzluğa veya yetki ayrılığına dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.⁴⁵ Devletlerin siyasi alt birimlerine isnat edilebilen eylemleri nedeniyle sorumlu olduğu fikrinin uzun bir geçmişi vardır⁴⁶ ve devlet sorumluluğuna ilişkin genel hukukun da bir parçasıdır.⁴⁷

⁴³ Aust, s. 314-5.

⁴⁴ ECHR, Case of Capuano v Italy, 9381/81, Judgment (Merits and Just Satisfaction) (Chamber), 25/06/1987, par. 25 ve 30, HUDOC, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57458%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57458%22]}) (Erişim Tarihi: 27.02.2025).

⁴⁵ Schmalenbach, s. 461.

⁴⁶ Harvard Hukuk Okulunun 1929’da hazırladığı ‘Devletlerin Kendi Ülkelerinde Yabancılar veya Yabancıların Mallarına Verilen Zarardan Sorumluluğu Hukuku’na ilişkin taslak maddelerin 3. maddesinde, bir devletin, yabancıya veya malına verilen zararın siyasi alt birimine isnat edilmesi sebebiyle sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiş, hükme ilişkin açıklamada doktrine ve uluslararası yargı yerlerinin kararlarına yapılan atıfların yanında, hükmün, uluslararası hukukun

Bununla birlikte, UAD'nin *LaGrand* davasındaki kararları bu genel ilkeyi bir miktar daraltmış gibi görünmektedir. UAD, Walter La Grand'a Arizona eyalet mahkemeleri tarafından verilen ve infaz tarihi olarak 3 Mart 1999'un belirlendiği idam cezasının infazının durdurulmasına ilişkin verdiği yine 3 Mart 1999 tarihli Tedbir Kararında, *"bir Devletin sorumluluğunun bu Devlet içinde faaliyette bulunan, yetkili her türden organ ve otoritenin eylemleriyle ilgili olduğunu"*, *"Birleşik Devletler'in, Walter LaGrand'ın infazının [UAD'deki] yargılamada nihai karar verilinceye kadar gerçekleştirilmemesi için mümkün olan bütün önlemleri alması gerektiğini"*, *"Mahkemeye intikal etmiş olan bilgiye göre mevcut Tedbir Kararında öngörülen önlemlerin yürütülmesinin Arizona Valisinin uhdesinde olduğunu"*, federal yönetimin *"sonuç itibarıyla bu Tedbir Kararını söz konusu Valiye iletme yükümlülüğü altında olduğunu"* ve *"Arizona Valisi'nin, Birleşik Devletler'in milletlerarası yükümlülüklerine uygun bir şekilde davranması gerek[tiğini]"* belirterek⁴⁸, *"Amerika Birleşik Devletleri'nin Walter LaGrand'ın infazının [UAD'deki] yargılamada nihai karar verilinceye kadar gerçekleştirilmemesi için mümkün olan bütün önlemleri alması gerektiğine"* ve *"Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti'nin bu Tedbir Kararını Arizona Eyaleti Valisine iletmesi gerektiğine"* karar vermiştir.⁴⁹ Divan'ın Tedbir Kararına rağmen Walter La Grand'ın infazı 3 Mart 1999'da gerçekleştirilir. Divan, 27 Haziran 2001 tarihli esasa ilişkin kararında⁵⁰ federal yönetimin tedbir kararının ikinci kısmını yerine getirdiğini ancak birinci kısmındaki yükümlülüğü yerine getirmediğini belirtmiştir. Buna ilişkin yaptığı değerlendirmede, Divan'ın federal yönetimden *"sahip olmadığı yetkileri kullanmasını istemediğini"* söylemiş, istenen şeyin *"mümkün olan bütün önlemleri almak"* olduğunu belirtmiştir.⁵¹ Buradaki ifadenin, UAD'nin, federal yönetim ile eyalet yönetimi arasındaki yetki paylaşımına dair ayrılıkları tanıyabileceği ve bunlara uluslararası hukuk düzeyinde sonuç bağlayabileceği, yani eyalet yönetiminin eyleminden federal devleti sorumlu tutmayabileceği çıkarımına olanak sağladığını söy-

yerleşik bir kuralı olduğu ifade edilmiştir; bkz. "Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners", AJIL, Supplement: Codification of International Law, Cilt: 23, Sayı: 2, 1929, s. 132-218.

⁴⁷ Bkz. **Uzun**, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, s. 92-3; **Bal**, s. 249-52.

⁴⁸ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999, par. 28.

⁴⁹ *LaGrand*, Provisional Measures, par. 29.

⁵⁰ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001 466.

⁵¹ ICJ, *LaGrand*, Judgment, par. 115.

lemek mümkün görünmektedir. Nihayetinde UAD federal yönetimi, sadece Tedbir Kararını ilgili Valiye iletmeyen yeterli olmaması ve bazı federal yetkililerin UAD'nın tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda şüphe yansıtan eden beyanlarının⁵² “*mümkün olan bütün önlemleri alma*” anlamına gelmediği gerekçesiyle sorumlu tutmuştur.⁵³ Bununla birlikte Schaus, bu karardan çıkarılacak olumsuz bir sonucun çok da abartılmaması gerektiği düşüncesindedir. Zira yine UAD'nin belirttiği üzere⁵⁴ “*mümkün olan bütün önlemleri alma*” gerekliliği bir sonuç yükümlülüğü doğurmamaktadır, dolayısıyla da LaGrand'ın infazının gerçekleştirilmemesini mutlak surette sağlama yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu yüzden de, La Grand Kararı, andlaşmaların iç hukuka üstünlüğü ilkesini yumuşatma şeklinde değerlendirilemez.⁵⁵

İç hukukta andlaşma akdedildikten sonra andlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmesini engelleyecek tarzda gerçekleşen değişikliklerin de aynı kapsamda olduğu açıktır. Bu durumun özel bir görünümüyle, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nin (*International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID*) *Rumeli Telekom AŞ ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AŞ v Kazakistan* kararında karşılaşmak mümkündür. Karara konu uyuşmazlıkta muhatap devlette yapılan yatırım anlaşmasında varolan tahkim kaydının atıf yaptığı yasal düzenleme daha sonra kaldırılmış, muhatap devlet de iç hukukunda artık tahkim kaydına işlerlik kazandıran bir hüküm olmadığı iddiasında bulunmuştur. Ne var ki hakemlik kararı, söz konusu yasal düzenlemenin böyle bir iddiada bulunmaya izin vermediği tespitinin yanında, devletlerin, yabancı bir yatırımcının iç hukuk çerçevesinde elde ettiği kazanılmış hakların, bu hakları veren yasanının kaldırılmasıyla sona erdirilemeyeceğinin uluslararası hukukun yerleşik bir kuralı olduğuna karar vermiştir.⁵⁶

⁵² ICJ, LaGrand, Judgment, par. 112-4.

⁵³ LaGrand kararına ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Şeyma Nur, **Demiray**/Meryem, **Yıldırım**, “Uluslararası Adalet Divanı'nın LaGrand Kararının İncelemesi”, Karar İncelemeleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1-2, 2022, s. 505-554, öz. bkz. s. 533-40.

⁵⁴ ICJ, LaGrand, Judgment, par. 111.

⁵⁵ **Schaus**, s. 695.

⁵⁶ ICSID, *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan*, Case No ARB/ 05/ 16, Award, 29 July 2008, par. 333. İç hukuka başvuru meselesini yatırım hukuku açısından inceleyen bir çalışma için bkz. Rumiana, **Yotova**, “Article 27 of the VCLT - Internal Law and Observance of Treaties”, *General International Law in International Investment Law*, Oxford 2024, s. 74-83.

IV. ANDLAŞMALARIN YÜRÜRLÜKTE OLMASI KOŞULU

VAHS md. 27, yürürlükte olan andlaşmalar bakımından geçerlidir.⁵⁷ Bu bakımdan andlaşma söz konusu devlet için ya yürürlükte yahut da geçici olarak uygulanabilir mahiyette olmalıdır.⁵⁸

Andlaşmanın hükümsüz olması yahut da taraf devlet tarafından haklı bir şekilde hükümsüz kılınması durumunda md. 27 geçerli olmayacaktır. Keza, VAHS'nin ilgili maddeleri uyarınca sona erdirilmiş veya askıya alınmış andlaşmalar bakımından da aynı durum geçerlidir.⁵⁹

Bununla birlikte, andlaşmaların sadece uluslararası hukuk düzeyinde mi yoksa aynı zamanda iç hukuk düzeyinde de mi yürürlükte olması gerektiği, değinilmesi gereken hususlardan biridir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi⁶⁰, VAHK'deki tartışmalar esnasında oturum başkanı md. 27'nin “*zaten yürürlükte olan andlaşmalar*”la ilgili olduğunu söylemiştir fakat bu ziyadesiyle kısa ve aynı ölçüde belirsiz bir cevaptır. Olası bir tartışmayı gerekli kılan husus, bir andlaşmanın uluslararası düzeyde yürürlükte olması ile iç hukukta hüküm ve sonuç doğurmasının birbirinden farklı anlarda gerçekleşebilmesidir. Devletlerin, tarafı oldukları uluslararası andlaşmaların iç hukukta hüküm ve sonuç doğurması için, uluslararası hukukun bağlayıcılık için talep ettiğinden farklı tasarruflarda bulunmaları gerekebilir. Dolayısıyla, bir devlet bakımından uluslararası düzeyde yürürlüğe girmiş olan bir andlaşmanın iç hukukta henüz yürürlüğe girmemiş, hüküm ve sonuç doğurmaya başlamamış olduğu bir durumda andlaşmaya aykırılık iddiasından kurtulmak için iç hukuk hükümlerine başvurmanın mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkacaktır.

Madde 26'nın ikinci cümlesinde yer alan, hükmün 46. maddeye halel getirmeyeceğine ilişkin ifade, iç hukuka başvurma yasağının yegane istisnasını oluşturmaktadır ve andlaşmanın yürürlükte olması koşuluyla yakından ilişkilidir. Madde 46 uyarınca, bir devlet normalde “*bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe*

⁵⁷ Schaus, s. 696; Schmalenbach, s. 456.

⁵⁸ Schmalenbach, s. 456; Danae, Azaria, “Provisional Application of Treaties”, The Oxford Guides to Treaties, Oxford 2012, s. 243.

⁵⁹ Schaus, s. 696; Schmalenbach, s. 456; Aust, s. 315.

⁶⁰ Bkz. yuk. dn. 30.

olarak başvuramaz”. Nitekim bu genel hüküm, 26. maddeyle de uyumludur, zira andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili iç hukuk hükümlerine başvuru yasağı getirilmiş olmaktadır.⁶¹ Devletin böyle bir gerekçe sunabilmesi için, “ihlal[ın] aşikar ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili” olması gerekir. Bunun yanında maddenin ikinci fıkrası, ihlalin ne zaman “aşikar” olacağını da hükme bağlamıştır. Buna göre “Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikardır”.⁶² Buradan hareketle varılması gereken önemli sonuç, devletlerin, andlaşmanın iç hukukta yürürlüğe girmesiyle ilgili kurallarına “aşikarlık” ölçütü haricinde başvuramayacağı, yani 27. maddenin aradığı koşulun, uluslararası düzeyde yürürlüğe girmiş olma olduğudur.⁶³ Dolayısıyla, 27. maddenin uygulama alanı bulması için, VAHS md. 24’teki koşulların gerçekleşmiş olması yeterli olacaktır. Söz konusu hükmün aradığı koşullardan birisi gerçekleştiği takdirde, kendisi için andlaşmanın yürürlüğe girmiş olduğu taraf devlet, artık iç hukukundaki hükümlere başvurarak, iç hukukunda andlaşmanın henüz hüküm ve sonuç doğurmadığını iddia etmek suretiyle andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerden kurtulma veya andlaşma hükümleri uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmemesini haklı gösterme imkanına sahip olamayacaktır.⁶⁴

Yürürlükle ilgili üzerinde durulması gereken bir başka mesele, geçici uygulamaya ilişkindir. Belirttiğimiz üzere, VAHS md. 27’nin işaret ettiği andlaşmalar, söz konusu devlet için ya yürürlükte yahut da geçici olarak uygulanabilir mahiyette olmalıdır. Zira, “gerek anlaşmaların yürürlüğe girmesi, gerekse anlaşmaların geçici uygulanması hukuken bağlayıcı sonuçlar doğurur”.⁶⁵ Geçici uygulama, VAHS md. 25 çerçevesinde, andlaşmanın bir

⁶¹ Rensmann, s. 783.

⁶² Madde 46 hükmüne ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bilge Erson, **Asar**, “Uluslararası Hukukta Antlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 46 Kapsamında Andlaşmaların Geçersizliği”, Public and Private Law Bulletin, Cilt: 43, Sayı: 2, 2023, s. 715-71.

⁶³ Schaus, s. 697.

⁶⁴ Keza Aust’a göre, bir devlet, yürürlüğe girmiş bir andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin gerekçesi olarak, “yasama organının tasarrufta bulunmasını beklediğini” söyleyemez; bkz. **Aust**, s. 181.

⁶⁵ Füsün, **Arsava**, “Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulanması”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 15, 2020, s. 51. Andlaşmaların geçici uygulanmasıyla ilgili olarak Türkçe literatürde konuyu müstakilen ele alan çalışmalar için ayr. bkz. Elif, **Uzun**, “Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması - Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde”,

hükmü uyarınca veya andlaşmaya ilişkin müstakil bir taahhüt yoluyla taraf devletlerin andlaşmanın şeklen ve resmen yürürlüğe girmesi öncesinde, başka bir deyişle VAHS md. 24'te yer alan unsurlardan birinin gerçekleşmesinden önce, andlaşma hükümlerinin tamamının veya bir kısmının andlaşma resmen/şeklen yürürlüğe girinceye kadar uygulanması anlamına gelir. Geçici uygulamanın iç hukuka dayanma yasağı bağlamında tereddüt oluşturabilmesinin nedeni, kimi zaman geçici uygulamanın, asıl andlaşma kadar güçlü bir bağlayıcılık olmadığına dair ileri sürülen düşüncelerdir.⁶⁶ Bununla birlikte, geçici uygulamayı öngören andlaşmalarda, sınırlama kayıtlarıyla veya tek taraflı beyanlarla taraf devletlerin geçici uygulamadan kaynaklanan yükümlülükleri iç hukukları izin verdiği müddetçe yani geçici uygulama hükümlerinin iç hukuklarıyla çatışmadığı ölçüde üstlenmelerine olanak tanınmaktadır. Bu durumda, geçici uygulama hükümleri içeren bir andlaşmayı uluslararası hukukun öngördüğü usullerle kabul ederek, geçici bağlanmaya dair herhangi bir çekince sunmaksızın, olası bir sınırlama kaydını kullanmaksızın⁶⁷ veya bu yönde tek taraflı bir beyanda bulunmaksızın bağlanma rızasını göstermiş bir devletin, iç hukukuna başvurmak suretiyle andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulabilmesi kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, geçici uygulama hükümleri içeren andlaşmaların pratikte yarattığı başka sorunları çözümü için, geçici uygulama hükümlerinin formülasyonunda dikkat edilmesi gereken bazı hususların bulunduğu aşıkarsa da, bu hükümlerin daha az sorun çıkarmaya yönelik şekilde hazırlanmasına yönelik çabanın tam da iç hukuka başvurmak suretiyle geçici uygulamayı imkansız hale getirmeyi engelleme amacına hizmet ettiği unutulmamalıdır.⁶⁸

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2018, s. 187-209; Meltem Sarıbeyoğlu, **Skalar**, Uluslararası Hukukta Anlaşmaların Geçici Uygulanması, İstanbul 2021.

⁶⁶ Bu çerçevedeki tartışmalara ilişkin genel bir sunum için bkz. Anneliese Quest, **Mertsch**, Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Nature, Lieden ve Boston 2012, s. 103-6.

⁶⁷ Bu bağlamda sınırlama kayıtlarının kullanımından kaynaklanan sorunlara da işaret etmek yerinde olacaktır. VAHS md. 26 ve 27'nin sınırlama kayıtlarının konumuyla ilgili olmadığını savunmak mümkünse de, normalde bir çekince olarak ileri sürüldüğü takdirde kabul görme-yecek ifadelerle sınırlama kayıtlarıyla geçerlilik kazandırmak mümkün olabilecektir. Bu konudaki bir tartışma için bkz. **Azaria**, s. 243-7.

⁶⁸ UHK'nin 'Andlaşmaların Geçici Uygulanması' hakkındaki çalışmasında özel raportör Juan Manuel Gómez-Robledo'nun sunduğu model hükümlere bu bağlamda bakılabilir; bkz. Juan Manuel, **Gómez-Robledo**, Fifth Report on the Provisional Application of Treaties, UN Doc A/CN.4/718, par. 73-77; ayr. bkz. **Uzun**, "Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması - Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde", s. 205-7.

V. İÇ HUKUKA ATIF YAPAN ÇEKİNCELER SORUNU

Devletler uluslararası andlaşmalarla bağlanırken zaman zaman bu andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerinin genel sınırı olarak veya belli bazı hükümlerin geçerlilik alanı olarak kendi iç hukuklarına atıf yapan çekinceler ileri sürebilmektedir. Böylece çekince ileri sürülen hükümlerin uluslararası düzeydeki bağlayıcılığını, iç hukuklarındaki hükümlerle çelişmeyecek şekilde kurmuş olmayı amaçlarlar.

Kimi zaman bu tip çekincelere diğer taraf devlet(ler) tarafından VAHS md. 27'ye atıfla itiraz edilebilmektedir. Bununla birlikte VAHS'nin genel olarak ve md. 27'nin özel olarak iç hukuka atıf yapan çekinceleri yasaklayan bir rejim kurduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Scmalenbach bu görüşünü, VAHS'nin sistematik yorumuyla gerekçelendirerek, çekincelerle ilgili maddelerin (VAHS md. 19-23) andlaşmalara riayetle ilgili maddelerden (VAHS md. 26-27) önce geldiğini, bunun da, md. 27'nin, devletlerin andlaşma çerçevesindeki yükümlülüklerinin belirlenmesinden sonra uygulandığını belirtir.⁶⁹ Keza Aust da, 27. maddenin çekincelerle ilgili kısımda yer almaması sebebiyle bir çekinceye itirazda dayanak olarak kullanılmaması gerektiğini söyler. Ona göre, 27. madde ancak bir devletin andlaşma çerçevesinde bir yükümlülüğü belirlendikten sonra kullanılabilir.⁷⁰

Bununla birlikte, iç hukuka atıf yapan çekinceler, her halükarda, çekincelere ilişkin genel rejime tabidir.⁷¹ Dolayısıyla VAHS md. 19 uyarınca, bir çekincenin andlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşır olması gerekliliği, varlığını, iç hukuka atıf yapan çekinceler bakımından da devam ettirmektedir. Belki burada özellikle işaret edilmesi gereken bir husus, bir andlaşmaya genel olarak 'iç hukukla uyumlu olma' kaydıyla koyulacak bir çekincenin, andlaşmanın amacı ve konusuyla da kendiliğinden bağdaşmaz olacağı, zira bağlanma iradesinin mahiyetini belirsiz kılmanın yanında aynı zamanda bağlanma iradesinin varlığını da şüpheli hale getirdiğidir.⁷²

⁶⁹ Scmalenbach, s. 458.

⁷⁰ Aust, s. 148.

⁷¹ Çekincelerin tabi olduğu hukuki rejim için genel olarak bkz. Elif, **Uzun**, "Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 'Andlaşmalara Çekince İleri Sürülmesi İçin Uygulama Rehberi' Üzerine Betimsel Bir İnceleme", TAAD, Cilt: 4, Sayı: 12, 2103, s. 185-218.

⁷² Scmalenbach, s. 458.

VI. VAHS MD. 27 İÇ HUKUKUN ULUSLARARASI HUKUKA UYUMLU HALE GETİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ YARATIR MI?

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, andlaşmalar da dahil olmak üzere devletlerin uluslararası hukuk düzeyinde, uluslararası hukuk uyarınca üstlendikleri yükümlülüklerine yerine getirme yükümlülükleri vardır. Bunun yanında iç hukuklarını bu yükümlülüklerinden kurtulmak için gerekçe olarak kullanamazlar. Nihayet, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken iç hukuklarında hangi araçları kullanacakları meselesi, devletlerin takdirine kalmıştır. Bu söylenenler, bir başka yükümlülük daha formüle etmeye yeterli midir? Yani, uluslararası yükümlülüklerden, makalemizin konusu itibarıyla da uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler, devletlere, iç hukuklarını, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayacak şekilde değiştirmeleri yükümlülük yükler mi?

Bölgesel devlet birliklerinin kabul ettiği, tek biçimli bir yasamayı öngören bazı andlaşmalar söz konusu olduğunda, bu yükümlülüğün varlığı açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.⁷³ Diğer andlaşmalar söz konusu olduğunda ise, böyle bir yükümlülüğün varlığını kabul etmenin makul olduğunu söylemek mümkündür. Zira her ne kadar bir devlet uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğünü ne suretle yerine getireceğini belirleme özgürlüğüne sahipse de, söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda sorumlu olacağının kabul edilmiş olması, biz zorunlu olarak, böyle bir olası sorumluluktan kurtulmanın en iyi yolunun, iç hukuku uluslararası yükümlülükleri yerine getirmeye uygun hale getirme olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Nitekim UDAD, *Yunan ve Türk Nüfuslarının Mübadelesi Danışma Görüşü*'nde, andlaşma tarafı devletin mevzuatını, üstlenilen yükümlülüğün ifasını güvence almak için gerekli olduğu şekilde değiştirmesinin, aşikâr bir yükümlülük olarak nitelemiştir.⁷⁴

Keza, UHK'nin andlaşmalar hukuku alanındaki çalışmasında özel raporörlük yapan Fitzmaurice'in hazırladığı taslağın 30. maddesi 'Devletlerin, yasaları ve anayasaları bakımından yükümlülükleri' başlığını taşıyordu ve aşağıdaki gibiydi⁷⁵:

⁷³ Schaus, s. 698.

⁷⁴ PCIJ, Exchange of Greek and Turkish Populations (Advisory Opinion), Series B, no. 10, 21 February 1925, s. 20.

⁷⁵ G., Fitzmaurice, Law of Treaties - Fourth Report, s. 49. Fitzmaurice'in, andlaşmasal bir yükümlülük üstlenen devletin iç hukukunu andlaşmayla uyumlu hale getirmesi gerekliliğini "uluslararası hukukun iyi bilinen genel bir kuralı" olarak niteleyişi için bkz. Gerald, Fitzmaurice, "The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1954-9 - General Prin-

“1. Her Devlet, yasalarını ve anayasasını, imzaladığı her türlü andlaşmayı uygulayabilecek ve üstlendiği her türlü andlaşma kaynaklı yükümlülüğe kendi iç alanında andlaşma veya yükümlülüğün gerektirdiği sonucu verebilecek şekilde düzenlemekle yükümlüdür.

2. Uluslararası bakış açısından, bu amacın gerçekleştirilmesi, iç hukukun ve anayasanın andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğün gerektiği gibi yerine getirilmesinin önünde hiçbir engel teşkil etmemesinden; usulüne uygun olarak akdedilen andlaşmaların iç hukuk ve anayasa uyarınca herhangi bir yasama veya başka bir özel iç tasarrufun müdahalesi olmaksızın otomatik olarak uygulanabilir ve kendiliğinden yürürlükte olmasından; gerekli yasama veya diğer gerekli adımların atılmış olmasından; veya andlaşmanın, ilgili iç hukuk veya anayasadaki duruma atıfta bulunulmaksızın ifa edilebilecek nitelikte olmasından kaynaklanabilir.

3. Bununla birlikte, andlaşmanın iç hukukta özel bir yasal, idari veya başka bir işlem yapılmaksızın uygulanamayacağı durumlarda, andlaşmanın tarafı bu tür bir işlem yapmakla yükümlüdür.

4. Bir andlaşmayla belli bir yükümlülük üstlenmiş olan Devlet, aynı şekilde, ister andlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte ister yürürlükte kaldığı süre içinde daha sonraki herhangi bir zamanda, yükümlülüğün ulusal alanda yerine getirilebilir olmaktan çıkmasına neden olacak herhangi bir yasal, idari veya diğer bir tasarrufta bulunmama yükümlülüğü altındadır.

5. Andlaşmalarda yer alan ve tarafların andlaşmanın uygulanması için gerekli yasal ve diğer tedbirleri almayı taahhüt ettiklerini açıkça belirten hükümler, hukuki etkileri bakımından sadece tespit niteliğindedir. Belirli bir andlaşmada böyle bir hükmün bulunmaması, andlaşmanın taraflarını, andlaşmanın niteliğine ve andlaşmalara uygulanabilir genel uluslararası hukuk kurallarına içkin bu konudaki yükümlülüklerinden hiçbir şekilde muaf tutmaz.”

Nitekim Avrupa Birliği (AB) hukuku çerçevesinde bu ilke Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarında kendine sıklıkla yer bulmaktadır.

ABAD'ye göre, Roma Andlaşması'nın⁷⁶ beşinci maddesindeki “Üye Devletlerin Topluluk kurumlarının kararlarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere gerekli bütün tedbirleri alırlar” ifadesini “genel bir yükümlülük” niteler.⁷⁷ Keza yine ABAD'ye göre, Üye Devletler, Topluluk/Birlik yükümlülüklerine uyumu sağlayacak şekilde iç hukuklarındaki bütün engelleri kaldırmalıdır. ABAD'ye göre, “Topluluk Regülasyonlarının doğrudan etkisine engel teşkil edecek ve Topluluğun tamamında eşzamanlı ve yeknesak bir şekilde uygulanmasını tehlikeye atacak tüm uygulama yöntemleri Andlaşmaya aykırıdır”.⁷⁸

Pek tabii ki, devletlerin iç hukuklarını uluslararası alanda üstlendikleri yükümlülüklerle uyumlu hale getirme yükümlülüklerinin de olduğunu dile getirmenin olası bir sonucu, bu iç hukukun uyumlu hale getirilmemesi durumunda bir ihlalin ortaya çıkıp çıkmayacağı meselesidir. McNair, böyle bir durumda devletlerin herhangi bir şikâyetle, yani ihlal iddiasında bulunamayacağını, ihlal iddiasının ancak bir andlaşmanın belli bir eylem (veya eylemsizlik) sonucunda fiilen ihlal edilmesiyle mümkün olduğunu söyler. Bununla birlikte, iç hukuku andlaşma yükümlülükleriyle uyumlu hale getirmeme durumuyla andlaşma yükümlülüklerinin gerine getirilmesini imkânsız hale getirecek bir tasarrufta bulunma durumunu birbirinden ayırarak bu ikincisinde diğer devletin siyasi ve muhtemelen de hukuki bir protesto veya talep hakkının bulunduğunu ekler.⁷⁹

VII. VAHS MD. 27 ULUSLARARASI HUKUKUN İÇ HUKUKA ÜSTÜN OLDUĞU ANLAMINA MI GELİYOR?

VAHS md. 27, hükmü içeriği itibariyle ve doğallıkla uluslararası hukuk ile iç hukuk(lar) arasındaki ilişkide, uluslararası hukukun üstünlüğünü (andlaşmalar hukuku bağlamında) savunan görüşlere paralel şekilde okunabilir. Bununla birlikte, daha yakından yapılacak bir inceleme sonucunda hükmün

⁷⁶ Treaty establishing the European Economic Community, (adopted 23 March 1957, entered into force 1 January 1958) 298 UNTS 12.

⁷⁷ CJEC, Otto Scheer v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Case 30/70, 17 December 1970, ECR 1970, s. 1206.

⁷⁸ CJEC, Commission v Italy (Premiums for Grubbing Fruit Trees), Case 30/72, ECR 1973, s. 114. Topluluk hukukunun iç hukuklara önceliği ilkesi ve çeşitli örnekler için bkz. Lale Burcu, **Önüt**, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Ankara 2017, s. 144-52.

⁷⁹ McNair, s. 100.

daha sınırlı bir içeriğe sahip olduğunu söylemek mümkün olabilir. Bu amaçla hükmün teorik temellerine kısaca bakmak faydalı olacaktır.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk ilişkisi geleneksel olarak monizm-düalizm karşıtlığı çerçevesinde tartışılmaktadır.⁸⁰

1. Düalizm

Düalizm uluslararası hukuk ile ulusal hukukun ayrı sistemler oluşturduğunu kabul eder. Bu iki hukuk düzeni ayrı konuları düzenlerler bu yüzden de aralarında bir çatışma olması imkansızdır. Uluslararası hukukun iç hukukta hüküm ve sonuç doğurabilmesinin yegâne yolu, devlet iradesinin bu yönde tezahür etmesidir. Genellikle pozitivistler ve iradecilerde gözlemlenen bu yaklaşıma örnek olarak en önemli temsilcilerinden Heinrich Triepel ile Dionisio Anzilotti'nin görüşlerine yer vereceğiz.

Triepel'in düalizm-monizm karşıtlığında konumu, genellikle sert veya katı bir yaklaşım olarak sınıflandırılır. Uluslararası hukuk teorisi bakımından düalist olmaktan ziyade monist olarak nitelenmesi gereken ama bu monizmde üstünlüğü ulusal hukuka tanıyan Hegel'in 'ulusal hukukun kaynağı olarak devlet iradesi' anlayışı, Triepel'i etkilemiştir.⁸¹ Hukuk yaratma kapasitesine sahip yegâne kaynağın, hukukun muhataplarından daha üstün konumda olan bir irade olduğunu söyleyen⁸² Triepel'e göre uluslararası hukuk da devletlerin kolektif irade-

⁸⁰ Aşağıda bahis konusu edilecek yazarların yanında kapsamlı bir monizm-düalizm incelemesi çok sayıda farklı yazarı da kapsamak durumundadır. Bu çalışmada doktrinin ana hatlarını vermek amacıyla en meşhur ve temsil kabiliyetini haiz en temel isimlere yer verilmektedir. Türkçede kapsamlı bir inceleme için bkz. Sevin, **Toluner**, Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973, s. 13-48, 401-11; Murat, **Poyraz**, Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020. Ayr. bkz. Edip, **Çelik**, Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984, s. 38-54; Hüseyin, **Pazarıcı**, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, Ankara 2001, 17-20; Işıl, **Özkan**, "Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, 2013, s. 2128-38; Deniz, **Tekin Apaydın**, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018, s. 531-4; Yusuf, **Aksar**, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1, Ankara 2025, s. 210-4; Malcolm N., **Shaw**, Uluslararası Hukuk, (çev. Y. Acer, İ. Kaya, M.T. Demirtepe. G.E. Şimşek), Ankara 2018, s. 94-6.

⁸¹ Paul, **Gragl**, Legal Monism - Law, Philosophy, and Politics, Oxford 2018, s. 35; David Thór, **Björgvinsson**, The Intersection of International Law and Domestic Law, Cheltenham ve Northampton 2015, s. 31- 2.

⁸² Jochen von, **Bernstroff**, "German Intellectual Historical Origins of International Legal Positivism", International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, s. 75.

sinden kaynaklanır. Dolayısıyla uluslararası hukuk ve ulusal hukuk, hukukun farklı kaynakları değil, tümüyle birbirinden ayrı düzenlerdir. Triepel'e göre bireyler arasında yapılan anlaşmalar ortak menfaatleri gerçekleştirme amacına yöneliktir ve aynı şekilde tezahür etmiş iradelerin birleşmesi anlamına gelir. Fakat uluslararası alandaki anlaşmalar çatışan menfaatlere hizmet eder, ki bu yüzden de ancak iç hukuktaki uygulama yoluyla devlet egemenliğini aşabilir.⁸³ Dolayısıyla devletlerin uluslararası hukuk normlarıyla iradeleri hilafına bağlanmaları mümkün değildir. Triepel'e göre uluslararası hukuk ile ulusal hukuk üç açıdan birbirinden farklılaşır: (1) uluslararası hukuk devletlerin kolektif iradesine, ulusal hukuk ise anayasaya dayanır; (2) uluslararası hukuk devletler arası hukuku, dolayısıyla devletler arasındaki ilişkileri, ulusal hukuk ise bireylerin kendi aralarındaki ve bireyler ile devlet organları arasındaki ilişkileri düzenler; (3) konu itibarıyla birbirinden farklı alanları düzenlerler.⁸⁴ Bu farklılığın doğal sonucu, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında normatif bir çatışma ihtimalinin olmamasıdır. Aynı zamanda bu iki hukuk düzeninden biri diğerini hükümsüz kılamaz. Yine bu ayrılığın sonucu olarak, uluslararası hukukun iç hukukta doğrudan uygulanması mümkün değildir. Hangi normların iç hukukta hüküm ve sonuç doğuracağına karar verecek olan, devlet iradesidir. Uluslararası hukukun bu konuda söyleyecek herhangi bir şeyi yoktur. Devlet iradesi uluslararası hukuku iç hukuka dahil ettiğinde, iç hukukta bağlayıcılık kazanan normlar uluslararası hukuk normları olmayacaktır, zira artık onlar iç hukukun parçasıdır.⁸⁵ Öyle ki, bu iki hukuk düzeni çok hafif bir temas halinde bulunmalarına rağmen esasında, bir çatışmanın ortaya çıkmasına sebep olacak ölçüde hiç kesişmeyen iki daireye benzerler.⁸⁶

Triepel'in görüşleriyle büyük ölçüde benzerlik gösteren İtalyan hukukçu Anzilotti'nin hedefindeyse, *“uluslararası hukukun ancak insan iradesine aşkın bir sistemle bağlantılı olarak varolabileceği”*ni savunan doğal hukuk düşüncesi vardır. Ona göre, *“hukuk kaynağını normatif iradede bulmaktadır ve bağlayıcılığının sebebi bu irade tarafından, yani pozitif hukuk tarafından dayatılmış olması”*dır.⁸⁷ Nitekim uluslararası hukuk kuralları da *“yalnızca*

⁸³ Gragl, s. 35; Björgvinsson, s. 33.

⁸⁴ Toluner, s. 20; Gragl, s. 35; Björgvinsson, s. 32.

⁸⁵ Gragl, s. 35; Björgvinsson, s. 32.

⁸⁶ Toluner, s. 23; Gragl, s. 35; Björgvinsson, s. 32.

⁸⁷ Dionisio, Anzilotti, Corso di diritto internazionale, Padova 1955, s. 16 (Aktaran: Giorgio, Gaja, “Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti”, European Journal of International Law, Cilt: 3, 1992, s. 126).

*Devletlerin iradesinden çıkarsanabilir... Yalnızca devletlerin iradesi, kolektif veya müşterek bir irade haline gelerek tekil Devletlerin iradesinden daha üstün bir irade niteliği kazanabilir ve Devletlerin pozitif kurallar uyarınca hareket etmesini dayatmaya kabil olabilir”.*⁸⁸ Uluslararası hukuk alanında hukuk biliminin görevi, devletler arasındaki ilişkilere dair hukuk sisteminin bilimsel olarak düzenlenmesi ve incelenmesidir ve bunu yaparken pozitif hukukun haricindeki her şey dışarıda tutulmalıdır.⁸⁹ *Pacta sunt servanda* ilkesini uluslararası hukukun temeli olarak gören, uluslararası örf-âdet kurallarını da devletler arasında yapılmış zımnî bir andlaşma sayan Anzilotti’ye göre uluslararası hukuk devletler arasındaki ilişkileri düzenler.⁹⁰ Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiye gelince, Anzilotti, uluslararası hukukun devletlerin kolektif iradesinden doğmasına karşın iç hukukun devletin iradesinin ifadesi olduğunu savunur. Bunun yanında uluslararası hukuk ve iç hukuk farklı ilişkileri düzenlemektedir. Uluslararası hukuk, hukuki bir düzenden yoksun bir topluluk içerisindeki özerk varlıklar arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu yüzden de uluslararası hukukun normlarının, bu varlıklar üzerindeki herhangi bir iktidarın varlığından tümüyle bağımsızdır. Oysa iç hukuk, hukuk eliyle örgütlenmiş bir toplumdaki ilişkileri düzenler ve dolayısıyla zımnî de olsa devlet ile uyrukları arasında mevcut bir üstünlük ve tabiiyet fikrine yaslanır.⁹¹ Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ayrım sadece içerik veya muhataplarla ilgili değildir. Anzilotti’ye göre bilimsel araştırmada kullanılacak metodoloji de farklılık göstermeli, bir hukuk sisteminde kullanılan ilke ve metotlar diğerine doğrudan tatbik edilmemelidir.⁹² Uluslararası hukukun sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenlediği kabulü Anzilotti’yi uluslararası hukuk sorunlarının asla ulusal mahkemeler önüne gelmeyeceği sonucuna götürür. Hatta bir devletin sadece bir yasa çıkarmak suretiyle bir andlaşmayı iç hukuk sisteminde uygulanabilir hale getiremeyeceğini söyler. Gerekçesi yine aynıdır: Uluslararası hukuk sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.⁹³ Anzilotti, uluslararası hukuk kuralları ile iç hukuk kuralları arasındaki hakiki bir ‘çatışma’yı kabul etmese

⁸⁸ Dionisio, **Anzilotti**, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1920, s. 34 (Aktaran: Gaja, s. 127).

⁸⁹ Angelo Piero, **Sereni**, *The Italian Conception of International Law*, New York 1943, s. 210.

⁹⁰ **Gaja**, s. 128; **Gragl**, s. 37; **Sereni**, 216.

⁹¹ Dionisio, **Anzilotti**, *Il Diritto Internazionale nei Giudzi Interni*, Bologna 1905 (Aktaran: Gaja, s. 134).

⁹² **Sereni**, s. 212.

⁹³ **Anzilotti**, *Il Diritto Internazionale nei Giudzi Interni* (Aktaran: **Gaja**, s. 134-5).

de iç hukuk çerçevesindeki herhangi bir devlet tasarrufunun devletin uluslararası hukuk çerçevesindeki yükümlülüklerinin ihlali sonucu doğurabileceğini söyler. Fakat düalist tutumunun doğal sonucu olarak, bu iki hukuk düzeni ayrı olduğundan, ulusal mahkemeler iç hukukun gereğini yerine getirmekle yükümlü olacaklardır. Bunun yanında uluslararası hukuk düzeyine geçildiğinde, devlet, iç hukukunu yükümlülüğün ihlalinin gerekçesi olarak gösteremeyecektir.⁹⁴ Ne var ki, uluslararası hukuk literatüründe bu görüşle-riyle yaygın bilinirlik kazanmış olsa da, Anzilotti'nin sert bir düalist olmadığını, onun, devlet organlarının eylemlerinin esasında gerçek insanların eylemleri olması sebebiyle devletlere yükümlülük getiren uluslararası hukuk kurallarının söz konusu kişileri muhatap aldığını, bu yüzden de iç hukuktaki mahkemelerin kimi zaman uluslararası hukuku uygulamak durumunda olduğunu savunduğunu da not etmek gerekir.⁹⁵ Keza, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında bir üstünlük ilişkisi olmasa da, Anzilotti'ye göre, bu ikisinin birbirine tümüyle kayıtsız olduğunu da söylemek mümkün değildir. Zira her şeyden önce, uluslararası hukuk, ulusal bir hukukun varlığı şartına bağlıdır. Üstelik uluslararası hukuk, yasama da dahil olmak üzere bazı dâhilî devlet faaliyetlerine sınırlama getirebilir veya bazı konularda kanun çıkarılmasını öngörebilir. Fakat bütün bunlar, uluslararası hukuk zaviyesinden geçerlidir. Devlet içerisinde uygulanacak hukuk, en nihayetinde, ulusal hukuktur. Bununla birlikte, devletlerin uluslararası yükümlülüklerine uygun tasarruflarda bulundukları da bir vakıadır.⁹⁶

2. Monizm

Monizm, uluslararası hukuk ile ulusal hukuku tek bir hukuk sisteminin parçaları olarak görür. Tek hukuk sistemi/düzeni yaklaşımı içerisinde birbirinden farklı saiklerle ve aynı zamanda farklı kuramsal temel ve kabullerle aynı sonuca ulaşan çok sayıda yazar vardır. Monizm savunusu aynı anda hem doğal hukukçu hem de hukuki pozitivist kuramcılardan gelebilmekte, üstelik bazı monistler uluslararası hukuka üstünlük tanırken bazıları ulusal hukuka öncelik tanıyabilmektedir. Bu başlık altında görüşün önemli temsilcilerinden Hans Kelsen ile Hersch Lauterpahct'ın görüşlerine yer vereceğiz.

⁹⁴ Sereni, s. 227.

⁹⁵ Gaja, s. 135. Nitekim bu, onun 'ılımlı düalist' olarak sınıflandırılmasını haklı çıkarmaktadır; bkz. Gragl, s. 37-8.

⁹⁶ Sereni, s. 227-8.

Immanuel Kant'ın epistemoloji alanındaki kritik felsefesini hukukun bilinişine uygulamak isteyen ve normativist pozitivizmin de kurucusu olan Kelsen, takip ettiği epistemolojik kabuller uyarınca hukuka ilişkin bilgiyi bir birlik içerisinde yapılandırarak hukuku normatif bir sistem olarak tasavvur etmiştir.⁹⁷ Bu normatif sistem içerisinde sadece devlet organlarının çıkardığı genel ve soyut nitelikteki kurallar değil, aynı zamanda bu kuralların fiilen uygulanması anlamına gelen idari ve yargısal karar ve işlemler de bulunur.⁹⁸ Kelsen'in kurduğu yapı içerisinde her bir norm varlığını ve geçerliliğini bir üst normdan alır. Bu, her tür normatif sistemin temel özelliğidir.⁹⁹ Her normun bir üst norma dayanması zorunluluğu, bir ulusal hukuk söz konusu olduğunda, anayasaya da geçerlik ve varlık kazandıracak ama anayasanın üstünde olan bir temel normun ne olduğu veya olabileceği sorusunu gündeme getirir. Kelsen'in temel normun mahiyeti ve içeriği hakkındaki görüşleri değişkenlik göstermişse de, bu normun, normatif sistemin varlığı için mantıksal olarak zorunlu fakat kurgusal bir norm olduğunu söylemek mümkündür. Başka bir deyişle, normatif bir sistem olarak hukukun bilgisi ancak ve ancak bir temel norm kurgusuyla mümkündür. Uluslararası hukuku da tıpkı iç hukuk, kendi tabiriyle devlet hukuku gibi gören fakat uluslararası hukukun henüz ilkel bir aşamada olduğunu söyleyen¹⁰⁰ Kelsen, döneminin düalist yaklaşımlarına karşı¹⁰¹ monist bir yorumu savunur. Düalistlerin uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ayrılığa ilişkin en önemli iddialarından biri olan, uluslararası hukukun devletlere ulusal hukukların ise bireylere yönelik kurallar koyduğu iddiasına karşı çıkan Kelsen'e göre uluslararası hukuk da, dolaylı da olsa, bireylere yönelik kurallar ihdas eder ve hak ve yükümlülükler getirir. Zira hukuki bir hak veya yükümlülüğün muhatabı ancak ve ancak bir insan olabilir.¹⁰² Yazara göre, eğer uluslararası hukuk da ulusal hukuklar da aynı anda var ve geçerli olarak görülecekse, bunun tek

⁹⁷ Hans, **Kelsen**, *Saf Hukuk Kuramı*, (çev. Ertuğrul Uzun), İstanbul 2020, s. 67.

⁹⁸ Ayrıntılı bir açıklama için bkz. Vecdi, **Aral**, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul 1978, s. 46-51.

⁹⁹ **Kelsen**, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 79.

¹⁰⁰ **Kelsen**, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 137.

¹⁰¹ Kelsen'in hedefinde H. Triepel'in düalizmi vardır; bkz. François, **Rigaux**, "Kelsen ve Uluslararası Hukuk", (çev. Elif Başkaracaoğlu), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXV, Sayı: 1, 2007, s. 379.

¹⁰² **Kelsen**, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 139-40; Hans, **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, (Almancadan İngilizceye çev. Max Knight), Berkeley ve Los Angeles 1967, s. 324-8.

yolu, bu ikisini bir birlik olarak görmektir.¹⁰³ Uluslararası hukukun var ve geçerli olduğu kabul ediliyorsa, bunun mantıksal olarak zorunlu sonucu, devletin kendi topraklarında cebir kullanması yetkisini veren uluslararası hukuk olduğudur. Kelsen'in kendi sözleriyle, “*belli bir coğrafi alan için sürekli olarak etkili bir sistemi olan norm-çıkarıcı gücün ihdas edilmesi, pozitif hukuk çerçevesinde, hukuk-yapan bir otoritenin ortaya çıkmasını temsil ediyorsa, bu, uluslararası hukukun bu coğrafi alandaki otoritesini kullanmasındandır. Yani uluslararası hukuk o otoriteye hukuk yapma yetkisi vermiştir*”.¹⁰⁴ Bu durumda devlet, uluslararası hukukun altında yer alan bir hukuk düzeninden ibarettir ve “*uluslararası hukuk topluluğunun bir organı*” olarak görülebilir.¹⁰⁵ Devlet hukukunda anayasaya geçerlilik kazandıran kurgusal/varsayımsal temel norm, uluslararası hukuk söz konusu olduğunda da belirlenmek durumundadır. Konuya değindiği ilk çalışmasında *pacta sunt servanda* ilkesini uluslararası hukukun temel normu olarak tespit eden¹⁰⁶ Kelsen, daha sonra bundan vazgeçerek¹⁰⁷, uluslararası hukukun en üst seviyesinde örf-âdet hukukunun bulunduğunu, *pacta sunt servanda* ilkesinin ancak daha alt seviyede olan andlaşmalar hukukunun temelini teşkil edebileceğini savunur. Söz konusu ilkeyi uluslararası hukukun temel normu kabul etmenin yegâne yolu, devletler arasındaki örf-âdetin devletlerin örtük anlaşmasından kaynaklandığını kabul etmektir. Kelsen'in tercihi, böyle bir kurgudan ziyade, uluslararası örf-âdet hukukunun temel normu olarak, “*Devletler, teamülen davranageldikleri şekilde davranmalıdırlar*” şeklinde ifade edilebilecek başka bir kurgusal norma başvurmaktır.¹⁰⁸

Konumuz açısından en önemli husus, bir birlik halinde tasavvur edilen bu iki hukuk düzeninin hangisinin üstün veya öncelikli olduğudur. Kelsen'e göre mantıksal olarak uluslararası hukuku üstün gören yaklaşım da ulusal hukuku üstün gören yaklaşım da olanaklıdır.¹⁰⁹ Bununla birlikte Kelsen tercihini uluslararası hukuktan yana kullanır. Bu mantıksal bir zorunluluk değil

¹⁰³ Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, s. 142.

¹⁰⁴ Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, s. 155.

¹⁰⁵ Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, s. 157.

¹⁰⁶ Rigaux, s. 381 (1920 tarihli *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*'e atıfla).

¹⁰⁷ Kelsen, Saf Hukuk Kuramı'nın (*Reine Rechtslehre*) 1960 yılında yapılan ikinci baskısında bunu açıkça dile getirmektedir; bkz. Kelsen, Pure Theory of Law, s. 216, dn. 80.

¹⁰⁸ Hans, Kelsen, Principles of International Law, New Jersey 2003, s. 417-8.

¹⁰⁹ Kelsen, Pure Theory of Law, s. 333.

bir tercihtir çünkü mantıken olanaklı iki alternatiften ulusal hukuku tercih eden görüşün hem en nihayetinde uluslararası hukukun reddi anlamına bile gelebilecek devlet merkezliliği hem de böyle bir kabulün sonuçları sorunludur.¹¹⁰ Ancak buradaki üstünlük veya öncelik meselesinin yanlış anlaşılmaya açık olduğunu belirtmek gerekiyor. Zira uluslararası hukukun üstünlüğü meselesi, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk çatıştığı takdirde (ki düalistlerin kabul etmeyeceği bir ihtimaldir bu) uygulanması gereken normun uluslararası hukuk normu olduğu şeklinde anlaşılabilir. Kelsen'in yaklaşımı ise devlet hukukunun oluşturduğu birliğin sahip olduğu anlamdan farklı değildir. Yani Kelsen nasıl anayasayı kanunların üzerinde görmesine rağmen içeriği bakımından anayasaya aykırı bir normun mantıksal bir çelişki yaratmadan var ve geçerli olabileceğini, anayasaya aykırı bu normun sistem içindeki mekanizma veya usul kullanılarak (eğer varsa) iptal edilene geçerliliğini koruyacağını, iptal edilmediği takdirde de geçerli olmaya devam edeceğini savunuyorsa, aynı şekilde, uluslararası hukuka aykırı bir normun varlığını da kabul etmektedir. *Saf Hukuk Kuramı*'nın ikinci baskısında Kelsen açıkça, uluslararası hukuka aykırı bir ulusal hukuk normunun hüküm doğurmayacağını söylemenin mümkün olmadığını, uluslararası hukuka aykırı iç hukuk normunun yalnızca iptal edilebilir nitelikte olduğunu fakat uluslararası hukukun böyle bir mekanizma içermediğini söyler.¹¹¹ Nitekim bu açıklamaya aynı zamanda, Kelsen'in, düalistlerin fiilî duruma atıfla zaman zaman uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasında çatışmalar olduğu vakıasını bir üstlük-astlık ilişkisinin yokluğuna ilişkin delil olarak kullanmak istemelerine karşı geliştirdiği bir argüman olarak da iş görmektedir.¹¹² Uluslararası hukukun içeriğinin iç hukukta uygulanması olasılığını ele alan Kelsen, konuyu salt teknik bir hukuk konusu şeklinde inceleyerek anayasal hükümlere ve uluslararası hukuk kurallarının mahiyetine göre bir belirleme yapacaktır.¹¹³ Dolayısıyla Kelsen'e göre uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkide üstünlüğün veya önceliğin uluslararası hukuka ait olduğunu

¹¹⁰ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 146-50.

¹¹¹ Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 143; Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 331-2.

¹¹² Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 152-3. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 330-1.

¹¹³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 333-44; Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nın bu ikinci baskısında uluslararası hukukun üstünlüğü veya önceliği konusunda çok da ısrarcı olmadığı, her iki yaklaşımın da makul olduğunu ama en nihayetinde ikisinin de zorunlu olarak hukukun birliği anlamına geldiği iddiasını öne çıkarmaktadır. Uluslararası hukukun teknik bir hukuk sorunu olarak iç hukuktaki uygulamasına ilişkin bkz. Kelsen, *Principles of International Law*, s. 190-6.

fakat bunun olası bir çatışma durumunda uluslararası hukukun kendiliğinden veya doğrudan uygulanacağı anlamına gelmediğini söyleyebiliriz.

Uluslararası hukuk teorisinde doğal hukukçu grup içiresinde kalan Hersch Lauterpacht, açıkça sıkı bir hukuki pozitivizm eleştirmenidir. Kıta pozitivizminin devlet egemenliğini öne çıkarması karşısında, egemenlik kavramı hakkında eleştirel bir tutum geliştiren Lauterpacht, uluslararası hukukun, egemenlik kavramına yani salt egemen devletlerin iradesine dayanamayacağını savunur. Bilakis egemenlik, uluslararası hukukun devletlere yüklediği bir niteliktir. Her ne kadar Lauterpacht açıkça pozitivizm eleştirmeni olsa da, egemenliğe ve uluslararası hukuk ile devletler arasında ilişkiye dair görüşleri bakımından Kelsen'e büyük ölçüde yaklaşmaktadır.¹¹⁴ Ne var ki, iş monizm ile düalizm arasında açıkça tercihte bulunmaya geldiğinde, Lauterpacht felsefi açıdan bir fikir beyan etmek yerine, uygulamaya bakmak gerektiğini söyler. Ona göre, eğer ulusal hukuk “uluslararası hukukun Devlet içerisinde özel bir iç hukuka dönüştürme işlemi olmaksızın kendiliğinden uygulanmasını kabul ediyorsa”, o zaman monizmin iddiası doğrulanmış olacaktır.¹¹⁵ İngiliz *common law*'unun uluslararası hukuku ulusal hukukun parçası kabul eden yaklaşımından yola çıkan Lauterpacht, çeşitli mahkeme kararlarına atıfla İngiliz hukukunda monizmin fiilen işlediğini göstermeye çalışır. Bu çerçevede düalistlerin mahkeme kararlarına ilişkin eleştirel argümanlarını da cevaplar. Sözgelimi, *Franconia* davasında İngiliz hukukuna göre İngiliz mahkemelerinin uluslararası hukukla çatışsa bile iç hukuku uygulaması gerektiğinin karara bağlanmış olmasının düalizm lehine kullanılmasına karşı çıkar. Ona göre, gerçekten de böyle bir çatışma durumunda İngiliz mahkemeleri iç hukuku uygulayacaktır. Fakat bu, uluslararası hukukun iç hukukta da doğrudan hüküm ve sonuç doğurmasını ortadan kaldıran bir durum değildir:

“Bu sadece şu anlama gelir: Uluslararası hukukun doğrudan uygulanmasının sınırları vardır; devlet içinde ulusal hukuk her zaman üstün gücünü ileri sürebilir ve yargıçlara devletin organları olarak (uluslararası

¹¹⁴ Lauterpacht'ın Kelsenci epistemolojiyle bağlantısı için bkz. Roman, **Kwiecien**, “Sir Hersch Lauterpacht's Idea of State Sovereignty - Is it Still Alive?”, *International Community Law Review*, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2011, s. 25-6, 37. Lauterpacht'ın Kelsen'in “*çalışmaları[nın] hukuk düşüncesine yapmış güçlü bir katkı*” olduğunu belirttiği, Kelsen hakkında bir incelemesi de bulunmaktadır; bkz. Hersch, **Lauterpacht**, “Kelsen's Pure Science of Law”, *Modern Theories of Law*, Oxford 1933, s. 105-38.

¹¹⁵ **Lauterpacht**, “General Rules of the Law of Peace”, *International Law - Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht - Volume I: The General Works*, Cambridge 1970, s. 218.

hukukun organları olarak değil) hareket etmelerini emredebilir; devlet içinde uluslararası hukukun üstünlüğü, üstün devlet mevzuatına tabidir. Ancak, ulusal hukuk fiilen ve açık bir şekilde müdahale etmediği sürece, uluslararası hukukun doğrudan uygulanması bir vakıadır.”¹¹⁶

Lauterpacht’a göre, uluslararası hukukun iç hukukun bir parçası haline gelmesinin aracı olan bir iç hukuk işlemi, bir dönüştürme faaliyeti olduğu doğrudur. Fakat bu dönüştürme işleminin mahiyeti kurucu değil, beyanîdir. Devletler uluslararası hukuku iç hukuklarına şu veya bu şekilde dahil ederler, yani iç hukukta uygulanabilmesini bir iç hukuk kuralı aracılığıyla sağlarlar ama bunu “kaçınılmaz bir siyasi zorunluluk ve yükümlülük” sebebiyle gerçekleştirirler. Uluslararası hukukun kabul edilmesi, zaten mevcut bir yükümlülüğün beyan edilmesinden ibarettir.¹¹⁷ Ulusal mevzuatın açıkça uluslararası hukuka aykırı olması halinde yargıçlar iç hukuku uygulamaya mecbur kalırlar. Salt öğretisel bir görüş pekala uluslararası hukukla çatışan bir iç hukuk normunun geçersiz olduğunu söyleyebilir. Ancak bir vakıa olarak, çatışma mevcuttur. Bu durumun hukuk mantığı içerisinde tasavvuru mümkün değildir. Sadece bu çatışmanın, uluslararası hukukun zayıflığının bir tezahürü olduğu söylenebilir. Ne var ki teorik olarak monizmi sarsan bir vakıa olsa da, bu durum görüldüğü kadar önemli de değildir. Zira devletler genellikle uluslararası hukuka uygun mevzuat çıkarmak isterler, mahkemeler çoğunca uluslararası hukuka aykırı karar vermekten kaçınırlar. Ayrıca, pek çok ülkede yasaların uluslararası hukuka aykırı olmama kastıyla çıkarıldıkları, bir yorum kaidesi çerçevesinde karene olarak kabul edilir. Üstelik Lauterpacht tarihin uluslararası hukukun güçlenmesi yönünde hareket ettiğine inanmaktadır. İleride devletlerin kendilerine uluslararası hukuka aykırı düzenleme yetkisi veren anayasal hükümlerden vazgeçme olasılığını bile gündeme getirir.¹¹⁸ Uluslararası hukukun halihazırdaki durumunu bir tür ilkel hukuk olarak görmektense, onu henüz tamamlanmamış, geçiş aşamasında olan, “*medeni toplumların sınırları içerisinde genel olarak tanınmış ve uygulanmakta olan bir hukuk düzeninin bağlayıcılığı altındaki Devletler topluluğu ideali*”ne yönelmiş olarak görmek gerekmektedir. İlkel hukuk analojisi uygar bir hukuk düzenine geçişi garanti etmez. Üstelik uygar devletler ilkel toplumlar değildir, aralarındaki ilişki de ilkellikten nitelenemez. Uluslararası

¹¹⁶ Lauterpacht, “General Rules of the Law of Peace”, s. 221.

¹¹⁷ Lauterpacht, “General Rules of the Law of Peace”, s. 222.

¹¹⁸ Lauterpacht, “General Rules of the Law of Peace”, s. 228-9.

hukukun sahip olduğu hakiki niteliklerin görülmesini engelleyen, metafizik ve sorgulanmaya açık devlet soyutlamasıdır.¹¹⁹ Uluslararası hukukun önündeki engeller kalkıncaya kadar uluslararası hukuka aykırı iç hukuk uygulamaları uluslararası hukukun ihlali anlamına gelecek, devletler bu ihlallerinin gerekçesi olarak iç hukuklarına başvuramayacaklardır. İç hukuk düzenlemeleri ne olursa olsun, uluslararası hukuk açısından uluslararası hukukun üstünlüğü konusunda herhangi bir tartışma yoktur.¹²⁰

3. Monizm ve Düalizm Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Monizm ile düalizm arasındaki tartışmanın uluslararası hukukun teorik bir sorunu olarak tartışılması kaçınılmazdır. Nitekim bu karşıtlık üzerinden olmasa bile uluslararası hukuk ile iç hukuklar arasındaki ilişkinin mahiyeti canlılığını korumaktadır. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir husus, bu sorunun her şeyden önce devlet egemenliği hakkındaki siyaset felsefesine ve anayasa teorisine ilişkin bir mesele olduğudur. Tartışmaya şu veya bu şekilde dahil olan bütün yazarlar uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiye dair görüş belirtirken, öyle ya da böyle devlet egemenliğinin mahiyetine ve sınırlarına ilişkin de konuşmuş olmaktadır, hatta bazen asıl saik bu olmaktadır.¹²¹ Dolayısıyla da yazarların eser verdikleri dönemin ruhunun,

¹¹⁹ Hersch, **Lauterpacht**, “The Nature of International Law and General Jurisprudence”, International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Vol 2 - The Law of Peace, Cambridge 1975, s. 20-1. Lauterpacht başka bir yerde, uluslararası bir “*Dünya Federasyonu*”nun “*insanlığın siyasal örgütlenmesinin nihai rasyonel postülası olarak kabul edilmesi gerektiğini*” ve bu duruma ani bir değişimle değil, federal devletlere ilişkin temel ilkelerin “*tedricen*” benimsenmesiyle ulaşılabileceğini söyler; bkz. Hersch, **Lauterpacht**, International Law and Human Rights, New York 1950, s. 46.

¹²⁰ **Lauterpacht**, “General Rules of the Law of Peace”, s. 230. Lauterpacht’ın bu görüşleri çerçevesinde, VAHSK’de yapılan tartışmalardan yansıyan bir hususu not etmek gerekiyor. VAHS’de 27. madde halini alacak 23 *bis* maddesi üzerindeki müzakerelerde, Venezüella delegesi Carmona, UHK’nin uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkiler konusunda farklı zamanlarda farklı görüşlere sahip olduğunu, Lauterpacht’ın iç hukuklara üstünlük tanıdığını, Fitzmaurice’in uluslararası hukuka üstünlük tanınmasıyla bir tepki oluştuğunu ve VAHS md. 46’nın (görüşmeler esnasında md. 43) bu iki karşıt görüşün bir uzlaşması olarak ortaya çıktığını söyler. Bkz. UNCLOT II, s. 53-4, par. 32. Lauterpacht’ın aktardığımız görüşleri çerçevesinde Carmona’nın bu açıklamasını anlamlandırmak çok kolay değildir. UHK’nin zaman içerisinde farklı görüşleri benimsediğini ihtiyatlı bir şekilde ve Carmona’ya atıfla aktaran Schmalenbach da, Lauterpacht’ın en azından akademik görüşlerinin farklı olduğunu ima eder şekilde Lauterpacht’ın eserlerine bakılmasını tavsiye eder; bkz. **Schmalenbach**, s. 455.

¹²¹ Monizmin ve düalizmin (aynı zamanda uluslararası hukuktaki doğal hukukçu ve pozitivist görüşlerin) köklerini daha eskide bulmak mümkünse de, tartışmanın en yoğun yaşandığı dönem 19. yüzyıl sonları ile 20. yüzyılın başlarıdır. Bu tartışmanın Avrupa’da yaşanan devlet egemenliği tartışmasının tezahürü olduğu şeklindeki değerlendirme için ör. bkz. Janne, **Nijman/André, Nollkaemper**, “Introduction”, New Perspectives on the Divide Between Natio-

devletler arasındaki ilişkilerin mahiyetinin, yükselen ya da düşmekte olan siyasi görüşlerin tartışmaya rengini verdiğini söylemek mümkündür.¹²² Bu şekliyle bakıldığında, on dokuzuncu yüzyılın sonlarındaki doğal hukukçu görüşler ile uluslararası andlaşmaların devletler üzerinde oluşturduğu baskıyı kırmanın bir aracı olarak düalist argümanların kullanıldığını söyleyebiliriz. Özellikle iki dünya savaşı arasındaki dönemde, bir yanda devletlerin sınırları içerisinde istedikleri her türlü yasayı çıkarmasını engellemeye çalışan monistleri, diğer yanda ise devletin iç alandaki iktidarının uluslararası hukuk eliyle sınırlanmamasının teorik gerekçelerini arayan düalistleri görürüz. Bu karşıtlığın özü, özellikle insan hakları alanında, farklı teorik yaklaşımlar çerçevesinde varlığını sürdürmektedir.

Esasında uluslararası hukuk açısından uluslararası hukukun devletler açısından bağlayıcılığına dair herhangi bir şüphe yoktur.¹²³ Uluslararası hukukun varlığı bir kez kabul edildikten sonra, ister düalist isterse monist olsun, uluslararası hukuk açısından uluslararası hukukun ihlalinin iç hukuka atıfla gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda mesele, devletlerin bunu, mahiyeti ve statüsü ne olursa olsun bir kural veya gereklilik olarak kabul etmesine kalmaktadır.

Makalemizin konusunu oluşturan VAHS md. 27 açısından da, hükmün zaten bir örf-âdet kuralını dile getirdiğini söylemiştik. Ne var ki hükmün içeriği ve kapsamı, uluslararası hukukun bağlayıcılığını uluslararası hukuk perspektifinden dile getirmekten öteye gitmez, zira olası bir çatışma durumunda uluslararası hukuka nasıl uyulacağını söylemez. Uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmiş veya uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edilmemiş olması, VAHS sistemi bakımından yeterlidir. Dolayısıyla md. 27, uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğunu söylemez.¹²⁴ VAHS genel olarak ve madde 27 itibarıyla Lauterpacht'ın öngördüğü, devletlerin iradelerini uluslararası hukuka uyumlu bir iç hukuk yaratma yönünde oluşturdukları bir dünya devleti anlayışından uzak görünmektedir.

nal and International Law, Oxford 2007, s. 6-10. Monist ve düalist anayasa ve siyaset teorileri şeklindeki sınıflandırma ve değerlendirme için bkz. **Björgvinsson**, s. 26-31, 34-8.

¹²² Malanczuk, ideolojik arka planları açısından düalistleri egemenlik teorisine verdikleri önemle, monistleri de dünya toplumuna ilişkin özgürlükçü düşüncelerle ilişkilendirir; bkz. Peter, **Malanczuk**, Akehurst's Modern Introduction to International Law, Londra/New York 1997, s. 63.

¹²³ **Toluner**, s. 48; **Shaw**, s. 97.

¹²⁴ **Schmalenbach**, s. 462; **Björgvinsson**, s. 39.

Değinilmesi gereken son bir husus, VAHSK’de bugünkü madde 27’nin önerilmesi üzerine yapılan müzakereler ile son oylamada gözlemlenen itiraz ve direncin olası sebepleridir. Normalde, *pacta sunt servanda* ilkesi de kabul edilmişken, uluslararası andlaşmalara riayet gerekliliğinin altını bir kez daha çizen bir hükme itiraz edilmesi, kastedilen andlaşmaların ‘yürürlükteki’ andlaşmalar olduğunun bir kez daha teyit ettirilmesi, çok sayıda delegenin çekimser oy kullanması, hatta sonrasında bazı devletlerin bu maddeyi kendileri açısından hükümsüz kılmak amacıyla çekince veya beyanlarda bulunması ilk bakışta tuhaf görünmektedir. Andlaşma kavramının doğası itibariyle, andlaşmayla bağlanarak yükümlülük yüklenen bir devletin, bu iradesini daha en baştan olası bir iç hukukla uyumsuzluğa bağlı olarak kısmen inkar etmesi, tam da *pacta sunt servanda*’nın ruhuna aykırı görünmektedir. Björgvinsson’un, “küçük” devletlerin düalist olmaya meyilli oldukları ifadesini¹²⁵ ilereletecek olursak, uluslararası hukuku kuran ve aynı zamanda dünya siyaset ve ekonomisinde güçlü bir konumda bulunan Batılı devletleri temsil eden bir uluslararası hukukun, hem örf-âdet kurallarıyla hem de andlaşmalar yoluyla uzun süre Batı sömürgesi olarak kalmış ‘küçük’ devletler için bir tehdit olarak görülmesi ihtimalini yabana atmamak gerekir. Bunun yanında uluslararası hukukun Batılı devletler öncülüğünde üstlendiği ‘uygarlaştırıcı’ rol de ‘küçük’ devletlerin zihinlerinden kazanamaz. Üstelik, demokratik geleneği bulunmayan söz konusu ‘küçük’ devletlerde, andlaşmaların yürütmenin başı eliyle kimi zaman halkın menfaatini düşünmeden akdedilmesi ve bu andlaşmalarla yüklenilen yükümlülüklerin gelecek nesiller için bir yük oluşturma ihtimali, uluslararası siyasetin doğasında varolan siyasi ve ekonomik baskılarla imzalanan ve imzalanabilecek andlaşma örnekleriyle birleştiğinde, bu devletler için korkutucu olabilmektedir.¹²⁶ Nitekim uluslararası ilişkilerde devlet egemenliği iddiasının güçlü bir şekilde seslendirilmesi, tam da diğer devletlerle olan ilişkilerin devlet eylemlerine getirilecek olası sınırlardan kurtulma ihtiyaç veya gereğiyle dillendirilmektedir.

¹²⁵ Björgvinsson, s. 36.

¹²⁶ Uluslararası hukuku Batı’nın dünyanın geri kalan kısmını sömürmek için bir araç olarak kullandığına yönelik eleştirel yaklaşımlar için Türkçede ör. bkz. Hürkan, **Çelebi**/Ali Murat, **Özdemir**, “Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar”, Uluslararası İlişkiler, Cilt: 7, Sayı: 25, 2010, s. 69-90; Şahin Eray, **Kırdım**, “TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 41, Sayı: 1, 2021, s. 129-58. Uluslararası ceza hukuku bağlamında bu yönde bir eleştiri için bkz. Robert, **Cryer**/Albert, **Neil**, “Uluslararası Ceza Hukukunun Felsefesi”, (çev. Furkan Yılmaz), Uluslararası Hukuk - Teori ve Tarih, İstanbul 2023, s. 400-3.

SONUÇ

VAHS'nin 27. maddesi, *pacta sunt servanda* ilkesine vücut veren 26. maddeyle birlikte, andlaşmalar hukukunun temelini oluşturan bir kuralı dile getirir. Buna göre, devletler, uluslararası bir andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemelerinin gerekçesi olarak iç hukuklarına dayanamazlar. Bu kural devlet uygulamasında uzun bir geçmişe sahiptir ve uluslararası örf-âdet hukukunun bir yansıması olarak VAHS'de yer almıştır. Keza çok eski dönemlerden itibaren andlaşmalar hukukunu mümkün ve anlamlı kılan bir ilke olarak doktrinde de kendine yer bulmuştur.

Devletin andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerini icra etmemesinin gerekçesi olarak başvurmayaacağı 'iç hukuk', bir bütün olarak iç hukuktur. Bu haliyle iç hukuk tabiri, daha dar bir anlama sahip 'ulusal mevzuat'tan daha kapsamlı olup sadece yasama organından çıkarılan kuralları değil, örf-âdet hukuku gibi yazılı olmayan hukuk kurallarını, aynı zamanda düzenleyici (idari) mahiyetteki her türlü kuralı da kapsar. Bunun yanında ulusal veya iç hukuk, andlaşmanın yapıldığı anda yürürlükte bulunan hukuk yanında, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren hukuk kurallarını da kapsar. Uluslararası veya uluslararası örgütlerin birincil ve ikincil hukukları da, üye devletin hukuk düzenine gereğince dahil edilmesi durumunda o devletin iç hukukunun ayrılmaz parçasını oluşturur. 'İç hukuk' kavramı sadece geçerli olan kurallara veya hukuk eliyle yaratılmış mevcut önlem veya mekanizmalara atıf yapmaz. Aynı zamanda, bir andlaşmanın gereğini yerine getirmek için gerekli iç hukuk araçlarının 'yokluğu' veya 'yaratılmamış' olması da, andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğün icra edilmemesinde haklı bir neden teşkil edemez. Federal devletler de federe devletlere ilişkin otoritelerinin sınırlılığından bahisle yükümlülüğünden kaçınamazlar. Federal devletin, icrası federe devletlerinin/eyaletlerinin idari ve hukuki yetki alanına dahil meselelerle ilgili andlaşmalara taraf olduktan sonra olası bir aykırılık durumunda federe devlet ile federal yönetim arasındaki uyumsuzluğa veya yetki ayrılığına dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

VAHS md. 27, yürürlükte olan andlaşmalar bakımından geçerlidir. Bu bakımdan andlaşma söz konusu devlet için ya yürürlükte yahut da geçici olarak uygulanabilir mahiyette olmalıdır. Andlaşmanın hükümsüz olması yahut da taraf devlet tarafından haklı bir şekilde hükümsüz kılınması durumunda md. 27 geçerli olmayacaktır. Keza, VAHS'nin ilgili maddeleri uyarınca sona erdirilmiş veya askıya alınmış andlaşmalar bakımından da aynı durum geçerlidir.

Devletler uluslararası andlaşmalarla bağlanırken zaman zaman bu andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerinin genel sınırı olarak veya belli bazı hükümlerin geçerlilik alanı olarak kendi iç hukuklarına atıf yapan çekinceler ileri sürebilmektedir. Böylece çekince ileri sürülen hükümlerin uluslararası düzeydeki bağlayıcılığını, iç hukuklarındaki hükümlerle çelişmeyecek şekilde kurmuş olmayı amaçlarlar. Kimi zaman bu tip çekincelere diğer taraf devlet(ler) tarafından VAHS md. 27'ye atıfla itiraz edilebilmektedir. Bununla birlikte VAHS'nin genel olarak ve md. 27'nin özel olarak iç hukuka atıf yapan çekinceleri yasaklayan bir rejim kurduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

VAHS md. 27, 26. maddeyle birlikte, devletlerin iç hukuklarını uluslararası yükümlülükleriyle uyumlu hale getirme yükümlülüğü de yaratır şekilde yorumlanabilir. Ancak böyle bir yükümlülüğü, hukuki anlamda, andlaşmanın tarafı diğer devlet(ler) için bir ihlal iddiası doğuracak şekilde anlamak zor görünmektedir.

VAHS md. 27 hükmünün ardında, uluslararası hukuk ile ulusal hukuklar arasındaki ilişkiye dair daha kapsamlı teorik tartışmalar bulunmaktadır. Monizm-düalizm karşıtlığı içerisinde yürüyen tartışmada olası bir çatışma halinde uluslararası hukukun mu yoksa ulusal hukukun mu üstün geleceği merkezde yer alır. Bu tartışma aynı zamanda uluslararası hukukun bağlayıcılığının kökleri ile devlet egemenliğinin mahiyeti hakkında da yürüyen bir tartışmadır. Monist ve düalist yaklaşımlar uluslararası hukuk ile ulusal hukuk aynı sistem içerisinde görme konusunda birbirlerinden ayrılırlar da, uluslararası hukukun kabulünün bir sonucu olarak bir çatışma halinde, en azından uluslararası hukuk düzeyinde, uluslararası hukukun üstünlüğü konusunda anlaşılır. VAHS md. 27 de, bu genel kabulün ötesine giden bir şey söylememektedir.

KAYNAKÇA***Kitap, Kitap Bölümü, Tez ve Makaleler***

Aksar, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1, Ankara 2025.

Anzilotti, Dionisio, Corso di diritto internatzionale, Padova 1955 (Aktaran: Gaja, s. 126).

Anzilotti, Dionisio, Il Diritto Internazionale nei Giudzi Interni, Bologna 1905 (Aktaran: Gaja, s. 134).

Anzilotti, Dionisio, Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Firenze 1920 (Aktaran: Gaja, s. 127).

Aral, Vecdi, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978.

Arsava, Füsün, "Uluslararası Hukuk Anlaşmalarının Geçici Uygulanması", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 15, 2020, s. 45-68.

Asar, Bilge Erson, "Uluslararası Hukukta Antlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Madde 46 Kapsamında Andlaşmaların Geçersizliği", Public and Private Law Bulletin, Cilt: 43, Sayı: 2, 2023, s. 715-71.

Aust, Anthony, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge 2007.

Azaria, Danae, "Provisional Application of Treaties", The Oxford Guides to Treaties, Oxford 2012, s. 230-57.

Bal, Ali, Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

de Baere, Geert/**Roes**, Timothy, "EU Loyalty as Good Faith", International and Comparative Law Quarterly, Cilt: 64, Sayı: 4, 2015, s. 829-74.

Bernstorf, Jochen von, "German Intellectual Historical Origins of International Legal Positivism", International Legal Positivism in a Post-Modern World, Cambridge 2014, s. 50-80.

Björqvinnsson, Davíð Thór, The Intersection of International Law and Domestic Law, Cheltenham ve Northampton 2015.

Bozkurt, Enver, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2003.

Demirkol, Elit Meviza, "The Alabama Arbitral Award and Indirect Damages in International Law", Law & Justice Review, Cilt: 12, Sayı: 22, 2021, s. 131-50.

Chadwick, Elizabeth, "Gone With the War? Neutral State Responsibility and the Geneva Arbitration of 1872", Leiden Journal of International Law, Cilt: 12, 1999, s. 787-820.

Cryer, Robert/Albert, **Neil**, "Uluslararası Ceza Hukukunun Felsefesi", (çev. Furkan Yılmaz), Uluslararası Hukuk - Teori ve Tarih, İstanbul 2023, s. 347-410.

Çelebi, Hürkan/**Özdemir**, Ali Murat, "Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar", Uluslararası İlişkiler, Cilt: 7, Sayı: 25, 2010, s. 69-90.

Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984.

- Demiray**, Şeyma Nur/ **Yıldırım**, Meryem, “Uluslararası Adalet Divanı’nın LaGrand Kararının İncelemesi”, Karar İncelemeleri Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1-2, 2022, s. 505-54.
- Fitzmaurice**, G., “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1954-9 - General Principles and Sources of International Law”, British Year Book of International Law, Cilt: 35, 1959, s. 183-231.
- Fitzmaurice**, G., “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law”, RCADI, Cilt: 92, Sayı: 2, 1957, s. 1-227 (Aktaran: Schaus, s. 691).
- Gragl**, Paul, Legal Monism - Law, Philosophy, and Politics, Oxford 2018.
- Gündüz**, Aslan, Milletlerarası Hukuk, İstanbul 2014.
- Kaya**, İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Ankara 2016.
- Kelsen**, Hans, Pure Theory of Law, (Almancadan İngilizceye çev. Max Knight), Berkeley ve Los Angeles 1967.
- Kelsen**, Hans, Principles of International Law, New Jersey 2003.
- Kelsen**, Hans, Saf Hukuk Kuramı, (çev. Ertuğrul Uzun), İstanbul 2020.
- Kırdım**, Şahin Eray, “TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım”, Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 41, Sayı: 1, 2021, s. 129-58.
- Kwicien**, Roman, “Sir Hersch Lauterpacht’s Idea of State Sovereignty - Is it Still Alive?”, International Community Law Review, Cilt: 13, Sayı: 1-2, 2011, s. 23-41.
- Lauterpacht**, H., “General Rules of the Law of Peace”, International Law - Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht - Volume I: The General Works, Cambridge 1970.
- Lauterpacht**, Hersch, International Law and Human Rights, New York 1950.
- Lauterpacht**, Hersch, “Kelsen’s Pure Science of Law”, Modern Theories of Law, Oxford 1933, s. 105-38.
- Lauterpacht**, Hersch, “The Nature of International Law and General Jurisprudence”, International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht - Vol 2: The Law of Peace, Cambridge 1975, s. 3-21.
- Malanczuk**, Peter, Akehurst’s Modern Introduction to International Law, Londra/New York 1997.
- McNair**, A., The Law of Treaties, Oxford 1961.
- Mertsch**, Anneliese Quest, Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Nature, Lieden ve Boston 2012.
- Nijman**, Janne/**Nollkaemper**, André, “Introduction”, New Perspectives on the Divide Between National and International Law, Oxford 2007, s. 1-14.
- Poyraz**, Murat, Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.

- Önüt**, Lale Burcu, Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerde Uygulanması, Ankara 2017.
- Pazarcı**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, Ankara 2001.
- Rensmann**, Thilo, “Article 46”, Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary, Berlin ve Heidelberg 2012, s. 775-804.
- Rigaux**, François, “Kelsen ve Uluslararası Hukuk”, (çev. Elif Başkaracaoğlu), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXV, Sayı: 1, 2007, s. 377-412.
- Özkan**, Işıl, “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Sayı: Özel, 2013, s. 2127-75.
- Schaus**, Annemie, “1969 Vienna Convention - Article 27”, The Vienna Conventions on the Law of Treaties - Vol. 1, Oxford 2011, s. 688-701.
- Schmalenbach**, Kirsten, “Article 27”, Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary, Berlin ve Heidelberg 2012, s. 453-73.
- Sereni**, Angelo Piero, The Italian Conception of International Law, New York 1943.
- Shaw**, Malcolm N., Uluslararası Hukuk, (çev. Y. Acer, İ. Kaya, M.T. Demirtepe. G.E. Şimşek), Ankara 2018.
- Skalar**, Meltem Sarıbeyoğlu, Uluslararası Hukukta Anlaşmaların Geçici Uygulanması, İstanbul 2021.
- Tekin Apaydın**, Deniz, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018, s. 529-59.
- Toluner**, Sevin, Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İstanbul 1973.
- Uzun**, Elif, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Ankara 2021.
- Uzun**, Elif, “Uluslararası Andlaşmaların Geçici Uygulanması - Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 25. Madde”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2018, s. 187-209.
- Uzun**, Elif, “Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun ‘Andlaşmalara Çekince İleri Sürülmesi İçin Uygulama Rehberi’ Üzerine Betimsel Bir İnceleme”, TAAD, Cilt: 4, Sayı: 12, Ocak 2103, s. 185-218.
- Villiger**, Mark E., Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Leiden ve Boston 2009.
- Yotova**, Rumiana, “Article 27 of the VCLT - Internal Law and Observance of Treaties”, General International Law in International Investment Law, Oxford 2024.

Uluslararası Belgeler

- Alabama Claims of the United States of America Against Great Britain, 1872, Reports of International Arbitral Awards, Volume XXIX (2012) United Nations 125.
- CJEC, Otto Scheer v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Case 30/70, 17 December 1970, ECR 1970, 1197.

- CJEC, *Commission v Italy (Premiums for Grubbing Fruit Trees)*, Case 30/72, ECR 1973 161.
- “Draft Convention on Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to the Person or Property of Foreigners”, *AJIL*, Supplement: Codification of International Law, Cilt: 23, Sayı: 2, 1929, s. 132-218.
- Draft Declaration on Rights and Duties of States, UNGA Res 375 (IV), 6 Aralık 1949, UN Doc A/RES/375 (IV).
- ECJ, *Joined Cases 51-54/71 - International Fruit Company*, 15 December 1971, ECR 1971, s. 1108-1119.
- Fitzmaurice**, G., *Law of Treaties - Second Report*, YILC, 1957, Cilt: 2, UN Doc A/CN.4/107.
- Fitzmaurice**, G., *Law of Treaties - Fourth Report*, YILC, 1959, Cilt: 2, UN Doc A/CN.4/120.
- Gómez-Robledo**, Juan Manuel, *Fifth Report on the Provisional Application of Treaties*, UN Doc A/CN.4/718.
- Hungarian Optants in Romania - Council - Minutes of the XXVth Session of the Council, VIIth and VIIIth Sessions, held on 5 July 1923, concerning the expropriation by the Romanian government of the properties of the Hungarian Optants. United Nations Library & Archives Geneva, <https://archives.ungeneva.org/les-optants-hongrois-en-roumanie-conseil-proces-verbal-de-la-xxve-session-du-conseil-viie-et-viiie-seances-tenues-le-5-juillet-1923-concernant-lexpropriation-par-le-gouvernement-roumain-des-biens-immobiliers-des-optants-hongrois> (Erişim Tarihi: 16.05.2025).
- ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, ICJ Reports 1999 9.
- ICJ, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports 2008 177.
- ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001 466.
- ICSID, *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan*, Case No ARB/ 05/ 16, Award, 29 July 2008.
- PCIJ, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Advisory Opinion, PCIJ Series, Serie AB, No. 44, 1932.
- PCIJ, *Case Concerning Certain German Interest in Polish Upper Silesia (Merits)*, Germany v Poland, Ser. A, No. 7, 1926.
- PCIJ, *Exchange of Greek and Turkish Populations (Advisory Opinion)*, Series B, no. 10, 21 February 1925.
- Research in International Law (Under the Auspices of the Faculty of the Harvard Law School), “Draft Convention on the Law of Treaties, with Comment”, *AJIL*, Cilt: 29, Supplement: Research in International Law, 1935, s. 1-1228.
- The executive documents of the House of Representatives for the first session of the fiftieth Congress. 1887-'88 1887/1888, s. 754, <https://search.library.wisc.edu/digital/ANT66L3JWSTXB58J> (Erişim Tarihi: 16.05.2025).

Treaty establishing the European Economic Community, (adopted 23 March 1957, entered into force 1 January 1958) 298 UNTS 12.

United Nations General Assembly (UNGA) Res 56/83 (12 December 2001) UN Doc A/RES/56/83.

UNCLOT I, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Vienna, 26 March-24 May 1968), Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.39/11.

UNCLOT II, Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Vienna, 9 April-22 May 1969), Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.39/11/Add.1.

United Nations Treaty Collection, Vienna Convention on the Law of Treaties, Declarations and Reservations, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec (Erişim Tarihi: 27.02.2025).

Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 22 May 1969, entered into force 23 May 1969) 1155 UNTS 331.

META GÖZETİM KURULU: META'NIN "ANAYASA YARGISI" MI, ANAYASACILIĞIN METALAŞMASI MI? (*)

Engin YILDIRIM(**)

Öz: Bu çalışma, önde gelen sosyal medya platformlarının sahibi olan Meta tarafından kurulan Gözetim Kurulu'nu, toplumsal anayasacılık yaklaşımından hareketle dijital çağda anayasacılığın dönüşümünü yansıtan özgün bir örnek olarak incelemektedir. Gözetim Kurulu, içerik denetiminde Meta'nın topluluk kuralları ile uluslararası insan hakları normlarını ilişkilendirerek "özel anayasa yargısı" benzeri bir işlev üstlenmektedir. Kurul, ifade özgürlüğü, nefret söylemi ve insan hakları ihlalleri konularında kararlar vererek anayasal ilkeleri dijital alana taşımakta; ancak Meta'dan kurumsal ve mali bağımsızlığının sınırlılığı, bu süreci meşruiyet bakımından tartışmalı kılmaktadır.

Çalışma, Gözetim Kurulu'nun, toplumsal anayasacılığa, yani anayasal normların devlet dışı yapılarda kurumsallaşmasına katkı sunduğunu, ancak bu sürecin aynı zamanda anayasal değerlerin şirket itibarı ve yatırımcı güveni gibi piyasa dinamikleri içinde araçsallaştırılma ve metalaştırılma riskini barındırdığını ileri sürmektedir. Bu çerçevede Gözetim Kurulu, bir yandan toplumsal anayasacılığın öngördüğü biçimde özel alanın normatifleşmesini, yani anayasal ilkelerin devlet dışı aktörlerce içselleştirilmesini mümkün kılarken; diğer yandan bu ilkelerin kurumsal meşruiyet ve itibar yönetimi araçlarına dönüşmesinin de yolunu açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gözetim Kurulu, Toplumsal Anayasacılık, Metalaşma, İfade Özgürlüğü, İş Dünyası ve İnsan Hakları, META.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.
Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.10.2025.

Yazar eleştiri ve katkılarından dolayı hakemlere teşekkür etmektedir.

(**) Anayasa Mahkemesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: engin.yildirim@anayasa.gov.tr,
Orcid: 0000-0001-5342-1982.

THE META OVERSIGHT BOARD: META’S “CONSTITUTIONAL REVIEW,” OR THE COMMODIFICATION OF CONSTITUTIONALISM?

Abstract: This study examines the Oversight Board, established by Meta, the owner of leading social media platforms, as a distinctive example reflecting the transformation of constitutionalism in the digital age, through the lens of societal constitutionalism. The Board performs a function akin to a form of private constitutional adjudication by linking Meta’s community standards with international human rights norms in the context of content moderation. By issuing decisions on freedom of expression, hate speech, and human rights violations, the Board seeks to extend constitutional principles into the digital sphere; however, its limited institutional and financial independence from Meta renders this process contested in terms of legitimacy.

The article argues that the Oversight Board contributes to societal constitutionalism, that is, to the institutionalization of constitutional norms within non-state domains, while at the same time exposing these norms to the risk of instrumentalization and commodification within market dynamics such as corporate reputation and investor confidence. In this respect, the Board both enables the constitutionalization of the private sphere, as envisaged by societal constitutionalism, by fostering the internalization of constitutional principles by non-state actors, and simultaneously opens the way for these principles to be transformed into instruments of corporate legitimacy and reputation management.

Keywords: Oversight Board, Societal Constitutionalism, Commodification, Freedom of Expression, Business and Human Rights, META.

I. GİRİŞ

Toplumsal hayatın giderek dijitalleştiği günümüzde, yapay zekâ sistemleri, uygulamaları ve sosyal medya platformlarının küresel erişimi, bireylere düşüncelerini ifade etme konusunda daha geniş imkânlar sunmaktadır. Ancak, bu ifadelerin dile getirildiği dijital ortamların yapısı, işleyişi ve düzeni yeni sorunları da beraberinde getirmektedir. Artık “kamusal forum” kavramı yalnızca şehir meydanlarını ve fiziksel mekânları değil, özel şirketlerin sahip olduğu dijital platformları da kapsamaktadır. Şirketler politikalarını belirleme hakkına sahip olsa da, kendi değerlendirmelerine göre zararlı kabul ettikleri içeriklere yönelik kısıtlamalar, bu platformların sanal meydan olma iddiasını ve bunun meşruiyetini giderek tartışmalı hale getirmiştir. Dolayısıyla, ifade özgürlüğünün toplumsal yararı ile şirketlerin özel çıkarları zaman zaman birbiriyle çatışabilmektedir.

Keremeti kendinden menkul algoritmalar, hangi içeriklerin platformlarda tutulacağını, hangilerinin kaldırılacağını belirleyen görünmez düşünce muhafızlarına dönüşmüştür. Yapay zekâ destekli içerik denetim araçları, nefret söylemi ve dezenformasyonla mücadelede önemli bir rol oynasa da, ifade özgürlüğü açısından yeni tartışma alanlarının doğmasına neden olmaktadır. Özellikle içerik politikaları ve algoritmik karar alma süreçlerindeki şeffaflık eksikliği, “algoritmik tarafsızlık” gibi sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Günümüzün dijital ortamlarında ifade özgürlüğü artık yalnızca devletten kaynaklanan sansür ve sınırlamalarla değil, özel aktörlerin içerik denetimi politikalarının yol açtığı ölçüsüz denebilecek müdahalelerle de sınırlanmaktadır.

İktisadi, siyasi ve toplumsal açıdan büyük güç sahibi şirketlerin bireyler ve topluluklar üzerindeki etkileri, bu aktörlerin insan hakları karşısındaki sorumluluklarını gündeme getirmiştir. Bu tartışmaların sonucu olarak, uluslararası hukukta bağlayıcılığı bulunmayan Birleşmiş Milletler (BM) İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri gibi düzenlemeler ortaya çıkmıştır.¹ Bu

¹ Birleşmiş Milletler tarafından 2011’de kabul edilen İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, şirketlerin insan haklarına saygı göstermesi gerekliliğinin altını çizen üç temel ilke üzerine kuruludur:

Devletin koruma yükümlülüğü: Devletler, insan haklarını ihlallere karşı korumakla yükümlüdür; Şirketlerin saygı gösterme sorumluluğu: Şirketler, faaliyetlerinde insan haklarına zarar vermemeli, ihlallerden kaçınmalı ve riskleri önlemelidir.

Zarar görenlerin başvuru ve telafi hakkı: İnsan hakları ihlallerine maruz kalan bireylerin şikâyetlerini iletebilecekleri ve uğradıkları zararları telafi edebilecekleri mekanizmalar bulunmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. René, **Wolfstetter** ve Yingru, **Li**, “Business and Human Rights Regula-

gelişmelerin etkisiyle bazı şirketler, faaliyetlerinde insan haklarını gözettiğini ileri sürdükleri özel yönetim sistemleri ve politikalar geliştirmeye yönelmiştir. Bu bağlamda, geniş bir kullanıcı kitlesinin görüşlerini paylaştığı kamusal bir forum niteliği kazanan sosyal medya platformu *Facebook*'un, 2018 yılında içerik kaldırma konusunda nihai karar yetkisine sahip bağımsız bir Gözetim Kurulu (*Oversight Board*) kurması (daha sonra Meta Gözetim Kurulu adını almıştır), bu tür mekanizmalar arasında özgün bir örnek olarak öne çıkmıştır.² Kurul, kullanıcıların, hükümetlerin ve sivil toplum kuruluşlarının artan baskısı karşısında, hangi içeriğin neden kaldırıldığı konusunda şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlamak amacıyla oluşturulmuştur.³

Gözetim Kurulu'nun kurumsal tasarımı, içerik denetimiyle ilgili karar alma süreci ve bu süreçte verdiği kararlar, yapı hakkında canlı bir tartışma ortamı doğurmuştur.⁴ Bu kapsamda, Kurul'un varlığı bir yandan toplumsal anayasacılığın kurumsal dünyaya taşınmasını sağlayan bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Ancak diğer yandan, anayasacılığın kamusal temellerinin zayıflatılması ve anayasal değerlerin özel çıkarlar doğrultusunda araçsallaştırılması şeklinde de yorumlanabilir.

Bu çalışma, Gözetim Kurulu'nun kurumsal yapısını, işleyişini ve karar alma sürecinde dayandığı normatif temelleri toplumsal anayasacılık yaklaşımından hareketle eleştirel bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede şu sorulara cevap aranacaktır: Kurul, Meta'dan ne ölçüde bağımsızdır? Karar alma süreçleri şeffaf mıdır? Kararlarında hangi norm ve ölçütlere dayanmaktadır? İfade özgürlüğünü destekleyen tutarlı ilkeler geliştirmiş midir? Ve nihayetinde, Kurul bir tür özel "yüksek mahkeme" veya "insan hakları denetim organı" olarak nitelendirilebilir mi? Gözetim Kurulu mevcut yapısı, çalışma

tion After the UN Guiding Principles: Accountability, Governance Effectiveness", Human Rights Review, Cilt 23, Sayı 1, 2021, s. 1-2; Surya, **Deva**, "The UN Guiding Principles' Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface", Business and Human Rights Journal, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 336-351, Engin, **Yıldırım**, İş Dünyası ve İnsan Hakları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2025.

² Susan, **Benesch**, "But Facebook's Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies", Yale Journal on Regulation Bulletin, Cilt 38, 2020, s. 86; David, **Fontana** ve David, **Schleicher**, "Private Supreme Courts", Arizona Law Review, Cilt: 66, Sayı: 3, s. 689.

³ Gradoni, **Lorenzo**, "Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How Platform Governance Had Its Marbury v Madison," Verfassungsblog, 10 Şubat 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).

⁴ Örneğin bkz. Tao, **Huang**, "Mapping the Jurisprudence of the Facebook Court", Buffalo Law Review, Cilt: 72, Sayı: 1, 2024, s. 109-177.

yöntemleri ve kararlarıyla anayasa yargısına yaklaşan bir organ niteliğini taşımaya başlayarak sıradan bir şirket içi denetim mekanizmasının ötesine geçmiştir. Çalışma, bu durumun toplumsal anayasacılık ile mi yoksa anayasacılığın metalaşması ve piyasanın hizmetine girmesi ile mi açıklanabileceğini temel sorun olarak ele almaktadır. İncelememizde, Gözetim Kurulu'nun bir anayasa yargısı organı olarak nitelendirilmesinin henüz erken olduğu ama Kurul ve benzeri yapıların, anayasacılığın temel unsurlarından biri olan anayasa yargısının araçsallaşması ve metalaşması riskini barındırdığı vurgulanacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde Gözetim Kurulu deneyimi metalaşma ve toplumsal anayasacılık kavramları üzerinden tartışılacaktır. İkinci bölümde, Gözetim Kurulu'nun yapısı ve yetkileri ele alınarak kurumsal işleyişine ilişkin genel bir çerçeve sunulacaktır. Üçüncü bölümde, Kurul'un farklı konularda verdiği bazı önemli kararlar incelenecek ve bu kararlar üzerinden normatif yaklaşımı ele alınacaktır. Son bölümde ise, tüm bu analizlerin ışığında Gözetim Kurulu'nun genel bir değerlendirmesi yapılarak, dijital çağda anayasacılığın özel aktörlerce dönüşümüne ilişkin çıkarımlar ortaya konulacaktır.

II. METALAŞMA VE TOPLUMSAL ANAYASACILIK ARASINDA GÖZETİM KURULU

Meta kavramı, Marksist düşüncede bir nesnenin ya da olgunun yalnızca “kullanım değeri” taşımaktan çıkıp, piyasada “değişim değeri” üzerinden alınıp satılabilen bir mübadele nesnesine dönüşmesi anlamına gelmektedir.⁵ Marx'a göre meta, yalnızca somut bir ihtiyacı karşılayan bir “kullanım değeri” değil, aynı zamanda piyasada alınıp satılabilen, yani “değişim değeri” üzerinden anlam ve değer kazanan bir şeydir.⁶ Metalaşma ise, “(bir şey, bir düşünce, bir varlık vb. anlamında) herhangi bir nesnenin piyasa mekanizmaları içinde konumlandırılması ve/veya piyasa ilişkilerinin kavramları aracılığıyla temsil edilmesi süreci olarak” tanımlanmaktadır.⁷ Başka bir deyişle, metalaşma, bir nesne veya kurumun özgün toplumsal işlevinden koparak, piyasa ilişkileri içinde mübadeleye konu olabilecek bir piyasa olgusuna dönüşmesi anlamına gelmektedir.

⁵ Tom, **Bottomore**, Marksist Düşünce Sözlüğü (Çeviriyi Der. Mete Tunçay), İletişim Yayınları, İstanbul, 1993, s. 413.

⁶ **Bottomore**, s. 413.

⁷ Luís Francisco, **Carvalho** ve João, **Rodrigues**, “Are markets everywhere? Understanding contemporary processes of commodification”, The Elgar Companion to Social Economics, (Der: John B., **Davis** ve Wilfred **Dolfsma**), Edward Elgar, Cheltenham, 2008, s. 268.

Metalaşma olgusunu anayasacılığa uyarladığımızda, piyasa düzeni içinde faaliyet gösteren ekonomik aktörlerin anayasacılığı kendi çıkarlarını gerçekleştirilmeye yönelik bir araç olarak kullanabilmesine imkan tanıyan bir süreç olarak ifade edebiliriz Bu durum, anayasacılığın özerk ve kamu yararını önceleyen normatif karakterinden uzaklaşarak, kamusal bir mal olmaktan çıkıp şirketlerin ticari çıkarlarına hizmet eden bir mekanizmaya indirgenmesi riskini beraberinde getirmektedir.⁸ Böylece anayasacılık, toplumsal faydayı önceleyen bir “kullanım değeri” taşımaktan ziyade, belirli aktörlerin ekonomik hedeflerine ulaşmalarını kolaylaştıran bir “değişim değeri” işlevi kazanır. Bu bağlamda anayasacılık, anayasal düzeni ve temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik “kullanım değeri” işlevinin yanı sıra, özel aktörler açısından kâr maksimizasyonu, kurumsal meşruiyet üretimi ve itibar yönetimi gibi piyasa temelli “değişim değerine” dayalı hedeflere hizmet eden bir yapıya dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Kişilerin anayasal haklarının özel güçler tarafından etkilenmesi, hatta bu güçlerce düzenlenmeye başlanması, çağımız anayasacılığının belirgin özelliklerinden biri haline gelmiştir. Geleneksel, devlet merkezli anayasacılık anlayışı, esasen devlet gücünün keyfi biçimde kullanılmasını engellemeyi ve bu gücü hukuksal sınırlar içinde tutmayı amaçlamaktadır. Ancak modern toplumlarda yalnızca devlet değil, özel kuruluşlar ve kurumsal yapılar da bireyler üzerinde önemli ölçüde kolektif güç kullanmaktadır. Anayasal yönetim biçimlerinin yalnızca devletlere özgü olduğu yönündeki modernist anlayış, sorgulanmaya başlanmıştır.⁹

Klasik anayasacılığın devlet ötesi anayasal düzenlere ilgi duymamasının temelinde tarihsel ve sosyolojik nedenler bulunmaktadır. Buna göre, Batı’da feodalizmin çöküşüyle birlikte toplumsal yapı merkezileşmiş, ara kurumlar meşruiyetini yitirmiş ve anayasal düşünce yurttaş ile devlet arasındaki dikey ilişki çerçevesinde biçimlenmiştir.¹⁰ Bu süreçte anayasa, devlet iktidarını sınırlayıp bireyi bu iktidara karşı koruyan bir araç olarak tasarlanırken, özel alan insan haklarıyla korunması gereken bireysel faaliyetlerin alanı olarak görülmüş, fakat kendi iç işleyişi bakımından anayasal denetimin dışında

⁸ Eric W. Orts ve Amy J., Sepinwall, “Collective Goods and the Court: A Theory of Constitutional Commodification”, Washington University Law Review, Cilt: 7, Sayı: 3, 2020, s. 637.

⁹ Neil, Walker, “Taking Constitutionalism Beyond the State,” Political Studies, Cilt: 56, Sayı: 3, 2008 s. 520.

¹⁰ Gunther, Teubner, “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Scull”, (Der. Paul Blokker ve Chris, Thornhill), Sociological Constitutionalism, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 314.

birakılmıştır.¹¹ Bireyler arasındaki yatay ilişkileri düzenleyen özel hukukun bu alandaki düzenleme ihtiyacını karşılayacağı varsayılmıştır.

Ne var ki modern toplumların giderek artan işlevsel farklılaşmasıyla birlikte, devlet dışı ama büyük ölçekte etkili yeni özerk kurumlar ortaya çıkmıştır. Şirketler, meslek birlikleri, medya kuruluşları ve dijital platformlar gibi yapılar, artık devlet anayasalarının açıklama kapasitesini aşan, kendilerine özgü anayasal sorunlar üretmektedir. Bu gelişme, anayasal düşüncenin kapsamını devlet sınırlarının ötesine taşıma gerekliliğini ortaya koymuş, anayasal sınırlama ve denetim ilkelerinin devlet dışı toplumsal aktörler için de geçerli olması gerektiği yönündeki tartışmaları gündeme getirmiştir.¹² Başka bir ifadeyle, anayasal normların sadece devlete değil, toplumsal kurumlara da yayılması gerektiği düşüncesi giderek güç kazanmaktadır.

Bu doğrultuda David Sciulli tarafından “toplumsal anayasacılık” (*societal constitutionalism*) olarak ortaya atılan yaklaşım, daha sonra Gunther Teubner tarafından geliştirilmiş ve devletin anayasal tekeli sorgulayan bir perspektif olarak yaygınlık kazanmıştır.¹³ Küreselleşmenin etkisiyle, anayasacılık yalnızca devlet sınırları içinde değil, ulusötesi düzlemde ve özel sektör alanında da kendini göstermeye başlamıştır.¹⁴

Toplumsal anayasacılık yaklaşımı, klasik anayasa kuramının devlet merkezli yapısını aşarak anayasal normların sivil toplum, ekonomi, medya, bilim ve profesyonel örgütlenmeler gibi toplumsal alanlara da yayılabileceğini savunmaktadır.¹⁵ Burada anayasa, bir sistemin ya da toplumsal alanın sahip olabileceği ya da olmayabileceği bir şey olarak değil, bir sürecin kendisi olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım, Anayasacılığın devlete özgü bir olgu olarak görülmesinin, toplumsal değişim karşısında yetersiz kaldığını vurgulayan bu yaklaşım, modern toplumlarda şirketler, meslek birlikleri, bilimsel topluluklar ve medya kuruluşları gibi özerk sistemlerin de bireylerin

¹¹ Teubner, s. 314.

¹² David, Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge University Press, 1992, s. 11-13.

¹³ Nofar, Sheffi, “Societal Constitutionalism, Reviewed and Re-Viewed”, *Annual Review of Law and Social Science*, Cilt: 21, Sayı: 1, 2025, s. 35-53.

¹⁴ Gunther, Teubner, “Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, (Der. Petra. Dobner ve Martin Loughlin), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, s.327-328.

¹⁵ Teubner, s. 328.

yaşamını şekillendiren güçlü normatif yapılar oluşturduğunu ileri sürer.¹⁶ Böylece anayasallaşma, yalnızca siyasal bir süreç olmaktan çıkarak toplumsal sistemlerin kendi iç dinamikleri doğrultusunda gelişen ve devlet kurumlarının sınırlarını aşan çok katmanlı bir olgu olarak kavramsallaştırılır.¹⁷

Günümüzde büyük şirketler gibi özel aktörlerin, kurumsallaşmış siyasetin dışında kendi anayasal rejimlerini oluşturmaya başladıklarını söylemek hatalı olmayacaktır.¹⁸ Özellikle ulusötesi ekonomi ve dijital alan gibi bağlamlarda anayasal nitelikler kazanan devlet dışı normatif düzenleri çözümlemek açısından toplumsal anayasacılık, güçlü bir kuramsal çerçeve sunmaktadır. Bu yaklaşım, devletin ötesinde gelişen normatif yapıları anlamak ve bunların birey haklarıyla ve kamusal değerlerle ilişkisini değerlendirmek için önemli bir analitik zemin sağlamaktadır.

Toplumsal anayasacılığı, özel güçleri meşrulaştıran ve yalnızca öz-düzenlemeyi, yani devlet müdahalesinin geri çekilmesini savunan neoliberal bir ideoloji olarak görmek hatalıdır.¹⁹ Aksine bu yaklaşım, devlet temelli siyaset dâhil olmak üzere tüm toplumsal alanlarda ortaya çıkan normatif düzenlerin anayasal sürece dâhil edilmesini savunur. Burada önemli olan nokta, bu anlayışın “daha az devlet” çağrısı anlamına gelmemesidir.²⁰ Toplumsal anayasacılık, her bir sosyal alanın kendi normatif düzenini oluşturma kapasitesine sahip olduğunu kabul eder ve bu normların devlet kaynaklı hukukla etkileşim içinde harmanlanması gerektiğini vurgular.²¹

Bir toplumsal sistemin kendi kendine anayasallaşma sürecinden geçtiğinden söz edilebilmesi, onun kendi “anayasal işlevlerini, alanlarını, süreçlerini ve yapılarını” geliştirmiş olmasına bağlıdır.²² Bu dört ölçütten ilkinin

¹⁶ Gunther, **Teubner**, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?”, (Der. Christian, **Joerges**, Inger-Johanne, **Sand** ve Gunther **Teubner**), Transnational Governance and Constitutionalism, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 16.

¹⁷ Paul F. **Kjaer**, Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach, Londra, Routledge, 2014, s. 7-10.

¹⁸ Gunther, **Teubner**, Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 9.

¹⁹ Gunther, **Teubner** ve Angelo Jr, **Golia**, “Societal Constitutionalism in the Digital World: An Introduction”, Indiana Journal of Global Legal Studies, Cilt: 30, Sayı: 2, 2023, s. 21.

²⁰ **Teubner** ve **Golia**, s. 21.

²¹ Angelo Jr., **Golia**, “Critique of digital constitutionalism: Deconstruction and reconstruction from a societal perspective,” Global Constitutionalism, Cilt: 13, Sayı: 3, 2024, s. 494.

²² Angelo, Jr., **Golia** ve Gunther, **Teubner**, “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”, Vienna Online Journal on International Constitutional Law, Cilt: 15, Sayı: 4, 2021, s. 379.

karşılanabilmesi için, toplumsal sistemin iç hukuk sistemi yalnızca düzenleyici veya uyuşmazlık çözme işlevlerini değil, aynı zamanda “kurucu ve sınırlayıcı kuralları” aracılığıyla anayasal işlevleri de yerine getirmelidir.²³ Kurucu işlevler, toplumsal sistemin bütünlüğünü ve özerkliğini güvence altına alırken, sınırlayıcı işlevler, sistemin büyüme dürtülerini dengelemeye hizmet eder. İkinci ölçüt, belirli bir işlevsel farklılaşma temelinde yüksek düzeyde uzmanlık ve yetkinlik geliştirmiş, ancak kendini sınırlamaya yönelik içsel güdülerden yoksun olan örgütlü mesleki alan ile özel bir uzmanlığa sahip olmamakla birlikte dışsal dürtü ve baskıları sisteme yönlendirerek örgütlü ya da karar alma alanını denetleyen kendiliğinden oluşan alanın varlığına ilişkindir.²⁴ Üçüncü ölçüt, toplumsal sistemin iç hukuk sisteminin, eylemlerin veya kararların geçerliliğini değerlendirmek üzere süreçler geliştirmesiyle karşılanır.²⁵ Bu gelişme, anayasal/anayasaya aykırı farkına benzer ikili bir düzenlemenin ortaya konmasına dayanır. Son olarak, dördüncü ölçüt, toplumsal sistemin hem kendi yapısının hem de kendi iç hukuk sisteminin bir parçası olan anayasa benzeri yapılar ve kurumlar (örneğin anayasa mahkemelerine benzer kurumlar) geliştirmesini gerektirir.²⁶

Anayasallaşma süreçlerinin yalnızca kamu hukukunda değil, özel hukuk alanlarında ve kurumsal yapılarda da ortaya çıkabileceğini ileri süren toplumsal anayasacılık özel aktörlerin toplumsal sorumluluklarının kendi iç düzenlemeleri aracılığıyla artırılması gerektiğini savunmaktadır.²⁷ Elbette devlet ile şirket arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ancak bu farklılıklar, şirketlerin siyasi ve toplumsal bir yönlerinin olmadığı anlamına gelmez. Şirketler, toplumsal güç ilişkilerinde oynadıkları rol ve toplum açısından büyük öneme sahip kararlar almaları nedeniyle siyasi ve toplumsal bir nitelik taşımaktadır.

Sadece devlet düzenine odaklanmayan anayasallaşma süreçleri, yeni normatif sistemlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır.²⁸ Bu sistemler, devlet

²³ **Golia ve Teubner**, s. 379-380.

²⁴ **Golia ve Teubner**, s. 380-382.

²⁵ **Golia ve Teubner**, s. 385.

²⁶ **Golia ve Teubner**, s. 386-387.

²⁷ Ioannis, **Kampourakis**, “CSR and Social Rights: Juxtaposing Societal Constitutionalism and Rights-Based Approaches Imposing Human Rights Obligations on Corporations”, *Goettingen Journal of International Law*, Cilt: 9, Sayı: 3, 2019, s. 539.

²⁸ Angelo, **Golia Jr.** “Critique of digital constitutionalism: Deconstruction and reconstruction from a societal perspective”, *Global Constitutionalism*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2024, s. 490.

merkezli anayasacılığın önemini veya merkezi konumunu azaltmamakta, aksine, onu tamamlayıcı bir işlev üstlenebilmektedir. Toplumsal anayasacılık, anayasal teorinin normatif kapsamını dar anlamdaki siyasi iktidarın ötesine taşıyarak, “temel hakların ciddi ve yaygın ihlallerine yol açan toplumsal süreçleri” de bu kapsamın içine dahil etmeyi amaçlamaktadır.²⁹ Dolayısıyla, her normatif alanın kendi dinamiklerini yansıtan, kendine özgü düzenlemeler yapabilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Bu perspektiften bakıldığında, dijital alan toplumsal anayasacılığın öngördüğü biçimde, devlet dışı aktörlerin anayasal norm üretimi süreçlerinin gözlemlenebildiği başlıca örneklerden birini oluşturmaktadır. Günümüzde dijital alan, küresel toplumun anayasal düzenlemeye ihtiyaç duyan yeni bir devlet dışı alanı hâline gelmiştir. Dijital platformlar, kendi özel normatif düzenlerini yaratarak bireylerin ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı gibi hakların kullanımını ve sınırlarını fiilen önemli ölçüde belirlemektedir. Bu nedenle söz konusu platformlar, devletin dışında konumlanmalarına rağmen anayasal sonuçlar doğuran alanlar olarak değerlendirilmektedir. Küresel şirketler, dijital platformlar ve ağ yapıları, artık kendi “hak rejimlerini” ve “yargısal mekanizmalarını” oluşturma kapasitesine sahiptir. Dijital çağda, özellikle büyük teknoloji şirketleri ve yapay zekâ sistemleri bağlamında bu süreç hızla derinleşmiştir. Böylece dijital platformlar, yalnızca özel şirketler değil, aynı zamanda bireylerin temel haklarını etkileyen ve kendi normatif düzenlerini kuran yeni toplumsal alanlar hâline gelmiştir. Dijital ortamda güçlü çokuluslu teknoloji şirketlerinin baskın etkisi, bu aktörler tarafından insan haklarının ihlal edilmesi riskini artırmaktadır.³⁰

Yaygın dijital platformları işleten ve milyarlarca kullanıcıya tek taraflı kurallar dayatan özel aktörlerle kullanıcılar arasında belirgin bir güç dengesizliği bulunmaktadır. Dijital teknolojilerin yaygınlaşması, dijital ortamda temel hakların korunması ve güçler arasındaki dengenin sağlanması için normatif bir çerçevenin oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.³¹ Dijital platformların kullanım şartlarını yalnızca standart sözleşmeler olarak değil, aynı zamanda tek taraflı hukuk yapma yetkisinin bir biçimi olarak değerlendirmek büyük önem taşımaktadır. Zira bu platformlar giderek artan şekilde

²⁹ **Golia**, “Societal Perspective”, s. 494.

³⁰ Edoardo, **Celeste**, Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights, Routledge, Londra, 2022, s. 92.

³¹ **Celeste**, s. 82.

müzakere edilemeyen, tek taraflı ve şeffaf olmayan “hizmet şartları” üzerinden güç kullanmaktadır.

Bu sözleşmelerin denetimi, yalnızca bireylerin hukuki rızasına dayanamaz. Çünkü bu rıza, asimetrik bilgi ve eşitsiz pazarlık gücü sorunlarını hesaba katmaz. Dolayısıyla, özel hukukta sözleşme hükümlerinin adilliği üzerindeki geleneksel denetim, dijitalleşmiş ekonomide ortaya çıkan devlet dışı hukukun anayasal denetimine dönüşmek zorundadır.³² Bu çerçevede, kamusal, özel veya karma nitelikte olabilir. Dijital ortamların anayasallaştırılması, bu ortamlara ilişkin düzenleyici normların içeriğine anayasal ilkelerin dâhil edilmesini ifade eder.³³ İfade özgürlüğü başta olmak üzere temel hakların kullanımında vazgeçilmez bir mecra hâline gelen dijital platformlarda, içerik denetimi kararlarının tek taraflı olmaması ve etkili bir denetime tabi tutulması büyük önem taşımaktadır.

Bu dijital platformların en büyüklerinden biri olan Meta’nın küresel ölçekte iletişim, bilgi akışı ve kamusal söylem üzerindeki etkisi, onun önemli bir devlet dışı güç odağına dönüştüğünü göstermektedir. Meta gibi dijital platformlar, kullanıcıların bilgiye erişimini, toplumsal tartışmaların görünür-lüğünü ve hatta seçim süreçlerini etkileyebilen iletişim akışlarını kontrol etmektedir. Çok uluslu şirketler ve dijital platformlar, küresel ölçekte karar ve davranışlarıyla bireylerin haklarını etkileyen, hatta fiilen düzenleyen yapılarıdır. Günümüzde bu tür platformlar, milyonlarca insanın ifade özgürlüğünü doğrudan şekillendiren devasa bir güce sahiptir. Bu nedenle anayasal ilkelerin bu alanlara da “aktarılması” ve özel aktörlerin anayasal sınırlamalara tabi tutulması, toplumsal istikrar ve meşruiyet açısından zorunludur. Bu çerçevede şirketler, yalnızca ekonomik aktörler olarak değil, normatif düzen kurma kapasitesine sahip anayasal topluluklar olarak yeniden konumlandırılmaktadır.³⁴ Büyük şirketler, özellikle dijital platformlar, finans devleri, çokuluslu üretim ağları, devlet benzeri normatif ve düzenleyici güçler haline

³² Gunther, **Teubner** ve Angelo Jr, **Golia**, “Societal Constitutionalism in the Digital World: An Introduction”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2023, s. 11.

³³ Clara Iglesias, **Keller** ve Jane Reis G., **Pereira**, “Digital constitutionalism as an online speech governance framework: A critical approach,” (Der: Indra Spiecker gen., **Döhmman**, Laura Schertel, **Mendes**, Ricardo R., **Campos**, *Digital Constitutionalism*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2025, s. 295.

³⁴ Larry Catá, **Backer** “Transnational Corporations’ Outward Expression of Inward Self-Constitution: The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2013, s. 805.

gelmiştir. Bu nedenle bu şirketlerin kendi içlerinde anayasal denge, hak koruma, şeffaflık ve hesap verebilirlik mekanizmaları geliştirmeleri gerekir.

Facebook tarafından içerik denetimi kararlarını incelemek ve meşrulaştırmak amacıyla kurulan Gözetim Kurulu, dijital çağda ortaya çıkan bu dönüşümün somut bir tezahürü olarak değerlendirilebilir. Toplumsal anayasacılık perspektifinden bakıldığında, Gözetim Kurulu küresel bir dijital platformun kendi iletişimsel gücünü sınırlamak üzere geliştirdiği içsel anayasal düzenin kurumsal bir ifadesidir. Kurul, içerik kaldırma veya erişim kararlarını gözden geçiren ve bağlayıcı kararlar verebilen bir organdır. İşlevi bakımından klasik anlamda bir yargı organını andırır; kararlarını gerekçelendirir, ilke belirler, kamuya açık raporlar yayımlar ve “ifade özgürlüğü”, “insan onuru” ya da “orantılılık” gibi anayasal değerlere atıf yapar.

Bu bağlamda, dijital yönetim alanında ortaya çıkan kurumsal yapılanmalar, toplumsal anayasacılığın öngördüğü biçimde, devlet-dışı aktörlerin anayasal norm üretme kapasitelerinin en görünür örneklerini sunmaktadır. Meta’nın Gözetim Kurulu gibi yapılar, devlet-dışı anayasal düzenlerin güncel ve somut örnekleri olarak görülebilir. Bu tür kurumlar, temel haklara benzer normlar üretmekte; karar alma süreçlerinde meşruiyet, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerini içselleştirerek kendi normatif düzenlerini inşa etmektedir.³⁵ Toplumsal anayasacılık yaklaşımı, bu kurumların sahip oldukları gücü keyfi biçimde kullanmamak adına etik ve prosedürel sınırlamalar geliştirerek kendi kendilerini sınırlandırabileceklerini ve böylece öz-sınırlama ile hesap verebilirlik mekanizmaları oluşturabileceklerini öngörmektedir.³⁶

Gözetim Kurulu’nun, Meta şirketine ait sosyal medya platformlarında alınan bazı içerik kaldırma kararlarının, şirketin önceden ilan ettiği “Topluluk Kuralları” ile uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde uygun olup olmadığını inceleme yetkisi, özel aktörlerin faaliyet alanlarında anayasal ilkelerin giderek artan etkisini göstermektedir. Bu yetki, dijital platformların yalnızca ticari kuruluşlar değil, aynı zamanda kamusal nitelikte kararlar alan ve bu kararlarla bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen aktörler haline geldiğini ortaya koymaktadır. Bu durum, özellikle düzenleyici mekanizmaların

³⁵ Angelo, Jr., **Golia** ve Gunther, **Teubner**, “Societal constitutionalism: Deconstruction of State-Centrism and Construction of a Constitutional Theory for the Digital Age” (18 Nisan 2024), (Der. Giovanni De, **Gregorio**, Oreste, **Pollicino**, Peggy, **Valcke**) The Oxford Handbook on Digital Constitutionalism SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4799241> (Erişim Tarihi: 5 Kasım 2025).

³⁶ **Sheffi**, s. 44.

zayıf veya yetersiz olduğu ortamlarda işlevsel bir rol oynayabilir.³⁷ Dolayısıyla Gözetim Kurulu'nun varlığı, özel hukuk alanında anayasal değerlerin uygulanmasına yönelik yeni bir kurumsal modelin habercisi olarak düşünülebilir.

Burada amaç, özel bir hukuk meselesi için kamu hukukunun kavramsal araçlarını bütünüyle devralmak veya anayasa mahkemesi benzeri bir yapının tüm özel şirketler açısından geçerli olacağını savunmak değildir.³⁸ Vurgulanmak istenen husus, şirketlerin önceden ilan ettikleri ve uyacaklarını taahhüt ettikleri kuralların tutarlı biçimde uygulanmasının, yani benzer durumlara benzer şekilde muamele edilmesinin sağlanmasıdır. Bu ise, esasen anayasal bir ilkenin özel alanda uygulanmasından başka bir şey değildir.

Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Bir şirket neden gücünü artırmak yerine onu sınırlayan kuralları kabul etsin? Bu sorunun cevabı büyük ölçüde ticari nedenlerde yatmaktadır. Benzer vakalara aynı şekilde muamele etmek, özel aktörler açısından kârlı sonuçlar doğurabilir. Mevcut kurumsal yapılar, ticari açıdan değer taşıyabilecek kuralların tutarlı biçimde uygulanmasını her zaman garanti edememektedir. Bu organlar, belirli bir ölçüde bağımsız olmaları, önceden ilan edilmiş kuralları ve kendi önceki kararlarını dikkate almaları, ve kararlarına gerekçe sunmaları bakımından yargı organı benzeri bir işlev görebilirler. Şirket yönetiminden göreceli bağımsızlıkları ve kararlarını gerekçelendirmeleri sayesinde bu yapılar, iç tutarlılık üretebilir.

Öte yandan, Gözetim Kurulu'nun işlevi yalnızca anayasal nitelikli norm üretimiyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda bu normların "metalaşması" olgusuyla da ilişkilidir. Kurul'un kararları, yalnızca hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik "kullanım değeri" taşımamakta, aynı zamanda Meta'nın piyasa itibarı, yatırımcı güveni ve marka değerine katkı sağlayan bir "değişim değeri" üretmektedir.³⁹ Başka bir ifadeyle, kamusal meşruiyet ve insan haklarına saygı gibi normatif değerler, şirketin ekonomik performansını ve küresel rekabet gücünü artıran ticari birer unsur haline gelmektedir. Tüm bunlar, şirketlerin kamuoyu nezdindeki itibarını güçlendirerek onlara ek bir ticari değer kazandırır. Gözetim Kurulu, hem toplumsal anayasacılığın özel alandaki kurumsal bir yansıması hem de normatif değerlerin piyasa mantığı içinde yeniden işlevselleştirildiği metalaşma sürecinin somut bir göstergesi-

³⁷ Sandrine, **Blanc**, "Deliberative Democracy and Corporate Constitutionalism: Considering Corporate Constitutional Courts", *Journal of Business Ethics*, Cilt: 188, Sayı: 1, 2023, s. 10.

³⁸ **Fontana** ve **Schleicher**, s. 689.

³⁹ **Blanc**, s. 9.

dir. Bu çift yönlü özellik, modern dijital ekonomide şirketlerin yalnızca ekonomik kazanç elde eden örgütler değil, aynı zamanda toplumsal normların üretimi, uygulanması ve meşrulaştırılması süreçlerinde rol oynayan bir çeşit “anayasal aktörler” haline geldiğini ortaya koymaktadır.

III. META GÖZETİM KURULU’NUN YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

Gözetim Kurulu fikri, Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi profesörlerinden Noah Feldman tarafından ortaya atılmıştır. Dijital iletişim platformlarının çağdaş toplumlarda ifade özgürlüğünün korunmasındaki kritik rolüne dikkat çeken Feldman, Ocak 2018 tarihinde, *Facebook*’un çoğunluk hissedarı olan Mark Zuckerberg’e, içerik denetimiyle ilgili itirazları değerlendirecek, şirketten bağımsız bir kurulun oluşturulmasını önermiştir.⁴⁰ Zuckerberg de bu öneriyi destekleyerek, “*Facebook*, ifade özgürlüğü ve güvenlik gibi son derece önemli kararlarda tek başına hareket etmemelidir” görüşünü dile getirmiştir. Nitekim Zuckerberg, *Facebook*’un “birçok bakımdan geleneksel bir şirketten ziyade, bir hükümete” benzediğini de ifade etmişti.⁴¹

Teknolojiden uluslararası insan hakları hukukuna kadar geniş bir alanda uzmanlığa sahip birçok kişi ve grupla yürütülen uzun süreli istişarelerin ardından Meta, kendisinden hukuken tamamen bağımsız olan Gözetim Kurulu Vakfını kurmuş ve bu vakfa 280 milyon dolar tutarında varlık hibe etmiştir.⁴² Gözetim Kurulu, bu vakfa bağlı olarak faaliyet gösterecekti. Hukuken Meta’dan bağımsız ve mali açıdan özerk olan Gözetim Kurulu, Mayıs 2020’de faaliyete geçtikten sonra, Meta, kendi platformlarında paylaşılan içeriklerin gözden geçirilmesi konusundaki yetkisinin bir bölümünü bu yapıya devretmiştir. Kurul üyeleri, gazetecilik, insan hakları örgütleri, akademi, hukuk, siyaset ve yargı gibi farklı alanlardan gelmektedir. Kurul ayrıca geniş bir uluslararası temsiliyete sahiptir: Beş üye ABD’den, kalan üyeler ise dünyanın farklı kıtalarındaki ülkelerden seçilmiştir.⁴³

⁴⁰ David, **Inserra**, “Exploring the Effectiveness of the Oversight Board as a Mechanism for Supporting Online Expression”, 2025, s.10, <https://ssrn.com/abstract=5296932> (Erişim Tarihi: 14.09. 2025).

⁴¹ Srivastava, **Swati**, “Algorithmic Governance and the International Politics of Big Tech”, *Perspectives on Politics*, Cilt: 21, Sayı: 3, 2023, s. 990.

⁴² Rishi, **Gulati**, “Meta’s Oversight Board and Transnational Hybrid Adjudication-What Consequences for International Law?”, *German Law Journal*, Cilt: 24, Sayı: 3, 2023, s. 479.

⁴³ **Oversight Board**, Meet Our Board Members Around the World, <https://www.oversightboard.com/meet-the-board/> (Erişim Tarihi: 7.09.2025).

Gözetim Kurulu Tüzüğü'ne göre Kurul, en az 11, en fazla 40 üyeden oluşacaktır.⁴⁴ Her üye, en fazla üç dönem olmak üzere üç yıllık bir süre için görev yapacaktır. Kurul, gerekli gördüğü durumlarda üye sayısını artırma veya azaltma yetkisine sahiptir. Kurul üyeleri Meta çalışanı değildir ve yalnızca suç işledikleri kanıtlandığı takdirde görevden alınabilirler.⁴⁵ Bu düzenleme sayesinde üyeler, görev süreleri boyunca belli bir güvence altında faaliyet gösterebilmektedir.

Gözetim Kurulu, amacını Meta'nın içerik denetimini ilişkin olarak "ilkel ve bağımsız kararlar vermek" ve ayrıca "Meta'nın içerik politikalarına dair tavsiyelerde bulunarak ifade özgürlüğünü korumak" şeklinde tanımlamaktadır.⁴⁶ Kurul, bu işlevini bağımsız biçimde denetleyerek ve en zorlu içerik sorunları hakkında bağlayıcı kararlar alarak yerine getirdiğini belirtmektedir. Kurul, yalnızca kullanıcılarla Meta arasındaki içerik uyuşmazlıklarını karara bağlamakla kalmamakta, aynı zamanda Meta'ya, kurallarını geliştirmeye, daha şeffaf olmaya ve tüm kullanıcılara adil davranmaya teşvik eden bağlayıcı olmayan politika önerileri de sunmaktadır.⁴⁷ Meta, bu önerilere cevap vermekle yükümlüdür.

Gözetim Kurulu, hangi başvuruları inceleyip karara bağlayacağını seçme yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi kullanırken, gelecekteki karar ve politikalara yön verme potansiyeli yüksek olan, emsal teşkil edebilecek önemli konuları gündeme getiren başvurulara öncelik vermektedir. Kurul ayrıca, Meta'nın içerik politikalarını ve bu politikaların uygulanma biçimini şekillendiren, ifade özgürlüğü ile diğer insan haklarına saygı gösterme taahhüdünü geliştiren, politikaları hakkında önemli sorular ortaya koyan, geniş kitleleri etkileyen, kamusal söylem açısından kritik öneme sahip olan ve coğrafi ile dilsel çeşitliliği yansıtan başvuruları değerlendirmeye almaktadır.⁴⁸ Bu kapsamda Gözetim Kurulu Ekim 2022 tarihinde başvuruların seçilmesinde belirleyici olarak stratejik öncelikler tespit etmiştir. Buna göre, seçimler ve sivil toplum faaliyetleri, kriz ve çatışma durumları, toplumsal cinsiyet, kamu

⁴⁴ **Oversight Board**, Oversight Board Charter, Mart 2024, https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2024/03/OB_Charter_March_2024.pdf, s.4, (Erişim Tarihi: 7.09.2025).

⁴⁵ **Oversight Board**, Charter, s.4.

⁴⁶ **Oversight Board**, Charter, s.3.

⁴⁷ **Oversight Board**, Charter, s.4.

⁴⁸ **Oversight Board**, Overarching Criteria for Case Selection, 2024, https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2024/05/OSB_Overarching-Criteria-Doc_March-2024.pdf, s.1 (Erişim Tarihi: 8.09.2025).

otoritelerinin Meta platformlarını kullanımı, marjinal topluluklara yönelik nefret söylemi, kullanıcılara eşit muamele ilkesi ve Meta'nın algoritmalarının ve makine öğrenimi sistemlerinin içerikler üzerindeki etkisi gibi konular öncelikli olarak değerlendirmeye alınmaktadır.⁴⁹

Başvurular, kullanıcılar tarafından yapılabileceği gibi, Meta da belirli içeriklerle ilgili karar verilmesi amacıyla Gözetim Kurulu'na başvuruda bulunabilir. Her iki tür başvuru da önceden belirlenmiş ölçütler doğrultusunda, başvuru seçim komitesi tarafından ön incelemeye tabi tutulur. Bu aşamayı geçen başvurular, hukuki değerlendirme yapılmak üzere Meta'ya iletilir. Ancak Meta, bazı durumlarda belirli başvuruların incelenmesini uygun bulmayabilir. Özellikle, incelenmesi halinde cezai sorumluluk doğurabilecek ya da siyasi açıdan yoğun tepki çekebilecek başvuruların Gözetim Kurulu tarafından ele alınmaması yönünde karar verebilir.⁵⁰

İncelenecek başvurunun seçilmesinin ardından, en az bir üyesi içeriğin esas olarak etkilediği bölgeden olmak üzere ve cinsiyet çeşitliliği gözetilerek beş Gözetim Kurulu üyesinden oluşan bir panel oluşturulur.⁵¹ Panel, karar sürecinde ihtiyaç duyduğu takdirde Meta'dan ek bilgi talebinde bulunabilir. Bununla birlikte, Meta bu talepleri reddetme hakkına sahiptir. Başvuru sürecinde Gözetim Kurulu, kamuoyunun görüşünü almak amacıyla geri bildirim toplar ve başvuruyu ilgili olarak Meta'ya sorular yöneltebilir. Tüm bu aşamalar tamamlandıktan sonra panel, başvuruya ilişkin nihai kararını verir.

Kurulun iç müzakere süreci gizlidir. Kurul, başvurunun değerlendirildiği panelde hangi üyelerin yer aldığını ve panelin ya da Kurulun nihai oy dağılımını açıklamaz.⁵² Panel, başvurunun önemi veya karmaşıklığı nedeniyle konuyu Gözetim Kurulu genel kuruluna sevk edebilir. Kurul, Meta'ya gelecekteki politikalarının belirlenmesi konusunda tavsiyelerde de bulunabilir. Kurul kararları, hukuka aykırılık teşkil etmediği sürece Meta açısından bağlayıcıdır ve yedi gün içinde uygulanmak zorundadır.⁵³ Meta ayrıca, “benzer bağlamlarda aynı içerik” için de bu kararları uygulamayı taahhüt etmiş-

⁴⁹ **Oversight Board**, Strategic Priorities, <https://www.oversightboard.com/strategic-priorities/> (Erişim Tarihi: 8.09.2025).

⁵⁰ **Oversight Board**, Charter, s.7.

⁵¹ **Oversight Board**, Oversight Board Bylaws, s. 16, <https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2025/07/Oversight-Board-Bylaws-June-2025.pdf>, (Erişim Tarihi: 8.09.2025).

⁵² **Oversight Board**, Bylaws, s. 17.

⁵³ **Oversight Board**, Bylaws, s. 27.

tir.⁵⁴ Dolayısıyla Kurul, bir içeriğin geri yüklenmesine karar vermişse, Meta yalnızca o içeriği değil, aynı nitelikte ve benzer bağlama sahip diğer içerikleri de geri yükleyecekti

Gözetim Kurulu üç tür karar verme yetkisine sahiptir: standart, özet ve hızlandırılmış kararlar.⁵⁵ Standart karar türünde Kurul, kullanıcılar tarafından Meta'ya yapılan itirazları ve Meta tarafından sevk edilen içerikleri değerlendirir.⁵⁶ Bu kapsamda Meta'nın bir gönderiyi kaldırma veya tutma kararı ayrıntılı biçimde incelenir. Bu tür kararlar emsal niteliği taşıyabilir ve Meta için yeni politika önerileri içerebilir. Standart kararların, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren 90 gün içinde sonuçlandırılması ve Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmesi gerekir.⁵⁷ Bu süre, istisnai durumlarda veya teknik ya da operasyonel nedenlerle uzatılabilir.

Özet kararlar, Kurul bir başvuruyu incelemeye aldıktan sonra Meta'nın söz konusu gönderiye ilişkin kararını değiştirdiği durumlarda verilir.⁵⁸ Bu tür kararlarda, Meta'nın içerik kaldırma sürecinde hatalı davrandığını kabul etmesinden hareketle, bu hataya ilişkin bilgilere yer verilir. Özet kararlar emsal değeri taşımaz, yeni politika önerileri içermez ve üçüncü taraf kamu yorumlarına açık değildir. Ayrıca bu kararlar genel kurul tarafından değil, bir panel tarafından alınabilir. Hızlandırılmış karar türü ise, somut ve önemli sonuçlar doğuran bir paylaşım hakkında Meta'nın kararının en fazla 30 gün içinde hızlı bir şekilde incelenmesini öngörür.⁵⁹

Meta, Gözetim Kurulu kararlarına karşı tam olarak uygulama, kısmen uygulama, uygulanabilirliği değerlendirme ve uygulamama şeklinde politikalar uygulamaktadır.⁶⁰ Meta'nın Gözetim Kurulu kararlarına yaklaşımı, tam olarak uygulama ile önerinin bütünüyle hayata geçirilmesinden, kısmen uygulama ile kararın genel amacına katılarak yönetim kurulu yönlendirmesiyle kısmi bir uygulamaya gidilmesine, uygulanabilirliği değerlendirme ile sadece önerinin etkisinin ve uygulanabilirliğinin incelenmesine ve nihayet uygu-

⁵⁴ Oversight Board, Bylaws, s. 26.

⁵⁵ Oversight Board, Bylaws, s. 23.

⁵⁶ Oversight Board, Bylaws, s. 23.

⁵⁷ Oversight Board, Bylaws, s. 26.

⁵⁸ Oversight Board, Bylaws, s. 24.

⁵⁹ Oversight Board, Bylaws, s. 24.

⁶⁰ Oversight Board, Explore Our Recommendation Tracker, <https://www.oversightboard.com/recommendation-tracker/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).

lamama ile teknik zorluklar veya sonuca ulaşma yöntemindeki anlaşmazlıklar nedeniyle uygulamadan kaçınmaya kadar çeşitlilik göstermektedir.⁶¹

Gözetim Kurulu, kararlarının Meta tarafından ne şekilde uygulandığını, şirketin kararı tüm unsurlarıyla kabul edip etmediği, uygulama konusunda somut bir zaman çizelgesi sunup sunmadığı ve kararlar ilgili eylemde bulunmayı taahhüt edip etmediği ölçütleri üzerinden değerlendirmektedir.⁶² Bu değerlendirme sonucunda kararların uygulanma düzeyi, “kapsamlı” (şirket üç ölçütün tamamını karşılıyorsa), “kısmen kapsamlı” (ölçütlerden ikisini karşılıyorsa) ve “kapsamlı değil” (yalnızca birini karşılıyor ya da hiçbirini karşılamıyor) şeklinde sınıflandırılmaktadır.⁶³

Meta Topluluk Kuralları, paylaşılan içeriklere ilişkin ayrıntılı ve çok katmanlı bir kural setinden oluşmaktadır. Bu kurallar, içerik denetimi süreçlerini hem yapay zekâ temelli hem de insan eliyle yürütülen mekanizmalar üzerinden düzenlemektedir. Gözetim Kurulu, ilk kararlarında uluslararası insan hakları hukukundan ziyade Meta’nın Topluluk Kuralları ve şirket ilkelere esas alırken, ilerleyen dönemde uluslararası insan hakları hukukunun kararlarında daha belirleyici bir rol üstlendiği görülmektedir.⁶⁴

Meta Topluluk Kuralları, kullanıcıların içerikle ilgili davranışlarını düzenlemektedir. Kuralların amacı, bir yandan ifade özgürlüğü için bir alan yaratmak ve insanlara seslerini duyurma imkânı vermek, diğer yandan ise aşağıdaki değerlerden birini tehlikeye atabilecek içeriklerin yayınlanmasını önlemektir: özgünlük, güvenlik, gizlilik ve haysiyet.⁶⁵

Bir standart Gözetim Kurulu kararı dokuz bölümden oluşmaktadır: (1) karar özeti, (2) olgusal arka plan (“vaka tanımı ve arka plan”), (3) normatif temel (“Gözetim Kurulu yetkisi ve kapsamı”), (4) “yetkinin dayanağı”, (5) “kullanıcı gönderimleri”, (6) “Meta’nın sunumları”, (7) “kamuoyu veya üçüncü kişilerin yorumları”, (8) Kurul kararının gerekçesi (“Gözetim Kurulu

⁶¹ Oversight Board, Recommendation Tracker.

⁶² Oversight Board, How We Assess Meta’s Responses, <https://www.oversightboard.com/recommendation-tracker/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).

⁶³ Oversight Board, Meta’s Responses.

⁶⁴ Golia, “Digital Constitution”, s.346; Andreas, Kulick, “Meta’s Oversight Board and Beyond - Corporations as Interpreters and Adjudicators of International Human Rights”, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Cilt: 22, Sayı: 1, 2022, s. 163.

⁶⁵ Meta, Facebook Community Standards, Meta: Transparency Center, <https://transparency.fb.com/he-il/policies/communitystandards>, (Erişim Tarihi: 5.11.2025).

değerlendirmesi” ve “Gözetim Kurulu kararı”) ve (9) Meta’ya yönelik politika tavsiyeleri (“Politika tavsiye beyanı”).⁶⁶ Bu bölümlerden “yetkinin dayanağı” kısmında, Kurul’un emsal kararlarına, Meta’nın içerik politikalarına ve şirketin insan hakları sorumluluklarına yapılan göndermelere yer verilmektedir.

Kararın ana unsurunu oluşturan “değerlendirme” bölümünde ise, Meta tarafından verilen kararın öncelikle şirketin Topluluk Kuralları ve değerleriyle uyumlu olup olmadığı incelenmektedir. Ardından kararın Meta’nın insan hakları politikalarıyla olan uyumu değerlendirilmektedir. Bu aşamada özellikle BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesi çerçevesinde bir inceleme yapılmaktadır. Bu kapsamda kanunilik (kuralların açıklığı ve erişilebilirliği), meşru amaç, gereklilik ve orantılılık testleri uygulanmaktadır.

Kanunilik testi, devletler tarafından yapılan yasal düzenlemelerden ziyade, Meta’nın kendi belirlediği içerik politikaları temelinde değerlendirilmektedir. Meta’nın yasa koyma yetkisi bulunmadığından, Gözetim Kurulu bu testi uygularken Meta’nın Topluluk Kurallarını “kanunilik” ölçütü yerine kullanmaktadır. Bu bağlamda, Meta’nın içerikleri denetlerken dayandığı Topluluk Kurallarının “açık, kesin ve erişilebilir” olup olmadığı incelenmektedir. Bu üç ölçüt, kanunilik testinin ilk aşaması olan “kanun tarafından öngörülme” ilkesine göre ikincil nitelikte olup, platformun kendi iç düzenlemelerinin şeffaflık ve öngörülebilirlik düzeyini değerlendirmek amacıyla kullanılmaktadır.

Meşru amaç unsurunda Gözetim Kurulu, örneğin millî güvenliğin belirli bir durumda meşru bir amaç teşkil edip etmediğini belirleme yetki ve kapasitesine sahip değildir. Zira bu tür değerlendirmeler özel organlar tarafından değil, yalnızca kamu makamları tarafından yapılabilir. Benzer şekilde, örneğin nefret söylemine ilişkin kısıtlamalar da şirketin kendi değerlendirmesine değil, yetkili mercilerce çıkarılan hukuki düzenlemelere dayanmalıdır. Şirketin kendi belirlediği amaçların “meşru amaç” olarak kullanılması, insan hakları kuralları bakımından çeşitli sakıncalar doğurabilir. Bu nedenle Gözetim Kurulu, meşru amaç aşamasında, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 19. maddesinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilceği durumlar

⁶⁶ Bu konuda örnek kararlar için bkz. **Oversight Board**, Case Decisions and Policy Advisory Opinions <https://www.oversightboard.com/decision/> (Erişim Tarihi: 11.09.2025).

için sayılan amaçlara atıf yaparak değerlendirmesini bu çerçevede gerçekleştirmektedir.⁶⁷

Kurul, ölçülülük değerlendirmesinde müdahalenin en az sınırlayıcı araç kullanılarak yapılıp yapılmadığını da dikkate almaktadır. Bu aracın tespitinde Meta'ya ne ölçüde takdir alanı tanınacağı, çeşitli bağlamsal faktörler ışığında belirlenmektedir.⁶⁸ Gözetim Kurulu, en az sınırlayıcı araçların denetiminin sıkı biçimde yapılmasının özellikle aşağıdaki durumlarda gerekli olduğunu vurgulamaktadır: Paylaşılan içerik, siyasi ifade özgürlüğünün sınırlı olduğu bir ülkede veya ortamda yayımlanmışsa, içerik kamuoyunu bilgilendirmeyi veya hukuki ya da siyasi reformları teşvik etmeyi amaçlıyorsa ve toplumsal olarak dışlanmış bir grubun kendini ifade edebileceği yegâne alan Meta platformları ise.⁶⁹ Bu gibi durumlarda Kurul, en az sınırlayıcı araç ilkesini sıkı denetim yoluyla uygulamaktadır.⁷⁰

Kurul, en az sınırlayıcı araç yaklaşımı çerçevesinde ifadelerin kaldırılması son çare olarak görmektedir. Bu nedenle, sorun yaratan içeriklerin hakkı daha az sınırlayıcı araçlarla sınırlandırmayı tercih etmekte ve Meta'ya bu tür araçların kullanımına ilişkin rehberlik sağlamaktadır. Örneğin, *Facebook*'ta siyasi bir tartışmada kullanıcıların birbirlerine hakaret veya sözlü tacizde bulunmaları durumunda, içeriğin tamamen kaldırılmasından ziyade, daha az kısıtlayıcı bir önlem olarak kullanıcıların birbirlerini engellemeleri yolu seçilebilir.⁷¹ Meta'nın ilgili içeriği kaldırması, söz konusu hakka müdahale için ölçülülük açısından uygun bir araç olsa bile, gereklilik testine göre aşırı ve gereksiz bir müdahale niteliği taşımakta ve bu nedenle tercih edilmemektedir.

⁶⁷ Michael, **Lwin**, "Applying International Human Rights Law for Use by Facebook", *Yale Journal on Regulation*, Cilt: 38, 2020, s.77. Sözleşmenin 19. maddesinin (3.) fıkrasında başkalarının haklarına ve itibarına saygı, milli güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlaki koruma amaçları doğrultusunda ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilceği hüküm altına alınmıştır.

⁶⁸ **Huang**, s. 147.

⁶⁹ **Huang**, s. 147.

⁷⁰ Gözetim Kurulu'nun yaptığı "sıkı denetim", ABD Yüksek Mahkemesinin anayasal denetim yaparken benimsediği denetim yoğunluklarından (*levels of scrutiny*) sıkı denetim (*strict scrutiny*) türüne benzemektedir. Bu denetim türünde, devletin bir hakkı sınırlarken dayandığı kamu yararı gerekçesinin sıkı bir şekilde incelenmesi söz konusudur. Temel haklara yönelik müdahaleler ve etnik köken ve ırk temelli ayrımcılık durumlarında sıkı denetim yoluyla müdahale incelenmektedir.

⁷¹ Bir örnek karar için bkz. Oversight Board *Pro-Navalny Protests in Russia*, Case decision 2021-004-FB-UA, OVERSIGHT BD. § 8.3 (May 26, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-6YHRXHZR/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).

Görüldüğü üzere, Meta'ya yönelik politika önerileri sunan son bölüm hariç, bir Gözetim Kurulu kararı mahkeme kararları ve yargısal inceleme yöntemleriyle büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Başka bir ifadeyle, Kurul, tıpkı bir insan hakları organı gibi, Meta tarafından kullanıcı haklarına yönelik yapılan müdahalelerin kanuniliğini, meşru amacını ve ölçülülüğünü titizlikle denetlemektedir. Gözetim Kurulu, sadece bir içerik inceleme mekanizması olmanın ötesine geçerek, insan hakları odaklı bir denetim organı işlevi görme ve Meta'nın kararlarını, uluslararası insan hakları kurallarıyla uyumlu hâle getirme yönünde bir çeşit "yargısal" rol ifa etmektedir. Ayrıca, kararlar, yalnızca ilgili içeriğin yönetimiyle sınırlı kalmayıp, şirket politikalarının geliştirilmesine ve uygulanmasına da rehberlik edecek nitelik taşımaktadır.

IV. GÖZETİM KURULU KARARLARINDAN ÖRNEKLER

Gözetim Kurulu'nun içerik denetimi uygulamaları, temel insan haklarını doğrudan etkilemektedir. 2022 yılında, insan hakları alanında uzman bağımsız bir kuruluş tarafından Rehber İlkeler temel alınarak yapılan bir değerlendirmede, Meta'nın faaliyetlerinin düşünce ve ifade özgürlüğü, mahremiyet, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, yaşam hakkı, çocuğun üstün yararı, oy kullanma ve seçilme hakkı, örgütlenme ve toplanma özgürlüğü ile halk sağlığı gibi alanlarda insan haklarını olumsuz etkileme riski taşıdığı belirlenmiştir.⁷² Bu alanlar, şirket açısından en yüksek önceliğe sahip konular olarak kabul edilmiştir.

Ancak Gözetim Kurulu, esas olarak ifade özgürlüğü konusuna odaklanmaktadır. Başvuruları seçerken özellikle siyasi ifade özgürlüğü ve nefret söylemi başlıklarına öncelik vermektedir. Nefret söylemi ile tehlikeli kişi ve gruplara ilişkin ifadeler Kurul tarafından öncelik tanınması, bir yönüyle Kurul kurulmadan önce *Facebook*'a yönelik artan eleştirilerin yol açtığı güven bunalımına bir cevap verme arzusunun yansımasıdır. Örneğin, platformun Myanmar'da etnik şiddete ve ölümlere neden olan içerikleri denetlemekte yetersiz kalması, *Facebook*'un içerik denetimi uygulamalarında reforma gitmesi yönünde ciddi bir kamuoyu baskısı oluşturmuştur.⁷³

⁷² **Meta**, Human Rights Report: Insights and actions, 2022, <https://humanrights.fb.com/wp-content/uploads/2023/09/2022-Meta-Human-Rights-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).

⁷³ **Klonick**, s. 2444-2445.

Gözetim Kurulu, ifade özgürlüğü ile diğer haklar ile şeref ve itibarın korunması gibi menfaatler arasındaki çatışmayı, uluslararası insan hakları hukukunu temel alarak dengelemeye çalışmaktadır. Kurul, farklı içerik türlerine ilişkin kararlarında, ifade özgürlüğü ile nefret söylemiyle mücadele, şiddetin önlenmesi ve kamusal güvenliğin sağlanması gibi meşru sınırlama gerekçeleri arasında hassas bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, her somut olayda içeriğin bağlamı, ifade amacı, toplumsal etkisi ve hedef kitlesi gibi ölçütler dikkate alınarak yapılan değerlendirmelerde, söz konusu içeriğin demokratik bir toplumda korunmaya değer bir ifade biçimi olup olmadığı tartışılmaktadır.

Meta'nın içerik denetimi uygulamalarının uluslararası insan hakları güvenceleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve şirketin Topluluk Kurallarının bu normatif temeller doğrultusunda yorumlanması, Gözetim Kurulu'nun karar pratiğinde temel bir referans noktası oluşturmaktadır. Bu yaklaşım sayesinde, alınan kararların yalnızca kurumsal politikalarla değil, aynı zamanda uluslararası insan hakları kurallarıyla da uyumlu biçimde denetlenebilir ve gerekçelendirilebilir olması sağlanmaktadır. Nitekim, Gözetim Kurulu'nun bugüne kadar verdiği kararlarda bu ilkesel yaklaşımın somut yansımalarını görmek mümkündür.

Örneğin, Nazi liderlerinden Goebbels'e ait bir alıntıyı paylaşan bir kullanıcının içeriği, bu kişinin yüceltilmesi veya desteklenmesi sonucunu doğurduğu gerekçesiyle *Facebook* tarafından "Tehlikeli Kişiler ve Kuruluşlar" Topluluk Kuralı kapsamında kaldırılmıştır. Ancak Gözetim Kurulu, ilgili Topluluk Kuralının yeterli açıklıkta olmadığı sonucuna varmıştır. Kurul, "destekleme", "övme" ve "temsil etme" kavramlarına ilişkin yol gösterici örneklerin bulunmamasının, bu içeriğin kaldırılmasını kanunilik ilkesine aykırı hale getirdiğini değerlendirmiştir.⁷⁴ Ayrıca Kurul, incelemesini sürdürerek ifadenin bağlamının dikkate alınmaması nedeniyle içeriğin kaldırılmasının gereklilik yönünden de sorunlu olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Geleneksel olarak anayasa ve insan hakları mahkemeleri, ölçülülük değerlendirmelerinde müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra kanunilik testinden başlayarak belirli bir sırayı izleyerek başvuruları incelemektedir. Bu yöntemde, mahkeme son aşamaya geçmeden önceki testlerden birinde

⁷⁴ **Oversight Board**, *Nazi Quote*, Case Decision 2020-005-FB-UA, OVERSIGHT BD. (Jan.28.2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-2RDRCVQ/>. § 8.3-1c. (Erişim Tarihi: 13.09.2025).

sorun tespit ettiğinde, bazı istisnai durumlar dışında, incelemeyi genellikle o aşamada sonlandırmaktadır. Buna karşın, Gözetim Kurulu incelemesini sürdürmektedir.⁷⁵

Kurul'un, kanunilik şartının karşılanmadığını tespit ettikten sonra sıklıkla gereklilik analizine geçmesinin nedeni, bu uygulamanın kendisine Meta'ya yönelik kural koyma süreçleri ve uygulama pratiklerini geliştirme konusunda daha fazla tavsiye sunma olanağı sağlamasıdır.⁷⁶ Bu yaklaşım, ölçülülük analizinin birden fazla aşamasında sorunlar bulunduğunu ortaya koyması bakımından Kurul'un kararlarının ikna gücünü ve tutarlılığını artıran bir işleve sahiptir. Böylece, Kurul, bütüncül ve esnek bir ölçülülük analizi yürüterek her aşamada kapsamlı bir değerlendirme yaparak, Meta'nın hatalı işlemlerini daha ayrıntılı ve hassas biçimde denetleyebilmektedir.

Gözetim Kurulu, nefret söylemi gerekçesiyle Meta tarafından belirli bir topluluğu ırk, inanç veya etnik köken temelinde insanlıktan çıkarıcı, aşağılayıcı biçimde tanımlayan içeriklerin dijital platformlardan kaldırılmasını genel olarak uygun bulmaktadır. Örneğin, Kasım 2020'de bir kullanıcı, Azerbaycan'ın Bakü kentindeki kiliseleri gösterdiği belirtilen tarihî fotoğrafları içeren bir *Facebook* paylaşımında, Azerileri "taziks" kelimesiyle tanımlamıştır. Bu kelime Rusça'da "yıkama kabı" anlamına gelmekle birlikte, *Facebook*'un dahili hakaret ifadeleri listesinde yer alan ve Azeriler için aşağılayıcı bir terim olan Rusça "aziks" sözcüğüne yapılan bir kelime oyununu ifade etmekteydi⁷⁷

Gözetim Kurulu tarafından yaptırılan bağımsız dilbilimsel analiz, söz konusu ifadenin ("taziks") ulusal kökene yönelik, insanlıktan çıkarıcı bir hakaret olarak anlaşıldığını tespit etmiştir. Bu nedenle Kurul, paylaşımın *Facebook*'un Topluluk Kurallarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁷⁸ Ayrıca Kurul, içeriğin kaldırılması yönündeki kararın *Facebook*'un kurumsal değerleriyle de uyumlu olduğunu değerlendirmiştir. Hakaretin insanlıktan çıkarıcı

⁷⁵ Örnek kararlar için bkz: **Oversight Board**, Oversight Board, *Asking for Adderall*, Case Decision 2021-015-FB-UA, OVERSIGHT BD. (Feb. 1, 2022), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-Q72FD6YL/> (Erişim Tarihi: 13.09.2025); **Oversight Board**, *Gender Identity and Nudity*, Multiple Case Decision 2022-009-IG-UA and 2022-010-IG-UA, OVERSIGHT BD. (Jan. 17, 2023), <https://www.oversightboard.com/decision/BUN-IH313ZHJ/>, (Erişim Tarihi: 13.09.2025).

⁷⁶ Huang, s. 129.

⁷⁷ **Oversight Board**, *Armenians in Azerbaijan*, Case Decision 2020-003-FB-UA, (Jan 18, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-QBJDASCV/> (Erişim Tarihi: 13.09.2025).

⁷⁸ **Oversight Board**, *Armenians in Azerbaijan*.

niteliği ve bu tür ifadelerin fiziksel şiddeti tetikleme riski dikkate alındığında, *Facebook*'un bu olayda kullanıcıların ifade özgürlüğü yerine “güvenlik” ve “haysiyet” değerlerine öncelik verdiği anlaşılmaktadır. Kurul’un çoğunluğu, söz konusu paylaşımın belirli bir milliyete mensup bir gruba yönelik insanlıktan çıkarıcı bir etiket olarak algılanmasının kullanıcılar tarafından öngörülebilir olduğunu, dolayısıyla *Facebook*'un içeriği kaldırmakta meşru bir amacının bulunduğunu kabul etmiştir.⁷⁹ Gözetim Kurulu, bu paylaşımın kaldırılmasının ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası insan hakları kurallarıyla da uyumlu olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Yukarıdaki karardan farklı olarak, Meta'nın ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği ancak Gözetim Kurulu'nun aksi yönde sonuca ulaştığı örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, bir kullanıcı, *Facebook*'taki bir gönderinin altına, Myanmar'da yaşayan Müslüman bir azınlık olan Rohingya halkının “huzursuzluk yarattığını” ve “hilekâr” olduğunu, dolayısıyla “ulusal güvenlik ve refah” gerekçesiyle bu topluluğa karşı kontrol tedbirleri uygulanması gerektiğini öne süren bir yorum yazmıştı.⁸⁰ Gözetim Kurulu, söz konusu içeriğin özellikle savunmasız gruplara yönelik tehditler içerdiğini ve bu nedenle Meta'nın “Şiddet ve Tahrik” Topluluk Kurallarını ihlal ettiğini tespit etmiştir.⁸¹ Kurul'un bu değerlendirmesi sonucunda Meta, ilgili gönderiyi platformdan kaldırmıştır.

Benzer şekilde, Meta'nın yayınlanmasına izin verdiği Lehçe, göçmenlik karşıtı bir gönderi de Gözetim Kurulu tarafından belli bir gruba yönelik hakaret ile aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilmiştir. Başvuru, Avrupa Birliği'ni ve Polonya Başbakanı'nı göçmenlere karşı daha açık bir politika izledikleri gerekçesiyle eleştiren bir paylaşımda, bazı kişiler tarafından saldırgan olarak görülen ve Polonya'da tartışma konusu olan “*Murzyn*” kelimesinin kullanımıyla ilgilidir.⁸² Bu kelime, Lehçe'de siyahi insanları aşağılamak için kullanılan bir ifadedir. Meta, bu sözcüğün tarihsel olarak ayrımcılık içermediğini, zaman zaman hakaret amacıyla kullanılsa da bu niteliğin sürekli olmadığını belirterek, “nötr” bir kelime olduğu gerekçesiyle payla-

⁷⁹ **Oversight Board**, *Armenians in Azerbaijan*.

⁸⁰ **Oversight Board**, *Threat of Violence Against the Rohingya People*, Case Decision 2024-033-FB-UA, (June 4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-3vis8b1r/> (Erişim Tarihi: 13.09.2025).

⁸¹ **Oversight Board**, *the Rohingya People*.

⁸² **Oversight Board**, *Criticism of EU Migration Policies and Immigrants*, Multiple Case Decision, (Apr.23, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-lj939ea3/> 2025-003-FB-UA, 2025-004-FB-UA, (Erişim Tarihi: 14.09.2025).

şımı nefret söylemi kapsamında değerlendirmemiştir. Ancak Gözetim Kurulu, yaptığı inceleme sonucunda “*Murzyn*” kelimesinin alçaltıcı, dışlayıcı ve “kirlilik” çağrışımı içeren anlamlar taşıdığını tespit ederek, ifadenin siyahi insanlara karşı ırkçılık ve nefret içerdiği sonucuna varmıştır.⁸³ Kurul’un bu kararı üzerine, Meta söz konusu kelimeyi Lehçe hakaret listesine eklemiştir.

Bu konudaki kararlardan biri de “vahşiler” kelimesinin kullanımıyla ilgilidir. Bir kullanıcı, Meta’nın Hamas’ın Gazze halkından kaynaklandığını ve onları “vahşi bir sürüye” benzeten bir *Facebook* gönderisini yayında bırakma kararına karşı Gözetim Kurulu’na başvurmuştur.⁸⁴ Meta’nın nefret söylemi politikası uyarınca, bir kişi veya grubu korunan özellikleri temelinde hedef alan, özellikle onları “alt insan” ya da “insanaltı” olarak nitelendiren içerikler yasaktır.⁸⁵ Bu olayda “Gazze halkı”na yapılan atıf, korunan etnik köken ve milliyet temellerine yöneliktir. Başvurucu, söz konusu paylaşımın Gazze halkı hakkında genelleyci ve insanlıktan çıkarıcı bir söylem içerdiğini ileri sürmüştür. Gözetim Kurulu’nun başvuruyu Meta’nın dikkatine sunmasının ardından şirket, gönderinin nefret söylemi politikasını ihlal ettiğini ve içeriği yayında bırakma yönündeki ilk kararının hatalı olduğunu kabul etmiş, bunun üzerine paylaşım *Facebook*’tan kaldırılmıştır.⁸⁶

Benzer bir konuyu içeren bir başka olayda, Meta’nın otomatik araçları tarafından tespit edilmediği için kaldırılmayan bir içerik, Birleşik Krallık’taki göçmen karşıtı olaylarla ilgiliydi. Söz konusu paylaşımda, “göçmenler”, “teröristler” ve “pislikler”in yaşadığı camilerin ve binaların yıkılması ya da ateşe verilmesi çağrısında bulunulmuştu.⁸⁷ Gözetim Kurulu, bu içeriğin Meta’nın “Nefret Dolu Davranış” ve “Şiddet ve Kışkırtma” Topluluk Kurallarını açık biçimde ihlal ettiğine karar vermiş ve söz konusu iki kuralın yeterince açık, öngörülebilir ve erişilebilir olmadığı, bu nedenle kullanıcılar açısından kafa karışıklığına yol açabileceği tespitinde bulunmuştur.⁸⁸

⁸³ **Oversight Board**, *Immigrants*.

⁸⁴ **Oversight Board**, *Dehumanizing Comments about People in Gaza*, Case Decision, 2024-026-FB-UA, (Apr. 18, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-o78k5lg3/>, (Erişim Tarihi: 14.09.2025).

⁸⁵ **Meta**, Topluluk Kuralları, Nefret Dolu Davranışlar <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/hate-speech/> (Erişim Tarihi: 14.09.2025).

⁸⁶ **Oversight Board**, *People in Gaza*.

⁸⁷ **Oversight Board**, *Posts Supporting UK Riots*, Multiple Case Decision, (Apr.23, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-6aqh31t6/> (Erişim Tarihi: 14.09.2025).

⁸⁸ **Oversight Board**, *UK Riots*.

Gözetim Kurulu, Meta'nın söz konusu içeriği sosyal medyada tutması-
nın gerekli ve ölçülü olup olmadığını, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserli-
ği'nin "Ayrımcılığa, Düşmanlığa veya Şiddete Tahrik Eden Ulusal, Irksal ya
da Dinsel Nefret Savunuculuğunun Yasaklanmasına ilişkin Rabat Eylem
Planı"nda belirlenen ölçütler çerçevesinde değerlendirmiştir.⁸⁹ Bu kapsamda,
ifadenin ortaya konulduğu toplumsal ve siyasal bağlam, konuşmacının statü-
sü, hedef alınan gruba karşı eyleme kışkırtma amacı, ifadenin içeriği ve üs-
lubu, yayılımın kapsamı ile zararın meydana gelme ihtimali ve yakınlığı
dikkate alınmıştır.⁹⁰ Kurul ayrıca, kararlarında BM Medeni ve Siyasi Hakla-
ra Dair Uluslararası Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alan 19.
maddesine ilişkin BM İnsan Hakları Komitesi'nin 34 No'lu Genel Yorumu-
na da atıf yaparak, değerlendirmelerini uluslararası insan hakları kurallarıyla
uyumlu hale getirmektedir.⁹¹ Bu ve benzeri kararlarla Gözetim Kurulu, Me-
ta'nın nefret söylemine ilişkin Topluluk Kuralları bakımından kendi "içtiha-
dını" oluşturmaya başlamıştır.⁹²

Meta'nın nefret söylemi olduğu gerekçesiyle yayından kaldırdığı ancak
Gözetim Kurulu'nun bu içerikleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendiri-
diği örnekler de bulunmaktadır. Örneğin, Kurul, Meta'nın üç Türk medya
kuruluşunun paylaştığı ve bir politikacının diğerine "İngiliz uşağı" şeklinde
hitap ettiği bir videoyu kaldırma kararını incelemiş ve bu ifadenin Meta'nın
politikaları kapsamında nefret söylemi oluşturmadığı sonucuna varmıştır.⁹³

Kurul, ikisi *Facebook*'ta, biri *Instagram*'da olmak üzere, üç farklı Türk
medya kuruluşuna ait paylaşımları değerlendirmiştir. Söz konusu videolar,

⁸⁹ Rabat Eylem Planı için bkz. **United Nations, Human Rights Office of the High Commis-
sioner**, The Rabat Plan of Action, 5 Ekim 2012, <https://www.ohchr.org/en/documents/outcome-documents/rabat-plan-action>, (Erişim Tarihi: 14.09.2025).

⁹⁰ **Oversight Board**, *UK Riots*.

⁹¹ **United Nations International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights
Committee**, General Comment No: 34 Article 19: Freedoms of opinion and expression,
102nd session CCPR/C/GC/34 (Cenevre, 11-29 Temmuz 2011)
<https://docs.un.org/en/CCPR/C/GC/34> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

⁹² Örneğin bkz. **Oversight Board**, *Comment Stating Romani "Should Not Exist"*, 2025-053-FB-
UA (Jul.31, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-1l5obqyh/> (Erişim Tarihi:
15.09.2025); **Oversight Board**, *Statements Targeting Indigenous Australians*, Multiple Case
Decision, (Aug. 1, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-2fozdyiz/> (Erişim
Tarihi: 15.09.2025).

⁹³ **Oversight Board**, *Political Dispute ahead of Turkish Elections*, 2023-007-FB-UA, 2023-008-
FB-UA, 2023-009-IG-UA (Aug.23, 2023), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-t8jdddjv/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

Şubat 2023'teki depremlerin ardından, iktidar partisinin eski bir milletvekili ile ana muhalefet partisinin önde gelen bir siyasetçisi arasında yaşanan tartışmayı göstermektedir. Videoda, depremde en çok etkilenen şehirlerden birini ziyaret eden muhalefete mensup belediye başkanına, eski bir iktidar partisi milletvekilinin “şov yapıyorsun” ve “İngiliz uşağı” şeklinde bağırarak görülmektedir.⁹⁴ Meta, bu ifadelerin “Nefret Söylemi” politikasını ihlal ettiği gerekçesiyle tüm paylaşımları yayından kaldırmıştır.

Gözetim Kurulu ise “İngiliz uşağı” ifadesinin, Meta'nın politikaları açısından nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir, zira bu ifade kişilere “korunan bir özellik” (örneğin etnik köken, din, ırk vb.) temelinde saldırı içermemektedir.⁹⁵ Kurul, ifadenin Türkiye’de tarihsel olarak siyasi eleştiri niteliğinde kullanıldığını, bu nedenle seçim dönemine ilişkin kamusal öneme sahip bir tartışma bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁹⁶ Meta her ne kadar bu ifadeyi hakaret olarak nitelendirmiş olsa da, Gözetim Kurulu’na göre kamu yararı değeri nedeniyle içeriğe izin verilmesi gerekirdi.⁹⁷ Kurul’un kararı üzerine Meta, “İngiliz uşağı” ifadesinin hakaret listelerinde yer almaması gerektiğini kabul etmiş ve paylaşımları eski haline getirmiştir.

Günümüzün en önemli uluslararası siyasi tartışma konularından biri olan Filistin meselesine ilişkin başvurular da Gözetim Kurulu kararlarında öne çıkmakta ve ifade özgürlüğü ile şiddet ve nefret söylemi arasındaki çetrefilli ilişkiyi ele almaktadır. Bu kapsamda, Filistin yanlıları tarafından sıklıkla kullanılan “Nehirden Denize”⁹⁸ ifadesi de bir Gözetim Kurulu kararına konu olmuştur. Kurul, bu ifadeyi içeren *Facebook* gönderilerine ilişkin üç başvuruyu incelemiş ve söz konusu içeriklerin Meta'nın “Nefret Söylemi”, “Şiddet ve Kışkırtma” veya “Tehlikeli Örgütler ve Kişiler” politikalarını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.⁹⁹ İncelenen gönderiler, Filistin halkıyla

⁹⁴ Oversight Board, *Turkish Elections*.

⁹⁵ Oversight Board, *Turkish Elections*.

⁹⁶ Oversight Board, *Turkish Elections*.

⁹⁷ Oversight Board, *Turkish Elections*.

⁹⁸ Ürdün Nehrinden Akdenize kadar olan toprakları belirten bu ibare Filistin yanlılarının, tüm Filistin topraklarının işgalden kurtarılması ve bağımsız bir Filistin devleti kurulması çağrısını olarak kabul edilmektedir. Ancak İsrail yanlısı çevreler bu sloganı, anti-semitik ve İsrail'in yok edilme çağrısı olarak değerlendirmektedir.

⁹⁹ Oversight Board, *Posts That Include “From the River to the Sea, Multiple Case Decision* (Sep.4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-86tj0rk5/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

dayanışma çağrısı yapan bağlamsal unsurlar içermekte, ancak şiddet ya da dışlayıcı bir dil barındırmamaktaydı. Kurul çoğunluğu, Meta'nın bu içerikleri platformda tutma kararını onaylamış ve "Nehirden Denize" ifadesinin birden fazla anlama sahip olduğunu, farklı bağlamlarda ve çeşitli niyetlerle kullanılabildiğini vurgulamıştır.¹⁰⁰

Gözetim Kurulu'nun önüne gelen başvuruların bir kısmı, Meta'nın "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" politikası kapsamındaki tartışmalı uygulamalarıyla ilgilidir. Örneğin, Ekim 2023'te bir *Facebook* kullanıcısı, İsrail-Filistin çatışmasının kronolojisini aktaran ve bu çerçevede Hamas'tan da bahseden bir *Washington Post* makalesinin bağlantısını içeren bir gönderi paylaşmıştır.¹⁰¹ *Facebook*, bu gönderiyi Meta'nın "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" Topluluk Kuralları kapsamında kaldırmıştır. Söz konusu politika, şirketin ciddi zararlarla bağlantılı olduğunu değerlendirdiği kişi ve kuruluşların temsil edilmesini ya da bunlar hakkında belirli türde ifadelerin kullanılmasını yasaklamaktadır.¹⁰² Kullanıcı ise Gözetim Kurulu'na yaptığı başvuruda, paylaşımın Hamas'a destek verme amacı taşımadığını, yalnızca mevcut İsrail-Hamas çatışması hakkında haber niteliğinde bilgi sunmayı hedeflediğini belirtmiştir. Kurul'un başvuruyu Meta'ya iletmesinin ardından şirket, içeriğin "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" Topluluk Kurallarını ihlal etmediğini tespit etmiş ve gönderinin geri yüklenmesine karar vermiştir. Meta, paylaşımda Hamas'a yalnızca haber verme bağlamında atıfta bulunulduğunu ve bunun politika kapsamında izin verilen bir durum olduğunu kabul etmiştir.¹⁰³

Benzer bir başvuruda, bir *Instagram* kullanıcısı Şubat 2024'te bir İngiliz televizyon kanalının Filistinli bir çocuğun öldürülmesine ilişkin haberinden kısa bir video paylaşmıştır. Söz konusu video, tehlikeli örgütleri veya kişileri tanıtmadığını, yalnızca Filistinli bir aile ve insani yardım çalışanlarıyla ilgili olduğunu açıkça belirten bir başlığa sahipti. Aynı şekilde, bir *Facebook* kullanıcısı da Ocak 2024'te Gazze'deki savaşa dair haber yapan *Al Jazeera*

¹⁰⁰ **Oversight Board**, "From the River to the Sea".

¹⁰¹ **Oversight Board**, *Washington Post Article on Israel-Palestine*, Case decision 2024-FB-8RTRZY6Q (Apr. 4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-8rtrzy6q/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

¹⁰² **Meta**, Topluluk Kuralları, Tehlikeli Örgütler ve Kişiler, <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/dangerous-individuals-organizations/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

¹⁰³ **Oversight Board**, *Israel-Palestine*.

ra'ya ait bir videoyu paylaşmıştır. Bu videoda, İsrail ile Hamas arasındaki rehine takası müzakerelerine ilişkin haber ve analizler yer almaktaydı.¹⁰⁴

Meta, her iki paylaşımı da “Tehlikeli Örgütler ve Kişiler” Topluluk Kurallarını gerekçe göstererek platformlarından kaldırmıştır. Bu politika uyarınca şirket, belirlenen kuruluşların, liderlerinin, kurucularının veya önde gelen üyelerinin “yüceltilmesini”, “desteklenmesini” ve “temsil edilmesini” ya da bunlara yapılan belirsiz atıfları yasaklamaktadır.¹⁰⁵ Her iki kullanıcı da Gözetim Kurulu'na yaptıkları başvurularda, paylaşımlarının medya kuruluşlarından alınan haber içerikleri olduğunu ve Meta'nın Topluluk Kurallarını ihlal etmediğini ileri sürmüştür. Kurul'un başvuruları Meta'ya iletmesinin ardından şirket, içeriklerin politikaları ihlal etmediğini kabul etmiş ve her iki paylaşımı da platformlarında yeniden yayımlamıştır.¹⁰⁶

Meta'nın “Tehlikeli Örgütler ve Kişiler” Topluluk Kuralları, bu tür örgüt ve kişiler hakkında “haber yapan, tarafsız bir şekilde tartışan veya kınayan” içeriklerin yanı sıra, “sosyal ve siyasi söylem bağlamında belirlenen tehlikeli örgütlere ve bireylere atıfta bulunan” içeriklere de izin vermektedir. Bununla birlikte, yukarıda aktarılan başvurular, Meta'nın bu kuralları, en azından belli konularda, aşırı katı bir şekilde uyguladığını göstermektedir. Bu tür bir yaklaşım, kullanıcıların belirli kişi veya kuruluşların faaliyetleri hakkında meşru haber ve bilgi paylaşma imkanını daraltmakta ve kamusal tartışma alanını sınırlamaktadır. Gözetim Kurulu, bu uygulamanın kullanıcıların “tehlikeli” olarak nitelendirilen örgüt ve kişiler hakkında siyasi yorum yapma ve haber paylaşma özgürlüklerini olumsuz etkileyebileceğini, dolayısıyla da ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğini vurgulamıştır.¹⁰⁷

Görüldüğü üzere, Gözetim Kurulu bazı durumlarda Meta'nın içerik kaldırma kararlarını aşırı kısıtlayıcı bularak ifade özgürlüğü lehine değerlendirirken, bazı durumlarda ise şiddet çağrısı veya tahriki içeren paylaşımların sınırlandırılmasını meşru görmektedir. Bu ikinci duruma örnek olarak, ABD Başkanı Donald Trump'a ilişkin karar dikkat çekicidir. Trump'ın 6 Ocak 2021'de Kongre binasının basılmasıyla ilgili olarak şiddete karışan kişileri

¹⁰⁴ **Oversight Board**, *Reports on the War in Gaza*, OVERSIGHT BD. (June 4, 2024) <https://www.oversightboard.com/decision/bun-jexzgiy5/>(Erişim Tarihi: 16.09.2025).

¹⁰⁵ **Meta**, Tehlikeli Örgütler ve Kişiler.

¹⁰⁶ **Oversight Board**, *War in Gaza*.

¹⁰⁷ **Oversight Board**, *War in Gaza*.

destekleyici ve başkanlık seçiminde hile yapıldığı yönündeki iddialarla şiddeti teşvik eden ifadelerinin, platform kuralları çerçevesinde sınırlandırılmasının meşru olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁰⁸

Bununla birlikte, Trump'ın bu paylaşımlarından dolayı Meta tarafından süresiz olarak platformdan uzaklaştırılması, Gözetim Kurulu tarafından keyfi bulunmuştur.¹⁰⁹ Kurul, Meta'nın Topluluk Kurallarında "süresiz uzaklaştırma" yaptırımını öngörülmediğini belirterek, yaptırımın hukuki belirlilik ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmadığına karar vermiştir.¹¹⁰ Bunun üzerine Meta, kararı gözden geçirerek süresiz uzaklaştırmayı geçici bir uzaklaştırmaya dönüştürmüştür. Bu karar, bir yandan platformun kamu güvenliği sorumluluğunu kabul ettiğini gösterirken, diğer yandan "keyfi sansür" eleştirilerini hafifletmiş ve Meta'nın siyasal tarafsızlık iddiasını güçlendiren bir örnek oluşturmıştır.

Meta'nın en çok tartışma yaratan içerik denetimi uygulamalarından biri, "shaheed" (şehit) kelimesinin kullanımıyla ilgilidir. Şirketin algoritmaları, bu kelimeyi "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" Topluluk Kuralları kapsamında, tehlikeli kişileri övdüğü veya yücelttiği gerekçesiyle otomatik olarak sansürlemektedir. Bu çerçevede, içinde "şehit" kelimesi geçen haber yapan paylaşımlar dahi platformdan kaldırılmaktaydı. Bu uygulama, Meta Topluluk Kuralları kapsamında diğer herhangi bir kelimeden daha fazla içeriğin kaldırılmasına yol açmıştır.¹¹¹

Gözetim Kurulu, Meta'nın "tehlikeli" olarak belirlediği kişilere atıfla kullanılan "şehit" kelimesini kullanan içeriklere yaklaşımının, ifade özgürlüğünü önemli ölçüde ve orantısız biçimde kısıtladığını tespit etmiştir.¹¹² Meta'nın uygulaması, kelimenin çoğu zaman yüceltme veya onaylama amacı taşımayan farklı anlamlarını göz ardı etmekte ve Arapça ve diğer dilleri konuşan kullanıcıların (çoğunluğu Müslüman) paylaşımlarının kaldırılmasına yol açmaktaydı.

¹⁰⁸ **Oversight Board**, *Former President Trump's suspension*, Case dDcision 2021-001-FB-FBR, OVERSIGHT BD. (May 5, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691Q-AMHJ>, (Erişim Tarihi: 16.09. 2025).

¹⁰⁹ **Oversight Board**, *Trump's suspension*.

¹¹⁰ **Oversight Board**, *Trump's suspension*.

¹¹¹ **Oversight Board**, *Referring to Designated Dangerous Individuals as "Shaheed"*, PAO-LOPP03UK/, OVERSIGHT BD. (Mar. 26, 2024) <https://www.oversightboard.com/decision/PAO-LOPP03UK/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).

¹¹² **Oversight Board**, "Shaheed."

Kurul, “şehit” kelimesinin İngilizce karşılığının “*martyr*” olmasına rağmen, Meta’nın yalnızca belirlenen kişilere atıfta bulunduğu gerekçesiyle tüm içeriği kaldırmasının ne gerekli ne de orantılı olduğunu kabul etmiştir.¹¹³ Kategorik yasaklama, ifadenin aşırı derecede bastırılmasına, medya özgürlüğü ve sivil alanın gereksiz yere kısıtlanmasına ve eşitlik ile ayrımcılık yasağı açısından ciddi olumsuz sonuçlara yol açmaktaydı.

“Şehit” kelimesinin sansürlenmesi, Müslüman topluluklar üzerinde ölçsüz bir ifade özgürlüğü kısıtlamasına yol açmıştı. Gözetim Kurulu, Meta’nın bu konuda daha bağlamsal bir yaklaşım benimsemesi gerektiğini vurgulamıştır. Kurul, kelimenin zararlı olarak yorumlanmasına yol açabilecek sinyallerin açık ve dar bir şekilde tanımlanmasını ve yorumlanmasını önermiştir.¹¹⁴ Buna göre, Gözetim Kurulu, Meta’nın “Tehlikeli Örgütler ve Kişiler” politikasını güncelleyerek, şiddet içermeyen ve belirli kişileri övmeyen durumlarda kullanıcıların paylaşımlarında “şehit” kelimesini kullanmalarına izin verilmesini tavsiye etmiştir.¹¹⁵ Meta, Kurul’un bu yönlendirmesine uygun olarak politika değişikliğine gitmiştir.

Facebook’un otomatik içerik denetim sistemleri, “şehit” kelimesinde olduğu gibi, çıplaklıkla ilgili Topluluk Kurallarını içeriğin bağlamını dikkate almadan uygulamaktaydı. Mesela, “Yetişkin Çıplaklığı ve Cinsellik” başlıklı Topluluk Kurallarını¹¹⁶ ihlal ettiği gerekçesiyle, göğüs kanseri farkındalığı yaratmayı amaçlayan bir gönderi kaldırılmıştır. Söz konusu içerik, çıplak kadın göğüslerini göstermekteydi. Ancak amacı tıbbi farkındalık yaratmaktı. Gözetim Kurulu, bu gönderiye “göğüs kanseri farkındalığı” amacıyla politika istisnası kapsamında izin verilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹¹⁷ Kurul, *Facebook*’un otomatik içerik denetiminin başvuruındaki yayın özelinde önemli insan hakları ihlallerine yol açabileceğini belirterek, gönderinin kaldırılmasının doğru bir karar olmadığını ifade etmiştir.

¹¹³ Oversight Board, “*Shaheed*.”

¹¹⁴ Oversight Board, 2024 Annual Report, s.9, <https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2025/08/2024-Annual-Report.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.09.2025).

¹¹⁵ Oversight Board, Report, s.9.

¹¹⁶ Meta, Topluluk Kuralları, Yetişkin Çıplaklığı ve Cinselliği, <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/> (Erişim Tarihi: 17.09.2025).

¹¹⁷ Oversight Board, *Breast cancer symptoms and nudity*, Case Decision 2020-004-IG-UA, OVERSIGHT BD. (Jan. 28, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).

V. GÖZETİM KURULUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gözetim Kurulu, milyarlarca insanın kullandığı *Facebook*, *Instagram* ve *Threads* platformlarındaki içerik denetimiyle ilgili çok sayıda başvuru almasına rağmen, bunların yalnızca çok küçük bir bölümünü incelemeye almıştır. 2024 sonu itibarıyla Kurul'a yapılan 558.235 başvurunun coğrafi dağılımı şu şekildedir: %33 ABD ve Kanada, %25, Avrupa, %14, Asya-Pasifik ve Okyanusya, %12 Latin America ve Karayipler, %7 Orta ve Güney Asya, %6 Ortadoğu ve Kuzey Afrika ve %3 Sahra Altı Afrika. Başvuruların yarısından fazlası Kuzey Amerika ve Avrupa kaynaklıdır.¹¹⁸ “Küresel Çoğunluktan”¹¹⁹ gelen başvuruların oranı hâlâ sınırlı olmakla birlikte, Orta Doğu ve Kuzey Afrika ile Orta ve Güney Asya bölgelerinden bir önceki yıla göre küçük artışlar görülmüştür.

Kurulun seçtiği başvuruların türlerinde bazı dikkat çekici noktalar vardır. 33 başvuru, Meta'nın nefret söylemi politikasıyla, 26 başvuru, şiddet ve kışkırtma ile, 34 dava ise belirlenmiş kuruluşlar ve kişiler (terör, suç ve nefret figürleri ile kuruluşlar) ile ilgilidir.¹²⁰ Bu alanlar, Kurul'un seçtiği başvuruların büyük bölümünü oluşturmaktadır. 2024 yılı faaliyet raporuna göre, Gözetim Kurulu, rıza dışı samimi görüntüler, yasadışı oy kullanma, çocuk evliliği, siyasi ifade ve homofobik şiddet gibi geniş bir yelpazeyi kapsayan konular hakkında 32 Standart, 31 Özet ve 2 Hızlandırılmış karar vermiştir.¹²¹

Gözetim Kurulu, ilk yılında *Facebook* ve *Instagram* kullanıcılarından gelen şikayetleri inceleyerek, Meta'nın içerik uygulamalarının %70'ini sorunlu bulmuş ve ilgili paylaşımların geri yüklenmesine karar vermiştir.¹²² 2024 sonu itibarıyla bu oran %81'e yükselmiştir.¹²³ İçerik denetimi uygulamalarına yönelik itirazlar dışında, Gözetim Kurulu, Ocak 2021'den bu yana Meta'ya 317 tavsiyede bulunmuş ve bunların %74'ü uygulanmış, uygulanma aşamasında veya halihazırda yürütülen çalışmalar kapsamında raporlan-

¹¹⁸ **Oversight Board**, Report, s.11.

¹¹⁹ Gözetim Kurulu, Küresel Güney yerine Küresel Çoğunluk kavramını kullanmaktadır. Küresel Çoğunluk (*Global Majority*) dünya nüfusunun önemli bir kısmını oluşturan Yerli, Afrika, Asya veya Latin Amerika kökenli insanlar için kullanılan bir kavramdır. Kabaca Küresel Güney'deki devletlerde yaşayan insanları ifade etmektedir.

¹²⁰ **Inserra**, s. 14.

¹²¹ **Oversight Board**, Report, s. 10.

¹²² **Oversight Board**, Report, s. 10.

¹²³ **Meta**, Bi-Annual Reports on the Oversight Board, 2025, s.2, <https://transparency.meta.com/tr-tr/oversight/meta-biannual-updates-on-the-oversight-board/> (Erişim Tarihi: 17.09.2025).

mıştır.¹²⁴ Meta'nın kendi raporuna göre, şirket önerilerin yaklaşık %36'sını tam olarak, %33'ünü kısmen, %11'ini hiçbir işlem yapmadan, %11'ini değerlendirme aşamasında ve %8'ini zaten uygulamış olarak bildirmiştir.¹²⁵

Ancak yapılan bir araştırmada, Meta'nın bu rakamları sorgulanmıştır. Araştırmaya göre, Kurul'un önerilerinin yalnızca yaklaşık %27'sini kısmen veya tamamen uyguladığı, yayınlanan önerilerin %33'ü hakkında kanıt sunmadan ilerleme kaydettiği, %19'unda halihazırda uyguladığını kanıt sunmadan bildirdiği ve yaklaşık %20'sinde öneriyi reddettiği veya başka şekilde cevap vermediği tespit edilmiştir.¹²⁶

Gözetim Kurulu, Meta'yı daha kârlı bölgelerdeki içerik ve hesaplara orantısız biçimde önem vermekle eleştirse de, benzer bir eğilimin Kurulun kendi başvuru seçimi ve kararlarında da görüldüğü söylenebilir. Örneğin, kullanıcı yoğunluğunun en yüksek olduğu Orta ve Güney Asya'dan gelen başvurular, toplam kararların yalnızca yaklaşık yüzde 12'sini oluştururken; Avrupa ve Kuzey Amerika bölgelerinden yapılan başvurular toplam kararların yaklaşık yüzde 47'sini (sırasıyla yüzde 27 ve yüzde 20) kapsamaktadır.¹²⁷ Bu veriler, içerik denetimi ve hesap verebilirlik açısından Kuzey Amerika'da *Facebook* veya *Instagram* kullanıcısı olmanın, Hindistan ya da Sri Lanka'da kullanıcı olmaktan ne kadar farklı bir deneyim sunduğunu ortaya koymaktadır. Bu farklılığa dil engeli, hak talebinde bulunma eğilimi, teknik okuryazarlık düzeyi ve erişilebilirlik gibi çeşitli nedenler gösterilebilir. Ancak Gözetim Kurulu'nun, siyasi açıdan daha önemli gördüğü konuları ele alan başvuruları tercih etmesi, daha kârlı bölgelerden gelen kullanıcıların itirazlarına öncelik tanıyan bir tutumu da yansıtır.¹²⁸

Gözetim Kurulu, sosyal medya platformlarına yönelik artan eleştirilerin yol açtığı yasama baskısının bir sonucu olarak kurulmuştur. Kurul Başkanı da bu durumu açıkça ifade ederek, “devletlerin zararlı düzenlemeler benimsemesini önlemenin en iyi yolunun, şirketlerin, özellikle de büyük platform-

¹²⁴ Oversight Board, Report, s. 3.

¹²⁵ Meta, the Oversight Board, s. 2.

¹²⁶ Naomi, Shiffman, Manuel Parra, Carly, Yagnam Miller ve Claudia, Flores-Saviaga, “Burden of Proof: Lessons Learned for Regulators from the Oversight Board's Implementation Work”, Journal of Online Trust and Safety, Cilt 2, Sayı 2, 2024, s.5.

¹²⁷ Lucas Henrique, Muniz Da Conceição, “A constitutional reflector? Assessing societal and digital constitutionalism in Meta's Oversight Board”, Global Constitutionalism, Cilt: 13, Sayı: 3, s.583.

¹²⁸ Muniz Da Conceição, s.583.

ların, kendi kendilerini düzenlemesi olduğunu” belirtmiştir.¹²⁹ Bu çerçevede Kurul, kamu gücü yerine özel bir şirket tarafından alınan kararları denetlemekte, bir “yargı” organını andırır biçimde uyuşmazlıkları çözmekte, kural-ları yorumlamakta ve gelecekteki şirket politikalarına yön verecek rehberlik işlevi üstlenmektedir. Böylece özel bir organ, özel bir şirkete ait sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin insan hakları hukukundan da yararlanarak normlar geliştirmekte ve bu normların somut olaylara nasıl uygulanabileceğini göstermektedir.¹³⁰

Gözetim Kurulu deneyimi, anayasal normların devlet dışı alanlara nüfuz etmeye başladığını göstermektedir. Kurul, denetimle ilgili yeni kurallar geliştirerek ve Meta ekosisteminin en az şeffaf bölümleri hakkında sınırlı da olsa bilgi edinerek, kullanıcılar ile etkilenen üçüncü kişilere şikâyet mekanizmaları sunmak suretiyle Meta’nın anayasallaşma sürecine katkı sağlamaktadır.¹³¹ Kurul, kararlarında uluslararası insan hakları belgelerine açıkça atıfta bulunmakta, gerekçeli kararlar yayımlamakta ve kamuya açık normatif rehberler oluşturmaktadır. Şirketin içerik politikalarını denetleme ve değiştirme yetkisine sahip olması, ona fiilen yargısal denetim benzeri bir rol kazandırmaktadır.

Bununla birlikte, şirketlerin bu tür “öz-anayasal” düzenlerinin hukuki değil, gönüllülük temeline dayanması, bu yapıların meşruiyetini zayıflatmaktadır. Kurumsal anayasallaşma süreçleri demokratik katılıma açık değildir ve şirket içi normlar genellikle yukarıdan aşağıya, yöneticiler tarafından belirlenir. Böylece anayasal söylem görünümünde, gerçekte teknokratik bir öz-yönetim biçimi ortaya çıkar. Bu durum, insan hakları söyleminin piyasa meşruiyeti ve marka değeri üretme aracına dönüşmesi riskini beraberinde getirmektedir.

Gözetim Kurulu’nun meşruiyeti, Meta’dan ne ölçüde bağımsız olduğu, normatif etkisinin gücü, adil ve şeffaf süreçler izleyip izlemediği, karar süreçlerinde etkilenen farklı aktörlerin görüşlerine yer verip vermediği ve aldığı kararların ne derece iyi gerekçelendirilmiş ve ikna edici olduğu gibi sorularla yakından ilişkilidir.

¹²⁹ Thomas E. **Kadri**, “Juridical Discourse for Platforms”, Harvard Law Review Forum, Cilt: 136, Sayı: 2, s. 175.

¹³⁰ **Kadri**, s. 176.

¹³¹ Angelo Jr, **Golia** ve Gunther **Teubner**, “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates, Vienna Journal on International Constitutional Law, Cilt 15, 2021, s. 336, 338.

Gözetim Kurulu'nun meşruiyeti çok boyutlu bir tartışma konusudur ve yalnızca kuruluş amacıyla veya verdiği kararlarla sınırlı değildir. Kurulun meşruiyeti, öncelikle Meta'dan kurumsal, mali ve işlevsel açıdan ne ölçüde bağımsız hareket edebildiğiyle yakından bağlantılıdır. Zira Kurulun finansmanı ve operasyonel altyapısı Meta tarafından sağlanmakta, bu durum da bağımsızlık iddiasının sınırlarını tartışmaya açmaktadır.

Gözetim Kurulu'nun yapısı, Meta'dan belirli ölçüde kurumsal bağımsızlık sağlamasına rağmen, finansmanının tamamen Meta tarafından bir vakıf aracılığıyla karşılanması bu bağımsızlığı fiilen sınırlandırmaktadır. Zira Kurul, Meta ile ciddi bir anlaşmazlığa düşmesi hâlinde, şirketin finansmanı azaltma, personel ve lojistik desteğini kesme veya hatta Kurulu yenilememe kararı alma ihtimaliyle karşı karşıya kalabilir. Meta, tıpkı bir yasama organının yargı kararlarına yasayı değiştirerek karşılık verebilmesi gibi, Gözetim Kurulu'nun yetkilerini ve politika çerçevesini değiştirme gücünü elinde bulundurmaktadır.¹³²

Bunun yanı sıra, Kurulun normatif etkisi de meşruiyetinin önemli bir unsurudur. Gözetim Kurulu, doğrudan bağlayıcı hukuk kuralları üretmemekle birlikte, insan hakları hukukuna referansla geliştirdiği ilkeler ve kararlarıyla küresel ölçekte içerik denetimi standartlarının oluşumuna etki etmektedir. Ancak bu etkinin sürdürülebilir ve kapsayıcı olabilmesi, Kurulun kararlarının tutarlılığına, gerekçelendirme düzeyine ve farklı kültürel, siyasal ve dilsel bağlamlara duyarlılığına bağlıdır. Kurulun kararlarının iyi gerekçelendirilmiş, tutarlı ve ikna edici olması, kararların Meta tarafından uygulanma oranını artırmıştır.¹³³ Aksi durumda, Gözetim Kurulu'nun kararları sembolik bir görünüm kazanabilir ve şirketin “kendi kendini denetleyen” bir vitrin organına dönüşme riski doğabilir.

Gözetim Kurulu'nun sahip olduğu yetki oldukça sınırlıdır, zira içerik denetimine ilişkin kararların yalnızca çok küçük bir bölümü Kurulun yetki alanına girmektedir. Kurul yalnızca Meta platformlarında Topluluk Kuralları'nın ihlali gerekçesiyle kaldırılan içeriklere ilişkin itirazları inceleyip karara bağlamakla görevlidir. Nihai merci olma yetkisi, sadece belirli başvuru- larla sınırlı olup, Meta'nın dijital platformlarında bir içeriğin yayımlanıp yayımlanmayacağına ilişkin değerlendirmelerle sınırlı kalmaktadır.

¹³² Klonick, s. 2471-2472.

¹³³ Meta, the Oversight Board, s. 2.

Bu dar yetki çerçevesi, Kurulun karar alma kapasitesini de doğal olarak sınırlandırmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, Kurul her yıl yalnızca on iki ila on altı arasında karar yayımlamaktadır.¹³⁴ Meta'nın *Facebook*, *Instagram* ve *Threads* platformlarında paylaşılan içeriklerin hacmi dikkate alındığında, bu kadar sınırlı sayıda başvurunun incelenip karara bağlanmasının sistemin genel işleyişi üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Başvuruların değerlendirilmek üzere seçilmesi sürecinde Meta'nın bir tür veto yetkisine sahip olması ise Kurulun bağımsızlığı üzerinde gölge düşürebilecek bir unsurdur. Ayrıca, Kurulun “kurumsal imajını korumak” amacıyla en hassas ve tartışmalı konuları incelemekten özellikle kaçındığı da ileri sürülmektedir.¹³⁵

Kurul, Meta'nın içerik denetleme politikalarını değerlendirebilir, ancak bu konudaki görüşleri bağlayıcı değil, yalnızca tavsiye niteliğindedir. Buna karşılık Kurulun yetki alanı, Meta'nın gizlilik ayarları, öneri sistemleri, arayüz tasarımı, bu unsurların arkasındaki algoritmalar, yapay zekâ önyargıları, haber akışı sıralaması veya reklamcılık ve veri profillemeye uygulamaları gibi alanları kapsamamaktadır. Bu durum, Gözetim Kurulu'nun platformun genel işleyişi üzerindeki etkisini sınırlamakta ve onu yalnızca belirli türdeki ifade özgürlüğü uyuşmazlıklarına odaklanan dar bir denetim mekanizması hâline getirmektedir. Meta şirketinin karar alma sürecini şekillendiren temel araçlar olan iç uygulama standartları ile yapay zekâ destekli içerik denetimine ilişkin kuralların kamuya açık olmaması, şeffaflık ve hesap verebilirlik bakımından ciddi bir eksiklik yaratmaktadır.¹³⁶

Bu yetki ve kapsam sınırlılığı, Gözetim Kurulu'nun kararlarını sağlıklı biçimde verebilmek için ihtiyaç duyduğu bilgilere her zaman tam olarak ulaşamamasına neden olmaktadır. Çünkü, Meta, Kurul'un bilgi taleplerine her zaman cevap vermemektedir. Bu durum da Kurul'un bilgiye erişim açısından Meta'ya bağımlı bir konumda olduğunu göstermektedir. Nitekim, örneğin, Trump'ın hesabının askıya alınmasına ilişkin başvuruda Kurul, *Facebook*'a kırk altı soru yöneltmiş ama *Facebook* bu sorulardan yedisine tamamen, ikisine ise kısmen cevap vermeyi reddetmiştir.¹³⁷ *Facebook*'un cevaplamayı reddettiği sorular, platformun algoritmik tasarımının Trump'ın

¹³⁴ Laurance R. **Helfer** ve Molly K. **Land**, “The Meta Oversight Board’s Human Rights Future”, *Cardozo Law Review*. Cilt: 44, Sayı: 6, 2023, s. 2239.

¹³⁵ Evelyn, **Douek**, “The Meta Oversight Board and the Empty Promise of Legitimacy,” *Harvard Journal of Law & Technology*, Cilt: 37, Sayı: 2, 2024, s. 373.

¹³⁶ **Golia** ve **Teubner**, s. 334.

¹³⁷ **Huang**, s. 165.

kışkırtıcı paylaşımlarının görünürlüğü üzerindeki etkisine ve şirketin bu dava hakkında siyasetçilerle olası temaslarına ilişkindi.¹³⁸ Facebook, söz konusu bilgilerin Kurulun amacına uygun olarak karar vermesi için makul ölçüde gerekli olmadığını, teknik olarak sağlanmasının mümkün bulunmadığını ve gizlilik, güvenlik ya da veri koruma kapsamında olduğunu ileri sürerek bu bilgileri paylaşmaktan kabul etmemiştir.¹³⁹

Facebook özellikle hükümet yetkilileriyle olan iletişimi ve ilişkileri konusunda Gözetim Kurulu'nun yönelttiği sorulara yukarıda belirtilen gerekçelerle cevap vermekten kaçınmaktadır. Bu durum hükümetlerin sakıncalı gördükleri içeriklerin kaldırılması için Meta'ya baskı yapmaları ihtimalini akla getirmektedir. Kurul'a göre bu yaklaşım inceleme sürecini engelleme potansiyeline sahiptir.¹⁴⁰ Gözetim Kurulu'nun karar alması için belirli bilgilerin gerekli olup olmadığına Kurul yerine Meta'nın karar vermesi, onun takdirine bırakılması, Kurul'un karar verme sürecinde önemli bir imkândan mahrum kalması sonucunu doğurmaktadır.

Meta şirketinin sahip olduğu ve işlettiği dijital platformlarda, belirli siyasi ve toplumsal konularda tarafsız davranmadığı, bazı taraflara daha hoşgörülü yaklaşırken diğerlerinden aynı hoşgörüyü esirgediği yönünde eleştiriler yapılmaktadır. Örneğin, Meta bünyesindeki sosyal medya platformlarında Filistin destekçisi paylaşımlar yapan hesaplara yönelik olarak sistematik ve haksız bir biçimde içerik kaldırma, hesap askıya alma ve görünürlüğü azaltma uygulamalarına gidildiği iddia edilmiştir.¹⁴¹ Ayrıca bu hesapların, 24 saat ile üç ay arasında değişen sürelerle hikâyeleri beğenme, yorum yapma, diğer hesapları takip etme veya etiketleme, paylaşma ve yeniden yayınlama gibi içerikle etkileşim kurma imkânlarının sınırlandırıldığı, bunun yanı sıra "gölge yasaklama" (bir kullanıcının gönderilerinin, hikâyelerinin veya hesabının görünürlüğünün herhangi bir bildirim yapılmadan önemli ölçüde azaltılması) yöntemine başvurulduğu da İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından hazırlanan bir raporda ortaya konmuştur.¹⁴²

¹³⁸ Huang, s. 165.

¹³⁹ Huang, s. 166.

¹⁴⁰ Huang, s. 166.

¹⁴¹ Human Rights Watch, Meta's Broken Promises: Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook, 2023, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/12/ip_meta1223%20web.pdf, s. 1 (Erişim Tarihi: 18.09.2025).

¹⁴² Human Rights Watch, s. 1.

Söz konusu raporda, kaldırılan 1050 paylaşıma yer verilmiş olup, bunlardan 1049'unun Filistin'i destekleyen barışçıl içerikler, yalnızca birinin ise İsrail yanlısı paylaşım olduğu belirtilmiştir.¹⁴³ Hatta İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün, söz konusu raporun hazırlanması amacıyla delil gönderilmesi çağrısında bulunduğu *Instagram* paylaşımı bile "istenmeyen/uygunsuz içerik" (*spam*) olarak değerlendirilmiş ve etkileşimi kısıtlanmıştır. Meta'nın Filistin'le ilgili içeriklere yönelik geniş kapsamlı bir baskılama geçmişine sahip olduğuna dikkat çeken İnsan Hakları İzleme Örgütü, şirketin uymayı taahhüt ettiği Rehber İlkeler çerçevesinde insan haklarına ilişkin gerekli özeni gösterme sorumluluğunu yerine getirmediğini ileri sürmüştür.¹⁴⁴

Meta'nın Filistin konusundaki sansürü, esas olarak "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" başlığı altındaki Topluluk Kuralları'nın son derece geniş biçimde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, "tehlikeli örgütleri" övücü veya destekleyici nitelikte olduğu değerlendirilen içerikler aşırı derecede geniş bir çerçevede ele alınmaktadır. Ayrıca Filistin'le ilgili bazı içerikleri otomatik olarak engelleyen algoritmalar kullanılmaktadır.¹⁴⁵ Şirketin, Filistin yanlısı paylaşımlar konusunda özellikle İsrail Siber Birimi başta olmak üzere çeşitli ülkelerdeki benzer kurumlardan gelen içerik kaldırma taleplerine karşı fazlasıyla hoşgörülü davrandığı da belirtilmektedir.¹⁴⁶

İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün yanı sıra başka kuruluşlar da Meta platformlarının tarafsızlığına ilişkin eleştirel raporlar hazırlamıştır. Örneğin, Bağımsız İşletme Sosyal Sorumluluk Ağı'nın hazırladığı raporda, *Facebook*'un Arapça ve İbranice içerik denetimlerinde tarafsız davranıp davranmadığı incelenmiştir. Meta'nın bu süreçte Filistinli kullanıcıların ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı gibi temel haklarını olumsuz yönde etkilediği tespit edilmiştir.¹⁴⁷

Bu eleştiriler, Meta'nın içerik denetim politikalarının hem yöntemsel hem de uygulama açısından sorgulanmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda, "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" politikasının nasıl uygulandığı ve bu sürecin

¹⁴³ Human Rights Watch, s. 1.

¹⁴⁴ Human Rights Watch, s. 2.

¹⁴⁵ Human Rights Watch, s. 3.

¹⁴⁶ Human Rights Watch, s. 3.

¹⁴⁷ Business Social Responsibility, Human Rights Due Diligence of Meta's Impacts in Israel and Palestine in May 2021: Insights and Recommendations, Eylül 2022, <https://www.bsr.org/en/blog/human-rights-due-diligence-of-meta-impacts-in-israel-and-palestine-may-2021>, s.4. (Erişim Tarihi: 18.09.2025).

ne kadar şeffaf yürütüldüğü de ayrı bir tartışma konusu haline gelmiştir. Gözetim Kurulu, politika danışma görüşlerinden birinde Meta'dan "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" politikasının uygulanmasında otomatik sistemlerin doğruluğunu değerlendirmek için kullandığı yöntemleri açıklamasını talep etmesine rağmen, şirket buna olumlu cevap vermemiştir.¹⁴⁸ Meta'nın resmi internet sitesinde, "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" Topluluk Kurallarına ilişkin olarak yalnızca ABD hükümeti tarafından terör ve uyuşturucu kaçakçılığı suçlarına karıştığı belirtilen kişi ve örgütlere yer verilmektedir. Şirketin oluşturduğu "Tehlikeli Örgütler ve Kişiler" listesi ise kamuoyuyla paylaşılmamaktadır. Bu durum, şeffaflık ve açıklık ilkeleriyle çelişmektedir.

Meta'nın içerik denetim politikalarının uygulanmasında yaşanan şeffaflık sorunları ve hesap verebilirlik eksikliği, Gözetim Kurulu'nun rolü ve işlevi üzerinde daha yakından durulmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, Gözetim Kurulu'nun yargısal nitelikler taşıyıp, taşımadığı tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir yönüyle Kurul, özel dijital platformların yönetimlerini geliştirmek amacıyla oluşturdukları "yargı" organına benzer yapısıyla ve "yargısal denetim" işleviyle dikkat çekmektedir. Bilindiği üzere, herhangi bir yargılamanın dört temel unsuru bulunmaktadır: (1) Çözüme kavuşturulacak uyuşmazlığın hukuki nitelikte olması, (2) karar merciinin ihtilaflı taraflardan bağımsız hareket etmesi, (3) verilen kararın bağlayıcılık taşıması ve (4) şikâyetin açıkça belirlenmiş kurallara dayanarak çözülmesi.¹⁴⁹ Gözetim Kurulu, hem yapısı hem de yetkileri ile bu dört ölçütü genel hatlarıyla karşılamaktadır. Kurul'un kararlarını önceden belirlenmiş ilkeler doğrultusunda gerekçeli şekilde açıklaması, onun yargısal nitelik taşıyan bir organ olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır. Kurul, bazı düzenleyici yetkilerin bağımsız bir organa devredilmesi açısından ilginç ve yenilikçi bir deneyim olarak değerlendirilebilir. Hukuki nitelikler taşıyan uyuşmazlıklarda taraflardan bağımsız bir merci olarak hareket eden Kurul'un kararları, Meta açısından bağlayıcılık taşımaktadır.

Gözetim Kurulu, kararlarında Meta'nın Topluluk Kuralları'nı, şirket değerlerini ve uluslararası insan hakları hukukunu birbirleriyle dinamik bir etkileşim içinde, ancak ayrı ölçütler olarak ele almaktadır. Topluluk Kuralları, esasen Meta'nın değerlerinin uygulanması ve yorumlanması amacıyla

¹⁴⁸ Oversight Board, "Shaheed."

¹⁴⁹ Gulati, s. 478.

tasarlanmıştır.¹⁵⁰ Örneğin, Meta moderatörlerinin bir içeriği kaldırma kararı Topluluk Kurallarıyla uyumlu olabilir. Ancak bu karar şirketin temel değerlerini ihlal edebilir ve bu durumda Kurul, içeriğin geri yüklenmesine karar verebilir. Kurulun kararları incelendiğinde, çoğu durumda uluslararası insan hakları hukukunun, içeriğin kaldırılması veya geri yüklenmesi yönündeki dengeyi belirleyici biçimde etkilediği görülmektedir.¹⁵¹ Bu bağlamda insan hakları hukuku, Kurul'un inceleme sürecinin ağırlık merkezini oluşturmakta ve özellikle karmaşık başvurularda sonucu belirleyen temel unsur olarak öne çıkmaktadır.

Gözetim Kurulu, karar alırken Meta dijital platformlarının Topluluk Kurallarını Meta şirketinin temel ilkelerini ve uluslararası insan hakları hukukunda yer alan normları dikkate almaktadır. Meta şirketi de, Mart 2021'de yayımladığı Kurumsal İnsan Hakları Politikası ile Rehber İlkelerde belirtilen insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü resmi olarak taahhüt etmiştir.¹⁵² Kurul, kararlarında ve tavsiyelerinde BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesi önemli bir referans çerçevesi oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, düzenli olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme ve Engelli Hakları Sözleşmesi'ne de atıflar yapmaktadır.¹⁵³ Ayrıca, Kurul insan hakları uzman organlarının Genel Yorumlarını ve BM Özel Raportörlerinin Raporlarını da incelemelerinde "ilgili standartlar" olarak kabul etmektedir.

Gözetim Kurulu'nun uluslararası insan hakları hukukuna kararlarında yer vermesi ve anayasa ile insan hakları hukukunda yaygın olarak kullanılan ölçülülük analizini inceleme yöntemi olarak benimsemesi, kararlarının meşruiyetini önemli ölçüde artırmaktadır.¹⁵⁴ Kurul, hem kararlarında hem de politika tavsiyelerinde, bölgesel insan hakları mahkemelerinin ve BM organ-

¹⁵⁰ Angelo Jr., **Golia**, "The Transformative Potential of Meta's Oversight Board: Strategic Litigation within the Digital Constitution?", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2023, s. 335.

¹⁵¹ **Golia**, "Digital Constitution", s. 341.

¹⁵² **Meta**, Corporate Human Rights Policy, Mart 2022, <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.09.2025).

¹⁵³ **Lawfare**, "Empirical Facebook Oversight Board", *Lawfare Blog*, <https://www.lawfaremedia.org/test/fob-blog/empirical-fob> (Erişim Tarihi: 19.09.2025).

¹⁵⁴ **Huang**, s. 125.

larının dijital alandaki insan hakları sorunlarına ilişkin içtihatlarından yararlanarak kararlarını güçlendirmektedir.¹⁵⁵ Bu yönüyle Gözetim Kurulu, yapısı ve işlevi bakımından uluslararası insan hakları mahkemelerini (*tribunal*)¹⁵⁶ andıran bir nitelik taşımaktadır.¹⁵⁷

Gözetim Kurulu'nun kuruluşu resmi olarak duyurulmadan önce, Zuckerberg 2018 yılında verdiği bir röportajda, *Facebook*'un içerik denetimi kararlarının demokratik hesap verebilirliğine ilişkin eleştirilere cevap olarak, “*Facebook* için çalışmayan bağımsız kişilerden oluşan, neredeyse bir Yüksek Mahkeme gibi işleyen bir yapı” öngördüğünü ifade etmiştir.¹⁵⁸ Ancak, Gözetim Kurulu'nu tam anlamıyla bir “yüksek mahkeme” ya da “anayasa mahkemesi” olarak nitelendirmek kolay değildir.

İlk bakışta, Gözetim Kurulu'nun neden bir yüksek mahkeme niteliği taşımadığı sorusunun cevabı çok açıktır. Genel olarak bir mahkemeden, vatandaşlar arasındaki ya da vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlayan, kanunları bağımsız ve tarafsız bir biçimde uygulayan bir devlet organı anlaşılır. Oysa Gözetim Kurulu, devletin bir parçası değil, özel bir şirket tarafından finanse edilen bir vakıf aracılığıyla kurulmuş bir yapıdır. Kurulun görev ve yetkileri, demokratik meşruiyete sahip yasalarla değil, kapsamı şirketin kendisi tarafından belirlenen bir tüzükle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Kurul, vatandaşlar ile devlet arasındaki ihtilafları çözmek yerine, dijital platformların kullanıcı içeriklerine ilişkin denetim faaliyetlerinin şirketin kendi belirlediği normlara uygunluğunu incelemektedir.

Ayrıca, bir yüksek mahkeme ya da anayasa mahkemesinden söz edebilmek için öncelikle bir anayasanın varlığı gerekir. Bilindiği gibi, anayasanın iki temel özelliği, bir siyasi sistemi kurması ve bu sistem içinde karar alma yetkisinin nasıl dağıtılacağını tanımlamasıdır. Anayasa, kararların meşru bir biçimde alınabilmesi için izlenmesi gereken süreçleri belirlediği gibi, siyasi sistemin üyeleri ve yetkilileri açısından hangi hakların, görevlerin, yetkilerin ve işlevlerin tanımlandığını da ortaya koyar. Bu geleneksel ve temel anayasa

¹⁵⁵ Tiedeke ve Fertmann, s. 934.

¹⁵⁶ Bilindiği gibi mahkeme (*court*) daha genel yargı yetkisine sahiptir ve geniş bir alanda cezai ve hukuki davalara bakar. Prosedürleri daha resmi ve maliyetleri genellikle daha yüksektir. *Tribunal* (Özel Yetkili Kurul/Mahkeme benzeri yapı) ise yargı yetkisi genellikle daha uzmanlaşmış ve belirli alanlarla sınırlanmış uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını içermektedir.

¹⁵⁷ Helfer ve Land, s. 2239.

¹⁵⁸ Keller ve Pereira, s. 302.

anlayışı özel aktörler olarak şirketlere uyarlandığında, şirketlerin iç kuralları, yönetim yapısını, işleyişini ve yetki-sorumluluk dağılımını belirleyen anayasal bir sistem olarak görülebilir.¹⁵⁹ Meta'nın topluluk değerleri arasında yer alan ifade özgürlüğü, özgünlük, güvenlik, mahremiyet ve haysiyet ilkeleri, birer “anayasal ilke ve değer” gibi görülebilir. Benzer şekilde, “Topluluk Kuralları”, Meta'nın “anayasası” olarak düşünülebilir. Ancak bu kurallar, şirket tarafından istenildiği zaman kolaylıkla değiştirilebilir niteliktedir.

Gözetim Kurulu, tasarımı, erişim kuralları, yetkileri, karar alma yöntemi ve kararların icrası bakımından, yetkileri kendilerini oluşturan sözleşmelere taraf devletlerin rızasıyla tanımlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) veya BM insan hakları sözleşmelerini denetleyen yarı-yargısal izleme mekanizmalarına ve denetim organlarına benzetilmektedir.¹⁶⁰ Buna karşılık Kurul, başvuruları seçme ve nihai merci olma yönüyle Amerikan Yüksek Mahkemesi'ni de andırmaktadır.¹⁶¹ Bu çerçevede Kurul, politikalara rehberlik etme potansiyeli en yüksek olan başvuruları seçerek bunlar hakkında karar vermektedir, Bu kararlar da sonraki başvurularda, emsal niteliğinde bağlayıcı bir özellik taşımaktadır. Gözetim Kurulu tüzüğü'ne göre kararların emsal niteliği, bunların gelecekteki başvurular için her zaman bağlayıcı olduğu anlamına gelmemekle birlikte, karar sürecinde “oldukça ikna edici” bir rol oynamasından kaynaklanmaktadır.¹⁶² Son olarak Kurul, Rehber İlkeler kapsamında şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu çerçevesinde, anlaşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağına dair örnek teşkil eden etkili bir “ulusötesi hibrit yargılama” ve “şikâyet inceleme mekanizması” olarak da nitelendirilmektedir.¹⁶³ Nitekim BM İnsan Hakları Konseyi de, 31 No'lu Rehber İlke çerçevesinde, kurum içi şikâyet mekanizmalarının geliştirilmesinde Gözetim Kurulu'nu örnek bir uygulama olarak göstermektedir.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Stephen, **Bottomley**, *The Constitutional Corporation: Rethinking Corporate Governance*, Aldington, Ashgate, 2007, s. 54.

¹⁶⁰ Laise Milena, **Barbosa**, “Meta's Oversight Board: First Empirical Insights”, Graz Law Working Paper No. 09-2023, 8 May 2023, <https://ssrn.com/abstract=4441789>, s. 5, (Erişim Tarihi: 12.09.2025).

¹⁶¹ Kate, **Klonick**, “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression,” *Yale Law Journal*, Cilt: 129, Sayı: 8, 2020, s. 2478.

¹⁶² **Oversight Board**, Charter, s. 7.

¹⁶³ **Gulati**, s. 481.

¹⁶⁴ Anna Sophia, **Tiedeke** ve Martin, **Fertmann**, “A Love Triangle? Mapping Interactions between International Human Rights Institutions, Meta and Its Oversight Board”, *The European Journal of International Law*, Cilt: 34, Sayı: 4, 2023, **Tiedeke** ve **Fertmann**, s. 932.

Gözetim Kurulu, adından da anlaşılacağı üzere yalnızca bireysel uyumazlıkları çözen yarı-yargısal bir organ olmaktan ziyade, Meta'nın iç işleyişini belirli bir düzeyde denetleyen ve sistematik hataları tespit eden yarı-idari bir yapı olarak da değerlendirilebilir.¹⁶⁵ Kurul, platformun temel normlarını ve usul işlemlerini denetlerken, münferit davaların ötesine geçmekte ve insan hakları kurallarını kamu/özel ayrımının ötesine taşıyan bir işlev üstlenmektedir. Bu yönüyle, geleneksel mahkemelerin rolünü aşan bir idari organı andırmakta ve içerik denetimi bağlamında örnek bir uygulama olarak gösterilmektedir.¹⁶⁶

Gözetim Kurulu modelinin daha etkili hale gelmesi için çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Örneğin, temyiz mahkemelerine benzer bir işleyişe sahip, genişletilmiş bir Denetim Kurulu kurulması önerilmiştir.¹⁶⁷ Bunun yanı sıra, dış paydaşlarla daha fazla etkileşime dayanan alternatif bir yönetim modelinin geliştirilmesi ve özellikle sivil toplumun katılımına daha geniş imkân tanınması da bu öneriler arasında yer almaktadır.¹⁶⁸

Bu noktada, Gözetim Kurulu'nun yargısal nitelikleri bünyesinde yer veren bir yapıyı andırmakla beraber, anayasallık denetimi yapan organlarla karşılaştırıldığında kurumsal bağımsızlık ve sürdürülebilirlik açısından önemli farklar barındırdığı görülmektedir. Anayasallık denetimini gerçekleştiren yargı organlarının üç temel özelliği bulunmaktadır: süreklilik, güçler ayrılığı ve denge-denetim mekanizmaları ile kararların uygulanmasını güvence altına alan yapısal düzlemeler.¹⁶⁹ Gözetim Kurulu ise tasarımı gereği nihai olarak Meta'nın mali ve kurumsal desteğine bağımlıdır; bu durum süreklilik açısından ciddi bir zafiyet yaratmaktadır. Zira Kurul'un, Meta tarafından tek taraflı biçimde ve ani bir kararla ortadan kaldırılması her zaman mümkündür. Bu yönüyle Gözetim Kurulu, süreklilik ölçütü bakımından anayasa veya yüksek mahkemelere zayıf bir benzerlik taşımaktadır.

¹⁶⁵ Huang, s.177.

¹⁶⁶ Peng Hwa, Ang ve Sherly, Haristya, "The Governance, Legitimacy and Efficacy of Facebook's Oversight Board: A Model for Global Tech Platforms?", Emerging Media, Cilt: 2, Sayı: 2, 2024, s. 169.

¹⁶⁷ David, Wong ve Luciano, Floridi, "Meta's Oversight Board: A Review and Critical Assessment," Minds and Machines Cilt: 33, Sayı: 3, 2023, s.261-284.

¹⁶⁸ Brenda, Dvoskin, "Expert Governance of Online Speech," Harvard International Law Journal, Cilt: 64, Sayı: 1, 2023, s. 86-135.

¹⁶⁹ Keller ve Pereira, s. 306.

Dahası, hukukun üstünlüğü ve anayasacılık kavramlarının temel unsurlarından biri olan güçler ayrılığı ilkesinin özel yapılar içinde hayata geçirilmesi genel olarak kolay değildir. Ancak Gözetim Kurulu'nun varlığı, Meta'nın kendi gücünü ve yetkisini sınırlamaya yönelik bir öz-denetim mekanizması oluşturduğu anlamına gelmektedir. Hukukun üstünlüğü ilkesinden türeyen adil yargılanma, eşitlik, kanunilik ve öngörülebilirlik gibi ilkelerin dijital platform yönetiminde geçerli olması, yani kullanıcıların tabi olduğu kuralların adil, eşit ve öngörülebilir nitelikte tasarlanması, toplumsal anayasacılık bağlamında Meta'nın normatif düzeninin anayasallaşması açısından önem taşımaktadır.¹⁷⁰ Bu ölçüt bakımından Gözetim Kurulu, anayasa veya yüksek mahkemelerin konumlarına kısmi bir uyum göstermektedir. Buna karşılık, Meta'nın Kurul kararlarına ve bağlayıcı ya da bağlayıcı olmayan çeşitli insan hakları hukuku kurallarına uyma taahhüdü ve genel olarak bu taahhüdünü yerine getirmesi, Kurul'u kararların icrası yönünden anayasallık denetimi gerçekleştiren yargı organlarına yaklaştırmaktadır.

Gözetim Kurulu kurulmadan önce, BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkının Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü, şirketlerin içerik denetimine ilişkin kararlarında kendi kurallarını nasıl yorumlayıp uyguladıklarını ve kullanıcılar, sivil toplum ile devletin bunu anlayabilmesini sağlayacak bir içtihat geliştirmeleri gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷¹ Gözetim Kurulu'nun verdiği kararlar, Meta ve benzeri şirketler için içerik denetiminde ve ilgili teknolojilerin tasarımında ifade özgürlüğü ile diğer menfaatlerin nasıl dengelenebileceğine dair örnek teşkil etmekte ve kamu otoriteleri, araştırmacılar ile kullanıcılar açısından da model uygulamalar sunmaktadır.¹⁷² Hatta Amerikan hukuk akademik yayıncılığının amiral gemisi olarak kabul edilen *Harvard Law Review*'in, mahkemelerce karara bağlanan içtihatları özetleyen “Yeni Davalar (Son Kararlar)” bölümünde Gözetim Kurulu kararlarının yer almaya başlaması, Kurul kararlarının etki yaratmaya başladığının küçük ama önemli bir göstergesi olarak okunabilir.¹⁷³

Gözetim Kurulu, kullanıcılara, düzenleyicilere ve etkilenen kişilere şikâyet mekanizmaları aracılığıyla başvuru imkânı tanıyarak, şirketin Toplu-

¹⁷⁰ **Muniz Da Conceição**, s. 562.

¹⁷¹ **United Nations Human Rights Council**, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, U.N. Doc. A/HRC/38/35, (Apr. 6, 2018), (Erişim Tarihi: 22 09.2025).

¹⁷² **Huang**, s.116.

¹⁷³ **Huang**, s.115.

luk Kuralları ile uluslararası insan hakları düzenlemelerini hukuki bir yorum süzgecinden geçirerek içerik denetimi yapması ve yeni maddi ile usul kuralları geliştirmesi yoluyla Meta'nın normatif sisteminin anayasallaşmasına katkıda bulunmaktadır.¹⁷⁴ Kullanıcılar ile dijital platformlar arasındaki ilişki, bu ilişkiyi düzenleyen Topluluk Kuralları ve uluslararası insan hakları normları üzerinden Gözetim Kurulu kararlarıyla anayasal bir boyut kazanmaktadır.¹⁷⁵ Gözetim Kurulu'nun hem kamu hukukuna hem de şirketin kendi iç düzenlemelerine dayanarak karar vermesi, ortaya hibrit bir toplumsal anayasacılık modelinin çıkmasına neden olmaktadır.¹⁷⁶

Ancak bu anayasallaşma, demokratik hesap verebilirlikten ziyade, şirket üzerindeki toplumsal ve hukuki baskıları bertaraf etme çabası olarak da okunabilir. Meta'nın normatif düzeninin anayasallaşma süreci, esasen devletten ve toplumdan gelen artan baskılar ile olası hukuki yükümlülüklerin önüne geçme arayışının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. *Facebook*, içerik denetiminin kendisinden bağımsız bir yapı tarafından, belirli ilkeler çerçevesinde ve tarafsız biçimde yürütülmesinin şirkete yönelik eleştirileri ve toplumsal baskıları azaltacağını düşünmüştür.¹⁷⁷ Kurul, Meta'nın hükümetlerin daha kapsamlı düzenlemeler yapmalarını önlemeye veya kendi kurallarını belirleyerek bu düzenlemelere yön vermeye yönelik ve kamusal hesap verebilirlikten kaçınmasının bir girişimi olarak da görülebilir.¹⁷⁸ Gözetim Kurulu'nun daha genel anlamda küresel ölçekte özel sansürün meşrulaştırılmasının bir aracı olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹⁷⁹

Bu çerçevede, Gözetim Kurulu'nun yargısal niteliklerine ve yapısal yenilikçiliğine rağmen, nihai olarak Meta'nın stratejik çıkarlarına hizmet eden bir araç olarak konumlanabileceği yönündeki yukarıda değindiğimiz görüşler dikkate değerdir. Meta'dan kurumsal olarak bağımsız bir yapı olan Gözetim Kurulu'nun, son derece siyasi ve tartışmalı kararların sorumluluğunu üstlenebilecek bir konumda bulunması, hem dikkatin hem de sorumluluğun

¹⁷⁴ **Golia**, "Digital Constitutionalism", s. 333.

¹⁷⁵ **Muniz Da Conceição**, s. 568.

¹⁷⁶ **Golia**, "Digital Constitution", s. 335.

¹⁷⁷ **Huang**, s. 122-123.

¹⁷⁸ **Barbosa**, s. 4.

¹⁷⁹ Joan, **Barata**, J. The Decisions of the Oversight Board from the Perspective of International Human Rights Law, 2022, s.5, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/10/The-Decisions-of-the-OSB-from-the-Perspective-of-Intl-Human-Rights-Law-Joan-Barata-.pdf>, s. 5, (Erişim Tarihi: 18.09. 2025).

şirketten uzaklaştırılması anlamına gelmektedir.¹⁸⁰ Dolayısıyla, Kurul'un işlevinin, prosedürel olarak Meta'nın içerik denetimi süreçlerine meşruiyet kazandırmanın ötesine geçememe riski taşıdığı da göz ardı edilmemelidir.

Bu yolla Meta, gönüllü olarak kendisini belirli ölçüde Gözetim Kurulu'nun kararlarıyla sınırlayarak, hem operasyonel ve ticari özerkliğini korumayı hem de bu süreç aracılığıyla meşruiyetini güçlendirmeyi hedeflemektedir. Ancak Meta'nın anayasallaşma süreci, toplumsal anayasacılık açısından değerlendirildiğinde, yeterince etkili değildir. Çünkü Gözetim Kurulu'nun yalnızca görece dar bir alan olan içerik denetimine odaklanması, her ne kadar toplumsal anayasallaşma yönünde önemli bir adım olarak görülse de, bu sürecin bütüncül ve kapsayıcı bir yapıya kavuşması için yeterli olmamaktadır.

Gözetim Kurulu'nun, içerik denetiminde şeffaflığı artırması, kamusal bir muhakeme süreci oluşmaya çalışması ve şirketin içerik denetim politikalarını etkilemesi Meta'nın yalnızca kullanıcılarıyla değil, aynı zamanda ticari ortaklarıyla olan ilişkilerinde de meşruiyetini ve itibarını güçlendirmektedir.¹⁸¹ Bu noktadan hareketle, metalaşma kavramı çerçevesinde Gözetim Kurulu'na bakıldığında, bu yapının yalnızca sosyal medya kullanıcılarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla faaliyet gösterdiğini söylemek eksik bir değerlendirme olur. Kurul, aynı zamanda Meta'nın küresel ölçekte kurumsal meşruiyetini ve itibarını pekiştirerek şirketin pazar konumunu güçlendirmekte ve kurumsal çıkarlarına hizmet etmektedir. Bu bağlamda Gözetim Kurulu, şirketin kendi çıkarları ile kullanıcıların temel hakları arasında bir denge kurmaya çalışsa da, pratikte Meta'ya küresel ölçekte "insan haklarına saygılı şirket" imajı kazandırmaya katkı sunmaktadır.

Dolayısıyla Gözetim Kurulu'nun kararları, yalnızca hukuki ve etik ilkelere sınırlı bir işlev görmekle kalmamakta, aynı zamanda Meta'nın piyasa değeri ve yatırımcı güveni üzerinde dolaylı bir etki yaratan bir "meta" niteliği taşımaktadır. Kurul, sadece hak ve özgürlükleri koruma bağlamında bir "kullanım değeri" sunmakla kalmayıp, Meta şirketine itibar, güven ve istikrar kazandıran bir "değişim değeri" de üretmektedir. Başka bir ifadeyle, yani piyasa içinde mübadeleye konu olabilecek bir değer ve itibar metası yaratmaktadır.

¹⁸⁰ Keller ve Pereira, s. 302.

¹⁸¹ Barbosa, s. 4.

Bu tartışmaların gölgesinde Meta, son dönemde ifade özgürlüğüne ilişkin yaklaşımını yeniden değerlendirmiş ve içerik denetimi politikasında köklü değişiklikler yapma yönünde adımlar atmıştır. Ocak 2025'te şirket, ifade özgürlüğü kapsamında tartışma ve müzakereye daha fazla alan açmak amacıyla içerik politikalarını sadeleştirme ve terör, uyuşturucu, dolandırıcılık ve sahtekârlık gibi yasa dışı ve ciddi ihlallere odaklanarak aşırı yaptırımları azaltma kararı almıştır.¹⁸² Genel eğilim, ifade özgürlüğüne daha geniş bir alan tanımak, sansürü azaltmak ve şirketin içerik denetimi uygulamalarındaki “liberal önyargıyı” ortadan kaldırmak yönündeydi.¹⁸³ Zuckerberg, platformlarındaki içeriği yönetmek için kurulan karmaşık sistemlerin “çok ileri gittiğini” ve bu süreçte “çok fazla içeriğin sansürlenerek çok fazla hata yapıldığını” itiraf etmiştir. Meta'nın bundan sonraki hedefinin, terörizm, çocuk istismarı ve uyuşturucu gibi yasa dışı konulara odaklanmaya devam ederken, göç ve cinsiyet gibi ana akım tartışmalardaki kısıtlamaları kaldırarak “daha fazla ifade özgürlüğüne” izin vermek olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁴

Anılan politika değişiklikleri, Meta'nın platformlarında daha geniş bir ifade özgürlüğü alanı sağlama yönündeki düşünce değişikliğine işaret etmektedir. Meta'nın, Gözetim Kurulu'na danışmaksızın ifade özgürlüğünü genişletmeye yönelik reformlar yapma kararı alması, şirketin Kurul'un bu alandaki çabalarını yeterli bulmadığını düşündüğünün bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Meta'nın, Kurul'un kararlarının hiç de azımsanmayacak bir bölümünü yalnızca “kısmen uygulama” eğiliminde olması ve belirli konularda Kurul'un yönlendirmesi olmaksızın doğrudan politika değişiklikleri yapması, şirketin Kurul'a duyduğu güvenin azaldığı yönünde yorumlanabilir.

Meta'nın politika değişiklikleri neticesinde, örneğin cinsiyetle ilgili konularda geleneksel bakış açılarına dayanan ve bu konuda sınırlamalar talep eden ifadelere izin vermeye başlamıştır.¹⁸⁵ Kullanıcılar tarafından nefret söylemi niteliği taşıdığı iddiasıyla şikâyetle konu edilen bazı paylaşımlarla ilgili

¹⁸² **Meta**, the Oversight Board, s.3.

¹⁸³ Juha, **Tuovinen**, The Meta Oversight Board in the Trump Era: A Subtle Shift with Far-Reaching Consequences? *VerfBlog*, 2025/5/26, <https://verfassungsblog.de/the-meta-oversight-board-in-the-trump-era/> (Erişim Tarihi: 22.09.2025). Burada “liberal önyargı” ifadesiyle, sosyal medya platformlarının içerik denetimi süreçlerinde muhafazakâr, dini, geleneksel veya ana akım dışı alternatif görüşleri bastırma ya da sansürleme eğilimi kastedilmektedir.

¹⁸⁴ Juha, **Tuovinen**.

¹⁸⁵ **Inserra**, s. 35.

olarak Gözetim Kurulu yaptığı değerlendirmelerde bu paylaşımların ifade özgürlüğü kapsamında olduğu sonucuna ulaşmıştır. Örneğin, trans bireylerin kadın tuvaletlerine girmelerine veya kadın spor etkinliklerine katılmalarına eleştirel yaklaşan ve bu konuda geleneksel ahlaki değerlere dayanan iki paylaşım hakkında yapılan başvurularda, Kurul bu paylaşımların “Nefret Dolu Davranış” Topluluk Kurallarını ihlal etmediğine karar vermiştir.¹⁸⁶ Kurul, önemli kamuoyu tartışmalarına ilişkin konularda daha fazla ifade özgürlüğünün önemine dikkat çekmiş ve paylaşımlarda ayrımcılığa yönelik açık bir çağrı bulunmadığını vurgulamıştır.

Gözetim Kurulu’nun iyi gerekçelendirilmiş ve tutarlı bir insan hakları içtihadı geliştirmeye başladığı yönünde görüşler bulunmakla beraber¹⁸⁷ Kurul’un çevrimiçi ifade özgürlüğünü genişletme konusunda yalnızca sınırlı bir başarı elde ettiği ve ifade özgürlüğünü genişleten normlar geliştirme yönündeki temel misyonunu büyük ölçüde yerine getiremediği iddia edilmiştir.¹⁸⁸ Bu durum, Kurul’un kararlarının biçimsel olarak insan hakları hukukunun kavramsal çerçevesine dayansa da, içerik bakımından statükoyu dönüştürücü bir etki yaratmakta yetersiz kaldığı şeklinde değerlendirilebilir. Kurul, ifade özgürlüğünü gerçekten genişletecek ve algoritmik sansürün sınırlarını sorgulayacak bir normatif çerçeve oluşturma konusunda temkinli davranmaktadır. Gözetim Kurulu’nun insan hakları içtihadı geliştirme yönündeki çabaları belirli bir derinlik ve metodolojik tutarlılık taşısa da, bu içtihadın çevrimiçi ifade özgürlüğü alanında dönüştürücü bir etki yaratamadığı söylenebilir.

Diğer taraftan, özellikle zayıf düzenleyici ortamlarda, devletin etkili bir denetim sağlayamadığı durumlarda Gözetim Kurulu ve olası benzeri yapılar, her şeye rağmen, özel gücün kendi içinde denetlenebilir hale gelmesini sağlamak ve kişilerin temel hakları üzerinde etki yaratan kararlarında, belirli ölçüde şeffaflık, gerekçelendirme ve temyiz imkânı sunmaktadır. Ancak bu tür mekanizmaların kamusal meşruiyet kazanabilmesi için, yalnızca şirketin itibar yönetimi aracına dönüşmemesi, yani metalaşmanın sınırlandırılması gerekir.

Gözetim Kurulu’nun varlığı ve işlevi, toplumsal anayasacılığın güç odaklarının hukukla sınırlandırılması ve bireylerin haklarının yalnızca devlete karşı değil, özel aktörlere karşı da korunması yönündeki hedefiyle örtüş-

¹⁸⁶ **Oversight Board**, *Nudity*.

¹⁸⁷ **Helfer** ve **Land**, s. 2233.

¹⁸⁸ **Inserra**, s. 1.

mektedir. Ancak özel aktörlerin kendi kurallarını koyarak ve kendi denetim mekanizmalarını işleterek fiilen bir “özel hukuk düzeni” inşa etmeleri, toplumsal anayasacılığın bu özgürleştirici arzusunun tersine, güç yoğunlaşmasının artmasına ve demokratik hesap verebilirliğin zayıflamasına yol açma potansiyeli taşımaktadır. Kamusal hukuk düzeninin yerini kısmen özel düzenlemelerin ve iç denetim mekanizmalarının aldığı bir durumda, adalet bir tür “kurumsal hizmet”e indirgenebilir. Gözetim Kurulu kamusal işlevleri yerine getiriyor gibi görünse de, bu işlev artık şirketin kurumsal itibarını, piyasa değerini ve kullanıcı güvenini koruma amacını temel alan bir yönetim aracı biçimine bürünebilir.

VI. SONUÇ

Anayasal süreçlerin yalnızca siyasal-devlet düzenlerinin hukuk sistemleri içinde ortaya çıkmadığını, aynı zamanda devlet dışı düzenlerin özel veya melez hukuk sistemlerinde de gelişebileceğini öne süren toplumsal anayasacılık, anayasal normların oluşumunu ve işlevini devletin ötesinde, farklı toplumsal alanlarda da incelemeyi mümkün kılmaktadır. Meta gibi devasa sosyal medya platformlarının milyarlarca kullanıcı üzerindeki normatif gücü, artık geleneksel devlet otoritelerinin etki alanını aşmış durumdadır. Toplumsal anayasacılık bakış açısıyla Meta’nın normatif sistemi bir anayasallaşma sürecinden geçmektedir; zira şirket kendi işlevlerini, alanlarını, süreçlerini ve yapılarını geliştirerek kurucu ve sınırlayıcı düzenlemelerle belirli bir kurumsal yetkinlik düzeyine ulaşmıştır. Topluluk Kuralları ve Değerleri çerçevesinde oluşturulan bu normatif düzen, hangi davranışların “uygun” ya da “uygunsuz” olduğuna karar veren kapsamlı bir kurallar manzumesi üretmiştir. Bu yapı, dışsal riskler karşısında kendisini belirli ölçüde sınırlayan bir ekosistemin varlığına işaret etmektedir.

Bu bağlamda, Meta’nın içerik denetimi kararlarını incelemek üzere hukukun kendisinden bağımsız ve kararları bağlayıcı bir organ olarak kurduğu Gözetim Kurulu, şirketlerin insan hakları sorumluluklarına yönelik artan toplumsal taleplerin kurumsal bir yansımasıdır. Devletlerin kapasitesinin sınırlı kaldığı ve bireylerin ulusal yargı mercilerine erişiminin güç olduğu durumlarda, bu tür ulusötesi ve yargısal nitelik taşıyan hibrit mekanizmalar, içerik denetimine ilişkin itirazların daha etkin biçimde ele alınmasına katkı sunabilmektedir. Gözetim Kurulu, dijital platformlarda hak temelli bir yönetim anlayışının yerleşmesine katkı sağlayan yenilikçi bir kurumsal model olarak değerlendirilebilir.

Gözetim Kurulu, başvuruları değerlendirirken öncelikle Meta'nın Topluluk Kuralları ve Değerleri'ni esas almakta, bunlara aykırılık tespit etmediği durumlarda ise uluslararası insan hakları hukuku ilkeleri çerçevesinde Meta'nın insan hakları sorumluluklarını incelemektedir. Kurul, ifade özgürlüğü gibi temel haklarla kamusal düzen veya güvenlik gibi menfaatler arasında makul bir denge kurmaya çalışarak bireysel hakların korunmasına belirli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, kararlarında kullandığı hukuki dil, ölçülülük analizi gibi yöntemsel araçlar ve politika önerileri aracılığıyla, Meta'nın içerik denetimi faaliyetlerinin daha şeffaf, öngörülebilir ve insan haklarına duyarlı hale gelmesine katkıda bulunmaktadır. Böylece özel bir düzen içinde anayasal değerlere benzer normların uygulanabilirliğini somutlaştırmaktadır.

Gözetim Kurulu, toplumsal anayasacılık yaklaşımın öngördüğü biçimde, anayasal ilkelerin devlet-dışı alanlarda da kurumsallaşabileceğini ve uluslararası insan hakları standartlarının özel sektörde uygulanabileceğini gösteren önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu yönüyle Gözetim Kurulu, devletin doğrudan denetim kapasitesinin sınırlı olduğu dijital ortamda hak ve özgürlüklerin korunması bakımından tamamlayıcı bir rol üstlenebilmektedir.

Bununla birlikte, Gözetim Kurulu'nun yapısı bağımsızlık, hesap verebilirlik ve katılımcılık ilkeleri açısından belirli sınırlılıklar taşımaktadır. Kurul'un yetkileri Meta'nın kurumsal iradesiyle tanımlandığından, demokratik meşruiyeti son derece sınırlı bir çerçeve içinde faaliyet göstermektedir. Bu durum, toplumsal anayasacılığın kamusal yarar ve katılım temellerinden uzaklaşarak, şirketin ticari çıkarlarını meşrulaştıran bir öz-anayasallaşma biçimine dönüşme riskini doğurmaktadır. Meta'nın finansal ve kurumsal kontrolü altında işleyen Kurul, bu haliyle etik ve hukuki bir sorumluluk mekanizması olmanın ötesinde, şirket açısından aynı zamanda ekonomik değer üreten bir araç niteliği taşımaktadır. Anayasacılığın kamu yararına dayalı "kullanım değeri"nin yerini, marka itibarı ve yatırımcı güveni gibi "değişim değerleri"nin alması, toplumsal anayasacılığın piyasa mantığı içinde metalaşması sonucunu doğurabilir.

Meta Gözetim Kurulu tecrübesi dijital çağda özel alanın anayasallaşmasının hem imkânlarını hem de sınırlarını göstermektedir. Özel alanın anayasallaşması, bunun doğruluğundan ya da yanlışlığından bağımsız olarak mümkündür ancak sürecin demokratik temsiliyet ile bağı kuralamadığında, anayasacılık toplumsal yönü zayıflayan, özel çıkarlara hizmet eden ve metalaşma riski içeren bir yönetim biçimine dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya

kalacaktır. Böyle bir durumda anayasal söylem, kurumsal meşruiyet üretiminin bir aracı haline gelecek, insan hakları dili ise toplumsal güç ilişkilerini dönüştürmek yerine şirketin marka itibarı ve piyasa konumunu güçlendiren bir çerçeveye indirgenmiş olacaktır.

Dolayısıyla, Gözetim Kurulu'nun, yalnızca Meta'nın kurumsal meşruiyetini pekiştiren bir araç olmanın ötesine geçerek, gerçek anlamda anayasal bir işlev üstlenebilmesi için bağımsızlık, hesap verebilirlik ve katılımcılık ilkeleriyle güçlendirilmesi gerekmektedir. Kurul'un karar alma süreçlerinin şeffaflaştırılması, finansal ve yapısal bağımsızlığının güvence altına alınması ve paydaş katılımının artırılması, dijital platformlarda kamusal nitelikli bir denetim kültürünün yerleşmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu tür ilkelerle desteklenmeyen bir yapının, anayasal değerleri içselleştirmek yerine onları araçsallaştırma tehlikesi vardır. Zira, demokratik meşruiyetten yoksun, tek taraflı belirlenmiş kurumsal çerçeveler içinde işleyen mekanizmalar, görünürde insan haklarına duyarlı bir yönetim modeli sunsalar dahi, özünde şirketin piyasa konumunu ve itibarını güçlendiren bir işlev görebilir.

Bu nedenle Gözetim Kurulu'nun meşruiyeti, yalnızca Meta'nın kendi politikalarıyla uyumlu hareket etmesinden değil, aynı zamanda kamu yararını, insan haysiyetini ve temel hakları önceleyen bağımsız bir normatif çerçeve içinde karar alabilmesinden kaynaklanmalıdır. Aksi halde, anayasacılığın özünde yer alan toplumsal dengeyi sağlama ve kamusal denetimi mümkün kılma işlevi zayıflayacak, insan hakları dili, kurumsal sorumluluk söylemi içinde eriyerek anlamını yitirecektir. Böyle bir süreç, anayasacılığın kamusal niteliğinin aşınmasına, özel çıkarlara hizmet etmesine, temel hakların piyasa mantığı içinde araçsallaşmasına ve nihayetinde anayasacılığın, özel gücü sınırlandırmak yerine onu yeniden üreten bir piyasa meşruiyeti mekanizmasının parçası haline gelerek metalaşması ihtimalini güçlendirecektir.

KAYNAKÇA

- Ang**, Peng Hwa ve **Haristya**, Sherly, “The Governance, Legitimacy and Efficacy of Facebook’s Oversight Board: A Model for Global Tech Platforms?”, *Emerging Media*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2024, s. 169-180.
- Backer** Larry Catá, “Transnational Corporations’ Outward Expression of Inward Self-Constitution: The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc.”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2013, s. 805-879.
- Barata**, Joan, *The Decisions of the Oversight Board from the Perspective of International Human Rights Law*, 2022, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2022/10/The-Decisions-of-the-OSB-from-the-Perspective-of-Intl-Human-Rights-Law-Joan-Barata-.pdf> (Erişim Tarihi: 29.09.2025).
- Barbosa**, Laise Milena, “Meta’s Oversight Board: First Empirical Insights”, *Graz Law Working Paper No.09-2023*, 8 Mayıs 2023, <https://ssrn.com/abstract=4441789>, (Erişim Tarihi: 21.09.2025).
- Benesch**, Susan, “But Facebook’s Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies”, *Yale Journal on Regulation Bulletin*, Cilt: 38, 2020, s. 86-111.
- Blanc**, Sandrine, “Deliberative Democracy and Corporate Constitutionalism: Considering Corporate Constitutional Courts”, *Journal of Business Ethics*, Cilt: 188, Sayı: 1, 2023, s. 1-15.
- Bottomley**, Stephen, *The Constitutional Corporation: Rethinking Corporate Governance*, Aldington, Ashgate, 2007.
- Bottomore**, Tom, *Marksist Düşünce Sözlüğü (Çeviriyi Der. Mete Tunçay)*, İstanbul, İletişim Yayınları, 1993.
- Business Social Responsibility**, *Human Rights Due Diligence of Meta’s Impacts in Israel and Palestine in May 2021: Insights and Recommendations*, Eylül 2022, <https://www.bsr.org/en/blog/human-rights-due-diligence-of-meta-impacts-in-israel-and-palestine-may-2021>, s. 4. (Erişim Tarihi: 18.09.2025).
- Carvalho**, Luís Francisco ve **João** Rodrigues, “Are markets everywhere? Understanding contemporary processes of commodification”, *The Elgar Companion to Social Economics* (Der: **Davis**, John B. ve **Wilfred**, Dolfsma), Cheltenham, Edward Elgar, 2008, s. 267-286.
- Celeste**, Edoardo, *Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights*, Londra: Routledge, 2022.
- Deva**, Surya, “The UN Guiding Principles’ Orbit and Other Regulatory Regimes in the Business and Human Rights Universe: Managing the Interface”, *Business and Human Rights Journal*, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 336-351.
- Douek**, Evelyn, “The Meta Oversight Board and the Empty Promise of Legitimacy,” *Harvard Journal of Law & Technology*, Cilt: 37, Sayı: 2, 2024, s. 373-445.
- Dvoskin**, Brenda, “Expert Governance of Online Speech,” *Harvard International Law Journal*, Cilt: 64, Sayı: 1, 2023, s. 86-135.

- Fontana**, David ve **Schleicher**, David, “Private Supreme Courts”, *Arizona Law Review*, Cilt: 66, Sayı: 3, s. 689-738.
- Golia**, Angelo Jr. “Critique of digital constitutionalism: Deconstruction and reconstruction from a societal perspective”, *Global Constitutionalism*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2024, s. 488-518.
- Golia**, Angelo Jr, “The Transformative Potential of Meta’s Oversight Board: Strategic Litigation within the Digital Constitution?”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2023, s. 325-362.
- Golia**, Angelo, Jr. ve **Teubner**, Gunther, “Societal constitutionalism: Deconstruction of State-Centrism and Construction of a Constitutional Theory for the Digital Age” (18 Nisan 2024), (Der. **Gregorio**, Giovanni De, **Pollicino**, Oreste, **Valcke**, Peggy), *The Oxford Handbook on Digital Constitutionalism* SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4799241> (Erişim Tarihi: 5 Kasım 2025).
- Golia**, Angelo, Jr. ve **Teubner**, Gunther, “Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates”, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Cilt: 15, Sayı: 4, 2021, s. 357-411.
- Gulati**, Rishi, “Meta’s Oversight Board and Transnational Hybrid Adjudication-What Consequences for International Law?”, *German Law Journal*, Cilt: 24, Sayı: 3, 2023, s. 473-493.
- Helfer**, Lawrence. R. ve **Land**, Molly K., “The Meta Oversight Board’s Human Rights Future”, *Cardozo Law Review*, Cilt: 44, Sayı: 6, 2023, s. 2233-2300.
- Huang**, Tao, “Mapping the Jurisprudence of the Facebook Court”, *Buffalo Law Review*, Cilt: 72, Sayı: 1, 2024, s. 109-177.
- Human Rights Watch**, *Meta’s Broken Promises: Systemic Censorship of Palestine Content on Instagram and Facebook*, 2023, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/12/ip_meta1223%20web.pdf. s. 1 (Erişim Tarihi: 18.09.2025).
- Insera**, David, “Exploring the Effectiveness of the Oversight Board as a Mechanism for Supporting Online Expression”, 2025, <https://ssrn.com/abstract=5296932> (Erişim Tarihi: 14.09. 2025).
- Kadri**, Thomas E. “Juridical Discourse for Platforms”, *Harvard Law Review Forum*, Cilt: 136, Sayı: 2, s. 163-204.
- Kampourakis**, Ioannis, “CSR and Social Rights: Juxtaposing Societal Constitutionalism and Rights-Based Approaches Imposing Human Rights Obligations on Corporations”, *Goettingen Journal of International Law*, Cilt: 9, Sayı: 3, 2019, s. 537-569.
- Keller**, Clara Iglesias, ve **Pereira**, Jane Reis G., “Digital constitutionalism as an online speech governance framework: A critical approach,” (Der: **Döhmman**, Indra Spiecker gen., **Mendes**, Laura Schertel, **Campos**, Ricardo R., *Digital Constitutionalism*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2025, s. 91-130.
- Kjaer**, Paul F., *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, 2014, Londra, Routledge.

- Klonick**, Kate, “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression”, Yale Law Journal, Cilt: 129, Sayı: 8, 2020, s. 2418-2499.
- Kulick**, Andreas, “Meta’s Oversight Board and Beyond - Corporations as Interpreters and Adjudicators of International Human Rights”, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Cilt: 22, Sayı: 1, 2022, s. 161-193.
- Lawfare**, “Empirical Facebook Oversight Board”, Lawfare Blog, <https://www.lawfaremedia.org/test/fob-blog/empirical-fob>. (Erişim Tarihi: 19.09.2025).
- Lorenzo**, Gradoni, “Constitutional Review via Facebook’s Oversight Board: How Platform Governance Had Its Marbury v. Madison,” Verfassungsblog (blog), February 10, 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).
- McCorquodale**, Robert, Business and Human Rights. Oxford, Oxford University Press, 2024.
- Meta**, Bi-Annual Reports on the Oversight Board, 2025, <https://transparency.meta.com/tr-tr/oversight/meta-biannual-updates-on-the-oversight-board/> (Erişim Tarihi: 17.09.2025).
- Meta**, Topluluk Kuralları, Nefret Dolu Davranışlar <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/hate-speech/> (Erişim Tarihi: 14.09.2025).
- Meta**, Topluluk Kuralları, Tehlikeli Örgütler ve Kişiler, <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/dangerous-individuals-organizations/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Meta**, Topluluk Kuralları, Yetişkin Çıplaklığı ve Cinselliği, <https://transparency.meta.com/tr-tr/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/> (Erişim Tarihi: 17.09.2025).
- Meta**, Human Rights Report: Insights and actions, 2022, <https://humanrights.fb.com/wp-content/uploads/2023/09/2022-Meta-Human-Rights-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).
- Meta**, Corporate Human Rights Policy, Mart 2022, <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2021/03/Facebooks-Corporate-Human-Rights-Policy.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.09.2025).
- Muniz da Conceição**, Lucas Henrique, “A constitutional reflector? Assessing societal and digital constitutionalism in Meta’s Oversight Board”, Global Constitutionalism, Cilt: 13, Sayı: 3, 2024, s. 557-590.
- Orts**, Eric W. ve **Sepinwall**, Amy J., “Collective Goods and the Court: A Theory of Constitutional Commodification”, Washington University Law Review, Cilt 7, Sayı 3, 2020, s. 637-692.
- Oversight Board**, 2024 Annual Report, <https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2025/08/2024-Annual-Report.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, Meet Our Board Members Around the World, <https://www.oversightboard.com/meet-the-board/> (Erişim Tarihi: 7.09.2025).

- Oversight Board**, Oversight Board Charter, https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2024/03/OB_Charter_March_2024.pdf, (Erişim Tarihi: 7.09. 2025).
- Oversight Board**, Overarching Criteria for Case Selection, 2024, https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2024/05/OSB_Overarching-Criteria-Doc_March-2024.pdf, (Erişim Tarihi: 8.09.2025).
- Oversight Board**, Strategic Priorities, <https://www.oversightboard.com/strategic-priorities/> (Erişim Tarihi: 8.09.2025).
- Oversight Board**, Oversight Board Bylaws, <https://www.oversightboard.com/wp-content/uploads/2025/07/Oversight-Board-Bylaws-June-2025.pdf>, (Erişim Tarihi: 8.09.2025).
- Oversight Board**, Explore Our Recommendation Tracker, <https://www.oversightboard.com/recommendation-tracker/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).
- Oversight Board**, How We Assess Meta’s Responses, <https://www.oversightboard.com/recommendation-tracker/> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).
- Oversight Board**, Case Decisions and Policy Advisory Opinions <https://www.oversightboard.com/decision/> (Erişim Tarihi: 11.09.2025).
- Sciulli**, David, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, New York, Cambridge University Press, 1992.
- Sheffi**, Nofar, “Societal Constitutionalism, Reviewed and Re-Viewed”, *Annual Review of Law and Social Science*, Cilt: 21, Sayı: 1, 2025, s. 35-53.
- Shiffman**, Naomi, **Miller**, Carly, **Yagnam**, Manuel Parra, ve **Flores-Saviaga**, Claudia, “Burden of Proof: Lessons Learned for Regulators from the Oversight Board’s Implementation Work”, *Journal of Online Trust and Safety*, Cilt: 2, Sayı: 2, 2024, s. 1-23.
- Swati**, Srivastava “Algorithmic Governance and the International Politics of Big Tech”, *Perspectives on Politics*. Cilt: 21, Sayı: 3, 2023, s. 989-1000.
- Teubner**, Gunther, “Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli”, (Der. Paul **Blokker** ve Chris, **Thornhill**), *Sociological Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 313-340.
- Teubner** Gunther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Teubner**, Gunther, “Self-constitutionalizing TNCs? On the Linkage of ‘Private’ and ‘Public’ Corporate Codes of Conduct”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 18, Sayı: 2, 2011, s. 617-638.
- Teubner**, Gunther, “Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State”, (Der. **Dobner**, Petra. ve **Loughlin**, Martin), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 328-42.
- Teubner**, Gunther, “Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory?”, (Der: **Joerges**, Christian, **Sand**, Inger-Johanne, **Teubner**, Gunther.) *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 3-28.

- Teubner**, Gunther, ve **Golia**, Angelo Jr., “Societal Constitutionalism in the Digital World: An Introduction”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2023, s.1-23.
- Tiedeke**, Anna Sophia ve **Fertmann**, Martin, “A Love Triangle? Mapping Interactions between International Human Rights Institutions, Meta and Its Oversight Board”, *The European Journal of International Law*, Cilt: 34, Sayı: 4, 2023, s. 907-938.
- Tuovinen**, Juha, “The Meta Oversight Board in the Trump Era: A Subtle Shift with Far-Reaching Consequences?”, 2025, *VerfBlog*, 2025/5/26, <https://verfassungsblog.de/the-meta-oversight-board-in-the-trump-era/> (Erişim Tarihi: 22.09.2025).
- United Nations Human Rights Council**, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, U.N. Doc. A/HRC/38/35, (Apr. 6, 2018), (Erişim Tarihi: 22.09.2025).
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner**, The Rabat Plan of Action, 5 October 2012, <https://www.ohchr.org/en/documents/outcome-documents/rabat-plan-action>, (Erişim Tarihi: 14.09.2025).
- United Nations International Covenant on Civil and Political Rights Human Rights Committee**, General Comment No: 34 Article 19: Freedoms of opinion and expression, 102nd session CCPR/C/GC/34 (Cenevre, 11-29 Temmuz 2011) <https://docs.un.org/en/CCPR/C/GC/34>, (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Walker**, Neil, “Taking Constitutionalism Beyond the State,” *Political Studies*, Cilt: 56, Sayı: 3, 2008 s. 519-543.
- Wolfstetter**, René ve **Li**, Yingru, “Business and Human Rights Regulation After the UN Guiding Principles: Accountability, Governance, Effectiveness”, *Human Rights Review*, Cilt: 23, Sayı: 1, 2022, s. 1-17.
- Wong**, David ve **Floridi**, Luciano, “Meta’s Oversight Board: A Review and Critical Assessment,” *Minds and Machines*, Cilt: 33, Sayı: 3, 2023, s. 261-284.
- Yıldırım**, Engin, *İş Dünyası ve İnsan Hakları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2025.

Meta Gözetim Kurulu Kararları

- Oversight Board**, *Comment Stating Romani “Should Not Exist”*, 2025-053-FB-UA (Jul.31, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-ll5obqyh/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Oversight Board**, *Criticism of EU Migration Policies and Immigrants*, Multiple Case Decision, (Apr.23, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-lj939ea3/2025-003-FB-UA,2025-004-FB-UA>, (Erişim Tarihi: 14.09.2025).
- Oversight Board**, *Posts Supporting UK Riots*, Multiple Case Decision, (Apr.23, 2025), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-6aqh3lt6/> (Erişim Tarihi: 14.09.2025).
- Oversight Board**, *Posts That Include “From the River to the Sea”*, Case decision 2024-FB-TDOKI4L8 (Sep. 4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-86tj0rk5/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).

- Oversight Board**, *Statements Targeting Indigenous Australians*, Multiple Case Decision, (Aug. 1, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/bun-2fozdyiz/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Oversight Board**, *Reports on the War in Gaza*, OVERSIGHT BD. (June 4, 2024) <https://www.oversightboard.com/decision/bun-jexzgiy5/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, *Threat of Violence Against the Rohingya People*, Case Decision 2024-033-FB-UA, (June 4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-3vis8b1r/> (Erişim Tarihi: 13.09.2025).
- Oversight Board**, *Dehumanizing Comments about People in Gaza*, Case decision, 2024-026-FB-UA, (Apr. 18, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-o78k5lg3/> (Erişim Tarihi: 14.09. 2025).
- Oversight Board**, *Washington Post Article on Israel-Palestine*, Case decision 2024-FB-8RTRZY6Q (Apr. 4, 2024), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-8rtrzy6q/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Oversight Board**, *Referring to Designated Dangerous Individuals as “Shaheed”* PAO-LOPP03UK/, OVERSIGHT BD. (Mar. 26, 2024) <https://www.oversightboard.com/decision/PAO-LOPP03UK/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, *Political dispute ahead of Turkish elections*, Case Decision 2023-007-FB-UA, 2023- 008-FB-UA, 2023-009-IG-UA, (Aug. 23, 2023), <https://www.oversightboard.com/decision/fb-t8jdddjv/> (Erişim Tarihi: 15.09.2025).
- Oversight Board**, *Gender identity and nudity*, Case Decision 2022-009-IG-UA and 2022-010-IG-UA, OVERSIGHT BD. (Jan. 17, 2023), <https://www.oversightboard.com/decision/BUN-IH313ZHJ/> (Erişim Tarihi: 13.09. 2025).
- Oversight Board**, *Asking for Adderall*, Case Decision 2021-015-FB-UA, OVERSIGHT BD. (Feb. 1, 2022), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-Q72FD6YL/> (Erişim Tarihi: 13.09.2025).
- Oversight Board**, *Pro-Navalny Protests in Russia*, Case Decision 2021-004-FB-UA, OVERSIGHT BD. (May 26, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-6YHRXHZR/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, *Former President Trump’s suspension*, Case Decision, 2021-001-FB-FBR, OVERSIGHT BD. (May 5, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/> (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, *Breast cancer symptoms and nudity*, Case Decision 2020-004-IG-UA, OVERSIGHT BD. (Jan. 28, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/>. (Erişim Tarihi: 16.09.2025).
- Oversight Board**, *Nazi Quote*, Case Decision 2020-005-FB-UA OVERSIGHT BD. (Jan. 28, 2021), <https://www.oversightboard.com/decision/FB-2RDRCVQ/>. (Erişim Tarihi: 13.09. 2025).
- Oversight Board**, *Armenians in Azerbaijan*, Case Decision 2020-003-FB-UA OVERSIGHT BD. (Jan. 18, 2021) <https://www.oversightboard.com/decision/FB-QBJDASCV/>, (Erişim Tarihi: 12.09. 2025).

ESKİ MISIR'DA “MAAT-DÜZEN-ADALET” KAVRAMI IŞIĞINDA KUTSAL VE SİYASAL, TABAKALI TOPLUM, DEVLETİN ZAYIFI KORUMA ÖDEVİ (MÖ 2300 - 1750)^(*)

Doç. Dr. İzzet ÇIVGIN^(**)

Öz: Eski Mısır'da *Maat* terimi, uyum, hakikat, adalet, doğruluk, ahlak, denge, kozmik ve sosyal düzen gibi soyut kavramları karşıladığı gibi, bir tanrıçanın kişileştirilmiş haliydi. Siyasal ve toplumsal *Maat*'ın yaşamasının koşulu fiziksel-doğal *Maat*'ın (taşkın ve bereketin) Mısır'a hâkim olabilmesiydi. Devlet, kozmik ve toplumsal uyumun birlikte sürmesi adına tarihi aşan bir işleve sahipti. O, Yaratılışla başlayan ve toplumların varlıklarını sürdürmelerinin koşulu olan Yaşamın ve kozmik düzenin sürekliliği için kaçınılmaz biçimde var olması gereken tarih-üstü bir kurumdu. Kutsal, dünyevi ihtiyaçların gereği olarak inşa edilmişti. Dünyevi düzenin (Yaşamın, yani *insan toplumlarının geçimlerinin*) garantörü olan devletin (ve bunların kaçınılmaz kıldığı hiyerarşik siyasal-toplumsal örgütlenmenin) meşruiyeti Kutsal marifetiyle kurulurdu. Düzenin güçsüz-zayıf-yoksul var olmadan sürdürülemeyeceğine inanılıyordu ama bunlar (statüleri-konumları aynı kalsa da) korunmalıydılar. *Maat*-Adalet kavramının anlamı burada gizliydi. Bu manzarada, odak, mutlak surette “kutsalın ve siyasalın sürekliliğini sağlayan devlet” idi.

Anahtar Kelimeler: *Maat*, Eski Mısır, Adalet, Kozmik ve Toplumsal Düzen, Kutsal ve Siyasal.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 08.08.2025 - Makale Kabul Tarihi: 14.11.2025.

^(**) Mardin Artuklu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölümü, İktisat Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Mardin - Türkiye,

E-posta: izzetcivgin@yahoo.fr,

Orcid: 0000-0003-0338-0929.

MAAT-ORDER-JUSTICE IN ANCIENT EGYPT: SACRED AND POLITICAL, STRATIFIED SOCIETY, PROTECTING THE WEAK FROM THE STRONG (2300 - 1750 BCE)

Abstract: The ancient Egyptian term of *Maat* was both the abstract concept of harmony, justice, rightness, morality, balance, truth, cosmic and social order, as well as its personification as a goddess. The condition for the existence of *Maat* as political and social order is the presence of *Maat* as cosmic order (especially the Nile flooded, carrying rich silt from volcanic uplands onto Egyptian fields). The State is presented in ancient Egyptian literature as ever-present timeless phenomena responsible for the simultaneous continuation of cosmic and social harmony. It is an institution coeval with Creation and Life. The Sacred is a source of legitimacy of the political rule and the hierarchical organization it necessitates. In ancient Egypt, *Maat* is a specific virtue of pharaohs and their officials who are required to live *Maat*. As a principle of vertical justice, *Maat* presupposes the Weak, the Poor, the Widow, and the Orphan for protection.

Keywords: *Maat*, Ancient Egypt, Justice, Cosmic and Social Order, The Sacred and the Political.

GİRİŞ

Erken uygarlıklardan Ortaçağ'a ve hatta modern zamanlara aktarılan, siyasal seçkinlerin hevesle benimseyip uygulamaya geçirdikleri bir “düzen” anlayışı var mı? Mısırlıların “maat” terimiyle tarif ettikleri kozmik-kutsal-siyasal-toplumsal düzen tasavvuru, sonraki uygarlıklara esin vermiş kalıcı bir tema olabilir. Eski Mısır'da bir tanrıçanın adı olan *maat* sözcüğü, siyasal düzeni, adaleti ve toplumsal istikrar için gerekli olan bereketi tanımlamaya yarıyordu. *Maat*ın karşıtı olan *isfet* kavramı ise, düzensizlik-adaletsizlik ve kaos anlamını veriyordu. Yeryüzünde ortaya çıkmış en erken iki uygarlıktan birinde, adalet ile tanrısal irade arasında sıkı bir bağlantı vardı ve düzen-adalet hem toplumsal hiyerarşi hem de yoksulun-güçsüzün devletçe korunması olarak tezahür ediyordu. Buna göre, devlet, yaratılış ile başlayan yaşamı ve düzeni koruyan aygıttı, düzenin sürekliliği de adalet ile mümkündü; adalet ise, verili toplumsal hiyerarşileri meşrulaştıran ama devleti de güçsüzü ve yoksulu korumakla yükümlü tutan olgu idi.

Eski Mısırlılar, ülkelerini Nil taşkını sonrasında tarlalara bereket getiren alüvyonla örtüldüğü için *Kemet* (Kara Toprak), Aşağı ve Yukarı Mısır'ın (Nil Deltası ile Nil Vadisi) birleşmesiyle oluştuğu için de *İki Ülke* olarak adlandırıyorlardı. Erken Krallık (MÖ 3100-2700) ve Eski Krallık (2700-2200) boyunca ortaya çıkan ve devletin niçin var olduğunu (olması gerektiğini) açıklayan İki Ülke - Dışarı karşıtlığının temelini ise “maat-isfet” (düzen-kaos) kavram çifti oluşturuyordu. Kral, kuraklığı-kıtlığı-verimsizliği, düşmanı, düzensizliği alt edip ülkesine zafer ve bereket getiren, hayat veren kişiydi. Eski Mısır dilindeki iki sözcük, *maat* (dirlik) ve *isfet* (düzensizlik), kral-merkezli rejimin anahtar terimleriydi. Yönetici, dirliği tesis edip düzensizliği ülkeden kovmakla yükümlüydü. Düzen ihtiyacının sürekli vurgulandığı ülkede, devlet ve onu temsil eden kral yüceltilmeliydi¹.

Klasik Mısır anlayışına göre devlet, dünyanın devranını sağlayan ve bireylere ölümden sonra yaşam garantisi veren, *Maat*'ın (gerçeğin ve adaletin) uygulamasını düzene sokan bir selamet kurumudur².

¹ İzzet, Çivgin, İlkçağ Tarihi, Ankara 2010, s. 79.

² Jan, Assmann, Kültürel Bellek: Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik (Kültürel Bellek), (çev. A. Tekin, İstanbul 2001, s. 287.

Tablo 1: Eski Mısır'ın Tarihi Dönemleri³

Tarihler	Kemet: Yukarı ve Aşağı Mısır (İki Ülke)
MÖ 3100-2700	Erken Hanedanlar (1-2. Hanedanlar)
MÖ 2700-2200	Eski Krallık (3-6. Hanedanlar)
MÖ 2200-2050	Birinci Ara Dönem (8-11. Hanedanlar)
MÖ 2050-1750	Orta Krallık (11-13. Hanedanlar)
MÖ 1750-1540	İkinci Ara Dönem (14-17. Hanedanlar)
MÖ 1540-1070	Yeni Krallık (18-20. Hanedanlar)
MÖ 1070-664	Üçüncü Ara Dönem (21-25. Hanedanlar)
MÖ 664-332	Geç Dönem (26-31. Hanedanlar)
MÖ 332-30	Helenistik Dönem (Grek Ptolemaios Hanedanı)
MÖ 30 - MS 395	Roma İmparatorluğu'nun Eyaleti Olarak Mısır

Maat terimi zikredildiğinde akla aynı zamanda Yaratıcı Atum'un kızı *Tefnut* gelir. Doğa güçlerinden nemi-yağmuru temsil eden *Tefnut*'un diğer adı *Maat*'tır. Büyük olasılıkla, hemen bütün bölgelerde (Aşağı ve Yukarı Mısır'da da) tahıl ve diğer ekinlerin ancak düzenli yağış ile büyümeleri, Nil Vadisi'ne bereket getiren taşkınının da yağışlı mevsimlerde gerçekleşmesi nedeniyle, yağmur Eski Mısırlıların gözünde *düzeni* temsil ediyordu. Düzen (Yaratıcının kızı *Tefnut*: yağmur) ile yaşam (Yaratıcının oğlu *Şu*: boşluk - kuru hava) ikiz kardeş olduklarından, Mısır kavrayışında Yaşamı güvenli kıldığı düşünülen dini-ahlaki-kozmolojik pek çok olgu *maat*-düzen ile özdeşleştirilirdi.

Maat, Yaratılış eyleminin sonuçlarından biri olarak doğa ve toplum için “doğru düzen”in işlemeye başlamasına karşılık gelir ve bu yüzden de “doğru, isabetli, adil, düzenli, gerçek-hakiki” olan birden çok unsura vurgu yapar. *Maat*, tek tek toplum üyelerini kapsayacak biçimde genişletildiğinde, “doğru-adil düzen”in ötesinde, “insan etkinliğinin amacı” olarak da anlaşılır. Tabii terimi duyduğumuzda ilk aklımıza gelmesi gerekenler yine de toplumsal düzen ve adalet olmalıdır⁴.

³ İzzet, Çıvgın, “12. Hanedan'ın (MÖ. 1991-1782) Aşağı Nübye'de Kurduğu Kale-Üsler ya da 'Eski Mısır Yayılmacılığı'nın Başlangıcı' (‘12. Hanedan’), Tarih Okulu Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 28, 2016, s. 4.

⁴ R. James, Ferguson, “The ancient Egyptian concept of Maat: Reflections on social justice and natural order”, CEWCES Research Papers, Paper 13, 2016, s. 4-5, 7.

Eski Yunan’da da *dike* terimi neredeyse tamamen *maat* ile aynı anlama gelir. *Dike* de bir tanrıçadır. Yanlış-adaletsizliğe savaş açmış, insanların yasalar ile adil muamele görmeleri ve haksızlığa karşı korunmaları gerektiğine iman etmiş bir tanrıça... Tanrıların kralı Zeus, haksızlıkları cezalandırmak istediğinde, *Dike* olay yerinde hazır bulunur ve Zeus’un doğru kararı vermesi için uğraşır. *Maat*ın nasıl karşıtı (*isfet*) varsa, *Dike*’nin de vardır: *Adicia*. *Dike*, sıklıkla *Adicia* ile adalet ve doğruluk için kavga ederken resmedilir⁵.

Dike’nin bir özelliği daha, onun Eski Mısır mitolojisi ve dolayısıyla siyaset felsefesi ile ne kadar benzer özellikler sergilediğini kanıtlar. *Zeus* ile *Themis*’in kızları olan üç tanrıça, Grekçe *Horae* (saatler) olarak bilinen mevsimlerin koruyucusudurlar. Üç kız-kardeşten *Eirene* barışın, *Eunomia* düzenin, *Dike* adaletin vücut bulmuş halleridirler. *Dike*, *Horae*’nin bir üyesi olarak insanların mevsim hareketlerini öngörmelerini sağlar, bolluk-bereket-refah için çiftçilere yardım eder⁶. Mısır zihniyetinde düzen ve adalet aynı anlama geliyorlardı ve iki kavram da *maat* ile ifade ediliyordu. Eski Yunan kavrayışı ise bu ikisini ayırıştırır ama onları mitolojik anlatıda kardeş yaparak aynı bütünün parçaları olduklarını hissettirir.

Maat Eski Mısır’da bazen *Ra*’nın *Ka*’sı (yaşam gücü) olarak sunulur ki bu kavrayış Yaratıcı Atum-Ra’nın yaratıcı eyleminin oğlu *Şu* (yaşam) ve kızı *Tefnut* (*maat*-düzen) tarafından sürdürüleceği yönündeki önermeyle uyumludur. *Maat*ı nihai adalet ve doğruluk açısından bir umut ilkesi ve vaat olarak değerlendirmek de mümkündür, *maat* ancak insanlar onu talep ettiklerinde gerçekleşecektir.

“*Maat*, Tanrı’nın büyük armağanıdır,

Tanrı, talep edenlere (arzulayanlara) verir o armağanı.

Tanrı’nın gücüdür, ona benzeyendir *maat*,

Mazlumu, zalimden kurtaran güçtür”⁷.

Soyut bir adalet tahayyülünün somut bir karşılığının olmaması düşünülebilir mi? Firavunlar ve yüksek memurlar, devlet ile uyrukların ilişkilerinin *maat*-adalet çerçevesinde kurulacağını sözünü verirler: Adaletle, Adalet

⁵ Kathleen N., **Daly**, Greek and Roman Mythology A to Z, New York 2009, s. 45.

⁶ **Daly**, s. 45.

⁷ **Ferguson**, s. 15.

aracılığıyla, Adalet içinde yönetmek. 5. Hanedan Devri (2510-2340) gibi erken bir zamanda bile Mısır vezirleri *Maat*'ın hizmetkârı, yargıçlar *Maat*'ın rahibi olarak tanımlanmışlardır⁸.

I. ERKEN HANEDANLAR (MÖ 3100-2700) VE ESKİ KRALLIK (MÖ 2700-2200)

Mısır uygarlığının ortaya çıkışı ile ülkeyi sulayan Nil Irmağı arasında muazzam bir ilişki vardır. Nil iki koldan beslenir: Etiyopya kökenli Mavi Nil ile Orta Afrika'da doğan Beyaz Nil. Gücünü Etiyopya dağlarına inen yağmurlardan alan ve Nil'in toplam debisinin 2/3'ünü oluşturan Mavi Nil Hartum'da Beyaz Nil'e katılır. Her yıl Ağustos ayının başında Nil'in suları yükselmeye başlar ve ayın ortasında taşkın bütün kıyılara ulaşır; taşkın, ekilebilir ovalardan haftalarca ayrılmaz. Tarım arazileri alüvyona kavuştuğundan, işgal yıkım değil bereket getirir: Taşkın çekildiğinde sulanmış ve gübrelenmiş olan toprak, artık ekime hazırdır. Taşkın ırmak boyunca uzanan engebeli ve dar ovayı parçalara böldüğü için, Mısırlıların kolaylıkla ekim-hayat yapabilecekleri büyüklükteki tarlaların sınırları doğal biçimde çizilmiş olur. Başka bir deyişle, taşkın nüfusla uyumlu yerleşimlerin ortaya çıkmasını sağlar; bunların bazıları zamanla "yerel krallıklar" halinde örgütlenecektir⁹.

Eski Mısır'da coğrafi terimler Nil'in konumuna göre oluşturulmuşlardır. Ülke dış dünyaya göre güneydedir: Irmak ve taşkın da güneyden gelir. Güney Yukarı Mısır, kuzey Aşağı Mısır'dır. Mısırlı, ülkesini adlandırırken de ırmakla bağlantılı kavramlar kullanır: "Yukarı ve Aşağı Mısır"a ya da Nil Vadisi ve Deltası'na karşılık gelen "İki Ülke" gibi. Nil ile Mısır'ı özdeş gören bir başka adlandırma "İki Kıyı"dır. Havzaya bereket getiren taşkın sırasında ovalar alüvyonla kaplandığı için Mısır'a "Kara Ülke" de denir. Mısırlıların başka bir ırmak tasavvuru olmadığından Nil'e özel bir ad verilmez; o yalnızca *Iteru*, yani ırmaktır¹⁰.

Mısır'a bereket getiren Nil, ülkenin ortak bir zihniyette-değerlerde-ideolojide birleşmesini sağlamıştır. Mısır kozmogonileri, Yaratılış ile taşkın ve devletleşme arasında bağ kurarlar. Mısır devletinin doğum yeri güneydir,

⁸ Ferguson, s. 23.

⁹ Toby, A. H. **Wilkinson**, The Rise and Fall of Ancient Egypt (The Rise and Fall), New York 2011, s. 28-29; İzzet, **Çıvgın**, "Ön ve Erken Hanedanlar Devri'nde (MÖ 3300-3000) Levant'ta Kurulan Ticaret Kolonilerinin Mısır Devletleşmesine Katkısı" ("Ön ve Erken Hanedanlar Devri"), Tarih, Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 101.

¹⁰ **Wilkinson**, The Rise and Fall, s. 32-33; **Çıvgın**, "Ön ve Erken Hanedanlar Devri", s. 102.

Aşağı Mısır'dır. Narmer Paleti olarak bilinen esere göre, ilkin Yukarı Mısır'ın mutlak hâkimi olan Narmer, MÖ 3100'de Aşağı Mısır'ı, yani Delta'yı fethederek iki ülkeyi birleştirmiştir. Mısır kavrayışına göre, devletin kuruluş anı, Yukarı ve Aşağı Mısır'ın birleşme-bütünleşme anıdır. Bunu başaran ilk kral da (büyük olasılıkla Narmer) *menes*, yani "kurucu" olarak adlandırılır¹¹.

İki Ülke birleşince krallar önce çifte taç giymişlerdir, sonraları tek taç. Ama tek taç üzerinde birleşme öncesinde iki ülkeyi temsil eden tanrıların, Horus ile Seth'in simgeleri vardır: "Kralın hükmettiği devlet, mitolojik döneme ait iki tanrının gerçekleştirdiği ve her yeni kralın tahta çıkışıyla yeniden kurduğu bir birleşmenin sonucudur"¹². İki tanrı ayrıca düzen (*maat*) ile kaos (*isfet*) arasındaki ebedi mücadeleyi simgelemektedir: Horus uygarlık ve adaleti, Seth yabanıllık ve şiddeti temsil eder. Birlik, ancak bu karşıt ilkelere barışmasıyla (daha doğrusu birinin diğerine boyun eğmesiyle) sağlanır. Adalet-düzenin hâkim kılınması, şiddet-kaosun bozguna uğratılıp denetim altına alınmasıyla mümkündür. Birleşme, mazide kalmış (tamamlanmış) bir durum değil kesintisiz bir projedir. "Birlik hep sorun yaratır, kendiliğinden ortaya çıkmaz ama her an dağılma tehlikesi vardır". Mısır devletinin 3 bin yıllık benzersiz ömrünün sırrı buradadır: Bölünme tehdidi hatırd tutulursa birlik ve düzenin mücadeleye kurulduğu unutulmaz¹³. "İki ülke üzerindeki hükümlanlık, Mısır dilinde *tam hükümlanlık* ya da *tek hükümlanlık* olarak adlandırılan bütün üzerinde hükümlanlık anlamına gelir. İki ülke birleşir ve güneş tanrısının yarattıktan sonra sorumluluğunu krala devrettiği bir dünya haline gelirler"¹⁴.

Mısır kralları, Erken Hanedanlar Devri'nde (MÖ 3100-2700) sınır güvenliğini sağlamak ve seçkinlerin kendilerini nüfusun kalanından ayırt etmelerine yarayan egzotik mallar ile kamusal alanın inşasında kullanılan hammaddelerin ülkeye girişini sürekli kılmak için aktif dış politika izlediler. MÖ. 2950'lerde hüküm süren 6. Kral Den, Asya'ya sefer düzenledi; 2900'lerde taç giyen 9. Kral Ka ise, çölden gelebilecek tehditlere karşı vaha-

¹¹ Toby A. H., **Wilkinson**, Early Dynastic Egypt, London - New York 1999, s. 30, 42; Pierre de, **Miroschedji**, "De la Mésopotamie urukéenne à l'Égypte prédynastique: Commentaire sur les articles de G. Stein et al. et de B. Helwig", Paléorient, Cilt: 25, Sayı: 1, 1999, s. 161-163; **Wilkinson**, The Rise and Fall, s. 26.

¹² **Assmann**, Kültürel Bellek, s. 168.

¹³ İzzet, **Çivgin**, "Mısır Eski Krallığı (MÖ. 2700-2200) Devrindeki Ticari Ağların Mısır Uygarlığı ile Nübye/Sudan Devletleşmesi Üzerindeki Etkileri" ("Mısır Eski Krallığı"), DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 58, 2015, s. 374.

¹⁴ **Assmann**, Kültürel Bellek, s. 168-169.

ları denetim altına almaya odaklandı¹⁵. Daha fazla güç ve meşruiyet peşinde olan erken devlet, ticareti destekleyerek zanaatkârının üretkenliğini-yaratıcılığını artırırken; hacmi daima genişleyen ticaret, besin üretimine dayalı “geçim ekonomisi”nden devletin sürekliliğini ve toplumsal hiyerarşiyi garanti eden “servet-refah ekonomisi”ne geçişi hızlandırdı. Erken Krallıktan (MÖ 3100-2700) Eski Krallığa (2700-2200) geçilirken de kamusal alandaki kerpiç yapıların yerini taş binalar aldı¹⁶.

3. Hanedanın iktidara gelişiyle Erken Hanedanlar Devri bitti, Eski Krallık Devri başladı. Merkezîyetçi bir bürokrasiye sahip olan 3. ve 4. Hanedan kralları (MÖ 2700-2630, 2630-2510), önemli idari makamlara kendi ailelerine mensup soyluları getirdiler. Bu dönemde dev taş yapılar, özellikle piramitler inşa edildi. Bunların ilki, 3. Hanedanın kurucusu Coser (MÖ 2700-2675) için veziri İmhotep tarafından Sakkara’da inşa ettirilen 62 m yüksekliğindeki Basamaklı Piramit’ti. Bu mezar kompleksinde, kralın kireçtaşından oyulmuş gerçek boyutlu heykeli vardı. Erken Hanedanların biriktirdiği zenginlik, mimari ve sanatsal bir patlamaya dönüşmekte; devlet, kurduğu düzeni çağımıza ulaşan anıtsal eserlerle somutlaştırmaktaydı. Besin üretimine katılmayan emek bundan böyle kamu inşaatlarında değerlendirilecekti¹⁷.

Erken Krallık ve Eski Krallık devirlerinde siyasal ve dini seçkinlerin kültürel ve ekonomik açılardan halktan farklılaşma çabaları, Mısırlıların niçin tabakalı toplumu reddetmeyen, aksine onu meşru gösteren bir düzen-adalet kavrayışına sahip olduklarını ve bu amaçla “kutsal”ı siyasetin hizmetine soktuklarını açıklamak için kullanışlı bir olgudur.

“Sabır, muazzam bir işgücü, geometri ve hesap bilgisi gerektiren, büyük miktarda hammaddenin kullanıldığı piramitler, tapınaklar, saraylar ve bunlara can veren kıymetli eşyalar (kısaca uygarlık), bütün Mısırlıların katıldığı, tabakalı toplumsal yapıya dayalı bir “düzen ve işbölümü” sonucunda yaratılmıştır. Yiyecek üreticileri (çiftçiler-besiciler), bu üretimin bir kısmına el koyan bürokrasi, üretim fazlası sayesinde elde edilen hammaddeyi kamusal eserlere dönüştüren zanaatkârlar, doğal kaynaklar ile lüks malların merkezde toplanmasına aracılık eden ticaret ajanları ve dini/siyasal ideolojinin ihtiyaçları doğrultusunda kireçtaşlı blokları harekete geçiren emekçiler olmasaydı, kuşkusuz bu uygarlık

¹⁵ John C., **Darnell**, *Conflicts That Shaped Pharaonic Egypt*, Prince Frederick 2010, s. 30.

¹⁶ **Çivgin**, “Mısır Eski Krallığı”, s. 377-378.

¹⁷ Michael, **Rice**, *Egypt’s Making: The Origins of Ancient Egypt 5000-2000 BC*, London - New York 2003, s. 153-155, 165.

vücut bulamayacaktı. ... Kendini düzenin, iç barışın ve istikrarın garantörü olarak sunan, hatta taşkın ovalarının ürettiği bolluğu-bereketi bile kralın bedeninde somutlaşan tanrısal kaynaklı siyasal otoritenin sürekliliğine dayandıran rejimin öncelikli hedefi, tarımsal artı-ürünün vergi olarak biriktirip kamusal alanın inşasına aktarılmasıdır. *Erken Krallık* (MÖ. 3100-2700), artı-ürüne el konup kraliyet merkezlerine taşınması, komşu ülkelerden getirilen nadir (egzotik) malların seçkinlerin şahsında devletin görünürlüğünü artıracak biçimde kamu alanına sokulması, dolayısıyla gösterişçi tüketimin ideolojik bir araç olarak kullanımı ve nihayet statü bildiren lüks malların güvenli yollarla ülkeye ulaştırılması açısından bir giriş evresidir. Gösterişçi tüketim (*conspicuous consumption*), özellikle siyasal aktörlerin statülerini görünür kılmak için nadir mallar ithal edip bunları kamusal alanda giysi ve süs nesnesi ya da tapınak ve saraylarda ritüel araçları olarak tüketmeleri demektir. Buna eşlik eden yüksek kültür ise, ülke içinde bulunamadıkları zaman dışarıdan getirilen doğal kaynakların devletin beslediği zanaatkârlarca işlenip sanat eserlerine dönüştürülmesi sürecinin adıdır. ... Eski Mısırlıların *Altın Çağ* olarak andıkları Eski Krallık Devri (2700-2200), merkezde biriktirilen zenginliğin değerlendirilme biçimi bakımından pek çok yenilik içermektedir. Nüfus artışı ve buna bağlı olarak ekili alanların genişlemesi nedeniyle krallık memurlarının el koyduğu artı-ürün miktarının bollaşması, gösterişçi tüketim ile kamusal alanın inşasında yeni pratiklerin uygulamaya konmasına izin vermiştir. ... Eski Krallık, özellikle 4. *Hanedan* devrinde görkemli bir kamusal alan yarat[mıştır]¹⁸.

II. MISIR KOZMOGONİLERİNDE YARATILIŞ, YAŞAM, MAAT (MÖ 2400-1070)

En eski Mısır kozmogonisi (evren-doğum anlatısı), dünyanın ve yaşamın ortaya çıkışını bir monad-töz-tekillik olan Yaratıcı *Atum-Ra*'nın haretiksizlikten çıkıp kendini gerçekleştirmesi ile açıklar. Bir bitkinin tohumunu yarıp serpilmesi gibi, dünya ve yaşam da *monad*ın kendini açmasıyla var olmuşlardır. *Atum*, yaratılış ile birlikte “bütün yaratılanların toplamı” ve “yaşam kaynağı” olmayı sürdürür¹⁹. Heliopolis kozmogonisi olarak bilinen anlatının kaynakları, MÖ 2400-2100 arasına tarihlenen Piramit Metinleri ve Tabut Metinleridir. *Atum*'u kendini var eden tekillik olarak sunan bu metinler, tümtanrı bir yaratılış mantığını yansıtır.

¹⁸ Çivgin, “Mısır Eski Krallığı”, s. 388, 418-419.

¹⁹ James P., Allen, *Genesis in Egypt: The Philosophy of Ancient Egyptian Creation Accounts*, New Haven 1988, s. 57-58.

Heliopolis anlatısında, yaratılış, hareketsizlik ve kaosun yerine hareket ve düzenin geçmesi demektir. Anlatı, kendini var etme potansiyeline sahip ilksel varlığın dipsiz-karanlık-bulanık su (*Nun*) ile çevrili olduğunu aktarır. Bu bitimsiz-sonsuz su, *Atum* ve onun gibi suyun içinde hareketsiz-başboş halde duran ilksel tepe *Ta-tenen* ile birlikte, Yaratılış-öncesinin üç ilksel varlığından biridir. *Nu*, “Su ile dolu ve Su’dan ibaret olan”; *Nun*, “Hareketsiz olan” demektir. Karanlık su, evrenin *Atum*-öncesini (yaratıcı varlık ya da ışık öncesini) tanımlar. *Atum* gerçekte karanlık su içinde yaşamı başlatmayı bekleyen güneş ışığı ve ısıdır. *Atum* maddi dünyayı yoktan değil kendinden var ettiği için onun yarattığı dünyaya aktardığı *Ka* da “güneş ışığından beslenen yaşam” olmalıdır.

Burada karşımıza iki karşıt element olan su ile ateş ya da onların birleşimi olarak ateş gölü çıkıyor. Bu ikisinin simyanın dönüştürücü unsurları olmaları, birlikteliğin mutlaka dönüşümle sonuçlanacağı hissini verir²⁰. *Atum* aynı zamanda *Ra*-Güneş olarak tanımlandığına göre, dipsiz su içinde zamanın gelmesini bekleyen ilksel varlık, ısı ve ışık vermeye hazır güneşin ta kendisidir. O halde yaşamı mümkün kılan şey güneştir; onun batışı-doğuşu-batışı, yaşam ve ölüm, filizlenme ve yaprak dökme örneklerinde izlenebilen “yaratılışın ritmi” ile paraleldir. J. P. Allen, bu yaşam döngüsünü ve ikiliği tarif etmek için *sonsuz yinelenme* ve *sonsuz aynılık* terimlerini kullanır²¹. Mısır metinleri, bir ilksel varlık olan yaratıcı ile güneş arasındaki bağlantı konusunda açık ifadeler kullanmasalar da, yaratıcıdan anlaşılanın aşkın ve “yarattıklarından farklı iradeye sahip” kişisel tanrı olmaması, onun daha çok yaşamın kaynağı (*arkhe - monad*) olarak tarif edilişi, *Atum*’un güneş gibi somut bir varlıkla özdeşleştirilmesini mümkün kılar. Her durumda, yaratılış ile birlikte yaşam ve kozmik düzen ortaya çıkmıştır, Yaratıcının iradesini yansıtan bu düzenin ilk haliyle muhafaza edilmesi bütün yaşayanların yararıdır.

Mısırlılar, bu kozmogoni ile “tanrısal iradeyi yansıtan kraliyet ideolojisi” arasında koşutluk kurarlar: *Atum*, evrensel düzenin ve Mısır devletinin yaratıcısıdır. O, bu nedenle krallığı simgeleyen biri kırmızı, diğeri beyaz iki taçla resmedilir. Böylece onun “evrendeki ilk varlık” ve “ilk kral” olduğu vurgulanır. Yaratılışın düzeni ile siyasal düzen iç içe geçtiğine ve bunları

²⁰ Laurie Sue, **Larsen**, Ma’at’s Mysteries: The Roots of Renewal, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ann Arbor, Pacifica Graduate Institute, 2018, s. 206.

²¹ **Allen**, s. 58.

birbirinden ayırmak mümkün olmadığına göre, krala ve kraliyet rejimine karşı gelmek nihilizmle (yaratılışı inkâr etmekle) eşdeğerdir²².

Mısır kozmogonilerinin bir başka örneği olan Memfis teolojisine göre, yaratıcı tanrının adı *Ptah*'tır. İnsan zanaatkârların yaptığı gibi hazır bulduğu malzemeyi esere dönüştürmek için onu öncelikle tasarlayan “zanaatkâr tanrı” *Ptah*, dünyayı-yaşamı kavrayış-tasarlama-düşünce-sözle yaratmış, yaratılışın ardındaki iki nedenselliği, akıllı ve maddeyi birleştirmiştir. Tabii böylesi bir anlatı, dünyanın temelini oluşturan maddenin de (yaratıcı tanrı gibi) “bir ilksel varlık” olduğunu söylemektedir. O varlık, bulanık su içinde aynen yaratıcı gibi potansiyelin aktüele dönüşmesini bekleyen ilksel tepe *Tatenen*'dir. *Atum* anlatısında da, yaratıcının “yaratıcı idrak ve buyruk” ile yarattığı aktarılır²³. İngilizce *order* sözcüğünün hem “buyruk” hem “düzen” anlamına gelişi, Heliopolis ve Memfis teolojilerinin ortak yönlerini kavramayı kolaylaştırır. Yaratılış “tanrısal idrak, tanrısal düşünce ve tanrısal söz-buyruk” ile başlamışsa, “yaratıcının eseri olan düzen”e uymak ile tanrısal söze-buyruğa uygun davranmak (yaşamın gereklerini yerine getirmek ve yaratıcının taleplerini karşılamak) aynı anlama gelirler. *Maat* kavramak için en uygun yer burasıdır. *Maat*-düzen, (insan toplumları için) yaratılışın-yaşamın ortaya çıktığı yetkin haliyle sürmesi için uyulması gereken ahlaki ilkelerin ve toplumsal kurumların bütünüdür.

Yaratılışın ilk eseri, “kozmetik-fiziki-maddi-doğal düzen”dir. Bütün canlılar, düzen içinde yaşamlarını nasıl sürdüreceklerini bilerek nasiplerini ararlar. İnsan da doğanın parçası olarak aynı düzene tabiidir, yaşamın sürekliliği için bazı sorumlulukları-görevleri yerine getirmekle yükümlüdür²⁴. Birliğin, uyumun ve dengenin sürdürülmesi için yükümlülüklerin en büyüğü kurum olarak devlete, kişi düzeyinde krala ve yüksek-rahiplere düşer. Kralın ilk yükümlülüğü, pasif biçimde *maata* uyma - saygı göstermenin ötesinde, onun Yaşamın bütün alanlarına yön vermesi için aktif rol üstlenmektir. *Maat*ın işleyişinden yalnızca kral değil sıradan insan da sorumludur. *Maat*, bütün Mısırlılar için ahlakın-bilgeliğin-dindarlığın temel ölçüsüdür, “doğru davra-

²² Wilkinson, *The Rise and Fall*, s. 29-30; Çıvgın, “Ön ve Erken Hanedanlar Devri”, s. 102-102.

²³ Susanne, Bickel, *La cosmogonie égyptienne: Avant le Nouvel Empire*, Fribourg 1994, s. 102-109; Joshua J., Bodine, “The Shabaka Stone: An Introduction”, *Studia Antiqua*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2009, s. 18-19; Allen, s. 59-60.

²⁴ James E., Atwell, “An Egyptian Source for Genesis”, *The Journal of Theological Studies*, Cilt: 51, Sayı: 2, 2000, s. 477.

nışı tanımlayan rehber”dir²⁵ ve bu haliyle İslam kültüründeki “adab”a benzetilmektedir.

Maat, gerçekte yaşamı oluşturan bütün unsurları kapsar: Tanrıları, ataları, belli bir zamanda dünyada yaşayan herkesi... Bu ve öte dünyayı birbirine bağlayan, doğru davranış sergileyen insanların öte-dünyayı kazanmalarını sağlayan köprü de *maat*tır. Bir kerede ifa edilecek bir doğru davranış değildir bu, süreklilik içermeli ve onun sağladığı meşruiyette buluşturmalıdır herkesi²⁶. *Maat*ın kurduğu denge ancak herkesin katılımıyla (herkesin doğru davranış kodlarına uymasıyla) korunabilir. Herkesi hakikat yolunda tutacak yegâne aygıt da devlettir. Bu mantık bize Platon’un erdem anlayışını hatırlatır: Erdemin siyasal-toplumsal karşılığı olan adalet, bireysel çabalarla değil yurttaşların tamamını erdemli davranmaya yöneltme gücüne sahip bir kurum (devlet) ile inşa edilir, korunur ve sürdürülür. *Maat* hem düzen hem adalet anlamlarına geldiğine göre, Platon ile Mısır siyasal seçkinlerinin *maat*-adaletten anladıkları ve onun gerçekleştirilmesinde devlete biçtikleri rol benzeşir. *Maat*ın aynı zamanda “hakikat” anlamını vermesi de, Platon’un “gerçek bilgi - ideaların bilgisi” ve “erdem-adalet” arasında kurduğu bağlantıyı akla getirmektedir.

Mısır kozmogonileri, birbirlerinden bağımsız ya da birbirlerine rakip değillerdir. Memfis anlatısı gerçekte Heliopolis anlatısındaki eksiği doldurur. Eksik, maddi nedeni tamamlayan irade-akıl ilkesidir. Allen’a göre, Teb kozmogonisi de aynı kapsamda değerlendirilebilir. Onun doldurduğu boşluk, Yaratıcı Tanrı’nın Yaratılış sürecinin parçası (onun unsurlarından biri) olmaktan çıkarak onu dışsal bir güç olarak yönetebilmesidir. Yaratılış-sonrasında da yerde ve gökte olmayan, saklı-gizli-görünmeyen ama fail bir güç... Eski Mısırlılar, yer ve gök dışındaki bilinmezlik âlemini *Duat* olarak nitelendiriyorlardı. Oysa Teb kozmogonisinde Yaratıcı *Amon*, “gökten çok uzakta, *Duat*’tan daha derinde” idi; diğer tanrıların aksine, O somut bir bedenle de tanımlanamazdı. Tümtanrı anlayışta yaşamı-dünyayı kendinden (kendini açarak-genişleterek) var etme teması açıkça ifade edilirken *Amon*’un bilinemez -insan kavrayışının ötesinde- oluşu, onu transandantal (aşkın) bir yaratıcı figüre dönüştürür. Onun kudreti, insan kavrayışının nüfuz edebileceği ve tanımlayabileceği bir kudret değildir²⁷. Teb ve Memfis koz-

²⁵ Larsen, s. 197-198, 220, 284.

²⁶ Larsen, s. 281.

²⁷ Allen, s. 60-61.

mogonilerinin olgun hallerini açığa vuran metinler Orta Krallık sonrasına ait olsalar da, bu ikisinin temellerinin Orta Krallık Dönemi'nde atılmaya başladığı varsayılabilir. En azından iki teoloji de Eski Mısır'a özgü *maat*-adalet anlayışından uzaklaşmayı temsil etmezler.

Heliopolis-Memfis-Teb çizgisi (Atum'dan Ptah'a, Ptah'tan Amon'a), doğa güçlerinin tanrı olarak resmedildiği materyalist evren-doğum anlatısının uygarlık olgunlaştıkça transandantal (aşkın-deneyüstü) bir yaratıcı ekseninde metafizik bir anlatıya dönüşmesinden mi ibaret? Eski Krallıktan Yeni Krallığa uzanan 8-9 yüzyılda kayıtların dilindeki değişime bakılırsa sorunun yanıtı "evet"tir. *Amon-Ra* en eski kayıtlara göre de çevreye enerji saçan bir tanrıydı, yani onun "yaşam kaynağı" olarak sunulması eskiydi, yeni olan bu gizli-görünmez tanrının yaratıcı yüce tanrı rolüne bürünmesi ve onun *irade*-sinin yaratma eyleminin merkezine konmasıydı²⁸. O, önceki yaratıcı tanrıların aksine, Yeni Krallığın büyük bölümünde onuruna düzenlenen Opet Festivali'nde (kâhini aracılığıyla) ölümlülerle iletişime geçerek siyasi seçkinlere ve sıradan insanlara kehanetler açıklıyor, böylece gündelik insan yaşamına (tarihe) karışıyordu. *Amon*, önceki yaratıcılar gibi Nil taşkınının ve güneş ışınlarının herkese ulaşmasını gözeten bir tanrıydı (*yaşam tanrısı* idi). Yaşamın sürekliliği için insanlarla konuşan, onlara direktif verip yargılarda bulunan, iyiyi (doğru yolda olanı) kötünden (yanlış yapandan) ayırt eden, bilinç-inanç-ahlak hususunda insanları aydınlatan, makine gibi soğuk ve kişisiz değil "insan sıcaklığında" ve "kişisel" bir tanrıydı *Amon-Ra*²⁹.

Assmann'ın *Amon-Ra*'ya yazılmış çok sayıda ilahiden birinden aktardığı pasaj, *Atum* için de telaffuz edilen ama daha yoğun biçimde *Ptah*'la özdeşleştirilen "buyruk vererek yaratma" eyleminin *Amon-Ra*'yı merkeze alan *Teb Teolojisi*nde de sürdüğünü kanıtlar. Ama daha önemlisi, bu pasaj bize Yaratıcı Tanrı'nın adının önemli olmadığını anlatır. Doğan güneş *Khepri*, öğle güneşi *Ra* ve batan güneş *Atum*'un hepsini birden temsil eden *Amon*, hem somut bir varlık olan ve dünyaya yaşam veren güneştir, hem (önceki kozmogonilerdeki yaratıcı güçlerin aksine) yaratılışın somut nedeni olmanın ötesinde aşkın, evrensel ve kişisel bir tanrıdır. Bu pasaj sayesinde *maat*-

²⁸ Richard H., **Wilkinson**, The Complete Gods and Goddesses of Ancient Egypt, New York 2003, s. 92-96; Rosalie, **David**, Religion and Magic in Ancient Egypt, London 2002; Miriam, **Lichtheim**, Ancient Egyptian Literature - Volume II: The New Kingdom (The New Kingdom), Berkeley 1978, s. 5-6.

²⁹ Jan, **Assmann**, The Search for God in Ancient Egypt (translated by D. Lorton), Ithaca - London 2001, s. 191-197.

düzen kavramının yaratılış ve onun tezahürü yaşamın (tabii toplumsal yaşamın da) kopmaz bir parçası olduğunu anlıyoruz.

“Selam sana *Ra* (Parlak Güneş), *maatın* efendisi,
Mabedini gizli tutan, Tanrıların efendisi,
Tanrısal kayığında oturan *Khepri* (Doğan Güneş),
Buyruğu verdiği an diğer tanrıları yaratan,
İnsanlığın yaratıcısı *Atum* (Batan Güneş). ...
Dudaklarından yaratıcı sözü salıveren, idrakin efendisi,
Nil’in taşkını onun arzusuyla gelir,
Şefkatin ve sevginin efendisi,
İnsanlık Nil onun için taşınca sürdürür yaşamayı”³⁰.

İşte tam burada *maatın* kutsal ile dünyevi, kozmik düzen ile siyasal düzeni ve yaratıcı tanrı ile yeryüzünde düzen-adaletten sorumlu olan kralı birbirlerine bağladığını görürüz. Devlet tarihsel bir olgu değil, insan toplumlarının bekası için yaratılışın-yaşamın düzenini korumak üzere en baştan beri var olan zamanlar-üstü bir kurum olarak belirir. Yaratıcı, “*maatın* efendisi ve yüce yargıç”tır, insanlar arasındaki sorunların çözüme kavuşturulması için adaleti emreden güçtür. Onun yaşamın düzenini sürdürmesini kolaylaştıran iki özelliği ya da yeteneği vardır: *sia* (idrak-kavrayış), *hu* (yaratıcı-buyurgan söz). Bunlar, yaratıcının yeryüzündeki temsilcisi-uzantısı olan kralda da bulunurlar. Kral, *sia* sayesinde toplumu kavrar, toplumsal düzenin sürmesi için gerekli programları uygulamaya koyar; *hu* sayesinde de buyurur-hükmeder, işleri yaptırmak için en uygun cümleleri ve formülleri bulur³¹.

Maat, bir yönüyle de kutsal ile dünyevi ve tanrılar ile insanlar arasındaki alış-verişin (karşılıklılığın) adı, en somut biçimiyle de tanrıların besinidir. Tapınaklarda tanrılara sunulanlar hep *maat* içindir. Sunu, yaşama ve tanrılara (en eski kozmogonide doğa güçlerine) karşı sevgi ve şükran hislerinin ifadesi olarak *maatı* yansıtır. Yaşamı boyunca *maatı* dile getirip *maata* uy-

³⁰ Jan, **Assmann**, “Creation through Hieroglyphs: The Cosmic Grammatology of Ancient Egypt” (“Creation through Hieroglyphs”), *The poetics of grammar and the metaphysics of sound and sign*, Eds. S. La Porta / D. Shulman, Boston 2007, s. 23.

³¹ **Assmann**, “Creation through Hieroglyphs”, s. 23.

gun davranış sergileyen kişi, dünyayı terk ettiği zaman da *maata* katılır (ölümsüzlük kazanır). Öte-dünya “mutlak hakikat alemi”dir; oraya ulaşan kişi *iki maat-hakikat salonu*’nda sorguya çekilir (kalp orada tartıya konur). Olayı anlatan resimlerde, tartının bir kefesine kalp, diğerine tanrıça *Maat* figürünü konur. Beklenen, iki kefenin dengeye gelmesidir. 1- Yaşamı var kılan şey dengedir. 2- *Maat*, ancak her insanın kalbinde yaşarsa süreklilik kazanır. *Maat* ve kalp, asla birbirlerinden ayrılmayacak biçimde iç-içe geçmiş iki unsurdur³².

Bu veriler bize *maatın* total ile tekil ve kozmik ile toplumsal arasındaki dengeyi sağlama işlevine sahip olduğunu gösterir. *Maatın* kozmik anlamı yaratılışın düzeninin sürmesi, siyasal anlamı *İki Ülkenin* birliğidir. Açıkçası bu ikisi birbirinden ayrı düşünülmezler. Yaratıcı dünyayı yaratırken Ka’sını (yaşam enerjisini) ona vermiştir. Siyasal düzeni sürdürmekle görevli kral da, bu işlevi yerine getirirken yaratıcıdan devlete aktarılmış *kraliyet Ka’sını* kullanır. Kralın fiziki bedeni öldüğünde, *kraliyet Ka’sı* yeni krala geçer; Ka ölümsüz olduğu için kralın siyasal bedeni de (krallık-devlet) ölümsüzdür. *Amon-Ra* için Teb’te inşa edilmiş Karnak Tapınağı yakınlarında düzenlenen *Opet Festivali*’nin işlevi, *maat* ile kraliyet Ka’sını hatırlamak, kutsamak ve kutlamaktır. Festivali ülkenin en önemli bayramlarından birine dönüştürenler, *meşruiyet* arayışındaki krallardır. Bu festivali popüler kılanlar, bir kadın firavun (Hatşepsut) ile mevcut hanedana mensup olmayıp generallikten kralığa çıktıkları için tanrısal onay arayan Horemheb ve I. Ramses adlı iki erkek firavundur³³.

III. “PTAHHOTEP’İN ÖZDEYİŞLERİ” VE “MERİKARE’YE ÖĞÜTLER”DE EŞİTSİZLİĞİN DOĞAL KABUL EDİLMESİ (MÖ 2300-1950)

Eski Mısır’da üretilmiş en eski metinlerden biri olan “Ptahhotep’in Özdeyişleri”, MÖ 2300’e tarihlenir. Ptahhotep adlı kişi, MÖ 2400 civarında 5. Hanedana mensup kral İsesi’nin veziriydi. Ama özdeyişlerin kral ile vezirinin yaşadıkları dönemden 100 yıl sonra (6. Hanedan Dönemi’nde) kaleme alındığı sanılıyor. Ptahhotep, bu metinle oğluna kendi bilgeliğinin kaynaklarına dair öğütler vererek onu kendisinden sonra vezirlik görevini üstlenmesi

³² Larsen, s. 195-197, 199-201, 203-204, 215.

³³ Mathew, Unruh, “Continuity at Luxor Temple”, History in the Making 11, Article 15, 2018, s. 247, 249-252.

için hazırlıyordu. Mısır devlet ideolojisinde ahlak-siyaset bağlantısı hep güçlü olduğu için metinde temel erdemler sıkça hatırlatılır: alçakgönüllülük, ölçülülük, özdenetim, özgecilik, nezaket, cömertlik, güvenilirlik, adalet, doğruluk, sadakat, boş konuşmama (ağzı-sıkılık) ve kibirli olmama... Bunlar, yalnızca siyasal seçkinlerin değil bütün ahalinin uyması gereken erdemlerdir. Yıllar sonra, Kral I. Senusret'in (1971-1926) üst düzey memuru İntef için hazırlanan mezar taşında da aynı erdemler sıralanır: özdenetim, sükûnet, cömertlik, doğruluk, iyilikseverlik, tarafsızlık, sadakat³⁴.

Bizim için daha önemli nokta, metinde tabakalı toplumsal örgütlenmenin doğal kabul edildiğini, hiyerarşi üzerine kurulmuş düzenin sürdürülmesi gerektiğini vazedilen bölümlerdir. Ptahhotep'in Özdeyişleri'nde, zenginliğin-refahın-statünün insanların bireysel çabalarından çok, tanrıların, kralın ve kaderin sonucu olduğu vurgulanır. Refahlarını ve hatta yaşamlarını sürdürmek istiyorlarsa en üstteki odakların gözünden düşmemeleri gereken siyasal-ekonomik seçkinlerin gelecekleri pamuk ipliğine bağlıdır; onca güce karşın seçkinler bile güven içinde değildirler. "Üstleriniz, sizin velinimetlerinizdir"³⁵.

Ptahhotep'in Özdeyişleri'nden 250 yıl sonra, Birinci Ara Dönemde, olasılıkla 11. Hanedan zamanında (takriben MÖ 2070'te) kaleme alınmış bir mezar taşı metninde de benzer temalara rastlanır. Eski Krallık yıkıldığı, Mısır belirsizlik döneminden geçtiği halde, servetin yalnızca en üstteki insanların lütfuna bağlı olduğu fikri yinelenir burada da. Mezarın sahibi olan yüksek bürokrat (hazinedar) *Cetji*, uzun biyografik kayıta kendisini şu şekilde tanıtır: "*Varlıklıyım, büyüğüm, Efendimin bana duyduğu sevgi sayesinde yükselip kendi malvarlığımla yapturdım bu mezarı. ... Beni büyüten, Efendimin şahsıma duyduğu sevgi ve güven hislerinden fazlası değildir*"³⁶.

Latince "Speculum regis" (*kralların aynası*) olarak bilinen edebi tür, Orta Çağ'da ve Erken Modern Dönemde yaygın bir türdü. Bu tip eserlerde, lala işlevini üstlenen vezir ya da bizzat kral, veliahta siyasete dair pratik

³⁴ Miriam, **Lichtheim**, Ancient Egyptian Literature - Vol. I: The Old and Middle Kingdoms (The Old and Middle Kingdoms), Berkeley 1975, s. 62, 121; Christiane, **Ziegler**, "The Nile Valley (3000-1700 BC)", History of Humanity Volume II: From the Third Millennium to the Seven Century B.C., Eds. A. H. Dani / J.-P. Mohen, Paris - London 1996, s. 349.

³⁵ Violina P., **Rindova** / William H., **Starbuck**, "Distrust in Dependence: The Ancient Challenge of Superior-Subordinate Relations", Advancement of Organization Behavior: Essays in Honor of Derek Pugh, Ed. T. A. R. Clark, Dartmouth 1997, s. 318-319.

³⁶ **Lichtheim**, The Old and Middle Kingdoms, s. 92.

bilgiler vererek onu tahta hazırlardı. “Merikare’ye Öğütler”, bu türün ilk örneklerinden olabilir. Eserin adında geçen Merikare ve ona siyasal öğütler verdiği varsayılan babası Khety herhalde 10. Hanedana mensuplardı ve MÖ 21. yüzyılda yaşamışlardı. Ama eser daha sonra, büyük olasılıkla 12. Hanedanın Orta Krallığı kurduğu devrin başında (MÖ 20. yüzyılda) yazılmıştı. Bazı siyaset bilimciler ve Mısırologlar, metnin “realizm ve pragmatizmi”ni Makyavel’in *Prens*’ine benzetirler. Aralarında 3500 yıllık zaman dilimi bulunsa da, iki eserdeki siyasal öğütlerin benzerliği şaşırtıcıdır. Kral, kendine sadık memurlara sahip olmalıdır ki gücü eksilmesin... İktidara talip olabilecek muhalif gruplar, güçlenme fırsatı bulamadan ezilmelidirler... Kitlelere karşı çok ağır (haksız) cezalardan kaçınılmalıdır, zira kitle kralından nefret ederse iktidar sürdürülemez... Uyrukların özel mülklerine el konmamalıdır, aksi durumda dindirilmesi olanaksız isyanlar çıkar... Kral’ın asıl gücü kılıcı değil dilidir; kılıcın çözemediği sorunları dil çözer... İyi yönetici, ataların deneyimlerinden (tarihten) ders çıkarır; bu tip deneyimler, hem hatalar hem de umulmadık çözüm önerileri ile dolu oldukları için krallar ve danışmanları için eşsiz birer laboratuvarlardır... Bütün bu benzerliklerin ötesinde, erken devletlerden modern devletlere tekrar eden bir başka tema *raison d’Etat*, yani *hikmet-i hükümet*dir. Buna göre, devletin en yüksek amacı, varlığını sürdürmesidir (devletin bekası); zira insanların düzen ve adalet içinde yaşamaları için gerekli-zaruri ilk şey, devletin var olmasıdır³⁷.

Siyaset bilimi ve siyaset felsefesinde yaygın olan benzerlikleri aktarma nedenimiz, erken uygarlıkları klasik uygarlıklara ve onları Orta Çağ devletleri ile modern devletlere bağlayan bir devlet tasavvurunun var olduğunu göstermektir. Makyavel’in ünlü eseri *Prens* ile karşılaştırılan tek erken metin *Merikare’ye Öğütler* değildir. Ondan çok sonra kaleme alınan (yalnız Mısır’da değil Çin-Hindistan gibi uzak ülkelerde ortaya çıkan) başka metinler de *Prens* ile ortak temalara sahiptirler. Siyaset felsefesi yüzyıllardır aynı konuların çevresinde döndüğüne göre temaların ortak olması doğaldır. Merikare’yi Öğütler’i anmamızın özel nedeni ise, metnin yoksulluk ile erdemlilik ve varsıllık ile erdemli/doğru davranış arasında denklik kurmasıdır. Oğlunu eğitmeye çalışan Khety, yoksulluğu ortadan kaldırılamayacak doğal bir olgu olarak görür ve memurlarının adil bir yönetim sergilemeleri için onların hiçbir şeyin eksikliğini çekmemeleri gerektiğini ifade eder. Kralın

³⁷ Christian, **Langer**, “The Political Realism of the Egyptian Elite: A Comparison between *The Teaching for Merikare* and Niccolò Machiavelli’s *Il Principe*”, *Journal of Egyptian History*, Sayı: 8, 2015, s. 52-53, 69.

yoksul-dul-yetim için uygun gördüğü reçete *maat*, yani “zayıfı koruyup kollayarak onların hoşnutsuzlukla isyan çıkarma olasılıklarını bertaraf etmek”tir.

“Memurlarını koruyup yükseltirsen, onlar da senin yasalarına bağlı kalırlar,

Evinde refah eksikliği olmayan kişi, taraflı ya da düşkün davranmaz,

Eksikliği olmayan varsıl memur, işini iyi yapar.

Yoksul adamsa, doğru konuşmayı bilmez,

‘Ah şuna da sahip olabilseydim’ diyen insan dürüst olamaz,

Kim kendisine para verirse onun isteklerini yerine getirir. ...

Adil olursan, krallığın uzun sürer;

Ağlayanın gözyaşını sil, dulu ezme,

Hiçbir adamı babasından kalan mülkten uzaklaştırma,

Soyluların arazilerini küçültmeye kalkma”³⁸.

Mısır toplumunu “üst, orta ve alt sınıflar” olmak üzere kabaca üç tabakaya ayırabilirsek, en üste rahipleri, saray seçkinlerini ve toprak soylularını yerleştiririz; onları orta sınıflar (tacirler, yüksek zanaatkârlar, öğretmenler, hekimler, yazıcılar) izleyecek; en altta köylüler, hizmetkârlar ve köleler bulunacaktır³⁹. Erken uygarlıkların çoğunda saptanabilen “besin üreten çoğunluğun besin üretmeyen azınlığa hizmet ettiği” bir toplumsal düzen şemasıdır bu. Merikare’ye Öğütler adlı eserden aktarılan pasajlar, *verili düzeni* devrildikleri haliyle (mülkiyet yapısı ve toprak soyluluğu ile) kabullenen kralların sisteme müdahalelerinin yoksulu-zayıfı koruma çabasından ibaret olduğunu kanıtlamaktadır. Tabakalı örgütlenme ile onu yumuşatarak meşrulaştıran *maat*-adalet anlayışı, Mısır siyaset tasavvurunun birbirinden ayrılmaz iki parçasını oluştururlar.

³⁸ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 100.

³⁹ Etim E., Okon, “Religion and Politics in ancient Egypt”, American Journal of Social and Management Sciences Cilt: 3, Sayı: 3, 2012, s. 95.

IV. BİRİNCİ ARA DÖNEM (MÖ 2200-2050) VE ORTA KRALLIK (MÖ 2050-1750)

Eski Krallık, merkezi otoritenin zayıflaması ve valilerin âdemimerkeziyet talepleri nedeniyle MÖ. 22. yüzyılda tedricen yıkıldı, Birinci Ara Dönem olarak bilinen “fetret devri” başladı. *İki Ülke Aşağı ve Yukarı Mısır*’ın birleşmesiyle vücut bulduğu için iki parçanın Kurucu Narmer’den (MÖ 3100) önce olduğu gibi bağımsız birimlere dönüşmesi *kaos* işareti sayılıyor ve bu geçiş süreçlerinin bir an önce sona ermesi dileniyordu. Mısır Tarihi’nde toplam üç ara dönem yaşanmış; bunların ilki Eski Krallığın, ikincisi Orta Krallığın ve üçüncüsü Yeni Krallığın sonunu ilan etmişti. Eski-Orta-Yeni krallıklar, *İki Ülkenin* birliğini, dolayısıyla siyasi istikrar-bütünleşme dönemlerini simgelerken; “Ara dönemler”, birden fazla kral adayının yerel iktidar ile yetinip ülkenin bütününe hâkim olamamalarını ifade ediyordu. Tanrılarca kutsandığı için “ebedi” olduğu varsayılan Mısır devletinin her ara dönemden sonra eski formuyla vücut bulacağına inanılsa da, fetret devirleri iktidar ideolojisinin tazelenmesine ve her krizden sonra yeni bir devlet felsefesinin doğumuna hizmet ettiler. Öyleyse Orta Krallık Eski Krallığın devamı olduğu kadar, bir daha ara-dönem yaşamamak adına geliştirilen yepyeni ayakta kalma stratejilerinin de eseri idi. Aynı şey, İkinci Ara Dönemden sonra Orta Krallık değerlerini yaşattığını iddia eden Yeni Krallık için de geçerlidir⁴⁰.

7. ve 8. Hanedanlar hakkında tek bildiğimiz, toplam 35 yıl süren bu iki hanedanın devrinde (MÖ 2180-2155) Mısır’daki parçalanmanın tamamlandığıdır. Artık hem Aşağı hem Yukarı Mısır’da yerel beylerin (*nomarkların*) sözü geçiyordu, taşra eyaletleri (*nomoslar*) yarı-özerk statülerini genişleterek tam bağımsız olmak üzereydiler⁴¹. Dönemin kayıtları, komşu *nomoslar* arasında sürekli savaşın hüküm sürdüğünü naklederler⁴². Eski Krallıkta merkezi otoriteye bağlı olan taşra valileri (*nomarklar*), 6. Hanedan Devri’nde (2340-2180) özerkleşmeye başlamış ve Ara Dönemin getirdiği otorite boşluğu sayesinde unvanlarını-mülklerini çocuklarına devreden yarı-feodal beylere dönüşmüşlerdi. Orta Mı-

⁴⁰ İzzet, Çıvgın, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa (MÖ. 2200-1950): Mısır Devleti’nde ‘Yayılmacı’ İdeolojinin Oluşumu ve Aşağı Nübye’ye Uygulanışı” (“1. Ara Dönem’den Orta Krallığa,”), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi Cilt: 70, Sayı: 3, 2015, s. 693-694.

⁴¹ William J., Hamblin, Warfare in the Ancient Near East to 1600 BC: Holy Warriors at the Dawn of History, London - New York 2006, s. 368-369.

⁴² Harco, Willems, “The First Intermediate Period and the Middle Kingdom”, A Companion to Ancient Egypt - Vol. I, Ed. A. B. Lloyd, Chichester, 2010, s. 84.

sır'da tutunan 9.-10. Hanedanlar, bu ortamda merkeziyetçi yapıyı güçlendirip *nomos*lar üzerinde reel hâkimiyet kuramazlardı. İlk başta küçük bir *nomos* olmakla yetinen Teb Krallığı ise, “Yukarı Mısır’ın en büyük siyasal merkezi” haline geldikçe, sahip olduğu yerel ama mutlak iktidarı Orta ve Aşağı Mısır’a (kuzeye) doğru genişletme hedefine odaklandı⁴³. Kökleri sağlam Mısır uygarlığı, ara dönemlerde ekonomik, kültürel ve mimari bir “çöküş” (*collapse*) yaşamadı. Ama Mısır Krallığı ortaya çıktığı andan itibaren merkeziyetçi bir devlet olduğu için, resmi kayıtları tutanlara göre “artı-üründen gelen servete saray yerine taşra beylerinin el koyması” bir kriz işaretiydi⁴⁴.

Yukarı Mısır’ı birleştiren kral, 11. Hanedandan II. İntef (MÖ 2118-2068) oldu. Eski Krallık devrinin küçük taşra kasabası Teb, daha güneydeki (Horus’un kült merkezi) Hierakonpolis’e kıyasla sönük bir yerleşimdi. Kasabanın tanrıları Amon ile Montu, henüz bütün ülkede tanınmıyorlardı. Onların yükselişleri ve “ulusal” tanrılara dönüşmeleri, Teb’in Orta Krallığın yönetim merkezi olmasından sonradır⁴⁵. Teb *nomosu*, Yukarı Mısır’ın doğal kaynaklarını ve insan gücünü kontrol etmeyi başarınca Orta-Aşağı Mısır’a yöneldi, Herakleopolis’i ilhak ederek birliği sağladı⁴⁶. Ara dönemi bitiren, *İki Ülkeyi* tek otorite altında birleştirip Orta Krallığı (2050-1750) kuran kişi, 11. Hanedandan II. Mentuhotep’tir (2060-2010). II. Mentuhotep, 39. taht yılına ait bir kabartmada, Yukarı Mısır tacı giyip tören kıyafeti kuşanmış halde resmedilir. Kralın uzun hükümdarlığı törenle kutlanmış; tasviri tamamlayan yazılarda, Mentuhotep’in *Horus (krallık) adı* olan “Sma-tawy” (*İki Ülkenin birleştiricisi*) özenle vurgulanmıştır⁴⁷.

Orta Krallık, eski ile yeninin sentezidir. Siyasal yaşamda yansımaları olan yeni kültürlerin güçlenişi bile bu gerçeğin kanıtıdır. II. Mentuhotep devrinde referans verilen tanrıların başında Osiris gelir. Bu tanrı Orta Krallığın kuruluşuyla özdeşleştirilen “bereket ve yeniden doğuş”u simgelediği için yeşil renkte resmedilir. Orta Krallığın Mısır dini yaşamına en büyük armağanı ise Amon’dur. Güneş-Tanrı Amon, Teb kentine ait yerel bir tanrı olduğu halde, kurucu hanedan bu kentten çıktığı için, yerel mitolojiden ulusal

⁴³ Stephan, **Seidlmayer**, “The First Intermediate Period (c.2160-2055 BC)”, *The Oxford History of Ancient Egypt*, Ed. I. Shaw, New York, 2003, s. 108-109.

⁴⁴ **Çivgin**, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa”, s. 696.

⁴⁵ **Hamblin**, s. 373-374.

⁴⁶ **Çivgin**, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa”, s. 700-701.

⁴⁷ **Willems**, s. 87.

mitolojiye terfi etmiş ve Mısır dininde kalıcı yer edinmiştir⁴⁸. Burada, Eski Krallık mitolojisinin revizyonu söz konusudur. Aynı hal, kamusal alanın fiziki inşası için de geçerlidir. Birleştirici hanedan, ara dönemin bittiğini tebaasına kanıtlamak amacıyla anıtsal mimari atılımlarını sürdürmüştü; tapınaklar ve anıt-mezarlar kadar, sınır güvenliği açısından vazgeçilmez olan sur-kale inşaatlarına da hız vermiştir. İşgücünün piramit yerine sur ve kale yapımına yönlendirilmesi yenidir, uzun fetret devrinin yansımasıdır⁴⁹.

Orta Krallık yayılmacılığını başlatan, IV. Mentuhotep'in varisinin olmamasını fırsat bilerek tahta çıkan 12. Hanedanın kurucusu I. Amenemhat'tır (1991-1962). Resmi kayıtlarda ondan “yeni bir siyasal düzenin kurucusu” olarak değil, “eskinin görkemini (altın çağı) geri getiren reformcu” olarak söz edilir. Onun “hükümet programı anlamında kendine verdiği isim *whm mswt*, Doğumların Tekrarlayıcısı, ‘Rönesans’tan başka bir anlama gelmez. 12. Hanedanın kralları, 5. ve 6. hanedanın uygulamalarını canlandırırlar, eski krallar için tapınaklar yaparlar, geçmişin edebi kalıntılarını korumaya alırlar, böylece *Eski İmparatorluk* başlığı altında bir geçmiş yaratırlar. Bu geçmişin hafızası aracılığıyla topluluk olurlar, meşruiyet kazanır, otorite kurar ve güven verirler”⁵⁰. Ancak Orta Krallık, yücelttiği ve yeniden canlandırdığını iddia ettiği Eski Krallıktan farklıydı. Eskisinin aksine (belki onun akıbetinden kaçınmak için) sınırları genişletmeyi ideolojik hedef olarak belirleyen Orta Krallık, Mısır evrenini 1. Çağlayan’ın ötesine taşıdı, Aşağı Nübye’yi de içine alan daha geniş bir ülke yarattı. Mütevazı bir kökenden gelerek Orta Krallığı kurma ve neredeyse sonuna kadar sürdürme onuruna erişen 12. *Hanedan* (1991-1802), savunma hattını klasik sınırlardan ileriye kurarak (kendine “yaşam alanı” açarak) Mısır’ı genişletti⁵¹.

V. ORTA KRALLIK (MÖ 2050-1750) KURULURKEN ÇOBAN-KRAL’IN MAATI TESİS ETMEK İÇİN TANRININ RUHANİ GÜCÜNE YASLANMASI; ADALET İLE İSTİKRARIN AYNI ANLAMA GELMELERİ

Orta Krallık, Eski Mısır tarihinin dönüm noktalarından biridir. Uzun bir “fetret devri” olan Birinci Ara Dönem (MÖ 2200-2050), kuzey kenti Herak-

⁴⁸ Gae, **Callender**, “The Middle Kingdom Renaissance (c. 2055-1650 BC)”, *The Oxford History of Ancient Egypt*, Ed. Ian Shaw, New York, 2003, s. 143-143.

⁴⁹ **Çivgin**, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa”, s. 712-713.

⁵⁰ **Assmann**, *Kültürel Bellek*, s. 37.

⁵¹ **Çivgin**, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa”, s. 715, 719.

leopolis ile çevresine hükmeden 9. ve 10. Hanedanların *İki Ülkeyi* (Aşağı ve Yukarı Mısır'ı) bütünleştirme çabalarıyla ilerliyordu ki güneydeki Teb (Waset) kentinde ikamet eden 11. Hanedan bütünleşmeyi hızlandırdı⁵². Son kralın veziri olduğu sanılan I. Amenemhat (MÖ 1991-1962), 12. Hanedanın ve onunla birlikte Orta Krallığın kurucusu oldu. Mısır'da siyaset-erdem-ahlak ile ilgili literatürün zenginleşmesi de Orta Krallık Devrine denk düşer. Bu, öncekinden daha yayılmacı ve fetihçi bir krallıktı; zira yeni yönetici seçkinler Eski Krallıktan farklı olarak sınır güvenliğine odaklanmaları gerektiğini, bir refah ülkesi haline gelen Mısır'ın komşularının iştahlarını kabarttığını biliyorlardı. *Maatin* “yoksulu, güçsüzü ve zayıfı koru” hedefine yenisi ekleniyordu: “Güvenliği-barışı-refahı sürdür; ülkeyi işgalcilerden koru”.

12. Hanedanın ikinci kralı, Amenemhat'ın oğlu I. Senusret (MÖ 1971-1926) idi. Siyasetin tekinsiz bir alan olduğunu bilen I. Amenemhat, kendisi hayattayken oğlunu tahta ortak etmiş, onun iktidarının uzun olması için gerekli pek çok şeyi öğrenmesini sağlamıştı. Senusret, Heliopolis'te Yaratıcı Tanrı *Atum* adına bir tapınak yaptırıp onun duvarlarına yazdırdığı metinle Mısır'da siyasetin temel ilkelerini açıklama fırsatı buldu. Metnin kopyası, Yeni Krallığı kuran 18. Hanedan Devrinde (MÖ 1550-1292) deri bir rulo üzerine çıkarılmıştır⁵³. Bu metin, 500 yıl arayla Eski Mısır siyaset anlayışını yineleyerek Orta ve Yeni Krallığı ideolojik açıdan birbirine bağlamaktadır.

Bu metinde kral, aynı dönemin Aşağı Mezopotamya kent-devletlerinde olduğu gibi çoban olarak tasvir edilir: “Tanrı beni bu toprakların çobanı yaptı; O, kendisi adına sürüyü en iyi kimin güdeceğini biliyordu. ... Arzuladığı her şeyi yapma gücüne sahip olan Tanrı, bilinmesi gereken her şeyi ilettil bana. ... Ülke, benim ülkem; efendisiyim onun; dünyadan göğşe erişecek kadar büyüktür gücüm. ... Onun oğlu ve [sahip olduklarının] koruyucusuyum; fethettiklerini fethedebilmem için bana verdi o”⁵⁴.

Metnin ilerleyen bölümlerinde, Baba-Tanrı *Atum* ile oğlu (insan-kral) I. Senusret arasındaki bağın ne kadar güçlü olduğu bir kez daha hatırlatılır: “Onun dünyadaki sunağını asla boş bırakmayacağım; kendi evimi de onun tapınağının yanına yaptıracağım”⁵⁵. Bu pasajlar, Eski Mısır kralının “yaratı-

⁵² Talat Sait, **Halman**, Eski Mısır Şiiri, İstanbul 1972, s. 15.

⁵³ **Lichtheim**, The Old and Middle Kingdoms, s. 115.

⁵⁴ **Lichtheim**, The Old and Middle Kingdoms, s. 116-117.

⁵⁵ **Lichtheim**, The Old and Middle Kingdoms, s. 116-117.

cı-baba-tanrının vekili” olduğu ve yaşamı-düzeni sürdürme görevinin Tanrı’nın onayıyla ona devredildiği yönünde değerlendirilebilir.

I. Senusret’in yüksek memurlarından İntef için MÖ 20. yüzyılın ikinci yarısında hazırlanmış mezar taşında, *yoksulu-güçsüzü koruma* görevinden krallar kadar bürokratların da sorumlu oldukları aktarılır: “Yoksulun dostuyum, ... ihtiyaç içinde olan aç insanı doyurmak da benim görevim; yoksulla karşılaştığımda elim açık olmalıdır”. Aynı ifadeler, 150 yıl sonra yüksek-rahip Horemkhauf için hazırlanmış mezar taşında tekrar eder: “Yüce bir ruh olarak değerlendirilmeyi hak etmiyor muyum? Ben de aç ekmek verdim, kardeşlerimi besledim ve çıplağı giydirdim”⁵⁶. Bu metinler, kral ile bürokrasinin aynı amaçlarda birleştiğini, krala yüklenen işlevlerin devleti temsil eden bütün memurlar için geçerli olduğunu kanıtlar. Dönemin başka kayıtlarında, I. Senusret’in ülkedeki bütün kaynakların sahibi olduğu, vergi ve angarya (ücretsiz çalışma) gibi yükümlülöklere yalnız onun karar vereceğı belirtilirken, devletin-kralın görevleri şu şekilde sıralanır: 1- her türden isyanı bastırmak, 2- Mısır’ı istiladan korumak, 3- sınırı sürekli daha ileri taşımak⁵⁷.

Maat talebi en çok *İki Ülkenin* (Aşağı ve Yukarı Mısır) birbirinden koptuğı ve hatta işgale uğradığı dönemlerde dile getirilir. Böylesi durumlarda *maat* denince bir yandan geçmiş (birlik ikliminin hâkim olduğu eski güzel günler) öte yandan da kaosun-istikrarsızlığın sona ereceğı bir gelecek arzullanır; işgalcinin ya da meşru olmadığı düşünölen yöneticilerin devrinin sona ermesi umudu, bir ütopya arayışı olarak da kavranabilir:

“İblis kaçıp gitti, suç sona erdi,

Ülke, meşru efendisinin yönetimi altında barışı buldu.

Efendi için yeniden kuruldu *maat*,

Şimdi yanlıştan geri dönme vakti herkes için”⁵⁸.

Maat, ancak adil bir kral ve onunla uyumlu bir bürokrasiyle yaşar. Bu nedenle 1- ülkenin bölünmesi ve hanedanların çoğalması, 2- işgalci güçlerin ülkeye hâkim olması sonucunda Mısır geleneğini tanımayan yabancı insanların kral olması, 3- adil bir kralın halefinin ülkede düzeni-adaleti korumayı

⁵⁶ Lichtheim, *The Old and Middle Kingdoms*, s. 122.

⁵⁷ Antony, **Black**, *A World History of Ancient Political Thought*, Oxford 2016, s. 22.

⁵⁸ **Ferguson**, s. 2.

başaramaması hallerinde *maat* için mücadele etmek gerekir. Zira adaletsiz kral, ülkenin insanlarına felaket getirir. Bu anlayış öyle güçlüdür ki Eski Krallıktan 2 binyıl sonra gelen Helenistik Dönemde (MÖ 305-30) bile aynı cümleler okunur kayıtlardan: “Kötü kral, tanrıların düşmanıdır”. İyi kral olmanın göstergesi, ülkede *maatı* hâkim kılmak, onun saltanatı için çabalamaktır. Kral ve onun adına ülkeyi yönetenler *maata* uymazlarsa, her birey ve topluluk doğrunun ölçüsünü yitirip bildiği yoldan gider. Bu *kaosun* yeryüzüne inmesi demek olduğundan sunaklar boş kalır, tapınaklara kimse girmez, Mısırlılar birbirlerini öldürürler ve nihayet yabancılar ülkeyi kolayca işgal ederler⁵⁹.

1. Devlet İdeolojisinde Yenilenme: Ülke İçinde İstikrarın, Düzenin ve Meşruiyetin Teminatı Olarak Yayılmacı Dış Politika (MÖ 1991-1926)

12. Hanedan üyeleri, Orta Krallığı ve *maat*-düzeni kendilerinin eseri olarak gösterip Birinci Ara Dönemin yol açtığı *kaos* yerine umut dolu bir hayat (4-6. Hanedanlar Devrinin istikrarını) vaat ederler. İlk kez onların iktidarında üretilen, “kraliyet propagandası” şeklinde çoğaltılıp Helenistik Çağ’a (MÖ 4-1. yüzyıllara) ulaştırılan metinler bu gerçeğe işaret ederler. Neferti’nin Kehaneti, “bilgelik literatürü” olarak adlandırılan edebi türün en çarpıcı örneklerindendir. Aslında ortada kehanet yoktur; olup-bitmiş olaylar, üzerlerinden zaman geçtikten sonra kehanet gibi sunulmuşlardır. Nefertiti, güya (Eski Krallık devrine hükmetmiş 4. Hanedanın kurucusu) Snefru’nun (MÖ 2630-2600) talebiyle krala kehanetlerini aktaran bir bilgedir. İşin gerçeği, bu metin Orta Krallık devrinde, hatta belki Orta Krallıktan bile sonra kaleme alınmış bir *sözde-kehanettir*. Metnin amacı, Birinci Ara Dönemin kaotik ortamını anlatarak Ameney (Amenemhat) adlı kişinin Yukarı Mısır’dan gelip *İki Ülkeyi* birleştireceği, *maat*-adaleti tesis edip *isfet*-kaosu sona erdireceği öngörüsüyle onun kral olmasını “tanrısal müdahale”ye dayandırmaktır⁶⁰.

Nefertiti’nin Kehanetleri, ilkin kıyamet-sonrasını andıran bir yıkımı resmeder. Snefru’nun müreffeh ülkesi artık eski bir anıdır: Nil kuruduğu için ekinler azalmış, susuzluk nedeniyle ırmak üzerinde yüzen gemi kalmamıştır; insanlar ekmek için kan akıtmaya hazırdırlar, hiç kimse ölüm için gözyaşı dökme fırsatı bulamamaktadır, yoksulluk ve kargaşa nedeniyle oğul babasını

⁵⁹ Ferguson, s. 35, 37-38.

⁶⁰ Callender, s. 134; Assmann, Kültürel Bellek, s. 146; Çıvgın, “12. Hanedan”, s. 12.

boğazlayacak hale gelmiştir. Metinde toplumsal düzene dair en çarpıcı bölüm ise, “ayaklar baş olacak” anlamındaki pasajdır.

“Zayıf-silahlılar ağır-silahlı olacaklar,
Saygıyla selam durulanlar, hazır-ol pozisyonuna geçecekler,
Aşağıdakiler yukarı çıkarken, yukarıdakiler aşağı inecekler,
Dilenciler varlık kazanırlarken,
Eski varsıllar yaşamak için hırsızlık yapacaklar,
Yoksul ekmek yiyecek, köleler yüceltilecekler”⁶¹.

Kehanette anlatılan ortam, bir siyasal istikrarsızlık, toplumsal anomi ve eskiden müreffeh olan ülkenin kıtlığa teslim olması halidir. İstikrarsızlık anlamına gelen siyasal-toplumsal otorite boşluğu, Eski Mısır seçkinleri tarafından ülkenin sınıfsal düzeninin bozulması-değişmesi olarak algılanmaktadır. Eski Krallıkta vurgu, *maat*-adaletin pozitif yönüneydi; yani barış ve huzur ortamına sahip bir ülkede verili/doğal kabul edilen yoksulluk, kamusal müdahale ile yönetilmek isteniyordu. Birinci Ara Dönemden sonra, dikkat negatife (*isfet*) yöneldi, otorite boşluğunun yol açtığı anomi-kaos halini sergileme ihtiyacı doğdu. Bu nedenle iç-barışın sürekliliği başat tema haline geldi.

“Doğuyu ele geçirdi düşman,
Asyalılar akın ediyor Mısır’a,
Koruyucu önderimiz yok. ...
İşte bakın, oğul babaya düşman,
Kardeş kardeşle kanlı bıçaklı,
Öz babasını öldürenler var. ...
[Tahıl] ambarları boş.
Güneş-Tanrı [Ra] insanlardan uzak duruyor.
Gün ortası [öğlen] ne zaman kimbilir?
Tanrının gölgesi görünmüyor ki...

⁶¹ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 141-143.

Güneş-Tanrı gökte ay gibi soluk artık”⁶².

Devletin görevi bundan böyle *İki Ülkenin* siyasal-toplumsal bütünlüğünü, sınır güvenliğini ve sınıfsal bakımdan da statükoyu muhafaza etmektir. Orta Krallıkta, ama özellikle ülkenin uzun süre Asyalıların işgali altında kaldığı İkinci Ara Dönemi takip eden Yeni Krallıkta, sınır güvenliği “yayılmacılık” olarak anlaşılmaya başlayınca, Eski Mısır siyasal ideolojisinde pek yeri olmayan fetihçilik de kralların erdemleri arasında yerini aldı. Orta Krallık büyük olasılıkla 11. Hanedan Devrinde kuruldu ama Mısır resmi tarihi 12. Hanedanın ilk kralı I. Amenemhat’ı “kurucu kral” olarak sunar: O, ülkeyi barışa, istikrara, *maat* (adalet) kavuşturmuş, sınırdaki düşmanlarla savaşarak *isfet*-kargaşayı defetmiştir. I. Amenemhat, böylece “ikinci kurucu” rolü üstlenerek Eski Mısır kültürünü-uygarlığını diriltten, toplumsal hiyerarşiyi eski haline getiren figürdür; onun siyasal-toplumsal meşruiyetinin kaynağı da bu rolündedir.

“Sonra bir kral gelecek güneyden, ...

Ta-Seti’den bir kadının oğlu, Yukarı Mısır’ın evladı.

O beyaz tacı alacak [önce Yukarı Mısır’ın kralı olacak]

Kırmızı tacı giyecek [sonra Aşağı Mısır’ın da kralı]

İki tacı [*İki Ülkeyi*] birleştirecek. ...

Asyalılar onun kılıcıyla düşecekler,

Libyalılar onun ateşiyle kavrulacak,

Asiler gazabının, hainler kudretinin altında kalacaklar”. ...

“Onun tahta oturmasıyla *maat*-adalet, Mısır’a geri gelecek,

İsfet-Kaos ise, ülkeden çekilecek”⁶³.

12. Hanedanın (1991-1782) resmi ideolojisi Amenemhat’ı Eski Krallığı diriltten hükümdar olarak sunsa da, kralın kendisi yeni bir dönemin başladığının farkındaydı. O, yönetim merkezini Yukarı Mısır’ın başkenti Teb’ten kuzeye taşımış ama *İki Ülkenin* 900 yıllık başkenti Memphis’e gitmeyip “Amenemhat-itj-tawy” (“Amenemhat - İki Ülkenin hâkimi”, kısaca *İtjtawy*)

⁶² Halman, s. 99-100.

⁶³ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 143-144.

adlı yeni bir kent kurmuştu. Başkentin Delta'ya yakın oluşu, Sina'dan gelecek akınların önünü kesmek içindi; kral bu yolla özerkliklerini korumak isteyen eski seçkinleri zayıflatıp yalnız kendine itaat edecek bir seçkinler topluluğu yaratmıştı. 12. Hanedanın taşra beylerinin etkinliğini azaltıp “krallığa bağlı bürokrasi” inşa etme projesi uzun vadede başarılı oldu. Taşra sosluları ile orta sınıflar arasındaki uçurum kapanınca, tarımsal artı-üründen gelen servetin büyük bölümü merkezde biriktirilebildi. Bu servet, anıtsal bina inşaatları, maden ve taş ocaklarının verimli işletilmesi, kralın arzularını yerine getirecek askeri ve bürokratik hiyerarşinin kurulması için kullanıldı⁶⁴.

12. Hanedan Devrinden bize ulaşan çok sayıda siyasi içerikli metinden biri de, I. Amenemhat'ın oğlu I. Senusret'e öğütlerini içerir. Metnin dili endişelidir, zira Kral oğluna sarayın güvenliksiz bir yer olduğunu ve orada siyasi komplo ile karşılaşma olasılığının yüksekliğini hatırlatmaktadır: “Beni korumaları gereken silahlar, yaşamıma kastettiler”. Metin büyük olasılıkla I. Amenemhat'ın eseri değildi, onun vefatından çok sonra (1900 sonrasında) yazılmıştı. Bu tip metinlerin Mısır literatüründe nadir bulunması anlaşılabilir şeydir. Kralın tanrısal bir figür olarak sunulduğu bir kültürde, bu figürün her an siyasi bir cinayete kurban gidebileceği olasılığını dile getirmek ne kadar doğrudur⁶⁵? Hele metnin yazarı olduğu iddia edilen kurucu-kralın yaşamı gerçekten bir siyasi cinayet ile son bulmuşsa? Metnin ilginç yönü, Orta Krallığa yüklenen işlevlerin aynı yerde bir arada bulunuşudur.

“Kardeşine bile güvenme, kimseyi dost belleme, kimseye içini açma, ...

Dilenciye verdim, yetimi büyüttüm,

Yoksula da varlıklıya da başarılı olma fırsatı verdim;

Ama yemeğimi yiyenler bana karşı geldiler,

Güvendiğim kimseler, o güveni bana komplo kurmak için kullandılar”⁶⁶.

“Abu Adası'na [1. Çağlayan] kadarki Mısır topraklarına gidip sonra Delta'ya döndüm,

[İki] Ülkenin sınırlarına gidip oralardan tebaamın haline baktım. ...

Hububat Tanrısı *Nepri*'nin inayetiyle tarlaların bereketini artırdım.

⁶⁴ Callender, s. 147; Çıvgın, “12. Hanedan”, s. 13-14.

⁶⁵ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 134-135, 137.

⁶⁶ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 136.

Taşkın Tanrısı *Hapi*, beni bütün tarlalarda onurlandırdı.
Benim yıllarımda açlık çeken ve susuz kalan olmadı. ...
Herkesi layık olduğu makama getirdim.
Aslanlara boyun eğdirdim, timsahları yakaladım, ...
Güneydeki düşmanların bazısını püskürttüm, bazısını esir aldım,
Asyalıları köpekler gibi süründürdüm”.
“Kendim için altınlarla döşenmiş bir saray yaptırđım,
Tavanı lapis lazuli taşından,
Duvarları gümüşten ve zemini akasya ağacından,
Kapıları bakırdan ve vidaları tunçtan,
Sonsuza kadar ayakta kalacak bir saray. ...
Geçmişî düzenledim ve geleceğı yoluna koydum,
Kalbimdekini de sana açtım oğlum. ...
Krallık, geçmişte olduğı gibi devam edecek şimdi seninle. ...
Kendi anıtlarını yükselt, kaleler kur”⁶⁷.

I. Amenemhat’ın oğlu ve varisi I. Senusret’e siyasi öğütleri, bizim açımızdan ufuk açıcı bir metindir. Buradaki temalar öyle zengindir ki! 1- Saray bir savaş alanıdır, en güçlü kral bile yarınından emin olamaz. 2- Ama krallık yüce bir görevdir, ateşten gömlek olsa bile kimse onu üstlenmekten kaçınmaz. Zira krallık, “düzen, adalet, istikrar ve devlet işlerini layık olana vermek” demektir. 3- Kral içeride prestijli olmak zorundadır, bunu sarayının görkemiyle ve diğer eserleriyle yapar; her kral kendi döneminde saray, tapınak ve kale inşa ettiğinde tebaası onu otomatik biçimde “meşru yönetici” olarak görür. 4- Özellikle dış düşmanın tehditlerini artırdığı bir dönemde, yayılmacılık, fetihçilik ve sınır kalelerini uzaklara taşımak, kralların temel görevleri arasına girmiştir. I. Senusret babasının öğüdüne uymuş ve 1. Çağlayan olan güney sınırını 2. Çağlayan’a kadar genişletip oralarda sınır kaleleri-karakolları inşa ettirmiştir.

⁶⁷ **Lichtheim**, The Old and Middle Kingdoms, s. 137-138.

2. “Güzel Konuşan Köylü” Adlı Eserde *Maatın* (Adaletin) Üç Hali

Orta Krallık devrine ait bir eser, “Güzel Konuşan Köylü”, Natrun Vadi-si’ndeki bir vahada yaşayan köylü Khunanup’un başına gelenleri anlatır. Khunanup, ürünlerini eşeğine yükleyip başkent Herakleopolis’teki büyük pazara götürmek üzere yola çıkar ama bürokrat Rensi’ye bağlı arazi sahibi Nemtynakht hile ile onun eşeğine ve yüküne el koyar, köylü şikâyet edince de onu döver. Köylü mecburen (sarayın en etkili üç bürokratından biri olan) Rensi’ye başvurur, Rensi davayı mahkemeye götürür. Yargıçlar, Nemtynakht’ın arazisi ihlal edildiği için davalıyı haklı bulurlar ama Rensi yargıçların kararından sonra da süreci sona erdirmez. Dava Kral’ın ilgisini çekince uzar; Kral, *güzel konuşan köylünün* yeni argümanlarını öğrenmek için onu kendini defalarca savunmak zorunda bırakır. Dava uzasa da köylü savunmayı sürdürür ve eleştirilerini sıralar. Khunanup 9 günde 9 konuşma yapmış, savunmalarının hepsinden kral da haberdar kılınmıştır. Davanın geç sonuçlanmasının nedeni Kral’ın müdahalesidir. Köylü hiçbir şey elde edemeyeceğini düşünürken karar onun lehine çıkar: Eşeğe ve eşeğin yüküne el koyan arazi sahibinin bütün mülkü, arpası, buğdayı, eşekleri, domuzları ve sığırı köylüye verilir⁶⁸.

Khunanup’un hakkını ararken izlediği yol (savunma stratejileri), bize Mısır toplumundaki adalet anlayışına dair geniş bilgi sunar. Köylü, ilk savunmasında, yüksek bürokrat Rensi’yi övgüye boğar. Ona göre, Rensi, “yetimlerin babası, dul kadınların eşi-koruyucusu, boşanmış kadınların ağabeyi, annesizlerin kucağıdır”⁶⁹. Köylü, bürokrattan beklentisinin kötülükten korunmak olduğunu ifade etmişti, bunun için de Nemtynakht gibi zalimlerin cezalandırılmaları gerekmektedir. Köylü, “Hırsız kollayan devlet varlığını sürdürmez, kötüler cezalandırmayan yönetim kötülüğün artmasını teşvik etmiş olur” demektedir açıkça. *Maat*-adalet kavrayışı yoluyla biliyoruz ki devlet kötülüğün-hırsızlığın önüne geçmekle yetinmemeli, iyilik-refah-bereket yaratmak için de çaba göstermelidir⁷⁰. Öykü, benzerleri gibi, dönemin seçkinlerine kurulu-hiyerarşik toplumsal düzenin sürekliliğinin devletin sınıfsal uçurumları azaltarak ve iyi işleyen bir hukuki sistem kurarak halkın rızasını elde etmesine bağlı olduğunu hatırlatır.

⁶⁸ Chike, **Jeffers**, “Embodying Justice in Ancient Egypt: *The Tale of the Eloquent Peasant* as a Classic of Political Philosophy”, *British Journal for the History of Philosophy*, Cilt: 21, Sayı: 3, 2013, s. 423; **Lichtheim**, *The Old and Middle Kingdoms*, s. 169-182.

⁶⁹ **Jeffers**, s. 427.

⁷⁰ **Jeffers**, s. 429-431.

İlk bakışta dava hakkaniyetli sonuçlanmış görünebilir ama üzerine kafa yorunca büyüğü *adalet* teriminin içinin ne denli boş olduğu anlaşılır. 1- Köylü, hakkını aramaya azmetmiş güzel konuşan biri olmasaydı, üst düzey bir bürokrata ve krala sesini asla duyuramayacak, malının elden gitmesini ve haksız yere dövülmesini sindirerek evine dönmek zorunda kalacaktı. 2- Yargıçların eşeğin yükünü gasp ettiği için haksız olduğunu düşündüğümüz arazi sahibinin suçlu olmadığı yönündeki değerlendirmelerinin altında, modern hatta çağdaş zamanlara kadar geçerli olan toprak mülkiyeti rejimi yatmaktadır. Khunanup, bir serf (maraba), efendisinin toprağına bağımlı bir köylüydü; bu mantıkla, elde ettiği ürünleri toprağın asıl işleticisi olan efendisine danışmadan takas etmeye kalkıştığı için asıl gaspçı oydu; orta düzey toprak sahibi Nemtynakht, köylünün efendisinin dengi olarak, aslında gasp edilmiş mallara el koymuş kabul edilebilirdi. Sonuçta, dönemin toprak rejimi zaten bizim *adalet* anlayışımıza hiç uymayan bir şeydi. 3- Peki bize suçlu görünen kişinin bütün mülkünün Kral'ın hoşuna giden savunmalar yaptığı için köylüye devredilmesine ne demeli? Bu durumda da “adalet”, Kral'a o an için doğru gelen bir karardan fazlası değildi. Açık söylemek gerekirse, 4000 yıl önce Mısır'da olduğu gibi, bugünün insanları da *adalet* sözcüğünün içeriğini doldurmakta çok zorlanacaklardır.

“İyi konuşan köylü”nün sekizinci savunması-konuşması esnasında adalet ile ilgili sözlerine bakalım ve söylenenlerin anlamlı olup olmadığına karar verelim: “Adaletin Efendisi için adil olanı yap, ... *Maatı* söyle ve *maatı* yerine getir (Doğruyu söyle ve adaleti yerine getir / Doğru konuş ve doğru olanı yap)”⁷¹. Davada Kral'ın etkisiyle çıkan karar ve (biraz önceki cümlede) adalet terimine dair belirsiz ifadeler birlikte düşünülünce, sözcüğün anlamının göreliliği kadar onu anlamlandırma gücüne sahip yegâne örgütlü gücün de devlet olduğu sezilir. Mısır siyasal seçkinleri, atalardan miras alınan siyaset ve adalet anlayışlarını benimserlerken bu ikisinin içeriğini yeni ihtiyaçlar doğrultusunda yenilemeleri gerektiğini de kavramışlardı.

Jan Assmann, Eski Mısır ahlakının ve adalet anlayışının temel ilkelerini şöyle sıralar: Uyuşuk (tembel) insanın dünü olmaz, *maat* kulağını tıkayan insanın dostu olmaz, aç-gözlü olan aç kalır. *Maat*ın üç hali bu noktada anlam kazanır: 1- bencillik ve hiçbir şeye karışmamak yerine sosyal uyumun sağlanmasında aktif görev almak, 2- Toplumsal sağırılık yerine toplumsal

⁷¹ Lichtheim, s. 181.

iletişimi tercih ederek “doğruyu ifade etmek”, 3- açgözlülüğün tersine, insan ilişkilerinde iyiyi-doğruyu arzulamak⁷².

3. Adaletin Yokluğundan Şikâyet, Toplumsal Hiyerarşinin Değil Eski Hiyerarşik Düzenin Yıkılmış Olmasınadır; Adalet ise, Düzenin Eseri Olan Yoksulların Devlet Tarafından Korunmasıdır

İlk versiyonunun MÖ 1900 civarında yazılmış olduğu sanılan “İpuwer’in Öğütleri” adlı metin, düzen ve adalet terimlerinden anlaşılanın “kurulu toplumsal hiyerarşi” olduğunu, adil kralın başa geçmesiyle aynı hiyerarşik düzenin güçlü biçimde inşa edilmesinin beklendiğini iyi yansıtır. Metin bir yandan Nefertiti’nin Kehanetleri gibi *maat*ın terk ettiği Mısır’ın korkutucu *isfet*-kaosa teslim olduğunda neler yaşayacağını tarif eder, diğer yandan da bu kaosun sınıfsal bir alt-üst oluşa yol açtığını sergiler.

“Her yerde suç, ... her yerde ... hırsızlık,
Hizmetkârlar buldukları şeye anında el koyuyorlar,
Tanrı *Hapi* bereketli taşkını getirdi de sabanını kullanan var mı etrafta?
... Kadınlar kısır, gebe kalan yok artık,
Nil’i ülkemize akıtan Tanrı *Khnum* ne yapabilir topraklar bu haldeyken?
Öyle bir düzensizlik ve karmaşadır ki yoksullar varsıllaşıyor,
Sandalet almaya parası yetmeyenler şimdi refah içinde,
Köleler ne ara bu kadar açgözlü oldular? ...
Kalpler nasırlaşmış, fırtına toprağı süpürüp götürüyor,
Her yerde kan, ölüm her yerde. ...
Ölülerin çoğu ırmağa atılmış, ...
Soylular ağlarken yoksullar gülüyorlar onların bu hallerine,
Bütün kentlerde aynı nakarat: ‘Kovalım yöneticilerimizi’. ...
Hırsız varsıl olmuş, soylu ise hırsıza dönüşmüş,
Yurttaş haksız mı sormakta: Biz ne yapacağız şimdi”⁷³.

⁷² Stephen, **Quirke**, “Translating Ma’at: Ma’at - Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten”, The Journal of Egyptian Archaeology, Sayı: 80, 1994, s. 220.

Metinde “biz şimdi ne yapacağız?” sorusunu soran yurttaş, düzen bozulunca hiyerarşik konumunu yitiren bir eski seçkinden başkası olamaz. 1- Mısır’da düzen ve adaletten anlaşılan, hiyerarşik-tabakalı bir adalettir. 2- Hiyerarşik düzen övgüsüne karşın, seçkinlerin *maat*-adalet teriminden anladıkları, “yoksulu-yetimi-dulu korumak, çıplağı giydirmek ve açığı doyurmak”tır. Hiyerarşik olması doğal kabul edilen ve o haliyle sürdürülmesi gerektiğine inanılan siyasal-toplumsal düzenin temeli, hiyerarşik toplumsal örgütlenmenin (yoksulun-zayıfın-güçsüzün kollanması suretiyle) yumuşatılmasıdır. Koruma, olası ayaklanmaların önüne geçerek düzenin sürmesini garanti eden bir tür emniyet anahtarıdır.

Yukarıda öne sürülen iddiayı güçlendirmenin yolu, kaynakları çoğaltmaktan geçer. Orta Krallığı kuran 12. Hanedan, siyaset anlayışının olgunlaşması açısından bereketli bir ortam yaratmış, edebi bir altın çağın kapılarını aralamıştır. İpuwer’in Öğütleri, dönemin düzen-adalet-hiyerarşi-istikrar anlayışını sezmek için iyi bir kaynaktır.

“Altın, lapis lazuli, gümüş ve firuze,
Kırmızı akik, ametist taşı ve başka değerli taşlar,
Köle kadınların boyunlarını süslüyorlar şimdilerde,
Soylu kadınlarsa tarlalarda ömür tüketiyor, ...
Paçavralar [yoksul kıyafetleri] içinde acı çekiyor bedenleri”. ...
“Soyluların çocukları yara-bere içinde”. ...
“Soylu hanımların hizmetçilerden farkları kalmamış”. ...
“Eski hizmetkârlar şimdi kendileri hizmetkâr sahibi olmuşlar”. ...
“Dilenciler, Kralı bile soyma derdindeler”. ...
“İki Ülkeyi birleştiren Tanrı *Ra*’nın tacı bile çalınmış”. ...
“Bak, eski yoksul şimdi varlık sahibi olmuş,
Mülk sahibi adam ise her şeyini yitirmiş.
Bak, aşçılar eskiden onlara emir veren kâhyaların efendisi olmuşlar.
Eskiden mesaj getiren elçi, şimdi kendi elçisini gönderir olmuş,

⁷³ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, 151; Ferguson, s. 38-39.

Bak, bir somun ekmek bulamayan şimdi ahır sahibi olmuş. ...
Bak, hizmetkârlar nasıl da biftek yemeye alışmışlar. ...
Bak, tanrılara sığır yerine kaz sunulmuş, o da hizmetkârların ağızlarında. ...
Bak gör, soylu kadınlar nasıl da açlar,
Hizmetkârlar ise, eski efendileri için hazırlanmış yemekleri yiyorlar.
Bak gör, bütün rütbelere-unvanlar birbirlerine karışmış,
Çobanı olmadan otlayan sürülerin düzenidir bu,
Bak, sığır nasıl başıboş otlanıyor, onu geri getirecek kimse yok. ...
Bak gör, eskiden tahıl bulamayanın şimdi tahıl ambarları var, ...
Bak, hiç adamı olmayanın çevresi hizmetkârlarla dolu”⁷⁴.

“İpuwer’in Öğütleri” adlı eseri Türkçeye ilk çeviren, ülkemizin kültür dünyasında özel bir yere sahip olan (2014 yılında yitirdiğimiz) rahmetli Talat S. Halman idi. Ama Halman 1972’de bu ilk çeviriyi Türkiyeli okurun dikkatine sunarken aktardığı mısraları *İpuwer*’den aldığını belirtmemiş ve çeviriyi “İşte Başımıza Gelenler” başlığıyla yayımlamıştı.

“İşte göklere yükseliyor yangın
Ülkenin düşmanlarını yakacakmış gibi.
Görülmemiş bir olay var:
Yoksullar yağma etti hakanın mezarını. ...
İşte olanlar oldu: Ülke hakansız,
Ayak takımı talan etti ulusun varlığını. ...
Şimdi türbe [anıt-mezar] sahibi
Eskiden tabut yaptıramayanlar.
İşte türbelerde yatanları çıkartıp
Sokağın ortasına atıyorlar.
Tabutsuzlar uzanıyor güzelim türbelere.

⁷⁴ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 151-158.

İşte bunu da görmek kısmetmiş:
Başını sokacak odası olmayanlar
Artık köşklerde konaklarda yaşıyor.
İşte memleketin en değerli adamları
Evlerinden barklarından
Kapı dışarı ediliyor.
İşte hanımlar yer yatağında,
Beyler paşalar ambar köşelerinde,
Ayak takımı ise canım döşeklerde.
İşte su bile içmeden yatıyor zengin adam.
Bir zamanlar tortu dilenenler
En pahalı içkileri deviriyor. ...
Kayığı bile olmayanların
Gemileri var şimdi.
Gemilerin eski sahiplerinin içi gidiyor. ...
İşte ülkenin yoksulları varlıklı artık.
Eski zenginler ise sürünüyor.
İşte sıram sıram uşakları olanlar battı;
Yalınayak habercilerin
Kendi habercileri var şimdi. ...
İşte eskiden yataklarda uyuyanlar yerde şimdi,
Toprağı kucaklayıp yatanlar ise
Kuştüyü yataklara sarılıyor. ...
İşte tek bir kölesi olamayanın
Bir sürü kölesi var şimdi.
En yüksek amir ise emir kulu oldu”⁷⁵.

⁷⁵ Halman, s. 74-78.

“İpuwer’in Öğütleri”ni yazan kişinin toplumsal hiyerarşiyi nasıl doğal gördüğü ve onu meşrulaştırmak için rasyonel bir açıklamaya bile gerek duymadığı açık. Bazılarının köle sahibi olmaya hakları vardır, diğer bazılarının yoktur; bazıları kuştüyü yataklarda, diğer bazıları ise hasır üstünde uyumaya layıktırlar; bazıları için anıt-mezarlar inşa edilirken, diğer bazılarının tabut bulamaması doğaldır. Peki, eski varsıl niçin refah içinde yaşamayı hak ediyordu da yeni varsıl için böyle bir haktan söz edilemezdi? Eski hiyerarşik düzen niçin doğru, eski yoksulların sonradan servet sahibi olmaları niçin yanlış? Açıkçası, bu sorulara verilecek hiçbir rasyonel yanıt yoktu; Bu satırları yazanlar, verili düzenin verili olduğu, atalardan öyle geldiği, kurulu düzenin ilelebet sürdürülmesi gerektiği şeklindeki çıkışsız önermeden başkasına sığınamazlardı (“doğru olduğu için doğru”).

İpuwer’in Öğütleri ile aynı zamanlara, takriben II. Senusret dönemine (1897-1878) ait bir başka kaynak, Khakheperre-Somb’un Şikâyetleri adını taşır. Esere adını veren kişi rahiptir, bu sayede Mısır kralları ve bürokratları kadar din adamlarının da “düzen-adalet-istikrar kayboldu, adaletin tesis edilmesi gerek” konusunun muhatapları arasında yer aldıklarını anlarız. Bu eserde de, biraz önce aktarılan “rütbelere, soy-sop ve makamlar anlamlarını yitirdiler” teması işlenir.

“Değişim başladı, hiç bir şey geçen yılki gibi değil, ...

Maat bizi terk etti, *İsfet* kapımıza geldi,

Bizi tanrılara götüren yollar kapandı. ...

Ülke kargaşaya teslim oldu, her yerde yas-gözyaşı”.

“Bu kargaşa hemen yarın bitmez,

Kimse öngöremez kötü günlerin bitişini.

Ülkenin tamamı büyük bir buhran içinde,

Suç herkese bulaşmış, açgözlülük bütün kalplerde.

Eskiden emir veren, şimdi emir alıyor,

Üstelik iki taraf da doğal görüyor bu hali”⁷⁶.

⁷⁶ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 147-148.

Assmann, Eski Mısır'ın *maat* anlayışını en iyi yansıtan terimin *dikey dayanışma* (*dikey toplumsal uyum*) olduğunu söyler. Kral ve onun emrindeki bürokratların yukarıdan aşağıya uyguladıkları ve bu yolla kitlelerin korunma ihtiyaçlarına karşılık verdikleri dayanışma formu... Ama Assmann şu gerçeği de ikna edici biçimde ortaya koyar: Yeni Krallıkta Kral'ın adalet sorumluluğu aşınmıştı, yoksulu-güçsüzü kurtuluşa erişirme işlevini “her yerde olan - bütün yakarışları duyan bir görünmez tanrı” yüklenmeye başlamıştı⁷⁷.

4. “Prenslerin Doğumu” ve “Sinuhe'nin Öyküsü” Adlı Eserlere (1900-1600) Göre, Mısır Kralı Düzenin (Toplumsal Hiyerarşinin) Ana Kolonudur

Arkeologlar, yazıya geçmemiş toplumlarda toplumsal hiyerarşinin ne zaman ortaya çıktığını anlamak için kazı alanında belli noktalara odaklanırlar. 1- Aynı yerleşim içinde ortalama büyüklüğe sahip evlerin hepsinden çok daha geniş bir yapı var mı? 2- O yapı içindeki nesneler, diğer evlerde bulunan nesnelerden farklılar mı? Örneğin o yapıda altın, gümüş ve bakır gibi metallerden imal edilmiş takılar; lapis lazuli, yakut, yeşim gibi değerli taşlar; diğer evlerdekinden farklı tipte ve kalitede taş ya da kil kaplar var mı? 3- Şef'in evine benzeyen müstesna yapıda büyütülen çocuklar, diğer evlerdeki çocuklardan farklı muamele görmüşler mi? Örneğin Şef'in çocuğu vakitsiz öldüğünde diğer çocuklardan farklı biçimde defnedilmiş mi? Ne var ki yazılı-uygar-devletli toplumlarda toplumsal hiyerarşinin kanıtları daha açık olabilir. Saray, saray içindeki egzotik mallar, kıyafetler-takılar, toplumları yönetenlerin (Kralın, kraliyet ailesinin, ülkenin yönetilmesinde Kral'a yardımcı olan bürokratların) toplumun geri kalanından açık biçimde ayırt edildiklerini gösterir. Ama yazılı metinler, kralı her şeyden çok tanrısal bir figür, “koz-mik düzenin ve toplumsal adaletin garantörü”; onun çocuklarını da “geleneğe sahip çıkıp kurulu düzeni sürdürecektir bekçiler” olarak sunarlar. Erken uygarlıklarda düzenin ve toplumsal hiyerarşinin nasıl işlediğini kavramak için bakmamız gereken yerler, kralları anlatan ideolojik pasajlardır.

“Sinuhe'nin Öyküsü” adlı eserin en eski kopyası Orta Krallık başına, ikinci kopya Orta Krallık sonuna, üçüncü kopya Yeni Krallık dönemine aittirler. Sarayın yüksek bürokratlarından biri olan Sinuhe, Kral I. Amenemhat bir siyasi cinayet sonucunda yaşamını yitirince, haksız biçimde suçlanma

⁷⁷ Quirke, s. 220; Stuart Tyson, Smith, “Review: The Mind of Egypt”, The International Journal of African Historical Studies, Cilt: 38, Sayı: 1, 2005, s. 128.

endişesiyle Asya'ya, Levant tarafına (Doğu Akdeniz kıyılarına) kaçar, orada yerel bir beyin korumasına girer ama sonraki Mısır Kralı I. Senusret'in davetiyle yıllar sonra ülkesine döner. Babasının ölümünde Sinuhe'nin parmağı olmadığına inanan I. Senusret, onu hizmetine alır, onun diğer yüksek bürokratlar gibi statü ve servet kazanmasının önünü açar. Sinuhe, daha Asya'dayken bile korumasına girdiği yerel beye Mısır'ın yeni kralı I. Senusret'i hararetle biçimde övmüş ve onu tanrılarla karşılaştırmıştır:

“O, dengi olmayan bir tanrıdır, ...

O, bilginin efendisi, bilge bir planlayıcı, yetenekleri eşsiz bir liderdir. ...

O biriciktir, tanrıların armağanı,

Hüküm sürdüğü her yer, mutluluk ülkesidir”⁷⁸.

Sinuhe, I. Senusret'in kendisini gurbetten ülkeye çağırان mesajına olumlu karşılık verirken de Kral'ı yere göğe koyamaz. “Ra, ülkenin bütününe o saygı dolu korkuyu yerleştirdi ki hiç bir uyuğunuz size karşı gelmesin; dış ülkelerde de sezilir aynı korku; Ülkemde olayım ya da şu andaki gibi gurbette, ufuklar sizin varlığınızla doludur. Güneş, sizi neşelendirmek için doğar; Siz dilerseniz içilir Irmağın suyu. Ancak izninizle solunur Göğün havası; ... Uyruklarınız verdiğiniz solukla yaşarlar”⁷⁹.

Kral, bu pasajda “yaşamın soluğu” olarak tanımlanır. MÖ 2100 tarihli “Tabut Metinleri” (TM) adlı teolojik anlatıya göre, yaratıcı tanrı *Atum*'un oğlu *Şu*, “yaratıcının soluğu” idi. TM 1065'e bakılırsa, *Atum-Ra-Güneş*, yaşamın soluğu sayesinde var idi (*Şu*, *Atum*'a soluk vererek onu Yaşamda tutan töz idi). TM 80-81'deki pasajlar, bu hususu açıklarlar: “Ben, *Atum*'un oğluyum, ... her gün soluk alabilmek için gırtlığına yerleştirdi beni. ... Onun burnundaki nefesin nedeniyim ben”. Bu pasajlar, ilksel varlıkların yaratan-yaratılan / baba-oğul gibi görünseler de varlıklarını nasıl birbirlerine borçlu olduklarını gösterir. Değiş-tokuş / alıp-verme / karşılıklılık, yaratan ile yaratılanlar, insanlarla tanrılar ve insan kuşakları arasındaki ilişkileri düzenleyen unsurdur. Yaşam enerjisi, bu sürekli alış-veriş sayesinde varlıklar ve varoluşlar arasında dolaşır⁸⁰. Devletin meşruiyetinin temeli de bu alış-veriştir.

⁷⁸ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 225-226.

⁷⁹ Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 131.

⁸⁰ Bickel, s. 78-83.

Yaratıcının yaşam enerjisini kendi varlığında tutan ve onu yaratılmışlara aktaran oğul *Şu*'dur. Her yıl aynı dönemlerde yinelenerek araziye bereket getiren Nil taşkınları ve buğdayın büyümesi “yaşamın soluğu” olan oğul sayesinde. Yaratıcının kızı *Tefnut*'un diğer adı ise, *Maat*'tır. Hem kozmik hem toplumsal düzeni ve uyumu tarif eden *Maat*, evrenin temel ilkesidir. Düzen ve bereket (Doğa'nın yenilenmesi) birbirlerini tamamlayan unsurlardır. Yaratıcının oğlu ve kızı nasıl *Atum-Ra*'nın (*Atum*-Güneş'in) halefleri ve yaratılışın sürekliliğini sağlayan güçler iseler, “Ra'nın oğlu / Tanrı Osiris ile Horus'un halefleri” olan Mısır kralları da refahtan, ülkeye bereket (tahıl) getiren Nil taşkınlarının sürekliliğinden ve toplumsal dengeden sorumludurlar. Orta Krallık (2050-1750) metinlerinde kralların benzetildikleri (bir ölçüde özdeşleştirildikleri) tanrısal figürler, yaratılış ile siyaset arasındaki bağı sezmeye yeter. (Yaratıcının yaşamı temsil eden oğlu) *Şu*, buğday tanrısı *Nepri*, *Hu* (yaratıcı buyruk) ve *Sia* (yaratıcı idrak), *Ra* (güneş), Nil'in ve taşkınların tanrısı *Khnum*, ocağın ve aile birliğinin tanrıçası *Bastet*, Güneş'in kavuran şiddetli yüzü ve kötüler için ölüm demek olan tanrıça *Sekhmet*⁸¹... Bu tanrıların hepsi, düzenin yeryüzündeki biricik temsilcisi Mısır Kralı ile özdeş görülmüşlerdir.

Tabut Metinlerinden 200 yıl sonraki “Sinuhe anlatısı”nda bir tema iyice olgunlaşır. Yaratıcı Tanrı *Atum*'un oğlu *Şu*'ya ait olan “yaşamın soluğu”, artık hiçbir mitolojik hatırlatıcıya gerek kalmadan tanrısal kralın denetimine bırakılmıştır: Kral tahtında ise düzen-adalet-bereket vardır; Yaşam sağlıklı biçimde sürmektedir. Burada “kral”dan kasıt “devlet” olsa da, düzenin emrettiği hiyerarşi, kralın fiziki bedeni ve o bedenin içinde yer aldığı sarayla kurulmaktadır. Güçlüyü güçlü, varsılı varsıl yapan, kraldır/saraydır.

Sinuhe, ülkesine dönünce saraydaki saygın görevine kavuşmakla kalmayacak, servete de boğulacaktır. “Giysilerim en iyi kumaşlardan yapılmıştı, en iyi yağlarla ovulmuştu benim. ... Piramitlerin arasına benim için de taştan bir piramit dikildi. ... Heykelim altınla kaplandı, etekleri elektrik (altın-gümüş alaşımı) ile. Yapılmasını majesteleri emretti. Sıradan (halktan) insanlara yapılmaz böylesi. Ölüm gününe kadar beraber olacağız kralımla”⁸². Bu pasajlar, hiyerarşinin devlet eliyle kurulduğu-sürdürüldüğü hususunda kuşkuyla yer bırakmazlar. Sinuhe heykeli, gerçekte düzenin, siyasal-toplumsal hiyerarşinin, özetle devletin heykelidir.

⁸¹ Bickel, s. 159-162.

⁸² Lichtheim, The Old and Middle Kingdoms, s. 133.

Tek kopyası (5 öyküden oluşan Westcar Papirüsü) Orta Krallık sonrası-na, İkinci Ara Döneme (MÖ 1750-1540) ait olan “Kraliyet Çocuklarının Doğumu” adlı öykü, Ruddedet adlı kadının (herhalde bir ana-kraliçenin) sarayda üçüz doğurmasını nakleder. Öyküye göre, *Ra*, (*İsis*, *Neftis*, *Khnum*, *Mesenet* ve *Heket* gibi) büyük tanrıçaları-tanrıları Ruddedet’in doğumuna yardımcı olmakla görevlendirmişti. Tanrıçalar doğumları zahmetsizce gerçekleştireler; üç doğum (üçü de oğlan), birbirinin aynısıdır: “Onu yıkadılar, göbek bağıni kestiler, yastıkların üzerine yatırdılar. Sonra (doğum tanrıçası ve her bir çocuk Ka’sının yaratıcısı) Mesenet çocuğa yaklaştı ve dedi: *Ülkenin krallığını üstlenecek bir kral*. Ardından *Khnum* geldi, çocuğun bedenine sağlık verdi”⁸³.

5. Orta Krallıkta Siyaset, Ahlak ve Erdem

MÖ 1900’lerde yazıldığı sanılan “Merikare’ye Öğütler” adlı eserde işlenen konular, devlet yönetimi, bürokratik ahlak, ülke savunması, dini yapılar ve törenlerdi⁸⁴. Birinci Ara Dönem sonunda (Orta Krallık kurulurken) krallık yapan Prens Merikare’nin babası Khety, bu metinde varisi Merikare’ye devlet işlerinde nelerin değişmesi ve nelerin muhafaza edilmesi gerektiği hususunda öğütler vermiş, ona devlet yönetme sanatını öğretmeye çalışmıştır. Kral’ın adaletle ilgili öğütleri, ahlak-erdem ve adalet arasındaki sıkı bağlantıyı bir kez daha görmemizi sağlar:

“Adil ol ki tahtında uzun süre kalabilesin,
Ağlayanın gözyaşını sil, dulu ezme koru,
İnsanları atalarının-babalarının mülkünden dışarı atma,
Soyluları onlara ait topraklarda aşağılama, zayıflatma,
Haksız ceza vermekten ısrarla kaçın”⁸⁵.

Yeni Krallık döneminde (MÖ 1540-1070) çok popüler bir metin olan “Ölümler Kitabı” da bireysel ahlakla toplumsal ahlak (siyaset) arasında bağlantı kurar⁸⁶. Kitabın özellikle 125. bölümü ilgi çekicidir. Burada, ölümden sonra “iki hakikat (*maat*) salonu”na gelen bir ruh, sorgu esnasında masum

⁸³ Lichtheim, *The Old and Middle Kingdoms*, s. 220-221.

⁸⁴ Black, s. 24.

⁸⁵ Ziegler, s. 350.

⁸⁶ Black, s. 25.

olduğunu belirterek dünyada yaptıklarını anlatır. Metinde “iyi insan”ı tanımlayan bölümler, “iyi kral”a da uyarlanabilirler⁸⁷:

“Hiç kimsenin canını yakmadım,
Aç bırakmadım tek kişiyi.
Kimseye gözyaşı döktürmedim.
Kimseyi öldürmedim,
Kimsenin öldürülmesini emretmedim.
Acı çektiler kimseye. ...
Zina etmedim hiçbir zaman.
Hile karıştırmadım tartılara,
Süt çocuklarının ağızlarından süt çalmadım.
Kovmadım sürüleri otlaktan. ...
Akan suları durdurtmadım,
Yıkmadım su-yollarını
Yanan ocakları söndürtmedim. ...
Asla karşı gelmedim Tanrıma.
Ben temizim, temizim, temizim”.

Varsılların-güçlülerin yoksulları-acizleri kollamaları gerektiği anlayışı, kralın baba olduğu patrimonial devletlerde, siyasal seçkinleri ve baba-kralı yükümlülük altına sokar. Eski Mısır’da şu sözleri firavun da varsıl bir uyruk da söyleyebilir: “Açı doyurdum, çıplağı giydirdim, yalınayak olana sandalet verdim”. Nitekim MÖ. 13. yüzyılda yaşamış bir yüksek-rahip, benzer cümleleri tekrarlamıştır: “Onlara baba oldum, yetim ve dulla ilgilendim, ihtiyacı olana elimi uzattım, yoksula varlık verdim”. “Maat-adaletin muhafızı” olan kral da, güneş-tanrı gibi, sıkıntıda olanın yakarılarına kulak vermeli, zalimin elinden mazlumu almalı, yoksullar için adaleti tesis etmelidir⁸⁸.

⁸⁷ Lichtheim, *The New Kingdom*, s. 125; Halman, s. 119-120.

⁸⁸ Black, *A World History of Ancient Political Thought*, 25-26.

Ölümler Kitabı'nda "Tanrılara yakarış-sesleniş" adlı bölümde erdem, ahlak ve siyaseti birleştiren terimin yine *maat* (düzen ve adalet) olduğunu görürüz.

"Selam size *İki Hakikat Salonundaki* tanrılar,
Bedenlerinde yalan izi olmayan,
Maat içinde yaşayan tanrılar. ...
Ben de *Maat*'ı yaşarım, *Maat*'ı beslerim. ...
Aça ekmek verdim,
Susayana da su,
Çıplak olana giysi,
Irmağı geçemeyene kayık. ...
Kurtarın beni, koruyun beni,
Suçlamayın beni Yüce Tanrı'nın önünde! ...
Buraya *Maat*'a tanıklık etmek için geldim. ...
Ben temizim, önüm temiz, arkam temiz,
Maat kuyusuna girip çıktım"⁸⁹.

SONUÇ

Bu makalede gösterilmek istenen, Eski Mısır'da "kozmik düzen ve uyum" ile "toplumsal adalet-uyum-denge" kavrayışları arasında tam bir özdeşlik kurulmuş olduğudur. "Siyasal ve toplumsal *maat*"ın yaşamasının koşulu "fiziksel-doğal *maat*"ın (taşkın ve bereketin) Mısır'a hâkim olabilmesidir. Devlet, kozmik ve toplumsal uyumun birlikte sürmesi adına tarihi aşan işleve sahip bir kurum olarak sunulur. O, yaratılışla başlayan (insan topluluklarının varlıklarını sürdürmelerinin de koşulu olan) yaşamın ve kozmik düzenin sürekliliği için kaçınılmaz biçimde var olması gereken zamansız-tarihsiz bir kurumdur. *Kutsal*, dünyevi ihtiyaçların gereği olarak inşa edilmiştir. Dünyevi düzenin (yaşamın; insan toplumlarının geçimlerinin) garantörü olan devletin-krallığın (ve bunların kaçınılmaz kıldığı hiyerarşik örgüt-

⁸⁹ Lichtheim, *The New Kingdom*, 128-129.

lenmenin) meşruiyeti *kutsal* marifetiyle kurulur. *Kutsalın* yansıttığı tanrılar arasındaki (gerçekte doğa güçleri arasındaki) hiyerarşinin benzeri tanrılarla insanlar, tanrı rütbesine çıkarılmış firavunlar ile sarayın diğer unsurları ve nihayet siyasal-ekonomik-dini seçkinlerle halk kitleleri arasında söz konusudur. Düzen güçsüz-zayıf-yoksul-köylü-işçi var olmadan sürdürülemeyeceği için, bunlar (statüleri aynı kalmakla birlikte) korunmalılardı, *Maat*-adalet kavramının anlamı burada gizliydi. Bu manzarada, odak mutlak surette “kutsalın ve siyasalın sürekliliğini sağlayan devlet” idi. O olmasaydı kutsallık literatürü ortaya çıkamaz, tanrılaştırılan firavunlar için piramitler ve tanrılar onuruna tapınaklar inşa edilemez, onlar için yüzlerce resim-heykel yapılamaz, tapınaklar sunularla donatılamazdı. Kutsalı oluşturan unsurların ve hiyerarşiye dayalı toplumsal düzenin sürekliliği için “kutsal”ın tarihsiz kıldığı bir devlet kurumundan daha işlevsel ne olabilir?

Mısır’da tanrılardan ve krallardan söz açıldığında sürekli *maata* vurgu yapılır. Makalenin yoğunlaştığı Eski ve Orta Krallıklardan sonraki Yeni Krallık Dönemi’nde de II. Ramses’in babası I. Seti’yi (MÖ 1290-1279) onurlandıran kayıttaki “Bir kralın gücü *maat*tır” ifadesi çok çarpıcıdır. I. Seti, aynı kayıtta, hayat veren, istikrarı tesis eden ve hâkimiyet kuran bir figürdür⁹⁰. Buradaki iki önemli ifade, tanrıları krallara, yaratılış ve kozmik düzen anlatısını da siyasete ve dünyevi düzen-adalet kavrayışına bağlar. Tanrının “maddeden ibaret bir dev ya da yaşamı harekete geçiren neden-simge-güç” olarak tarif edilmesi ile onun “kişisel-evrensel-aşkın bir varlık” olması arasında mutlaka fark vardır. *Maatın* kavranışında da gösterir fark kendini. İlk örnekte (*Atum-Güneş / Aton-Güneş* örneğinde), tanrı bir “neden” (Deizmden aşına olduğumuz “Evreni yarattı, sonra kendi haline bıraktı” cümlesindekine benzer tarihi başlatan ama ona karışmayan güç) olduğu için *maatı* tesis edip sürdürme sorumluluğu kralda ve onu temsil eden memurlardadır (genel olarak devlette). Tanrı, *Amon-Ra* örneğindeki gibi aşkın-kişisel-evrensel bir varlık olduğunda, *maatı* koruyan güç hala devlet ise de, yöneticiler kavramın kapsamını-içeriğini tanrısal iradeye bakarak tayin edebilirler. Ancak her iki örnekte de, yaratılış ile onun faili olduğu söylenen tanrısalılıkların hepsi birlikte zikredilebilir, zira vurgu yaratıcının kim olduğundan bağımsız biçimde yaratılış ile gelen yaşama, yaşamın tekrarına (düzene), yaşamı mümkün kılan güneş, su-ırmak-taşkın ve onların hepsinin eseri olan besine-bereketedir.

⁹⁰ Lichtheim, The New Kingdom, s. 54-55.

Devletin meşruiyeti modernlik-öncesi dönemde ve modern dönemde iki farklı önermeye dayanır. 1- İlkın kişisel ve aşkın olmayan (iradesini beyan etmeyen ya da buna gerek duymayan) yaratıcı kurgusu üzerinden kozmik düzeni ve doğa yaşamını yansıttığı varsayılan “siyasal düzen ve toplumsal yaşam”ın sorumluluğı devlete verilmiştir. Ama doğal-toplumsal-siyasal ilişkileri ve konumları açıklama gücüne sahip olduğu için bir ölçüde rasyonel temeller üzerinde yükselen “tanrı fikri”, kutsalın ve insan ihtiyaçlarının dönüşmesi ile iradesini uygun gördüğü zaman ve biçimlerde insanlara bildiren, onlara iradesine uymalarını emreden aşkın ve kişisel tanrı fikrine evrilmiştir. Mısır’da bu dönüşüm en net biçimde Yeni Krallık’ta gerçekleşecektir (1540-1070). Bu yeni tanrı tasavvuru, olasılıkla metafizik bir gücün toplumları koruyup kollaması talebinin sürekli olarak güçlenmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. “Her şeyi bilen, her şeye gücü yeten, insanları sınavan, gerekli gördüğünde onları ödüllendiren ya da cezalandıran” bir tanrı... Artık kozmik-tanrısal düzen ile onun yansıması olan siyasal-toplumsal düzenden anlaşılan aşkın tanrının iradesine uygun bir düzendir; devletlerin inşa edip sürdürmeleri gereken düzen de budur. 2- Moderniteyi eski ve orta çağların siyaset kavrayışından ayıran, siyasal yönetimlerin meşruiyetinin yaşam ve yaratılış ile bağlantı kurularak üretilen (kutsal yardımıyla tarihsiz kılınmış devlet aracılığıyla tesis edilen) bir düzen-adalet ya da o düzene buyruklarıyla yön veren bir aşkın-kişisel tanrıya değil, toplumun onayına dayandırılmasıdır. Ama iki önermenin ortaklaştığı bir kesişim noktasının var olduğu da belirtilmelidir. Modernlik-öncesi dönemin siyaset kavrayışını yansıtan Eski Mısır örneğinde, kutsal ile uyumlu olacak biçimde üretilen düzen-adalet tasavvuru doğada da var olduğu gerekçesiyle hiyerarşiyi kaçınılmaz bulsa da, toplumsal eşitsizliğin halkın onayı alınmadan (siyasal zor ile) yürütülemeyeceği bilindiği için *maat* kavramını “güçsüzün korunması” gibi bir görevle tanımlamıştır.

Teşekkür: Makalenin (adlarını bilemediğim) hakemlerine emekleri için teşekkür ederim.

KAYNAKÇA

- Allen**, James P, *Genesis in Egypt: The Philosophy of Ancient Egyptian Creation Accounts*, New Haven 1988.
- Assmann**, Jan, *Kültürel Bellek: Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik*, (çev. A. Tekin), İstanbul 2001.
- Assmann**, Jan, *The Search for God in Ancient Egypt* (translated from the German by D. Lorton), Ithaca - London 2001.
- Assmann**, Jan, “Creation through Hieroglyphs: The Cosmic Grammatology of Ancient Egypt”, *The poetics of grammar and the metaphysics of sound and sign*, Eds. S. La Porta / D. Shulman, Boston, 2007, s. 17-34.
- Atwell**, James E., “An Egyptian Source for Genesis”, *The Journal of Theological Studies*, Cilt: 51, Sayı: 2, 2000, s. 441-477.
- Bickel**, Susanne, *La cosmogonie égyptienne: Avant le Nouvel Empire*, Fribourg 1994.
- Black**, Antony, *A World History of Ancient Political Thought*, Oxford: Oxford 2016.
- Bodine**, Joshua J., “The Shabaka Stone: An Introduction”, *Studia Antiqua*, Cilt: 7, Sayı: 1, 2009, PDF: 1-21.
- Callender**, Gae, “The Middle Kingdom Renaissance (c. 2055-1650 BC)”, *The Oxford History of Ancient Egypt*, Ed. I. Shaw, New York, 2003, s. 137-171.
- Çıvgın**, İzzet, *İlkçağ Tarihi*, Ankara 2010.
- Çıvgın**, İzzet, “Ön ve Erken Hanedanlar Devri’nde (MÖ 3300-3000) Levant’ta Kurulan Ticaret Kolonilerinin Mısır Devletleşmesine Katkısı”, *Tarih, Kültür ve Sanat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 99-155.
- Çıvgın**, İzzet, “1. Ara Dönem’den Orta Krallığa (MÖ. 2200-1950): Mısır Devleti’nde ‘Yayılmacı’ İdeolojinin Oluşumu ve Aşağı Nübye’ye Uygulanışı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 70, Sayı: 3, 2015, s. 683-721.
- Çıvgın**, İzzet, “Mısır Eski Krallığı (MÖ. 2700-2200) Devrindeki Ticari Ağların Mısır Uygarlığı ile Nübye/Sudan Devletleşmesi Üzerindeki Etkileri”, *DTCF Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 34, Sayı: 58, 2015, s. 371-424.
- Çıvgın**, İzzet, “12. Hanedan’ın (MÖ. 1991-1782) Aşağı Nübye’de Kurduğu Kale-Üsler ya da ‘Eski Mısır Yayılmacılığı’nın Başlangıcı”, *Tarih Okulu Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 28, 2016, s. 1-55.
- Daly**, Kathleen N, *Greek and Roman Mythology A to Z*, New York 2009.
- Darnell**, John C, *Conflicts That Shaped Pharaonic Egypt*, Prince Frederick 2010.
- David**, Rosalie, *Religion and Magic in Ancient Egypt*, London 2002.
- Ferguson**, R. James, “The ancient Egyptian concept of Maat: Reflections on social justice and natural order”, *CEWCES Research Papers*, Paper 13, 2016, s. 1-91.
- Halman**, Talat Sait, *Eski Mısır Şiiri*, İstanbul 1972.
- Hamblin**, William J., *Warfare in the Ancient Near East to 1600 BC: Holy Warriors at the Dawn of History*, London - New York 2006.

- Jeffers**, Chike, “Embodying Justice in Ancient Egypt: *The Tale of the Eloquent Peasant* as a Classic of Political Philosophy”, *British Journal for the History of Philosophy*, Cilt: 21, Sayı: 3, 2013, s. 421-442.
- Langer**, Christian, “The Political Realism of the Egyptian Elite: A Comparison between *The Teaching for Merikare* and Niccolò Machiavelli’s *Il Principe*”, *Journal of Egyptian History*, Sayı: 8, 2015, s. 49-79.
- Larsen**, Laurie Sue, *Ma’at’s Mysteries: The Roots of Renewal*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ann Arbor, Pacifica Graduate Institute, 2018.
- Lichtheim**, Miriam, *Ancient Egyptian Literature - Vol. I: The Old and Middle Kingdoms*, Berkeley 1975.
- Lichtheim**, Miriam, *Ancient Egyptian Literature - Vol. II: The New Kingdom*, Berkeley 1978.
- Miroschedji**, Pierre de, “De la Mésopotamie urukéenne à l’Égypte prédynastique: Commentaire sur les articles de G. Stein et al. et de B. Helwig”, *Paléorient*, Cilt: 25, Sayı: 1, 1999, s. 159-165.
- Okon**, Etim E, “Religion and Politics in ancient Egypt”, *American Journal of Social and Management Sciences*, Cilt: 3, Sayı: 3, 2012, s. 93-98.
- Quirke**, Stephen, “Translating Ma’at: Ma’at - Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten”, *The Journal of Egyptian Archaeology*, Sayı: 80, 1994, s. 219-231.
- Rice**, Michael, *Egypt’s Making: The Origins of Ancient Egypt 5000-2000 BC*, London - New York 2003.
- Rindova**, Violina P. / **Starbuck**, William H, “Distrust in Dependence: The Ancient Challenge of Superior-Subordinate Relations”, *Advancement of Organization Behavior: Essays in Honor of Derek Pugh*, Ed. T. A. R. Clark, Dartmouth, 1997, s. 313-336.
- Seidlmayer**, Stephan, “The First Intermediate Period (c.2160-2055 BC)”, *The Oxford History of Ancient Egypt*, Ed. I. Shaw, New York, 2003, s. 108-136.
- Smith**, Stuart Tyson, “Review: The Mind of Egypt”, *The International Journal of African Historical Studies*, Cilt: 38, Sayı: 1, 2005, s. 127-130.
- Unruh**, Matthew, “Continuity at Luxor Temple”, *History in the Making* 11, Article 15, 2018, s. 247-256.
- Wilkinson**, Richard H., *The Complete Gods and Goddesses of Ancient Egypt*, New York 2003.
- Wilkinson**, Toby A. H., *Early Dynastic Egypt*, London - New York 1999.
- Wilkinson**, Toby A. H., *The Rise and Fall of Ancient Egypt*, New York 2011.
- Willems**, Harco, “The First Intermediate Period and the Middle Kingdom”, *A Companion to Ancient Egypt - Vol. I*, Ed. A. B. Lloyd, Chichester, 2010, s. 81-100.
- Ziegler**, Christiane, “The Nile Valley (3000-1700 BC)”, *History of Humanity Volume II: From the Third Millennium to the Seven Century B.C.*, Eds. A. H. Dani / J.-P. Mohen, Paris - London, 1996, s. 324-358.

HAKSIZ TAHRİK AÇISINDAN TAHRİK FİİLİNİN HAKSIZLIĞI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Veysel Candan CANOĞLU^(**)**

Öz: Failin cezai sorumluluğu belirlenirken suçun unsurlarının oluşması durumunda kusurluluk açısından bir değerlendirmede bulunmaktadır. Örneğin failin tahrik edilmesi nedeniyle belirli bir duygu yoğunluğundayken suçu işlemesi, onun kusurluluğunu etkileyebilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) kusurluluğu etkileyen birtakım kurumlar düzenlenmektedir. Bu kurumlardan biri olan haksız tahrik kurumuna TCK m. 29'da yer verilmektedir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanması durumunda, fail hakkında hükmedilecek cezada belirli oranlar arasında indirimle gidilmektedir. Bunun için birtakım koşullar aranmaktadır. Bu koşullardan birisi tahrik fiilinin haksız olmasıdır. Aslında her suç aynı zamanda haksızlık teşkil etmektedir. Bu durum göz önüne alındığında haksızlığın ceza hukukunda esaslı bir yere sahip olduğu ifade edilmelidir. Ancak haksız ve haksızlık kavramlarına dair TCK'da bir tanıma rastlanmamaktadır. Bu bakımdan haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi açısından tahrik fiilinin haksız olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışmamızda ilk olarak haksız tahrik kurumu genel olarak açıklandıktan sonra, bu kurumun koşullarından birisi olan tahrik fiilinin haksızlığından ne anlaşılması gerektiği hususu, doktrindeki görüşler ile Yargıtay kararlarından yararlanılmak suretiyle muhtelif açılardan ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cezai Sorumluluk, Haksız Tahrik, Haksız Fiil, Kusurluluk, Hakaret.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 04.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 07.12.2025.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kocaeli - Türkiye,
E-posta: veysel.canoglu@kocaeli.edu.tr,
Orcid: 0000-0003-1244-8737.

INJUSTICE OF THE ACT OF PROVOCATION IN TERMS OF UNJUST PROVOCATION

Abstract: There are certain situations that affect culpability, such as the perpetrator committing the crime while in a certain emotional intensity due to provocation. Unjust provocation regarding this situation is regulated in article 29 of the Turkish Penal Code numbered 5237 (TPC). In case this article is applied, the perpetrator's sentence is reduced. In order for the relevant article to be applied, certain conditions must be met. One of these conditions is that the provocative act is unjust. As it is known, if an act is a crime, this act is also an injustice. Injustice is an important term in criminal law. However, there is no definition of the term unjust in the TPC. It is important to determine whether the act of provocation is unjust in order to apply the provisions of unjust provocation. In our study, firstly, the institution of unjust provocation is explained in general. Afterwards, the issue of what should be understood as the injustice of the act of provocation, which is one of the conditions of unjust provocation, is discussed from various angles by making use of the opinions in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation.

Keywords: Criminal Liability, Unjust Provocation, Tort, Culpability, Insult.

GİRİŞ

Faili suç işlemeye yönelten birçok sebep mevcut olup, bunlardan bir kısmı mağdurdan kaynaklanmaktadır. Mağdurun gerçekleştirdiği davranışlar, failin içindeki suç işleme kararını kuvvetlendirebildiği gibi, failde olmayan bir suç işleme isteğini de uyandırabilmektedir. Fail, kusur yeteneğine sahip olsa bile bunda mağdurun etkisi göz ardı edilmemektedir. Öyle ki mağdurun davranışları faili tahrik ederek kusurluluğu etkileyebilmektedir. Bu durumda suçun işlenmesinde mağdurun da etkisinin olması ve failin öfke ve üzüntü gibi belirli duyguların etkisi altındayken suçu işlemesi gibi birtakım gerekçelerle cezada indirimle gidilmesi gündeme gelebilmektedir. Bu doğrultuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 29'da haksız tahrik kurumuna yer verilmektedir. Bunun için birtakım koşulların somut olayda oluşması gerekmektedir. Çalışmamızda, haksız tahrikin koşullarından birisi olan tahrik fiilinin haksızlığı hususunu ele almaktayız. Diğer bir ifadeyle haksız tahrik açısından haksızlığın ne olduğunu çalışmamıza konu etmekteyiz. Belirtmek isteriz ki tahrik fiilinin haksız olması, TCK m. 29'un uygulanması açısından zorunludur. Bununla beraber haksızlığın boyutu TCK m. 29'a göre indirim oranının yanı sıra, TCK m. 61'e göre cezanın belirlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Çalışmamızda ilk olarak haksız tahrik kurumunu genel olarak açıklamaktayız. Akabinde tahrik fiili açısından haksızlığın tanımının yanı sıra, önem arz eden hususları muhtelif başlıklar altında ele almaktayız.

I. GENEL OLARAK HAKSIZ TAHRİK

Haksız tahrik kurumunun esasını, failin suç işlemeye tahrik edilmesi oluşturmaktadır¹. Genel olarak iki başlık altında toplanan görüşlerden subjektif

¹ Faruk, **Erem**, "Haksız Tahrik", AD, Sayı: 7, 1946, s. 639; Nur, **Başar**, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", AD, Sayı: 3, 1980, s. 254; Ayşe, **Nuhoglu**, "Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması", MÜHFD, Cilt: 3, Sayı: 1, 2004, s. 208; Bahri, **Öztürk**/Mustafa Ruhan, **Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2024, s. 342; Yener, **Ünver**, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Sayı: 1, 2006, s. 62; Doğan, **Soyaslan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), Ankara 2022, s. 498; Fatih Selami, **Mahmutoğlu**/Serra, **Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul 2021, s. 660; Timur, **Demirbaş**, Haksız Tahrik (Tahrik), Ankara 2024, s. 69; **Akbulut**, s. 678; Nur, **Centel** /Hamide, **Zafer**/Özlem, **Çakmut**, Türk Ceza Hukukuna Giriş (Giriş), İstanbul 2020, s. 442; Zeynel T., **Kangal**, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik" (Tahrik), EBYÜHFD, Cilt: 14, Sayı: 3-4, 2010, s. 19; Behiye, **Eker Kazancı**, "Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik", DEÜHFD, Cilt: 15, Sayı: Özel Sayı, 2013, s. 1315; Yaprak, **Öntan**, "Haksız Tahrike Tepki Fiili Olarak İşlenebilecek Suçlara İlişkin Değerlendirmeler", CHD, Cilt: 15, Sayı: 44, 2020, s. 957; Hakan, **Karakehya**, Ceza Hukuku

teoriye göre fail, tahrike maruz kaldığından şiddetli bir öfke veya üzüntü içerisine girebilmektedir². Buna bağlı olarak iradesi zayıflamakta ve suçu bu koşullar altında işlemektedir³. Objektif teoriye göre failin suç yoluna girmesinde bütün sorumluluğun sadece faile yüklenmesi uygun düşmemektedir⁴. Suçu işleyen fail olmakla beraber, faili suçu işlemeye tahrik eden kişi de sorumlu olmaktadır⁵. Bütün kusurun faile yüklenmesi hakkaniyete uygun olmamaktadır⁶. Bu nedenle failin cezasında indirimine gidilmesi gerekmektedir⁷.

Haksız tahrik, mülga 765 sayılı TCK m. 51’de üç fıkra hâlinde düzenlenmekteydi. TCK m. 29 ile karşılaştırıldığında iki hükmün birçok açıdan benzer şekilde kaleme alındığı ifade edilmektedir⁸. Bununla birlikte birtakım farklar da söz konusudur. Farklardan birisi tahrikin ayırımına ilişkindir⁹. 765 sayılı TCK m. 51’in ilk fıkrasında tahrikten; ikinci fıkrasında ağır tahrikten bahsedilmekteydi. Ağır tahrik durumunda indirim oranı daha fazlaydı. TCK m. 29’da tahrik açısından bu şekilde bir ayırma gidilmemektedir¹⁰. Bunun yerine mahkeme, tahrikin ağırlığı gibi koşullara bakarak cezayı ilgili oranlar

Genel Hükümler, Ankara 2022, s. 178; Fatih, **Birtek**, “Haksız Tahrikte Yön Değiştirme (Etki-Tepki Dengesinin Fail Lehine Bozulması)”, CHD, Cilt: 16, Sayı: 46, 2021, s. 338; Atacan, **Köksal**, Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler, Ankara 2023, s. 118; Ziya, **Koç**, “Türk ve Alman Hukukunda Haksız Tahrik Altında Kasten Öldürme”, ÇÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1, 2023, s. 185; Yeşim, **Garipoğlu Özen**, “Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçlarında Özel Tahrik Halleri (TCK M. 129)”, AÜHFD, Cilt: 70, Sayı: 3, 2021, s. 1135; Dilaver, **Nişancı**, “Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi”, THD, Cilt: 18, Sayı: 205, 2023, s. 59; Cengiz, **Otaç**, “Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu”, THD, Cilt: 6, Sayı: 59, 2011, s. 30.

² M. Emin, **Artuk/Ahmet, Gökçen/M. Emin, Alşahin/Kerim, Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 569; **Demirbaş**, Tahrik, s. 42; Mustafa, **Özen**, Ceza Hukuku Dersleri, Ankara 2024, s. 563; Burcu, **Demren Dönmez**, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 268; Murat Volkan, **Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, s. 627.

³ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 569; **Demirbaş**, Tahrik, s. 42; **Özen**, s. 563; **Demren Dönmez**, s. 268; **Dülger**, s. 627.

⁴ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 569; **Demirbaş**, Tahrik, s. 43; **Özen**, s. 563; **Demren Dönmez**, s. 268; **Dülger**, s. 628.

⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 570; Devrim, **Aydın**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik” (Yeni), AÜHFD, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, s. 230; **Özen**, s. 563; **Dülger**, s. 628.

⁶ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 569; **Aydın**, Yeni, s. 230; **Özen**, s. 563; **Demren Dönmez**, s. 268.

⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 569; **Aydın**, Yeni, s. 230; **Özen**, s. 563; **Demren Dönmez**, s. 268.

⁸ **Ünver**, s. 63; **Şen/Aksüt**, s. 7.

⁹ **Nuhoglu**, s. 205; **Ünver**, s. 62; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 683; İzzet, **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 535; Devrim, **Aydın**, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar” (Sorunlar), THD, Cilt: 15, Sayı: 162, 2020, s. 238; **Köksal**, s. 119.

¹⁰ **Ünver**, s. 62; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 683; **Özgenç**, s. 528; **Köksal**, s. 119.

arasında belirleyebilmektedir. Hatta koşulların oluşması durumunda ilgili aralıkta indirimle gitmesi zorunlu olmaktadır¹¹.

TCK'da haksız tahrik, meşru savunma gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerle aynı bölümde düzenlenmektedir. Yine de bu bölümde yer alan yaş küçüklüğü ve amirin emri gibi haksız tahrikin de kusurlulukla ilişkili bir kurum olduğunu söylemeliyiz. Keza doktrindeki genel kabul, haksız tahrikin, kusurluluğu azaltan bir neden olduğu yönündedir¹². Bu nedenle failin cezasında indirimle gidilmektedir¹³. Anayasa Mahkemesi, TCK m. 29'a dair yaptığı norm denetiminde iptal talebini oybirliğiyle reddetmiştir. Gerekçede mağdurca gerçekleştirilen tahrik fiilinin haksız olması nedeniyle failin cezai sorumluluğunun azaldığı belirtilmiştir¹⁴.

Haksız tahrikin uygulanabilmesi için sağlanması gereken birtakım koşullar mevcuttur. Biz, bu koşulları genel olarak tahrik fiili ve tepki fiili başlığı altında ele almaktayız. Tahrik fiili için aranan koşullar şunlardır: Bir fiil olmalı, bu fiil haksız olmalı, fiil bir hakka yönelmiş olmalı ve bu fiil fail üzerinde hiddet veya şiddetli elem oluşturmalıdır. Fail tarafından işlenen tepki fiili için aranan koşullar ise şunlardır: Tepki fiili fail tarafından işlenmeli, tepki fiili tahrik fiilini işleyene yönelik olmalı ve fail tepki fiilini hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlemelidir. Doktrinde, koşullar çeşitli şekillerde tasnif edilmekle beraber, örneğin konu ve suç açısından orantının bulunması¹⁵, failin belirli saikle suçu işlemesi ya da işlememesi¹⁶ ve failin

¹¹ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 684; **Koç**, s. 186.

¹² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 568; Hamide, **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2021, s. 484; Hakan, **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, s. 409; Hasan Tahsin, **Gökçen/Mustafa, Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Ankara 2021, s. 832; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 662; Berrin, **Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, s. 679; **Kangal**, Tahrik, s. 31; **Dülger**, s. 627; Recep, **Kahraman**, “Türk Hukukunda Haksız Tahrikin Uygulanmasında Eşitsizlik Algısı”, AHBVÜHFD, Cilt: 28, Sayı: 1, 2024, s. 353; **Otaç**, s. 30.

¹³ **Zafer**, s. 484; **Hakeri**, s. 409; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 662; **Akbulut**, s. 679; **Kangal**, Tahrik, s. 31; **Dülger**, s. 627; **Kahraman**, s. 353; **Otaç**, s. 30.

¹⁴ AYM, T. 19.02.2009, E. 2007/91, K. 2009/25, (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵ **Zafer**, s. 479; **Gökçen/Artuç**, s. 835, 839; Öntan tarafından bu koşula dair yapılan eleştiri için bkz. **Öntan**, s. 956-92.

¹⁶ Hakeri'ye göre insan öldürme suçuna dair TCK m. 82'deki “tasarlayarak” şeklindeki nitelikli hâl açısından haksız tahrik uygulanabilse de suçun “Töre saikiyle” işlenmesi durumunda uygulanmamaktadır. Bkz. **Hakeri**, s. 409; **Gökçen/Artuç**, s. 849; Burak, **Taş**, “Malvarlığına Karşı Suçlarda Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, GSÜHFD, Cilt: 2, 2022, s. 1527; Otaç'a göre saik ve haksız tahrik arasında bir uyumsuzluk mevcuttur. Bu nedenle cezayı ağırlaştırıcı saik nitelikli hâl olmaktan çıkartılmalıdır. Bkz. **Otaç**, s. 42.

daha önce aynı tahrik fiiline karşı suç işlememiş olması¹⁷ gibi başka koşulların da arandığı da görülebilmektedir. Ayrıca doktrinde birçok yazar tarafından tahrik fiili ile bunun haksız olması tek koşul olarak aynı başlık altında irdelenmektedir¹⁸. Keza Yargıtay da birçok kararında incelemesini bu şekilde yapmaktadır¹⁹. Bu bakımdan birçok kararda ayrıma gitmeden sadece haksız tahrikin olup olmadığı yönünde karar vermektedir²⁰. Çalışmamızda, bu koşullar arasından tahrik fiilinin haksızlığını ele almaktayız. Haksız tahrikin diğer koşullarına yalnızca haksızlıkla ilgili olduğu ölçüde değinmekteyiz.

TCK'da haksız tahrik açısından genel ve özel hükümlere yer verilmektedir. TCK m. 29'da yer alan hüküm, haksız tahrik açısından genel hüküm niteliğindedir²¹. Burada suç açısından bir sınırlandırmaya gidilmemektedir. Doktrinde bir görüşe göre bu hüküm her suçta uygulanamamaktadır²². Ayrıca kamuoyunda aile içinde işlenen suçlar ile kadınlara ve hayvanlara karşı işlenen belirli suçlarda haksız tahrikin uygulanmaması yönünde tartışmalar mevcuttur²³. Biz bu görüşlere katılmamaktayız. TCK m. 29'da suçun türü yönünden bir sınırlandırmaya yer verilmediğinden bu hükmün bütün suçlar açısından uygulanması kural olarak mümkündür²⁴. TCK m. 129'a bakıldı-

¹⁷ Mağdur tarafından gerçekleştirilen tahrik fiili, faili tahrik etmiş ve fail bu çerçevede birden fazla suç işlemiş ise ancak ilk işlediği suçtan dolayı haksız tahrik indirimden yararlanabilmektedir. Bu nedenle failin birkaç kere tahrike kapılarak suçu işlemesi durumunda indirimle gidilmemektedir. Bkz. **Hakeri**, s. 419.

¹⁸ **Gökcan/Artuç**, s. 831; **Akbulut**, s. 681; Ersan, **Şen/Ertekin**, **Aksüt**, "TCK m.27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik", THD, Cilt: 11, Sayı: 113, 2016, s. 9; **Birtek**, s. 341; **Köksal**, s. 122; **Nişancı**, s. 62.

¹⁹ Yarg. 6 CD. T. 26.03.2025, E. 2023/13399, K. 2025/3534, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁰ Konuya dair Yargıtay kararlarını taradığımızda kararlara ulaşmanın yanı sıra gerekçesizlik sorununun burada da mevcut olduğunu belirtmek isteriz. Esasen Yargıtay, temyiz incelemesinde bulunduğu hükmün gerekçesinde haksız tahrikin koşullarının detaylı bir şekilde irdelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Yarg. 1 CD. T. 26.02.2025, E. 2024/7141, K. 2025/1439, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹ **Aydın**, Yeni, s. 230; **Akbulut**, s. 679; Nur, **Centel** /Hamide, **Zafer**/Özlem, **Çakmut**, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I (Kişilere), İstanbul 2021, s. 269; **Demirbaş**, Tahrik, s. 70; **Özen**, s. 562; **Dülger**, s. 626; **Karakehya**, s. 179; **Taş**, s. 1520.

²² Centel, Zafer ve Çakmut'a göre haksız tahrik namus cinayetlerinde uygulanmamalıdır. Bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 444; Koç'a göre örneğin cinsel özgürlüğe karşı işlenenler gibi birtakım suçlar açısından haksız tahrikin uygulanması nitelik gereği mümkün değildir. Bkz. **Koç**, s. 200.

²³ **Aydın**, Sorunlar, s. 241; **Öntan**, s. 960; **Taş**, s. 1521; **Kahraman**, s. 357.

²⁴ **Aydın**, Yeni, s. 230; **Akbulut**, s. 679; **Demirbaş**, Tahrik, s. 70; **Dülger**, s. 626; **Karakehya**, s. 179; Abdulkadir, **Çadık**, "Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri", SÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 3, 2018, s. 208.

ğında özel haksız tahrik hükmünün bulunduğu görülmektedir²⁵. Ancak bir suç açısından aynı anda hem genel hem de özel düzenlenme uygulanmamaktadır²⁶. Bu tür durumlarda özel hükme göre cezai sorumluluk belirlenmektedir²⁷. Nitekim iki hükmün uygulanma koşulları farklıdır. TCK m. 129’da “*Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi*”nden söz edilmektedir. O hâlde TCK m. 29 açısından aranan tahrik fiilinin haksız olmasına dair koşulun, TCK m. 129 açısından da aranması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda tahrik fiilinin haksızlığını TCK m. 29 açısından ele alsak da açıklamalarımızın TCK m. 129 için de geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

II. TAHRİK FİİLİ AÇISINDAN HAKSIZLIK

1. Haksızlığın Tanımı

Haksız kelimesi, sözlükte “*hak ve adalete uygun olmayan; davası, iddiası, davranışı, düşüncesi doğru ve yerinde olmayan*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁸. Esasen bir kelimenin gündelik dildeki anlamı ile hukuk alanına ait bir terim olarak anlamı arasında farklılık söz konusu olabilmektedir. Öyle ki hukukun alt alanları arasında dahi bir terimin farklı anlamlara sahip olması mümkündür. Ancak haksız kelimesi açısından durum farklıdır. Bu durum hak ve haksızlık kelimesinin hukukun bütün alanlarına etkisinden kaynaklanmaktadır. Bir alandaki hak ve haksızlık terimleri, hukukun diğer alanla-

²⁵ Öztürk/Erdem, s. 340; Durmuş, Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rıfat Murat, Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2024, s. 574; Mustafa Ruhan, Erdem, “Karşılıklı Hakaret (TCK m. 129/3)”, CHD, Cilt: 12, Sayı: 35, 2017, s. 205; Hasan, Sınar, “Hakaret”, Özel Ceza Hukuku-Cilt III-Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul 2020, s. 452; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere, s. 269.

²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 571; Zafer, s. 475; Doğan, Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel), Ankara 2020, s. 332; Tezcan/Erdem/Önok, s. 574; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere, s. 269; Erdem, s. 205; Hakan, Hakeri/Derya, Tekin, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2022, s. 259.

²⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 571; Zafer, s. 475; Soyaslan, s. 332; Tezcan/Erdem/Önok, s. 574; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere, s. 269; Erdem, s. 205; Hakeri ve Tekin, hakaret suçu açısından TCK m. 29’un yanı sıra özel bir haksız tahrik hükmü olan TCK m. 129’un uygulanmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Bu durumda şartları oluşmuş ise TCK m. 129’un uygulanması gerekmektedir. TCK m. 29 yerine TCK m. 129’da aranan koşullara göre bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Bkz. Hakeri/Tekin, s. 259; Gökcan/Artuç, s. 832; Uygulanacak hüküm her suç bakımından ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin aynı olayda sanık hem hakaret hem tehdit suçu işlemişse hakaret suçu açısından TCK m. 129 uygulanırken tehdit suçu açısından genel hüküm olan TCK m. 29’un tartışılması gerekmektedir. Bkz. Yarg. 6 CD. T. 24.02.2025, E. 2024/5418, K. 2025/2121, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁸ www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

rında da aynı şekilde sonuç doğurmaktadır. Haksızlık için öncelikle bir fiil bulunmalıdır. Bir fiilin hukuk düzenine aykırı olması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır²⁹. Hukuka aykırılık, hukukla çatışma, hukukun karşıtı olma veya hukuk düzenindeki bir kuralın ihlali olarak değerlendirilebilmektedir³⁰. İşte haksızlık da hukuka aykırı olan bu fiilin bizzat kendisini ifade etmektedir³¹. O hâlde hukuka aykırı olan bir fiil, aynı zamanda haksız bir fiildir³². Hukukun bir alanından kaynaklı olarak kişinin bir hakkı varsa bu hak, bütün hukuk düzenince korunmaktadır³³. Her haksızlık, bir hukuki değerle ilişkilidir³⁴. Haksızlık, herhangi hakka dayanmamaktadır³⁵. Bu bakımdan işlenen bir fiil, hukukun bir alanında haksızlık teşkil ediyorsa bu fiil, hukukun bütün alanlarında haksız olarak kabul edilmektedir³⁶. Bu fiil, sadece ilgili alana değil, bütün hukuk düzenine aykırı olmaktadır³⁷. Bu nedenlerle fiilin haksızlığı açısından hukukun alt alanları açısından bir ayırma gidilmemelidir³⁸. O hâlde ceza hukukunun yanı sıra, hukukun her alanı bir bütün olarak kabul edilmeli ve fiilin haksız olduğu söylenebiliyorsa haksız tahrik açısından da bu fiil haksız olarak değerlendirilmelidir. Keza madde gerekçesinde “*Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir.*” yazmaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun yanı sıra, örneğin disiplin hukuku, kabahatler hukuku, borç-

²⁹ Özgenç, s. 311; Mahmut, Koca/İlhan, Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 265; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 290; Özen, s. 395; Dülger, s. 232; Mehmet, Tan, Karşılaştırmalı-Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı-Özetli Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 1025; Nişancı, s. 62.

³⁰ Nevzat, Toroslu/Haluk, Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021, s. 118; Gökcan/Artuç, s. 834; Kayıhan, İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2023, s. 312; Özgenç, s. 315; Koca/Üzülmmez, s. 265; Veli Özer, Özbek/Koray, Doğan/Serkan, Meraklı/Pınar, Bacaksız/İsa, Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 290; Özen, s. 395; Dülger, s. 232.

³¹ Özgenç, s. 311; Koca/Üzülmmez, s. 268; Özen, s. 395; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 443; Eker Kazancı, s. 1331; Dülger, s. 232, 630; Tan, s. 1026.

³² Zafer, s. 476; İçel, s. 503; Dülger, s. 232; Nişancı, s. 62.

³³ Koca/Üzülmmez, s. 108; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 291; Hakan, Gündüz, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2024, s. 124; Tan, s. 1025; Kahraman, s. 364.

³⁴ Özgenç, s. 179; Nişancı, s. 62.

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 574; Koca/Üzülmmez, s. 40.

³⁶ Özgenç, s. 310; Koca/Üzülmmez, s. 37, 267; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 291; Gülşah, Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2013, s. 188; İbrahim, Çetin, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2021, s. 80; Gündüz, s. 124.

³⁷ Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, s. 607; Koca/Üzülmmez, s. 267; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 291; Dülger, s. 232.

³⁸ Gökcan/Artuç, s. 834.

lar hukuku veya iş hukuku alanlarında haksız olarak kabul edilen bir fiil, TCK m. 29 anlamında haksız bir fiil olarak kabul edilmelidir.

İlk olarak ceza hukuku açısından haksızlığı ele almaktayız. Doktrindeki hâkim görüşe göre hukuka aykırılık, suçun bir unsuru olarak kabul edilmektedir³⁹. Bu nedenle fiil hukuka aykırı değilse suç oluşmamaktadır⁴⁰. Ancak fiilin hukuka aykırı olması, yani haksız olması, suçun varlığı için yeterli değildir. Örneğin kusurluluğu da suçun bir unsuru olarak kabul eden görüşe göre fiilin tipe uygun ve hukuka aykırı olduğu her durumda suç oluşmamaktadır⁴¹. Bununla birlikte, doktrindeki hâkim görüşün de kabul ettiği üzere her suç, aynı zamanda birer haksızlık teşkil etmektedir⁴². O hâlde bizim de katıldığımız görüşe göre tahrik fiilini oluşturan fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa bunun TCK m. 29 açısından haksız olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴³. Keza Yargıtay da bir kararında suç teşkil eden tahrik fiilinin haksızlığı açısından suçun oluşmasının yeterli olduğu yönünde karar vermiştir⁴⁴.

Doktrinde tahrik fiilinin suç olduğu durumlarda ayrıca bu suçun türü veya manevi unsurunun ne olduğunun önem arz ettiği savunulmaktadır. Bir görüşe göre suçun türü, tahrik fiilinin haksız olup olmadığını etkileyebilmektedir⁴⁵. Bize göre tahrik fiilinin suç teşkil etmesi yeterlidir. Bu suçun türü tahrik fiilinin haksızlığını ortadan kaldırmamaktadır. Manevi unsur açısından ise TCK'nın genel hükümlerinde belirtildiği üzere suçlar, genel olarak kast ya da taksirle işlenebilmektedir. Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre taksirle işlenen fiiller de haksızlık içeriğine sahip olmaktadır⁴⁶. Nitekim fail, mağdur tarafından işlenen tahrik fiiline dışarıdan

³⁹ İçel, s. 316; Timur, **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), Ankara 2024, s. 232; **Özgenç**, s. 306; **Koca/Üzülmez**, s. 265; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 82; **Dülger**, s. 524.

⁴⁰ İçel, s. 316; **Demirbaş**, Genel, s. 232; **Koca/Üzülmez**, s. 267; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 82; **Dülger**, s. 524.

⁴¹ İçel, s. 316; **Demirbaş**, Genel, s. 232.

⁴² **Özgenç**, s. 176; **Koca/Üzülmez**, s. 39; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 82; **Özen**, s. 214; **Bostancı Bozbayındır**, s. 186; **Tan**, s. 1027.

⁴³ **Özgenç**, s. 531; **Bostancı Bozbayındır**, s. 186; **Tan**, s. 1027.

⁴⁴ Yarg. 1 CD. T. 17.04.2025, E. 2023/6303, K. 2025/3030, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁴⁵ **Centel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 444; **Koç**, s. 200.

⁴⁶ **Başar**, s. 258; **İçel**, s. 504; **Zafer**, s. 479; **Hakeri**, s. 415; **Akbulut**, s. 684; **Demirbaş**, Tahrik, s. 79; **Demren Dönmez**, s. 279; **Dülger**, s. 630; **Karakehya**, s. 182; **Bostancı Bozbayındır**, s. 183; **Gündüz**, s. 117.

baktığında, bu fiilin kast ya da taksirle gerçekleştiğini anlayamamaktadır⁴⁷. Ancak bir görüşe göre basit taksirle işlenen bir fiil haksızlık içerse bile bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmelidir⁴⁸.

Buraya kadar genel olarak tahrik fiilinin suç teşkil ettiği hâllerde haksız olup olmadığını irdeledik. Görüşümüzü tekrarlamak gerekirse tahrik fiilinin suç oluşturması durumunda bu fiil aynı zamanda haksız olarak kabul edilmelidir. Suç ile haksızlık aynı terimler olmadığından tahrik fiili, suç teşkil etmeyen durumlarda da haksız olabilmektedir. Nitekim haksızlık, suçu da kapsayacak şekilde daha genel bir kavramdır. Bu bakımdan haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi açısından tahrik fiilinin suç teşkil etmesi zorunlu değildir⁴⁹. Haksızlıkla ilgili olan terimlerden birisi haksız fiildir. Esasen bir “*fiilin haksızlığı*” kabul ediliyorsa buna “*haksız fiil*” denilebilmektedir. Ancak borçlar hukukunda “*haksız fiil*” ayrı bir terim olarak kabul edilmektedir. TBK’nın birinci kısmının birinci bölümünün başlığı “*Borç İlişkisinin Kaynakları*”dır. Bu bölüm, üç ayırmadan oluşmakta olup borç ilişkisi şu üçünden doğmaktadır: Sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme. Haksız fiilin düzenlendiği TBK m. 49 ila TBK m. 76’ya bakıldığında haksız fiilin, kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. Haksız fiilin, genel olarak hukuk düzeninde öngörülen kuralların ihlal edilmesiyle başkasına zarar veren fiil olarak tanımlanması mümkündür⁵⁰. Bunun için genel olarak işlenen bir fiilin, bir zarara neden olması ve bu fiilin hukuka aykırı olması aranmaktadır⁵¹. Yani hukuka aykırı bir fiilin, diğer koşulların da varlığı hâlinde haksız fiil olduğu söylenmektedir⁵². Bu bakımdan TBK anlamında haksız fiilin, suç veya kabahat gibi haksızlığın başka bir türü olduğunu vurgulamak isteriz. Haksız fiil dışındaki borca aykırı davranışlar da hukuka aykırı olabilmektedir⁵³. O hâlde tahrik fiilinin haksızlığı ile TBK anlamında haksız fiilin aynı olmadığını belirtmeliyiz. Nitekim bir fiil TBK

⁴⁷ Zafer, s. 479.

⁴⁸ Hakeri, s. 415.

⁴⁹ Erem, s. 640; Aydın, Yeni, s. 233; Soyaslan, Genel, s. 502; Zeki, Hafizoğulları/Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 367; Özgenç, s. 531; Demirbaş, Tahrik, s. 77; Özen, s. 566; Kangal, Tahrik, s. 41; Aydın, Sorunlar, s. 239; Karakehya, s. 181; Bostancı Bozbayındır, s. 187; Çetin, s. 79; Tan, s. 1026; Çadık, s. 211; Nişancı, s. 63.

⁵⁰ Halûk N., Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, s. 166; Murat, Doğan/Gökhan, Şahan/İsmail, Atamutlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 187; İhsan, Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 120; Başak, Baysal, Haksız Fiil Hukuku BK m.49-76, İstanbul 2019, s. 50.

⁵¹ Nomer, s. 167; Doğan/Şahan/Atamutlu, s. 188; Erdoğan, s. 120; Baysal, s. 90.

⁵² Nomer, s. 167; Doğan/Şahan/Atamutlu, s. 187; Erdoğan, s. 120; Baysal, s. 90.

⁵³ Nomer, s. 31; Doğan/Şahan/Atamutlu, s. 95; Erdoğan, s. 6.

anlamında haksız fiil olmasa bile haksız sayılabilmektedir⁵⁴. Bunun nedeni TBK açısından haksızlık ile haksız fiilin aynı kavramlar olmamasıdır. Ceza hukukunda olduğu gibi borçlar hukukunda da haksızlık bir üst kavramdır. Suç nasıl haksızlığın bir türü ise haksız fiil de haksızlığın bir türüdür. Bu bakımdan TBK anlamında haksız fiil gibi borcun diğer bir kaynağı olan sözleşmeye aykırı davranışın da haksızlık teşkil ettiği tartışılmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre sözleşmeye aykırılık, haksızlık teşkil edebilmektedir⁵⁵. Örneğin bir inşaat malzemesinin taahhüt edilmesine rağmen bu mal teslim edilmezse yani sözleşme yerine getirilmezse haksızlık söz konusu olmaktadır⁵⁶. Ancak başka bir görüşe göre borcun ödenmemesi, hukuki bir uyumsuzluk olduğundan haksızlık olarak kabul edilmemektedir⁵⁷. Bize göre haksız fiilin yanı sıra borcun diğer iki kaynağı olan sözleşmeye aykırılık ile sebepsiz zenginleşme durumunda da her durumda olmasa bile haksızlıktan söz edilmesi mümkündür.

Yargıtay kararlarına baktığımızda kısaca şunları söyleyebiliriz: Birisinden borç talep edilmesi haksızlık teşkil etmemektedir⁵⁸. Ancak reddedilmesine rağmen tehditle karışık ısrarlı bir şekilde borç istenmesi haksızlık oluşturmaktadır⁵⁹. Borç verildiği zaman borçlunun borcunu ödememesi haksızlık sayılmaktadır⁶⁰. Alacaklının bunu talep etmesi haksızlık teşkil etmemektedir⁶¹. Bir malın veya hizmetin karşılığında para talep edilmesi haksızlık değildir⁶². Ticari sözleşmeler açısından da durum aynıdır. Örneğin projede öngörülen birtakım işlerin yapılmaması⁶³, işletmenin devri karşılığındaki paranın bir kısmının

⁵⁴ Aydın, Yeni, s. 232; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 444; Demren Dönmez, s. 278; Aydın, Sorunlar, s. 240; Koç, s. 204.

⁵⁵ Kangal, Tahrik, s. 41; Ubeydullah, Turan, “Borç İlişkisi Dolayısıyla İşlenen Suçlarda Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bağlamında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2021/88 Karar Sayılı Kararının İncelenmesi”, KİD, Cilt: 1, Sayı: 1-2, 2023, s. 168.

⁵⁶ Kangal, Tahrik, s. 41.

⁵⁷ Gökcan/Artuç, s. 835.

⁵⁸ Yarg. 1 CD. T. 27.02.2025, E. 2023/6371, K. 2025/1525, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁵⁹ Yarg. 1 CD. T. 05.03.2025, E. 2023/9032, K. 2025/1706, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁰ Yarg. 1 CD. T. 08.01.2025, E. 2024/905, K. 2025/156, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶¹ Yarg. 1 CD. T. 20.02.2025, E. 2024/3496, K. 2025/1279, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶² Yarg. 1 CD. T. 27.03.2025, E. 2023/7354, K. 2025/2547, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶³ Yarg. 1 CD. T. 11.02.2025, E. 2023/5088, K. 2025/950, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

ödenmemesi⁶⁴ ve senetten kaynaklanan uyuşmazlığın bulunması⁶⁵ haksızlık olarak kabul edilmemiştir. Keza iş sözleşmesinin feshedilmesi de haksızlık teşkil etmemektedir⁶⁶. Ancak işçi olan sanığın haksız yere işten çıkarıldığı⁶⁷ ve tazminat beklentisinin bulunduğu⁶⁸ olaylarda, haksızlık açısından yeterince irdelene yapılmadığından bozma kararı verilmiştir. Başka bir kararda ise işçiye ücretinin ödenmemiş olmasının haksızlık oluşturmadığı kabul edilmiştir⁶⁹.

Aşağıdaki başlıklarda, açıklamalarımızı genel olarak suça dair haksızlık üzerinden yapmaktayız. Bu nedenle haksızlığın ceza hukuku dışındaki diğer hukuk alanlarından kaynaklandığı Yargıtay kararlarından burada kısaca bahsetmekte yarar görmekteyiz. Bu kapsamda suçlar gibi kabahatler de aynı zamanda birer haksızlık teşkil etmektedir. Ancak kabahatin olduğu yönünde karar verilmemiş olsa bile kabahate konu olan fiil haksızlık teşkil edebilmektedir. Nitekim Yargıtay, gece 03:00'te mağdurun evinin önünde uyarıya rağmen gürültü yapılmasının⁷⁰, yüksek sesle müzik dinlenmesinin⁷¹, karayolunda arabayla ters şeritten gidilmesinin⁷² ve arabayla patinaj çekilmesi, aşırı hız yapılması ve ani fren yapılmasının⁷³ haksızlık oluşturduğu yönünde karar vermiştir.

Kişilik haklarına yönelik saldırılara dair Yargıtay kararlarında, çocuğun vasisi olan akrabanın, velayet yetkisi kaldırılmış olan babaya çocuğunu göstermemesinin⁷⁴, mağdurun, yaşam tarzı gibi nedenlerden dolayı anlaşılamadı-

⁶⁴ Yarg. 1 CD. T. 11.02.2025, E. 2023/1302, K. 2025/945, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁵ Yarg. 1 CD. T. 05.12.2024, E. 2024/4917, K. 2024/8158, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁶ Yarg. 1 CD. T. 25.03.2025, E. 2023/5018, K. 2025/2428, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁷ Yarg. 6 CD. T. 10.02.2025, E. 2023/12493, K. 2025/1480, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁸ Yarg. 6 CD. T. 26.03.2025, E. 2023/13399, K. 2025/3534, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁶⁹ İlgili kararın incelendiği bir makale için bkz. **Turan**, s. 145-180.

⁷⁰ Yarg. 1 CD. T. 19.02.2025, E. 2023/1617, K. 2025/1227, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷¹ Yarg. 1 CD. T. 24.02.2025, E. 2023/7444, K. 2025/1384, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷² Yarg. 1 CD. T. 11.02.2025, E. 2023/6800, K. 2025/923, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷³ Yarg. CGK. T. 15.01.2025, E. 2022/531, K. 2025/21, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷⁴ Yarg. 6 CD. T. 13.02.2025, E. 2023/12231, K. 2025/1657, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

ğ ı sevgilisini terk etmesinin⁷⁵ ve sevgilisi olan birisine normal içerikte bir mesaj atılmasının⁷⁶ haksızlık teşkil etmediği belirtilmiştir. Diğer yandan, gece kulübünde konsomatris olarak çalışan ve gece erkeklerle buluşan kişinin aile bireylerini küçük düşürmesi ve çocuğuyla ilgilenmemesi⁷⁷, eşinin veya yakın akrabalarının başkasıyla ilişkisi olduğuna dair dedikodu çıkarılması⁷⁸, köy gibi küçük bir yerde kişilerin namusunu zedeleyen yalan haberlerin yayılması⁷⁹, uzaklaştırma kararı verilmesine rağmen ilgili kişiyle görüşmek için evin önüne gidip sürekli zile basılması⁸⁰ ve sevgilisiyle ilişkisi olduğu düşünülerek sevgilisinin arkadaşının tehdit edilmesi⁸¹ şeklindeki tahrik fiillerinin haksız olduğu kabul edilmiştir.

Özellikle eşler arasında yaşanan aldatma olaylarında sadakat yükümlülüğüne aykırılık, aynı zamanda kişilik haklarına yönelik saldırı oluşturmakta olup uygulamada en çok rastlanan olayların buna dair olduğunu söyleyebiliriz. Bu kapsamda eşlerden birisinin, başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinin haksızlık oluşturduğu kabul edilmektedir⁸². Eşlerin ayrı yaşadıkları, hatta boşanma davasının devam ettiği süreçte de aldatma haksız sayılmaktadır⁸³. Bunun için aldatmanın ispatlanması zorunludur⁸⁴. Aksi takdirde haksızlıktan söz edilmemektedir⁸⁵. Öyle ki bir olayda maktul, eşine çocukların babasının başkası olduğunu

⁷⁵ Yarg. 12 CD. T. 12.03.2025, E. 2022/4078, K. 2025/2682, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷⁶ Yarg. 1 CD. T. 03.02.2025, E. 2023/2167, K. 2025/681, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷⁷ Yarg. 1 CD. T. 11.12.2024, E. 2023/1431, K. 2024/8304, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷⁸ Yarg. 1 CD. T. 26.02.2025, E. 2024/5828, K. 2025/1480, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁷⁹ Yarg. 1 CD. T. 27.02.2025, E. 2023/2107, K. 2025/1546, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁰ Yarg. 1 CD. T. 06.03.2025, E. 2024/5800, K. 2025/1731, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸¹ Yarg. 1 CD. T. 24.02.2025, E. 2023/2531, K. 2025/1383, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸² Yarg. 1 CD. T. 03.02.2025, E. 2023/4456, K. 2025/628, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸³ Yarg. 1 CD. T. 18.12.2024, E. 2023/4556, K. 2024/8589, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁴ Yarg. 1 CD. T. 04.02.2025, E. 2023/4259, K. 2025/704, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁵ Yarg. 1 CD. T. 16.01.2025, E. 2023/2539, K. 2025/430, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

söylemiştir. DNA testini de reddeden maktulü, eşi öldürmüştür. Cesetten alınan örnekle yapılan test sonucunda maktulün kendisini aldattığı tespit edildiğinden sanık hakkında haksız tahrik uygulanmıştır⁸⁶. Ancak aldatma için cinsel birliklik zorunlu değildir. Bu nedenle eşlerden birisinin kendisini bekar olarak tanıtır internette başka erkeklerle cinsel konuşmalar yapması⁸⁷ ve üçüncü kişiyle aynı evde yaşamaya başlaması⁸⁸ da haksızlık olarak değerlendirilmiştir.

Yargıtay, aldatma olaylarında eş dışındaki kişinin, yani üçüncü kişinin haksızlık işlediğini kabul etmektedir. Bir kararında tahrik fiilini gerçekleştiren üçüncü kişinin, eşlerden birisiyle ilişkiye girmesinin haksız olmasının nedeni olarak evlilik birliğinin dağılması ve tarafların boşanmasına neden olmasını gerekçe olarak göstermiştir⁸⁹.

Son olarak örf ve âdet kurallarından söz etmekteyiz. Örf ve âdet kurallarına aykırı olan tahrik fiili haksız olabilmektedir. Bu kurallar yazılı olmadıklarından dolayı, özellikle farklı kültürleri barındıran toplumlarda örf ve âdete göre haksızlığın belirlenmesi zorlaşabilmektedir⁹⁰. Bu bakımdan farklı kültürlerle sahip topluluklara bakarak bir fiilin haksızlığı farklı şekilde değerlendirilebilmektedir⁹¹. Ancak bu şekilde yapılan değerlendirme sonucunda haksızlık açısından farklı sonuçlara varılması, hukuki eşitlik ilkesini zedeleyebilmektedir⁹². Yine diğer toplulukların adalet duygusunu sarsarak kamu barışının bozulmasına yol açabilmektedir⁹³. Sanığın katılana “*Günay ne yapıyorsun, sürteyim kafana*” demesi üzerine, katılanın sanığa tokat atması, sanığın ise katılana av tüfeğiyle ateş etmesi şeklinde gelişen olayda Yargıtay, belirtilen ifadenin “*mahalli terimler de gözetilerek hakaret unsuru taşıyıp taşımadığı, sanığa hangi anlamda bu sözü söylediği de sorularak bu husus açıklığa kavuşturulduktan sonra*” haksız olup olmadığının belirlenmesi gerekçesiyle kararı bozmuştur⁹⁴. Başka bir olay-

⁸⁶ Yarg. 1 CD. T. 25.02.2025, E. 2023/9622, K. 2025/1410, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁷ Yarg. 1 CD. T. 13.02.2025, E. 2023/6059, K. 2025/1074, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁸ Yarg. 1 CD. T. 16.01.2025, E. 2023/768, K. 2025/436, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁸⁹ Yarg. 1 CD. T. 13.01.2025, E. 2024/6437, K. 2025/264, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁹⁰ Zafer, s. 477.

⁹¹ Zafer, s. 477.

⁹² Zafer, s. 477.

⁹³ Zafer, s. 477.

⁹⁴ Yarg. 1 CD. T. 12.12.2024, E. 2023/6682, K. 2024/8412, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

da, röntgen çekirtmeye giden sanık, görevlinin kendisiyle emrivaki ve dalga geçer gibi konuşması nedeniyle suç işlemiş olup Yargıtay, tahrik fiilinin haksızlık teşkil edip etmediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁵. Bir diğer olayda ise sanık, yeğeninin elini öpmemesi nedeniyle sitemde bulunmuş ve akabinde yeğenini yaralamıştır. Burada katılanın el öpmemesi şeklindeki tahrik fiilinin haksız olmadığı kabul edilmiştir⁹⁶.

2. Haksızlığı Oluşturan Fiil

Haksız tahrik için aranan koşullardan ilki, tahrik fiilinin mevcut olmasıdır⁹⁷. Akabinde bu fiilin haksız olup olmadığı incelenmektedir. Haksız tahrik açısından tahrik fiilinin mevcut olması ile bu fiilin haksız olması ayrı koşullar olsa da haksızlık incelemesi fiil üzerinden yapıldığından haksızlığı oluşturan fiilden de bahsetmekteyiz.

765 sayılı TCK m. 51’de “*haksız bir tahrik*”ten söz edilmekteyken, TCK m. 29’da “*Haksız bir fiilin*” ibaresine yer verilmektedir. Basit bir değişiklik gibi görünse de önemli bir değişiklik olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim tahrikin bir fiil olarak ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda tahrik fiili için aranan ilk koşul, bir insan tarafından işlenmesidir⁹⁸. Bu nedenle insan dışındaki varlıkların fiili işlemesi mümkün değildir. Örneğin bir hayvanın faile zarar vermesi durumunda ortada fiil bulunmamaktadır⁹⁹. Bu nedenle haksız tahrik uygulanmamaktadır¹⁰⁰. Ancak bir hayvan, bir insan tarafından araç olarak kullanılırsa fiilin oluştuğu söylenebilmektedir¹⁰¹. Bu durumda fiil, yine bir insan tarafından işlenmiş olmaktadır¹⁰².

⁹⁵ Yarg. 4 CD. T. 03.12.2024, E. 2021/43994, K. 2024/15866, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁹⁶ Yarg. 1 CD. T. 20.02.2025, E. 2023/8630, K. 2025/1300, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

⁹⁷ Soyaslan, Genel, s. 501.

⁹⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 571; Öztürk/Erdem, s. 344; Hakeri, s. 415; Soyaslan, Genel, s. 503; Özen, s. 565; Demirbaş, Tahrik, s. 71; Gökcan/Artuç, s. 833; Dülger, s. 628; Karakehya, s. 180; Bostancı Bozbayındır, s. 178.

⁹⁹ Demirbaş, Tahrik, s. 72; Kangal, Tahrik, s. 33; Bu durumda zorunluluk hali söz konusu olabilmektedir. Bkz. Soyaslan, Genel, s. 503; Nişancı, s. 63.

¹⁰⁰ Öztürk/Erdem, s. 344; Hakeri, s. 415; Özen, s. 565; Demirbaş, Tahrik, s. 72; Kangal, Tahrik, s. 33; Bostancı Bozbayındır, s. 178; Nişancı, s. 63.

¹⁰¹ Soyaslan, Genel, s. 503; Özen, s. 565; Demirbaş, Tahrik, s. 72; Kangal, Tahrik, s. 33; Nişancı, s. 63.

¹⁰² Soyaslan, Genel, s. 503; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 665; Demirbaş, Tahrik, s. 72; Kangal, Tahrik, s. 33; Demren Dönmez, s. 277; Gündüz, s. 115; Nişancı, s. 63.

Tüzel kişilerin hareket etme yetenekleri bulunmamaktadır¹⁰³. Bu nedenle tüzel kişilerin de tahrik fiilini işleyebilmesi mümkün değildir¹⁰⁴. Ancak tüzel kişinin faaliyeti kapsamında yine bir gerçek kişinin işlediği fiil haksızlık teşkil edebilmektedir.

Tahrik fiilinin bir insan tarafından işlenmesi yeterli değildir. Bu fiil, iradi bir insan davranışına dayanmalıdır¹⁰⁵. Örneğin sara nöbeti, bayılma ve uykunun etkisinde gerçekleştirilen davranışlar ile salt refleksif davranışlar iradi sayılmadıkça fiil olarak kabul edilmemektedir¹⁰⁶.

Tahrik fiilini oluşturan hareketin ihmali şekilde işlenmesi mümkündür¹⁰⁷. Örneğin bir kişinin yapması gereken bir görevi yapmaması durumunda ihmalden söz edilebilmektedir¹⁰⁸. Hareketin, failin huzurunda yapılması gerekmemektedir¹⁰⁹. Hareketin işleniş şekli ile işlenişinde kullanılan araçlar da önem arz etmemektedir¹¹⁰. Örneğin bir olayda katılan (B), kışkırtıldığında çevresine zarar veren (A)'nın bu durumunu kullanmak ister. Bu nedenle katılan (B), (A)'yı kışkırtır ve (A), sanık (C)'ye tükürür. Bunun üzerine sanık (C), katılan (B)'ye karşı suç işler. Yargıtay, tahrik fiilinin katılan (B)'ye ait olduğunu ve kışkırtmanın haksız olduğunu belirterek haksız tahrikin oluştuğunu kabul eder¹¹¹.

¹⁰³ Veysel Candan, **Canoglu**, Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, Ankara 2022, s. 81.

¹⁰⁴ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 665; **Demirbaş**, Tahrik, s. 72; **Kangal**, Tahrik, s. 33; **Demren Dönmez**, s. 277; **Gündüz**, s. 115.

¹⁰⁵ **Erem**, s. 641; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 665; **Demirbaş**, Tahrik, s. 71; **Cen-tel/Zafer/Çakmut**, Giriş, s. 444; **Dülger**, s. 628; **Gündüz**, s. 112.

¹⁰⁶ **Öztürk/Erdem**, s. 342; **Zafer**, s. 478; **Demirbaş**, Tahrik, s. 71; **Kangal**, Tahrik, s. 34.

¹⁰⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 571; **Zafer**, s. 475; **Gökcan/Artuç**, s. 833; **İçel**, s. 502; **Soyaslan**, Genel, s. 501; **Dülger**, s. 629.

¹⁰⁸ İhmale dair bir olayda sanık icra müdüründen bir işi yapması için talepte bulunur. İcra müdür, yoğun olduğundan sanığa bir saat sonra gelmesini söyler. Süre geçtikten sonra sanık icra müdürü olan mağdurun yanına gelir ancak mağdur elinde işlerinin bitmediğini söyler ve sanığın talebine dair bir işlemde bulunmaz. Bunun üzerine sanık mağdura karşı suçu işler. Yargıtay, mağdurun görevini yapmakta ihmal gösterdiğini ancak bunun bir haksızlık teşkil edip etmediğinin yeterli şekilde irdelenmediğini belirtir. Bkz. Yarg. 4 CD. T. 02.12.2024, E. 2022/4418, K. 2024/15821, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁰⁹ **Erem**, s. 640; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 572; **Gökcan/Artuç**, s. 833; **Özen**, s. 565; **Kangal**, Tahrik, s. 35.

¹¹⁰ **Soyaslan**, Genel, s. 501; **Demirbaş**, Tahrik, s. 71; **Köksal**, s. 126.

¹¹¹ Yarg. 1 CD. T. 13.02.2025, E. 2024/5458, K. 2025/1032, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Hareket işlenmesine rağmen neticenin ortaya çıkmaması durumunda da fiil haksız olabilmektedir¹¹². Netice bir anda çıkabileceği gibi, bir süre devamlılık arz edebilmektedir. Haksızlık için somut bir zarar aranmadığından netice de zarar ya da tehlike şeklinde olabilmektedir.

Yukarıda haksızlığın tanımını yaparken suç ile arasındaki ilişkiden söz etmiştik. Eğer bir fiil suç ise aynı zamanda haksızlık teşkil etmektedir¹¹³. Ancak haksızlık için suçun oluşması gerekmemektedir¹¹⁴. Nitekim haksızlık, suçu da kapsayacak şekilde daha genel bir kavramdır. Bu bakımdan suç oluşmamakla birlikte suçun fiil unsuru mevcutsa haksızlık söz konusu olabilmektedir. Bunun için fiilin suç teşkil ettiğine dair bir mahkeme tarafından verilen kesinleşmiş hükmün aranmasına gerek yoktur. Örneğin (A), (B)'nin otomobilinin lastiklerini patlatır. Buna sinirlenen (B), (A)'ya karşı suç işler. Bu durumda (A)'nın fiili mala zarar verme suçunu oluşturabilmektedir. Ancak bu yönde verilmiş bir mahkeme kararı bulunmasa bile (A)'nın fiili, haksızlık teşkil etmektedir. Bu bakımdan (B) hakkında haksız tahrik uygulanabilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay, örneğin suç oluştuğuna dair bir hüküm verilmemiş olsa bile tehdit etmenin¹¹⁵, yüze karşı “şerefsiz” demenin¹¹⁶, çocuğu cinsel yönden istismar etmenin¹¹⁷, bir taşınmaza ait duvarı yıkmamanın¹¹⁸, kişisel verileri (çıplak görüntüleri) yaymama karşılığında para talep etmenin¹¹⁹ ve yüze tokat atmanın¹²⁰ haksız olduğunu kabul etmiştir.

¹¹² Özen'e göre tahrik fiilinin tamamlanmış/sona ermiş olması gerekmektedir. Bkz. **Özen**, s. 565.

¹¹³ **Özgenç**, s. 176; **Koca/Üzülmez**, s. 39; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 82; **Özen**, s. 214; **Bostancı Bozbayındır**, s. 186; **Tan**, s. 1027.

¹¹⁴ **Erem**, s. 640; **Aydın, Yeni**, s. 233; **Soyaslan**, Genel, s. 502; Zeki, **Hafizoğulları/Muharrem, Özen**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 367; **Özgenç**, s. 531; **Demirbaş**, Tahrik, s. 77; **Özen**, s. 566; **Kangal**, Tahrik, s. 41; **Aydın**, Sorunlar, s. 239; **Karakehya**, s. 181; **Bostancı Bozbayındır**, s. 187; **Çetin**, s. 79; **Tan**, s. 1026; **Çadık**, s. 211; **Nişancı**, s. 63.

¹¹⁵ Yarg. CGK. T. 15.01.2025, E. 2022/594, K. 2025/22, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹¹⁶ Yarg. 1 CD. T. 12.03.2025, E. 2023/4463, K. 2025/1962, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹¹⁷ Yarg. 1 CD. T. 24.12.2024, E. 2024/2739, K. 2024/8808, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹¹⁸ Yarg. 1 CD. T. 18.03.2025, E. 2024/6464, K. 2025/2174, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹¹⁹ Yarg. 9 CD. T. 23.12.2024, E. 2024/4389, K. 2024/11371, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹²⁰ Yarg. 1 CD. T. 13.03.2025, E. 2023/3921, K. 2025/2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

3. Haksızlığı İşleyen Kişi

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere haksızlığın konusunu oluşturan fiil yalnızca insanlar tarafından işlenebilmektedir¹²¹. Tahrik fiilinin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlar için konuşmak gerekirse esasen bir suçu kural olarak herkes işleyebilmektedir. Özgü suç söz konusu ise bu suçu, yani haksızlığı belirli kişiler işleyebilmektedir¹²². Haksızlığın suç teşkil etmemesi hâlinde de benzer kabul geçerli olabilmektedir. Özel hukuk açısından sadakat yükümlülüğünü örnek gösterebiliriz. Evli olan birisinin eşi dışında birisiyle ilişki yaşaması haksızlık teşkil etmekteyken, ilişkisi olmayan yetişkin bir birey açısından burada bir haksızlık doğmamaktadır. Haksızlık açısından fiili işleyen kişide aranan bu özellik, haksızlığın işlendiği anda mevcut olmalıdır. Haksızlık işlendikten sonra ilgili sıfatın kazanılması veya kaybedilmesi farklılık arz etmemektedir.

Ölüm durumunda fiili işleyen kişi artık yaşamıyor olsa bile bu kişinin işlediği fiil haksız ise bu özelliğini devam ettirmektedir. Bu kabul, ölümden sonra işlenen suçlar açısından önem arz etmektedir. Örneğin (A), (B)'ye karşı bir haksızlık işler. Bir süre sonra (A) ölür. (B), (A)'nın öldüğünü bileerek hakaret eder ve TCK m.130'daki kişinin hatırasına hakaret suçu oluşur. (A)'nın ölümüyle işlediği haksızlık ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle (B) hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanabilmektedir.

B. Haksızlığı İşleyen Kişinin Kusur Yeteneğine Sahip Olmaması

Tahrik fiilinin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda, suç oluştuktan sonra kusur yeteneği açısından bir incelemede bulunmaktadır. Kusur yeteneğini etkileyen dört kurum, TCK m. 31 ila TCK m. 34'te yer almaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, tahrik fiili açısından akıl hastalığı ve yaş gibi kusur yeteneği açısından da incelemede bulunulmalıdır¹²³. Kusur yeteneği olmayanların hareketleri tahrik fiili sayılmamalıdır¹²⁴. Ancak failin, bu kişinin kusur yeteneğine sahip olmadığını bilmediği durumlarda hataya düşmesinden dolayı haksız

¹²¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 571; Öztürk/Erdem, s. 344; Hakeri, s. 415; Soyaslan, Genel, s. 503; Özen, s. 565; Demirbaş, Tahrik, s. 71; Gökcan/Artuç, s. 833; Dülger, s. 628; Karakehya, s. 180; Bostancı Bozbayındır, s. 178.

¹²² Öztürk/Erdem, s. 204; İçel, s. 309; Koca/Üzülmez, s. 113; Dülger, s. 419.

¹²³ Erem, s. 641; Başar, s. 260.

¹²⁴ Erem, s. 641; Başar, s. 260.

tahrik uygulanabilmektedir¹²⁵. Buna karşılık doktrindeki hâkim görüşe göre, kusur yeteneği olmayan kişilerin işledikleri fiiller de haksız olabilmektedir¹²⁶. Yani kişinin kusur yeteneğine sahip olmaması, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmamaktadır¹²⁷. Biz de bu görüşteyiz. Nitekim TCK'da kusurluluk suçun unsurları dışında düzenlendiğinden kusur yeteneği de suçun unsurları dışında değerlendirilmektedir¹²⁸. Bu bakımdan kusur yeteneği olmayanlar da suç işleyebilmektedir¹²⁹. Suç bir haksızlık teşkil ettiğinden kusur yeteneği olmayanlar da haksızlık işleyebilmektedir. Bu kapsamda bir haksızlığın, kusur yeteneği olmayan birisi tarafından işlenmesi durumunda fiilin haksızlık içeriği, fiili işleyen kişinin kusur yeteneğine sahip olmaması nedeniyle ortadan kalkmamaktadır. Örneğin bir akıl hastası olan (A), yoldan geçen (B)'ye ait arabaya taş atar. Arabası zarar gören (B), (A)'yı yaralar. Bu olayda (B) yaralama suçunu işlemiştir. (B)'yi suç işlemeye iten neden (A)'nın tahrik fiilidir. (A) kusur yeteneğine sahip olmasa bile bu fiil haksız sayıldığından diğer koşullar da mevcutsa (B) hakkında haksız tahrik hükümleri uygulanabilir. Belirtmek gerekir ki (A)'nın akıl hastası olduğunu (B)'nin bilip bilmemesi tahrik fiilinin haksızlığı açısından önemsizdir.

C. Haksızlığı İşleyen Kişi Açısından Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebeplerin Bulunması

İzlenen suç politikasının gereklerine göre fail hakkında verilecek cezada indirim yapılması ya da ceza verilmemesi yönünde düzenlemeler yapılabilir¹³⁰. Bu düzenlemelerden bir kısmı failin şahsıyla ilgili olduğundan şahsi cezasızlık sebepleri ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler denilebilmektedir¹³¹. Cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi se-

¹²⁵ Erem, s. 641; Başar, s. 260.

¹²⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 586; Öztürk/Erdem, s. 346; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 666; Gökcan/Artuç, s. 833; Soyaslan, Genel, s. 503; Demirbaş, Tahrik, s. 84; Özen, s. 565; Kangal, Tahrik, s. 42; Demren Dönmez, s. 281; Dülger, s. 631; Gündüz, s. 114; Nişancı, s. 63.

¹²⁷ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 586; Öztürk/Erdem, s. 346; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 666; Gökcan/Artuç, s. 833.

¹²⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 544.

¹²⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 544.

¹³⁰ Demirbaş, Genel, s. 730; Öztürk/Erdem, s. 176; Özgenç, s. 753; Hakeri, s. 111; Karakehya, s. 199; Canoglu, s. 124; Büşra, Demiral Bakırman, Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler, İstanbul 2023, s. 17.

¹³¹ Öztürk/Erdem, s. 176; Hakeri, s. 111; Karakehya, s. 199; Zeynel T., Kangal, "Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler" (Kişisel), BÜHFKHHD, Cilt: 7, Sayı: 85-86, 2011, s. 40, 49; Canoglu, s. 125.

beplerinin varlığı hâlinde, fail hakkında verilecek cezada belirli oranlar dahilinde indirime gidilebilmektedir¹³². Şahsi cezasızlık sebeplerinin mevcut olması durumunda ise fail hakkında ilgili suçtan dolayı herhangi bir ceza verilememektedir¹³³. Hâkime takdir yetkisinin tanınmadığı durumlarda ya da hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini failin lehine kullandığı durumlarda sanık hakkında cezaya hükmedilmemektedir¹³⁴. Bu kararın verilmesinin nedeni, fiil yerine, failin şahsından kaynaklardan sebeplerdir¹³⁵. Bu nedenle fail hakkında ceza verilmese bile fiil, suç olmaya devam etmektedir¹³⁶. Bu bakımdan şahsi sebeplerin, tahrik fiilinin haksız olmasına bir etkisi bulunmamaktadır¹³⁷. Örneğin bir milletvekilinin işlediği suç nedeniyle şahsi sebepten dolayı hakkında ceza verilmese bile bu fiil haksız olmaya devam etmektedir¹³⁸.

Bir karara konu olayda, evli olan sanıklar arasında çıkan tartışma sonucunda sanıklar, birbirlerine karşı mala zarar verme suçunu işlemişlerdir. Mala zarar verme suçunun eşe karşı işlenmesinden dolayı şahsi cezasızlık sebebinin mevcut olduğunu belirten Yargıtay, sanıklar hakkında bu suçtan dolayı TCK m. 167 nedeniyle ceza verilmese bile suçun yani haksızlığın devam ettiğini kabul etmiştir¹³⁹.

4. Haksızlığın Muhatabı

Haksızlık teşkil eden bir fiil işlendiği zaman, bu fiilin kim ya da kimler açısından haksızlık olarak kabul edileceğinin belirlenmesi önem arz edilmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre bir kişi, haksızlığın doğrudan muha-

¹³² Öztürk/Erdem, s. 176; Hakeri, s. 111; Karakehya, s. 199.

¹³³ Öztürk/Erdem, s. 176; Hakeri, s. 111; Karakehya, s. 199.

¹³⁴ Sanığın, kayın babasına ait otomobile zarar vermesi nedeniyle haksız tahrik koşulları oluşmuş olsa bile TCK m. 167 değerlendirilmelidir. Bkz. Yarg. 23 CD. T. 27.05.2015, E. 2015/13592, K. 2015/1925 Karar, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025). Birden çok sanığın, katılanın malına zarar verdiği olayda sanıklardan birisi açısından TCK m. 167 nedeniyle ceza verilmemiş ancak diğer sanıklar hakkında haksız tahrik uygulanmıştır. Bkz. Yarg. 15 CD. T. 11.03.2015, E. 2014/6273, K. 2015/22391, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹³⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 644; Soyaslan, Genel, s. 495; Demiral Bakırman, s. 71; 125; Kangal, Kişisel, s. 56; Canoğlu, s. 125.

¹³⁶ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 643; İçel, s. 211; Demirbaş, Genel, s. 730; Özgenç, s. 753; Koca/Üzülmez, s. 274; Özen, s. 398; Demiral Bakırman, s. 73.

¹³⁷ Akbulut, s. 684; Demirbaş, Tahrik, s. 84; Kangal, Tahrik, s. 43; Dülger, s. 631; Nişancı, s. 63.

¹³⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 586; Demirbaş, Tahrik, s. 84; Kangal, Tahrik, s. 43.

¹³⁹ Yarg. 15 CD. T. 20.05.2014, E. 2013/18793, K. 2014/9880, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

tabı olmasa bile bu nedenle suç işliyorsa haksız tahrik uygulanabilmektedir¹⁴⁰. Haksızlık, fail dışındaki bir insana karşı işlenebileceği gibi bir hayvana karşı da işlenebilmektedir¹⁴¹. Bu durumu kabul etmekle birlikte TCK m. 29'u eleştiren bir görüşe göre, haksızlığın sadece faile işlenmesi durumunda haksız tahrikin uygulanmasına dair koşul, haksız tahrik açısından önem arz etmektedir¹⁴². Ne var ki buna dair madde metninde ilgili ibareye yer verilmediğinden hatalı bir sonuç ortaya çıkmaktadır¹⁴³. Bu durumda haksızlık teşkil eden fiilin herhangi bir kişiye işlenmesi hâlinde fail, haksız tahrikten yararlanabilmektedir¹⁴⁴. Bu durum haksız tahrik kurumunun yanı sıra ceza hukukunun ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır¹⁴⁵. Doktrinde diğer bir görüşe göre örneğin Türk hukukunda sadakat yükümlülüğü dışında aldatmayı yasaklayan bir kurum bulunmamaktadır¹⁴⁶. Bu yükümlülük de eşler için geçerlidir¹⁴⁷. Bu nedenle aldatmanın eş dışındaki diğer kişiler için haksız olarak kabul edilmemesi gerekmektedir¹⁴⁸.

Yargıtay kararlarına baktığımızda haksızlığın üçüncü kişilere etkisi konusunda net bir çıkarımda bulunamamaktayız. Nitekim Yargıtay'ın iki yönde de kararları mevcuttur. İlk olarak üçüncü kişiler hakkında haksız tahrikin uygulandığı birkaç karardan söz etmekteyiz¹⁴⁹. Sanık, eşi tarafından aldatıldığını öğrendikten sonra, eşine ve eşiyle birlikte olan kişiye karşı suç işlemiştir. Yargıtay, burada aldatılan eşin, üçüncü kişiye karşı işlediği suç açısından haksız tahrikin oluştuğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Bir olayda (A) ile (B) evliyken, (A) ile (C) birlikte olmuştur. Yani (A), eşini aldatmıştır. (A)'nın kardeşi (D) ve (A)'nın

¹⁴⁰ Öztürk/Erdem, s. 349; Zafer, s. 475; Hakeri, s. 413; Soyaslan, Genel, s. 501; Hafizoğulları/Özen, s. 367; Özgenç, s. 533; Demirbaş, Tahrik, s. 74; Özen, s. 565; Kangal, Tahrik, s. 35; Demren Dönmez, s. 276; Şen/Aksüt, s. 16; Aydın, Sorunlar, s. 239; Birtek, s. 351; Dülger, s. 629; Karakehya, s. 180; Ramazan, Arıtürk, "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", THD, Cilt: 16, Sayı: 183, 2021, s. 2129.

¹⁴¹ Soyaslan, Genel, s. 501; Demirbaş, Tahrik, s. 74; Dülger, s. 629; Karakehya, s. 180; Arıtürk, s. 2129.

¹⁴² Ünver, s. 62.

¹⁴³ Ünver, s. 62.

¹⁴⁴ Ünver, s. 62.

¹⁴⁵ Ünver, s. 62.

¹⁴⁶ Nuhoğlu, s. 210.

¹⁴⁷ Nuhoğlu, s. 210.

¹⁴⁸ Nuhoğlu, s. 210; Centel/Zafer/Çakmut, Giriş, s. 445.

¹⁴⁹ Yarg. 1 CD. T. 03.02.2025, E. 2023/5878, K. 2025/678, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵⁰ Yarg. 1 CD. T. 03.02.2025, E. 2023/4456, K. 2025/628, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

çocuğu (E), bu durumu öğrendikten sonra (C)'yi öldürmüşlerdir. Karşı oyda sanık (D) ve sanık (E), aldatılan eş olmadığından bu sanıklara yönelik sadakat yükümlülüğünün ihlali olmayacağı nedeniyle haksız tahrikin koşulları oluşmadığı belirtilmişse de Yargıtay, aldatma fiilinin haksız olması nedeniyle sanıklar hakkında haksız tahrikin uygulanacağını kabul etmiştir¹⁵¹. Yine annenin bir başkasıyla ilişki yaşadığını öğrenen sanığın, bu kişiyi tüfekte ateş etmek suretiyle yaralaması şeklinde gelişen bir olayda ise Yargıtay, sanık hakkında haksız tahrikin koşullarının oluştuğunu belirtmiştir¹⁵². Benzer bir olayda aldatılan eş ile ortak çocukları, aldatan eş öldürmüşlerdir. Karşı oyda sanıklar, aldatılan eş olmadığından bu sanıklara yönelik sadakat yükümlülüğünün ihlali olmayacağı nedeniyle haksız tahrike dair koşulların oluşmadığı belirtilmişse de Yargıtay, iki sanık hakkında da aldatma fiilinin haksız olması nedeniyle sanıklar hakkında haksız tahrikin uygulanacağını kabul etmiştir¹⁵³. Ancak benzer bir olayda (A), (B) ile evliyken (C) ile ilişki yaşamıştır. Bunun üzerine (B), kendi çocuğu (D) ile birlikte (C)'yi öldürmüştür. Yargıtay, (A)'nın sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle (B) hakkında haksız tahriki uygulamış olsa da (A)'nın (D) açısından bu yükümlülüğü ihlal etmemiş olması nedeniyle (D) hakkında haksız tahriki uygulamamıştır¹⁵⁴. Kanımızca çocuklar açısından verilen kararlarda çelişki mevcuttur. Keza aldatmanın neden haksız sayılması gerektiğine dair gerekçe de yetersizdir.

Aile içerisinde gerçekleşen başka bir olayda (A) ile (B), resmi nikah olmadan birlikte yaşamaktadır. (A), hamile olan eş (B)'ye kötü davranmaktadır. Bir gün tartışma esnasında (A), (B)'ye tokat atmıştır. Bu durumu öğrenen (B)'nin kardeşi (C), oldukça sinirlenmiş ve (A)'yı silahla tehdit etmiştir. Bu olayda (A)'dan doğrudan (C)'ye yönelik bir fiil bulunmamaktadır. Bu bakımdan (A)'nın (C)'ye yönelik doğrudan bir haksızlık işlediği de söylenemez. Ancak (A)'nın (B)'ye yönelik işlediği haksız fiil nedeniyle Yargıtay, (C) hakkında haksız tahrikin uygulanması yönünde karar vermiştir¹⁵⁵.

¹⁵¹ Yarg. 1 CD. T. 22.01.2025, E. 2023/4491, K. 2025/550, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵² Yarg. 1 CD. T. 20.01.2025, E. 2023/2189, K. 2025/460, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵³ Yarg. 1 CD. T. 22.01.2025, E. 2023/4491, K. 2025/550, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵⁴ Yarg. 1 CD. T. 06.01.2025, E. 2023/4129, K. 2025/7, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵⁵ Yarg. 8 CD. T. 23.12.2024, E. 2023/254, K. 2024/9894, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Bununla beraber aile ilişkisinin olmadığı bir olayda da haksız tahrikin uygulandığını görebilmekteyiz. Mevzuat gereği 24 saat açık olması gereken tuvaleti işleten (A), saat 22:00'de tuvaleti kapatıp gitmiş ve tuvaletin açık olduğuna dair ışıklı panoyu söndürmemiştir. Bu panoyu görüp gelen insanlar tuvaletin kapalı olduğunu görünce, tuvaletlerini bu civarda bulunan (B)'ye ait iş yerinin önüne yapmışlardır. Bu duruma sinirlenen (B), (A)'ya karşı suç işlemiştir. Yargıtay, (A)'nın tuvaleti erken saatte kapatıp gitmesini haksızlık olarak kabul etmiş ve (B) hakkında haksız tahrikin uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁶. Buna karşılık, otomobiliyle yolda giden (A), (B)'nin kullandığı otomobilin yakınından geçmiş, buna sinirlenen (B), (A)'nın otomobilinin önünde durarak gitmesini engellemiş ve (A)'ya yumruk atmıştır. Bu otomobilde bulunan sanık (A) ile diğer sanıklar, (B)'yi öldürmüşlerdir. Yargıtay, sanık (A) ile diğer sanıklar açısından farklı değerlendirme bulunmuştur: (B)'nin (A)'ya yönelik fiilini haksız kabul edilmiş ancak (B)'nin fiilinin diğer sanıklara yönelik olmamasından dolayı haksızlığın bu kişilere yapılmaması nedeniyle haksız tahrikin uygulanmayacağı yönünde karar vermiştir¹⁵⁷. Her ne kadar yaralama fiili sadece (A)'ya yönelik olsa da yol kesme şeklindeki haksızlık diğer sanıklara da yönelik olduğundan bize göre bu koşul sağlanmaktadır. Yani kanımızca burada diğer sanıklar, üçüncü kişi yerinde olmayıp haksızlığın doğrudan muhatabı konumundadır. Başka bir olayda ise bir işyerinde işçi olarak çalışan (A), maaşı zamanında ödenmediği için işvereni (B) ile işverenin annesi (C)'ye sosyal medyada hakaret etmiştir. Aynı işyerinde çalışan diğer işçiler, bu hakaret nedeniyle (A)'yı yaralamışlardır. Yargıtay, bu olayda katılan (A)'nın diğer işçilere, yani sanıklara yönelik haksız bir fiili olmadığından haksız tahrikin uygulanmayacağını belirtmiştir¹⁵⁸.

Bize göre bir fiil haksız ise haksızlığı işleyen, haksızlığın işlendiği ve haksızlıktan etkilenenler de dahil olmak üzere, bu fiil herkes açısından haksızlık teşkil etmektedir. Nitekim haksızlığın tanımına dair başlıkta açıkladığımız üzere, bir fiilin haksız olup olmamasındaki asıl kriter, hukuk düzeniyle çatışmasıdır. Bu bakımdan bir fiilin haksız olup olmadığı, taraflar da gözetilmek suretiyle esasen hukuk düzeniyle olan ilişkisine göre belirlendiğin-

¹⁵⁶ Yarg. 2 CD. T. 23.01.2025, E. 2023/20766, K. 2025/1695, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵⁷ Yarg. 1 CD. T. 24.12.2024, E. 2023/3149, K. 2024/8809, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁵⁸ Yarg. 1 CD. T. 09.12.2024, E. 2023/7552, K. 2024/8202, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

den haksızlık yerine, fiilin yöneldiği kişi açısından durumun ele alınmasında yarar vardır. TCK m. 29'a bakıldığında, faili tahrik eden haksızlığın doğrudan faile işlenmesi gibi bir kritere yer verilmediğini söyleyebiliriz. Öyle ki bu hükme göre taraflarla hiçbir ilgisi olmayan fail hakkında haksız tahrikin uygulanması mümkün olabilmektedir. Bize göre haksızlığın doğrudan faile yönelik olmadığı durumlarda da haksız tahrik uygulanabilmelidir. Ancak buna bir sınır getirilmesinde yarar vardır. Örneğin televizyon izlerken eşini, babasıyla aldatan bir kişiyi tesadüfen sokakta gören fail, taraflarla herhangi bir bağı bulunmasa bile mağdurun aldatma eylemi nedeniyle hiddetlenerek suç işlerse diğer koşulların da varlığı durumunda haksız tahrik uygulanabilmektedir. Bize göre bu hükmün uygulama alanı oldukça genişleyebilmektedir. Bunun sınırlandırılması amacıyla tahrik fiilinin sınırlandırılmasında yarar vardır. Nitekim TCK m.29'a göre tahrik fiilinin kime yöneldiği hususunda bir ibare bulunmamaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere tahrik fiilinin, üçüncü kişiye yönelik olması durumunda da haksız tahrik uygulanabilmektedir. Kanımızca haksızlık açısından bir sınırlandırmaya yer verilmesi mümkün olmasa da tahrik fiilinin yöneldiği kişi açısından bir sınırlandırılma öngörülmesinde yarar vardır.

5. Haksızlığı Ortadan Kaldıran TCK'daki Hukuka Uygunluk Sebepleri

Yukarıda açıklandığı üzere haksızlık, hukuka aykırı olan fiilin bizzat kendisi olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan her haksızlık aynı zamanda hukuka aykırılık teşkil etmektedir¹⁵⁹. Bu fiil açısından ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda, fiil artık hukuka aykırı olmadığından haksızlık da ortadan kalkmaktadır¹⁶⁰. O hâlde bu fiile karşı işlenen suç açısından haksız tahrik söz konusu olmamaktadır¹⁶¹. TCK'da yer alan dört adet hukuka uygunluk sebebi açısından tahrik fiilinin haksızlığını incelemekteyiz.

A. Kanun Hükmünü Yerine Getirme Açısından Haksızlık

Kanun hükmünü yerine getirmeye dair temel düzenleme olan TCK m. 24/1'e göre, tipe uygun fiili işleyen kişi, bu fiili, kanunda kendisi için öngörülen sınırlar çerçevesinde işlemiş ise fiil hukuka uygun olduğundan suç

¹⁵⁹ Zafer, s. 476; İçel, s. 503; Dülger, s. 232; Nişancı, s. 62.

¹⁶⁰ Nuhoglu, s. 209; Öztürk/Erdem, s. 346; Gökcan/Artuç, s. 835; Akbulut, s. 683; Kangal, Tahrik, s. 38; Erdem, s. 209; Karakehya, s. 182; Çadık, s. 214; Arıtürk, s. 2128.

¹⁶¹ Nuhoglu, s. 209; Aydın, Yeni, s. 235; Öztürk/Erdem, s. 346; Kangal, Tahrik, s. 38; Erdem, s. 209; Çadık, s. 214; Arıtürk, s. 2128.

oluşmamaktadır¹⁶². Keza fiil haksızlık da teşkil etmemektedir. O hâlde bu fiile karşı işlenen suç açısından haksız tahrik uygulanamamaktadır. Örneğin mağdurun, faili kolundan zorla tutmak suretiyle hareket etme özgürlüğünü engellemesi durumunda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşabilmektedir. Nitekim fiil haksız sayılmaktadır. Ancak mağdurun kolluk görevlisi olması ve faili de usulüne uygun şekilde gözaltına alması durumunda, bu fiil haksız sayılmamaktadır. Bu durumda failin mağdura karşı bu fiilinden dolayı suç işlemesi durumunda haksız tahrik uygulanmamaktadır.

Yargıtay kararlarına baktığımızda kanun hükmünü yerine getiren bir kişinin, sırf bu nedenle kendisine karşı suç işlenmesi durumunda, tahrik fiilinin haksız olmamasından dolayı sanık hakkında haksız tahrikin uygulanmadığını görebilmekteyiz¹⁶³. Bir olayda polis memuru tarafından sanık hakkında idari para cezası verilmesine dair bir tutanak tutulmuştur. Sanık, hakkında verilen cezaya karşı çıksa da işlemin hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmiştir. Bunun üzerine sanık, polis memuruna karşı suç işlemiştir. Yargıtay, mağdur yani polis memurunun görevini yapmış olması ve herhangi bir haksızlık işlememesi nedeniyle sanık açısından haksız tahrikin oluşmadığını belirtmiştir¹⁶⁴. Başka bir olayda, sanık hakkında yürütülen yargılamada bir polis memuru sanık aleyhine olacak şekilde tanık olarak beyanda bulunmuştur. Bu nedenle sanık, mağdura karşı suç işlemiştir. Tanıklık yapmanın bir kamu görevi olduğu belirten Yargıtay, kanun hükmü gereği zorunlu olan tanıklık görevini yerine getirdiğinden mağdurun hukuka uygun davrandığı yönünde karar vermiştir¹⁶⁵.

TCK m. 24'ten söz edilebilmesi için görevin hukuka uygun şekilde yerine getirilmesi zorunludur. Aksi takdirde tahrik fiili açısından haksızlık mevcut olabilmektedir. Bir olayda icra memuru olan mağdur, avukatın icra dosyasında yaptığı işleme itiraz etmiştir. Bu itiraz nedeniyle sanık olan avukat, mağdura yönelik suç işlemiştir. Mağdurun yaptığı itiraz açısından görevini kötüye kullandığını kabul eden Yargıtay, mağdurun haksız bir şekilde

¹⁶² Aydın, Yeni, s. 235; Demirbaş, Genel, s. 314; Koca/Üzülmez, s. 276; Kangal, Tahrik, s. 38; Dülger, s. 543.

¹⁶³ Sanığın mağdura yönelik hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme şeklindeki fiillerinden dolayı haksız tahrik uygulanamayacağına dair karar için bkz. Yarg. 4 CD. T. 23.01.2025, E. 2022/16165, K. 2025/1497, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁶⁴ Yarg. 4 CD. T. 16.12.2024, E. 2022/2252, K. 2024/16902, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁶⁵ Yarg. 4 CD. T. 13.01.2025, E. 2023/623, K. 2025/606, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

davrandığını belirtmiştir¹⁶⁶. Başka bir olayda polis tarafından yapılan denetimde, alkollü bir şekilde araç kullandığından dolayı sanık, polis merkezine götürülmek istenmiştir. Sanık, subay olduğundan polis merkezine götürülmeyeceğini ve 211 sayılı Kanun m. 93/1'e göre işlem yapılması gerektiğini belirtmiştir. Buna rağmen polis memurları, sanığı götürmeye çalışırken sanık tarafından suç işlenmiştir. Yargıtay, subay olan sanık hakkında ilgili hükme göre işlem yapılmamasının hukuka aykırı olması nedeniyle polis memurlarınca gerçekleştirilen tahrik fiilinin haksız olduğunu belirtmiştir¹⁶⁷. Yine trafik çevirmesi yapan polis memuru hakkında verilen bir karara konu olayda, trafikte bir aracı hukuka uygun durduran polis memurunun, sanığa *“Adam gibi sür, p***, s*** git, sizin gibi doğancılar arabayı başka yerde sürsün, s*** git”* şeklinde beyanda bulunmasını Yargıtay, haksızlık olarak kabul etmiştir¹⁶⁸. Benzer şekilde polis memurunun sanıklara *“lan”* diye hitap etmesinin de haksızlık teşkil ettiği yönünde karar vermiştir¹⁶⁹.

Yargıtay, özellikle karşılıklı yaralama ve hakaret ile polisin zor kullanma yetkisini kullandığı durumlarda, mağdur tarafından gerçekleştirilen tahrik fiilinin haksız olup olmadığının incelenebilmesi amacıyla ilgililerce gerçekleştirilen bütün davranışların gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Buna dair bir olayda bekçiler, kimlik kontrolü yapmak amacıyla sanığı durdurmuşlardır. Sanık da bunun üzerine bekçilere karşı suç işlemiştir. Sanık hakkında haksız tahrik uygulanmamıştır. Yargıtay, sanığı suç işlemeye iten herhangi bir açıklamaya yer verilmediğini belirterek, bekçiler tarafından gerçekleştirilen bir haksızlığın bulunup bulunulmadığı yönünde gereken araştırma yapılmadığından hükmü bozmuştur¹⁷⁰. Başka bir olayda ise sanık, polise bağırmasını söylemiş ve polisi yaralamıştır. Yargıtay, sanığın polise karşı neden böyle davrandığına ve özellikle polisin bağırmasının haklı olup olmadığına dair yeterince araştırma yapılmadığını belirtmiştir¹⁷¹. Bir

¹⁶⁶ Yarg. 4 CD. T. 23.01.2025, E. 2023/1513, K. 2025/1524, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁶⁷ Yarg. 4 CD. T. 22.01.2025, E. 2022/3416, K. 2025/1381, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁶⁸ Yarg. 4 CD. T. 15.01.2025, E. 2022/3797, K. 2025/873, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁶⁹ Yarg. 4 CD. T. 13.01.2025, E. 2022/14659, K. 2025/532, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷⁰ Yarg. 4 CD. T. 17.02.2025, E. 2022/6353, K. 2025/2893, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷¹ Yarg. 4 CD. T. 16.01.2025, E. 2023/1881, K. 2025/994, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

diğer olayda ise kendisine ters kelepçe takılan ve uzun süre bu hâlde bekletilen sanık, polise karşı suç işlemiştir. Polis memuru tarafından gerçekleştirilen bu tahrik fiilinin haklı ya da haksız olması yönünde gereken tartışma yapılmadığından Yargıtay hükmü bozmuştur¹⁷².

B. Meşru Savunma Açısından Haksızlık

Tahrik fiilinin aynı zamanda meşru savunma açısından savunma fiili olması mümkündür. Bu tür olaylarda meşru savunmaya dair diğer koşulların oluşması durumunda tahrik fiili haksız olmamaktadır. Tahrik fiiline karşı işlenen tepki fiili, yani suç açısından haksız tahrik hükümleri uygulanmamaktadır¹⁷³. Ancak meşru savunmada sınırın aşılması hâlinde fiilin haksızlık teşkil ettiği söylenmelidir¹⁷⁴.

Bir olayda, katılanın güvenlik görevlisi olarak çalıştığı iş yerinin önünde sanıklar taşkınlık çıkarmıştır. Katılan, sanıklara müdahale etmek isterken sanıklardan birisi katılana silahla ateş etmiştir. Yargıtay, katılanın sanıklara yönelik müdahalesi hukuka uygun olduğundan sanıklara yönelik tahrik fiilinin haksız olmaması nedeniyle sanıklar hakkında haksız tahrikin uygulanmayacağını belirtmiştir¹⁷⁵.

Fail ile mağdur arasında karşılıklı suçların işlendiği olaylarda meşru savunma ile haksız tahrik hükümlerinden hangisinin uygulanacağı önem arz etmektedir. İlk haksız saldırının kimin tarafından işlendiğinin tespit edilemediği olaylarda Yargıtay, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince meşru savunma yerine, iki taraf hakkında da haksız tahrik hükümlerini uygulayabilmektedir¹⁷⁶. Yargıtay, bu tür olaylarda iki kişi arasından suçlu olanı tespit edemediğinden dolayı ikisini de suçlu olarak kabul etmektedir. Yine suçlu

¹⁷² Yarg. 4 CD. T. 25.12.2024, E2022/1168., K. 2024/17827, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷³ Erem, s. 641; Aydın, Yeni, s. 235; Kangal, Tahrik, s. 38.

¹⁷⁴ Ersan, Şen/Mahmut Can, Şenyurt, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, CHD, Cilt: 8, Sayı: 22, 2013, s. 126; Buna dair karar incelemesi için bkz. Melik, Kartal, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)”, İMÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 955-968.

¹⁷⁵ Yarg. 1 CD. T. 19.02.2025, E. 2023/2439, K. 2025/1215, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷⁶ Yarg. 1 CD. T. 10.04.2025, E. 2023/4889, K. 2025/2769, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

olan birisi hakkında da koşulları oluşmamasına rağmen az ceza verilmektedir. Bize göre bir tercih yapılması gerekiyorsa ikisinin suçlu yerine, suçsuz olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere Yargıtay, iki kişinin birbirine saldırmaları durumunda, ilk saldırıda bulunan tespit edilemezse haksız tahrik hükümlerini uygulayarak cezada indirimine gitse bile TCK m. 29'a aykırılık gündeme gelmektedir. Bu hükme göre tahrik fiilinin haksız olması gerekmektedir. Birisi açısından tahrik fiili olarak değerlendirilen fiil, diğeri için tepki fiili olarak kabul edilmektedir.

Meşru savunma açısından ilk haksız saldırının kim tarafından işlendiğinin tespit edilemediği olaylarda Yargıtay, meşru savunma ile haksız tahrik kurumlarından hangisinin uygulanacağına fiillerin “eş zamanlı” olup olmasını esas alarak karar vermektedir. Bir karara konu olayda sanığın evine giren maktul, sanığa silahla ateş etmiş ve sanığı basit şekilde yaralamıştır. Bunun üzerine maktule karşılık veren sanık, maktülü öldürmüştür. İlgili BAM Ceza Dairesi tarafından sanık hakkında haksız tahrik uygulanmıştır. Ancak Yargıtay, sanığın fiili işlediği ana dikkat çekmektedir. Sanığın, maktulün kendisine saldırdığı sırada suçu işlediğini tespit eden Yargıtay, haksız tahrik yerine meşru savunmanın oluştuğu yönünde karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁷. Buna karşılık başka bir kararda, ilk haksız saldırı mağdurdan gelmesine rağmen, bununla sanığın işlediği suç karşılıklı olmadığından sanık hakkında meşru savunma yerine, haksız tahrik hükümlerine göre karar verilmesinin uygun olacağını ifade etmiştir¹⁷⁸.

C. Hakkın Kullanılması Açısından Haksızlık

TCK m. 26'da belirtildiği üzere “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Gerçekten de hakkını kullanan bir kişinin işlemiş olduğu tahrik fiili hukuka uygun olduğundan haksız olarak kabul edilmemektedir¹⁷⁹. Hakların asıl, sınırlandırmanın istisnai olduğu hukuk sistemimizde, her hak açısından değerlendirmede bulunmak çalışmamızın kapsamını aşacağından, yargı kararlarına en çok konu olan birtakım haklar açısından konuyu ele almaktayız.

¹⁷⁷ Yarg. 1 CD. T. 05.12.2024, E. 2023/7435, K. 2024/8150, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷⁸ Yarg. 6 CD. T. 09.12.2024, E. 2023/10810, K. 2024/13050, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁷⁹ Erem, s. 640; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 584; Aydın, Yeni, s. 235; Koca/Üzülmez, s. 288; Demirbaş, Tahrik, s. 80; Kangal, Tahrik, s. 38; Demren Dönmez, s. 280; Dülger, s. 564; Karakehya, s. 181; Köksal, s. 125; Koç, s. 206.

Bu kapsamda iddia ve savunma dokunulmazlığı, TCK m. 128’de düzenlenmekte olup, hakaret suçu teşkil edebilen bir söz, bu maddede yer alan koşullara göre söylenirse kişi, hakkını kullandığından işlediği fiil haksız sayılmamaktadır. Öyle ki ihbar veya şikâyet öncesi bu yönde bir beyanda bulunmak da hakkın kullanılması kapsamına girmektedir. Nitekim Yargıtay, “*karakola gidip şikâyetçi olacağım, seni polise aldıracağım*” şeklinde söylenen sözün tehdit teşkil etmediğini belirtmiştir¹⁸⁰. Başka bir olayda, mağdurun şikâyeti üzerine sanık hakkında başlatılan soruşturma sonunda KYOK verilmiştir. Mağdurun şikâyet etmesine sinirlenen sanık, mağdura karşı suçu işlemiştir. Yargıtay, mağdurun şikâyet etme hakkını kullanmasından dolayı tahrik fiilinin haksız olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁸¹. Bir diğer olayda, arkadaş olan sanık ile mağdur, mağdurun bahçeli evine gitmişlerdir. Alkol aldıktan bir süre sonra uyuyakalan mağdur, uyandığında cüzdan, telefon ve ceketini bulamamış ve Jandarmaya bildirimde bulunmuştur. Jandarmanın eve gelmesine sinirlenen sanık, cebinden çıkarttığı bıçak ile mağduru yaralamıştır. Sanık hakkında haksız tahrik uygulanmışsa da Yargıtay, mağdurun gerçekleştirdiği tahrik fiilinin sadece Jandarmaya haber vermekten ibaret olması nedeniyle hakkını kullanan mağdur açısından bu fiilin haksız olmadığını belirtmiştir¹⁸². Başka bir olayda ise dava açıldıktan sonra davalı olan sanık, davacı olan katılanla görüşüp barışmak istemiştir. Sanığın amacı davacının davasını çekmesine yönelik olsa da sanık, katılanın kendisiyle görüşmeyi reddetmesi üzerine suçu işlemiştir. Yargıtay, katılan tarafından gerçekleştirilen haksız bir fiil olmadığını belirtmiştir¹⁸³.

Yine iddia ve savunma hakkı gibi demokratik düzenle ilgili bir diğer hak olan eleştiri hakkı kapsamında söylenen sözler de belirli bir sınıra kadar haksızlık teşkil etmemektedir. Yargıtay’a göre sınırın aşılması durumunda tahrik fiili hakaret suçunu oluşturmaya bile haksız sayılabilmektedir¹⁸⁴. Bu sınırın, sözün söylendiği yere, zamana ve duruma göre değiştiğini söyleyen

¹⁸⁰ Yarg. 1 CD. T. 04.12.2024, E. 2023/7006, K. 2024/8090, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸¹ Yarg. 1 CD. T. 05.12.2024, E. 2024/3287, K. 2024/8141, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸² Yarg. 6 CD. T. 09.12.2024, E. 2023/10486, K. 2024/13051, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸³ Yarg. 1 CD. T. 13.02.2025, E. 2023/6776, K. 2025/1068, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸⁴ Yarg. 1 CD. T. 05.02.2025, E. 2023/6557, K. 2025/800, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Yargıtay, bir kararında “*Lan maganda mısın*” şeklinde söylenen sözün onur, şeref ve saygınlığı rencide edici boyutta olmadığını belirtmiştir¹⁸⁵. Keza eleştirilen konunun hassas olması da haksızlığın belirlenmesinde bir ölçüttür¹⁸⁶. Nitekim Yargıtay, mağdurun, sosyal medyada sanık hakkında yaptığı paylaşımın da bu sınırı aşip aşmadığı yani haksız olup olmadığı tartışılmadığından hükmü bozmuştur¹⁸⁷. Ayrıca eleştirinin karşılıklı tartışma şekline dönüşme durumunda da söylenen sözler eleştiri kapsamına girebilmektedir¹⁸⁸.

Eleştiri hakkı sözlerle sınırlı değildir. Bir olayda, sanık ile mağdur arasında araç satışından dolayı aralarında bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Taraflar uyuşmazlığı konuşmak için bir araya gelmiş ve görüşme bittikten sonra vedalaşırken sanık, mağdura elini uzatmasına karşın mağdur, bir tepki olarak sanığın elini sıkmamıştır. Bunun üzerine sanık suçu işlemiştir. Yargıtay, mağdurun elini vermeme şeklindeki tahrik fiilinin haksız olmaması nedeniyle sanık hakkında haksız tahrikin uygulanmayacağını belirtmiştir¹⁸⁹. Tepkinin bağırarak şeklinde gösterildiği başka bir olayda ise bağırmanın haksız olup olmadığı yeterince tartışılmadığından Yargıtay bozma kararı vermiştir¹⁹⁰.

Eleştirinin haksız olup olmadığı, eleştiriye konu fiilin hukuka uygunluğuyla da ilgilidir. Örneğin havaya tüfekte ateş eden SSÇ’yi uyaran mağdurun bu davranışı¹⁹¹ ile yolda arabasını sağa sola kaydırarak süren araç sürücüsüne yaya olan katılanın gösterdiği tepki¹⁹² haksız kabul edilmemiştir.

¹⁸⁵ Yarg. 4 CD. T. 05.02.2025, E. 2022/4846, K. 2025/1922, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸⁶ Yarg. 1 CD. T. 06.03.2025, E. 2023/9186, K. 2025/1752, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸⁷ “...meydanında karşılaştıkları ve aralarında “Facebookta kooperatif başkanı kendisini sağlam yere attı arkasında zot memet var” şeklinde bir paylaşım yüzünden tartışma yaşandığının iddia ve kabul edilmesi...” bkz. Yarg. 6 CD. T. 15.01.2025, E. 2024/6513, K. 2025/592, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸⁸ Yarg. 1 CD. T. 06.03.2025, E. 2023/9186, K. 2025/1752, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁸⁹ Yarg. 1 CD. T. 06.02.2025, E. 2023/2196, K. 2025/835, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹⁰ Yarg. 4 CD. T. 23.12.2024, E. 2022/4404, K. 2024/17472, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹¹ Yarg. 1 CD. T. 11.12.2024, E. 2023/8059, K. 2024/8370, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹² Yarg. 1 CD. T. 10.02.2025, E. 2024/5697, K. 2025/884, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Buna karşılık, 00:00 sıralarında köpeğini gezdirirken evinin önünden geçen sanığa hitaben “*bu köpeği bu şekilde gezdirme, ben bu köpeği istemiyorum*” diyen katılanın bu davranışı haksız olarak kabul edilmiştir¹⁹³. Kararda katılanın sadece bu sözü söylemesinin haksızlık teşkil ettiği belirtilmiştir. Bize göre sadece bu şekilde yapılan bir uyarı haksız olmadığından kararı eleştirmektediriz. Benzer bir olayda ise sanık, arabasını bir yolun cep kısmında park hâlinde bulundururken maktul, sanığın arabasına kimleri aldığını sormuş ve bunun üzerine çıkan tartışmada sanık, maktulü öldürmüştür. Maktulün bura-daki tepkisi, sanığın arabasını iş yerinin önünde sürekli bekleterek insanları arabasının içine almasına ilişkindir. Yargıtay, maktulün sanığa yönelik haksız şekilde davrandığını belirtmiştir¹⁹⁴. Başka bir olayda ise sanık, arabasını maktulün ikametinin önüne park ettiğinden aralarında bir tartışma yaşanmıştır. Bunun üzerine maktul, olay günü arabasını sanığın geçişini engelleyecek bir şekilde park etmiştir. Yargıtay, maktulce gerçekleştirilen tahrik fiilinin haksız olduğunu kabul etmiştir¹⁹⁵.

Velinin sahip olduğu terbiye hakkı kapsamında çocuğunu disipline etmesine yönelik belirli bir sınıra kadar olan fiiller, hukuka aykırı sayılmamaktadır. Buna dair sınırın aşılması durumunda fiil haksız olabileceği gibi, TCK m. 232’deki kötü muamele suçunun oluşması da mümkündür. Örneğin ödevlerini yapmayan bir çocuğa annesinin kızması ve dışarı çıkmasını yasaklaması bu hakkın kapsamına girmektedir. Bu nedenle çocuğun kızgınlıkla annesini yaralaması durumunda tahrik fiili haksız olmadığından haksız tahrik uygulanmamalıdır. Ancak karara da konu bir olayda, mağdur olan çocuğun sürekli evden kaçmasına sinirlenen baba, çocuğu oturma odasına zincirlemiştir. Burada terbiye hakkına dair sınır aşılmış olup sanık olan baba hakkında TCK m. 109/2’ye göre mahkûmiyet hükmü verilmiştir. Ancak Yargıtay, çocuğun sürekli evden kaçması şeklinde tahrik fiilinin haksız olması nedeniyle sanık hakkında haksız tahrikin oluştuğunu kabul etmiştir¹⁹⁶.

¹⁹³ Yarg. 1 CD. T. 10.12.2024, E. 2024/6937, K. 2024/8278, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹⁴ Yarg. 1 CD. T. 05.02.2025, E. 2023/7155, K. 2025/797, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹⁵ Yarg. 1 CD. T. 06.02.2025, E. 2023/4462, K. 2025/812, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

¹⁹⁶ Yarg. 8 CD. T. 14.01.2025, E. 2023/1235, K. 2025/373, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

D. İlgilinin Rızası Açısından Haksızlık

TCK'daki dördüncü hukuka uygunluk sebebi olan rıza kurumu, m. 26/2'de düzenlenmektedir. Buna göre ilgilinin rıza göstermesi durumunda fiil artık haksızlık teşkil etmemektedir¹⁹⁷. Ancak bunun için birtakım koşullar aranmalıdır. Bu kapsamda ilgilinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı bulunmalıdır¹⁹⁸. Rıza gösterilen konu açısından ilgili aydınlatılmalıdır¹⁹⁹. İlgilinin rıza göstermeye yetkisi olmalıdır²⁰⁰. Rıza en geç fiilin işlendiği ana kadar açıklanmalıdır²⁰¹.

Haksız tahrik açısından ilgilinin rızası, özellikle ikili ilişkiler açısından önem arz etmektedir. Esasen yetişkin ve ayırt etme gücü olan bir kişi, istediği kişi ile ilişki yaşayabilmektedir. Sadakat yükümlülüğüne aykırılık gibi durumlar da söz konusu değilse ilişki yaşamının hukuka aykırı olmadığı söylenmelidir. Ancak ülkemizde özellikle kadınlar açısından ailevi ve toplumsal hayatta birtakım sınırlandırılmaların olduğu görülebilmektedir. Gerçekten de yetişkin bir kadının, ailesinin onayı olmadan istediği birisiyle yuva kurması “kız kaçırma” olarak değerlendirilebilmektedir. Burada ilgilinin rızası olduğundan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlar oluşmamaktadır. Keza evlenme için ailenin izni gerekmediğinden ailenin karşı çıkması durumunda evlenilmesi de haksızlık teşkil etmemektedir. Bir olayda, yetişkin olan bir kadın, sevdiğiyle birlikte olmak için evi terk etmiştir. Kadının abisi olan sanık, kız kardeşinin sevdiği kişi olan mağdura karşı suç işlemiştir. Haksız tahrik uygulanmış olsa da Yargıtay, sanığın kız kardeşinin rızasının geçerli olması nedeniyle evi terk etme (kaçma) fiili açısından sanık hakkında haksız tahrikin uygulanamayacağını belirtmiştir²⁰². Başka bir olayda katılan, bir akrabasını sanık ile uygunsuz bir vaziyetteyken görmüş ve eline aldığı sopa ile sanığa vurmaya teşebbüs etmiştir. Bunun üzerine sanık, tabancasını çıkarıp katılana doğrultarak katılanı tehdit etmiştir. Yargıtay, bu olayda katılanın gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiğini belirtmiştir²⁰³.

¹⁹⁷ Kangal, Tahrik, s. 38.

¹⁹⁸ Öztürk/Erdem, s. 301; İcel, s. 404; Demirbaş, Genel, s. 367; Koca/Üzülmez, s. 296; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 345; Özen, s. 450; Dülger, s. 579.

¹⁹⁹ Öztürk/Erdem, s. 304; İcel, s. 403; Demirbaş, Genel, s. 369; Koca/Üzülmez, s. 299; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 355; Özen, s. 435; Dülger, s. 585.

²⁰⁰ Öztürk/Erdem, s. 303; İcel, s. 309; Demirbaş, Genel, s. 367; Koca/Üzülmez, s. 297; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 354; Özen, s. 456; Dülger, s. 583.

²⁰¹ Öztürk/Erdem, s. 304; İcel, s. 405; Demirbaş, Genel, s. 369; Koca/Üzülmez, s. 298; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 356; Özen, s. 458; Dülger, s. 583.

²⁰² Yarg. 1 CD. T. 28.11.2024, E. 2024/4975, K. 2024/7924, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁰³ Yarg. 6 CD. T. 11.02.2025, E. 2023/12567, K. 2025/1652, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

6. Haksızlığın Boyutu

Tahrik fiilinin haksız sayılabilmesi için haksızlığın ağır olması zorunlu değildir²⁰⁴. Gerçekten de TCK m. 29'a bakıldığında haksızlığın boyutuna dair herhangi bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu bakımdan tahrik fiilinin haksızlığı açısından yapılan değerlendirmede fiilin haksız olması yeterli olmaktadır. Tahrik fiilinin suç teşkil etmesi durumunda da haksızlığın mevcut olması yeterli olmaktadır. Nitekim CMK m. 223/4'te "*İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*" denilmektedir. Yani haksızlık içeriği az olsa bile tahrik fiili, suç, yani haksızlık teşkil etmeye devam etmektedir. O hâlde haksızlık içeriği az olan bir fiil açısından anılan koşul sağlanmaktadır. Haksızlığın boyutunun ağır olup olmaması haksız tahrik nedeniyle yapılan indirim oranının belirlenmesinde gözetilebilmektedir. Örneğin tahrik fiilinin haksızlık içeriği az ise indirim oranı da bu ölçüde az olabilmektedir²⁰⁵. Keza haksızlığın boyutu arttıkça indirim oranı da artmaktadır²⁰⁶. Ayrıca bu koşul için olmasa da haksızlığın boyutunun, aşağıda açıklanacağı üzere ilk haksızlığın fail tarafından işlendiği, yani haksızlığa karşı haksızlığın işlendiği durumlarda önem arz ettiğini belirtmek isteriz.

7. Haksızlığa Karşı Haksızlık

Suç işleyen fail hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdur tarafından işlenen tahrik fiilinin haksız olması aranmaktadır. Peki mağdurun, tahrik fiilini, başka bir haksızlık teşkil eden fiile karşı işlemesi, bir farklılık arz etmekte midir? Diğer bir ifadeyle ilk haksızlığı işleyen failin, bundan dolayı kendisine karşı işlenen haksızlık nedeniyle suçu işlemesi durumunda haksız tahrikin uygulanması mümkün müdür? Doktrindeki hâkim görüşe göre bu mümkündür²⁰⁷. Ancak bu kabul için belirli şartların

²⁰⁴ Demirbaş, Tahrik, s. 81.

²⁰⁵ Nitekim haksız tahrik uygulansa bile indirim oranı düşük diye kanun yoluna gidilebilmektedir. Bkz. Yarg. 1 CD. T. 27.03.2025, E. 2025/403, K. 2025/2537, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025). Yargıtay bir kararında, tahrik fiilinin niteliği ile haksızlık boyutunun az olması nedeniyle sanık hakkında asgari oranda indirim yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2024/7218, K. 2025/2509, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁰⁶ Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2023/2548, K. 2025/2468, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁰⁷ Öztürk/Erdem, s. 346; Hakeri, s. 416; Zafer, s. 479; İçel, s. 504; Özen, s. 567; Kangal, Tahrik, s. 44; Birtok, s. 360; Dülger, s. 630; Karakehya, s. 182; Gündüz, s. 131.

arandığı da görülebilmektedir. Bir görüşe göre failin gerçekleştirdiği ilk haksızlık ile mağdurun gerçekleştirdiği haksızlık arasındaki dengeye bakılmalıdır²⁰⁸. Mağdurun gerçekleştirdiği haksızlığın daha ağır olması durumunda, buna karşı failin işlediği suç açısından haksız tahrik uygulanabilmektedir²⁰⁹. Çünkü aradaki denge bozulduğundan mağdurun gerçekleştirdiği haksızlık, tek başına ayrı bir niteliğe sahip olmaktadır²¹⁰. Bu nedenle doktrindeki hâkim görüşe göre, ilk haksızlığın fail tarafından işlendiği durumlarda, mağdurun işlediği haksızlık dengeyi aşacak derecede daha ağır değilse, buna karşı işlenen suç için haksız tahrik uygulanmamalıdır²¹¹.

Yargıtay kararlarına baktığımızda ilk haksız fiilin sanık tarafından işlendiği her durumda haksız tahrikin uygulanmadığını söyleyebiliriz²¹². Ancak burada önem arz eden husus, fail ile mağdurun işledikleri haksızlıklar arasındaki orana ilişkindir. Bunun için “etki-tepki dengesine” bakılmaktadır²¹³. Bir kararda belirtildiği üzere²¹⁴ failin “maruz kaldığı tepki, kendi gerçekleştirdiği eylemle karşılaştırıldığında aşırı bir hâl almışsa, başka bir deyişle tepkide açık bir oransızlık varsa, bu tepkinin artık başlı başına haksız bir nitelik alması nedeniyle fail bakımından haksız tahrik oluşturduğu kabul edilmelidir.” Bir olayda sanık, karayolunda ters şeritte arabasını kullandığından katılan ile tartışmaya başlamıştır. Bu tartışmada katılan, sanığa hakaret etmiş, sanığı bıçakla kovalamış ve sanığın arabasının dikiz aynasını tekme atmak suretiyle kırmıştır. Bu olaydan sonra sanık, katılanı aramış ve görüşmek istemiştir. Görüşmede sanık, silahıyla ateş ederek katılanı yaralamıştır. Yargıtay, burada ilk haksız fiilin sanıktan geldiğini kabul etmekle beraber, katılanın fiilleri nedeniyle “etki-tepki dengesinin sanık lehine bozulması” gerekçesiyle sanık hakkında haksız tahrikin uygulanması gerekti-

²⁰⁸ Öztürk/Erdem, s. 346; Hakeri, s. 416; İçel, s. 504; Özen, s. 567; Karakehya, s. 182; Çadık, s. 215.

²⁰⁹ Öztürk/Erdem, s. 345; Hakeri, s. 416; İçel, s. 504; Özen, s. 567; Karakehya, s. 182; Çadık, s. 215.

²¹⁰ Hakeri, s. 416; Birtok, s. 364.

²¹¹ Öztürk/Erdem, s. 346; Zafer, s. 479; İçel, s. 504; Özen, s. 567; Kangal, Tahrik, s. 44; Dülger, s. 630; Karakehya, s. 182; Gündüz, s. 131.

²¹² Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2024/7252, K. 2025/2516, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹³ Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2024/5751, K. 2025/2520, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹⁴ Yarg. CGK. T. 06.11.2024, E. 2023/543, K. 2024/337, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

ğini belirtmiştir²¹⁵. Başka bir olayda, sanık, mağdura “çakalcım” demiştir. Buna sinirlenen mağdur, sanığa hakaret ve tehdit içerikli mesajlar göndermiştir. Bunun üzerine sanık, mağduru bıçaklayarak yaralamıştır. Yargıtay, ilk haksız fiilin sanık tarafından işlendiğini kabul etmiştir. Ancak bu fiile karşı mağdurun gerçekleştirdiği fiilin de haksız olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle mağdurun gerçekleştirdiği tepki fiilinin, tahrik fiiliyle dengeli olmamasından dolayı, sanık hakkında haksız tahrikin uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir²¹⁶. Ayrıca Yargıtay’a göre bu tür olaylarda haksız tahrik uygulansa bile, işlenen diğer haksızlık aynı zamanda suç teşkil etmekteyse, suç olma özelliği devam etmekte ve haksızlık içeriği azalmamaktadır²¹⁷. Buna karşılık, mağdurun işlediği haksızlık “etki-tepki dengesini bozacak nitelikte haksız söz veya davranış” olarak kabul edilmiyorsa, bu haksızlığa karşı suç işleyen fail hakkında haksız tahrik uygulanmamaktadır²¹⁸.

8. Haksızlıkta Hataya Düşülmesi

Failin düşündüğü ile dış dünyaya dair bir hususun birbirine uymaması durumunda, hata söz konusu olmaktadır²¹⁹. Hata, genel olarak failin bilmesi ya da yanlış bilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır²²⁰. İşte failin, tahrik fiilinin haksız olduğuna dair bilgisizliği ya da yanlış bilgiye sahip olması durumunda hata ortaya çıkabilmektedir²²¹. Bu duruma “mefruz haksız tahrik” denildiği görülebilmektedir²²². Hataya dair düzenlemeler, TCK m. 30’da yer almaktadır. Dört fıkradan oluşan bu maddenin üçüncü fıkrasında haksız tahriki de kapsayacak şekilde bir hükme yer verilmektedir. Buna göre haksız

²¹⁵ Yarg. 1 CD. T. 11.02.2025, E. 2023/6800, K. 2025/923, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹⁶ Yarg. 1 CD. T. 11.12.2024, E. 2024/419, K. 2024/8359, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹⁷ Yarg. 2 CD. T. 08.11.2012, E. 2011/7770, K. 2012/45461, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹⁸ Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2024/5751, K. 2025/2520, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²¹⁹ Toroslu/Toroslu, s. 257; Hakeri, s. 427; Zafer, s. 325; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 698; İçel, s. 491; Hafizoğulları/Özen, s. 293; Demirbaş, Genel, s. 471; Koca/Üzülmez, s. 254; Veli Özer, Özbek, İnfaz Hukuku, Ankara 2025, s. 83.

²²⁰ Soyaslan, Özel, s. 477; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 698; Soyaslan, Genel, s. 477; Koca/Üzülmez, s. 254; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s. 455; Özen, s. 530; Dülger, s. 669; Karakehya, s. 113; Demiral Bakırman, s. 79.

²²¹ İçel, s. 505; Özgenç, s. 538.

²²² Öztürk/Erdem, s. 343; Köksal, s. 130.

tahrike “ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

Haksızlıkta hataya düşülmesine dair ilk durum, haksızlığın mevcut olmasına ilişkindir. Haksızlık mevcut olsa da fail, bunu bilmemekte ya da yanlış bilmektedir. Bu durumda failin düşündüğü yerine, gerçekleşen olay esas alınmalıdır. Yani tahrik fiilinin haksız olduğuna dair koşulun gerçekleştiği kabul edilmelidir. İkinci durumda ise fail, tahrik fiilinin haksız olduğunu düşünmektedir, ancak bu fiil haksız değildir. İşte bu durumda failin hatasından yararlanması, yani haksızlığın oluştuğuna dair koşulun sağlandığının kabul edilebilmesi için failin düştüğü hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Keza doktrindeki hâkim görüşe göre TCK m. 30/3'teki koşulların oluşması durumunda, tahrik fiili haksız olmasa bile failin bu hatasından yararlanması gerektiği ifade edilmektedir²²³.

Yargıtay kararlarını taradığımızda hatanın sadece haksızlığa ilişkin olduğu bir karara rastlayamadık. Birçok kararda haksızlık, tahrik fiiliyle birlikte ele alınmaktadır. Esasen ikisi ayrı koşullar olsa da birçok olayda tahrik fiilinin işlenmesiyle haksızlık da doğrudan ortaya çıkmaktadır. Özellikle eşlerin aldatması durumunda bunu görebilmekteyiz. Nitekim eşlerden birisi bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunuyorsa bu tahrik fiili haksız sayılmaktadır. Bu nedenle aldatmanın olup olmadığı açısından iki koşul birlikte değerlendirilmektedir. Bir olayda sanık, sekiz yıldır evli olduğu ve üç müşterek çocuğunun bulunduğu katılanın kendisini aldattığından şüphelenmiştir. Bu şüphe üzerine sanık, katılanı dövmüştür. Ancak aldatmaya dair bir durum söz konusu olmadığından Yargıtay, hata hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmiştir²²⁴. Benzer bir olayda, sanık, eşinin kendisini yakın bir arkadaşı ve kuzeninin eşiyle aldattığından şüphelenmiştir. Eşi, bu durumu reddetmiş ve uyuşturucu madde kullandığında dolayı bu şekilde düşündüğünü söylemiştir. Sanık, psikoloğa gitse bile şüphesinden kurtulamamıştır. Olay günü sanık, eşini yaralamış ve diğer iki kişiyi silahla öldürmüştür. İlgili BAM Ceza Dairesi tarafından haksız tahrik uygulanmış olsa da Yargıtay, mak-tullerin ve mağdurun haksız bir davranışta bulunmadığından dolayı haksız tahrik kurumunun uygulanamayacağı gerekçesiyle hükmü bozmuştur²²⁵.

²²³ Aydın, Yeni, s. 232; Zafer, s. 484; İcel, s. 505; Özgenç, s. 538; Dülger, s. 629; Kangal, Tahrik, s. 34; Şen/Aksüt, s. 17; Bostancı Bozbayındır, s. 180; Gündüz, s. 112; Arıtürk, s. 2130.

²²⁴ Yarg. 1 CD. T. 28.11.2024, E. 2023/6532, K. 2024/7920, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²²⁵ Yarg. 1 CD. T. 15.01.2025, E. 2023/3904, K. 2025/395, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Doğrudan haksızlıkla ilgili olmasa da haksızlığı işleyen kişinin şahsında düşülen hataya dair kararlardan da söz etmek isteriz. Bir olayda sanık, araba kullanırken yolda birisiyle bir sorun yaşamıştır. Bu kişi, sanığa karşı haksızlık teşkil eden bir davranışta bulunmuştur. Ancak sanık, bu kişi sanarak, suçu başka bir kişiye karşı işlemiştir. Yargıtay, failin hatasından yararlanması ve haksız tahrikin uygulanması gerektiğini belirtmiştir²²⁶. Ancak benzer başka bir olayda sanık, gece vakti trafikte arabasıyla giderken hasmıyla karşılaştığını sanarak başkasına ateş etmiştir. Hata hükümleri uygulanmak suretiyle TCK m. 30/3'e göre sanık hakkında haksız tahrik uygulanmışsa da Yargıtay, TCK m. 30/3'ün koşulları oluşmadığından hükmü bozmuştur²²⁷. Yine başka bir olayda, sanığın eşi ile tanık arasında tartışma yaşanırken, katılan, bu kişilerin yanına gelmiş, ardından sanık da gelmiştir. Sanık, tanığın ve katılanın, eşine karşı olan davranışları nedeniyle bıçak ve satır ile bu kişilere saldırmıştır. Tartışmayla ilgisi dahi bulunmayan katılanın haksızlık teşkil eden bir davranışı bulunmamasına rağmen, sanığın olay yerine gelir gelmez katılana karşı suç işlemesi nedeniyle hata hükümleri uygulanmamıştır²²⁸.

9. Haksızlığın Tespit Edilememesi

Uygulamaya baktığımızda cezanın indirilmesi amacıyla savunma makamı tarafından tartışmaya açılan önde gelen kurumlardan birisinin haksız tahrik olduğunu söyleyebiliriz. Sanık hakkında haksız tahrikin uygulanabilmesi için kural olarak buna dair bütün koşulların oluştuğunun ispat edilmesi zorunludur. Bu bakımdan tahrik fiilinin haksız olduğunun saptanmasının yanı sıra, yukarıda açıklandığı üzere karşılıklı işlenen haksızlıklarda etki ve tepki dengesinin de incelenebilmesi için taraflarca gerçekleştirilen bütün haksız fiillerin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bunun için suçun işlendiği anı da kapsayacak şekilde taraflar arasındaki bütün sürece dair bakılarak delillerin tespit edilmesi gerekmektedir²²⁹. Bir kararda mağdur, verdiği dilekçede sanıktan şikayetçi olmadığının yanı sıra, sanığa hakaret ettiğini beyan etmiştir. Mağdurun bu beyanı, tahrik fiilinin haksızlığı açısından dikkate alınmamış olsa da

²²⁶ Yarg. 4 CD. T. 13.06.2023, E. 2021/10680, K. 2023/19811, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²²⁷ Yarg. 1 CD. T. 12.12.2024, E. 2024/3106, K. 2024/8417, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²²⁸ Yarg. 1 CD. T. 11.03.2025, E. 2023/3888, K. 2025/1917, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²²⁹ Yarg. 1 CD. T. 23.01.2025, E. 2023/1990, K. 2025/583, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Yargıtay, haksız tahrikin uygulanması gerektiğini belirtmiştir²³⁰. Özellikle karşılıklı yaralama gibi olaylarda, ilk haksız fiilin kimden geldiğinin tespiti için olayın nasıl başladığı detaylı araştırılmalıdır²³¹. Taraflar arasındaki tanışıklığın uzun bir geçmişe dayanması durumunda, inceleme de daha detaylı yapılmalıdır²³². Aksi takdirde, detaylı araştırma yapılmadan haksız tahrikin olup oluşmamasına karar verilmesi hukuka aykırı olmaktadır²³³.

Haksızlığın tam olarak tespit edilemediği durumlarda dahi haksız tahrik uygulanabilmektedir. Ancak bunun için sanığın soyut beyanı yeterli olmamaktadır. Şüphe yaratacak delillerin varlığı gerekmektedir. Aksi takdirde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmamaktadır²³⁴. Örneğin sanığın aldatıldığını iddia ettiği bir olayda Yargıtay, mağdurun başka erkeklerle telefonla konuştuğunun veya mesajlaştığının araştırılması, aralarındaki boşanma davasına dair dosyanın eklenmesi ve tanıkların dinlenmesi gibi gerekli incelemeler yapıldıktan sonra bir sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir²³⁵. Öyle ki başka bir kararda, mağdurun gerçekleştirdiği haksızlığa dair boşanma davasında verilen karar kesinleşmeden ceza mahkemesinin bu haksızlığın sabit olduğu yönünde incelemede bulunmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir²³⁶. Boşanma davasının yanı sıra, tahrik fiiline dair yürütülen farklı bir uyuşmazlıktan kaynaklanan bir ceza muhakemesi varsa buna dair dosyanın da incelenmesi gerekmektedir²³⁷.

Yapılan bütün araştırmaya rağmen haksızlığın işlendiği sabit olmamakla birlikte, buna dair şüphe varsa haksızlığın oluştuğu yönünde karar verildiğini görebilmekteyiz²³⁸. Haksızlığın karşılıklı işlendiği ancak ilk haksızlığın

²³⁰ Yarg. 1 CD. T. 20.11.2024, E. 2024/3900, K. 2024/7611, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³¹ Yarg. 4 CD. T. 29.04.2025, E. 2023/1236, K. 2025/7856, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³² Yarg. 1 CD. T. 30.04.2025, E. 2024/984, K. 2025/3491, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³³ Yarg. 6 CD. T. 23.01.2025, E. 2023/12046, K. 2025/1015, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³⁴ Yarg. 1 CD. T. 14.04.2025, E. 2024/3433, K. 2025/2828, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³⁵ Yarg. 1 CD. T. 08.04.2025, E. 2024/6169, K. 2025/2689, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³⁶ Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2023/3354, K. 2025/2483, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³⁷ Yarg. 1 CD. T. 20.03.2025, E. 2023/5928, K. 2025/2282, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²³⁸ Yarg. 1 CD. T. 23.01.2025, E. 2023/6400, K. 2025/580, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

kim tarafından tespit edilemediği bir olayda, iki taraf hakkında da haksız tahrikin uygulanması gerektiği belirtilmiştir²³⁹. Ancak bu tür durumlarda haksız tahrik nedeniyle indirimin asgari oranda yapılması gerektiği kabul edilmiştir²⁴⁰. Öte yandan, sanıkların silahla birbirlerine ateş etmeleri nedeniyle haksızlığın boyutundan dolayı 1/2 yerine 1/4 oranında cezada indirimine gidilmiş olup, fazla ceza tayin edildiği gerekçesiyle hüküm bozulmuştur²⁴¹.

10. Haksızlığın Üzerinden Geçen Süre

Tepki fiili niteliğindeki suçun, tahrik fiili işlendikten sonra işlenmesine dair bir sürenin olup olmadığını ele almaktayız. Doktrindeki hâkim görüşe göre tahrik fiilinin işlendiği tarihten itibaren geçen süre, bu fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmamaktadır²⁴². Öyle ki haksız tahrikin uygulanabilmesi açısından sanığın, suçu ani bir öfkeyle işlemesi ile tahrik fiilinden sonra işlemesi arasında tarih açısından bir fark bulunmamaktadır²⁴³. Bu bakımdan tahrik fiili işlendikten uzun bir süre geçtikten sonra işlenen suç açısından haksız tahrik uygulanabilmektedir²⁴⁴.

Yargıtay’a göre haksızlığın işlendiği günden sonra geçen sürenin uzunluğu önemli değildir²⁴⁵. Bir kararda sürelerle yer verilmemekle beraber, mağdur, çocuk olduğu tarihte faili istismar etmiştir. Fail, yetişkin olduktan sonra mağduru öldürmüştür. İstismarın haksız olmaya devam etmesi nedeniyle haksız tahrik hükümleri uygulanmıştır²⁴⁶.

Tahrik fiilinin özel hukuktan kaynaklandığı olaylarda da sürenin uzunluğu konusunda Yargıtay’ın aynı görüşte olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin

²³⁹ Yarg. 1 CD. T. 10.04.2025, E. 2023/4889, K. 2025/2769, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁴⁰ Yarg. 1 CD. T. 25.03.2025, E. 2023/7000, K. 2025/2409, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁴¹ Yarg. 1 CD. T. 24.03.2025, E. 2023/3021, K. 2025/2384, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁴² Soyaslan, Özel, s. 332; Gökcan/Artuç, s. 835; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 673; Karakehaya, s. 183.

²⁴³ Soyaslan, Özel, s. 332; Gökcan/Artuç, s. 835.

²⁴⁴ Soyaslan’a göre TCK m. 29 açısından durum bu şekilde olmakla birlikte TCK m. 129/3’e göre tepki fiilinin, tahrik fiili işlendikten uzun bir zaman geçmeden işlenmesi gerekmektedir. Bkz. Soyaslan, Özel, s. 332; Gökcan/Artuç, s. 838.

²⁴⁵ Yarg. CGK. T. 11.11.2021, E. 2019/631, K. 2021/547, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁴⁶ Yarg. 1 CD. T. 24.02.2025, E. 2023/7449, K. 2025/1367, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

sanığın aldatıldığı bir olayda, boşanma tarihinin üzerinden üç yıl geçtikten sonra, eski eşini öldüren sanık hakkında aldatma fiili haksız sayıldığından haksız tahrik uygulanmıştır²⁴⁷. Yine katılanın olaydan uzun bir süre önce sanık hakkında kötü konuşması, kötü isnatlarda bulunması ve taciz etmesi gibi davranışlarının haksız olduğu kabul edilmiştir²⁴⁸.

Ceza muhakemesi kurumlarından bir kısmı açısından süreye dair düzenlemelere yer verilmektedir. Bu kapsamda örneğin TCK m. 73'e göre şikâyetin kural olarak altı ay içerisinde yapılması gerekmektedir. Şikâyet hakkını kullanan müştekinin, davaya katılmak istemesi durumunda ise kural olarak bu talebini en geç hükmün verilmesine kadar bildirmesi ve bu yönde karar verilmesi aranmaktadır. Yine zamanaşımı yönünden de birtakım süreler öngörülmektedir. Dava zamanaşımının dolması durumunda yargılama yapılamamaktadır. Ceza zamanaşımının dolması durumunda ise cezanın infaz edilmesi olanaksız hâle gelmektedir. Ancak TCK m. 29'da herhangi bir süreye rastlanmamaktadır. Bu nedenle bize göre tahrik fiilinin haksız olması durumunda, üzerinden geçen sürenin bir önemi bulunmamaktadır. Öyle ki elli yıl geçmiş olsa bile fiilin haksızlığı devam etmektedir. Bu kabulden dolayı haksız tahrikin hatalı şekilde uygulanacağı sürülse bile bu doğru olmayacaktır. Nitekim aradan geçen süre, fiilin haksızlığını etkilemese bile bunun faile olan etkisinde değişiklikler olabilmektedir. Böylece bu fiilden dolayı "*hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında*" olan kişinin, zaman geçtikçe bu durumu da değişebilmektedir. Kaldı ki değişmese bile fail, bu etkinin altında suç işleyebilmektedir. Bu bakımdan tahrik fiilinin haksızlığında herhangi bir sürenin aranmamasının haksız tahrik kurumunun amacına uygun olduğunu söylemeliyiz.

11. Haksızlığın Karşılığında Yaptırım Uygulanmış Olması

Tahrik fiili haksızlık teşkil ediyorsa bunun karşılığında yaptırım uygulanması mümkündür. Bu haksızlık, sadece suç ile sınırlı olmadığından yaptırım, ceza veya güvenlik tedbiriyle sınırlı kalmayabilmektedir. Haksızlığın ilgili olduğu hukuk alanına göre değişik yaptırımların uygulanması mümkündür. Nitekim bu haksızlık, örneğin bir kabahat, disiplin suçu veya TBK anlamında haksız fiil teşkil edebilmektedir. Bu kapsamda haksızlık karşı-

²⁴⁷ Yarg. 1 CD. T. 06.01.2025, E. 2023/4129, K. 2025/7, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁴⁸ Yarg. 1 CD. T. 26.03.2025, E. 2024/4669, K. 2025/2463, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

ğında yaptırıma karar verilmiş olmasının, haksızlığın içeriğine bir etkisinin bulunmadığını belirtmek isteriz. Hatta bu yaptırımın ertelenmesi, infaz ediliyor olması veya infaz edilmiş olması hâlinde de tahrik fiili haksız olmaya devam etmektedir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre mağdurun işlediği fiilden dolayı cezalandırılması durumunda bu fiil haksız olmaya devam etmektedir²⁴⁹. Mağdurun cezalandırılmış olması, faildeki öfke ve şiddetli üzüntüye son vermiş olmamaktadır²⁵⁰. Son vermiş olması durumunda ise buna dair koşul sağlanmadığından haksız tahrik uygulanmamaktadır²⁵¹. Ancak başka bir görüşe göre tahrik fiilinin suç teşkil etmesi ve yasal takibat sonucunda cezalandırılması durumunda haksız tahrik uygulanmamaktadır²⁵².

Yargıtay, bir kararında, tahrik fiilinden dolayı ilgili kişi hakkında mahkûmiyet hükmünün verildiği ve bu cezanın infaz edildiği durumlarda dahi, haksızlığın devam ettiği gerekçesiyle bu durumun haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını etkilemeyeceğini belirtmiştir²⁵³. Başka bir kararında ise tahrik fiili nedeniyle mağdur hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesinin zorunlu olmadığını, HAGB verilmiş olmasının da yeterli olduğunu kabul etmiştir²⁵⁴. Hatta mağdur hakkında bu kararın verildiği bir olayda, tahrik fiilinin haksızlığına dair gereken tartışma yapılmadığından hükmü bozmuştur²⁵⁵. Bu noktada belirtmek isteriz ki mağdurun işlediği suçtan dolayı HAGB verilip verilmemesi, haksızlığın içeriğine bir etkide bulunmamaktadır. Nitekim haksız tahrikin koşulları incelenirken bu haksızlığa da bakılmaktadır. Ancak kullanılan dile dikkat edilmesinde yarar vardır. Mağdur suç işlediğinden dolayı hakkında bu karar verilmiş olsa bile mahkeme, mağdurun gerçekleştirdiği tahrik fiilinin suç olduğuna dayanmamalıdır. Nitekim CMK m. 231/10'a göre davanın düşmesine karar verildiğinde, mağdurun

²⁴⁹ Öztürk/Erdem, s. 345; Demirbaş, Tahrik, s. 75; Demren Dönmez, s. 279; Bostancı Bozbayındır, s. 197; Çetin, s. 86; Gündüz, s. 127.

²⁵⁰ Öztürk/Erdem, s. 345; Demren Dönmez, s. 279.

²⁵¹ Bostancı Bozbayındır, s. 197; Gündüz, s. 127.

²⁵² Arıtürk, s. 2130.

²⁵³ Yarg. CGK. T. 11.11.2021, E. 2019/631, K. 2021/547, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁵⁴ Yarg. 4 CD. T. 24.02.2025, E. 2023/2554, K. 2025/3468, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁵⁵ Yarg. 4 CD. T. 20.11.2024, E. 2021/40338, K. 2024/14875, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

suçlu olduğu yönündeki ifade, onun açısından masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebep olmaktadır. Bu nedenle tahrik fiilinin suç teşkil etmesi yerine, haksızlık oluşturduğunun belirtilmesi isabetli olmaktadır.

12. Haksızlığın Affedilmesi

TCK m. 65/1’de belirtildiği üzere, genel af durumunda kamu davası düşmekte ve bir ceza verilmişse cezalar bütün neticeleriyle ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan genel affa göre, kişinin hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş olsa bile, bu ortadan kalktığından kişi suç işlememiş gibi kabul edilmektedir²⁵⁶. Tahrik fiilinin aynı zamanda suç teşkil etmesi ve bundan dolayı genel affın uygulanması durumunda, tahrik fiilinin haksızlığının ne olacağına dair açık bir hüküm yoktur. Yukarıda ilgili yerlerde belirttiğimiz üzere tahrik fiilinin haksız olması, suç olmasına göre daha geniştir. Ancak burada haksızlığın kaynağı açısından bir değerlendirmede bulunulmalıdır. Eğer tahrik fiilini haksız kılan durum, bunun suç olarak düzenlenmesi ise suç açısından genel affın ilan edilmesi durumunda, artık tahrik fiilinin ne suç ne de haksızlık teşkil ettiği söylenebilir. Aksi durumda masumiyet karinesine aykırılık da doğabilmektedir.

Özel af durumunda ise TCK m. 65/2’de öngörülen hüküm uygulanabilmektedir. Örneğin kişi hakkında verilen hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilmektedir. Ancak bu durumda özel affın, verilen hükme bir etkisi olmamaktadır²⁵⁷. Nitekim özel affa uğrayan suç, kişinin adli sicilinde kalmaya devam etmektedir. Öyle ki kişinin sonradan başka bir suç işlemesi durumunda önceki suç tekerrüre esas alınabilmektedir²⁵⁸. Keza Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁵⁹. Bu bakımdan tahrik fiilinin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda, özel af uygulanmış olsa bile bu fiil haksız olmaya devam etmektedir.

²⁵⁶ Sulhi, **Dönmezer/Sahir, Erman**, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt III, İstanbul 2020, s. 340; **Zafer**, s. 797; **İçel**, s. 773; **Demirbaş**, Genel, s. 711; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 771; **Özbek**, s. 440; **Özen**, s. 948; İlhan, **Üzülmez**, “Suçta Tekerrür” (Suçta), AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 304; İlhan, **Üzülmez**, “Türk Hukukunda Tekerrür” (Türk), SÜHFD, Cilt: 10, Sayı: 1-2, s. 176; **Dülger**, s. 1041; **Tan**, s. 2205.

²⁵⁷ **Dönmezer/ Erman**, s. 340; 340; **İçel**, s. 773; **Demirbaş**, Genel, s. 711; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s. 772; **Özbek**, s. 440; **Özen**, s. 949; **Dülger**, s. 1042; **Tan**, s. 2205; **Üzülmez**, Suçta, s. 304; **Üzülmez**, Türk, s. 176.

²⁵⁸ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 1451; **Koca/Üzülmez**, s. 698; **Tan**, s. 2205; **Üzülmez**, Suçta, s. 305; **Üzülmez**, Türk, s. 176.

²⁵⁹ Yarg. CGK. T. 06.12.2011, E. 2011/217, K. 2011/244, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

Yargıtay, bir kararında “dava veya cezanın aflu ortadan kalkması, tahrik hükümlerinin uygulanmasını engellemez” demiştir²⁶⁰. Ancak burada hangi kurumun anlaşılması gerektiğine net bir cevap verememekteyiz.

Genel af ve özel affın yanı sıra, failin mağduru affetmesinden de söz etmekteyiz. Mağdurun tahrik fiilini işledikten sonra failden özür dilemesi, failin zararını gidermesi ve faile hediye vermesi gibi durumlarda failin mağduru affetmesi mümkündür. Fail, bu durumda şikayetçi olmak veya dava açmak gibi haklarını kullanmayacağını beyan etse hatta mağduru affetse bile tahrik fiili haksız olmaya devam etmektedir. Bu nedenle örneğin failin, mağduru affettikten sonra bu fiil nedeniyle mağdura suç işlemesi durumunda, haksız tahrikin uygulanması mümkündür. Keza Yargıtay, bir kararında haksızlık işlendikten sonra özür dilenmesi gibi fiilin neden olduğu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmaya çalışılmasının, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmadığını belirtmiştir²⁶¹.

SONUÇ

Haksız tahrike dair TCK m. 29’daki koşullardan birisi, tahrik fiilinin bulunmasıdır. Bundan farklı olan diğer bir koşul ise bu fiilin haksız olmasıdır. İki koşul birbirinden farklıdır. Haksızlık incelemesi, tahrik fiili üzerinden yapıldığından öncelikle bunun gereken koşulları taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Bu kapsamda fiilin bir insan tarafından iradi bir şekilde işlenip işlenmediği gibi birtakım özelliklere bakılmaktadır. Gereken koşulları taşıyan bir fiil varsa bu fiilin hukuka aykırı olup olmadığına bakılmaktadır. Yani haksızlık açısından bir incelemede bulunulmaktadır. Tahrik fiilinin aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekmektedir. İşte hukuka aykırı olan bu fiil, haksızlık teşkil etmektedir.

Bir hak, nasıl bütün hukuk düzeninde korunmaktaysa haksızlık da bütün hukuk düzeninde geçerli olmaktadır. Bu nedenle haksızlığın kaynağının ceza hukuku ya da hukukun başka bir alanı olması durumunda da tahrik fiili için aranan haksız olma koşulu sağlanmaktadır. Örneğin disiplin hukuku veya borçlar hukuku açısından haksız olarak kabul edilen bir fiil, TCK m. 29 anlamında haksız bir fiil olarak kabul edilmelidir.

²⁶⁰ Yarg. CGK. T. 11.11.2021, E. 2019/631, K. 2021/547, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 12.05.2025).

²⁶¹ Zafer, s. 478; Demirbaş, Tahrik, s. 87; Çetin, s. 86, 87.

Ceza hukukunda her suç birer haksızlık teşkil etmektedir. Suçun türü farklılık arz etmeksizin mağdur tarafından işlenen her suç, aynı zamanda tahrik fiili ise haksız olarak kabul edilmektedir. Haksızlık, suçu da kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle suç oluşmasa bile bir fiil haksız olabilmektedir.

TBK'da borcun kaynakları genel olarak üç ayrımda incelenmektedir. Bunlardan birisi haksız fiildir. Haksız fiil ile tahrik fiilinin haksız olması farklı kavramlardır. Her haksız fiil aynı zamanda haksızlık teşkil etmektedir. Ancak kapsam bununla sınırlı değildir. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık gibi borcun diğer kaynakları bakımından da haksızlık söz konusu olabilmektedir.

Her haksızlık herkes tarafından işlenememektedir. Bu nedenle belirli haksızlıkları ancak sadakat yükümlülüğü altında olan eşler gibi belirli özelliklere sahip kişiler işleyebilmektedir. Bu özelliğin, haksızlığın işlendiği anda mevcut olması gerekli ve yeterlidir.

Haksızlığı işleyen kişinin ölümüyle birlikte tahrik fiili haksız olmaya devam etmektedir.

Tahrik fiilini işleyen kişinin kusur yeteneğinin olmaması haksızlığı etkilememektedir.

Şahsi sebeplerin mevcut olması nedeniyle fail hakkında ceza verilmesi bile fiil suç olmaya devam etmektedir. Bu bakımdan şahsi sebepler, tahrik fiilinin haksızlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Tahrik fiilinin muhatabının kim olduğuna dair TCK m. 29'da açık bir sınırlandırmaya yer verilmemektedir. Yargıtay'ın üçüncü kişi hakkında haksız tahriki uyguladığı kararlarına baktığımızda gerekçesi yetersiz olduğundan bir çıkarımda bulunamamaktayız. Keza benzer olaylarda zıt yönde kararların mevcut olduğunu da görebilmekteyiz. Haksızlık açısından belirtmek isteriz ki bir fiilin haksız olup olmamasındaki asıl kriter hukuk düzeniyle çatışmasıdır. Haksız olan tahrik fiili, herkes açısından haksızlık teşkil etmektedir. TCK m. 29'da haksızlık yönünden bir sınırlandırma yoktur. Bu durum haksız tahrikin uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Bu nedenle TCK m. 29'daki diğer koşullarla kapsamın daraltılmasında yarar vardır.

TCK m. 29'da haksızlığın boyutuna dair ibareye yer verilmediğinden tahrik fiilinin haksız olması yeterli görülmektedir. Bu bakımdan haksızlık içeriği az olsa bile bu koşulun sağlandığı kabul edilmelidir. Ancak haksızlığın boyutunun tamamen önemsiz olduğu da söylenemez. Örneğin cezanın

belirlenmesinde haksızlığın boyutuna bakılmaktadır. Yine haksızlığa karşı haksızlığın işlendiği durumlarda, fail hakkında haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksızlıkların boyutuna bakılmaktadır. Eğer failin lehine olacak şekilde haksızlıklar arasında boyut farkı varsa haksız tahrik uygulanabilmektedir.

Karşılıklı saldırı durumunda, taraflardan birisi açısından meşru savunma olduğu tespit edilememişse taraflar hakkında haksız tahrik uygulanabilmektedir. Bu tür olaylarda iki kişi arasından suçlu olan tespit edilemediğinden dolayı, ikisi de suçlu olarak kabul edilmektedir. Bu durumda suçsuz olan birisi suçlu olarak kabul edilmekte; suçlu olanın ise cezası daha az olmaktadır. Bir tercih yapılması gerekiyorsa ikisinin suçlu yerine, suçsuz olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Her haksızlık aynı zamanda hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle ortada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması durumunda, fiil artık hukuka aykırı olmamaktadır. Bu durumda tipe uygun olmaya devam etse bile tahrik fiili haksız kabul edilmemektedir.

Failin, tahrik fiilinin haksızlığı yönünde hataya düşmesi mümkündür. Fiil haksız olmasına rağmen fail, bunu bilmiyor ya da yanlış biliyorsa fiilin haksız olduğu kabul edilmelidir. Tam tersi durumda ise fail hatasından yararlanabilmektedir.

TCK m. 29’da herhangi bir süreye yer verilmediğinden tahrik fiilinin haksız olması durumunda, üzerinden geçen sürenin bir önemi bulunmamaktadır. Suç, aniden işlenebileceği gibi uzun bir süre sonra da işlenebilmektedir. Esasen sürenin geçmesiyle birlikte, haksız tahrikin diğer bir koşulu olan failin “*hiddet veya şiddetli elemin etkisi*”nden kurtulduğu söylenebilir. Ancak kurtulmadığı durumlarda haksız tahrik uygulanabilmektedir. Bu bakımdan tahrik fiilinin haksızlığında herhangi bir sürenin aranmaması, haksız tahrik kurumunun amacına uygundur.

Tahrik fiilinin aynı zamanda örneğin suç veya kabahat oluşturduğu hâllerde bu fiilden dolayı yaptırıma karar verilmiş olması veya bu yaptırımın infaz edilmiş olması, fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmamaktadır. Tahrik fiilinin suç teşkil etmesi nedeniyle HAGB verilmesi durumunda ise haksız tahrike dair kararda bu fiilin suç teşkil ettiğine dair bir ibareye yer verilmesi sorun teşkil edebilmektedir. Nitekim CMK m. 231/10’a göre davanın düşmesine karar verildiğinde, mağdurun suçlu olduğu yönündeki ifade, onun açısından masumiyet karinesinin ihlal edilmesine sebep olacağına

dan, kararda tahrik fiilinin suç olması yerine, haksız olduğunun belirtilmesinde yarar vardır.

Tahrik fiilinin suç teşkil ettiği durumlarda, bu suç genel affa uğrarsa bu fiil, artık haksızlık teşkil etmemektedir. Nitekim bu fiilin artık suç teşkil ettiği söylenemez. Aksi durumda masumiyet karinesine aykırılık doğabilmektedir. Özel af durumunda ise tahrik fiilinin haksızlığı açısından değişen bir durum söz konusu olmamaktadır.

Mağdurun tahrik fiilini işledikten sonra failden özür dilemesi, failin zararını gidermesi ve faile hediye vermesi gibi durumlarda fail, mağduru affetmiş olsa bile tahrik fiili haksız olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.
- Arıtürk**, Ramazan, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, THD, Cilt: 16, Sayı: 183, 2021, s. 2124-2135.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Aydın**, Devrim, “Haksız Tahrik Kurumuna İlişkin Bazı Sorunlar” (Sorunlar), THD, Cilt: 15, Sayı: 162, 2020, s. 236-247.
- Aydın**, Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik” (Yeni), AÜHFD, Cilt: 54, Sayı: 1, 2004, s. 225-254.
- Başar**, Nur, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, AD, Sayı: 3, 1980, s. 253-263.
- Baysal**, Başak, Haksız Fiil Hukuku BK m.49-76, İstanbul 2019.
- Birtek**, Fatih, “Haksız Tahrikte Yön Değiştirme (Etki-Tepki Dengesinin Fail Lehine Bozulması)”, CHD, Cilt: 16, Sayı: 46, 2021, s. 333-367.
- Bostancı Bozbayındır**, Gülşah, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2013.
- Canoğlu**, Veysel Candan, Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, Ankara 2022.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt:I (Kişilere), İstanbul 2021.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş (Giriş), İstanbul 2020.
- Çadək**, Abdulkadir, “Haksız Tahrikin Felsefi Temelleri”, SÜHFD, Cilt: 26, Sayı: 3, 2018, s. 185-238.
- Çetin**, İbrahim, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2021.
- Demiral Bakırman**, Büşra, Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezada İndirim Yapılmasını Gerektiren Şahsi Sebepler, İstanbul 2023.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), Ankara 2024.
- Demirbaş**, Timur, Haksız Tahrik (Tahrik), Ankara 2024.
- Demren Dönmez**, Burcu, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Bir Neden Olarak Haksız Tahrik”, İÜHFM, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s. 267-294.
- Doğan**, Murat/**Şahan**, Gökhan/**Atamutlu**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Dönmezer Sulhi/ Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III, İstanbul 2020.
- Dülger**, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023.
- Eker Kazancı**, Behiye, “Mağdurun Davranışları ve Heyecan Halinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi - Haksız Tahrik”, DEÜHFD, Cilt: 15, Sayı: Özel Sayı, 2013, s. 1309-1358.
- Erdem**, Mustafa Ruhan, “Karşılıklı Hakaret (TCK m. 129/3)”, CHD, Cilt: 12, Sayı: 35, 2017, s. 203-211.

- Erdoğan**, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Erem**, Faruk, “Haksız Tahrik”, AD, Sayı: 7, 1946, s. 637-654.
- Garipoğlu Özen**, Yeşim, “Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçlarında Özel Tahrik Halleri (TCK M. 129)”, AÜHFD, Cilt: 70, Sayı: 3, 2021, s. 1133-1146.
- Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi 1. Cilt, Ankara 2021.
- Gündüz**, Hakan, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Ankara 2024.
- Hafızoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023.
- Hakeri**, Hakan/**Tekin**, Derya, Tartışmalı Sorularla Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2022.
- İçel**, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2023.
- Kahraman**, Recep, “Türk Hukukunda Haksız Tahrikin Uygulanmasında Eşitsizlik Algısı”, AHBVÜHFD, Cilt: 28, Sayı: 1, 2024, s. 349-392.
- Kangal**, Zeynel T., “Kişisel Cezasızlık Nedenleri ve Cezayı Kaldıran veya Azaltan Kişisel Nedenler” (Kişisel), BÜHFKHHD, Cilt: 7, Sayı: 85-86, 2011, s. 38-60.
- Kangal**, Zeynel T., “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik” (Tahrik), EBYÜHFD, Cilt: 14, Sayı: 3-4, 2010, s. 19-68.
- Karakehya**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022.
- Kartal**, Melik, “Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 05.02.2019 Tarihli, 2015/1-705 Esas ve 2019/59 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Kasten Öldürme/Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Meşru savunma/Meşru Savunmada Sınırın Mazur Görülebilecek Bir Heyecan, Korku ve Telaşla Aşılması/Haksız Tahrik)”, İMÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 2, 2023, s. 955-968.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Koç**, Ziya, “Türk ve Alman Hukukunda Haksız Tahrik Altında Kasten Öldürme”, ÇÜHFD, Cilt: 8, Sayı: 1, 2023, s. 183-215.
- Köksal**, Atacan, Ceza Hukukunda Suça Etki Eden Nedenler, Ankara 2023.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul 2021.
- Nişancı**, Dilaver, “Yargıtay Kararları Işığında Haksız Tahrik ve Tasarlama İlişkisi”, THD, Cilt: 18, Sayı: 205, 2023, s. 58-72.
- Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.
- Nuhoğlu**, Ayşe, “Namus İçin Adam Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Uygulaması”, MÜHFD, Cilt: 3, Sayı: 1, 2004, s. 205-213.
- Otacı**, Cengiz, “Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu”, THD, Cilt: 6, Sayı: 59, 2011, s. 29-43.
- Öntan**, Yaprak, “Haksız Tahrike Tepki Fiili Olarak İşlenebilecek Suçlara İlişkin Değerlendirmeler”, CHD, Cilt: 15, Sayı: 44, 2020, s. 949-966.

- Özbek**, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara 2025.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Özen**, Mustafa, Ceza Hukuku Dersleri, Ankara 2024.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2024.
- Sınar**, Hasan, “Hakaret”, Özel Ceza Hukuku-Cilt III-Hürriyete, Şeref, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul 2020, s. 423-464.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), Ankara 2022.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel), Ankara 2020.
- Şen**, Ersan/**Aksüt**, Ertekin, “TCK m.27 Kapsamında Sınırın Aşılması ve Haksız Tahrik”, THD, Cilt: 11, Sayı: 113, 2016, s. 120-127
- Şen**, Ersan/**Şenyurt**, Mahmut Can, “Ceza Sorumluluğunu Azaltan Sebep Olarak Haksız Tahrik”, CHD, Cilt: 8, Sayı: 22, 2013, s. 7-17.
- Tan**, Mehmet, Karşılaştırmalı-Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı-Özetli Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Taş**, Burak, “Malvarlığına Karşı Suçlarda Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği”, GSÜHFD, Cilt: 2, 2022, s. 1515-1554.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2024.
- Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021.
- Turan**, Ubeydullah, “Borç İlişkisi Dolayısıyla İşlenen Suçlarda Haksız Tahrik Hükümlerinin Uygulanabilirliği Bağlamında Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2021/88 Karar Sayılı Kararının İncelenmesi”, KİD, Cilt: 1, Sayı: 1-2, 2023, s. 145-80.
- Ünver**, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, Sayı: 1, 2006, s. 37-73.
- Üzülmez**, İlhan, “Suçta Tekerrür” (Suçta), AÜEHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 297-319.
- Üzülmez**, İlhan, “Türk Hukukunda Tekerrür” (Türk), SÜHFD, Cilt: 10, Sayı: 1-2, s. 165-186.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2021.

DOĞAL HAKLAR, MÜLKİYET VE SİYASAL TEMSİL BAĞLAMINDA LEVELLER HAREKETİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Nagehan GÜRBÜZ ERSOY^(**)**

Öz: Bu çalışma, 17. yüzyıl İngiltere'sinde ortaya çıkan Leveller hareketini siyasal temsil, mülkiyet ve doğal haklar kavramları ekseninde incelemektedir. Levellerlar her ne kadar kısa ömürlü bir siyasal oluşum olarak değerlendirilse de siyasal temsilin kaynağı, parlamentonun sınırları ve halkın egemenliği gibi temel kamu hukuku sorunlarına radikal cevaplar üretmiş ve bireylerin oy hakkı ile mülkiyete ilişkin geliştirdikleri argümanlarla modern anayasal düşüncenin şekillenmesine önemli katkılar sunmuştur. Çalışma, Leveller hareketinin tarihsel bağlamını ve sınıfsal arka planını ortaya koyduktan sonra, Putney Tartışmalarını merkeze alarak siyasal temsil ve doğal haklar kavramları üzerine yürütülen siyasal müzakereleri analiz etmektedir. Bu çerçevede, hareketin temsilcileri ile dönemin egemen sınıfları arasında yaşanan mülkiyet temelli siyasal hak mücadelesi tarihsel belgeler ışığında değerlendirilmekte ve Levellerların oy hakkının kapsamını nasıl belirledikleri ve mülkiyet konusunda eşitlikçi bir tutuma sahip olup olmadıkları araştırılmaktadır. Ayrıca Levellerların fikirlerinin liberal siyaset felsefesine olan katkıları ve anayasal demokrasilerin fikri zemininin oluşumuna etkileri de çalışmada ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Leveller Hareketi, Putney Tartışmaları, Oy Hakkı, Mülkiyet, İngiliz İç Savaşı, Doğal Haklar.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2025 - Makale Kabul Tarihi: 14.10.2025.

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye,

E-posta: nagehanersoy@maltepe.edu.tr,

Orcid: 0000-0001-8234-0727.

THE LEVELLER MOVEMENT IN THE CONTEXT OF NATURAL RIGHTS, PROPERTY, AND POLITICAL REPRESENTATION

Abstract: This study examines the Leveller movement, which emerged in 17th-century England, through the lens of political representation, property, and natural rights. Although the Levellers are often regarded as a short-lived political movement, they offered radical responses to fundamental issues of public law such as the source of political representation, the limits of Parliament, and popular sovereignty. Through their arguments concerning the right to vote and the role of property within the social order, they made significant contributions to the development of modern constitutional thought. After outlining the historical context and class background of the Leveller movement, the study focuses on the Putney Debates to analyze the political discussions surrounding the concepts of representation and natural rights. Within this framework, the property-based struggle for political rights between the movement's representatives and the ruling classes of the time is evaluated in light of historical documents. The research investigates how the Levellers defined the scope of suffrage and whether they held an egalitarian stance on property. Additionally, the study explores the Levellers' contributions to liberal political philosophy and their influence on the intellectual foundations of constitutional democracies.

Keywords: Leveller Movement, Putney Debates, Right to Vote, Property, English Civil War, Natural Rights.

GİRİŞ

İngiliz İç Savaşının yaşandığı politik ortamda doğan radikal hareketlerden biri olan Levellerlar 1646 yılında ortaya çıkmış ve yalnızca üç yıl gibi bir süre içerisinde siyasal etkinliğini yitirmiştir. Böylesine kısa bir zaman diliminde etkili olan bu hareketin o dönemki iktidar çevrelerinde herhangi bir karşılığı olmamış ve önerdikleri reform talepleri de reddedilmiştir. Levellerlar, siyasal değişimi kalıcı hale getirmekte başarılı olamamaları da anayasal demokrasinin temel ilkelerini ortaya koymuş ve bu ilkelere ilişkin kavramsal bir çerçeve geliştirmişlerdir. Leveller düşüncesi içinden çıktığı İngiltere'deki siyasal yapılanmanın biçimlenmesinde doğrudan belirleyici olamamakla birlikte Amerikan ve Fransız Devrimleri ile sonrasındaki anayasal düzenlemeler üzerinde kayda değer bir etki yaratmıştır. Bunun yanında Levellerların ortaya koyduğu anayasal demokrasi ilkelerinin, modern hükümet biçimlerinin meşruiyetini değerlendirmede günümüzde de halen bir referans noktası olarak kullanıldığı da ileri sürülebilir.¹ Leveller hareketi anayasal düzeni bireysel özgürlükler temelinde inşa etmeyi amaçlayan belirli bir plan ve ortak siyasal inançlar çerçevesinde şekillenmiştir. Her ne kadar bu hedeflerini somut olarak hayata geçirememiş olsalar da Levellerlar daha sonraki yüzyıllarda ortaya çıkacak olan devrimci liberalizmi biçimlendiren düşünsel yönelimlerin öncüsü olmuşlardır.²

Leveller ismi, hareketin toplumsal statü, siyasal otorite ve mülkiyet temelli ayrımları ortadan kaldırma ve insanlar arasında tam bir eşitlik tesis ederek herkesi aynı seviyeye getirme yönünde hedefleri olduğu varsayımına dayanmaktaydı.³ Bu ad, ilk olarak, çalışmada da ilerleyen bölümlerde değinilecek olan çitleme hareketi esnasında, araziye çevreleyen çit, tel örgü ve duvarların ortadan kaldırılmasını savunanlara verilmişti. Ancak zamanla, bu ifade özel mülkiyetin eşitlenmesini ya da tamamen ortadan kaldırılmasını savunanlara yönelik küçümseyici bir nitelik kazanarak kullanılmaya başlanmıştır.⁴ Leveller hareketi de bu doğrultuda Türkçeye çeşitli eserlerde Düzleyiciler⁵, Tesviyeci-

¹ Martin, **Loughlin**, Politik Hukukbilim: Bodin'den Modern Sonrasına, (çev. K. Turanlı), Ankara 2022, s. 71.

² George, **Sabine**, Siyasal Düşünceler Tarihi II: Yeni Çağ, (çev. A. Öktem), Ankara 1969, s. 160.

³ **Sabine**, s. 163.

⁴ Ellen, **Meiksins Wood**, Özgürlük ve Mülkiyet: Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasal Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, (çev. O. Köymen), İstanbul 2024, s. 259-260.

⁵ Bu şekilde bir çeviri için bkz. Mehmet Ali, **Ağaoğulları/ Filiz, Çulha Zabcı/ Reyda, Ergün**, Kral-Devletten Ulus-Devlete, Ankara 2009, s. 106.

ler⁶ ya da Eşitleyiciler⁷ olarak çevrilmiştir. Kelimenin üç farklı çevirisinde de hareketin farklılıkları ortadan kaldırdığına dair bir vurgu bulunmakla birlikte Levellerların özellikle mülkiyet konusunda gerçekten eşitleyici bir anlayışa sahip olduğu hususu ise oldukça tartışmalıdır. Hem bu sebeple hem de hareketi karşılayan tam anlamıyla yerleşmiş bir çeviri olmadığı için bu çalışmada hareketin adı çevrilmeden, özgün haliyle “Leveller” olarak ele alınacaktır.⁸

Özellikle küçük burjuvazinin taleplerini yansıtan bir toplumsal ve siyasal yönelim olarak ortaya çıkan Leveller hareketi küçük üreticilerin yararına serbest ticaretin savunulması, feodal yükümlülüklerin sona erdirilmesi, mülkiyet haklarının güvence altına alınması, borç yasalarının yeniden düzenlenmesi gibi temel sosyal ve ekonomik taleplerle dikkat çekmiştir. Bu taleplerin kurumsal düzeyde güvence altına alınabilmesi için de oy hakkının kapsamının genişletilmesi gerektiğini savunmuşlardır.⁹

Levellerlar dönemin siyasal düzenine radikal bir şekilde karşı çıkmışlardır. Mutlak monarşinin sahip olduğu güce itiraz ederek ve esas yetkinin Avam Kamarasında olması gerektiğini savunarak İngiltere’de krallığa son verilebileceği ve bir cumhuriyet kurulabileceği fikrinin düşünülebilir ve hatta meşru hale getirilmesinde önemli bir rol oynamışlardır.¹⁰ Levellerlar var olan düzene yönelik kapsamlı bir reform programı geliştirmişlerdir. Bu program yerel yöneticilerin seçimle belirlenmesi, hukuk sisteminin yeniden yapılandırılması gibi demokratikleşme hedeflerini de içermektedir. Ayrıca devlet kilisesinin ilgası, zorunlu askerlik uygulamasının sona erdirilmesi, dolaylı vergilerin kaldırılması ve aristokratik ya da ticari ayrıcalıkların iptali gibi önerilerle yapısal eşitsizliklere karşı kökten bir dönüşümü hedeflemişlerdir.¹¹

⁶ Bu şekilde bir çeviri için bkz. Coşkun Can, **Aktan/ Serdar, Yay**, “Tesviyeciler Hareketi (1647-1649): Anayasal Demokrasi Yolunda Bir Mücadele”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, 2019, s. 96.

⁷ Bu şekilde bir çeviri için bkz. Şefik Taylan, **Akman**, “Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiltere’de Hukuki Düzenin Kuruluşu ve İktidarın Paylaşımı”, GSÜHFD, S. 2021-1, s. 192.

⁸ Aynı yönde bir tercih için bkz. Gökhan, **Çelen**, “Liberalizmin Kayıp Çocukları: Leveller Hareketi İncelemesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 4, 2024, s. 776 dipnot 1.

⁹ Christopher, **Hill**, 1640 İngiliz Devrimi (İngiliz Devrimi), (çev. N. Kalaycıoğlu), İstanbul 1983, s. 72.

¹⁰ Rachel, **Foxley**, The Levellers: Radical Political Thought in the English Revolution, Manchester 2013, s. 12.

¹¹ Christopher, **Hill**, İngiltere’de Devrim Çağı:1603-1714 (Devrim Çağı), (çev. U. Kocabaşoğlu), İstanbul 2021, s. 167.

Bu çalışma öncelikle Leveller hareketinin ortaya çıktığı siyasal, toplumsal ve ekonomik koşulları ele alarak, hareketin kökenlerini açıklamayı, ardından önde gelen figürlerinin düşünsel katkıları üzerinden sınıfsal tabanını ve dönemin politik yelpazesi içerisindeki konumunu analiz etmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, özellikle 1647 yılında gerçekleşen Putney Tartışmalarına odaklanılarak, Levellerların temsil, mülkiyet ve doğal haklar konularındaki görüşleri hareketin temel belgeleri eşliğinde incelenecektir. Bu inceleme ile Levellerların oy hakkını nasıl tanımladığı ve bu tanımın dışladığı toplumsal grupların kimlerden oluştuğu irdelenecek ve Leveller düşüncesinin gerçekten eşitlikçi olup olmadığı sorgulanacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise Leveller düşüncesinin liberal siyasal düşünceye ve anayasal demokrasi anlayışına sunduğu katkılar tartışmaya açılacaktır. Böylece kısa ömürlü olmasına rağmen düşünsel düzlemde kalıcı etkiler bırakan bu hareketin politik teorideki yeri bütünlüklü bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. LEVELLER HAREKETİNİN KÖKENLERİ

Leveller hareketinin doğuşunu anlayabilmek için, 16. yüzyıl sonları ile 17. yüzyıl arasındaki dönemde İngiltere’de yaşanan büyük değişikliklerin ana hatlarıyla ortaya konulması gerekmektedir. Söz konusu zaman aralığı İngiltere tarihinde bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Bu dönemde ortaya çıkan siyasal, toplumsal, ekonomik ve dini gelişmeler toplumda büyük bir dönüşüme yol açmıştır ve Levellerlar gibi fikir akımlarının doğup büyüyebileceği bir ortamı yaratmıştır. Söz konusu zaman dilimi İngiltere’de modern devletin şekillenmeye başladığı bir döneme de karşılık gelmektedir.¹²

Modern devlet, zenginleşen burjuva sınıfının kendi çıkarlarını korumak için feodal monarşiye karşı ileri sürdüğü taleplerin bir neticesi olarak bu dönemde ortaya çıkmıştır. Zenginleşen burjuva sınıfı özel mülkiyetin korunmasını ve toprakların kapitalist üretim için kullanılması önündeki engellerin ortadan kaldırılmasını isterken, monarşi ise feodal toprak sınıfının çıkarlarını öncelemekteydi.¹³ Bu sınıflar arasındaki çatışma ve iktisadi alanda yaşanan gelişmeler mülkiyet hakkının yeniden tanımlanmasını da zorunlu kılmıştır.¹⁴

¹² Hill, Devrim Çağı, s. 13.

¹³ Ağaoğulları ve diğ., s. 104.

¹⁴ Meiksins Wood, s. 239.

İktisadi alanda yaşanan gelişmelerden belki de en önemlilerinden biri çitleme (*enclosure*) hareketiydi. Çitleme, toprağın kontrolünü ve kullanımını belli kişilere devreden, kırsal alanlarda üretim biçimlerini ve sosyal yapıyı değiştiren bir hareketti. Bu hareket geleneksel olarak ortak kullanımda olan veya küçük parseller halinde dağılmış tarım arazilerinin özel mülkiyet altında birleştirilerek çevrelerinin fiziksel sınırlarla kapatılması sürecini ifade etmektedir. Söz konusu uygulamalar toprağın daha verimli kullanılmasını ya da hayvan yetiştirilmesini amaçlarken aynı zamanda köylülerin ortak alanlara erişimini kısıtlamış ve kırsal sosyal yapıyı kökten etkilemiştir.¹⁵ 16. yüzyılda koyun yetiştirmek için yapılan büyük çitlemeler toplumda büyük tepki çekmiş ve hatta Thomas More bu durumu uysal olarak bilinen koyunların insanları hırsla yiyip yutmasına benzetmiştir.¹⁶ Çitleme sürecinden tüm insanların zarar gördüğünü söylemek ise mümkün değildir. Devlete ait arazilerin çitleme yoluyla özel mülkiyete geçirilmesi süreci, köylülerin geçim kaynaklarını kaybetmelerine ve ekonomik sıkıntılar yaşamalarına neden olurken, özellikle koyun yetiştiriciliğine yönelen toprak sahibi lordlar için ciddi bir gelir artışı sağlamıştır.¹⁷ Leveller hareketi ise bu çitlemelere karşı çıkmış ve çitleme yoluyla özel mülkiyete dönüştürülen arazilerin, özellikle ortak kullanım alanlarının eski durumlarına geri getirilmesini ya da bu çitlemeden elde edilen gelirlerin yoksul halkın yararına kullanılması istemiştir.¹⁸

1640'a gelindiğinde hala feodal unsurlar taşıyan İngiliz toplumunda toprak sahipleri yönetimde etkindi ve üretim biçimleri feodal yapının izlerini taşımaktaydı. Ancak, hızla büyüyen kapitalist kesim, artık krallık ve aristokrasinin sınırlamalarına boyun eğmeyecek kadar güçlü hale gelmişti.¹⁹ Tarihe dönüp bakıldığında, 17. yüzyıl başındaki çalkantıların temelinde kimin yöneteceği sorusunun yattığı anlaşılmaktadır. Hâkimiyet kral ve onun çevresinde mi kalacaktı, yoksa varlıklı sınıfın seçilmiş temsilcilerine mi geçecekti?²⁰

¹⁵ Hill, Devrim Çağı, s. 32.; Barış Meriç, **Demir**, "Tüm İnsanlar Özgürdür, Yoksullar Hariç: İngiliz Leveller Hareketinin Özgürlük, Doğal Hak ve Siyasal Temsil Kavrayışları Üzerine", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 38, 2020, s. 129.

¹⁶ Thomas, **More**, Ütopya (çev. S. Usta), İstanbul 2008, s. 27. Thomas More'un bu ifadelerine rağmen kendisinin de aslında toprakları çitlediğine ve bu bağlamda eşitlikçi ya da kolektivist olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. **Meiksins Wood**, s. 242.

¹⁷ Çağatay, **Şahin**, Tarımsal Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiliz Çitleme Hareketi ve Toprak Mülkiyetinin Hukuki Dönüşümü, İstanbul 2024, s. 127.

¹⁸ John, **Lilburne** et al., "The Petition of 11 September 1648", The English Levellers, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 136.; **Çelen**, s. 776.

¹⁹ Hill, İngiliz Devrimi, s. 41.

²⁰ Hill, Devrim Çağı, s. 86.

Kral ve Parlamento arasındaki gerilimin kaynaklarından biri de İngiltere’de gerçekleşen hanedan değişikliğidir. Hanedanlığın Tudor’lardan Stuart’lara geçişiyle birlikte hükümdar ve Parlamento arasındaki ortaklık bozulmaya başlamıştır. İngiltere’de soylular, mülk sahipleri ve Kral arasındaki uzlaşma, karma anayasa düşüncesinin ve bu düşüncenin bir uzantısı olan *Crown in Parliament* anlayışının yerleşmesine sebep olmuştur. Bu anayasal ilkeye göre, Lordlar ve Avam Kamarasından oluşan Parlamentonun iradesi Kral’ın iradesine üstün gelmektedir. Stuart’lar ise bunu tersine çevirmek, tüm gücü Kral’da toplayarak Kıta Avrupası tipi mutlakiyetçi bir yönetim tesis etmek istemişler ve kendilerine çizilen sınırları fazlasıyla aşmışlardır.²¹ Yaşanan siyasal gerilimlerin artarak devam etmesi neticesinde Kral ile Oliver Cromwell²² önderliğindeki Parlamento yanlısı muhalif kesimler arasındaki çatışma başlamış ve kısa sürede iç savaşa dönüşmüştür. Söz konusu mücadelenin galibi ise Cromwell ve destekçileri olmuştur.²³

Cromwell’in iç savaştaki başarısının temelinde, Yeni Model Ordu’yu (*New Model Army*) kurmuş olması yatmaktadır. Yeni Model Ordu’nun, yükselmenin yetenek esasına dayandığı, merkezi bir yapıya sahip olduğu ve yeni bir ulusal vergiyle finanse edildiği belirtilmektedir. Parlamentonun askeri başarıları da bu yeni ordunun disiplinli, örgütlü ve siyasal açıdan bilinçli yapısı sayesinde mümkün olabilmektedir.²⁴ Bu ordu politik ve dini ilişkilerin uzağında bütünüyle profesyonel bir şekilde yapılandırılmıştır.²⁵ Daha önce bu ölçekte ve nitelikte bir ordu örneğine rastlanmamıştır. Geleneksel ordular genellikle hapisanelerden ya da toplumun alt kesimlerinden toplanan askerlerden oluşurken, Yeni Model Ordu kısmen gönüllülerden meydana gelmektedir. Bu ordu, temsil açısından bakıldığında Avam Kamarası’ndan bile daha kapsayıcıdır ve örgütlenme ve düşünce özgürlüğü sayesinde, siyasal fikirlerin gelişip tartışıldığı bir alan haline de gelmiştir.²⁶ Ancak bu orduyu yalnızca askeri bir güç olmaktan çıkaran asıl unsur, köylü ve zanaatkârlardan oluşan askerlerin, savaşın ardından sistem dışına itilmeye kar-

²¹ Ağaoğulları ve diğ., s. 103-105; Meiksins Wood, s. 246-249.

²² Oliver Cromwell hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Taner, Timur, Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi, İstanbul 2021, s. 41-49.

²³ Ağaoğulları ve diğ., s. 106.

²⁴ Hill, İngiliz Devrimi, s. 68-69.

²⁵ Timur, s. 41.

²⁶ Christopher, Hill, Dünya Altüst Oldu: İngiliz Devrimi’nde Radikal Düşünceler (Dünya Altüst Oldu), (çev. U. Kocabaşoğlu), İstanbul 2021, s. 66.

şı önlem olarak siyasal bir hareket kurmalarındır. Bu hareket çalışmanın konusunu oluşturan Levellerlar'dır.²⁷ 1647 yılına gelindiğinde ne Kral'ın ne de Parlamantonun güvenilir olduğuna kanaat getiren sıradan askerler, devrimden bekledikleri köklü değişimlerin Cromwell tarafından engelleneceği endişesine kapılmışlardır. Bu ortamda Levellerlar, subayların uygulamaya çalıştığı temkinli ve muhafazakâr reformlara karşı çıkan ve devrimin gerçek hedeflerine ulaşmasını savunan askerler arasında, radikal bir siyasi hareket olarak sahneye çıkmıştır.²⁸

1647 yılının sonlarında Putney'de toplanan Ordu Konseyi'nde, Levellerlar tarafından önerilen *Halk Anlaşması* gündeme gelmiş ve oy hakkının kapsamına ilişkin tartışmalar yürütülmüştür. Levellerların ordu içerisinde daha fazla etki kazanma yönündeki girişimleri, Kasım 1647'de ordunun muhafazakâr kanadı olan Generaller tarafından bastırılmış ve bu durum Ordu Konseyi'nin dağılmasıyla sonuçlanarak, kısa ömürlü ordu demokrasisini sona erdirmiştir. Bunu takip eden süreçte kralın kaçışı yeni bir karışıklığı tetiklemiş, Cromwell önderliğinde ordu tekrar toparlanarak zafer elde etmiştir. Zaferin ardından Generaller ve Levellerlar, Parlamantodaki uzlaşmacı unsurları tasfiye etmek ve kralı yargı önüne çıkarmak üzere geçici bir ittifak kurmuştur. Kral, hızlı bir yargılamanın ardından 1649 yılında idam edilmiş ve monarşi ile Lordlar Kamarası kaldırılarak, 19 Mayıs 1649'da cumhuriyet ilan edilmiştir. Ancak bu siyasi dönüşüm, Levellerların savunduğu toplumsal ve ekonomik reformların hayata geçirilmesini sağlamamıştır. Bu nedenle hareket, kendisini dışlanmış ve ihanete uğramış hissetmiştir. Levellerların ayaklanma girişimi başarısızlıkla sonuçlanmış ve aynı yılın Mayıs ayında hareketin lider kadrosundaki kişiler idam edilmiştir. Bu yenilginin ardından hareket çözülmeye başlamış, bazı üyeler mesleki yaşamlarına dönmüş, bir kısmı ise radikal dinî akımlar veya şiddet içeren eylemlere yönelmiştir.²⁹

İç savaşdaki mücadelenin, temelde gücü ve imkanları artan burjuvazi ile bu gücün farkına varan ve bundan korkan ama yine de feodal toplum yapısını sürdürmekte ısrar eden ve kapitalist gelişmeye karşı direnen krallık arasında olduğu ileri sürülebilir.³⁰ Bununla birlikte aristokrasi ve büyük burjuvazinin bir çıkar birliği içerisinde olduğu da söylenebilir. Aristokrasi ve

²⁷ Ağaoğulları ve diğ., s. 108.

²⁸ Sabine, s. 161.

²⁹ Hill, İngiliz Devrimi, s. 72-74.

³⁰ Hill, İngiliz Devrimi, s. 46., 61.

büyük burjuvazi, ekonomik ayrıcalıklarını sürdürme ve güçlerini artırma konusunda benzer endişeleri paylaşmaktadır. Bu ortak çıkarlar, aralarında güçlü bir iş birliğinin oluşmasına zemin hazırlamıştır. Kıta Avrupa'sındaki feodal yapının aksine, İngiltere'de bazı aristokratların erken dönemde kapitalist üretim ilişkilerine uyum sağlaması, onları büyük burjuvaziyle aynı ekonomik hedefler doğrultusunda hareket etmeye daha yatkın hale getirmiştir. İki grup da benzer hukuk anlayışları etrafında birleşerek, çıkarlarına uygun bir siyasal düzen ve hukuk sistemi talep etmişlerdir. Bu durum, çalışmanın devamında ele alınacak Putney Tartışmalarında da kendini göstermektedir. Tartışmalarda, Levellerların temsil ettiği küçük burjuvazi, mülkiyet hakkı ile oy hakkı arasında bağ kurup bu hakları doğal hukuk temelinde savunmaya çalışırken, aristokrasi ve büyük burjuvazi ise eski ve ortak hukuku savunarak birlikte hareket etmişlerdir.³¹

II. LEVELLER HAREKETİNİN ÖNDERLERİ, SINIFSA TABANI VE DÖNEMİN POLİTİK YELPAZESİNDEKİ KONUMU

Mülkiyetin giderek daha sınırlı bir kesimin elinde yoğunlaştığı ve küçük mülk sahiplerinin varlığının tehdit altına girdiği bir dönemde, Levellerlar, çitleme gibi mülkiyetin belirli ellerde toplanmasını hızlandıran uygulamalara karşı çıkmışlardır. Zanaatkârların ve küçük çiftçilerin emekleriyle kazandıkları mülkiyet üzerinde tasarruf hakkını savunmuş ve özellikle büyük toprak sahipliğine dayalı ayrıcalıklara ve bu ayrıcalıkların sağladığı siyasal yetkilerle itiraz etmişlerdir.³² Bu bağlamda Levellerların mülkiyetin kendisine değil de mülkiyetin yoğunlaşmasına karşı oldukları ileri sürülebilir.³³

Levellerlar bir politik partide var olan merkezi ve disiplinli bir yapıdan yoksun dağınık bir siyasal oluşum olarak varlık göstermiştir.³⁴ Levellerların bu bağlamda bir partiden ziyade, liderler etrafında resmi olmayan bir biçimde toplanan ve halkın hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan bir hareket olarak değerlendirilmesi daha doğrudur.³⁵ Leveller hareketinin liderleri olarak genellikle John Lilburne, William Walwyn ve Richard Overton olmak üzere üç isimden bahsedilmekle birlikte bu hareketin başka temsilcileri de

³¹ Akman, s. 193.

³² Meiksins Wood, s. 261.

³³ Ağaoğulları ve diğ., s. 111.

³⁴ Hill, Dünya Altüst Oldu, s. 126.

³⁵ Foxley, s. 5.

bulunmaktadır. Bu üç liderin ekonomik ve toplumsal kökenlerine baktığımızda ise sözcülüklerini yaptıkları gruplardan sınıfsal olarak biraz daha farklı olduklarını görürüz.³⁶ Her ne kadar Levellerlar ağırlıklı olarak zanaat-kârlar, küçük çiftçiler ve orta halli tüccarlar gibi bağımsız mülk sahiplerinin çıkarlarını temsil eden bir tabana dayanmış olsa da hareketin önde gelen figürlerinin birçoğunun hatırı sayılır bir maddi güce sahip olduğunu da eklemek gerekmektedir.³⁷

Leveller hareketinin sembolü haline gelen John Lilburne, 1630 ile 1636 yılları arasında bir toptan kumaş tüccarının yanında çıraklık yaparak ticaret hayatına adım atmıştır. Lilburne daha sonra bu alanda bağımsız olarak faaliyet göstermeye çalışmışsa da dönemin ticari tekelleri tarafından engellenmiştir.³⁸ Hayatının ilerleyen zamanlarında ise Parlamento ordusunda yüzbaşılıktan yarbaylığa uzanan bir askeri kariyeri olmuştur. Lilburne'nün yaşamının erken safhalarına baktığımızda, kendisinin bir kamusal figür haline geleceğini öngörmek zordur. Mütevazı bir aileden gelen Lilburne, temel bir eğitim aldıktan sonra kendi kendini geliştirerek siyasi düşünceyle ilgilenmeye başlamıştır.³⁹ Lilburne, dönemin siyasi düzenine karşı sergilediği radikal ve kışkırtıcı tavırlarla dikkat çeken bir liderdir. Sert mizacı ve uzlaşmaz yapısı nedeniyle sıklıkla hükümet kurumlarıyla çatışma yaşamıştır.⁴⁰ 1642 ile 1652 yılları arasında John Lilburne üç kez vatan hainliği suçlamasıyla yargılanmış, toplamda yedi kez hapis cezasına çarptırılmıştır.⁴¹ Bu yargılamaların ve suçlamaların, siyasi mücadelesinde hapse girmeyi bir avantaja dönüştürebilen sıra dışı bir politik figür olan Lilburne'ü yolundan döndürmediğini de burada eklemek gerekir. Sık sık tutuklanmasına rağmen kamuoyunun ilgisini üzerine çekmeyi başarmış, siyasi propaganda konusunda büyük bir yetkinlik göstermiştir. Lilburne'nün siyasi etkisi, halkın özgürlük taleplerini kişisel bir anlatıya dönüştürerek sembolleştirme becerisinden de kaynaklanmaktadır. Diğer siyasi aktörler monarşi ile Parlamento arasındaki yetki paylaşımını tartışırken, Lilburne halkın taleplerini gündeme taşıyan istisnai bir ses olmuştur.⁴² Bununla birlikte

³⁶ Demir, s. 137-138.

³⁷ Meiksins Wood, s. 261.

³⁸ Meiksins Wood, s. 260.

³⁹ Gary S., De Krey, Following the Levellers, Volume One: Political and Religious Radicals in the English Civil War and Revolution, 1645-1649, London 2017, s. 60-61.

⁴⁰ Sabine, s. 163.

⁴¹ Meiksins Wood, s. 260.

⁴² De Krey, s. 60.

onun özgürlük anlayışı, muhaliflerinin sıklıkla iddia ettiğinin aksine, toplumsal sınıf ayrımlarını ortadan kaldırmayı ya da ortak mülkiyeti savunmayı amaçlayan bir eşitlikçilik doğrultusunda şekillenmemiştir. Lilburne'ün bu yöndeki tutumunun, orta sınıf bir tüccar geçmişine sahip olması göz önünde bulundurulduğunda şaşırtıcı olmadığı da ileri sürülebilir.⁴³

Hareketin bir diğer lideri olarak kabul edilen Richard Overton hakkında bildiklerimiz ise oldukça sınırlıdır. Overton Lilburne'ün aksine kimliğini saklı tutmaya çalışmış, eserlerini çoğunlukla anonim olarak yayımlamış ve yaşamına dair pek çok bilgi günümüze ulaşmamıştır. Bu nedenle hayatı ve düşünsel katkıları hakkında net bir tablo çizmek zordur.⁴⁴ William Walwyn ise hem tüccar hem de hekim olarak iş yaşamının içinden gelmiş ve sonrasında kamuoyunda öne çıkan bir entelektüel figür olmuştur. Dini hoşgörüye verdiği önem, kentli kilise topluluklarıyla kurduğu ilişkiler ve Parlamento yanlısı faaliyetleri sayesinde Leveller hareketinin siyasi etkisinin artmasına katkı sağlamıştır.⁴⁵

Levellerların dayandıkları sınıfsal taban ve bu sınıfın talepleri hareketin neden başarıya ulaşamadığını açıklamaya da yardımcı olmaktadır. Hareket ekonomik ve düşünsel olarak büyük burjuvaziye bağımlı, istikrarsız ve örgütlenmesi zor olan küçük burjuvaziyi temsil etmektedir. Üstelik 17. yüzyılda küçük burjuvazi çözülmeye başlamışken iç savaş bu süreci hızlandırmıştır. Küçük burjuvazinin daha güçlü üyeleri ise zamanla büyük burjuvazi ile çitleme ve ücretli emek konusunda olduğu gibi ortak çıkarları olduğunu fark etmiştir. Bu yüzden, Levellerlar büyük burjuvaziye doğrudan saldırıya başlayınca bu kesim hareketten uzaklaşmıştır.⁴⁶

Levellerların sınıfsal kökenleri ile alakalı olarak bahsedilebilecek bir husus da bu hareketin mücadelesinin temelinde halktan yükselen bir isyan olmadığıdır. Hareket daha ziyade yönetici sınıf içerisindeki bir çatışmanın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu çatışma, özellikle toprak sahibi aristokrasinin genç mensuplarının Avam Kamarası'nda artan etkileri aracılığıyla, ekonomik ve sonrasında siyasal güç elde etme sürecine dayanmaktadır.⁴⁷ Belirtmek gerekir ki Avam Kamarası zaten 17. yüzyılda İngiltere halkının

⁴³ **Meiksins Wood**, s. 260.

⁴⁴ **De Krey**, s. 67.

⁴⁵ **De Krey**, s. 76.

⁴⁶ **Hill**, İngiliz Devrimi, s. 73-74.

⁴⁷ **Loughlin**, s. 73.

tamamını değil, mülk sahibi azınlığı temsil eden bir yapıdaydı. Oy kullanma hakkı, belli bir ekonomik eşiği aşan mülk sahipleriyle sınırlıydı. Bu durum, küçük toprak sahipleri, kiracılar ve yoksullar olmak üzere geniş halk kesimlerinin siyasal sürecin dışında kalmasına yol açıyordu. Dolayısıyla Avam Kamarası, toplumun yalnızca varlıklı bir kesiminin çıkarlarını yansıtan bir yapı niteliğindeydi.⁴⁸

Parlamento içerisinde bir diğer bölünme de Presbiteryenler ile Bağımsızlar (*Independent*) arasındaydı. Presbiteryenler, çoğunluğu oluşturan ve toprak sahibi sınıfın çıkarlarını temsil eden bir gruptu ve halkın taleplerine karşı mesafeliydiler.⁴⁹ Presbiteryenlik, krallık tarafından atanan piskoposların kaldırılmasını ve her kilisenin yerel seçkinlerin denetiminde olmasını savunuyordu. Bu anlayış, özellikle büyük burjuvazinin çıkarlarına hitap eden, oligarşik bir yapıya dayanıyordu. Amaç, tüccar sınıfına uygun siyasal ve ekonomik düşünceleri tüm topluma yayacak şekilde kiliseyi örgütlemektir.⁵⁰ Siyasal bağlamda ise, Presbiteryenlik genellikle muhafazakâr ve Parlamento yanlısı bir duruşu ifade ederken, Bağımsız hareket daha çok dinî hoşgörüyü savunan bir yaklaşımı temsil ediyordu.⁵¹

Leveller hareketini dönemin politik yelpazesinde konumlandırmaya çalıştığımızda söyleyebileceğimiz şeylerden biri de hareketin toprak sahibi Presbiteryenlere karşı olduğu ve fakat sınıfsal olarak Parlamentodaki Bağımsızlar ile de tam örtüşmediği olacaktır.⁵² Din konusundaki tutumlarının ise Bağımsızlar'a yakın olduğunu söyleyebiliriz. Dinsel hoşgörü taraftarıydılar ve kilise baskısına karşı çıkıyorlardı.⁵³ Leveller hareketinin dinsel kargaşa ortamında filizlendiğini de burada eklemek yerinde olacaktır. Söz konusu dönemde siyasal mücadele dini topluluklar içerisinde yaşanıyor ve siyasi görüşler, çoğu zaman katı dini inançların etkisiyle şekilleniyor ve bu inançların süzgecinden geçerek ifade buluyordu. Leveller hareketinin de hem liderleri hem destekçileri radikal tarikatlara mensuplardı.⁵⁴

⁴⁸ Hill, Devrim Çağı, s. 63-64.

⁴⁹ Loughlin, s. 74.

⁵⁰ Hill, İngiliz Devrimi, s. 49.

⁵¹ Hill, Devrim Çağı, s. 209.

⁵² Loughlin, s. 74-75.

⁵³ Sabine, s. 160.

⁵⁴ Loughlin, s. 74-75.

Levellerlar, özellikle büyük tüccarlara ve din adamlarına karşı, toplumda ayrıcalıklı konumda olmayan orta halli mülk sahiplerinin haklarını korumayı amaçlayan bir harekettir. Taleplerini ve görüşlerini Putney tartışmalarına kadar olan süreçte daha çok dilekçeler yoluyla kamuoyuna ve yönetime iletmeye çalışmışlardır.⁵⁵ Levellerların Putney tartışmalarından önce savundukları temel görüş Parlamento yetkisinin halktan kaynaklandığı ve bu yetkinin, bireylerin bazı temel sivil, ekonomik ve dini haklarını sınırlamak için kullanılmaması gerektiğidir. Putney ile birlikte, “halk” kavramının kimleri kapsadığı ve oy hakkının sınırlarının nasıl belirleneceği soruları tartışmanın merkezine yerleşmiştir.⁵⁶

III. LEVELLER DÜŞÜNCESİNİN GELİŞİMİ VE TEMEL BELGELERİ

John Lilburne’ün yazdığı yazılar sebebiyle yine tutuklandığı ve Lordların sorgularına yanıt vermeyi reddetmesi üzerine hapsedildiği 1646 yılında Overton, Walwyn’in katkılarıyla Leveleller hareketinin doğuşuna zemin hazırlayan manifestonun taslağını kaleme almıştır. Bu manifesto “Ülkesinin özgürlüğü için acı çeken bu ünlü ve değerli kişinin, Yarbay Lilburne’ün yasadışı bir biçimde ve barbarca hapse atılmasına karşı... binlerce yurttaşın kendi Avam Kamaralarına Serzenişi” (*A Remonstrance of many thousand citizens ... to their own House of Commons, occasioned through the illegal and barbarous imprisonment of that famous and worthy sufferer for his country’s freedoms, Lt-Col. John Lilburne*)⁵⁷ olarak adlandırılmaktadır. Bu metinde ortaya konan düşünsel çerçevenin analizi, Levellerların anayasal yaklaşımlarının temel ilkelerini ve siyasal tahayyüllerini anlamak açısından kritik bir öneme sahiptir.⁵⁸

Söz konusu belgede, ulusu sürekli baskı altında tutan güçlerin tarihsel olarak krallar olduğu ifade edilirken⁵⁹; halk tarafından seçilmemiş ve kralların atadığı bir organ olan Lordlar Kamarasının da halk nezdinde hiçbir meşruiyeti bulunmadığı ileri sürülmektedir.⁶⁰ Bu görüşe göre, yasama meşruiye-

⁵⁵ Şahin, s. 138.

⁵⁶ Crawford Brough, Macpherson, The Political Theory of Possesive Individualism, Oxford 1962, s. 120.

⁵⁷ Richard, Overton/ William, Walwyn, “A Remonstrance of Many Thousand Citizens, 7 July 1646”, The English Levellers, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 33-53.

⁵⁸ Loughlin, s. 78.

⁵⁹ Overton/ Walwyn, s. 35.

⁶⁰ Overton/ Walwyn, s. 37.

tinin kaynağı yalnızca halkın doğrudan seçtiği Avam Kamarasıdır, çünkü halkın iradesini yalnızca bu organ temsil etmektedir. Bu nedenle, yasal düzenlemeleri oluşturma, değiştirme ya da yürürlükten kaldırma yetkisi sadece Avam Kamarasına ait olmalıdır.⁶¹

Her ne kadar Kral ve Lordlar Kamarası karşısında Avam Kamarasına öncelik veriliyor olsa da yasama yetkisinin esas sahibinin halk olduğu belgede hatırlatılmaktadır. Halkın Parlamentodaki temsilcilerini doğrudan seçtiği ve bu temsilcilerin yetkilerinin özünde bir emanet yetkisi olduğu, yani halkın dilediği anda bu yetkiyi geri alabileceği savunulmaktadır. Bu anlayış, *“Biz sizin asilleriniziz, siz de bizim temsilcilerimizsiniz; bu, inkâr edemeyeceğiniz bir hakikattir.”* ifadesiyle açıkça ortaya konmaktadır.⁶² Serzeniş (Remonstrance), halkın Parlamentodaki temsilcilerine yönelik doğrudan bir uyarı niteliği taşımaktadır. Halk, gerek gördüğü takdirde herhangi bir temsilci seçmeksizin siyasi iradesini doğrudan ortaya koyabileceğini bildirmekte ve adeta Avam Kamarasını kendisini nihai otorite olarak görmemesi ve fazla da önemsememesi konusunda ikaz etmektedir.⁶³ Serzeniş, Avam Kamarasına karşı güçlü bir duygusal tepki ve hayal kırıklığını dile getirmektedir. *“Bu milleti bir deprem gibi sarsmanızın amacı sadece bu muydu? Bizi ve mallarımızı böylesine özgürce ve pervasızca kullanmanız bunun için miydi?”* ifadeleri metni kaleme alanların sitemlerini yansıtmaları bakımından kayda değerdir.⁶⁴ Serzeniş bir yandan Avam Kamarasına yetkisini halktan aldığını hatırlatmakta, bir yandan da Lordlar Kamarası ve Kral karşısında daha cesur olmasını talep etmektedir.

Levellerlar baştan beri açık bir şekilde monarşi karşıtıdır ve egemenliğin Parlamentoya ve hatta yalnızca Avam Kamarasına ait olması gerektiğini savunmaktadırlar.⁶⁵ Ancak bir yandan da Parlamantonun üstünlüğünü, halkın iradesi ile uzlaştırmaya ve birleştirmeye çalışmaktadırlar. Levellerlar asli gücün halka ait olduğunu ve Parlamento üstünlüğünün de halkın bu asli gücünden türediğini düşünmektedirler.⁶⁶

⁶¹ Overton/ Walwyn s. 37.; Loughlin, s. 78.

⁶² Overton/ Walwyn, s. 33-34.

⁶³ Loughlin, s. 79.; Demir, s. 140.

⁶⁴ Overton/ Walwyn, s. 36.

⁶⁵ Foxley, s. 37-38.

⁶⁶ Foxley, s. 52.

Serzeniş metni bunların dışında, Parlamentonun, erkekleri çoğu zaman herhangi bir gerekçe göstermeksizin ya da yalnızca yemin etmeyi veya sorularını yanıtlamayı reddettikleri için hapse attığını ve bunun açıkça hukuka aykırı olduğu belirtmektedir. Belgeye göre halk Parlamenteoya böyle bir güç vermediğine göre Parlamentonun bu yöndeki işlemleri dayanaksızdır.⁶⁷ Bu bağlamda Serzeniş yalnızca din özgürlüğünü savunmakla yetinmemekte ve bunun yanında, siyasal otoritesini halktan alan bir yönetim biçimi altında Parlamenteonun bu tür temel haklara müdahale etme yetkisinin bulunmadığını da vurgulamaktadır. Böylece metin, sadece bireysel özgürlüklerin değil, aynı zamanda halk egemenliğine dayalı bir hukuk düzeninin sınırlarını da tartışmaya açmaktadır.⁶⁸ Daha önce çeşitli risaleler aracılığıyla dile getirilen bu iddiaların Serzeniş ile tutarlı bir felsefeye dönüştürüldüğü ileri sürülebilir.⁶⁹

1647 yılında gerçekleşen ve tarihsel literatürde Putney Tartışmaları (*Putney Debates*) olarak bilinen görüşmeler ise Yeni Model Ordu içindeki huzursuzlukları (örneğin askerlerin maaşlarının ödenmeden ordunun dağıtılmak istenmesi gibi) çözmek amacıyla düzenlenmiştir. Bu toplantılarda, Leveller yazarlarının büyük katkısıyla devletin yapısı, Kral'ın gelecekteki konumu, siyasal haklar ve mülkiyet kavramı gibi konular etraflıca tartışılmıştır. Söz konusu görüşmeler, İngiltere'nin politik gelişiminde kalıcı bir iz bırakmıştır.⁷⁰ Ordu Konseyi içindeki görüşmeler, Levellerlar tarafından kaleme alınan ve modern anlamda Avrupa'nın ilk yazılı anayasa taslağı olarak kabul edilen Halk Anlaşması (*An Agreement of the People*)⁷¹ çerçevesinde şekillenmiştir. Ordu Konseyine sunulan bu metin, Cromwell ile damadı Henry Ireton'un liderliğindeki Generaller ile Albay Thomas Rainsborough tarafından temsil edilen Levellerlar arasındaki siyasal, sınıfsal ve ideolojik gerilimin somutlaştığı başlıca belgelerden biri hâline gelmiştir. Politik teori açısından değerlendirildiğinde, bu çatışma, Parlamenteodaki Presbiteryen çoğunluk ve onların ittifakı içinde yer alan Cromwell'in temsil ettiği "oligarşik cumhuriyetçi" anlayışa karşı, Levellerların radikal demokratik bir alternatif önerdiğini göstermektedir.⁷²

⁶⁷ Overton/ Walwyn, s. 44.

⁶⁸ Loughlin, s. 78-79.

⁶⁹ Loughlin, s. 80.

⁷⁰ Çelen, s. 14.

⁷¹ "An Agreement of the People for a Firm and Present Peace upon Grounds of Common Right and Freedom, 28 October 1647", *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 92-101.

⁷² Meiksins Wood, s. 259., 262.; Ağaoğulları ve diğ., s. 109.

28 Ekim 1647 tarihli metin, Halk Anlaşmasının ilk versiyonudur. Bu metni tarihsel gelişmelere paralel olarak İkinci ve Üçüncü Halk Anlaşması takip etmiştir. 1 Mayıs 1649'da yayımlanan Üçüncü Halk Anlaşmasının⁷³ Leveller tarafından geliştirilen en kapsamlı ve bütüncül program olduğu söylenebilir. İlk Anlaşma soyut ilkelere, diğeri ise güncel siyasal şikâyetlere odaklanırken, bu Anlaşma her iki yaklaşımı bütünleştirmeyi amaçlamaktadır. Aynı zamanda, bu Anlaşma Leveller hareketi tarafından ortaya konan anayasal öneriler arasında en radikal olanıdır. Çünkü metnin yazarları, kaleme alma sürecinde hâlihazırda Londra Kulesi'nde tutuklu bulunduklarından, yakalanma ya da cezalandırılma riskine dair herhangi bir kaygı taşımamaktadırlar. Bu durum, Ordu komutanlarının desteğini kazanmak için söylemlerini yumuşatma gereksinimi duymamalarına da olanak sağlamıştır.⁷⁴

Birinci Halk Anlaşmasında Levellerlar, iç savaşın mevcut anayasal düzeni geçersiz kıldığını ve devleti yeniden kurmak için toplumsal bir sözleşmeye ihtiyaç olduğunu savunmaktadırlar. Bu nedenle, Halk Anlaşmasını yeni bir siyasi düzenin temeli olarak sunmuşlardır. Belge, mevcut Parlamantonun feshedilmesini, seçim sisteminin yeniden düzenlenmesini ve parlamentoların her iki yılda bir toplanmasını önermektedir. Ayrıca Avam Kamarası'nın en yüksek otorite olması istenmekte, ancak bu yetkinin dinsel hoşgörü ve zorunlu askerlikten muafiyet gibi bazı temel haklarla sınırlandırılması gerektiği vurgulanmaktadır. Hukukun herkes için eşit uygulanması savunulmakta, hukuk sisteminde reform yapılması ve iç savaşta zarar görenlerin kayıplarının tazmini talep edilmektedir.⁷⁵ Levellerlara göre, iç savaş sırasında devlet düzeni ortadan kalkmış ve tabii hale benzeyen bu durumda kılıç, yani askeri güç, tek otorite haline gelmiştir. Ancak bu gücün meşru sayılabilmesi için halkın yönetimde söz sahibi olmasının sağlanması gerekmektedir. Halk Anlaşması işte bu amacı taşıyan bir toplumsal sözleşme olarak⁷⁶, Putney'de subaylar ve askerler arasında kapsamlı bir şekilde tartışıl-

⁷³ John, **Lilburne**/ William, **Walwyn**/ Thomas, **Prince** et al., "An Agreement of the Free People of England, 1 May 1649" *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 168-178.

⁷⁴ **Loughlin**, s. 87.

⁷⁵ **Hill**, Devrim Çağı, s. 168.

⁷⁶ Rachel Foxley Halk Anlaşmasının bir toplum sözleşmesi olarak değerlendirilmesine karşı çıkmakta ve Levellerların halka başvurmasının da ulusu doğa halinden çıkarma olarak ele alınamayacağını savunmaktadır. Foxley'e göre Anlaşmada yeni bir siyasal düzenin sıfırdan oluşturulduğuna, metnin imzalanmasının bir kurucu an ya da başlangıç olduğuna dair herhangi bir iddia bulunmamaktadır. Ona göre Anlaşmanın amacı anayasal durumu ve özellikle Par-

mıştır.⁷⁷ Putney'deki görüşmelerin sadece parlamenter rejimin esaslarının belirlenmesine ilişkin anayasal müzakereden ibaret olmadığını da burada eklemek gerekmektedir. Görüşmelerde farklı meseleler odak noktası haline gelse de yeniden canlanabilecek bir monarşi tehdidine ilişkin tartışma her zaman arka planda varlığını korumuştur ve Levellerlar kralın geri dönüşünün engellenmesinin yollarını aramışlardır.⁷⁸

IV. PUTNEY TARTIŞMALARI: MÜLKİYETİN GÖLGESİNDE SİYASAL TEMSİL

Putney Tartışmaları'nın esas odak noktasının oy hakkının kapsamı olduğu söylenebilir. Görüşmelere Birinci Halk Anlaşmasının okunmasıyla başlanmış ve bu metinde yer alan İngiltere halkının temsilci seçme hakkının şu an adil olmayan bir şekilde eşitsiz dağıtıldığı iddiası ve Parlamento üye seçiminin kontluklar, kentler ve kasabalarda yaşayanların sayısı ile orantılı bir şekilde yapılması önerisi değerlendirilmiştir. Henry Ireton ise her bireye eşit oy hakkı tanınmasına karşı olduğunu belirterek söze başlamıştır.⁷⁹ Halk Anlaşmasının ilgili maddesinde bulunan bazı belirsizlikler zeki bir gözlemci olan Henry Ireton tarafından hemen fark edilmiştir. Söz konusu dönemde bazı bölgelerde geniş oy hakkı varken, bazı yerlerde oy kullanma hakkı son derece kısıtlıdır ve hatta bazı büyük kasabaların Parlamentoda hiçbir temsilcisi bile yoktur. Bu yüzden nüfusa göre oy hakkı talebi sadece bu dengesizlikleri gidermeye yönelik bir öneri ya da mevcut seçim sistemindeki adaletsizliklerin düzeltilmesini talep eden bir çağrı olarak da değerlendirilebilirdi. Eğer maddeye ilişkin bu yorum geçerliyse, Cromwell ve Ireton böyle bir reforma karşı çıkmayabilirdi. Ancak Ireton, bu maddenin çok daha geniş ve radikal bir anlam taşıdığını hızla kavramıştır. “İngiltere halkı” gibi ifadelerin kapsamına dikkat çekerek, bu ifadelerden her bireyin eşit oy hakkına sahip olması gerektiği anlamı çıkıyorsa buna itirazının olduğunu vurgulamıştır.⁸⁰

lamentonun yetkilerini açıklığa kavuşturmak ve gelecekteki anlaşmazlıkların önünü kapatmaktır. Bir başka deyişle, bu görüşe göre Anlaşma kendini yeni bir Anayasa olarak sunmaktadır. **Foxley**, s. 21, 78-79.

⁷⁷ **Hill**, Dünya Altüst Oldu, s. 75.; **Members of the New Model Army and Civilian Levellers**, “Extract from the Debates at the General Council of the Army, Putney, 29 October 1647”, *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 108.

⁷⁸ John, **Rees**, *The Leveller Revolution: Radical Political Organisation in England, 1640-1650*, New York 2016, Kindle edn, ch. 10, ‘The Putney debates and the man of blood’, loc. 4290.

⁷⁹ **Members of the New Model Army and Civilian Levellers**, s. 102.

⁸⁰ **Meiksins Wood**, s. 262-263.

Albay Rainsborough ise Ireton'un bu itirazlarına karşı, sıklıkla atıf yapılan ve oldukça etkileyici olan ünlü konuşmasını yapmış ve İngiltere'deki en yoksulun yaşayacağı hayatın da en zengininki gibi olması gerektiğini düşündüğünü beyan etmiştir. Rainsborough'a göre İngiltere'deki en yoksul bir kişi bile, kendisinin hiçbir şekilde temsil edilmediği bir yönetim altında yaşamak zorunda bırakılmamalıdır.⁸¹ Ireton, bu sözlere cevaben eğer herkesin oy hakkı olduğu ilkesi genel bir kural haline getirilirse, bunun insanın doğuştan gelen haklarına dayandırılması gerekeceğini ve bu durumda mevcut medeni hakların yani toplum düzenini ve mülkiyet ilişkilerini belirleyen kuralların da reddedilmek zorunda kalınacağını iddia etmiştir.⁸²

Doğal haklar ile medeni haklar arasında Ireton'un yaptığı bu ayırım, Putney Tartışmaları'nda öne çıkan ve görüşmelerin seyrini belirleyen temel kavşaklardan biridir. Ona göre İngiliz yurttaşlarının sahip olduğu haklar, evrensel ya da doğa yasalarına dayanan mutlak ilkelerle değil, tarihsel olarak oluşmuş anayasal teamüller ve siyasal pratikler aracılığıyla şekillenmiştir. Bu tarihsel gelenek ne mülkiyetin eşit dağıtımını ne de tüm bireyler için eşit oy hakkını içerir. Dolayısıyla Rainsborough'nun ileri sürdüğü türden kapsayıcı bir siyasi hak anlayışı, mevcut anayasal yapının dışına çıkmak ve bunun yerine evrenselci bir doğal haklar doktrinine başvurmak anlamına gelmektedir.⁸³ Ireton, mevcut düzenin çok eski zamanlardan beri sürdüğünü ve bu sistemin İngiliz anayasasına dayandığını savunmaktadır. Bu nedenle anayasaya yapılacak herhangi bir müdahale Ireton'a göre toplum düzenini, huzuru ve mülkiyet hakkını tehdit edecektir.⁸⁴

Hakların tarihsel kökenleri olduğu iddiasına karşılık olarak Levellers temsilcisi Wildman, uzun süre kölelik altında yaşamış olduklarına ve bugün tabi oldukları yasaların onları fethedenler tarafından konulduğuna dikkat çekmektedir. Wildman buna ek olarak eski zamanların egemenlerinin sadece kendi çıkarlarına uyduğu sürece yazılmasına müsaade ettiği tarihsel kayıtlara da güvenilemeyeceğini ifade etmekte ve tarihin, ezilenlerin değil, egemenlerin anlatisıyla şekillendiğini hatırlatmaktadır.⁸⁵ Levellerlara göre var olan yönetim ve mülkiyet düzeni, Norman istilasının bir sonucudur ve bu

⁸¹ **Members of the New Model Army and Civilian Levellers**, s.103.

⁸² **Members of the New Model Army and Civilian Levellers**, s.103.

⁸³ **Meiksins Wood**, s. 263-264.

⁸⁴ **Meiksins Wood**, s. 265.

⁸⁵ **Members of the New Model Army and Civilian Levellers**, s. 116.

nedenle meşruiyetten yoksundur.⁸⁶ Norman egemenliği, yalnızca İngiltere'nin eski toplumsal yapısını yıkmakla kalmamış, aynı zamanda en temel adalet ilkelerine de açıkça aykırı davranmıştır.⁸⁷ Levellerlar bu şekilde Ireton'un mülkiyetin tarihle yaratıldığı iddiasına karşı Norman Boyunduruğu argümanını ileri sürerek bu iddiayı geçersiz kılmaya çalışmaktadırlar.

Ireton bütün özgür İngilizler için oy hakkı talebinin doğal hakka dayanarak temellendirilmesinin mülkiyeti de ortadan kaldıracağını düşünmektedir. Ireton'a göre eğer doğa yasası bir kişiye kendi yöneticisini seçme hakkı veriyorsa, aynı doğa yasası ona gördüğü herhangi bir mal üzerinde de eşit hak verecektir. Kişi neye ihtiyacı varsa onu almaya hak sahibi olacak, toprağı kullanma ve ekip biçme özgürlüğüne de sahip olacaktır. Ireton bir kişinin devlette kalıcı bir çıkarı olmadan salt doğa yasasına dayanarak oy hakkına sahip olmasına da karşı çıkmaktadır. Ireton Levellerlara hitaben şu soruyu sorar: *“Eğer tek savunmanız doğa yasasıysa ve bu yasa sınırsızsa, o zaman sınırınızı nerede çizeceksiniz? Bu mantıkla, neden herkesin malını elinden almayalım?”*⁸⁸

Albay Rainsborough her insanın doğası gereği oy hakkına sahip olmasının mülkiyet hakkını ortadan kaldıracağını iddia etmenin, Tanrı'nın yasasını unutmak anlamına geldiğini ileri sürmüştür. Rainsborough'a göre Tanrı *“Çalmayacaksın”* diye bir emir getirerek mülkiyetin kendisini bir yasa olarak ortaya koymuştur. Rainsborough bu şekilde mülkiyetin Tanrısal bir yasa olduğunu dile getirerek aynı zamanda kendisinin mülkiyete karşı olmadığını da vurgulamaya çalışmaktadır.⁸⁹

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Levellerlar bir yandan oy hakkına sahip olabilmek için mülkiyet şartına itiraz ederken, diğer yandan bireysel mülkiyet hakkını güçlü bir şekilde savunmaktaydılar. Oy kullanma hakkının mülkiyet sahibi olma şartına bağlanmasına karşı çıkmakta ve her özgür doğmuş İngiliz'in yaşamını eşit haklarla sürdürme hakkına sahip olduğu fikrine dayan-

⁸⁶ Meiksins Wood, s. 264.

⁸⁷ Leveller'lara göre “Norman Boyunduruğu” sadece kralların keyfî yönetimiyle ilgili değildi. Fatih William, yoksul halkın kandırılması ve ezilmesi için yasaları Fransızca hazırlatmıştı. Mahkemelerdeki yargılama dili hâlâ Latince ve Fransızcadı, bu da sıradan insanların süreci anlamasını zorlaştırıyordu. Radikaller, tüm yargı işlemlerinin İngilizce yapılmasını istiyor ve halkın adalete ulaşmasını zorlaştıran, pahalı ve karmaşık bir sistemin parçası olan avukatların devre dışı bırakılması gerektiğini savunuyorlardı. Bkz. Hill, Devrim Çağı, s. 223.

⁸⁸ Members of the New Model Army and Civilian Levellers, s. 108-109.

⁸⁹ Members of the New Model Army and Civilian Levellers, s. 109.

maktaydılar. Levellerlar mülk sahibi olanların seçtiği bir parlamentonun, mülksüzlere adil davranacağına güvenilemeyeceğini düşünmekteydiler. Diğer yandan Leveller hareketi mülkiyet kavramının kendisini reddetmemekte, mülkiyetin siyasal haklar üzerindeki belirleyici rolünü kabul etmemekteydi.⁹⁰

Hareketin, komünist bir eşitlik anlayışından oldukça uzak olduğunu da burada eklemek gerekmektedir. Levellerlar, 1649 yılında ortak tarımı savunarak komünist bir çizgide hareket eden ve kendilerine Gerçek Levellerlar adını veren Gerrard Winstanley önderliğindeki Diggerlardan (Kazıcılar)⁹¹ net bir şekilde ayrılıyorlardı. Levellerlar siyasal talepleri olan, köklü bir orta sınıf demokrasisinin ilk örneklerinden biri olarak değerlendirilebilirken, Diggerlar daha çok ütopyik komünizmin öncüsü sayılabilecek bir hareketti. Söz konusu iki hareketin sınıfsal arka planları da siyasal konumlarını gösterir nitelikteydi. Diggerlar ekonomik baskılar sonucu mülksüzleşmiş kesimlerin içinden çıkan ve çitlemeler sonucunda toprağını kaybeden kimselerin desteğini kazanan bir hareketken, Levellerlar küçük mülk sahibi insanların, zanaatkarların, çiftçilerin yani orta sınıfın görüşlerini temsil ediyordu.⁹²

Diggerlara göre insanlar arasında eşitlik ancak ortak mülkiyet tesis edilince ve toprağın alınıp satılması yasaklanınca sağlanabilecektir. Diggerlar, insanlar arasında eşitliğin özel mülkiyet ile bir arada mümkün olamayacağını düşünmektedirler.⁹³ Levellerlar küçük mülk sahibi orta sınıfın temsilcisi oldukları ve o sınıfın çıkarlarını korumayı önceledikleri için onların özel mülkiyete karşı olmamaları esasında çok da şaşırtıcı değildir. Diggerlar ise çitlemeler sonucunda ekecek toprak bulamayan yoksul, mülksüz kesimin o dönemdeki en önemli temsilcisi olmuş, sıradan insan olarak tasvir ettikleri kişilerin

⁹⁰ Macpherson, s. 137.

⁹¹ 1 Nisan 1649'da, St. Georges Hill'e gelen bir grup yoksul insan, terkedilmiş arazileri kazmaya ve işlemeye başladı. Söz konusu işgal hareketi ortak arazilerin mülkiyetini ele geçirme teşebbüsünün simgesel bir ifadesiydi. Winstanley'e göre, İngiltere'deki toprakların büyük bölümü verimli şekilde kullanılmıyordu. Ülkenin üçte biri, malikâne lordlarının kontrolünde olup, yoksulların tarım yapmasına izin verilmeyen metruk alanlardı. Oysa bu boş topraklar halka açılıp işlenebilseydi, İngiltere kısa sürede büyük bir ekonomik güce dönüşebilirdi. Winstanley, bu adaletsiz toprak mülkiyetini sürdüren geleneklerin, monarşinin yıkılmasıyla birlikte sona ermesi gerektiğini savunuyordu. Kazıcıların eylemleri, toprak sahiplerinin tepkisini çekmiş olsa da kalıcı bir etki yaratamamıştır. Sayıca oldukça az olan Digger'lar, girişimlerini yaklaşık bir yıl sürdürebilmiş, ancak faaliyetleri ya yasalarla engellenmiş ya da harekete yönelik saldırıların etkisiyle sona ermiştir. Digger'lardan geriye yalnızca Gerrard Winstanley'in kaleme aldığı ve İngiltere'de kurulması hedeflenen komünist yönetimin temel planlarını içeren broşürler kalmıştır. Hill, Dünya Altüst Oldu, s. 122., 142.; Sabine, s. 173.

⁹² Hill, Devrim Çağı, s. 169-170.; Sabine, s. 161.; Şahin, s. 139.

⁹³ Sabine, s. 174.; Hill, Dünya Altüst Oldu, s. 148.

çıkarlarını korumak için uğraşmış ve onların hangi koşullar altında refah içinde eşit şekilde yaşayabileceklerine dair bir tasarı oluşturmaya çalışmışlardır.⁹⁴

Levellerlar ve Diggerların ortak noktası, düşüncelerini savunurken 17. yüzyıldaki diğer radikaller gibi doğa yasasına başvurmalarıdır. Ancak söz konusu iki hareket bu yasayı farklı şekillerde yorumlamaktadır. Levellerlar doğa yasasını bireysel hakların temeli olarak görürken, bu haklar arasında da mülkiyet hakkına özel bir önem vermektedir. Diggerlar ise doğa yasasını, toplumun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli kaynaklar üzerinde ortak hak olarak yorumlamaktadır. Onlara göre toprak, Tanrı ya da doğa tarafından tüm insanlara verilmiştir ve herkes bu topraktan geçimini sağlayacak payı alma hakkına sahiptir.⁹⁵

Putney tartışmalarının siyasal alandaki önemli sonuçlarından biri, Levellerların komünal yaşam ve ortak tarımsal mülkiyet düşüncesine karşı açık bir mesafe koymalarıdır. Bu süreçte Levellerlar, bireysel mülkiyet hakkını savunarak kendilerini Diggerların kolektif yaşam anlayışından net bir şekilde ayırmışlardır.⁹⁶ Levellerların savunduğu şey mülkiyetin eşit dağılımı değil oy hakkının kapsamının yeniden düzenlenmesiydi. Bununla birlikte Levellerların tartışmalarda dile getirdikleri süslü cümlelerin aksine İngiltere’de yaşayan her yurttaşta oy hakkı tanınmasını da savunmuyorlardı.⁹⁷

V. OY HAKKININ SINIRLARI: ÖZGÜR DOĞMUŞ İNGİLİZLER

Leveller hareketinin önde gelen isimlerinin çoğu, oy hakkının yalnızca “özgür doğmuş İngilizlere” (*free-born Englishman*) verilmesini savunuyordu. Onlara göre “özgür” bir İngiliz, kendi emeği ve mülkü üzerinde bağımsızca tasarruf edebilen kişiydi⁹⁸. Bu bağlamda özgür İngiliz ifadesinin kökeninde yine mülkiyet şartının yer aldığını ileri sürmek mümkündür. Mesele nin bu boyutu Putney Tartışmaları’nın sonlarına doğru Cromwell’in sorduğu “*Hizmetkârlar (servants), hizmetkâr oldukları sürece bu kapsama dahil değildir. O halde, sadaka alan birinin (alms-takers) de dışlanması gerektiği konusunda hemfikir misiniz?*”⁹⁹ sorusuyla netlik kazanmaya başlamıştır. 17.

⁹⁴ Hill, İngiliz Devrimi, s. 75.; Sabine, s. 177.

⁹⁵ Sabine, s. 173.

⁹⁶ Akman, s. 205.

⁹⁷ Hill, Devrim Çağı, s. 168.

⁹⁸ Hill, Devrim Çağı, s. 169.

⁹⁹ Members of the New Model Army and Civilian Levellers, s. 129.

yüzyılda *servants* kelimesinin sahip olduğu anlam ve içeriği de meseleyi daha ilginç hale getirmektedir. Macpherson’a göre o dönemde *servants* kelimesi ücretli çalışanlar anlamına gelmekte ve ücret karşılığı çalışan herkes bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁰⁰ Cromwell’in sorusu, yalnızca “özgür” bireylerin seçmen olabileceği konusunda tartışmaya katılan herkesin ortak bir görüşe sahip olduğu izlenimini uyandırır ve hatta ücretli çalışanlar bile özgür olarak kabul edilmezken, “sadaka ile geçinenlerin” dışlanması neredeyse kesin gibidir.¹⁰¹ Levellers hareketinin temsilcilerinden Maximilian Petty’nin bu konuda verdiği yanıt ise bütün yanlış anlaşılımları ortadan kaldıracak netliktedir: “Çırakları, hizmetkârları ya da sadaka alanları dışlamamızın nedeni, başkalarının iradesine bağımlı olmaları ve onları gücendirmekten çekinmeleri gerektiğidir, diye düşünüyorum. Hizmetkârlar ve çıraklar, efendilerinin iradesiyle temsil edilirler, kapı kapı dolaşarak sadaka alanlar için de durum aynıdır.”¹⁰² Petty’nin bu ifadelerinden anlıyoruz ki Levellerlara göre çıraklar, hizmetkarlar ve sadaka alanlar dışında her erkek, özgür İngiliz statüsünde kabul edilecektir.

Özgür doğmuş İngiliz ifadesinin açık bir şekilde kadınları dışlayıcı bir biçimde kullanıldığını burada eklemek gerekmektedir.¹⁰³ Levellerların Putney’deki mücadelesi de zaten reşit erkeklerin oy mücadelesidir, kadınlara ilişkin bir talep tartışmalarda dile getirilmemiştir.¹⁰⁴ Putney’deki tarafların, kadınların oy hakkı konusunu bir öncelik olarak görmedikleri ve bu mesele ile özel olarak ilgilenmeye ihtiyaç duymadıkları ileri sürülebilir.¹⁰⁵ Bununla birlikte oy hakkını hane reisliği üzerinden belirlemeye yönelik tartışmanın, kadınların siyasal katılımı konusuyla doğrudan ilgili olduğu da ifade edilebilir. Levellerların broşürlerinde kendilerini, eşlerinin¹⁰⁶ desteğini almış aile

¹⁰⁰ Macpherson, s. 107 dipnot 4.

¹⁰¹ Demir, s. 143.

¹⁰² Members of the New Model Army and Civilian Levellers, s. 130.

¹⁰³ Foxley, s. 110.

¹⁰⁴ İyimser bir yorumla kadınlar, çocuklar ve hizmetkârlardan oluşan hane halkının, hane reisi aracılığıyla temsil edilmesi gerektiğini öne sürerek, onların oy hakkını dolaylı biçimde savunukları ileri sürülebilir. Meiksins Wood, s. 262.

¹⁰⁵ Patricia, Crawford, “‘The Poorest She’: Women and Citizenship in Early Modern England”, The Putney Debates of 1647: The Army, The Levellers, and the English State, Michael Mendle (Editör), Cambridge 2001, s. 217.

¹⁰⁶ Leveller liderleri Lilburne ve Overton’un eşleri başta olmak üzere kadınlar en başından itibaren hareketin etkin destekçileri arasındaydı. Leveller kadınları hem kendi adlarına hem de eşleriyle birlikte dilekçeler sunuyor, bu metinlerde kendilerinin ve kocalarının yaşadığı sıkıntıları dile getiriyorlar ve ortak iyiliğin sağlanmasında erkeklerle eşit pay ve çıkarları olduğunu

reisleri olarak sunduğunu ve erkekler üzerinden örgütlenmiş bir haneler hareketi olarak takdim ettiğini de burada eklemek yerinde olacaktır.¹⁰⁷

Levellerlar, siyasal katılımın yalnızca “özgür” erkeklere ait bir hak olduğu varsayımıyla hareket etmişlerdir. Bu özgürlük, bireyin yaşamının doğrudan başka birinin iradesine tabi olmaması şeklinde tanımlanmıştır. Bu noktada, Levellerların esasında Cromwell ve Ireton ile temelde bir fikir birliği içerisinde olduğu ileri sürülebilir. Her iki grup için de oy hakkı, bireysel özgürlükle bağlantılıdır ve bu özgürlük, ekonomik bağımsızlıkla tanımlanmaktadır. Tarafların birbirinden ayrıldığı nokta, bu bağımlılığın sona erdiğini varsaymak için gereken asgari koşulların belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Farklı toplumsal sınıf arka planlarına sahip olan bu iki kesim, ekonomik bağımsızlığın hangi mülkiyet temellerine dayanması gerektiği konusunda birbirinden ayrıışan görüşlere sahiptir.¹⁰⁸

Cromwell ve Ireton yalnızca kendilerine ait arazileri olan ve İngiliz mülkiyet sisteminde *freeholder* olarak ifade edilen büyük toprak sahiplerinin ve ticaret şirketlerinin imtiyazlı üyelerinin (*freemen of trading corporations*) oy hakkına sahip olması gerektiğini savunmaktadır. İngiliz toplum yapısında büyük toprak sahipleri genellikle toprağa *freehold* statüsünde, yani tam mülkiyetle sahipti. Buna karşılık, toprağı işlemekle birlikte doğrudan sahibi olmayan ve kira karşılığında bu hakkı elinde bulunduran kişiler ise *copyholder*¹⁰⁹ olarak adlandırılıyordu. Cromwell ve Ireton’a göre *copyholder*’lar da dahil olmak üzere toprağa tam mülkiyetle sahip olmayan diğer tüm kişiler özgür İngiliz statüsünde kabul edilmeyeceği için oy hakkına sahip olmamalıydılar.¹¹⁰ Macpherson’un hesaplamasına göre oy hakkına sahip olabileceklerin bu şekilde belirlenmesi durumunda seçmen sayısı 212.000 erkeğe karşılık gelirken, Levellerların önerdiği biçimde çıraklar, hizmetkarlar ve sada-

vurguluyorlardı. Kamusal hayata dahil olma taleplerine rağmen Leveller kadınlarının o dönemde erkeklerle tam siyasal eşitlik talep etmekten uzakta oldukları da ileri sürülmüştür. Detaylı bilgi için bkz. Ann, **Hughes**, *Gender and the English Revolution*, New York 2012, s. 57-60.

¹⁰⁷ **Hughes**, s. 115.

¹⁰⁸ **Macpherson**, s. 128-129.

¹⁰⁹ *Copyhold*, lordun siciline kayıtlı ve belirli şartlarla sınırlı olan bir toprak kullanım hakkıdır. Söz konusu hak bu yönüyle Osmanlı’daki tımar sistemine benzetilebilir. *Freeholder* toprağın doğrudan sahibi iken, *copyholder* sadece belirli kurallar çerçevesinde araziye kullanma hakkına sahiptir. Uygur, **Kocabasoğlu**, “Lügatçe”, İngiltere’de Devrim Çağı:1603-1714, İstanbul 2021, s.405; **Şahin**, s. 109-110.

¹¹⁰ **Macpherson**, s. 112.

ka alanlar dışında her erkeğe oy hakkı tanınması durumunda seçmen sayısı 417.000 olmaktadır.¹¹¹ Mahkumlar hariç tüm erkeklere oy tanınması durumunda ise seçmen sayısı 1.170.000 erkeğe tekabül etmektedir¹¹² ki bu sayı bize Levellerların da aslında azımsanmayacak bir topluluğu oy hakkının kapsamı dışında bırakmayı önerdiğini göstermektedir. 1649 tarihli Halk Anlaşması da Levellerların Putney’deki önerisini tekrarlamaktadır. Anlaşmada da hizmetkârlar, sadaka alanlar, son kralın ordusunda silah taşıyan veya ona gönüllü olarak mali destek sağlayanlar hariç olmak üzere yirmi bir yaş ve üzerindeki tüm erkeklerin oy hakkına sahip olduğu belirtilerek bazı kişilere seçmen olma hakkının tanınmadığı görülmektedir.¹¹³

Parlamentonun otoritesinin dayandığı meşru temelin ne olduğunun sıkça sorgulandığı bir dönemde Levellerlar Parlamentonun gerçekten tüm özgür bireyleri temsil etmesi gerektiğini savunmakta ve ekonomik bağımlılık nedeniyle siyasal özerkliğe sahip olmadıklarını düşündükleri yoksulları ve ücretli çalışanları “özgür insanlar” arasında saymamaktadırlar. Siyasal düşüncenin çoğunlukla din adamlarından edinildiği, oy verme işleminin yalnızca el kaldırma yoluyla yapıldığı ve toplumun büyük kısmının okuma yazma bilmediği bir dönemde, bu yaklaşım belli ölçüde açıklanabilir olsa da dönemin en radikal siyasal hareketinin dahi hem kadınları hem de erkeklerin önemli bir kısmını siyasal katılımın dışında bırakmış olması, 17. yüzyıl İngiltere toplumunun sınırlı kapsayıcılığını ve eşitsiz yapısını ortaya koymaktadır. O dönemde “halk” kavramının adeta yoksulları içermeyen bir şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır.¹¹⁴

Leveller temsilcileri ve metinleri¹¹⁵ zamanla unutulmuş ya da bastırılmış olsa da savundukları fikirler ortadan kaybolmamıştır. Aksine, bu düşünceler devrimci kültürün kalıcı ve etkili bir parçası haline gelmiştir. Onların radikal yaklaşımları politik tartışmanın seyrini de etkilemiştir.¹¹⁶

¹¹¹ Macpherson, s. 114.

¹¹² Macpherson, s. 115.

¹¹³ Lilburne/ Walwyn/ Prince et al, s. 170.

¹¹⁴ Hill, Devrim Çağı, s. 222.

¹¹⁵ Leveller metinleri yazıldıkları dönemde okuma yazma bilen halk kitlelerine çeşitli vasıtalarla ulaşmış ve bu metinler üzerinden demokrasi kültürüne katkıda bulunan kamusal bir tartışma yürütülmüştür. Bkz. Filiz, **Zabcı**, “Spinoza ve Locke: Siyasal Özgürleşmeden Bireysel Özgürlüğe”, Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, Mehmet Ali Ağaoğulları (Editör), İstanbul 2011, s. 477.

¹¹⁶ Meiksins Wood, s. 267.

VI. LEVELLERLARIN MİRASI

Putney Tartışmalarında Levellerların, bireysel mülkiyetin doğal bir hak olduğunu savunmaları, yalnızca müzakere sırasında Ireton'un eleştirilerine karşı geliştirilmiş geçici bir sav değildir. Onlar, mülkiyetin oy hakkıyla ilgili tartışmalardan bağımsız ve ondan önce gelen temel bir hak olduğuna gerçekten inanmaktadırlar. Dahası, savundukları görüş yalnızca maddi mülkiyetle sınırlı değildir. Onlara göre mülkiyet hakkı, bireyin kendi üzerinde sahip olduğu haklardan başlayarak, rıza temelinde kurulan yönetime ve özgürlüklere kadar uzanan geniş bir çerçeveyi kapsamaktadır. Bu düşüncenin temelinde ise, her bireyin doğuştan itibaren kendi varlığının ve kişiliğinin sahibi olduğu fikri yatmaktadır. Overton, Putney Tartışmaları öncesinde de bazı risalelerinde bu düşüncüyü açık bir biçimde dile getirmekte ve kapsamlı bir doğal haklar öğretisi geliştirmektedir. Ona göre, medeni ve siyasi haklar doğrudan doğal haklardan türemektedir. Bu doğal hakların kaynağı ise, bireyin kendi benliğine yani kişiliğine sahip olmasıdır. Bu kişisel sahiplik, insanın doğuştan getirdiği içsel ve yaratılıştan kaynaklanan doğasına dayanmaktadır.¹¹⁷

Overton, "Tüm Tiranlara Karşı Bir Ok" (*An Arrow Against All Tyrants*) adlı risalesinde doğada her bireye, doğa tarafından verilmiş, başkaları tarafından ihlal edilemeyecek ya da gasp edilemeyecek bireysel bir mülkiyet tanındığını ve her insanın nasıl ki kendine ait bir varlığı bulunuyorsa, aynı şekilde kendine ait bir mülkiyete de sahip olacağını ifade etmektedir. Overton'a göre bir kişinin bir başkasını bu mülkiyetten yoksun bırakmaya kalkışması, doğanın temel ilkelerine ve insanlar arasındaki hakkaniyet ve adalet kurallarına açık bir aykırılık ve saldırı anlamına gelmektedir. "Benim" ve "senin" ayrımının da ancak bu şekilde mümkün hale geldiğini belirtmektedir.¹¹⁸ Bu doğal hak görüşünden, her insanın şahsına bağlı mülkiyetinin dokunulmazlığı fikrine ve oradan John Locke'a¹¹⁹ ulaşılabilceği gibi Thomas Hobbes'un kine benzer bir toplum görüşüne de varmak mümkündür.¹²⁰ Overton'a göre bireyin özgürlüğü ihlal edildiğinde ve şahsına yönelik keyfi müdahalelere maruz kaldığında, mülkiyet hakkını ve diğer haklarını güvenli

¹¹⁷ Macpherson, s. 139-140.

¹¹⁸ Richard, Overton, "An Arrow Against All Tyrants, 12 October 1646", *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 55.

¹¹⁹ Meiksins Wood, s. 264.

¹²⁰ Macpherson, s. 141.

biçimde kullanması imkânsız hale gelmektedir.¹²¹ Overton'un doğal haklar teorisinde haklar ve görevler Hobbes'un düşüncesine benzer şekilde bireyin kendini koruma içgüdüsünden türetilmektedir.¹²²

Leveller düşüncesini özgün ve dikkat çekici kılan yan, doğal haklar ve rıza anlayışına yeni bir biçim kazandırmış olmalarıdır. Onlara göre doğa yasası, bireye doğuştan gelen, devredilemez haklar tanımaktadır ve devlet ancak bu hakların korunması amacıyla ortaya çıkmakta ve var olmaktadır. Rıza kavramını da kolektif bir işlem değil, her bireyin kendi adına gerçekleştirmek hakkına sahip olduğu kişisel bir eylem olarak görmektedirler. Her ne kadar Hobbes kadar sistematik bir çerçeve sunmasalar da Levellerlar da toplumun meşruiyetini bireysel çıkarların korunmasına dayandırmaktadırlar. Eğer toplumsal sözleşme fikrini daha açık bir şekilde geliştirmiş olsalardı, bu sözleşme anlayışı kral ve halk arasındaki geleneksel bağa değil, Hobbes'unki gibi bireyler arası karşılıklı çıkarlara dayalı bir sözleşmeye benzerdi. Bu çerçevede, Leveller düşüncesinde birey ve onun hakları tüm toplumsal düzenin temel taşıdır. Levellerlar için bireysel özgürlük esastır ve herhangi bir sınırlama, ancak bu özgürlüğe katkı sağlıyorsa meşru sayılabilir.¹²³

Putney Tartışmaları sırasında Levellerların ortaya koyduğu doğal hukuk yaklaşımlarının, bazı açılardan Locke'un doğal hukuk anlayışını etkilediği de ifade edilmelidir. Ancak bu etkileşime rağmen, Locke'un görüşleri ile Levellerlar arasında doğrudan bir süreklilikten söz etmek mümkün değildir.¹²⁴ Levellerlar ve Locke'un ulaşmak istedikleri amaç bakımından birbirlerinden farklılaştıkları ileri sürülebilir. Levellerların esas amacı mülkiyetin kökenini göstermek değildir. Locke'un yaklaşımı ise çok daha karmaşık bir yapıya sahiptir. Locke, "Bir birey, herhangi bir şeyin mülkiyetini nasıl haklı bir biçimde elde edebilir?" sorusuna yanıt arayarak düşünsel sürecine başlamaktadır. Gerekçeleri çok katmanlı olsa da asıl amacı mülkiyet hakkını sivil toplumdan veya siyasal otoriteden bağımsız bir temele oturtmak ve böylece bu hakkın dokunulmazlığını güçlendirmektir. Eğer bireylerin mülkiyet hakkı toplum ya da devletin bir lütfu değil de doğuştan gelen doğal bir hak olarak kabul edilirse, bu durum hiçbir hükümetin bu hakka hukuksuz biçimde müdahale edemeyeceği yönündeki temel ilkeyi daha da pekiştire-

¹²¹ Meiksins Wood, s. 301.

¹²² Macpherson, s. 156.

¹²³ Sabine, s. 167.

¹²⁴ Meiksins Wood, s. 302.

cektir. Levellerların temel gayesi ise iktidarın servet sahiplerinden ve imtiyazlı sınıflardan ayrılması, böylece küçük mülk sahiplerinin devlet eliyle yapılan keyfi müdahalelere karşı korunmasıdır.¹²⁵

Hareketin mülkiyet anlayışının, bireyin sınırsız mülk edinme hakkına dayanmadığını da bu noktada eklemek gerekir. Levellerlar her ne kadar sınırsız mülk edinme fikrine doğrudan itiraz etmemiş olsalar da, bu durumun yol açtığı servet birikimi ve bunun sonucunda ortaya çıkan mülkiyet eşitsizliğine de ekonomik güç ile siyasi iktidar arasındaki sıkı bağ sebebiyle karşı durmuşlardır.¹²⁶ Ancak Macpherson'a göre Levellerların politik mücadelelerinin ve söylemlerinin merkezine mülkiyeti yerleştirmesi, farkında olmadan, Locke'un eşit mülkiyet hakkı ile sınırsız mülkiyet hakkı arasındaki çizgiyi silikleştirmesine zemin hazırlamış ve sonuç olarak demokratik taleplerin mülkiyet temelli liberal ideolojiyle bütünleşmesine yol açmıştır. Bu bağlamda Levellerların radikal demokratlar yerine radikal liberaller olarak ele alınmasının daha yerinde olduğu ileri sürülmüştür.¹²⁷ Levellerların mülkiyeti temel alan bir özgürlük anlayışını, eşitliğe yeğledikleri görüşü¹²⁸ de onların radikal liberaller olarak değerlendirilmesi fikrini güçlendirmektedir.

Levellerlar mülkiyetin eşitlenmesi ya da toplumsal ayrıcalıkların tamamen ortadan kaldırılmasını savunmuyorlardı. Onlar, özellikle soyluluğun sağladığı siyasal imtiyazlara ve ticarete tekelleşme yoluyla elde edilen ekonomik ayrıcalıklara karşı çıkmaktaydılar. Hukuki temele dayanan ayrıcalıklara itiraz ederken, genel anlamda toplumsal ya da ekonomik eşitsizliklere müdahale etmeyi amaçlamıyorlardı. Esas talepleri, yasa önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi idi. Özellikle küçük mülk sahibi sınıfın siyasal haklara erişimini savunmaktaydılar. Bu hareket, yeni tip mülkiyet ilişkileri içerisinde zenginlik elde etmiş bir grubun, feodal ayrıcalıkları sürdürmekte olan toprak sahibi yönetici sınıflarla müzakere etme çabasının siyasal bir ifadesi olarak görülebilir. Bu yönüyle Levellerlar, düşünsel açıdan sosyalist değil bireyci bir çizgiye sahip olmuş, amaçları ise ekonomik değil daha çok siyasal nitelikte olmuştur.¹²⁹

¹²⁵ **Meiksins Wood**, s. 300-303.

¹²⁶ **Macpherson**, s. 154-155.

¹²⁷ **Macpherson**, s. 158-159.

¹²⁸ Bu yöndeki görüş için bkz. **Zabcı**, s. 477.

¹²⁹ **Sabine**, s. 164.

17. yüzyılın ilk yarısında ortaya koyduğu siyasal ilkelerle Levellerlar, klasik liberalizmin öncüsü sayılan John Locke'tan daha erken bir dönemde liberal düşünceye önemli katkılarda bulunmuştur. Bununla birlikte, Levellerların anayasal demokrasiye olan katkıları da yadsınamaz niteliktedir. Loughlin, geliştirmiş oldukları anayasal ilkeler sebebiyle Levellerların anayasal demokrasinin dünyadaki ilk savunucuları olduklarını ileri sürmektedir.¹³⁰ Levellerlar, temsili, sorumlu, hesap verebilir, seküler, kuvvetler ayrılığının tesis edildiği, temel hak ve özgürlüklerin korunduğu bir yönetim anlayışını savunarak, modern anayasal düzenin temelini oluşturan siyasal ilkelerin erken biçimlerini ortaya koymuş ve anayasa yapımına zemin hazırlayan koşulların şekillenmesine katkıda bulunmuşlardır.¹³¹ Levellerlar her ne kadar Cromwell ve taraftarları karşısında yenilgileri neticesinde İngiltere'deki siyasal yapının biçimlenmesinde belirleyici bir rol oynayamamış olsalar da Levellerların mirası Amerikan ve Fransız Devrimleri ile bu süreçleri izleyen anayasal düzenlemelere aktarılmış ve tasarladıkları anayasal şema dönünün ilk modern anayasalarının hazırlanmasında ilham kaynağı olmuştur.¹³²

SONUÇ

Levellerlar, dönemin diğer siyasal aktörlerine kıyasla daha kapsayıcı bir temsil anlayışı geliştirmiş olsalar da “özgürlük” ve “siyasal katılım” kavramlarını ekonomik bağımsızlık ve mülkiyet üzerinden tanımlamaları, onları Eşitlikçiler olarak nitelendirmeyi zorlaştırmaktadır. Kadınları ve ücretliler de dahil olmak üzere ekonomik olarak başkasına bağımlı olarak değerlendirilen geniş toplumsal kesimleri siyasal sürecin dışında bırakan bu anlayış, hareketin demokratik yönünü de belirli ölçüde aşındırmaktadır. Yine de Levellerların halk egemenliği, temsil ve siyasal haklar konusundaki katkıları, modern demokratik düşüncenin inşasında önemli bir aşamayı temsil etmektedir.

Putney Tartışmaları öncesinde kaleme alınan Serzeniş metni ve onu izleyen Halk Anlaşmaları, Levellerların siyasal tahayyülünün yazılı bir ifadeye kavuştuğu, anayasal düzene dair taleplerinin somutlaştığı belgeler olarak değerlendirilebilir. Bu metinlerde yalnızca mutlak monarşiye değil, aynı zamanda meşruiyetini halktan alan ancak halkın taleplerini karşılamayan

¹³⁰ Loughlin, s. 103.

¹³¹ Loughlin, s. 95-100.

¹³² Hill, Devrim Çağı, s. 239.; Loughlin, s. 103.

Parlamentoya da eleştirel bir tutum geliştirilmiştir. Levellerlar, temsilcilerin halkın emanetini taşıyan vekiller olarak görev yaptığını hatırlatarak, halkın iradesine vurgu yapmışlardır. Halk Anlaşmaları ise bu yaklaşımı kurumsal bir öneriye dönüştürerek, anayasal hareketlerin öncüsü olmuştur. Her ne kadar bu metinler dönemin egemen siyasal yapısında karşılık bulamamış olsa da doğal haklar, seçilmiş iktidarın sınırlandırılması ve yasa önünde eşitlik gibi kavramlar üzerinden modern anayasal düşüncenin gelişiminde önemli bir referans noktası olarak kalmıştır.

İngiltere’de temsil, mülkiyetin siyasal haklarla ilişkisi ve doğal hakların kapsamı gibi temel konular üzerine yapılan en radikal ve kapsamlı tartışmalardan biri olarak tarihe geçen Putney Tartışmaları sırasında oy hakkı etrafında şekillenen fikir ayrılıkları, Leveller hareketinin temsil anlayışının sınırlarını da ortaya koymuştur. Levellerlar daha geniş bir seçmen kitlesini savunuyor gibi görünse de “özgür doğmuş İngiliz” tanımına yalnızca ekonomik bağımsızlığa sahip erkekleri dahil etmişlerdir. Bu durum, Leveller düşüncesinin halk egemenliği ve eşitlik söylemine karşı, orta halli mülk sahiplerinin sınıfsal çıkarlarını korumaya yönelik bir yaklaşıma sahip olduğunu göstermektedir. Cromwell ve Ireton’un oy hakkını yalnızca büyük mülk sahiplerine tanıma eğilimiyle karşılaştırıldığında Leveller önerisi daha kapsayıcı görünse de dönemin en radikal siyasi hareketinin dahi sınıfsal kaygılarla hareket ettiği ve önemli bir kesimi siyasal katılım hakkından dışladığı göze çarpmaktadır.

Levellerların siyasal temsile ilişkin görece dışlayıcı yaklaşımının yanında oy hakkını doğal haklar temelinde savunması ise oldukça kafa karıştırıcıdır. Tartışmalarda Levellerlar, her bireyin doğuştan gelen haklara sahip olduğu gerekçesiyle oy hakkının yaygınlaştırılmasını savunurken, Cromwell ve Ireton gibi generaller, bu görüşe karşı çıkarak oy hakkının mülkiyetle sınırlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Mülkiyetin tarihsel ve toplumsal düzenin temeli olduğu düşüncesiyle hareket eden Ireton, doğal haklara dayalı radikal bir eşitliğin mevcut anayasal düzeni tehdit edeceğini savunmuştur. Buna karşılık, Levellerlar her fırsatta niyetlerinin mülkiyeti ilga etmek olmadığını dile getirmiş, esas amaçlarının siyasal temsilde eşitliği sağlamak olduğunu belirtmişlerdir. Ancak çelişkili bir biçimde, yine de belli grupları siyasal katılımın dışında tutmuşlardır. Tartışmalar, siyasal katılımın yalnızca hukuki değil, aynı zamanda sınıfsal ve ideolojik sınırlarla da şekillendiğini göstermiş ve bu yönüyle erken anayasal düşüncenin içsel çelişkilerini de görünür kılmıştır.

Diggerlerden farklı olarak Levellerlar mülkiyetin eşitlenmesini hedefleyen ve ortak mülkiyeti savunan bir hareket değildir. Hareketin temel yönelimi, özellikle aristokrasiye tanınan siyasal ayrıcalıklar ile ticarete tekelleşme yoluyla edinilen ekonomik imtiyazlara karşı çıkmaktır. Bu bağlamda, Levellerlar yasa önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesini talep etmiş ve özellikle küçük mülk sahibi bireylerin siyasal haklara erişimini savunmuşlardır. Hareket, yeni mülkiyet ilişkileri içinde güç kazanan bir toplumsal kesimin, feodal ayrıcalıkları korumakta ısrar eden toprak sahibi elitlerle siyasal düzlemde yürüttüğü bir müzakere olarak değerlendirilebilir.

Levellerların görüşleri liberal siyasal felsefenin şekillenmesinde de etkili olmuştur. Hareket tarafından dile getirilen bireysel özgürlük, doğuştan gelen haklar, rızaya dayalı yönetim ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler, klasik liberalizmin daha sonra sistematik hale getireceği düşünsel çerçevenin nüvesini oluşturmaktadır. Her ne kadar tarihsel koşullar nedeniyle hareket başarısızlığa uğramış olsa da Levellerların düşünsel mirası hem Amerikan ve Fransız devrimlerinin siyasal vizyonunda etkili olmuş hem de anayasa yapım süreçlerine ilham veren temel referanslardan biri haline gelmiştir. Bu bağlamda Levellerları sadece dönemin muhalif radikal bir grubu olarak değil, aynı zamanda anayasal demokrasi düşüncesinin mimarları olarak değerlendirmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- “An Agreement of the People for a Firm and Present Peace upon Grounds of Common Right and Freedom, 28 October 1647”, The English Levellers, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 92-101.
- Ağaoğulları**, Mehmet Ali/ **Çulha Zabcı**, Filiz/ **Ergün**, Reyda, Kral-Devletten Ulus-Devlete, Ankara 2009.
- Akman**, Şefik Taylan, “Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiltere’de Hukuki Düzenin Kuruluşu ve İktidarın Paylaşımı”, GSÜHFD, S. 2021-1, s. 151-237.
- Aktan**, Coşkun Can/ **Yay**, Serdar, “Tesviyeciler Hareketi (1647-1649): Anayasal Demokrasi Yolunda Bir Mücadele”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, 2019, s. 96-114.
- Crawford**, Patricia, “‘The Poorest She’: Women and Citizenship in Early Modern England”, The Putney Debates of 1647: The Army, The Levellers, and the English State, Michael Mendle (Editör), Cambridge 2001, s. 197-218.
- Çelen**, Gökhan, “Liberalizmin Kayıp Çocukları: Leveller Hareketi İncelemesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 79, Sayı: 4, 2024, s. 775-798.
- De Krey**, Gary S., Following the Levellers, Volume One: Political and Religious Radicals in the English Civil War and Revolution, 1645-1649, London 2017.
- Demir**, Barış Meriç, “Tüm İnsanlar Özgürdür, Yoksullar Hariç: İngiliz Leveller Hareketinin Özgürlük, Doğal Hak ve Siyasal Temsil Kavrayışları Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 38, 2020, s. 123-148.
- Foxley**, Rachel, The Levellers: Radical Political Thought in the English Revolution, Manchester 2013.
- Hill**, Christopher, 1640 İngiliz Devrimi (İngiliz Devrimi), (çev. N. Kalaycıoğlu), İstanbul 1983.
- Hill**, Christopher, Dünya Altüst Oldu: İngiliz Devrimi’nde Radikal Düşünceler (Dünya Altüst Oldu), (çev. U. Kocabaşoğlu), İstanbul 2021.
- Hill**, Christopher, İngiltere’de Devrim Çağı:1603-1714 (Devrim Çağı), (çev. U. Kocabaşoğlu), İstanbul 2021.
- Hughes**, Ann, Gender and the English Revolution, New York 2012.
- Kocabaşoğlu**, Uygur, “Lügatçe”, İngiltere’de Devrim Çağı:1603-1714, İstanbul 2021, s. 399-427.
- Lilburne**, John, et al., “The Petition of 11 September 1648”, The English Levellers, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 131-139.
- Lilburne**, John/ **Walwyn**, William/ **Prince**, Thomas et al., “An Agreement of the Free People of England, 1 May 1649” The English Levellers, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 168-178.
- Loughlin**, Martin, Politik Hukukbilim: Bodin’dan Modern Sonrasına, (çev. K. Turanlı), Ankara 2022.

- Macpherson**, Crawford Brough, *The Political Theory of Possesive Individualism*, Oxford 1962.
- Meiksins Wood**, Ellen, *Özgürlük ve Mülkiyet: Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi*, (çev. O. Köymen), İstanbul 2024.
- Members of The New Model Army and Civilian Levellers**, "Extract from the Debates at the General Council of the Army, Putney, 29 October 1647" *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 102-130.
- More**, Thomas, *Ütopya* (çev. S. Usta), İstanbul 2008.
- Overton**, Richard, "An Arrow Against All Tyrants, 12 October 1646", *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 54-72.
- Overton**, Richard/ **Walwyn**, William, "A Remonstrance of Many Thousand Citizens, 7 July 1646", *The English Levellers*, Andrew Sharp (Editör), Cambridge 1998, s. 33-53.
- Rees**, John, *The Leveller Revolution: Radical Political Organisation in England, 1640-1650*, New York 2016, Kindle edn, ch. 10, 'The Putney debates and the man of blood', loc. 4290.
- Sabine**, George, *Siyasal Düşünceler Tarihi II: Yeni Çağ*, (çev. A. Öktem), Ankara 1969.
- Şahin**, Çağatay, *Tarımsal Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiliz Çitleme Hareketi ve Toprak Mülkiyetinin Hukuki Dönüşümü*, İstanbul 2024.
- Timur**, Taner, *Mutlak Monarşi ve Fransız Devrimi*, İstanbul 2021.
- Zabcı**, Filiz, "Spinoza ve Locke: Siyasal Özgürleşmeden Bireysel Özgürlüğe", *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, Mehmet Ali Ağaoğulları (Editör), İstanbul 2011, s. 457-506.

MESLEKİ HAREKET (TARAFSIZ EYLEM) KAPSAMINDA YARDIM EDENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Ezgi ÇIRAK KARALI**^(**)

Öz: Ceza hukukunda yardım eden sıfatıyla suça iştirak, suçun işlenmesini kolaylaştıracak maddi yardımda bulunmak, suçta kullanılacak araç-gereci sağlamak, suçun işlenmesi sırasında gözcülük yapmak gibi klasik yardım çeşitlerini akla getirir de yardım etme bu durumlardan çok daha fazlasını kapsamaktadır. Bir kişinin yardım eden sıfatıyla hareket edip etmediğini anlamanın çok karmaşık olduğu bazı alanlar vardır. Bu gri alanlar, “mesleki” ya da “nötr” olarak davranılan, kendi içerisinde ilk etapta suçun işlenmesi bakımından göze çarpmayan ancak suçla ilişkili eylemleri içerir.

Bir profesyonelin kendi başına şüpheli olmayan, ancak başka bir kişinin suçuna yansıyan mesleki faaliyetlerini yürüttüğü durumlar, mesleki hareket kavramıyla ifade edilmektedir. Örneğin bir avukatın müvekkiline ihaleye fesat karıştırma suçu hakkında bilgi vermesi, bir vergi danışmanının müşterisinin hesaplarının yönetimini devralması ve yanlış sınıflandırılmalarını beklemesine rağmen özel yaşam harcamalarını iş harcamaları olarak kabul etmesi, kimlik bilgilerinin açıkça yazılmasını gerektiren bankacılık işlemlerinin, bir satıcının bir kişinin öldürülmesinde kullanılacak bıçağı faile satması, bir taksi şoförünün bir hırsız suçu mahalline götürmesi gibi durumlar ile bir suçun işlenmesi kolaylaştığında, bu fiilleri gerçekleştirenlerin eylemlerinin suça iştirak kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Başkaları tarafından işlenen suçlara, günlük davranışlarla destek vermenin hangi koşullar altında yardım eden olarak cezalandırılacağı ve işlenen suça yönelik katkı olarak değerlendirilebileceği sorusu çalışmanın özünü oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suça İştirak, Yardım Etme, Mesleki Hareket, Tarafsız Eylem, Ceza Sorumluluğu.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 02.12.2025.

^(**) İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir - Türkiye,
E-posta: ezgi.cirak@idu.edu.tr,
Orcid: 0000-0003-0342-7504.

THE CRIMINAL LIABILITY OF AN AIDER WITHIN THE SCOPE OF PROFESSIONAL CONDUCT (NEUTRAL ACT)

Abstract: In criminal law, aiding and abetting is typically associated with facilitating the commission of a crime through material assistance, providing tools or equipment used in the offense, or acting as a lookout during its execution. However, aiding extends far beyond these traditional forms. There are certain areas where determining whether a person has acted as an aider is not straightforward. These grey areas involve “professional” or “neutral” actions that, at first glance, do not appear to contribute to the commission of a crime but are nonetheless related to it.

Professional conduct refers to situations where a professional carries out activities that, in isolation, are not inherently suspicious but contribute to another person’s crime. For instance, a lawyer providing information to a client about the offense of bid rigging, a tax consultant taking over the management of a client’s accounts and classifying personal expenses as business expenses despite knowing they are misclassified, a banker failing to disclose required identity information in financial transactions, a seller providing a knife to an individual who intends to use it for murder, or a taxi driver transporting a thief to the crime scene-all these instances may facilitate the commission of a crime. In such cases, the actions of those involved should be evaluated within the scope of participation in the crime.

The core issue of this study revolves around the question of under what conditions everyday actions that support crimes committed by others may be punishable as aiding and abetting and whether such actions contribute to the committed offense.

Keywords: Criminal Participation, Aiding and Abetting, Professional Conduct, Neutral Act, Criminal Liability.

GİRİŞ

Ceza hukukunda suça iştirak kuralları, fail dışında kalan ve suça katkısı olan kişilerin, suçtan dolayı hangi şartlarda cezai sorumluluğun doğacağını belirlemektedir. Geleneksel olarak, suça yardım edenlerin cezalandırılabilirliği, suçun işlenmesini kolaylaştıran maddi yardımlar, suçta kullanılacak araçları sağlamak veya suç anında failin yanında bulunarak destek vermek gibi açık ve belirgin hareketlerle sınırlandırılmaktadır. Ancak modern ceza hukukunda, mesleki faaliyetler kapsamında gerçekleştirilen ve tarafsız görünse de fiilen bir suçun işlenmesine katkı sağlayan eylemlerin cezai sorumluluk doğurup doğurmayacağı sorusu giderek daha fazla tartışılmaktadır. Özellikle mesleki faaliyetler kapsamında gerçekleştirilen hareketlerin tarafsızlığı ve cezalandırılabilirliği arasındaki hassas denge, hukuk doktrininde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bir avukatın müvekkiline hukuki danışmanlık verirken suçu kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı, bir finans uzmanının vergi planlaması yaparken yasadışı süreçlere aracı olup olmadığı veya bir satıcının bıçak satışı yaparken bu bıçağın bir suç işlemede kullanılacağını bilip bilmediği gibi örnekler, bu tartışmaların merkezinde yer almaktadır.

Bu çalışma, mesleki hareketlerin ceza hukuku açısından hangi koşullarda yardım etme suçunu oluşturduğunu incelemektedir. Alman ceza hukuku doktrininde bu tür fiiller “nötr hareketler”, “mesleğe bağlı hareketler” veya “sosyal açıdan uygun hareketler” olarak kavramsallaştırılmıştır. Türk hukuk doktrininde ise konu son yıllarda incelenmeye başlanmış olsa da yargı kararlarında henüz yerleşik bir kavram haline gelmemiştir. Bu doğrultuda, çalışmada özellikle tarihsel ve teorik çerçeveye dair tartışmalarda Alman doktrini ile önemli yargı kararlarına değinilmiştir. Türk hukukuna ilişkin değerlendirmelerde ise temel olarak Türk doktrinindeki eserler esas alınmıştır.

Çalışmada mesleki hareket kavramının ceza hukuku bağlamında nasıl ele alındığı incelenecek, bu kavramın iştirak hükümleri çerçevesinde nasıl değerlendirildiği ve hangi durumlarda cezai sorumluluk doğurabileceği ortaya konulacaktır. Özellikle, meslek mensubu kişinin, failin suç teşkil eden fiiline bilerek ve isteyerek katkıda bulunup bulunmadığı, olası kastın varlığı ve bağlılık kuralının nasıl uygulanacağı gibi hususlar analiz edilecektir. Bu çerçevede, çalışmanın amacı, mesleki faaliyetler ile suça yardım arasındaki sınırları belirlemek ve bu tür durumların hukuki çerçevede değerlendirilmesine katkı sağlamaktır.

I. MESLEKİ HAREKET KAVRAMI VE KAVRAMININ TARİHSEL AŞAMALARI

1. Mesleki Hareket Kavramı

Mesleki hareket kavramı, kişilerin meslekleri kapsamına giren, gündelik hayatta mesleğin icrası için gerçekleştirilen hareketlerdir¹.

Bu hareketlerle bir suça yardım edilmesi halinde bu hareketin cezalandırılabilirliği bir hukuki mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Suç teşkil eden fiile etkisi bulunsa da hayatın olağan akışına uygun davranışlar “tarafsız eylem” “günlük olağan hareketler”, “sosyal açıdan uygun hareketler” olarak adlandırılmaktadır. Bu tür davranışlar, failden bağımsız şekilde, hukuken meşru bir mesleğin icrası kapsamında ve kişisel menfaat doğrultusunda gerçekleştiriliyorsa, bunlar “mesleki hareket” ya da “profesyonelliğin gereği hareketler” olarak nitelendirilir². Bir suçun işlenmesini kolaylaştıran ya da suçun işlenmesine yardım kapsamındaki bu hareketler esasen fail dışında, herhangi bir kişiye karşı da aynı şekilde yardım hareketi olarak gerçekleştirilebilecek hareketlerdir.

Ceza hukukunun genel prensipleri ve sınırları çerçevesinde bu husus bazı örnekler temelinde tartışılmaktadır. Örneğin bir satıcının hırsızlıkta kullanılacak maymuncuğu faile satması, bir taksi şoförünün bir hırsız suçu mahalline götürmesi, bir banka çalışanının müşterilerin vergi kaçırmasını sağlayan bir sermaye transferini yurtdışına gerçekleştirmesi veya bir programcının telif hakkı korumalı içeriğin yasadışı dağıtımına da izin veren bir dosya paylaşım programı dağıtması hallerinde faile yardım eden kişi, mesleğini icra etmektedir. Bu gibi durumlarda mesleğini icra ederken, yardım ettiği kişinin

¹ Claus, **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Münih 2003, § 26 kn. 218 vd.; Bernd, **Schunemann**, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar- Großkommentar (hrsg. Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing- van Saan Ruth/Tiedemann Claus), Berlin 2007, § 27 kn. 17; Urs, **Kindhäuser**, / Till, **Zimmermann**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2022, § 42 kn. 14 vd.; Rudolf, **Rengier**, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2014, § 45 kn. 101; Johannes, **Wessels**/ Werner, **Beulke** / Helmut, **Satzger**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2021, kn. 908 vd.; Hans, **Kudlich**, Handbuch des Strafrechts Band 3, Strafrecht Allgemeiner Teil (Hilgendorf Eric/Kudlich Hans/Valerius Brian hrsg.), Heidelberg 2021, § 54 kn. 48; Petra, **Wittig**, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017, § 6 kn. 153; Muhammed, **Demirel**, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, İÜHFM, Cilt: 75 Sayı: 2, 2017, s. 489-534, 2017, s.492; Serkan, **Meraklı**, Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları, Ankara, 2024 s. 253.

² Almanca: “neutrale Handlungen”, “neutrale „Beihilfe”, “sozialadäquate”, “berufstypische Handlungen”

bu yardımları bir suçun işlenmesinde kullanılacağını bilmeyen kişinin herhangi bir ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Zira bir kişinin, bilgisi dahi olmadığı bir durumdan sorumlu tutulması mümkün değildir. Ceza hukukunda iştirakte bağlılık kuralı gereği bir kimsenin, failin suç teşkil eden fiiline kasıtlı ve hukuka aykırı bir şekilde katkıda bulunması gerekmektedir.

Başka açıdan ise silah satıcısı, kapsamlı bir incelemeden sonra müşterinin resmi olarak ateşli silah satın almasına izin verildiğini ancak bunu başka bir kişiyi öldürmek için kullanmayı planladığını tespit ederse soruşturmaya tabi tutulabilir mi? Bir fırıncı ustasının iyi tanıdığı bir müşteriye, müşterisinin karısını öldürmek için ekmeklerin içine zehir koyarak vereceğini bildiği hâlde ekmek satması gibi durumlarda bu bağlantıyı kurmak oldukça zor olacaktır³.

İlgili mesleği gerçekleştiren kişinin eylemleri, fiilen bir suçla bağlantılıysa ve kişi bunun farkındaysa bu durum nasıl değerlendirilmelidir? Banka soyduğu tespit edilen bir çeteye yiyecek teslim eden kurye nasıl değerlendirilmelidir? Söz konusu faaliyetlerin kendi içinde sorunsuz olduğu ve genellikle ceza sorumluluğu doğurmadığı açıktır. Tek başına ele alındığında, söz konusu davranış genellikle “mesleki/nötr” görünür; ancak genel bağlam dikkate alındığında ceza sorumluluğu doğabilir⁴. Mesleki hareket kapsamındaki hareket ile suçun teşvik edilip edilmediği ya da nasıl teşvik edildiği, meslek mensubunun suçu işlemek için gerekli bilgi ve niyetle hareket edip etmediği soruları önem arz etmektedir. Bu sorulara cevap verebilmek adına çeşitli görüşler ortaya atılmış ve yardım edenin ceza sorumluluğunu sınırlandırmaya yönelik çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur. Bu konuda farklı yaklaşımlar geliştirilmiş olup, izleyen bölümlerde bu teorilere ve görüş ayrılıklarına ayrıntılı biçimde yer verilecektir.

2. Alman Ceza Hukukunda Mesleki Hareket Kavramı Tartışmalarının Tarihsel Aşamaları

A. Birinci Aşamadaki Tartışma (1840’tan 1920’ye kadar)

Mesleki hareketlerin cezalandırılabilirliği tartışması, 1840 gibi erken bir tarihte Avusturyalı hukukçu Joseph Kitka’nın bir çalışmasıyla ortaya atıl-

³ Gunther, **Jakobs**, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt - Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, ZStW, Cilt: 89, Sayı: 1, 1977, ss.1-35, s. 14.

⁴ Markus, **Berndt** / Hans, **Theile**, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Heidelberg 2016, kn. §224.

mıştır⁵. Kitka, A'ya bir terzerole (küçük tabanca) satacak olan bir silah satıcısının, A'nın bunu B'yi öldürmek için kullanacağını bilmesi durumunda, satıcının A'dan para almak dışında başka bir niyeti olmasa bile cinayete ortak olup olmadığı sorusunu ortaya atmıştır.

Kitka'nın 1840'taki ilk sorusundan sonra 1920'lere kadar, o zamanlar henüz kavramsallaştırılmamış olan bu soruya ilişkin başka tartışmalar da ileri sürülmüştür. Bu dönemde doktrin ve yargı kararlarında “tarafsız eylem” için isnad edilebilirliğin sınırlandırılması ve sorunun kasta ilişkin bir mesele olarak konumlandırılması konusunda bir uzlaşma bulunmaktaydı. Doktrinde mesleki hareketlerin yalnızca doğrudan kastla işlenirse cezalandırılacağı ve olası kastla gerçekleşen fiillerin dahi sorumluluğun dışında olduğu görüşü ağırlıktaydı⁶. Kitka “tarafsız eylemler” söz konusu olduğunda, yalnızca suçta iştirak edenin “eylemleriyle suçun işlenmesine bir şekilde katkıda bulunmayı gerçekten amaçlıyorsa” asıl suça yardım ettiğini varsaymaktadır. Böylece sorumluluğu birinci derece dolus directus ile sınırlamaktadır⁷. Ancak yargı kararlarında bu husus daha karmaşık ve belirsizdir⁸. Örneğin 1904 tarihli bir Alman Yüksek Mahkemesi (*Reichsgericht*) kararında⁹, daha sonra suça yardım etme iradesi teorisi¹⁰ (*Theorie des Tatförderungswillens*) olarak bilinen ve işlenecek suçun bilinmesinin, tek başına belirleyici olmadığı görüşü üzerinden hareket edilmiştir. Bunun yerine, yardım edenin de suçun işlenmesine katkı sağladığını bilerek hareket etmiş olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, kararda, yalnızca suçun işleneceğini bilerek hareket etmek ile fiilin suçun gerçekleşmesine katkı sunduğunu bilerek ve bu yönde irade ile hareket etmek arasındaki farkın nasıl belirleneceği açık değildir. Mahke-

⁵ Joseph, **Kitka**, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840, s. 62 (Aktaran) Hendrik, **Schmedier**, “Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?”, NStZ 2004, s. 312-317., s. 312.

⁶ L. v., **Bar**, Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band 2), (reprint 2018), Berlin 1907, s. 693; August, Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, (reprint 2022), Berlin 1917, s. 530.

⁷ **Kitka**, s.65.

⁸ **Roxin**, § 27 kn 20; **Meyer-Arndt**, “Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 1989, s.281; Brigitte, **Tag**, “Beihilfe durch neutrales Verhalten”, Juristische Rundschau, Cilt 2, 1997, ss. 49-57, s.50; Harald, **Niedermair**, “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen”, ZStW, Cilt 107, 1995, ss.507-560, s.541; Monika, **Wolff-Reske**, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Baden-Baden 1995, s. 41.

⁹ RGSt 37, 321ff., dejure.org, Erişim tarihi: 20.11.2024.

¹⁰ Thomas, **Hillenkamp**, 32 Probleme aus dem Strafrecht: Allgemeiner Teil (Klausurprobleme), Münih 2021, s. 179.

me sadece daha önceki tarihli bir karara atıf yaparak¹¹, suçun icrasının, yardım edenin faaliyetinin nedeni veya amacı olması gerekmediğini belirtmiştir. Bu bağlamda, suçun icrası pahasına, para alma şeklindeki hareket ile suça ilişkin bilme ve isteme kastı örtüşmelidir.

B. İkinci Aşamadaki Tartışma (1977’den 1993’e kadar)

Mesleki hareket sorunu, Jakobs tarafından 1977’de yayınlanan bir makalede yeniden ele alınmıştır¹². Jakobs “tarafsız hareketler” sorununu bir yandan genel hareket özgürlüğü, diğer yandan da belirli ceza politikası ihtiyaçlarını tartarak açıklayarak¹³, suç isnadına ilişkin bir kurallar ve istisnalar sistemi geliştirmiştir. Jakobs’a göre kural olarak, suça yönelik nedensel ve önlenabilir her katkı, yardım eden sıfatıyla ceza sorumluluğu atfedilmesini haklı kılmaktadır. Ancak, dışarıdan bir üçüncü kişi tarafından ya da tamamen tesadüfi başka müdahaleler var ise bu durumda yardım edene sorumluluk yüklenemeyecektir¹⁴.

Kitka’nın örneğinde bahsi geçen terzerollerin satışına benzer şekildeki, muhtemel günlük mesleki davranışlar, suça yardım edenin, suçun işlenmesi hususunda bilgisi olsa dahi, yardım eden olarak ceza sorumluluğunu doğurmaz. Bunun nedeni, yardım edeninin hareketinin, dışarıdan bir gözlemcinin bakış açısıyla bir suç planına yönelik olmaması halinde normun bağlayıcılığını ciddi bir şekilde sorgulanamamasıdır. Aynı zamanda, bu hareketin suç sayılması suretiyle genel hareket özgürlüğünün zedelenmesine yönelik ceza politikası meşruiyeti de ortadan kalkacaktır¹⁵.

Jakobs’un bu katkısı Roxin tarafından da ele alınmıştır. Roxin, Jakobs’un görüşünün özü bakımından benzer bir fikir ortaya atmış olsa da bazı farklı görüşler sunmuştur¹⁶. Ortak temel yaklaşım, Roxin’in de cezalandırılabilir yardım etme hareketi ile izin verilebilir hareket arasındaki ayrımı, başka bir kişinin suç

¹¹ RGSt 32, 353.

¹² **Jakobs**, kn.1; **Roxin** § 27 kn. 18; Marcus, **Wohlleben**, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, Münih 1996, kn 177-196 **Wolff-Reske**, s. 123-126; TAG, s.53; **Niedermair**, kn.511.

¹³ Klaus, **Lüderssen** “Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung”, Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden, 1999, ss.329-351, s.339.

¹⁴ **Jakobs**, kn.19.

¹⁵ **Schneider**, s.314.

¹⁶ Claus, **Roxin**, “Zum Strafgrund der Teilnahme”, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, s. 365- 382, s.379.

planına yönelik dıştan görülebilir bir haksız fiilin bulunmasıdır. Yardım edenin fiili, “objektif bir değerlendirmeye” göre, suç olmasa bile fail açısından bir anlam ifade ediyorsa, suçun amacıyla ilgili kabul edilir ve yardım eden cezalandırılabilir¹⁷. Bu formül temelinde Roxin (Jakobs’un aksine), mahkemenin içtihihıyla karşılaştırılabilir bir sonuç olarak, suç işleme kastına göre ayırım yapabileceğini savunur¹⁸. Eğer yardım eden, planlanan suç hakkında kesin bilgiye sahipse ve davranışı fail için suçun gerçekleşmesi dışında bir anlam ifade etmiyorsa, yardım eden olarak cezalandırılmalıdır¹⁹. Öte yandan, yardım eden olası kastla hareket eder ve asıl suçu işlemeyi “amaçlamazsa”, asıl failin suç teşkil edecek şekilde davranmamasına da güvenilebilir²⁰.

C. 1994’ten İtibaren Devam Eden 3. Aşamadaki Tartışma

1994 yılından itibaren sorunun güncelliği ve pratik önemi yüksek mahkeme kararlarından da tartışılmaya başlamıştır. Tartışmanın ilk kez özellikle “beyaz yaka suçları” ile ilişkilendirilmesine yol açan belirleyici dönüm noktası, 1994 yılında Federal Anayasa Mahkemesi’nin “Dresdner Bank” kararı olmuştur²¹. Vergi müfettişleri ve savcılar, banka çalışanlarının, vergi kaçakçılığına yardım ettikleri şüphesiyle kanıt bulmak için bu bankanın çeşitli şubelerinde arama yapmışlardır. Bu kişiler, müşterilerinin paralarını Lüksemburg’daki anonimleştirilmiş bir hesaba transfer etmelerini sağlamakla suçlanmışlardır. Federal Anayasa Mahkemesi, arama emrinin dayandırıldığı sistematik yardım şüphesinin “hiçbir şekilde keyfi olmadığı, açık olmasa bile kolayca anlaşılabilir olduğu”²² kanaatine varmıştır.

Mahkeme’nin kararı sadece savcılar ve vergi müfettişlerini çok sayıda kredi kuruluşunu soruşturmaya sevk etmekle kalmamış, aynı zamanda özellikle “tarafsız eylemler” konusunda doktrinde ve yargı kararlarında tartışmayı tetiklemiştir²³. Bazı istisnalar dışında, bu görüşlerin “tarafsız eylemler” konusundaki

¹⁷ **Roxin** (Teilnahme), s.379.

¹⁸ **Roxin** (§ 27, Beihilfe), kn. 20.

¹⁹ **Roxin** (§ 27, Beihilfe), kn. 20.

²⁰ **Roxin** (§ 27, Beihilfe), kn. 20.

²¹ BVerfG wistra 1994, 221ff, dejure.org, Erişim tarihi: 25.11.2024.

²² BVerfG wistra 1994, 221ff, dejure.org, Erişim tarihi: 25.11.2024.

²³ Christoph, **Trzaskalik**, Der Rechtsschutz in Steuersachen, Köln 1994, s. 550; Heribert, **Schumann**, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen 1986, kn.336; **Tag**, s.49; Otto, **Harro**, “Das Strafbarkeitsrisiko Berufstypischen, Geschäftsmäßigen Verhaltens” Juristen Zeitung, Cilt: 56, Sayı: 9, 2001, ss. 436-444, s.436ff.; Klaus, **Geppert**, “Die Beihilfe (§ 27 StGB)”, Jura, Cilt: 6, 1999, s.266; Uwe, **Mur-**

ortak temel yaklaşımı -tartışmanın önceki aşamalarında olduğu gibi genel kurallarla çerçevesinde yardım etme hareketine kıyasla sorumluluğu sınırlandırmaya yöneliktir²⁴. Bu sınırlandırma doktrinde farklı görüşlerle ortaya atılmaktadır. Bir görüş, yardım edenin ceza sorumluluğunun doğması için, kural ihlalinin kapsamını ceza hukuku kurallarında değil, ilgili mesleğin kendi kurallarının ihlal edilmesinde aramaktadır²⁵. Diğerler görüş ise bu sınırlamayı garantörlük²⁶ kavramıyla açıklamakta, asıl failin norm ihlaliyle “dayanışma” içinde olup olmadığını incelemekte²⁷ veya asıl suçun işlenmesine yapılan katkının destekleyici etkinliğine göre ayırım yapmaktadır²⁸. Federal Temyiz Mahkemesi de “tarafsız eylemler” durumunda yardım edenin sorumluluğunu sınırlandırmakta ve büyük ölçüde Roxin’in tartışma aşamasındaki yöntemleri takip etmektedir²⁹. Bu bağlamda, yardım edenin cezai sorumluluğu ancak suç ortağının “meslekte tipik olarak izin verilen riski aşması” ve asıl suçla “bağlantılı” olması gerekmektedir.

II. MESLEKİ HAREKETİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN ALMAN DOKTRİNİNDE YER ALAN GÖRÜŞLER

1. Kapsamlı Teori (*Extensive Theorie*)

Literatürde daha az sayıda yazar tarafından desteklenen bu görüş, mesleki hareketle yardımı, genel kurallara göre cezalandırılabilir kusurlu davran-

mann, “Zum Tatbestand der Beihilfe”, JuS, 1999, ss.548-552, s.549; Hans, **Kudlich**, “BGH, 1. 8. 2000 - 5 StR 624/99. Beihilfe Zur Steuerhinterziehung Durch Bankmitarbeiter”, Juristen Zeitung, Cilt: 55, Sayı: 23, 2000, ss. 1175-1180; Katharina, **Beckemper**, “Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge”, Jura, Cilt: 23 2001, s.163; Kai, **Müller**, “Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln”, Festschrift für HansLudwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, s. 343-358; s.345; Walter, **Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2015, s.369, kn. 154a; Hans-Heinrich, **Jescheck**, / Thomas, **Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s.695; **Wessels/Beulke/Satzger**, s188, kn. 582a.

²⁴ **Beckemper**, kn. 31.

²⁵ **Kudlich**, kn.31; **Gropp**, kn.32; **Wolff-Reske**, kn.12.

²⁶ Wolfgang, **Wohlers**, “Gehilfenschaft durch „neutrale” Handlungen-Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?”, ZStR, Cilt: 117, 1999, 425-440, s.436; Wolfgang, **Frisch**, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988, s. 295.

²⁷ Heiko H., **Lesch**, “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Cilt: 105, Sayı: 2, 1993, ss.274-291, s.275; **Schuman**, kn.22.

²⁸ Thomas, **Weigend**, “Grenzen strafbarer Beihilfe”, Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden 1998, kn. 208.

²⁹ BGH NSTZ-RR 1999, 184ff., dejure.org, Erişim tarihi: 25.11.2024.

nışa atıfta bulunarak ele almaktadır³⁰. Zira § 27 StGB³¹ (*Strafgesetzbuch/Alman Ceza Kanunu*) yardım etme eyleminin gündelik (*neutral*) niteliğine bakmaksızın, bir başka kişinin kasten işlediği hukuka aykırı eylemi için yardımın kasten sağlanmasını aramaktadır. Hukuki belirlilik ilkesi gereği, bu gereklilik tarafsız eylemler için de geçerlidir. Tarafsız eylemlerin toplumsal açıdan kabul edilebilirliği veya önem derecesinin düşüklüğü göz önüne alındığında, orantılılık ilkesi, suça yardımın sınırlandırılmasında somut olay bazında dikkate alınabilecek bir ölçüt olabilir.³²

İçtihat hukuku ve doktrindeki baskın görüşe göre, mesleki hareketlerle bir suça yardım edilmesinin, genel yardım kuralları uyarınca koşulsuz biçimde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Zira nötr yardım fiillerinin ceza hukuku bakımından taşıdığı çelişkili niteliği dikkate almadan, bu fiillere ancak cezanın belirlenmesi aşamasında (ceza tayininde) sınırlı bir anlam yüklenmesi, yardımın kapsamının sınırsız biçimde genişlemesine ve böylece hukuki güvenliği zedeleyen bir uygulamaya yol açacaktır. Bunun nedeni, ceza hukuku değerlendirmesinde, mesleki hareket fiillerinin göz ardı edilmesi veya sadece mahkûmiyet açısından ele alınmasının, yardım etmenin sınırlarını genişletmesi ve hukuki belirliliğe zarar vermesidir. Ayrıca, tarafsız eylemlere uygulanabilecek ceza normlarının kapsamı fazla genişletildikten sonra, bu genişliğin sadece cezanın tayininde dikkate alınarak daraltılması da doğru bir yöntem değildir. Tarafsız eylemle ilgili sorun, cezanın belirlenmesi aşamasında değil, bizzat suça yardımın unsurları belirlenirken çözümlenmelidir³³. Yardım fiilinin sınırlandırılması, tam da bu bağlamda ele alınmalıdır.

2. Sübjektif Teoriler (*Subjektive Theorien*)

Doktrinde sübjektif teoriye ilişkin görüşler iki şekilde tartışılmaktadır. İlk görüşe göre, içtihat hukuku ve doktrinde yer alan çok sayıda görüş, gün-

³⁰ Harald, **Dörn**, “Straf- oder bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des steuerlichen Beraters”, DStZ, 1992, ss. 331-336, s.331.

³¹ § 27 StGB “Yardım ve yataklık:

(1) Yasadışı bir fiilin işlenmesinde bir başkasına kasten yardım eden her kişi suç ortağı olarak cezalandırılır.

(2) Yardım edene verilecek ceza, suçu işleyene verilecek cezaya göre belirlenir. Bu ceza 49(1) maddesi uyarınca hafifletilir.”

³² Harald Hans **Körner**, / Eberhard, **Dach**, Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht, Münih 1994, kn. 36.

³³ **Dörn**, s.332.

delik davranışlara ilişkin ceza sorumluluğu tartışmasını ağırlıklı olarak suçun sübjektif unsuruna dayandırmaktadır. Suç teşkil eden yardım etme hareketi ile suç oluşturmayan hareketler arasındaki ayrım, öncelikle kişilerin iradesine göre yapılmalıdır³⁴. Buna göre, tarafsız bir eylemde bulunurken bilinci ve iradesi bir başkasının suçuna yardım etmeye yönelmiş olan herkes yardım etmeden dolayı sorumludur. Bu görüşe göre yalnızca fiilin bilinmesi yeterli olmayıp, yardım edenin fiilin işlenmesini istemesi veya bu sonucu en azından kaçınılmaz biçimde öngörmesi gerekmektedir³⁵.

Kasten iştirak için, suç ortağının fail tarafından planlanan eylemden haberdar olması yeterli değildir. Daha ziyade, iştirak edenin, asıl suçun işlenmesine yardım edeceğinin farkında olması gerekir³⁶. Alman Yüksek Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) bu konudaki önemli bir emsal kararına göre, bir tüccarın, genelev işleten birine şarap teslimatından doğan alacağını erteleme, yasadışı fuhuş faaliyetlerine yardım etme olarak değerlendirilmiştir³⁷. Çünkü şarap servisi, satıcının da farkında olduğu üzere, müşteri sayısını artırmayı amaçlamaktadır. Ancak bu karar özellikle Roxin tarafından eleştirilmiş ve şarabın genel tüketime yönelik bir ürün olduğu, yalnızca fuhuş amacıyla gelen kişiler açısından özel bir cazibe veya teşvik unsuru oluşturmadığı, dolayısıyla suçla illiyet bağı kuracak nitelikte olmadığı belirtilmiştir³⁸. Buna karşın, genel ticari faaliyetlerinin bir parçası olarak mal teslim eden tedarikçilerin, bu eylemlerle yasadışı fuhuş faaliyetine yardım etme olarak değerlendirmenin beklenemeyeceği ifade edilir. Örneğin, bir geneleve et veya ekmek satmak ya da kaloriferini tamir etmek ya da kırık camlarını onarmak, günlük iş hayatının doğal bir parçasıdır. Bu tür eylemler, genelev olmayıp, herhangi bir yerde de gündelik bir iş olarak gerekli kabul edileceğinden, cezalandırılmaları söz konusu olamaz³⁹. Ancak günlük yaşamın olağan bir parçası olarak değerlendirilebilecek davranışlar bile, failin suçuna

³⁴ Tag, s.51.

³⁵ Bernd, **Schünemann**, "Täterschaft und Teilnahme", Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 151 StGB, Berlin 2010, § 27 kn. 21.

³⁶ Christian, **Baumgarte**, "Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen unterlassener Konkursanmeldung", Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Cilt:11, 1992, 41-47, s.43; Wolfgang, **Blumers**, / Werner, **Göggerle**, **Handbuch des Verteidigers und Beraters im Steuer-Strafverfahren**, Köln 1989, kn.21; Christian, **Müller-Guggenberger**, Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2024, s.589.

³⁷ RGSt. 39, 45 ff, dejure.org, Erişim tarihi: 27.11.2024.

³⁸ **Roxin**, § 26 kn. 247.

³⁹ RGSt. 39, 45 ff, dejure.org, Erişim tarihi: 27.11.2024.

katkı sağlama amacıyla gerçekleştirilmişse artık “tarafsız eylem” olarak kabul edilemez. Failin fiili ile bir dayanışma görüntüsü oluştuğu takdirde, eylemin sosyal anlamda uygunluğundan söz edilemez⁴⁰. Failin fiili ile bir dayanışma görüntüsü oluştuğu takdirde, eylemin sosyal anlamda uygunluğundan söz edilemez; bu durumda tarafsızlık perdesi kalkar ve hareket cezalandırılabilir hale gelir⁴¹.

Benzer şekilde bir avukat, tutuklu bulunan sanığın eşine hukuki danışmanlık sağlarken, sanığın cezaevinden kaçırılmasında işine yarayacak bilgiler de vermişse, kaçmaya imkan sağlama suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Çünkü avukatın amacı hukuki danışmanlık sağlamak ve mesleki görevini yerine getirmektir; herhangi bir suçun işlenmesine destek vermek değildir⁴². Benzer şekilde, Federal Temyiz Mahkemesi’ne göre, bir yüklenicinin çalışanları için ödenmesi gereken ücret vergisini ödememesi durumunda, yalnızca bir iş sözleşmesi imzalamış olan sözleşme tarafı vergi kaçakçılığına yardım etmekten sorumlu tutulamaz⁴³.

Sübjektif görüş çerçevesindeki ikinci görüş (özellikle eski eserlerde) olası kast durumunda yardım etmeden dolayı ceza verilmemesine ilişkin sübjektif teorilere dayanmaktadır⁴⁴. Bu görüşe göre, tarafsız davranışın yardım etme olarak kabul edilebilmesi için, yardım eden yardımın kaçınılmaz olacağını öngörmüş veya istemiş olmalıdır.

İlerletme teorisinin (*Förderungstheorie*)⁴⁵ aksine, bu görüşün temsilcileri, suç ortağının yalnızca izin verilen mesleğinde mi yoksa üçüncü bir tarafın

⁴⁰ BGH NJW 2001, s. 2410, dejure.org, Erişim tarihi: 27.07.2025.

⁴¹ Volker, **Krey**, / Robert, **Esser**, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 2022, § 32.

⁴² **Müller-Guggenheimer**, s.615), 1590; **Baumgarte**, s.45.

⁴³ “Sadece iş sözleşmesinin imzalanmış olması, sanığı müteahhitler tarafından daha sonra işlenen vergi kaçakçılığına iştirak eden bir kişi haline getirmemiştir. Kararının dayandığı davanın aksine, yüklenicinin faaliyetleri yalnızca bir vergi kaçakçılığı hazırlama amacına hizmet etmemiştir.” BGH, Urteil vom 23.06.1992- 5 StR 75/92 (LG Darmstadt), Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1992, C. 10, s.498.

⁴⁴ **Bar**, s. 693; **Kitka**, kn.61; **Köhler**, s.530.

⁴⁵ Alman Ceza Hukuku’nda yardım etme (Beihilfe) kavramının yorumlanmasında önemli bir teoridir. Yardım etme fiilinin ne zaman gerçekleştiğini ve bu fiilin suçun işlenmesine nasıl katkı sağladığını açıklamada kullanılır. Bu teoriye göre, yardım fiilinin suçun işlenmesi için mutlak bir zorunluluk oluşturması gerekmez, suçun işlenmesine herhangi bir ilerletici katkı sağlanması yeterlidir. Bu teori, Alman Ceza Kanunu’nun § 27 StGB maddesiyle doğrudan bağlantılıdır. Yardım etmenin hangi durumlarda gerçekleştiği konusunda ceza hukukunda farklı teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler, bir kişinin fiilinin suçun işlenmesine nasıl bir katkı sağladığını değerlendirirken farklı kriterler kullanır. Yardım etmenin hangi durumlarda ger-

suçunu ilerletmek için mi hareket etmek istediği konusunda bir ayrım yapılmaktadır. Kişinin olası kastla gerçekleştirdiği hareketi yalnızca üçüncü kişinin suçunu ilerletmek bakımından olduğu durumlarda sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir⁴⁶. Suçun sübjektif unsurlarının sınırlandırılması, olası kast durumunda cezai sorumluluğun ortadan kalktığını savunan görüşlerde olduğu gibi, § 27 StGB maddesinin lafzıyla uyumlu hale getirilmesi güçtür. Bu teori, her ne kadar suçun sınırlarını net bir şekilde belirlemeye olanak tanısa da yardım etme bakımından doğrudan kastın arandığı durumlar azdır. Bu nedenle, olası kasıtlı gerçekleştirilen yardım fiilleri de genel olarak ceza tehdidinden muaf tutulamaz. Bununla birlikte, içtihat hukukunun benimseydiği ilerletme teorisi de eleştirilmektedir. Zira bu teori, özellikle tarafsız yardım fiillerinde, genel kastın yanında suçun bilerek ilerletilmesini veya kolaylaştırılmasını da şart koşmaktadır. Bu durum ise, olası kastla cezai sorumluluğu ortadan kaldırdığına ilişkin doktrinle ve bu kapsamda dile getirilen eleştirilerle örtüşmektedir⁴⁷. Ayrıca, ilerletme teorisi, onaylanmayan bir kastın eklenmesiyle, günlük ve başlangıçta zararsız görünen davranışları suç teşkil eden eylemlere dönüştürmektedir. Bu da günümüz ceza hukukunun temelini oluşturan hukuki değerlerin korunması anlayışıyla bağdaşmayan, bir niyet ceza hukuku anlayışına kapı aralamaktadır⁴⁸. Bu nedenle, tarafsız destek eylemleriyle işlenmiş olabilecek bir suçun tespiti, en azından objektif bir unsurun da dikkate alınması gereklidir⁴⁹.

çekleştiği konusunda ceza hukukunda farklı teoriler geliştirilmiştir. Bu teoriler, bir kişinin fiilinin suçun işlenmesine nasıl bir katkı sağladığını değerlendirirken farklı kriterler kullanır. Yardım fiili, suçun gerçekleşmesini “ilerletici” (fördernd) bir etki yaratıyorsa yardım sayılır. Örneğin, suç işlenmeden önce verilen araç, bilgi ya da maddi destek, bu kapsama girer. Suçun işlenmesinde kullanılan aracı sağlamak ya da suç işleme kararını kuvvetlendirmek şeklinde yardım mümkündür. Förderungstheorie, yardım etme kavramını geniş bir şekilde yorumladığı için Alman yargısında genellikle kabul görür. Bu teori sayesinde, suçun işlenmesinde dolaylı katkısı olan kişiler de cezai sorumluluk altına alınabilir. Yardım etme kavramını oldukça geniş yorumladığı için bazı eleştirilere de maruz kalır. Suçla çok az bağlantısı olan kişiler de cezai sorumlulukla karşı karşıya kalabilir, tarafsız eylemlerin değerlendirilmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Claus, **Roxin**, / Luis, **Greco**, Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Münih 2020, kn. 210; **Wessels/Beulke/Satzger**, s.346; Bernd, **Schünemann**, “Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter”und das Prinzip der Taherrschaftsstufen”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Cilt: 7, 2006, 301-308.

⁴⁶ **Köhler**, kn. 530.

⁴⁷ **Köhler**, kn. 530.

⁴⁸ Adolf, **Schönke**, / Horst, **Schröder**, / Theodor, **Lenckner**, Strafgesetzbuch, Münih 2010, § 13 kn. 10.

⁴⁹ **Tag**, s.52.

3. Objektif Teoriler (*Die objektiven Theorien*)

Objektif teorilerin savunucuları, sübjektif yaklaşımlara yöneltilen rahatsızlığı paylaşmakta ve tarafsız yardım fiilinin, § 27 StGB'nin lafzına aykırı bir şekilde değiştirilmesine karşı çıkmaktadır. Bu yaklaşıma göre, aslında tarafsız olan davranışların, sadece sübjektif unsurun içerdiği kast ile suç unsuru haline getirilmesi uygun değildir⁵⁰.

Objektif teori savunucuları, değerlendirilen davranışın genel hareket özgürlüğü kapsamında yer aldığını ve bu nedenle suç tanımının kapsamına girmemesi gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde, “yardımcı” (*Gehilfe*), hukuki bir güvence olmaksızın keyfi bir şekilde suçlu ilan edilebilir ve bu durum hukuki değerlerin korunmasını güçlendirmeyeceği gibi, yalnızca adaletin zarar görmesine neden olur⁵¹. Çünkü tarafsız yardım fiilleri, konuya dair bilgisi olmayan kişiler tarafından da sağlanabilir.

Objektif teoriler temel olarak beş farklı gerekçeye dayanmaktadır:

- a. Tarafsız Davranışın Sosyal Uygunluk Teorisi (*Sozialadäquanz*): Günlük yaşamda yaygın ve kabul edilebilir davranışların suç olarak değerlendirilemeyeceğini savunur⁵². Bu yaklaşıma göre, hukuki değerler için ortaya çıkan tehlikenin sorumluluğu, yalnızca bu sosyal açıdan olağan davranışlarla ilişki kuran kişilere aittir. Bu durumu, Rudolphi bir örnekle açıklamaktadır: “Bugüne kadar kimse, bir kişiye sadece ona yiyecek sağladığı için öldürmeye yardım suçlaması yöneltmeyi düşünmemiştir.”⁵³ Bu gerekçe, ilk bakışta sosyal yaşamdaki olağan davranış serbestisi üzerine kurulu olduğu için makul görünse de sosyal uygunluk kavramının belirsizliği nedeniyle suçun sınırlandırılmasında tek başına yeterli değildir. Tarafsız davranış yoluyla gerçekleştirilen yardımın cezai sorumluluğa tabi olup olmadığını belirlemede genel geçer bir ölçüt oluşturamaz. Her ne kadar Welzel, bu yaklaşımla nedensellik kriterine⁵⁴ dayalı olarak genişletilmiş yardım fiili tanımını daraltmak için önemli bir baş-

⁵⁰ Tag, s.52.

⁵¹ Wessels/Beulke/Satzger, § 258 kn.79.

⁵² Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, Münih 1969 (reprint 2010), kn.56.

⁵³ Hans-Joachim, Rudolphi, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Berlin 1978, ss.315-340, s.332.

⁵⁴ Bu teoriye göre yardım fiili, suçun işlenmesinde nedensel bir etki yaratmalıdır. Yani, yardım olmadan suçun işlenemeyeceği bir bağ kurulmalıdır. Ancak bu yaklaşım, yardımın etkisinin her zaman doğrudan ve zorunlu olmadığını göz ardı ettiği için eleştirilir. Welzel, kn.56.

langıç noktası oluşturmuş olsa da devam eden tartışmaların asıl katkısı sosyal uygunluk kavramını daha net hale getirmek ve isnadiyet (*Zurechnung*) ilkesine dayalı yeni değerlendirmeler geliştirmek olmuştur. Bu sayede, Welzel'in getirdiği bu belirsiz tanım, daha sağlam hukuki temellere oturtulmaya çalışılmıştır.

İfade bakımından Welzel'in fikrine en yakın olan mesleki yeterlilik yaklaşımı, mesleki uygulama bağlamında sağlanan destek için geliştirilmiştir. Bu yaklaşıma göre tarafsız, sosyal olarak kabul görmüş, kurallarla yönetilen mesleki ve dolayısıyla mesleki açıdan yeterli davranışlar aynı zamanda ceza hukuku kapsamında yasaklanamaz (ve tersine, ceza hukuku ile çelişmez)⁵⁵. Bir meslek, devlet ve toplum tarafından tanınan bir görevi yerine getiriyorsa ve mesleki faaliyetlerini belirli kurallara göre yürütüyorsa, bu durumda mesleki kuralların ceza hukuku kurallarıyla çelişmediği, aksine onları tamamlayıp somutlaştırdığı varsayılır. Bu görüş, trafik kurallarının ihlali gibi durumların, bir tehlike yaratımına işaret edebileceği kabul edildiği sürece makul bulunabilir. Ancak teoriye daha geniş bir uygulama alanı tanınması tartışmalıdır; zira ceza hukuku esasen yalnızca belirli suç tipleri bakımından ceza hukuku dışındaki düzenlemelerle ilişkilidir. Bu bağlamda, mesleki normların her durumda ceza hukuku normlarıyla eksiksiz biçimde örtüştüğü varsayımı da eleştiriye açıktır⁵⁶. Zira “meslek kurallarının” ceza hukuku kurallarıyla çelişmediğine, aksine onları tamamladığına ve somutlaştırdığına dair bir karine yoktur⁵⁷. Aksi takdirde, özel meslek grupları tarafından çıkarılan yönergelerin yardımıyla özel haklar yaratılmış olacak ve bu da herkes ve her faaliyet için geçerli olan genel uygulama kuralı olan § 27 StGB'ye aykırı olacaktır. Asıl sorun mesleki faaliyetlerde değil; belirli, hatta bazen mesleki olarak kabul edilen davranışların ne zaman ve nasıl “yardım etme” olduğunda yatmaktadır. Yani, mesleki olarak tipik olan bir davranışın ceza hukuku kapsamında suça yardım oluşturup oluşturmadığı, duruma ve koşullara bağlı olarak belirlenir⁵⁸.

⁵⁵ **Wolff-Reske**, kn.143; Klaus, **Tiedemann**, “Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Cilt: 19, 1988, ss. NJW 1988, ss.1169-1232, s.1170.

⁵⁶ **Tiedemann**, s.1217.

⁵⁷ **Tag**, s.52.

⁵⁸ Harro, **Otto**, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Cilt: 87, Sayı: 3, 1975, ss. 539-597, s.542.

Sosyal uygunluk teorisi kapsamında bir başka görüş ise Meyer-Arndt'in önerdiği "olaya özgü eylem" (*tatspezifische Handlung*) kriteridir⁵⁹. Ancak tarafsız eylemlerle bağlantılı yardım hareketinin sınırlandırılmasında ikna edici bulunmamaktadır. Meyer-Arndt, yardım eyleminin, failin esasen yasal olan ve ardından gelen suç teşkil eden eylem olmasa bile ekonomik, sosyal veya bireysel açıdan anlamlı kılan bir davranışına dayanıp dayanmadığını sorgular. Eğer öyleyse, bu durumda eylemin olaya özgü bir yönü olmadığı için, destek veren kişi failin davranışının suç teşkil ettiğini bilse bile, yardım oluşmaz. Ancak bu görüş eleştirilmektedir. Zira birçok sıradan eylem (örneğin, bir ürün satmak veya hizmet sunmak) esasen çok amaçlıdır ve anlamını ancak bu eyleme verilen içerik belirler. Başlangıçta yasal olan bir kullanım amacı, fail tarafından yasadışı bir amaca çevrildiğinde veya çevrilebilme olasılığı olduğunda, bu eylemi gerçekleştiren yardım edenin cezai sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaz⁶⁰. Örnekle açıklamak gerekirse, bir hırdavatçının bir tornavida satması, bu aletin esas kullanım amacının vida sıkma olması nedeniyle doğrudan suç oluşturmaz. Ancak, alıcının bu tornavidayı pencereyi levye gibi zorlayarak açmak için kullanacağını ve bunun bir hırsızlık girişimi olduğunu satıcı biliyorsa, bu durumda sıradan bir ticari faaliyet olarak görülecek bir işlem, cezai sorumluluğa yol açabilir. Bu nedenle, normal ticari faaliyet ile suç teşkil eden yardım arasındaki ayrımı yapmak için daha kapsamlı kriterlere ihtiyaç vardır. Salt bir eylemin ekonomik veya sosyal anlamda faydalı olması, bu eylemin otomatik olarak cezai sorumluluktan muaf tutulmasını sağlamaz.

Sosyal uygunluk teorisi kapsamında değerlendirilen başka bir öneri ise Löwe-Krahl'a aittir. Buna göre tarafsız davranışların değerlendirilmesinde orantılılık ilkesinin kullanılmasını ve sosyal uygunluğun (*Sozialadäquanz*) yalnızca destek veren kişi bir tekel (*monopol*) veya garantör (*Garantenstellung*) konumunda olduğunda ya da davranışını üçüncü kişinin suç planına uyarladığında kabul edilmesini önermektedir⁶¹. Bu yaklaşım, özellikle banka işlemleri gibi alanlarda nötr yardımın (*neutrale Gehilfenschaft*) tartışılmasına önemli katkılar sağlamıştır.

Löwe-Krahl'in şu tespitine katılmak mümkündür: Herhangi bir önemsiz eylem, suç işlemek amacıyla kötüye kullanılabilir ve bu tür davranışların

⁵⁹ Meyer-Arndt, s.167.

⁶⁰ Meyer-Arndt, s.170.

⁶¹ Oliver, Löwe-Krahl, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten*, Kiel 1989, kn.114-127.

genel olarak yasaklanması, toplumsal ve ekonomik hayatın felç olmasına yol açabilir. Ancak, Löwe-Krahl'in önerdiği orantılılık ilkesine dayalı sınırlamalar bazı açılardan tamamlanmaya muhtaç görünmektedir. Örneğin tekel ya da garantör durumunda olmayan bir banka çalışanı, bir müşteri adına kara para hesabı açar ve bunu yaparken kimlik doğrulama yükümlülüğünü ihmal ederse ve bu eylem vergi kaçakçılığı planına hizmet ederse, bu durumda bir suça yardımın oluştuğuna dair güçlü göstergeler vardır. Ancak, bu örnek sadece garantör veya tekel konumundaki kişilerle sınırlı kalmamalıdır. Suç planına açıkça uyum sağlamayan ve sıradan görünen davranışlarla üçüncü kişilerin suçlarını bilinçli olarak destekleyen kişiler, sırf garantör ya da tekel statüsünde olmadıkları için cezai sorumluluktan muaf tutulmamalıdır. Löwe-Krahl'in yaklaşımı, tarafsız davranışların cezai sorumluluk açısından değerlendirilmesinde değerli bir katkı sunmakla birlikte, tek başına yeterli değildir. Hem nesnel kriterler (tekel veya garantör olma gibi) hem de öznel unsurlar (kişinin suça destek verme kastı) dikkate alınmalıdır. Bu sayede, sıradan görünen ancak kasıtlı bir şekilde suça katkı sağlayan davranışlar da gerektiğinde cezai sorumluluk kapsamında değerlendirilebilir⁶².

- b. Dayanışma Teorisi (*Solidarisierungstheorie*): Sosyal uygunluk teorisine başvurmak, her durumda genel geçer bir çözüm sunmaz. Zira bu kavram, hangi davranışların gerçekten toplumsal normlara uygun olduğunu belirlemede belirsizlik taşır. Bu nedenle, ceza sorumluluğunun sınırlarını belirlemek için başka bir kriter arayışı ortaya çıkmıştır⁶³. Dayanışma teorisi, yardım fiilinin, failin eylemine aktif bir destek veya bilinçli bir dayanışma oluşturup oluşturmadığını değerlendirir ve yardım fiiline bir sınır çizmeyi temele alır. Suçtan sonra katılımı (*Teilnahme nach der Tat*) tartışılan dayanışma anı, suça yardım bakımından suçun unsurlarını daraltıcı bir yorum kriteri olarak uygulanabilir⁶⁴. Başka bir deyişle, bir kişi yalnızca başkasının suçunu desteklediğinde değil, bu suçu özellikle haksızlığının merkezindeki unsurlar açısından yardım ettiğinde ve kendini görünür şekilde suçun ortağı yaptığında yardım eden sayılır. Dayanışma unsuru, tarafsız yardım fiillerinin cezai sorumluluk taşıyıp taşımadığını ayırt etmek için ilk bakışta uygun bir araç gibi görünür. Yardım edenin, başkasının suçuyla ne kadar özdeşleştiği veya ona katıldığı,

⁶² Otto, kn.410.

⁶³ Schumann, kn.557.

⁶⁴ Schönke/Schröder/Leckner, § 258 Rdn. 21.

suçun sınırlarını belirlemede önemlidir. Ancak dayanışma kavramı da soyut ve belirsiz bir yapıya sahiptir. Yardım edenin, ana failin davranışına ne ölçüde yöneldiğini veya onunla ne ölçüde “kendini bir tuttuğunu” (*sich mit dem Täter „gemein“ macht*) belirlemek zordur⁶⁵. Bu bakımdan davranışın objektif olarak suça katkısı ve sübjektif olarak niyeti birlikte değerlendirilmeli, böylece cezai sorumluluğun kapsamı daha sağlıklı bir şekilde belirlenmelidir.

- c. Profesyonel uygunluk teorisi: Bu teori, Hassemer tarafından geliştirilen ve sosyal uygunluk görüşünün yalnızca mesleki hareketlerle sınırlandırılmış bir versiyonu olarak şekillenmiştir⁶⁶. Bu görüşe göre, failin suç niteliği taşıyan planını bilmesine rağmen, ona profesyonel hizmet sunmak suretiyle destek olan kişinin eylemi, sosyal olarak kabul görmüş ve mesleki kurallara uygun biçimde gerçekleştirildiği sürece, ceza hukuku bakımından önceden sakınılması gereken bir davranış olarak değerlendirilemez⁶⁷. Bu çerçevede, örneğin görevini ifa ederken gerçeğe uygun hesap beyanı yükümlülüğü (§ 154 AO) ihlal etmeyen bir banka çalışanının, objektif olarak suçun kanuni tanımına uygun bir fiili gerçekleştirmediği kabul edilmektedir⁶⁸. Doktrine göre doğal, sosyal olarak meşru görülen ve kurallara uygun biçimde icra edilen mesleki faaliyetlerin ceza hukuku kapsamında yasaklanması mümkün değildir; zira aksi takdirde ceza hukukunun diğer normatif sistemlerle çelişen bir değerlendirme tarzı ortaya koyması söz konusu olur⁶⁹.

Bu görüşün karşısında yer alan bazı yaklaşımlar ise, “profesyonel uygunluk” kavramının, meslek mensuplarını ayrıcalıklı konuma getirdiği ve failin suç planını bilmesine rağmen onu cezai sorumluluktan koruyabileceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre, mesleğe özgü bir davranış ancak o davranış failin suç planına göre biçimlendirilmişse ve mesleki rol failin, suç planına entegre edilmişse cezai açıdan anlamlı hâle gelir⁷⁰. Başka bir görüş ise, ceza sorumluluğunun yalnızca özel bir durumun, örneğin müşterilerin

⁶⁵ Schumann, kn.454.

⁶⁶ Winfried, Hassemer, “Professionelle Adäquanz”, wistra, 1995, s. 41-46; 81-87, s.81.

⁶⁷ Hassemer, s.85.

⁶⁸ Rolf, Kniffka, “Die Durchsuchung von Kreditinstituten in Steuer- strafverfahren”, wistra, 1987, s.309 ff.; Otto, Harro, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch mit dem Zahlungsverkehr befaßte Bankange- stellte?”, StW - Steuer und Wirtschaft, 1994, 409 ff.

⁶⁹ Hassemer, s.82; Ransiek, ss.41-47.

⁷⁰ Löwe-Krahl, s.206.

kimliğini gizlemek için özel olarak tasarlanmış bir sistemin kullanılması gibi, teknik bir altyapının suça özgülenmiş olması durumunda doğabileceğini savunmaktadır⁷¹. Daha sınırlayıcı bir yaklaşım da banka çalışanının eyleminin ancak vergi alacağının tahsilini tehlikeye sokması veya zorlaştırması hâlinde suçun yardım fiili kapsamında değerlendirilebileceğini ileri sürmekte ve çalışan için herhangi bir garanti yükümlülüğü bulunmadığını vurgulamaktadır⁷².

Son olarak Federal Temyiz Mahkemesi, profesyonel meslek faaliyetleri çerçevesinde işlenen eylemlerin cezai yardım teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmede, failin suç kastını bilip bilmediği ve bu kastla ne ölçüde özdeşleştiğine odaklanan bir kriter ortaya koymuştur. Buna göre, yardım eden kişi, failin yalnızca suç işlemek amacıyla hareket ettiğini bilmekte ve bu amaca bilinçli biçimde katkı sağlamakta ise, eylemi artık sıradan veya mesleğe özgü olarak nitelendirilemez ve faille dayanışma (*Solidarisierung*) olarak değerlendirilir⁷³. Ancak yardım eden kişi, eylemin suç teşkil eden amaçla kullanılacağını kesin olarak bilmiyor; sadece olasılık dâhilinde değerlendiriyorsa, bu durumda cezai sorumluluk ancak farkında olunan suç riskinin çok yüksek olması ve yardımın “suç işlemeye yatkın bir faile bilinçli destek” şeklinde tezahür etmesi hâlinde doğar⁷⁴.

Bu çerçevede, mesleki faaliyetlerin ceza hukuku bakımından değerlendirilmesinde “profesyonel uygunluk” tek başına yeterli bir ayırım ölçütü olarak kabul edilmemekte; her somut olayda failin bilgi düzeyi, eylemin nesnel içeriği ve meslek sınırlarını aşan yönleri dikkate alınarak kapsamlı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁷⁵.

- d. Objektif Isnadiyet Teorisi: Ceza hukuku teorisinde yardım edenin sorumluluğunun sınırlarını belirlemek için başvuru teorik araçlardan biri de objektif isnadiyet teorisidir. Yardım kastının bulunması her ne kadar subjektif şartı sağlasa da bir eylemin yalnızca bu subjektif unsura dayanarak cezalandırılabilmesi, iştirak edenin ceza sorumluluğunun be-

⁷¹ LG Bochum, NJW 2000, 1430.

⁷² **Otto**, s.409.

⁷³ BGH, 27.11.1990 - 5 StR 485/89, BGHR StGB § 27 Abs.1 Hilfeleisten 20, juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung, Erişim tarihi: 04.08.2025.

⁷⁴ BGH, 13.03.1987 - 2 StR 608/86, BGHR StGB § 266 Abs.1 Beihilfe 3, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=StV%201987,%2063>, Erişim tarihi: 04.08.2025.

⁷⁵ **Roxin**, s.515.

lirsizleşmesi tehlikesi taşır. Bu bağlamda, özellikle mesleki ve gündelik hayata özgü, yani *tarafsız* nitelikteki yardım fiilleri bakımından objektif isnadiyet kriteri, tipiklik sınırının çizilmesinde temel belirleyici işlevi üstlenmektedir. Bu teori çerçevesinde, bir neticenin yardım eden kişiye yüklenebilmesi için söz konusu hareketin hukuken izin verilen sınırların ötesine geçerek, başkasının hukuki değerlerine yönelik tehlikeyi öngörülebilir ve izin verilmeyecek ölçüde artırmış olması gerekir⁷⁶.

Objektif isnadiyet teorisi, bir davranışın sadece nedensel olmasıyla yetinmeyip, aynı zamanda hukuken önemli bir risk yaratıp yaratmadığını, yani hukuki değeri tehlikeye sokacak şekilde *normatif olarak* bağlanabilir olup olmadığını sorgular⁷⁷. Bu bağlamda, sıradan veya sosyal olarak kabul edilebilir bir hareketin -örneğin bir avukatın danışmanlık hizmeti vermesi, bir eczacının ilaç satması, bir satıcının bir ürünü temin etmesi- tek başına yardım etme fiili olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Burada belirleyici olan, söz konusu hareketin yalnızca doğal bir davranış olarak mı kaldığı, yoksa failin suçunu kolaylaştırıcı, destekleyici bir etki yaratarak suçla anlamlı bir bağ kurup kurmadığıdır⁷⁸. Bu çerçevede, hukuken izin verilen riski aşmayan davranışların, failin suç fiilini dolaylı da olsa kolaylaştırmış olsa bile, objektif olarak isnat edilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁹. Dolayısıyla da bu tür davranışlar, suçun maddi unsurlarından olan *tipikliğin* dışına çıkar.

Tarafsız yardım teorisinin dayandığı temel kabullerden biri, suçun failiği ile yardım etme arasında doğası gereği farklı sorumluluk zeminlerinin bulunmasıdır. Fail, doğrudan hukuki değeri ihlal eden kişiyken; yardım eden, bu ihlalin gerçekleşmesinde sadece dolaylı katkı sağlayandır. Bu katkının ceza hukuku anlamında sorumluluk doğurması için, yardım fiilinin yalnızca nedensel değil, aynı zamanda objektif olarak da isnat edilebilir nitelikte olması gerekir. İşte bu noktada, objektif isnadiyet teorisi, yardım edenin katkısını doğrudan mağdurun hukuki değeriyle olan ilişkisi üzerinden değerlendirir. Yardım eyleminin, hukuken reddedilen bir risk yaratması hâlinde tipiklik kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülür.

Bu anlayış çerçevesinde, doğal, gündelik veya mesleki tipik davranışlar, örneğin, bir sekreterin mektup yazması, bir bankacının hesap açması veya

⁷⁶ Peter, **Rackow**, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Berlin 2007, s.307.

⁷⁷ **Rackow**, s. 309.

⁷⁸ **Rengier**, § 45 kn. 105; **Otto**, s.441.

⁷⁹ **Weigend**, s.210.

bir eczacının reçete doğrultusunda ilaç vermesi, sırf failin suç işleme planıyla örtüşmesi ihtimaline dayanarak yardımın kapsamına alınamaz. Ancak bu davranışlar, failin açıkça suç işleme iradesine yöneldiğinin bilinmesi ve bu plana aktif olarak entegre olunması halinde, yani suç planıyla bütünleşme (*Solidarisierung*) gerçekleştiğinde, gündelik karakterini kaybeder ve objektif olarak isnat edilebilir hâle gelir⁸⁰. Objektif isnadiyet teorisi, sadece nedensellik ilişkisine dayanan sorumluluk anlayışının ötesine geçerek, yardım edenin davranışının normatif olarak da yüklenebilir olup olmadığını sorgular⁸¹.

Tarafsız yardım teorisinde bu değerlendirme, fail, mağdur ve yardım eden arasında üçlü bir yapı çerçevesinde yapılmakta; yardım edenin, failin eylemiyle nedensel fakat dolaylı bir bağ kurduğu kabul edilmekte ve bu nedenle yardım edenin ihlal edilen hukuki değer ile kurduğu ilişki esas alınarak sorumluluk alanı belirlenmektedir. Bununla birlikte, bu yaklaşımın sınırsız biçimde uygulanması halinde, failin suç işleme planını bilmeyen ve yalnızca görevini icra eden meslek sahiplerinin, örneğin noterlerin, avukatların, sekreterlerin veya satıcıların, potansiyel suç ortağı hâline gelme riski doğar. Bu nedenle, doktrinde özellikle Hassemer'in geliştirdiği “profesyonel uygunluk” (*professionelle Adäquanz*) öğretisi çerçevesinde, ceza hukuku bağlamında korunan eylem özgürlüğünün sınırlarına dikkat çekilmektedir. Bu öğretiye göre, hukuk devleti, mesleki faaliyetini yerine getiren kişinin bu davranışının kötüye kullanılmayacağı yönündeki güvenine dayanır ve bu güven de ceza hukukunda tipiklik dışında bırakılmanın gerekçesini oluşturur⁸². Bu çerçevede, örneğin mesleki faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen ve sosyal olarak onaylanan bir davranış, ancak güven ilkesinin ihlal edilmesi ve failin suçunun önceden öngörülebilir bir biçimde desteklenmesi hâlinde objektif olarak isnat edilebilir hale gelir⁸³. Bir davranış mesleki sınırlar içinde ve düzenine uygun olarak gerçekleştirilmişse, suç planına dahil olduğuna dair somut göstergeler bulunmadıkça, bu eylemin tipik yardım fiili olarak değerlendirilmemesi gerekir.

⁸⁰ Wolfgang, **Wohlens**, “Hilfeleistung und erlaubtes Risiko- zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB”, NStZ, 2000, ss.169-174, s.170.

⁸¹ Hans, **Kudlich**, “„Neutrale Beihilfe“ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze - BGH”, JuS, 2002, 751-755, s.751; Ingeborg, **Puppe**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2016, s.20-26.

⁸² **Hassemer**, s.86.

⁸³ **Rackow**, s.309.

Sonuç olarak, nötr yardım fiillerinin cezalandırılabilirliği noktasında objektif isnadiyet teorisi hem failiğe yaklaşan katkıların hem de görünüşte nötr davranışların hukuki değerlendirilmesinde dengeleyici bir işlev görmektedir. Hukuken reddedilen bir riskin yaratılmaması hâlinde, nedensellik tek başına yeterli görülmemekte; davranışın sosyal ve mesleki normlara uygunluğu da dikkate alınarak cezai sorumluluk alanı daraltılmaktadır. Böylece hem eylem özgürlüğü korunmakta hem de ceza hukukunun son çare olma niteliği güçlendirilmektedir.

e.Riskli Özel Davranış Teorisi (*Theorie des riskanten Sonderverhaltens*): Objektif teori içinde yer alan riskli özel davranış teorisi, yardım fiilinin, olağan dışı ve riskli bir durum yaratıp yaratmadığını dikkate alır⁸⁴. Bu teoride yardımın oluşup oluşmadığını belirleyen ana unsur, yardım edenin eyleminin riskli özel bir davranış olup olmadığıdır. Yardım eden kişinin, ana suçla bağlantılı olarak riskli bir davranış sergilemiş olması ceza sorumluluğunu doğurur⁸⁵. Yardım edenin eylemi açık bir şekilde suçla bağlantılıysa, bu durum yardımın varlığına işaret eder. Eğer eylem suçla doğrudan bağlantılı değilse, o zaman olay bazında, ne kadar bir riskin tolere edilebileceği değerlendirilmelidir. Bu teoriye getirilen en önemli eleştiri, yardım davranışının suçla bağlantılı olup olmadığını belirlemek noktasındadır. Zira eylemin ne ölçüde suçla ilişkili olduğu ve hangi noktanın artık tolere edilemeyecek bir risk oluşturduğu ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁶. Nihai olarak, yardım eyleminin ceza sorumluluğu doğurup doğurmadığını belirlemek için karma bir değerlendirme gereklidir. Objektif olarak yardımın niteliği, zaman-mekân yakınlığı, yardımın suç üzerindeki etkisi ve sübjektif olarak yardım edenin niyeti, olay hakkındaki bilgisi ve motivasyonu birlikte değerlendirilmelidir⁸⁷.

4. Karma Teori (*Gemischt subjektiv-objektive Theorie*)

Tarafsız yardım fiillerinin cezai sorumluluk doğurup doğurmadığının belirlenmesinde, yalnızca objektif veya yalnızca sübjektif kıstaslara dayanan yaklaşımlar birçok açıdan eleştirilmiş; bu eleştirilerin sonucunda, hem kastı (*Vorsatz*) hem de eylemin delille ilişkilendirilmesini temel alan karma teori

⁸⁴ Frisch, kn. 320.

⁸⁵ Roland, Hefendehl, "Examensklausur Strafrecht", JURA, 1992, s. 374- 384, s.377.

⁸⁶ Frisch, kn.314.

⁸⁷ Tag, s.54.

(*gemischt subjektiv-objektive Theorie*) ortaya konmuştur. Bu teori objektif ve sübjektif teorilerin unsurlarını bir araya getirdiğinden karma teori olarak ifade edilmektedir. Bu teorinin en önemli temsilcilerinden biri olan Roxin, yardım fiillerinin cezai sorumluluk doğurup doğurmayacağını belirlerken, failin kast derecesi ile yardım fiilinin suç bağlamında anlamlılık (*deliktischer Sinnbezug*) taşıyıp taşımadığını birlikte değerlendirmektedir. Bu teorinin önde gelen temsilcilerinden Roxin, suç ortaklığı ile tarafsız yardımlar arasında ayrımı yapmak için kast (*Vorsatz*) ve suç bağlamında anlamlılık (*deliktischer Sinnbezug*) kombinasyonunu kullanır⁸⁸. StGB § 27 göre, bir başkasının kasten işlediği suça yardım eden kişi cezalandırılır. Yardım etmenin suç sayılabilmesi için, yardım fiilinin failin suçunun icrasına katkıda bulunması gerekir. Bu noktada *deliktischer Sinnbezug* devreye girer. Bu kavram, yardım edenin fiilinin, failin işlediği suçun hukuki anlamı ile nasıl bir ilişki kurduğunu ve bu eylemin gerçekten suç teşkil eden bir eyleme katkı sağlayıp sağlamadığını belirlemek için kullanılır⁸⁹.

Karma teori bakımından yardım fiili, failin işlediği suçun gerçekleştirilmesine somut bir katkı sağlama ve soyut/rastlantısal bir destekten ibaret olmamalıdır. Yardım edenin sağladığı katkının, suçun işlenmesi sürecine entegre edilmesi gerekir. Roxin'e göre, eğer yardım eden kişi failin suç işleme niyetini kesin olarak biliyorsa, bu kişinin fiili ancak yardımın anlamlı bir bağlantı taşıması durumunda cezai sorumluluk doğurur⁹⁰. Roxin'e göre, failin suç işleme planını yardım eden kişi kesin bilgiyle (*Wissentlichkeit*) biliyorsa, bu kişi ancak yardım fiilinin suça anlamlı bir katkı taşıması hâlinde sorumlu tutulmalıdır⁹¹. Başka bir ifadeyle, yardım ancak planlanan suçun işlenmesi şartıyla fail için anlamlıysa ve bunu yardım eden kişi de biliyorsa, yardım edenin sorumluluğu doğar. Buna karşın, yardım eden yalnızca suç işlenebileceğini öngörüyor (*Eventualvorsatz*) ancak emin değilse, olası kast ile hareket ediyorsa, cezai sorumluluğun doğması için failin açıkça fark edilebilen suç işlemeye eğilim (*erkennbare Tatgeneigtheit*) göstermesi gerekir⁹². Başka bir ifadeyle failin suç işlemeye kararlı olduğuna ilişkin emarelerin objektif olarak fark edilebilir olması gereklidir. Yardım eden kişi yalnızca failin suç işleyebileceğini tahmin ediyorsa, bu durumda cezai sorumluluk, ancak yardım edenin failin suç işle-

⁸⁸ **Roxin**, kn. 61.

⁸⁹ **Roxin / Greco**, § 27 kn. 218.

⁹⁰ **Roxin**, kn. 61.

⁹¹ **Roxin**, FS Miyazawa, s.513.

⁹² **Roxin**, FS Miyazawa, s.514.

meyeceğine güvenemeyeceği hallerde ortaya çıkar. Bu anlamda, yardımın ancak planlanan suçun işlenmesi şartıyla fail açısından anlamlı olması ve bu durumun yardım eden tarafından bilinmesi hâlinde, ceza sorumluluğu doğar⁹³. Özellikle, yardım fiilinin failin suç işleme eğilimini görünür şekilde teşvik ettiği durumlarda bu sorumluluk doğar. Ancak eğer sağlanan yardım, suç bağlamı dışında da mantıklı ve faydalıysa, bu durumda yardımın bir anlam bağlantısı vardır ve suçun işlenmesi yalnızca failin sorumluluk alanında kalır. Bu bağlamda Roxin'in geliştirdiği model, "cezasızlık, aksi takdirde..." (olası kast) ve "cezalandırılabilirlik, aksi takdirde..." (kesin bilgi) formüllerine indirgenebilecek bir kural-istisna sistemine dayanmaktadır⁹⁴. Alman Federal Temyiz Mahkemesi Roxin'in bu formülünü 1990'lı yılların sonlarında benimsemiş ve o tarihten itibaren uygulamaya devam etmiştir⁹⁵.

Karma teori kapsamında bir olay üzerinden örnek vermek gerekirse, örneğin bir iş yerinde müşterilere bıçak satan kişiden bir müşteri, oldukça büyük ve keskin bir bıçak satın almak istiyor. Bıçakçı, bu müşterinin bıçağı mutfakta kullanacağını düşünüyor ya da kullanım amacını sorgulamıyor. Ancak daha sonra bu müşteri, satın aldığı bıçağı kullanarak birini öldürüyor. Bu durumda bıçakçı, bıçak satışıyla tarafsız bir ticari faaliyet yürütmüştür. Bıçağın suçta kullanılabileceği ihtimali akla gelebilir ama burada bir anlam bağlantısı yoktur çünkü bıçak satışı normal bir ticari faaliyettir ve bıçakçı, müşterinin suç işleme planından haberdar değildir. Dolayısıyla, ceza sorumluluğu doğmaz. Aynı senaryoyu biraz değiştirdiğimizde, müşteri bıçakçıya gelir ve şöyle der: "Bu bıçağı birine zarar vermek için alıyorum." veya bıçakçı, müşterinin şüpheli davranışlarından ve sözlerinden bir suç işleyeceğini kesin olarak anlar. Buna rağmen bıçağı satarsa artık bıçakçının yaptığı eylem, bir anlam taşır çünkü bıçağın suçta kullanılacağını bilerek satış yapmıştır. Bıçak, fail için yalnızca öldürme amacıyla değerlidir ve bıçakçı da bunu bilmektedir. Bu durumda, yardım eden olarak ceza sorumluluğu doğacaktır.

Bu yaklaşım, objektif olaylar ile yardım edenin subjektif niyeti arasında denge kurarak tarafsız yardımın cezai sorumluluk doğurup doğurmadığını belirlemede dengeli bir çözüm sunar. Ancak Roxin'in, yardım eden kişinin, failin suç planından haberdar olduğu durumlarda ceza sorumluluğunun yal-

⁹³ Alexander, **Bechtel**, "Die neutrale Handlung - Problemfeld im Rahmen des Förderungsbeitrags iSd § 27 StGB", Juristische Ausbildung, Cilt: 8, 2016, 8, ss. 865-871, s.869.

⁹⁴ **Roxin**, § 26 kn. 221-Rkn. 241.

⁹⁵ BGH, 20.09.1999 tarihli kararı, NSZ 2000, s. 34; BGHSt 46, s. 107, 112 vd.; BGH, wistra 2014, s. 176, 178.

nızca anlam bağlantısının varlığına bağlanması önerisi eleştirilmektedir⁹⁶. *Deliktischer Sinnbezug* kavramı, uygulamada önemli belirsizlikler doğurmaktadır. Eğer bu bağlantı, yardımın yalnızca suçun işlenmesi amacıyla fail açısından anlam taşıması olarak anlaşılırsa, cezai sorumluluk için aranan eşik çok yükseltilmiş olur⁹⁷. Eğer suç teşkil eden amaçlara olduğu kadar suç dışı amaçlara da hizmet eden katkılar da “suçla anlam bakımından bağlantılı” olarak kabul edilirse, bu durumda “suçla anlam bağlantısı” ölçütü, farklı durumları birbirinden ayırt etme özelliğini kaybeder⁹⁸. Sonuç olarak, bu ölçüt esasen hukuka aykırı bir fiile yardım etme şeklindeki yasal koşulun farklı bir şekilde ifade edilmesinden ibaret görülmektedir⁹⁹. Bu eleştirinin temelinde, “suçla anlam bağlantısı” (*deliktischer Sinnbezug*) kavramının sınırlarının belirsizleştirilmesine karşı bir uyarı yer almaktadır. Yardım fiilinin hem suç teşkil eden bir amaca hem de suç dışı bir amaca hizmet etmesi durumunda, bu yardımın yine de “suçla anlamlı şekilde bağlantılı” sayılması halinde, söz konusu ölçütün ayırt edici işlevi ortadan kalkacaktır. Böyle bir geniş yorum, hukuken meşru amaçlara da hizmet eden eylemleri, sırf dolaylı olarak bir suçun gerçekleşmesine katkı sunduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir hale getirir. Örneğin, bir kişinin arkadaşına araç temin etmesi durumunda, eğer bu kişi hem alışverişe gitmek hem de bir suç işlemek niyetindeyse ve yardım eden kişi bu çift yönlü amacı bildiği halde aracı temin ediyorsa, burada yardım fiili hem hukuka uygun bir amaca (alışveriş) hem de hukuka aykırı bir amaca (suç işlemek) yönelmiş olabilir. Bu tür karma durumlarda dahi yardımın “suçla anlam bağlantılı” kabul edilmesi, bu kavramı anlamlı bir sınırlama olmaktan çıkarır. Nihayetinde, bu yaklaşımın savunulması halinde “suçla anlam bağlantısı” kavramı, yalnızca hukuka aykırı fiile yardım etme şartının farklı bir şekilde dile getirilmesinden ibaret kalır; özgün bir ayıklama işlevi göremez.

Özellikle, garantör konumundaki kişilerin (örneğin, belirli bir koruma yükümlülüğü taşıyanlar), cezai sorumluluğun yalnızca anlam bağlantısına indirgenmesi yeterli görülmemektedir. Bu tür durumlarda, yardım edenin failin suç planını bilmesi başlı başına ceza sorumluluğu doğurabilecek bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Örneğin bir banka güvenlik görevlisinden,

⁹⁶ Tag, s.54.

⁹⁷ Knut, **Amelung**, “Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, Festschrift für Gerald Grünwald, ss.9-31, s.13.

⁹⁸ **Rackow**, s. 144 vd.

⁹⁹ Urs, **Kindhäuser**, “Zum Begriff der Beihilfe”, Festschrift für Harro Otto, 2007, ss.355-361, s.358.

soygun yapmayı planlayan bir arkadaşı yardım istemektedir. Güvenlik görevlisi, arkadaşına bankanın güvenlik sistemleri hakkında bilgi verir ancak doğrudan soyguna katılmaz. Burada güvenlik görevlisi, bankayı korumakla yükümlü bir garantör konumundadır. Arkadaşının suç planından haberdar olduğu için, bu durumda anlam bağlantısına bakılmaksızın cezai sorumluluğu doğar. Yani güvenlik görevlisi, soyguna fiilen katılmasa da yardım sağladığı için suça yardım etmiş olarak kabul edilecektir.

Karma teorinin ayırt edici yönü, başlangıçta sübjektif unsur üzerinden - yani failin kastı bakımından - bir ayırım yapılmasıdır. Ardından, objektif olarak failin suç işlemeye eğilimliliği (*Tatgeneigtheit*) veya fiilin anlam bağlantısı (*Sinnbezug*) değerlendirilir. Her iki ölçüt de yardım edenin zihinsel durumundan bağımsız olarak dış dünyada gözlemlenebilir nitelikte olmalıdır¹⁰⁰. Ancak uygulamada suç işlemeye eğilimliliğin ne zaman “görünür” hâle geldiğini belirlemek zordur. Özellikle anonim veya yüzeysel sosyal ilişkilerde (örneğin ticari işlemlerde), failin suç işlemeye eğilimli olup olmadığını yardım edenin fark etmiş olması ile fark etmiş sayılması arasındaki sınır belirsizleşmektedir. Bu da suç işlemeye eğilimliliği ölçütünün öznel bir kavrayışla örtüşmesine neden olabilir¹⁰¹. Örneğin Bir elektronik eşya mağazası sahibi, kendisine gelen bir müşterinin sürekli olarak aynı marka cep telefonunu nakit para ile ve kimlik bilgisi vermeksizin toplu halde satın aldığını fark eder. Mağaza sahibi, bu satışları birkaç kez gerçekleştirdikten sonra, söz konusu kişinin telefonları yasa dışı biçimde yurtdışına sattığını veya başka bir suç faaliyeti için kullandığını sezebilecek duruma gelir. Bu örnekte mağaza sahibi ilk başta yardım ettiğini fark etmeksizin satış yaparken, zamanla failin suç işlemeye eğilimli (*tatgeneigt*) olduğunu anlaması mümkün hâle gelir. Karma teoriye göre, başlangıçta failin kastı bilinmiyor olsa da belirli bir noktadan sonra failin eylemlerinin anlam bağlantısı (*Sinnbezug*) ve suç işlemeye eğilimliliği, dışsal (objektif) koşullardan gözlemlenebilir hâle gelir. Bu durumda yardım edenin sorumluluğu doğabilir. Ancak bu örnekte olduğu gibi, failin suç işlemeye eğilimli olduğunun “anlaşılabilir” olması ile “anlaşılmış olması” arasındaki fark, objektif ölçütlerin öznel değerlendirmelere kaymasına neden olabilir. Bu da karma teorinin pratikte öngörülebilirlik sorunlarına yol açtığına işaret etmektedir¹⁰².

¹⁰⁰ Kindhäuser, s.358.

¹⁰¹ Rackow, Neutrale Handlungen im Strafrecht, Bernd, Heintschel-Heinegg, / Hans, Kudlich, Strafrechtsgesetzbuch, Münih 2022, kn.4-7.

¹⁰² Rackow, 2007, s. 190.

5. Hukuka Aykırılığı Kaldırma Teorisi (*Theorie vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit*)

Bu teoriye göre yasama organı ve idare tarafından çıkarılan normlara uyan ve böylece biçimsel olarak hukuka uygun bir şekilde hareket eden kişinin ceza sorumluluğu doğmayacak, hatta tam tersi hukuka uygun ve dolayısıyla haklı bir şekilde hareket edecektir¹⁰³.

Mallison, özel olarak hukuki danışma konularına ilişkin bu teori üzerinden argümanlarını geliştirmiştir¹⁰⁴. Bu teoriyi hukukun üstünlüğü ve Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) 2. maddesinde yer alan herkesin kişiliğini serbestçe geliştirmesi hakkı birlikte değerlendirilerek, danışmanlık yapan kişinin hareketinin meşruluğunun anayasal bir dayanağı olduğunu ifade ederek gerekçelendirmiştir. Bu durum, bilgiyi sağlayan kişinin davranışının meşruluğu için anayasal bir gerekçe teşkil etmektedir¹⁰⁵. Benzer şekilde Ambos da bireylere nazaran ticari faaliyetlere öncelik tanınması ve bu faaliyetlerin yürütülmesinin de bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülebileceğini ifade etmiştir. Bireylere anayasal olarak sadece genel olarak hareket etme özgürlüğü tanınmışken; ticaretle uğraşan kişilere buna ek olarak mesleki faaliyette bulunma özgürlüğünün de tanındığını belirtmiştir¹⁰⁶.

Bununla birlikte, mesleki hareketler sorununun hukuka aykırılık düzeyinde konumlandırılmasına karşı bir argüman, olayların tespitinin zaten bir hukuka aykırılık tespiti içerdiğine ilişkindir¹⁰⁷. Hukuka aykırılık düzeyindeki bu değerlendirme, karışık olumlu değerlendirmelerle kontrol edilebilse ve onlar tarafından düzeltilebilse bile, yine de fail tarafından yapılan yanlış hakkında geçici bir hüküm verilir.

Mesleki faaliyetlerin hukuka aykırı olmadığı ve bunların hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, hukuka aykırı bir fiilin işleneceğini bilen, yardım edenin cezasız kalmasına yol açacaktır. Mesleki hareketlerin hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi ve bu bağlamda yardım edenin fiilinin de

¹⁰³ Gunther, **Arzt** / Ulrich, **Weber**/ Bernd, **Heinrich**/ Eric, **Hilgendorf**, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2021, kn. 376; **Mallison**, Jochen, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, Tübingen 1979, s.134.

¹⁰⁴ **Mallison**, s. 134.

¹⁰⁵ **Mallison**, s. 134.

¹⁰⁶ Kai, **Ambos**, "Beihilfe durch Alltagshandlungen", JA, 2000, ss. 721-725, s. 724.

¹⁰⁷ Werner, **Beulke**/ Felix, **Ruhmannseder**, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 2010, § 258 kn. 79.

hukuka uygun kabul edilmesi, failin kasıtlı ve hukuka aykırı hareket ettiği durumlarda, yardım edenin de en azından olası kastla hareket etmesi nedeniyle cezalandırılması gerektiği gerçeğini değiştirmez. Sonuç olarak, yardım eden failin eylemiyle bağlantılı olduğundan, failin fiili hukuka aykırıysa yardım eden de bundan sorumlu olacak ve kendi eylemi hukuka uygun olsa bile cezalandırılacaktır. Ceza hukuku açısından tarafsız olan bir davranış için bu istenmiyorsa, sosyal yeterlilik, izin verilebilir risk, güven ilkesi ve sorumluluk alanlarının bölünmesine ilişkin sınırlama yaklaşımları, yardımın suç olarak sınıflandırılmasının araçları olarak incelenmelidir. Bu yaklaşımlar hukuka aykırılığın incelenmesinden önce gelir ve bu nedenle suçun objektif kurucu unsuru bağlamında tartışılmalıdır¹⁰⁸.

III. GENEL İŞTİRAK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE YARDIM EDENİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ VE BUNUN MESLEKİ HAREKET ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Yardım etme TCK'da "Suça İştirak" başlığı altında md.39'da düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre *"Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez."* Düzenlemenin devamında yardım edenin hangi hallerde işlenen suçtan sorumlu olacağı sınırlı bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre *"a) suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, b) suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, c) suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak"* hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde yardım edenin ceza sorumluluğu doğacaktır.

StGB ise § 27'de yardım etmeyi *"Hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinde bir başkasına kasten yardım eden kişi yardım eden olarak cezalandırılır."* şeklinde düzenlenmiştir. TCK'daki düzenlemeden farklı olarak yardım etme hareketinden ne anlaşılması gerektiği ya da hangi hareketlerin yardım etme

¹⁰⁸ Tag, s.51-52.

kapsamında değerlendirileceği açıklanmamıştır. Bu hususun yorumlanması doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır.

Bir kişinin yardım etmeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için yardım hareketlerini gerçekleştirmesi zorunlu olsa da tek başına yeterli değildir¹⁰⁹. Yardım edenin suçun gerçekleştiğine ilişkin bilgisinin olması, bu suça katılma iradesi ve kastının bulunması gerekir. Dolayısıyla yardım edenin hareketinin cezalandırılabilmesi için objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunması gerekir. Objektif unsur olarak öncelikle failin kasıtlı ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği fiilin bulunması ve yardım eden kişinin yardım etme hareketinin bulunması gerekir¹¹⁰. Sübjektif unsur olarak ise yardım eden kişinin suça katılma/iştirak iradesinin bulunmasıdır. İştiraktan söz edilebilmesi için katılanların hareketi ile netice arasında nedensel değer bulunması da şarttır. Suça katılanın katkısı olmadan netice meydana gelmeyecek ya da gerçekleşen şekilde meydana gelmeyecek ise hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunmaktadır¹¹¹.

2. Objektif Unsurlar

Bir suça yardım, başkası tarafından gerçekleştirilen fiile kasıtlı bir katkı olarak ifade edilebileceğinden, suça yardım suretiyle iştirak sorumluluğunun doğması için öncelikle başkasına ait bir fiil gerekmektedir¹¹². Bu fiilin, kanunda suç olarak düzenlenmesi ve fiilde herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması da gerekmektedir. Zira asıl fiilin suç oluşturmaması halinde iştirak sorumluluğu da doğmayacaktır.

Yardım edenin sorumluluğunun doğması için tipik bir fiilin mevcudiyeti gerekse de bu fiilin tamamlanmış olması şart değildir. Alman hukukunda § 30 StGB’de iştirake teşebbüs düzenlenmiştir¹¹³. İcra hareketlerinin başlaması ancak tamamlanamaması ve neticenin meydana gelmemesi, yardım edeninin cezalan-

¹⁰⁹ Muhammed, **Demirel**, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 5, Sayı: 2, 2017, 119-161, s.123.

¹¹⁰ Veli Özer, **Özbek** / Koray, **Doğan** / Serkan, **Meraklı** / Pınar, **Bacaksız** / İsa, **Başbüyük**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s.544.

¹¹¹ **Özbek** ve diğerleri, s.544.

¹¹² Ömer, **Çelen**, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı), Ankara 2020, s.359.

¹¹³ StGB § 30: “Bir başkasını suç işlemeye teşvik eden ya da bir başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, suç işlemeye teşebbüs hükümleri uyarınca cezalandırılır. Ancak, ceza 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca hafifletilir. § 23. maddenin 3. fıkrası buna göre uygulanır.”

dırılmayacağı anlamına gelmez¹¹⁴. Bu durumda yardım edenin hareketi, failin hareketine iştirake teşebbüs olarak kabul edilebilecektir¹¹⁵. Yardım eden bu durumda teşebbüs hükümlerince cezalandırılacak ancak cezasında indirim yapılacaktır. Ancak asıl failin teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir olması, yardım edenin de cezalandırılabilmesi için gereklidir¹¹⁶. Bununla birlikte TCK'daki düzenleme gereği iştirake teşebbüs mümkün değildir. Esasen yardım eden kişinin kendi fiilinin hukuka aykırılığının göz ardı edilmemesi gerekir. Zira, yardım fiilinin hukuka aykırı olmasına karşın, bağlı olunan failin eyleminin hukuka uygun sayılması durumunda, yardım eden kişi esasen “teşebbüs aşamasında kalmış yardım” nedeniyle sorumludur¹¹⁷. Ancak, teşebbüs aşamasında kalan yardım eyleminin cezalandırılmaması nedeniyle, hukuka aykırı bir yardım davranışı sergileyen kişinin cezai sorumluluğu da doğmayacaktır. Faile katkı sağlama iradesiyle yardım eden kişi, failin kastının bulunmaması halinde iştirake bağlılık kuralı gereği, kasten işlenmiş bir fiilin varlığının açıkça aranıyor olmasından dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulamayacaktır¹¹⁸.

Gerçekleştirilen asıl suç, icrai hareketle işlenebilen bir suç olabileceği gibi ihmali hareketle işlenebilen bir suç da olabilir¹¹⁹. İhmali davranışların sorumluluk doğurabilmesi için kanunda düzenlemenin bulunması ve kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması gerekir¹²⁰. Ayrıca kişinin ihmali suçun faili olabilmesi için kişinin gerçekleştirilen suçun akışına hakim olması gerekir¹²¹. Hakimiyetin olmaması halinde ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Bir harekete ilişkin suç oluşturan ayrı bir kanuni düzenleme olmaması ve bu fiile ilişkin neticeyi önleme yükümlülüğünün olmaması hallerinde müstakil bir suç oluşmayacak, ancak bu hareket yardım etme kapsamında değerlendirilebilecektir¹²². Örneğin bekçinin hırsızlık yapılacağını

¹¹⁴ Tag, s. 50; Reinhart, **Maurach** / Karl Heinz, **Gössel**/ Heinz, **Zipf** / Dieter, **Dölling** / Christian, **Laue** / Joachim, **Renzikowski**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg, 2014, s. 357, kn. 12; Jürgen, **Baumann** / Ulrich, **Weber**,/ Wolfgang, **Mitsch**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003, §31, kn. 7.

¹¹⁵ **Jescheck/Weigend**, s. 657.

¹¹⁶ **Çelen**, s.362.

¹¹⁷ **Demirel**, s.527.

¹¹⁸ **Çelen**, s.362, **Demirel**, s.527.

¹¹⁹ **Baumann/Weber/Mitsch**, §31, kn. 23; **Çelen**, s.361.

¹²⁰ **Demirel**, İştirak s.145.

¹²¹ İzzet, **Özgenç** / İlhan, **Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 317.

¹²² Claus, **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin 2015, s. 477; Hakan, **Hakeri**, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 292.

bilmesine rağmen görev yerinden ayrılması, ayrı bir suç olmadığı için hırsızlık değil, yardım etme kapsamındadır.

Asıl fiilin kasıtlı bir suç oluşturması gerekmektedir. Yardım etmeden dolayı sorumluluk ancak kasten gerçekleştirilen bir suç bakımından mümkündür. Asıl failin taksirli bir hareketinden dolayı doğan ceza sorumluluğu olması halinde iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından, yardım edenin de sorumluluğu doğmayacaktır¹²³.

Yardım etme hareketi, asıl fiilin gerçekleşmesini kolaylaştıran hareketlerdir. Yardım eden, asıl failin cezalandırılabilmesinden dolayı değil, başkasının gerçekleştirdiği suç oluşturan ve kanunda düzenlenen bir fiille katkıda bulunduğundan dolayı cezalandırılmaktadır¹²⁴.

Daha önce belirtildiği üzere TCK md. 39'da yardım etme kapsamındaki davranışlar sınırlı biçimde sayılmışken; § 27 StGB'de açık şekilde belirtilmemiştir. Kanaatimizce TCK'daki sınırlı düzenleme kanunilik ve belirlilik ilkesi bakımından daha uygundur. Zira sadece kanunda tanımlanan fiilin değil, suça katılan tüm ortakların fiillerinin de kanunilik ilkesi çerçevesinde net şekilde belirlenmesi sağlanmıştır. Bu düzenleme ile yardım etme kapsamındaki hareketlerin neler olduğu değil; yardım halleri belirtilmektedir¹²⁵. StGB'deki düzenleme ise yorumlamaya göre yardım etme hareketinin kapsamını genişletebileceği gibi daraltılabilecektir.

3. Sübjektif Unsurlar

Kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için objektif unsurların yanında sübjektif unsurların da gerçekleşmesi gerekir. İştirak için sübjektif unsur, kasıtlı ve hukuka aykırı fiile katılma iradesidir¹²⁶. Bu irade ise ancak kast var ise oluşabilmektedir. Bu kast hem yardım hareketini hem de katkı sağlanan tipik ve hukuka aykırı fiili kapsamalıdır. Bu bağlamda yardım edenin faile katkı sağlama ve kasıtlı ve hukuka aykırı suçun işlenmesine yönelik olmak üzere çifte kastın bulunması gerekmektedir¹²⁷.

¹²³ Jescheck/Weigend, s. 656; Özgenç/Üzülmez, s.316; Çelen, s.363.

¹²⁴ Kindhäuser/ Zimmermann s. 364; Çelen, s.365.

¹²⁵ Faruk, Erem, "Suça iştirak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 1946, s. 80.

¹²⁶ Özbek ve diğerleri, s.545.

¹²⁷ Rolf, Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bremen 2023, s. 447, kn. 1113.

Yardım edenin, yardım hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan taksirli hareketle, iştirak gerçekleşmez. Suça katılma bilinci olmadan hareket eden kişi cezalandırılmaz. Yardımın cezalandırılabilir olması için, katkıda bulunan kişinin fail tarafından gerçekleştirilecek fiili de bilmesi gerekir. Ancak suçun tüm ayrıntılarını bilerek suça katılması zorunlu değildir¹²⁸. Katılanın neye katıldığını bilmesi gerekli ve yeterlidir¹²⁹. İştirak edenin tipiklik ve hukuka aykırılık bakımından sübjektif değerlendirmesi değil, fiilin objektif olarak değerlendirilmesi dikkate alınacaktır. Yardım edeninin sübjektif değerlendirmesi hata hükümleri kapsamında bir inceleme gerektirebilmektedir¹³⁰. Yardım edeninin asıl fiilin esaslı unsurları öngörmesi yeterlidir¹³¹.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi bu hususu bir kararında şu şekilde belirtmiştir: *“Yardım edenin kastının kesin olması gerekliliği, suç planının temel ayrıntılarını failin esas suçu işlemeyi ciddi olarak beklediği varsayımına dayanmaktadır. İştirak edenin kastı, asıl suçun işlenmesini yeterince olası kılan bilgi olarak kabul edilmelidir. İştirakin farklı yapıları, suça olan farklı yakınlık ve yaptırımlar, yardım edenin kastına azmettirenin kastından farklı standartlar uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Azmettirenin aklında belirli bir suç, özellikle de belirli bir sonuç varken; yardım eden ana suçtan bağımsız bir katkıda bulunur. Bunun için çaba göstermesi gerekmez, ancak bunun mümkün olduğunu bilir veya düşünür ve her halükarda eylemlerinin bir suçun destekleyici unsuru olarak ortaya çıkabileceğini kabul eder. Dolayısıyla yardım eden, bir suçun işlenmesi için belirleyici bir aracı faile kasten sağlayan ve böylece bu özel aracın kullanılmasıyla teşvik edilen asıl suçun işlenmesi riskini kasten artıran kişidir.”*¹³²

Yardım edenin hareketinin, fail tarafından işlenen esas suçu teşvik edeceğini veya kolaylaştıracağını kesin olarak bilmesi veya bunun kuvvetle muhtemel olduğunu düşünmesi halinde, neticenin gerçekleşmesini isteyip istemediği veya bundan kaçınmayı tercih edip etmediği önemli değildir¹³³. Zira kastın diğer unsuru olan istemenin varlığı yardım etme fiili bakımından aransa da asıl fiil bakımından aranmaz. Yardım eden, failin fiilini biliyor ve

¹²⁸ Hans, **Kudlich**, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 2025, § 27 Rn. 18.

¹²⁹ **Kudlich** (Online-Kommentar), § 27 Rn. 18.

¹³⁰ **Kudlich** (Online-Kommentar), § 27 Rn. 18.

¹³¹ Mahmut, **Koca/ İlhan, Üzülmmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 465.

¹³² BGH NSTZ 2017, 274-275, dejure.org, Erişim tarihi: 20.03.2024.

¹³³ BGH NJW 2000, 3010, dejure.org, Erişim tarihi: 20.03.2024; BGH, Urt. v. 09.05.2017- 1 StR 265/16, dejure.org, Erişim tarihi: 20.03.2024.

bu fiile destek oluşturacak hareketi de bilerek ve isteyerek gerçekleştiriyorsa destek sağlama noktasında, kastın isteme unsurunun varlığı kabul edilir¹³⁴. Bununla birlikte işlenen suçtan sapma olduğu durumlarda, sapmanın öngörülebilir olması halinde yardım edenin kastının kapsamında kabul edilerek bundan sorumlu tutulması mümkündür¹³⁵. Ancak failin kastedilenden farklı bir suç işlemesi halinde, yardım edenin sorumluluğu doğmayacaktır.

4. Nedensellik Bağı

Yardım edenin hareketlerinden sorumluluk doğabilmesi için işlenen suç bakımından bir nedensellik oluşturması gerekmektedir. Ancak bu hareket, neticenin gerçekleşmesi bakımından olmazsa olmaz bir şart olmayıp; suçun oluşumuna etkili olması yeterlidir¹³⁶. Yardım edenin hareketinin, failin hareketini destekleyen bir hareket olması yeterlidir ancak asıl fiilin neticesi bakımından nedensel olmasının zorunlu olup olmadığı tartışmalıdır.

Alman hukukunda yardım etme hareketinin suçun neticesi bakımından nedensel olmasının zorunlu olmadığı ancak failin işlediği suçu somut biçimde desteklemesi yeterli olarak görülmektedir¹³⁷. Suçun neticesi bakımından yardım hareketinin etkisiz olması, yardım etmeyi ortadan kaldırmamalıdır¹³⁸.

Yardım edenin sorumluluğu açısından aranan nedensellik, işlenen suç ile yardım hareketi arasında değil; yardım hareketi ile failin hareketi arasında kurulmaktadır¹³⁹. Failin işlediği suçun icra hareketlerine katkısının olması halinde nedensellik bağının varlığı kabul edilecektir¹⁴⁰. Yardım edeninin hareketi ile katkı sağlanmasaydı suç başka şekilde işlenmek zorunda kalacak ya da fail suç işleme kararını değiştirebilecekse nedenselliğin bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte kişi, suça katkı sağlayacak hareketi gerçekleştirmiş ancak maddi olarak gerçekleşen harekete katkı sağlamamış ve failin iradesine etki doğurmamış ise cezalandırılabilir bir yardım hareketinden bahsedilemeyecektir.

¹³⁴ **Koca/Üzülmez**, s. 465.

¹³⁵ **Çelen**, s.315; **Koca/Üzülmez**, s. 466.

¹³⁶ **Koca/Üzülmez**, s. 462; **Özbek** ve diğerleri, s. 501; **Baumann/Weber/Mitsch**, §31, kn. 44.

¹³⁷ **Gropp**, s. 392, kn. 147; Claus, **Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Münih 2003, s. 194.

¹³⁸ **Gropp**, s. 392, kn. 147.

¹³⁹ **Çelen**, s.327.

¹⁴⁰ **Çelen**, s.327.

5. Mesleki Davranışların Cezalandırılabilmesi İçin Objektif ve Sübjektif Unsurların Değerlendirilmesi

Tarafsız eylemlerin aslında tamamen tarafsız olmadığını savunan görüşler bulunmaktadır. Buna göre bir eylemin anlaşılmasında “objektif anlam” ve “sübjektif anlam” arasında ayrım yapılmalıdır¹⁴¹. Objektif anlam, eylemi gerçekleştiren kişinin bilinç durumuna başvurmaksızın, yalnızca dışarıdan gözlemlenebilir davranış üzerinden anlaşılır. Örneğin, bir kişinin gece vakti bir villaya merdiven taşıdığı ve bir başkasının içeri girmesi sırasında merdiveni tuttuğu gözlemlenirse, bu durum kişisel deneyimlerimize dayanarak kolayca yorumlanabilir. Bu olay, kendi başına “objektif olarak anlamlı” görünür çünkü hafızamızda kayıtlı deneyimler, bu eylemin bir hırsıza yardım etmek amacı taşıdığı sonucuna varmamıza yol açar.

Sübjektif anlam ise, eylemi gerçekleştiren kişinin kendi bakış açısından eylemine yüklediği anlamdır. Sübjektif anlamı anlamak zordur çünkü bu anlam, yorumlayıcı kişi için doğrudan erişilemez; yalnızca dolaylı kanıtlar veya eylemi gerçekleştiren kişinin açıklamaları aracılığıyla anlaşılabilir. Bazı durumlarda, objektif ve sübjektif anlam örtüşebilir veya birbirinden tamamen farklı olabilir. Örneğin, yukarıdaki merdiven örneğinde sanığın açıklamaları veya başka deliller, merdiveni yalnızca kapıda kalmış bir ev sahibine yardımcı olmak amacıyla taşıdığını gösterebilir. Ancak başka bir senaryoda, sanığın gerçekten de bir hırsıza yardımcı olma niyetinde olduğu ortaya çıkabilir.

Yardım etme durumlarının açık olduğu hallerde bu iki anlam bakımından genellikle fazla zorluk çıkmaz, çünkü eylemin objektif ve sübjektif anlamları genellikle örtüşür. Ancak, tarafsız eylemler söz konusu olduğunda, bir eylemin objektif anlamı tamamen hukuka uygun, ticari bir faaliyet olarak görünür ve cezai bir davranışla bağlantı içermez. Bu bağlantı ancak, gözlemcinin eylemi gerçekleştiren kişinin içsel niyetlerini anlamaya çalışmasıyla ortaya çıkar. Bu noktada, hukuka uygun görünen bir ticari faaliyetin aslında bir başkasının suç işleme amacını desteklediği anlaşılabilir. Bu sürecin teknik olarak işleyişi, bir eylemin objektif anlamının yeniden yapılandırılmasıyla benzerlik gösterir. Yorumlayan kişi, eylemi gerçekleştiren kişinin bilinç durumuna ilişkin elde edilen bilgileri kendi zihninde canlandırır ve

¹⁴¹ “Nesnel” ve “özel duyu” terimleri Alfred Schütz tarafından ortaya atılmıştır. Alfred, **Schütz**, “Der Sinnhafte Aufbau der Sozialen Welt”, Eine Einleitung in die Verstehende Soziologie, Viyana 1932, s. 42-49.

bunu kendi kişisel deneyimlerine göre değerlendirir. Örneğin, bir kişi tabanca satarken sadece ticari bir işlem gerçekleştirdiği düşünülebilir. Ancak, sanığın tabancayı satarken suç işlenmesine bilerek katkıda bulunmak istediğine dair deliller varsa, bu eylemin sübjektif anlamı, suçun işlenmesini desteklemek olacaktır. Bu durumda, sübjektif anlam ile objektif anlam birbirinden ayrılır. Bu noktada bazı yazarlarca esasen tarafsız eylemlerin bile bir öznel anlam içerdiği ve bazı yazarlar tarafından kullanılan “tarafsız eylemler” terimi, aslında çelişkili bir ifade (*oxymoron*) olduğu da ifade edilmektedir¹⁴². Yardım etmeye ilişkin sorumluluk belirlenirken tarafsızlık kavramının sorunun çözümüne katkı sağlamadığı belirtilmektedir.

Mesleki uygunluk görüşü ise, belirli mesleki faaliyetlerin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğunu savunur¹⁴³. Yani, bir kişi işini yaparken mesleki kurallara uygun davrandığı sürece, bu davranışın suç teşkil etmeyeceği kabul edilir. Örneğin, bir avukatın müvekkilini savunması veya bir bankacının para transferi yapması, normal şartlarda yasal faaliyetlerdir. Ancak bu faaliyetler suç işlemek amacıyla kullanılıyorsa, ceza sorumluluğu doğabilecektir. Bu yaklaşımı destekleyen gerekçe, sorunun yalnızca hukuka aykırılık boyutuyla sınırlı olmayıp, aynı zamanda suçun unsurları düzeyinde de bir haksızlık boyutunu içerdiğidir.

Yalnızca objektif sınırlamalara başvurma devletin cezalandırma yetkisini fazla daraltacağı ileri sürülür; çünkü nötr ve nötr olmayan davranışların ayrımını yapmak özellikle sübjektif unsurlar dikkate alınmadan mümkün değildir.

Mesleki hareketle yardım konusunda Alman Yüksek Mahkemeleri’nin kararlarını incelemek tarafsız yardım konusundaki teorilerin uygulaması bakımından faydalı olacaktır.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin tarafsız eylemlere ilişkin önemli kararlarından biri olan vergi kaçırma işlemine yardım eden banka çalışanını konu eden kararında¹⁴⁴, sanık, eğitilmiş bir bankacı olup Sparkasse W. bankasının menkul kıymetler bölümünde çalışıyor ve yurtdışı yatırımları konusunda danışmanlık yapıyordur. 1992 sonu ile 1993 başında, beş farklı du-

¹⁴² **Schneider**, s.318.

¹⁴³ Knut, **Amelung**, “Die ‚Neutralisierung‘ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, s.9-30, s.9.

¹⁴⁴ BGHStE 46, 107 ff, Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 40, 2000, ss.3010-3016.

rumda, müşterilerin talepleri doğrultusunda sermayelerini isimsiz olarak Lüksemburg ve İsviçre'ye aktarmalarına yardımcı olmuştur. Bu müşteriler, 1 Ocak 1993'te yürürlüğe giren ve faiz gelirleri üzerinden vergi kesintisi getiren düzenlemeden (*Zinsabschlagsgesetz*) kaçınmak amacıyla, yatırımlarını yurtdışına çıkarmak istemekteydiler. Sanık, müşterilerini bu işlemten vazgeçirmeye çalışsa da sonunda taleplerine uymuş ve Sparkasse'nin yurtdışında iştirakleri olmadığı için, müşterilerin paralarını gizlice transfer etmek adına, W.-LB (Kuzey Ren-Vestfalya'daki Sparkasse ile ortak çalışan bir banka) tarafından oluşturulmuş mevcut bir gizleme sistemini kullanmıştır. Müşteri hesaplarından doğrudan yurtdışındaki banka hesaplarına transfer yapmak yerine, işlemleri iki aşamalı bir sistemle gerçekleştirmiştir. İlk olarak, müşteriler hesaplarından nakit para çekip, ardından bu parayı bir ödeme fişi aracılığıyla yurtdışı bankasının havuz hesabına yatırmıştır. Bu işlem, müşterilerin kimliklerini gizlemek amacıyla yapılmıştır. Sanık, para transferlerinin izini kaybettirmek için belgelerde müşteri adlarını değil, kod kelimeler veya referans numaraları kullanmıştır. Ayrıca, müşteriler için hesap açma belgelerini düzenleyip imzalamalarını sağlamıştır. Hem sanık hem de müşteriler, bu yöntemin güvenli olduğuna ve vergi müfettişlerinin kimliği tespit edemeyeceğine inanmıştır. Sanık, bu yöntemle müşteri paralarının gizlice yurtdışına aktarılmasını sağlayarak vergi kaçırma riskini azalttığını bilmektedir.

Mahkeme bu olayda bankacının yardım etme kastını mesleki hareketler bakımından değerlendirmiştir. Yardım etme kastı (*Gehilfenvorsatz*), yardım eden kişinin, ana suçun temel unsurlarını bilmesi ve kendi eylemiyle ana failin planını desteklediğini bilerek hareket etmesi durumunda mevcuttur. Ana suçun tüm ayrıntılarını bilmesi gerekmez. Yardım edenin, ana suçun sonucunu arzulayıp arzulamaması ya da bundan kaçınmayı tercih etmesi belirleyici değildir. Yardımın, ana suçun gerçekleştirilmesini kolaylaştırma ya veya desteklemeye uygun olması ve yardım edenin bunun farkında olması yeterlidir. Bu şart sağlandığında, yardım eden kişi faile açıkça ana suçunu onaylamadığını belirtse bile, kast yine de geçerliliğini korur.

Mahkeme bu değerlendirmelere dayanarak, bankacıların, müşterileri adına sermaye gelirlerini vergi dairesinden gizlemek amacıyla yurtdışına para transferi yapmalarının her zaman suç teşkil eden bir yardım eylemi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır¹⁴⁵.

¹⁴⁵ BGHStE 46, 107 ff, Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 40, 2000, ss.3010-3016.

Bankacıların hukuka uygun bir şekilde yaptığı işlemler ile suç teşkil eden yardım arasındaki sınırın belirlenmesine yönelik kriterlerde bir görüşe göre, bankacıların (anonim) sermaye transferlerine katılımının, çeşitli gerekçelerle, genel olarak suç teşkil eden yardım eylemi kapsamında değerlendirilmeyeceği savunulmaktadır. Suç teşkil eden bir yardım söz konusu değildir, çünkü sermaye transferi ile müşterinin daha sonra vergi beyannamesinde beyan edeceği bilgiler arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır; vergi beyannamesine hangi bilgilerin dahil edileceği tamamen müşterinin kendi kararına bağlıdır. Ayrıca, vergi kaçırma niyeti açısından bakıldığında, müşterilerin banka işlemlerine ihtiyaç duyması gibi bir durum da söz konusu değildir; dolayısıyla suç teşkil eden yardımın kabul edilmesi için gereken “bağımlılık” unsuru mevcut değildir. Vergi kaçırma fiili yalnızca müşterilerin vergi makamları ile olan ilişkisini ilgilendirir¹⁴⁶.

Çoğunluk görüşüne göre ise, bankacıların sermaye transferine yönelik işlemleri her zaman suç teşkil etmese de suç teşkil eden yardımın kapsamını daraltmak amacıyla bazı sınırlayıcı kriterler belirlenmelidir. Bu çerçevede, yardım fiilinin ana failin suçunun gerçekleşmesine objektif olarak atfedilip edilemeyeceği değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre, bankacıların “nötr” veya “mesleki açıdan tipik” faaliyetleri suç teşkil eden yardım kapsamında değerlendirilemez¹⁴⁷. Ayrıca, bankacıların işlemleri “mesleki uygunluk” (*professionelle Adäquanz*) çerçevesinde kaldığı sürece suç teşkil etmez¹⁴⁸. “Mesleki uygunluk”, normal olarak kabul edilebilir ve kurallara uygun mesleki faaliyetleri ifade eder¹⁴⁹. Buna göre, mesleki kurallara ve ilgili düzenlemelere uyan bir bankacı, suç teşkil eden bir eylem gerçekleştirmiş sayılmaz. Ancak, bankacının mesleki kuralları ihlal ederek yasa dışı bir amaca hizmet etmesi durumunda, suç teşkil eden bir yardım söz konusu olabilir. Bankacının eylemlerinin sadece suç teşkil eden amaçlara hizmet etmediği, aynı zamanda meşru gerekçelerinin de bulunduğu durumlarda, bu eylemler suç teşkil eden yardım kapsamında değerlendirilemez¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Arthur, **Hartmann**, “Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?”, ZStW, Cilt: 116, Sayı: 3, 2004, ss. 585-617, s.590.

¹⁴⁷ **Meyer-Arndt**, s.287.

¹⁴⁸ **Hartmann**, s.591.

¹⁴⁹ **Hartmann**, s.592.

¹⁵⁰ Andrea, **Ransiek**, “Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht”, Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Cilt: 16, Sayı: 2, ss.41-47, 1997, s. 46.

Diğer bir görüşe göre, “mesleki uygunluk” kavramına dayanmak hatalıdır, çünkü bu yaklaşım meslek sahiplerini ayrıcalıklı kılar. Ancak, bir bankacının mesleki faaliyetlerini suç teşkil eden bir plana uyarladığı durumlarda suç teşkil eden bir yardım söz konusu olabilir. Örneğin, banka içinde, yalnızca yasa dışı amaçlarla açıklanabilecek özel bir organizasyon kurulması halinde suç teşkil eden yardımın varlığı kabul edilebilir¹⁵¹. Müşterinin vergi kaçırma niyetinin açıkça belli olduğu durumlarda da sosyal olarak kabul edilebilir bir davranıştan söz edilemez¹⁵².

Farklı bir görüşe göre ise, bir bankacının eylemi yalnızca vergi tahsilatının gerçekleşmesini doğrudan zorlaştırıyor veya engelliyorsa suç teşkil eder. Bankacının, müşterisinin vergi yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak gibi bir garantör pozisyonu yoktur¹⁵³.

Eğer asıl failin fiili yalnızca suç işlemek amacıyla gerçekleştiriliyorsa ve yardım eden kişi bunu biliyorsa, onun katkısı yardım olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁴. Bu durumda, yardım edenin fiili “günlük yaşam niteliğini” her zaman kaybeder; bu, faille “dayanışma” (*solidarisierung*) içinde olma olarak yorumlanır¹⁵⁵ ve artık sosyal açıdan kabul edilebilir bir davranış olarak değerlendirilemez¹⁵⁶.

Buna karşılık, yardım eden kişi, sağladığı katkının asıl fail tarafından nasıl kullanılacağını bilmiyorsa ve sadece fiilin bir suç işlenmesi için kullanılabileceğini mümkün görüyorsa, bu durumda onun eylemi genellikle suç teşkil eden bir yardım fiili olarak değerlendirilmez. Ancak, yardım edenin fark ettiği, desteklediği kişinin suç işleme eğilimi o kadar belirginse ve buna rağmen ona yardım etmeye devam ediyorsa, bu durumda “suç işlemeye meyilli bir failin eylemlerini teşvik etmeyi kendine mesele edinmiş” sayılır¹⁵⁷. Bu ilkeler, vergi kaçakçılığı suçuna ve banka çalışanlarının mesleki faaliyetlerine de uygulanmaktadır. Buna karşılık, “profesyonel açıdan uygun” fiillerin genel olarak cezadan muaf tutulması mümkün değildir. Ne günlük yaşamda yapılan işlemler ne de mesleğe özgü fiiller her durumda nötr olarak

¹⁵¹ Löwe-Krahl, s.206.

¹⁵² Ransiek, s.43.

¹⁵³ Otto, s.410; Günther, Kohlmann, *Steuerstrafrecht Kommentar*, Münih 2024, § 370 kn. 178.

¹⁵⁴ Kohlmann, § 370 kn. 178.

¹⁵⁵ Roxin, § 27 kn. 19.

¹⁵⁶ Roxin, § 27 kn. 19.

¹⁵⁷ Roxin, § 27 kn. 19.

kabul edilebilir. Hemen hemen her eylem suç teşkil eden bir bağlama yerleştirilebilir¹⁵⁸. Bu nedenle, belirtilen kavramlar, suç teşkil eden yardım fiili ile izin verilen eylemi net bir şekilde ayırmak için tek başına yeterli değildir.

Federal Mahkeme'ye göre, sanığın eylemi suç teşkil eden bir vergi kaçakçılığına yardım fiilidir. Sanığın eylemleri, banka çalışanlarının varlık transferinde yaptığı “nötr” faaliyetleri belirgin şekilde aşmıştır. Sanık, yaptığı aktif katkıyla asıl faillerin eylemlerini nesnel olarak desteklemiş, para transferini anonim hale getirerek, banka müşterilerinin bu gelirleri vergi beyannamelerinde beyan etmeme riskini önemli ölçüde azaltmıştır. Sanığın eylemi, banka müşterilerinin eylemlerinden bağımsız düşünülemez. Anonim sermaye transferinin amacı, sanığın fiilinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Burada önemli olan, sanığın sermaye transferlerini anonim hale getirirken, banka müşterilerinin bu yatırımlardan elde edecekleri gelirleri vergi makamlarına bildirmemek niyetinde olduklarını bilip bilmediğidir. En azından bunu son derece olası görmesi de aynı sonucu doğurur. Her iki durumda da sanık, bu eylemleri teşvik etmeyi kendine mesele edinmiştir.

Banka müşterileri sanığa açıkça, yurtdışındaki yatırımlardan elde edecekleri faiz gelirlerini bildirmemek istediklerini söylememiş olsalar bile, sanık, vergi hukuku konusunda bilgili biri olarak, müşterilerinin bu niyetle hareket ettiğini hesap etmiş ve iz bırakmayan transferde yardımcı olması için kendisine başvurulduğunu düşünmüştür. Sanık, her ne kadar teorik olarak farklı ve kendisine uzak nedenlerle de bir gizli transfer talebinin olabileceğini göz önünde bulundurmuşsa da ona en yakın gelen olasılık vergi kaçırma amacıdır.

Bazı durumlarda müşteri niyetlerinden tam olarak emin olmasa ve yardımından kişisel bir çıkar sağlamasa bile, sanık yine de müşterilerinin planlı vergi kaçırma girişimlerine yardım etmeyi “kendine mesele edinmiş” ve faillerle “dayanışma içinde” olmuştur. Bu durum, özellikle sermaye transferlerinin, Almanya’da faiz gelirlerine stopaj vergisi uygulanmasının hemen öncesine denk gelmesi bağlamında daha da belirginleşmektedir. Söz konusu stopaj vergisi, yurtiçindeki faiz gelirlerinin vergiden kaçırılmasını önemli ölçüde zorlaştırmıştır.

¹⁵⁸ Claus, **Roxin** “Was ist Beihilfe?”, Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, ss. 501-517, s.515.

Sanık, banka müşterilerinin parasını sadece yurtdışına (yabancı bankaların havuz hesaplarına) aktarmakla yetinmemiştir. Aksine, bir dolandırıcılık sisteminden faydalanarak banka müşterilerinin vergi kaçakçılığı hedeflerini desteklemiştir.

Bunu aslında tek bir havale ile gerçekleştirilebilecek olan transfer işlemini, herhangi başka bir neden olmaksızın iki ayrı nakit işlemine bölerek gerçekleştirmiştir. Bunu, asıl transfer işlemini anonim hale getirmek amacıyla yapmıştır. Müşterileri için yalnızca yabancı bankalarda hesap açtırmakla kalmamış, aynı zamanda anonimliği sağlamak amacıyla para yatırma makbuzlarına müşteri adlarını yazmak yerine, yabancı bankadan önceden aldığı müşteri veya referans numaralarını yazmıştır. Bu şekilde sanık, mesleki faaliyetlerini, önceden var olan bir gizleme sistemini kullanarak, müşterilerinin suç teşkil eden amacına uygun hale getirmiştir.

Sanığın cezai sorumluluğu açısından, asıl faillerin zaten anonim bir yurtdışı transferi yapmaya kesin kararlı olup olmadıkları ve eğer sanık bu sürece katılmasaydı başka bir banka çalışanını veya başka bir bankayı kullanıp kullanmayacakları ya da parayı kendilerinin yurtdışına götürüp götürmeyecekleri önemsizdir. Bu durum, sanığın asıl fiili nesnel olarak destekleme eylemini ortadan kaldırmaz. Ayrıca, sanığın davranışı - temyiz incelemesinde ileri sürüldüğü gibi - yalnızca psikolojik yardım (*psychische Beihilfe*) olarak değerlendirilemez; çünkü asıl failler zaten tamamen kararlıdır ve bu tür bir yardımın özellikle dikkatle incelenmesi gerekir.

Sanığın cezai sorumluluğu açısından, onun mevcut bir gizleme sisteminden yararlanmış olması da önemli değildir; zira her zaman banka müşterilerinin anonim transfer taleplerini yerine getirip getirmeme konusunda özgürdür.

Sanığın yardım fiillerinin, asıl suçlar (yani yurtdışına aktarılan paraların ve bunlardan elde edilen faiz gelirlerinin vergi dairesine bildirilmemesi) gerçekleşmeden uzun süre önce meydana gelmiş olması, onun asıl suçları fiilen desteklediği gerçeğini değiştirmez. Önemli olan, yardım eden kişinin asıl fiili hazırlık aşamasında desteklemesidir; yeter ki yardım fiili, asıl fiili destekleme iradesi ve bilinciyle gerçekleştirilmiş olsun¹⁵⁹.

Özetlemek gerekirse bilerek suç işleyen birine yardım eden kişi, yardım eden olarak sorumludur. Yani eğer bir banka çalışanı veya başka bir meslek

¹⁵⁹ Schönke/Schröder/Leckner, § 27 kn. 13.

mensubu, müşterisinin yasa dışı bir işlem yaptığını bilerek ona destek oluyorsa, bu durumda tarafsız bir işlemde değil, suç ortaklığından bahsedilir. Mesleki faaliyetler her zaman tarafsız değildir. Her ne kadar bankacılık işlemleri veya hukuki danışmanlık gibi hizmetler günlük mesleki faaliyetler olsa da bunlar kötüye kullanıldığında suç kapsamına girebilir. Eğer kişi, yaptığı işlemin suç teşkil edebileceğini yalnızca olasılık olarak görüyorsa, genel olarak cezalandırılmaz. Ancak, riskin açıkça yüksek olduğu durumlarda, “suç işlemeye yatkın” bir kişiye bilerek destek verdiği kabul edilebilir. Bir hizmeti sağlamak zorunda olan (örneğin bir banka çalışanı), üstlerinden emir almış olsa bile, suç teşkil eden bir işleme bilerek katılıyorsa sorumluluktan kaçamaz.

Diğer karar 2014 tarihli ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin 5. Ceza Dairesi tarafından değerlendirilen ve Berlin Bölge Mahkemesi’nce verilen dolandırıcılığa yardım etmeye ilişkin çağrı merkezi çalışanlarının eylemlerine ilişkin bir karardır¹⁶⁰. Dolandırıcılık suçunun esas faillerinin iş modeli, çoğunlukla yaşlı insanları hesap bilgilerini açıklamaya ve 49 ila 59 euro arasındaki aylık otomatik ödemelere itiraz etmemeye ikna etmekten oluşmaktadır. İlk yöntemde çağrı merkezi çalışanları tarafından arama yapılarak, aranan kişileri bir piyango ödeme hizmeti konusunda sözleşmeleri olduğuna inandırıp, özel bir fesih hakkı kapsamında, üç aylık hizmet bedelini ödemeleri halinde bu sözleşmeyi iptal edebilecekleri söylenmiştir. İkinci arama stratejisinde ise, arayanlar gerçeğe aykırı bir şekilde, karşı tarafın verilerini silebileceklerini ve böylece rahatsız edici çekiliş aramalarından korunabileceklerini bunun için de belirli bir hizmet ücreti karşılığında kişileri listeye ekleyerek çekiliş aramalarının tamamen duracağına ikna etmeye çalışmışlardır. Ancak bu hizmetler gerçekte bulunmamaktadır. Arayan çağrı merkezi çalışanları tarafından “yanlış izlenimini vermek” ve böylece iptalleri, itirazları ve özellikle de alıcıların ters ibrazlarını önlenmesi amaçlanmaktaydı. Asıl failler, bir finansal hizmetler şirketinin genel müdürü olan sanığa “hizmet ücretlerini” otomatik ödeme yoluyla tahsil etmesi talimatını vermiş ve böylece asıl failler yüksek meblağlarda gelir elde etmişlerdir.

Yardım eden olarak yargılanan genel müdür, ödemelerin otomatik tahsilatını üstlenmeyi reddetmiştir. Bununla birlikte, bu tahsilatlarla ilgili olarak, müşterilerin itirazları nedeniyle geri dönen ödemelerin oranı o kadar yüksek olmuştur ki, yardım edenin çalıştığı kurumun uyum (*compliance*) birimi

¹⁶⁰ BGH, 5 StR 468/12, BeckRS 2014, 03755, kn. 215.

kendisini bu konuda defalarca uyarmıştır. Sanık, bu durum karşısında suçun asıl failleriyle yaptığı telefon görüşmesinde şu ifadeleri kullanmıştır: “*Eğer sadece elimdeki rakamları, elimizdeki istatistikleri temel alırsam, o zaman sizin etik dışı satış yaptığınızı ve satış sürecinin son derece kötü ilerlediğini bilirim.*” Bunun üzerine sanık, çağrı merkezlerinde bundan sonra düzgün çalışılması gerektiğini talep etmiş, ancak yine de otomatik tahsilat işlemlerine devam etmiştir.

Bölge Mahkemesi, öncelikle yukarıda bahsedilen telefon görüşmesine dayanarak, sanığın “kesin bilgiyle” hareket ettiğine, yani asıl faillerin dolandırıcılık faaliyetlerini bildiğine ve dolayısıyla onlara kasıtlı olarak yardım ettiğine ikna olmuştur¹⁶¹. Yardım edenin, hukuken müşterilerin önemli bir kısmıyla geçerli bir sözleşme yapılmadığı sonucunu doğuran koşulların farkında olduğu ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, müşteriler genellikle bir sözleşme yaptıklarının farkında olmadıklarında ya da kendilerini hazırlıksız yakalanmış (ya da kandırılmış) hissettiklerinde bir otomatik ödeme talimatına itiraz ederler ve bu durum “negatif satış” (*negatives Verkaufen*) için tipik bir göstergedir. Böylece sanık, her halükârda müşterilerin önemli bir kısmıyla geçerli bir sözleşme yapılmadığı sonucuna varılmasını sağlayacak koşulları bilmiş sayılmaktadır.

Federal Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin bu kararını bozmuştur¹⁶². Yüksek Mahkemeye göre yardım edenin cezalandırılması için, “suç işleme niyetinde oldukları açık olan eski ortak sanıkları teşvik etmek için yardımının kullanılmasına izin verecek kadar suç işleme riskinin yüksek olduğunu kanıtlayan”, “somut bulgular” gerekmektedir¹⁶³. Belirleyici faktör, “sanık için, teşvik ettiği esas faillerin tüm eylemlerinin dolandırıcılık suçuna teşebbüsü amaçladığının veya en azından tahsil edilecek alacakların bir kısmının bu tür suçlardan kaynaklandığının muhtemel görünmesini sağlayan göstergelerin olup olmadığı” hususudur¹⁶⁴. Bölge Mahkemesi böyle bir tespitte bulunmamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, açıkça aldatıcı eylemlere odaklanmak yerine, muğlak “negatif satış” kavramına dayanmak, yardım kastını varsaymak için yeterli olmadığını, telefon görüşmesinin değerlendirilmesi ve dolayısıyla nihai olarak yardım kastının teyit edilmesi - sanık

¹⁶¹ BGH BeckRS 2014, 03755, kn. 213.

¹⁶² BGH BeckRS 2014, 03755, kn. 25-36.

¹⁶³ BGH BeckRS 2014, 03755, kn. 25-36.

¹⁶⁴ BGH BeckRS 2014, 03755, kn. 25-36.

lehine yapılan otomatik ödeme işlemlerine ilişkin kotaların, “sanığın yalnızca buradan olumsuz satış sonucu çıkarmasını gerektirecek şekilde artırılmadığı” varsayımıyla uyumlu değildir. Ayrıca, sözleşme ilişkisinin başlangıcındaki yazılı güvence ve telefon görüşmesindeki ifadeler nedeniyle, esas faillerden birinin yardım eden negatif satış yapıldığını açıkça itiraf ettiğinin varsayılamayacağını vurgulamaktadır¹⁶⁵.

Federal Temyiz Mahkeme’nin bozma kararının yerinde olduğu ifade edilmelidir. Zira bölge mahkemesinin delil değerlendirmesi eksik ve çelişkilidir ve alternatif açıklamalar dikkate alınmamıştır. Objektif unsur bakımından, yardım edenin işlenecek suçtan haberdar olmasına rağmen “suçla bağlantılı bir kastı” bulunmuyorsa, yardım edenin eylemi suç işlemeye yönelik bir katkı olarak değerlendirilemez¹⁶⁶. Çünkü yardım edenin desteklediği fiil yalnızca suç işleme amacı taşımıyorsa ve fail açısından, işlenen suç dışında da anlamlı bir katkı sağlıyorsa, ceza sorumluluğu oluşmaz. Eğer asıl failin amacı bir suç işlemekse ve yardım eden kişi bunu biliyorsa, mesleğe özgü “tarafsız” davranışlar bile objektif ve sübjektif olarak § 27 StGB uyarınca yardım etme kapsamında suç teşkil eden bir eylemi olarak değerlendirilir. Yardım eden kişi, mesleğine özgü “tarafsız” bir eylemin suç işlemek için kullanılabileceğini yalnızca olasılık dahilinde görüyorsa, bu durum kural olarak sorumluluk doğurmaz¹⁶⁷. Ancak, eğer yardım eden kişi, desteklediği kişinin suç işleyeceğine dair öngördüğü riskin oldukça yüksek olduğunu fark etmişse ve yine de yardımda bulunmuşsa, bu durumda fiili suç işlemeye yatkın bir faile bilinçli şekilde destek vermek olarak değerlendirilerek ceza sorumluluğu doğabilir¹⁶⁸.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin bu iki kararın değerlendirildiğinde, 2000 tarihli karar bakımından, bankacının yaptığı işlemleri sadece mesleki olarak uygun ve sosyal açıdan kabul edilebilir bir hareket olarak değerlendirmemiştir. Sanık, müşterilerine yardım etmek amacıyla sermaye transferlerini anonimleştirerek ve banka müşteri bilgilerini gizleyerek vergi kaçırma eylemini desteklemiştir. Mahkeme, bankacının eylemini, yardımcı

¹⁶⁵ BGH BeckRS 2014, 03755, kn. 25-36.

¹⁶⁶ Holm, **Putzke** / Jörg, **Scheinfeld**, Strafprozessrecht, Münih, 2022, kn. 786.

¹⁶⁷ **Putzke/ Scheinfeld**, kn.789.

¹⁶⁸ Holm, **Putzke**, “Gefahrgeneigte Tätigkeiten - oder: Zur Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 22.1.2014 - 5 StR 468/12, sowie OLG München, Beschl. v. 3.11.2014 - 4 OLG 15 Ss 466/14”, Zeitschrift für das Juristische Studium, Cilt: 6, 2014, ss.635-647, s.638.

olduğu eylemin vergi kaçırma amacına hizmet ettiği için suç teşkil eden bir yardım fiili olarak değerlendirmiştir. Sanık, vergi kaçırma amacı güden bir faille “dayanışma” içinde hareket etmiş ve işlemlerinin “tarafsız” olamayacağına karar verilmiştir. 2014 tarihli karar bakımından ise Federal Temyiz Mahkemesi, sanığın sadece dolandırıcılıkla ilgili suçu bilerek yardım ettiğini kanıtlamak için somut bulgulara ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, yardım edenin sadece dolandırıcılıkla ilgili suçu bilmesi yeterli olmayıp, suç işleme riskinin yüksek olduğunu belirten somut kanıtlar gerekmektedir. Ayrıca, sanığın yardım eylemi sırasında, olası risklerin farkında olup olmadığı ve yardımın suçun gerçekleşmesine katkı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmiştir. Bu tür durumlarda, yardım eden kişinin sadece dışsal koşullara değil, aynı zamanda kişinin suç işlemeye yönelik niyet ve bilinciyle birlikte, işlenen suçla olan ilişkisini ve riskin farkında olup olmadığını da dikkate almak gerekir. Ceza hukukunda, dışsal koşulların ötesinde, bir davranışın suç teşkil etmesi, faile ait subjektif unsurların değerlendirilmesiyle daha doğru bir şekilde karar bağlanabilir. Bu karar, suçun işlenmesinde yardıma yönelik sorumluluğun ancak somut ve net bir şekilde belirlenebilen durumlarda oluşabileceğini vurgulamaktadır.

Suç teşkil eden bir yardım eyleminin varlığına ilişkin kararın yalnızca objektif koşullara bağlı kılınması yetersiz kalır. Bu noktada yaratılan tehlikenin büyüklüğüne odaklanmak ve aynı zamanda yardım eden kişinin bu tehlikenin farkında olup olmadığını dikkate almak doğru bir yaklaşımdır¹⁶⁹. Örneğin, bir kişinin satın aldığı baltayla eşini öldürmeyi veya kendisine sağlanan bir banka hesabını vergi kaçırmak için kullanmayı planladığını bilen kişi, suç teşkil eden bir yardım eylemi gerçekleştirmiş olur. Bu nedenle Alman Federal Mahkemesi yalnızca dışsal koşulları değil, subjektif unsurları da dikkate alan yaklaşımı isabetlidir¹⁷⁰. Zira bir davranışın ceza hukuku açısından önem taşıyıp taşımadığı yalnızca dışsal koşullara bağlı değildir, aynı zamanda failin öngördüğü riskle de ilgilidir.

IV. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Ceza Hukuku’nda, yardım etmeye yönelik tarafsız hareket veya mesleki hareket kavramları doktrinde ve yargı kararlarında fazla tartışılmamıştır. Yardım edenin sorumluluğu bakımından temel ayırım, kastın olup

¹⁶⁹ Roxin, § 26 kn. 231.

¹⁷⁰ Putzke, s.640.

olmadığı noktasında yapılmıştır¹⁷¹. Tarafsız hareketlerde iştirak iradesinin bulunmadığı kabul edilmekte, dolayısıyla da yardım eden sıfatıyla sorumluluğun söz konusu olmayacağı vurgulanmaktadır¹⁷².

Bir kişi mesleki veya günlük hayattaki sıradan bir işlemi yerine getirirken suçun işleneceğini bilmiyorsa ve suça iştirak iradesi yoksa cezalandırılmaz¹⁷³. Ancak, suç işleneceğini bilerek ve isteyerek bir katkı sağlıyorsa, yardım eden olarak sorumluluğu doğar¹⁷⁴. Nitekim, yardım etmede iştirakte bağlılık kuralı dikkate alındığında başkası tarafından işlenen kasti bir suça kasten destek olunması halinde yardım eden de cezalandırılmaktadır¹⁷⁵.

Yardım etme maddi nitelikte ya da manevi nitelikte olabilmektedir. Hangi tür davranışların yardım etme niteliğinde olduğu TCK md. 39'da tek tek sayılmak suretiyle gösterilmektedir¹⁷⁶. TCK md. 39'da yardım etmenin türleri belirtilmiş olsa da bu hareketlerin ne şekilde gerçekleştirileceği sınırlı olarak sayılmamıştır. Yardım fiilinden söz edilebilmesi için yalnızca yardım hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi yeterli değildir. TCK md. 40'ta öngörülen iştirakte bağlılık kuralı uyarınca, yardım eden kişinin iştirak iradesinin bulunması gerekmektedir. Buna göre, yardım eden kişi yalnızca kendi hareketini bilinçli olarak gerçekleştirmekle kalmamalı, aynı zamanda failin işlediği hukuka aykırı fiilin gerçekleşmesine yönelik de kasıtlı bir iradeye sahip olmalıdır¹⁷⁷. Başka bir ifadeyle, yardım eden kişi, failin fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilerek ve bu sonucun ortaya çıkmasını isteyerek hareket etmelidir¹⁷⁸.

¹⁷¹ Ayhan, **Önder**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992, s. 442; **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s.555.

¹⁷² **Önder**, s. 443; Vesile Sonay, **Evik**, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011, s. 247.

¹⁷³ Mahmut, **Koca/ İlhan, Üzülmmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s.496; Bahri, **Öztürk** / Mustafa Ruhan, **Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2024, s.432; Hakan, **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s.574; **Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük**, s.566.

¹⁷⁴ **Koca/Üzülmmez**, s.497; **Öztürk/ Erdem**, s.432; Ali Tanju, **Sarıgül**, Suça İştirak, Ankara 2022, s.268.

¹⁷⁵ **Koca/Üzülmmez**, s.496; **Sarıgül**, s.268.

¹⁷⁶ TCK md. 39'a göre suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklindeki hareketleri gerçekleştiren kişi yardım eden olarak sorumlu olur.

¹⁷⁷ **Demirel**, s.526.

¹⁷⁸ **Demirel**, s.526.

Bu kast doğrudan kast ile olabileceği gibi olası kast da olabilecektir¹⁷⁹. Özellikle olası kastın olduğu durumlarda, esasında mesleki hareket gibi görünen pek çok davranış, yardım edenin sorumluluğunu doğurabilecektir¹⁸⁰. Bununla birlikte olası kast ile yapılan tarafsız hareketin katkılarının yardım etme olarak değerlendirilemeyeceği, özellikle sübjektif koşullardan hareket eden teoriler bakımından suça ilişkin bilme unsurunun, olasılığı öngörmenin ötesinde bir bilmeyi aradığını ifade eden görüşler de bulunmaktadır¹⁸¹. Ancak yardım eden kişinin failin gerçekleştirdiği eylemi onaylaması, benimsemesi ya da özel bir saikle desteklemesi zorunlu değildir¹⁸².

Türk ceza hukuku doktrininde de yardım etmenin olası kastla mümkün olduğu genel olarak savunulmaktadır. Suça iştirak eden kişinin en azından failin suça eğilimini bildiği, yardım ile sağlanan aracın suçta kullanılacağını düşündürecek somut dayanakların olduğu durumlarda, yardım edenin sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir¹⁸³. Bu yaklaşım da olası kastla yardım etme olarak değerlendirilmelidir. Nitekim failin fiiline ilişkin kastının bilme ve isteme unsurlarını, olası kastı içermeyecek şekilde yorumlamak kastın dogmatikliğiyle uyumlu değildir¹⁸⁴. Zira fail açısından olası kastla hareket etmenin sorumluluk dışı bırakılması, ancak suç tipinde “bilerek” veya “bildiği halde” gibi ifadelerin bulunması durumunda söz konusu olabilirken, faile bağlı konumda bulunan yardım edenin olası kastla işlenen fiillerden neden sorumlu tutulmayacağı yalnızca mesleki hareketler çerçevesinde açıklanamaz¹⁸⁵. Başka bir deyişle, mesleki faaliyetlerin, failin suç işleyeceğini öngörerek gerçekleştirildiği durumlarda dahi yardım edeni cezasız bırakmasının hukuki bir temeli bulunmamaktadır¹⁸⁶.

Doktrindeki bir görüşe göre mesleki hareketler, yardım etmenin objektif şartlarını taşımamaktadır. Hukuken izin verilmiş davranışların kötüye kullanılması ceza sorumluluğunu doğurmamalıdır ve izin verilen bu hareketler

¹⁷⁹ Demirel, s.527; Meraklı, s.255.

¹⁸⁰ Meraklı, s.255.

¹⁸¹ Sarıgül, s.270.

¹⁸² Demirel, s.527.

¹⁸³ Evik, s.247, Hakeri, s.576.

¹⁸⁴ Sarıgül, s.271; Meraklı, s.255.

¹⁸⁵ Serkan, Meraklı “Mesleki Davranışların Bir Vergi Suçuna Yardım Etme Olarak Değerlendirilmesinin Koşulları”, Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu-II: Vergi Suçları (Editörler: Veli Özer Özbek/ Ezgi Çırak Karalı), Ankara 2024, s.50.

¹⁸⁶ Demirel, s.529.

bakımından isnat edilebilirlik bulunmamaktadır. Hukuken kınanabilir olmayan bu hareketler tipe uygun değildir¹⁸⁷. Örneğin, bir bakkalın müşterilerine bıçak satması hukuken izin verilen bir faaliyettir. Bir suç faili, işlemek istediği suçu gerçekleştirmek için bu bakkaldan bıçak satın almış olsa bile, bakkal sahibinin bu fiili suça yardım olarak değerlendirilemez. Burada isnat edilebilir bir nedensellik bağı bulunmamaktadır; fail, aynı bıçağı başka bir yerden de temin edebilirdi. Bu bakış açısı benimsendiğinde, nedensellik bağının kurulamaması nedeniyle cezalandırmaya gidilmemesi gerekir. Ancak aynı mantık, tüm cezalandırılabilir iştirak halleri için geçerli değildir. Örneğin, bir kişi yasa dışı bir eylemde kullanılmak üzere sahte kimlik belgeleri temin ettiğinde, “Bu desteği sunmamış olsaydı fail başka bir kaynaktan da sahte belge edinebilirdi” denilerek cezalandırmama sonucuna varılamaz. Günlük davranışların cezalandırılmamasının nedeni, yalnızca objektif şartların yokluğu ile açıklanamaz¹⁸⁸. Varsayımsal nedensellikten hareketle, bir başkasının da yapabileceği tezi ile belirsizlik yaratılması hukuki belirlilik ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır¹⁸⁹. Ancak bu örneklerde yardım edeninin, failin kastını biliyorsa ve bu harekete bilerek ve isteyerek yardım ediyorsa, örneğin bakkalın bıçak sattığı müşterisinin bu bıçakla eşini öldüreceğini bildiği durumda tipik yardım etme hareketinden bahsedilecek ve kişinin ceza sorumluluğu doğacaktır¹⁹⁰. Bununla birlikte bakkalın bıçak değil de içine zehir konacağını bildiği ekmeği sattığı durumda tipik yardım hareketinin oluştuğunu söylemek mümkün olmayacaktır¹⁹¹. Zira karma teori kapsamında kastın yanında aranan suç bağlamında anlamlılık (*deliktischer Sinnbezug*) kriteri bu örnekte oluşmayacaktır.

Doktrindeki bir diğer görüş ise mesleki hareket kapsamındaki hareketlerde güven ilkesi çerçevesinde izin verilen risk olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁹². Sosyal yaşamda vazgeçilmeyecek nitelikte olan ancak suçun işlenmesini kolaylaştırabilecek hareketler güven ilkesi içerisinde kabul edilmelidir¹⁹³. Bu durumda suçun işlenmesini kolaylaştıran davranışlar ancak doğrudan kastın olması halinde yardım edenin sorumluluğuna

¹⁸⁷ Çelen, s.351.

¹⁸⁸ Çelen, s.351.

¹⁸⁹ Demirel, s.528.

¹⁹⁰ Demirel, s.530.

¹⁹¹ Demirel, s.530.

¹⁹² Hakeri, s.576.

¹⁹³ Hakeri, s.576; Meraklı (Vergi), s. 53.

gidilebilecektir¹⁹⁴. Yardım edenin, failin suç işleme iradesini kesin olarak bilmesi ve bu konuda yardım etme kastı ile hareket etmesi gerekir. Failin suç işleyebileceğinin tahmin edilmesi yeterli olmaz. Güven ilkesi gereği herkes başkasının kasten suç işlemeyeceğine güvenmek durumundadır¹⁹⁵. Bu bağlamda karma teoriye benzeyen ancak yardım etme hareketinde kast ve suç bağlamında anlamlılık bulunan kişinin güven ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek hareketlerinin ceza sorumluluğu doğurmaması gerektiği şeklinde özgün bir yaklaşım geliştiren Demirel'in görüşünü aktarmak gerekir. Genel hatlarıyla Demirel, kişilerin meslekî faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri eylemlerin, failin suç kastından haberdar olunması hâlinde dahi, her durumda cezai sorumluluk doğurmayacağını savunur. Ancak burada önemli olan nokta, yardım fiilinin suça “doğrudan bir etki” sağlayıp sağlamadığıdır¹⁹⁶. Demirel'e göre, mesleki faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilen bir eylem, failin suçunu gerçekleştirmesine yalnızca dolaylı bir katkı sunuyorsa ve bu eylem, genel toplumsal yaşamın devamı açısından makul ve gerekli bir faaliyetse, yardım edenin cezai sorumluluğuna gidilmemelidir¹⁹⁷. Örneğin yukarıda verdiğimiz bakkaldan ekmek alıp içine zehir koyacak kişinin bu eyleminden haberdar olan bakkal bu bağlamda cezalandırılmayacaktır. Bu gibi durumlarda güven ilkesi esas alınmalı, kişilerin her durumda muhatabının suç kastını araştırmak zorunda bırakılmaması gerekir. Özellikle avukat, banka çalışanı, taksici gibi mesleklerde çalışan kişilerin, görevlerini yerine getirirken failin suç işlemeye yönelik kastını öngörmeleri hâlinde bile, bu kastı kesin olarak benimsemedikleri ve eylemlerinin suça doğrudan katkı sağlamadığı sürece cezai sorumlulukları bulunmamalıdır. Bununla birlikte, Demirel mutlak bir sorumsuzluktan da bahsetmemektedir. Failin işlemek istediği suçu bilen ve buna rağmen suçun icrasına doğrudan etkisi olan bir mesleki eylemi yerine getiren kişi - örneğin failin suç kastını bilerek ona gerekli araçları sağlayan bir teknisyen - cezai sorumluluktan bağışık tutulamaz. Bu noktada, yardım fiilinin suçun icrası üzerindeki etkisi belirleyici hale gelir. Yardım edenin gerçekleştirdiği fiil, kendi başına hukuka uygun gibi görünse de eğer bu kişi asıl failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmekte ve bu suça katkı sağladığını öngörmekteyse, artık yardım kastının varlığından söz edilebilir. Yardım kastı sadece teknik olarak yardım fiilinin

¹⁹⁴ Çelen, s.351.

¹⁹⁵ Evik, s.247.

¹⁹⁶ Demirel, s.531.

¹⁹⁷ Demirel, s.531.

bilerek yapılmasını değil, aynı zamanda failin suçuna bilinçli bir katkı sağlama iradesini de içerir. Örneğin bir avukatın, müvekkiline vergiden muafiyet ile vergi kaçakçılığı arasındaki hassas çizgiyi hukukten açıklaması başlı başına suç oluşturmaz; bu, mesleki bilgi verme faaliyeti kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, avukatın verdiği bu detaylı bilgilerin müvekkil tarafından vergi kaçakçılığı suçu işlemek için kullanılması ve avukatın da bu sonucu öngörmüş ya da en azından kabullenmiş olması halinde, artık avukatın yardım kastıyla hareket ettiğinden ve işlenen suça yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinden söz edilebilir. Burada kritik olan, avukatın sadece hukuki danışmanlık yapmakla kalmayıp, müvekkilinin suça yönelmesini öngörüp öngörmediğidir¹⁹⁸.

Yargıtay'ın yardım kastının varlığına ilişkin yaptığı değerlendirmeler, her ne kadar teorik sınıflandırmalara açıkça atıf içermese de özellikle objektif isnadiyet ve sosyal uygunluk teorilerinin temel varsayımları çerçevesinde şekillenmektedir. Nitekim aşağıda özetlenen olayda, Yargıtay'ın vardığı sonuç, yardım kastı ve örgütsel bağın yalnızca dışsal davranışlardan hareketle değil, davranışın toplumsal bağlamda taşıdığı anlam ve failin sosyal pozisyonu üzerinden değerlendirilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı yansıtmaktadır.

Somut olayda, sanığın akrabaları ile evine gelen bazı şahıslara yemek ikram etmesi ve akrabası olan bir kişiyi evinde misafir etmesi fiilleri yargılamaya konu olmuş; yerel mahkeme bu davranışları, sanığın terör örgütüne yardım kastıyla hareket ettiğii gerekçesiyle mahkûmiyet hükmüne esas almıştır¹⁹⁹. Ancak Yargıtay, sanığın evine gelen kişilerin örgüt üyesi olduklarının kuşkudan uzak bir şekilde tespit edilememesi, ayrıca sanığın sosyal durumu ve içinde bulunduğu sosyal ilişkiler ağı dikkate alındığında, bu fiillerin örgütsel amaçla gerçekleştirildiğini gösteren herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle mahkûmiyet kararını bozmuştur.

Bu değerlendirme, özellikle sosyal uygunluk teorisi bakımından dikkat çekicidir. Zira bu teori, kişinin toplumsal normlara uygun biçimde gerçekleştirdiği ve sosyal yaşamın gereği olarak kabul edilen davranışlarının, sırf bir suç failine yönelmiş olması nedeniyle cezai sorumluluk doğurmayacağını ileri sürer. Sanığın yemek ikramı ve misafir ağırlaması, onun sosyal konu-

¹⁹⁸ Demirel, s.532.

¹⁹⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2023/6239 K. 2025/12158 T. 24.4.2025, <https://kazanci.com.tr/>, Erişim tarihi: 08.08.2025.

muna ve kültürel çevresine uygun düşen, sıradan toplumsal davranışlardır. Yargıtay da bu fiilleri sosyal bağlamından koparmadan değerlendirmiş, bu yönüyle sosyal uygunluk teorisinin temel kriterlerinden biri olan “davranışın toplumsal olağanlığı”na dayalı bir değerlendirme yapmıştır²⁰⁰.

Öte yandan, Yargıtay’ın kastın yokluğunu özellikle vurgulaması, kararın objektif isnadiyet teorisiyle de uyumlu olduğunu göstermektedir. Bu teoriye göre, fiilin cezalandırılabilmesi için yalnızca nedensel bir katkı yeterli olmayıp, aynı zamanda failin davranışının suçun gerçekleşmesinde hukuken yüklenebilir (objektif olarak isnat edilebilir) bir risk oluşturması gerekir. Sanığın eylemleri, suçun işlenmesini kolaylaştıran bir risk doğurmamakta; hatta bu davranışlar, suça destek verme iradesinden bağımsız olarak sıradan bir sosyal ilişki biçiminde tezahür etmektedir.

Dolayısıyla Yargıtay, ismen atıf yapmaksızın, yardım fiilinin hem sübjektif (kast) hem de objektif (davranışın toplumsal anlamı ve risk içeriği) unsurlarını birlikte değerlendirerek, aslında karma yaklaşımlarla uyumlu bir değerlendirme tarzı benimsemektedir. Bu karar, yardım kastının belirlenmesinde yalnızca dışsal davranış biçimlerine değil, aynı zamanda failin niyeti, sosyal konumu ve eylemin toplumsal bağlamına ilişkin çok katmanlı bir analiz gerektiğine işaret etmesi bakımından önemlidir.

Başka bir olayda ise 6831 sayılı Orman Kanunu’na muhalefet suçundan yargılanan sanığa yardım ettiği iddiasıyla yargılanan kişinin, sanığın komşusu olduğu ve uzun yıllardır süregelen köy yaşantısı gereği tarla sürme faaliyetinde bulunduğu, olay günü de tarla sürme sırasında komşusuna yardım ettiği, ancak tarla üzerinde herhangi bir işgal veya açma kastı taşımadığı belirtilmiştir²⁰¹. Bu eylemin, suç teşkil eden bir hareketin yardım kastıyla gerçekleştirilmesi değil, sosyal ve toplumsal yaşamın doğal bir parçası olan sıradan bir yardımlaşma olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu durum, sosyal uygunluk (*sozialadäquanz*) teorisi çerçevesinde açıklanabilir. Çünkü toplumda yaygın ve olağan kabul edilen, sosyal yaşamın doğal gereği olan davranışların ceza hukuku bakımından sorumluluğa konu edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir.

²⁰⁰ Benzer yönde başka bir kararda ise Yargıtay 20. Ceza Dairesi E. 2016/2016 K. 2017/2171 T. 4.4.2017, <https://kazanci.com.tr/>, Erişim tarihi: 08.08.2025.

²⁰¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2015/572 K. 2015/312 T. 13.10.2015, <https://kazanci.com.tr/>, Erişim tarihi: 08.08.2025.

Yargıtay'ın başka bir kararında yapılan banka transferlerinin suça yardım değil, mutad bankacılık işlemleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰². Somut olayda, 29.05.2015 tarihli BDDK kararı ile temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen Asya Katılım Bankası A.Ş., 22.07.2016 tarihli kararla faaliyet izni kaldırılınca yasal bankacılık faaliyetlerine devam etmiştir. Bankanın FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile iltisaklı olduğu tespit edilmiş; örgüt liderinin talimatı doğrultusunda örgüt amacına hizmet eden ve bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemler, örgüte üye olmak veya örgüte yardım etmek suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay, mutad hesap hareketlerinin örgütsel faaliyet ya da örgüte yardım kapsamında değerlendirilemeyeceğini; ancak örgüt liderinin talimatıyla gerçekleştirilen ve örgüt amacına hizmet eden özel işlemlerin, tek başına örgüte yardım etme suçunu oluşturabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, sanıkların mutad bankacılık işlemleri dışında, örgüt yönetiminin talimatı doğrultusunda ve örgüte yardım kastıyla işlem yaptıklarına dair kesin ve yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle mahkûmiyet kararlarını bozmuştur.

Yargıtay'ın bu değerlendirmesi, esasen Hassemer'in geliştirdiği profesyonel uygunluk teorisi, özellikle mesleki faaliyetler çerçevesinde gerçekleştirilen yardım fiillerinin sınırlandırılmasında kapsamında ele alınabilir. Bu yaklaşıma göre, bir fiilin cezalandırılabilmesi için, eylemin ilgili meslek dalının yerleşik teamüllerine ve profesyonel standartlarına açıkça aykırı olması, tipik mesleki işlevin ötesine geçerek suçun icrasına hizmet eden özel bir amaca yönelmiş bulunması ve failin yardım kastının somut delillerle ortaya konması gerekir. Bu anlamda profesyonel uygunluk, normatif bir filtre işlevi görür; tipik mesleki faaliyetler cezalandırma alanı dışında tutulur, ancak mesleki çerçevenin aşıldığı ve kastın kanıtlandığı durumlarda yardım fiili oluşur. Bu teori çerçevesinde mesleki standartlara aykırılığın olup olmadığı değerlendirilir. Eylem, ilgili meslek dalının yerleşik teamüllerine, etik kurallarına ve profesyonel ölçütlerine açıkça aykırı olmalıdır. Somut olayda, bankanın faaliyet izni kaldırılınca kadar yaptığı mutad hesap hareketleri, tipik bankacılık işlemleri olarak değerlendirilebilir. Bu işlemler, Hassemer'in profesyonel uygunluk testine göre mesleki standartlar içinde kalmaktadır. Faaliyet, tipik mesleki işlevin ötesine geçerek suçun icrasına hizmet eden özel bir amaca yönelmiş olmalıdır. Örgüt liderinin talimatı ile

²⁰² Yargıtay 3. Ceza Dairesi E. 2021/9028 K. 2024/ 4710 T.14.3.2024, <https://kazanci.com.tr/>, Erişim tarihi: 11.08.2025.

örgüt yararına yapılan ödeme veya özel nitelikteki işlemler, olağan bankacılık işlevinin sınırını aşmakta ve mesleki faaliyetlerin suç amacına özgülenmesi anlamına gelebilir. Bu tür işlemler, profesyonel uygunluk çerçevesinden çıkmış olur. Delillerle ispatlandığı takdirde mesleki hareket niteliğini yitirir ve cezalandırılabilir yardım fiiline dönüşür. Failin eylemi, sadece objektif olarak değil, sübjektif olarak da suçun işlenmesine katkı sağlamak amacıyla yapılmış olmalıdır. Yargıtay'ın bozma gerekçesi, kast unsurunun kesin ve yeterli delillerle ispatlanamamasıdır. Bu, Hassemer'in yaklaşımıyla birebir örtüşür, sadece objektif katkı yeterli değildir. Failin suç amacına yönelik kastı, somut ve güçlü delillerle ortaya konmalıdır. Bu teori kapsamında, profesyonel uygunluk bir tür normatif filtre işlevi görür. Olağan mesleki faaliyetler cezalandırma alanına alınmaz; ancak mesleki çerçeve aşıldığında ve kast açıkça kanıtlandığında yardım fiili oluşur. Mutad bankacılık işlemleri cezalandırma alanı dışında kalırken, talimatlı ve amaç özgülenmiş işlemler ancak kastın ispatı halinde cezalandırılabilir.

SONUÇ

Ceza hukukunda suça yardım etmenin cezalandırılabilirliği konusu, geleneksel olarak failin suç işlemesine bilfiil katkı sağlayan eylemlerle sınırlandırılmakta olup, mesleki faaliyetler kapsamında gerçekleştirilen tarafsız hareketlerin bu kapsama girip girmediği tartışmaya açıktır. Özellikle “tarafsız hareketler” ya da “mesleki hareketler” olarak adlandırılan bu fiillerin cezai sorumluluk doğurup doğurmayacağı, hukuk doktrini ve yargı kararlarında farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Alman ceza hukuku doktrininde bu konu uzun yıllardır detaylı bir şekilde tartışılmakta ve “sosyal uygunluk”, “suçu ilerletme bilinci” ve “dayanışma” kavramları üzerinden değerlendirilmekteyken, Türk hukuk doktrininde son yıllarda ele alınmaya başlanmış olsa da yargı kararlarında henüz kavramsal bir yer edinmemiştir. Bu doğrultuda, çalışmada özellikle tarihsel ve teorik çerçeveye ilişkin tartışmalarda Alman doktrinine ve önemli yargı kararlarına yer verilmiştir. Türk hukukuna dair değerlendirmelerde ise Türk doktrinindeki çalışmalar temel alınmıştır.

Mesleki hareketin cezalandırılabilirliği konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Kapsamlı teori, mesleki hareketlerin gündelik niteliğine bakılmaksızın yardım etme fiilini genel cezalandırma kuralları çerçevesinde ele almaktadır. Ancak, bu yaklaşımın hukuki belirliliğe zarar verebileceği ve yardım etmenin sınırlarını genişletebileceği eleştirileri yöneltilmiş-

tir. Buna karşılık sübjektif teoriler, failin iradesine ve suçun sübjektif unsurlarına odaklanarak, yardım fiilinin kastla gerçekleştirilmiş olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır. Bu çerçevede, yalnızca suçun işlenmesine yönelik bilinçli bir irade ile hareket eden kişiler ceza sorumluluğuna tabi tutulmalıdır. Bununla birlikte, sübjektif yaklaşımların yalnızca failin niyetine dayalı bir değerlendirme getirmesi, objektif bir unsurdan bağımsız olarak geniş bir suç tanımına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Objektif teoriler ise, tarafsız yardım fiillerinin cezalandırılmasını sınırlandırmayı amaçlamakta ve sosyal uygunluk ilkesi ile mesleki yeterlilik anlayışına dayanmaktadır. Bu yaklaşımlar, mesleki ve gündelik faaliyetlerin hukuka uygun bir çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini savunarak, ceza hukukunun temel ilkeleriyle daha uyumlu bir çözüm önerisi sunmaktadır. Özellikle mesleki hareketlerin ceza hukuku kapsamında değerlendirilirken, yalnızca sübjektif unsurların değil, aynı zamanda objektif kriterlerin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

Eğer bir mesleki faaliyet, bir suçun işlenmesine katkı sağlıyorsa, bu durum genel yardım etme fiili kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, bu tür hareketlerin diğer yardım etme fiillerinden farklı bir hukuki çerçeveye tabi tutulmasını gerektirecek ölçüde özel bir statüye sahip olduğu söylenebilir.

Kanaatimizce tarafsız hareketler, yardım etme hareketinin suçun işlenişine nedensellik bağı kapsamında da değerlendirilmelidir. Failin hareketine etki ederek suçun işlenmesini sağlayan, kolaylaştıran hareketler suçun işlenmesi bakımından nedensel etkiye sahiptir. Yardım edenin davranışı olmasaydı fail başka bir şekilde hareket etmek zorunda kalacaktıysa, yardım edenin hareketi şart teorisi bakımından nedensel kabul edilir. Yardım edenin bu katkısından dolayı sorumluluğunun doğması için ise neticenin objektif olarak isnat edilebiliyor olması gerekir. Yardım edenin, failin eylemini bilmesi ve yardım etme hareketini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi halinde, kastın “isteme” unsuru gerçekleşmiş olur. Bu durumda, failin fiiline sağlanan katkının nedensellik bağı taşıdığı tespit edilirse, bu katkının sübjektif olarak yardım edene yüklenmesi mümkündür.

Yardım etme hareketinin cezalandırılabilir olup olmadığı, objektif ve sübjektif unsurlar bir arada değerlendirilerek, suçun işlenmesine destek olan davranışı gerçekleştiren kişinin sübjektif iradesi dikkate alınarak belirlenmelidir.

Bununla birlikte, mesleki ve günlük hayatın olağan kabul edilen hareketleri bağlamında, yardım edenin failin kastını bilse bile, bu hareketlerin ceza sorumluluğunu doğurmayacağı kabul edilmelidir. Güven prensibi, özellikle mesleki hareketlerin hukuka uygunluk zemininde korunmasını sağlar; böylece kişilerin her durumda muhatabının suç işleme kastını sorgulamakla yükümlü tutulmaması ve mesleklerini gereği gibi icra edebilmeleri mümkün olur. Ancak güven prensibi, failin kastının açık ve kesin olduğu, yardım edenin suça doğrudan ve bilinçli katkı sağladığı hallerde geçerli olmaz. Bu tür durumlarda yardım eden, cezai sorumluluktan kurtulamaz. Dolayısıyla güven prensibi, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktan çok, sınırlandıran ve ölçülü bir istisna oluşturan bir ilkedir.

Sonuç olarak, bu teori hem yardım edenin fiilinin failin suçuna objektif olarak yüklenebilirliğini ve sübjektif kastını dikkate alırken, hem de mesleki faaliyetin toplumsal işleyişteki zorunluluğunu gözeten adil ve dengeli bir sorumluluk esası belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Ambos**, Kai, “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, JA, 2000, ss. 721-725.
- Amelung**, Knut, “Die ‚Neutralisierung‘ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, s.9-30.
- Arzt**, Gunther/**Weber**, Ulrich/ **Heinrich**, Bernd, HILGENDORF Eric, Strafrecht Besonderer Teil, Bielefeld 2021.
- Bar**, L. v., Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band 2, (reprint 2018), Berlin 1907.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bielefeld 2003.
- Baumgarte**, Christian, “Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen unterlassener Konkursanmeldung”, Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Cilt:11, 1992, 41-47.
- Beckemper**, Katharina, “Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge”, Cilt: 23 Jura, 2001.
- Berndt**, Markus/**Theile**, Hans, Unternehmensstrafrecht und Unternehmensverteidigung, Heidelberg, 2016.
- Bechtel**, Alexander, “Die neutrale Handlung - Problemfeld im Rahmen des Förderungsbeitrags iSd § 27 StGB”, Juristische Ausbildung, Cilt: 8, 2016, 8, ss. 865-871.
- Boulke**, Werner/ **Ruhmannseder**, Felix, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 2010.
- Blumers**, Wolfgang/**Göggerle**, Werner, Handbuch des Verteidigers und Beraters im Steuer-Strafverfahren, Köln 1989.
- Çelen**, Ömer, Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı), Ankara 2020.
- Demirel**, Muhammed, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2017, 119-161.
- Demirel**, Muhammed, “Mesleki Hareketlerle Suça Yardım Etmenin Cezalandırılabilirliği”, İÜHFM, Cilt: 75 Sayı: 2, 2017, s. 489-534, 2017.
- Dörn**, Harald, “Straf- oder bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des steuerlichen Beraters”, DStZ, 1992, ss. 331-336, s.331.
- Erem**, Faruk, “Suça iştirak”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:1, 1946.
- Evik**, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul 2011.
- Frisch**, Wolfgang, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.
- Geppert**, Klaus, “Die Beihilfe (§ 27 StGB)”, Jura, Cilt: 6, 1999.
- Gropp**, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2015.

- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Hakeri**, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2024.
- Hakeri**, Hakan, İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- Harro**, Otto, “Das Strafbarkeitsrisiko Berufstypischen, Geschäftsmäßigen Verhaltens” Juristen Zeitung, Cilt: 56, Sayı: 9, 2001, ss. 436-444.
- Hartmann**, Arthur, “Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten?”, ZStW, Cilt: 116, Sayı: 3, 2004, ss. 585-617.
- Hassemer**, Winfried, “Professionelle Adäquanz”, wistra, 1995, s. 41-46; 81-87.
- Hefendehl**, Roland, “Examensklausur Strafrecht”, JURA, 1992, s. 374- 384.
- Heintschel-Heinegg**, Bernd von/ **Kudlich**, Hans, Strafgesetzbuch, Münih 2022.
- Hillenkamp**, Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht: Allgemeiner Teil (Klausurprobleme), Münih 2021.
- Jakobs**, Gunther, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt - Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, ZStW, Cilt: 89, Sayı: 1, 1977, ss.1-35.
- Jescheck**, Hans-Heinrich/ **Weigend**, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin1996.
- Kindhäuser**, Urs, “Zum Begriff der Beihilfe”, Festschrift für Harro Otto, 2007, ss.355-361,
- Kindhäuser**, Urs/**Zimmermann**, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2022.
- Kitka**, Joseph, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit, 1840, s. 62 (Aktaran) **Schneider**, Hendrik, “Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht?”, NStZ 2004, s. 312-317.
- Kniffka**, Rolf, “Die Durchsuchung von Kreditinstituten in Steuer- strafverfahren”, wistra, 1987.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Kohlmann**, Günther, Steuerstrafrecht Kommentar, Münih 2024.
- Köhler**, August, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, (reprint 2022), Berlin 1917.
- Körner**, Harald Hans/**Dach**, Eberhard, Geldwäsche: Ein Leitfaden zum geltenden Recht, Münih 1994.
- Kudlich**, Hans, “„Neutrale Beihilfe“ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze - BGH”, JuS, 2002, 751-755.
- Krey**, Volker/**Esser**, Robert, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart 2022.
- Kudlich**, Hans, Beck’scher Online-Kommentar zum StGB, Tarih: 01.02.2025.
- Kudlich**, Hans, “BGH, 1. 8. 2000 - 5 StR 624/99. Beihilfe Zur Steuerhinterziehung Durch Bankmitarbeiter”, Juristen Zeitung, Cilt: 55, Sayı: 23, 2000, ss. 1175-1180
- Kudlich**, Hans, Handbuch des Strafrechts Band 3, Strafrecht Allgemeiner Teil (Hilgen-dorf Eric/Kudlich Hans/Valerius Brian hrsg.), Heidelberg 2021.

- Lesch**, Heiko H., “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Cilt: 105, Sayı: 2, 1993, ss.274-291.
- Löwe-Krahl**, Oliver, Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten, Kiel 1989.
- Lüderssen**, Klaus, “Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung”, Festschrift für Gerald Grünwald, Baden-Baden, 1999, ss.329-351.
- Mallison**, Jochen, Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme, Tübingen 1979.
- Maurach**, Reinhart/**Gössel**, Karl /**Zipf**, Heinz/**Dölling**, Dieter/**Laue**, Christian/**Renzikowski**, Joachim, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg 2014.
- Meraklı**, Serkan, “Mesleki Davranışların Bir Vergi Suçuna Yardım Etme Olarak Değerlendirilmesinin Koşulları”, Ekonomik Suçlarla Mücadele Sempozyumu-II: Vergi Suçları (Editörler: Veli Özer Özbek/ Ezgi Çırak Karalı), Ankara 2024.
- Meraklı**, Serkan, Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları, Ankara 2024.
- Meyer-Arndt**, “Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 1989.
- Murmann**, Uwe, “Zum Tatbestand der Beihilfe”, JuS, 1999, ss.548-552.
- Müller**, Kai, “Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln”, Festschrift für HansLudwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, Heidelberg 2003, s. 343-358.
- Müller-Guggenberger**, Christian, Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2024.
- Nidermair**, Harald, “Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen”, ZStW, Cilt: 107, 1995, ss.507-560.
- Otto**, Harro, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe” Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Cilt: 87, Sayı: 3, 1975, ss. 539-597.
- Otto**, Harro, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch mit dem Zahlungsverkehr befaßte Bankange- stellte?”, StuW - Steuer und Wirtschaft, 1994, 409 ff.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer /**Doğan**, Koray/**Meraklı**, Serkan/**Bacaksız**, Pınar/**Başbüyük**, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Özgenç**, İzzet / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- Öztürk**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2024.
- Puppe**, Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil, Baden-Baden 2016.
- Putzke**, Holm, “Gefahrgeneigte Tätigkeiten - oder: Zur Strafbarkeit berufstypischen Verhaltens Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 22.1.2014 - 5 StR 468/12, sowie OLG München, Beschl. v. 3.11.2014 - 4 OLG 15 Ss 466/14”, Zeitschrift für das Juristische Studium, Cilt: 6, 2014, ss.635-647.
- Putzke**, Holm/ **Scheinfeld**, Jörg, Strafprozessrecht, Münih 2022.

- Rackow**, Peter, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, Berlin 2007.
- Ransiek**, Andrea, “Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht”, Wirtschafts- und Strafrechts, Cilt: 2, Sayı: 16, ss.41-47, 1997.
- Rengier**, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, München 2014.
- Roxin**, Claus, “Was ist Beihilfe?”, Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, ss. 501-517.
- Roxin**, Claus, “Zum Strafgrund der Teilnahme”, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, s. 365- 382.
- Roxin**, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Münih 2003.
- Roxin**, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Berlin 2015.
- Roxin**, Claus/**Greco**, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Münih 2020.
- Rudolphi**, Hans-Joachim, Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Berlin 1978, ss.315-340.
- Sarıgül**, Ali Tanju, Suça İştirak, Ankara 2022.
- Schmidt**, Rolf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bremen 2023.
- Schönke**, Adolf/**Schröder**, Horst/**Lenckner**, Theodor, Strafgesetzbuch, Münih 2010.
- Schumann**, Heribert, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen 1986.
- Schunemann**, Bernd, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar- Großkommentar (hrsg. Laufhütte Heinrich Wilhelm/Rissing- van Saan Ruth/Tiedemann Claus), Berlin 2007.
- Schünemann**, Bernd, “Die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter”und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Cilt: 7, 2006, 301-308.
- Schünemann**, Bernd, “Täterschaft und Teilnahme”, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 151 StGB, Berlin 2010.
- Schütz**, Alfred, “Der Sinnhafte Aufbau der Sozialen Welt”, Eine Einleitung in die Verstehende Soziologie, Viyana 1932, s. 42-49.
- Tag**, Brigitte, “Beihilfe durch neutrales Verhalten”, Juristische Rundschau, Cilt: 2, 1997, ss. 49-57.
- Tiedemann**, Klaus, “Die “Bebußung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 19, 1988, ss. NJW 1988, ss.1169-1232.
- Trzaskalik**, Christoph, Der Rechtsschutz in Steuersachen, Köln 1994.
- Weigend**, Thomas, “Grenzen strafbarer Beihilfe”, Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Baden 1998.
- Welzel**, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Bası, De Gruyter, Münih, 1969 (reprint 2010).

Wessels, Johannes/ **Beulke**, Werner/ **Satzger**, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2021.

Wittig, Petra, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017.

Wohlers, Wolfgang, “Gehilfenschaft durch „neutrale“ Handlungen-Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?”, ZStR, Cilt: 117, 1999, 425-440.

Wohlers, Wolfgang, “Hilfeleistung und erlaubtes Risiko- zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB”, NSTZ, 2000, ss.169-174.

Wohleben, Marcus, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, Münih 1996.

Wolff-Reske, Monika, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Baden-Baden 1995.

ÜNİVERSİTE KRİZİ, VAKIF ÜNİVERSİTELERİ VE AKADEMİK ÖZGÜRLÜK^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Zeliha HACIMURATLAR SEVİNÇ^(**)**

Öz: 1982 Anayasası, vakıf üniversiteleri modelini getirerek devletin üniversite hizmet alanında tek aktör olma konumunu değiştirdi. Ancak bu kurumlar, kurumsal kimliklerini ve kamu tüzel kişisi niteliklerini sıklıkla göz ardı etmiştir. Bu durum, vakıf üniversitelerinin piyasalaştırılması/şirketleştirilmesi eğilimiyle birleşerek akademisyenlerin güvencesizleşmesine ve akademik özgürlüğün aşınmasına yol açan bir kimlik krizi yaratmıştır.

Çalışma, Readings’in “*üniversite harabeleri*” metaforundan yola çıkarak güncel üniversite krizini analiz etmekte ve akademisyenin bu harabelerdeki varlığını sürdürme mücadelesini, akademik özgürlüğü yönetici ilke olarak kabul eden bir kavramsal ve kuramsal zeminde ele almaktadır. Çalışma ayrıca, vakıf üniversitesi modelinin -bu üniversitelerin kazanç amacı güdememesi (Anayasa’nın 130’uncu maddesi) ve kurucu vakıftan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması (2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 6’ncı maddesi) nedeniyle- akademik özgürlük açısından önemli bir potansiyel sunduğunu savunmaktadır. Ancak mevzuattaki boşluklar ve kurucuların kâr odaklı yaklaşımları, bu potansiyeli şirketleşme lehine tahrif etmiştir.

Türkiye’de üniversiteler, piyasa odaklı amaçlar, resmî ideolojiyle sınırlandırılmış akademik özgürlük ve biçimsel özerklikten yoksun bir “kışla” modeli ile mücadele etmektedir. Vakıf üniversiteleri de bu “harabenin” bir parçası olarak, kamu tüzel kişiliği ve akademisyenlerin güvenceli statüleri için verilen hukuki mücadelenin kritik cephesini oluşturmaktadır. Bu zeminin korunması, akademik özgürlüğün varlığını sürdürebilmesi için vazgeçilmezdir.

Anahtar Kelimeler: Üniversite Krizi, Akademik Özgürlük, Üniversite Özerkliği, Eleştirel Düşünce, Vakıf Üniversitesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2025 - Makale Kabul Tarihi: 19.12.2025.

^(**) MEF Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,

E-posta: hacimuratlar@mef.edu.tr,

Orcid: 0009-0000-8551-5553.

UNIVERSITY CRISIS, FOUNDATION UNIVERSITY AND ACADEMIC FREEDOM

Abstract: The 1982 Constitution introduced the model of foundation universities, ending the state's monopoly in higher education. However, these institutions have often disregarded their institutional identity and public legal entity status. This, combined with the tendency toward marketization and corporatization of foundation universities, has created an identity crisis that has led to the precaritization of academics and the erosion of academic freedom.

Drawing upon Readings' metaphor of the '*university in ruins*', this study analyzes the contemporary university crisis and situates the struggle for the academics' existence within these ruins on a conceptual and theoretical basis that recognizes academic freedom as the guiding principle. In this context, this study argues that the constitutional structure of foundation universities, which mandates a public-benefit purpose and a separate legal personality, holds significant potential for the protection of academic freedom. However, legislative loopholes and the profit-driven approaches of the founders have distorted this potential in favor of corporatization.

Universities in Turkey contend with market-oriented objectives, academic freedom constrained by official ideology, and a "barracks" model devoid of formal autonomy. As part of these "ruins," foundation universities occupy a critical front in the legal struggle for their public legal entity status and the secure standing of their academics. Safeguarding this foundation is indispensable for the survival of academic freedom.

Keywords: University Crisis, Academic Freedom, University Autonomy, Critical Thinking, Foundation University.

GİRİŞ

Modern dönemde üniversite, resmi ve sivil iktidar yapılanmaları karşısında güçlü bir özerklik talep ederken, bu talebinin meşruluğunu eğitim işlevinden çok araştırma işlevine dayandırır. Araştırma işlevini ise hakikatin aranması olarak tarif eder¹. Günümüzde bir kurum olarak üniversitenin hakikatin mi yoksa küreselleşmiş kapitalist ekonomik düzenin ihtiyaç duyduğu tekno-bilimin mi peşinde olduğu şüpheli². Şüphesiz olan ise kendisine eleştirel düşünce doğrultusunda bilgiyi arama, sorgulama ve aktarmayı meslek edinen akademisyenin bunu yapabileceği bir çatıya ihtiyacı olduğudur.

Üniversitenin günümüzde içinde bulunduğu durumu anlamak açısından Readings’in tespitleri zihin açıcıdır. Yazara göre, küreselleşme ile üniversitenin kültür inşa etme, bunu öğrencilere iletme (*bildung*)³ ve böylece topluma yayma işlevi ortadan kalkmış, bu işleve göre kurgulanmış üniversite kurumsal varlığını sürdürse de küresel kapitalizmin talepleri doğrultusunda şirketleşme yoluna girmiştir⁴. Nihayetinde süreç üniversitelerin birer harabe-ye dönüşmesi ile sonuçlanmıştır⁵.

¹ Karl, **Jaspers**, The Idea of the University, Çev. H. A. T. Reiche & H. F. Vanderschmidt, USA 1959, s.1.

² Taner, **Timur**, Toplumsal Değişme ve Üniversiteler, Ankara 2000, s. 304-305; Cenk, **Yığiter**, Türkiye’de Akademik Özgürlük ve Üniversite Özerkliği, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012, s. 6-9; Aydın, **Ördek**, Bir İnsan Hakkı Olarak Akademik Özgürlük, Ankara 2018, s. 15-17.

³ Klasik anlayışında *Bildung* (kendini inşa etme/kültürlenme), “dünyayı kültür, sanat, bilim gibi yöntemlerle deneyimlemeyi ve bu deneyimden yola çıkarak otonom ve evrensele ulaşabilmiş bütüncül bir kişilik oluşturma fikrini ileri sürer” Özen, Nergis, **Dolcerocca**, “Bildung’u savunmak gerekir: Aydınlanma ile Eğreti Eğitim Arasında İnsan”, Cogito, 100, İstanbul 2020 s. 261. Ancak Readings’in tahlil ettiği üzere, bu ideal, tarihsel pratikte ulus-devletin inşası projesine hizmet ederek ulusal kültürün üretimi ve aktarımı işlevine indirgenmiştir. Readings, hem bu tarihsel “Kültür Üniversitesi” modelini hem de onun küreselleşmeyle birlikte yerini alan, içi boşaltılmış ve “göndergesiz bir mükemmeliyet” peşinde koşan günümüz “Mükemmeliyet Üniversitesi”ni eleştirel süzgeçten geçirir. Bill, **Readings**, Üniversite Harabeleri, İstanbul 2020, passim.

Bu noktada, Adorno’nun bir ideal olarak *Bildung*’un yerini aldığı tespit ettiği *Halbbildung*’a yönelik eleştirisi, Readings’in teziyle paralellik içerir. Adorno da kültürün ideolojik bir işlev üstlendiği ve metalaştığı durumda *bildung*’un özündeki özgürlük ve özerklik idealinden uzaklaştığını tespit eder. Theodor W., **Adorno**, “Theory of Pseudo-Culture”, Telos, 95, New York 1993. Timur, Humboldt modelinin özünü oluşturan “*bildung*” ideasının çözülüşünü “Hegel’in ölümünden sonra, önyargısız olmasa bile bir genel formasyon verecek nitelikteki sistem parçalanmış ve mirasçılardan her biri onu kendi tarafına doğru çekirtmeye başlamıştı” sözleri ile açıklar. **Timur**, s. 152. Dolcerocca ise *Bildung*’un tarihsel materyalizm penceresinden eleştirisine katılmakla birlikte bir ideal olarak savunulmasından yanadır. **Dolcerocca**, s. 261-265.

⁴ Çalışmada üniversiter faaliyetin ticarileşmesini/piyasalaşmasını savunan görüşler ayrıca ve detaylı olarak incelenmemekte; bu görüşler doğrultusunda yaşanan şirketleşme (akademik kapitalizmin) üniversiter faaliyet ve akademik özgürlük üzerindeki etkilerine odaklanılmaktadır.

Readings'in önerisi şudur: üniversite harabelerinin sakinleri olarak üniversitenin harap durumunun bilincinde olalım, harabeleri sahiplenirken bir nostalji hissine sivrulmadan ve onu turistik bir meta gibi pazarlamaya, piyasalaştırmaya çalışmadan bu çatı altında düşünmeye devam edelim⁶. Gerçekten de akademisyen için harabeleri terk etmemek önemlidir zira akademik faaliyet doğası gereği bireysel olduğu kadar kolektif yönü de olan bir faaliyettir ve harabelerin diğer sakinleri olmadan gerçekleştirilemez. O halde dikkatimizi, üniversite için yeni bir aşkın anlam üretmeye değil, üniversiteyi akademisyenler ve öğrencilerin eleştirel düşüncesi esas alarak, “değer”i bir muhakeme sorusu olarak birlikte tartışıp, sorgulayıp, üretebildikleri bir mekân olarak⁷ nasıl ayakta tutmak gerektiğine vermek iyi bir fikirdir.

Üniversiteye kaybettiği itibarı geri verecek ve özerklik talebini meşru kılacak olan da akademisyenin düşünme, birlikte düşünme (hem diğer akademisyenlerle hem öğrencilerle), karşıt düşünce geliştirme ve düşündüğünü paylaşma üzerine kurulu mesleğini serbestçe yapabilme özgürlüğünün, diğer bir anlatımla akademik özgürlüğün güvende olduğu çatı olmaktır. Üniversite üzerine günümüzde yapılan çalışmalarda kurumsal özerklik vurgusunun zayıflaması ve üniversitenin akademik özgürlük kavramı üzerine inşa edilmesi gerektiği yönündeki tespitlerin⁸ öne çıkmasının nedeni budur.

Bu çalışmada üniversite krizini akademik özgürlük temelinde değerlendirilen, krizden çıkışın akademik özgürlük kavramına öncelik verilmesi ile

Üniversiter faaliyetin ticarileşmesini/piyasalaşmasını savunan başlıca eserler için bkz. James M., **Buchanan**/Nicos E., **Devletoglou**, *Academia in Anarchy*, New York 1970; Burton R., **Clark**, *Creating Entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of Transformation*, Oxford 1998; Henry, **Etzkowitz**, *The Triple Helix: University-Industry-Government Innovation in Action*, London/New York 2008.

Ayrıca çalışmada üniversitelerdeki şirketleşme üniversitenin kamu, özel, vakıf modeline göre örgütlenmesinden bağımsız olarak ele alınmakta ve kim tarafından sunulursa sunulsun üniversiter faaliyet alanının ticarileşmesi ve piyasalaşmasını anlatmak üzere kullanılmaktadır. Aşağıda açıklanacağı gibi üniversiter faaliyetin ticarileşmesi, piyasalaşması tüm modellerde akademik özgürlük ve üniversite özerkliği üzerinde yıkıcı etki yaratmaktadır. Ancak bu etkinin üniversite modellerine göre ölçülmesi bu çalışmanın konusu değildir. Üniversitelere ilişkin uluslararası bildirgeler ve tavsiye kararları ortak ve evrensel ilkeler belirlemiş olsa da, üniversitelerin tabi oldukları rejim ve akademisyenlerin istihdam biçimini düzenleyen kurallar ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Bunun yanı sıra her ülkenin kendi üniversite ve demokrasi tarihi de yıkıcı etkinin düzeyini belirlemektedir.

⁵ **Readings**, passim.

⁶ **Readings**, s. 23-32.

⁷ **Readings**, s. 127.

⁸ **Yiğiter**, passim; **Ördek**, passim; Bilgen, **Kükner**, “Bir Hak Olarak Akademik Özgürlük”, *Vira Verita*, 2, passim; Zeynep, **Karasulu**, *Akademik Özgürlük*, Ankara 2025, passim.

mümkün olacağını ileri süren düşünce izleği takip edilecek ve Türkiye'deki üniversitelerin yüzde 40'a yakınına oluşturan vakıf üniversitelerinin⁹ akademik özgürlük için birer çatı olup olamayacağı sorusu, bu bağlamda ele alınacaktır.

1982 Anayasasının 130'uncu maddesinde vakıfların üniversite kurmalarına imkân tanınarak devletin üniversite hizmet alanında tekel olma konumu değiştirildi¹⁰. Ardından Yükseköğretim Kanununa 1983 yılında eklenen maddelerle (EK 2 vd. maddeleri) vakıf üniversitelerinin tabi olacakları hukuksal rejim düzenlendi. Böylece üniversite hizmetini sunmanın gerektirdiği mali yük devlet ve vakıflar arasında paylaştırıldı. Yükseköğretim Kanununun EK 6'ncı maddesinde ise, vakıf üniversitelerinin kendilerini kuran vakıftan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olacakları düzenlendi. Anayasa ve Kanun vakıf üniversitelerinin tüzel kişiliğini açıkça nitelemese de Anayasa Mahkemesinin 1990 tarihli kararıyla bu statünün kamusal nitelikte olduğu tespit edildi¹¹.

Bununla birlikte, birçok vakıf üniversitesi kurumsal varlıklarının ardındaki vakıf kurumunun özelliklerini ve kamu tüzel kişisi olmaktan kaynaklanan hukuksal sonuçları sistematik bir biçimde görmezden geldi. Bizzat kurucuları tarafından, vakıf üniversitesinin özel üniversite olmadığı olgusu yok sayıldı. Bu tavır, vakıf üniversitelerinin bilinçli bir biçimde kimlik krizine sürüklenmesi sonucunu doğurdu. Bu krizin ardında vakıf üniversitelerinin -

⁹ Türkiye'de şu anda hizmet sunmakta olan iki yüz dört üniversitenin yetmiş beş tanesi vakıf üniversitesidir. Yükseköğretim Kurulu 2024 Üniversite İzleme ve Değerlendirme Genel Raporu, s. 10. <https://veriyonetim.yok.gov.tr/documentFiles/1759821899131.izleme-degerlendirme-rapor-2024.pdf> (e.t: 01.06.2025)

¹⁰ 1961 Anayasası döneminde, bir süre için, devlet üniversiteleri dışında da yükseköğretim kurumları faaliyet göstermişti. Nitekim 1963-1973 yılları arasında 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa dayanarak kurulan özel yüksek okullar, devlet üniversitelerinin yanı sıra üniversite hizmeti sunmaktaydılar. Söz konusu kurumlar, bugünkü vakıf üniversitelerinden farklı olarak gerçek kişiler ve şirketler tarafından da kurulabilmekteydi. Ayrıca bu Kanuna dayanarak kurulan özel yüksek okullar birer özel hukuk tüzel kişisiydiler. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 12.01.1971 tarih ve E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararı ile söz konusu özel yüksek okulların -her ne kadar üniversite adı altında kurulmamış olsalar da- üniversite hizmeti sunmalarının Anayasa'ya aykırı olacağına karar verdi. Anayasa Mahkemesinin kararı, 1961 Anayasasına göre bu hizmetin ancak devlet tarafından kanunla kurulan ve birer kamu tüzel kişisi olan devlet üniversiteleri tarafından sunulabileceği, akademik özgürlüğün de ancak bu şekilde sağlanabileceği gerekçesine dayanmaktaydı.

¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 30/05/1990 gün ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı kararı. Bu karardan sonra 10/04/1991 tarih ve 20841 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 12'nci maddesinde -1985 tarihli ilk Yönetmelikten farklı olarak- vakıf üniversitelerinin birer kamu tüzel kişisi olduğu düzenlendi.

modelin özüne aykırı biçimde- piyasalaştırılması/şirketleştirilmesi iradesi yatmaktadır ve bu irade, akademisyenlerin güvencesizleştirilmesine ve akademik özgürlüğün erozyona uğramasına neden olmaktadır.

Vakıf üniversitelerinin kimlik krizi, akademisyenlerinin çalışma rejimiyle ilgili öğreti ve yüksek yargı yerlerinin kararlarında süren tartışmanın kilit noktasını oluşturmaktadır. Halen çözülememiş ve akademisyenlerin hak ve özgürlükleri açısından kritik önemdeki bu meseleyi doğru bir temelden tartışabilmek, vakıf üniversitesi modelinin yapısının kavranmasını ve akademik özgürlük kavramı bağlamında irdelenmesini gerektirir. Dolayısıyla çalışmanın sorunsalı, vakıf üniversitesi modelinin- üniversite kurumunun global krizini ve Türkiye’de mevcut üniversite sisteminin tüm harap yönlerini dikkate alarak- akademik özgürlüğe mekân olabilme kapasitesine sahip olup olmadığını tartışmak; hedefi ise vakıf üniversiteleri akademisyenlerinin statüleriyle ilgili tartışmalara akademik özgürlük kavramı ile çerçevelenen bir perspektif önermektir. Bu nedenle çalışma, mevcut hukuksal düzenlemelerin tahlilinin yetersiz bir yaklaşım olacağından hareketle, vakıf üniversitesi ve akademisyenler arasındaki ilişkiye dair yapılan ve yapılacak olan incelemelere temel teşkil edecek kuramsal bir arka plan sunmayı amaçlamaktadır.

I. AKADEMİK ÖZGÜRLÜK: ÜNİVERSİTENİN GELECEK TASARIMININ ANAHTAR KAVRAMI

Vakıf üniversiteleri, herhangi bir eğitim-öğretim kurumu olarak değil, üniversite faaliyetini yerine getirecek aktörler olarak kurgulandıklarına göre bu konuda yürütülecek tartışmaların akademik özgürlük kavramı ile çerçevelenmiş olması gerekir. Bu çerçeveye işaret etmek, sıradan bir gerçekliği hatırlatmak, başka bir deyişle malumu ilam etmektir. Ancak herkesin malumu olan bu hususu tekrar değerlendirmek anlamsız bir uğraş değildir.

Nitekim üniversite ve akademik özgürlükle ilgili uluslararası belgelerde çeşitli standartlar geliştirilmesinin üzerinden onlarca yıl geçmiş olmasına rağmen bir kurum olarak üniversitenin derin bir kriz içinde olduğu güncel yazında sık sık dile getirilirken¹²; en son 2024 yılında Amerika Birleşik Devletlerinin önde gelen üniversitelerinde öğrenciler tarafından başlatılan İsrail karşıtı gösteriler dolayısıyla yaşananlar, akademik özgürlüğe yönelen tehdit-

¹² Bilge, **Bingöl**, “Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), Ankara 2012, passim; **Ördek**, passim.

din boyutunu ve günümüzde bu özgürlüğün daha iyi korunduğu düşünülen ülkelerde dahi güvende olmadığına çarpıcı bir biçimde ortaya koydu¹³.

Üniversitenin dünya ölçeğinde içinde olduğu çok boyutlu krizden nasıl çıkabileceğine ilişkin tüketici bir yanıt aramak bu çalışmanın kapsamını ve iddiasını aşar. Kaldı ki, üniversite krizinin çözümü konusunda tüm siyasal ve hukuksal sistemler açısından geçerli olacak tek bir reçete arayışı anlamlı değildir¹⁴. Daha da önemlisi Readings'in post-tarihsel olarak nitelediği üniversite¹⁵ için kültürün inşası veya bir başka aşkın anlam arayışına girilmesi gerçekten de beyhude bir çaba olacaktır. Ancak üniversite için yeni bir aşkın anlam arayışına girişmemek, Readings'in üniversite için yapılabilecek tek şeyin harabelerde ikamet etmeye devam etmek biçiminde özetlenebilecek önerisine bütünüyle katılmak anlamına gelmez. Bu noktada üniversitenin gelecek tasarımı konusunda Readings'in kayıtsız denilebilecek tutumundan ayrılıp, "üniversite idea"sı kavramına başvurmak önerilecek. Burada "idea" kavramı, Kant'ın düşüncesindeki işleviyle kullanılır: tamamlanmış bir durumu değil, kurumun tüm faaliyetlerine birlik ve amaç kazandıran yönetici ilkeyi tanımlar¹⁶. Bu anlamda "idea" bir sonuç değil, sürekli devam eden bir arayışa ve çabaya yön veren bir pusula gibidir. Tıpkı, Ördek'in tarif ettiği "özgür toplum idealine" uygun bir toplumsal düzen içinde tanımlanacak akademik özgürlüğe göre örgütlenecek "oluşum halindeki" üniversite gibi¹⁷. Üniversite için yönetici ilkeyi akademik özgürlük olarak belirlerken bunun, "özgürlük" ve "özgürlükte eşitlik" bağlamlarına sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

Akademik özgürlüğün bu iki bağlamını açıklamak için Aytaç'ın üniversite için yaptığı tespitlerden yararlanalım:

¹³ Louis, **Menand**, "Academic Freedom Under Fire", The New Yorker, 2024. <https://www.newyorker.com/magazine/2024/05/06/academic-freedom-under-fire> (e.t: 12.10.2024)

¹⁴ **Bingöl**, s. 41.

¹⁵ **Readings**, s. 127 vd.

¹⁶ Henry E., **Allison**, Kant's Transcendental Idealism: An Interpretation and Defense (Rev. and enl. ed.), New Haven 2004, s. 396-404.

¹⁷ **Ördek**, s. 7, 34. Kant'tan yola çıkıp üniversite ideasını savunan Jaspers'in "üniversite ideası", kuruma yön ve amaç vermesi açısından değerli bir başlangıç noktası sunsa da bu çalışma "idea" kavramının kullanımı konusunda Jaspers'dan bir noktada ayrılıyor. Nitekim, Jaspers için üniversitenin nihai ve sürekli ulaşmaya çalıştığı görevi "hakikati aramak"tır ve akademik özgürlük, bu görevin yerine getirilmesi için sadece "zorunlu bir koşuldur". **Jaspers**, passim. Oysa aşağıda da açıklanacağı gibi, günümüzde üniversite kurumu için tekil bir "hakikat" arayışı sorunsallaştığından, bir zamanlar araç olan akademik özgürlüğün bizzat amaç ve yönetici ilke haline gelmesi gerekmektedir.

“Öğrencisinden çalışanına kurum içerisinde yer alanların iktidarla kurdukları ilişki açısından özgürlüğü; ‘öğrenen’inden, ‘öğreten’ine kadar, herkesin bilginin üretiminin ortak öznelere olmaları açısından eşitliği, bir üretken güç olarak bilgiyi ve bilgi üretimini denetlemeyi değil, onu üreten güçlerin geliştirilmesini ve çeşitlenmesini kendisine temel almış, özgürlüğü kendisine değil, kendisini oluşturanlar için isteyen bir üniversite amacımız olmalı. Özgürlüğün akademisi veya ‘gelmekte olan üniversite’ hedefine yönelmiş bir akademik özgürlükler kavrayışının anlamı (...) burada yatmaktadır”¹⁸.

Aytaç’ın üniversite için özgürlük ve eşitlik ilkelerini odağa alma önerisi, esasında Readings’in üniversite tasavvuru ile örtüşür. Zira Readings de üniversiteyi tek bir hâkim amaç etrafında birleşen bir topluluk olarak değil, farklı bakış açılarını üretken bir biçimde bir arada tutan uzlaşmazlık topluluğu (*community of dissensus*) olarak ele alır¹⁹. Yazar uzlaşmazlık topluluğu kavramı ile üniversitenin farklılıkların karşılaşma alanı olmasına ve eleştirel düşünce temelinde çok sesli bir öğrenme topluluğuna ev sahipliği yapmasına gönderme yaparken, esasında üniversite için odağa aldığı “düşünme” ediminin, ifa açısından özgürlük, bu edime katılma açısından ise eşitlik ilkelerine dayandığını da zımnen tespit etmiş olur. Readings’in açıkta bıraktığı kısım, üniversite harabesinin düşünme mekânı olarak kalmasının nasıl mümkün olacağıdır. İşte bu noktada, soyut bir düşünme mekanını koruma çağrısı yeterli değildir; bu mekânın varlığını güvence altına alacak somut bir ilkeye ihtiyaç vardır. Nitekim yaşananlar göstermiştir ki, akademik özgürlüğü yönetici ilke olarak belirleyip bu ilke çerçevesinde bir üniversite örgütlenmesi için mücadele etmedikçe harabe enkaza dönüşecektir.

1. Akademik Özgürlüğün Kapsamı ve Sınırları

Akademik özgürlüğün kapsam ve sınırlarını tayin etmek -en azından üniversite çatısı altında mesleğini icra eden akademisyenler açısından bu tespiti yapabilmek- üniversitenin işlevinin ne olduğunu sormayı gerektirir²⁰. Bu soruyu tüm zamanlar ve siyasal düzenler açısından bir soyutlama yapı-

¹⁸ Ahmet Murat, **Aytaç**, “Akademik Özgürlüklerin Öznesi Kimdir?” Mülkiye Dergisi, 40(3), Ankara 2016, s. 187.

¹⁹ **Readings**, s. 157-196.

²⁰ Reyda, **Ergün/Berke, Özenç**, “Anayasa Mahkemesi’nin Barış Bildirisi Kararı: İfade Özgürlüğü Akademik Özgürlük ve Devlete Sadakat Kavramı Üzerine Bir İnceleme” Toplum ve Hekim, 35(6), İstanbul 2020, s. 431.

arak yanıtlamak mümkün değil. O nedenle burada 19. yüzyılda Almanya’da ortaya çıkan, modern üniversitenin yapısal ve işlevsel olarak dayanağını teşkil eden²¹ ve üniversiteye ilişkin uluslararası temel metinlere de yansıyan²² Humboldt modeline genel hatları ile bakmakla yetineceğiz. Bu modelde üniversite, bir yandan orta çağda üniversitelerin üstlendiği klasik işlev olan meslek edindirmeye yönelik öğretimi ve geçmişte -üniversiteler değil- akademiler tarafından üstlenilen araştırmayı kendi bünyesinde birleştirirken, Kant’ın üniversite düşüncesinde odak nokta olan eleştirel düşüncüyü bünyesine katan²³, öğretim ve araştırmayı eleştirel düşünce çerçevesinde yeniden biçimlendiren çok işlevli bir kurum olarak belirir²⁴.

Humboldt modelinin çok işlevli üniversite fikri, bu fikrin çekirdeğini oluşturan akademik özgürlük ve üniversite özerkliği, devletlerin akademik özgürlüğü ve üniversite özerkliğini güvenceye almak üzere taşıması beklenen yükümlülükler²⁵ “Yükseköğretim Kurumlarının Özerkliği ve Akademik Özgürlük Üzerine Lima Bildirgesi” (WUS 1988)’ne yansımıştır. Lima Bildirgesinde üniversitenin iki temel işlevi olan öğretim -eğitim hakkı bağlamı öne çıkarılarak- ve araştırma üzerinde durulur. Ancak Bildirge üniversitenin işlevini bununla sınırlamaz, başlangıç bölümünün ilk tespiti olarak, üniversitenin insanların ekonomik, sosyal, kültürel, temel ve politik haklarının ya-

²¹ Timur, s. 66.

²² Bergen Coşkun, **Özüaydın**, “Lima Bildirgesinde Üniversite İdesinin İzi”, Academia.edu. <https://maltepe.academia.edu/BergenCoskun> (e.t: 07.06.2025)

²³ Kant, Fakültelerin Kavgası adlı eserinde, eleştirel düşüncüyü ve özgürlüğü sadece felsefe fakültesine hasretmişti. Kant’a göre ilahiyat fakültesi, hukuk fakültesi ve tıp fakültesi hocaları, fakültelerinin kazandırdığı mesleğin çerçevesini çizen kurallara ve bu kuralların meşruluk dayanaklarına eleştirel düşünce çerçevesinde yaklaşma ve eleştirilerini toplumla paylaşma özgürlüğüne sahip değildiler. Immanuel, **Kant**, Fakültelerin Kavgası, Çev. Erol, Özbek, İstanbul 2023, s. 91-95.

Üst fakültelerin salt meslek edindirme fonksiyonu çerçevesinde ele alındığı bir durumda Kant’ın düşüncesi anlam kazanır. Ancak günümüzde, eleştirel düşünce ve akademik özgürlük üniversitenin tamamı için yönetici ilke olarak ele alınmalıdır. Zira Kant’ın sınıflandırmasında üst fakülteler olarak ele alınan alanların da -meslek edindirme yönü diğer beşerî bilimler ve doğa bilimlerine göre daha baskın olsa da- bilimsel araştırma ve sorgulamadan bağışık oldukları düşünülemez. Nitekim Lima Bildirgesi üniversiteye bir bütün olarak eleştirel düşünce işlevi atfetmektedir.

²⁴ Serdar, **Tekin**, “Bir Krizin Dilimizdeki Emaresi: “Üniversite” ve “Akademi” Ayrımı Üzerine”, (Üniversite ve Akademi Ayrımı Üzerine) Toplum ve Bilim, 156, İstanbul 2021, s. 64-65. İdare hukuku yazınında da üniversitenin ve akademisyenlerin temel işlevinin eleştirel düşünce olduğu kabul edilmektedir.

²⁵ Lima Bildirgesi devletler için hukuki bir bağlayıcılık içermese de üniversitenin temel özelliklerini ve asgari gereklilikleri gösteren bir uzlaşma metni olması açısından önemlidir.

şama geçirilmesini takip etmekle yükümlü olduğunu vurgular ve devam eder; “*eğitim insan kişiliğinin ve onurunun tam gelişimini sağlamaya yöneliktir ve insan haklarına, temel özgürlüklere ve barışa duyulan saygıyı pekiştirir. Eğitim tüm insanların özgür ve eşitlikçi bir toplumun kurulmasına etkin biçimde katılmalarını sağlar (...). Eğitim, toplumsal eşitlik, barış, tüm ulusların eşit gelişimi ve çevrenin korunması gibi çağdaş toplumların ana hedeflerinin kavranmasında ve bunlara ulaşılmasında bir araçtır. (...) Eğitim olumlu bir toplumsal değişimin aracıdır. (...) bütün hak ve özgürlüklerin tam olarak edinilmesine yönelik bir biçimde statükonun değiştirilmesine katkıda bulunmalı ve daimî bir biçimde değerlendirmeye açık tutulmalıdır*”. Bu ifadeler üniversitelerde öğretimin salt meslek edindirmeye yönelik olamayacağını açıkça ortaya koyar ve bizi üniversitede verilen eğitimin eleştirel düşüncenin geliştirilmesine imkân tanıyacak nitelikte olması gerekliliğine götürür²⁶. Nitekim Bildirge’nin 15’inci maddesinde üniversiteler “*kendi toplumlarında politik baskıları ve insan hakları ihlallerini kınamalıdır*” der. Kişileri özgür ve eşitlikçi bir toplumun kurulmasına etkin bir biçimde katılacak birikimle donatacak, politik baskıları ve insan hakları ihlallerini kınayacak bir üniversite ancak eleştirel düşüncenin gerekleri üzerine kurulu bir üniversitedir. Eleştirel düşünce ise zamanın genel kabullerini sorgulamayı beraberinde getirir²⁷. Lima Bildirgesinin 3’üncü maddesinin de tespit ettiği gibi üniversitenin bu işlevini yerine getirmesinin ön koşulu akademik özgürlüktür.

Tüm bu işlevleri yerine getirecek olan, üniversiteyi oluşturan bileşenler, insan unsurudur²⁸. İşin doğası gereği bu yükümlülük bileşenler arasında öncelikle akademisyenin üzerindedir. Bu bakımdan, Onar’ın üniversiteyi akademisyenlerden oluşan bir korporasyon olarak nitelemesi ve akademisyenlerin üniversitenin kurucu unsuru olduğunu anlatmak için kullandığı “*mütem-*

²⁶ İdare hukuku yazınında da üniversitenin ve akademisyenlerin temel işlevinin eleştirel düşünce olduğu kabul edilmektedir. Bkz. İsmet, **Giritli**/Pertev, **Bilgen**/Tayfun, **Akgüner**, İdare Hukuku, İstanbul 2006, s.332. Yazarların 1946 tarih 4936 sayılı Üniversiteler Kanununun öngördüğü üniversite modeli için yaptıkları “eleştirel düşünce” vurgusu, aynı kitabın sonraki baskılarından (İsmet, **Giritli**/Pertev, **Bilgen**/Tayfun, **Akgüner**/Kahraman, **Berk**, İdare Hukuku, İstanbul, 2015, s. 524-525) çıkarılmıştır. Yazarlar baskılar arasındaki bu farkın nedenini açıklamamışlardır. Kitabın değişikliğe uğrayan kısmında önceki baskıda olmayan 1971 Muhtırası sonrasında üniversite özerkliği hakkındaki geriye gidiş ele alındığı için yazarların üniversitenin eleştirel düşünce işlevini yitirmesine bağlı olarak ilgili paragrafı kitaptan çıkarmış olabilecekleri akla gelmektedir.

²⁷ **Özüaydın**, s. 6-7.

²⁸ **Özüaydın**, s. 2, 6.

mim cüz” nitelemesi önemlidir²⁹. Akademisyenin bilimsel-toplumsal-siyasal meseleleri eleştirel düşüncenin süzgecinden geçirmesi, araştırma ve öğretim faaliyetinin merkezine eleştirel düşünceyi yerleştirmesi ve sorgulama rolünü üstlenebilmesi, üniversitenin akademik özgürlük temelinde örgütlenmesine bağlıdır³⁰.

Peki akademik özgürlüğün kapsamı ve sınırları nedir? Lima Bildirgesi'nin 1'inci maddesinde akademik özgürlük, “*akademik çevre üyelerinin tek tek ya da toplu halde bilgiyi araştırma, inceleme, tartışma, belgeleme, üretme, yaratma, öğretme, anlatma ve yazma yoluyla edinmelerinde, geliştirmelerinde ve iletmelerindeki özgürlükler*” olarak tanımlandıktan sonra 3'üncü maddede akademik özgürlük bir hak olarak düzenlenmektedir. Buna göre, “*akademik çevrenin tüm üyeleri herhangi bir ayırım yapılmaksızın ve devletten ya da herhangi bir başka kaynaktan gelebilecek müdahale veya baskı endişesi taşımadan işlevlerini yerine getirme hakkına sahiptir*”. Bildirgenin ilerleyen maddelerinde bu hakkın çeşitli veçheleri daha somut olarak güvence altına alınmıştır. 6'ncı maddede bilimsel araştırmalarını yürütme ve sonuçlarını özgürce yayınlama hakkı, 7'nci maddede herhangi bir müdahaleye maruz kalmadan öğretme hakkı, 8'inci maddede akademisyenlerin dünyanın herhangi bir yerindeki meslektaşları ile temas halinde olma ve eğitim kapasitesini geliştirme özgürlüğü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler akademik özgürlük şemsiyesi altında korunan bilim özgürlüğü ile ilgilidir.

Akademik özgürlüğün bilim özgürlüğünden kaynaklanan bu veçheleri doğal olarak kapsayan ancak bunu aşan bir kapsamı vardır. Bildirgenin akademik özgürlükle bağlantılı 4'üncü maddesi bu açıdan üzerinde dikkatle durmayı gerektirir. Zira bu maddede devletin akademik çevrenin tüm üyeleri için uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen haklara saygı gösterme ve bu hakları güvence altına alma yükümlülüğü düzenlendikten sonra bu haklardan bir kısmı ayrıca tek tek sayılmıştır. Buna göre, “*akademik çevrenin her üyesi düşünce, vicdan, din, ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri başta olmak üzere kişinin özgürlüğü ve dokunulmazlığı ile seyahat özgürlüğünden yararlanır*”. Söz konusu hak ve özgürlükler gerek uluslararası insan hakları sözleşmelerinde gerek demokratik hukuk devletlerinin ulusal hukuklarında “herkes” için zaten tanındığına göre Lima Bildirgesinin bu hak

²⁹ Siddık Sami, **Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, İstanbul 1966, s. 880. Aynı yönde bkz. **Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk**, s. 526.

³⁰ **Özüaydın**, s. 6.

ve özgürlükleri akademisyenler açısından ayrıca hatırlatması boşa değildir. Zira yerleşik kabullere eleştirel yaklaşıp sorgulamayı kendine meslek edinen bir akademisyene bu hak ve özgürlükler diğer bazı kişilerden -örneğin devlet tüzel kişiliği bünyesinde görev alan memur ve diğer kamu görevlilerinden- daha geniş bir biçimde tanınmak durumundadır. Dolayısıyla akademisyenin ifade özgürlüğünü akademik özgürlüğün bir unsuru olarak ele almak önemlidir.

Akademik özgürlüğün parçası olan ifade özgürlüğünün de çeşitli görünümleri vardır. Akademik özgürlük şemsiyesi altında korunan ifade özgürlüğü akademisyene öncelikle yaptığı somut bir bilimsel çalışmayla bağlantılı olmasa da uzmanlık alanı ile ilgili konularda düşüncelerini ifade etme özgürlüğü tanınmasını gerektirir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da akademisyenlerin ifade özgürlüğünün demokratik toplum düzeni açısından sair kişilerin ifade özgürlüğünden daha kritik bir önem taşıdığı, bilim ve sanat özgürlüğü ile bir arada ele alınarak daha geniş bir korumaya sahip olduğu ve uzmanlık alanı ile bağlantılı konu, kişi ve kurumlarla ilgili düşüncelerini, eleştirilerini -bu arada ağır eleştirilerini- açıklama özgürlüğünü de içerdiği kabul edilmektedir³¹.

Ancak akademisyenin ifade özgürlüğü bununla sınırlı değildir. Nitekim akademik özgürlük, Amerika Üniversite Öğretim Üyeleri Derneğinin (AAUP) 1915 tarihli bildirgesinde kabul edildiği üzere akademisyenin çalıştığı uzmanlık alanı ile doğrudan ilgisi olmayan toplumsal konularda da ifade özgürlüğünün geniş biçimde tanınmasını gerektirir³². Aksi takdirde üniversite ne özgür ve eşitlikçi bir toplum kurulmasına hizmet edebilir, ne de kendi toplumlarındaki politik baskıların ve insan hakları ihlallerinin kınanabildiği bir kurum olabilir.

Akademik özgürlüğün kapsamının ardından, sınırlanabilir bir özgürlük olup olmadığına ve eğer öyleyse sınırların neler olabileceğine de değinmek

³¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin akademik özgürlük ve ifade özgürlüğü arasında ilişki kuran kararları için bkz, *Sorguç v. Türkiye*, 17089/03, 23.06.2009, par. 31-40; *Sapan v. Türkiye*, 44102/04, 08.06.2010, s. 5-6 (Sayfa numaraları kararın özet çeviri metnindeki sayfaları göstermektedir. Çeviri metin için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-99252%22%7D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-99252%22%7D%7D)); *Aksu v. Türkiye*, 4149/04 ve 41029/04, 15.04.2012, par.69-77; *Hasan Yazıcı v. Türkiye*, 40877/07, 15.04.2014, para.55; *Mustafa Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye*, 346/04 ve 39779/04, 27.05.2014, par. 40-41, 45. Söz konusu kararları inceleyen bir çalışma için bkz. Tolga, **Şirin**, “Akademisyenlerin İfade Özgürlüğü”, Haz. Özge, **Görel**, Türkiye’de İfade Özgürlüğü, Ankara 2015, s. 65-69.

³² **Kükner**, s. 79-80; **Ergün/Özenç**, s.431.

gerekir. Zira akademik özgürlüğün sınırları aynı zamanda akademisyene üniversite içinden veya dışından yönelecek müdahalelerin dayanağını teşkil eder ve bu müdahalelerin akademik özgürlük açısından hukuka uygun kabul edilip edilemeyeceğini tespit ederken başvurulacak ölçüyü oluşturur.

Lima Bildirgesinin 6'ncı maddesi, akademisyenin araştırmalarını serbestçe gerçekleştirme hakkının, bilimsel araştırmanın evrensel ilke ve yöntemlerine tabi olduğunu belirleyerek bu hakka hem maddi (evrensel etik ilkeler) hem yöntemsel (bilimsel araştırma yöntemleri) bir sınır getirmektedir. Bildirgenin 7'nci maddesinde ise akademisyenin öğretim hakkı, öğretimin kabul edilmiş ilke, standartlar ve yöntemlerine tabi olduğu düzenlenerek bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Söz konusu sınırlar bir akademik çalışmanın meslek etiği ve bilimsel araştırma ilkelerine uygunluk denetimi kapsamında gündeme gelir ve değerlendirilir³³.

Akademik özgürlüğün diğer boyutu olan akademisyenlerin ifade özgürlüğünün sınırları konusunda ise tam bir görüş birliği yoktur³⁴. Konuya farklı açılardan yaklaşan yazarların görüşleri dikkate alındığında, akademisyenin ifade özgürlüğünün sınırını tayin ederken bu özgürlüğün hangi kapsamda kullanıldığına göre ikili bir ayrıma gitmek işlevsel olacaktır. Akademisyenin bilimsel çalışmaları, yalnızca bilimsel değerlendirme ölçütlerine tabi tutulabileceğinden bu çalışmalar kapsamında kullanılan ifadeleri, ancak bilimsel araştırma yöntemleri ve meslek etiği ilkeleri çerçevesinde eleştirilebilir, bunun dışında, bu ifadeler herhangi bir sınırlama getirilmesi kabul edilemez³⁵. Akademisyenin doğrudan bilimsel çalışması ile bağlantılı olmayan ancak akademik özgürlük çerçevesinde değerlendirilecek ifadelerinin ise diğer kişilerden daha geniş bir korumaya tabi olduğu³⁶ ve sadece demokratik top-

³³ **Karasulu**, s. 151-154. Buradaki denetimin bilimsel araştırmanın etik ve yöntemsel kurallarına uygunluk denetimi olduğunu belirtmek gerekir. Yoksa yapılan denetim bilimsel eserdeki görüşün değerinin, kabul edilebilirliğinin denetimi değildir. Tanör bunu şu şekilde ifade eder: “‘Bilimsellik’ denetimi Hukuku, Devleti ve Yargıyı ilgilendiren bir iş değildir. Bu konuda ‘yargıç’, bilim dünyası ile okurlar ve kamuoyudur. Eğer bilimselliği ölçecek terazi yargıçların ve bilirkişilerin elindeki terazi olsaydı, İlk Çağ’dan bu yana ‘zındık damgası’ yiyen pek çok bilginin yapıtları günümüzün bilim hazinesinin değerli parçaları durumuna da gelemezdi”. Bülent, **Tanör**, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.94. Tanör’ün söz konusu tespiti bilimsel görüşlerin kıymetinin hukuk tarafından denetlenemezliği açısından doğru olmakla birlikte, meslek etiği ve bilimsel araştırma yöntemlerine aykırılığın denetiminin hukukun ve yargının alanına girdiğini de not etmek gerekir.

³⁴ **Şirin**, s. 71-78.

³⁵ İbrahim Ö., **Kaboğlu**, “Araştırma ve Araştırmacı Özgürlüğü”, Sosyolojik Araştırmalar, s. 35.

³⁶ **Karasulu**, s. 201-246.

lum düzeninin ve insan haklarının üzerine inşa edildiği insan onuru gibi evrensel değerlerle sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir³⁷.

2. Akademik Özgürlük ve Üniversite Özerkliği İlişkisi: Alan Açma ve Sınırlama

Üniversite özerkliği ile akademik özgürlük arasında çok yönlü bir ilişki vardır. Üniversite özerkliği bir yandan akademik özgürlüğe alan açar, öte yandan akademik özgürlüğü sınırlandırır. Alan açma, özerklik ile özgürlük arasındaki bağımlılık ilişkisinden, sınırlama ise özerklik ile özgürlük arasındaki çatışma ilişkisinden kaynaklanır. Aytaç ve Yılmaz alan açma-sınırlama ilişkisini şu şekilde anlatır: “Özerklik, üniversitede bilimsel faaliyet içerisindeki bilim adamına iktidardan ‘özerk’ bir alan açarken onun mümkün eylemlilik alanını da yapılandırır. İçerisinde hareket edeceği sınırlar bizzat üniversitenin üzerine inşa olduğu mantık tarafından, çizilmiştir de”³⁸.

Yukarıda anılan işlevleri ile modern üniversite, kurumsal özerklik ile akademik özgürlük arasındaki bağımlılık ilişkisine dayanır. Tekin, özerklik ve özgürlük arasındaki bağımlılığı, üniversitenin özerkliğinin meşruluk kaynağı olarak akademik özgürlüğe; akademik özgürlüğün ise yaşama geçme olanağı olarak özerk bir üniversiteye bağımlılığı biçiminde ele alır³⁹. Gerçekten de üniversitenin özerklik talebinin ayrıcalık talebine dönüşmesini ve akademik özgürlüğü tahrip edecek bir enstrüman haline gelmesini engelleyecek olan, üniversitenin özerkliği akademik özgürlüğü güvence altına almak üzere talep etmesidir⁴⁰. Aynı şekilde akademik özgürlüğün hayata geçmesi, bu özgürlüğün yaşam alanı olan üniversitenin, siyasal iktidar dahil tüm iktidar odakları karşısında özerk olmasına bağlıdır⁴¹.

Lima Bildirgesi akademik özgürlük ile üniversite özerkliği arasındaki bu bağımlılığı 18’inci maddesinde; “*akademik özgürlükten gereği gibi yararlanmak ve yukarıdaki maddelerde sözü geçen yükümlülüklerle uymak*,

³⁷ Şirin, s. 76-77.

³⁸ Ahmet Murat, Aytaç/Zafer, Yılmaz, “Devlet-Piyasa İkileminin Ötesinde Bir Mücadele Alanı Olarak Üniversite”, Dönüştürülen Üniversiteler ve Eğitim Sistemimiz, Ed. Servet, Ak-yol/Mustafa Kemal, Coşkun/ Zafer, Yılmaz, Ankara 2008, s. 414.

³⁹ Tekin, Üniversite ve Akademi Ayrımı Üzerine, s. 65.

⁴⁰ Yiğiter, s. 26; Ördök, s. 26-27.

⁴¹ Bu bağlantı Anayasa Mahkemesinin 12.01.1971 tarih ve E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararında da ifade edilmiştir: “(...) üniversitenin bilimsel ve nesnel ölçütlere göre öğretim yapması onu ister istemez siyasal güçlerin veya çevrelerin etkisine açık tutup, eylemli olarak, engeller; başka deyimle yönetim özerkliği bulunmayan yerde bilimsel özerklik dahi boş bir söz olur”

yüksek öğretim kurumlarının üst düzeyde özerkliğe sahip olmasını gerektirir” şeklinde ifade etmiştir. Bildirge 1’inci maddesinde özerkliği tanımlamıştır: “özerklik, yükseköğretim kurumlarının iç işleyişlerine, mali işlerine ve yönetimlerine ilişkin kararlar almada ve eğitim, araştırma, dışa yönelik çalışmalar ve diğer ilgili faaliyetlerde kendi politikalarını oluşturmada devlet ve toplumun diğer güçleri karşısındaki bağımsızlıkları anlamına gelir”.

Lima Bildirgesi’nin 1’inci maddesi özerkliğin ne olduğunu tanımlarken (çalışmada maddi özerklik olarak isimlendirilecek)⁴², 19’uncu madde özerkliğin aracını demokratik öz yönetim olarak belirler. Bu maddenin tarif ettiği özerklik, tüm yönetim organlarının seçimle iş başına geldiği ve üniversitenin tüm bileşenlerinin temsilcilerinden oluştuğu, akademik çevrenin tüm üyelerinin aktif katılımının sağlandığı bir yönetim biçimidir (çalışmada biçimsel özerklik olarak isimlendirilecek).

Maddi ve biçimsel yönden özerk bir üniversite kurulduğunda akademik özgürlüğün gerçekleşeceği kabul edilir. Oysa modern üniversite pratiği, bu kabulün doğrulanmadığını gösterir⁴³. Üstelik benzer krizler, özgürlüklerin ön plana çıktığı Timur’un ifadesiyle “devrimci rüzgarların estiği” istisnai dönemler dışında üniversite tarihi boyunca tekerrür etmiştir⁴⁴. Bunun bir nedeni, biçimsel özerkliğin söylem olarak çok güçlü şekilde ön plana çıkmasına karşın maddi özerkliğin bir türlü gerçekleştirilememesidir⁴⁵. Maddi anlamda özerk olmayan bir üniversitede aradaki bağımlılık ilişkisi dolayısıyla akademik özgürlük de büyük oranda yitirilir.

Peki özerklikle ilgili bunca vurguya karşın üniversite neden kendi faaliyetlerine ilişkin özerk kararlar alamamaktadır? Esasında üniversitenin yürüteceği faaliyetin içeriğini kendi dışındaki iktidar odaklarından bağışık olarak belirleyeceği bir varsayımdır ve bu varsayımın gerçekleşmesi modern üniversitenin kurgusu ve kendi dışındaki dünya ile kurduğu ilişkinin biçimi dolayısıyla oldukça güçtür. Her şeyden önce modern üniversitenin ortaya

⁴² Berdahl, burada maddi özerklik olarak ifade edilen hususu kendi içinde “özel özerklik” ve “yöntemsel özerklik” olarak ayırır. Yazarın ayırımında “özel özerklik” (*substantive autonomy*), akademide ne yapılacağını üniversitenin kendisinin belirlemesi gücünü, “yöntemsel özerklik” (*procedural autonomy*) ise üniversitenin yapılacakların nasıl yapılacağını kararlaştırabilme gücünü ifade eder. Robert, Berdahl, “Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities”, *Studies in Higher Education*, 15(2), s. 172.

⁴³ Ödek, s. 12.

⁴⁴ Timur, s. 26.

⁴⁵ Bingöl, s. 69.

çıkışı ile uluslaşma sürecinin tarihsel birlikteliği, üniversitenin “*bildungs*” işlevinin ideal düzlemdeki anlamından kopmasına ve ulusal kültürün topluma aktarımı anlamına bürünmesine neden oldu. Bu ise üniversitenin faaliyet alanının ulus devlet ideolojisine göre biçimlendirilmesi anlamına gelir⁴⁶. Sonuçta üniversite, faaliyet alanını ne şekilde kurgulayacağını devletin ideolojisinden bağımsız bir biçimde belirleyemeyecek duruma gelirken, eleştirel düşünce de üniversite faaliyet alanını yavaş yavaş terk eder.

Bunun yanı sıra, üniversite meslek edindirme fonksiyonu nedeniyle meslek alanlarına ilişkin işgücünü talep eden aktörlerin (bu aktörler bazen bizzat devletin kendisi bazen piyasadır) beklentileri doğrultusunda bir öğretim içeriği belirlenir. Üstelik günümüzde işgücü piyasasına dahil olmak büyük oranda üniversite diplomasını gerektirdiğinden üniversiteye talep arttı, üniversite hizmeti kitleselleşti. Ancak bu kitleselleşme eğitim alanının demokratikleşmesinden ziyade, niteliksizleşmesini beraberinde getirdi. Yazıcıoğlu, bunu üniversitenin sanayileşmesi olarak isimlendirir ve üniversitelerin diploma üreten bir fabrikaya dönüştüğünü tespit eder⁴⁷. Üniversite hizmetin bir bütün olarak nicel ölçütlere göre değerlendirilmesi de bu süreçlerin bir sonucu olarak ortaya çıktı⁴⁸.

Bu durum bilgi çağına geçildiğinde daha da belirgin bir hal aldı. Zira içinde bulunduğumuz çağda bilim ve bilgi kendi başına metaya dönüştü; üniversite ise bu metanın üreticisi konumuna geldi⁴⁹. Sonuçta metayı talep eden aktörler bu metayı arz edecek üniversitenin faaliyetinin içeriğini belirlemeye başladı⁵⁰.

Üniversite hizmet alanının piyasanın görünmez eline terk edilmesi ve kamu hizmeti alanlarının neo-liberal politikalara uygun olarak piyasalaştırılması sonucunda üniversite özerkliğindeki erozyon daha da yoğunlaştı. Bu

⁴⁶ **Readings**, s. 73-97. Yazara göre bu dönüşümün kurumsal yansıması, Kant’ın evrensel aklını temsil eden Felsefe Fakültesinin üniversite açısından yerine getirdiği kilit işlevi, ulusal kültürü temsil eden Edebiyat Fakültesinin almasıdır. **Readings**, s. 29.

⁴⁷ Taçlı, **Yazıcıoğlu**, “Üniversitenin Piyasa ve Fabrikaları”, *Birikim* 355, İstanbul 2018, s. 108-109.

⁴⁸ **Ördek**, s. 68; **Karasulu**, s. 182-183.

⁴⁹ Nejla, **Kurul**, “Türkiye Üniversitelerinde 1980 Sonrası Dönem: İnsanın Özgürleşmesi Amacından Akademik Kapitalizme Geçişin Öyküsü” *Bilim ve Gelecek*, 71, İstanbul 2010, s. 24-25; Ayça, **Alemdaroğlu**, “Yabancı Şirketler, Özel Üniversiteler ve Yükseköğretimin Dönüşümü: Laureate Education Inc. Örneği”, *Der. Serdar Değirmencioglu/Kemal, İnal*, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 82-83.

⁵⁰ **Bingöl**, s. 60-62; Polat Sait, **Alpman**, “Üniversiteler, Uruklar, Ejderhalar: Üniversite Alanının Özerkliğinin Politik İlkesi” *Toplum ve Bilim*, 156, İstanbul 2021, s. 82-83.

durum üniversiteleri rekabet halindeki aktörler konumuna getirdi, girişimci üniversite söylemleri ile üniversite yönetimleri şirketleşti⁵¹. Bunun yanı sıra, üniversitelerde verilen hizmete yönelik talep belirgin bir biçimde artarken devletlerin neo-liberal politikalar doğrultusunda üniversitelere ayırdığı mali kaynağın gittikçe daralması, ayıracağı kaynağı bilgi ekonomisine katkısına göre belirlemesi⁵², bunun sonucunda üniversitenin kendi mali kaynaklarını yaratma yükü ile baş başa kalması, üniversiteyi sanayi ve iş dünyası ile ortak projeler üretme ve gelir elde etme yoluna itti. Bu ise üniversitenin faaliyetlerini kendiliğinden piyasanın gereklerine göre ayarlaması anlamına geldi⁵³. Varılan nokta literatürde akademik kapitalizm olarak isimlendirilir⁵⁴. Üstelik kapitalizmin bilimsel üretim üzerindeki etkisi bununla sınırlı değildir. 20. yüzyılda bilgi metalaştıktan sonra 21. yüzyılda bilimsel üretim süreci kapitalistleşmiş, bilimsel emek süreci parçalanmış ve kapitalizmin denetimi altına alınmış; akademisyen güvencesiz, istikrarsız ve enformel bir çalışma rejimine tabi kılınarak akademik üretim süreci üzerindeki öz denetimini yitirmiş, akademisyen zanaatkardan bilim emekçisine dönüşürken, üniversite akademisyenler topluluğundan, şirketler topluluğuna dönüşmüştür⁵⁵.

Bu koşullarda üniversitenin -kendi seçmiş olduğu ve katılımcı usulle çalışan yönetim organları tarafından yönetiliyor olsa dahi- kendi faaliyetinin içeriğini tam anlamıyla özgürce tayin ettiğinden söz etmek neredeyse olanaksızdır. Bunun olağan sonucu, akademisyenin üniversitenin belirlediği performans kriterlerinin zorlaması sonucu akademik özgürlüğünden feragat etmesi, araştırmak istediği konuları değil araştırması beklenen ve üniversitenin kurduğu iş birlikleri açısından anlam-fayda doğuran konulara yönelmesi sonucunu doğurur⁵⁶. Üstelik Aytaç ve Yılmaz'ın isabetle tespit ettikleri gibi,

⁵¹ **Timur**, s. 315-318; Peter, **Fleming**, Karanlık Akademi (Üniversiteler Nasıl Öler?), Çev. A. E. **Pilgür**, İstanbul 2025, s. 101-116; İlhan, **Tekeli**, “Yükseköğretim’de Yeniden Düzenleme Arayışlarının Nasıl Temellendirilebileceği Üzerine” *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2 (Özel Sayı), s. 7; Gülay, **Aslan**, “Devlet Üniversitelerinin Özelleşen Yüzü: ‘Şube Üniversite’ Uygulaması”, Der. Serdar, **Değirmencioğlu/Kemal, İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 27-29; Terry, **Eagleton**, “The Slow Death of the University” *The Chronicle of Higher Education*, (The Slow Death)2015. <http://chronicle.com/article/The-Slow-Death-of-the/228991/> (e.t. 4.6.2025)

⁵² **Eagleton**, The Slow Death.

⁵³ **Aslan**, s. 27.

⁵⁴ **Kurul**, passim.

⁵⁵ Özgür, **Narin**, “Bilimin Politik Ekonomisi Üzerine Bir Deneme: Üniversitelerde Dönüşüm ve Bilim Üretimi” *Bilim ve Gelecek*, 71, passim; **Alpman**, s. 83.

⁵⁶ **Bingöl**, s. 46; **Karasulu**, s. 163; **Fleming**, s. 69-85.

üniversite sadece olayların gelişimi nedeniyle neo-liberal ideolojiye eklemelenen bir aktör değil, bizzat bu ideolojiyi yaratan ve yaygınlaştıran aktörlerden biri olmayı içselleştirmiş görünüyor⁵⁷.

Böyle bir durumda 19. yüzyılda üniversite ideasının çekirdeğini oluşturan işlevin ortadan kalktığı ve üniversitenin özgür ve eleştirel düşünmenin mekânı olma vasfını büyük oranda yitirdiği⁵⁸, Eagleton'ın benzetmesi ile söyleyecek olursak, üniversitenin yavaşça öldüğü açıktır⁵⁹.

Eagleton gelinen durumu veciz bir biçimde tarif eder: “*Artık üniversiteler kıdemli yöneticilere -önceden ‘profesör’ olarak bilinen kişiler-, bolca tüketiciye -bir zamanlar ‘öğrenci’ denilen bireyler- ve kolayca pazarlanabilir bir ürüne -sözde ‘bilgi’- sahipler. Yakında, fikirleri önemlerine göre fiyatlandırmaya başlayacaklar ve tüketiciler de hangilerini karşılayabileceklerine karar verecek*”⁶⁰.

Üniversitenin maddi özerklik açısından içinde bulunduğu bu duruma biçimsel anlamda da özerk ol(a)maması eklendiğinde, akademik özgürlük alanı daha fazla daralır ve akademisyen daha yoğun bir baskı ile karşılaşır. Zira üniversitenin yönetim organları sadece ve doğrudan üniversite bileşenleri tarafından seçilmiyorsa, üniversitenin kararları yönetim organlarını belirleyen otoritenin boyunduruğuna girmiş olur. Buna ilaveten akademisyenler ve akademik çalışmalarla ilgili konularda icrai karar alma yetkisi katılımcı usullerle çalışan kurullara değil üniversite bileşenlerinin iradesi dışında iş başına gelen yönetim organlarına bırakılmışsa, akademisyenin meslek hayatının gidişatı atanmış yönetimle, dolayısıyla bu yönetimi atayan iktidar odakları ile uyumuna bağlı olarak değişebilir, diğer bir anlatımla artık akademik özgürlük alanından söz etmek neredeyse imkânsız olur. Böyle bir durumda üniversitenin yönetim organlarının kamu yararı ile ilgili olmayan, üniversite içi gruplaşmalar, siyasi farklılaşmalar veya kişisel husumete daya-

⁵⁷ Aytaç/Yılmaz, s. 413. Bu içselleştirme salt kuruma özgü değildir, akademisyenlerin azımsanmayacak bir bölümü de daha geniş mali olanaklar elde etmek için araştırma konularını piyasada oluşan taleplere göre belirlemeye ve piyasa tarafından finanse edilecek projelere yönelmiş, hatta Kurul'un ifade ettiği gibi bu dış kaynaklar için birbirleri ile rekabet etmeye başlamıştır. Kurul, s. 25, 27. Aynı yönde bkz. Fleming, s. 117-130.

⁵⁸ Funda K., Şenel, “‘Kamusal’dan, ‘özel’e mi? Üniversitenin Toplumsal Konumlanışı ve Bilimsel Bilgi Üretimi”, Eğitim Bilim Toplum Dergisi, 14(55), s. 64.

⁵⁹ Eagleton, The Slow Death.

⁶⁰ Terry, Eagleton, “It’s Time to Abolish the University” *Unherd*, <https://unherd.com/2023/08/its-time-to-abolish-the-university/> (e.t. 5.6.2025)

lı kararları dolayısıyla akademisyenlerin hem özgürlüklerinin hem de meslek hayatlarının devamının tehdit altında olması olağanlaşır, yönetimle uzlaşmayan, eleştirel düşüncelerini ifade eden akademisyenlerin meslekte yükselmelerine engel olacak çeşitli kararlar alınabilir, haklarında sık sık mesnetsiz disiplin soruşturmaları açılabilir⁶¹.

Üniversite özerkliği ile akademik özgürlük arasında alan açma yanında sınırlama ilişkisi de vardır. Bu sınırlama ilişkisi aslında üniversite özerkliği ile akademik özgürlük arasında işin doğası gereği bulunan çatışma ilişkisinden kaynaklanır. Zira üniversitenin (burada üniversitenin maddi ve biçimsel anlamda özerk olduğunu varsayıyoruz) yönetim organlarının üniversitenin işleyişi konusunda alacağı yönetsel ve mali kararlar akademisyenin akademik özgürlük alanını sınırlar⁶². Örneğin üniversite tarafından alınan öğretime ilişkin kararlar, yöntemler, atama-yükseltme kriterleri ve mali kaynakların hangi çalışmaları desteklemek üzere kullanılacağı gibi hususlar akademisyenin öğretim faaliyetlerine ve araştırmalarına yön verir.

Üniversite maddi özerkliğe sahip olmadığında, üniversite yönetimi ile akademisyen arasındaki bu sınırlama ilişkisinin, olağan işlevinin ötesine geçerek akademik özgürlüğün tamamen ortadan kalkmasına hizmet edeceği açıktır. Bu nedenle Aytaç ve Yılmaz'ın böyle bir durumda “özerklik talebinin, bir başka açıdan, iktidar ilişkilerini tamamlayacağını ve denetim süreçlerini derinleştiren bir etki yaratacağını kabul etmemizi gerektirir” şeklindeki uyarılarını dikkate almak zorunludur. Yazarlara göre, “üniversitenin kendisi de iktidar üreten ve iktidar içinde işleyen bir kuruma dönüşmüşse, öncelikli olarak yapılması gereken şey üniversite hayatının dönüştürülmesi olacaktır”⁶³.

Üniversite hayatını dönüştürecek olanlar, üniversitenin kurucu unsurları olan ve üniversitenin eklemlendiği iktidar çemberine karşı çıkma iradesine sahip olan akademisyen ve o akademisyenin eleştirel düşünce metodolojisi ile yetiştirdiği öğrenciden, yani üniversite harabelerinin sakinlerinden başkaları değildir⁶⁴. O nedenle üniversite hakkındaki güncel yazında akademik özgürlük esas, üniversite özerkliği ise tali ve araçsal bir talep olarak belirmektedir. Üniversiteyi dönüştürecek akademisyenden söz edilebilmesi bu gücün ona verilmesine, başka bir anlatımla üniversitede kalabilmesine; üni-

⁶¹ Üniversitelerde akademik özgürlüğün ihlali niteliğindeki örnekler için bkz. Şirin, s. 89-97.

⁶² Karasulu, s. 87, 259.

⁶³ Aytaç/Yılmaz, s. 414.

⁶⁴ Aytaç/Yılmaz, s. 418.

versitede kalabilmesi ise güvenceli bir statüde olmasına bağlıdır. O nedenle vakıf üniversiteleri, Türkiye’de birer yüksekokul değil üniversite olarak varlık gösteriyorlarsa, bu üniversitelerle ilgili yürütülecek tüm tartışmaların akademik özgürlük ve akademisyenin mesleki güvenceleri bağlam ve çerçevesinin içine yerleştirilmesi zorunludur⁶⁵.

II. VAKIF ÜNİVERSİTESİ MODELİNİN AKADEMİK ÖZGÜRLÜK TEMELİNDE ÖRGÜTLENME AÇISINDAN SAĞLADIĞI OLANAKLAR VE OLANAKSIZLIKLAR

1. Harabenin Yerel Sureti: Türkiye’de Üniversite Krizinin Dinamikleri

Üniversiteleri Lima Bildirgesindeki ideadan uzaklaştıran küresel üniversite krizi Türkiye açısından da geçerlidir. Ancak Türkiye’de üniversite krizinin daha derin ve katmanlı olduğu söylenebilir. Kuşkusuz bu durumun tarihsel ve güncel nedenleri vardır. Timur, üniversite kurumunu tarihsel materyalizm açısından ele aldığı eserinde, Türkiye’de üniversitenin hiçbir dönem akademik özgürlük temelinde örgütlenmediğini, hatta akademik özgürlük talebinin üniversite bileşenlerinin büyük çoğunluğu tarafından sistemli bir mücadeleye konu edilmediğini, Osmanlı döneminden günümüze uzanan üniversite tarihi boyunca gerçek anlamda özerk bir üniversite modeli geliştirilmediğini, üniversite özerkliğinin sınırlı da olsa tanındığı dönemlerde (1946 yılında yürürlüğe giren 4936 sayılı Üniversiteler Kanununun 1956 değişikliklerine kadar) dahi özerkliğin akademik özgürlüğün zırhı olamadığını, soğuk savaşın zirvede olduğu bu dönemde iktidarın akademik özgürlüğe alan tanıyacak bir yapıda olmadığını, üniversite özerkliğinin Türkiye’de olsa olsa korporatist bir ayrıcalık olarak görüldüğünü belirtir⁶⁶.

Bu tablo günümüzde daha vahim bir hal aldı. Zira bugünün üniversitesi “üniversiteyi düşman olarak konumlandıran” 12 Eylül darbecileri tarafından, 12 Mart darbecilerinin üniversite için tasarladıklarından da ilham alınarak kuruldu⁶⁷. Bu model 6 Kasım 1981 tarihinde çıkarılan 2547 sayılı Yükseköğ-

⁶⁵ Burada her akademisyenin ve öğrencinin bu iradeyi göstermek zorunda olduğu anlatılmıyor. Sadece üniversitenin de dahil olduğu iktidar çemberine karşı çıkan akademisyenler ve öğrenciler açısından güvenceli statü (akademisyen açısından) ve ifade özgürlüğü (akademisyen ve öğrenci açısından) ihtiyacı daha yaşamsal olacaktır.

⁶⁶ Timur, s. 343, 349.

⁶⁷ Baskın, Oran, “Üniversite Nedir, Ne Değildir: Türk Üniversiteleri ve YÖK”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 47(1), s. 372-373 https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001559 (e.t. 5.4.2015); Timur, s. 289-294. Kenan Evren’in 12 Eylül 1980 gün ve 17103 (mükerrer) sayılı

retim Kanunuyla oluşturuldu ve bir yıl sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası ile modelin çerçevesi çizildi. Üniversiteye ilişkin yasal ve anayasal düzenlemeler bir arada ele alındığında, özerkliğin tanınıp güvence altına alması bir yana, biçimsel anlamıyla dahi özerk olamayacak bir üniversite inşa etmenin amaçlandığı, “*ceberrut-merkezci, sıradan bir devlet kurumuna dönüştürüldüğü*”⁶⁸ hemen dikkat çeker. Dolayısıyla bugünün üniversiteleri bir yandan geçmişin olumsuz mirasını devraldıkları, diğer yandan kurucu iktidar tarafından düşmanca bir tavırla esaret altına alınacak şekilde tasarlandıkları için, ekseriyetle harabe olarak dahi vasıflandırılmayacak durumdadır. Vakıf üniversitesi modeli 1982 Anayasası döneminde darbecilerin üniversite için çizdikleri bu çerçevenin içine yerleştirilmiştir. O nedenle vakıf üniversitesi modelinin akademik özgürlük için sağladığı olanak ve olanaksızlıklar tartışılırken öncelikle bu dönemin üniversite krizinin kendine özgü yanlarına, genel hatlarıyla da olsa bakmak gerekir.

A. Krizin Birinci Dinamiği: Üniversitenin Milliyetçilik ve Piyasa Üzerinden Tanımlanan Amaç ve İşlevi

Yükseköğretim Kanununun üniversitenin amacını tanımlayan 4’üncü maddesi, akademik özgürlüğün kapsamı ve sınırlarının tespiti açısından önemli ipuçları verir. Zira madde üniversitenin amacını öğretim ve araştırma işlevi ile bağlantılı olarak düzenlerken, üniversitenin ayırt edici özelliği olan eleştirel düşüncenin mekânı olma işlevini ve öğretim ile araştırmanın eleştirel düşüncenin ilkelerine uygun icra edilmesi gerekliliğini tamamen devre dışı bırakır. Bu hükme göre bilimsel araştırmanın amacı, kalkınma hedefleri doğrultusunda bilgi-teknoloji üretmek; öğretimin amacı ise “*Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olarak, refah ve mutluluğunu artırmaya*” yönelik programlar uygulamaktır. Dolayısıyla Yükseköğretim Kanununun biçimlendirdiği modelde araştırma da öğretim de özgürlük temelinde yürütülecek faaliyetler olarak görülmez. Üniversitenin işleyişinden özgürlüğü ve eleştirel düşüncüyü tamamen silmeyi amaçlayan bu irade, üniversitenin öğrencileri; “*Türk olmanın şeref ve mutluluğunu duyan*”, “*Türk milletinin*

Resmî Gazetede yayınlanan darbe konuşmasına bu düşmanlık: “(...) bir kısım gerçeğe uymayan özerklik, dar görüşlü, sahibinden başkasının inanmadığı bilimsellik ve koşulları dikkate almayan salt hukuk savunucuları, yıkılacak devletin enkazı altında kalacaklarının, yok olup gideceklerinin idraki içinde olmadıklarının görünümünü vermişlerdir” sözleri ile yansımıştır. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17103_1.pdf (e.t. 5.4.2025)

⁶⁸ Mustafa, Altıntaş, “Vakıf-Özel Üniversiteler: Düünden Geleceğe” Der. Serdar, Değirmenci-oğlu/Kemal, İnal, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 68.

milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini taşıyan”, “Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getiren” vatandaşlar olarak yetiştireceğini öngören bentlerde kendini daha açık şekilde ortaya koyar⁶⁹. Timur’un belirttiği gibi, “bu ifadeler, uygar bir ülkede, üniversite kanununda değil, ancak legalitenin sınırlarında dolaşan aşırı-sağ bir partinin programında yer alabilir”⁷⁰.

B. Krizin İkinci Dinamiği: Akademik Özgürlüğün Resmî İdeoloji ile Çerçelenmeye Çalışılması

Yükseköğretim Kanununda beliren özgürlük ve eleştirel düşünce karşısı bu irade, 1982 Anayasasının akademik özgürlüğün sınırlarını belirten hükümlerine de yansdı. Sınırlara geçmeden akademik özgürlüğün hangi bağlamı ile ne şekilde düzenlendiğine bakalım: 1982 Anayasasında akademik özgürlük tüm boyutlarıyla değilse de bilim özgürlüğü boyutuyla 27’nci maddede “bilim ve sanat hürriyeti” başlığı altında düzenlendi. Madde bilimsel araştırma yapmayı, araştırmaların sonuçlarını açıklamayı, yaymayı ve öğretmeyi herkes için güvence altına aldı. Anayasanın 130’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasında bilim özgürlüğü bu sefer doğrudan akademisyenler açısından tekrarladı. Buna göre; “üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler”. Söz konusu hükümler Türkiye’de bilim özgürlüğünün tanınması ve anayasal düzeyde korunması açısından ilk bakışta olumlu bir tablo sunar. Ne var ki, gerçek durumu daha iyi analiz etmek ve Kenan Evren’in 12 Eylül darbe konuşmasındaki yaklaşımla örtüştüğü noktaları ortaya çıkarabilmek için söz konusu özgürlüğe sınır getiren hükümlere bakmak gerekir. Aşağıda aktarılacak bu hükümlerin ortak noktası; getirdikleri sınırların Lima Bildirgesinde öngörülenlerden -bilimsel araştırma yönteminin usuli gerekleri ve etik ilkeler- bir hayli farklı ve akademik özgürlük açısından oldukça yadırgatıcı içerikte olmalarıdır.

Anayasanın 27’nci maddesi, “*bilim ve sanatı yayma hakkının Anayasanın 1, 2 ve 3’üncü maddelerinin değiştirilmesini sağlamak amacı ile kullanıla(mayacağından)*”, Anayasanın 130’uncu maddesi ise, “*akademisyenlerin serbestçe bilimsel araştırma yapma yetkilerinin devletin varlığı ve bağımsızlığı*

⁶⁹ Maddenin sadece bir yerinde üniversitenin öğrencileri, “hür ve bilimsel düşünce gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip” vatandaşlar olarak yetiştireceği belirtilmektedir. Ancak maddede “araya sıkıştırılan” bu amacın diğer bentlerdeki milliyetçilik ideolojisi ile belirlenmiş amaçlar karşısında nasıl gerçekleştirilebileceği önemli bir soru olarak karşımızda durmaktadır.

⁷⁰ Timur, s. 346.

ğı, milletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğü aleyhine faaliyette bulunma serbestliği verme(yeceğinden)” söz eder. Anayasa koyucunun bilim özgürlüğünü sınırlamak üzere seçtiği ifadeler -Eroğul’un nitelemesiyle- “fuzuli”⁷¹ ve bir o kadar düşündürücüdür. Bilimsel çalışma ve araştırmalar doğası gereği bir hukuk normunun değiştirilmesine veya bir devletin bütünlüğü ve bölünmezliğini ortadan kaldırmaya yönelmez. Bir normun değiştirilmesi (yasamanın alanına ait bir faaliyet), devletin bütünlüğünün ve bölünmezliğinin ortadan kaldırılması (ceza hukukunun konusu bir eylem) bilimsel çalışmanın eylemlilik alanına girmez. Ancak tüm bu konular akademik faaliyet kapsamında irdelenebilir, eleştiri süzgecinden geçirilebilir⁷². Anayasa koyucu bilim özgürlüğünü Anayasanın ilk üç maddesine atıf yaparak sınırlarken aslında bilimsel çalışmalara, akademik faaliyete ve akademisyenin ifade özgürlüğüne ideolojik bir sınır çizmeye çalışır⁷³. Bilim özgürlüğünün devletin varlığı ve bağımsızlığı, milletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğü aleyhine faaliyette bulunma yetkisi vermediğini söylerken, resmî ideolojinin dışına çıkan akademisyene yöneltilen suçlamanın ne olabileceği hakkında fikir verir.

Yükseköğretim Kanunu ve Anayasada yer alan bu düzenlemeler Türkiye’de akademik özgürlüğün çoğulcu demokratik toplum düzeninin geçerli olduğu diğer ülkelerde olduğundan çok daha kırılgan olduğunun kanıtıdır. Nitekim Yiğiter’in tespit ettiği gibi, üniversiteye yüklenen ideolojik işlev ne kadar ön plandaysa, akademik özgürlük alanı o kadar daralacaktır⁷⁴. Bahsedilen, akademik özgürlük açısından soyut bir kırılganlık ve daralma hali değildir. Nitekim 1982 Anayasası döneminde akademisyenlerin şiddeti övmeyen, şiddete çağrı yapmayan, ırkçı söylem içermeyen, dolayısıyla çoğulcu demokratik toplum düzeni ve insan onuru gibi etik değerlerle çelişmeyen faaliyet ve ifadelerine hukuka aykırı şekilde müdahale edilmiştir⁷⁵.

⁷¹ Cem, Eroğul, “Üniversite, Aydınlanmış Birey, Kör Kalabalık”, *BirGün*. https://www.birgun.net/makale/universite-aydinlanmis-birey-kor-kalabalik-147397#google_vignette (e.t. 20.8.2025)

⁷² Mümtaz, **Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Ankara 1977, s. 394.

⁷³ İbrahim Ö., **Kaboğlu**, “Bilim ve Sanat Özgürlüğü” İnsan Hakları, İstanbul 2000, s. 126-127. Bu hüküm uygulamada da ağır akademik özgürlük ihlallerine dayanak olarak kullanılmıştır. Dr. Nesrin Uçarlar’ın Kürtlerin dil haklarını incelediği ve jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulunan doktora tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü Yönetim Kurulu tarafından Anayasa’nın değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümlerine aykırı bulunduğu gerekçesi ile yapılan tez savunma sınavının iptaline ve yeniden sınav yapılmak üzere yeni bir tez jürisi belirlenmesine karar vermiştir (GIT Türkiye, 2012, s.11).

⁷⁴ **Yiğiter**, s. 13.

⁷⁵ Şirin, özerk olmayan üniversite modeli nedeniyle Türkiye’de akademisyenlerin uğradıkları hak ihlallerini geniş biçimde inceler. Hak ihlaline uğrayan akademisyenler arasında; devletin

2016-2017 yılları arasında Türkiye üniversite tarihinin en büyük tasfiyesi olarak tarihe geçen, sadece bireysel olarak akademisyenleri değil eleştirel düşüncenin hayata geçtiği kurumları da hedef alan⁷⁶, akademisyenlerin birçok temel hak ve özgürlüğünü özüne dokunacak şekilde ihlal eden idari ve yargısal süreçler, söz konusu kırılganlığın ulaşabileceği noktayı göstermesi açısından önemlidir⁷⁷. Devletin uygulamalarını eleştiren ve insan hakkı ihlallerine dikkat çeken “Barış için Akademisyenler Bildirisi”ne destek veren akademisyenler hakkında; “terör örgütü propagandası yapma” ithamı ile ceza davaları açılmış, bir kısmı hakkında hapis cezası kararı verilmiş, vakıf üniversitesinde mesleğini icra eden bazı akademisyenlerin görevine son verilmiş, devlet üniversitelerinin kadrosunda olan çok sayıda akademisyen salt bu nedenle 15 Temmuz 2016 sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile kamu görevliliğinden ihraç edilmiş ve pek çok başka yaptırımla karşılaşmışlardır⁷⁸. Bu tasfiye sadece akademisyenlerin haklarını ihlal etmekle kalmamış, üniversite öğrencilerinin de eleştirel öğretim ve düşünce hakkından mahrum bırakılması sonucunu doğurmuştur⁷⁹. Bildirideki ifadelerin akademik özgürlük kapsamında olduğu ancak uzun süren yargısal süreçlerden sonra ortaya konulabilmiştir.

Olağanüstü hâl döneminde yaşanan akademisyen tasfiyesi Barış için Akademisyenler Bildirisine destek veren akademisyenlerle sınırlı değildi, ancak tasfiyenin bu bölümü doğrudan üniversitenin işlevi ve akademik özgürlük tartışmasıyla bağı açısından önemlidir ve özel olarak üzerinde durulması gerekir⁸⁰. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Zübeyde Fusun Üstel ve Diğerleri kararında⁸¹ bu bağlantı açıkça hüküm altına alındı. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

resmî ideolojisi dışında akademik çalışmalar yapanlar, sendikal özgürlük için örgütlenenler, sermayenin yatırımlarının yıkıcı sonuçları üzerine çalışmalar yapanlar, ülkedeki güncel siyasi süreçlerle ilgili eleştirel yorumda bulunanlar, hükümeti protesto amacı ile yapılan Gezi Parkı direnişine katılanlar ve hatta vakıf üniversitelerinde uygulanan ve akademik özgürlükle bağdaşmayan gündelik işleyişe ilişkin uygulamaları eleştirenler vardır. **Şirin**, s. 89-97.

⁷⁶ Cem, **Eroğul**/ Erdoğan, **Teziç**/Fazıl, **Sağlam**/ Kemal, **Gözler**/Naz, **Çavuşoğlu**/Rona, **Aybay**/Ülkü, **Azrak**, Kamuoyuna Açıklama. Kamu Hukukçuları Platformu. <https://kamuhukukculari.org/?sayfa=duyurular&id=45>.

⁷⁷ Serdar, **Tekin**, “Üniversitenin Olağanüstü Hali: İkili Devlet Baskıda Özerklik ve Akademisyen İhraçları” Toplum ve Hekim, 35(6), (Üniversitenin Olağanüstü Hali), s. 406-411.

⁷⁸ **Ergün/Özenç**, s. 434.

⁷⁹ **Eroğul/Teziç/Sağlam/Gözler/Çavuşoğlu/Aybay/Azrak** <https://kamuhukukculari.org/?sayfa=duyurular&id=45>.

⁸⁰ **Ergün/Özenç**, s. 420.

⁸¹ BN: 2018/17635, kt: 26.07.2019, RG., 19.09.2019, 30893.

“111. Üniversitelerin amacı bilimsel araştırma yapmak, bilimsel araştırmalarla toplumsal gelişmeye katkı sağlamak ve nitelikli insan gücü yetiştirmektir. Bu amaçları gerçekleştirmek yalnızca bilim üretmekle ve düşünmeyi ve bilim üretmeyi özendirmekle mümkün değildir. Bunlara ilave olarak düşünce açıklanmasının desteklenmesi de şarttır. Dolayısıyla akademisyenlerin açıkladıkları görüşler kendi araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarına ilişkin olmasa, tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi ifade özgürlüğünün sıkı koruması altında kalmaktadır.

112. Şüphesiz akademisyenlerin her söylediklerinin mutlak anlamda doğru olduğu iddia edilemez. Bununla beraber birbirlerinden farklı, alternatif bakışların herkes için daha doğru düşünme imkânı sağladığı olgusu, üzerinde uzlaşılmış bir gerçektir. Dolayısıyla uzmanlık alanı dışında olsa dahi akademisyenlerin herhangi bir vatandaş gibi en kritik ve hassas politik meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi diğer kişilerin görüşlerine göre daha etkili olabilir ve bu sebeple de bir toplum ve ülke için hayati derecede önemlidir. (...)

130. Başvurucuların imzaladığı bildirideki düşüncelerin toplumun büyük çoğunluğunun düşüncelerinden açıkça farklı olduğu ortadadır. Ancak tam da bu sebeple bu tür açıklamaların korunması noktasında daha hassas davranılması gerekir. Çünkü bu tür müdahaleler kamuoyunun ülkede meydana gelen son derece önemli olaylar hakkındaki farklı bakış açılarının - onların büyük çoğunluğu için bu bakış açısının kabul edilmesi ne kadar zor olursa olsun- öğrenme hakkına ağır bir sınırlama getirmektedir.”

Anayasa Mahkemesi bu karar ile sadece akademisyenlerin hak ihlalini tespit etmekle kalmamış, üniversitenin işlevini eleştirel düşünceyle irtibatlandırarak akademik özgürlüğün bilimsel araştırmalar yapıp bu araştırma sonuçlarını yaymakla sınırlı olmadığını, toplumsal ve siyasal konularda ağır eleştiriler içeren ifadeleri de kapsadığının altını çizmiştir⁸². Anayasa Mahkemesi kararında Lima Bildirgesine atıf yapmamış olsa da, karar, üniversite bileşenlerine üniversite ideası üzerine düşünme fırsatı sunar⁸³.

⁸² Danıştay 5. Daire, 27.02.2025 tarih ve E. 2024/6094, K. 2025/2550 sayılı kararında (makalenin yazıldığı tarihte henüz yayınlanmamıştır) Anayasa Mahkemesinin Zübeyde Fusun Üstel ve Diğerleri kararına atıf yaparak ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığından hareketle “Barış İçin Akademisyenler Bildirisi”ni desteklemenin Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile kamu görevinden ihraç işleminin sebep unsuru olamayacağına karar vermiştir.

⁸³ Ergün/Özenç, s. 448.

C. Krizin Üçüncü Dinamiği: Biçimsel Özerklikten Mahrum Üniversite veya Üniversitenin Kışlaştırılması

Modern üniversite tarihinin büyük bölümü, maddi özerkliğin hayata geçemeyişinin de tarihidir ve böyle bir durumda üniversitenin biçimsel özerkliğinin tanınmış olmasının akademik özgürlüğe alan açacağını ileri sürmek bir illüzyon yaratma tehlikesi taşır. Nitekim üniversitenin maddi özerkliğinin bulunmadığı bir durumda akademik özgürlük alanı, akademisyenin iradesi ile değil, büyük oranda sistemin gerekleri tarafından belirlenir. Dolayısıyla biçimsel özerklik, sistemin gereklerine uyumlanmayı kabul etmeyen akademisyen için güçlü bir koruma sağlayamaz ve Ördek'in⁸⁴ tespit ettiği gibi üniversitenin özüne uygun işlemlerini mümkün kılmaz.

Biçimsel özerklik akademik özgürlüğün yeterli teminatı olmasa da, üniversitenin işlevinin milliyetçilik üzerinden tanımlandığı ve akademik özgürlüğün resmî ideolojinin kısılcına alındığı bir durumda, biçimsel özerklikten dahi mahrum bir üniversitede akademisyenin kırılabilirliği perçinlenir. Diğer bir anlatımla, biçimsel özerkliğin varlığına büyük umut bağlayamamak da yokluğu akademik özgürlük açısından yıkıcı sonuçların doğmasını kolaylaştırır.

Tam da bu nedenle, Yükseköğretim Kanunuyla kurulan üniversite modeli, yönetim organlarını seçemeyen, akademisyenlerin akademik özgürlüklerini etkileyecek çok sayıda kararın atanmış yöneticiler tarafından alındığı ve Yükseköğretim Kurulu'nun hiyerarşiye yaklaşan vesayeti altında bir yapıda, Timur'un benzetmesi ile bir kışla olarak tasarlanmıştır⁸⁵. Kışla tipi üniversite ile hedeflenen, akademisyenin zihin dünyasından eleştirel düşüncüyü tamamen silmek ve onun yerine itaati yerleştirmektir. Dolayısıyla Türkiye'de global üniversite krizi tartışmalarının yanı sıra, üniversitenin biçimsel özerkliğinin tamamen ortadan kalkması ve bunun akademik özgürlük üzerindeki yıkıcı etkileri yerel gündem olarak ön plana çıkar.

Bu gündemin son başlığı, rektörün seçimi konusunda üniversitenin iradesinin tamamen devre dışı bırakılmasını sağlayan yasa değişiklikleri (2016/676 sayılı OHAL KHK'sı ve 2018/703 sayılı KHK)⁸⁶ ve bu sayede

⁸⁴ Ördek çalışmasında biçimsel özerklik kavramını, tam olarak bu çalışmada kullanılan anlamda değil, üniversitenin özerkliğinin retorik olarak kabulünü anlatmak için kullanmaktadır. **Ördek**, s.5-6, 35.

⁸⁵ **Timur**, s. 346.

⁸⁶ Yükseköğretim Kanununun 13'üncü maddesinde önce 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname ile (03.10.2016) değişiklik yapıldı ve üniversitelerde rektör seçimi ya-

üniversitelerin doğrudan siyasal iktidarın güdümüne girmesinin yolunun açılmasına daırdır. Söz konusu düzenlemelerden sonra cumhurbaşkanının devlet üniversitelerinde rektörü doğrudan atayacağı bir sisteme geçildi⁸⁷. Esasında rektör ataması işleminin yetki ve usulünü düzenleyen hükmün 2016'dan önceki biçimi de üniversite özerkliğine uygun bir düzenleme içermiyordu. Ancak 2016 ve 2018 yıllarında yapılan düzenlemelerle üniversitenin halihazırda çok zayıf olan biçimsel özerkliği tamamen son buldu⁸⁸. Bu ise rektörlerin üniversite bileşenlerine karşı hesap verme durumundan tümüyle çıkmaları, kendilerini sadece siyasi iktidara karşı sorumlu hissetmeleri ve siyasi iktidara tam bağımlılığı sonucunu doğurdu⁸⁹. Bu sonuç üniversitedeki tahribatın en üst seviyesine işaret eder.

Durum Avrupa Üniversiteler Birliğinin 2023 yılındaki Üniversite Özerkliği Raporuna açık biçimde yansdı. Rapora göre Türkiye, üniversitelerin rektörlerinin seçilmesi, atanması ve görevden alınması konusunda devlet

pılarak aday listesi belirlenmesi sistemine son verildi. Bu düzenleme ile Yükseköğretim Kanununun 1981'de yürürlüğe girdiği ilk haline dönüldü ve Yükseköğretim Kurulunun önereceği üç adaydan birisini Cumhurbaşkanınca rektör olarak atanacağı düzenlendi. Ancak 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile (02.07.2018) darbecilerin de tahayyüllerinin ötesine geçilerek Yükseköğretim Kurulu devre dışı bırakıldı ve rektörleri Cumhurbaşkanının doğrudan atayacağı düzenlendi.

⁸⁷ Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesinin, 07.12.2023, E.2018/117, K.2023/212 sayılı kararı ile iptal edildi ve bu iptal kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alındı. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararı rektörlerin cumhurbaşkanı tarafından atanması konusunun kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği gerekçesine dayanmaktadır. Mahkeme rektörlerin doğrudan cumhurbaşkanı tarafından atanmasının akademik özgürlük ve üniversite özerkliği açısından Anayasaya aykırılığını tartışmadı. Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararından sonra yasa koyucunun rektör ataması konusunu üniversite özerkliğine uygun bir biçimde düzenlemesini beklemek demokratik hukuk devletinde olağan bir beklentidir. Ne var ki, yasama çoğunluğu tam ters yönde davrandı ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükmü, 7551 sayılı Kanun ile (18.06.2025) aynen geri getirdi.

⁸⁸ Hükmün üniversitelerin iradesini usul sürecine en fazla dahil eden biçiminde dahi, üniversitede rektörlükle ilgili bir seçim yapılmakta, bu seçim sonucunda en fazla oyu alan altı aday Yükseköğretim Kuruluna sunulmakta, Yükseköğretim Kurulu bu adaylar arasından üç kişiyi cumhurbaşkanına önermekte ve cumhurbaşkanı bu üç aday arasından bir kişiyi rektör olarak atamaktaydı. Bu düzenlemede de üniversite yönetim organını doğrudan doğruya seçememekte, rektör atama işlemine üniversitenin iradesi tam olarak yansımayaabilmekteydi. Ancak ilgili düzenlemenin olduğu dönemde üniversitedeki seçimde en yüksek oyu alan kişi rektör olarak atanmadığında, Cumhurbaşkanı atama kararından önceki işlemlere ilişkin hukuksal yollara başvurabilmekte, en yüksek oyu almadığı halde atanan kişinin meşruiyeti üniversite içinde sorgulanabilmekteydi. Ayrıca o dönemde rektörü atayan cumhurbaşkanı hükümetin, yetkisiz-sorumsuz ve tarafsız kanadını oluşturmaktaydı.

⁸⁹ **Tekin**, Üniversitenin Olağanüstü Hali, s. 414; Tuğba, **Tekerek**, Taşra Üniversiteleri: AK Parti'nin Arka Kampüsü, İstanbul 2023, s. 18, 22.

başkanının yetkilendirildiği tek örnektir ve bu durum Türkiye'nin özerklik karne notunun düşük olmasının temel nedenidir⁹⁰. Türkiye, Raporda üniversitenin idari özerklik sıralamasında “en düşük” başlığı altında yer almaktadır ve bu kategorideki tek ülkedir. Rapor bu durumu rektörün cumhurbaşkanı tarafından atanmasına bağlamaktadır. Buna göre; “*Türkiye, rektörün seçilmesi, atanması ve görevden alınması yetkisinin tek başına ülkenin cumhurbaşkanına ait olduğu tek sistem olmaya devam etmektedir. Üniversite yönetimi üzerindeki bu istisnai etki biçimi, özerkliğin tüm boyutlarını, puanlamaya yansıtılabilecek olanın ötesinde etkilemektedir*” (s.56). Raporun ilerleyen kısmında (s.75) üniversite rektörlerinin seçimini düzenleyen mevcut kuralların siyasi amaçlı atamalarla sonuçlandığı ve bunun üniversite özerkliğini tüm yönleri ile ortadan kaldırdığı tespit edilmektedir⁹¹.

2. Yerel Harabenin Vakıf Sureti: Vakıf Üniversitesinin Anayasal Yapısı ile Uygulaması Arasındaki Çatışmadan Kaynaklı Kimlik Krizi

Maddi özerklik alanı resmi ideoloji ile kuşatılan, Yükseköğretim Kurulunun 1990'lı yılların ortalarından itibaren devreye aldığı politikaların da yardımıyla sermayenin/piyasanın taleplerine göre hizalanan⁹², üstelik iç yönetim açısından da gittikçe şirketleşen⁹³, biçimsel özerkliğin son küçük izi de silinerek siyasi iktidarın oyun sahası haline gelen üniversite modelinin bir parçasını oluşturan vakıf üniversitelerinin harabe olarak dahi ayakta kalması, harabelerin -sistemle uyumu reddeden ve eleştirel düşünce ilkelerine göre mesleğini yapmakta ısrar eden- sakinlerinin yaşam alanı olmaya devam edebilmesine bağlıdır. Bunu olanaklı kılan anayasal model ile olanaksızlığı dayatan uygulama arasındaki çatışmayı ve vakıf üniversitesinin kimlik krizini kavramak, vakıf üniversitelerinin ileride akademik özgürlük temelinde örgütlenmelerinin koşullarını da ortaya çıkarır.

⁹⁰ Enora, Bennetot, **Pruvot/Thomas, Esterman/ Nino, Popkhadze**, University Autonomy in Europe IV: The Scorecard 2023. <https://www.eua.eu/publications/reports/university-autonomy-in-europe-iv-the-scorecard-2023.html>.

⁹¹ Nitekim bu hükümden alınan yetki ile cumhurbaşkanı tarafından atanan Boğaziçi Üniversitesi Rektörünün, Boğaziçi Üniversitesi bileşenlerinin “demokratik, özgür, özerk” üniversite talebiyle başlattıkları protestonun ardından, karşı çıkan akademisyenler ve öğrenciler hakkında açtığı disiplin ve ceza soruşturmaları, göreve son verme kararları, bilimsel toplantılar ve araştırmalar için görevlendirme taleplerinin reddedilmesi kararları ve benzeri konularındaki haberler <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/bogazici-universitesi-protestolari-besinci-yilinda-okulda-neler-2315803> Avrupa Üniversiteler Birliğinin Raporuna yansıyan, rektörlerin doğrudan cumhurbaşkanı tarafından atanmasının “özerkliğin tüm boyutlarını, puanlamaya yansıtılabilecek olanın çok ötesinde etkilediği” tespitine örnek teşkil edecek niteliktedir.

⁹² **Timur**, s. 352-356.

⁹³ **Alemdaroğlu**, s. 125.

Vakıf üniversitesi modelinin anayasal ve yasal tasarımına baktığımızda iki unsur hemen dikkat çeker: İlki, kurucusunun herhangi bir özel kişi değil vakıf olması; ikincisi vakfın kurduğu üniversitenin vakıftan ayrı (kamu) tüzel kişiliğinin bulunmasıdır. Bu iki unsurun birlikteliği, akademik özgürlük temelinde örgütlenmiş bir üniversiteye olanak sağlar. Ancak vakıf üniversitesi modelinin özgün yapısına yönelen müdahale oldukça ağırdır. Bu nedenle vakıf üniversitesi akademisyenleri akademik özgürlük mücadelesinden önce, bu mücadelenin zeminini oluşturan koşullar için mücadele etmek durumunda kalmaktadırlar. Aşağıda sırasıyla, vakıf üniversitesi modelinin umutlu tarafına-potansiyeline, karamsarlık kaynağı pratiğine ve akademik özgürlük için verilen/verilecek mücadelenin kritik ve terk edilmemesi gereken cephesine değineceğiz.

A. Vakıf Üniversitesinin Akademik Özgürlük Çerçevesinde Örgütlenme Potansiyelinin Anayasal-Yasal Dayanakları: Vakıf Tarafından Kurulma ve Vakıftan Ayrı Tüzel Kişilik

1982’de anayasa koyucu devlet üniversitesi dışında bir model öngörürken bu ikinci modelin şirket üniversitesi şeklinde kurulmasını kabul etmedi. Üniversite faaliyetinin şirketler veya herhangi bir özel hukuk kişisi tarafından değil, vakıflar tarafından kurulması yönündeki anayasal tercih -madde gerekçesinde bir değerlendirme olmadığı için anayasa koyucunun bu tercihe nasıl bir muhakeme süreci sonucunda ulaştığını tespit etmek mümkün olmasa da- önemlidir. Zira vakıf -ilk ortaya çıkışı itibarıyla- özel kişilerin kamu yararına katkı sunmalarına aracılık etmiş bir kurumdur ve doğası gereği kamu hizmetinin sunulması açısından elverişlidir. Bu elverişlilik konu üniversite faaliyeti olduğunda daha da belirgin bir hal alır.

Bilindiği gibi Anadolu’da hüküm sürmüş çeşitli devletlerde kamu yararına olan işlerin önemli bölümü vakıflar eliyle yerine getiriliyordu ve özel kişiler kurdukları vakıflar aracılığıyla kamu hizmeti alanında aktör olabiliyordu⁹⁴. Menşei Doğu Roma İmparatorluğu olduğu kabul edilen, oradan Selçuklu Devleti ve Osmanlı hukukuna iktibas edilen, Osmanlı Devleti’nde yaygın ve gelişmiş bir biçim alan vakfın işlevlerinden birisi, kişilerin hayır işlemesine aracılık etmek iken, diğer temel işlevi, kişilerin kamu yararına vakfettikleri mallar aracılığı ile topluma hizmet sunmalarıydı. Bu sistemde belirli bir mal varlığını çoğunlukla dini ve hayrî kurumlar oluşturmak maksadıyla vakfeden kişi, hayır işlemenin yanı sıra topluma hizmet de sunmak-

⁹⁴ Fuat, **Köprülü**, Vakıfların Hukuki Mahiyeti, Haz. Yahya Kemal, Taştan, Vakıflar Dergisinden Seçmeler II, s. 216-219.

taydı⁹⁵. Vakıflar, kurdukları medreseler aracılığıyla eğitim alanında da önemli bir yer tutmaktaydı. İslam dünyasında medreselerin bir kısmının o çağın batılı üniversitelerinin üstlendiği işlevi üstlendikleri kabul edilir⁹⁶. Ayrıca Osmanlı döneminde Fatih Sultan Mehmet tarafından kurulan, sonradan mazbut vakıf statüsüne geçen Fatih Külliyesinin -kurumsal yapı olarak olmasa da yerine getirdiği toplumsal işlev bakımından- İstanbul Türk Üniversitesinin nüvesi olarak kabul edilmesi⁹⁷ bu modelin üniversite tarihindeki yerini göstermesi açısından dikkat çekicidir.

Osmanlı'da kamu hizmetlerinin sunulmasında önemli ve geniş bir yer tutan vakıf müessesinin cumhuriyet döneminde üniversiter faaliyet alanına taşınması, tesadüfi bir olgu olarak okunmamalı. Yukarıda ifade edildiği gibi, özel kişiler üniversite hizmetinde rol alacaklarsa bunun vakıflar eliyle olması akademik özgürlük açısından özel olarak önemlidir. Her şeyden önce modern üniversitenin işlevi bunu gerektirir. Üniversite orta çağda olduğu gibi salt meslek edindirmeye yönelik bir öğretim kurumu olsaydı, ürettiği hizmetin faydası (yarı kamusal mal) bölünebilir ve fiyatlanabilir olurdu ve ilk ve ortaöğretim kurumları gibi özel kişilerin yetkili idari makamdan ruhsat almak suretiyle özel üniversite açabilmeleri tartışılabilirdi. Ancak modern üniversite bilimsel metodolojiyi takip ederek bilgi üretmek, bilgiyi tartışmaya açmak ve yaymak işlevi ile de donatılmıştır ve bu işlev üniversitenin ürettiği hizmeti bir bütün olarak (tam kamusal mal), faydası bölünemez ve fiyatlanamaz kılmaktadır⁹⁸. İdare tarafından sunulan hizmetin niteliği, hizmetin sunulma biçimini ve hizmeti sunan idarenin faaliyetleri sırasında tabi olduğu hukuku, uygulayacağı esas ve usulleri de belirler⁹⁹. Ay, üniversite ile

⁹⁵ **Köprülü**, s. 195 vd. İslam Hukukunda bir malvarlığının ivazsız ve “extra commercium” (ticari alanın dışına çıkarıp) olacak şekilde yararlanma hakkının kamuya bırakılması anlamına gelen “sadaka-i câriye” kurumunun “vakıf” kurumuna evrilmesi, özel hukuk tahsisleri için kullanılan “sadaka-i câriye”lerin yanı sıra sürekli kamu yararına tahsis edilen kamu malları için “sadaka-i mevkufe” kurumunun ortaya çıkması ve kamu hizmetlerinin vakıf kurumu çerçevesinde örgütlenmesi hakkında bkz. Hüseyin, **Hatemi**, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, in: İl Han, **Özay**, Günlüğünde Yönetim, İstanbul 2004, s. 298-301.

⁹⁶ **Timur**, s. 44-47.

⁹⁷ **Onar**, s. 674; **Timur**, s. 88.

⁹⁸ Yunus Anıl, **Ay**, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Değerlendirme” Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), s. 278. <https://doi.org/10.54699/andhd.1126835>.

⁹⁹ Nitekim hizmet yerinden yönetimlerinden olan kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu hizmeti sunan diğer kamu tüzel kişiliklerinden -sundukları hizmetlerin ticari, sınai, iktisadi nitelikte olmasından kaynaklı- uyguladıkları esas ve usuller bakımından farklılaşmaktadırlar. Kamu ik-

diğer öğretim kurumları arasındaki bu farka işaret ederek, bilimsel araştırma ve yayın faaliyetinin “tam kamusal mal” niteliği gereği, kârlılık esasına göre faaliyette bulunan özel sektör tarafından üstlenilemeyeceğini ve Anayasanın 130’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında yer alan vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kazanç amacı güdemeyeceklerine ilişkin hükümün bu yaklaşımı takip ettiğini belirtir¹⁰⁰. Gerçekten de Anayasadaki bu hüküm vakıf üniversitelerinin kazanç amacı ile kurulamayacağını öngörerek, bunların tıpkı geçmişteki umumi vakıflar¹⁰¹ gibi salt kamu yararı amacıyla faaliyette bulunacaklarının altını çizmiş oldu.

Üniversitenin ürettiği kamu hizmetinin kamusalılığı (ticarileşmemesi) ile akademik özgürlük arasında yakın bir ilişki vardır. Zira eleştirel düşünce çerçevesinde yürütülecek üniversiter faaliyet ancak akademik özgürlüğün güvencesinde olduğu bir çatı altında mümkün olabilir. Vakıf müessesesinin tarihinden süzülüp bugüne gelen kamu yararı işlevi ve faaliyetin kazanç amacına yönelmemesi tam bu noktada kritik bir rol üstlenir, çünkü üniversitenin maddi anlamda özerkliği -dolayısıyla akademik özgürlük- için bir imkân sağlar.

Gerçekten de üniversite kuracak kişinin, bu faaliyeti yerine getirmeye yetecek bir malvarlığını bu hizmete tahsis etme zorunluluğu ve bu faaliyet dolayısıyla bir kazanç elde edemeyecek olması, üniversiteyi, devlet bütçesinden katkı almayacağı için devlet karşısında, faaliyetin devamı için özel sermaye ile iş birliği kurmak ve gelir elde etmek zorunda bırakmayacağı için kapitalist ekonomik düzenin aktörleri karşısında -potansiyel olarak- maddi anlamda özerk hale getirir. Diğer bir anlatımla, kurucu vakfın sağladığı -yeterli miktarda- mali kaynak vakıf üniversitesinin faaliyetinin içeriğini belirlerken finansal bağımlılıklarla sınırlı olmamasına imkân tanır. Bu imkân,

tisadi teşebbüslerinin farklılaştığı kurumlardan birisi de üniversitelerdir. Üniversiteler sundukları hizmetin bilimsel -ticari olmayan- niteliği dolayısıyla idari olarak özerklik ilkesi çerçevesinde örgütlenir ve idare hukuku kaynaklarında da ayrı bir kategoride ele alınır. Örnek olarak bkz. Kemal, **Gözler**, İdare Hukuku, Cilt I, Bursa 2019, s. 656-660. Ulusoy, bilhassa özerkliği ön plana çıkararak üniversiteleri “özerk idareler” başlığı altında inceler. Ali, **Ulusoy**, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul 2025, s. 257 vd.

¹⁰⁰ Ay, s. 278. Anayasa Mahkemesi de 1971 yılında verdiği E.1969/31, K.1971/3 sayılı kararında, üniversite ile ilk ve orta öğretim kurumlarının aynı nitelikte olmadıklarından hareketle, özel ilk ve orta öğretim kurumu kurmak mümkünken üniversite niteliğinde özel yüksek okul kurulmasının 1961 Anayasasına aykırı olacağına karar verdi.

¹⁰¹ Vakıflara ilişkin kabul edilen ayrımlardan birisi, kamuya hizmet sunmak ve kamu yararını sağlamak amacıyla kurulan ve “*umumi vakıf*” olarak isimlendirilen vakıflar ile vakfedenin bazı aile bireylerinin menfaatine olacak şekilde kurulan “*aile vakıfları/adi vakıflar*” diğer bir isimlendirme ile “hususî vakıflar” ayrımıdır. **Köprülü**, s.197-207.

vakıf üniversitesini devletin ideolojik dayatmaları ve sermayenin kârlılık beklentisi karşısında -potansiyel olarak- özerk kılar¹⁰².

Vakıf müessesinin sadece kamu yararı işlevi değil, geçmişten günümüze gelen ve vakfın malvarlığının kamu yararı amacına uygun kullanılmasını güvence altına almaya yönelik örgütlenme ve işleyiş biçimi de vakıf üniversitesinin maddi açıdan özerkliğine katkı sunar. Şöyle ki, Osmanlı hukukunda vakfın örgütlenmesi, vakfı ve amacını özellikle kurucusundan gelecek müdahalelere karşı koruyacak şekilde tasarlanmıştı. Bu bağlamda; vakıfların tüzel kişiliğe sahip olacağı, vakfa devredilen malvarlığı üzerinde vakfedenin mülkiyet hakkı ve bu haktan kaynaklanan tasarruf yetkilerinin son bulacağı¹⁰³, vakfın vakfeden kişi dışında bir nâzır veya müteveli tarafından idare olunacağı kabul edilmişti. Ayrıca bilhassa kamuya hizmet sunmak üzere kurulmuş vakıflar üzerinde vakfın mallarının amacına uygun kullanılmasını sağlamaya yönelik rutin bir devlet denetimi de öngörülmüş ve böylece vakfın malvarlığı, vakfın yönetim organlarından da korunmaya çalışılmıştır¹⁰⁴.

Vakıfların örgütleniş ve işleyiş ile ilgili bu tasarım, vakıf üniversitesi modeline de yansdı. Öncelikle Yükseköğretim Kanununun Ek 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, vakıf üniversitesinin üstlendiği kamu hizmetini yürütebilmesi ve bu suretle kamu yararını gerçekleştirebilmesi için gerekli mal varlığının kurucu vakıf tarafından sağlanacağı düzenlendi. Kanunun Ek 6'ncı maddesi ise, üniversitenin onu kuran vakıftan ayrı bir tüzel kişiliğinin olacağını hükme bağladı. Aynı maddede vakıf üniversitesinin sadece kuruluş amacına uygun faaliyette bulunmasını güvence altına almak ve kurucu vakfın üniversite aracılığı ile gelir elde etmesinin önüne geçebilmek için, üniversitenin gelirlerinin hiçbir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemeyeceği düzenlendi. Bunun yanı sıra Kanunun Ek 10'uncu maddesinde vakıf üniversitesinin mali açıdan Yükseköğretim Kurulu tarafından denetlenmesi öngörüldü. Vakıf üniversitesinin bu şekilde kurgulanan örgütsel yapısı ve işleyiş, kurucusu karşısında mali açıdan korunmasına hizmet eder ve faaliyetin içeriğini belirlemek konusunda vakıf üniversitesine belirli bir oranda maddi özerklik imkânı sunar.

¹⁰² Buradaki maddi özerklik günümüzde öğretim alanında değil, daha ziyade üniversitenin ve akademisyenlerin araştırma faaliyetleri alanında gündeme gelir. Zira günümüzde vakıf üniversitesi de devlet üniversitesi gibi, yürüttüğü öğretim faaliyetinin içeriğini mezunların iş bulabilme imkanlarını gözeterek oluşturur ve bu konudaki standartlar halihazırda devlet ve piyasa tarafından tespit edilmiştir.

¹⁰³ Onar, s. 670.

¹⁰⁴ Köprülü, s. 205-209.

Görüldüğü gibi vakıf üniversitesi modelinde, Osmanlı hukukundaki vakfın kendisini kuran gerçek kişiden ayrı bir tüzel kişiliği olmasının getirdiği güvenceye bir katman daha eklenmiş, vakfın kurucusundan ayrı bir tüzel kişiliğinin olması ile yetinilmemiş, üniversitenin de kurucu vakıftan ayrı tüzel kişiliği bulunacağı öngörülmüştür. Kendine ait tüzel kişilik, vakıf üniversitesini hak ve fiil ehliyetine sahip bir hukuk süjesi haline getirdiği ve hem devlet tüzel kişiliği hem de kurucu vakıf ile üniversite arasında kurumsal bir mesafe yarattığı için biçimsel özerkliğin de temelini hazırlar. Ancak bu temel üzerine biçimsel anlamda özerk bir üniversite inşa etmek, kendine ait tüzel kişiliğe sahip olmaktan fazlasını; bu tüzel kişiliğin karar organlarının bizzat üniversite tarafından demokratik yöntemlerle oluşmasını, bu organların çoğulcu, katılımcı bir usulle çalışmalarını gerektirir.

Özetle vakıf üniversitesi modeli, biri kamu yararı amacına vakfedilmiş mamelek (vakıf), diğeri üniversitenin kendine ait tüzel kişiliği olan iki temel üzerinde yükselir. Bu temeller gereği gibi oluşturulur ve korunursa, üzerine akademik özgürlüğün yaşam alanı olacak bir üniversite inşası mümkün olur.

B. Vakıf Üniversitesinin Akademik Özgürlüğü Ortadan Kaldıran Pratiği ve Bunu Mümkün Kılan Normlar: Vakıf Görünümlü Şirket Üniversiteleri

Vakıf üniversitelerinin akademik özgürlük karnesi, modelin sunduğu elverişli temellere rağmen oldukça zayıftır. Diğer bir anlatımla, vakıf üniversiteleri akademisyenlere çatı olmak bir yana, en yoğun hak ihlallerinin yaşandığı kurumlardır¹⁰⁵. Bu durum, vakıf üniversitelerinin modelin özüne aykırı biçimde inşa edilmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. Kusurlu inşa, yükseköğretim mevzuatının -doğrudan değilse de dolaylı olarak- buna kapı aralayan düzenlemeleri, Değirmencioğlu ve İnal'ın deyimiyle "rastlantısal olmayan"¹⁰⁶ düzenleme boşlukları nedeniyle mümkün olabilmıştır. Anayasanın açıkça yasaklamasına karşın, kazanç amacı taşıyan vakıf görünümlü şirket üniversitelerinin ortaya çıkmasında yasa koyucu ile kurucuların iradeleri örtüşmüş, en

¹⁰⁵ Selin, **Önen**, "Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Çalışma Koşulları: İstanbul Örneği", Der. Serdar, **Değirmencioğlu/Kemal, İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 193 vd; Selda, Taşdemir, **Afşar**, "Vakıf Üniversitelerinin 'Özel' Ola(maya)n Çalışanları: Akademisyenler", Der. Serdar, **Değirmencioğlu/Kemal, İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 215 vd.

¹⁰⁶ Serdar, **Değirmencioğlu/Kemal, İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s. 15.

azından birbirini tamamlamıştır¹⁰⁷. Vakıf üniversitelerini yıkıma götüren bu durumun, akademik özgürlüğe güvence olacak temelleri (vakıf müessesesi ve üniversitenin tüzel kişiliğini) nasıl dirençsiz hale getirdiğine bakalım.

Önceki başlıkta açıklandığı gibi, vakıf üniversitesinin maddi anlamda özerk olmasının önünü açacak başlıca unsur, arkasında kamu yararına katkı sunmayı amaçlayan güçlü bir iradenin ve üniversite hizmetini sunmaya elverişli geniş bir mali kaynağın, yani vakfın olmasıdır. Vakfı kuran kişi, Anayasanın vakıf üniversitelerine kazanç elde etmeyi yasaklayan hükmü nedeniyle üniversite faaliyetinin kâr getirisi olmayacağını; vakfettiği mal varlığının herhangi bir hizmet alanına değil bilimsel kamu hizmetine vakfedilmiş olduğunu ve bu hizmet alanının özünü oluşturan akademik özgürlüğün kendi iradesini sınırlandıracağını öngörüyor olmalıdır. Vakfın kurucusunun iradesinin bu gereklerle örtüşmesi, Vakıf üniversitesinin maddi anlamda özerk olmasını sağlayacak önemli bir güvencedir.

Buna karşın vakıf üniversitesi kurmak, Anayasada açıkça yasaklanmış olmasına karşın kârlı bir yatırım alanı olarak görülebilmektedir¹⁰⁸. Kurucuları kâr beklentisiyle üniversite hizmet alanına yönelten önemli bir etken, Yükseköğretim Kanununda ve Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde vakıf üniversitelerine tanınan bazı olanaklar ve yine bu hukuk kaynaklarında vakıf üniversitelerinin yükümlülüklerine dair gerekli düzenlemelerin -özellikle vakıf üniversitelerinin yoğun olarak kuruldukları yıllarda¹⁰⁹ - ya-

¹⁰⁷ Nitekim Yükseköğretim Kanununa vakıf üniversitelerine ilişkin hükümlerin eklendiği 1983 senesinde YÖK başkanı olan İhsan Doğramacı'nın aynı zamanda Türkiye'deki ilk vakıf üniversitesinin kurucusu olması bu irade birliğinin göstergelerinden birisidir. Timur'un bu konudaki tespiti dikkat çekicidir: "YÖK sivil kurmayının (Doğramacı'nın) gönüllü aslında özel sektör ve özel üniversiteden yanadır". **Timur**, s.347-348.

¹⁰⁸ Bu durum, vakıf kurumunun Emevi hükümdarları zamanında İslam hukukunun miras hükümlerini dolanmak için kullanıldığına ve Ebu Yusuf'un tüm eleştirilere karşın bu amaçla vakıf kurulmasını kolaylaştıran düzenlemeleri sayesinde vakıf kurumunun İslam coğrafyasına çok geniş bir biçimde yayıldığına ilişkin tespitleri akla getirir. **Köprülü**, s. 202-203. Timur, üniversite İslam Dünyasında "yönetici zümre mensuplarının ve varlıklı ailelerin çoğu kez mülklerini korumak, bazen de iktidar ve itibar sağlamak kaygılarıyla kurdukları vakıflar şeklinde ortaya çıkmıştır" der. **Timur**, s. 50. Günümüzde de çoğu vakıf üniversitesinin, vakfın kurucularının kâr elde etme amacını perdelemek için "kötüye" kullanıldığını görüyoruz. **Kurul**, s.26. Öyle ki, 1996 yılında vakıf üniversitesi olarak kurulan İstanbul Bilgi Üniversitesi, yasal olarak mümkün değilken bedel karşılığında birden fazla sefer farklı şirketlere devredilmiştir. Buna ilişkin bkz. **Alemdaroğlu**, s. 123-141.

¹⁰⁹ Yükseköğretim Kurulunun 2024 yılına ait Üniversite İzleme ve Değerlendirme Genel Raporuna göre, yetmiş beş tane aktif durumda hizmet sunan vakıf üniversitesinin altmış dördü 2017 senesine kadar kurulmuş olanlardır. 2017 senesi ile 2020 senesi arasında sekiz yeni vakıf üniversitesi kurulmuş. 2020 senesinden sonra ise iki yeni vakıf üniversitesi faaliyete geçmiştir.

pılmamış olmasıdır. Bu düzenlemeler yüksek mali kaynak gerektiren üniversite kurmanın yatırım maliyetini ve cari giderlerini düşürüp, hizmet karşılığı elde edilebilecek gelirlere sınırlama getirmeyerek üniversite hizmetini kârlı bir yatırım alanı olarak görülmesini sağlamıştır.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin¹¹⁰ düzenlemelerine baktığımızda üniversite faaliyetinin tam kamusal mal üretimine yönelik olan eleştirel düşünce temelinde yürütülen araştırma ve öğretimin değil, yarı kamusal mal olarak nitelenebilecek ve kazanç amacına yönelebilecek meslek edindirmeye yönelik öğretimin ön plana çıkarıldığını söyleyebiliriz. Her şeyden önce vakıf üniversitesinin faaliyete geçmesi Yönetmeliğin Dördüncü Bölümünde sadece eğitim-öğretim faaliyetine başlama üzerinden kurgulanmıştır. Esasında üniversiteyi salt öğretim faaliyeti bağlamında ele almak, 1980 dönemi üniversite modelini belirleyen temel yaklaşımdır ve vakıf üniversitesi açısından da Yönetmeliğin birçok hükmünde kendini açığa çıkarır.

Bu yaklaşımın bir yansıması, yönetmelikte kurulacak vakıf üniversitesinin araştırma faaliyetini yerine getirebilmesi için gerekli olacak alt yapı (laboratuvar, kütüphane, vs.) yatırımlarına ilişkin asgari standartların somut olarak belirlenmemesidir¹¹¹. Bunun gibi bir vakıf üniversitesi kurabilmek için istihdam edilecek kadrolu akademisyenlerin asgari sayısına ilişkin düzenlemeler de kurulmasına niyetlenilen kurumun “akademi” olma iddiası taşımayacağını göstermektedir. Nitekim Vakıf Yükseköğretim Kurumları

¹¹⁰ Vakıf üniversitelerinin, kuruluş, işleyiş ve denetimine ilişkin hususlar ilk olarak 1985 yılında (RG. 28 Mart 1985-1878), sonrasında 1991 yılında (RG. 10 Nisan 1991-20841) ve son olarak 2005 (RG. 31 Aralık 2005-26040) yılında çıkan ve kendinden önceki düzenlemeyi yürürlükten kaldıran Yönetmeliklerle düzenlendi. Bu yönetmelik değişiklikleri incelendiği zaman vakıf üniversitelerine ilişkin yaklaşımın ve hukuksal durumun önemli dönemeçlerden geçtiği gözlemlenebilir. Buna karşın tamamında üniversitenin öğretim faaliyeti üzerinden ele alındığını söyleyebiliriz.

¹¹¹ Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği’nin 9’uncu maddesinde; “Bir yükseköğretim kurumu için gerekli derslik, laboratuvar, ofis, kütüphane, spor alanları vb. gibi altyapıyı karşılayacak özkaynağa sahip olan vakıflar”ın vakıf üniversitesi kurmak için başvurabileceği düzenlenmiştir. Ancak akademik çalışma için zorunlu olan laboratuvar, kütüphane için bir standart getirilmemiştir. Sadece vakıf üniversitenin faaliyete geçebilmesi için Yükseköğretim Kurulu tarafından kütüphane ile ilgili olarak “eşdeğer devlet yükseköğretim kurumundaki ölçülerde kütüphane kurulması için ödenek ayrılıp ayrılmadığını” inceleneceği düzenlenmiştir. Burada bir standart getirilmek istendiği varsayılabilir bile bunun somut bir standart olmadığı ve üniversitenin faaliyete geçmesi için kütüphanenin bilfiil kurulmasının aranmadığını görüyoruz. Bu konuda yeterliliği tartışmalı da olsa somut bir kriter getiren 1985 yılında yürürlüğe giren yönetmeliğin 11’inci maddesiydi. Buna göre, “Bir yükseköğretim kurumunun fakülte olarak kabul edilebilmesi için (...) kütüphanesinin en az 50 yabancı mesleki ve bilimsel dergiye abone olması, (...) şarttır”.

Yönetmeliğinin 17'nci maddesinde vakıf üniversitesinin eğitim-öğretime başlama izni alabilmesi için, “öğrenci almaya ve diploma vermeye yönelik her program için en az üç tam zamanlı öğretim üyesi bulunmasını”¹¹² ve “talep edilen öğrenci kontenjanı itibarıyla araştırma görevlileri hariç öğretim elemanı başına düşen öğrenci sayısının, o kentteki Devlet üniversitelerindeki ya da Yükseköğretim Kurulunun belirleyeceği üniversitelerdeki öğretim elemanı başına düşecek öğrenci sayısına eşit veya daha az olması” koşulunun aranacağı öngörülmektedir. Görüleceği gibi hüküm, istihdam edilecek akademisyen sayısını tamamen öğretim faaliyeti ile bağlantılı olarak düzenlemiştir. Üstelik bölümler kapsamındaki her anabilim dalında tam zamanlı öğretim üyesi istihdamını da zorunlu görmemiştir. Oysa üniversite eğer karşılaşma, birlikte düşünme, tartışma mekânı ise, bunu gerçekleştirebilecek sayıda ve nitelikte akademisyeni bir araya getirmesi şarttır. Vakıf üniversitesi kuruluş şartlarına baktığımızda ise, her fakültenin her anabilim dalında asgari sayıda akademisyen istihdam etme zorunluluğu bir yana, fakültele- rin/bölümlerin altındaki her anabilim dalı için en az bir öğretim üyesi istihdam zorunluluğu dahi getirilmediğini görürüz. Halbuki akademisyen üniversitenin kurucu unsurudur ve gerçek bir akademik ortamın tesisi için her bir anabilim dalında yeterli sayıda ve liyakat ilkelerine göre göreve gelen akademisyenin bulunması gerekir.

Bu düzenlemelere bütüncül olarak baktığımızda şunu görürüz: Vakıf üniversitesini, modern üniversiteye özgün niteliğini kazandıran işlevleri bütünsel olarak yerine getirecek biçimde kurmak zorunlu değildir, kurucular bilimsel araştırma ve akademik düşünme-tartışma ortamının tesisi için gerekli olacak geniş bir malvarlığını tahsis etmeden de üniversiteyi kurabilirler ve asıl gelir getirici yön olan diploma verme kısmına odaklanarak (ki vakıf üniversitesi kurmak ve faaliyete başlamak için aranan asgari koşullar nitelikli bir öğretim faaliyeti için dahi yetersizdir) yükseköğretim faaliyetini yerine getirebilirler.

Üstelik bu faaliyet için yapılacak yatırım maliyeti ve cari giderlerin bir kısmının kamusal kaynaklardan karşılanmasına imkân tanıyan düzenleme-

¹¹² Henüz programa öğrenci kaydı alınmadan kadrolu öğretim üyesi alınması vakıf üniversitesi kurucuları açısından gereksiz maliyet olarak görüldüğü için, bu koşul dahi gevşetildi ve öğretim üyesinin ilgili üniversitede çalışmaya başlayacağına ilişkin “niyet mektubu” bulunması yeterli sayıldı. Serdar, **Değirmencioglu**, “Piyasa Girdabında Akademik Yaşam: Üniversitelerin Serbest Düşüşü” Der. Serdar **Değirmencioglu**/Kemal, **İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015 s.169-170.

lerle yasa koyucu vakıf üniversitesini kuranların kârlılık ihtimalini artırmıştır. Gerçekten de Yükseköğretim Kanununa 3 Nisan 1991 yılında eklenen Ek 18'inci madde ile vakıf üniversitelerine hazineye ve diğer kamu tüzel kişilerine ait arazi ve tesislerin tahsis edilebileceği, ayrıca belli koşulların gerçekleşmesi durumunda vakıf üniversitesine devlet yardımı yapılabileceği düzenlenmiştir¹¹³, kamusal kaynakları vakıf üniversitelerinin finansmanına dahil eden bu hüküm 17 Nisan 2020 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır¹¹⁴. Bu süre boyunca on binlerce dönümlük orman arazisi birçok vakıf üniversitesine tahsis edilmiştir¹¹⁵. Değirmencioğlu, bu durumu “*kamu kaynaklarının talanı ve özel çıkarlar için vakıflar(in) kullanılması*” olarak değerlendirir¹¹⁶.

Vakıf üniversitesi kurmayı “cazip” hale getiren bir diğer husus, Kanunda akademisyen ücretleri konusunda yasal bir standart öngörülmemiş olmasıydı. İlk kuruldukları dönemde halihazırda devlet üniversitelerinde görevli akademisyenleri istihdam edebilmek için yüksek ücret politikası uygulayan vakıf üniversitelerinde¹¹⁷ zamanla durum tersine dönmüş ve Kanunda bu konuda bir düzenleme olmadığı için akademisyen ücretleri vakıf üniversitelerinin cari giderlerde “tasarruf yaptıkları” önemli bir kalem haline gelmiştir. Bu durum 17 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren yasa değişikliği ile vakıf üniversitelerinde görevli kadrolu akademisyenler için taban maaş uygulaması yükümlülüğü getirilmesine kadar devam etti¹¹⁸. Yükseköğretim Kanununda 2020 sene-

¹¹³ Anayasa Mahkemesi 29.06.1992 gün ve E. 1991/21, K.1992/42 sayılı kararı ile bu hükmün Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Kararın bu bölümüne katılmayan Güven Dinçer’in karşı oyunda yazdıkları önemlidir: “vakıf üniversiteleri ile devlet üniversiteleri arasındaki tek fark, birinde gerekli kaynakların vakıfça, diğerinde ise devletçe sağlanmasıdır. Bu temel farkın kaldırıldığı bir düzenleme düşünülemez. Zira, devlet mali külfetini yüklediği her çeşit kurumu kendi usullerine göre kurar ve yönetir. Açık ve kapalı bir biçimde Devlet kaynakları ile yürütülen bir vakıf üniversitesi veya özel öğretim kurumu olamaz. Vakıf üniversitelerinin kurulmasında temel amaç, mali kaynakların kurucu vakıf tarafından sağlanmasıdır. Aksi halde vakıf üniversitesinin mali serbestisinin devlet ve kendi yönünden anlamı kalmayacaktır.”

¹¹⁴ Bu avantaj 15 Nisan 2020 tarih ve 7243 sayılı Yasayla yürürlükten kaldırılmış ancak bu yasal değişiklik Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğine yansıtılmamıştır. Yasal dayanağı yürürlükten kalkan bu yönetmelik hükümlerinin uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

¹¹⁵ Aslan, s. 27-28.

¹¹⁶ Değirmencioğlu, s. 185.

¹¹⁷ Şirin, s. 87.

¹¹⁸ Ücretle ilgili yükümlülük EK 8'inci maddede şu şekilde düzenlendi: (Ek fıkra: 15/4/2020-7243/11 md.) Vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilemez. Bu fıkra kapsamında Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen emsal ücretin hesaplanmasında ilgili mevzuat uyarınca aylıklara ilişkin hükümlerin uygulandığı kadroya bağlı ödemeler dikkate alınır.

sinde yapılan bu değişiklikler; vakıf üniversitelerinin yatırım maliyeti yükünü kamusal kaynaklara aktaran hükümlerin yürürlükten kaldırması, kurucuların Anayasaya aykırı olarak kazanç elde etme iradesini akademisyen ücretleri üzerinden gerçekleştirmesine olanak sağlayan yasa boşluğuna son vermesi bakımından, vakıf kurumunun özüne uygun değişikliklerdir.

Yükseköğretim mevzuatının vakıf lehine yarattığı diğer bir yasal boşluk öğrenci harçları ile ilgilidir. Yükseköğretim Kanunu vakıf üniversitelerinin öğrencilerden alacakları harçların üst sınırına veya harçlara yapılacak artışların oranına ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Üniversite hizmetinin karşılığı olan ücretin devlet tarafından kurala bağlanmaması, hem yürütülen kamu hizmetinin ticarileşmesine hizmet etmekte, hem de vakıf üniversitesi kurmayı kurucular açısından yatırım alanı haline getirmektedir¹¹⁹.

Tüm bu düzenlemeler Anayasanın aksi yöndeki buyruğuna rağmen, vakıf üniversitesi kurmayı kârlı bir alan haline getirdi. Ancak asıl amacı kâr elde etmek olan bir kurucunun (patronun) beklentisi, vakıf üniversitesinin salt yüksek gelir elde etmesi değil, bunun yanı sıra bu geliri kendisine transfer edebilmek yönünde olacaktır. Yükseköğretim Kanununun Ek 6'ncı maddesi daha 1983 yılında bu yolu kapatan ilkeyi getirdi: vakıf üniversitesinin “gelirleri, geçici olarak dahi hiçbir suretle vakıf mamelekine veya hesaplarına intikal edemez”. Ancak bu ilkenin ihlaline engel olacak tedbirler ve yaptırımlar yasada çok uzun yıllar boyunca düzenlenmedi. Kaynak aktarımının vakıf üniversitesi açısından yaptırım nedeni olarak sayılması, Yükseköğretim Kanununa 19 Kasım 2014 tarihinde eklenen (Ek 11/2md.) hükümle oldu¹²⁰. Vakıf üniversitesinin mal ve hizmet alım veya satımlarına ilişkin işlemlerinin Yükseköğretim Kurulu tarafından denetime tabii tutulacağı ise 9 Mayıs 2018 tarihli yasa değişikliği ile öngörüldü (Ek 10/2md.)^{121,122}.

¹¹⁹ Bu tespitler YÖK'ün 2007 yılındaki Vakıf Üniversiteleri Raporunda da yer almakta ancak YÖK bu tespitleri yaptıktan sonra söz konusu durumu ortadan kaldırmak için kendi görevi olan yükseköğretimin planlanması bağlamında ne gibi tedbirler alacağına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamakta, konu tamamen kendi sorumluluk alanı dışındaymış gibi davranmaktadır. Rıfat, **Okçabol**, “YÖK'ün “Vakıf Üniversiteleri Raporu”nun Değerlendirilmesi” Der. Serdar **Değirmencioğlu/Kemal, İnal**, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, İstanbul 2015, s.49-61. Nitekim 2007'den sonra da vakıf üniversiteleri benzer sorunlarla kurlmaya devam etmiştir.

¹²⁰ Bu yasa değişikliğinden sonra 19 Kasım 2015 tarihinde Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 28'inci maddesine eklenen fıkra ile hangi durumların kaynak aktarımı olarak kabul edileceği detaylı olarak düzenlendi.

¹²¹ 16 Kasım 2018 tarihinde Yükseköğretim Kurulu, Kamu İhale Kanunundaki hükümlerle paralel düzenlemeler içeren Vakıf Yükseköğretim Kurumları İhale Yönetmeliğini çıkardı. Bu Yö-

1983 yılında vakıf üniversitesine ilişkin ilk yasal hükümler getirilirken yasa koyucu, vakıf müessesinin ve üniversite hizmetinin gereklerine uygun şekilde düzenlemeler yapmış olsaydı Türkiye’de muhtemelen bugün çok daha az sayıda vakıf üniversitesi olacak ve bunlar için vakıf görünümlü şirket üniversitesi nitelemesi yapılmıyor olacaktı.

Yukarıda işaret edildiği gibi vakıf üniversitesi modelinin akademik özgürlük ilkesine uygun örgütlenmesine imkân tanıyan ikinci önemli özelliği, ayrı tüzel kişiliği haiz olmasıdır. Ayrı tüzel kişilik vakıf üniversitesinin biçimsel özerkliği için sağlam bir temel oluşturur¹²³. Ancak bu temel üzerine biçimsel açıdan özerk bir üniversite inşa edildiğinden söz edebilmek için her şeyden önce vakıf üniversitesinin organlarının oluşumunda kurucu vakfın ve devlet tüzel kişiliği/diğer kamu tüzel kişiliklerinin etkilerinin olup olmadığına bakmak gerekir.

netmelikle vakıf üniversitelerinin yapacakları mal ve hizmet alım-satımları ile yapım, taşınmaz alım-satım, kiralama, kiraya verme, trampa, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemlerin kamu ihale hukuku ilkelerine tabi olacağı ve Yönetmelikte öngörülen ihale usullerine göre yapılacağı öngörüldü.

¹²² Vakıf üniversitelerinin vakıftan kaynak aktarmalarının bir diğer yolu ise üniversiteden ayrı eğitim şirketleri kurarak, bu şirketlerin üniversitenin alt yapısını kullanmalarını sağlamalarıdır. Bkz. **Değirmencioglu**, s.167-168.

¹²³ Konu vakıf üniversitesi olduğunda, üniversite ile devlet arasındaki ilişkiyi üniversitenin doğrudan hukuksal varlığını ilgilendiren yaptırımlar üzerinden de irdelemek gerekir. Yükseköğretim Kanununun Ek 11’inci maddesinde eğitim-öğretim düzeyinin yetersiz olduğunun (1. fıkra) veya kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara doğrudan ya da dolaylı olarak kaynak aktarıldığının (2. fıkra) tespit edilmesi durumunda Yükseköğretim Kurulu tarafından vakıf üniversitesi hakkında faaliyetin geçici olarak durdurulması ve Cumhurbaşkanı tarafından faaliyet izinin kaldırılması da dahil çeşitli kısıtlayıcı kararlar alabileceği düzenlenmiştir. Yükseköğretim Kanunu söz konusu tedbirlerin hangi durumlarda uygulanacağına ilişkin yasal çerçeveyi gerekli olduğu gibi çizmedi. Konunun ayrıntıları kanundaki düzenlemeleri aşar şekilde Yükseköğretim Kurulu tarafından Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinde (md.24 vd.) düzenlendi. Bu durumun hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından yarattığı sorunlar ile cumhurbaşkanına üniversitenin faaliyet iznini kaldırma yetkisi verilmesinin Anayasanın 130’uncu maddesinde güvenceye alınan kanunla kurulma ilkesine aykırılığı (bu aykırılık Ek 11. maddenin 14. fıkrası açısından Anayasa Mahkemesinin 28.12.2023 gün ve E.2020/55, K.2023/228 sayılı kararıyla belirlenmiş olmasına karşın maddenin 3. fıkrasında aynı hüküm varlığını sürdürmektedir) vakıf üniversitesinde mesleğini yürüten akademisyenleri doğrudan ilgilendirmektedir. Ancak YÖK’ün vakıf üniversiteleri üzerindeki yaptırım yetkisinin doğurduğu sonuçlar bu makalenin kapsamını aşmaktadır. Makalenin bu başlığında amaçlanan vakıf üniversitesi modelinin kendi başına akademik özgürlük açısından getirdiği imkanlar ve bu imkanların hayata geçmesinin önündeki engellerdir. Bu nedenle dipnotta YÖK’ün vakıf üniversitesi üzerindeki denetiminin genel olarak yarattığı tartışmanın çerçevesine işaret etmekle yetinilmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Turan, **Yıldırım**, “Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21(2), passim; Dilşat Çiğdem, **Sever**, “Türkiye’de Akademik Özgürlük Tarihi: Bir İleri, İki Geri”, Toplum ve Bilim, 156, s.192.

Vakıf üniversitesinin devlet karşısında biçimsel özerkliğe sahip olmadığı; 1980 sonrasında üniversiteler için öngörülen ve özerkliğe hiçbir alan bırakmayan kuşatılmış alanda bulunduğu açıktır. Sadece rektörün tayini konusunda devlet üniversitesi ile vakıf üniversitesi arasında bir fark vardır. Yükseköğretim Kanununun 13'üncü maddesinde vakıf üniversitesinde rektörün mütevelli heyetin önerisi üzerine cumhurbaşkanı tarafından atanacağı öngörülmüştür. Ancak bu hüküm, vakıf üniversitesi bileşenlerinin rektör seçimi ve atanması sürecine dahil olması anlamına gelmez. Burada üniversiteye değil, esasında mütevelli heyet dolayımıyla kurucu vakfa bir rol biçilmiştir. Zira aşağıda açıklanacağı gibi vakıf üniversitesi mütevelli heyeti, üniversitenin bir organı olarak öngörülmüşse de esasında kurucu vakfın üniversiteyi doğrudan yönetmesinin bir aracı konumundadır.

Vakıf üniversitesi kurucu vakıftan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğuna göre, vakıf yönetiminden özerk şekilde örgütlenme imkanına sahiptir. Ancak vakıf üniversitesinin finansmanı -temelde- kurucu vakıf tarafından sağlandığından, mali yönetim ve kontrol konusunda vakıf ile vakıf üniversitesi arasında bir ilişki kurulması ihtiyacıdır. İşte bu ilişki Yükseköğretim Kanununda, mütevelli heyet aracılığı ile kurulmuş¹²⁴, vakıf üniversitelerinin organları arasına devlet üniversitesi teşkilatlanmasında olmayan mütevelli heyet dahil edilmiştir. Kanunun Ek 5'inci maddesine göre mütevelli heyetin üyelerinin tamamı vakıf yönetim organı tarafından seçilecektir. Vakıf ile vakıf üniversitesi arasında mali açıdan köprü vazifesi görecek mütevelli heyetin üyelerinin vakıf yönetim organı tarafından belirlenmesi -mütevelli heyetin yetkisi mali konularla sınırlı tutulduğunda- makul bir çözümdür. Ne var ki, Kanunda mütevelli heyetin yetkileri, vakıf üniversitesinin bütçesini onaylamak ve uygulanmasını izlemek, öğrencilerden alınacak harçlara karar vermek gibi konularla sınırlı tutulmamıştır. Kanunun Ek 5'inci maddesinde vakıf üniversitesi tüzelkişiliğini temsil yetkisi mütevelli heyete verilmiştir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 20'nci maddesinde bunun da ötesine geçilerek, vakıf üniversitesinin en üst karar organının mütevelli heyet olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca Yükseköğretim Kanununda mütevelli heyete vakıf üniversitesinin yönetim organlarının tayini konusunda da çok geniş yetkiler verildiğini görüyoruz; vakıf üniversitesi rektörü mütevelli heyetin önerisi üzerine cumhurbaşkanı tarafından (md.13), dekan ise Yükseköğretim

¹²⁴ Nazile İrem, **Yeşilyurt/Başak, Güneş**, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu" Ed. K. Doğan, **Yenisey**, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, s. 945-946.

Kurulunun olumlu görüşü üzerine mütevelli heyet tarafından (md. Ek5) atanacaktır. Üstelik mütevelli heyet sadece üniversitenin yönetim kademesinin değil akademik ve idari personelinin atanmasında ve görevden alınmasında da yetkili kılınmıştır (md. Ek5).

Vakıf üniversitesinin yönetim organlarının tayini ve akademik personelinin görevlendirilmesi konusunda böylesine geniş yetkilerle donatılan mütevelli heyetin varlığı, üniversitenin kurucu vakıf karşısında hiçbir özerkliğe sahip olmaması anlamına gelir. Nitekim uygulama da bunu doğrulamaktadır. Kimi vakıf üniversitelerinde bizzat mütevelli heyet başkanının -ki çoğu zaman kurucu vakfı kuran kişidir- üniversitedeki işleyişi günlük olarak bizzat denetlediği, fiili olarak rektör gibi davrandığı bilinmektedir¹²⁵.

2005 yılında yürürlüğe giren Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği ile -önceki Yönetmeliklerden farklı olarak- kurucu vakfın organlarında yer alan üyelerin, bunların eşlerinin ve birinci derece kan ile kayın hısımlarının vakıf üniversitesi mütevelli heyetindeki sayısına sınır getirilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, kurucu vakfın üniversite üzerindeki etkisini sınırlandırmaktadır. Ancak anılan bu üyeler dışındaki mütevelli heyet üyelerinin de kurucunun etkisinden tamamen bağımsız olmalarını beklemek gerçekçi değildir. Özellikle dört yıllık görev süresi dolan üyelerin yeniden seçilebileceği hususu göz önünde bulundurulduğunda; üniversiteyi sadece mali değil, idari ve akademik açıdan da doğrudan etkileyecek konularda, heyetin kurucu iradenin aksi yönde karar almasının pek kolay olmayacağı tahmin edilebilir. Dolayısıyla, vakıf üniversitesinin mütevelli heyet eliyle kurucu vakfa özerkliğe alan bırakmayacak biçimde bağlandığını söylemek mümkündür.

C. Vakıf Üniversitesinin Akademik Özgürlük İlkesine Uygun Örgütlenmesi Mücadelesinin Ön Koşulu: Kamu Tüzel Kişiliği ve Sakinlerin Harabede İkametinin Güvenceye Alınması

Vakıf üniversitesine ilişkin yasal çerçevenin -çok uzun bir dönem boyunca- anayasal kurgunun gereklerine göre çizilmemiş olması, kazanç elde etmek için üniversite kurulmasına ve üniversitenin şirketleşmesi kapı araladı. Bu ise, vakıf üniversitesi modelinin temellerinin tahrif edilmesi ve üniversitenin yıkımına giden sürecin yaşanmasına neden oldu¹²⁶. Vakıf üniversitelerinin -bire-

¹²⁵ Değirmencioğlu, s. 148-158.

¹²⁶ Yıkımın somut gerçekleşme biçiminin farklı yönleri ile incelemesi için bkz. Değirmencioğlu/İnal, Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler, passim.

harabe olarak dahi- üniversite olarak anılmaya devam edebilmesi bu yıkımla mücadele etmeye bağlıdır. Bunun için öncelikle vakıf kurumunun özüne uygun bir şekilde vakıf üniversitesinin kaynak aktarım aracı olmasının önüne geçilmesi gerekir. Yükseköğretim mevzuatında 2014 yılı ve devamında yapılan bazı değişikliklerle bu sağlanmaya çalışıldı. Ancak vakıf üniversitesini üniversite olarak anmaya devam edebilmek için malvarlığını kuruculara karşı korumak yeterli değildir. Yukarıda da açıklandığı gibi üniversiteyi esasen malvarlığı değil insan unsuru, üniversitenin birleşenleri oluşturur. Malvarlığı sadece bu bileşenlerin üniversite faaliyetini yerine getirmelerine aracı olan finansal kaynaktır. Dolayısıyla en az malvarlığının vakıf kurucusu karşısında korunması kadar önemli olan bir konu vardır; üniversitenin kurucu unsuru olan akademisyenlerin ve öğrencilerin korunması. Gelecekte üniversitenin akademik özgürlük çerçevesinde örgütlenmesi için mücadele edecek olanlar kurucu unsurlardır. Ancak bu mücadele için üniversitede kalabilmek gerekir. Öğrencilerin üniversite ile ilişkisi işin doğası gereği geçici olduğundan, bu mücadeleyi mevcut ve gelecekteki öğrenciler adına da yürütecek olanlar akademisyenlerdir. O halde her şeyden önce vakıf üniversitesi akademisyenlerinin üniversite çatısı altında kalabilmelerini sağlamak gerekir.

Vakıf üniversitesi akademisyenlerinin akademik özgürlük mücadelesine asıl alan açacak olan, vakıf üniversitesinin kamu hukuku alanına dahil olması, yani özel hukuk değil, kamu tüzel kişisi olarak nitelenmesidir¹²⁷. Zira vakıf üniversitesinin kamu tüzel kişiliği, mütevelli heyetin ve üniversitedeki diğer karar organlarının akademisyenlere yönelik alacakları kararlar bakımından yetkilerini -eşitlik, öngörülebilirlik, hukuki güvenlik, kamu yararı, hizmet gerekleri gibi idare hukuku temel ilkeleri ile- sınırlayacak¹²⁸; ayrıca akademisyenlerin güvenceli statüde istihdamının kurumsal-hukuksal zemini oluşturacaktır.

¹²⁷ Bu değerlendirme ve tespit Türkiye’de yürürlükte olan ve kamu hizmetine girme hakkı ile çalışma hakkını hayata geçiren hukuksal düzenlemelerin (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, üniversite özelinde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu) çalışana sağladığı ve sağlayamadığı mesleki güvenceler göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Zira başka hukuk sistemlerinde özel üniversitelerde çalışan akademisyenler açısından akademik özgürlükle uyumlu mesleki güvence sağlayan istihdam modelleri ve sendikal haklar benimsenmiş olabilir.

¹²⁸ Bu makalenin kapsamı dışında kalmakla birlikte, vakıf üniversiteleri ile akademisyenler arasında ücret konusunda akdedilecek sözleşmelerde, vakıf üniversitesinin irade serbestisine sahip olamayacağı, hem vakıf müessesinin özü dolayısıyla malvarlığını keyfi bir biçimde kullanamamasına hem de kamu tüzel kişisi olarak eşitlik ilkesine aykırı işlem yapamamasına dayanır.

Yukarıda aktarıldığı gibi, vakıf üniversitelerinin yasal çerçevesini kuran hükümlerde üniversitenin vakıftan ayrı bir tüzel kişiliği haiz olacağı güvence altına alınmış olmakla birlikte, tüzel kişiliğin hukuki nitelemesi yapılmamıştı. Vakıf üniversitesinin tüzel kişiliğine dair hukuksal niteleme vakıf üniversitelerinin uygulamaya geçmesinden kısa bir süre sonra (30 Mayıs 1990 tarihli kararla) Anayasa Mahkemesi tarafından yapıldı.

Mahkemenin kararının dayandığı gerekçelerin analizine geçmeden önce dört üyenin karşı oyda kaleme aldıkları ayrık görüşe değinmekte yarar var. Bu üyelere göre, özel hukuk ilişkileri içinde oluşan vakıfların kurdukları vakıf üniversiteleri ancak özel hukuk tüzel kişisi olabilir. Bu argüman günümüzde de sürmekte olan vakıf üniversitesi tartışması ve kimlik krizinin anlaşılabilmesi açısından önemlidir. Zira bugün birçok vakıf üniversitesinde, akademisyenlerin kamu görevlisi olduğunu ve güvenceli bir statüde olduklarını görmezden gelen uygulamalar, özel kişiler tarafından kurulan üniversitenin kamu tüzel kişisi olamayacağına dair kanıya dayanır.

Esasında kamu hizmeti sunmak üzere kurulmuş vakıfların idare teşkilatının bir parçası haline gelmeleri Türk idare hukuku açısından alışılmadık bir durum değildir. Nitekim Osmanlı’da vakıflar sadece kamu yararına hizmet sunan özel hukuk kurumları değillerdi; bazı vakıflar, sonradan geçirdikleri dönüşümle, idari teşkilatın bir unsuruna dönüşmüştü. Onar’ın Osmanlı Devleti’nde vakıfların kamu hizmeti alanında üstlendikleri işlevi ve kamu tüzel kişiliğine doğru evrilen gelişimlerini açıklayan tespitleri, vakıf üniversitesinin idari teşkilata dahil olması ve kamu hukukuna tabi kılınmasının tarihteki izdüşümlerini göstermesi açısından önemlidir: “(...) *Vakıf mahiyet ve menşei itibariyle daima bir hususi hukuk müessesesi halinde kalmakla beraber geçirdiği istihalelerle idari bir mahiyet almaya başlamış ve nihayet bir amme müessesesi şeklinde Devlet teşkilatı içine girmiştir. Esas ve menşesinde bir hususi hukuk müessesesi olan vakfın geçirdiği bu istihale vakıfların birçoğunun mevzuunun umumi ve kollektif ihtiyaçlarla alakalı olması ve gerek bu alaka ve gerek genişliği bakımından idarelerine Devletin tabii ve zaruri bir şekilde müdahale ettirilmesidir. Osmanlı vakıflarının geçirdiği bu istihale ve büyük bir kısmının inkılap ettiği ve hala muhafaza eylediği amme müessesesi, amme hükmi şahıs mahiyeti hukuk tarihimize mahsus bir hususilik sayılabilir: Garp hukukunda vakıf daima bir hususi hukuk müessesesi olarak kalmış, Osmanlı İmparatorluğu’nda aldığı şekil ve mahiyeti almamıştır*”¹²⁹.

¹²⁹ Onar, s. 663-664. Onar’ın sözünü ettiği idari teşkilat içine dahil olan vakıflar mazbut vakıflardır. Mazbut vakıflar içinde ise; selatin vakıfları, mütevellisi artık mevcut olmayan vakıflar

Doğrudan bir hukuki ve kurumsal dayanak oluşturmaya da bu arka plan, özel kişi iradesiyle kurulan vakıf üniversitesinin bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesinin, Türk idare geleneği içinde yadırgatıcı olmadığını gösteren dikkat çekici bir durumdur. Anayasa Mahkemesinin kararında yer verilmiş olmakla birlikte, Onar'ın aktarımı, hukuksal kurumların farklı ülke örneklerinde; tarihsel, siyasal, ekonomik koşulların etkisiyle dönüşümler geçirebileceğini göstermesi açısından da önemlidir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hakkında 12 Ocak 1971 tarihinde verdiği ve özel kişilerin üniversite hizmeti sunamayacak olmalarını bilimsel özerklik ilkesine dayandırdığı kararındaki düşünce çizgisini devam ettirdi¹³⁰. Anayasa Mahkemesi, mali kaynağın vakıf tarafından sağlanmasının üniversitenin tüzel kişiliğinin hukuki nitelmesi üzerinde bir değişiklik yaratmayacağına, vakıf üniversitesinin kamu tüzel kişiliği şeklinde kurulmasının bir zorunluluk olduğuna karar verdi. Mahkemeye göre, bilimsel özerkliğin hayata geçebilmesi üniversiter hizmetin kamu tüzel kişileri tarafından verilmesini gerektirir. Ayrıca Anayasanın 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, "yasa ile kurulma"¹³¹, "kamu tüzel kişiliğine sahip olma" gibi

ve mütevellileri bulunmakla birlikte faaliyetleri kamu yararı ile yakından alakalı olduğu için idare içinde dahil edilmiş olan farklı türlerde vakıflar olduğu görülmektedir. Bu konunun ayrıntılı açıklamaları için bkz. **Onar**, s. 674-676.

¹³⁰ Bilimsel özerklik-kamu tüzel kişiliği arasındaki ilişki 1971 yılında verilen kararda çok açık biçimde ortaya konulmuştur: "Çağdaş uygarlığın temeli, insanların davranışlarında, eylemlerinde aklı egemen kılınmasıdır. Bunun yolu ise bilimsel çalışma yoludur; bu yolun kılavuzu olan ilke de bilimin insanların yaşamasında gerçek yol gösterici sayılması ilkesidir. Bu ilkenin eylemli olarak uygulanabilmesi için toplumun yapısının kilit yerlerinde bilimsel gerçeği arayıp bulabilecek, uygulayabilecek ve bütün düşünce ve davranışlarında bilimsel gerçeğin isterlerinden ayrılmayacak kişilerin bulunması, bunun sağlanması için de bu nitelikte kişilerin yetiştirilmiş olması zorunludur. Bilimsel çalışma, yalnız aklın ve gözlemin biçimlendirdiği bir çalışma olması dolayısıyla böyle bir çalışmaya ve bilimsel yolda eyleme yönelecek kişilerin bilimsel gerekler dışında bir etki ile karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri temel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yalnızca bilimsel ve nesnel ölçülere göre biçimlendirilmiş bir öğretim ve eğitimin gerçekleştirilmesi, toplumsal açıdan büyük önem gösteren alanlardaki yüksek öğretim ve eğitimin gerek siyasal çevrelerin ve özellikle siyasal iktidarın, gerekse toplumdaki çeşitli kümelerin etkilerinin dışında tutulmuş bir öğretim ve eğitim düzeni ile olabilir. Bu düzenin gerçekleştirilmesi düşüncesi üniversitelerin Devletçe ve yasa ile kurulması ve üniversitelerin yönetimsel ve bilimsel özerklikle donatılması ilkelerinin ortaklaşa gerekçesidir." (s.7)

¹³¹ Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 130'uncu maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin vakıf üniversitelerini de kapsadığını söylemesi, vakıf üniversitesi tüzel kişiliğinin idari işlemle sonlandırılmayacağı anlamına gelmekte, dolayısıyla vakıf üniversitesine YÖK ve cumhurbaşkanı karşısında bir güvence sunmaktadır. Nitekim Mahkeme 28.12.2023 gün ve E.2020/55, K.2023/228 sayılı kararında vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin cumhurbaşkanı kararı ile kaldırılmasının Anayasaya aykırı olacağını tespit ederken, üniversitenin kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla kurulup, kanunla kaldırılacağı gerekçesine dayanmıştır.

niteliklerin üniversitelerin tamamını kapsayacak şekilde düzenlenmesi vakıf üniversitelerinin özel hukuk kişisi olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koyar¹³².

Anayasa Mahkemesi, Anayasa koyucunun “yasayla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olma niteliklerini” vakıf üniversiteleri açısından da aradığını, 130’uncu maddenin 1’inci ve 3’üncü fıkrası yanı sıra Yükseköğretim Kanununun bazı maddelerine de dayandırdı¹³³. Mahkeme kararında bizzat kendisi, anayasa uygunluk denetiminde bir yasa maddelerinin kullanılmasının alışıldık bir usul olmadığını tespit ediyor ancak bu yolu tercih etmesinin nedenini, 1982 Anayasasından önce 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununu yapan iradenin (Milli Güvenlik Konseyi) daha sonra asli kurucu iktidar olarak Anayasayı yapmasıyla açıklıyor ve asli kurucu iktidarın iradesinin tespitinde Yükseköğretim Kanunu hükümlerinin referans alınabileceğini belirtiyor¹³⁴.

Mahkemenin söz konusu kararından sonra kurulan her bir vakıf üniversitesi, Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen maddelerle kuruldu ve bu maddelerde kamu tüzel kişilikleri açıkça hüküm altına alındı. Dolayısıyla günümüzde Anayasa Mahkemesinin kararını eleştiren yazarlar olsa da¹³⁵, vakıf üniversitelerinin birer kamu tüzel kişisi olduğu ile ilgili bir duraksama söz konusu değildir¹³⁶.

¹³² AYM ve AİHM bu niteleme ile bağlantılı olarak, vakıf üniversitelerinin yaptığı başvuruları kişi bakımından yetkisizlik dolayısıyla reddetmektedir. AYM, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, B. No: 2013/1430, 21/11/2013; AİHM, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi/Türkiye, no. 40355/14, 28.01.2020.

¹³³ Kararın ilgili bölümü şöyledir: “2547 sayılı Yasa’nın amacı, 1. maddesinde; ‘... bütün yüksek öğretim kurumlarını ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim-öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemek ...’ olarak belirlenmiştir. Yasa’nın ‘Ana ilkeler’ başlıklı 5. maddenin ‘f’ fıkrasında ise, genel olarak ‘Yeni üniversiteler, üniversiteler içinde fakülte, enstitü ve yüksekokullar, Devlet kalkınma planları ilke ve hedefleri doğrultusunda ve yükseköğretim planlaması çerçevesinde Yükseköğretim Kurulu’nun olumlu görüşü veya önerisi üzerine kanunla kurulur.’ denilmektedir. 2547 sayılı Yasa’ya 2880 sayılı Yasa’yla eklenen, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarıyla ilgili düzenlemelere ilişkin ek 2.-l 5. maddeler de aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Bu kurallar birlikte ele alındığında, 2547 sayılı Yasa’nın, vakıf üniversiteleri yönünden ‘kanunla kurulma’ya bir ayrıklık getirilmediği anlaşılmaktadır. Kurucusu Devlet ya da vakıf olsun, tüm üniversiteler, birlikte ya da ayrı ayrı, yasayla kurulacaktır.” (s.8)

¹³⁴ Mahkeme kararında bunu şu şekilde ifade etmektedir: “Üniversite ve yükseköğretim kurumları konusundaki 1982 Anayasası’nda yer alan kurallar, Anayasa’nın kabulünden önce 6.11.1981 günlü Resmî Gazete’de yayımlanan ve yükseköğretimi düzenleyen 2547 sayılı Yasa’nın kurallarıyla beraberlik göstermektedir. Bu nedenledir ki, 2880 sayılı Yasa’yla değişik 2547 sayılı Yasa hükümlerinin, 1982 Anayasası’nın üniversite ve yükseköğretim kurumları hakkındaki kuralları için de değerlendirilmesi gerekir.”

¹³⁵ Gözler, Anayasa Mahkemesi kararını eleştiriyor ve Anayasanın 130’uncu maddesinin vakıfların üniversite kurmalarına engel olmadığını, ne var ki Anayasa Mahkemesi kararından sonra tüm vakıf üniversitelerin devlet tarafından kanunla kurulması suretiyle tüm üniversitelerin

Ancak bu durum, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliklerinin tartışmaya açılmayacağı ve ilgili yasa maddelerinin değiştirilmesi yönünde bir eğilimin gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez. Böyle bir ihtimal, Mahkemenin Anayasa koyucu tarafından vakıf üniversitelerinin birer kamu tüzel kişisi olarak öngörüldüğü sonucuna varırken Yükseköğretim Kanunu maddelerini destekleyici norm olarak kullandığı “yasayla kurulma” başlığı altındaki temellendirmenin kırılganlığını ortaya çıkarır.

Buna karşın kararının “bilimsel özerklik” başlığı altında yaptığı ve özel hukuk tüzel kişileri eliyle üniversiter faaliyet yürütülemeyeceği; aksi uygulamanın bilimsel özerklik ilkesine ve ilkenin gereği olan güvenceli statü ihtiyacına aykırı olacağı yönündeki temellendirmesi daha güçlü bir hukuki zemine oturmaktadır¹³⁷.

Esasında üniversitenin kamu tüzel kişisi olarak kurulmuş olması -tek başına- özerk bir üniversiteyi güvence altına almaz. Nitekim Türkiye’de

devlet üniversitesi durumuna geldiğini belirtir. **Gözler**, s. 657. Gözler 130’uncu maddenin 2’nci fıkrasının “devlet tarafından yasayla kurulma” ilkesinin istisnası olduğunu belirtirken akademik özgürlük ilkesi açısından bir değerlendirme yapmamaktadır. Bu konuda ilginç bir görüş ise Ulusoy tarafından dile getirilmektedir. Yazara göre vakıf üniversiteleri, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi “çift kimliklidir; bir yönüyle kamu tüzel kişisi, diğer yönüyle özel hukuk tüzel kişisidir. **Ulusoy**, s. 259. Ancak Ulusoy’un vakıf üniversitesi ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasında kurduğu paralellik, kamu iktisadi teşekküllerinin kârlılık esası ile faaliyette bulunan ticari kuruluşlar olmaları ve bazı açılardan Türk Ticaret Kanunu’na tabi olmaları açısından kabul edilemez. Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, vakıf üniversiteleri ne ticari işletmeler ne de iktisadi işletmelerdir tespitinde bulunmaktadırlar. **Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk**, s. 554.

¹³⁶ Bu yönde bkz. Yıldızhan, **Yayla**, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 229.

¹³⁷ Kararın ilgili kısmı şöyledir: “Anayasa’nın 130. maddesinde, üniversitelerin, bilimsel özerliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen ereğin, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku yoktur. Gerçekten, üniversitelerin ancak devletçe ve yasa ile kurulabileceği ilkesi, Anayasa’nın öngördüğü ayrıklık dışında, özel kişilerin üniversite açmalarını yasaklamakta ve böylelikle bir takım yarar ve düşünce topluluklarının kendi çıkarlarına uygun ve tek yanlı bir yüksek eğitim ve öğretim vermelerini önlemektedir. Her siyasal kuruluş, kendine özgü görüşleri ve anlayışları doğrultusunda eğitim ve öğretimi etkileme eğilimi gösterebilir. Oysa, toplumsal açıdan çok önemli bulunan alanlarda görev alacak yetenekli kimselerin yetiştirilmesi, bunların yalnızca nesnel ve bilimsel düşüncelere dayanan bir eğitim ve öğretimden geçmiş bulunmalarına bağlıdır. Anayasa’nın 130. maddesinde, üniversite kuracak olan Devlet için, yerine getirilmesi zorunlu bir takım buyruklar ve yasaklar yer almıştır. Bunlar, üniversitenin Devlet eliyle ve yasayla kurulması zorunluluğu özel kişilere üniversite açtırma yasağı, üniversitenin organları ile öğretim üye ve yardımcılarının üniversiteler dışında kalan bir makam ya da kişi tarafından görevlerinden uzaklaştırılmaması gereğidir. Bu yasaklar ve buyruklar Yasakoyucuyu da, Devletin öbür organlarını da Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca bağlamaktadır.” (s.9-10)

devlet üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olması onlara kendiliğinden özerklik sağlamadı. Ne var ki, kamu tüzel kişiliği akademisyenlere güvenceli bir statü sağlanması, diğer bir ifadeyle akademisyenlerin üniversite çatısı altında kalabilmeleri için şarttır. Yalnızca kamusal ve mesleki güvencelere sahip bir akademisyen üniversite harabelerinin sakini olarak kalabilecek ve akademik özgürlük için mücadele etmekte ısrarcı olabilecektir. Dolayısıyla kamu tüzel kişiliği özerk bir üniversite için yeterli bir güvence sağlamasa da, akademisyenlerin güvenceli bir statüde çalışmalarının hukuki zeminini oluşturduğu için ısrarla savunulmalıdır. Hatta üniversitenin özerk olamadığı mevcut durumda akademisyenlerin güvenceli statüde çalışmaları daha da önemli ve geleceğin üniversitesi için verilecek mücadele açısından vazgeçilmezdir. Zira üniversiteyi şirket olarak gören kuruculara ve kendileri tarafından seçilmemiş üniversite yöneticilerinin akademik özgürlüğü ortadan kaldırmaya yönelik uygulamalarına direnmenin bir ihtimal olarak dahi akla gelebilmesi ancak güvenceli statüyle mümkündür. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin kararının dayanağını oluşturan bilimsel özerklik kavramını, akademik özgürlük olarak okumak; vakıf üniversitesinin kamu tüzel kişiliğini üniversitenin kurumsal yapısı için değil, akademisyenin özgürlüğü için ısrarla savunmak gerekir.

SONUÇ

Readings'in yirmi beş yılı aşkın bir süre önce ortaya koyduğu 'üniversite harabeleri' metaforunun, günümüz üniversitesinin durumunu teşhis etmedeki gücü kıymetlidir. Gerçekten üniversite, modern dönemdeki aşkın anlamını yitirmiş, piyasanın ve siyasi iktidarın talepleriyle aşınmış bir yapıya dönüşmüştür. Ancak Readings'in bu teşhisin ardından önerdiği 'harabede kalma ve düşünmeye devam etme' duruşu, 21. yüzyılın yaygın otoriterleşme koşullarında yetersiz kalmaktadır. 1990'ların neoliberal tehdidi üniversiteyi şirketleştirirken, günümüzdeki otoriterleşme harabenin bir yaşam alanı olarak varlığını tehdit etmektedir.

Dolayısıyla "akademik özgürlük" yönetici ilkesi temelinde örgütlenecek üniversite ideasını savunmak, yitirilmiş bir "altın çağa" yönelik nostaljik bir özlem değildir. Aksine bu, Readings'in "*uzlaşmazlık topluluğu*"nın var olabilmesi için gereken asgari varoluşsal koşulu ve mücadele zeminini savunmaktır. Akademik özgürlük, üniversite için yeni bir "misyon" dayatmaz, sadece o harabede farklı seslerin bir arada bulunabilmesinin, eleştirel düşüncenin nefes alabilmesinin imkânını korumaya çalışır. Bu bağlamda, demok-

rasi mücadelesinden ayrı düşünölemeyecek olan üniversite mücadelesi¹³⁸ akademik özgürlük ilkesi temelinde örgütlenmek zorundadır.

Öteden beri akademik özgürlük ilkesi çerçevesinde örgütlenmemiş, özerklikten mahrum bırakılmış Türkiye üniversiteleri açısından bu durum daha da hayatidir. Yılmaz'ın belirttiğı gibi, Türkiye'de üniversitelerin önündeki yollar sermayeleşmeye veya iktidara eklemlenmeye çıkmaktadır ve bu yolların sonunda akademik özgürlüğe yer yoktur¹³⁹.

Bu nedenle, eğer Türkiye'de üniversiteden söz etmeye devam edeceksek, harap haldeki bu yapının sakinleri olarak harabenin üzerine bir şirket veya kışla inşa edilmesine karşı bir zeminin savunulması gerekecektir. Vakıf üniversitesi akademisyenleri için bu mücadele daha da çetindir. Zira onların, üniversitenin kimliğine sahip çıkabilmeleri için öncelikle üniversite çatısı altında kalabilmeleri güvence altına alınmalıdır. Bu noktada, vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişilikleri ve buna bağılı olarak akademisyenlerin mesleki güvenceye sahip birer kamu görevlisi oldukları konusunda süren hukuksal mücadele, söz konusu zemini savunmanın en somut ve en kritik cephesini oluşturmaktadır. Bu temel çökerse vakıf üniversitelerinin üniversite olma iddiasının meşruiyetiyle birlikte, üzerine inşa edilecek her türlü mücadele imkânı da ortadan kalkacaktır.

¹³⁸ Alpman, s. 110-111.

¹³⁹ Zafer, Yılmaz, "Bir Meslek Olarak İtaat ve Üniversite" *Ayrıntı Dergi*, Ocak 2015, <https://ayrintidergi.com.tr/bir-meslek-olarak-itaat-ve-universite/> (e.t: 22.04.2025)

KAYNAKÇA

- Adorno**, Theodor W., “Theory of Pseudo-Culture”. *Telos*, 95, 1993, s.15-38.
- Afşar**, Taşdemir Selda, (2015). “Vakıf Üniversitelerinin “Özel” Ola(maya)n Çalışanları: Akademisyenler”, *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 215-247.
- Alemdaroğlu**, Ayça, “Yabancı Şirketler, Özel Üniversiteler ve Yükseköğretimin Dönüşümü: Laureate Education Inc. Örneği” *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 123-141.
- Allison**, Henry E., *Kant’s Transcendental Idealism: An Interpretation and Defense* (Rev. and enl. ed.), New Haven 2024.
- Alpman**, Polat Sait, “Üniversiteler, Uruklar, Ejderhalar: Üniversiter Alanın Özerkliğinin Politik İlkesi” *Toplum ve Bilim*, 156, 2021, s. 77-115.
- Altıntaş**, Mustafa, “Vakıf-Özel Üniversiteler: Dünden Geleceğe” *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 64-120.
- Aslan**, Gülay, “Devlet Üniversitelerinin Özelleşen Yüzü: “Şube Üniversite” Uygulaması” *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s.21-47.
- Ay**, Yunus Anıl, “Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 Sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Değerlendirme”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), 2022, s. 277-307. <https://doi.org/10.54699/andhd.1126835>
- Aytaç**, Ahmet Murat, “Akademik Özgürlüklerin Öznesi Kimdir?” *Mülkiye Dergisi*, 40(3), 2016, s. 181-188.
- Aytaç**, Ahmet Murat/ Yılmaz, Zafer (2008), *Devlet-Piyasa İkileminin Ötesinde Bir Mücadele Alanı Olarak Üniversite*, *Dönüştürülen Üniversiteler ve Eğitim Sistemi-miz*, Ed. S. Akyol/M. K. Coşkun/ Z. Yılmaz, Ankara 2008, s. 409-427.
- Buchanan**, James M.,/Devletoglou, Nicos E., *Academia in Anarchy*, New York 1970.
- Berdahl**, Robert, “Academic Freedom, Autonomy and Accountability in British Universities” *Studies in Higher Education*, 15(2), 1990, s.169-180. <https://doi.org/10.1080/03075079012331377491>
- Bingöl**, Bilge, “Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması” *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), 2012, s. 39-75.
- Clark**, Burton R., *Creating Entrepreneurial Universities: Organizational Pathways of Transformation*, Oxford 1998.
- Değirmencioğlu**, Serdar/İnal, Kemal, *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, İstanbul 2015.
- Değirmencioğlu**, Serdar, “Piyasa Girdabında Akademik Yaşam: Üniversitelerin Serbest Düşüşü”, *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 142-192.

- Dolcerocca**, Özen. Nergis, “Bildung’u Savunmak Gerekir: Aydınlanma ile Eğreti Eğitim Arasında İnsan” *Cogito*, 100, 2020 s. 254-265.
- Eagleton**, Terry, “The Slow Death of the University”, *The Chronicle of Higher Education*. 2015, <http://chronicle.com/article/The-Slow-Death-of-the/228991/> (The Slow Death)
- Eagleton**, Terry, “It’s Time to Abolish the University” *Unherd*, 2023. <https://unherd.com/2023/08/its-time-to-abolish-the-university/>
- Ergün**, Reyda/Özenç, Berke, “Anayasa Mahkemesi’nin Barış Bildirisi Kararı: İfade Özgürlüğü Akademik Özgürlük ve Devlete Sadakat Kavramı Üzerine Bir İnceleme” *Toplum ve Hekim*, 35(6), 2020, s. 419-455.
- Eroğul**, Cem, “Üniversite, Aydınlanmış Birey, Kör Kalabalık”, *BirGün Gazetesi*, 19 Şubat 2017, https://www.birgun.net/makale/universite-aydinlanmis-birey-kor-kalabalik-147397#google_vignette
- Eroğul**, Cem/**Teziç**, Erdoğan/**Sağlam**, Fazıl/**Gözler**, Kemal/**Çavuşoğlu**, Naz/**Aybay**, Rona/**Azrak**, Ülkü, Kamuoyuna Açıklama, Kamu Hukukçuları Platformu. <https://kamuhukukculari.org/?sayfa=duyurular&id=45>
- Etzkowitz**, Henry, *The Triple Helix: University-Industry-Government Innovation in Action*, London/New York 2008.
- Fleming**, Peter, *Karanlık Akademi (Üniversiteler Nasıl Öler?)*, Çev. A. E. **Pilgir**, İstanbul 2025.
- GIT Türkiye**, *Akademide Hak İhlalleri Dosyası*, 2012.
- Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2006.
- Giritli**, İsmet/**Bilgen**, Pertev/**Akgüner**, Tayfun/**Berk**, Kahraman, *İdare Hukuku*, İstanbul 2015.
- Gözler**, Kemal, *İdare Hukuku*, Cilt I, Bursa 2019.
- Hatemi**, Hüseyin, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, in: İl Han Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul 2004, s. 295-311.
- Jaspers**, Karl, *The Idea of the University*, Çev. H. A. T. Reiche/ H. F. Vanderschmidt, USA 1959.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö. “Bilim ve Sanat Özgürlüğü” *İnsan Hakları*, İstanbul 2000, s.121-134.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö, “Araştırma ve Araştırmacı Özgürlüğü”, *Sosyolojik Araştırmalar*, SOMDER, İstanbul 2013, s. 26-36.
- Kant**, İmanuel, *Fakültelerin Kavgası*, Çev. E. Özbek, VakıfBank Kültür Yayınları, İstanbul 2023.
- Karasulu**, Zeynep, *Akademik Özgürlük*, Ankara 2025.
- Köprülü**, Fuat, *Vakıfların Hukuki Mahiyeti*, Haz. Y. K. Taştan, Vakıflar Dergisinden Seçmeler II, Ankara 2013.
- Kurul**, Nejla, “Türkiye Üniversitelerinde 1980 Sonrası Dönem: İnsanın Özgürleşmesi Amacından Akademik Kapitalizme Geçişin Öyküsü”, *Bilim ve Gelecek*, 71, 2010, s. 16-33.

- Kükner**, Bilgen, “Bir Hak Olarak Akademik Özgürlük”, *Vira Verita*, 2, 2015, s. 65-88.
- Menand**, Louis, “Academic Freedom Under Fire”, *The New Yorker*, 29 April 2024. <https://www.newyorker.com/magazine/2024/05/06/academic-freedom-under-fire>
- Narin**, Özgür, “Bilimin Politik Ekonomisi Üzerine Bir Deneme: Üniversitelerde Dönüşüm ve Bilim Üretimi”, *Bilim ve Gelecek*, 71, 2010, s. 34-44.
- Okçabol**, Rıfat, “YÖK’ün “Vakıf Üniversiteleri Raporu”nun Değerlendirilmesi”, *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 48-63.
- Onar**, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 2, İstanbul 1966.
- Oran**, Baskın, “Üniversite Nedir, Ne Değildir: Türk üniversiteleri ve YÖK”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 47(1), 1992, s. 371-378. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001559
- Önen**, Selin, “Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademisyenlerin Çalışma Koşulları: İstanbul Örneği”, *Yükseköğretimin Serbest Düşüşü: Özel Üniversiteler*, Der: S. Değirmencioğlu/K. İnal, İstanbul 2015, s. 193-212.
- Ördek**, Aydın, *Bir İnsan Hakkı Olarak Akademik Özgürlük*, Ankara 2018.
- Özüaydın**, Bergen Coşkun, “Lima Bildirgesinde Üniversite İdesinin İzi”, <https://maltepe.academia.edu/BergenCoskun>
- Pruvot**, Bennetot Enora/**Esterman**, Thomas/**Popkhadze**, Nino, (2023). *University Autonomy in Europe IV: The Scorecard 2023*, European University Association, 2023. <https://www.eua.eu/publications/reports/university-autonomy-in-europe-iv-the-scorecard-2023.html>
- Readings**, Bill, *Üniversite Harabeleri*, İstanbul 2020.
- Sever**, Dilşat Çiğdem, “Türkiye’de Akademik Özgürlük Tarihi: Bir İleri, İki Geri” *Toplum ve Bilim*, 156, 2021, s.185-197.
- Soysal**, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (4. bs.), İstanbul 1977.
- Şenel**, Funda K., ‘Kamusal’dan, ‘Özel’e mi? Üniversitenin Toplumsal Konumlanışı ve Bilimsel Bilgi Üretimi” *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, 14(55), 2016, s. 61-76.
- Şirin**, Tolga, “Akademisyenlerin İfade Özgürlüğü” *Haz. Ö. Görel, Türkiye’de İfade Özgürlüğü*, Ankara 2015, s.56-99.
- Tanör**, Bülent, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1990.
- Tekeli**, İlhan, “Yükseköğretim’de Yeniden Düzenleme Arayışlarının Nasıl Temellendirilebileceği Üzerine”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, 2(Özel Sayı), 2012, s. 6-10.
- Tekerek**, Tuğba, *Taşra Üniversiteleri: AK Parti’nin Arka Kampüsü*, İstanbul 2023.
- Tekin**, Serdar, “Üniversitenin Olağanüstü Hali: İkili Devlet Baskıda Özerklik ve Akademisyen İhraçları”, *Toplum ve Hekim*, 35(6), 2020, s. 403-418. (Üniversitenin Olağanüstü Hali)
- Tekin**, Serdar, “Bir Krizin Dilimizdeki Emaresi: “Üniversite” ve “Akademi” Ayrımı Üzerine” *Toplum ve Bilim*, 156, 2021, s. 56-68. (Üniversite ve Akademi Ayrımı Üzerine)

Timur, Taner, Toplumsal Değişme ve Üniversiteler, İstanbul 2000.

Ulusoy, Ali, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul 2025.

Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009.

Yazıcıoğlu, Taçlı, “Üniversitenin Piyasa ve Fabrikaları”, Birikim, 355, 2018, s. 108-120.
<https://birikimdergisi.com/dergiler/birikim/1/sayi-355-kasim-2018/9191/universitenin-piyasa-ve-fabrikalari/9193>

Yeşilyurt, Nazile İrem/**Güneş**, Başak, “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Kurulan Çalışma İlişkisinin Nitelenmesi Sorunu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, Ed. K. Doğan Yenisey, İstanbul 2019, s. 943-972.

Yıldırım, Turan, “Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 21(2), 2015, s. 457-480.

Yılmaz, Zafer, “Bir Meslek Olarak İtaat ve Üniversite”, Ayrıntı Dergi, 19 Ocak 2015.
<https://ayrintidergi.com.tr/bir-meslek-olarak-itaat-ve-universite/>

Yiğiter, Cenk, Türkiye’de Akademik Özgürlük ve Üniversite Özerkliği (1845-1961), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012.

POSTPARTUM PSİKOZUN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ^(*)

Dr. Yasemin BABA^(**)

Öz: TCK'nın 34. maddesinde kusuru ve ceza sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak "geçici nedenler" düzenlenmiştir. Fakat geçici nedenlerin nelerden ibaret olduğu sayma usulü ile belirlenmemiştir. Madde gerekçesinde, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozların kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırabileceği söylenmiştir. Bununla birlikte genelde TCK 34. madde, özelde de gebelik sonrası psikoz gerekçesine bağlı cezasızlık uygulaması yok denecek kadar az sayıda gerçekleşmiştir. Ayrıca tıp literatüründeki yaklaşım dikkate alındığında gebelik sonrası psikozların TCK 32 kapsamında bir akıl hastalığı olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı da ele alınması gereken bir sorundur. Bu çalışmamızda uygulamadan örnekler üzerinden postpartum psikoz özelinde doğum sonrası ruhsal bozuklukların ceza sorumluluğunun belirlenmesinde hakkaniyetli bir pratik zeminine kavuşmasının mümkün olup olmadığı ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kusur, Akıl Hastalığı, Geçici Nedenler, Postpartum Psikoz, Ceza Sorumluluğu.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 14.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 08.12.2025.

^(**) İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısı, İstanbul - Türkiye,
E-posta: yaseminbaba@hotmail.com,
Orcid: 0009-0000-3691-2106.

THE EFFECT OF POSTPARTUM PSYCHOSIS ON CRIMINAL LIABILITY

Abstract: Article 34 of the Turkish Penal Code regulates “temporary conditions” as circumstances that eliminate fault and criminal liability. However, the enumeration of what constitutes these temporary conditions has not been explicitly specified. In the rationale of the article, psychoses occurring after pregnancy have been cited as an example that may impair an individual’s capacity to perceive reality. Nevertheless, in practice, the application of non-punishment based on Article 34 of the TPC in general, and specifically on postpartum psychosis, has been extremely rare. Moreover, considering the medical literature, it remains a critical issue whether postpartum psychosis can be classified as a mental illness under Article 32 of the TPC. This study aims to examine, through practical examples, whether it is possible to establish a fair and consistent legal framework for determining criminal responsibility in cases of postpartum psychosis and related postnatal mental disorders.

Keywords: Culpability, Mental Disorder, Temporary Conditions, Postpartum Psychosis, Criminal Liability.

GİRİŞ

Doğum sonrası (postpartum) sürecin psikiyatrik hastalıklar bakımından kadınlar için hassas bir dönem olduğu bilinmektedir. Lohusalık döneminde (doğumdan sonraki yaklaşık 6 hafta ya da 42 günlük süreç) anne ve yenidoğanın gözetilip korunması, çevresel desteğin artırılması kadim kültür bilgileri içinde de önemli bir yer tutmaktadır¹. Ancak anne ve bebek arasındaki sonsuz sevgi ve merhamet bağı fenomeni bazı trajik vakalarla yerle bir olabilmektedir. Bir annenin bebeğini öldürmesi beklenen bir durum olmadığından bu patolojik davranış adli psikiyatrinin ilgisini çeken konulardandır. Bir bebeğin ebeveynleri tarafından, doğumundan sonraki ilk bir yıl içerisinde öldürülmesine “*infantisid*”, ilk 24 saatlik zaman dilimi içerisinde öldürülmesine de “*neonatisid*” denilmektedir². 1-18 yaş arasındaki çocuğunu öldürme fiilleri de “*filisid*” olarak isimlendirilmektedir³. Elbette bu eylemlerin failleri babalar da olabilir. Ancak kadınların kasten öldürme suçunu erkeklerle nazaran daha az işlediği bilinmekle birlikte bahis konusu kendi çocuğunu öldürme fiili olunca erkeklere nazaran kadın faillerin sayısının ciddi anlam-

¹ Halk arasında “batıl inanç” olarak varlığını sürdüren, albasması/alkarısı benzeri isimlerle bilinen ve lohusalara musallat olduğuna inanılan doğaüstü varlıklara yönelik inanışların da bununla ilgili olduğu düşünülmektedir. Lohusaların bu dönemdeki halüsinasyon, anksiyete ve ajitasyon deneyimleri günümüzde postpartum ruhsal sorunlarla ilgili görülmektedir. Nitekim anne ve bebeğin kırk gün yakın takibinin yapılması, yalnız bırakılmaması, iyi beslenmesi, bebek bakımında deneyimli bir kadının yardımının alınması gibi uygulamalar bugün için de postpartum süreçlerde önerilen sosyal desteklerle benzeşmektedir. Bunlar halk kültüründe; lohusaya kırmızı tülben/kurdele bağlanması, odasında bazı eşyaların bulundurulması, çeşitli dualar okunması, kırk banyosu yaptırmaya gibi motiflerle bezenmiştir. Bu hususlarda geniş bilgi için ayrıca bkz. Nazım, **Şen**, “Postpartum Psikoz Belirtilerinin Kültürel Boyutu ile Ele Alınması: Albasması İnancı”, *ISPEC International Journal of Social Sciences & Humanities*, Cilt:4, Sayı: 4, 2020, s.305; Yağmur, **Birdal**, “Lilith’in Türk Hukuk Sistemi ile İmtihani Lohusalık Sendromu ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeri”, *İstanbul Barosu Dergisi Çocuk Hakları Merkezi* 23 Nisan Özel Yayını, İstanbul, 2022, s.91-92; Esma, **Şimşek**, “Türk Kültüründe “Alkarısı” İnanıcı ve Bu İnanca Bağlı Olarak Anlatılan Efsaneler”, *Akra Uluslararası Kültür Sanat Edebiyat ve Eğitim Bilimleri Dergisi*, Cilt:5, Sayı:12, 2017, s.112; Yusuf, **Kılıç/ Elvan, Eser**, “Lohusalık Sendromu’nun Eskiçağ Yakınoğu Toplamlarının Kültürlerindeki İzleri: Lilith Gerçeği”, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, Cilt:5, Sayı:17, 2018, s.33-34.

² Ziyaettin, **Erdem/ Mustafa, Çeltek/ Behzat, Diken**, “Boğazlama ile Üç Çocuğunu Öldüren Anne; Maternal Filisid Olgusu”, *Olgularla Adli Tıp ve Adli Bilimler*, Ankara, 2020, s.153; Dilşad, **Foto Özdemir/ Ş. Gülin, Evinç**, “Kendi Bebeğini Öldürmek: Filisid Olgularına Psikodinamik Bakış ve Klinik Yaklaşım”, *Türk Psikiyatri Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 3, 2021, s. 202.

³ İstanbul Adli Tıp Kurumuna 1995-2000 yılları arasında gelen (neonatisid hariç) 85 filisid vakasında (anne ve baba olan) faillere yönelik cezai sorumluluk değerlendirmesinde 41 vakada cezai sorumluluk bulunmadığı saptanmıştır. Bunların ağırlıklı bölümünde tanı şizofreni ve majör depresyondur. (Mustafa, **Karakuş/ Haluk İnce/ Nurhan, İnce**, “Türkiyede Filisid Olguları”, *İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 65 Sayı: 3, 2002 s.194).

da yüksek çıktığı belirtilmektedir⁴. Bu durumun lohusa anne ile bebek arasında kurulan ya da kurulamayan patolojik bir ilişkinin sonucunda ortaya çıktığını düşünmek için pek çok sebep bulunmaktadır. Çalışmamızda annenin postpartum dönemdeki ceza sorumluluğu üzerinde durulacağından “maternal” infandisid ve neonatisid merkezinde değerlendirme yapılacaktır⁵. Elbette bebeğe yönelik suç oluşturabilecek eylemler öldürmeyle sınırlı değildir. Postpartum dönemdeki ruhsal sorunlar da “postpartum psikoz” ile sınırlı değildir. Psikoz terimi, gerçeklikle bağlantının koptuğu ruh sağlığı sorunlarını tanımlamak amacıyla kullanılan genel bir terimdir⁶. Postpartum dönemde; obsesif kompulsif bozukluk, travma sonrası stres bozukluğu gibi hastalıkların da başladığı ya da alevlendiği bildirilmektedir⁷. Ancak çalışmamızın merkezini örneklerin daha anlaşılır ve daha dikkat çekici olması sebebiyle “postpartum psikoz” etkili “altsoya karşı kasten öldürme (TCK 82/1-d, e)” olaylarıyla sınırlı tutarak ilerlemek istedik. Zira filmlere ve edebiyat eserlerine konu olan ve daima yoğun medya ilgisi gören bu sorunun hukuki ve tıbbi mahiyetinin bilinirliğinin kısıtlı olduğu değerlendirilmektedir. Bazı çalışmalarda⁸ ve basında⁹ postpartum ruhsal sorunları ifade etmek amacıyla “lohusalık sendromu” ifadesi kullanılmış olsa da biz çalışmamızda psikiyatrinin verdiği isimlendirmeleri kullanmayı tercih ettik.

Suç teorisi ve kusur hususundaki açıklamalarımız çalışmanın amacı doğrultusunda son derece sınırlı tutulmuş, uygulamadan örnekler çoğaltıla-

⁴ Erdal, **Yerdelen**, “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı Yoksa Zavallı mı?)”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:13, Sayı: 36, 2018, s. 25; Foto **Özdemir/ Evinc**, s. 202.

⁵ İstanbul Adli Tıp Kurumuna 1996-2006 yılları arasında gelen 0-6 yaş arası çocuklara yönelik 74 maternal filisid vakasında 41 annenin ceza sorumluluğu olmadığı belirlenmiştir. Çalışma detayları için bkz. Salih Murat, **Eke/ Saba, Başoğlu / Şafak, Taktak/ Gökhan, Oral**, “Türkiye’de Maternal Filisid Olgularının Adli Tıp Yönünden Analizi: Bir Klinik Araştırma”, Nöropsikiyatri Arşivi, Cilt: 52 Sayı:1, 2015, s.201.

⁶ Candan, **Yılmaz**, “Kriminolojik Açıdan: Akıl Hastalığı ve Suç”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:24, Sayı:2, 2018, s. 745.

⁷ Numan **Konuk/ Ülkem Öztürk/ Gonca Karakuş/ Lut, Tamam**, “Postpartum Obsesif Kompulsif Bozukluk: Bir Gözden Geçirme”, Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, Cilt: 17, Sayı:3, 2007, s.143.

⁸ **Yerdelen**, s. 10 vd.

⁹ “Lohusa sendromu kaynaklı çocuk ölümleri son dönemde Türkiye’nin gündeminde. Öyle ki; Kırşehir’de 20 günlük bebeğini dövere öldüren anne, İstanbul’da boğulduktan sonra çöp poşeti içerisinde bulunan bebek, Hakkari’de doğum sonrası bunalıma girdiği ileri sürülen genç kadının 5. kattan atlayarak hayatına son vermesi...” <https://haberglobal.com.tr/yazarlar/lohusa-sendromu-hayatları-karartıyor-307787> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

arak çeşitli vaka modellerinin okuyucunun kafasında somutlaşmasını sağlamak hedeflenmiştir. Belirtmek gerekir ki yargılama konusu edilmiş neonatisid vakaları hiç de nadir değildir¹⁰. Evlilik dışı cinsel birliktelikler ya da maruz kalınan bir suçun sonucunda oluşan gebelikler çeşitli sebeplerle sonlandırılmadığında toplumsal kınamanın merkezine kadın oturmakta ve gizlenen gebelikler, gayri sıhhi şartlarda tıbbi yardım almaksızın tek başına yapılan doğumlar (ki çoğu vakada bu ilk doğumdur ve gebe de henüz bir çocuktur) ve miadında sağ doğmuş bebeklerin ölümüyle sonuçlanan üzücü vakalara sebep olmaktadır. Bu yargılamalarda, bebeklerin biyolojik babalarına sadece “tanık” bazen de “müşteki/katılan” olma rolü düşmektedir. Elbette mahkemeler bilinçsiz ergen cinselliği, çeşitli ruh hastalarından muzdarip olanların takipsiz ve kontrolsüz gebelikleri¹¹ ya da toplumsal değer yargılarının yerindeliği hususunda tartışma yapılacak yerler değildir. Ancak bu bizi, konunun bir tarafıyla da bir toplum sağlığı sorunu olduğunu belirtmekten geri bırakamaz. Zira psikotik sebeplerden kaynaklanan infandisid ve neonatisid vakaları; planlı-takipli gebelik, hastane doğumu, sağlık personelinin dikkati, aile desteği¹² vb. ile belli ölçüde öngörülebilir ve engellenebilir ölümlerdir¹³.

Bu tip vakalar ele alınırken, hem bebeğin “miadında sağ doğum” olduğunun otopsi yoluyla tespiti hem de TCK 32 ve 34. maddeler uyarınca yapı-

¹⁰ Yargılamaya yansıyanlar da bir şekilde kayıtlara geçirilebilmiş olanlardır. (Foto Özdemir/ Evinç, s. 202).

¹¹ Yapılan çalışmalarda psikiyatrik hastalığı olan kadınların gebeliklerinin yaklaşık %50’sinin plansız gebelik olduğu saptanmıştır. Bu sebeple akıl hastalıklarından muzdarip olanlarda üreme sağlığı konusunda bilgilendirme ve yönlendirme de önem taşımaktadır. Bu yönde bkz. Semra Enginkaya/ Neslihan Kılıç/ Armağan, Özdemir/ Emre Çırakoğlu/ Nesrin Buket, Tomruk, “Perinatal Psikiyatride Üreme Sağlığı Danışmanlığında Psikiyatri Ekibinin Rolü”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.83; Özkan, Özdamar/ Onat, Yılmaz / Hacer Hicran, Beyca / Murat, Muhcu, “Gebelik ve Postpartum Dönemde Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar”, Zeynep Kâmil Tıp Bülteni, Cilt: 45 Sayı: 2, 2014, s. 75.

¹² Örnek bir olayda; doğumdan sonraki 6. günde; kulağına sesler gelmesi, kötü kokular duyma, kendisine ve ailesine zarar verileceği ve büyü yapıldığına dair düşünceler ile hastane başvurusu olan anne, ilaç tedavisi başladıktan sonra evine gönderilmiş, sosyal desteği iyi olmadığı ve bebeğine yalnız bakmak zorunda kaldığı için 7. günde kulağına gelen sesler doğrultusunda bebeğini balkondan aşağı atmıştır. Olgu detayları için bkz. Gamze, Akçay/ Selma, Bozkurt Zincir/ Duygu Kübra, Göçmen Yiğit, “Maternal İnfantisidile Sonuçlanan Postpartum Psikoz: Olgu Sunumu”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.81-82.

¹³ Turan, Tunç/ Ali, Bülbül / Ahmet, Karadağ/ Barbaros, Özdemir/ Okan, Özcan, “Öngörülebilir ve Önlenilebilir Bir Trajedi: Psikotik Annenin Neonatisid Eylemi (Editöre Mektup)”, Türk Pediatri Arşivi, Cilt: 44; Sayı: 3, 2009, s.111.

lacak adli psikiyatri değerlendirmeleri dolayısıyla tıp biliminin yol göstericiliği esas olacaktır. Hukuk uygulamacısı açısından önemli olan postpartum ruhsal süreçler hakkında bir farkındalık sahibi olunması ve gerekli durumlarda failin ceza sorumluluğu belirlenirken bunun dikkate alınmasıdır.

I. PSİKİYATRİK BİR TANI OLARAK POSTPARTUM PSİKOZ

Psikiyatri alanındaki çalışmalarda postpartum psikoz, klinik şiddeti açısından annelik hüznü (*maternity/postpartum blues*) ve doğum sonrası depresyon (*postpartum depression*) tablolarından ayrılmaktadır. Doğumu takip eden günlerde (3-5 gün); uykusuzluk, yorgunluk, konsantrasyon güçlüğü, ağlama hali, sinirlilik ile kendisini gösteren ve “annelik hüznü” olarak isimlendirilen durum, nispeten kısa süreli olup (2 hafta kadar) kendiliğinden geçebilmektedir. Yaygın bir sorun olmakla birlikte annenin bebeğe bakım vermesini etkilemez ve ilaç tedavisi gerektirmez. Anne ve bebek açısından risk oluşturmadığı söylenebilir¹⁴. Ancak bu belirtilerin devam etmesi durumunda postpartum depresyona geçiş olabileceği kabul edilmektedir¹⁵.

Postpartum depresyon, doğumdan sonraki 2-3. haftadan sonra sinsi şekilde başlayıp 1-2 yıla kadar uzayabilir. Majör depresyon belirtileri ile benzeşmekte olup annede; yalnızlık ve çaresizlik hissi, bebeğe karşı aşırı ilgisizlik veya aşırı endişelilik, bebeğe yetememe düşünceleri mevcuttur¹⁶. Diğer depresyonlardan farklı olarak psikotik belirtilerin daha sık görülebildiği bir durumdur¹⁷. Ancak annelik hüznü ve postpartum depresyon; genellikle kasten öldürme suçu ve ona bağlı ceza sorumluluğu ile ilişkilendirilebilecek klinik vakalar olarak ele alınmamaktadır¹⁸.

¹⁴ Melike, **Ceylan**, “Kadınlarda Görülen Postpartum Değişimlerin Kusurluluk Açısından Değerlendirilmesi” Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:12, Sayı: 66, s.682.

¹⁵ Cebrail, **Kısa**/ Çiğdem, **Aydemir**/ Aydın, **Kurt**/ Sema, **Gülen**/ Erol, **Göka**, “Doğum Ardı Psikoz Tanısı Konulan Hastaların Uzun Süreli İzlemi”, Türk Psikiyatri Dergisi, Cilt:18, Sayı: 3, 2007, s.224; Meryem Yaren, **Yavuz**/ Çiğdem, **Bilge**, “Annelik Hüznünden Postpartum Depresyon ve Psikoza”, Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı: 1, 2022, s.2; Fisun, **Akdeniz**/ Ali Saffet, **Gönül**, “Kadınlarda Üreme Olayları ile Depresyon İlişkisi”, Klinik Psikiyatri, Cilt:7, Sayı:2, 2004, s. 72; Özgür, **Erdem**/ Yasin, **Bez**, “Doğum Sonrası Hüznü ve Doğum Sonrası Depresyon”, Konuralp Tıp Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 1, 2009, s. 33; Birsen, **Kocamanoğlu**/ Ahmet Rıfat, **Şahin**, “Postpartum Psikiyatrik Bozukluklar”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Cilt:12, Sayı: 3, 2011, s.227.

¹⁶ **Erdem**/ **Bez**, “Doğum Sonrası Hüznü ve Doğum Sonrası Depresyon”, s. 35.

¹⁷ **Kocamanoğlu**/ **Şahin**, s. 229.

¹⁸ Elif Almıla, **Kökdemir**, “Ceza Hukukunda Doğum Sonrası Psikozun Kusurluluğa Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:188, 2018, s.3768.

Postpartum psikoz ise doğum sonrası ortaya çıkabilecek psikiyatrik bozuklukların en şiddetli ve tehlikeli olanıdır. Genellikle doğumu takip eden 2 hafta içerisinde başlar ancak başlangıç 3 aya kadar uzayabilir. Vakaların %80'inde belirtilerin ilk bir ay içinde ortaya çıktığı söylenmektedir. Doğum sonrası psikozda klinik tabloya hezeyanlar, halüsinasyonlar ve sanrılar inançlar hakimdir¹⁹. Annenin doğan çocuğun aslında kendi çocuğu olmadığı, hatta doğumu bile kendisinin yapmadığı, bebeğin kusurlu veya ölü doğduğu, acılar çektiği/gelecekte acılar çekeceği, bebeğin içine şeytan girdiği vb. düşünceleri, bebeği ve kendisini öldürerek acılara son verebileceğini söyleyen sesler duyma şeklinde varsanırları olabilir²⁰. Bu sebeple postpartum psikozda annenin kendisine ve bebeğine zarar verme eğilimi vardır. Öyle ki doğum sonrası psikozlarda bebek öldürme oranı %4 olarak bildirilmiştir²¹. Keza doğum sonrası intihar girişimlerinde de en önemli sebep postpartum psikoz olarak değerlendirilmektedir²². Aslında genel popülasyonda oldukça nadir görülen (1000 doğumda yaklaşık 1-2 oranında) postpartum psikoz, sebep olabileceği dramatik sonuçları itibarıyla hızla önlem alınması gereken, yatakli bir serviste takibi önerilen psikiyatrik acillerden biri olarak kabul edilmektedir²³.

Postpartum psikozun net bir sebebi yoktur. Gebelikle birlikte ciddi şekilde yükselen progesteron ve östrojenin doğum sonrasında ani bir düşüş gerçekleştirmesi²⁴ ve doğumla birlikte bozulan sirkadiyen ritimin psikozu tetikleyip olabileceği yönünde görüşler mevcuttur²⁵. Psikiyatri alanında yapılan çalışmalar; annede (veya annenin birinci derece akrabalarında) bipolar bozukluk veya şizofreni öyküsü bulunmasının postpartum psikoz için kuv-

¹⁹ Mehmet Emin **Demirkol**/ Ayşegül **Kızıltoprak**/ Şilan, **Şenbayram**, "Postpartum Psikoz", Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Cilt: 27, Sayı:2, 2018, s.206.

²⁰ **Demirkol**/ **Kızıltoprak**/ **Şenbayram**, s. 210-211; Özgür, **Erdem**/ Yasin, **Bez**, "Doğum Sonrası Psikoz", Konuralp Tıp Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2014, s. 75; **Yavuz**/ **Bilge**, s.6; **Ceylan**, s.684.

²¹ **Erdem**/ **Bez**, "Doğum Sonrası Psikoz", s. 75.

²² Ümit Ünüvar, **Atılmış**/ İbrahim, **Üzün**/ Şafak, **Taktak**/ Tansev, **Boran**, "Doğum Sonrası İntihar: Olgu Sunumu", Adli Tıp Bülteni, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 25; **Erdem**/ **Bez**, "Doğum Sonrası Psikoz", s. 74.

²³ **Demirkol**/ **Kızıltoprak**/ **Şenbayram**, s.207-210; İsmet **Kırpınar**/ Ali, **Çayköylü**/ İrfan **Çoşkun**/ Hüsamettin, **Özer**, "Postpartum Psikoz Gelişen Kadınların Demografik ve Klinik Özellikleri", Düşünen Adam, Cilt: 9, Sayı:2, 1996, s.36; **Erdem**/ **Bez**, "Doğum Sonrası Psikoz", s. 75. **Yavuz**/ **Bilge**, s.6.

²⁴ **Demirkol**/ **Kızıltoprak**/ **Şenbayram**, s. 209; **Erdem**/ **Bez**, "Doğum Sonrası Psikoz", s. 74.

²⁵ **Demirkol**/ **Kızıltoprak**/ **Şenbayram**, s. 210.

vetli bir risk faktörü olduğunu göstermektedir²⁶. Keza ilk gebeliklerin postpartum psikoz açısından daha riski olduğu da olduğu bilinmektedir²⁷. Ayrıca postpartum süreç dışında herhangi bir psikiyatrik hastalığı olmayan annelerde de geçirilmiş önceki bir postpartum psikozun, sonraki doğumlarda psikotik atak açısından risk faktörü olduğu saptanmıştır²⁸.

Literatürde postpartum ruhsal bozuklukların özgün tanı alması gereken bir kategori mi olduğu yoksa mevcut tanı kriterleri içerisinde mi değerlendirilmesi gerektiği de tartışılmıştır²⁹. Bazı yazarlar ayrı bir tanı alması gerektiğini savunurken, diğerleri mevcut tanı kategorileri için doğumla başlaması dışında (duygudurum bozuklukları ya da şizofrenik psikozların bir atağı) bir fark olmadığını kabul etmişlerdir³⁰. Günümüzde ağırlıklı eğilim var olan tanı kategorileri içerisinde değerlendirme yapma yönündedir³¹. Postpartum dönemde psikotik atakla gelen hastaların ilerleyen süreçte devam edecek olan bir bipolar bozukluk varyantı olduğu ya da postpartum psikoz epizotlarının zaten mevcut bir bipolar bozukluğun yansımaları olduğuna dair bir görüş mevcuttur³². Bir başka yaklaşım ise postpartum psikoz ile başvuran hastalara sonuç olarak ilerleyen süreçte daha çok şizofreni tanısı konulduğunun altını

²⁶ Demirkol/ Kızıltoprak/ Şenbayram, s.208; Erdem/ Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 75. Yavuz/ Bilge, s.6; Kırpınar/ Çayköylü/ Coşkun/ Özer, s.37.

²⁷ Demirkol/ Kızıltoprak/ Şenbayram, s. 208; Erdem/ Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 74.

²⁸ Bu gerçeğe rağmen yapılan bir araştırmada postpartum psikoz hastalarının tekrar doğum yaptığı ve bir kısmında hastalıklarının yinelediği gösterilmiştir. (Demirkol/ Kızıltoprak/ Şenbayram, s. 208; Erdem/ Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 74)

²⁹ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.224.

³⁰ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.224.

³¹ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.227-228.

Nitekim psikiyatrik tanı sistemlerinde postpartum ruhsal bozuklukların, ayrı bir klinik tanı olarak yer almadığı, DSM-IV’te postpartum kavramının sadece kısa psikotik bozukluk, bipolar bozukluk ve majör depresif bozukluk için doğumdan sonraki 4 hafta içinde başlaması durumunda başlangıç belirleyicisi olarak yer aldığı, postpartum psikozun ise başka türlü adlandırılmayan psikotik bozukluklar başlığı altında ele alındığı belirtilmektedir. (Kırpınar/ Çayköylü/ Coşkun/ Özer s.36; Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.224).

³² Mustafa, Taştan/ Neslihan, Kılıç/ Armağan, Özdemir/ Emre, Çırakoğlu/ Semra, Enginkaya/ Nesrin Buket, Tomruk, “Perinatal Dönemde Yatırılarak Tedavi Gören Olguların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.82; Demirkol/ Kızıltoprak/ Şenbayram, s.211; Akdeniz/ Gönül, s. 72.

Nitekim bipolar bozukluğu olan kadınların doğumlarında %25 ila 40 oranında doğum sonrası psikoz geliştiği belirtilmektedir. (Bahri, İnce/ Kürşat, Altınbaş, “Postpartum Başlangıç Olup Olmamasına Göre Bipolar Bozukluk Tanılı Kadın Hastaların Klinik Parametrelerinin Değerlendirilmesi”, Genel Tıp Dergisi, Cilt: 31, Sayı:3, 2021, s. 267)

çizmektedir³³. Uzun süreli izlemde postpartum psikozlara batı ülkelerinde daha çok duygudurum bozukluğu; ülkemizde de şizofrenik bozukluk tanısı konulduğu belirtilmiştir³⁴.

Özetleyecek olursak; postpartum psikoz annede zaten mevcut bir hastalığın atak durumuna geçmesi³⁵ şeklinde olabileceği gibi doğum sonrası başlayan ani bir atakla devamlılık kazanan bir hastalık tablosuna da dönüşebilir³⁶. Nitekim postpartum psikoz ile başlayan atağın sonraki dönemlerde doğum söz konusu olmaksızın da %65 oranında tekrarladığı bildirilmiştir³⁷. Tüm bunlara karşın postpartum psikozun erken aşamada (ilk bir ay) uygun bir şekilde tedavi edilmesi durumunda mevcut tabloda kısa süre içinde olumlu iyileşmeler sağlamanın da mümkün olduğu belirtilmektedir³⁸.

II. POSTPARTUM PSİKOZUN HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA FAİLİN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Postpartum psikozun failin ceza sorumluluğuna etkisi “kusur” alanını ilgilendiren bir konudur. Kusur, ceza hukuku literatüründe bugüne kadar iki temel yaklaşımdan hareketle izah edilmeye çalışılmıştır: Psikolojik ve normatif kusur teorisi. Psikolojik teori kusuru; fail ile fiili arasındaki sübjektif ilişki olarak ele alırken, kast ve taksiri de kusurun birer şekli olarak konumlandırmıştır (Klasik suç teorisi)³⁹. Takiben normatif kusur teorisi öne çıkarılmış, kusur failin fiili hakkındaki bir değer yargısı olarak değerlendirilmeye başlamıştır⁴⁰. Nihayetinde kast ve taksir haksızlığın sübjektif birer unsuru olarak ele alınırken kusur tamamen bu alanın dışına itilmiştir (Finalist suç teorisi). Daha güncel kaynaklarda yer verilen ve “post finalist kusur teorisi” olarak isimlendirilen yaklaşımda ise kast ve taksir hem tipikliğin bir unsuru

³³ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.229.

³⁴ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.224, 226.

³⁵ Özdamar/ Yılmaz/ Beyca/ Muhcu, s. 71.

³⁶ Kökdemir, s. 3770.

³⁷ Kısa/ Aydemir/ Kurt/ Gülen/ Göka, s.229.

³⁸ Kocamanoglu/ Şahin, s.228; Demirkol/ Kızıltoprak/ Şenbayram, s.212; Erdem/ Bez, “Doğum Sonrası Psikoz”, s. 76.

³⁹ Kusurun psikolojik yönünü öne çıkarmakla birlikte normatif bir tarafı da olduğu yönündeki görüşü için bkz. Timur, **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s. 407.

⁴⁰ Kasta dayalı sorumlulukta psikolojik teorisinin yeterli olduğu ancak taksire dayalı sorumluluk için normatif teoriden yararlanılması gerektiği yönünde bkz. Kayıhan, **İçel**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2023, s.422-423.

hem de kusura dayalı cezanın belirlenmesinde etkili bir unsur olarak “çifte fonksiyonlu” yapısıyla ele alınmaktadır⁴¹.

Kusur bakımından farklı yaklaşımlar bulunsa da literatürde kusur yeteneği (isnat yeteneği) genellikle “algılama yeteneği” ve “irade yeteneği” olmak üzere iki ana unsur üzerinden değerlendirilmektedir⁴². Algılama yeteneği; insanın çevresel olgular hakkındaki muhakeme kabiliyetidir. İrade yeteneği ise davranış normlarına aykırı olduğu bilinen fiilin hayata geçirilmesine yönelik seçimdir. Bu şekilde tespit edilecek olan kusurun mutlaka failin “fili işlediği an” bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırılık değerlendirmesi ise tipiklik alanında kalan ve kusurdan bağımsız bir yargıyı ifade etmektedir⁴³.

Kusurluluğu etkileyen hallerden TCK’nın öngördüğü sistem içerisinde konumuzla ilgisi olması itibarıyla “akıl hastalığı (TCK 32)” ve “geçici nedenler (TCK 34)” üzerinde durulacaktır. TCK kusur yeteneğini etkileyecek akıl hastalıklarını sayma yöntemi ile sınırlamamış bunun değerlendirmesini tıp bilimine bırakmıştır⁴⁴. Fakat kusur yeteneğine etkisi bakımından akıl hastalıkları için ikili bir ayırım yapmıştır. Akıl hastalığı kişinin, “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ortadan kaldırıyorsa” veya “bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli derecede azaltıyorsa” TCK 32/1 uyarınca bu kişilere ceza verilmeyecek ama güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Ancak akıl hastalığı kişinin algılama yeteneğini etkilememekle beraber “işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azaltıyorsa” TCK 32/2 uyarınca hâkim cezada indirim yapabilecek ve bu cezanın kısmen veya tamamen, güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verebilecektir. Akıl hastalığının kişi üzerindeki etkisinin TCK 32/1 ve 32/2 fıkraları kapsamında hangisine denk düştüğünü belirleyecek olan da

⁴¹ Bu yöndeki görüşleri için bkz. Veli Özer, **Özbek/ Koray, Doğan/ Serkan, Meraklı/ Pınar, Bacaksız/ İsa, Başbüyük**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s. 371; Murat Volkan, **Dülger**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2023, s. 597. Benzer yönde Bahri, **Öztürk/ Mustafa Ruhan, Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2024, s. 312.

⁴² **Demirbaş**, s. 384; **Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük**, s. 373; **Öztürk/ Erdem**, s. 315. İsmail, **Çınar**, Ceza Hukukunda Ön Kusurluluk, Ankara, 2024, s. 42. Kusurun unsurlarını “haksızlık bilinci” ve “beklenebilirlik” olarak ele alan yaklaşımı için bkz. **Dülger**, s. 598-600.

⁴³ İzzet, **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s.462-469; Mahmut, **Koca/ İlhan, Üzülmüş**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024, s. 312-319; **Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük**, s. 374; Hamide, **Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, s. 447.

⁴⁴ **Yılmaz**, s. 746.

hekimlerdir⁴⁵. Cezaların aksine güvenlik tedbirlerinin uygulanması kusura bağlı değildir. Fail fiili sebebiyle kınanamasa da toplum bakımından arz ettiği tehlike dikkate alınarak hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir⁴⁶.

TCK'nın 34. maddesinde ise “geçici nedenler” ve alkol veya uyuşturucu maddenin kusur üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Konumuz açısından maddenin alkol veya uyuşturucu madde etkisine yönelik bölümü değil, geçici nedenlere ilişkin yaklaşımı önemlidir. Buna göre;

“(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz”.

Geçici nedenler literatürde; akıl hastalığı gibi “devamlılık” göstermeyen⁴⁷, bu neden ortadan kalktıktan sonra failin eski haline döndüğü ama fiili işlediği sırada kişinin algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyen haller olarak ele alınmaktadır⁴⁸. Yani kişinin “geçici bir süre” fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği “önemli derecede” azalmış ise kişiye ceza verilmeyecek, akıl hastalığından farklı olarak içinde bulunduğu “geçici” durumun toplum açısından tehlikelilik yaratmaması sebebiyle güvenlik tedbiri de uygulanmayacaktır⁴⁹. Buna karşılık “geçici neden” kişinin, fiilinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini “önemsiz derecede” azaltıyorsa fail cezalandırılacaktır. Bu olasılıkta failin içinde bulunduğu durum ancak somut cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınabilecektir⁵⁰. Bu durum haklı olarak öğretilde eleştiri konusu yapılmış ve failin davranışlarını yönlendirme yeteneği-

⁴⁵ İçel, s. 434; Koca/ Üzülmüş, s. 327-331.

⁴⁶ Koca/ Üzülmüş, s. 575; Dülger, s. 1028.

⁴⁷ Muhammed Emin, Boylu/ Hüseyin Çağrı, Şahin/ Fatma Nuray, Cansunar, “Türk Ceza Kanunu “Madde 34/1” Kapsamında “Geçici Bir Neden” Olarak Değerlendirilen Vakaların Adli Psikiyatrik Açısından İncelenmesi”, Adli Tıp Dergisi, Cilt:37, Sayı: 2, 2023, s. 69.

⁴⁸ Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 396; Dülger, 614; Yerdelen, s. 17.

⁴⁹ Sinan, Bayındır, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, İstanbul, 2016, s. 19; Boylu/ Şahin/ Cansunar, s. 72; Yerdelen, s. 34.

⁵⁰ Koca/ Üzülmüş, s. 332-333. Benzer yönde Bayındır, s. 19; Zafer, s. 456.

nin azaldığı hallerde hâkime cezada indirim yapma hususunda takdir yetkisinin tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁵¹.

Madde metninde ayrıca belirtilmiş olmasa da geçici nedenin ceza sorumluluğu üzerinde etkili olabilmesi için (alkol veya uyuşturucu kullanımında olduğu gibi) failin bu nedenin ortaya çıkmasına kendi kasti veya taksirli fiiliyle sebebiyet vermemiş olması gerekir (*actio liberae in causa*)⁵². Postpartum ruhsal hastalıklar bakımından bu kriterin önem taşımadığı, doğumun (bazı risk faktörleri bulunsa da rastlantısal olarak) tetiklediği psikiyatrik koşulların oluşumunda annenin bir kabahati olmadığı belirtilmektedir⁵³.

Literatürde geçici nedenlere örnekler verilirken; uyku hali⁵⁴, uyurgezerlik (parasomni), ateşli hastalık, ensefalit (beyin iltihabı), deliryum⁵⁵, hipnotik telkin altında olma, zehirlenme⁵⁶, epilepsi nöbeti⁵⁷, diyabet (hipoglisemi) ve

⁵¹ **Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük**, s. 397; **Yerdelen**, s. 34.

Özgenç bu sebeple 34. maddede şöyle bir düzenleme yapılmasını önermektedir. “(1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan kişiye ceza verilmez. Belirtilen nedenlerle işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişinin cezasında, iradesinin etkilenmişlik durumu dikkate alınarak indirim yapılır veya bu kişiye ceza verilmez.

(3) Lohusalık dönemindeki annenin bu dönemin etkisi altında yeni doğan çocuğunu terk etmesi, yaralaması veya öldürmesi halinde, verilecek cezada üçte birine kadar indirim yapılır. Ancak verilecek sonuç ceza, çocuğun öldürülmesi halinde on yıldan, yaralanması halinde, dört yıldan fazla olamaz.” (İzzet, **Özgenç**, “Terk Suçu Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 9.11.2022 tarihli ve E. 2020/466, K. 2022/709 sayılı Kararına Konu Olan Olayla İlgili Hukuki Değerlendirmeler” (Terk Suçu), s.19-20, <https://izzetozgenc.com>); **Özgenç**, s. 493.

⁵² **Öztürk/ Erdem**, s. 321; **Koca/ Üzülmaz**, s. 333; **Zafer**, s. 456.

⁵³ **Yerdelen**, s. 18.

⁵⁴ 34. maddenin gerekçesinde “Yine yatağında bebeğini emzirdiği sırada uykuya dalan anne, uykudayken bebeğin havasızlıktan dolayı ölümüne neden olabilir. Bu durumda ölüm olayının gerçekleştiği anda anneye izafe edilecek bir fiil bulunmamaktadır. Yani, uyku hâlinde iken kişi hareket yeteneğini yitirmektedir. Ancak, annenin bu ölüm neticesinden dolayı sorumluluğunu belirlerken, uyku hâlindeki davranışlarını değil, uykuya geçmeden önceki dönemde gerçekleştirdiği davranışları göz önünde bulundurmak gerekir. Anne, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak, emzirmek üzere bebeğini yatağına almış ve bu esnada uykuya kalmıştır” denilmiştir.

⁵⁵ Deliryum, özellikle hastane yatışlı (ve özellikle yaşlı) hastalarda görülen ani şekilde başlayıp psikomotor davranışlarda bozulma ile belirgin hale gelen bir tablodur. Bir hastalık değil, klinik bir sendrom olarak ele alınmaktadır. (Ender, **Kaya/ Sinan, Sönmez/ Fatma, Barlas**, “Deliryum”, Okmeydanı Tıp Dergisi, Cilt:29, Sayı: Ek 2, 2013, s.70).

⁵⁶ 34.maddenin gerekçesinde “Örneğin, kimyasal madde üretiminin yapıldığı bir tesiste çalışan kişiler, kimyasal maddelerden yayılan kokunun etkisinde kalarak, geçici bir süre algılama ve irade yeteneğini tümüyle yitirmiş olabilir. Bu gibi durumunda, kusur yeteneğinin olduğundan söz edilemez” denilmiştir.

⁵⁷ Epilepsi (sara) krizini akıl hastalığı olarak ele alan görüşü için bkz. **Demirbaş**, s. 396.

doğum sonrası psikozlar örnek gösterilmektedir⁵⁸. Madde gerekçesinde de “Kişinin algılama yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldirabilmektedir” denilmiştir.

Bununla birlikte uygulamada, TCK 34/1 bağlamında “geçici nedenler” (alkol veya uyuşturucu madde kullanımları da çoğunlukla iradi olduğundan 34/2 kapsamında kalmaktadır) son derece kısıtlı sayıda vakada gündeme gelmektedir. Nitekim bir çalışmada İstanbul Adli Tıp Kurumu’na 2013-2022 yılları arasında rapor talebiyle gönderilen vakalardan sadece 8 tanesinde TCK 34 kapsamında değerlendirme yapıldığı bildirilmiştir. Bunlardan da üçü epilepsi, ikisi ensefalit, biri hipoglisemi, biri deliryum ve biri de parasomni vakası olmuştur⁵⁹. Bunlar için rapor talebinde bulunulurken de mah-

⁵⁸ Boylu/ Şahin/ Cansunar, s. 66; Koca/ Üzülmüş, s. 332.

⁵⁹ Boylu/ Şahin/ Cansunar, s. 65.

Bu tip örnek olayların nadirliği sebebiyle vakalar hakkında kısa bir bilgi aktarmanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

1. vakada; epilepsi tanısı olan hasta nöbet geçirmesi üzerine çağrılan 112 ekiplerine saldırmıştır. Bu vakanın “Epilepsi-Postiktal Eksitasyon” sebebiyle (nöbet sonrası taşkınlık durumu) TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

2. vakada; epilepsi tanısı olan hasta yoğun bakım ünitesinde takip edilirken 3. gün uyandığında doktora hakaret etmiştir. Bu vakanın “Epilepsi-Postiktal Konfüzyon” sebebiyle (nöbet sonrası bilinç bulanıklığı) TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

3. vakada; 15 yıldır berberlik yapan epilepsi hastası nöbet geçirmesi sonrası müşterisini ustura ile boynundan yaralamıştır. Bu vakanın “Epileptik Nöbet-Psikotik Tablo” tanısıyla sebebiyle TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

4. vakada; iki gün yoğun bakım ünitesinde tedavi gören hasta, uyandırılması sonrası yoğun bakım ünitesinin camlarını kırmış ve personele şiddet uygulamıştır. Bu vakanın “Ensefalit” tanısıyla TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

5. vakada; hipertansiyonu olan ve aracıyla giderken beş arabaya ve bir evin duvarına çarparak duran hastanın “Hipertansif Ensefalopati (beynin çalışmasında herhangi bir problem sonucu ortaya çıkan bozukluk)” sebebiyle TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

6. vakada; diabetes mellitus tanısı olan ve dört yıldır insülin kullanan kişi aracıyla seyir halindeyken birden hızlanarak yoldan geçmekte olan birkaç araca ve şahsa çarparak durmuştur. Olay sonrası ölçülen kan şekeri düzeyinin 44 olduğu görülmüştür. Bu vakanın “hipoglisemi” sebebiyle TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

7. vakada; COVID-19 nedeniyle yoğun bakım ünitesinde yatan hasta aniden damaryolunu çıkartarak bağırırmaya başlamış, herkesin kendisini öldürmeye çalıştığını, herkesin kendisiyle uğraştığını ifade eden sözler söylemiş ve çalışanlara hakaret etmiştir. Bu vakanın “deliryum” sebebiyle TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

8. vakada; parasomni nedeniyle takipli olan hasta bir alt katında oturan komşusunun evine girmiş, komşusunun uyanması üzerine yakalanmıştır. Bu vakanın “parasomni” sebebiyle TCK 34/1 kapsamında olduğu değerlendirilmiştir. (Boylu/ Şahin/ Cansunar, s. 68-69)

kemelerin daha çok TCK 32 kapsamında görüş istediği ancak değerlendirmenin TCK 34'ü de kapsayacak şekilde yapıldığı saptanmıştır⁶⁰.

Konumuz bakımından önemli olan postpartum ruhsal bozuklukların nasıl değerlendirileceği hususudur. Postpartum dönemde ortaya çıkabilen ruhsal bozuklardan “postpartum psikoz” yukarıda (I) numaralı başlık altında açıkladığımız klinik tablo karşısında failin hem algılama hem de irade yeteneğini etkileyen⁶¹ ve kanaatimizce esasen TCK 32 kapsamında değerlendirme konusu yapılabilecek bir haldir⁶². Zira postpartum psikozun, doğumla tetiklenerek doğumdan birkaç hafta sonra ortaya çıksa da orta vadeli gözlem sonucunda genellikle şizofrenik ataklar ya da bipolar bozukluk ile ilişkilendirilebildiği anlaşılmaktadır. Tedaviye olumlu yanıtlar alınabilse de klinik tablonun TCK 34 bağlamında “geçici neden” olarak ele alınması mümkün görünmemektedir. Zira bir ruhsal bozukluğun akıl hastalığı olarak ele alınabilmesi için etkilerinin ömür boyu ya da çok uzun yıllar sürmesi de gerekmemektedir. Annenin TCK 32 çerçevesinde ele alındığı durumlarda ceza sorumluluğunun hem azaldığını hem de bütünüyle ortadan kalktığını kabul etme imkânı doğmaktadır. Ancak TCK 34 kapsamında yapılan değerlendirmelerde ceza sorumluluğu ya tamamen mevcut ya da bütünüyle kalkmış kabul edilecektir⁶³.

Postpartum depresyon tanısının bir suçla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği net değildir. Postpartum psikoz kadar ağır bir tablo sergilemese de failin algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini azabileceğini belirtenler bulunmaktadır⁶⁴. Literatürde “psikotik özellikli depresyon” ataklarında yaşanan infandisid olaylarında da ceza sorumluluğunun ortadan kalktığını

⁶⁰ **Boylu/ Şahin/ Cansunar**, s. 66.

⁶¹ Alman hukukunda kusuru algılama yeteneği bağlamında etkileyen haller “kusurluluğu ortadan kaldıran haller”, irade yeteneği bağlamında etkileyen haller ise “mazeret nedenleri” olarak ayrıma tabi tutulabilmektedir. Bu hususta bkz. **Çınar**, s. 77.

⁶² Yerdelen de süreklilik arz edecek bir akıl hastalığı vasfı taşıması halinde TCK 32 kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir. (**Yerdelen**, s. 15, 26, 35). Keza aynı şekilde Meraklı da bu rahatsızlığın esasında bir psikoz olmasından hareketle aynı kanaattedir. (Serkan **Meraklı**, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, 2024, s. 371-372, 377). Yine benzer yönde görüşler için bkz. **Kökdemir**, s. 3774; Burhan **Demir**, Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994, s.31; Fatmanur, **Yağcı Çetin**, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, Ankara, 2022, s. 68.

⁶³ Lohusalığın bitmesiyle geçici nedenin de ortadan kalkacağı yönündeki yukarıda anlattığımız gerekçelerle katılmadığımız bir görüş için bkz. Didem, **Durmaz**, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Etkileyen Geçici Nedenler, Ankara, 2025, s. 112-114.

⁶⁴ **Ceylan**, s.685.

savunanlar bulunmaktadır⁶⁵. Postpartum süreçteki tanılar arasında geçişkenlik olabileceğinden bu husus sadece adli rapor ile belirlenebilir. Hatta bir görüşe göre infandisid vakalarında mutlaka failin kusur yeteneği hususunda rapor aldırılması gerekir⁶⁶. Özgenç de postpartum ruhsal bozukluklar bakımından bir ayırım yapmaksızın lohusalık döneminde annenin bebeğini terk etmesi, yaralaması veya öldürmesi durumlarında, lohusalığın davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerindeki etkisi bakımından rapor alınması gerektiğini belirtmiştir⁶⁷.

Postpartum ruhsal bozuklukların belli bir süre sonra akut dönemdeki etkisinin ortadan kalkabilecek olması sebebiyle “sıfır noktasında” yani suçun işlendiği ana en yakın zaman diliminde failin psikiyatrik tablosunun değerlendirilmesi son derece mühimdir⁶⁸. Bu değerlendirmenin Adli Tıp Kurumu randevu usulünde hızlıca yapılamaması sebebiyle imkanlar ölçüsünde lokal tam teşekküllü hastanelerde faili CMK 74 uyarınca gözlem altına alma yoluna gidilmesi uygun bir seçenek olarak görünmektedir.

III. NEONATİSİD VAKALARI VE POSTPARTUM RUHSAL BOZUKLUKLARA UYGULAMANIN BAKIŞI

Neonatisid (bebeğin anne tarafından hemen doğum akabinde ya da ilk 24 saat içinde öldürülmesi) vakalarının büyük bir bölümünde motif; evlilik dışı bir ilişki sonucu meydana gelen ve gizli tutulan bir gebeliğin sonunda, bebeğin hastane dışı bir ortamda dünyaya getirilmesi ve hemen doğum sonrasında anne tarafından bir yere terk edilmesi ya da çeşitli şekillerde ölümüne sebebiyet verilmesidir⁶⁹. 765 sayılı TCK’nın 453. maddesinde “*Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde kasten öldürmeye nazaran daha az ceza öngören bir düzenleme bulunmakta idi⁷⁰. 5237 sayılı TCK’da bu düzenlemeye yer verilmemiş aksi-

⁶⁵ Cana Aksoy Poyraz/ Neşe Kocabasoğlu/ Numan Konuk, “Psikotik Özellikli Depresyonun Adli Boyutu”, Journal of Mood Disorders, Cilt: 2, Sayı: 4, 2012, s. 183.

⁶⁶ Yerdelen, s. 33.

⁶⁷ Özgenç, Terk Suçu, s.18-19.

⁶⁸ Birdal, s. 96; Yerdelen, s. 34.

⁶⁹ Foto Özdemir/ Evinç, s. 203.

⁷⁰ Literatürde bu maddenin sadece suçun “şeref kurtarmak saikiyle” işlenmiş olması halinde uygulanabileceği bundan başka saiklerle, örneğin çocuğun mirasçı olmasını engellemek, hatta hilkat garibesini yok etmek gibi saiklerle işlenmesi halinde uygulanamayacağı belirtilmekteydi. Bu düzenlemeye dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demir, s.32.

ne kendi bebeğini öldüren annenin nitelikli kasten öldürme suçundan (TCK 82/1-d, e) sorumlu tutulmasının yolu açılmıştır⁷¹. Neonatisidin “şeref saiki” dışında en ilginç görünümünden biri de “fark edilmeyen gebelik” iddiasıdır. Adet düzensizliği olan ergen ve yetişkinlerde; ıkınma hissiyle tuvalete gidildiğinde doğum yapılması ya da karın ağrısı şikayetiyle acile başvurduğunda gebeliğin fark edilmesi şüphe ve şaşkınlıkla karşılanan vaka türleridir⁷². Diğer bir ilginç tablo da “gebelik inkârı” denilen ve kadının gebeliğe dair her türlü fiziksel değişikliği yaşamasına karşın hezeyanları sebebiyle gebe olduğunu kabul etmemesi durumudur. Bu klinik tabloda kadınlar içlerinde bir şeyin büyüdüğünü fark ettiklerini fakat bunu fetus olarak değil gaz, kist vb. olarak değerlendirdiklerini belirtmektedirler⁷³. Gebeliğin gizlenmesi, fark edilmeyen gebelik ve gebelik inkârı hallerinin neonatisid riskini arttıran faktörler olduğu anlaşılmaktadır⁷⁴. Bu gibi hallerde ani ve beklenmedik bir

Alman Ceza Kanunun 217 maddesinde de “evlilik dışı doğmuş olan çocuğunu doğum sırasında ya da doğumdan hemen sonra özel bir psikolojik durumda iken öldüren” kadınlar için daha az ceza gerektiren bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak bu düzenleme bu tarz bir sosyal ihtiyaç kalmadığı gerekçesiyle 1997 yılında kaldırılmıştır. Bu hususta bkz. **Yerdelen**, s. 28.

⁷¹ Hükümet tasarısının 139.maddesinde “Yeni doğan evlilik dışı çocuğu öldürme” başlıklı “Öldürme fiili, evlilik dışında yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı anası tarafından işlenmiş ise, faile dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Bu maddenin gerekçesinde suçun “*ananın içinde bulunduğu biyolojik ve psikolojik durum, ciddi gerilim ve bunalım nedenleriyle işlenmiş olması*” sebebiyle böyle bir özel düzenlemeye yer verildiği belirtilmiştir.

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>, s.83, 292 (Erişim Tarihi: 15.08.2025) Bu düzenlemede şeref saikine atıf yapılmamış, çocuğun yalnızca evlilik dışı doğmuş olması dikkate alınmıştı. Annenin içinde bulunduğu psikolojik durumun neden sadece evlilik dışı doğumlarda dikkate alınması gerektiği hususu ya da çocuğun sırf evlilik dışı doğmuş olmasının anneyi neden mutlaka psikolojik olarak etki altında bırakacağını kabul edildiği haklı olarak eleştiri konusu edilmiştir. (Türkan Yalçın **Sancar**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, s.23-25).

⁷² Nazan, **Aydın/ Oğuz, Omay/ Esra, Yazıcı/ Melike, Dönmez/ Yüksel, Kıvrak/ Hazal, Yavuzlar Civan/ Özgür Çağla, Cenker/ Hilal, Uslu Yuvacı**, “Fark Edilmeyen Gebelikler: Bir Gözden Geçirme”, Klinik Psikiyatri, Cilt: 20, Sayı: 4, 2017, s. 318-319.

⁷³ **Aydın/ Omay/ Yazıcı/ Dönmez/ Kıvrak/ Yavuzlar Civan/ Cenker/ Yuvacı**, s. 320. Gebelik inkarında üç farklı mekanizmadan söz edilmektedir. 1) Affektif inkar: Anne adayı hamileliğini idrak eder ancak gebelikte birlikte beklenen duygusal ve davranışsal değişiklikleri yaşamaz, tıbbi bakım almaz ve doğum için hazırlanmaz. 2) Yaygın inkâr: Anne adayı gebe olduğunun bilişsel olarak da farkında değildir ve sıklıkla gebeliğe bağlı fiziksel değişimleri anlayamaz ya da mevcut değişimleri yanlış yorumlar (bağırsak hareketi, besin zehirlenmesi gibi). Genellikle tuvalette doğum sonrası görülen neonatisidin bu grup anneler olduğu bildirilmektedir 3) Psikotik inkâr: Gebe fiziksel belirtiler ve gebeliğe bağlı değişimleri olağandışı nedenlere bağlayabildiği, tuhaf anlamlandırmalar ve açıklamalar yapar. Bu hususta geniş açıklama için bkz. **Foto Özdemir/ Evineç**, s. 208.

⁷⁴ **Foto Özdemir/ Evineç**, s. 204.

şekilde üstelik yardım almaksızın doğum yapan gebenin disosiyatif (bölünme, kopma, çözülme) belirtiler yaşayabildiği ve bebeği ölüme terk etme ya da bir yerden atma gibi davranışlar sergilediği üstelik bunları daha sonra hatırlamadığı belirtilmektedir⁷⁵. Beklenmeyen bir doğuma verilen stres tepkisinin akut disosiyasyon şeklinde olduğu durumlarda da failin TCK 34 kapsamında ele alınabileceği belirtilmektedir⁷⁶. Ancak bu açıklamalar neonatisid ve infandisidin her zaman mutlaka psikopatoloji ile açıklanabileceğini hatta açıklamasının zorunlu olduğunu da göstermez⁷⁷. Nitekim Yargıtay uygulamasında bu gibi hallerde her zaman ceza sorumluluğu yönünden rapor alınması yoluna gidilmediği gibi rapor alma yoluna gidildiği durumlarda da Adli Tıp Kurumu nadiren faillerde ceza sorumluluğunu etkileyen bir patoloji tespit etmektedir⁷⁸.

⁷⁵ Foto Özdemir/ Evinç, s. 208; Aydın/ Omay/ Yazıcı/ Dönmez/ Kıvrak/ Yavuzlar Civan/ Cenker/ Yuvacı, s. 322.

⁷⁶ Aydın/ Omay/ Yazıcı/ Dönmez/ Kıvrak/ Yavuzlar Civan/ Cenker/ Yuvacı, s. 328.

⁷⁷ Erdem/ Çeltik/ Diken, s.156.

Her infandisid olayı belli ölçüde sarsıcı olsa da bazıları gerçekleşme biçimi gereği hayatın olağan akışı ve insanın algı gücünün sınırları dışında kalmaktadır. Basına da yansımış olan bir olayda mahkeme kararında yer alan bilgiler şu şekildedir: Biri iki yaşında, biri de 25 gün önce doğmuş iki erkek çocuğu bulunan sanık annenin bilinen bir psikiyatrik hastalığı yoktur. Sanık maddi sıkıntıları sebebiyle yardımlarla geçindiklerini, eşinin çocuklara karşı ilgisiz olduğunu, kendisine sık sık çocukları için “bakamıyorsan öldür” şeklinde sözler söylediğini belirtmiştir. Olay günü babanın kahvaltıdan sonra koyun otlatmaya çıkması sonrasında bebek ağlamaya başlayınca sanık bebeği sadece bezi kalacak şekilde soyarak yanmakta olan sobanın içine baş aşağı şekilde atmış ve diğer oğlunu yanına alarak üvey kayınvalidesinin evine gitmiştir. Üvey kayınvalidesine bebeği sobaya attığını söylemesi üzerine durum fark edilmiştir. Kısmen kömürleşmiş vaziyette sobadan çıkarılan bebeğin otopsisinde sobaya canlıyken atıldığı belirlenmiştir. Annenin CMK 74 uyarınca gözlem altına alınması sonucunda düzenlenen raporda ceza sorumluluğunun tam olduğu, hakkında TCK 32/1, 2 maddelerinin tatbik edilemeyeceği belirtilmiştir. Sanık hakkında TCK 82/ 1-b, d, e uyarınca verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay tarafından TCK 32 uyarınca alınacak raporun “Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesinde müşahedeye tabi tutulduktan sonra, bu Dairece düzenlenecek raporla birlikte 4. İhtisas Kurulundan” alınması amacıyla bozulmuştur. (Boğazlıyan Ağır Ceza Mahkemesinin 08/03/2023 tarih ve E. 2022/49 K. 2023/351 sayılı kararına istinaden yapılan temyiz incelemesi) Yarg. 1 CD T. 21.05.2025 E. 2023/8850, K. 2025/4066. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Söz gelimi bu olayda annenin akıl sağlığı ceza sorumluluğunu hiç etkilemeyecek şekilde yerinde ise bebeğinin hayatını sona erdirmesi biçimini, yerinde değilse Adli Tıp Kurumunun kararını anlamak güçleşmektedir.

⁷⁸ SSÇ ailesinden gizlediği gebelik neticesinde gece saat 02:30-03:00 sıralarında tuvalette tek başına doğum yapmış, sağ doğan bebeğin göbek kordonunu boğazına sıkıca dolayıp düğüm atmak suretiyle öldürdükten sonra bebeği poşete koyarak sokakta bulunan çöp konteynerine atmıştır. Ardından eve dönerek etrafa saçılan kan lekelerini temizlerken kan kaybına bağlı olarak durumu kötüleşince anne ve babası tarafından hastaneye götürülmüş doğum yaptığı burada fark edilmiştir. Adli Tıp Gözlem İhtisas Dairesi bu olayda SSÇ’nin ceza sorumluluğunun tam oldu-

Ceza sorumluluğu yönünden rapor alınması yoluna gidilen durumlarda değerlendirme genellikle TCK 32 ile sınırlı tutulmakta⁷⁹, TCK 34 yönünden talepler reddedilmektedir⁸⁰. Çok istisnai vakalarda Yargıtay'ın failin lohusalık durumunu dikkate alarak ve TCK 34 göndermesi ile bozma yaptığını söylemek mümkündür⁸¹.

ğuna karar vermiş TCK 82/1-d, e maddelerinden kurulan mahkûmiyet hükmü onanmıştır. Yarg. 1 CD T.11.01.2024 E.2022/9918, K.2024/194. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

SSÇ ailesinden gizlediği gebelik neticesinde sabah saatlerinde evin banyosunda gizlice doğum yaptıktan sonra, bebeğin göbek bağıni kendi eli ile koparmış ve canlı doğan bebeği evin banyo penceresinden aşağı yaklaşık 70 cm mesafede bulunan odun yığınlarının üzerine çıplak vaziyette bırakmıştır. Anne, SSÇ'nin uzun süre banyodan çıkmaması üzerine banyo kapısını açtığında, kızının kanlar içinde olduğunu görünce SSÇ annesi ve babası tarafından hastaneye götürülmüştür. Hastanede doğum yaptığının anlaşılması üzerine kolluk ve sağlık ekiplerince olay yerine gidilerek bulunan bebeğin öldüğü belirlenmiştir. ATK, bebeğin ölümünün hipotermi ve göbek kordonunun bağlanmamasına bağlı kanama sonucu meydana gelmiş olduğunu saptamıştır. Bu olayda mahkeme tarafından, SSÇ'nin doğum sonrasında bilincinin açık olduğu ve tanık anne baba ile konuştuğu gerekçesiyle TCK 34 kapsamında rapor tanzimini gerektirir bir durum olmadığı kabul edilmiştir. TCK 32 bakımından tanzim edilen raporda da ATK ceza sorumluluğunun tam olduğunu bildirmiştir. SSÇ bu olayda "olası kastla nitelikli öldürme suçu" sebebiyle cezalandırılmıştır. Yarg. 1 CD T.02.03.2023 E.2022/9706, K.2023/777. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁷⁹ **Yerdelen**, s.11, 26.

⁸⁰ "Sanık müdafinin ... TCK'nun 34. maddesinin uygulanması gerektiğine vesaireye yönelen ve yerinde görülmeeyen temyiz itirazlarının reddiyle" gerekçesiyle TCK 82/1-d, e maddelerinden kurulan mahkûmiyet hükmünün onanmasına dair bkz. Yarg. 1 CD T.25.06.2013 E.2013/1845, K.2013/4609. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

"...hamileliğini kimseye söyleyemediği, olay tarihinde öğlen saatlerinde kimse görmeden aynı köyde bulunan ve kullanılmayan dedesinin evine giderek tuvalette doğum yaptığı, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan tuvaletin 35 metre uzağındaki patika yolun kenarındaki çalılıkların üzerine çıplak olarak attığı", olayda sanık müdafinin TCK 34 uygulanması talebinin reddine karar vermiştir. Yarg. 1 CD T.21/05/2012 E.2012/1116, K.2012/4037. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁸¹ "Sanığın dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine sevk edilerek, suçun işlendiği tarihte bulunduğu lohusalık dönemindeki hormonal bozuklukların işlenen suça bir etkisinin olup olmadığı hususunun araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi" Yarg. 3 CD T.19.10.2015 E.2015/12607, K.2015/28672. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

"Sanık ... kocası askerde iken, ...isimli bir başka kişi ile yaşamaya başlamış, ondan hamile kalmış, daha sonra kocası sanık ...ile barışmış, tekrar resmi nikahlı kocasının evine dönmüş, başkasından hamile kaldığını ona anlatmış... bebeği doğurmak istememiş, hatta bebeğini düşürmek için ağırlık kaldırma ve ilaç kullanma gibi yöntemlere başvurmuşsa da bebek düşmemiştir. Sanık ... olay günü sabaha karşı sancılandığını, tuvalete gittiğinde bebeğin birden düştüğünü, baktığında canlı olmadığını gördüğünü söylemişse de ...bebeğin miadında ve canlı olarak doğduğu, ancak göbek bağıni koparıldığı, daha sonra bağlanmadığından kan kaybı ve şok nedeniyle öldüğü anlaşılmıştır. TCK'nun 34. maddesinde sözü edilen "geçici bir nedenle" tanımına, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozların neden olup olmayacağına tespiti açısından, ...adli tıpça muayenesinin sağlanarak..." Yarg. 1 CD T.16/06/2015 E.2015/18, K.2015/3870. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Yukarıda belirttiğimiz gibi istenmeyen ve gizlenen bir gebelik sonucu yapılan yardımsız doğumlarda en sık karşılaşılan olay paterni bebeğin tek başında hayatta kalması mümkün olmayan تنها bir yere terk edilmesi durumudur. Bebeğin çevresel koşullar sebebiyle ve/veya göbek kordonu bağlanmadığı için öldüğü bu tip durumlarda failin ceza sorumluluğu; icrai/ihmalî fiil, doğrudan kast/olası kast bağlamında çok yönlü olarak tartışılmaktadır. Keza bebeğin bir poşet içerisinde çöpe, dereye vb. atılması durumlarında da tartışma daha çok bebeğin sağ doğum olup olmadığı minvalinde sürdürülmektedir. Bu tip olay örgülerinde özellikle yardım alarak doğum yapan ya da doğum sonrasında yardım alarak bebeği terk eden/defneden failler bakımından otomatik olarak ceza sorumluluğunun sorgulanması gerektiğini biz de düşünmüyoruz. Fakat özellikle fark edilmeyen gebelik ya da gebelik inkârı durumlarında psikotik, disosiyatif detayların bulunması halinde failin, TCK 32/1 ve 32/2⁸² bakımından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Keza gizli bir doğum sonrasında bebeğin yok edilmesi veya gizlenmesine hizmet etmeyecek şekilde herkesçe görülebilecek bir yere atılması⁸³ durumunda da özellikle TCK 34 değerlendirmesinin

⁸² SSÇ ailesinden gizlediği gebelik neticesinde odasında gizlice doğum yapmış, bebeği ve üzerindeki kıyafetleri bir poşete koyarak cami karşısında bir araziye gömmüştür. Adli Tıp Kurumu 6 İhtisas Kurulu bu olayda fail hakkında TCK'nın 32/2 maddesinin tatbikinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Yarg. 1 CD T.09/11/2022 E. 2022/8862, K.2022/8705. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁸³ Ailesinden gizlediği ilişkiden hamile kalan sanık sabah saatlerinde gizlice tuvalette tek başında doğum yapmış ve bebeği doğar doğmaz kendi oturduğu apartmanın balkonundan etrafta bulunanlar tarafından rahatça görülebilecek bir yere atmıştır. Sanık gebe olduğunu bilmektedir ve savunmasında bebeğin elinden kaydığını söylemiştir. Olayda 82/1-d, e maddelerinden kurulan mahkûmiyet hükmü onanmıştır. (Bakırköy 15. Ağır Ceza Mahkemesinin 22.11.2023 tarihli ve E.2023/272, K.2023/461 sayılı kararına istinaden yapılan temyiz incelemesi) Yarg. 1 CD T.17.06.2025 E.2024/3038, K.2025/4823. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Başka bir olayda sanık erkek arkadaşıyla yaşadığı cinsel ilişkiler sonucu gebe kalmış, hamileliğini gizli şekilde sürdürmüş, sancıları başlayınca evin tuvaletinde kendi kendine doğum yapmış ve bebeği evin penceresinden dışarı atmıştır. Otopsi sonucu bebeğin sağ doğduktan sonra pencereden atılması sebebiyle genel beden travmasına bağlı iç kanama ve beyin kanaması sonucu öldüğü belirlenmiştir. Anne kovuşturma aşamasında hamileliğini fark etmediğini, olaydan 5 gün önce gaz ve kabızlık şikayeti ile aile hekimine gittiğini, olay günü tuvalette ıkınırken içinden bir şey çıktığını fark ettiğini, ancak bunun bebek olabileceğini düşünmediğini, göbek kordonunu nasıl kestiğini hatırlamadığını, tuvaletten odasına geçtikten sonra bebeği camdan nasıl attığını da hatırlamadığını belirtmiştir. ATK bu olayda sanığın ceza sorumluluğunu hem TCK 32 hem TCK 34 yönünden ayrı ayrı değerlendirmiş her ikisi bakımından da somut olayda sanığın ceza sorumluluğunu etkileyen bir durum bulunmadığı sonucuna varmıştır. Sanık hakkında 82/1-d, e maddeleri uyarınca verilen müebbet hapis cezasına başkan tarafından sanığın gebeliğini fark etmiş olsaydı başka bir yöntemle sonlandırabileceği ve

önem taşıdığını düşünüyoruz. Bu bağlamda istismar sonucu gerçekleşen gebelikler de özel bir değerlendirmeyi haklı kılabilir⁸⁴.

Postpartum psikoz etkisinde işlenen suçlarda neonatisid tipi olaylardan farklı olarak “şeref saiki” düşüncesi değil annenin hezeyanları etkili olmaktadır. 2016 tarihli bir vakada anne 7 aylık oğlunu su dolu küvete bırakarak banyodan ayrılmak suretiyle ölmesini beklemiştir⁸⁵. Anne yargılama sırasında, bebeğinin sakın bir çocuk olduğunu, 6 yıllık bir evlilik neticesinde dünyaya geldiğini, oğlunu kıyamet habercisi olarak gördüğünü, sesler duyduğunu, yaşadıkları ekonomik sorunlar sebebiyle bebeğin ihtiyaçlarını karşılamama endişesi yaşadığını, öleceğini ve bebeğinin yetimhanede kalacağını düşündüğünü, bu süreçte psikiyatrik tedavi aldığını, olay günü yaşananları tam olarak hatırlamadığını söylemiştir. Anne, bebeğini öldükten sonra su dolu küvetten almış ve yatak odasına götürerek “*seni seviyorum oğlum, yetimhanede büyümene izin veremezdim*” şeklinde bir not bırakmak suretiyle polise kendisi haber vermiştir. Bu vakada Adli Tıp 4. İhtisas Kurulu annenin

yenidoğanı kendi evinin penceresinden atmasının akut ve mental bir çözümler içinde olması dışında bir sebeple açıklanamayacağı gerekçesiyle muhalefet şerhi konulmuştur. Mahkûmiyet kararı BAM ve Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir. (Bakırköy 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 20.12.2022 tarih ve E.2020/359, K.2022/428 sayılı kararına istinaden yapılan temyiz incelemesi) Yarg. 1 CD T.12.05.2025 E.2024/2486, K.2025/3834. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025). Bahsi geçen olayla ilgili olarak basında yer alan bazı haberler için bkz;

<https://www.dha.com.tr/gundem/evde-dogurdugu-bebegini-pencereden-atan-anneye-muebbet-2182374>.

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ecenin-davasi-mahkemeyi-boldu-42194643> (Erişim Tarihi: 15.08.2025)

⁸⁴ Abisinin istismarı sonucu gebe kalan SSÇ, korku sebebiyle bu durumu kimseye söyleyememiş karın ağrısı şikayetiyle gittiği hastane tuvaletinde 6-7 aylık sağ bebek dünyaya getirmiş, kordonu kendi imkanları ile kestikten sonra bebeği poşete koyup tuvalette çöpe bırakmıştır. Otopsi neticesinde bebeğin ölümünün hipotermi ve göbek kordonunun bağlanmamasına bağlı kanama sonucu meydana geldiği belirlenmiştir. SSÇ bebeğin tuvalette aniden doğduğunu, olayın şoku ile ne yaptığını hatırlamadığını ifade etmiştir. Adli Tıp Gözlem İhtisas Dairesi, SSÇ’nin ceza sorumluluğunun olmadığını, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu ise TCK 32/2 kapsamında olduğunu bildirilmiştir. İki rapor arasında çelişki olduğundan Adli Tıp Genel Kurulu’ndan rapor aldırılmış, SSÇ’nin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini azaltacak mahiyet ve derecede “travma sonrası kişilik değişikliği ve depresyon” saptandığı, bu sebeple TCK 32/2 maddesinin tatbikinin uygun olduğu tespitinde bulunulmuştur. SSÇ müdafinin TCK’nın 34. maddesinin gözönünde bulundurulmasına ilişkin itirazları yerinde görülmeyle verilen ceza onanmıştır. Yarg. 1 CD T.05.04.2022 E.2022/179, K.2022/2586. (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁸⁵ <https://www.milliyet.com.tr/gundem/bebegini-kuvete-atip-olmesini-beklemis-2003119>. (Erişim Tarihi: 15.08.2025)

“şuur ve hareket serbestisini ortadan kaldıracak mahiyet ve derecede olan postpartum psikoz” etkisinde olduğunu belirtmiş ve anne hakkında TCK 32/1 değerlendirmesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Kanaatimizce de (bilimsel mütalaa doğrultusunda) yerinde olan bu karar temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiştir⁸⁶.

SONUÇ

Doğum sonrası dönemde ortaya çıkan ruhsal sorunlar, özellikle postpartum psikoz tanısı ile uyumlu hale geldiğinde failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından mutlaka dikkate alınması gereken klinik tablolardır. Postpartum psikozun psikiyatri biliminde ele alınış biçimi dikkate alındığında kanaatimizce Yargıtay’ın da yaptığı gibi öncelikle TCK 32/1 ve 32/2 kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması uygundur. Üstelik bu olasılıkta kusurun hem azalması hem de bütünüyle ortadan kalkması ihtimallerine binaen değerlendirme yapılması da mümkün hale gelmektedir.

Bu bağlamda postpartum psikozun TCK’nın 34. maddesinde yer alan bir “geçici neden” olarak ele alınması kanaatimizce şüpheli kalmaktadır. Psikiyatri bilimi genellikle postpartum psikozu doğum sonrasındaki ilk 24 saatlik sürede ortaya çıkan psikotik sorunlar olarak değil, daha orta vadeli bir mesele olarak ele almaktadır. Ancak fark edilmeyen gebelik durumlarında gerçekleşen ani ve yardımsız doğumlarda gebenin disosiyatif deneyimler yaşaması, bebeği gizleme maksadına hizmet etmeyecek şekilde herkesçe görülebilecek bir yere atması, bırakması ya da ilk müdahale ve beslemenin yapılmaması sebepleriyle ölüme neden olunması halinde TCK’nın 34. maddesinin uygulanması gündeme gelebilir. Bununla birlikte gebelik inkârı denilen psikotik tablonun da gebelik süreci ve sonrasına yayılan hali dikkate alındığında yine TCK 32 kapsamında değerlendirilmesinin uygun olabileceği kanaatindeyiz. İzah edilen sebeplerle infandisid olaylarında failin mutlaka psikiyatrik başvuru geçmişi sorgulanmalı, olay anı, olayın hemen sonrasındaki tutumu ve ilk beyanları dikkatlice incelenmelidir. Yine failin, olayın yaşandığı ana en yakın dönemde psikiyatrik gözlem ve değerlendirmesinin yapılabilmesi için CMK 74 uyarınca gözlem altına alınmasının önem taşıdığını düşünüyoruz.

⁸⁶ Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 22.01.2015 tarih ve E. 2025/107, K. 2016/79 sayılı kararı. (Uyap karar arama ekranı, Erişim Tarihi: 15.08.2025)

Belirtmek gerekir ki bu açıklamalarımız doğum sonrası dönemde alt soya yönelik kasten öldürme eylemlerinde mutlaka ceza sorumluluğunu etkileyecek bir psikopatoloji aranması gerektiği manasına gelmez. Yürürlükteki hukukumuz şeref saikiyle evlilik dışı ilişkilerden doğan bebeklerin öldürülmesini nitelikli kasten öldürme olarak ele almaktadır ve bu tavır yerindedir. Buna karşın failde, ceza sorumluluğunu etkileyen gerçek bir patoloji bulunması halinde bunun tespitinden kaçınmak söz konusu bile edilmemelidir. Ülkemizde akıl hastalarına verilen ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazını sağlayacak kurumların yetersizliği, üzerinde durulması gereken asıl sorundur ve başkaca müstakil çalışmalara konu edilmesi gereken son derece önemli bir meseledir.

KAYNAKÇA

- Akçay**, Gamze/ **Bozkurt Zincir**, Selma/ **Göçmen Yiğit**, Duygu Kübra, “Maternal İnfantisidile Sonuçlanan Postpartum Psikoz: Olgu Sunumu”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.81-82.
- Akdeniz**, Fisun/ **Gönül**, Ali Saffet, “Kadınlarda Üreme Olayları ile Depresyon İlişkisi”, Klinik Psikiyatri, Cilt:7, Sayı:2, 2004, s. 70-74.
- Aksoy Poyraz** Cana/ **Kocabaşoğlu** Neşe/ **Konuk** Numan, “Psikotik Özellikli Depresyonun Adli Boyutu”, Journal of Mood Disorders, Cilt: 2, Sayı: 4, 2012, s. 180-185.
- Atılmış**, Ümit Ünüvar/ **Üzün**, İbrahim/ **Taktak**, Şafak/ **Boran**, Tansev, “Doğum Sonrası İntihar: Olgu Sunumu”, Adli Tıp Bülteni, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 25-27.
- Aydın**, Nazan/ **Omay**, Oğuz, / **Yazıcı**, Esra / **Dönmez**, Melike/ **Kıvrak**, Yüksel, / **Yavuzlar Cıvan**, Hazal/ **Cenker**, Özgür Çağla/ **Uslu Yuvacı**, Hilal, “Fark Edilmeyen Gebelikler: Bir Gözden Geçirme”, Klinik Psikiyatri, Cilt: 20, Sayı: 4, 2017, s. 318-331.
- Birdal**, Yağmur, “Lilith’in Türk Hukuk Sistemi ile İmtihanı Lohusalık Sendromu ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Yeri”, İstanbul Barosu Dergisi Çocuk Hakları Merkezi 23 Nisan Özel Yayını, İstanbul, 2022, s.91-98.
- Bayındır**, Sinan, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, İstanbul, 2016.
- Boylu**, Muhammed Emin/ **Şahin**, Hüseyin Çağrı/ **Cansunar**, Fatma Nuray, “Türk Ceza Kanunu “Madde 34/1” Kapsamında “Geçici Bir Neden” Olarak Değerlendirilen Vakaların Adli Psikiyatrik Açından İncelenmesi”, Adli Tıp Dergisi, Cilt:37, Sayı: 2, 2023, s. 65-73.
- Ceylan**, Melike, “Kadınlarda Görülen Postpartum Değişimlerin Kusurluluk Açısından Değerlendirilmesi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:12, Sayı: 66, s.681-686.
- Çınar**, İsmail, Ceza Hukukunda Ön Kusurluluk, Ankara, 2024.
- Demir**, Burhan, Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1994.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024.
- Demirkol**, Mehmet Emin/ **Kızıltoprak**, Ayşegül/ **Şenbayram**, Şilan, “Postpartum Psikoz”, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, Cilt: 27, Sayı:2, 2018, s.206-222.
- Durmaz**, Didem, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Etkileyen Geçici Nedenler, Ankara, 2025.
- Dülger**, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2023.
- Eke**, Salih Murat/ **Başoğlu**, Saba/ **Taktak**, Şafak/ **Oral**, Gökhan, “Türkiye’de Maternal Filisid Olgularının Adli Tıp Yönünden Analizi: Bir Klinik Araştırma”, Nöropsikiyatri Arşivi, Cilt: 52 Sayı:1, 2015, s.197-202.
- Enginkaya**, Semra/ **Kılıç**, Neslihan/ **Özdemir**, Armağan/ **Çırakoğlu**, Emre/ **Tomruk**, Nesrin Buket, “Perinatal Psikiyatride Üreme Sağlığı Danışmanlığında Psikiyatri Ekibinin Rolü”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.83.

- Erdem Özgür/ Bez**, Yasin, “Doğum Sonrası Psikoz”, (Doğum Sonrası Psikoz) Konuralp Tıp Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2014, s. 74-77.
- Erdem, Özgür/ Bez**, Yasin, “Doğum Sonrası Hüzün ve Doğum Sonrası Depresyon”, (Doğum Sonrası Hüzün ve Doğum Sonrası Depresyon), Konuralp Tıp Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 1, 2009, s.32-37.
- Erdem, Ziyaettin/ Çeltek**, Mustafa/ **Diken**, Behzat, “Boğazlama ile Üç Çocuğunu Öldüren Anne; Maternal Filisid Olgusu”, Olgularla Adli Tıp ve Adli Bilimler, Ankara, 2020, s.153-157.
- Foto Özdemir Dilşad/ Evinç**, Ş. Gülin, “Kendi Bebeğini Öldürmek: Filisid Olgularına Psikodinamik Bakış ve Klinik Yaklaşım”, Türk Psikiyatri Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 3, 2021, s. 201-210.
- İçel**, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2023.
- İnce**, Bahri/ **Altınbaş**, Kürşat, “Postpartum Başlangıç Olup Olmamasına Göre Bipolar Bozukluk Tanılı Kadın Hastaların Klinik Parametrelerinin Değerlendirilmesi”, Genel Tıp Dergisi, Cilt: 31, Sayı:3, 2021, s. 266-269.
- Karakuş**, Mustafa/ **İnce**, Haluk/ **İnce**, Nurhan, “Türkiyede Filisid Olguları”, İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası, Cilt: 65 Sayı: 3, 2002 s. 70-74.
- Kaya**, Ender/ **Sönmez**, Sinan/ **Barlas**, Fatma, “Deliryum”, Okmeydanı Tıp Dergisi, Cilt:29, Sayı: Ek 2, 2013, s.70-74.
- Kılıç**, Yusuf/ **Eser**, Elvan, “Lohusalık Sendromu’nun Eskiçağ Yakınoğu Toplumlarının Kültürlerindeki İzleri: Lilith Gerçeği”, Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, Cilt:5, Sayı:17, 2018, s. 29-60.
- Kırpınar**, İsmet/ **Çayköylü**, Ali/ **Coşkun**, İrfan/ **Özer**, Hüsamettin, “Postpartum Psikoz Gelişen Kadınların Demografik ve Klinik Özellikleri”, Düşünen Adam, Cilt: 9, Sayı:2, 1996, s.35-40.
- Kısa**, Cebail/ **Aydemir**, Çiğdem/ **Kurt**, Aydın/ **Gülen**, Sema/ **Göka**, Erol, “Doğum Ardı Psikoz Tanısı Konulan Hastaların Uzun Süreli İzlemi”, Türk Psikiyatri Dergisi, Cilt:18, Sayı: 3, 2007, s. s.223-230.
- Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024.
- Kocamanoglu**, Birsen/ **Şahin**, Ahmet Rıfat, “Postpartum Psikiyatrik Bozukluklar”, Anadolu Psikiyatri Dergisi, Cilt:12, Sayı: 3, 2011, s. 226-232.
- Konuk**, Numan/ **Öztürk**, Ülkem/ **Karakuş**, Gonca/ **Tamam**, Lut, “Postpartum Obsesif Kompulsif Bozukluk: Bir Gözden Geçirme”, Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, Cilt: 17, Sayı:3, 2007, s. 142-146.
- Kökdemir**, Elif Almıla, “Ceza Hukukunda Doğum Sonrası Psikozun Kusurluluğa Etkisi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:188, 2018, s. 3753-3781.
- Meraklı**, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, 2024.
- Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Meraklı**, Serkan/ **Bacaksız**, Pınar/ **Başbüyük**, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024.
- Özdamar**, Özkan/ **Yılmaz**, Onat/ **Beyca**, Hacer Hicran/ **Muhcu**, Murat, “Gebelik ve Postpartum Dönemde Sık Görülen Ruhsal Bozukluklar”, Zeynep Kâmil Tıp Bülteni, Cilt: 45 Sayı: 2, 2014, s. 71-77.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2024.

Özgenç, İzzet, “Terk Suçu Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 9.11.2022 tarihli ve E. 2020/466, K. 2022/709 sayılı Kararına Konu Olan Olayla İlgili Hukuki Değerlendirmeler” (Terk Suçu), <https://izzetozgenc.com/makale/terk-sucu-yargitay-ceza-genel-kurulu%E2%80%99nun-9-11-2022-tarihli-ve-e-2020-466-k-2022-709-sayili-kararina-konu-olan-olayla-ilgili-hukuk%C3%AE-degerlendirmeler> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Öztürk, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2024.

Şen, Nazım, “Postpartum Psikoz Belirtilerinin Kültürel Boyutu ile Ele Alınması: Albasması İnancı”, ISPEC International Journal of Social Sciences & Humanities, Cilt:4, Sayı: 4, 2020, s.296-308.

Şimşek, Esmâ, “Türk Kültüründe “Alkarısı” İnancı ve Bu İnanca Bağlı Olarak Anlatılan Efsaneler”, Akra Uluslararası Kültür Sanat Edebiyat ve Eğitim Bilimleri Dergisi, Cilt:5, Sayı:12, 2017, s. 99-115.

Taşan, Mustafa/ **Kılıç**, Neslihan/ **Özdemir**, Armağan/ **Çırakoğlu**, Emre/ **Enginkaya**, Semra/ **Tomruk**, Nesrin Buket, “Perinatal Dönemde Yatırılarak Tedavi Gören Olguların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri”, Türk Psikiyatri Dergisi 50. Ulusal Psikiyatri Kongresi Bildiri Özetleri, Cilt: 25, Sayı: Ek 2, 2014, s.82.

Tunç, Turan/ **Bülbül**, Ali/ **Karadağ**, Ahmet/ **Özdemir**, Barbaros/ **Özcan**, Okan, “Öngörülebilir ve Önlenebilir Bir Trajedi: Psikotik Annenin Neonatisid Eylemi (Editöre Mektup)”, Türk Pediatri Arşivi, Cilt: 44; Sayı: 3, 2009, s. 111.

Yağcı Çetin, Fatmanur, Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, Ankara, 2022.

Yalçın Sancar, Türkan, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, s.1-25.

Yavuz, Meryem Yaren/ **Bilge**, Çiğdem, “Annelik Hüznünden Postpartum Depresyon ve Psikoza”, Haliç Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı: 1, 2022, s.1-10.

Yerdelen, Erdal, “Kusurluluğu Etkileyen Bir Neden: Lohusalık Sendromu (Bir Anne Bebeğini Niçin Öldürür? Canı mı Yoksa Zavalı mı?)”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:13, Sayı: 36, 2018, s. 9-38.

Yılmaz, Candan, “Kriminolojik Açıdan Akıl Hastalığı ve Suç”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:24, Sayı:2, 2018, s. 743-765.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021.

DİLEKÇE HAKKININ KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU VE UYGULAMADAKİ YANSIMALARI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Emre DEMİRYÜREK^(**)

Öz: Hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, kanunların Anayasa'ya uygun olması, genel nitelik taşıması ve kamu yönetiminin hukuka bağlı şekilde faaliyet göstermesi esastır. Hukuk devleti ilkesinin ve anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin doğal bir sonucu olarak bireylere, kamu makamlarına doğrudan başvurabilmeleri amacıyla dilekçe hakkı tanınmıştır. Bu doğrultuda dilekçe hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi amacıyla, söz konusu hakkın kullanılmasının engellenmesi Türk Ceza Kanunu'nun 121. maddesi ile yaptırıma bağlanmıştır. İlgili maddeye göre, kişinin belli bir hakkı kullanmak amacıyla yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi hâlinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur. Ancak dilekçenin hukuka uygun sebeplerle kabul edilmemesi durumunda suç oluşmayacaktır. Bu nedenle dilekçenin tanımı, zorunlu unsurları, hangi makama sunulması gerektiği gibi hususlar büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, ilgili mevzuat, yargı kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Dilekçe Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Hürriyete Karşı Suçlar, Hakların Engellenmesi, Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.10.2025 - Makale Kabul Tarihi: 18.12.2025.

^(**) Hâkim Yardımcısı, Kamu Hukuku Bilim Uzmanı (LL.M.), İzmir - Türkiye,
E-posta: demiryurekemre@outlook.com,
Orcid: 0000-0001-6201-7877.

AN EVALUATION OF THE OFFENSE OF OBSTRUCTING THE RIGHT TO PETITION AND ITS PRACTICAL REFLECTIONS

Abstract: In a state governed by the rule of law, it is essential that fundamental rights and freedoms are protected, laws comply with the Constitution and are of general applicability, and public administration operates in accordance with legal principles. As a natural outcome of this principle and the constitutionally guaranteed right to seek legal remedies, individuals are granted the right to petition public authorities. To ensure the effective exercise of this right, its obstruction has been criminalized under Article 121 of the Turkish Penal Code. According to this provision, if a petition submitted to a competent public authority for the exercise of a legal right is rejected without lawful justification, the offender may be sentenced to imprisonment for up to six months. However, if the rejection is based on legitimate legal grounds, no offense occurs. Therefore, aspects such as the definition of a petition, its essential elements, and the competent authority to which it must be submitted are crucial. This study examines the offense of obstructing the right to petition within the context of relevant legislation, judicial rulings, and scholarly opinions.

Keywords: Right to Petition, Right to Legal Remedies, Offenses Against Personal Liberty, Obstruction of Rights, Prevention of Exercising the Right to Petition.

GİRİŞ

Latince kökeni “petitum” kavramına dayanan ve Anayasamızda güvence altına alınan dilekçe hakkı, sübjektif nitelikte bir kamusal haktır.¹ Bu hak, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 74. maddesinde “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümünde düzenlenmiş olup, bireylere kamu makamlarına dilek ve şikâyetlerini iletebilme imkânı tanımaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, bireylerin taleplerini ve şikâyetlerini yetkili kamu makamlarına iletebilmeleri tartışmasız bir haktır. Dilekçe hakkı, yalnızca anayasal bir güvence niteliği taşımamakta; 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ile 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda, başvuru usulleri ve dilekçede bulunması gereken unsurlar bakımından ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir.

Dilekçe hakkının korunması, aynı zamanda bireylerin hak arama hürriyetinin teminat altına alınması anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hak arama hürriyetinin kullanılmasını güvence altına almak ve dilekçe hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla “dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi” suçu düzenlenmiştir.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda yer almamakla birlikte, ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 121. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre: “*Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi halinde, fail hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.*” Bu çalışmada söz konusu suç tipi, yüksek mahkeme kararları ve öğretilerdeki farklı görüşler ışığında incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesinde yer alan “Etkili Başvuru Hakkı”, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ulusal bir makam önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir.² Bu doğrultuda Anayasa’nın 74. maddesinde “Di-

¹ İzzet, **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Seçkin Yayıncılık, 35. Bası, Ankara, 2025, s. 316.

² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 13: “*Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.*”

lekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” düzenlenmektedir. İlgili maddeye göre: “*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*”

Dilekçe hakkı, en yalın haliyle, kişilerin yazı yoluyla, dilek veya şikayetlerini ilgili makamlara iletebilme hakkıdır. Bu hak, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, bilgi edinme hakkı ile de yakın bir ilişki içerisinde.³ Bu hakkın etkin biçimde kullanılmasını güvence altına almak amacıyla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ilgili suç tipi düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Birinci Kitap, Birinci Kısım, Birinci Bölüm’ünde temel ilkeler ve tanımlar düzenlenmektedir. Ceza Kanunu’nun amacı, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanun gerekçesinde de bu madde “*bireyin; adalet ve güvenliğin sağlandığı bir toplumda yaşama hakkının gereği olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi, ceza kanunun temel amaçları arasında sayılmaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir.⁴

Hukuk devleti, temel hakların güvence altına alınması, kanunların Anayasa’ya uygunluğu, kanunların genel nitelikte olması ve kamu yönetiminin hukuka bağlılığının sağlanması anlamına gelmektedir. Bu tanımdan hareketle, hukuk devletinin, bireylere insan haklarının gerçekleştirilmesi ve adaletin korunması bakımından hukuki güvenlik sağlayan bir devlet modeli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.⁵ Kanun koyucunun, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesini suç olarak düzenlemesi de hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur.

³ Emine Eylem, **Aksoy Retornaz**, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, C. 2017, S. 2, 2017, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 4; İsmail, **Çınar**, “Hak Arama Hürriyetinin Engellenmesinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 66.

⁴ **Özgenç**, “Kanunlar”, s. 136.

⁵ Timur, **Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 71; Bahri, **Öztürk**/ Mustafa Ruhan, **Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 38; Veli Özer, **Özbek**, İnfaz Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 62.

Yukarıda ifade edildiği üzere, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suç tipi olarak düzenlenmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yeniliklerinden birisi de aşağıda ayrıntıları verilecek nitelikteki eylemlerin suç tipi haline getirilerek yaptırıma bağlanmasıdır.⁶ Suçun uygulamada nadiren görülmesinin nedeni, kişilerin çoğunlukla başvuru yaptıkları kurumla sürekli bir ilişki içinde olmaları şeklinde belirtilmiştir.⁷

Karşılaştırmalı hukukta, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi genellikle görevi kötüye kullanma suçu çerçevesinde ele alınmaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi, bu hakkın engellenmesini doğrudan suç olarak düzenleyen ülke sayısı oldukça sınırlıdır. Bununla birlikte, Kore hukukunda bu konuya ilişkin benzer düzenlemeler mevcuttur. Özellikle tutukluların dilekçe hakkı kapsamında, bir dilekçenin hazırlanmasına izin vermeyen veya bu süreci engelleyen kişiler hakkında cezai yaptırımlar öngörülmektedir.⁸ Benzer şekilde, Bosna-Hersek hukukunda da kurumlarda görevli memur veya yetkililerin, görev ya da yetkilerini kötüye kullanarak bir kişinin itiraz, şikâyet, başvuru, dilekçe veya talep hakkını kullanmasını engellemeleri durumunda cezai sorumluluk doğmaktadır.⁹

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Suç oluşturan her fiil, aynı zamanda bir hukuki değerin ihlali niteliği taşımaktadır.¹⁰ Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunda korunan hukuki değer, anayasal hak olan dilekçe hakkının kullanılmasının teminat altına alınmasıdır.

Hak arama hürriyetinin etkin kullanımı, bireylerin bu haklarını kullanacakları konuyla ilgili bilgi sahibi olmalarına bağlıdır. Bu nedenle, madde yalnızca dilekçe hakkının etkin kullanımı değil, aynı zamanda hak arama hürriyetinin korunmasını da amaçlamaktadır.¹¹ Madde gerekçesinde de ko-

⁶ Özlem, **Yenerer Çakmut**, "Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)", C. 23 S. 1, 2017, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 47; **Aksoy Retornaz**, s. 4; Hasan, **Gerçekker**, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 1284.

⁷ Gökhan, **Taneri**, Hürriyete Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 638.

⁸ https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=32353, (Erişim Tarihi: 07.10.2025).

⁹ <https://rm.coe.int/bih-criminal-code-consolidated-text/16806415c8>, (Erişim Tarihi: 07.10.2025).

¹⁰ İzzet, **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 179.

¹¹ **Aksoy Retornaz**, s. 5; **Yenerer Çakmut**, s. 47; **Gerçekker**, s. 1284; **Taneri**, s. 640.

runan hukuki değer “söz konusu suç tanımıyla, dilekçe hakkının kullanılmasının güvence altına alınması amaçlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.¹²

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1. Suçun Konusu

Suçun konusu, eşya ya da kişinin kendisinde meydana geldiği şeydir.¹³ Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, bu suçun konusu dilekçedir.¹⁴ Gerekçede “Dilekçe, kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına yazılı olarak yaptığı başvuru” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁵

Dilekçe hakkını ayrıntılı olarak düzenleyen ilk yasal düzenleme, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’dur. Ancak bu hak, anılan kanundan önce 1961 Anayasası’nda da yer almaktaydı. Buna karşın, 1961 Anayasası döneminde dilekçe hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin özel bir kanun bulunmamaktaydı.¹⁶

Hukukumuzda bir dilekçede bulunması gereken zorunlu unsurlar 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un 4. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre: “Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili

¹² Özgenç, “Kanunlar”, s. 316.

¹³ Öztürk/Erdem, s. 206; Berrin, Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 385. Öğretideki diğer tanımlar için bkz. Mehmet Emin, Artuk/Ahmet, Gökcen/ Mehmet Emin, Alşahin/ Kerim, Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 306-307.

¹⁴ Yenerer Çakmut, s. 47; Aksoy Retornaz, s. 6; Gerçekler, s. 1285; Şaban Cankat, Taşkın, “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, Sayı:99-100 (Kasım-Aralık 2012), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 188; G. Yaşar, Duran, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK, m. 121)”, Mayıs-Haziran 2019, 142, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 74.

“Bir isteği üst makama ulaştıran yazı”, T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/dilek%c3%a7e>, (Erişim Tarihi: 07.06.2025).

“Bir dileği bildirmek için resmî makamlara sunulan, imzalı ve adresli, pullu veya pulstuz yazı, istida, arzuhal”, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.06.2025).

¹⁵ Özgenç, “Kanunlar”, s. 316. “Federal Alman Hukukunda dilekçenin, belirli bir amaca yönelmesi, idari makamların veya halk temsilciliğinin, dilekçeyi kaleme alan kişinin, bu dilekçeyi hangi kamusal faaliyetin yerine getirilme(me)si konusundaki dilek veya şikayetini içerdiğini belgeden anlayabilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.” Tevfik, Küçük, “Federal Almanya Anayasası Hukukunda Dilekçe Hakkı”, Cilt: 17, Sayı:1, Yıl:2020, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 263.

¹⁶ Ömer, Anayurt, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 812.

makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekir.” Bu unsurlar dilekçenin zorunlu unsurları olarak kabul edilmektedir. Ayrıca 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 6. maddesi de kurum ve kuruluşlara yapılacak başvuru usulünü düzenlemektedir. İlgili maddeye göre: “*Bilgi edinme başvurusu, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası, oturma yeri veya iş adresini, başvuru sahibi tüzel kişi ise tüzel kişinin unvanı ve adresi ile yetkili kişinin imzasını ve yetki belgesini içeren dilekçe ile istenen bilgi veya belgenin bulunduğu kurum veya kuruluşa yapılır.*”

Bir dilekçenin görevli ve yetkili yerlerde işleme alınabilmesi için dilekçenin zorunlu unsurlarını taşıması gerekmektedir. Dilekçenin zorunlu unsurları taşımaması veya tutanağa bağlanmamış sözlü taleplerin bulunması durumunda, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu oluşmayacaktır. Ayrıca, dilekçe hakkının kullanılmasında amaç, somut ve belirli bir hakka ilişkin talepte bulunmak olmalıdır. Belirli bir hakkın kullanılmasına yönelik olmayan dilekçeler, bu amacı taşımadıkları sürece yine suç oluşturmazdır.¹⁷

¹⁷ **Aksoy Retornaz**, s. 8; “...Her ne kadar sanık hakkında; hukuki bir neden olmaksızın yetkili makamlara verilen dilekçeyi kabul etmemek suçundan dolayı cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de; katılanın 27.03.2015 tarihli dilekçesi üzerine sanığın başkanı olduğu oda yönetim kurulu tarafından şikayet edilen oda üyesi hakkında idari soruşturmanın başlatıldığı, suça konu edilen 21/07/2015 tarihli dilekçenin ise; aynı konuda devam eden ve sonuçlanmak üzere olan bir soruşturmanın devam etmesi nedeniyle hukuki bir nedene bağlı olarak alınmadığı, bu suretle katılanın hukuki bir hakkının engellenmediği ve ayrıca dilekçenin 3071 Sayılı Dilekçe Kanununun 4. maddesinde öngörülen unsurları (iş veya ikametgâh adresi bulunmuyor) taşımadığı anlaşıldığından; yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmaması nedeniyle, üzerine atılı hukuki bir neden olmaksızın yetkili makamlara verilen dilekçeyi kabul etmemek suçundan; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/2-a maddesi gereğince beraatine karar vermek gerekmiştir...” Gaziantep 16. Asliye Ceza Mahkemesi, E: 2015/522, K: 2015/683, T: 04.12.2015; “...Gerekçe bölümünde açıklanan nedenlerle Yerel Mahkemenin kararında katılan vekili tarafından öne sürülen temyiz sebepleri ve dikkate alınan sair hususlar yönünden herhangi bir hukuka aykırılık görülmediğinden temyiz sebeplerinin reddiyle hükmün, Tebliğname’ye uygun olarak, oy birliğiyle ONANMASINA...” Yargıtay 4. CD, E: 2021/1448, K: 2023/16333, T: 21.03.2023.

“...Kaldığı katılanların Ziraat Odasına vermeye çalıştığı dilekçeye bakıldığında 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanuna uygun şekil şartlarını taşımadığı, yasanın 4. maddesinde “yetkili makamlara verilen dilekçelerde dilekçe sahibinin ikametgâh adresinin bulunması gerekir” hükmü bulunmasına ve aynı yasanın “İncelenemeyecek Dilekçeler” başlıklı 6. maddesinde “4. maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayan dilekçeler incelenemezler” hükmü bulunmasına rağmen, katılanların dilekçeye adreslerini yazmamış oldukları, bu sebeple yasal şartları içermeyen dilekçenin kanunen işleme konulmayacak/konulmayabilecek bir dilekçe mahiyetinde olduğu da anlaşılmaktadır...” Yenipazar Sulh Ceza Mahkemesi, E: 2011/100, K: 2012/14, T: 28.02.2012; “...temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİN ONANMASINA, ...” Yargıtay 18. CD, E: 2015/2118, K: 2015/1935, T: 27.05.2015.

Elektronik ortam üzerinden yetkili kamu makamına iletilen taleplerin, dilekçe olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu kapsamda söz konusu suç tipine konu olup olmayacağı ise tartışmalıdır.¹⁸ Elektronik taleplerin formatı ve teknik sınırlamaları, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun elektronik ortamda işlenmesini son derece güç hale getirmektedir. Kamu kurumlarındaki dijitalleşme ve teknolojik gelişmeler ışığında, bu suç tipinin zamanla uygulanabilirliğini yitireceği ve uygulamada giderek nadirleşeceği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, suçun uygulamada nadiren ortaya çıkması ve teknik sınırlamaların suçu etkisiz hale getirmesi, mevcut düzenlemenin güncel teknolojik uygulamalar karşısında yeniden gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır.

2. Fail-Mağdur

A. Fail

Fail, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiili işleyen kişidir.¹⁹ Öyle suç tipleri vardır ki, suçun faili ancak belirli sıfat ya da özelliklere sahip kişilerdir.²⁰ Özgü suçlarda, suçun faili, diğer kişilere kıyasla “özel bir yükümlülük” taşımaktadır. Örneğin, kamu göreviyle görevlendirilen bir kişi, bu görev nedeniyle bir “kamu hukuku yükümlülüğü” altına girmektedir. Bu bağlamda, kamu görevlileri, üstlendikleri kamu görevinin ifası sırasında, bu görevin gerektirdiği yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadırlar.²¹ Fail, verilen dilekçeyi kabul etmek bakımından kanunen görevli ve yetkili olduğunu, hukuken dilekçeyi kabul etmemek için bir neden olmadığını bilecek ve bu neticeyi isteyecektir.²² Çalışma konumuz olan suç tipi de özgü suçlardan biridir. O halde dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun faili yalnızca kamu görevlisi olabilecektir.²³

¹⁸ Aksoy Retornaz, s. 7.

¹⁹ Akbulut, s. 372; Zeki, *Hafızoğulları*/ Muharrem, Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 373.

²⁰ Demirbaş, s. 528; Veli Özer, Özbek/ Koray, Doğan/ Serkan, Meraklı/ Pınar, Bacaksız/ İsa, Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 219.

²¹ Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 212. Özgü suçların sınıflandırılması ve öğretideki diğer görüşler için bkz. Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 212.

²² Yenerer Çakmut, s. 51; Aksoy Retornaz, s. 9; Gerçeker, s. 1286; Çınar, s. 66; Duran, s. 82-83; Taneri, s. 643; Taşkın, s. 190.

²³ Yenerer Çakmut, s. 48; Aksoy Retornaz, s. 5; Taneri, s. 641; Çınar, s. 66, Gerçeker, s. 1285; Taşkın, s. 187; Duran, s. 77-78.

Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-c maddesinde kamu görevlisinin tanımı, *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* şeklindedir. Bu bağlamda kimlerin kamu görevlisi sayılacağına belirlenmesi suç tipi açısından önem taşımaktadır. Failin sadece kamu görevlisi sıfatına sahip olması tek başına yeterli değildir. Suçun vücut bulabilmesi için yalnızca memurluk veya kamu görevlisi sıfatı yeterli olmayıp, bunun yanında dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçuyla kamu görevlisinin görevi arasında bir nedensellik bağının mevcut olması şarttır.²⁴

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin Esas No: 2013/33808, Karar No: 2014/7257 kararında temyiz başvurusunun esastan reddi ile ilk derece mahkemesinin hükmünü onamıştır. İlk derece mahkemesinin gerekçeli kararında: *“...sanıklar ile müştekinin aynı sitede oturdukları, sanıkların bu sitesinin genel kurul toplantısında görev aldıkları, her ne kadar sanıklar hakkında müştekinin toplantı sırasında verdiği dilekçeyi kabul etmeyerek atılı suçu işledikleri iddiasıyla bu dava açılmış ise de TCK 121/1 maddesinde yetkili kamu kurumlarına verilmiş bir dilekçeden söz edilmekte olup sanıkların görev aldığı site genel kurul toplantısının böyle bir kamu kurumu niteliği bulunmadığından tüm unsurları ile oluşmayan suçtan dolayı sanıkların beraatine karar vermek gerekmiş...”* şeklinde hüküm kurulmuştur.²⁵ O halde, kişinin hukuka uygun bir başvuruda bulunması ve söz konusu başvurunun yetkili makama yöneltilmiş olması gerekmektedir.²⁶ Bu bağlamda dilekçenin ibraz edileceği yetkili makam kavramına da değinmek önemlidir. Yetkili makam, ilgili yasal düzenlemeler doğrultusunda belirlenmektedir. Buna göre, merkezi idare kapsamındaki kamu idareleri ile bunlara bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları; mahalli idareler ile bunların bağlı ve ilgili kuruluşları, birlik ve şirketlerini; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nı, Borsa İstanbul'u, üniversiteler gibi kamu tüzel kişiliğine sahip enstitü, teşekkül, fon ve benzeri adlarla kurulmuş tüm kamu kurum ve kuruluşlarını; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını ve kamu yararına çalışan dernek ve vakıfları ifade etmektedir.²⁷

²⁴ Yenerer Çakmut, s. 48; Taneri, s. 641; Duran, s. 78.

²⁵ Sincan 1. Sulh Ceza Mahkemesi, E: 2011/915, K: 2011/1368, T: 24.11.2011.

²⁶ Taşkın, s. 188.

²⁷ Gerçekler, s. 1286.

B. Mağdur

Hukuki menfaati ihlal edilen gerçek kişiler, suçun mağduru kabul edilmektedir. Suç tipi içerisinde açıkça belirtilmediği sürece, suçun mağduru önem taşımaz. Ancak bazı suç tiplerinde, mağdurun niteliği veya kim olduğu önem arz etmektedir.²⁸ Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun mağduru dilekçe verme hakkına sahip olan tüm kişilerdir, mağdur için ayrıca bir özellik aranmamaktadır.²⁹ Yabancıların durumunda, Anayasa'nın 74. maddesinde yer alan karşılıklılık ilkesi, bir diğer deyişle mütekabiliyet esası uyarınca Türkiye'de ikamet eden yabancılar da bu suçun mağduru olabilirler.³⁰

3. Eylem

Suçun maddi unsurlarından biri olan eylem, kişinin hakkını kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir sebep bulunmaksızın ilgili dilekçenin kabul edilmemesi eylemidir.³¹ Dolayısıyla madde metninde düzenlenen bu suç tipi ihmali hareketle işlenmektedir.³² İhmali davranış, davranış normlarından ve hukuk kurallarından kaynaklanan belirli bir icrai yükümlülüğün yerine getirilmemesi şeklinde ortaya çıkar. Bu yükümlülüğün temelini oluşturan davranış normu ve ilgili hukuk kuralı, belirli bir hukuki değer korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle, söz konusu yükümlülüğün ihmal edilmesi, korunmak istenen hukuki değer ihlali anlamına gelmektedir.³³

²⁸ Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 219; Akbulut, s. 383-384.

²⁹ Yenerer Çakmut, s. 48; Aksoy Retornaz, s. 6; Duran, s. 79; Taneri, s. 641; Taşkın, s. 188; Gerçekler, s. 1285.

³⁰ Yenerer Çakmut, s. 48.

³¹ "...Belediye Yazı İşleri Müdürü olarak görev yapan sanığın, katılanın vermiş olduğu 25/04/2011 tarihli ruhsat talebine ilişkin dilekçesini hukuki bir neden olmaksızın kabul etmeyerek işleme koymadığı, bu suretle dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu işlediği, katılanın aşamalarda değişmeyen beyanları, soruşturma izni kararı, tanık ...'ın beyanı ve sanığın kaçamaklı ikrarıyla sabit olmasına rağmen, dosya kapsamına uygun düşmeyen ve yetersiz gerekçelerle mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, ..." Yargıtay 5. CD, E: 2014/682, K: 2016/2199, T: 29.02.2016.

³² Aksoy Retornaz, s. 8; Yenerer Çakmut, s. 49; Taşkın, s. 188; Çınar, s. 66. Diğer bir görüş için bkz. "Suçun icrai hareketle de ihmali hareketle de işlenebilmesi mümkündür. Örneğin, kişinin hukuka uygun olan dilekçesinin yetkili mercilerce hiç alınmaması (işleme konmaması) durumunda suçun icrai hareketle; süreli olan ve süresi içerisinde yapılan başvurunun kabulünün geciktirilmesi durumunda da suçun ihmali hareketle işlenmesi söz konusudur.", Taşkın, s. 188.

³³ İzzet, Özgenç, "İhmali Suç Teorisi" (İhmali Suç), C. XXV, Sa. 4, Y. 2021, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 303. İhmali davranışın niteliğine ilişkin görüşler için bkz. Fatih, Yurtlu, İhmali Suçlar (İhmali Suçlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 74 vd.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “bir suç vakıasına ilişkin ihbar veya şikâyetin sözlü olarak yapılması hâlinde, bunun tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.”³⁴ Bir kişinin tutanak tutulması amacıyla yaptığı sözlü başvurunun, görevli ve yetkili kamu görevlisi tarafından herhangi bir hukuki gerekçe gösterilmeksizin tutanağa geçirilmemesi, Anayasa ile güvence altına alınan dilekçe hakkının engellenmesine sebep olacak ve bu durum da dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturacaktır.³⁵ Dolayısıyla “salt sözlü başvurunun kabul edilmemesi, söz konusu suçu oluşturmaya caktır.”³⁶ Kanun koyucunun bu ayrımı yapmaktaki amacının, ispatla ilgili sorunların önüne geçmek olduğu belirtilmiştir. Şayet dilekçe, yetkili makama ibraz edildikten sonra dilekçe hakkında hiçbir işlem yapılmaması, kanunen emredildiği halde ilgisine bilgi verilmemesi halinde de ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.³⁷

Dilekçenin süresinde verilmesine karşın, kabulünün geciktirilmesi halinde de dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun oluşacağı ifade edilmektedir.³⁸ Madde gerekçesi “sürelî işlemlerde, dilekçenin süresinde verilmesine rağmen, kabulünün geciktirilmesi hâlinde de, bu suç oluşur.” şeklindedir.³⁹ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Esas No: 2022/2288, Karar No: 2023/1201 kararında: “Somut olaya bakıldığında; Sanığın suç tarihinde Burdur Mahkemeler Önbürosunda Yazı İşleri Müdürü olarak görev yaptığı, katılanların 26/11/2020 tarihinde önbüroya ipotek kıymet takdirine itiraz dilekçesini getirdikleri, sanığın eksiklikler bulunduğu gerekçesiyle dilekçeyi kabul etmediği, bir gün sonra katılanların aynı dilekçeyi tekrar getirerek işleme koydukları, ancak itiraz süresinin 26/11/2020 tarihinde dolması nedeniyle süre yönünden davanın reddine karar verildiği, sanığın bu şekilde katılanların mağduriyetine sebebiyet verdiği görülmüştür.” Benzer şekilde, dava açma hakkının kullanılması bağlamında verilen dilekçenin kabul edilmemesi halinde de ilgili kamu görevlisi suçun faili olacaktır.⁴⁰

³⁴ Özgenç, “Kanunlar”, s. 316.

³⁵ Yenerer Çakmut, s.49; Aksoy Retornaz, s. 8.

³⁶ Özgenç, “Kanunlar”, s. 316.

³⁷ Gerçekler, s. 1286; Çınar, s. 67.

³⁸ Taneri, s. 640; Yenerer Çakmut, s. 50; Aksoy Retornaz, s. 8; Mustafa, Arslantürk, Haka-ret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 285.

³⁹ Özgenç, “Kanunlar”, s. 316.

⁴⁰ Çınar, s. 66.

Kanun metninde, suçun tek bir hareketle gerçekleşeceği öngörölmüş olmasına rağmen, madde gerekçesinde ek hareketlere yer verilmiş ve böylece suçun kapsamı genişletilmiştir. Bu durum, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturabilir.⁴¹ Bu nedenle, biz de madde gerekçesiyle suç tanımının genişletildiği görüşündeyiz.

4. Suça Etki Eden Haller

Türk Ceza Kanunu'nda ilk olarak suç tipinin temel şekli tanımlanır. Daha sonra bu suç tipinin temel şekline etki edecek biçimde cezanın ağırlaştırılması ya da hafifletilmesi gereken nitelikli unsurlara yer verilir. Bu unsurlar suçun nitelikli halleri ya da bir başka ifadeyle nitelikli unsurları olarak adlandırılırlar. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu sisteminde, klasik ceza hukuku görüşünün bir neticesi olarak, nitelikli unsurlara “ağırlatıcı sebepler” ve “hafifletici sebepler” olarak ifade edilir.⁴² Kanunda, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçuna özel bir ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep düzenlenmemiştir.

IV. SUÇUN MANEVİ USURU

İşlenen fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eden kavram, suçun manevi unsuru olarak adlandırılır. Manevi bağ kurulmadan gerçekleşen davranış, fiil niteliği taşımaz ve bu nedenle suç da oluşmaz.⁴³ Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, özel kast aranmaksızın genel kastla işlenebilen bir suçtur. Kanunda suçun taksirli sorumluluk hali düzenlenmemiştir.⁴⁴ Bu durumda, failin saiki herhangi bir öneme sahip değildir.⁴⁵

Türk kamu yönetiminde bazı konular, birden fazla makamın görev ve yetki alanına girebilmektedir. Örneğin, gürültüye neden olma ve çevre kirliliği gibi durumlarda hem adli makamlar hem de idari makamlar yetkilidir. Bu noktada, dilekçenin sunulduğu makamın suçun faili olarak kabul edilmesi gerekir. Gürültü konusu; Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve Çevre Kanunu gibi çeşitli mevzuatta düzen-

⁴¹ Taneri, s. 642.

⁴² Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 230; Artuk/ Gökçen, s. 312.

⁴³ Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 234; Akbulut, s. 392.

⁴⁴ Yenerer Çakmut, s. 51; Aksoy Retornaz, s. 9; Gerçekler, s. 1286; Çınar, s. 66; Duran, s. 82-83; Taneri, s. 643; Taşkın, s. 190.

⁴⁵ Yenerer Çakmut, s. 51; Gerçekler, 1286; Duran, s. 83.

lenmiştir. Her bir kanunda yetkili organlar farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, başvurunun hangi makama yapıldığına bağlı olarak yetkili organ da değişmektedir.⁴⁶

V. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Hukuka aykırılık belirli bir hukuk normunda ifade edilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesine aykırılık olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷ Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk sebepleri dört başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: “kanun hükmünü yerine getirme”, “meşru savunma”, “ilgilinin rızası” ve “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedenleri olarak sayılmaktadır.⁴⁸

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunda, Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesi kapsamında, “kanun hükmünü yerine getirme” hali hukuka uygunluk nedeni oluşturabilir. Çalışma konumuz olan suçun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin kendisine verilen dilekçeyi hukuka aykırı şekilde kabul etmemesi gerekir. Örneklerle açıklanacağı üzere, hukuki bir nedene dayanılarak dilekçe kabul edilmediğinde, söz konusu fiil hukuka uygun sayılacaktır.⁴⁹ Bu nedenle, kamu görevlisinin kanunun kendisini görevli veya yetkili kıldığı hallerde dilekçeyi kabul etmemesi, fiilin hukuka uygunluk taşıması durumunda suç teşkil etmeyecektir.⁵⁰

Dilekçe, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un 4. maddesinde veya Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 6. maddesinde öngörülen zorunlu unsurları içermediği takdirde, yetkili merci tarafından reddedilebilir. Ayrıca, Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un 6. maddesi gereğince “*Belli bir konuyu ihtiva etmeyenler*”, “*Yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanlar*”, “*4’üncü maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayan*” dilekçeler incelenemezler. Dilekçeyi bu sebeplerle işleme almayan kamu görevlisinin kanun hükmünü uyguladığı kabul edilmelidir. Böylece fail, Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nede-

⁴⁶ Taneri, s. 643.

⁴⁷ Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 290; Öztürk/ Erdem, s. 263; Akbulut, s. 466; Artuk/ Gökcen, s. 403; Nur, Centel/ Hamide, Zafer/ Özlem, Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 279.

⁴⁸ Akbulut, s. 474; Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 318.

⁴⁹ Yenerer Çakmut, s. 51; Gerçekler, s. 1286.

⁵⁰ Aksoy Retornaz, s. 10; Arslantürk, s. 285.

ninden yararlanabilir.⁵¹ Ancak belirtmek gerekir ki, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemeyecektir. Bu bağlamda Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Esas No: 2012/28459, Karar No: 2013/4036 kararı da “TCK’nın 24/3. maddesinin “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur” hükmü gereğince, yakınının Ziraat Odası Başkanlığına üye olmak amacıyla yazdığı dilekçeyi içeren posta gönderisini Oda Başkanı olan sanığın talimatı ile kabul etmeme şeklindeki eylemde, atılı suçun unsurları sanık yönünden mevcut olmakla, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilemeyeceği,” yönündedir.

VI. ETKİN PİŞMANLIK

Kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesinde düzenlenen “Gönüllü Vazgeçme” hükmü dışında, bazı suç tipleri açısından, soruşturma aşamasından önce, soruşturma sırasında, kovuşturma aşamasında hüküm verilmeden önce ya da cezanın infaz aşamasında, etkin pişmanlık hükümlerine özel olarak yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler kapsamında, failin yargılamanın hangi aşamasında etkin pişmanlık gösterdiğine bağlı olarak, hakkında ceza verilmemesi ya da ceza miktarında indirim yapılması mümkün kılınmaktadır.⁵² Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunda, madde metninde özel bir etkin pişmanlık hali, şahsi cezasızlık sebebi veya cezayı kaldıran bir hal düzenlenmemiştir.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Bir suçun icrasına elverişli hareketlerle başladıktan sonra failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklı icra hareketlerinin veya sonucun tamamlanamaması haline suça teşebbüs denmektedir.⁵³ Gerçek ihmal suçları, yapılması gereken bir hareketin yerine getirilmemesi sonucunda meydana gelmektedir.⁵⁴ Gerçek ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değildir, çünkü suç teşkil eden fiilin

⁵¹ Taşkın, s. 189. Arslantürk, s. 285-286.

⁵² Demirbaş, s. 540; Öztürk/ Erdem, s. 376; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 470; Artuk/ Gökçen, s. 635; Akbulut, s. 665.

⁵³ Demirbaş, s. 516; Öztürk/ Erdem, s. 353; Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 483.

⁵⁴ Önder, Tozman, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, S. 84, Y. 2009, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 162; Öztürk/ Erdem, s. 459-460; Fatih, Yurtlu, “Suç Teorisi Bakımından İhmal Suçların Yapısı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 588.

yapılması için gereken süre henüz geçmemişse, o fiilin yapılmamış olması normun ihlali sonucunu doğurmayacaktır. Buna karşılık, suç sayılan fiilin yapılması için gereken süre geçmişse, artık suç tamamlanmıştır. Suçun tamamlanmış olması hâlinde ise artık teşebbüs hükümleri uygulanamaz.⁵⁵

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, teşebbüse elverişli bir suç değildir.⁵⁶ Bu suç soyut tehlike suçlarındandır. Yani ilgili kamu makamına sunulan dilekçenin zarar tehlikesi oluşturma şartı veya somut bir zarar meydana gelmesi halleri aranmamaktadır. Dilekçenin hukuki bir gerekçe olmaksızın görevli ve yetkili kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi yeterlidir.⁵⁷ Dolayısıyla suçun soyut tehlike suçu olması ve öğretilde baskın görüşün, gerçek ihmal suçlarının teşebbüse elverişli olmadığı yönünde bulunması dikkate alındığında, çalışma konumuzu oluşturan suça teşebbüsün mümkün olmadığı söylemek mümkündür. Bu nedenle, fail hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanma ihtimali kanaatimizce bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bir görüşe göre hareket unsurunun bölünebilir nitelikte olması ve gerekli koşulların oluşması halinde teşebbüsün mümkün olabileceği ifade edilmektedir.⁵⁸

2. İştirak

Bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi mümkündür. Aynı suça birden fazla failin katılması, bu kişileri suç ortağı konumuna getirir. Faillerin işledikleri suç nedeniyle sorumluluklarının belirlenmesi, belirli özel kurallar çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁵⁹

Gerçek ihmali suçlar, bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla kişi tarafından da işlenebilir. Bu suçlar bakımından, kanunda öngörülen hareketin gerçekleştirilmemesi yeterli olup, ayrıca bir neticenin meydana gelmiş olması aranmamaktadır.⁶⁰ Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenme-

⁵⁵ Tozman, s. 175; Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 320.

⁵⁶ Aksoy Retornaz, s. 9; Yenerer Çakmut, s. 52; Taneri, s. 646; Taşkın, s. 190; Duran, s. 85. İhmali suçlarda teşebbüsün uygulanabilirliğine ilişkin görüşler için bkz. Duran, s. 84.

⁵⁷ Aksoy Retornaz, s. 9; Taşkın, s. 190; Yenerer Çakmut, s. 52; Gerçeker, s. 1286.

⁵⁸ Gerçeker, s. 1287.

⁵⁹ Faruk, Erem, “Suça İştirak”, 3, sy. 1 (Mart 1946), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 62. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635393>, (Erişim Tarihi: 27.06.2025); Hafızoğulları/ Özen, s. 324.

⁶⁰ Zahit, Yılmaz, Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Adalet Yayını, Ankara, 2022, s. 280.

si suçunda, iştirak açısından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle suça iştirak hallerinde genel hükümler uygulanacaktır. Fail başlığı altında açıklandığı üzere, bu suç özgü suç niteliğindedir ve failin kamu görevlisi olması şarttır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 40/2 maddesinde *“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”* hükmü yer almaktadır. Ayrıca suç ortaklarının, failin kamu görevlisi olduğunu bilmesi gerekmektedir.⁶¹ Dolayısıyla suçun özgü suç olması nedeniyle, kamu görevlisi sıfatı bulunmayan kişilerin bu suça iştirak etmeleri halinde, Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesi kapsamında azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumluluklarına gidilmesi mümkün olacaktır.⁶²

3. İçtima

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunda, suçların içtima bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ortaya çıkabilecek içtima sorunları genel hükümler çerçevesinde çözümlenecektir.

Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen sınırlı suçlar dışında, tüm ihlalleri tek bir suç gibi kabul etmektedir. Bu nedenle, zincirleme suç olup olmadığını anlamak için önce birden fazla suç işlenip işlenmediği tespit edilmelidir. Şayet birden fazla suç söz konusuysa, bu suçların aynı suç işleme kararı doğrultusunda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılacaktır. Birden fazla suçun varlığı belirlendikten sonra ise zincirleme suçun diğer koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir.⁶³ Bu doğrultuda aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, bir kişinin farklı zamanlarda verdiği dilekçelerin reddedilmesi ya da birden fazla kişinin dilekçelerinin tek bir fiille reddedilmesi durumlarında, Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesi kapsamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.⁶⁴

İlk derece mahkemesi kararlarında, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu vasfında yanılığa düşülerek, ihmal suretiyle görevi kö-

⁶¹ Demirbaş, s. 589; Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 578.

⁶² Yenerer Çakmut, s. 52; Taşkın, s. 191; Duran, s. 88; Gerçekler, s. 1287.

⁶³ Türkan, **Yalçın Sancar**, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç””, S. 70, Y. 2007, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 247.

⁶⁴ Yenerer Çakmut, s. 52; Aksoy Retornaz, s. 11; Gerçekler, s. 1287.

tüye kullanma suçundan hüküm kurulduğu pek çok kez görülmektedir.⁶⁵ Bir kamu görevlisinin, üstlendiği görevin niteliği gereği belirli bir şekilde davranmasının kendisinden beklendiği durumlarda bu yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi ya da yerine getirmekte gecikmesi, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Bu tür durumlarda kamu görevlisinin pasif davranışı, görev gereklerine aykırı davranış kapsamında değerlendirilmekte ve kamu hizmetinin işleyişini sekteye uğratmaktadır.⁶⁶ Ortaya çıkan sonuçlarda failin görevini yerine getirmede ihmal veya gecikme göstermesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁶⁷

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu ile görevi kötüye kullanma suçunun içtimaı bakımından açıklama yapmak gerekirse, görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle işlenmesi ancak konuyla ilgili özel bir düzen-

⁶⁵ “...İddianamede aynı eylemle ilgili hem görevi kötüye kullanma hem de dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçlarının oluştuğundan bahisle kamu davası açıldığı, mahkemece her iki suçtan ayrı ayrı beraat hükmü kurulduğu ancak sanığa isnat edilen eylemin dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturup ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun oluşmadığı gözetildiğinde; görevi kötüye kullanma suçundan karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken, vasfın bölünemeyeceği gözetilmeden görevi kötüye kullanma suçundan ayrıca beraat kararı verilmesi suretiyle karışıklığa neden olunması, ...” Yargıtay 5. CD, E: 2014/682, K: 2016/2199, T: 29.02.2016.

“...dilekçe ve eklerini kabul edip kayda almadığının dosya kapsamıyla sübuta erdiği, ancak TCK’nın 257. maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, sanıkların eylemlerinin ise TCK’nın 121/1. maddesinde “kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi” şeklinde tanımlanan dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yanlışlı ve dosya kapsamıyla örtüşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde beraat hükümleri kurulması, ...” Yargıtay 5. CD, E: 2013/7283, K: 2015/11885, T: 26.05.2015.

“...İlk derece mahkemesinde yapılan yargılama sonunda sanığın eylemi görevi kötüye kullanma suçu olarak değerlendirilmiş ise de; TCK’nın 257. maddesinin genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, buna karşın TCK’nın 121/1. maddesinde “kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukukî bir neden olmaksızın kabul edilmemesi” suçunun düzenlendiği, yukarıda açıklanan oluşturma göre sanık eyleminin dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturduğu, bu suçun ise ön ödeme kapsamında bulunması nedeniyle TCK’nın 75. maddesi gereğince sanığa ön ödeme önerisinde bulunulduğu, sanığın süresi içerisinde ön ödeme önerisine uyarak parayı maliye veznesine yatırdığı anlaşılmıştır...” Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. CD, E: 2022/2288, K: 2023/1201, T: 25.05.2023.

⁶⁶ İlhan, **Üzülmez**, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, C. XVI, Sa. 1, Y. 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 203-204; Mahmut, **Koca/ İlhan, Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 395-396.

⁶⁷ Durmuş, **Tezcan/ Mustafa Ruhan, Erdem/ R. Murat, Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1089-1090.

lemenin bulunmadığı hallerde söz konusu olabilir. Oysa dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, kanunda özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.⁶⁸

Yüksek mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, görevi kötüye kullanma suçunun “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme” fiili, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etme” hali gibi tamamlayıcı nitelikte ve torba bir hüküm özelliği taşımaktadır. Bu bağlamda failin iki ayrı davranışı söz konusudur: Bunlardan ilki, “görev gereklerini yerine getirmede ihmal göstermesi”, ikincisi ise, “görevini yerine getirmede gecikme göstermesi”dir. Her iki davranış da özel olarak suç sayılmamış hallerde uygulanan genel ve tamamlayıcı nitelikte bir işlev görmektedir.⁶⁹ Dolayısıyla dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, kanunda özel bir suç tipi olarak düzenlendiğinden, fail hakkında ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan hüküm kurulmamalıdır.⁷⁰

Son olarak, bu suçun cebir, tehdit veya hakaret gibi başlı başına ayrı bir suç oluşturan fiillerle birlikte işlenmesi halinde, bunlar yönünden de ayrıca cezai sorumluluk gündeme gelecektir.⁷¹

VIII. YAPTIRIM

Dilekçe hakkının kullanılmasını engellenmesi suçunun faili hakkında altı aya kadar hapis cezası düzenlenmiştir. Hapis cezasının alt sınırı belirtilmediğinden, Türk Ceza Kanunu'nun 49/1 maddesi gereğince hapis cezasının süresi bir aydan aşağı olamayacaktır. Suçun yaptırımını kısa süreli hapis cezası olarak düzenlendiğinden, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve yine Kanun'un 51. maddesinde sayılan şartların sağlanması halinde hapis cezasının ertelenmesi de pekâlâ mümkündür. Ayrıca bu suç, kasten işlendiğinden, Kanun'un 53. maddesi gereğince belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma hükümleri de uygulanacaktır.

⁶⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1106.

⁶⁹ Pınar, Memiş Kartal, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, C. 19, S. 2, Y. 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1386; İsmail, Malkoç, “Görevi İhmal Suçu”, 1994/1, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 29.

⁷⁰ Handan, Yokuş Sevil, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, s. 273; Veli Özer, Özbek/ Koray, Doğan/ Pınar, Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 1162; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1106; Taşkın, s. 188.

⁷¹ Gerçekler, s. 1287; Çınar, s. 66; Duran, s. 86.

Kanunda öngörülen ceza miktarının üst sınırının altı aya kadar belirlenmiş olması nedeniyle, bu suç önödemeye tabi suçlar arasında yer almaktadır. Öğretide, şüpheli veya sanık ile devlet arasında bir tür uzlaşma olarak değerlendirilen önödemenin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi ve devamında düzenlenen uzlaştırma kurumundan farklı olduğu açıktır. Zira önödemede mağdurun zararı giderilmemektedir. Fail, yargılama sürecine tabi tutulmaksızın, suç karşılığı olarak kanunun öngördüğü para cezasını ödeyerek süreci sona erdirmektedir.⁷² Kanun, önödemeyi duruma göre kamu davasının açılmaması ya da açılmış olan kamu davasının düşme nedeni olarak kabul etmektedir.⁷³ O halde, failin üzerine atılı suçun önödemeye tabi olması nedeniyle, bu hususun resen dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁴

IX. ZAMAN AŞIMI

Dava zaman aşımı, ceza yargılamasında belirli bir sürenin geçmesiyle birlikte kamu davasının sürdürülmesine ve fail hakkında hüküm kurulmasına hukuken engel oluşturan bir müessesedir.⁷⁵ Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-e maddesi uyarınca dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun dava zaman aşımı süresi, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır. Za-

⁷² Özen, Muharrem / Köksal, Atacan, "Önödeme ve Bazı Çözüm Önerileri", 70, (2), Y. 2021, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 594.

⁷³ Özbek/ Doğan/ Meraklı/ Bacaksız/ Başbüyük, s. 809; Özen/ Köksal, s. 594; Koca/ Üzülmmez, s. 798.

⁷⁴ "...İlk derece Mahkemesince yapılan yargılama sonucunda dilekçe hakkını kullanılmasının engellenmesi suçundan sanığın beraatine karar verilmiş olup, katılan ...'in hükme karşı istinafyoluna başvurusu üzerine Dairemizce yapılan incelemede; delillerin yeniden değerlendirilmesine gerek duyulması ve hüküm tarihi itibarıyla sanığın üzerine atılı suçun ön ödeme tabi olmasına rağmen mahkemece bu hususun gözetilmemiş olması nedeniyle duruşma açılmasına karar verilmiştir.

TCK'nın 121. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçuna ilişkin 6 aya kadar hapis cezası öngörülmüş olup, anılan suç 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 12.maddesi ile TCK'nın 75.maddesinde yapılan değişiklik uyarınca ön ödeme kapsamına alınmıştır.

Dairemizce çıkartılan ve sanığa 14/04/2017 tarihinde tebliğ edilen ön ödeme ihtarı üzerine sanık 19/04/2017 tarihinde belirtilen 118,00 TL'si yargılama gideri olmak üzere 718,00 TL tutarı vergi dairesine yatırmış ve ... alındı numaralı dekontu dosyaya ibraz etmiştir.

Bu halde, Dairemizce sanık hakkında açılan kamu davasının 5237 sayılı TCK'nın 75/3. maddesi yollamasıyla 75/2. ve maddesi ve CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 2. CD, E: 2017/137, K: 2017/450, T: 16.05.2017.

⁷⁵ Hakan Abdülhamid, Yavuz, "Türk Ceza Hukukunda Dava Zaman aşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları ile İlişkisi", S. 66, Y. 2021/1, Adalet Dergisi, s. 505.

man aşımının kesilmesi halinde ise Türk Ceza Kanunu 67/4 hükmü uyarınca en fazla on iki yıl olabilecektir.⁷⁶

Ceza zaman aşımı, kesinleşmiş mahkûmiyet kararının yasal süresi içerisinde infaz edilmemesi halinde, cezanın infaz edilememesini ve infaz yetkisinin ortadan kalkmasını sağlayan bir hukuki müessesedir.⁷⁷ Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu için öngörülen hapis cezasının süresi altı aya kadar olduğundan, Türk Ceza Kanunu'nun 68/1-e maddesi uyarınca söz konusu suç bakımından ceza zaman aşımı süresi on yıldır.

X. MUHAKEME

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, şikâyeteye tabi olmayıp, soruşturması ve kovuşturması resen yapılır. Anayasa'nın 129/6 maddesi uyarınca *“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.”* Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu, kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği bir suç niteliğindedir. Bu kapsamda idari göreve ilişkin, dilekçe hakkının kullanılmasını engelleyen kamu görevlisinin cezai sorumluluğu, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un usul hükümlerine tabidir.⁷⁸

Cumhuriyet savcıları, bir görev suçu işlendiğinden haberdar olduklarında, kural olarak ilgili merciden izin alınmadan soruşturma yetkilerini kullanamazlar. Bu durumda savcılar yalnızca, ivedilikle toplanması gereken ve

⁷⁶ “...Suç tarihinde ... olarak görev yapan sanığın, katılanın 2010 yılı Ocak ayında ... Yazı İşleri Müdürü ... tarafından mesai saatleri içerisinde büroda darp edilmesi olayı ile ilgili bu şahıs hakkında şikayeti içeren ve katılan tarafından getirilen dilekçeyi, adli soruşturmanın sonucunu bekleyeceğini ileri sürerek işleme koymadığı ve darp olayından haberdar olmasına rağmen disiplin soruşturması da başlatmayarak ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen somut olayda; adı geçen hakkında disiplin soruşturması yapıp yapılmadığının ilgili yerlerden sorulması ve yapılmamış ise zamanaşımına uğrayıp uğramadığı da araştırıldıktan sonra neticesine göre eyleminin TCK'nın 121. maddesinde düzenlenen dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunu oluşturup oluşturmayacağı da karar yerinde tartışılmak suretiyle hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekilinin ve O yer Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA 15/10/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi...” Yargıtay 5. CD, E: 2018/9242, K: 2019/9702, T: 15.10.2019.

⁷⁷ Özbek, s. 381; Artuk/ Gökçen, s. 992; Akbulut, s. 951.

⁷⁸ Gerçekler, s. 1287, Aksoy Retornaz, s. 13.

kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespit etmekle yetinecektir. Örneğin, ilgili kamu görevlisinin ifadesine başvuramayacaktır.⁷⁹ Dolayısıyla failin soruşturulabilmesi için, görevle bağlantılı suçlar bakımından bir muhakeme şartı olan soruşturma izninin yetkili idari merciden alınması gerekmektedir. Bu izin, kamu görevlisinin yargılanabilmesi için bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰

Ayrıca söz konusu suç önödeme kapsamına girdiğinden ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi kapsamında yer almadığından, seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün değildir.⁸¹ Diğer yandan, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251. maddesi uyarınca basit yargılama usulünün uygulanması ve 231. maddede öngörülen yasal koşulların sağlanması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması da mümkündür.

Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçundan zarar gören kişi, bu suç nedeniyle kamu davası açılması halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237/1 maddesinde sayılan şartları taşıması durumunda katılan sıfatını kazanabilir.⁸² Ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi bir kararında, Posta ve Telgraf Teşkilatı tüzel kişiliğinin, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun, kişilere karşı suçlar adlı ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin yedinci bölümünde düzenlenmesi ve suçun niteliğini dikkate alarak katılan sıfatını alabilecek surette doğrudan zarar görmediği kanaatine varmıştır.⁸³ Bu bağlamda, söz konusu suçtan zarar görenin tüzel kişi olup olamayacağı veya yalnızca gerçek kişilerin zarar görebileceği hususu

⁷⁹ Zehreddin, **Aslan/ Halil, Altındağ**, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 169.

⁸⁰ **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 118; **Demirbaş**, 238.

⁸¹ Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği, m. 5: “(1) Önödeme ve uzlaştırma kapsamındaki suçlar seri muhakeme usulüne tabi değildir.”

⁸² 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 237/1: “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.”

⁸³ “...Sanığa yükletilen suçun; TCK'nın kişilere karşı suçlar adlı ikinci kısmının hürriyete karşı suçlara ilişkin yedinci bölümünde düzenlenmesi ve niteliği dikkate alındığında, şikâyetçi Posta ve Telgraf Teşkilatının katılan sıfatını alabilecek surette bu suçtan doğrudan zarar görmediği, 25/05/2016 tarihli oturumda verilen katılma kararının hukuki dayanaktan yoksun olduğu ve Mahkemenin bu yöndeki kabulünün, şikâyetçi kuruma hükmü istinaf hak ve yetkisi veremeyeceği anlaşıldığından, CMK'nın 279/1-b maddesi uyarınca şikâyetçi vekilinin İSTİNAF BAŞVURUSUNUN REDDİNE, ...” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23. CD, E: 2017/1393, K: 2018/154, T: 25.01.2018.

tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır. Biz de bu suçun niteliği gereği tüzel kişilerin doğrudan zarar göremeyeceği görüşündeyiz.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, mahkemelerin; adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Anılan Kanun'un 11. maddesi ise *"Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır."* hükmüne yer verilmiştir. Buradan hareketle, görevli mahkemeye ilişkin katalog olarak sayılan suç tipleri arasında dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçunun yer almaması ve Türk Ceza Kanunu'nun 121. maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırının altı ay olması nedeniyle, bu suç bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ayrıca, genel yetki kuralları uyarınca yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesidir. Bu yer dışında bir yetkili mahkemenin belirlenmesini gerektiren durumlarda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca yetkili mahkeme tespit edilecektir.⁸⁴

SONUÇ

Dilekçe hakkı, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler tarafından güvence altına alınmış siyasi bir hak olup, bireylerin yetkili kamu kurumlarına doğrudan ulaşabilmesini, taleplerini iletebilmesini ve bu yolla hak arama hürriyetini etkin bir şekilde kullanabilmesini sağlamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 121. maddesi, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesini suç tipi olarak düzen-

⁸⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, m.12: (1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

(5) Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir.

(6) (Ek:8/7/2021-7331/10 md.) Bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının ya da banka veya kredi kartlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlarda mağdurun yerleşim yeri mahkemeleri de yetkilidir.

lemiştir. Her ne kadar mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu suç tipine yer verilmemiş olsa da 5237 sayılı Kanun'da bu suçun düzenlenmiş olması, hak arama hürriyetinin korunması ve kamu görevlilerinin keyfi davranışlarının sınırlandırılması açısından önemli ve olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir.

Madde metninde yer alan “engellenme” kavramının muğlaklığı ve madde gerekçesinde suça ilişkin başka hareketlere de yer verilerek suç kapsamının genişletilmesi, ilk derece mahkemesi kararlarında farklı değerlendirmelere ve yorumlara yol açmaktadır. Engellenme kavramının kanun koyucu tarafından açık ve net bir şekilde ifade edilmesi, olası karışıklıkların giderilmesi bakımından önem arz edecektir. Ayrıca kanun metninde, suçun tek bir hareketle gerçekleşeceği öngörülmüş olmasına rağmen madde gerekçesinde ek hareketlere yer verilmiş ve böylece suçun kapsamı genişletilmiştir. Bu durumun, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle, biz de madde gerekçesiyle suç tanımının genişletildiği görüşünü benimsemekteyiz.

Çalışma konumuz olan suç, ihmali bir suçtur. Görevi kötüye kullanma suçunun ihmal suretiyle işlenmesi hali, ancak bu fiile ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması durumunda uygulanabilmektedir. Yüksek mahkeme kararlarında da belirtildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterme” fiili, tamamlayıcı ve torba hüküm niteliğindedir. Bu bağlamda dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi suçu asli norm, ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu ise tali norm olduğuna dikkat etmek gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta görüldüğü üzere, pek çok ülkede bu suç tipi özel olarak düzenlenmemiştir; bazı ülkelerde ise bu tür fiiller, görevi kötüye kullanma suçu kapsamında ele alınmaktadır. Bu yaklaşım, ülkemiz açısından da değerlendirilmeye açıktır.

Günümüzde teknolojinin hızla gelişmesi ve kamu kurumlarının dijitalleşmesiyle birlikte, dilekçe hakkının kullanım şekli de değişmektedir. Kamu kurumlarına yapılan başvuruların elektronik ortamda gerçekleştirilmesi giderek yaygınlaşmaktadır. Bu kapsamda dijital ortamdan gönderilen talepler yeni hukuki tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Gelecekte kamu kurumlarının dijitalleşme düzeyinin daha da artması ve bireylerin elektronik başvuru sistemlerine uyum sağlamasıyla, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi ihtimali büyük ölçüde azalacak ve bu suç tipi zamanla tamamen ortadan kalkabilecektir. Böylelikle çalışmamız, yüksek mahkeme kararları, uygulayıcıların değerlendirmeleri ve öğretideki çeşitli görüşler ışığında değerlendirilmiş ve konuya ilişkin çözüm önerileri sunularak ele alınmıştır.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Aksoy Retornaz**, Emine Eylem, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, C. 2017, S. 2, 2017, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3-15.
- Anayurt**, Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Arslantürk**, Mustafa, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2025.
- Artuk**, Mehmet Emin/ **Gökçen**, Ahmet/ **Alşahin**, Mehmet Emin/ **Çakır**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Aslan**, Zehreddin/ **Altındağ**, Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2024.
- Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul 2008.
- Çınar**, İsmail, “Hak Arama Hürriyetinin Engellenmesinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu 30-31 Temmuz 2021, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2022, s. 55-73.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Duran**, Gökhan Yaşar, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)”, Sayı: 142, Mayıs-Haziran 2019, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 59-92.
- Erem**, Faruk, “Suça İştirak”, 3, sy. 1 (Mart 1946), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/635393>, (Erişim Tarihi: 26.06.2025).
- Gerçekler**, Hasan, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2025.
- Hafizoğulları**, Zeki/ **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2018.
- Koca**, Mahmut/ **Üzülmaz**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Küçük**, Tevfik, “Federal Almanya Anayasa Hukukunda Dilekçe Hakkı”, Cilt: 17, Sayı:1, Yıl:2020, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 259-286.
- Malkoç**, İsmail, “Görevi İhmal Suçu”, 1994/1, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 27-40.
- Memiş Kartal**, Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, C. 19, S. 2, Y. 2013, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 1373-1396.
- Özbek**, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2025.

- Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız** Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Bacaksız**, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Özbek**, Veli Özer/ **Doğan**, Koray/ **Meraklı**, Serkan/ **Bacaksız**, Pınar/ **Başbüyük**, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Özen**, Muharrem/ **Köksal**, Atacan, “Önödeme ve Bazı Çözüm Önerileri”, 70, (2), Y. 2021, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 589-621.
- Özgenç**, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi” (İhmalî Suç), C. XXV, S. 4, Y. 2021, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 303-378.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2024.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Seçkin Yayıncılık, 35. Bası, Ankara 2025.
- Öztürk**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Taneri**, Gökhan, Hürriyete Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Taşkın**, Şaban Cankat, “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, Sayı:99-100 (Kasım-Aralık 2012), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 172-236.
- Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/ **Önok**, Rıfat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- Tozman**, Önder, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, S. 84, Y. 2009, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 160-187.
- Üzülmez**, İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, C. XVI, S. 1, Y. 2012, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 191-216.
- Yalçın Sancar**, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda “Zincirleme Suç””, S. 70, Y. 2007, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 244-259.
- Yavuz**, Hakan Abdülhamid, “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları ile İlişkisi”, S. 66, Y. 2021/1, Adalet Dergisi, s. 497-542.
- Yenerer Çakmut**, Özlem, “Dilekçe Hakkının Kullanılmasının Engellenmesi Suçu (TCK m. 121)”, Cilt:23, Sayı:1, 2017, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 45-55.
- Yılmaz**, Zahit, Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- Yokuş Sevük**, Handan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, s. 257-316.
- Yurtlu**, Fatih, “Suç Teorisi Bakımından İhmalî Suçların Yapısı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 579-636.
- Yurtlu**, Fatih, İhmalî Suçlar (İhmalî Suçlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

İnternet Kaynakları

https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=32353, (Erişim Tarihi: 07.10.2025).

<https://rm.coe.int/bih-criminal-code-consolidated-text/16806415c8>, (Erişim Tarihi: 07.10.2025).

T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr/dilek%c3%a7e>, (Erişim Tarihi: 07.06.2025).

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.06.2025).

Mahkeme Kararları

Gaziantep 16. Asliye Ceza Mahkemesi, E: 2015/522, K: 2015/683, T: 04.12.2015.

Sincan 1. Sulh Ceza Mahkemesi, E: 2011/915, K: 2011/1368, T: 24.11.2011.

Yenipazar Sulh Ceza Mahkemesi, E: 2011/100, K: 2012/14, T: 28.02.2012.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, Esas No: 2022/2288, Karar No: 2023/1201.

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 2. CD, E: 2017/137, K: 2017/450, T: 16.05.2017.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23. CD, E: 2017/1393, K: 2018/154, T: 25.01.2018.

Yargıtay 18. CD, E: 2015/2118, K: 2015/1935, T: 27.05.2015.

Yargıtay 4. CD, E: 2021/1448, K: 2023/16333, T: 21.03.2023.

Yargıtay 4. CD, E: 2013/33808, K: 2014/7257.

Yargıtay 5. CD, E: 2013/7283, K: 2015/11885, T: 26.05.2015.

Yargıtay 5. CD, E: 2014/682, K: 2016/2199, T: 29.02.2016.

Yargıtay 5. CD, E: 2018/9242, K: 2019/9702, T: 15.10.2019.

HIV STATÜSÜ, MAHREMİYET VE EŞE BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ: AİHS BAĞLAMINDA ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Sefa Ural ERTÜRK^(**)

Öz: Bu makale, HIV ile yaşayan bireylerin sağlık durumlarının eşlerine bildirilmemesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında doğurabileceği hak ihlallerini değerlendirmektedir. İlk olarak HIV enfeksiyonunun bulaş yolları, kronik seyri ve yaşam kalitesi üzerindeki etkileri ele alınarak hukuki analiz için gerekli tıbbi zemin oluşturulmuştur. Ardından, Türk hukukunda HIV statüsünün eşe bildirilmesine ilişkin açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığı belirtilmiş ve bu eksiklik eleştirel biçimde analiz edilmiştir. Takip eden bölümde, özel ve aile hayatına saygı hakkının kapsamı ile devletin bu alandaki negatif ve pozitif yükümlülükleri açıklığa kavuşturulmuştur. Son bölümde ise, HIV statüsünün eşe bildirilmesinin mahremiyet hakkına müdahale oluşturduğu kabul edilmekle birlikte, devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında risk altındaki eşin sağlığını, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile aile hayatını koruma yükümlülüğünün daha ağır bastığı savunulmuştur. Cinsel şiddet riski, aydınlatılmış rızanın yokluğu, ciddi sağlık tehlikesi ve olası gebelik gibi gerekçelerle, çatışan haklar arasında adil bir denge kurularak bildirim yükümlülüğünün benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Makale hem mahremiyeti hem de risk altındaki eşin haklarını koruyan açık ve öngörülebilir yasal bildirim mekanizmalarının gerekliliğini savunarak son bulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: HIV, Mahremiyet, Eşe Bildirim, Özel ve Aile Hayatına Saygı, Adil Denge.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 14.07.2025 - Makale Kabul Tarihi: 31.10.2025.

^(**) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: serturk@ankara.edu.tr,
Orcid: 0009-0004-4557-2528.

HIV STATUS, PRIVACY AND THE DUTY TO INFORM A SPOUSE: AN ASSESSMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE AND FAMILY LIFE UNDER THE ECHR

Abstract: This article examines the potential human rights violations that may arise from the non-disclosure of the HIV status of individuals living with HIV to their spouses, within the framework of the right to respect for private and family life under Article 8 of the European Convention on Human Rights. The study first provides a medical background by addressing the transmission routes, chronic nature, and impact of HIV on an individual's quality of life, in order to lay the foundation for legal analysis. It then highlights the absence of a specific legal regulation in Turkish law regarding the disclosure of HIV status to a spouse and offers a critical evaluation of this legislative gap. In the subsequent section, the scope of the right to respect for private and family life and the corresponding negative and positive obligations of the State are clarified. The final section argues that although the disclosure of HIV status constitutes an interference with the individual's right to privacy, the State's positive obligation to protect the health, physical and mental integrity, and family life of the at-risk spouse outweighs this interference. In light of serious health risks, the lack of informed consent, potential sexual violence, and possible pregnancy, it is contended that notification should be preferred as a fair and proportionate balancing of conflicting rights. The article concludes by advocating for clear and foreseeable legal disclosure mechanisms that safeguard both confidentiality and the rights of at-risk spouse.

Keywords: HIV, Privacy, Spousal Disclosure, Respect for Private and Family Life, Fair Balance.

GİRİŞ

İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü (HIV) ile yaşayan bireyin bu durumu hakkında eşinin bilgilendirilmesi meselesi karmaşık ve çok boyutlu bir hukuki sorundur. HIV enfeksiyonunun bireyler arası bulaş potansiyeli ve bunun ağır sonuçları ile bireylerin yaşam kalitesi üzerinde ciddi etkiler doğurması bu alandaki hukuki değerlendirmelerin daha özenli yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda bilgilendirme sorunu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu durumda, bir yandan bireyin mahremiyet hakkı ve kişisel sağlık verilerinin gizliliği söz konusuken diğer yandan, eşin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması, cinsel şiddet riski karşısında bilgilendirilme hakkı ile olası bir gebelik halinde aile hayatına saygı hakkı gündeme gelmektedir. Bu haklar arasında doğrudan bir çatışma bulunduğu, devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri çerçevesinde nasıl bir denge kurulması gerektiği sorusu, yalnızca hukuki değil, aynı zamanda etik ve toplumsal yönleri de bulunan bir değerlendirme alanıdır. Bu bağlamda, insan hakları temelli bir yaklaşım benimsemek hem HIV ile yaşayan bireylerin hem de eşlerinin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına katkı sağlayacaktır.

HIV statüsünün bildirilmesi toplum sağlığı politikaları, ahlâk felsefesi ya da tıbbi etik bağlamında incelenebilir ancak bu çalışmada konu yalnızca insan hakları hukuku perspektifinden ele alınmaktadır. İnceleme kapsamında, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca korunan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır. Her ne kadar konu Sözleşme kapsamında yaşam hakkı veya kötü muamele yasağı gibi diğer maddelerle de ilişkilendirilebilir nitelikte olsa da burada analiz yalnızca 8. madde bağlamında sınırlanmaktadır. Bu tercih, hukuki değerlendirmede konuyu dağıtmadan odaklı bir analiz yürütülebilmesini mümkün kılmak için yapılmıştır.

Hekim-hasta ilişkisinde geçerli olan, mahremiyete saygı ve gizliliği koruma gibi temel ilkeler, HIV ile yaşayan bireyler bakımından da geçerlidir. Ancak HIV özelinde, hekimin yalnızca bireysel değil toplumsal düzeyde de sorumluluk taşıması, özellikle HIV ile yaşayan bireyin eşini riske atan durumlarda, bu etik yükümlülüklerin daha dikkatli, çok boyutlu ve özenli biçimde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Hukuki mevzuat ve yargı içtihatları incelendiğinde, HIV statüsüne ilişkin düzenlemelerin büyük ölçüde bireyin mahremiyetinin korunması ve kişisel verilerin gizliliği esasına dayandığı görülmektedir. HIV statüsünün üçüncü kişilere özellikle eşe açıklanmasına iliş-

kin açık bir yasal düzenleme bulunmamakta, mevcut yaklaşım ise sınırlı sayıdaki ve dolaylı yargı kararlarından çıkarılabilmektedir. Bu durum, bireyin mahremiyeti ile eşin korunması arasında denge kurulması gereken hassas durumlarda hukuki boşluklara yol açmakta, konunun kapsamı, sınırları ve uygulamaya koşulları önemli ölçüde belirsizliğini korumaktadır.

HIV ile yaşayan bireyin mahremiyet hakkı ile eşin özel ve aile hayatına saygı hakkının doğrudan karşı karşıya gelmesi çatışan haklar ikileminin keskin örneklerinden birini oluşturmaktadır. Bu tür çatışmalarda, hangi hakkın üstün tutulması gerektiği yönünde hukuken tutarlı ve hakların özüne zarar vermeyen bir değerlendirme yapılması zorunludur. Eşin korunmasının tamamen HIV ile yaşayan bireyin inisiyatifine bırakılması hem eşin insan hakları hem de kamu sağlığı açısından ciddi sorunlar doğurabileceği gibi devletin pozitif yükümlülüklerini de yeterince yerine getirmediğine işaret edebilir.

HIV farklı yollarla bulaşabilmekle birlikte, bu çalışmada konu yalnızca cinsel yolla bulaş bağlamıyla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma, HIV özelinde bireyin mahremiyet hakkı ile eşin korunma hakkı arasındaki özgün çatışmayı değerlendirebilmek amacıyla tercih edilmiştir. Çalışmanın odak noktası bu nedenle eşler arasındaki bildirim yükümlülüğünün hukuki sınırlarının tartışılmasına yöneltilmiştir. Bu çerçevede aile içi diğer ilişkiler -örneğin ebeveyn ile çocuk veya aynı hanede yaşayan diğer yakınlar- ile kan teması veya açık yara üzerinden bulaşma gibi ihtimaller kapsam dışında bırakılmıştır. Konunun bu şekilde daraltılması, yalnızca cinsel bulaş üzerinden analiz yapılarak, HIV'e ilişkin hukuki sorunların gereksiz biçimde genelleştirilmesinin ve önyargı üretme riskinin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Bu çalışmada kullanılan “eş” kavramı yalnızca evlilik birliği içindeki eş ifade etmektedir. Dolayısıyla, yazı boyunca “eş” kavramı evlilik akdi ile kurulmuş birliktelikler üzerinden anlaşılmalı, evlilik dışı fiili birliktelikler ya da partnerlik ilişkileri bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Böyle bir sınırlandırma hem hukuki netlik sağlamak hem de tartışmanın odak noktasını evlilik birliği içindeki bildirim yükümlülüğüne yoğunlaştırmak bakımından tercih edilmiştir. Nitekim, çalışmada önerilen bildirim mekanizmasının kamu otoriteleri aracılığıyla tesis edilmesi öngörülmektedir. Evlilik dışı fiili birlikteliklerin veya gizli partnerliklerin tespiti kamu otoritesi bakımından pratikte mümkün değildir. Bu nedenle evlilik dışı birlikteliklerin bildirim kapsamına alınması, uygulanabilirlik bakımından gerçekçi değildir. Fiili partnerlere HIV statüsünün açıklanması ise bireylerin kendi inisiyatiflerine bırakılabilecek bir tavsiye olarak düşünülebilir, ancak devletin bu yönde sistematik bir inisiyatif

alması hukuken ve fiilen olanaklı değildir. Türk Medeni Kanunu uyarınca nişanlılık da evlilik gibi hukuken tanınan bir ilişkidir ve evlenme vaadiyle doğar, bununla birlikte nişanlılık evliliğin doğurduğu kişisel ve sürekli yükümlülükleri doğurmaz. Nişanlılar arasında sadakat veya birlikte yaşama yükümlülüğü bulunmamakta, nişanın bozulması yalnızca maddi ve manevi tazminat taleplerine konu olabilmektedir. Bu nedenle, evlilik kadar güçlü bir karşılıklı güven ilişkisi yaratmayan nişanlılık dönemine bildirim yükümlülüğünün genişletilmesi uygulanabilirlik açısından gerçekçi olmadığı gibi özel hayatın gizliliğiyle korunan mahrem alanı aşırı şekilde daraltacak, adil denge ilkesine aykırı biçimde kişisel verilerin korunması hakkını zedeleyecektir. Bu kapsamda nişanlılık da evlilik dışı birlikteliklerde olduğu gibi çalışma kapsamında bildirim yükümlülüğü önerisinin dışında tutulmuştur.

Benzer şekilde, Türk hukukunda mevzuat eşcinsel birliktelikleri evlilik birliği olarak tanımamaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada kullanılan “eş” kavramı eşcinsel partnerleri de kapsamamaktadır. Ayrıca, eşcinsel bireylerin sağlık kuruluşlarında partner ilişkilerini beyan etmeleri ve bu bilgilerin kayıt altına alınması hem ayrımcılık risklerini hem de kişisel verilerin korunması bakımından ciddi sorunları gündeme getirebilir. Bu sorunların ayrıntılı incelenmesi her ne kadar son derece önemli olsa da mevcut çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır.

Fiili partnerler dahil eşe HIV statüsünün açıklanmaması nedeniyle doğabilecek mağduriyetler -örneğin kişinin HIV statüsünü gizlemesinin kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs suçlarına vücut verip vermeyeceği- ceza hukuku bakımından tartışmaya açıktır. Ancak bu çalışma, özel olarak özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde evlilik birliği içindeki bildirim yükümlülüğünü konu edindiğinden söz konusu ceza hukuku tartışmaları kapsam dışında bırakılmıştır.

Ek olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesi sağlık verilerini ve cinsel hayata ilişkin bilgileri “özel nitelikli kişisel veri” olarak tanımlamakta ve bu verilerin işlenmesinde sıkı koruma önlemleri öngörmektedir. Bu bağlamda, evlilik birliği dışındaki ilişkilerin sistematik biçimde bildirim konu edilmesi, yalnızca özel hayatın gizliliği değil, aynı zamanda kişisel verilerin korunması hakkı açısından da orantılılık ve meşruiyet sorunları doğuracaktır. Dolayısıyla çalışmada yalnızca evlilik birliği içindeki eşlere yönelik sınırlı bir bildirim yükümlülüğünün tartışılması hem hukuki hem de pratik bakımdan bilinçli bir tercih olarak benimsenmiştir.

Türk hukukunda, HIV ile yaşayan bireyin durumunun eşine bildirilmesine ilişkin açık ve yönlendirici bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, uygulamada hekimlerin elindeki tek imkân, bireye eşini bilgilendirmesi yönünde tavsiyede bulunmaktan ibarettir. Ancak bu durum hem hekimler hem de bireyin eşi açısından ciddi hukuki ve etik belirsizlikler doğurmaktadır. HIV'in bulaşıcılığı, tedavi sürecinin zorluğu ve bireylerin özel ve aile hayatına saygı hakkı göz önüne alındığında, bu alanda açık bir hukuki düzenleme olmaksızın çözüm arayışına girilmesi, toplum sağlığı ve insan hakları bakımından yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla, bireyin mahremiyeti ile eşin korunması arasında adil ve öngörülebilir bir denge kurulabilmesi için yasal çerçevenin netleştirilmesi gerekmektedir.

Bu çalışma, HIV enfeksiyonunun bildirimi özelinde bireyin mahremiyeti ile eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı arasında doğabilecek çatışmaları insan hakları hukuku perspektifinden ele almaktadır. Bu doğrultuda öncelikle tıbbi bir değerlendirme yapma amacı ve iddiası olmaksızın meselenin zemininin ve öneminin kavranması amacıyla HIV enfeksiyonunun bulaş yolları, tedavi süreci, yaşam boyu etkileri gibi hususlara yalnızca genel farkındalık kazandırma amacıyla kısaca değinilecektir. Ardından, Türk hukukunda genel olarak enfeksiyon hakkında eşin bilgilendirilmesine ilişkin temel yasal çerçeve ulusal ve uluslararası düzenlemeler temelinde ortaya konulacaktır. Sonrasında tartışmanın esasına varılabilmesi için hukuki dayanakların açık biçimde anlaşılmasına katkı sunması amacıyla Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının içeriği ile devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) içtihatları ışığında ele alınacaktır. Son olarak, HIV özelinde bireyin mahremiyet hakkı ile eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı ayrıntılı biçimde değerlendirilecek, çatışan haklar arasında nasıl bir denge kurulması gerektiği sorunu üzerinde durularak, hangi hakkın öncelenmesi gerektiğine ilişkin hukuki tartışma yürütülecektir.

I. HIV ENFEKSİYONU

Bu çalışma hukuki bir değerlendirmeyi amaçlamaktadır, bununla birlikte konuya ilişkin tartışmanın isabetle yürütülebilmesi HIV enfeksiyonunun taşıdığı tıbbi ve toplumsal risklerin genel çerçevede anlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda aşağıda enfeksiyon hakkında yer verilen bilgiler, tıbbi nitelikli bir değerlendirme iddiası taşımamakta yalnızca HIV'in bulaş yolları, enfeksiyonun seyri ve tedavi süreci gibi hususlarda genel bir farkındalık sağlamak amacıyla sunulmaktadır. Bu çerçevede verilen bilgilerde,

Sağlık Bakanlığı'nın HIV/AIDS Tanı Tedavi Rehberi ile Dünya Sağlık Örgütü ve Amerikan Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri gibi güvenilir ulusal ve uluslararası kurumların HIV/AIDS bilgilendirme notlarından yararlanılmıştır¹. Bu bölümde sunulan açıklamalar, bilimsel bir tıbbi görüş veya klinik öneri niteliğinde olmayıp yalnızca bağlamsal zemin sunmak amacı taşımaktadır. Bu bilgiler, makalenin temelini oluşturan bireylerin özel hayatına müdahalenin sınırları, devletin pozitif yükümlülükleri ve özel ve aile hayatına saygının korunması gerekliliği gibi hukukî meselelerin, somut ve gerçek riskler ışığında tartışılmasına katkı sunmayı hedeflemektedir.

HIV, bağışıklık sistemini oluşturan savunma hücrelerine zarar vererek, bireyin savunma mekanizmasını ilerleyici biçimde zayıflatan, retrovirüs ailesine mensup bir RNA virüsüdür. Bu virüs, vücuda girdikten sonra bağışıklık sistemini sessizce ancak sistematik biçimde zayıflatır. Tedavi edilmediği takdirde, bağışıklık sisteminin ilerleyici şekilde çökmesine ve fırsatçı enfeksiyonlara açık hâle gelmesine yol açar ve birey sıradan bir enfeksiyonla dahi baş edemez hâle gelir². Bu ilerleyici bağışıklık yetmezliği durumu, zamanla AIDS (Edinilmiş Bağışıklık Yetmezliği Sendromu) evresine dönüşebilir. AIDS evresinde, kişi birçok fırsatçı enfeksiyon, kanser türü ve immün yetmezlik komplikasyonu ile karşı karşıya kalır ve bu durum ölümcül seyredebilir³.

HIV, doğrudan temas gerektiren bazı vücut sıvıları aracılığıyla bulaşır. HIV enfeksiyonu, başta korunmasız cinsel ilişki olmak üzere çeşitli yollarla kolaylıkla bulaşabilir. Eşler arasında gerçekleştirilen vajinal veya anal cinsel temas, bulaşın en yaygın nedenlerinden biridir. Enfekte kişinin sperm veya vajinal sekresyonu yoluyla virüsün geçişi mümkündür. Özellikle anal ilişki, mukoza geçirgenliğinin yüksek olması nedeniyle daha büyük risk taşımaktadır⁴. Bu yö-

¹ Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı HIV/AIDS Tanı Tedavi Rehberi, Ankara 2019, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/component/content/article/hiv-aids-tani-tedavi-rehberi.html>; Dünya Sağlık Örgütü HIV ve AIDS Bilgilendirme Notu, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>; Amerikan Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri HIV Bilgilendirme Notu, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://www.cdc.gov/hiv/about/index.html>.

² Steven G., **Deeks** / Julie, **Overbaugh** / Andrew, **Phillips** / Susan, **Buchbinder**, "HIV Infection", Nature Reviews Disease Primers, Article Number: 15035, Volume 1, October 2015.

³ Helena M., **Swinkels** / Andrew D., **Nguyen** / Peter G., **Gulick**, HIV and AIDS [Updated 2024 Jul 27], In: StatPearls [Internet], Available from: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK534860/?utm_.

⁴ Pragna, **Patel** / Craig B., **Borkowf** / John T., **Brooks** / Arielle, **Lasry** / Amy, **Lansky** / Jonathan, **Mermin**, "Estimating Per-Act HIV Transmission Risk: A Systematic Review", AIDS, Volume 28, Issue 10, June 2014.

nüyle HIV, aile içinde veya çiftler arasında fark edilmeksizin yayılabilen, toplumsal sonuçları olan bir virüstür. Bulaş, yalnızca yetişkin bireylerle sınırlı olmayıp, gebelik sırasında, doğum esnasında ya da emzirme yoluyla anneden bebeğe de geçebilmektedir. Antiretroviral tedavi uygulanmadığında bu tür anneden bebeğe bulaş riski %45'e kadar çıkabilmektedir⁵.

Günümüzde HIV'in kesin bir tedavisi bulunmamaktadır. HIV tanısı konulan bireylerin tüm yaşamları boyunca ilaç kullanmaları gerekir. Bu ömür boyu süren antiretroviral tedavi, virüsün vücutta çoğalmasını engelleyerek bağışıklık sistemini korur. Ancak bu tedavi, virüsü ortadan kaldırmaz yalnızca viral yükü baskılayarak bulaşma riskini azaltır ve yaşam süresini uzatır. HIV ile yaşayan bireyler yaşamları boyunca günlük olarak bir ya da daha fazla ilaç kullanmak zorundadır⁶. HIV, tedavi altında dahi bazı sistemik riskleri beraberinde getirebilir. Bu bireylerde tüberküloz, viral hepatitler, lenfomalar, enfeksiyona bağlı bazı kanser türleri, kardiyovasküler hastalıklar ve nörokognitif bozukluklara yatkınlık artmaktadır. Kullanılan ilaçların yan etkileri de ciddi düzeyde olabilir. Örneğin bazı ilaçlar böbrek fonksiyonlarını bozabilir, kemik yoğunluğunu azaltabilir, kilo artışı, insülin direnci ya da psikiyatrik belirtiler gibi kalıcı veya yaşam kalitesini düşüren yan etkilere neden olabilir⁷. Nitekim ilaçlara uzun süreli maruziyet, HIV enfeksiyonu kadar yaşam konforunu etkileyen bir unsur hâline gelebilmektedir.

Sonuç olarak HIV enfeksiyonu, tedaviyle kontrol altına alınabilir olmakla birlikte, bulaş yolları, klinik seyri ve tedavi gereksinimi bakımından kapsamlı bir izlem süreci gerektirmektedir. Bu bağlamda HIV, yalnızca bireyin sağlığını değil, aynı zamanda bedensel bütünlüğünü, aile ilişkilerini, cinsel yaşamını ve sosyal statüsünü etkileyen çok yönlü bir sağlık sorunudur. Bulaşın çoğunlukla sessiz ve gecikmeli şekilde fark edilmesi, toplum içinde enfeksiyonun gizli seyretmesine ve eşlerin çoğu zaman riskin farkına varmadan virüse maruz kalmasına yol açabilmektedir. Tüm bu yönleriyle HIV enfeksiyonu, sadece tıbbi değil, aynı zamanda hukuki, etik ve toplumsal düzlemde değerlendirilmesi gereken önemli bir halk sağlığı problemidir.

⁵ Chloe A., **Teasdale** / Ben J., **Marais** / Elaine J., **Abrams**, "HIV: Prevention of Mother-to-Child Transmission", BMJ Clinical Evidence, January 2011, Available from: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3217724/?utm>.

⁶ Steven G., **Deeks** / Sharon R., **Lewin** / Diane V., **Havlir**, "The End of AIDS: HIV Infection as a Chronic Disease", The Lancet, Volume 382, Issue 9903, November 2013.

⁷ Giovanni, **Guaraldi** / Frank J. Jr., **Paella**, "Clinical Implications of Aging with HIV Infection: Perspectives and the Future Medical Care Agenda", AIDS, Volume 31, Supplement 2, June 2017.

II. SAĞLIK BİLGİSİ VE BİLGİLENDİRME HAKKI

Tıpta bilgilendirme, bireyin özerkliğini ve rıza verme hakkını güvence altına alan temel bir ilkedir. Birey, kendi bedeni ve sağlığı üzerinde karar verebilmek için, tıbbi durumu hakkında açık, doğru ve yeterli bilgi alma hakkına sahiptir. Bu hak yalnızca etik bir yükümlülük değil, aynı zamanda hukuki düzenlemelerle de güvence altına alınmış bir haktır.

Modern tıbbın sosyal boyutları, bilgilendirme hakkını yalnızca birey ile sınırlı tutmayı her zaman yeterli kılmamaktadır. Özellikle bulaşıcı virüsler, üreme sağlığı ve ruh sağlığı gibi konularda ve eşin sağlığının doğrudan etkilenebileceği hallerde bireyin yakın çevresiyle özellikle eşiyle bilgi paylaşımı gündeme gelebilmektedir.

HIV, tıbben bir virüs olup doğrudan hastalık değildir ve tedavi edilmediğinde bağışıklık sistemini zayıflatarak AIDS adı verilen klinik tabloya yol açabilmektedir. Ayrıca bağışıklık sistemini zayıflatması nedeniyle çeşitli fırsatçı enfeksiyon ve hastalıklara zemin hazırlayabilmektedir. HIV ile yaşayan bireyler için hasta ifadesinin kullanılması, tıbbi bir durumu tanımlamanın ötesinde damgalayıcı ve ayrımcı çağrışımlar doğurabileceğinden, güncel literatürde “HIV ile yaşayan birey” terimi tercih edilmektedir.

Bu çerçevede aşağıda genel olarak HIV ile yaşayan bireyin ve eşinin bilgilendirilmesine ilişkin yasal sınırlar ve hukuki çerçeve değerlendirilecektir.

1. HIV ile Yaşayan Bireyin ve Eşin Bilgilendirilmesine İlişkin Hukuki Çerçeve

Bireyin sağlık durumu, teşhis, tedavi ve prognozuna ilişkin bilgiler, tıbbi sır kapsamında değerlendirilen ve özel hayatın gizliliğiyle doğrudan ilişkili olan kişisel verilerdir. Türk hukukunda bu bilgilerin paylaşımı, bireyin açık rızasına bağlanmış olup, bu kural istisna niteliğindeki bazı özel haller dışında mutlak biçimde uygulanmaktadır. Bu bağlamda, birey ile yakınları örneğin eşi veya birinci derece aile üyeleri arasındaki kişisel ilişki, tek başına hekim tarafından onları bilgilendirme yükümlülüğü doğurmaz. Bilgilendirme hakkı yalnızca bireyin kendisine tanınmış olup⁸, üçüncü kişilere bilgi aktarımı bireyin açık rızasına tabidir.

⁸ Hekimlerin bireyi sağlık durumu konusunda bilgilendirme yükümlülüğü hakkında bilgi için bkz.: Hasan Seçkin, **Ozanoğlu**, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 55-77.; Nazan, **Pedükçoşkun** / Semra, **Marmara**, “Hekimin Bilgilendirme Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 967-980.

Türk hukukunda, HIV gibi bulaşıcı, potansiyel olarak başkalarının sağlığını etkileyebilecek nitelikte olan enfeksiyonlar söz konusu olduğunda dahi, bireyin eşinin doğrudan bir bilgilendirilme hakkı bulunmamaktadır. Mevzuat bu konuda açık bir yükümlülük öngörmemekte, hekimin sağlık durumu hakkında yalnızca bireyi bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum, bireyin mahremiyet hakkına öncelik tanıyan ve rızaya dayalı yaklaşımı esas alan bir sistemin sonucudur.

HIV enfeksiyonu, Türkiye’de bulaşıcı hastalıkların/virüslerin izlenmesi ve kontrol altına alınması amacıyla oluşturulan Bulaşıcı Hastalıklar Bildirim Sistemi⁹ kapsamında, A grubu bildirim zorunlu enfeksiyonlar arasında yer almaktadır. Bu kapsamda, HIV tanısı konan her vakanın, ülke genelinde hizmet veren tüm kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimler tarafından Sağlık Bakanlığı’na bildirilmesi yasal bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği ve ilgili Bakanlık genelgesi çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu bildirimin muhatabı, bireyin eşi ya da yakınları değil, yalnızca kamu kurumları ve yetkili sağlık otoriteleridir. Bildirimler, elektronik ortamda (örneğin Halk Sağlığı Yönetim Sistemi - HSYS aracılığıyla) anonim ya da kodlanmış biçimde iletilmekte bireyin mahremiyeti ve kimlik bilgileri özel olarak korunmaktadır. Bu kapsamdaki bildirimler, bireyin eşi dahil yakın çevresine bilgi verilmesini içermemekte, aksine kişisel verileri saklama yükümlülüğü kapsamında bu bilgilerin paylaşılmasını yasaklamaktadır.

Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve Türkiye tarafından imzalanıp, onaylanarak iç hukukuna dâhil edilen Oviedo Sözleşmesi olarak da bilinen Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi¹⁰, kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğine özel bir önem atfetmektedir. Bu Sözleşme’nin 10. maddesine göre, herkes, sağlık durumu hakkında toplanan her türlü bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir ve bu bilgilerin gizliliği korunmalıdır. Bu hüküm, tıbbi bilgilendirmenin doğrudan ilgili bireye yapılması gerektiğini, üçüncü kişilere bireyin açık rızası olmaksızın bilgi verilmesinin özel hayatın gizliliğine aykırı olduğunu

⁹ 2015/18 sayılı Bulaşıcı Hastalıkların İhbar ve Bildirim Sistemi Genelgesi ile düzenlenmiştir.

¹⁰ Oviedo Sözleşmesi, Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, TBMM 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulmuştur (bkz. 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete). Bu kanun uyarınca Sözleşme 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır.

ortaya koymaktadır. Bu yaklaşım, Hasta Hakları Yönetmeliği¹¹ ile uyum içindedir. Yönetmeliğin 18. maddesi, hastanın sağlık durumu, konulan tanı ve uygulanacak tedavi hakkında bilgilendirilme hakkını yalnızca hasta bireye tanımaktadır. 19. maddede, bilgilendirmenin yalnızca hastaya yapılacağı, ancak hastanın açık rızasıyla üçüncü kişilere de bilgi verilebileceği düzenlenmiştir. 20. madde ise hastanın bilgilendirilmek istememe hakkını tanımakta, bu tercihin de gizliliğe konu olacağını belirtmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, hasta dışında başka bir kişinin -eş, çocuk ya da ebeveyn dahi olsa- hastalık bilgilerine erişimi ancak hastanın açık rızası ile mümkün olmaktadır. Her ne kadar HIV bir hastalık değil, vücutta kalıcı olarak bulunan bir virüs olsa da uygun düştüğü ölçüde bu düzenlemelerde yer alan bilgilendirme ve gizlilik haklarının, HIV ile yaşayan bireyler bakımından da kıyasen geçerli olduğu söylenebilir.

Bireyin eşi ya da yakını olmak, tek başına tıbbi bilgiye erişim hakkı doğurmaz. Bu konuda istisna oluşturacak herhangi bir yasal hüküm bulunmadığı gibi, hekimin böyle bir bildirimde bulunması hem kişisel verilerin korunması hakkını hem de mahremiyetin korunması yükümlülüğünü ihlal anlamına gelebilir. Uygulamada hekimlerin, bireye ait HIV enfeksiyon bilgisini eşi doğrudan bildirme yetkisi bulunmadığından, bu konuda izleyebilecekleri tek yol, bireye eşini bilgilendirmesi yönünde tavsiye ve telkinde bulunmaktır.

HIV ile yaşayan bir bireyin eşinin, hayati nitelikte bulaşıcı bir virüse maruz kalma riski altında olmasına rağmen, bu bilgiye erişim hakkının tamamen bireyin rızasına bağlı tutulması, eşin özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlaliyle sonuçlanabilir. Türk hukukunda, bu tür durumlarda hekimin bireyin eşi dahil üçüncü kişilere bilgi vermesine izin veren açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu normatif boşluk¹², devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında sorun teşkil eder. Nitekim devletin, bireylerin temel haklarının korunmasını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Mevzuatın bu alandaki sessizli-

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23420.

¹² Burada ifade edilen normatif boşluk, yalnızca bildirim yükümlülüğüne ilişkindir ve HIV ile yaşayan bireyin virüsü birine bulaştırması halinde ortaya çıkabilecek cezai sorumluluk tartışmalarını kapsamaz. İleride izah edileceği üzere, Türk hukukunda bildirim yükümlülüğüne dair açık bir düzenlemenin bulunmaması, örneğin HIV statüsünün gizlenerek cinsel ilişkiye girilmesi halinde, cezai sorumluluğun hiç gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez. Bildirime ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması özellikle evlilik birliği içindeki eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ise, bizce, devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal edebilecek sonuçlar doğurabilir.

ği, risk altındaki kişilerin korunmasını sağlayacak etkili ve öngörülebilir bir mekanizma oluşturulmasına engel olmakta böylece devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle hak ihlali riski doğurmaktadır. Bu mesele, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

III. ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, bireyin özel ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan kapsamlı bir düzenlemedir. Bu hüküm, yalnızca bireyleri devlet müdahalelerine karşı koruyan negatif yükümlülükleri değil, aynı zamanda devletin özel yaşamı etkin biçimde koruyacak tedbirleri alma yönündeki pozitif yükümlülüklerini de içermektedir. Dolayısıyla 8. madde, hem kamusal otoritelerin keyfî müdahalelerine karşı bir koruma kalkışı işlevi görmekte, hem de bireyler arası ilişkilerde doğabilecek hak çatışmalarında devletin adil bir denge kurma sorumluluğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 8. maddesinin anlamının ve çerçevesinin iyi anlaşılması, HIV ile yaşayan bireyin mahremiyet hakkı ile eşinin bilgilendirilme hakkı arasında ortaya çıkabilecek gerilimlerin değerlendirilmesinde kritik önem taşır. Nitekim bu hakların kesişim noktasında Sözleşme'nin öngördüğü denge ve orantılılık ilkeleri belirleyici olacaktır.

1. Hakkın Anlamı ve Kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Burada yer alan kavramlar Sözleşme'de tanımlanmamış, madde devletlere çok geniş bir alanda kişisel haklara saygı gösterme yükümlülüğü getirmiştir. Özel hayat, aile hayatı ve saygı dahil maddedeki kavramlar otonom anlamlara sahiptir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kavramları devletlerin iç hukuklarında yüklediği anlamlardan bağımsız olarak yorumlamaktadır¹³. Mahkeme'nin bu çerçevede korunan kişisel hakları yorumlarken genişleyici bir yorum strateji izlediğini, değişen birey ve aile yapılarını dikkate alarak güncel yorumlar yaptığını söylemek olanaklıdır.

Mahkeme, birçok kez özel hayatın kapsamlı bir terim olduğunu ve tükenmez şekilde tanımlanamayacağını, böyle bir tanım yapmanın mümkün ve gerekli de olmadığını, bununla birlikte özel hayatın bireyin fiziksel, psikolo-

¹³ David, **Harris** / Michael, **O'Boyle** / Ed, **Bates**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (çev. M. Bingöllü Kılıcı / U. Karan), İstanbul 2021, s. 475.

jik ve manevi bütünlüğünü koruduğunu, bireyin istenmeyen ilgiden uzak, özel bir yaşam sürme hakkını güvence altına aldığını, bireyin kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme özgürlüğünü yaşayabileceği bir alanı da teminat altına aldığını, ayrıca özel hayat kavramını bireyin kendi kişisel yaşamını dilediği gibi sürdürebileceği bir iç çember ile sınırlayıp ve bu çemberin dışında kalan dış dünyayı tamamen hariç tutmanın aşırı dar bir yaklaşım olacağını belirtmiştir¹⁴. Mahkeme, ayrıca, “yaşam kalitesi” kavramının Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında anlam kazandığını da belirtmiştir¹⁵.

Özel hayat hakkı kişisel bilgilerin gizliliğini güvence altına alır. Mahkeme’ye göre, kişisel verilerin korunması, bireyin kendi hayatı üzerinde kontrol sahibi olması hakkının bir parçasıdır. Bu koruma, özellikle sağlık bilgileri, genetik veriler, aile içi durumlar, dini inanç ve siyasi görüş gibi hassas veriler için çok daha güçlüdür. Mahkeme, kişisel verilerin özellikle de tıbbi verilerin korunmasının, Sözleşme’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılmasında temel bir öneme sahip olduğunu ifade etmektedir¹⁶.

Mahkeme, bireyin kimliğini oluşturma ve özerk biçimde yaşama hakkını da özel hayatın özüne ait olarak kabul eder. Mahkeme’ye göre, bireylerin kim olduklarını tanımlayabilmeleri, hayatlarını kendi değerleri doğrultusunda şekillendirebilmeleri ve kişisel gelişimlerini gerçekleştirebilmeleri özel hayatın ayrılmaz bir parçasıdır¹⁷.

Bunların ışığında Mahkeme içtihatları doğrultusunda özel hayat kavramının bireyin fiziksel, psikolojik ve manevi bütünlüğünü koruma altına alan bedensel ve ruhsal dokunulmazlık ilkesini, bireyin kişisel verilerinin ve yaşam alanının korunması anlamına gelen gizlilik/mahremiyet hakkını ve bireyin kimliğini inşa etme, sürdürme ve kendi hayatına yön verme kapasitesini ifade eden kimlik ve özerklik boyutlarını kapsadığını söylemek olanaklıdır.

Aile hayatına saygı kapsamında değerlendirilen olgular, Sözleşme’nin 8. maddesinin tamamında olduğu gibi, somutun sonsuz çeşitliliği içerisinde

¹⁴ Peck/Birleşik Krallık, no. 44647/98, § 57, 28 Ocak 2003.; Smirnova/Rusya, no. 46133/99 ve 48183/99, § 95, 24 Temmuz 2003.; P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, no. 44787/98, §§ 56-57, 25 Eylül 2001.; Niemietz/Almanya, no. 13710/88, § 29, 16 Aralık 1992.

¹⁵ Pretty/Birleşik Krallık, no. 2346/02, § 65, 29 Nisan 2002.

¹⁶ I./Finlandiya, no. 20511/03, § 38, 17 Temmuz 2008.

¹⁷ Mikulić/Hırvatistan, no. 53176/99, § 54, 7 Şubat 2002.; Christine Goodwin/Birleşik Krallık, no. 28957/95, § 90, 11 Temmuz 2002.

çok farklı görünüm sergileyebilir. Aile hayatına saygı hakkını da güvence altına alan Sözleşme'nin 8. maddesi, bir ailenin varlığını önceden varsayar. Mahkeme'ye göre, aile hayatının varlığı ya da yokluğu esasen bir olgu meselesidir ve uygulamada mevcut olan yakın kişisel bağların gerçek varlığına bağlıdır¹⁸. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, "meşru olmayan" (*illegitimate*) bir ailenin aile hayatına da "meşru" (*legitimate*) bir aileninkiy-le aynı şekilde uygulanır¹⁹. Buna göre aile kavramı yalnızca evlilik temelli ilişkilerle sınırlı değildir, evlilik dışı birlikte yaşamaya dayanan diğer fiili aile bağlarını da kapsayabilir²⁰. Bu tür bir ilişkiden doğan bir çocuk, doğumu anından itibaren ve salt bu olgunun kendisiyle, hukuken kendiliğinden (*ipso jure*) bu aile biriminin bir parçası olur. Dolayısıyla çocuk ile ebeveynleri arasında, aile hayatı oluşturacak nitelikte bir bağ her zaman mevcuttur²¹.

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin temel amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğunu ancak bu maddenin devletin yalnızca böyle bir müdahaleden kaçınmasını gerektirmekle sınırlı olmadığını, bu negatif yükümlülüğe ek olarak, özel hayata ve aile hayatına etkili bir şekilde saygı gösterilmesini sağlamak için gerekli olabilecek bazı pozitif yükümlülüklerin de doğabileceğini, bu yükümlülüklerin bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi özel ve aile hayatına saygının güvence altına alınmasını amaçlayan önlemlerin alınmasını içerebileceğini, devletin 8. madde kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükleri arasındaki sınırın kesin biçimde çizilemeyeceğini ancak uygulanacak ilkelerin temelde benzer olduğunu, her iki durumda da ilgili ve çatışan menfaatler arasında adil bir denge gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir²².

2. Devletin Negatif Yükümlülükleri

A. Negatif Yükümlülük Doktrini ve Madde 8 Kapsamındaki Görünümü

İnsan hakları hukuku esasen devlete karşı oluşturulmuş bir koruma sistemidir. Geleneksel devlet merkezli insan hakları hukuku yaklaşımı, insan haklarının güvence altına alınması görevini devletlere yüklemiş ve birey-devlet

¹⁸ K. ve T./Finlandiya [BD], no. 25702/94, § 150, 12 Temmuz 2001.

¹⁹ Marckx/Belçika, no. 6833/74, § 31, 13 Haziran 1979.

²⁰ Keegan/İrlanda, no. 16969/90, § 44, 26 Mayıs 1994.

²¹ Elsholz/Almanya [BD], no. 25735/94, § 43, 13 Temmuz 2000.

²² Toth ve Crişan/Romanya, no. 45430/19, § 47, 25 Şubat 2025.

ilişkisinde hiyerarşik olarak üstte yer alan devlete karşı dikey olarak yapılanmıştır²³. Nitekim Sözleşme'nin başlangıçtaki temel amacı, bireyleri otoriter devlet pratiklerinden, özellikle de devletin keyfi müdahalesinden korumak olmuştur. Bu çerçevede Sözleşme'nin erken döneminde devlete yönelik temel yükümlülük "karışmama" yükümlülüğüdür. Bireyin özgürlüğü, ancak devletin müdahale etmemesiyle mümkün görülmüştür. Negatif yükümlülük devletin bireyin hak ve özgürlüklerine müdahale etmemesi gerektiği anlayışına dayanır. Bu yükümlülük, bireyin temel hak ve özgürlüklerini kullanırken devletin geri durması, karışmaması, engel olmaması, bireyin bu hakkı özgürce kullanabilmesine izin vermesi anlamına gelir. Bir başka deyişle negatif yükümlülük, daha çok devletin "yapmama" yükümlülüğünü ifade eder.

Devletin Sözleşme'nin 8. madde haklarına müdahale teşkil eden eylemleri, klasik negatif yükümlülüğü gündeme getirmektedir. Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik her türlü devlet işlemi, eylemi veya ihmali potansiyel olarak müdahale oluşturabilir. Bununla birlikte müdahalenin mevcut olduğu her durum Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açmaz. Nitekim bu hak, mutlak bir hak değildir yani belirli koşullar altında devletin müdahalesine açık bir haktır. Madde 8'in ikinci fıkrası, bu hakkın hangi koşullarda sınırlandırılabilirliğini düzenlemiştir.

Müdahalelerin hukuka uygunluğunu değerlendirmek amacıyla, Sözleşme metninden çıkan, Mahkeme tarafından geliştirilen ve yaygın olarak "üçlü test" olarak adlandırılan bir denetim mekanizması uygulanmaktadır. Bu teste göre, bir müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için üç şartın birden sağlanması gerekir: Müdahale kanun ile öngörülmüş olmalı, meşru bir amaçla dayanmalı ve demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir tedbir niteliği taşımalıdır. Bu üç unsurdan herhangi birinin eksikliği, müdahalenin Sözleşme'ye aykırılığı sonucunu doğurabilir.

İlk olarak, müdahale kanunla öngörülmüş olmalıdır. Bu şart, yalnızca yasanın erişilebilir olması ve vatandaşın davranışlarını düzenlemesine imkân verecek ölçüde yeterli açıklıkla formüle edilmiş olması durumunda yerine getirilmiş sayılır²⁴. Mahkeme'ye göre kanunla öngörülmüş olma ifadesi yal-

²³ Oya, **Boyar**, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (editör Sibel İnceoğlu), İstanbul 2013, s. 56.; Derya, **Doğru**, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Hukukundaki İz Düşümü: Pozitif Yükümlülük Doktrini", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 221.

²⁴ Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), no. 6538/74, § 49, 26 Nisan 1979.

nızca dar anlamda yazılı kanunları değil, aynı zamanda daha geniş anlamda hukuki düzenlemelerin tamamını kapsar²⁵. Mahkeme, ayrıca, kanunla öngörülmuş ifadesinin yalnızca iç hukuka atıf yapmakla kalmadığını, aynı zamanda hukukun kalitesiyle de ilgili olduğunu ve bu bağlamda söz konusu kanunun, Sözleşme'nin başlangıç bölümünde açıkça atıf yapılan hukuk devleti ilkesiyle uyumlu olmayı gerektirdiğini vurgulamaktadır²⁶.

İkinci olarak, müdahale meşru bir amaç gütmelidir. Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlar listesi kapalıdır yani sınırlı sayıdadır dolayısıyla bu listede yer almayan başka hiçbir amaç Sözleşme'de düzenlenen hakkın sınırlandırılması için geçerli gerekçe sayılmaz. Sözleşme'nin 8/2. maddesinde sayılan meşru amaçlar ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ekonomik refah, kamu düzeni, suçun önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

Üçüncü olarak, sınırlama bu amaçlardan birinin gerçekleştirilmesi için demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. “Gerekli” ifadesi, sınırlamanın acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmesini ifade eder. Ayrıca devletin sınırlamayı haklı göstermek için sunduğu gerekçeler ilgili ve yeterli olmalı ve getirilen sınırlama güdülen amaçla orantılı olmalıdır²⁷. Bu kapsamda sırasıyla müdahale, ciddi ve somut bir toplumsal ihtiyaca yanıt veriyor mu, müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge var mı, müdahale kararı ilgili ve yeterli nedenlere dayanıyor mu soruları üçlü testin son aşaması için karşılanmalıdır.

Üçlü testteki koşullar bir bütün olduğundan bunlardan birinin yerine getirilmemiş olması ihlal kararı verilmesi için yeterlidir ve bu halde Mahkeme, geri kalan koşulların karşılanıp karşılanmadığına bakmaksızın incelemesini sonlandırmaktadır²⁸. Üçlü test, Mahkeme'nin müdahale içeren başvuruları belirli bir standart çerçevesinde ve tutarlı bir yöntemle incelemesini sağlayarak başvuru, davalı devletler ve Mahkeme'nin kendisi açısından öngörülebilirlik, usuli istikrar ve ortak içtihat birliği gibi önemli faydalar sağlamakta bununla birlikte her somut olayın bu şablona oturmaması nedeniyle bazı kararların muğlaklaşmasına yol açabilmektedir²⁹.

²⁵ Kruslin/Fransa, no. 11801/85, §§ 30-36, 24 Nisan 1990.

²⁶ Malone/Birleşik Krallık, no. 8691/79, § 67, 2 Ağustos 1984.

²⁷ Lingens/Avusturya, no. 9815/82, §§ 39-40, 8 Temmuz 1986.

²⁸ Malone/Birleşik Krallık, yukarıda anılan, § 82.

²⁹ Mehmet Alp, **Didinmez**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üç Aşamalı Testi”, Kırıkka-le Hukuk Mecmuası, Cilt: 1, Sayı: 1, 2021, s. 169-170.

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında negatif yükümlülükler, uygulamada çok farklı biçimlerde var olabilir. Bunlar kişisel verilerin süresiz ve keyfi biçimde saklanmasıyla bireylerin kişisel ve hassas bilgilerinin rıza olmaksızın açıklanmasına kadar geniş bir alanda görünebilir. Özellikle mahremiyet ilkesinin ön planda olduğu alanlarda, devletin müdahaleden kaçınma yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır. Mahkeme, her ne kadar veriler gizli kalmış olsa da sağlık verilerinin bireyin rızası olmaksızın başka bir kamu kurumuyla paylaşılmasını ve dolayısıyla daha geniş bir kamu görevlisi çevresine ifşa edilmesi halini dahi özel hayata müdahale kabul etmektedir³⁰.

İnsan hakları hukukunun ağırlıklı olarak dikey etki modeline dayanarak gelişmesi, bireylerin bütüncül bir şekilde korunmasında önemli boşluklar yaratmış, aşağıda izah edildiği üzere, bu eksiklik önce ulusal hukuk sistemlerinde geliştirilen yatay etki uygulamalarıyla, ardından da uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarının içtihatları aracılığıyla şekillenen devletin pozitif yükümlülüğü anlayışıyla giderilmeye çalışılmıştır.

3. Devletin Pozitif Yükümlülükleri

A. Pozitif Yükümlülük Doktrini ve Madde 8 Kapsamındaki Görünümü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1950 yılında imzalandığında esas olarak negatif yükümlülükler, yani bireyin devletten gelebilecek keyfi müdahalelere karşı korunması üzerine kuruluydu. Ancak zamanla, Mahkeme içtihatıyla pozitif yükümlülükler doktrini gelişmiş ve bireyin bireyden gelebilecek ihlallere karşı da korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu gelişim zamanla yayılan, aşamalı bir dönüşümdür. Mahkeme'nin içtihat çizgisine baktığında 1970'li yıllara kadar Sözleşme'nin literal yorumları baskındır ve Mahkeme içtihatları sınırlıdır. Ancak 1970'li yıllardan itibaren Sözleşme'nin yalnızca bireyin devlet karşısındaki konumunu düzenleyen statik bir metin değil, yaşayan bir belge olarak yorumlanması gerektiği fikri güç kazanmış, Mahkeme, hakların yalnızca soyut biçimde tanınmasının yeterli olmayacağını, bunların etkili biçimde sağlanması gerektiğini vurgulamaya başlamıştır. Bu doğrultuda pozitif yükümlülüklerin ilk sinyalleri, Mahkeme'nin 1968 tarihli kısaca *Belgian Linguistic Case* olarak bilinen kararı³¹ ve

³⁰ M.S./İsveç, no. 20837/92, § 35, 27 Ağustos 1997.

³¹ Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, no. 1474/62 ve diğer başvurular, 23 Temmuz 1968.

1979 tarihli *Marckx/Belçika* kararıyla³² ortaya çıkmıştır. Bu ikinci kararda Mahkeme, aile hayatına saygı hakkı kapsamında, devletin sadece müdahaleden kaçınmakla değil, aynı zamanda gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla da yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Pozitif yükümlülük, devletin eylemsiz kalmama aksine aktif önlemler alarak bireylerin haklarını koruma ve sağlama yükümlülüğüdür. Dolayısıyla pozitif yükümlülük, genel anlamıyla, devletin koruma yükümlülüğünü ifade eder. Bu, insan haklarının gerçekleştirilmesi bakımından devletin sorumluluğunu yansıtır. Bu yükümlülükler, devleti bir ihlal eden olarak değil, hakların güvencesi olarak ele alır. Başvurucu açısından hakkının ihlal edilmesine sebep olan şeyin bir devlet eylemi ya da başka bir nedenden kaynaklanmasının bir farkı yoktur. Bu nedenle, eğer devlet, insan hakları ihlaline yol açan bir durumu ortadan kaldırma yetkisine sahipken hareketsiz kalıyorsa, bu ihmalkârlık da benzer şekilde bir ihlal teşkil edebilir.

Pozitif yükümlülük anlayışı Mahkeme'nin istikrarlı içtihatları ile sistematik bir yapıya kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Buna göre devletin yalnızca hakka müdahaleyi engellemekle kalmayıp, etkin bir yasal çerçeve oluşturması, koruma mekanizmaları kurması, etkili bir yargı yolu sağlaması ve önleyici ve caydırıcı mekanizmalar kurması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda örneğin *Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında³³, istismara uğrayan çocukları koruyamayan sosyal hizmet birimlerinin pasifliği nedeniyle devletin yükümlülüğünü ihlal ettiği; *Öneryıldız/Türkiye* kararında³⁴, devletin altyapı eksiklikleri nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında gerekli tedbirleri almamış olması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği değerlendirilmiştir. Pozitif yükümlülükler, günümüzde daha da genişleyerek yapısal ve proaktif bir anlayışa evrilmiştir. Devletin sadece bireysel olaylara müdahale etmesi değil, aynı zamanda sosyal riskleri öngörüp önlem alması, toplumsal cinsiyet eşitsizliği, aile içi şiddet, çevresel tehditler, dijital güvenlik gibi yeni alanlarda da aktif rol üstlenmesi beklenir hale gelmiştir.

Pozitif yükümlülüklerin gelişimiyle birlikte, devletin özel kişiler arasındaki ilişkilerde fail olmayan ama koruyucu olan aktör rolü kabul edilmiş ve bu

³² *Marckx/Belçika*, yukarıda anılan, § 31.

³³ *Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 29392/95, §§ 121-126, 10 Mayıs 2001.

³⁴ *Öneryıldız/Türkiye*, no. 48939/99, §§ 89-96, 30 Kasım 2004.

durum doktrinde yatay etki olarak adlandırılmıştır³⁵. Yatay etki terimi, ilişki-deki tarafların statüsünü ve karşılıklı konumunu ifade eder. Nitekim yatay ilişki, bireyler arasında, yani hukuken eşit düzeydeki taraflar arasında meydana gelen ilişkililerdir. Bu ilişkide devlet “doğrudan” bir taraf değildir, taraflar arasında dikey bir otorite ilişkisi yoktur. Yatay etki teorisi kavramsal olarak kökenini Alman kamu hukukuna borçludur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht-BVerfG*) yatay etkinin kurucu içtihadı olarak kabul edilen Lüth kararında³⁶ Anayasa’daki (*Grundgesetz*) temel hakların özel hukuk ilişkilerinde dolaylı etkisini (*mittelbare Drittwirkung*) kabul etmiş, Anayasa’nın temel haklarının, sadece devletin bireylere karşı yükümlülüğü olmadığını, özel hukuk ilişkilerinde de dolaylı olarak etki doğuracağını, bu hakların objektif bir değerler düzeni (*objektive Werteordnung*) ortaya koyarak tüm hukuk sistemini yönlendirdiğini ifade etmiştir. Bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sonradan ortaya koyduğu pozitif yükümlülükler ve yatay etki teorilerinin gelişiminde örtük bir etki taşımaktadır.

Mahkeme, bugüne kadar oldukça kapsamlı bir pozitif yükümlülükler içtihadı geliştirmiş olmakla birlikte, bu yükümlülükleri normatif bir kategori olarak ele alan sistematik ve kuramsal bir analiz yapmaktan kaçınmıştır. Nitekim *Plattform “Ärzte für das Leben”/Avusturya* kararında³⁷ Mahkeme, pozitif yükümlülüklerle ilişkin genel bir teori oluşturmak zorunda olmadığını ifade etmiştir. Bu durum, Mahkeme’nin somut olayların özelliklerine odaklanan, hakkaniyeti esas alan ve genel hukuk normlarına dair kapsamlı açıklamalardan kaçınan yaklaşımının bir yansımasıdır.

Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin amacının temel olarak bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesinden korumak olduğunu ancak bu hükmün devleti sadece bu tür bir müdahaleden kaçınmaya zorlamadığını, bu öncelikli negatif taahhüde ek olarak, etkili bir özel ve aile hayatına saygıya içkin olan pozitif yükümlülüklerin bulunduğunu, bu yükümlülüklerin, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde dahi özel ve aile hayatına saygıyı güvenceye almak için tasarlanmış tedbirler almayı gerektirebileceğini ifade etmektedir³⁸.

³⁵ Eva, **Brems**, Human Rights: Universality and Diversity, The Hague 2001, page 12.; John H., **Knox**, “Horizontal Human Rights Law”, American Journal of International Law, Volume 102, Issue 1, January 2008, pages 1-2.

³⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), Lüth Kararı, BVerfGE 7, 198, 15.01.1958.

³⁷ Plattform “Ärzte für das Leben”/Avusturya, no. 10126/82, § 31, 21 Haziran 1988.

³⁸ Söderman/İsveç, no. 5786/08, § 78, 12 Kasım 2013.

Bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sağlamaya yönelik tedbirlerin seçimi, devletin üzerindeki yükümlülükler ister pozitif ister negatif olsun, kural olarak Sözleşmeciler devletlerin takdir payı içine giren bir konudur. Bununla birlikte bireyin varlığı veya kimliğinin özellikle önemli bir yönü tehlikede ise ya da söz konusu faaliyetler özel hayatın en mahrem boyutunu ilgilendiriyor ise devlete tanıyan takdir payı o ölçüde dar olacaktır³⁹.

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda “saygı” kavramı yeterince açık değildir, bu kavramın gereklilikleri davadan davaya büyük ölçüde değişiklik gösterebilir⁴⁰. Pozitif yükümlülükler, somut olayın koşullarına göre, özel kişilerin ihlallerine karşı korumayı güçlendirecek uygun bir yasal çerçeveyi sağlama ve pratikte uygulama ödevini⁴¹, etkili ceza yasası hükümlerinin yürürlükte olmasını güvenceye alma görevini⁴², ceza soruşturmasının etkililiğini sağlamayı⁴³, uygun düşüğü ölçüde yeterli korumayı sağlayabilecek özel hukuk yollarına erişebilmeyi⁴⁴ içerebilir.

Mahkeme'nin, *Hokkanen/Finlandiya* kararında⁴⁵ belirttiği üzere Sözleşme'nin 8. maddesi hükmü uyarınca devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin biçimde tanımlanamadığından ve her iki yükümlülükte de bireyin çıkarları ile toplumun bütünü arasındaki çıkarlar arasında adil bir denge kurulması gerekliliği ve devlete belli bir takdir payı tanındığı gibi uygulanabilir ilkeler benzer olduğundan bir olayın devletin negatif veya pozitif yükümlülüğünden hangisine yol açığının belirlenmesi güçleşmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'nin bir davayı müdahale yani negatif yükümlülük yerine pozitif yükümlülükler bağlamında incelemesi hukuki değerlendirme açısından iki temel farklılık oluşturmaktadır. İlk olarak, pozitif yükümlülüklerin ihlali yönünden inceleme yapıldığında, özellikle devletin herhangi bir düzenleme yapmadığı veya koruyucu önlem almadı-

³⁹ Von Hannover/Almanya (no. 2) [BD], no. 40660/08 ve 60641/08, § 104, 7 Şubat 2012.; Odièvre/Fransa [BD], no. 42326/98, § 46, 13 Şubat 2003.; Evans/Birleşik Krallık [BD], no. 6339/05, § 77, 10 Nisan 2007.

⁴⁰ Hämäläinen/Finlandiya, no. 37359/09, § 66, 16 Temmuz 2014.

⁴¹ Osman/Birleşik Krallık, no. 23452/94, §§ 128-130, 28 Ekim 1998.

⁴² X ve Y/Hollanda, no. 8978/80, § 27, 26 Mart 1985.

⁴³ C.A.S. ve C.S./Romanya, no. 26692/05, § 82, 20 Mart 2012.

⁴⁴ K.U./Finlandiya, no. 2872/02, § 47, 2 Aralık 2008.

⁴⁵ Hokkanen/Finlandiya, no. 19823/92, § 55, 23 Eylül 1994.

ğı yani eylemsizlik sergilediği durumlara ilişkin ihlal iddialarında Mahkeme, Sözleşme'nin 8/2. maddesinde kapsamındaki müdahale incelemesinden farklı olarak devletin tutumunun hukuka uygun olup olmadığına veya meşru bir amacı gözetip gözetmediğine ilişkin ayrı bir değerlendirmeyi çoğu kez yapmamaktadır. İkinci olarak Mahkeme'nin pozitif yükümlülüklerle ilişkin içtihatlarında açık bir metodoloji olmaması nedeniyle verilen kararlar büyük ölçüde somut olaya özgü kalmakta ve Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından sağlanan korumanın kapsamı ile sınırlarına dair yeterli yol göstericilik sunulmamaktadır⁴⁶.

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri arasındaki sınır, bireyin mahremiyet hakkının korunması ile diğer bireylerin menfaatlerinin dengelenmesinde temel bir rol oynar. Özellikle sağlık verileri gibi hassas bilgilerin söz konusu olduğu durumlarda, mahremiyet hakkı ile eşin hakları arasındaki denge, bu yükümlülüklerin kapsamının en yoğun biçimde tartışıldığı alanlardan biridir. Bu çerçevede, HIV statüsünün bildirilmesi meselesi de 8. madde bağlamında bu hassas dengeyi somutlaştırmaktadır.

IV. HIV, MAHREMİYET HAKKI VE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kişinin HIV enfekte olduğuna ilişkin bilginin eşinden gizlenmesi, özel hayatın gizliliği ile özel ve aile hayatına saygı hakkı arasında hassas bir denge sorununu gündeme getirmektedir. Bu durum, bir yandan bireyin sağlık verilerinin mahremiyetine ilişkin temel haklarını ilgilendirirken, diğer yandan eşin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü koruma hakkı bakımından ciddi etkiler doğurabilmektedir. Bu tür durumlarda, haberdar edilmeyen eşin olası bir gebelik halinde doğacak çocuğun sağlık riskleriyle karşı karşıya kalma ihtimali de aile hayatına saygı hakkı kapsamında ayrı bir önem kazanmaktadır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında geliştirdiği içtihatlar, bu tür çatışmalarda devletin hem müdahaleden kaçınma hem de koruma yükümlülüğü yönünden sorumluluğunu ortaya koymaktadır.

Bu tür durumlarda, çatışan iki temel hakkın yani HIV ile yaşayan bireyin özel hayata saygı hakkı kapsamında mahremiyet hakkı ile eşin özel ve aile hayatının korunmasına yönelik haklarının karşı karşıya geldiği bir denge

⁴⁶ Harris / O'Boyle / Bates, s. 487.

sorunu doğar. Dolayısıyla yapılacak hukuki değerlendirmede hangi hakkın üstün tutulacağı belirlenmeli, bu tercih doğrultusunda da devletin pozitif ya da negatif yönde yükümlülük üstlenmesi beklenmelidir.

1. HIV ile Yaşayan Bireyin Özel Hayatına Saygı Hakkı

Sağlık verileri, bireyin özel hayatının en hassas alanlarından biridir ve Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında koruma altındadır. Mahkeme, kişisel verilerin, özellikle de sağlık verilerinin korunmasının özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanmanın temel unsurlarından biri olduğunu, sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesinin Sözleşme'ye taraf tüm devletlerin hukuk sistemlerinde temel bir ilke olduğunu, bu ilkeye uyulmasının yalnızca bireyin mahremiyet duygusuna saygı açısından değil aynı zamanda tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine duyulan güvenin korunması bakımından da büyük önem taşıdığını, ulusal hukukun Sözleşme'nin 8. maddesiyle sağlanan güvencelerle bağdaşmayan her türlü kişisel sağlık verisi aktarımı ya da açıklamasına karşı uygun güvenceleri sağlaması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁷.

Mahkeme, bu hususların özellikle bir kişinin HIV enfeksiyonuna ilişkin bilgilerinin gizliliğinin korunması bakımından büyük önem taşıdığını, bu tür verilerin açıklanmasının kişinin özel ve aile hayatını olduğu kadar sosyal çevresi ve çalışma hayatını da ciddi şekilde etkileyebileceğini, kişinin toplumun dışlanması ve damgalanma riskiyle karşı karşıya kalabileceğini, bu nedenle bu tür bilgilerin açıklanmasının bireyleri tanı ve tedavi aramaktan caydırabileceğini veya toplumun pandemiye kontrol altına alma yönündeki önleyici çabalarını zayıflatabileceğini söylemektedir. Mahkeme bu doğrultuda bir kişinin HIV statüsüne ilişkin bilgilerin son derece mahrem ve hassas niteliği dikkate alındığında, bu bilgilerin bireyin rızası olmaksızın açıklanmasını veya iletilmesini zorunlu kılan devlet tedbirlerinin son derece dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir⁴⁸.

Bu açıklamalar ışığında, bireyin HIV statüsüne ilişkin sağlık verilerinin mahremiyet hakkı kapsamında özel hayata saygı hakkının bir unsuru olduğu ve bireyin bu bilgilerin kendi rızası olmaksızın açıklanmaması yönünde meşru bir menfaate sahip olduğu açıktır. Dolayısıyla, bireyin HIV statüsüne

⁴⁷ Z./Finlandiya, no. 22009/93, § 95, 25 Şubat 1997.; Y.G./Rusya, no. 8647/12, § 44, 30 Ağustos 2022.

⁴⁸ Z./Finlandiya, yukarıda anılan, § 96.; Y.G./Rusya, yukarıda anılan, § 46.

ilişkin bilgilerin kendi açık rızası olmaksızın devlet tarafından açıklanması, özel hayata yönelik bir müdahale niteliği taşımaktadır. Müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda, devletin negatif yükümlülükleri, yani müdahaleden kaçınma yükümlülüğü gündeme gelir. Ancak her müdahale, tek başına Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali anlamına gelmez. Mahkeme içtihatları doğrultusunda, bir müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için yukarıda izah edilen üçlü test olarak bilinen kriterlerin bir arada sağlanması gerekir.

Müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için öncelikle “kanunla öngörülmüş” olması gerekir. Bu ifadenin, yalnızca teknik anlamda yürürlükteki yasaları değil, tüm bağlayıcı hukuki düzenlemeleri kapsayan geniş bir hukuk normu anlayışına işaret ettiği bu bağlamda söz konusu normun erişilebilir ve öngörülebilir olması ile bireylerin davranışlarını buna göre düzenleyebilmelerine olanak tanıyacak açıklıkta ve kesinlikte bulunması gerektiği yukarıda açıklanmıştı. Türk hukukunda, HIV ile yaşayan bireyin sağlık statüsünün eşe bildirilmesine ilişkin açık, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Bu tür bir açıklamanın hangi koşullarda, kim tarafından ve ne şekilde yapılabileceğine dair belirsizlik, kanunla öngörülme şartının karşılanmadığını göstermektedir. Bu durumda, kanunla öngörülme şartının karşılanmadığı sonucuna varıldığında, Mahkeme'nin yerleşik içtihadı uyarınca müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığına veya demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin ikinci ve üçüncü aşamalara geçilmez. Bu halde, HIV statüsünün eşe açıklanmasına ilişkin açık, öngörülebilir ve yeterli hukuki temel bulunmaksızın bir müdahale yapıldığından bahisle daha ileri bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın 8. madde ihlali doğabileceği söylenebilir.

HIV statüsünün eşe bildirilmesine ilişkin açık bir mevzuat düzenlemesi getirilmesi hâlinde ise müdahalenin haklı görülebilmesi için meşru bir amaç gütmesi ve demokratik bir toplumda gerekli görülmesi şarttır.

Meşru amaç bakımından eşe bildirim hem toplum sağlığını koruma hem de eşin yaşamı, sağlığı ve maddi-manevi bütünlüğü gibi temel haklarını güvence altına alma yönüyle, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, bildirim yükümlülüğü öngören bir yasal düzenlemenin, bizce, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında meşru bir sınırlama amacı olduğu kabul edilebilir.

Demokratik bir toplumda gereklilik değerlendirmesi, özellikle meşru amaçlarla bağlantılı olarak anlam kazanmaktadır. HIV statüsünün eşe bildi-

rilmesini öngören olası bir yasal düzenleme, bizce, öncelikle bilgi dışı cinsel yolla bulaşmanın önlenmesi, bireylerin rıza gösterebilmeleri için yeterli bilgiye erişimin sağlanması ve kamu sağlığını tehdit eden durumların azaltılması gibi ciddi ve somut toplumsal ihtiyaçlara doğrudan yanıt vermektedir. Müdahale ile ulaşılmak istenen amaç yani kamu sağlığının ve eşin temel hak ve özgürlüklerinin korunması arasında makul bir orantı bulunduğunu söylemek olanaklı olacaktır zira böyle bir bildirim yükümlülüğü yalnızca belirli ve istisnai durumlarla sınırlı tutulacak, özenli, denetlenebilir ve hukuki güvencelere bağlı şekilde uygulanacaktır. Nitekim, HIV statüsüne ilişkin bilginin ifşası yalnızca doğrudan bulaş riski altındaki eşle sınırlı tutulacak, kişinin ebeveyni, çocuğu veya diğer yakınları gibi üçüncü kişilerle paylaşılmayacaktır. Bu yönüyle, müdahalenin kapsamı daraltılmış, özel hayata yönelik etki asgariye indirilmiş olacaktır. Bu çerçevede, bizce, müdahalenin gerekçeleri Mahkeme içtihadında aranan ilgili ve yeterli olma koşulunu karşılamakta olacak ve düzenleme keyfi olmayan, kamu yararıyla uyumlu ve demokratik toplum gereklerine uygun bir sınırlama olarak değerlendirilebilecektir.

Demokratik toplumda gereklilik incelemesi sadece meşru amaçların varlığıyla sınırlı olmayıp özellikle sağlık verileri gibi hassas ve takdir marjının dar olduğu alanlarda zorlayıcı nedenlerin (*compelling reasons*) varlığını ortaya koymayı gerektirir. Bir başka anlatımla meşru amacın varlığı otomatik olarak HIV statüsü gibi bir sağlık verisinin ifşası şeklindeki müdahaleyi gerekli kılmaz ve zorlayıcı nedenin daha ciddi göstergelerle ve güçlü gerekçelerle ortaya konması gerekir. Mahkeme, nitekim, *C.C./İspanya*⁴⁹ ve *O.G. ve Diğerleri/Yunanistan*⁵⁰ kararlarında başvuruçuların HIV statülerinin açıklanması veya paylaşılması yönünde alınacak her türlü önlemin sıkı bir denetime tabi tutulacağını açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda olası bir bildirim yükümlülüğünün demokratik toplum gerekleriyle bağdaşabilmesi için zorlayıcı nedenlerin varlığıyla uyumlu biçimde yalnızca evlilik birliği içindeki eşe yönelik olarak sınırlı tutulması, daha hafif tedbirlerle (örneğin genel bilgilendirme veya danışmanlık) amacın sağlanamayacağının ikna edici biçimde ortaya konması, bilgilendirmenin yalnızca HIV pozitiflik bilgisini kapsayacak şekilde tek seferlik ve amaçla sınırlı biçimde yapılması ve de sürecin sıkı hukuki güvencelerle etkin denetime tabi kılınması gerekir. Bu koşullar sağlandığında, devletin daraltılmış takdir marjına rağmen düzenle-

⁴⁹ C.C./İspanya, no. 1425/06, §§ 33-34, 6 Ekim 2009.

⁵⁰ O.G. ve Diğerleri/Yunanistan, no. 71555/12 ve 48256/13, § 153, 23 Ocak 2024.

menin kamu yararıyla uyumlu, keyfi olmayan ve de ilgili ve yeterli gerekçelere dayalı bir sınırlama oluşturacağı dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi-nin 2. fıkrası uyarınca demokratik toplumda gerekli bir müdahale olarak değerlendirilebileceği, bizce, ileri sürülebilir.

Mahkeme'nin bu tür bir müdahaleyi nasıl değerlendireceği ise yasal çerçevenin içeriği, uygulamadaki etkileri ve başvurunun özelliklerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Bu nedenle, söz konusu müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını kesin biçimde öngörmek mümkün değildir ve bu tür bir değerlendirme ancak somut bir başvuru ile Mahkeme önüne geldiğinde yapılabilecektir. Mevcut durumda ise bu konuda yalnızca teorik değerlendirmeler ve içtihatlardan çıkarılabilecek ihtimaller üzerinden yorum yapılabilir.

A. Ayrımcılık Yasağı ve Özel Hayata Saygı Hakkı İlişkisi

HIV ile yaşayan bireyler tarihsel olarak bir damgalanma ve ayrımcılıkla karşı karşıya kalabilmektedir⁵¹. HIV statüsünün yalnızca bir sağlık durumu olmanın ötesinde, iş hayatında dışlanma, sosyal ilişkilerde izolasyon ve aile hayatında ayrışma gibi pek çok ayrımcı pratiğe gerekçe yapıldığı bilinmektedir. Bu nedenle, HIV ile yaşayan bireylerin özel hayatına saygı hakkı tartışılırken, ayrımcılık yasağı boyutunun göz ardı edilmemesi gerekir. Zira özel hayata saygı hakkı, bireyin HIV statüsünü açıklama ya da gizleme iradesiyle sınırlı kalmamaktadır ve bu statüsünün ifşa olması halinde bireyin ayrımcı muameleye maruz kalmaması güvencesini de içermektedir.

Bu çerçevede devletin yükümlülükleri yalnızca bireylerin HIV statüsü nedeniyle ayrımcılığa uğramamasını güvence altına alan negatif yükümlülük ile sınırlı değildir. Devlet aynı zamanda, toplumsal önyargıların ve mevcut ayrımcılık pratiklerinin ortadan kaldırılması yönünde etkili önlemler almakla yükümlüdür. Bu da pozitif yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Mahkeme'nin, *Kiyutin/Rusya*⁵², *I.B./Yunanistan*⁵³ ve *P.T./Moldova*⁵⁴ kararlarında görüldüğü üzere, HIV statüsü ayrımcılık yasağı ile özel hayata saygı hakkı ekseninde birlikte değerlendirilmiş ve devletin hem ayrımcılık yapmama hem de ayrımcılığı engelleme yükümlülüğü vurgulanmıştır.

⁵¹ Deniz, **Gökengin** / Şebnem, **Çalık** / Pınar, **Öktem**, "Türkiye'de HIV'le İlgili Damgalama ve Ayrımcılığın Analizi: HIV'le Yaşayan Kişiler İçin Damgalanma Göstergesi Sonuçları", *Klinik Dergisi*, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017.

⁵² *Kiyutin/Rusya*, no. 2700/10, 10 Mart 2011.

⁵³ *I.B./Yunanistan*, no. 552/10, 3 Ekim 2013.

⁵⁴ *P.T./Moldova*, no. 1122/12, 26 Mayıs 2020.

Bu bağlamda *Kiyutin/Rusya* davasında Mahkeme, HIV ile yaşayan bireylerin ülkeye giriş ve oturma izinlerinin kanun gereği otomatik olarak reddedilmesini incelemiştir. Mahkeme, bu uygulamanın bireysel koşulları dikkate almadığını, HIV statüsünün tek başına dışlayıcı muameleye gerekçe olamayacağını ve bu tür genel yasakların orantısız olduğunu tespit etmiştir. Böylece Mahkeme, HIV ile yaşayan bireylere yönelik farklı muamelenin ancak makul ve nesnel bir temele dayanması halinde meşru görülebileceğini, aksi durumda ayrımcılık yasağının ihlal edileceğini vurgulamıştır.

I.B./Yunanistan kararında ise HIV ile yaşayan bir öğretmenin meslektaşlarının baskısı sonucu işten çıkarılması söz konusudur. Mahkeme, işverenin ve ulusal makamların bu ayrımcı sürece müdahale etmemesini, başvuruçunun mesleki ve sosyal hayatının ciddi biçimde zedelenmesine yol açtığı için özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu karar, devletin yalnızca ayrımcılık yapmama yönündeki negatif yükümlülüğünü değil, aynı zamanda ayrımcı muameleye maruz kalan bireyleri koruyucu etkili mekanizmalar tesis etme yönündeki pozitif yükümlülüğünü de açıkça ortaya koymuştur.

Benzer şekilde *P.T./Moldova* davasında HIV ile yaşayan bir annenin velayet hakkının, HIV statüsü gerekçe gösterilerek kısıtlanması gündeme gelmiştir. Mahkeme, HIV statüsünün tek başına ebeveynlik kapasitesine ilişkin bir olumsuzluk teşkil etmeyeceğini, velayet hakkının kısıtlanmasının bireysel koşullar incelenmeksizin yalnızca damgalayıcı kalıplara dayandırılmasının hem ayrımcılık yasağını hem de aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Bu üç karar birlikte değerlendirildiğinde, Mahkeme'nin HIV statüsünü yalnızca bireysel sağlık verisi olarak değil, ayrımcılığa açık bir sosyal kimlik unsuru olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla devletlerin HIV ile yaşayan bireyler bakımından negatif yükümlülüğü ayrımcı düzenlemelerden kaçınmak iken, pozitif yükümlülüğü ise mevcut damgalayıcı pratikleri önleyecek yasal ve kurumsal tedbirleri almak şeklinde somutlaşmaktadır.

HIV ile yaşayan bireylerin sıklıkla maruz kaldıkları ayrımcılık pratikleri, devletin bu gruba yönelik mahremiyeti koruma yükümlülüğünü daha da ağırlaştırmaktadır. Bu bağlamda, HIV statüsünün eşe bildirilmesine yönelik olası bir yasal düzenlemenin, bireyleri damgalamaya veya ayrımcı muameleye maruz bırakmayacak şekilde tasarlanması büyük önem taşır. Düzenleme, bir yandan kamu sağlığını ve eşin haklarını korumayı hedeflerken, diğer

yandan HIV ile yaşayan bireylerin ayrımcılıktan korunma ve özel hayatın gizliliği hakları arasında adil bir denge gözetmelidir.

HIV statüsünün bildirimine ilişkin bir sistemin tesis edilmesi, doğası gereği bireyin mahremiyet hakkına belirli ölçüde müdahale anlamına gelir. Bu müdahalenin ayrımcılık yasağı bakımından riskli yönü, HIV ile yaşayan bireylerin zaten toplumsal önyargılar nedeniyle dezavantajlı bir konumda bulunmalarından kaynaklanmaktadır. Uygulamada, bildirilen bilginin kötüye kullanılması, üçüncü kişiler nezdinde ifşa edilmesi veya bireyin sosyal çevresinde damgalanması ihtimali, bu hak ihlallerinin somutlaşmasına yol açabilir. Bununla birlikte, bu riskler bildirimin kapsamı, yöntemi ve amacı doğru belirlenerek giderilebilir. Bildirimin yalnızca tıbbi gereklilik çerçevesinde, eşle sınırlı olarak, gizlilik ilkesine tam bağlılıkla ve yetkili sağlık personeli aracılığıyla yapılması ayrıca HIV statüsünün ayrımcılığa veya dışlanmaya yol açmaması için genel idari ve cezai güvencelerin öngörülmesi, sistemi insan hakları standartlarıyla uyumlu hale getirecektir.

Bu çerçevede devletin amacı, bireyin mahremiyetini ihlal etmek veya ayrımcılığa uğramasını temin etmek değil, HIV'in bilgi dışı bulaşmasını önleyerek eşin temel haklarını korumaktır. Dolayısıyla, özenle yapılandırılmış bir bildirim sistemi, ayrımcılık risklerini tamamen ortadan kaldırmasa da eşin yaşam hakkı ve de fiziksel bütünlük hakkı gibi özel ve aile hayatına dair üstün hukuki değerlerinin korunmasına hizmet edecektir. Nitekim HIV ile yaşayan bireyin mahremiyet hakkı mutlak değildir, çatışan haklar arasında adil bir denge kurulması gerekir. Bu dengenin kurulmasında, eşin bilgilendirilme hakkı ile HIV ile yaşayan bireyin ayrımcılığa maruz kalmama hakkı karşı karşıya geldiğinde, eşin temel haklarının gözetilmesi yönündeki meşru amaç ağır basmalıdır. Zira ayrımcılık riski potansiyel bir tehlike iken, eşin bilgiye erişememesi sonucu meydana gelebilecek HIV bulaşı, bireyin yaşamı boyunca sürececek kalıcı bir fiziksel ve psikolojik yük doğurur. Bu nedenle, ölçülü biçimde kurgulanan bir bildirim sistemi, bireyin mahremiyetine gereksiz müdahaleyi ve ayrımcılığa yol açabilecek sonuçları minimize ederken daha ağır ve geri dönüşsüz bir hakkın ihlalini de engelleyebilecektir.

2. HIV Bilgisinin Eşe Bildirilmemesi Karşısında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'yi yorumlama sürecine en değerli katkılarından biri, pozitif yükümlülükler doktrininin geliştirmiş olmasıdır. Mahkeme, yaşamın farklı alanlarına ilişkin birçok meseleyi dev-

letin pozitif yükümlülükleri kapsamında ele almıştır. Ancak, devletin ihmâ-linden doğan sorumluluğun sınırlarını çizmenin güçlüğü dikkate alındığında, bu yükümlülüklerin hangi durumlarda devreye gireceği ve ne ölçüde kapsamlı olacağı hususu büyük ölçüde belirsizliğini korumaktadır.

HIV statüsünün eşe bildirilmemesi, özel hayata saygı hakkı kapsamında bir dizi farklı görünümde ihlale yol açabilecek niteliktedir. Nitekim bu durum, eşin cinsel eyleme bilinçli rıza gösterme imkânını ortadan kaldırarak cinsel şiddete neden olabilir, bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü tehlikeye atabilir ve ayrıca olası bir gebelik söz konusu olduğunda aile hayatına saygı hakkını da ihlal edebilir.

Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler, Mahkeme içtihatları ve doktrinindeki genel ilkeler ışığında tarafımızca öne sürülen yorumlardır. Mahkeme'nin bu konuda nasıl bir tutum takınacağı ise ancak somut bir başvuru üzerinden kesinlik kazanabilir.

A. Pozitif Yükümlülüğün Gerekçeleri

HIV ile yaşayan bireyin eşine sağlık durumu hakkında bilgi verilmemesi, ilk olarak, eşin özel hayatı açısından cinsel şiddetten korunma hakkı bakımından önemli bir sorun oluşturur. Cinsel şiddet, bir kişinin rızası olmaksızın maruz bırakıldığı her türlü cinsel eylemi ifade eder. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarında rızanın yalnızca fiziksel zorlama olmadan verilmiş olması yeterli kabul edilmemekte bireyin bilgiye dayalı, özgür ve bilinçli bir tercihte bulunmuş olması gerektiği belirtilmektedir. Bir başka deyişle direncin yokluğu rıza anlamına gelmemektedir. *M.C./Bulgaristan* kararında⁵⁵ Mahkeme, açık bir rıza bulunmadan gerçekleşen cinsel ilişkiyi fiziksel şiddet içermese dahi cinsel şiddet olarak nitelendirmiş, mağdurun rızasının varlığının her somut olayda detaylı biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu yaklaşımın, bireylerin cinsel özerkliğine saygı ile etkin eşitlik anlayışı doğrultusunda gelişen hukuk ve uygulama eğilimleriyle uyumlu olduğunu ifade etmiştir.

Bu yaklaşım, yalnızca cinsel suçlarla sınırlı olmayıp cinsel ilişkinin taraflarından birinin yaşamsal risk içeren bir sağlık durumunu örneğin HIV pozitifliğini diğer taraftan saklaması durumunda da geçerliliğini korur. Zira, HIV riski gibi yaşamsal öneme sahip bir bilginin gizlenmesi halinde, diğer

⁵⁵ M.C./Bulgaristan, no. 39272/98, §§ 156-166, 4 Aralık 2003.

tarafın bu bilgiden habersiz şekilde ilişkiye girmesi onun rızasının bilinçli ve aydınlatılmış olmaktan uzak olduğunu gösterir. Bu koşullarda, eşin cinsel otonomisi ihlal edilmiş olur ve bu ihlal, cinsel şiddet niteliği taşıyabilir.

Cinsel şiddet, failin kim olduğundan bağımsız olarak, kişinin iradesi dışında ve cinsel amaçla yöneltilen her türlü davranışı kapsamaktadır⁵⁶. Bu noktada, HIV pozitif olduğunu bilerek cinsel ilişkiye giren fail karşısında mağdurun rızası önem kazanmaktadır. Rızanın geçerli kabul edilebilmesi için mağdurun maruz kaldığı riskin niteliğini ve ciddiyetini gerçekten kavramış olması gerekir. Başka bir ifadeyle, yalnızca eşin HIV pozitif olduğunu bilmek yeterli değildir, bu bilginin yanında bulaşma tehlikesinin boyutu ve olası sonuçlarının ölümcül olabileceği hususunda da aydınlatılmış olması aranmalıdır. Bu çerçevede eşin HIV pozitiflik durumunu bilmeden cinsel ilişkiye girmesi, onun bilinçli bir tercih yapma olanağını ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla aydınlatılmış rıza geçerliliğini yitirmektedir⁵⁷. Bu senaryoda eşin cinsel şiddet mağduru sayılabileceği kabul edilebilir. Dolayısıyla HIV pozitif olduğunu gizleyerek cinsel ilişkiye giren kişinin fiili, ceza hukuku bağlamında, somut koşullara bağlı olarak kasten yaralama ya da ağır sonuç görülmüşse kasten öldürmeye teşebbüs suçlarını gündeme getirebilir⁵⁸. Ayrıca, cinsel saldırı suçunda suçun tanımı gereği mağdurun rızası dışında gerçekleştirilen cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olduğundan, HIV statüsünün saklanması nedeniyle eşin cinsel saldırı mağduru olarak değerlendirilmesi ihtimali de tartışmaya açıktır. Bu durumda eşin aydınlatılmamış rızası yalnızca ceza hukuku açısından değil, aynı zamanda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bakımından da ihlal niteliği

⁵⁶ Özlem, **Yenerer Çakmut**, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2016/1, 2016, s. 9.

⁵⁷ Mustafa Ruhan, **Erdem**, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 85.

⁵⁸ HIV ile yaşayan bireyin bu statüsünü eşinden gizleyerek cinsel ilişkide bulunması, somut olayın özelliklerine göre kasten yaralama, hatta ağır senaryolarda kasten öldürmeye teşebbüs suçlarının unsurlarını oluşturabilir. Bu bağlamda, suçun manevi unsurunun belirlenmesi -örneğin olası kast veya bilinçli taksir kapsamında değerlendirme yapılması- ve mağdurda ortaya çıkan zararın ağırlığı, uygulanacak cezai yaptırımın sınırlarını tayin eden unsurlar arasında yer alır. Cinsel ilişki yoluyla HIV virüsünün bulaştırılması durumunda, bireyin enfekte olduğunu gizlemesi, korunma yöntemlerinin kullanılıp kullanılmaması ve rızanın geçerliliği gibi unsurlar, failin Türk Ceza Kanunu’nun özel kısmında düzenlenen suçlar bakımından sorumluluğunun belirlenmesinde belirleyici olabilmektedir (bkz. Ozan Ercan, **Taşkın**, “Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, 2008, s. 61-72).

taşıır. Dolayısıyla, cinsel şiddet mağduru konumundaki eşin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında mağdur (*victim*) sıfatını taşıdığı kabul edilebilecektir.

Bu noktada, hâlihazırda ceza hukuku yoluyla HIV'in bulaşmasını önlemeye yönelik dolaylı mekanizmalara sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu hükümler, genellikle bulaşma fiili gerçekleştikten sonra devreye giren düzenlemelerdir ve bireyler arasındaki bilgi asimetrisini ortadan kaldırmaya yönelik önleyici bir işlev görmemektedir. Dolayısıyla ceza hukuku araçlarının varlığı, eşin bilgilendirilmesini öngören düzenlemeye alternatif teşkil etmez. Bu çerçevede önerilen bildirim sistemi, ceza hukuku ile aynı amaca yönelmiş ikinci bir yaptırım biçimi olarak değil, bireylerin temel hakları arasında adil dengeyi sağlamaya hizmet eden önleyici ve bilgilendirici bir mekanizma olarak değerlendirilmelidir. Ceza hukukunun cezalandırıcı karakterine karşılık, bildirim sistemi bulaşma riskini fiilen ortadan kaldırmayı ve eşin kendi yaşamı ile sağlığı hakkında bilinçli karar verebilmesini hedefler. Dolayısıyla, bu mekanizma yeni bir cezai müdahale değil, orantılılık ilkesi çerçevesinde daha az müdahaleci bir araç olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, öngörülen bildirim sisteminin ölçülülük ve orantılılık ilkeleri bakımından sorun teşkil etmeyeceği, aksine daha az müdahaleci bir yöntem olarak temel haklar arasında adil dengeyi güçlendireceği kanaatindeyiz.

Devletin bu tür durumları önleyici düzenlemeler yapmaması ya da mağdurun korunmasına yönelik etkili önlemler almaması, pozitif yükümlülüklerinin ihlaline yol açabilir. Mahkeme'nin *O'Keeffe/İrlanda* ve *I.P./Moldova* gibi kararlarında⁵⁹ da belirtildiği üzere, devletler yalnızca müdahale etmeme yükümlülüğüyle sınırlı değildir aynı zamanda bireyleri üçüncü kişilerden gelebilecek ciddi hak ihlallerine karşı koruyacak etkin hukuki düzenlemeler yapma ve uygulama yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede, HIV gibi bulaşıcı ve ciddi sonuçları olan bir enfeksiyonun, risk altındaki eşten gizlenmesi, yalnızca bireyler arası bir mesele olarak değil, devletin koruyucu sistem kurma yükümlülüğü açısından da ele alınmalıdır.

HIV statüsünün eşe bildirilmemesi, ikinci olarak, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan fiziksel bütünlüğe ciddi biçimde zarar verebilecek niteliktedir. Fiziksel bütünlük, bireyin bedeni üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkını ve vücuda dışarıdan yapılacak müdahalelere karşı korunma ilkesini içerir. Bu kapsamda, bir bireyin kendi sağlığına yönelik riskleri bil-

⁵⁹ O'Keeffe/İrlanda [BD], no. 35810/09, § 148, 28 Ocak 2014.; I.P./Moldova Cumhuriyeti, no. 33708/12, §§ 28-36, 28 Nisan 2015.

meden, özellikle ciddi ve bulaşıcı bir virüs riski altında bırakılması, fiziksel bütünlüğüne yönelik bir tehdit olarak değerlendirilebilir. Nitekim HIV enfeksiyonu, henüz tamamen tedavi edilemeyen, ömür boyu süren bir medikal izlem ve ilaç tedavisi gerektiren kronik seyirli ciddi bir enfeksiyon tablosudur. Bu, bireyin bedenine yönelik rızaya dayalı olmayan bir sonuç doğurduğundan, fiziksel bütünlüğün ihlali anlamına gelir. Fiziksel bütünlüğe yönelik açık tehdit karşısında ise devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde zararların önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapması beklenir.

Eşe HIV statüsüne ilişkin bilgi verilmemesi, yalnızca fiziksel değil aynı zamanda psikolojik bütünlük üzerinde de ciddi etkiler doğurma potansiyeline sahiptir. Psikolojik bütünlük, bireyin kişilik gelişimini sürdürebilmesi, kendi benliğini koruyabilmesi ve ruhsal yönden dış baskı ya da tehditlere karşı güvende olabilmesi anlamına gelir. Eşin, bilgi sahibi olmadan HIV gibi bulaşıcı ve yaşam boyu etkili bir virüse maruz kalması, yalnızca biyolojik bir tehlike değil, aynı zamanda yüksek düzeyde bir psikolojik travma kaynağıdır. HIV virüsünün bulaşmasının ardından, bireyin yalnızlık, öfke, aldatılmışlık hissi ve kendini suçlama gibi yoğun duygular yaşaması oldukça muhtemeldir. Dahası, HIV ile yaşamının hâlen pek çok toplumda ağır damgalanma, ayrımcılık ve sosyal dışlanma gibi sonuçlar doğurabildiği gerçeği dikkate alındığında, eşin psikolojik zararları sadece enfeksiyonun klinik yüküyle sınırlı kalmayacak toplumsal düzeyde de kendini gösterecektir. *Bensaid/Birleşik Krallık* kararında⁶⁰ Mahkeme, kişinin ruhsal bütünlüğünü tehdit eden durumların özel hayata saygı hakkı bağlamında korunabileceğini açıkça vurgulamıştır. Bu bağlamda, eşe bilgi verilmemesi suretiyle ortaya çıkan durum, bireyin ağır psikolojik etkilerle baş başa kalmasına ve kendi yaşamını planlama iradesinin sekteye uğramasına neden olur. Bu da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunan psikolojik bütünlük hakkına bir müdahale niteliği taşımakta ve devletin pozitif yükümlülükleri açısından önemli sorunlar doğurmaktadır.

Eşe HIV statüsüne ilişkin bilgilendirme yapılmaması, üçüncü olarak, aile hayatına saygı hakkı bağlamında da ciddi sonuçlar doğurabilir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bir çocuğun doğumu ile birlikte ebeveyn ve çocuk arasında, evlilik dışı ilişkilerde dahi, otomatik olarak aile hayatının kurulduğu kabul edilmektedir⁶¹. Bu bağlamda, eşin kadın olması hâlinde ve

⁶⁰ Bensaid/Birleşik Krallık, no. 44599/98, § 47, 6 Şubat 2001.

⁶¹ Keegan/İrlanda, yukarıda anılan, § 44.

korunmasız cinsel ilişkinin gebelikle sonuçlanması durumunda, annenin eşinin HIV pozitif olduğu bilgisine sahip olmaması nedeniyle gebelik kararını bilinçli şekilde verememesi, yalnızca annenin değil, doğacak çocuğun da haklarını ilgilendiren bir mesele hâline gelir. Burada gebelik halinde ceninin yaşam hakkı veya 8. madde kapsamındaki olası haklarının tartışılmasından bağımsız olarak, annenin -yani HIV statüsüne ilişkin bilgiye erişimi engellenmiş eşin- aile planlaması konusunda bilinçli tercihte bulunma imkânı elinden alınmaktadır ve bu, eşin aile hayatı hakkını ihlal edebilir niteliktedir. Ayrıca, çocuğun sağlık durumu ve yaşam koşulları üzerinden aile bütünlüğüne yönelik oluşabilecek riskler, bu hakkın kapsamını daha da derinleştirmektedir. Dolayısıyla, devletin yalnızca eşin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü değil, ayrıca bilgi temelli olmayan gebeliklerin aile birliğinde yaratacağı ağır etkileri de önleme yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda, eşe yönelik bilgilendirme yükümlülüğünün düzenlenmesi, yalnızca bireysel değil aynı zamanda ailevi düzeyde hakların korunması bakımından da pozitif bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir.

HIV ile yaşayan bireyin kadın olduğu ve bu durumun eşinden gizlendiği senaryo da benzer şekilde aile hayatına saygı hakkını ilgilendirmektedir. Zira erkek eş, eşinin HIV pozitif olduğunu bilmeden korunmasız cinsel ilişkiye girdiğinde, yalnızca kendi fiziksel ve psikolojik bütünlüğü bakımından değil, aynı zamanda aile planlaması açısından da bilinçli bir karar verme imkânından mahrum kalmaktadır. Gebeliğin bu koşullar altında meydana gelmesi, babanın aile kurma ve aile hayatını düzenleme hakkının bilgi temelli tercihlerden yoksun bırakılması anlamına gelir. Bu durum, babanın doğacak çocuğun sağlık durumu ve aile birliğinin geleceği üzerinde etkili olacak kritik bir bilgiden yoksun bırakılması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında aile hayatı üzerinde ciddi bir etki taşır. Dolayısıyla HIV pozitifliğin saklanması, yalnızca kadın eşin gebeliği bağlamında değil, erkek eşin aile hayatını planlama hakkı bağlamında da devletin gözetmesi gereken pozitif yükümlülükleri gündeme getirir.

Mahkeme'nin *Y./Türkiye* kararındaki⁶² değerlendirmeler, bu konuyla belli ölçüde ve dolaylı olarak paralellik taşımaktadır. Bu kararda, yakınları başvurusunun HIV olduğunu müdahale için gelen ambulans görevlilerine söylemişlerdir. Başvurucunun şikâyet ettiği husus, ambulans görevlilerinin söz konusu bilgiyi nakledildiği hastane personeline söyleme inisiyatifinde bulunması ve

⁶² Y./Türkiye, no. 648/10, §§ 70-84, 17 Şubat 2015.

bu bilginin sadece sağlık personeline değil hastanedeki sağlık personeli dışındaki tüm personele yayılmasıdır. Mahkeme, tıbbi verilere saygı gösterilmesi hakkının da mutlak bir hak olmadığını, özellikle, HIV taşıyan bireyler dahil olmak üzere hastanelerde ve sağlık hizmetlerinde bireylerin tedavileri söz konusu olduğunda salt bireyin uygun tedaviyi almasını sağlamak için değil ayrıca gerekli ihtiyati tedbirlerin alınmasına izin vererek o bireyin tedavisinde yer alan bakım yapan personelin haklarının ve menfaatlerinin de korunmasına dikkat edilmesi amacıyla bireyin durumuna ilişkin bilginin aktarılmasının bazı koşullarda doğru ve gerekli olarak gözükebileceğini ifade etmiştir. Görüldüğü üzere Mahkeme, HIV bilgisinin mahremiyet kapsamında korunması gerektiğini kabul etmekle birlikte, kamu sağlığının veya üçüncü kişilerin korunmasının zorunlu olduğu hâllerde bu gizliliğin sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir. Bu yaklaşım, bizce, HIV statüsünün eşe bildirilmesine yönelik pozitif yükümlülük iddialarının hukuki zeminini de güçlendirmektedir.

Ek olarak, evlilik birliği hukuken düzenlenmiş bir sosyal kurum olarak taraflara karşılıklı sadakat, birlikte yaşama, dayanışma ve birbirinin sağlığını gözetme dahil yardımlaşma yükümlülükleri yükler. Bu yükümlülükler yalnızca ahlaki değil, aynı zamanda hukuken tanınmış niteliktedir. Mahkeme B. ve L./Birleşik Krallık kararında⁶³ evlenme hakkının kullanılmasının toplumsal, kişisel ve hukuki sonuçlar doğurduğunu açıkça belirtmiştir. Devlet, bireylerin sağlık verilerini korumakla yükümlü olduğu kadar, eşin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü, ayrıca rızaya dayalı ve bilgilendirilmiş ilişki hakkını korumakla da yükümlüdür. Bu bağlamda, HIV gibi ağır bulaşıcı enfeksiyonun eşe bildirilmesini öngören düzenlemeler, evlilik birliğinde mevcut olan karşılıklı sorumluluklar temelinde de meşru kabul edilebilir. Dolayısıyla, bizce, evlilik birliği sağlık verilerinin paylaşımı bakımından sınırlı ancak meşru bir düzenleme yetkisi yaratan istisnai bir alan teşkil eder. HIV statüsünün bildirimini yalnızca evlilik birliğiyle sınırlamak, özel hayatın gizliliğini aşırı biçimde kısıtlamadan, eşin özel ve aile hayatına saygı hakkını koruma yönündeki pozitif yükümlülüğü yerine getiren dengeli ve orantılı bir yaklaşımdır.

Son olarak, tıbbi literatürde kondom kullanımı HIV'in cinsel yolla bulaşma riskini kayda değer biçimde azaltan etkili önleyici yöntemlerden biri olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Bu kapsamda korunmalı ve korunmasız cinsel ilişki-

⁶³ B. ve L./Birleşik Krallık, no. 36536/02, § 34, 13 Eylül 2005.

⁶⁴ Susan C., **Weller** / Karen, **Davis-Beatty**, "Condom Effectiveness in Reducing Heterosexual HIV Transmission" Cochrane Database of Systematic Reviews, Issue 1, 2002, CD003255.

nin farklı düzeyde riskler içerdiği açıktır. Bununla birlikte bu çalışma, ceza hukuku boyutunda sorumluluğun sınırlarını değil, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında eşin sağlığını ve aile hayatına dair bilinçli karar verme hakkını merkeze almaktadır. Bu nedenle, kondom kullanımıyla bulaş riskinin düşmesi, eşin HIV statüsü hakkında bilgilendirilme hakkının ortadan kalktığı veya zayıfladığı anlamına gelmemektedir aksine, bizce, riskin derecesinden bağımsız olarak bilgilendirme yükümlülüğü özel hayata ve aile hayatına saygı hakkıyla yakından ilişkilidir. Nitekim benzer şekilde, antiretroviral tedavilerin etkin kullanımıyla HIV ile yaşayan bireylerde viral yük ölçümlerinin negatife dönüşebildiği ve bu durumda bulaş riskinin sıfıra yaklaşabildiği söylenebilir⁶⁵. Ancak riskin bu denli azalması dahi eşin bilgilendirilme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü mesele yalnızca bulaşın fiilen gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değil, eşin cinsel birlikteliğe devam edip etmeme, gebelik kararı verme ve aile planlamasını bilinçli bir biçimde şekillendirme hakkıdır. Dolayısıyla bulaş riskinin korunmalı cinsel ilişkiye girilmesi veya antiretroviral tedaviler yoluyla azalması, bizce, bilgilendirme yükümlülüğünün gerekliliğini ve gerekçesini zayıflatmamakta, aksine özel hayata ve aile hayatına ilişkin bilinçli tercihin önemi geçerliğini korumaktadır.

B. Pozitif Yükümlülüğü Yerine Getirme Yolları

Pozitif yükümlülükler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yalnızca devlet müdahalesine karşı değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin ihlallerine karşı da korunmasını amaçlar. Mahkeme, 8. madde kapsamında pozitif yükümlülüğün varlığını değerlendirirken bireysel menfaatler ile kamusal yarar arasında adil bir denge kurulmasına özel önem atfetmektedir⁶⁶. Bu çerçevede, HIV statüsünün eşe bildirilmemesiyle ilgili meselede de devletin pozitif yükümlülüğü, hem HIV ile yaşayan bireyin mahremiyetini hem de eşin sağlık, özel ve aile hayatı hakkını birlikte dikkate alacak şekilde somut önlemler geliştirmesini gerektirir. Aşağıda, bu yükümlülüğün hangi politika araçları ve uygulamalarla hayata geçirilebileceğine dair başlıca yollar ele alınacaktır.

Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlayan en temel araçlarından biri, bireylerin haklarını etkili biçimde korumayı sağlayacak yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesidir. Mahkeme, örneğin, X ve

⁶⁵ Myron S., **Cohen** / Ying Q., **Chen** / Marybeth, **McCauley** et al., “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy”, New England Journal of Medicine, Volume: 365, Number: 6, 2011.

⁶⁶ Gaskin/Birleşik Krallık, no. 10454/83, § 42, 7 Temmuz 1989.

Y/Hollanda kararında⁶⁷, 16 yaş altındaki bir zihinsel engelli bireyin cinsel şiddet mağduru olmasına rağmen ceza kanununda failin cezalandırılmasına olanak veren usuli düzenleme eksikliklerini pozitif yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirmiştir. HIV statüsünün eşe bildirilmesi meselesinde de bu yükümlülük hem sağlık verilerinin gizliliği hem de eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı arasında adil bir denge kurulabilmesi için, devletin müdahaleyi düzenleyen ayrıntılı bir hukuki çerçeve oluşturmasını gerektirir. Bu bağlamda devlet, HIV statüsünün eşe bildirilmesine ilişkin şartları kapsamını, denetimini ve güvencelerini açıkça belirleyen bir yasa veya ikincil mevzuatla düzenlemelidir. Bu düzenleme, bildirim yükümlülüğünü suiistimale karşı güvence altına almalı, mahremiyet hakkını ihlal etmeksizin risk altındaki eşin korunmasını mümkün kılmalıdır. Böylelikle, HIV statüsünün risk altındaki eşe bildirimiyle ilgili açık, belirli ve öngörülebilir bir yasal çerçevenin oluşturulması, hem mahremiyet hakkının ihlalini önleyecek güvenceleri hem de risk altındaki eşlerin yeterli korumaya erişimini temin edecektir.

Devletin bir diğer ve en temel pozitif yükümlülük görünümü, bireylerin sağlık bilgilerini azami ölçüde korurken aynı zamanda HIV statüsünden doğan riskin eşin haklarını ihlal etmemesi için etkili bildirim mekanizmalarını hayata geçirmektir. Bildirim sistemlerinin gizliliği koruyacak biçimde tasarlanması, Mahkeme'nin *Z./Finlandiya* kararında⁶⁸ vurguladığı gibi, bireyin özel hayatına saygının temelini oluşturur. Kamu otoritelerince denetlenen, sağlık çalışanlarının gözetiminde işleyen bildirim sistemleri hem bireyler arası güvenin sağlanmasına hem de devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri arasında makul denge kurulmasına katkı sunacaktır. Bu bağlamda devlet, sağlık personelinin yükümlülüklerini tanımlayan ve bildirim yalnızca bulaş riski altındaki eşe sınırlı kılan sistemler kurabilir. Bu bildirimlerin bireysel hekim inisiyatifine bırakılmaması, kamu otoritesinin belirlediği, hukuki güvenceler ve denetim mekanizmaları içeren bir prosedür çerçevesinde yürütülmesi gerekir.

Bildirim yükümlülüğü getirildikten sonra bunun ihlal edilmesi, yani hekimin ya da ilgili kamu otoritesinin gerekli durumlarda bildirim yapmaması ise hem idari hem de cezai sorumluluk doğurabilir.

Pozitif yükümlülük yalnızca yasal düzenlemelerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda toplumda bilinç ve farkındalık düzeyini artıracak politikaları da

⁶⁷ X ve Y/Hollanda, yukarıda anılan, §§ 28-30.

⁶⁸ Z./Finlandiya, yukarıda anılan, §§ 95-96.

kapsamaktadır. HIV'in bulaş yolları, korunma yöntemleri ve taşıyıcı bireylerin yükümlülükleri hakkında yapılacak halk sağlığı temelli bilgilendirme kampanyaları, yalnızca bireyleri değil aynı zamanda sağlık çalışanlarını da hedef alarak yaygınlaştırılmalıdır. Özel hayatın etkin şekilde korunabilmesi için devletin eğitim yoluyla önleyici tedbirler alma yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Bu doğrultuda, cinsel sağlık eğitimi müfredatlarının güçlendirilmesi, çiftlerin karşılıklı rıza ve bilgi temelli karar alma süreçlerine katkı sağlayacaktır.

Devletin pozitif yükümlülüğünün bir diğer yönü, HIV statüsünün paylaşılmasından doğabilecek ihlallere karşı başvurulabilecek etkin, erişilebilir ve bağımsız idari ve adli mekanizmaların tesisidir. *E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* kararında⁶⁹ Mahkeme, etkili başvuru yollarının yalnızca teorik olarak değil, aynı zamanda pratikte de işler olması gerektiğini vurgulamıştır. Eşe karşı bilgi gizleme suretiyle gerçekleştirilen hak ihlallerinin idari yolla veya yargı yoluyla telafi edilebilmesi aynı zamanda benzer vakaların önlenmesi açısından caydırıcı rol üstlenmektedir. Etkin başvuru yollarının varlığı, devletin hem koruyucu hem de denetleyici pozisyonunu güçlendirecektir.

Sonuç olarak, pozitif yükümlülükler, devletin bireylerin özel hayatına saygı hakkını korurken aynı zamanda eşin sağlığını gözeten yapısal önlemler almasını gerektirir. Bu önlemlerin temelinde, etkin mevzuat, güvenli bildirim mekanizmaları ve kalıcı eğitim politikaları yer almalıdır.

3. Çatışan Hakların Değerlendirilmesi

Hak çatışması, aynı anda korunması gereken iki veya daha fazla temel hakkın birbirini dışlayacak biçimde uygulanmak istenmesi hâlinde ortaya çıkar. Bu durumda bireylerin haklarının eşzamanlı ve tam olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmaz, dolayısıyla bu haklar arasında bir denge kurulması gerekliliği doğar. Bir başka deyişle hak çatışması hakların kısmen ya da tamamen uyumsuzluk içinde olmasıdır⁷⁰. Mahkeme de *Poiss/Avusturya* kararında⁷¹ aynı olgunun, Sözleşme ve Protokollerinin birden fazla maddesini ihlal etmesinin mümkün olduğunu ifade ederek haklar arasında çatışma olabileceğini ifade etmiştir.

⁶⁹ E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 33218/96, § 109, 26 Kasım 2002.

⁷⁰ İsmail, **Köküarı**, "Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 102.

⁷¹ *Poiss/Avusturya*, no. 9816/82, § 66, 23 Nisan 1987.

Haklar arası çatışma durumu, insan haklarının evrensel, bölünmez ve birbirine bağlı olduğu yönündeki temel ilkelerle bir çelişki yaratır. Donnelly'nin işaret ettiği üzere, insan haklarının evrenselliği ilkesine teorik düzeyde geniş bir kabul bulursa da uygulamada devletler bu hakları tarihsel, kültürel ve siyasal bağlamlarına göre yorumlayarak farklı önceliklendirmelere gidebilmekte ve haklar arasında fiili bir hiyerarşi yaratabilmektedir⁷². Teorik düzeyde tüm insan haklarının eşit öneme sahip olduğu ve bölünmez bir bütün oluşturduğu yönünde genel bir kabul bulursa da uygulamada insan hakları arasında hiyerarşi oluşabilmektedir. Bu çerçevede Saral, insan haklarının uygulanışı sırasında bazı ayrımların fiili bir hiyerarşi oluşturduğuna dikkat çeker. Temel haklar ile ikincil haklar, askıya alınabilen haklar ile mutlak haklar ve farklı kuşaklara ait haklar arasındaki bu ayrımlar uygulamada bazı haklara öncelik verilmesine neden olabilmektedir⁷³.

HIV ile yaşayan bireyin sağlık bilgileri, mahremiyet hakkının temel unsurlarından biri olarak korunmakta, bu kişisel verilerin eş dahil üçüncü kişilerle paylaşılması ise ciddi bir hak müdahalesi olarak değerlendirilmektedir. Öte yandan, bireyin HIV statüsünün eşinden gizlenmesi, eşin özel hayatına saygı hakkını, fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü ve hatta aile hayatını doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Bu durum, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında çatışan iki menfaatin karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır. Bu kapsamda çatışan bu haklar arasında adil bir denge kurma zorunluluğu doğmaktadır.

Adil bir dengenin sağlıklı biçimde kurulabilmesi için birden fazla değerlendirme kriteri dikkate alınmalıdır. Öncelikle her iki hakka yönelik müdahalenin ağırlığı ve yaratacağı sonuçlar karşılaştırılmalı, bir hakkın korunması için yapılan müdahalenin diğer hakkı orantısız biçimde zedeleyip zedelediği analiz edilmelidir. Ayrıca müdahalenin meşru bir amaca hizmet edip etmediği ve bu amaca ulaşmak için en az müdahaleci araçların tercih edilip edilmediği değerlendirilmelidir. Hakların çatıştığı taraflar arasındaki korunmasızlık durumu, güç dengesi ve bireylerden hangisinin daha ağır ve telafisi zor bir zarara uğrama riski taşıdığı da önemlidir. Bu çerçevede, HIV statüsünün eşe bildirilmemesi halinde eşin sağlığının ciddi ve geri dönüşsüz bi-

⁷² Jack, **Donnelly**, "The Relative Universality of Human Rights", Human Rights Quarterly, Volume 29, Number 2, May 2007, pages 282-283 and 298-301.

⁷³ Melek, **Saral**, "İnsan Hakları Normları ve İnsan Hakları Hiyerarşisi", Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 468-477.

çimde tehlikeye atılması, olası bir gebelik durumunda çocuğun da risk altına girmesi ve eşin bilgiye dayalı bir cinsel rıza verememesi nedeniyle cinsel şiddet riskiyle karşı karşıya kalması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ağırlığı açısından belirleyici unsurlardır.

Çatışan hakların değerlendirilmesinde, bilgilendirilmeyen eşin uğrayacağı zararın niteliği ve telafisinin güçlüğü hatta bazen imkânsızlığı dikkate alınmalıdır. Nitekim HIV statüsünün gizlenmesi eşin yalnızca fiziksel sağlığını ağır biçimde tehdit etmekle kalmaz aynı zamanda onun özel ve aile hayatına ilişkin bilinçli tercihlerde bulunma hakkını da ortadan kaldırır. Bu nedenle, bizce, eşin HIV statüsünden haberdar edilmemesi, mahremiyetin korunması amacıyla haklı gösterilemez tersine, bireyin özerkliğini zedeleyen ağır bir müdahale haline dönüşür. Dolayısıyla, eşin bilgilendirilmesi fiziksel ve ruhsal sağlığın korunması, bireysel özerklik ve rızanın geçerliliği açısından üstün menfaati temsil eder.

HIV statüsünün bildirimine yönelik önerilen sistem, ceza hukukunun “kişinin kendini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyeti” (*nemo tenetur se ipsum accusare*) ilkesine istisna oluşturacak bir mekanizma değildir. Nitekim bildirim yükümlülüğü, bireyin cezai sorumluluğunu doğurmak veya mevcut bir soruşturmada delil üretmek amacıyla değil, bulaşma riskinin önlenmesi suretiyle eşin temel haklarının korunması amacına yöneliktir. Bu yönüyle sistem, bireyin kendi aleyhine beyanda bulunmasını zorunlu kılmaz yalnızca bulaşma riski doğmadan önce eşin korunmasını sağlayan önleyici bir tedbir işlevi görür. Burada bireyden suç teşkil eden bir fiili kabul etmesi veya kendi aleyhine delil üretmesi değil, yalnızca eşe zarar doğmadan önce tıbbi bir riskin bildirilmesi beklenmektedir. Ayrıca HIV statüsünün eşe bildirilmesi, medeni hukuk bakımından bireyin aleyhine kullanılabilir olsa da bu olasılık bildirimin meşruiyetini ortadan kaldırmaz. Çünkü bildirimin amacı, taraflar arasında bir sorumluluk veya kusur tespiti yapmak değil, adil dengeyi sağlamak ve bulaşmayı önlemektir. Bildirimde bulunulmaması hâlinde eşin enfekte olması durumunda, konunun zaten ceza veya medeni hukuk yargı mercilerinin önüne taşınması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla, zamanında ve kontrollü biçimde yapılan bildirim, bireyi ileride doğabilecek ağır hukuki sorumluluklardan korur ve çatışan haklar arasında daha az müdahaleci bir çözüm sunar.

Bildirim sistemi, HIV ile yaşayan bireyin özel hayatına ölçülü bir müdahale içerirken, kamu sağlığını, yaşam hakkını ve özellikle eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki temel haklarını koruma yönündeki meşru

amaca uygun, orantılı ve insan haklarıyla uyumlu bir araç olarak işlev görür. Sonuç olarak, bizce, bildirimin olası hukuki yansımaları adil dengeyi değiştirmemekte aksine, haklar arası dengeyi daha öngörülebilir, ölçülü ve hak-kaniyete uygun biçimde kurma olanağı sağlamaktadır.

Bununla birlikte, önerilen bildirim mekanizmasının sınırlarının sıkı güvencelerle belirlenmesi zorunludur. Müdahale, yalnızca evlilik birliği içindeki eşe yönelik olmalı, kamu otoriteleri aracılığıyla denetim altında işletilmelidir. Bildirimin tek seferlik ve yalnızca HIV pozitiflik bilgisini kapsayacak biçimde sınırlı yapılması, mahremiyetin ihlalini asgari düzeyde tutarken eşin haklarını güvence altına alacaktır. Bu bağlamda, öngörülebilir ve açık kriterlere dayalı bir bildirim mekanizması bir yandan HIV ile yaşayan bireyin mahremiyetini korurken diğer yandan eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayarak demokratik toplumun gerekleriyle uyumlu, öngörülebilir ve meşru bir sınırlandırma olarak işlev görecektir.

Bu değerlendirmeler ışığında, kanaatimizce, eşin özel ve aile hayatına saygı hakkının öncelenmesi hem bireysel hem kamusal menfaatler açısından daha güçlü ve meşru temellere dayanmaktadır. Devletin bu doğrultuda pozitif yükümlülükleri gereğince mahremiyeti azami ölçüde korurken bireyin HIV statüsü hakkında eşini bilgilendirmeyi mümkün kılan açık ve öngörülebilir yasal mekanizmalar kurması, çatışan haklar arasında makul ve adil bir çözüm sağlayacaktır.

SONUÇ

Bu çalışma, HIV ile yaşayan bireylerin mahremiyet hakkı ile eşin özel ve aile hayatına saygı hakkı arasında çatışan menfaatlerini analiz ederek devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında adil denge ilkesinin nasıl somutlaştırılması gerektiğini ortaya koymayı amaçlamıştır. Makalede savunulan temel argüman, mahremiyet hakkının önemli ve korunmaya değer bir hak olduğu kabul edilmekle birlikte risk altındaki eşin özel hayatına saygı hakkı bağlamında sağlık, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile aile hayatına saygı hakkının daha ağır bastığı ve bu nedenle çatışan haklar arasında adil bir denge kurulması suretiyle eşin bilgilendirilmesinin tercih edilmesi gerektiğidir.

Bu çalışmada ayrıca hem Türk hukukunda bildirim hususunda mevcut olan normatif boşluğa dikkat çekmek hem de Avrupa İnsan Hakları Mahke-

mesi'nin yerleşik içtihatları doğrultusunda çatışan hakların dengelenmesine dair hukuki çerçeveyi yeniden düşünmeye katkı sunmak amaçlanmıştır. Makale, HIV statüsüne ilişkin bilginin mutlak bir mahremiyet içinde kalmasının, eşin temel haklarının ciddi şekilde zarar görmesine yol açabileceği yönünde eleştirel ve yapıcı bir perspektif sunmayı hedeflemiştir.

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bildirimle ilişkin açık, öngörülebilir ve suiistimale kapalı bir yasal çerçevenin hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, bir yandan HIV ile yaşayan bireylerin mahremiyet haklarını koruyacak güvenceleri içermeli diğer yandan da risk altındaki eşin bilgilendirilmesini sağlayarak özel ve aile hayatına saygı hakkını koruyarak eşin sağlıklı kararlar alabilmesine ve aydınlatılmış rızaya dayalı bir özel hayat sürdürebilmesine olanak tanımalıdır. Bu bağlamda, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi salt norm koymakla sınırlı kalmamalı ve bildirim sistemleri, bireylerin mahremiyetini zedelemeyecek biçimde, bilimsel ve etik esaslara dayalı olarak tasarlanmalıdır. Özellikle bildirimin zorunluluğu, kapsamı, kim tarafından yapılacağı ve hangi koşullarda gerçekleştirileceği gibi hususlar açıkça belirlenmelidir.

Bu bağlamda eşe bildirimle ilişkin tartışma yalnızca Türk hukuku bakımından değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin giderek gelişen içtihadı bağlamında da önem taşımaktadır. Nitekim, Mahkeme'nin sağlık verilerinin korunmasına ilişkin katı yaklaşımı ile bireylerin özel ve aile hayatlarına saygı, özerklik ve rıza haklarına verdiği önem birlikte düşünüldüğünde, HIV statüsünün bildirimine dair hukuki boşlukların giderilmesi ulusal sistemler için güncel bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır.

Eşe bildirimin adil denge ilkesine uygun biçimde tercih edilmesi, çatışan haklar arasında yapılacak değerlendirmede zarar gören menfaatin ağırlığı ve etkisinin derinliği dikkate alındığında bizce haklılık kazanmaktadır. Zira HIV statüsünün gizli tutulması halinde risk altındaki eşin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü, bilgiye dayalı rıza gösterme hakkı ve kendi yaşam planlamasını yapabilme özgürlüğü ciddi biçimde zarar görmektedir. Aydınlatılmış rızanın bulunmaması, eşin cinsel şiddete maruz kalması anlamına gelebileceği gibi, bireyin kendi bedeni ve geleceği üzerinde karar verme hakkının da ihlali anlamına gelebilecektir. Üstelik olası bir gebelik halinde yalnızca eşin değil, doğmamış çocuğun da geri dönülemez şekilde etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bilgiye dayanmayan bir kararla gebeliğin oluşması halinde, ceninin hakları hususundaki tartışmalardan bağımsız olarak, eşin aile hayatına saygı hakkının ihlali de söz konusu olabilecektir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, eşe bildirimin sağlanması, bizce, daha ağır basan ve telafisi güç zarar doğurabilecek hakların korunması yönünde makul, orantılı ve meşru bir tercihtir. Bu bağlamda, menfaatler arası bir dengelemede korunması gereken hakkın kapsamı, müdahalenin ağırlığı ve sonuçlarının ciddiyeti dikkate alındığında, eşin bilgilendirilmesinin hem bireysel hem kamusal yarar açısından üstün tutulması gerekmektedir. Adil denge ilkesinin uygulanması yalnızca hukuki bir yöntem değil, aynı zamanda insan onurunu, bireysel özerkliği ve toplumsal güveni pekiştiren bir değerler bütünüdür. Bu nedenle önerilen bildirim mekanizması, yalnızca hakların çatışmasını çözmeye değil, aynı zamanda demokratik toplumun temelini oluşturan karşılıklı sorumluluk ve güven duygusunu da güçlendirmeye hizmet edecektir.

Bu çalışmada, HIV statüsü bilgisinin bildirimi bağlamında çatışan hakların nasıl dengelenebileceğini ortaya konularak kısaca bildirim mekanizması gerekliliği savunulmuştur. Bununla birlikte özellikle bildirimin kapsamı, bildirimi gerçekleştirecek merci, hukuki denetim mekanizmaları ve bildirimin zamanlaması gibi konuların daha ayrıntılı çalışmalara konu edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, sağlık çalışanlarının bildirimdeki rolü, etik sorumlulukları ve eğitim gereklilikleri gibi konular da gelecekteki araştırmalarda ele alınmalıdır.

Sonuç olarak, HIV statüsünün eşe bildirilmesi hususunda devletin hem bireyin mahremiyet hakkını hem de eşin özel hayat ve aile hayatı hakkını koruyacak biçimde, adil denge ilkesini temel alan, şeffaf ve güvenilir bildirimle ilişkin yasal mekanizmaları gecikmeksizin geliştirmesi zorunludur. Aksi hâlde, yalnızca bireysel düzeyde eşin temel insan hakları bağlamında değil, kamusal sağlık bağlamında da telafisi güç ihlallerin meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

KAYNAKÇA**Doktrin**

- Boyar**, Oya, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (editör Sibel İnceoğlu), İstanbul 2013, s. 53-80.
- Brems**, Eva, Human Rights: Universality and Diversity, The Hague 2001.
- Cohen**, Myron S. / **Chen**, Ying Q. / **McCauley**, Marybeth, et al., “Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy”, New England Journal of Medicine, Volume: 365, Number: 6, 2011, p. 493-505.
- Deeks**, Steven G. / **Lewin**, Sharon R. / **Havlir**, Diane V., “The End of AIDS: HIV Infection as a Chronic Disease”, The Lancet, Volume 382, Issue 9903, November 2013, p. 1525-1533.
- Deeks**, Steven G. / **Overbaugh**, Julie / **Phillips**, Andrew / **Buchbinder**, Susan, “HIV Infection”, Nature Reviews Disease Primers, Article Number: 15035, Volume 1, October 2015.
- Didinmez**, Mehmet Alp, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, Kırkkale Hukuk Mecmuası, Cilt: 1, Sayı: 1, 2021, s. 149-174.
- Doğru**, Derya, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Hukukundaki İz Düşümü: Pozitif Yükümlülük Doktrini”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 213-294.
- Donnelly**, Jack, “The Relative Universality of Human Rights”, Human Rights Quarterly, Volume 29, Number 2, May 2007, p. 281-306.
- Erdem**, Mustafa Ruhan, “Cinsel İlişki Yoluyla Başkasına HIV Bulaştırmanın Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 73-91.
- Gökengin**, Deniz / **Çalık**, Şebnem / **Öktem**, Pınar, “Türkiye’de HIV’le İlgili Damgalama ve Ayrımcılığın Analizi: HIV’le Yaşayan Kişiler İçin Damgalanma Göstergesi Sonuçları”, Klimik Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1, 2017, s. 15-21.
- Guaraldi**, Giovanni / **Palella**, Frank J. Jr., “Clinical Implications of Aging with HIV Infection: Perspectives and the Future Medical Care Agenda”, AIDS, Volume 31, Supplement 2, June 2017.
- Harris**, David / **O’Boyle**, Michael / **Bates**, Ed, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (çev. M. Bingöllü Kılıcı / U. Karan), İstanbul 2021.
- Knox**, John H., “Horizontal Human Rights Law”, American Journal of International Law, Volume 102, Issue 1, January 2008, p. 1-47.
- Köküsarı**, İsmail, “Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1, 2024, s. 95-149.
- Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 55-77.

- Patel**, Pragna / **Borkowf**, Craig B. / **Brooks**, John T. / **Lasry**, Arielle / **Lansky**, Amy / **Mermin**, Jonathan, “Estimating Per-Act HIV Transmission Risk: A Systematic Review”, *AIDS*, Volume 28, Issue 10, June 2014, p. 1509-1519
- Pedükçoşkun**, Nazan / **Marmara**, Semra, “Hekimin Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Cilt: 19, Özel Sayı, 2017, s. 967-980.
- Saral**, Melek, “İnsan Hakları Normları ve İnsan Hakları Hiyerarşisi”, *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 2, 2021, s. 464-482.
- Swinkels**, Helena M. / **Nguyen**, Andrew D. / **Gulick**, Peter G., HIV and AIDS [Updated 2024 Jul 27], In: *StatPearls* [Internet], Available from: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK534860/?utm_
- Taşkın**, Ozan Ercan, “Korunma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 79, 2008, s. 61-72.
- Teadale**, Chloe A. / **Marais**, Ben J. / **Abrams**, Elaine J., “HIV: Prevention of Mother-to-Child Transmission”, *BMJ Clinical Evidence*, January 2011, Available from: https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3217724/?utm_
- Weller**, Susan C. / **Davis-Beatty**, Karen, “Condom Effectiveness in Reducing Heterosexual HIV Transmission”, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, Issue 1, 2002, CD003255.
- Yenerer Çakmut**, Özlem, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2016/1, 2016, s. 3-21.

İnternet Kaynakları

- Amerikan Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri HIV Bilgilendirme Notu, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://www.cdc.gov/hiv/about/index.html>.
- Dünya Sağlık Örgütü HIV ve AIDS Bilgilendirme Notu, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>.
- Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı HIV/AIDS Tanı Tedavi Rehberi, Ankara 2019, Erişim Tarihi: 01.07.2025 <https://hsqm.saglik.gov.tr/tr/component/content/article/hiv-aids-tani-tedavi-rehberi.html>.

Mahkeme Kararları (Atf sırası ile)

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına <https://hudoc.echr.coe.int> adresinden ulaşılmıştır.*
- Peck/Birleşik Krallık, no. 44647/98, 28 Ocak 2003.
- Smirnova/Rusya, no. 46133/99 ve 48183/99, 24 Temmuz 2003.
- P.G. ve J.H./Birleşik Krallık, no. 44787/98, 25 Eylül 2001.
- Niemietz/Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992.
- Pretty/Birleşik Krallık, no. 2346/02, 29 Nisan 2002.

- I./Finlandiya, no. 20511/03, 17 Temmuz 2008.
- Mikulić/Hırvatistan, no. 53176/99, 7 Şubat 2002.
- Christine Goodwin/Birleşik Krallık, no. 28957/95, 11 Temmuz 2022.
- K. ve T./Finlandiya [BD], no. 25702/94, 12 Temmuz 2001.
- Marckx/Belçika, no. 6833/74, 13 Haziran 1979.
- Keegan/İrlanda, no. 16969/90, 26 Mayıs 1994.
- Elsholz/Almanya [BD], no. 25735/94, 13 Temmuz 2000.
- Toth ve Crişan/Romanya, no. 45430/19, 25 Şubat 2025.
- Sunday Times/Birleşik Krallık (No. 1), no. 6538/74, 26 Nisan 1979.
- Kruslin/Fransa, no. 11801/85, 24 Nisan 1990.
- Malone/Birleşik Krallık, no. 8691/79, 2 Ağustos 1984.
- Lingens/Avusturya, no. 9815/82, 8 Temmuz 1986.
- M.S./İsveç, no. 20837/92, 27 Ağustos 1997.
- Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, no. 1474/62 ve diğer başvurular, 23 Temmuz 1968.
- Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 29392/95, 10 Mayıs 2001.
- Öneryıldız/Türkiye, no. 48939/99, 30 Kasım 2004.
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), Lüth Kararı, BVerfGE 7, 198, 15.01.1958.
- Plattform “Ärzte für das Leben”/Avusturya, no. 10126/82, 21 Haziran 1988.
- Söderman/İsveç, no. 5786/08, 12 Kasım 2013.
- Von Hannover/Almanya (no. 2) [BD], no. 40660/08 ve 60641/08, 7 Şubat 2012.
- Odièvre/Fransa [BD], no. 42326/98, 13 Şubat 2003.
- Evans/Birleşik Krallık [BD], no. 6339/05, 10 Nisan 2007.
- Hämäläinen/Finlandiya, no. 37359/09, 16 Temmuz 2014.
- Osman/Birleşik Krallık, no. 23452/94, 28 Ekim 1998.
- X ve Y/Hollanda, no. 8978/80, 26 Mart 1985.
- C.A.S. ve C.S./Romanya, no. 26692/05, 20 Mart 2012.
- K.U./Finlandiya, no. 2872/02, 2 Aralık 2008.
- Hokkanen/Finlandiya, no. 19823/92, 23 Eylül 1994.
- Z./Finlandiya, no. 22009/93, 25 Şubat 1997.
- Y.G./Rusya, no. 8647/12, 30 Ağustos 2022.
- C.C./İspanya, no. 1425/06, 6 Ekim 2009.
- O.G. ve Diğerleri/Yunanistan, no. 71555/12 ve 48256/13, 23 Ocak 2024.
- Kiyutin/Rusya, no. 2700/10, 10 Mart 2011.
- I.B./Yunanistan, no. 552/10, 3 Ekim 2013.

- P.T./Moldova, no. 1122/12, 26 Mayıs 2020.
M.C./Bulgaristan, no. 39272/98, 4 Aralık 2003.
O'Keeffe/İrlanda [BD], no. 35810/09, 28 Ocak 2014.
I.P./Moldova Cumhuriyeti, no. 33708/12, 28 Nisan 2015.
Bensaid/Birleşik Krallık, no. 44599/98, 6 Şubat 2001.
Y./Türkiye, no. 648/10, 17 Şubat 2015.
B. ve L./Birleşik Krallık, no. 36536/02, 13 Eylül 2005.
Gaskin/Birleşik Krallık, no. 10454/83, 7 Temmuz 1989.
E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, no. 33218/96, 26 Kasım 2002.
Poiss/Avusturya, no. 9816/82, 23 Nisan 1987.

MOSSAD'IN ÇAĞRI CİHAZI OPERASYONUNUN SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Hacer Gizem KARATAŞ^(**)

Öz: Mossad'ın Lübnan'da düzenlediği ve çağrı cihazı operasyonu olarak bilinen saldırıların silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerine aykırı olup olmadığı yönünden fikir ayrılıklarına neden olduğu görülmüştür. Ulaşılabilen az sayıdaki incelemede çoğunlukla bu alanın geliştirilen yeni stratejilere ve teknolojilere cevap veremediği fikri etrafında birleşildiği anlaşılmaktadır. Bu çalışmada öncelikle operasyon hukuki olarak vasıflandırılmış, ardından *lex specialis* ilkesi ve doktrindeki ilgili tartışmalar bağlamında hukuka uygunluğu değerlendirilirken uygulanması gereken hukuk belirlenmiştir. Çalışmanın esas çerçevesini ise, bahsi geçen çalışmaların yaptığı değerlendirmelerin ve ulaşılan sonuçların da eleştirisini içeren bir biçimde, operasyonun ve operasyonda silah olarak kullanılan cihazların silahlı çatışma hukukunun temel ilkeleri ve kuralları uyarınca hukuka uygunluğuna ilişkin incelemeler oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Silahlı Çatışma, Bubi Tuzakları, Sivillerin Korunması, Orantılılık İlkesi, Ayrım Gözetme İlkesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 17.12.2025.

^(**) İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: gizem.karatas02@bilgi.edu.net,
Orcid: 0009-0006-9612-3081.

EVALUATION OF MOSSAD'S PAGER OPERATION IN TERMS OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE LAW OF ARMED CONFLICT

Abstract: It has been observed that the attacks organized by Mossad in Lebanon, known as the pager operation, have led to disagreements regarding whether they are contrary to the fundamental principles of the law of armed conflict. It can be understood that the limited number of available studies generally converge around the idea that this breach fails to provide answers to the newly developed strategies and technologies. In this study, the operation was first legally classified, and then the applicable law was determined while evaluating its legality in the context of the *lex specialis* principle and relevant doctrinal discussions. The main framework of the study consists of examinations regarding the legality of the operation and the devices used as weapons in the operation, in accordance with the fundamental principles and rules of the law of armed conflict, including a critique of the evaluations and conclusions reached in the aforementioned studies.

Keywords: International Armed Conflict, Booby Traps, Protection of Civilians, Principle of Proportionality, Principle of Distinction.

GİRİŞ

İsrail'in ulusal istihbarat teşkilatı Mossad'ın düzenlediği operasyon kapsamında 17-18 Eylül 2024 tarihlerinde Lübnan'da binlerce çağrı cihazını patlatmasıyla medyana gelen saldırılarda, aralarında çocukların ve sağlık personelinin de bulunduğu 12'si sivil en az 42 kişinin öldüğü, 1.500 Hizbullah üyesi ile 4.000 sivilin de yaralandığı açıklanmıştır.¹ Yaralananların parmaklarını, ellerini, gözlerini kaybettikleri veya aralarında başlarına şarapnel parçası saplananlarının olduğu bilgileri de paylaşılmıştır.² Medyada ilginç ve akıllıca bir strateji olarak yorumlanan ve teknolojinin kullanıldığı söz konusu saldırılar ile ilgili olarak farklı anlatıların ve ihtimallerin farklı sonuçlara ulaşılmasına yol açtığı görülmektedir. Örneğin saldırıdan yaklaşık bir yıl sonra Mossad, operasyonun yıllara yayılan bir süreçte gerçekleştirildiğini iddia etmiştir. Açıklamalara göre içinde patlayıcı olan cihazların reklamları yapılarak Hizbullah'ın askeri kanadına mensup üyelerinin operasyonlarla ilgili iletişimi sağlamak amacıyla satın almaları sağlanmış, ayrıca cihazları elinde bulunduran kişilerin zarar görmemeleri için uzun süre testler yapılmıştır.³ Buna karşılık daha erken tarihlerde cihazların ilk saldırıdan birkaç saat önce dağıtıldığına dair haberler de yayılmıştır.⁴ Bu ayrıntıların saldırının hukuki niteliğini ortaya koyarken göz önünde bulundurulması gerektiği açık olsa da aynı ayrıntıların operasyonun hukuka uygunluğu bakımından ince-

¹ The Guardian, We are isolated, tired, scared: pager attack leaves Lebanon in shock, <https://www.theguardian.com/world/2024/sep/20/we-are-isolated-tired-scared-pager-attack-leaves-lebanon-in-shock> (Erişim Tarihi: 18.10.2025); ABC News, 20 more dead, 450 injured as new round of explosions rocks Lebanon: Health officials, <https://abcnews.go.com/International/hezbollah-vows-reckoning-after-thousands-lebanon-injured-exploding/story?id=113798347> (Erişim Tarihi: 18.10.2025); Reuters, Hezbollah's tunnels and flexible command weather Israel's deadly blows, <https://www.reuters.com/world/middle-east/hezbollahs-tunnels-flexible-command-weather-israels-deadly-blows-2024-09-25/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025); Independent, Netanyahu confirms he okayed Lebanon pager attacks that killed 40 and injured 3,000 people, <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/benjamin-netanyahu-israel-lebanon-pager-attacks-b2644731.html> (Erişim Tarihi: 18.10.2025); Al Jazeera, Lebanon files complaint against Israel at UN labour body over pager attacks, <https://www.aljazeera.com/news/2024/11/6/lebanon-files-complaint-against-israel-at-un-labour-body-over-pager-attacks> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

² BBC News, Hezbollah blames Israel after pager explosions kill nine and injure thousands in Lebanon, <https://www.bbc.com/news/articles/cd7xnelvpepo> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

³ CBS News, Israel's spy agency, Mossad, spent years orchestrating Hezbollah walkie-talkie, pager plots, <https://www.cbsnews.com/news/israeli-mossad-pager-walkie-talkie-hezbollah-plot-60-minutes/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

⁴ Reuters, Exclusive: Hezbollah handed out pagers hours before blasts-even after checks, <https://www.reuters.com/world/middle-east/hezbollah-handed-out-pagers-hours-before-blasts-even-after-checks-2024-09-20/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

leme yapılırken silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerinin ıskalanması ihtimalini doğurduğu düşünülmektedir. Büyük bir çalışma ve akıllıca bir stratejik plan gerektirdiği açık olan saldırının dile getirilen yönlerinin, operasyonun etik veya hukuka uygun olması sonucunu doğurmayacağına hatırlanması gerektiği izlenimi oluşmaktadır.⁵ Bu çalışma Lübnan'da çağrı cihazlarının patlatılmasıyla gerçekleştirilen operasyonun silahlı çatışmalarda uygulanan temel ilkeler çerçevesinden uzaklaşılmadan incelenmesi çabasını esas alacaktır. Bu bağlamda çatışmanın niteliğinin, uygulanması gereken hukukun ve bir silah olarak çağrı cihazlarının değerlendirilmesinin ardından, operasyonun askeri gereklilik, ayırım gözetme, orantılılık ve gereksiz acı vermeme temel ilkeleri çerçevesinde incelenmesine geçilecektir.

I. ÇATIŞMANIN NİTELİĞİ

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tadić kararına göre, devletler arasındaki silahlı güç kullanımının yanında, hükümet otoriteleri ile örgütlü silahlı gruplar ya da devlet içindeki bu tür gruplar arasında uzun süreli silahlı şiddet yaşandığında da silahlı bir çatışmanın varlığı kabul edilmelidir.⁶ Çatışmaların yoğunluğu ve geniş çaplı olup olmadığı da silahlı çatışma tanımının yapılıp yapılmayacağına değerlendirilmesinde önem taşımaktadır.⁷ Bu bağlamda 2006 yılında İsrail ve Hizbullah arasında 1 ay 2 gün süren Lübnan Savaşı'nın da kullanılan gücün yoğunluğu sebebiyle salt İsrail'in Hizbullah'a karşı yürüttüğü bir polis müdahalesi değil, silahlı çatışma olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁸ İncelenen operasyondan önceki sürece bakıldığında da Hizbullah tarafından 2023 yılının Eylül ayından başlayarak yani yaklaşık 1 yılı aşkın bir süre boyunca İsrail'e saldırılar gerçekleştirildiği görülmektedir. Hizbullah'ın İsrail'e 8 Ekim 2023 ile 17 Eylül 2024 arasında 8.000'den fazla roket atmış olması ve özellikle ağustos ayında 1.300 roket saldırısından bahsedildiği göz önünde bulundurularak, İsrail'in

⁵ Bu konuya ilişkin olarak saldırı ile ilgili yapılan açıklamalarda etik ilkelerin göz önünde bulundurulmamasına yönelik endişeleri içeren bir makale için bkz: Elke, **Schwarz**/Neil, **Renic**, "Beyond Law: Reaffirming the Centrality of Ethics in War", Just Security, <https://www.justsecurity.org/103464/beyond-law-reaffirming-the-centrality-of-ethics-in-war/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

⁶ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 02.10.1995, IT-94-1-AR72, (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>) (Erişim Tarihi: 18.10.2025), p. 70.

⁷ Ibid.

⁸ Ianin, **Scobbie**, "Lebanon 2006", International Law and the Classification of Conflicts, Croydon, 2012, s. 1079.

Lübnan'a karşı meşru müdafaa hakkını kullandığı görüşü dahi öne sürülmektedir.⁹ Meşru müdafaa görüşünden bağımsız olarak, operasyondan önceki süreçteki saldırıların yoğunluğu ve devamlılığı göz önünde bulundurulduğunda, durumun bir silahlı çatışma olarak adlandırılmasının uygun olduğu düşünülmektedir.

Operasyon İsrail'in ulusal istihbarat teşkilatı Mossad tarafından Lübnan topraklarında Hizbullah'a karşı gerçekleştirilmiş, en azından İsrail hükümeti tarafından Hizbullah üyelerinin hedef alındığı açıklanmıştır. Operasyonla ilgili incelemelerde, Hizbullah'ın hukuki konumu üzerine anlaşmazlıkların ve buna bağlı olarak söz konusu çatışmanın uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan bir çatışma olarak değerlendirilmesi konusunda fikir ayrılıklarının olduğu görülmektedir. Fazla destek almayan bir görüşe göre, bir devletin başka bir devletin egemenlik alanı içinde bir silahlı grubu hedef alması durumunda, uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmadan ayrılan üçüncü bir kategorinin tanınması gerekmektedir.¹⁰ Yaygın görüş ise mevcut uluslararası insancıl hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilme yapılması gerektiği yönündedir.¹¹ Bununla bağlantılı olarak bazı yazarlar, başka bir devletin egemenlik alanında güç kullanılıyor olsa dahi bu güç kullanımının yalnızca devlet dışı gruba yönelik olması halinde bunun uluslararası nitelikte olmayan çatışma olarak tanımlanabileceğini, Cenevre Sözleşmelerinin ortak 3. maddesinin bu yönde bir yorumlamaya engel teşkil etmediğini savunmaktadır.¹²

⁹ Amichai, **Cohen**/Yuval, **Shany**, "Well, It Depends: The Explosive Pagers Attack Revisited", Lieber Institute West Point, <https://lieber.westpoint.edu/well-it-depends-explosive-pagers-attack-revisited/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025); Elizabeth, **Samson**, "Was Operation Below the Belt Legal? Absolutely", Middle East Forum, <https://www.meforum.org/middle-east-forum-observer/was-operation-below-the-belt-legal-absolutely> (Erişim Tarihi:18.10.2025); Richard, **Horowitz**, "Israel's Pager Operation: Not a Indiscriminate Attack But a Strategic Success", Just Security, <https://www.justsecurity.org/108719/israel-pager-operation-hezbollah/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

¹⁰ Geoffrey, **Corn**, "Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Cilt: 40, 2006; Roy, **Schöndorf**, "Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?", New York University Journal of International Law and Politics, Cilt: 37, Sayı 1, 2004 (Aktaran: Dapo, **Akande**, "Classification of Armed Conflicts", The Oxford Guide to International Humanitarian Law, New York, 2020, s. 52)

¹¹ Marco, **Sassòli**, "Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law", Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Occasional Paper Series, Sayı: 6, 2006, s. 5 (Aktaran: Akande, s. 52).

¹² Andreas, **Paulus**/Mindia, **Vashakmadze**, "Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict - A Tentative Conceptualization", International Review of the Red Cross, Cilt: 91,

Birleşmiş Milletler (“BM”) İnsan Hakları Konseyi, Hizbullah’ın 2006 yılında İsrail’le girdiği çatışmaları uluslararası silahlı çatışma olarak tanımamıştır.¹³ Değerlendirmeyi yaparken Hizbullah’ın yasal olarak tanınmış bir siyasi parti olduğuna, parlamentoda seçilmiş temsilcilerinin bulunduğu, hükümetin bir parçası olmasına, devletin anayasal organlarına entegre olmasına ve bu organlarda yer almasına dikkat çekmiştir.¹⁴ Hizbullah’ın Lübnan’ın güneyinde yıllardır devam eden fiili faaliyetlerinin İsrail işgaline karşı bir direniş hareketi olarak üstlendiği rol çerçevesinde Lübnan hükümeti ile Hizbullah arasında dolaylı bir bağlantı olduğu izlenimine de değinmiştir.¹⁵ Lübnan Silahlı Kuvvetleri’nin güneydeki yokluğunu da değerlendirerek Hizbullah’ın burada fiili (*de facto*) devlet otoritesini ve kontrolünü üstlendiği tespitini yapmıştır.¹⁶ Ayrıca İsrail’in saldırılarının doğrudan Lübnan Devleti’ni de hedef aldığı belirtilmiştir.¹⁷ Hizbullah’ın devletin bir organı olduğu, Lübnan’ın iç hukuku uyarınca hükümet yetkilerinin bazı unsurlarını kullanma yetkisine sahip olduğu, eylemlerini devletin talimatlarıyla, yönlendirmesiyle veya kontrolü altında gerçekleştirdiği veya devletin yokluğu ya da görevini yerine getirememesi durumunda onun otoritesine ait unsurları fiilen kullandığı ve koşulların da bu tür bir otorite kullanımını zorunlu kıldığı kabul edilirse, eylemleri de Lübnan’a atfedilebilecektir.¹⁸ Hizbullah’ın bir siyasi parti olduğu dikkate alınsa da bakan sayısının azlığı veya Lübnan devletinin kontrolünde hareket ettiğinin kesin bir şekilde söylenemeyeceği gibi gerekçelerle eylemlerinin Lübnan devletine atfedilemeyeceği, dolayısıyla 2006 yılındaki çatışmalar için uluslararası nitelikte olmayan çatışma tanımının yapılması gerektiği kanaatinde olan yazarlar vardır.¹⁹

2009, s. 111; Noam, **Lubell**, Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors, 2010; Claus, **Kreß**, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts”, Journal of Conflict and Security Law, Cilt: 15, Sayı: 2, 2010 (Aktaran: Akande, s. 52).

¹³ United Nations General Assembly, Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1, 2006, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g06/150/97/pdf/g0615097.pdf> (Erişim Tarihi: 18.10.2025), s. 3, p. 12.

¹⁴ Ibid., s. 22, p. 56.

¹⁵ Ibid., s. 22, p. 57.

¹⁶ Ibid., s. 23, p. 57.

¹⁷ Ibid., s. 23, p. 58.

¹⁸ United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 18.10.2025).

¹⁹ Scobbie, s. 1075.

Çalışmanın konu edindiği çağrı cihazı operasyonuna ilişkin yapılan incelemelere bakıldığında ise bazı yazarların Hizbullah'ı devlet dışı aktör olarak kabul ederek söz konusu çatışmayı “en azından” yoğun bir uluslararası nitelikte olmayan çatışma olarak değerlendirdiği görülmektedir.²⁰ Hizbullah'ın İran tarafından desteklenen bir devlet dışı aktör olduğunu kabul ederek, Lübnan'da uygulanması gereken hukukun barış zamanında uygulanacak hukuk olduğunu belirtenler de vardır.²¹ Ulaşılabilen en kesinlik içeren görüşe göre ise, Lübnan hükümetinin Hizbullah'ı Lübnan ordusuyla birlikte faaliyet gösteren ve onun faaliyetlerini tamamlayan bir askeri güç olarak tanımış olması nedeniyle Lübnan ordusunun fiili kontrolü dışında kalan bölgelerde Hizbullah tarafından yürütülen direniş eylemlerinin Lübnan Devleti'ne atfedilebileceği yönündedir.²² Hizbullah'ın siyasi ve askeri gücü ile devlet organlarındaki yeri göz önünde bulundurulduğunda bu görüşün makul olduğu düşünülmektedir. Buna ek olarak değerlendirilmesi gereken başka bir husus ise Lübnan devletinin İsrail'in kendi topraklarında güç kullanımına rızasının olmadığına açık olmasıdır ki Hizbullah'ın konumu üzerine tartışmalar bir yana bırakıldığında dahi bu durum çatışmanın uluslararası nitelikte olduğunu göstermektedir.²³ Yine İsrail'in hedeflediği yerlerin ve Lübnan'daki sivillerin çatışmalardan ne kadar etkilendiği de önemlidir.²⁴ Bu bakımdan ayırım gözetme ilkesi başlığı altında inceleneceği üzere patlamaların pazar yeri veya sokak gibi yerlerde gerçekleştirilmesinin, Hizbullah'ın askeri kanadına mensup olmayan kişilerin de etkilenmesinin çatışmanın niteliğini de bir uluslararası silahlı çatışma haline getirdiği düşünülmektedir.

II. UYGULANMASI GEREKEN HUKUK

Çatışmanın uygulanması gereken hukuk bakımından da farklı görüşler ortaya çıkarttığı söylenebilecektir. Saldırıdan sonra BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Volker Türk, binlerce kişinin sivil olup olmadığı veya cihazların saldırı anındaki konumu ve çevresi hakkında bilgi sahibi olunmadan aynı anda hedef

²⁰ Marko, **Milanovic**, “Were the Israeli Pager and Walkie-Talkie Attacks on Hezbollah Indiscriminate?”, EJIL: Talk!, <https://www.ejiltalk.org/were-the-israeli-pager-and-walkie-talkie-attacks-on-hezbollah-indiscriminate/> (Erişim Tarihi: 19.10.2025); William H., **Boothby**, “Exploding Pagers and the Law”, Lieber Institute West Point, <https://lieber.westpoint.edu/exploding-pagers-law/> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

²¹ Mary Ellen, **O'Connell**, “Israel's Sophisticated, Illegal Attack on Hezbollah”, Flagler Live, https://flaglerlive.com/israel-booby-traps/#google_vignette (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

²² **Cohen/Shany**.

²³ Marko, **Milanovic**/Vidan, **Hadzi-Vidanovic**, “A Taxonomy of Armed Conflict”, Research Handbook on International Conflict and Security Law, Padstow, 2012, s. 293.

²⁴ Ibid., s. 294.

alınmasının, uluslararası insan hakları hukukunu ve uygulanabileceği ölçüde uluslararası insancıl hukuku ihlâl ettiği kanısını ifade etmiştir.²⁵ BM özel görevlileri de saldırının hem insancıl hukuk bakımından ayırım gözetmeyen saldırı gibi savaş suçlarının oluşması hem de insan hakları bakımından yaşam hakkının ihlâl edilmesi anlamına gelebileceğini açıklamıştır.²⁶ Gerçekten de BM Güvenlik Konseyi, Genel Kurulu ve İnsan Hakları Konseyi'nin yanında Uluslararası Adalet Divanı ve bölgesel insan hakları mahkemeleri, çatışma halinde insan hakları hukukunun da uygulanabileceğini daha önce birden fazla kez teyit etmiştir.²⁷

Her iki hukukun da sivillerin öldürülmesini veya yaralanmasını yasakladığı doğrudur, ancak bu konudaki temel fark, insancıl hukukun çatışmada meşru hedef sayılabilecek kişiler bakımından ayrıca bir değerlendirme yapmasıdır.²⁸ Konuyu *lex specialis* ilkesine göre ele alan görüş, silahlı çatışmanın varlığı halinde özellikle bu alanı düzenleyen uluslararası insancıl hukukun uygulanması gerektiği yönündedir.²⁹ Başka bir görüşe göre ise sivillere en fazla korumayı sağlayan hukukun uygulanması gerekmekte, bu korumayı da uluslararası insan hakları hukuku kuralları sağlamaktadır.³⁰ Ancak bu görüş, uluslararası insancıl hukukun yalnızca bireye en fazla korumayı sağ-

²⁵ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Comment by UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk on explosions across Lebanon and in Syria, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/09/comment-un-high-commissioner-human-rights-volker-turk-explosions-across> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

²⁶ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Exploding pagers and radios: A terrifying violation of international law, say UN experts, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/09/exploding-pagers-and-radios-terrifying-violation-international-law-say-un> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

²⁷ Marco, **Sassòli**, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare ("International Humanitarian Law"), Cheltenham 2019, s. 427; International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion ("Nuclear Weapons Advisory Opinion"), 1996, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2025), s. 240, p. 25; United Nations General Assembly, Advisory opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory ("Wall Advisory Opinion"), 2004, <https://docs.un.org/en/A/ES-10/273> (Erişim Tarihi: 19.10.2025), s. 35, p. 106; International Court of Justice, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, 2005, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2025), s. 78, p. 216.

²⁸ **Milanovic**.

²⁹ **Sassòli**, International Humanitarian Law, s. 434.

³⁰ Gloria, **Gaggioli**/Robert, **Kolb**, "A Right to Life in Armed Conflicts?: The Contribution of the European Court of Human Rights", Israel Yearbook on Human Rights, 2007, s. 122 (Aktaran: **Sassòli**, International Humanitarian Law, s. 435).

lamayı değil, aynı zamanda askeri gereklilik ilkesiyle de denge kurma amacını benimsemek zorunda olduğunu göz ardı etmesi gerekçesiyle eleştirilmektedir.³¹ Bir diğer eleştiri de varsayılanın aksine insan hakları hukukunun insancıl hukuka kıyasla silahlı çatışma hallerinde etkin koruma sağlayamadığı boşluklarının da bulunması üzerinedir.³²

İnsancıl hukuk kurallarının uygulanması halinde bireylerin korunamayabileceği gibi bir varsayımın olduğu görülmekteyse de aslında bu dalın temel ilkelerinden olan orantılılık testi bireylerin yaşam hakkının dikkate alındığının göstergesidir ve bu iki hukuktan en azından birinin uygulanması durumunda sivillerin korunduğundan bahsedebilmek zaten mümkündür.³³ İnsancıl hukukun başlıca amacı çatışmalara katılmayan veya doğrudan katılmayan sivilleri korumaktır.³⁴ Geri alınamaz veya temel haklar olarak adlandırılan insan hakları, özellikle kullanılan silahlar veya bu silahların sebep olabileceği gereksiz acı çektirme gibi sonuçlar bakımından insancıl hukuk tarafından da düzenlemelere bağlanmış ve silahlı çatışma durumu altında da bu haklar korunmaya çalışılmıştır.³⁵ Bunun yanında *lex specialis* ilkesi gereği uygulanacak daha özel nitelikteki bir hukukun söz konusu olduğu durumlarda, uygulanacak hukukun temel insan hakları değerlerinden ve ilkelerinden soyutlanmayacağını da unutmamak gerekir.³⁶

Tüm bu görüşler değerlendirildiğinde, silahlı çatışmanın söz konusu olduğu durumlarda sıkça insancıl hukuk yerine insan hakları hukuku kurallarına başvurulması yönündeki çağrılar, insancıl hukukun insan haklarını koruma yönündeki temel amacının ve zaten insan hakları hukukunun temel ilkelerine içkin olmasının silikleşmesine sebep olabileceği düşünülmektedir. İnsancıl hukuk, silahlı çatışmaların doğası gereği askeri gerekliliğin ve orantılılığın dikkate alınmasını zorunlu kılan kurallar ve ilkeler çerçevesinde düzenlenmiş, bu yapısı da insan haklarının silahlı çatışmalarda korunmasını

³¹ Ibid., s. 435.

³² Marco, **Odello**, “Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law”, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, The Hague, 2008, s. 28.

³³ **Sassòli**, *International Humanitarian Law*, s. 425.

³⁴ Jann K., **Kleffner**, “Human Rights and International Humanitarian Law: General Issues”, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, New York, 2015, s. 36.

³⁵ **Odello**, s. 51.

³⁶ Conor, **McCarthy**, “Legal Conclusion or Interpretative Process? *Lex Specialis* and the Applicability of International Human Rights Standards”, *International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law*, The Hague, 2008, s. 118.

daha gerçekçi ve uygulanabilir bir şekilde mümkün kılmıştır. Bu sebeple incelenen olay bakımından yapılacak değerlendirmelerde de temel ilkelerinin gerekliliklerini göz ardı etmeden insancıl hukuk uyarınca inceleme yapılmasının doğru olduğu düşünülmektedir.

III. ÇAĞRI CİHAZLARININ SİLAH OLARAK NİTELİĞİ

Geleneksel olarak insancıl hukuk, belirli silahların kullanımını yasaklamakta veya düzenlememekte, bunun yerine tüm silahların kullanımı için genel kurallar belirlemektedir.³⁷ Bu yaklaşımın avantajı, gelecekteki silahların da yeni kurallar oluşturulmasına gerek kalmadan kapsanarak oluşabilecek sakıncaların önceden engellenebilmesinde yatmaktadır.³⁸ Buna karşılık bazı belirli silahlar çok sık uluslararası insancıl hukukun ihlaline sebep olmaları sebebiyle özel olarak yasaklanmışlardır.³⁹ Ancak bazı silahların açıkça yasaklanmış olması, yasaklanmayan her silahın kullanılabileceği anlamına gelmeyecek, aksi yöndeki bir yaklaşım Martens Kaydı'na aykırılık teşkil edecektir.⁴⁰ Martens Kaydı'na göre anlaşmaların kapsamına girmeyen durumlarda siviller ve muhripler, yerleşik teamüller, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklanan uluslararası hukuk ilkelerinin korumasına sahiptir.⁴¹ Bu bağlamda, bu bölümde operasyonda kullanılan cihazların uluslararası sözleşmelerde yer alan hangi silah tanımına dahil olduğu ve açıkça yasaklanmış silahlardan olup olmadığı tartışması ile yetinilecektir. Ancak cihazların niteliğine ilişkin tartışma bununla sınırlı bırakılmamaya çalışılarak silahlı çatışma hukukunun temel ilkelerine aykırı olup olmadığı ilgili bölümlerde tekrar ele alınacaktır.

³⁷ **Sassòli**, *International Humanitarian Law*, s. 387.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Daniele, **Amoroso**, “International Weapons Law”, Kırmızı Dr. Aziz Bey Collected Courses on International Humanitarian Law, C. I, İstanbul, 2023, s. 143.

⁴¹ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (“Protocol I”), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-additional-geneva-conventions-12-august-1949-and> (Erişim Tarihi: 23.10.2025), m. 1/2. Çeviri için bkz. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi/International Committee of the Red Cross, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, https://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/569_1.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025). (İsrail Ek I numaralı Protokol’ü imzalamamış veya onaylamamıştır, ancak bu düzenlemeler çatışma hukukunun temel kurallarını ve teamüllerini oluşturduğundan İsrail için de bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Wall Advisory Opinion, s. 30, p. 89.)

İsrail, Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Belirli Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Sözleşmesi'nin Ek II. Protokol'üne ("II numaralı Protokol") taraftır ve bu protokol hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan çatışmalara uygulanmaktadır.⁴² Bu Protokol'ün 2. maddesine göre, bir insanın görünürde zararsız olan bir nesneye dokunması veya yaklaşması veya görünürde güvenilir olan bir eylemi yapması neticesinde beklenmedik bir şekilde faaliyete geçen, öldürmek ve yaralanmak üzere tasarlanmış, imal edilmiş veya uyarlanmış her türlü cihaz veya malzeme "bubi tuzağı" olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddeye göre öldürmek, yaralamak, veya zarar vermek üzere tasarlanmış ve elle veya uzaktan kumanda ile harekete geçirilen veya belli bir zamanın geçmesinin ardından otomatik olarak harekete geçen, özel imal edilmiş patlayıcı cihazlar da dahil olmak üzere elle yerleştirilmiş mühimmat ve teçhizat ise "diğer teçhizat" olarak tanımlanmaktadır. Aynı Protokol'ün 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bubi tuzaklarının veya diğer teçhizatın, özel olarak patlayıcı madde koymak için tasarlanmış ve yapılmış, zararsız-taşınabilir nesne görünümünde kullanılması yasaktır. Bu bağlamda cihazların özellikle patlaması için tasarlanmış olması halinde bu maddeye göre yasak sayılması gerekmektedir.⁴³ Örneğin halihazırda var olan bir kamera tuzaklanabilir, ancak bir kameraya benzeyen tuzaklar üretilmez.⁴⁴ Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, askeri bir hedef üzerine veya yakınına konuşlandırılmış olması istisnası dışında, kara kuvvetleri arasında çarpışmanın bulunmadığı veya böyle bir çarpışmanın yakın bir gelecekte beklenmediği herhangi bir şehir, kasaba veya benzer bir sivil halk yoğunluğu bulunan diğer bölgelerde bubi tuzaklarının veya diğer teçhizatın kullanılması yasaktır. Bu maddeler göz önünde bulundurulduğunda saldırılarda kullanılan çağrı cihazlarının iletişim için kullanılması ve patlayıcı özellikte

⁴² International Humanitarian Law Databases Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 ("Protocol II") <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ccw-amended-protocol-ii-1996> (Erişim Tarihi: 23.10.2025). Çeviri için bkz. İnsan Hakları Derneği, Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Silahların Yasaklanması Sözleşmesi <https://www.ihd.org.tr/asiri-derecede-yaralayan-ve-ayirim-getmeyen-etkerbulunan-sahlarin-yasaklanmasi-slees/> (Erişim Tarihi: 23.10.2025).

⁴³ Anthony Peter Vernon, **Rogers**, "A Commentary on the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the use of Mines, Booby-Traps and Other Devices", The Military Law and the Law of War Review, Cilt: 26, Sayı: 1-3, 1987, s. 199 (Aktaran: Yoram, **Dinstein**, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, New York 2004, s. 65).

⁴⁴ Howard Sidney, **Levie**, "Prohibitions and Restrictions on the Use of Conventional Weapons", Saint John's University Law Review, Cilt: 68, 1994, s. 658 (Aktaran: **Dinstein**, s. 65).

olması dikkate alınmalıdır. Cihazlara patlayıcı eklenmesinin imalat olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı da tartışılmalıdır.⁴⁵

Saldırının incelendiği çalışmalarda bazı yazarlar çağrı cihazlarının doğrudan bir tuzak olarak imal edildiğini, bu bağlamda II numaralı Protokol uyarınca yasaklanmış bir silah niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁶ İlk patlamaların kullanıcıların şifreli bir mesajı okumak için düğmelere basmasını gerektirdiği göz önüne alındığında bu saldırılarda kullanılan çağrı cihazlarının bubi tuzağı olarak nitelendirilmesinin gerektiği, ancak ikinci dalga patlamalardaki çağrı cihazlarının böyle bir tetikleme olmadan doğrudan kişilerin cebindeyken veya yanlarında dururken uzaktan patlatılması sebebiyle bu cihazların diğer teçhizat kategorisine girdiği de değerlendirilmiştir.⁴⁷ Bazı yazarlar ise Mossad'ın tedarik zincirine müdahalesinin potansiyel olarak öldürücü bir cihaz yaratmayı baştan amaçladığını gösterdiğini kabul ederken, yine de cihazların kullanımının yasak sayılması için askeri bir hedef üzerine konuşlandırılmamış zararsız nesnelerden bahsedilebilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır.⁴⁸ Cihazların Hizbullah tarafından askeri amaçlarla satın alınarak kullanıldığı ve bazı cihazların da askeri haberleşmenin sağlanması için şifreli mesajların açılmasıyla patladığı doğrusa, cihazların yasak silahlardan olduğunu iddia etmek zorlaşacaktır.⁴⁹ Başka bir görüşe göre ise II numaralı Protokol, askeri nesnelere patlayıcı yerleştirmeyi, askeri nesnelerin tuzaklanmasını, tuzaklanan tüm nesneleri, yaralanmaya veya yanığa yol açan tim silahları yasaklamadığından hukuka aykırılık bulunmamaktadır.⁵⁰ Sivil halk tarafından kullanılan nesnelerin tuzaklanmasının yasak olmasını vurgulayarak saldırılarda kullanılan cihazların hukuka aykırı olduğunu belirten yazarların ise bu görüşünün Hizbullah üyelerini çatışmaya doğrudan katılan kişiler olarak tanımlamamasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.⁵¹

⁴⁵ Brian, **Finucane**, "Law of War Questions Raised by Exploding Pagers in Lebanon", Just Security, <https://www.justsecurity.org/100193/law-war-exploding-pagers-lebanon/> (Erişim Tarihi: 24.10.2025).

⁴⁶ **Boothby**.

⁴⁷ Lesley, **Wexler**, "Israel's Pager and Walkie-Talkie Strikes Part II: Applicable Law After the Washington Post Report", Verdict Justia, <https://verdict.justia.com/2024/10/10/israels-pager-and-walkie-talkie-strikes-part-ii> (Erişim Tarihi: 24.10.2025).

⁴⁸ **Cohen/Shany**.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ **Samson**.

⁵¹ **O'Connell**.

Mossad'ın kendi açıklamaları doğrultusunda doğrudan bir imalatın söz konusu olduğu açıklığa kavuşmuştur. Ancak cihazların farklı saldırılarda kendi kendine veya kullanıcının müdahalesiyle patlaması sebebiyle bubi tuzağı veya diğer teçhizat tanımlamalarından birinin seçilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Buna karşılık cihazların bu iki tanımdan hangisine dahil olduğuna karar verildiği fark etmeksizin yasaklanan cihazlardan olup olmadığının belirlenebilmesi için cihazı kullanan kişilerin askeri hedef sayılıp sayılamayacağını daha ayrıntılı incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca askeri hedef üzerinde konuşlandırıldıkları kabul edilse dahi gereksiz acı verip vermedikleri de incelenmelidir. Bu bağlamda çalışmanın devamında saldırı silahlı çatışma hukukunun temel ilkeleri bakımından ele alınırken cihazların da silah olarak bu ilkelere uygunluğu değerlendirilecektir.

IV.ASKERİ GEREKLİLİK İLKESİNE UYGUNLUK

Askeri gereklilik ilkesi, çatışma halindeki bir tarafa karşı tarafın teslimiyetini en az zaman, can ve para kaybıyla sağlamak için gereken kuvveti kullanmasına izin veren ilkedir.⁵² Cenevre Sözleşmeleri'nin Ek I Numaralı Protokolü'ne göre saldırılar sadece askeri hedeflerle sınırlı olabilecektir, askeri hedefler ise doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda mevcut koşullar altında kesin bir askeri avantajı sağlayan objelerle sınırlı olacaktır.⁵³ Avantaj sağlayıp sağlamayacağı belirsiz veya avantaj sağlaması olası olan saldırıları başlatmak meşru sayılamayacaktır.⁵⁴ Benzer bir askeri avantaj elde etmek için olası birkaç askeri hedef arasında seçim yapılırken, saldırılması halinde sivil yaşamın ve malların en az tehlikeye atılacağı hedefin seçilmesi beklenmektedir.⁵⁵ Bu bağlamda sorulması gereken sorular Mossad'ın bu operasyonu neyi hedefleyerek planlayıp gerçekleştirdiği, bu hedefin arkasındaki somut askeri avantajın ne olduğu ve bu askeri avantajın başka yollarla elde edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

⁵² International Military Tribunal, The Hostage Case No. 7, 19.02.1948, https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025), s. 1253.

⁵³ Protocol I, m. 52/2.

⁵⁴ International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Commentary_GC_Protocols/Commentary_GC_Protocols.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025), s. 636, p. 2024.

⁵⁵ Protocol I, m. 57/3.

Cihazların uzun pil ömrüne, dayanıklılığa ve güvenilirliğe, ayrıca şifreli mesaj gönderebilme özelliklerine sahip olmasının askeri kullanım için cazip olduğu, Hizbullah'ın askeri kanadının yaklaşık 30.000 kişiden oluştuğu düşünüldüğünde satın alınan çağrı cihazlarının seçici olarak ve büyük ölçüde askeri personele dağıtıldığı varsayımında bulunulmuş, bu yüzden cihazların askeri operasyon için kullanılması olasılığının yüksek olduğu, meşru askeri hedef kriterinin yerine gelmiş sayılabileceği ifade edilmiştir.⁵⁶ Cihazların patlatılması ile hem Hizbullah'ın birçok üyesi öldürülmüş veya ağır yaralanmış, hem de daha saldırının ve etkilerinin anlaşılmaya çalışıldığı anla eşzamanlı olarak iletişim sisteminin çökmesiyle ayrı bir karmaşa yaratılmıştır.⁵⁷ Paravan şirket aracılığıyla reklamlar veren, ürünün gizli operasyonlarda kullanılmak için elverişli özelliklerini öne çıkartan bir pazarlama stratejisi geliştirerek cihazların satılmasını sağlayan Mossad'ın da operasyonun başarılı olması halinde ortaya çıkacak bu askeri avantajı önceden öngörebildiği ve bunu amaçladığı çıkarımında bulunulabilecektir.⁵⁸ Bunun da ötesinde saldırının, örgüt liderlerini gelecekteki faaliyetleri koordine etmek için yüz yüze toplantılar yapmaya zorladığı ve bu toplantıların İsrail Hava Kuvvetleri'nin Hizbullah üyelerini hedef alabilmesi için fırsatlar yarattığı da dikkate alınmalıdır.⁵⁹ Nitekim Hizbullah üyeleri sivillerin arasında yaşadıklarından, insancıl hukukun ilkelerine ve kurallarına uygun biçimde hava saldırıları ile etkili sonuçlar elde edebilmek güçtür.⁶⁰

Gerçekten de tek bir operasyon ile Hizbullah'a birden fazla ve geri dönüşü olmayan zarar vererek geleceğe yönelik de avantaj sağlandığı göz önünde bulundurulduğunda, İsrail'in başka bir yöntem ile de aynı sonuca ulaşabileceğini savunmak zordur. Bu bağlamda öngörülen ve ortaya çıkan askeri avantajın hayli yüksek olduğu söylenebilecektir. Ancak askeri avantajın niteliği fark etmeksizin cihazları kullanan Hizbullah üyelerinin askeri hedef olup olamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Nitekim cihazların kısa devre yapmalarının sağlanması veya tamamen kapatılmaları mümkün iken patlatılmış olmaları, tek amacın iletişim sisteminin devre dışı bırakılması olmadığını, insanların öldürülmesinin veya yaralanmasının da amaçlandığını ve sadece cihazların değil cihazları ellerinde bulunduranların da hedef alın-

⁵⁶ Cohen/Shany.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

dığını göstermektedir.⁶¹ Bazı incelemelerde sadece Hizbullah'ın İsrail'e karşı olan askeri operasyonlarına vurgu yapılarak meşru bir askeri hedef olduğu kabul edilmiştir.⁶² Ancak böyle bir kabulün gerekli incelemelerden yoksun olduğu düşünülmektedir. Nitekim Mossad'ın cihazların askeri amaçlarla verildiğini ve çağrı cihazlarının patlama anında askeri kullanıcıların elinde olacağını varsaymaları mümkün olabileceksin de cihazların Hizbullah için yalnızca diplomatik, siyasi veya idari rollere sahip olan kişilerin elinde olduğunu biliyorsa bu durumda bu kişilerin meşru askeri hedef olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.⁶³ Askeri gereklilik savaşın amaçlarını sağlamak için kesinlikle gerekli olan ve modern hukuk ile uygulamalarına göre yasal sayılan önlemlerden oluşmalıdır.⁶⁴ Dolayısıyla askeri gereklilik tüm hükümlerinde askeri ve insani kaygılar arasındaki dengeyi yansıtan uluslararası insancıl hukuka dahil bir ilke olarak, aynı hukuk tarafından yasaklanan eylemleri haklı göstermek için kullanılamaz.⁶⁵ Bu bağlamda cihazların askeri hedef sayılıp sayılamayacakları ile bağlantılı olarak ortaya çıkan cihazları kullananların Hizbullah'ın askeri kanadına mensup veya çatışmalara doğrudan katılan kişiler olup olmadıkları sorusu, ayırım gözetme ilkesi ile de bağlantılı olduğundan bu başlık altında daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir.

V. AYRIM GÖZETME İLKESİNE UYGUNLUK

Silahlı çatışma hukukuna göre bir kişi yalnızca sivil veya muharip olabilir ve ayırım gözetme ilkesine göre saldırı sivillere yöneltilemez, bunun istisnası ise çatışmalara doğrudan katılan sivillerin hedef alınabilmesidir.⁶⁶ Uluslararası anlaşmalarda veya içtihatlarda çatışmalara doğrudan katılımın açık bir yorumu bulunmamaktadır ancak, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31/1. maddesi gereğince bu kavramın uluslararası insancıl hukukun

⁶¹ **Milanovic.**

⁶² David M. **Crane**, "Analyzing the Israeli Pager Attack on Hezbollah Using Law of Armed Conflict Principles", Jurist, <https://www.jurist.org/commentary/2024/09/analyzing-the-israeli-pager-attack-on-hezbollah-using-law-of-armed-conflict-principles/> (Erişim Tarihi: 26.10.2025).

⁶³ **Boothby.**

⁶⁴ International Humanitarian Law Databases Lieber Code, Article 14, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863/article-14?activeTab=> (Erişim Tarihi: 26.10.2025).

⁶⁵ Charles H. B., **Garraway**/Jann. K., **Kleffner**, "International Humanitarian Law in Self-Defence Operations", The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 239.

⁶⁶ Protocol I, m. 51.

amacı ve gayesi ışığında ve terimin olağan anlamı ve bağlamı dikkate alınarak iyi niyet çerçevesinde yorumlanması gerektiği düşünülmektedir.⁶⁷ ABD'ye göre “düşman bir devletin silahlı kuvvetlerinin üyeleri gibi, silahlı çatışmalara katılan bir devlet dışı silahlı grubun resmi veya fiilen parçası olan bireyler de grup tarafından paylaşılan düşmanca niyetler nedeniyle saldırı hedefi haline gelebilir”.⁶⁸ Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin daha dar tanımına göre ise bir eylemin doğrudan katılım olarak değerlendirilebilmesi için üç ölçütten eşzamanlı olarak bahsedilebilmesi gerekir: eylemin silahlı çatışmanın bir tarafının askeri hareketlerini veya askeri kapasitesini olumsuz etkileme olasılığı bulunmalı veya doğrudan saldırılara karşı korunan kişi veya objelere ölüm, yaralanma veya yıkım şeklinde zarar verme ihtimali olmalı, eylem ile eylemden veya eylemin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu koordineli bir askeri operasyondan doğması muhtemel zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmalı, eylem çatışmanın bir tarafının çıkarlarını desteklemek ve karşı tarafın zararına sonuç doğurmak amacıyla, söz konusu zarara doğrudan yol açacak biçimde gerçekleştirilmiş olmalıdır.⁶⁹

Operasyonla ilgili incelemelerde Hizbullah'ın dini, siyasi, sosyal roller de dahil birçok işlevinin ve birçok kişiyi kapsayan farklı kanatlarının olduğu, binlerce silahlı üyesi olsa da askeri bir güçle eşdeğer görülemeyeceği belirtilerek, hedef alınan kişilerin bireysel eylemlerinin değerlendirilmesi gerektiği görüşü ifade edilmiştir.⁷⁰ Nitekim Hizbullah'ın askeri kanadına mensup üyelerinin hedef alınabilmesi mümkün olabilecek, ancak diğer üyeler sivil statüsünde olduklarından yalnızca silahlı çatışmalara doğrudan katılırlarsa hedef alınabileceklerdir.⁷¹ Hizbullah üyeleri sadece çatışmalara doğrudan katılan kişiler değil öğretmen, polis memuru, din adamı, sağlıkçı, siyasetçi olabilir ve uluslararası insan-cıl hukuk kuralları gereğince askeri kanata dahil değillerse sivil sayıldıklarından

⁶⁷ Nils, **Melzer**/Gloria, **Gaggioli Gasteyger**, “Conceptual Distinction and Overlaps Between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities”, *The Handbook of the International Law of Military Operations*, New York, 2015, s. 72.

⁶⁸ United States of America Department of Defense Law of War Manual, <https://media.defense.gov/2023/Jul/31/2003271432/-1/-1/0/DOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY%202023.PDF> (Erişim Tarihi: 27.10.2025), s. 230, m. 5.7.3.

⁶⁹ International Committee of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law* (“Interpretive Guidance”), <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2025), s. 46.

⁷⁰ **Milanovic**.

⁷¹ *Ibid*.

doğrudan hedef alınmaları mümkün değildir.⁷² Ancak cihazların Hizbullah operasyonları için kullanılmasının, cihazları kullananların Hizbullah ile İsrail arasındaki çatışmalara aktif katılımını gösteren güçlü (ama kesin olmayan) bir gösterge olduğu da savunulmaktadır.⁷³ Bu görüşe göre cihazların nasıl çalıştığına bakıldığında, bunları elinde tutan kişiler Hizbullah tarafından belli bir eğitim almış, halihazırda çatışmalara katılan ya da çatışmaya katılmak için hazır biçimde bekleyen kişilerdir.⁷⁴ Operasyon gerçekleştikten sonra cihazların patlamadan yalnızca birkaç saat önce dağıtılmış olduğu yönünde bazı haberler yapıldığından, Mossad'ın cihazları kullanacak kişilerin kimliğini tespit edebilecek zamanının ve gereken değerlendirmeleri yapabilmesinin mümkün olamayabileceği ihtimali üzerinde duranlar da vardır.⁷⁵ Ancak bazı yazarlar özellikle Beyrut'taki Dahia bölgesinde olduğu gibi Hizbullah'ın sivillerin içinde yaşayan askeri kanadına mensup üyelerini hedef alırken sivillere en az zarar verecek yöntemin zaten bu gibi cihazlarla sağlanabileceğini ifade etmişlerdir.⁷⁶ Bu bağlamda cihazları elinde bulunduranların hedef alınmasının sivil halka zarar verme niyetinin olmadığını gösterdiği, sivil kayıpların olmasının ise Hizbullah'ın siviller arasında faaliyet göstermesinin sonucu olduğu öne sürülmektedir.⁷⁷

Gerçekten de uzaktan kumanda ile manuel olarak patlatılan cihazların kullanıldığı saldırılarda cihazların kimin kullanımında veya yakınındayken patlatılacağına kontrolü mümkün olabileceğinden, diğer senaryolara göre ayırım gözetme ilkesinin yerine getirilmiş olması ihtimali daha fazla olabilecektir.⁷⁸ İncelenen olay bakımında da cihazların bireysel olarak tetiklenmesinin mümkün olup olmadığı sorusu da kaç kişiyi hedef alan kaç eylemin olduğunun tespit edilmesi bakımından önem taşıyacaktır.⁷⁹ Cihazların seçici bir şekilde tetiklenebilmesi mümkün ise her patlamanın ayrı bir saldırı olarak değerlendirilerek tek tek ayırım gözetme ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesi gerekecektir.⁸⁰ Bunun yanında daha önce değinildiği üzere pat-

⁷² Ibid.

⁷³ **Cohen/Shany.**

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ **Milanovic.**

⁷⁶ **Cohen/Shany; Samson; Crane.**

⁷⁷ **Samson; Crane.**

⁷⁸ Nils, **Melzer**, "Targeted Killings in Operational Law Perspective", The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 328.

⁷⁹ **Milanovic.**

⁸⁰ Ibid.

lamaların bir kısmı kullanıcılar tarafından şifre girilirken, bir kısmı ise hiçbir tetikleme olmadan kendiliğinden gerçekleşmiştir. Mossad'ın cihazlara şifreli bir mesajı açmak için her iki ellerini kullanma özelliğini de dahil etmesi gibi özelliklerin, hem daha az ölümcül yollara başvurulabilmesi hem de bunun gibi daha ciddi yaralamalara sebep olabilecek özelliklerin kasıtlı bir biçimde devreye sokulması bakımından orantılılık açısından sorun teşkil ettiği ifade edilmiştir.⁸¹ Tetikleme olmadan patlayan cihazların da sinyal verdikten sonra patladığına dikkat çekilerek bu durumun ayırım gözetme ilkesine uygun plan yapıldığını gösterdiğini savunanlar vardır.⁸² Bu değerlendirmeye göre patlayan cihazlar herkesin kullanacağı veya kullanan kişinin başkasına vereceği zararsız bir nesne niteliğinde olan telefon benzeri bir cihaz değildir.⁸³ Cihazın elindeyken patlamasıyla ölen çocuklardan biri de patlamaya sinyal veren cihazı asıl kullanıcı olan babasına götürürken yakalandığı için ölmüştür.⁸⁴

Ancak tüm bu tartışmaların yanında göz önünde bulundurulması gereken bir diğer önemli konu patlamaların gerçekleştirildiği zamandır. Cihazı bulunduran kişilerin statülerinden bağımsız olarak patlamalar gündüz vakti ve bu kişilerin pazarda alışveriş yaptıkları, sokakta bulundukları, yollarında çocuklarının olduğu bir zaman diliminde gerçekleştirilmiştir. Sivil ölümleri ile yaralanmaları da bundan kaynaklanmış, ayrıca hekimlerin anlatımıyla sokaklarda ve hastanelerde halkta travma yarattığı açık olan şok edici görüntüler yaşanmıştır. Aktarıldığı üzere saldırıyı ayırım gözetme ilkesine uygun bulan yazarların geneli, Hizbullah üyeleri sivillerin içinde yaşadığından bu ilkeye daha uygun davranılmasının mümkün olamayacağı kanaatindedir. Ancak sivil nüfus kalkan olarak kullanılsa da bu durum onların sivil kimliğini ortadan kaldırmaz ve sivil statülerinin onlara sağladığı korumadan faydalanmaya devam ederler.⁸⁵ O kadar ki gönüllü kalkan olan sivillerin durumu dahi tartışmalıdır, bu kişilerin sivil olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde birçok yorum olsa da Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yorumu bu kişilerin de doğrudan hedef alınamayacakları yönündedir.⁸⁶ Ayrıca Mos-

⁸¹ Cohen/Shany.

⁸² Horowitz.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Protocol I, m. 50/3.

⁸⁶ Michael N., **Schmitt**, "Human Shields in International Humanitarian Law", Columbia Journal of Transnational Law, Sayı: 47, 2010, s. 324-327. (Aktaran: Michael N., **Schmitt**, "Targeting in Operational Law" ("Targeting"), The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 277.); Interpretive Guidance, s. 57.

sad cihazların birçok kez denendiğini ve sadece cihazı üstünde bulunduran kişinin zarar göreceğinden emin olduğunu açıklamış olsa da patlayan cihazları sadece kullanan veya üstünde bulunduran kişilerin değil, bu cihazların ve kişilerin çevresinde bulunan sivillerin de ciddi zarar gördüğü bilinmektedir. Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda ayırım gözetme ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirildiğinden bahsedebilmek mümkün olmadığı gibi, değinilen sorunların çalışmanın devamında incelenecek orantılılık ve gereksiz acı vermeme ilkeleri bakımından da sorunlu olduğu düşünülmektedir.

VI. ORANTILILIK İLKESİNE UYGUNLUK

Elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına ve yaralanmalarına sebep olması beklenebilecek saldırılar, ayırım gözetme ve orantılılık ilkelerine aykırılık oluşturur.⁸⁷ Operasyonu inceleyen bir örnekte, füzelerin hata payının %5 ila %10 arasında olması ve füze saldırılarının orantısız sayılmadığı düşünüldüğünde, söz konusu operasyonda da orantılılık şartının sağlanmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁸ Mossad'ın cihazların yaklaşık %90'ının Hizbullah'ın askeri kanadındaki kişilerin eline geçeceği yönünde makul bir inanç taşımalarının kabul edilebilir bulunması halinde orantılılığın sağlandığının kabul edilebileceği yönünde bir görüş de ifade edilmiştir.⁸⁹ Ancak esas tartışılması gereken bu patlamaların yol açacağı yan etkilerin ve hasarların yeterince dikkate alınıp alınmadığıdır.⁹⁰ Nitekim operasyonu planlayan ve yürütenlerin her bir patlamanın gerçekleştiği yerdeki koşulları bildiği varsayılmaktadır ve bu durum beklenebilecek zarar ve yaralanmaların değerlendirilmesinde önemli bir faktördür.⁹¹ İsrail saldırıdan beklenen askeri avantajın bütünüyle dikkate alınarak orantılılık hesaplamasına katılması gerektiğini savunan devletlerdendir.⁹² Operasyona yönelik olarak da cihazların neredeyse aynı anda patlatıldığı göz önünde bulun-

⁸⁷ Protocol I, m. 51/5/b.

⁸⁸ Cohen/Shany.

⁸⁹ Milanovic.

⁹⁰ Boothby.

⁹¹ Protocol I, m. 57/2/a/ii.

⁹² State of Israel, The 2014 Gaza Conflict Factual and Legal Aspects, https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/operation-protective-edge-full-report/en/English_Terrorism_DOCS_2014GazaConflictFullReport.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2025), s. 181, p. 318.

durularak koordine edilmiş tek bir eylemin var olduğunu kabul etmenin uygun düşeceği savunulmuştur.⁹³ Ancak ortaya çıkan yüksek askeri avantaj bütünüyle ele alındığında dahi saldırının orantılılık bakımından sorunlarının olduğu düşünülmektedir.

Füze gibi silahlardaki hata paylarını ve bu nitelikteki silahların dahi yasaklanmamış olduğunu belirterek aslında zararın minimize edildiği yönündeki savunusunun, bu durumlarda sivillere ön uyarılarda bulunması gerektiği yönündeki kuralları göz ardı ettiği düşünülmektedir. Patlatılan cihazlardan çok daha ağır sonuçları olabileceği üzerinden argüman geliştirilen füzelerin atılacak olması durumunda İsrail'in sivilleri önceden uarması ve bölgenin terk edilmesi için gerekli önlemleri alması beklenenecekti.⁹⁴ II numaralı Protokol'ün 3. maddesinin 11. fıkrası uyarınca da bubi tuzaklarının ve diğer tehizatın sivil halkı etkileyebilecek şekilde kullanılması halinde koşullar elverdiği ölçüde etkili seviyede ön uyarıda bulunulması gerekmektedir. Bubi tuzaklarının veya saldırıya hedef olan kişilerin durumu fark etmesine imkân verilmeden patlatılması gereken cihazlar olduğu ve bu sebeple uyarıda bulunulamayacağı yönünde bir savunma, bu maddeyi doğrudan anlamsız kılacaktır. Özellikle sadece sinyal verdikten sonra gerçekleşen ikinci dalga patlamanın bu kural açısından sorunlu olduğu, cihazların sadece sinyal vermiş olmasının kullanan kişilerin elinde olmasını sağlayacağı yönünde bir öngörü yerinde ve yeterli sayılmamalıdır. Cihazı babasına götürmekte olan bir çocuğun ölümü üzerinden ayırım gözetme ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirildiğini savunan görüşün de bu yüzden temel ilkelere uygun düşmediği düşünülmektedir. Cihazların kaç kez sinyal verdiği ve kaçınıcı sinyalde patladığı bilinmemekte, ilk sinyalde patladığı tahmin edilmektedir. Bu durum ise savunulanan aksine ayırım gözetme ve orantılılık ilkelerinin yerine getirildiğini değil, insanların cihazları eline alması veya cihaza yaklaşması için özellikle bu yolun tercih edildiğini, bu sebeple ölüm ve yaralanmaların artmış olduğunu göstermektedir.

Bunun yanında cihazlar gündüz vakti ve cihazları kullanan kişilerin halkın arasında olduğu bir zamanda patlatılmıştır. Daha önce de değinildiği üzere cihazların özellikleri tek başına incelendiğinde ayırım gözetme ilkesine uygun olarak geliştirildikleri yönünde bir izlenime sahip olunabilecektir. Ancak cihazların elinde bulunduranların kalabalığın içinde oldukları bir

⁹³ Cohen/Shany.

⁹⁴ Protocol I, m. 57/2/c.

zaman diliminde patlatılmış olmaları, insancıl hukukun ilkelerine uygun kullanılabilmeye elverişli özelliklerinin bir anlamının kalmadığını düşündürmektedir. Silahlı çatışmalarda taraflar, sivillerin ölümünü ve sivillerin yaralanmasını en aza indirecek saldırı araçları kadar yöntemlerini de benimsemek zorundadır.⁹⁵ Bu doğrultuda askeri avantajdan ödün verilmediği takdirde, saldırının zamanının da bu kurala uygun olarak seçilmesi gerekmektedir. Örneğin tahribata uğraması halinde ciddi bir askeri avantajın elde edileceği bir köprüye saldırı yapılacaksa, gece vakti bu köprüden geçen sivillerin daha az olacağı bilineceğinden, bu zamanlama elde edilecek askeri avantajı azaltmayacağından ve askeri avantaja ulaşma bakımından başarı olasılığını etkilemeyeceğinden, saldırının gece gerçekleştirilmesi gerekir.⁹⁶ Bu bağlamda Mossad'ın cihazları çatışmaya doğrudan katılan kişilerin bir arada veya halktan uzak olmasının muhtemel olduğu bir zaman yerine halkın içinde olmalarının muhtemel olduğu gündüz vakti patlatmayı seçmesi uygun değildir. Yine birincil amaç olmasa da halkın terörize edilmesinin amaçlandığı da anlaşılmakta, bu durumun da orantılılığı olumsuz yönde etkilediği düşünülmektedir. Nitekim patlamalar halkın içinde gerçekleştirilmiştir ve sadece tanık olduğunda dahi ciddi psikolojik travmalara sebep olabilecek nitelikte, insanların uzuvlarını kaybettiği veya beyinlerine şarapnel parçası saplanarak öldüğü görüntülerin yaşandığı bir saldırıdan bahsedilmektedir. Bu bağlamda sivillerin terörize edilmesi yasağının da orantılılık hesabında dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.⁹⁷ Bu yasak esas amacı sivilleri terörize etmek olan eylemler bakımından geçerlidir ve bu argümana bu yönden itiraz edilebilir.⁹⁸ Gerçekten de incelendiği üzere elde edilen askeri avantaj oldukça yüksektir ve böyle bir saldırıda öncelikli amacın halkı terörize etmek olduğunu savunmak mümkün gözükmemektedir. Ancak doğrudan yasaklanmış bir eylem olarak tanımlanması mümkün olmasa bile orantılılık ilkesine uygunluk değerlendirilirken halkın terörize edilmesini dikkate almamak da doğru değildir.⁹⁹ Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, Mossad'ın patlamaları gerçekleştirmek için cihazı elinde bulunduran kişile-

⁹⁵ Protocol I, m. 75/2/a/ii.

⁹⁶ Michael N., **Schmitt**, "International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities", The Oxford Guide to International Humanitarian Law, New York, 2020 s. 168.

⁹⁷ **Schmitt**, "Targeting", s. 277.

⁹⁸ Protocol I, m. 51/2.

⁹⁹ Eliav, **Lieblich**, "Beyond Life and Limb: Exploring Incidental Mental Harm Under International Humanitarian Law", Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies: International and Domestic Aspects, The Hague, 2014, s. 215.

rin kalabalığın içinde olmadığı gece vakitlerini veya Hizbullah'ın askeri kanadının bir araya toplandığı bir zaman dilimini seçmesinin mümkün olduğu açıktır. Üstelik böyle bir senaryoda da hem tüm iletişim ağının çökmesi hem de çatışmaya doğrudan katıldığı söylenen kişilerin öldürülmesi bir arada sağlanarak aynı yüksek askeri avantaja sahip olunacaktı. Ancak bunun yerine saldırının daha fazla sivilin fiziksel ve psikolojik zarar görme ihtimalinin açık olduğu bir zamanda ve mekânda gerçekleştirilmesinin seçilmesi, saldırının ayırım gözetmeyen nitelikte ve orantısız olduğunu göstermektedir.

VII. GEREKSİZ ACI VERMEME İLKESİNE UYGUNLUK

Lübnan Sağlık Bakanlığı tarafından açıklanan verilere göre, saldırılardan sonra yaklaşık 460 kişinin ellerinden, gözlerinden, yüzünden veya bir uzvundan operasyon geçirmesi gerekmiş, en az 300 kişi kör kalmıştır.¹⁰⁰ Bu kişilerin Hizbullah'ın askeri veya diğer kanatlarına mensup üyelerinden olup olmadığı bilinmemektedir. Ancak uluslararası insancıl hukuk, bubi tuzaklarının ve diğer teçhizatın kullanılması bakımından da geçerli olmak üzere ağır yaralanmaya veya gereksiz acı çekilmesine yol açar nitelikte silah ve yöntemlerin kullanılmasını yasaklamaktadır.¹⁰¹ Saldırının siviller bakımından ayırım gözetmediği ve orantılı olmadığı sonucuna zaten varılmış olsa da bu ilke kapsamında etkilenen kişilerde bıraktığı hasarın da incelenmesinin gerektiği düşünülmektedir.

Özellikle ilk dalga patlamaların şifre girmeyi gerektirmesi sebebiyle kullanan kişilerin cihazları ellerine alıp yüzlerine yakın tutmasına neden olduğundan ve bu durumun bazı yazarlar tarafından ayırım gözetme ilkesine uygun bulunduğundan daha önce bahsedilmiştir. Ancak bazı yazarlara göre bu durum da gereksiz acı vermemeye yasağı bakımından sorunludur.¹⁰² Şifre girilmesini gerektirmeyen ve uzaktan tetiklendiği tahmin edilen ikinci dalga patlamaların ise aynı sebepten hukuka uygun olabileceği belirtilmiştir.¹⁰³

¹⁰⁰ Le Monde, Lebanon doctors tell of horror after pager blasts, https://www.lemonde.fr/en/international/article/2024/09/18/lebanon-doctors-tell-of-horror-after-pager-blasts_6726505_4.html (Erişim Tarihi: 30.10.2025); New Lines Magazine, Doctors Describe the Horror of Israel's Pager Attack in Lebanon, <https://newlinesmag.com/spotlight/doctors-describe-the-horror-of-israels-pager-attack-in-lebanon/> (Erişim Tarihi: 30.10.2025).

¹⁰¹ Protocol I, m. 35/2; Protocol II, m. 3/3; International Humanitarian Law Databases Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land, https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/195-IHL-19-EN.pdf?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 31.10.2025), m. 23/e.

¹⁰² **Wexler.**

¹⁰³ Ibid.

Ancak anlaşıldığı kadarıyla çok sayıda uzuv kaybı ve körlük gibi sonuçlar her iki dalga patlamada da söz konusu olmuştur. Patlamaların şiddeti ve etkileri nedeniyle bubi tuzağı ve diğer teçhizat olarak ayrılabilen iki patlama dalgası arasında büyük bir fark olmadığı düşünülmektedir.

Uluslararası insancıl hukuk ölüm kadar acı çekme konusuna da önem verir ve bu duruma olabildiğince engel olmaya çalışır.¹⁰⁴ Uluslararası Adalet Divanı da Martens Kaydı'na atıfta bulunarak insancıl hukukun muhariplere verilen ancak askeri avantaja ulaşabilmek için kaçınılmaz olmayan zararları yasakladığını belirtmiştir.¹⁰⁵ Örneğin kör edici lazerler, tıpkı çağrı cihazları gibi uygun koşullar altında kullanılmaları halinde diğer birçok tür silahın aksine ayırım gözetme ilkesinin gerekliliğini sağlayabilecek silahlardandır.¹⁰⁶ Ancak bu silah kalıcı görme kaybı niteliğinde, geri döndürülemez ve yaşam boyu süren ciddi sakatlığa yol açması nedeniyle yasaklanmıştır.¹⁰⁷ Kalıcı körlüğün gereksiz acı olarak yorumlanmasının nedeni ise çatışma esnasında gerçekleşen ancak geçici nitelikte olan körlüğün de askeri avantaj elde edebilmek için yeterli olmasıdır.¹⁰⁸ Özel olarak imal edilen çağrı cihazları bakımından değerlendirme yapılacak olursa bu cihazların uzuv kaybına ve kalıcı körlüğe sebep olan özelliğinin patlama şiddeti ile ilgili olduğu ve cihazın bu özelliğinin de imalat kapsamında olduğu söylenebilecektir. Cihazları elinde bulunduran kişilerin çatışmaya doğrudan katılan kişiler olduğu ve sağlanan askeri avantajın hem iletişim sistemini ortadan kaldırmak hem de bu kişileri etkisizleştirmek olduğu kabul edilse dahi kör edici lazerlerin yasaklanma sebebiyle benzer olarak kalıcı körlüğe ve uzuv kaybına sebep olan cihazlar yerine alternatif yöntemlerin tercih edilmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir. Değindiği üzere Mossad ayırım gözetme ilkesine uygun davranıldığına işaret edebilmek için cihazların uzun bir süre test edildiğini açıklamıştır. Ancak hem ayırım gözetme hem de gereksiz acı vermeme ilkeleri

¹⁰⁴ Dinstein, s. 59.

¹⁰⁵ Nuclear Weapons Advisory Opinion, s. 257 p. 78.

¹⁰⁶ Bengt, **Anderberg**/ Ove **Bring**, "Battlefield Laser Weapons and International Humanitarian Law", Nordic Journal International Law, Sayı: 57, 1988, s. 459. (Aktaran: Dinstein, s. 73).

¹⁰⁷ International Humanitarian Law Databases Protocol on Blinding Laser Weapons, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ccw-protocol-iv> (Erişim Tarihi: 30.10.2025); Ann, **Peters**, "Blinding Laser Weapons: New Limits on the Technology of Warfare", Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Sayı: 18, Cilt: 4, 1996, s. 752 (Aktaran: Dinstein, s. 73).

¹⁰⁸ Burrus M., **Carnahan**/Marjorie, **Robertson**, "The Protocol on "Blinding Laser Weapons": A New Direction for International Humanitarian Law", American Journal of International Law, Sayı: 90, Cilt: 3, 1996, s. 484-490 (Aktaran: Dinstein, s. 73).

bakımından cihazları kullanan kişilerin kalabalığın içinde olduğu bir zaman diliminde patlatılmak üzere geliştirilmiş olması sorunludur. Değerlendirme yapılırken silahı kullananın niyeti değil silahın özellikleri dikkate alınmalıdır.¹⁰⁹ Ancak burada göz önünde bulundurulması gereken husus tek başına cihazların kalabalığın içinde patlatılmış olmasının tercih edilmesi değil, açıklamalardan doğrudan bunun için tasarlandığının da anlaşılmasıdır. Cihazlar Hizbullah üyelerinin bir araya geldiği veya kalabalığın içinde olmadığı gece vakitlerinde patlatılacak şekilde tasarlanmış olsaydı veya çatışmaya doğrudan katılan kişilerin etkisiz hale getirilmesi amacı doğrultusunda üretilen silahlarla sivillerin olmadığı bir zamanda ve yerde saldırı gerçekleştirilseydi hem sivillere zarar verme ihtimali oldukça düşük olacak ve ayırım gözetme ile orantılılık ilkelerine uygun olabilecek, hem de patlamanın şiddeti bu doğrultuda ayarlanacağından hem siviller hem de çatışmaya doğrudan katılan kişiler kalıcı körlüğe, uzuv kaybına, beyinlerine şarapnel parçası saplanması gibi durumlara yani gereksiz acıya maruz kalmayabileceklerdi. Bu bağlamda söz konusu çağrı cihazlarının aşırı yaralanma veya gereksiz acı verme ilkesi bakımından da sorunlu olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ

Mossad'ın çağrı cihazı operasyonu olarak bilinen ve Lübnan topraklarında gerçekleştirdiği saldırıların Hizbullah'ın eylemlerinin fiili temsilci olarak Lübnan'a atfedilebilir olması ve sivillerin çatışmadan doğrudan etkilenebilmesi nedeniyle uluslararası nitelikte silahlı çatışma kapsamında gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Operasyonun hukuka uygunluğu değerlendirilirken silahlı çatışma durumunu özel olarak düzenleyen uluslararası insancıl hukuk kurallarının dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Bu bağlamda bu dalın temel ilkeleri olan askeri gereklilik, ayırım gözetme, orantılılık ve ağır yaralama veya gereksiz acı verme yasağı bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bunlara ek olarak patlamalara konu cihazların silah olarak nitelikleri ve hukuken yasaklanıp yasaklanmadıkları da değerlendirilmelidir. Operasyonda kullanılan cihazların farklı özelliklere sahip olduğu ve farklı şekilde tetiklendikleri anlaşılmış ancak Mossad tarafından yapılan açıklamalar doğrultusunda hepsinin patlatılmak için özel olarak imal edilmiş oldukları ortaya çıkmıştır. Bu sebeple tetiklenme şekillerine göre bubi tuzağı veya diğer teçhizat olarak tanımlanmalarının doğru olacağı so-

¹⁰⁹ Hans, **Blix**, "Means and Methods of Combat", International Dimensions of Humanitarian Law, 1988, s. 138 (Aktaran: Dinstein s. 59)

nucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda bubi tuzakları ve diğer teçhizatlar bakımından getirilen yasaklarla birlikte ilgili ilkeler çerçevesinde de yapılan inceleme sonucunda özellikle cihazların sayısı ile Hizbullah'ın askeri kanadına mensup kişi sayısı arasındaki orantı düşünüldüğünde cihazların askeri operasyonlar için kullanılacağı ve en azından çoğunluğunun Hizbullah'ın askeri kanadına mensup kişilerin elinde olacağı yönündeki bir öngörünün kabul edilebilir olduğu düşünülmektedir. Bu varsayımın doğru olması durumunda cihazlar ve cihazı elinde bulunduranlar meşru askeri hedef sayılabileceklerdir. Operasyonla Hizbullah'ın iletişim ağının yok edildiği ve askeri operasyonlarda yer alan kişilerin öldürüldüğü değerlendirildiğinde İsrail'in oldukça yüksek bir askeri avantaj elde ettiği açıktır ve orantılılık ilkesi de bu durum göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Operasyonu inceleyen bazı yazarlar Hizbullah üyelerinin siviller arasında yaşıyor olması sebebiyle gerçekleştirilebilecek en ayırım gözetmen saldırının ancak bu şekilde söz konusu olabileceği, sivil kalkanlar sebebiyle sivil ölümlerinin kabul edilebilir olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. Böyle bir durumda sivil ölümlerinin olması tek başına eylemi hukuka aykırı kılmayacaksa da ayırım gözetme ve orantılılık incelemelerinin bu yönde bir ön kabul ile sonuca vardırılması mümkün değildir. Sivillerin kalkan olarak kullanıldığı varsayılsa dahi bu durum sivil statülerini ve bu statülerinden kaynaklanan korumayı ortadan kaldırmayacaktır. Silahlar kullanılırken sivillere ön uyarılarda bulunulması ve saldırı zamanı da dahil olmak üzere sivil ölümü ve yaralanması sayısını belirleyen tüm faktörlerin özel olarak değerlendirilmesi yönündeki kuralların göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Özellikle saldırıların gerçekleştirildiği zaman ve bu zaman seçimiyle bağlantılı olarak patlamaların meydana geldiği yerler açısından ayırım gözetme ve orantılılık ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Elde edilen askeri avantajın hayli yüksek olması ve cihazların aslında başka koşullar altında kullanılması halinde ayırım gözetme ilkesine ve sivillerin korunabilmesine uygun olması her durumda kullanımlarını hukuka uygun kılmayacaktır. Operasyonla ilgili en büyük sorun cihazları kullanan kişilerin halkın arasında ve kalabalık içinde olduğu gündüz vaktinde gerçekleştirilmek üzere planlanmış olmasıdır. Çocuklar da dahil birçok sivilin cihazların etrafında bulunmaları sebebiyle öldüğü ve yaralandığı raporlanmıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus elde edilen askeri avantaja oranla ölen sivillerin sayısından çok bu ölümlerin patlamaların başka bir zaman gerçekleştirilerek engellenebilecek olması, cihazların ayırım gözetme ve orantılılık ilkelerine uygun sayılabilecek özelliğinin bir anlamının kalmamış olmasıdır. Nitekim daha az bir oranda sivil ölümünün ve yara-

lanmasının mümkün olması ancak operasyonu gerçekleştirenlerin bu yolu tercih etmemesi de hukuka aykırılık sebebidir. Yine hem sivillerin hem çatışmalara doğrudan katılan kişilerin aşırı yaralanmasına veya gereksiz acı çekmesine sebep olan silahların kullanımı da yasaktır. Söz konusu operasyon neticesinde beyinlerine şarapnel parçası saplanan, gözlerini kaybedip kalıcı bir biçimde kör veya uzuvlarını kaybederek sakat kalan çok sayıda insanın olduğu bilinmektedir. Bubi tuzaklarının ve diğer teçhizatın gereksiz acı verecek şekilde kullanımı da tüm koşullarda yasaklanmış olup cihazlar bu nitelikteki patlamalar için özel olarak imal edildiğinden patlamanın şiddeti ve etkisi bakımından da sorunludur. Bu etkilere sahip bir saldırıda sivillerin maruz kaldığı psikolojik travmanın da özellikle orantılılık ilkesi bakımından değerlendirmeye dahil edilmesi gerekmektedir. Tüm bunlar göz önünde bulundurularak operasyon kapsamında gerçekleştirilen ve iki dalga halinde meydana gelen saldırıların özellikle ayırım gözetme ve orantılılık ilkeleri bakımından hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- ABC News, 20 more dead, 450 injured as new round of explosions rocks Lebanon: Health officials, <https://abcnews.go.com/International/hezbollah-vows-reckoning-after-thousands-lebanon-injured-exploding/story?id=113798347> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Akande**, Dapo, “Classification of Armed Conflicts”, The Oxford Guide to International Humanitarian Law, New York, 2020, s. 29-56.
- Al Jazeera, Lebanon files complaint against Israel at UN labour body over pager attacks, <https://www.aljazeera.com/news/2024/11/6/lebanon-files-complaint-against-israel-at-un-labour-body-over-pager-attacks>, (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Amoroso**, Daniele, “International Weapons Law”, Kırımlı Dr. Aziz Bey Collected Courses on International Humanitarian Law, C. I, İstanbul, 2023, s. 137-177.
- Anderberg**, Bengt/**Bring**, Ove, “Battlefield Laser Weapons and International Humanitarian Law”, Nordic Journal International Law, Sayı: 57, 1988, s. 457-469 (Aktaran: Dinstein, s. 73).
- BBC News, Hezbollah blames Israel after pager explosions kill nine and injure thousands in Lebanon, <https://www.bbc.com/news/articles/cd7xnelvpepo> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Blix**, Hans, “Means and Methods of Combat”, International Dimensions of Humanitarian Law, 1988, s. 135-463 (Aktaran: Dinstein s. 59).
- Boothby**, William H., “Exploding Pagers and the Law”, Lieber Institute West Point, <https://lieber.westpoint.edu/exploding-pagers-law/> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).
- CBS News, Israel’s spy agency, Mossad, spent years orchestrating Hezbollah walkie-talkie, pager plots, <https://www.cbsnews.com/news/israeli-mossad-pager-walkie-talkie-hezbollah-plot-60-minutes/>, (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Carnahan**, Burrus M./**Robertson**, Marjorie “The Protocol on “Blinding Laser Weapons”: A New Direction for International Humanitarian Law”, American Journal of International Law, Sayı: 90, Cilt: 3, 1996, s. 484-490 (Aktaran: Dinstein, s. 73).
- Cohen**, Amichai/**Shany**, Yuval, “Well, It Depends: The Explosive Pagers Attack Revisited”, Lieber Institute West Point, <https://lieber.westpoint.edu/well-it-depends-explosive-pagers-attack-revisited/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Corn**, Geoffrey, “Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Cilt: 40, 2006, s. 295-355 (Aktaran: Akande, s. 52).
- Crane**, David M., “Analyzing the Israeli Pager Attack on Hezbollah Using Law of Armed Conflict Principles, Jurist, <https://www.jurist.org/commentary/2024/09/analyzing-the-israeli-pager-attack-on-hezbollah-using-law-of-armed-conflict-principles/> (Erişim Tarihi: 26.10.2025).
- Dinstein**, Yoram, The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict, New York 2004.

- Finucane**, Brian, “Law of War Questions Raised by Exploding Pagers in Lebanon”, Just Security, <https://www.justsecurity.org/100193/law-war-exploding-pagers-lebanon/> (Erişim Tarihi: 24.10.2025).
- Gaggioli**, Gloria/**Kolb**, Robert, “A Right to Life in Armed Conflicts?: The Contribution of the European Court of Human Rights”, Israel Yearbook on Human Rights, 2007 (Aktaran: **Sassòli**, International Humanitarian Law, s. 435).
- Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi/International Committee of the Red Cross, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri https://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/569_1.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025).
- Garraway**, Charles H. B./**Kleffner**, Jann. K., “International Humanitarian Law in Self-Defence Operations, The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 236-239.
- Horowitz**, Richard, “Israel’s Pager Operation: Not a Indiscriminate Attack But a Strategic Success”, Just Security, <https://www.justsecurity.org/108719/israel-pager-operation-hezbollah/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Independent, Netanyahu confirms he okayed Lebanon pager attacks that killed 40 and injured 3,000 people, <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/benjamin-netanyahu-israel-lebanon-pager-attacks-b2644731.html> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Commentary_GC_Protocols/Commentary_GC_Protocols.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025).
- International Committee of the Red Cross, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law (“Interpretive Guidance”), <https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> (Erişim Tarihi: 27.10.2025).
- International Court of Justice, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, 2005, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/116/116-20051219-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).
- International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion (“Nuclear Weapons Advisory Opinion”), 1996, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).
- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 02.10.1995, IT-94-1-AR72, (<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>) (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- International Humanitarian Law Databases Convention IV respecting the Laws and Customs of War on Land, https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/195-IHL-19-EN.pdf?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 31.10.2025).

- International Humanitarian Law Databases Lieber Code, Article 14, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/liebercode-1863/article-14?activeTab=> (Erişim Tarihi: 26.10.2025).
- International Humanitarian Law Databases Protocol on Blinding Laser Weapons, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ccw-protocol-iv> (Erişim Tarihi: 30.10.2025).
- International Humanitarian Law Databases Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (“Protocol II”) <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ccw-amended-protocol-ii-1996> (Erişim Tarihi: 30.10.2025).
- International Military Tribunal, The Hostage Case No. 7, 19.02.1948, https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf (Erişim Tarihi: 26.10.2025).
- İnsan Hakları Derneği, Aşırı Derecede Yaralayan ve Ayrım Gözetmeyen Etkileri Bulunan Silahların Yasaklaması Sözleşmesi <https://www.ihd.org.tr/asiri-derecede-yaralayan-ve-ayirim-getmeyen-etkerbulunan-sahlarin-yasaklanmasi-slees/> (Erişim Tarihi: 23.10.2025).
- Kleffner**, Jann K., “Human Rights and International Humanitarian Law: General Issues, The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 35-63.
- Kreß**, Claus, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts”, Journal of Conflict and Security Law, Cilt: 15, Sayı: 2, 2010, s. 245-274 (Aktaran: Akande, s. 52).
- Le Monde, Lebanon doctors tell of horror after pager blasts, https://www.lemonde.fr/en/international/article/2024/09/18/lebanon-doctors-tell-of-horror-after-pager-blasts_6726505_4.html, (Erişim Tarihi: 30.10.2025).
- Levie**, Howard Sidney, “Prohibitions and Restrictions on the Use of Conventional Weapons”, Saint John’s University Law Review, Cilt: 68, 1994, s. 643-666 (Aktaran: **Dinstein**, s. 65).
- Lieblich**, Eliav, “Beyond Life and Limb: Exploring Incidental Mental Harm Under International Humanitarian Law”, Applying International Humanitarian Law in Judicial and Quasi-Judicial Bodies: International and Domestic Aspects, The Hague, 2014, s. 185-219.
- Lubell**, Noam, Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors, 2010 (Aktaran: Akande, s. 52).
- McCarthy**, Conor, “Legal Conclusion or Interpretative Process? *Lex Specialis* and the Applicability of International Human Rights Standards”, International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law, The Hague, 2008, s. 101-118.
- Milanovic**, Marko “Were the Israeli Pager and Walkie-Talkie Attacks on Hezbollah Indiscriminate?”, EJIL: Talk!, <https://www.ejiltalk.org/were-the-israeli-pager-and-walkie-talkie-attacks-on-hezbollah-indiscriminate/>, (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

- Milanovic, Marko/Hadzi-Vidanovic, Vidan**, “A Taxonomy of Armed Conflict”, Research Handbook on International Conflict and Security Law, Padstow, 2012, s. 256-314.
- Melzer, Nils**, “Targeted Killings in Operational Law Perspective”, The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 307-332.
- Melzer, Nils/Gaggioli Gasteyger, Gloria**, “Conceptual Distinction and Overlaps Between Law Enforcement and the Conduct of Hostilities”, The Handbook of the International Law of Military Operations, New York, 2015, s. 63-94.
- New Lines Magazine, Doctors Describe the Horror of Israel’s Pager Attack in Lebanon, <https://newlinesmag.com/spotlight/doctors-describe-the-horror-of-israels-pager-attack-in-lebanon/> (Erişim Tarihi: 29.10.2025).
- O’Connell, Mary Ellen**, “Israel’s Sophisticated, Illegal Attack on Hezbollah”, Flagler Live, https://flaglerlive.com/israel-booby-traps/#google_vignette, (Erişim Tarihi: 19.10.2025)
- Odello, Marco**, “Fundamental Standards of Humanity: A Common Language of International Humanitarian Law and Human Rights Law”, International Humanitarian Law and Human Rights Law: Towards a New Merger in International Law, The Hague, 2008, s. 15-55.
- Paulus, Andreas/Vashakmadze, Mindia**, “Asymmetrical War and the Notion of Armed Conflict - A Tentative Conceptualization”, International Review of the Red Cross, Cilt: 91, 2009, s. 95-125 (Aktaran: Akande, s. 52).
- Peters, Ann**, “Blinding Laser Weapons: New Limits on the Technology of Warfare”, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Sayı: 18, Cilt: 4, 1996, s. 733-766 (Aktaran: Dinstein, s. 73).
- Reuters, Exclusive: Hezbollah handed out pagers hours before blasts-even after checks, <https://www.reuters.com/world/middle-east/hezbollah-handed-out-pagers-hours-before-blasts-even-after-checks-2024-09-20/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Reuters, Hezbollah’s tunnels and flexible command weather Israel’s deadly blows, <https://www.reuters.com/world/middle-east/hezbollahs-tunnels-flexible-command-weather-israels-deadly-blows-2024-09-25/> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Rogers, Anthony Peter Vernon**, “A Commentary on the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the use of Mines, Booby-Traps and Other Devices”, The Military Law and the Law of War Review, Cilt: 26, Sayı: 1-3, 1987, s. 184-206 (Aktaran: Dinstein, s. 65).
- Samson, Elizabeth**, “Was Operation Below the Belt Legal? Absolutely”, Middle East Forum, <https://www.meforum.org/middle-east-forum-observer/was-operation-below-the-belt-legal-absolutely>, (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Sassòli, Marco**, International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare (“International Humanitarian Law”), Cheltenham 2019.
- Sassòli, Marco**, “Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law”, Harvard University Program on Humanitarian Policy and Conflict Research Occasional Paper Series, Sayı: 6, 2006 (Aktaran: Akande, s. 52).

- Schmitt**, Michael N., *Essays on Law and War at the Fault Lines*, The Hague 2012.
- Schmitt**, Michael N., “Human Shields in International Humanitarian Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Sayı: 47, 2010, s. 292-340. (Aktaran: **Schmitt**, Michael N., “Targeting in Operational Law” (“Targeting”), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, New York, 2015, s. 277.)
- Schmitt**, Michael N., “International Humanitarian Law and the Conduct of Hostilities”, *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, New York, 2020, s. 147-174.
- Schmitt**, Michael N., “Targeting in Operational Law” (“Targeting”), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, New York, 2015, s. 269-307.
- Schöndorf**, Roy, “Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Cilt: 37, Sayı 1, 2004, s. 26-104 (Aktaran: Akande, s. 52).
- Schwarz**, Elke/**Renic**, Neil, “Beyond Law: Reaffirming the Centrality of Ethics in War”, *Just Security*, <https://www.justsecurity.org/103464/beyond-law-reaffirming-the-centrality-of-ethics-in-war/>, (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- Scobbie**, Ianin, “Lebanon 2006”, *International Law and the Classification of Conflicts*, Croydon, 2012, s. 1017-1095.
- State of Israel, *The 2014 Gaza Conflict Factual and Legal Aspects*, https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/operation-protective-edge-full-report/en/English_Terrorism_DOCS_2014GazaConflictFullReport.pdf (Erişim Tarihi: 29.10.2025).
- The Guardian, *We are isolated, tired, scared: pager attack leaves Lebanon in shock*, <https://www.theguardian.com/world/2024/sep/20/we-are-isolated-tired-scared-pager-attack-leaves-lebanon-in-shock> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- United Nations, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- United Nations General Assembly, *Advisory opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (“Wall Advisory Opinion”)*, 2004, <https://docs.un.org/en/A/ES-10/273> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).
- United Nations General Assembly, *Report of the Commission of Inquiry on Lebanon pursuant to Human Rights Council resolution S-2/1, 2006*, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g06/150/97/pdf/g0615097.pdf> (Erişim Tarihi: 18.10.2025).
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Comment by UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk on explosions across Lebanon and in Syria*, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/09/comment-un-high-commissioner-human-rights-volker-turk-explosions-across> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Exploding pagers and radios: A terrifying violation of international law, say UN experts*, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/09/exploding-pagers-and-radios-terrifying-violation-international-law-say-un> (Erişim Tarihi: 19.10.2025).

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (“Protocol I”), <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/protocol-additional-geneva-conventions-12-august-1949-and> (Erişim Tarihi: 23.10.2025).

United States of America Department of Defense Law of War Manual, <https://media.defense.gov/2023/Jul/31/2003271432/-1/-1/0/DOD-LAW-OF-WAR-MANUAL-JUNE-2015-UPDATED-JULY%202023.PDF> (Erişim Tarihi: 27.10.2025).

Wexler, Lesley, “Israel’s Pager and Walkie-Talkie Strikes Part II: Applicable Law After the Washington Post Report”, Verdict Justia, <https://verdict.justia.com/2024/10/10/israels-pager-and-walkie-talkie-strikes-part-ii>, (Erişim Tarihi: 24.10.2025).

ÖZEL HUKUK

MİRAS PAYININ DEVRİNDE DEVRALANIN KORUNMASI^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Işık Aşlı HAN^(**)

Öz: Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 677-678’de düzenlenen miras payının devri sözleşmesiyle, mirasçıların tereke üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabilecekleri ilkesine istisna getirilerek her mirasçının paylaşım sonucu kendisine özgülenecek tasfiye payı üzerinde, paylaşımından önce tasarrufta bulunabilmesine imkân tanınmıştır. Tasfiye payını devralanın mirasçı olmaması halinde bu sözleşmenin borçlandırıci işlem niteliğinde olduğu kabul edilir. Devralanın diğer bir mirasçı olması halinde ise hâkim görüşe göre, aksi kararlaştırılmadıkça sözleşme aynı etki gösterir ve devralan mirasçının miras payı kendiliğinden artar. Miras payını devralan, bu sözleşmenin doğası gereği bazı risklerle karşılaşabilir. İlk olarak, tasfiye payının içeriği paylaşmanın tamamlanması anında somutlaşacağı için devralanın elde edeceği malvarlığı değerlerinin kapsamı bu andan önce belirsizdir. İkinci olarak, devir sözleşmesinin borçlandırıci işlem niteliğinde olması halinde, devralan, devredenin mirasın paylaşımı sürecinde üzerine düşen iş ve işlemleri ihmal etmesi riskiyle karşılaşabilir. Bu riskler karşısında, çalışmada, devralanın korunmasına yönelik bazı borçlar hukuku ve miras hukuku mekanizmaları dikkate alınarak devralana sözleşme ile tanınabilecek yetkiler, devredenin dürüstlük kuralından doğan yükümlülükleri ve devralanın mirasın paylaşımına kayyım atanması talebi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Miras Payının Devri, Miras Ortaklığı, Mirasın Paylaşımı, Paylaşım Kayyım Atanması, Miras Davaları.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 28.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 14.12.2025.

^(**) Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Denizli - Türkiye,

E-posta: han.isikasli@gmail.com,

Orcid: 0000-0002-8381-0361.

PROTECTION OF THE TRANSFEEE IN THE TRANSFER OF INHERITANCE SHARE

Abstract: The agreement for transfer of inheritance share as per Art. 677-678 of TCC provides an exception to the principle that heirs can only dispose of the estate jointly and allows heirs dispose of their liquidation share. If transferee is not an heir, this agreement is accepted to be an obligatory transaction. Conversely, if transferee is another heir, the prevailing opinion holds that the agreement has the effect in rem and the transferee's inheritance share automatically increases, unless otherwise agreed. The transferee may face some risks due to the nature of this contract. First, since the content of the liquidation share will materialize only upon the division, the scope of the assets to be acquired by the transferee is uncertain until this moment. Secondly, when the transfer agreement is an obligatory transaction, transferee may encounter the risk that the transferor omits to take necessary action for the division of the inheritance. With the mechanisms of the law of obligations and inheritance law, this study examines the powers that may be contractually granted to the transferee, the obligations of the transferor arising from the principle of good faith and the request of the transferee to appoint a guardian for division.

Keywords: Transfer of Inheritance Share, Community of Heirs, Division of Inheritance, Appointment of Trustee to Division of Inheritance, Inheritance-Related Actions.

GİRİŞ

Mirasın paylaşılması çoğu zaman uzun süren ve özellikle taşınmazların intikali için ödenen vergiler dikkate alındığında ekonomik açıdan masraflı olabilen bir süreçtir. Elbirliğiyle hak sahibi olmaları nedeniyle mirasçıların terekede yer alan malvarlığı değerleri üzerinde değil, terekenin paylaşımı sonucunda ortaya çıkacak tasfiye payı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Miras ortaklığı devam ettikçe mirasçıların tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olmasının sonucu olarak terekeyi ilgilendiren bütün işlemleri kural olarak oybirliğiyle yapmaları gerekir¹. Miras payının taşıdığı ekonomik değerden paylaşımından önce istifade edilebilmesi adına elbirliği ortaklığına ilişkin bu temel ilkeye istisna getirilerek² hem mirasın açılmasından sonra hem de mirasın açılmasından önce, mirasın paylaşımı sonucu her bir mirasçıya düşecek tasfiye payının, diğer bir mirasçıya veya bir üçüncü kişiye sözleşmeyle devredilebileceği ya da devir taahhüdünde bulunulabileceği kabul edilmiştir (TMK m. 677-678).

Terekenin paylaşımı sonucu oluşacak tasfiye payının devri, kanunda miras payının devri sözleşmesi olarak ifade edilmiştir. Daha önce belirtildiği gibi, esasen mirasçıların tereke üzerinde elbirliği ile hak sahibi oldukları dönemde devre müsait bir hakkı yoktur. Bu bakımından miras payının devri, bir alacak devri değildir ve alacağın devrine ilişkin kurallar doğrudan uygulanmaz³. Miras payının devrinden anlaşılması gereken, mirasın paylaşılması sonucunda mirasçıya düşecek olan tasfiye payına dâhil varlıkların⁴, hakların

¹ H. Cumhur, **Özakman**, Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul, 1984, s. 9.

² Peter, **Tuor**/Bernhard, **Schnyder**/Alexandra, **Jungo**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 2023, s.1068, N. 9; Stephan, **Wolf**, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Bern, 2004, s. 161-162; Zahit, **İmre**/Hasan, **Erman**, Miras Hukuku, İstanbul, 2014, s. 538-539; Stephan, **Wolf**/ Christiane, **von Bary**, “Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland”, Aktuelle Juristische Praxis, Cilt: 2, 2021, s. 152.

³ Yannick, **Minnig**, “Art. 636” (Art. 636), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2023, s. 908, N. 1.

⁴ Miras payının tamamı veya bir kısmını konu alan bir sözleşme akdedilebilir. Mehaz İsviçre hukukunda terekede yer alan bir malvarlığı unsurunu konu alan miras payının devri sözleşmesinin TMK m. 677 kapsamında yapılamayacağı kabul edilir, bkz. Yannick, **Minnig**, “Art. 635” (Art. 635), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2023, s. 906, N. 8; François, **Vouilloz**, “Art. 635” (Art. 635), Commentaire romand Code civil II, Bâle, 2016, s. 1060, N. 10; Nicolas, **Rouiller**, “Art. 635”, Commentaire du droit des successions, SHK - Stämpfli Handkommentar, Bâle, 2021, s. 1295, N. 3; Stephan, **Wolf**/ Stephanie, **Hrubesch-Millauer**, Schweizerisches Erbrecht, Bern, 2024, s. 508 N. 2111; **Wolf**, s. 152. Hatta Alman Hukukunda bu husus BGB § 2033’de açıkça belirtilmiştir.

Zira paylaşma tamamlanıp herkesin paylaşımından elde ettiği sonuç belli olmadığı süreçte, terekede yer alan malvarlığı unsurları üzerinde miras ortaklığı elbirliğiyle hak sahibidir. Bu

ve borçların⁵ intikalidir. Mirasın açılmasından önceki devirlerde ise sözleşmenin konusu, tasfiye payına yönelik bir beklentidir⁶.

Tasfiye payıyla ilgili bir diğer husus ise terekenin içeriğindeki malvarlığı unsurlarının sabit olmamasıdır Terekedeki tasfiye payı, tasfiye anına kadar doğal ve hukuki semerelerle artabilir ya da faiz ve sözleşme cezalarının işlemesiyle tasfiye payının net varlığı değişebilir⁷. Diğer yandan, miras payının devri sözleşmesinin konusu, devredilen hukuki statünün niteliği ve sözleşmenin malvarlığına yaptığı etki; devralanın diğer bir mirasçı veya bir üçüncü kişi olması ihtimallerine göre farklılık gösterir. Kurumun doğasından kaynaklanan tüm bu nedenlerle tasfiye payını “devralanın”, mirasın paylaşımı yapıp “devreden” mirasçıya düşen tasfiye payı belli olana kadar hukuki açıdan belirsiz bir durumla karşı karşıyadır. Bu nedenle çalışmada, mirasın paylaşımı ve tasfiye payının elde edilmesi sürecinde devralanın; miras payının devri kurumunun doğasından kaynaklanan riskler, devredenin ihmali davranışları veya devralanı yanıltmasına karşılık başvurabileceği imkânlar incelenecektir.

I. MİRAS PAYININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN DEVRALANA TANIDIĞI HAKKIN NİTELİĞİ

1. Üçüncü Kişiyle Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Işığında Devralanın Sahip Olduğu Hakkın Niteliği

Üçüncü kişiye yapılan devirlerde TMK m. 677/2'nin üçüncü kişinin açıkça nispi bir talep hakkı elde ettiğini öngörmesi nedeniyle, miras payının

nedenle bütün tasarruf işlemleri için bütün mirasçıların beraber hareket etmesi gerekir. Bir mirasçının terekede yer alan bir taşınmaz üzerinde kendi adına tasarrufta bulunmaya çalışması halinde ise buna yönelik borçlandırıcı işlem geçerli olsa da bir miras payının devri sözleşmesi değildir, ifası ise sübjektif imkânsızlığa ilişkin kurallara tabidir. Buna karşılık Türk Hukukunda 24.05.1985 tarihli ve 1984/2 E. 1985/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararıyla münferit bir malvarlığı unsuru üzerindeki payın devrinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, bu içtihadın etkisiyle mehzaz hükümden farklı olarak TMK m. 677/1'de “terekenin (...) bir kısmı üzerindeki miras payının devri” kabul edilmiştir. Bilgi için bkz. Ahmet Rona, **Serozan/Baki İlkay, Engin**, Miras Hukuku, Ankara, 2022, s. 557, N. 19; **İmre/Erman**, s. 541.

⁵ Devreden ve devralan arasındaki iç ilişkide, devralanın borçların paya isabet eden kısmından sorumlu olduğu kabul edilir, bkz. **Özakman**, s. 232.

⁶ **Vouilloz**, Art. 635, s. 1070, N. 7.

⁷ Terekenin bir özel malvarlığı teşkil ettiği ve ikame ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin bkz. Nuşin, **Ayiter**, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, 1961, s. 105.

devri sözleşmesinin borçlandırıncı işlem niteliğinde olduğu kabul edilir⁸. Öğretide miras payının devri sözleşmesinin, karşı edimin niteliğine göre satış, bağışlama veya mal değişim sözleşmesi olabileceği belirtilmektedir⁹. Ayrıca miras payı üzerinde rehin kurma sözleşmesi yapılabilir¹⁰.

Miras payı kendisine devredilen üçüncü kişi, miras ortaklığının bir parçası olmayacağı¹¹ gibi devreden mirasçının miras hukuku gereği sahip olduğu dava dışı veya dava yoluyla kullanacağı talepleri de ileri süremez¹². Devralan üçüncü kişi, miras ortaklığına girmediğinden iradi paylaşıma katılamaz veya diğer mirasçılara karşı miras hukukunun tanıdığı davaları açamaz¹³. Devralan üçüncü kişi, ancak mirasın paylaşılmasının sonucunda devreden mirasçıya düşen kısmın, yani tasfiye payının kendisine verilmesini talep edebilir. Bu talep, devreden mirasçıya yöneltilmesi gereken¹⁴ ve geciktirici şarta bağlı bir nispi hak niteliğindedir¹⁵. Devralanın bu hakkını ileri sürebile-

⁸ Minnig, “Art. 635”, s. 907, N. 14; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 509 N. 2117; Wolf/von Bary, s. 154; Mustafa, Dural/ Turgut, Öz, Miras Hukuku, İstanbul, 2024, s. 388-389, N. 1583; İsmet, Sungurbey, “Miras Payının ya da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyeye Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Hazine İlişkin Pratik Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt: 7/II, 1983, s. 1518; Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2023; O. Gökhan, Antalya/ İpek, Sağlam, Miras Hukuku, Ankara, 2021, s. 502 n. 2151; Ali Naim, İnan/Şeref, Ertas/ Hakan, Albas, İnan Türk Medeni Kanunu Miras Hukuku, Ankara, 2024, s. 613 N. 2075.

⁹ Wolf, s. 141; Tuor/Schnyder/Jungo, s. 1068, N. 9; Minnig, “Art. 635”, s. 906, N. 7; Vouilloz, “Art. 635”, s. 1062, N. 14; Wolf/von Bary, s. 153.

¹⁰ Tuor/Schnyder/Jungo, s. 1068, N. 9; François, Vouilloz, “Art. 636” (Art. 636), Commentaire romand Code civil II, Bâle, 2016, s. 1058, N. 7; İmre/Erman, s. 549; Wolf/von Bary, s. 153. Taşınmazlar açısından ipotek kurma borcu yüklediğini kabul etmemekle birlikte rehin kurma vaadi sayılmasının mümkün olduğunu genel olarak kabul eden görüş için bkz. Dural/Öz, s. 396, N. 1590; İnan/Ertas/Albas, s. 614 N. 2077. Mirasın açılmasından önceki devir bakımından Minnig, Art. 636, s.909, N. 3; Vouilloz, “Art. 636”, s. 1071, N. 11. Mirasın açılmasından önce miras payının rehnini kabul etmeyen görüş için Dural/Öz, s. 391, N. 1570. Miras payının rehni bakımından ilgili mirasçı veya diğer mirasçıların tasfiye payı belli olmadan miras payının aktif bir değer arz etmeyeceği iddiaları dikkate alınmaz, bkz. BGE 130 III 652, N. 2.2.

¹¹ Wolf, s. 137-138; Minnig, Art. 635, s. 907, N. 15; Vouilloz, “Art. 635”, s. 1061, N. 13; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 509 N. 2117.

¹² Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 510 N. 2118; Dural/Öz, s. 395, N. 1585.

¹³ Wolf, s. 137; Tuor/Schnyder/Jungo, s. 1069-1070, N. 14; Vouilloz, “Art. 635”, s. 1063, N. 19.

¹⁴ Vouilloz, “Art. 635”, s. 1065, N. 21; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 509-510 N. 2117.

¹⁵ Tuor/Schnyder/Jungo, s. 1069, N. 14; Stephan Wolf/Gian Sandro, Genna, Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, 2. Teil, Basel, 2015, s. 384; Minnig, “Art. 635”, s. 907, N.13; Vouilloz, “Art. 635”, s. 1063, N. 18; Wolf, s. 137; Necip, Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, Ankara, 1987, s. 550; İmre/Erman, s. 542; Özakman, s.21; Antalya/Sağlam, 503, N.

ceği en erken zaman, mirasın paylaşımının tamamlanması üzerine tasfiye payının içeriğinin belirli hale geldiği andır. Bu nedenle devralanın talep hakkının tabi olduğu on yıllık zamanaşımı süresi de bu andan itibaren işlemeye başlar¹⁶.

Üçüncü kişiyle yapılan miras payının devri sözleşmesi borçlandırıci işlem niteliğinde olduğu için paylaşım sonucunda mirasçıya düşen tasfiye payını teşkil eden değerlerin devralana devri, her bir malvarlığı unsuru için gerekli tasarruf işlemlerinin yapılmasıyla gerçekleşir. Devreden tasarruf işlemlerini iradi olarak gerçekleştirmemesi halinde devralanın elindeki yegâne imkân ifa davası açmaktadır¹⁷. Örneğin; miras payı içinde bir taşınmaz veya taşınmaz payı bulunması halinde TMK m. 716'ya dayanan bir tescile zorlama davası açılmalıdır¹⁸. Ancak devreden diğer alacaklıları da paylaşımdan miras bırakanın payına düşen kısım için icra veya iflas yoluyla takip başlatabilir¹⁹. Bu nedenle kanun koyucu tarafından son bölümde açıklandığı gibi mirasın mahkeme aracılığıyla paylaşımı bakımından sınırlı bir koruma tanınmıştır²⁰. Buna ek olarak taraflar, yine son bölümde inceleneceği gibi, miras payının devri sözleşmesinde devralanın konumunu bazı sözleşmesel imkânlarla güçlendirebilir.

2. Diğer Bir Mirasçıyla Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Işığında Devralanın Sahip Olduğu Hakkın Niteliği

Miras payının devrinin mirasçılar arasında gerçekleşmesinin etkisi oldukça tartışmalıdır. Miras payının devri sözleşmesinin hukuki niteliğinin borçlandırıci işlem olduğu, borçlandırıci işlem ve tasarruf işleminin birlikte gerçekleştiği ve hukuki niteliğinin tarafların iradesine ya da sözleşme konusuna göre belirleneceği (karma görüş) yönünde farklı görüşler savunulmak-

2152; Murat, **Sarıkaya**, "Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022, s. 819.

¹⁶ Yarg. 14 HD. T. 22.02.2021 E. 2017/2476, K. 2021/1113, (<https://www.lexpera.com.tr/> Erişim: 10.08.2024); Yarg. 8 HD. T. 09.12.2011 E. 2011/2837, K. 2011/6843, (<https://www.lexpera.com.tr/> Erişim: 10.08.2024).

¹⁷ **Sungurbey**, s. 1524 vd; Bolat, **Bolatoğlu**, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 1984, s. 93; **Vouilloz**, "Art. 635", s. 1065, N. 22.

¹⁸ **Dural/Öz**, s. 396, N. 1589.

¹⁹ **Vouilloz**, "Art. 635", s.1065, N. 21.

²⁰ Miras payını devralan üçüncü kişi mirasın paylaşılmasını sağlamak için dava açma hakkına sahip değildir; ancak dava açılması için kayyım atanmasını talep edebilir. Bu hususta bkz. II.D. 3.

tadır²¹. Bu tartışmada benimsenecek görüş, miras payını devralan mirasçının hukuki konumunu ve talep hakkının kapsamını belirlemek açısından büyük önem arz eder. Bu yüzden çalışmanın bu bölümünde üç ana yaklaşımdan ve görüşlerin ortak noktası olan tereke borçlarından sorumluluk meselesinden kısaca bahsedilecektir.

A. Borçlandırıcı İşlem ve Tasarruf İşleminin Birlikte Gerçekleştiği Görüşü

Hâkim görüşe göre, üçüncü kişiler arasındaki devir sözleşmesinin bir nispi hak sağladığı TMK m. 677/II’de açıkça düzenlenmişken birinci fıkrada buna yer verilmemiş olması, mirasçılar arasındaki devrin tasarruf işlemini de içerdiği olarak yorumlanır²². Bu görüşün dayanağının, kanun koyucunun iki fıkranın kaleme alınış tarzındaki farklılığın yanında, mirasçıların farazi iradelerinin de buna işaret edeceği ile açıklanmaktadır²³. Mirasçılar arasındaki devirde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birlikte gerçekleştiği için miras payının devriyle beraber devralanın payı, kendiliğinden (*ipso iure*) ve tek bir işlemle (*uno actu*) artar²⁴. Mirasçıya devir bu nedenle bir mutlak-ayni etki (*un effet réel*)(*dinglich-absolute Wirkung*) gösterir²⁵. Bu görüşü savunan Minnig’e göre burada alacağın devrine benzeyen (*zessionsähnliches Verfügungsgeschäft*) veya miras hukukuna özgü bir tasarruf işlemi (*erbrechtliches Verfügungsgeschäft*) bulunur²⁶. Devralan mirasçının miras payı, kendisi-

²¹ Bu konudaki görüşler için bkz. **Özakman**, s. 49 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 553 vd; **Genç Arıdemir**, Arzu, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s. 26 vd.

²² **Dural/Öz**, s. 394, N. 1583 dipnot 22 vd.’da anılan yazarlar..

²³ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s.1069, N.13.

²⁴ **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 9; **Wolf**, s. 153-154; **İmre/Erman**, s. 546; **DURAL/ÖZ**, s. 394, N. 1580; **BOLATOĞLU**, s. 93; S. İrem, **Çakırca**, “Miras Payının Devri Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan Cilt II, İstanbul, 2007, s. 1829.

²⁵ **Arnold, Escher/Arnold, Escher**, “Art. 635”, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgabg (Art.537-640), Zürich, 1960, N. 9-11; **Wolf/Hrubesch-Millauer**, s. 509 N. 2114; **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 9; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1060, N. 11; **Rouiller**, s. 1297, N. 9; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 506-507 ve s. 510. Serozan/Engin bu etkiyi tasarrufi etki olarak nitelendirmektedir, bkz. **Serozan/Engin**, s. 557, N. 18. Wolf da “miras hukukuna ilişkin-ayni etki (*erbrechtlich-dingliche Wirkung*)” olarak ifade etmektedir, bkz. **Wolf**, s. 153. Yargıtay da bu aynı etkiyi kabul etmektedir. Bu kapsamda, mirasçılar arasındaki devir sözleşmesi akdedilmesinden sonra paylı mülkiyete geçilmiş ve taşınmazdaki 1/6’lık hisse için taşınmaz satış vaadi yapılarak şerh verilmiştir. Yargıtay, payın devralana intikal ettiğini ve şerhle güçlendirilen nispi hakkın devralana karşı ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Yarg. 14 HD. T. 07.02.2002, E.2002/273, K.2002/734, (<https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024).

²⁶ **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 9. Hatta Wolf, ZGB 635’teki yazılı şekil şartının borçlandırıcı işleme ilişkin olduğunu, tasarruf işleminin ise alacağın devrine ilişkin OR 165’e göre yazılı şekil şartına tabi olduğunu savunmaktadır, bkz. **Wolf**, s. 148 ve **Wolf**, s. 153.

ne devredilen miras payı oranında artar²⁷. Aksi kararlaştırılmamışsa, payının tamamını devreden mirasçı miras ortaklığından çıkar²⁸. Bu yüzden, mirasçılar arasındaki miras payı devir sözleşmeleri kısmen bir paylaşım düzeni getirdiği ve payın tamamının devredilmesi halinde payını devreden mirasçı miras ortaklığından ayrıldığı için sübjektif kısmi paylaşım olarak da anılmaktadır²⁹. Hatta mirasçılar arasındaki miras payı devir sözleşmeleri şekli olarak miras paylaşma sözleşmesi içinde de yer alabilir.

Ancak belirtmek gerekir ki, miras payının devri sözleşmesinin aynı etkili olduğu kabul edilse dahi, devreden mirasçının kişiliğine bağlı haklar ve talep imkânları doğaları gereği devralan mirasçıya intikal etmez. Örneğin; TMK m. 652'ye göre aile konutu veya ev eşyasının kendisine özgülenmesini talep etme hakkı, TMK m. 653'e göre aile belgeleri ve özel anı değeri olan şeylerin satışa çıkarılmasını talep etme hakkı gibi devreden mirasçının kimliğiyle ilgili imkânlar sadece devreden açısından doğuyorsa bunlar devralana intikal etmez³⁰.

Yargıtay da mirasçılar arasındaki sözleşmelerde miras payının devri dikkate alınmadan tapu kütüğüne yapılan tescillerin, uygulamada “tapu iptali ve tescil davası” olarak adlandırılan TMK m. 1025 çerçevesinde inceleyerek aynı etkiyi kabul etmiştir³¹. Ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre bir kere paylı mülkiyete geçilmişse artık miras payının devrine dayanan bir tescil talebi ileri sürülemeyeceği; miras payının devri sözleşmesinden dönüldüğü kabul edilir³². Diğer bir kararında ise elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiye-

²⁷ **Wolf**, s. 154; **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 9; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1060, N. 11; Seçkin, **Topuz**, “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 426. **Wolf**, devralan mirasçı bakımından bu etkinin miras payı oranında bir artış (Akkreszenz) olduğunu, bir külli halefiyet hali (*Universalsukzession*) veya iktisap (*Erwerbsvorgang*) niteliğinde olmadığını özel olarak belirtmektedir, bkz. **Wolf**, s. 155-156.

²⁸ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 1069, N. 13; **Wolf**, s. 150; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 510; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1060, N. 11.

²⁹ **Wolf**, s. 139; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1057, N. 4; **Wolf/Hrubesch-Millauer**, s. 509 N. 2114; **İmre/Erman**, s. 546.

³⁰ **Özakman**, s. 184-185; **Genç Arıdemir**, s. 167-168.

³¹ Yarg. 7 HD. T. 16.11.2022 E. 2022/4299, K. 2022/6980, (<https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024).

³² Yarg. 8 HD. 30.04.2015, E. 2014/6324, K. 2015/9754. <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024); Yarg. 7 HD. T. 03.04.2024 E. 2023/1821, K. 2024/1949, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024); Yarg. 7 HD, T. 22.11.2022 E. 2022/4057, K. 2022/7089, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024); Yarg. 8 HD, T. 24.06.2021 E. 2019/921, K. 2021/5478, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024); Yarg. 8 HD, T. 07.12.2016 E. 2014/26102, K. 2016/16624, <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.08.2024).

te dönüşmesinden sonra artık devir sözleşmesinin resmi şekle tabi olacağını belirterek aynı görüşü benimsemiştir³³. Elbirliği mülkiyetinden paylı mülkiyete geçilmesi taşınmaz üzerindeki miras ortaklığının sona erdirilmesinin yollarından biridir; ancak kanımızca, mirasın paylaşımında bu yönde karar verilmesi, doğrudan miras payının devri sözleşmesinden dönme anlamına gelmez. Miras ortaklığının paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erdirilmesi bütün mirasçıların taraf olduğu bir işlemle sağlanır. Miras payının devrinin tarafları, payların oluşturulması sırasında da aralarındaki devir sözleşmenin uygulanacağı düşüncesiyle miras ortaklığının sona erdirilmesine yönelik irade beyanında bulunmuş olabilir. Mirasçıların devir sözleşmesinin borçlandırıcı etki doğuracağını kararlaştırdığı şeklinde de yorumlanabilir. İşlemin tasarrufi etki doğuracağı kararlaştırılmışsa işlem kendiliğinden sonuç doğuracağı³⁴ için devrin etkisinin ortadan kalkması, TMK m. 677/1'e göre yeni bir devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasına bağlıdır. Aksi takdirde, paylı mülkiyete geçilmiş olsa bile devreden için yapılmış olan tescil yolsuz tescil niteliğindedir.

Tereke içinde taşınmazlar olduğu takdirde miras payı devrinin tapu siciline nasıl yansıtılacağı da ayrıca incelenmelidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 27.11.1985 tarihli ve 1478 sayılı *“Miras Payının Devri ve Taksimi Hakkında”* Genelgesi'ne göre miras payının tamamen veya kısmen devredilmesinin taşınmazlar bakımından tapu siciline nasıl yansıtılacağı şu şekilde açıklanmıştır: *“Medeni Kanun'un 612 nci maddesi gereğince gerek noterler ve gerekse tapu sicil müdürlüklerince düzenlenecek miras payının temlikine ilişkin sözleşmelerin terekedeki bütün miras paylarını kapsamasına gerek bulunmamaktadır. Mirasçılar arasında yapılacak miras payı temliklerinin iştirak hali bozulmadan yine iştirak halinde mülkiyet olarak, payını devreden mirasçı veya mirasçıların yerlerine devralan mirasçı veya mirasçılar yazılmak suretiyle tescil işlemlerinin yapılması gerekmektedir.”*

Diğer yandan, 22/7/2013 tarihli ve 2013/5150 sayılı Tapu Sicili Tüzüğü'ne göre, *“Miras taksim veya miras payının devri sözleşmesinde tescil yetkisini içerir noterce düzenlenmiş sözleşme; miras taksim sözleşmesi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da mirasçıların imzaları noter-*

³³ Yarg. 8 HD. T. 17.09.2019 E. 2016/3272, K. 2019/7638, (<https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 10.09.2024).

³⁴ Bu bağlamda TMK m. 677/1'in bir tescilsiz kazanım hali olduğuna ilişkin bkz. **Özakman**, s. 193-194; **Genç Arıdemir**, s. 181-182.

ce onaylanmamışsa tüm mirasçılar; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemleri” resmi senet düzenlenmesine gerek kalmadan aynı hakların tesciline imkan verecek belgeler arasında sayılmıştır (m. 20/1-c). Ancak miras payının devri sözleşmesi içinde devreden tescil talebinin aranması ve bunun özellikle düzenleme şeklinde resmi senet içinde yer almasının şart koşulması, mirasçılar arasındaki devir sözleşmesinin kural olarak aynı etki gösterdiği ve devralanın miras payının kendiliğinden arttığı esası ile çelişen bir durum yaratır. Bu durumda ikincil düzenleme niteliğindeki hükmün Kanuna uygun olarak yorumlanması gerektiğinden, tescil talebi, sadece mirasçılar arasındaki sözleşmenin borçlandırıci işlem niteliğinde olduğunun kararlaştırılması ile üçüncü kişilere yapılan devirler bakımından aranmalıdır.

B. Borçlandırıci İşlem Olduğu Görüşü

Miras payının devri diğer bir görüşe göre borçlandırıci işlem niteliğindedir. Bu görüşe göre MK m. 677’nin hem ilk fıkrası hem de ikinci fıkrası bir borçlandırıci işlemi düzenler³⁵. Bu işlem karşı edime göre bir satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, mal değişim sözleşmesi olarak düzenlenebilir. Bunu takiben mirasın paylaşılması sonucunda o mirasçıya düşen malvarlığı unsurunun devralana intikal etmesi için tasarruf işlemlerinin yapılması gerekir. Tasarruf işlemi ise paylaşmayı takiben genel hükümlere göre ilgili malvarlığı unsuru için öngörülen devir rejimi kapsamında gerçekleştirilir³⁶. Devreden paylaşım sonucunda kendisine düşen malvarlığı unsurlarını devralan mirasçıya devretmemesi halinde ise devralan ancak ifa davası açabilir³⁷. Buna karşılık tarafların iradeleri, devreden mirasçının hukuki statüsünü, yani miras ortaklığı içindeki hak ve borçlarıyla beraber hukuki ilişkilerini devretmesi yönünde ise tasarruf işlemi niteliğinde olabilir³⁸. Tereddüt halinde, mirasçılar arasındaki sözleşmenin borçlandırıci işlem niteliğinde olduğunu kabul etmek daha makuldür³⁹.

³⁵ Peter, **Tuor**, “Art. 635”, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B. III: Das Erbrecht, Art.457-640 ZGB, Bern, 1919, N. 12 vd.; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1062, N. 15; **İnan/Eraş/Albaş**, s. 612-613 N. 2073.

³⁶ **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1062, N. 15; **Genç Arıdemir**, s. 34-35.

³⁷ **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1065, N. 22 ve s. 1066, N. 25.

³⁸ **Özakman**, s. 20-21; **Genç Arıdemir**, s. 34-35.

³⁹ **İmre/Erman**, s. 549.

C. Taraf İradelerine Etki Taniyan Görüş (Karma Görüş)

Öğretide pek çok yazara göre miras payının devri sözleşmesinin aynı etki göstermesi mutlak surette uygulanan bir kural değildir; işlemin etkisi, tarafların iradeleri dikkate alınarak tespit edilir. Taraflar sadece borçlandırııcı işlem niteliğinde bir sözleşme yapmak istiyorsa bunu açıkça kararlaştırmalıdır⁴⁰. Borçlandırııcı işlemin ve tasarruf işleminin birlikte gerçekleşmesi işlemin amacını doğrudan sağladığı için, devrin mirasçılar arasında gerçekleşmesi halinde, aksi kararlaştırılmadıkça tarafların iradelerinin, işlemin bu yönde etki göstermesine yönelik olduğunun kabulü daha makuldür.

Türk hukukunda da savunulan bu görüşe göre miras payının devri sözleşmesinin hukuki niteliğinin her olay bakımından ayrıca incelenmesi ve bu hususta taraf iradelerine önem verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴¹.

D. Ortak Nokta: Devredenin Tereke Borçlarından Doğan Müteselsil Sorumluluğunun Devam Etmesi

Mirasçılar arasında yapılan miras payı devir sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler savunulsa da bu görüşlerin ortak noktası, payını devreden mirasçının tereke borçlarından sorumluluğunun aynı kapsamda devam ettiğinin kabul edilmesidir. TMK m. 641'e göre miras ortaklığı devam ettiği sürece ve TMK m. 681'e göre mirasın paylaşılmasından sonra beş yıl boyunca, devreden mirasçı, tereke borçlarından dolayı alacaklılara karşı diğer mirasçılarla beraber müteselsilen sorumludur⁴². Buna paralel olarak, paylaşımından itibaren beş yıllık müteselsil sorumluluk süresinin sona

⁴⁰ Minnig, "Art. 635", s. 906-907, N. 12; Vouilloz, "Art. 635", s. 1057, N. 4; Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 509 N. 2116; Wolf/von Bary, s. 153; Wolf/Genna, s. 384; Wolf, s. 138; Stephan, Wolf, "Art. 609", Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern, 2014, s. 215, N. 16-17. Aynı görüşte Serozan/Engin, s. 558, N. 20; İmre/Erman, s. 546-547; Çakırca, s. 1829.

⁴¹ Özakman, s. 63-64; Fikret, Eren, "Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesi Devri Sözleşmesi", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara, 1974, s. 144-145; Bolatoğlu, s. 91-92; Genç Arıdemir, s. 34. Tereddüt halinde borçlandırııcı işlem niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. İmre/Erman, s. 549; Antalya/Sağlam, s. 505 n. 2165..

⁴² Wolf, s. 158-159; Wolf/Hrubesch-M, llauer, s. 509 N. 2115; Minnig, "Art. 635", s. 906, N. 11; Vouilloz, "Art. 635", s. 1058, N. 5-6; Martina, Bosshardt, "Art. 635", ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füßli Kommentar, Zürich, 2021, s. 1438 N. 3; Tarkan, Göksu, "Art. 635", CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 2023, s. 435, N. 2 ve s. 436, N. 7; Eren, s. 148-149; Eren/Yücer Aktürk, s. 511; Antalya/Sağlam, s. 510-511 N. 2187; Serra, Kocar, Türk Miras Hukukunda Mirasçılardan Birlikte Sorumluluğu, Ankara, 2024, s. 209.

ermesinden sonra⁴³ da devreden sorumluluğu devam eder. Devreden mirasçının dış ilişkide tereke alacaklılarına karşı sorumlu olmaktan kurtulması için onlarla borcun nakli hususunda anlaşılması gerekir⁴⁴. Sonuç itibarıyla, miras payının devrinde olduğu gibi borcun nakli iç üstlenme sözleşmesi şeklinde yapılmış ve tereke alacaklılarının onayı alınmamışsa, devreden, dış ilişki bakımından diğer mirasçılarla beraber tereke alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu olmaya devam eder.

Bununla birlikte TMK m. 681'deki müteselsil sorumluluğa ilişkin beş yıllık sürenin başlangıç tarihi hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu sürenin devir tarihinden ve mirasın paylaşımının tamamlanması tarihinden itibaren başlayacağını belirten iki farklı görüş savunulmaktadır⁴⁵. Miras payının devrinin tereke alacaklılarına karşı etki göstermemesi nedeniyle müteselsil sorumluluğun paylaşım tarihi itibarıyla başlayacağına ilişkin genel kuralın uygulanması kanaatimizce daha makuldür.

E. Exkurs: Alman Hukukunda Miras Payının Devrinin Hukuki Niteliği

Alman Hukukunda miras payının devri, BGB § 2033'te Türk ve İsviçre Hukuklarından oldukça farklı yapıda, devir dışında bütün tasarruf işlemlerini kapsayacak ve pratikte ortaya çıkabilecek muhtemel riskleri en aza indirecek şekilde düzenlenmiştir. İsviçre ve Türk Hukukları ile Alman Hukuku arasındaki konuya yaklaşım ve sistem farkı, karşılaştırmalı hukuk açısından ilgi çekici bir konu teşkil etmektedir. Çalışmanın amacı dikkate alınarak devra-

⁴³ Alacaklılar, her halükarda beş yıllık sürenin sona ermesinden sonra da mirasçılara başvurabilirler. Ancak bu durumda mirasçıların müteselsil sorumluluğunun getirdiği avantajdan faydalanamazlar. Öğretide beş yıllık sürenin sona ermesinden sonra mirasçıların borçlardan elbirliğiyle sorumlu olacakları, borçlardan miras payları oranında kısmi sorumlu olacakları ve mirasçılar arasındaki iç ilişkide borçlardan sorumluluk konusunda bir anlaşma öngörülümüşse buna göre sorumlu olacakları yönünde üç farklı görüş savunulmaktadır. Beş yıllık sürenin sona ermesinden sonra mirasçıların sorumluluğu hakkında görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 737-739.

⁴⁴ **Wolf**, s. 158-159; **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 11; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1061, N. 12; **Rouiller**, s. 1297, N. 11; **Wolf/von Bary**, s. 155; **Özakman**, s. 177-180; **Dural/Öz**, s. 394, N. 1581.

⁴⁵ Hayrunnisa, **Özdemir**, “Mirasçıların Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 2012, s. 213-214; Devirden sonra beş yıl müteselsil sorumlu olunduğuna ilişkin bkz. **Wolf**, s. 159-160; **Minnig**, “Art. 635”, s. 906, N. 11; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1061, N. 12; **Rouiller**, s. 1297, N. 11; **Wolf/von Bary**, s. 155; **Özakman**, s. 177-178; **Koçar**, s. 210. Sürenin mirasın paylaşılmasından itibaren hesaplanabileceği hakkında bkz. **Serozan/Engin**, s. 557, N. 18; **Serozan/Engin**, s. 559, N. 21; **Antalya/Sağlam**, s. 510-511, N. 2187; **Rouiller**, s. 1297, N. 11.

lanın korunması için başvurulabilecek borçlar hukuku ve miras hukuku mekanizmalarını ele almadan önce bu sistem kısaca tanıtılacaktır.

İlk olarak, mirasçının terekedeki payı (*Anteil an dem Nachlass*), Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Alman Hukukunda devralanın diğer bir mirasçı veya bir üçüncü kişi olması arasında fark gözetilmeksizin bir tasarruf işlemi olarak kurgulanmıştır. Her iki ihtimalde de devralanın mirasçı sıfatına bağlı olan önalım hakkı ve terekeye zilyet olma hakkı gibi haklar dışındaki bütün hak ve yetkileri kullanıp davaları açabileceği kabul edilir⁴⁶. Taraflar dilerse tasfiye payının devrine yönelik bir borçlandırıcı işlem de yapabilir. Ancak bu son ihtimal BGB § 2033'ün uygulama alanına girmez⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, miras payının bir üçüncü kişiye satılıp devredileceği hallerde, diğer mirasçılara, BGB § 2034'te tanınan önalım hakkını kullanarak miras payını devralma hakkı tanınmıştır⁴⁸. Ancak bu önalım hakkı sadece miras payının satışı halinde kullanılabilir. Bağışlama, mal değişim, teminat temlik, pay üzerinde intifa hakkı ya da rehin kurulması⁴⁹, icra veya iflas yoluyla takip sonucu satış gibi hallerde diğer mirasçıların önalım hakkı yoktur⁵⁰. Önalım hakkını kullanmak isteyen birden çok mirasçı olması halinde ise bu mirasçılar satılan payı kendi payları oranında satın alabilirler⁵¹.

⁴⁶ Thomas, **Gergen**, “BGB § 2033” (BGB § 2033), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022, N. 12; Martin, **Löhnig**, “BGB § 2033” (BGB § 2033), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 §§ 1967-2063 Rechtsstellen des Erben, 2020, N. 37-39.

⁴⁷ **Gergen**, “BGB § 2033”, N. 12; **Löhnig**, “BGB 2033”, N. 21. Miras payını konu alan bir borçlandırıcı işlemin geçerliliği şekil şartına tabi değildir, bkz. **Löhnig**, “BGB 2033”, N. 25.

⁴⁸ **Gergen**, “BGB § 2033”, N. 27-28. Önalım hakkının devreden mirasçıya karşı kullanılması BGB § 2034'te, satın alan kişiye karşı kullanılması BGB § 2035'te düzenlenmiştir. Önalım hakkının kullanılmasıyla, hak sahibi mirasçı ve payı satın alan arasında yasal bir borç ilişkisi kurulur. Önalım hakkının kullanılmasına ilişkin BGB § 2034 için bkz. Thomas, **Gergen**, “BGB § 2034” (BGB § 2034), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022, N. 36 vd; BGB § 2035 için bkz. Thomas, **Gergen**, “BGB § 2035” (BGB § 2035), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022, N. 5 vd.

⁴⁹ Miras payı üzerinde rehin hakkı kurulması halinde BGB 1273 ve BGB 1258 hükümlerinin uygulanacağı ve rehin konusunun mirasın paylaşımı sonucunda mirasçıya düşen tasfiye payı olacağı hakkında bkz. **Löhnig**, “BGB 2033”, N. 41-42.

⁵⁰ **Gergen**, “BGB § 2034”, N. 7; Martin, **Löhnig**, “BGB § 2034” (BGB § 2034), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 §§ 1967-2063 Rechtsstellen des Erben, 2020, N. 9.

⁵¹ **Gergen**, “BGB § 2034”, N. 26; **Löhnig**, “BGB § 2034”, N. 33; Wolfgang, **Roth**, “Das Vorkaufsrecht der Miterben”, Neue Juristische Wochenschrift Spezial, Cilt: 6, 2022, s.167, s. 167.

Payı satın alanın, payını satan kişiyle beraber paya bağlı borçlardan sorumlu olacağı ise BGB § 2382’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin, Alman Hukukunda 1998 yılında yürürlükten kalkan ve malvarlığının devri halinde borçlardan sorumluluğu da düzenleyen BGB § 419 ile aynı amacı taşıdığı belirtilmektedir⁵². Böylece payı satın alan, miras ortaklığındaki bir mirasçı gibi borçlardan sorumlu tutulmuştur⁵³. Bunun dışında, payı devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesinde borçların kapsam dışında bırakıldığı yalnızca taraflar arasındaki iç ilişkide önem arz eder; bu husus anılan hükmün 2. paragrafı gereği tereke alacaklılarına karşı ileri sürülemez⁵⁴.

Sonuç itibarıyla Alman Hukukunda miras payının devrinin tasarruf işlemi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bununla bağlantılı olarak Alman miras ortaklığı, üçüncü kişilere tamamen kapalı bir yapı olarak değil, ekonomik bir birlik olarak kurgulanmıştır. Bu da Türk ve İsviçre sistemlerine nazaran devralan üçüncü kişi açısından aşağıda incelenecek bazı sorunlara çözüm getirmesi bakımından önemli bir farklılık teşkil eder.

II. MİRAS PAYINI DEVRALANIN KORUNMASINI GEREKTİREN BAZI İHTİMALLER

Miras payını devralan, kurumun kendi niteliğinden veya ifadan kaçınılmasından kaynaklanan bazı risklerle karşılaşabilir. Bir yandan tasfiye payının içeriğinin mirasın paylaşılmasından önce net olarak bilinmemesi, diğer yandan miras payı devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu hallerde devralanın paylaşım için gerekli işlemlerden ya da tasfiye payını devretmekten kaçınması nedeniyle, devralan ekonomik açıdan riskli bir konumda kalmaktadır.

İlk durumdaki risk, ancak devredenın özel bir taahhütte bulunması halinde hukuken korunan bir risk olarak değerlendirilir. Ancak bu durumda dahi tasfiye payını devralanın makul beklentilerinin veya devredenın uyarıda bulunması gerekmesine karşın sessiz kalması riskine karşı devralanın durumunun korunması gerekebilir.

⁵² Hans-Joachim, **Musielak**, “BGB § 2382”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022, N.1; Wolfgang, **Olshausen**, “BGB § 2382”, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 Erbrecht §§ 2303-2345 Pflichtteil, Erbwürdigkeit, 2016, N. 1.

⁵³ **Musielak**, N. 8; **Löhnig**, “BGB § 2033”, N. 34.

⁵⁴ **Olshausen**, N. 8; **Musielak**, N. 7.

İkinci durumdaki risk ise miras payının devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olduğu hallerde gündeme gelir. Miras payının devri sözleşmesinin hukuki niteliği borçlandırıcı işlem olarak kabul edildiğinde, devralan kişinin beklediği hak ve varlıkları elde edebilmesi için devredeninin, mirasın paylaşılması sonucunda kendisine düşen malvarlığı değerlerini uygun tasarruf işlemleri yapılarak devretmesi gerekir. Önceki bölümde açıklandığı gibi⁵⁵ üçüncü kişiye devrin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu genel olarak kabul görülürken, mirasçılar arasındaki devirlerde taraf iradeleri bu yönde devir borçlandırıcı işlem olarak kabul edilir. Bu durumda devredeninin mirastan tasfiye payını elde etmekten ve/veya elde ettiği malvarlığı unsurlarını devralana devretmekten imtina etmesi halinde devralanın hukuki konumu miras hukukunun kendine özgü kurumları yanında borçlar hukuku mekanizmaları ile korunabilir. Bu bölümde devralanın tasfiye payına erişmesini engelleyen çeşitli ihtimaller ele alınarak bunlara karşı başvurulabilecek çözüm yolları incelenecektir.

1. Mirasın Açılmasından Önceki Devirlerde Devredeninin Mirasçı Sifatını Kazanamaması

Mirasın açılmasından önceki devirlerde, devir konusu bir miras payı değil, miras payına yönelik bir beklentidir. Sözleşme yapıldığı anda devredeninin mirasçı olup olmayacağı kesin değildir. Mirasın açılmasından önceki devirlerde mirasbırakan, miras payının devri sözleşmesine rıza vermiş olsa bile daha sonra yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla devredeninin mirasçı olmasını engelleyebileceği gibi⁵⁶ muhtemel mirasçı mirasbırakandan önce ölebilir, devirden sonra mirastan ivazlı veya ivazsız feragat sözleşmesi yapabilir ya da mirasçı açısından mirastan yoksunluk sebeplerinden biri gerçekleşebilir.

Devredeninin bir sebeple mirasçı olamaması halinde miras payının devri sözleşmesinin akıbeti hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre devredeninin herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde miras payının devri sözleşmesi, konusunun imkânsızlaşması nedeniyle geçersiz olur⁵⁷. Ancak kesin hükümsüzlüğün sözleşmenin konusunun sözleşme kurulduğu

⁵⁵ Bu görüş ve savunan yazarlar hakkında bkz. Başlık I.B.2.

⁵⁶ Mirasbırakanın, mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesi için rıza vermiş olması, onun tasarruf ehliyetini kısıtlamayacağından ilgili mirasçıyı mirasçılıktan çıkaran bir ölüme bağlı tasarrufla bulunabilir, bkz. **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 1070-1071, N. 16.

⁵⁷ **Vouilloz**, “Art. 636”, s. 1072, N. 14.

anda imkânsız olması halinde söz konusu olacağı düşünülürse, bu görüşe katılmak mümkün olmaz. Diğer bir görüşe göre ise burada sübjektif ifa imkânsızlığı gündeme gelir⁵⁸. Bu durumda TBK m. 191’de düzenlenen alacağı devreden alacağın varlığını garanti yükümlülüğünün kıyasen uygulanması sonucunda, miras payının ivaz karşılığı devrinde, devreden mirasçı olacağına ve tasfiye payına hak kazanacağına yönelik bir garanti yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı akla gelebilir. Nitekim, miras payının devri bir alacak devri değilse de alacak devri benzeri bir işlem olduğunu belirten yazarlar vardır⁵⁹. Ancak TBK m. 191’deki kusura dayanmayan yasal garanti sorumluluğu, istisnai bir düzenleme olduğu için kıyasen uygulanması kolaylıkla kabul edilemez.

Kanımızca miras payının devri sözleşmesinin bir borçlandırııcı işlem olarak geçerli olarak kurulduğu ancak ifasının imkânsızlaştığı kabul edilmelidir. Burada objektif ifa imkansızlığı söz konusudur. Zira borcun konusu mirasçının kimliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu durumda devreden mirasçının kusurunun bulunup bulunmadığına göre TBK m. 112 veya TBK m. 136 hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin; saklı paylı olmayan yasal mirasçının mirastan uzaklaştırılması halinde kusuru yokken, mirastan çıkarma veya yoksunluk sebebi gerçekleşmesine sebep olması ya da devirden sonra mirastan feragat sözleşmesi yapması halinde devir sözleşmesinin ifa edilememesinden sorumludur.

2. Tasfiye Payının İçeriğine Yönelik Beklentinin Boşa Çıkması

Mirasın paylaşılması sonucunda elde edilecek tasfiye payının içeriği, ekonomik olarak devralanın beklentisine nazaran düşük değerde olabilir. Örneğin; devreden paylaşım sonucunda taşınmazların aynen paylaşılacağını veya taşınmazlar üzerindeki elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete çevrileceğini bildirmesine rağmen paylaşım sonucunda taşınmazların satılarak satış bedelinin paylaşılacağına karar verilmesi halinde bu durum gündeme gelebilir. Diğer bir ihtimalde, tasfiye payı içindeki borçlar, aktiflerin ekonomik değerini aşabilir.

Miras payının devri sözleşmesinin konusu belirli malvarlığı değerleri değil, mirasın paylaşılmasından o mirasçıya düşen tasfiye payıdır. Bu nedenle devralanın beklentisinin boşa çıktığı hallerde, devreden özel olarak bir

⁵⁸ Minnig, “Art. 635”, s. 911, N. 13.

⁵⁹ Minnig, “Art. 635”, s. 906, N. 9.

taahhütte bulunmamışsa veya devredenin dürüstlük kuralından doğan bir susmama yükümlülüğünün varlığı kabul edilemiyorsa, devreden mirasçıya karşı bir talep ileri sürülemez. Devredenin, miras payının içeriğinde belirli malvarlığı unsurlarının veya hakların bulunacağını taahhüt etmesi halinde ise devralan için birden fazla imkân gündeme gelebilir. İlk olarak, miras payını devreden bu beyanları, devralanın işlemi yapma kararını etkilediği takdirde irade sakatlığı hallerinden aldatma teşkil edebilir. Ancak devreden fiilinin aldatma olarak kabul edilebilmesi için aldatma kastı düzeyinde kusur aranır⁶⁰. Diğer yandan, devralanın miras payı içeriği konusunda esaslı yanılmaya düştüğü kolaylıkla kabul edilemez. Miras payının içeriği konusunda yanılma, saikte yanılma niteliğindedir. TBK m. 32'ye göre ise saikte yanılma ancak yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması halinde esaslı yanılma sayılır. Miras payının içeriği ise niteliği gereği paylaşım talep edilip terekenin tasfiyesi sonuçlanana kadar belirlenemez. Bu nedenle işin niteliği gereği terekenin değerinin azalması her zaman mümkündür ve devralanın aldığı bir risk olarak kabul edilmelidir.

İkinci olarak, kanımızca TBK m. 219'un kıyasen uygulanmasıyla tasfiye payının içeriği "bildirilen nitelik" olarak kabul edilebilir. Böylece devreden kusuruna dayanmayan ayıptan doğan sorumluluğu⁶¹ gündeme gelir. Böylece devralan, sözleşmeden dönerek ifa ettiği edimin iadesini veya karşı edimin uyarlanmasını talep edebilir. Son olarak, devreden miras payının içeriği veya ekonomik değeri hakkındaki özel taahhütleri, karşı tarafın en azından örtülü iradesinin bulunduğu bir saf garanti taahhüdü niteliğinde kabul edilebilir.

3. Miras Payının Birden Fazla Defa Devredilmesi

Miras payının devri sözleşmesinin aynı etki doğurmadığı hallerde, aynı tasfiye payını konu alan birden fazla sözleşme farklı taraflarla geçerli olarak akdedilebilir. Bu risk, hem mirasın açılmasından önceki devirler, hem de mirasın açılmasından sonra üçüncü kişiye yapılacak devirler ile borçlandırıci etkinin kararlaştırıldığı mirasçılar arasındaki devirler bakımından ortaya çıkabilir.

⁶⁰ Zekeriya, Kürşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, İstanbul, 2003, s. 29.

⁶¹ Wolf da bu durumda satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna veya alacağın ivazlı devinde devreden garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kanaatinde, bkz. *Wolf*, s. 158.

Bir görüşe göre mirasın açılmasından önce mirasçılar arasında yapılan devirler bakımından karşı tarafın geciktirici şarta bağlı bir sözleşmeye dayanan ve tasfiye payını devralmaya yönelik bir beklentisi bulunduğu kabul edilir. Bu görüşe göre, TBK m. 171/3 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, devredenın sonraki tasarruflarına, devredenın iflas etmesi ihtimaline ve devredenın alacaklılarının miras payına koyduracakları hacizlere karşı, devralanın korunacağını savunmaktadır⁶². TBK m. 171/3'e göre *"Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur."* TBK m. 171'de yer alan ve ara tasarrufların geçersiz olduğunu düzenleyen bu kural, iyiniyetle hak kazanımları dışındaki durumlar ve iflasa ilişkin kurallar dışında uygulama alanı bulur⁶³. Ancak TBK m. 171/3'ün amacı, geciktirici şarta bağlı tasarruf işlemlerinin amacının, daha sonra yapılan tasarruf işlemleriyle engellenmemesi olarak açıklanmaktadır⁶⁴. Bu nedenle kanaatimizce TMK m. 678'in kapsamına giren hallerde ve miras payının devrinin borçlandırıcı işlem olarak yapıldığı durumlarda TBK m. 171/3 hükmünün kıyasen uygulanması, mükerrer devirlerin geçerliliğini engellemez.

Sonuç itibarıyla, miras payının devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu hallerde devralanın sözleşmeye aykırılığa ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurmak dışında bir imkânı bulunmaz. Diğer yandan, mirasçılar arasındaki devrin aynı etkili olduğu kabul edilirse ilk sözleşmeyle miras payı intikal ettiği için birden fazla sözleşmenin bulunması, ilk devralan bakımından bir engel teşkil etmez. Zira devredenın, sonraki devirler bakımından tasarruf yetkisi bulunmaz.

4. Devredenın Mirasın Paylaşımına Yönelik İşlemlerden Kaçınması

Miras payının üçüncü kişiye devri halinde payı devralanın yalnızca nispi bir hakka sahip olduğu, miras ortaklığına dâhil olmadığı ve miras hukukundan doğan talepleri haiz olmadığı belirtilmişti. Buna paralel olarak, devrede-

⁶² Halûk Nami, **Nomer**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002, s. 127.

⁶³ Markus, **Widmer**/Renato, **Costantini**/Felix R., **Ehrat**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel, 2020, s. 1000, N. 9; Pascal, **Pichonnaz**, "Art. 152", Commentaire Romand I. Art. 1-252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation, Basel, 2021, N. 41-43.

⁶⁴ **Pichonnaz**, s. 1310 N. 36-37; **Widmer/Costantini/Ehrat**, s. 1001, N. 10; Selahattin Sulhi, **Tekinay** / Sermet, **Akman**/Haluk, **Burcuoğlu**/Atilla, **Altıp**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 334; Fikret, **Eren**/ Ünsal, **Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m.1-48, Ankara, 2022, s. 2811, N.14.

nin tasfiye payının koruması için gerekli tedbirleri almayıp kanunun tanıdığı hakları kullanmaktan imtina etmesi halinde, miras payını devralan, kanundan veya taraflarca kararlaştırılması halinde miras payının devri sözleşmesinden doğan bazı imkânlara sahiptir.

A. Miras Payını Devralanın Menfaatlerini Koruma Yükümlülüğü Çerçevesinde Devralanın Korunması

Miras payını devir sözleşmesinde devralanın menfaatlerini koruma yükümlülüğü taraflarca açıkça ve devredene somut davranış yükümlülükleri yüklenerek kararlaştırılabilir. Bu bağlamda devralana, bu yükümlülüğün güvencesi olarak devredene talimat verme hakkı (*droit d'instruction*) (*Weisungsrecht*) tanınabilir⁶⁵ veya devreden, mirasın paylaşılmasını sağlamaya yönelik işlemleri yerine getirmeyi taahhüt edebilir⁶⁶. Bu imkânlar, özel olarak miras payının devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu hallerde ve mirasın paylaşımı sürecinde kullanılabilir. Diğer bir imkân ise, daha geniş bir ifade kullanılarak devreden, devralanın menfaatlerini korumakla yükümlü olduğu hususunun kararlaştırılmasıdır.

Sözleşmede kararlaştırılan bu yükümlülüğü desteklemek amacıyla, devreden devralanın talimatlarına uygun davranmaması halinde karşı edimin tamamen veya kısmen geri ödenmesi ya da karşı edimin vadesi daha sonra ise ödenmemesi kararlaştırılabileceği gibi ceza koşulu da öngörülebilir. Ayrıca, sözleşmesel bir yükümlülük ihlal edildiği için devralan devredeni temerrüde düşürerek sözleşmeden dönme yoluna da başvurabilir⁶⁷. Keza devralanın edimini en erken tasfiye payının devri anında ifa edeceği ya da sözleşmede devralanın paylaşımından kaçınması hali için bozucu şarta da yer verilebilir. Görüldüğü üzere açık bir yükümlülük öngörüldüğü takdirde bunun pek çok sözleşmesel mekanizmayla desteklenmesi mümkündür.

Sözleşmede böyle bir düzenleme bulunmasa bile devreden, dürüstlük kuralından doğan bir yan yükümlülük⁶⁸ olarak devralanın talebini ileri sür-

⁶⁵ Wolf/Hrubesch-Millauer, s. 510 N. 2119; **Wolf/von Bary**, s. 155; **Minnig**, “Art. 635”, s. 907, N. 16; **Vouilloz**, “Art. 635”, s. 1064, N. 20; **Rouiller**, s. 1299, N. 18.

⁶⁶ **Dural/Öz**, s. 395, N. 1587.

⁶⁷ **Rouiller**, s. 1299, N. 18.

⁶⁸ Bu bağlamda devralanın makul beklentilerini koruma yükümlülüğü, miras payının devri sözleşmesinden doğan ve kaynağı dürüstlük kuralı olan bir yan yükümlülük olarak nitelendirilebilir. Kavram hakkında bkz. Işık Aslı, **Han**, Sözleşmeden Doğan Yan Yükümlülüklerin İhlali, İstanbul, 2024, s. 90.

mesini engelleyecek davranışlardan kaçınmalıdır⁶⁹. Bu kapsamda devreden, mirasın paylaşımına ilişkin işlerden kaçınmamak, mirasın paylaşımı sonucunda kendisine düşen kısmın kendi menfaatlerini gözeterek oluşturulmasını sağlamak için gerekli davranışlarda bulunmaya ve kendisine düşen paydaki malvarlığı unsurlarının değerlerinin düşmemesi için gerekli girişimlerde bulunmakla yükümlüdür⁷⁰. Aksi halde miras payının devri sözleşmesi bakımından bir sözleşmeye aykırılık gündeme gelir ve tazminat sorumluluğu doğar⁷¹. Bir görüşe göre bu takdirde devralan, satış sözleşmesinde zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla karşı edimin azaltılmasını veya iadesini talep edebilir⁷². Kanımızca, miras payının içeriğinin değişmesi nedeniyle karşı edimin azaltılması veya sözleşmeden dönme ile beraber karşı edimin iadesini talep etmek uygun bir hukuki imkân olmakla beraber, kıyasen uygulanacak hükümlerin ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler olarak kabul edilmesi daha isabetli bir çözüm olacaktır.

Diğer bir imkân olarak, devreden dürüstlük kuralından doğan bir yapma borcuna aykırı davranması, örneğin paylaşma davası açılması için gerekli işlerden kaçınması halinde TBK m. 113 kapsamında nama ifa kurumu gündeme gelebilir. Bu durumda miras payını devralan, TBK m. 113 gereği paylaşma davası açılması için kendisine yetki verilmesini hâkimden talep edebilir⁷³. Bu imkâna karşı çıkan yazarlar ise, TMK m. 677/2'nin üçüncü kişiye sadece bir nispi hak tanıdığını vurgulayarak devralanın bu yolla paylaşma katılmasının talep edilemeyeceğini savunmaktadır⁷⁴. Ancak TBK m. 113 zaten bir borç ilişkisinden doğan ve nispi niteliğindeki yapma borçlarının ifa edilmemesi halinde nama ifa kavramı altında alacaklının bizzat veya bir üçüncü kişi aracılığıyla aynen ifayı sağlamasını düzenler. Bir

⁶⁹ Bir görüşe göre bu yükümlülük, ilk paragrafta belirtildiği ihtimaldeki gibi ancak sözleşmede öngörülmesi halinde mümkündür, aksi takdirde devralanın böyle bir talep hakkı yoktur, bkz. **Genç Arıdemir**, s. 256.

⁷⁰ **Rouiller**, s. 1299, N. 17.

⁷¹ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 1069-1070, N. 14; **Wolf/Hrubesch-Millauer**, s. 510 N. 2119; **Wolf/von Bary**, s. 155; **Özakman**, s. 216; **Genç Arıdemir**, s. 256.

⁷² **Rouiller**, s. 1299, N. 17.

⁷³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 551 ve dipnot 31'deki yazarlar. Konusu yapma edimi olan bir yan borcun yerine getirilmemesi halinde nama ifa ve TBK m. 113'ün uygulanması hakkında bkz. **Han**, s. 113 vd.

⁷⁴ **Özakman**'a göre mülga MK m. 612/2 üçüncü kişinin terekeye iadesini ve paylaşma katılmasını yasakladığı için bu, sözleşme özgürlüğü ile aşılamaz, bkz. **Özakman**, s. 217; **Genç Arıdemir**'e göre ise devralanın, devredenden paylaşmayı talep etme yetkisi bulunmamaktadır, bkz. **Genç Arıdemir**, s. 256.

diğer ifadeyle, nispi hakların ihlali halinde aynen ifa talebinin bir türü olarak nama ifaya başvurulması mümkündür. TMK m. 677/2'nin nispi hak tanınması ise nama ifaya imkân vermemekten ziyade devreden ifadan önce iflas etmesi veya miras payını birden fazla kişiye devretmesi gibi durumlarda önem kazanan bir husustur. TBK m. 113'ün uygulanması açısından ise alelade bir borçlar hukuku sözleşmesine göre farklılık arz etmez. Ayrıca, devralana sözleşmede temsil yetkisi tanındığı hallerde paylaşıma devreden adına katılması genel kabul görürken, yasal düzenleme gereği devralan adına katılmasını engellenmek çelişkili bir durum yaratır. Bu nedenle devralan TBK m. 113 gereği paylaşımın başlaması için kendisinin yetkilendirilmesini hâkimden talep edebilir.

B. Sözleşme Kapsamında Miras Payını Devralana Temsil Yetkisi Verilmesi Yoluyla Devralanın Korunması

Miras payının devri sözleşmesinde devralana, mirasın paylaşılmasında devreden mirasçıyı temsil etme yetkisi verilebilir⁷⁵. Bu temsil yetkisi kapsamında devralan, devreden mirasçının adına ve hesabına hareket edebilir. Yetkinin kapsamına ve içeriğine göre devralan, ayrıca paylaşım sonucunda devreden mirasçıya özgülenen kısmın kendisine verilmesini de isteyebilir. Böylece TMK m. 677/2'ye göre sadece devreden mirasçıya karşı ileri sürebileceği bir hakka sahipken, miras ortaklığına karşı devreden adına hareket ederek doğrudan miras payının devri sözleşmesinden doğan alacak hakkına kavuşabilir.

Paylaşma davası, tenkis davası, ölüme bağlı tasarrufun iptali gibi miras hukuku kökenli davaların açılması için ise TBK m. 504/3 ve HMK m. 74 gereği devralana özel yetki verilmesi gerekir. *Özakman*'a göre özel yetki gerekmesinin bir dayanağı da aile ilişkilerine dayalı tenkis ve iptal davalarının genel temsil yetkisine dayanarak açılmaması, dava açma kararını mirasçının vermesinin gerekli olmasıdır⁷⁶. Ancak özel yetki gereken hallerde de özel yetkinin varlığı, devralanın devreden iradesini öğrendikten sonra dava açmasını gerektirmez; doğrudan kanunun dava açılması için aradığı bir şart-

⁷⁵ *Tuor/Schnyder/Jungo*, s. 1069 -1070, N. 14; *Wolf/Hrubesch-Millauer*, s. 510 N. 2119; *Minnig*, "Art. 635", s. 907, N. 16; *Vouilloz*, "Art. 635", s. 1064 N. 20; *Rouiller*, s. 1300, N. 19; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 551; *Dural/Öz*, s. 395, N. 1587; *Özakman*, s. 217; *Genç Aridemir*, s. 256-257; *Serozan/Engin*, s. 558, N. 20; *İmre/Erman*, s. 544; *Antalya/Sağlam*, s. 503, N. 2153.

⁷⁶ *Özakman*, s. 219.

tır. Diğer yandan, miras hukukunda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ekseriyetle mirasbırakanın sahip olduklarıdır. Miras payının devrine izin veren bir sistemde mirasçıların açtığı davalar ekonomik menfaatlere yönelir. Bu nedenle sadece dava açma yetkisinin verildiği belirtilerek özel yetki verilmesi yeterlidir.

Devralana temsil yetkisi verilmesinin bir diğer yararı ise devreden alacaklılarının bulunması ihtimalinde ortaya çıkar. Devredene paylaşımdan düşen tasfiye payı devralana intikal ettikten sonra, devreden alacaklıları bu malvarlığı unsurlarına başvuramaz⁷⁷. Çünkü paylaşımın tamamlanarak tasfiye payının oluşması ile bunun devralana geçmesi arasında hiçbir zamansal boşluk bulunmaz.

Temsil yetkisi verilmesinin zayıf yönü ise TBK m. 42/1'e göre temsil olunanın temsil yetkisini istediği zaman sınırlandırabilmesidir. Bu hükmün emredici hüküm olarak kabul edilmesi karşısında devreden verdiği temsil yetkisini geri almasına karşı devralanın elinde paylaşım dâhil olmaya ilişkin bir imkân kalmamaktadır⁷⁸. Bu durumda devralan ancak bir tazminat davası açabilir⁷⁹. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre burada temsil yetkisinin geri alınması, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile engellenebilir⁸⁰. Temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceğine ilişkin kuralın temelinde temsilcinin temsil edilenin menfaatine hareket ettiği ve temsilci ile temsil edilen arasında bir güven ilişkisinin bulunduğu kabulü yatar. Bu nedenle temsil edilenin menfaatinin artık işlem yapılmamasını gerektirmesi ya da güven ilişkisinin zedelenmesi halinde temsil yetkisi geri alınabilmelidir. Ancak bir görüşe göre, temsil edilenin bir borcunun ifa edilmesi ve temsilcinin menfaati için verilmesi halinde temsil yetkisinin geri alınması hakkı, her hak gibi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile bertaraf edilebilir⁸¹. Hâkim öğretisi ve Yargıtay kararlarının TBK m. 42/1'i emredici hüküm olarak kabul etmesi, ayrıca temsil yetkisinin geri alınması halinde sözleşme cezası ve

⁷⁷ Vouilloz, "Art. 635", s. 1065, N. 21.

⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 551-552.

⁷⁹ Özakman, s. 220.

⁸⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 552; Genç Arıdemir, s. 258.

⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 192-193; Şener, Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009, s. 443; Thomas, Reinhart, Die Unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen, Zürich, 1981, s. 110-111. Aksi görüş için bkz. Murat, İnceoğlu, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009, s. 280.

götürü tazminat kararlaştırılmayacağını kabul etmesi karşısında Türk hukukunda şu an için bu görüşün uygulanabilirliği tartışmaya açıktır⁸².

C. Miras Payını Devralanın Kayyım Atanmasını Talep Etme Yetkisi ile Devralanın Korunması

“Paylaşmaya kayyımın katılması” madde başlıklı TMK m. 648’e göre: “Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir.”

Kayyımın paylaşıma katılması talebi, miras payı devir sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu hallerde başvurulabilecek bir imkândır⁸³. Bu düzenleme bağlamında kayyımlık, temsil kayyımlığı ya da temsil kayyımlığına benzer bir kurum olarak kabul edilebilir⁸⁴. Kayyımlığın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunsada vesayet hukukundaki kayyımlık müessesesine ilişkin kuralların kıyasen uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir⁸⁵.

a. Kayyımın Paylaşıma Katılmasının Şartları

Miras payını devralan kişi TMK m. 648’e göre, murisin son yerleşim yeri sulh hukuk hâkimliğine⁸⁶ başvurarak devreden mirasçının yerine paylaşıma katılmak üzere kayyım atanmasını talep edebilir. Devralan, kayyım

⁸² Serdar, **Nart**, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1 (Madde 1-82), İstanbul, 2019, s. 671-672, N. 7.

⁸³ **Wolf**, s. 215, N. 16-17; Christian, **Gübeli**, Gläubigerschutz im Erbrecht, Zurich, 1999, s. 143; **Genç Arıdemir**, s. 261. Buna karşılık, ön sözleşme niteliğindeki miras payının satışı vadinin tarafı olan kişinin bu imkâna başvuramayacağına ilişkin bkz. **Özakman**, s. 221-222.

⁸⁴ Temsil kayyımlığı olduğu görüşü için bkz. Cem, **Baygın**, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara, 2005, s. 187. Gümüş ise güven kayyımı olarak nitelendirmekte, güven kayyımlığının temsil kayyımlığı ya da yönetim kayyımlığı olarak ortaya çıkabileceğini belirterek TMK m. 468 bağlamında bir temsil kayyımlığına benzer bir yapı kurulduğunu ve temsil kayyımlığına ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir, bkz. M. Alper, **Gümüş**, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul, 2006, s. 244.

⁸⁵ Görüşler hakkında **Gümüş**, s. 242-245; **Genç Arıdemir**, s. 266-268. 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanununda ise mehz hükme paralel olarak paylaşıma sulh hukuk hâkiminin katılımı öngörülmüştü. Eski kanun döneminde hâkimin paylaşmaya katılımının hukuki niteliği hakkında görüşler için bkz. **Özakman**, s. 224-226.

⁸⁶ Murisin son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olduğuna ilişkin bkz. **Özakman**, s. 222; Yannick, **Minnig**, “Art. 609”, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel 2023, N. 4; **Baygın**, s. 187; **Gübeli**, s. 245.

atanmasını talep etmek için mirasçının paylaşımaya yönelik işlerden kaçındığını ve somut bir tehlikenin varlığını ortaya koyarak miras payına düşen kısma ulaşamayacağını ispat etmekle yükümlü değildir⁸⁷. Tasfiye payını devralanın, sadece geçerli ve bağlayıcı bir miras payının devri sözleşmesinin varlığını ortaya koyması yeterlidir.

Mirasçı yerine devreye giren kayyım paylaşımı başlatmak veya yönetmek için atanmaz. Hüküm dar yorumlanırsa, kayyım ancak taraflar paylaşım sözleşmesi yaptıktan veya paylaşım davası açtıktan sonra ya da açmak üzere olduğu dönemde sürece dâhil olur⁸⁸. Ancak bunlar dışında mirasçıların iradi paylaşım için görüşmelere başlamış olması veya paylaşım davası açarak süreci başlatmış olması halinde de kayyım atanabileceği kabul edilmektedir⁸⁹. Bununla beraber, iradi paylaşımaya kısa süre içinde başlanacağını anlaşılmaması⁹⁰ ya da haklı bir sebep olmaksızın paylaşımın yapılmasının devreden mirasçı nedeniyle sürüncemede kalmış olması⁹¹ hallerinde de kayyım atanması talebinde bulunabileceği savunulmaktadır. Paylaşımaya kayyım atanmasını talep hakkının niteliği dikkate alınmalı ve hükmün uygulama alanı mirasın iradi olarak veya mahkeme yoluyla paylaşımının başlanmasına indirgenmemelidir. Mirasın paylaşılması için sürecin başlayacağını anlaşılmaması ya da devreden başlanması için üzerine düşen işlerden imtina etmesi hallerinde de devralan TMK m. 648'e başvurabilir. Hatta miras payının devri bağlamında TMK m. 648, yukarıda açıklandığı gibi⁹² devreden mirasın paylaşımı için gerekli işlemlerden kaçınması halinde TBK m. 113'te düzenlenen nama ifa kurumunun miras hukukundaki özel bir görünümü olarak da değerlendirilebilir.

⁸⁷ Arnold, **Escher**, "Art. 609", Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Zürich, 1959, 1959, N. 10; **Wolf**, s. 216, N. 19; **Dural/Öz**, s. 396, N. 1588; **Gümüş**, s. 230.

⁸⁸ **Minnig**, "Art. 609", s. 845, N. 5; **Özakman**, s. 226; **Gümüş**, s. 247. Buna karşılık kayyımın paylaşım davası açma yetkisini sınırlı olarak gören ve sadece devam eden müzakereler sırasında dava açılmasına indirgeyen görüşler de bulunmaktadır, bkz. **Gümüş**, s.2 47.

⁸⁹ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 1013, N. 9; **Baygın**, s. 186; **Gümüş**, s. 246; **Serozan/Engin**, s. 588, N. 61; **Minnig**, "Art. 609", N. 4 ve N. 12; Stéphane, **Spahr**, "Art. 609", Commentaire romand Code civil II, Basel, 2021, s. 941, N. 14; **Özakman**, s. 226-227. Paylaşmanın sona ermesi halinde paylaşımın feshi ya da yeniden yapılmasının talep edilemeyeceği hakkında bkz. **İmre/Erman**, s. 545.

⁹⁰ **Baygın**, s. 186.

⁹¹ **Genç Arıdemir**, s. 263.

⁹² Bkz. Başlık II.D.1.

b. Kayyımın Yetkileri

Kayyımın yetkisi, mirasın paylaşımında yerine dâhil olunan mirasçının yetkisiyle aynıdır⁹³. Bu kapsamda kayyım, miras paylarının oluşturulması ve mirasçılara özgülenmesine ilişkin görüşmelere katılabilir, sunulan anlaşma tekliflerini kabul edebilir, mirasın paylaşımı sırasında gerekli olan bilgi taleplerinde bulunabilir⁹⁴; ayrıca paylaşma davası açabilir⁹⁵. Buna karşılık, kayyımın ölüme bağlı tasarrufun iptali davası ve tenkis davası açıp açamayacağı tartışmalıdır. Tenkis davası için mirasın geçtiği tarihte aciz vesikası alan alacaklı için belli şartlar altında bu hak TMK m. 562’de tanındığı ve ölüme bağlı tasarrufun iptali bakımından ise alacaklılara dava açma imkan tanınmadığından hareketle bu soruya olumsuz cevap verilirken, denkleştirme davasını kayyımın açabileceği kabul edilmektedir⁹⁶. Kanımızca kayyımın mirasın paylaşımındaki yetkileri, miras davalarının alacaklılarca açılmasını sağlayan hükümlerden ayrı değerlendirilmelidir. Kayyım, hangi mirasçı yerine paylaşımına dahil olmuşsa onun adına hareket edeceği için mirasın paylaşımıyla bağlantılı olduğu müddetçe ilgili davaları açabileceği kabul edilmelidir. Diğer yandan kayyımın, TMK m. 653’e göre ailevi değeri olan belgelerin satışını isteyemeyeceği, TMK m. 652’ye göre aile konutu ve ev eşyası için talepte bulunamayacağı kabul edilmektedir⁹⁷.

Kayyımın, mirasçının mı kendisinin atanması talebinde bulunanın mı menfaatlerini koruyacağı tartışmalıdır. *Özakman*’a göre devralanın menfaatlerinin korunması için süreç başlatılmış olsa bile kayyım devralanın lehine olan işlemleri devredenin iradesi hilafına yapamaz⁹⁸. *Baygın* ve *Genç Arıdemir*’e göre de kayyım yerine atandığı mirasçının menfaatlerini korumalıdır⁹⁹.

⁹³ Spahr, s. 941, N. 14; Minnig, “Art. 609”, s. 846, N. 8 ve N. 12; Vouilloz, “Art. 635”, s. 1063, N. 19; Özakman, s. 223; Gümüş, s. 245.

⁹⁴ Gübeli, s. 145; Gümüş, s. 250.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 720. MK m. 648’in mehzaz düzenlemesi olan ZGB 609 kapsamında önem arz eden hususun, mirasın paylaşımının mirasçılarla başlatılmış olmasıdır. Bu andan sonra yapılmış miras paylaşım sözleşmesine göre ifa davası yetkili makam tarafından açılabilir, bkz. BGE 129 III 316, 318-319.

⁹⁶ Minnig, “Art. 609”, s. 847, N. 12; Escher, s. 457, N. 11; Peter, Tuor/Vito, Picononi, “Art. 609”, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 533-640 ZGB, Bern, 1966, s. 871, N. 13. Tartışmalar için bkz. Gübeli, s. 148-149; Genç Arıdemir, s. 272-273. Gümüş ise kayyımın TMK 562’ye kıyasen tenkis davası açabileceğini, ancak iptal davası açamayacağını savunmaktadır. Yazar kayyımın denkleştirme davasını da açabileceği kanaatindedir, bkz. Gümüş, s. 249.

⁹⁷ Özakman, s. 228; Gümüş, s. 249.

⁹⁸ Özakman, s. 228.

⁹⁹ Baygın, s. 187; Genç Arıdemir, s. 269.

Gümüş ise kayyımın, hem ilgili mirasçı hem de miras payını devralan kişinin menfaatlerini korumakla yükümlü olduğunu, olası menfaat çatışmalarını dengeli ve hakkaniyetli bir şekilde çözüme kavuşturması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁰. İsviçre Hukukunda savunulan bir görüşe göre ise kayyım, devreden mirasçı yerine devreye girse de, onun temel amacı süreci başlatan kişinin menfaatlerine ulaşabilmesidir¹⁰¹. Bu kapsamda kayyımın hedefi, gerekiyorsa kısmi paylaşımın sağlanması, yani devralanın devraldığı paya düşen malvarlığı unsurlarını elde etmesidir¹⁰². Miras payını devralanın süreci başlatması halinde hem devreden mirasçının hem de devralanın -en azından farazi- menfaatleri örtüşür. Zira bu takdirde kayyımın amacı, tasfiye payının içeriğinin ekonomik olarak mümkün olduğunca geniş kapsamlı olmasını sağlamak olmalıdır.

Kayyım atanması üzerine diğer mirasçılar, kayyım atandığı ve mirasın paylaşılmasında onun yer alacağı hususunda ivedilikle bilgilendirilmelidir. Kayyım atanmasına rağmen mirasçılar kayyımı davet etmeksizin paylaşmaya karar verdiği takdirde bu paylaşımın, miras payını devralana karşı nisbi geçersizlik yaptırımına tabi olduğu kabul edilmektedir¹⁰³.

c. Paylaşımın Tamamlanması

Tasfiye sonucunda miras payının kime verileceği hususu da tartışmalıdır. *Escher*'e¹⁰⁴ göre kayyımın yetkisi paylaşmanın tamamlanmasıyla, *Tuor/Picenoni*'ye¹⁰⁵ göre ise kayyımın görevi tasfiye payının kabulüyle sona

¹⁰⁰ *Gümüş*, s. 246.

¹⁰¹ *Spahr*, s. 942, N. 17; *Minnig*, "Art. 609", s. 847, N. 15.

¹⁰² *Gübeli*, s. 146. Bu kapsamda yerine dâhil olduğu mirasçının ekonomik menfaatlerini de mümkün olduğu ölçüde gözetmelidir, bkz. *Spahr*, s. 942, N. 20. Ancak mirasçılardan birinin itirazı nedeniyle paylaşım sağlanamıyorsa, kayyım artık mirasın tamamen paylaşılmasını sağlamakla görevlidir, bkz. *Spahr*, s. 942, N. 18-19.

¹⁰³ *Gübeli*, s. 151-152; *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 720; *Baygın*, s. 193; *Genç Arıdemir*, s. 274-275. *Gümüş*'e göre de kayyımın katılımlı bütün mirasçılara bildirildiği andan itibaren artık mirasçılar iyiniyetli sayılmayacak, İİK m. 86'nın da kıyasen uygulanmasıyla mevcut paylaşım sonucunda payını devreden mirasçıya düşen tasfiye payı, kayyım katılsaydı gerçekleşecek paylaşım sonucunda düşebilecek tasfiye payına göre ekonomik açıdan daha düşük değerdeyse devralana karşı geçersiz olacaktır. Ancak *Gümüş*, bu iyiniyetin bütün mirasçılar bakımından aranacağını, nispi geçersizliğin ancak bütün mirasçıların kayyım atandığını bilmesi veya bilmesi gerekmesi halinde söz konusu olacağını savunmaktadır, bkz. *Gümüş*, s. 251. Bu bağlamda Yazar, kayyımın atanmasıyla, ilgili mirasçının 'fiil ehliyetini' kaybettiğini, bu nedenle paylaşım katılamayacağını kabul etmektedir, bkz. *Gümüş*, s. 245.

¹⁰⁴ *Escher*, s. 459-460, N. 19.

¹⁰⁵ *Tuor/Picenoni*, s. 706, N. 15.

erdiğinden, her iki görüş bakımından da devralan, sahip olduğu nispi hakkı devreden mirasçıya karşı ileri sürmelidir. *Özakman*'a göre tasfiye sonucunda mirasçıya paya düşen malvarlığı unsurlarının kime devredileceği sorulmalı, ancak devreden rızasıyla devrin devralana yapılması kabul edilmelidir¹⁰⁶. İsviçre Hukukunda *Gübeli*'ye göre ise ilgili makam alacaklı konumundaki miras payını devralana, takip başlatması veya dava açması için süre vermelidir ve devralanın bu yolla tatmin edilmesi sağlanmalıdır¹⁰⁷. Türk Hukukunda *Baygın*¹⁰⁸ ve *Gümüş*¹⁰⁹ de aynı görüşü savunmaktadır. *Arıdemir* de paylaşma sonucunun mirasçıya bırakılmasının hükmün amacıyla çeliştiğini, bu nedenle kayyımın devralana, miras payının içerdiği hak ve varlıkları dava yoluyla talep etmesi için süre vermesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁰.

Kanımızca usul ekonomisi ilkesi ve TMK m. 648'in amacı dikkate alınarak devralanın kayyım atanması talebi ile nispi hakkını zaten ileri sürmüş olduğu kabul edilmeli ve tasfiye payı devralana verilmelidir. Paylaşımın tamamlanması üzerine devralana nispi hakkının ileri sürmesi için süre vermek ve paylaşımın tamamlanması ile devralana intikal arasındaki zaman diliminde tasfiye payı içeriğindeki şeylerin kayyım veya sulh hukuk hâkimliğinin yetkilendirdiği yediemin nezdinde muhafaza edilmesi ise, zaman kaybına ve kaçınılabilecek masraflara sebep olan bir çözümdür. Bu nedenle tasfiye payının devralana verilmesi en makul çözümdür.

SONUÇ

Miras ortaklığına dâhil kişiler tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibidir ve terekeye dâhil malvarlığı unsurları üzerinde ancak oybirliğiyle tasarrufta bulunabilirler. Mirasın paylaşılması ve her mirasçıya düşen tasfiye payının intikali uzun ve masraflı bir süreç olduğu için kanun koyucu, miras payını konu alan hukuki işlemlere cevaz vermiştir. Bu kapsamda TMK m. 677'de mirasın açılmasından sonra, TMK m. 678'de ise mirasın açılmasından önceki dönemde mirasçı ya da muhtemel mirasçının, mirasın paylaşımı sonucunda kendisine düşecek tasfiye payını diğer bir mirasçıya ya da bir üçüncü kişiye ivaz karşılığında ya da ivazsız olarak devredebileceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ *Özakman*, s. 230.

¹⁰⁷ *Gübeli*, s. 151.

¹⁰⁸ *Baygın*, s. 192. Yazar, kayyımın miras payına dâhil varlıkları sulh hukuk mahkemesine teslim etmesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. *Baygın*, s. 188.

¹⁰⁹ *Gümüş*, s. 253.

¹¹⁰ *Genç Arıdemir*, s. 273-274.

Mirasın payının devri sözleşmesi, malvarlığına yaptığı etki bakımından farklı ihtimallerde farklı sonuçlar doğurur. Öncelikle mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesinin konusu, tasfiye payını devretmek isteyen muhtemel mirasçının mirasçı olması ihtimaline dayanan bir beklentidir ve bu sözleşme, devralanın kimliği fark arz etmeksizin bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Mirasın açılmasından sonra yapılan miras payının devri sözleşmesinin niteliği ise tasfiye payını devralan kişinin kimliğine göre değişir. Devralanın miras ortaklığına yabancı bir üçüncü kişi olması halinde bir borçlandırıcı işlem söz konusudur. Bu durumda devralan, mirasın paylaşımı tamamlanınca devredene düşen tasfiye payına dâhil unsurların kendisine devredilmesini talep etmesini sağlayan ve sadece devredene karşı ileri sürebileceği bir nispi hakka sahiptir. Devralanın diğer bir mirasçı olması halinde ise Türk ve İsviçre yargı kararlarında da benimsenen hâkim görüşe göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi birlikte gerçekleşir. Bu durumda miras payının devri aynı etki doğurur ve devralanın miras payı, devir konusu oranında kendiliğinden artar. Aynı etkinin tek istisnası, devreden mirasçının tereke borçlarından dolayı diğer mirasçılarla beraber müteselsil sorumlu olduğu kuralının uygulanmaya devam etmesidir. Bu kuralın bertaraf edilmesi için bütün tereke borçlularının borcun nakli için rıza göstermiş olması gerekir.

Miras payının devri alacak devri, hak devri ya da tasfiye payına dâhil münferit şeylerin devrinden oldukça farklıdır. Miras payı, mirasçının miras ortaklığı ile arasında olan bir hukuki ilişkiyi ve terekenin tasfiyesi sonucunda mirasçıya düşecek malvarlığı unsurlarını ifade eder. Tasfiye payının içeriği, paylaşım tamamlanınca kadar belirli değildir. Diğer yandan, özellikle miras payının devri sözleşmesinin borçlandırıcı işlem niteliğinde olması halinde, devreden tasfiye payını elde etmek veya elde etse bile devralana devretmek için gerekli işlemleri yapmaktan kaçınabilir. Bu nedenlerle, gerçekleşebilecek pek çok senaryoda tasfiye payını devralan, miras payının devri sözleşmesinin doğasından kaynaklanan çeşitli risklerle karşı karşıya kalır.

İlk ihtimalde mirasın açılmasından önce yapılan bir sözleşme açısından muhtemel devreden, miras açıldığında mirasçı sıfatını kazanamamış olabilir. Bu durumda borçlandırıcı işlem geçerli olarak kurulsa bile bir ifa imkânsızlığı gündeme gelir. İkinci olarak miras paylaşıldığında tasfiye payının içeriğine yönelik beklentiler boşa çıkmış olabilir. Bu durumda tasfiye payının içeriği doğası gereği paylaşım tamamlanmadan anlaşılamayacağı için devre-

den özel olarak taahhütte bulunmadıkça tasfiye payının içeriğine yönelik beklentinin boşa çıkmasından sorumlu olmaz. Ancak devreden özel olarak bir taahhütte bulunuyorsa ya da devreden dürüstlük kuralından doğan bir susmama yükümlülüğünün varlığı kabul edilebiliyorsa devredene başvurulabilir. Bu durumda devralan, irade sakatlığı hallerinden aldatma veya ivazlı devirler bakımından satış sözleşmesindeki ayıp sorumluluğundan doğan imkânlarla başvurabilir. Diğer bir ihtimal olarak miras payının devri sözleşmesinin salt borçlandırıcı işlem niteliğinde olması halinde devreden miras payını birden fazla kişiye devredebilir. Bu durumda ilk borçlandırıcı işlemin diğerlerine karşı zamansal bir önceliği bulunmadığından devralanın yegâne imkânı borca aykırılık hükümlerine başvurmaktır.

Son olarak devreden, mirasın paylaşımına yönelik iş ve işlemlerden kaçınarak devralanın tasfiye payını elde etmesini engelleyebilir. Bu durumda devralanı korumaya yönelik tarafların sözleşmeyle kararlaştırabilecekleri veya kanundan doğan bazı hukuki imkânlar gündeme gelebilir. İlk imkân devreden mirasın paylaşılması için gerekli işlemleri yapacağının sözleşmede taahhüt edilmesinin ya da devralanın devredene talimat verme hakkının bulunduğu kararlaştırılmasıdır. Bununla bağlantılı olarak devreden bu taahhüde aykırılık halinde sözleşme cezası ya da götürü tazminat ödeyeceği veya devralanın sözleşmeden dönebileceği kararlaştırılabilir. Bu noktada akla gelebilecek bir soru, tarafların özel olarak bir anlaşma yapmadığı hallerde devreden dürüstlük kuralından doğan bir işbirliği yükümlülüğünün bulunup bulunmadığıdır. Özellikle ivazlı devirler bakımından sözleşmenin amacına ulaşması için bu yükümlülüğün varlığı kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde devralan, bir yapma yükümlülüğünün ihlal edildiği savıyla TBK m. 113 kapsamında nama ifa kurumuna başvurarak mirasın paylaşımı sürecinde yetkilendirilmesini hâkimden talep edebilir. Nitekim bu çözüme benzer nitelikteki ikinci imkân ise devralana, devredeni mirasın paylaşımı sürecinde temsil etme yetkisinin tanınmasıdır. Devralanın elindeki son imkân ise TMK m. 648'e dayanarak mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk hâkimliğinden mirasın paylaşılması sürecinde devreden mirasçıyı temsil etmek üzere bir kayyım atanmasını talep etmektir. Bu imkân çerçevesinde kayyım tasfiye payının içeriğinin olabildiğince geniş kapsamlı olması için gerekli iş ve işlemleri gerçekleştirmelidir. Usul ekonomisi ilkesi gereği devralanın kayyım atanması talebi ile nispi hakkını ileri sürmüş olduğu kabul edilerek tasfiye payı doğrudan devralana verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akyol**, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, Ankara, 2021.
- Ayiter**, Nuşin, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara, 1961.
- Baygın**, Cem, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara, 2005.
- Bolatoğlu**, Bolat, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 1984.
- Bosshardt**, Martina, “Art. 635”, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2021.
- Çakırca**, S. İrem, “Miras Payının Devri Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’ e Armağan Cilt II, İstanbul, 2007, s.1819-1846.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut, Miras Hukuku, İstanbul, 2024.
- Eren**, Fikret, “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara, 1974.
- Eren**, Fikret/**Dönmez**, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I m.1-48, Ankara, 2022.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara, 2023.
- Escher**, Arnold, “Art. 609”, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Zürich, 1959.
- Escher**, Arnold/**Escher** Arnold, “Art. 635”, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgabg (Art.537-640), Zürich, 1960.
- Genç Arıdemir**, Arzu, Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, İstanbul, 2012.
- Gergen**, Thomas, “BGB § 2033” (BGB § 2033), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022.
- Gergen**, Thomas, “BGB § 2034” (BGB § 2034), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022.
- Gergen**, Thomas, “BGB § 2035” (BGB § 2035), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022.
- Göksu**, Tarkan, “Art. 635”, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 2023.
- Gübeli**, Christian, Gläubigerschutz im Erbrecht, Zurich, 1999.
- Gümüş**, M. Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul, 2006.
- Han**, Işık Aslı, Sözleşmeden Doğan Yan Yükümlülüklerin İhlali, İstanbul, 2024.
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2014.

- İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan, İnan Türk Medeni Kanunu Miras Hukuku, Ankara, 2024.
- İnceoğlu**, Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, Ankara, 1987.
- Kocar**, Serra, **Türk Miras Hukukunda Mirasçıların Birlikte Sorumluluğu**, Ankara, 2024.
- Kürşat**, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003.
- Löhnig**, Martin, “BGB § 2033” (BGB § 2033), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 §§ 1967-2063 Rechtsstellen des Erben, 2020.
- Löhnig**, Martin, “BGB § 2034” (BGB § 2034), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 §§ 1967-2063 Rechtsstellen des Erben, 2020.
- Minnig**, Yannick, “Art. 609” (Art. 609), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2023.
- Minnig**, Yannick, “Art. 635” (Art. 635), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2023.
- Minnig**, Yannick, “Art. 636” (Art. 636), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel, 2023.
- Musielak**, Hans-Joachim, “BGB § 2382”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, München, 2022.
- Nart**, Serdar, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt 1 (Madde 1-82), İstanbul, 2019.
- Nomer**, Halûk Nami, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2002.
- Olshausen**, Wolfgang, “BGB § 2382”, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 5 Erbrecht §§ 2303-2345 Pflichtteil, Erbunwürdigkeit, 2016.
- Özakman**, H. Cumhur, Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, İstanbul, 1984.
- Özdemir**, Hayrunnisa, “Mirasçıların Murisin Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1-2, 2012, s. 191-223.
- Pichonnaz**, Pascal, “Art. 152”, Commentaire Romand 1. Art. 1-252 CO, partie générale, contrats innommés, vente et donation, Basel, 2021.
- Reinhart**, Thomas, Die Unwiderrufliche Vollmacht, ihre Stellung in der allgemeinen Rechtslehre und in ausgewählten positiven Rechtsordnungen, Zürich, 1981.
- Roth**, Wolfgang, “Das Vorkaufsrecht der Miterben”, Neue Juristische Wochenschrift Spezial, Cilt: 6, 2022, s.167.
- Rouiller**, Nicolas, “Art. 635”, Commentaire du droit des successions, SHK - Stämpflis Handkommentar, Bâle, 2021.

- Sarıkaya**, Murat, “Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru Bakımından İncelenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, 2022, s. 805-832.
- Serozan**, Ahmet Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara, 2022.
- Spahr**, Stéphane, “Art. 609”, Commentaire romand Code civil II, Basel, 2021.
- Sungurbey**, İsmet, “Miras Payının ya da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiye Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Hacine İlişkin Pratik Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt: 7/II, 1983, s.1517-1533.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Topuz**, Seçkin, “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesinde Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2008, s. 419-429.
- Tuor**, Peter, “Art. 635”, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, B.III: Das Erbrecht, Art.457-640 ZGB, Bern, 1919.
- Tuor**, Peter/**Picenoni**, Vito, “Art. 609”, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 533-640 ZGB, Bern, 1966.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Jungo**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 2023.
- Vouilloz**, François, “Art. 635” (Art. 635), Commentaire romand Code civil II, Bâle, 2016.
- Vouilloz**, François, “Art. 636” (Art. 636), Commentaire romand Code civil II, Bâle, 2016.
- Widmer**, Markus/**Costantini**, Renato/**Ehrat**, Felix R., Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel, 2020.
- Wolf**, Stephan, “Art. 609”, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern, 2014.
- Wolf**, Stephan, Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft, Bern, 2004.
- Wolf**, Stephan/**Hrubesch-Millauer**, Stephanie, Schweizerisches Erbrecht, Bern, 2024.
- Wolf**, Stephan/**von Bary**, Christiane, “Abtretung von Erbanteilen in der Schweiz und in Deutschland”, Aktuelle Juristische Praxis, Cilt: 2, 2021, s. 151-160.
- Wolf**, Stephan /**Genna**, Gian Sandro, Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, 2. Teil, Basel, 2015.

ANTİK ROMA'DA SU KAYNAKLARINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE DAİR GENEL BİR DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Emine MINDİZ**^(**)

Öz: MÖ 753 dolaylarında Tiber Nehri kıyısında küçük bir şehir devleti olarak kurulan Antik Roma'da, Akdeniz ikliminin etkisiyle su kaynaklarının dönemsel olarak arttığı veya azaldığı, hayatın devamı için gerekli olan tatlı su ihtiyacının gerek doğal kaynaklardan gerekse insan eliyle yapılmış kanallardan karşılanabilmesi için bazı hukukî kurumlar ihdas edildiği bilinmektedir. Roma Hukukunun sulara ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerin, Roma'nın bir şehir devleti olarak kurulduğu dönemden bir imparatorluk haline gelinceye kadar geçirdiği aşamalar ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bu alanı düzenlemek için Eski Hukuk Dönemi'nde getirilen kurallar, ekonomisi esas itibarıyla tarım ve hayvancılığa dayanan küçük bir toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikteydi. Ancak Roma Devleti'nin bir imparatorluk haline geldiği Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren, ekonomik faaliyetlerin çeşitlenmesinin de etkisiyle, sulara ilişkin düzenlemelerin imparatorluk sınırları içindeki bütün şehirlerin su ihtiyacı ve Akdeniz'deki gemi ticaretinin gerekleri gözetilerek mevcut durum ile uyumlu hale getirildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özellikle üzerinde duracağımız bazı kavramlar vardır. Bunlar: Yağmur sularını çevirmeye ilişkin dava (*actio aquae pulviae arcendae*); suyun teminine ilişkin esnek çözümler sunan irtifak hakları (*servitutes*); nehirlerin tarım, sanayi, ulaşım ve balıkçılık faaliyetleri için kullanılması sebebiyle çıkan ihtilafların *interdictum*'lar aracılığıyla düzenlenmesi ve sulama ihtiyacının karşılanması ve şehirlere su temin edilmesi için inşa edilen su kemerleridir (*aqueducts*).

Anahtar Kelimeler: Antik Roma'da Su Kaynakları, *Actio Aquae Pulviae Arcendae*, *Servitutes*, *Interdictum*, *Aqueducts*.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 26.02.2025 - Makale Kabul Tarihi: 06.10.2025.

^(**) İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
İstanbul - Türkiye,
E-posta: e.sevimli@iku.edu.tr,
Orcid: 0000-0002-5307-2118.

A GENERAL EVALUATION OF LEGAL REGULATIONS CONCERNING WATER RESOURCES IN ANCIENT ROME

Abstract: In 750 BCE, the city-state of Ancient Rome was founded along the banks of the Tiber River. Due to the impact of the Mediterranean climate, water resources in Rome either increased or decreased periodically. The need for fresh water, essential for human survival, was met either through natural sources or man-made channels. To manage this, certain legal institutions were established. It is known that Roman Law introduced regulations concerning water from the time when Rome was a small city-state to its transformation into an empire. These regulations, introduced during the Early Law Period, were designed to meet the needs of a small society primarily based on agriculture and livestock and thus were sufficient for addressing the economic needs of that era. However, from the Classical Law Period onward, as economic activities diversified and Rome transitioned into an empire, legal regulations regarding water began to address the needs of all cities within imperial boundaries, as well as trade requirements across the Mediterranean. In this context, the following issues are particularly noteworthy: Action for warding off rainwater (*actio aquae pluviae arcendae*), flexible solution authorized landowners to bring water onto their land (*servitutes*), rivers that used for agriculture, transportation, industry and fishing regulated by means of praetorian interdicts (*interdictum*) and the laws governing the supply of water to cities through aqueducts (*aqueducts*).

Keywords: Water Resources in Ancient Rome, *Actio Aquae Pluviae Arcendae*, *Servitutes*, *Interdictum*, *Aqueducts*.

GİRİŞ

MÖ 1. yüzyılda yaşamış Romalı bir mimar ve mühendis olan *Marcus Vitruvius Pollio* mühendislik alanında klasik bir eser olarak kabul edilen *De Architectura Libri Decem* (Mimarlık Üzerine On kitap) adlı eserinin su kaynaklarına ilişkin sekizinci kitabında, su yaşam için, zevkler için ve günlük kullanım için vazgeçilmezdir ifadesine yer vermiştir¹. MÖ 7. yüzyıldan MÖ 3. yüzyıla kadar Roma'nın kırsal yerleşimlerinin su ihtiyacı Tiber Nehri'nden, şehrin içerisindeki kaynaklardan ve kuyulardan sağlanmaktaydı. Ancak nüfusun artışı, değişen iklim koşulları yüzünden artan sıcaklıklar ve kaynakların kirletilerek kullanılamaz hale gelmesi sonucunda bu kaynaklar su ihtiyacını karşılayamaz hale gelince MÖ 312 yılında imparator *Appius Claudius* tarafından ilk su kemeri (*Aqua Appia*) inşa ettirilmiştir. *Latium* bölgesinin etrafında yer alan kaynaklarda, göllerde ve akarsularda bulunan suların toplandığı su kemerlerinin sayısı zaman içerisinde artmıştır. Su kemerlerindeki sulardan sadece şehrin ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla yararlanılmış, geniş bir alanda sürdürülen tarımsal faaliyetler için gerekli su ihtiyacı ise en eski köy taşınmaz irtifaklarından biri olan *servitus aquaeductus*'un ihdas sebebi olmuştur. Diğer taraftan nehirler ve su yolları ulaşımın sağlanması amacına da hizmet etmiştir².

Roma Devleti gerek bireysel menfaatleri gerekse kamu menfaatini sağlamak amacıyla tatlı su kaynaklarına ilişkin yasal düzenlemeler öngörmüş, henüz Cumhuriyet Dönemi'ne ilişkin hukuk kaynaklarında tatlı suların herkesin ortak malları arasında yer aldığı ifade edilmiştir. Tatlı sulara ilişkin ilk yasal düzenlemeler ise suyun tedarik edilmesinden ziyade nakledilmesine ilişkindir³. Antik Roma'da su kaynaklarına ilişkin hukukî düzenlemelerin sergilediği gelişimin, Roma'nın bir şehir devleti olarak kurulduğu dönemden bir imparatorluk haline gelinceye kadar geçirdiği aşamalar ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bu alanı düzenlemek için getirilen kurallar ilk dönemlerde küçük bir tarım toplumunun ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikteyken, Roma Devleti'nin bir imparatorluk haline geldiği dönemlerde ise imparatorluk sınırları içindeki bütün şehirlerin su ihtiyacı ve Akde-

¹ *Vitr. De Arch. 8.1.1: Est enim maxime necesseria et ad vitam et ad delectiones et ad usum cotidianum.* Gerda, **De Kleijn**, *The Water Supply of Ancient Rome*, Amsterdam 2001, s. 1.

² İpek Seveda, **Söğüt**, *Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtalar*, İstanbul 2014, s. 115-121.

³ Cynthia, **Bannon**, "Fresh Water in Roman Law: Rights and Policy" (*Fresh Water*), *JRS* 107 (2017), pp. 60-89, s.61.

niz'deki gemi ticaretinin gerekleri gözetilerek mevcut durum ile uyumlu hale getirilmiştir⁴.

Köy taşınmazları üzerinde tesis edilen sulara ilişkin irtifaklar (*iura aquarum*) hakkındaki gelişmiş yasal düzenlemeler, Roma İmparatorluğu'nda yoğun sulama uygulamalarının varlığına işaret etmektedir⁵. Geniş topraklar üzerinde yüzyıllar boyunca hüküm süren Roma İmparatorluğu için günlük gıda maddelerinin temini büyük öneme sahipti. Tarımsal üretim ise imparatorluğun doğusunda ve batısında yaşayan insanların gıda ihtiyaçlarının karşılanmasında yaşamsal bir önem taşımaktaydı. Bazı ürünlerin kuru tarım koşullarında yetiştirilmesi mümkün olsa da, sulama, özellikle kurak bir iklime sahip olan imparatorluğun doğusunda, tarımsal üretimde verimliliği artırmak için vazgeçilmez bir unsurdu. Gelişmiş bir hukuk düzenine sahip olan Roma Devleti'nin, özellikle yoğun sulama gerektiren tarım arazilerinin ihtiyaçlarını gözeterek, zaman içinde etkin bir tarımsal sulama politikası geliştirdiği anlaşılmaktadır⁶.

Tarım arazilerinin verimliliğinin sürdürülebilmesi amacıyla tarımsal üretime yönelik yatırımların yapılması ve bu arazilerin bakımı, korunması ve geliştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Tarımsal üretimde sulamanın önemi dikkate alındığında, arazi malikinin sulama suyuna sürekli olarak erişebileceğine ilişkin belirsizliklerin, maliki, araziye yatırım yapmaktan alıkoyacağı yadsınamaz bir gerçektir. Geçimlerini çiftçilik, bağcılık

⁴ Cynthia J., **Bannon**, "A Short Introduction to Roman Water Law" (Introduction), *Memorias of the American Academy in Rome*, Vol. 66 (2021), 2021, pp. 1-18, s. 2-3.

⁵ Köy taşınmazları üzerinde tesis edilen *servitus aquaeductus*, bir kimseye içme, sulama ya da temizlik sularını başkasına ait bir taşınmazdan geçirme hakkı verirdi. Arazisi lehine böyle bir irtifak hakkı tesis edilen kişi, kendi arazisinin ihtiyacı olan suyu başkasına ait taşınmaz üzerinden geçirerek kendi arazisine ulaştırma hakkını elde etmiş olurdu. Hak sahibi *servitus aquae haustus* sayesinde başkasının taşınmazından su çekme hakkına, *servitus pascendi* sayesinde ise başkasının taşınmazında hayvan otlatma hakkına sahip olurdu. Belgin, **Erdoğan**, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 2012, s. 107; Özcan, **Karadeniz Çelebican**, *Roma Eşya Hukuku (Eşya)*, Ankara 2015, s. 245; Ziya, **Umur**, *Roma Hukuku Ders Notları (Roma)*, İstanbul 1999, s. 480; Salvatore, **Di Marzo**, *Roma Hukuku*, İstanbul 1959, s. 308.

⁶ Alewyn, **Burger**, "Roman Water Law (Part 1)" (Part 1), *J. S. Afr. L.* 72, 2007, pp. 72-95, s. 79; Alewyn, **Burger**, *A Study of Roman Water Law, With Specific Reference to Water Allocations and Prior Appropriation (Roman Water Law)*, Water Research Commission Report No TT 279/06, August 2006, s. 14-15.

Tarımsal faaliyetlerin nüfusun büyük bir kısmının geçim kaynağını oluşturduğu Roma Devleti'nde tutulan arazi kayıtlarından, arazilerin yüzölçümleri esas alınarak tarımsal verimlilik, vergi potansiyeli ve sulama ihtiyacı bakımından sınıflandırıldığı anlaşılmaktadır. Richard Phare, **Duncan-Jones**, *Studies in Roman Property by the Cambridge University Research Seminar in Ancient History*, Cambridge University Press 1976, s. 15-16.

veya bahçecilik yaparak sağlayan Romalıların da, sulama suyuna kesintisiz bir şekilde erişebileceklerine ilişkin bir teminattan yoksun olmaları halinde toprağı ekip biçmekten ve toprağı yatırım yapmaktan uzak duracakları gerçeğı, ekonomisi ağırlıklı olarak tarımsal üretime dayanan Roma Devleti'ni sulama suyuna erişebilme konusundaki belirsizlikleri azaltmak için önlemler almaya teşvik etmiştir. Aşağıda belirtildiğı üzere, devamlı akışı olan suların doğal hukuk gereğı herkesin ortak malları arasında sayılması ve bunlar üzerinde zilyetlik veya mülkiyet hakkı tesis edilememesi, *praetor*'ları, henüz Klasik Hukuk Dönemi'nin başlarında (MÖ 150 civarı), çiftçilerin sulama suyuna devamlı surette erişebilmelerinin teminatı olarak *interdictum*⁷'ların

⁷ *Interdicta: Interdictum*'un çoğulu olan bu savunma aracı, *Formula* usulünün uygulandığı dönemde *praetor*'un *imperium* yetkisine dayanarak, hâkimin karar vermesine gerek kalmayacak şekilde, ihtilaflı bir işin yapılmasını yasaklamak veya emretmek suretiyle halletmesi. Normal dava usulüne göre daha esnek olan bu araç sayesinde tarafların ileri sürebilecekleri bütün sebepler araştırılmadan, hızlı bir şekilde, *ius civile* tarafından öngörülmeyen bazı durumların hukukten korunması sağlanmıştır. Ancak bu geçici bir usul olduğundan, taraflar isterlerse ayrıca şahsî bir dava açarak hâkimin kararına göre *interdictum* hükmünü değiştirebilmekteydiler. Ziya, **Umur**, Roma Hukuku Lügatı (Lügat), İstanbul 1975.

Hukuk düzenleri zilyetliğin dış dünyaya yansıtılması sırasında kazandığı görünümü koruyarak toplumsal huzur ve sükûnun sağlanmasını ve sürdürülmesini amaçlamışlardır. Hem Roma Hukukunda hem de günümüz hukukunda zilyet, kamu düzeninin sağlanması için herhangi bir üçüncü kişinin ve hatta malikin tecavüzlerine karşı korunmuştur. Zilyetlik bir hakka dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın korunan fiili bir durumdur. Zilyetlik davalarında ihlal edilmiş ya da ortadan kaldırılmış olan zilyetliğin tekrar tesis edilmesi esastır. Hem Roma Hukukunda hem de günümüz hukukunda zilyetliğı zorla veya gizlice elinden alınan ya da zilyetliğine el atılan zilyet, meşru müdafaa için özel bir uygulaması olan kuvvet kullanma yoluna başvurarak zilyetliğini bizzat koruyabilir. Ancak zilyetliğin kuvvet kullanarak tekrar elde edilmesi için gerekli şartlar eksikse veya zilyet bu yola başvurmak istemezse, günümüz hukukunda zilyetlik davalarına başvurulması gerekir. Roma Hukukunda ise zilyetliğin hukukî koruma yolu dava değil *praetor interdictum*'larıdır. *Praetor*, ilgilinin talebi üzerine, onun tarafından ileri sürülen durum ve iddiaları doğru varsayarak, ihtilafa sebep olan işin yapılmasını yasaklamak veya emretmek suretiyle zilyetliğı geçici olarak korumaktadır. Bir diğer ifadeyle *praetor*, hak durumunu değil fiili durumu göz önünde bulundurarak mal üzerindeki egemenliğin devamına veya fiili durumun iadesine karar verirdi. Yargılama makamı, yargılama süreci ve kamu yararını sağlama amacı göz önünde bulundurulduğunda *interdictum* yargılaması idarî bir yargılama olarak nitelendirilebilir. Zilyetlik *interdictum*'ları, zilyetliğin devamını sağlama işlevi gören *interdictum*'lar (*interdicta retinendae possessionis*) ve kaybedilmiş olan zilyetliğin tekrar elde edilmesini sağlayan *interdictum*'lar (*interdicta recuperandae possessionis*) olmak üzere ikiye ayrılırdı. Zilyetliğin devamını sağlama işlevi gören *interdictum*'larda (*interdicta retinendae possessionis*) her iki tarafta zilyetlik iddiasında bulunur ve *praetor*, zilyetliğı, zorla, gizlice veya istenildiğı zaman geri alınabilecek (*vi, clam, precario*) tarzda elde etmemiş olan tarafı tercih ederdi. Zilyetliğı bu yollarla elde etmesine rağmen zilyetlik korumasından yararlanmak isteyen kişinin zilyetliğı haksız zilyetlik (*iniusta possessio*) veya fesatlı zilyetlik (*possessio vitiosa*) olarak nitelendirilir ve kendisine karşı fesatlı zilyetlik def'i (*exceptio vitiosae possessionis*) ileri sürülebilirdi. Özlem, **Söğütü**, Roma Özel Hukuku, Ankara 2022, s. 728-731.

Bannon'a göre, Romalı hukukçuların değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçların yarattığı hukukî meseleleri çözmek için yeni bir hukuk kurumu yaratmak yerine mevcut bir hukuk kuru-

uygulama alanını genişletmeye sevk etmiştir. Bu savunma aracı sayesinde geçimlerini tarımsal üretimle sağlayan Romalıların ihtiyaç duydukları sürece tarımsal sulama amacıyla bu sulardan yararlanabilmeleri teminat altına alınmıştır⁸.

Akdeniz ikliminin etkisiyle su kaynaklarının dönemsel olarak arttığı ve ya azaldığı Antik Roma’da hayatın devamı için gerekli olan tatlı su ihtiyacının gerek doğal kaynaklardan gerekse insan eliyle yapılmış kanallardan karşılanabilmesi için bazı hukukî kurumlar ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Yağmur ve dere sularının yüksekte bulunan kendi arazisindeki doğal akışını değiştirecek şekilde faaliyette bulunan malike karşı alçaktaki komşu arazi malikinin açabileceği şahsî bir dava olan *actio aquae pluviae arcendae*; içme, sulama veya temizlik suyunu başkasının taşınmazından geçirmeye ilişkin bir irtifak hakkı olan *aquaeductus* ve komşuya ait taşınmazdan su çekmeye ilişkin bir irtifak hakkı olan *aquae haustus* ekonomisi tarıma ve hayvancılığa dayanan bir şehir devletinin üretim faaliyetlerine ilişkin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ihdas edilmiş kurumlardır. Özellikle deniz taşımacılığı sebebiyle ticaretin de ekonomik bir faaliyet olarak ilerlemesi sonucunda, herkesin ortak malları arasında olduğu kabul edilen akarsuların kullanımı *praetor interdictum*’ları aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu *interdictum*’lar deniz taşımacılığının gerekleri ile akarsuların kıyısında yaşayan ve gerek ihtiyaçlarını karşılayabilmek için suyun yönünü değiştiren gerekse su taşkınlarını önlemek amacıyla setler inşa eden kişilerin menfaatleri arasında bir denge kurmak amacıyla kullanılmışlardır⁹.

Roma’nın bir şehir devleti (*civitas*) olarak kurulduğu ve ekonomisinin tarım ve hayvancılığa dayandığı ilk devirlerden itibaren Roma Hukuku akar suları (*aqua profluens*) doğal hukuk (*ius naturale*) gereği herkesin ortak malı (*res communes omnium*) olarak kabul etmiştir¹⁰. Bu yaklaşımı ortaya koyan

munu bu yeni duruma uyarlamak yönünde sergiledikleri muhafazakâr tutum sulara ilişkin hukukî düzenlemelerde de etkisini göstermiştir. Çünkü ilk başlarda sadece kamu malı olarak nitelendirilen su kaynakları için uygulanan *interdictum*’ların uygulama alanı özel mülkiyet konusu olan su kaynaklarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. **Bannon**, Fresh Water, s. 85.

⁸ **Burger**, Part 1, s. 80-81, 83; **Burger**, Roman Water Law, s. 13-14, 16.

⁹ **Bannon**, Introduction, s. 1. Aynı yönde bkz. **Burger**, Part 1, s. 83; **Burger**, Roman Water Law, s. 16 vd.

¹⁰ Gerek insanların ve hayvanların hayatta kalabilmeleri gerekse tarımsal faaliyetlerin sürdürülebilmesi için ihtiyaç duyulan su kaynaklarının kullanımının ne şekilde düzenlendiği hususu XII Levha Kanunu’nda yer alan bilgilerden yola çıkılarak açıklığa kavuşturulamamaktadır. Bu döneme ilişkin olarak sadece, su kaynaklarının Roma şehrinin ihtiyaçlarını karşılayan ve

temel metinler olan *D.1.8.2*, *D.1.8.2.1*, *I.2.1.1*, *I.2.1.2*'de havanın, akar suların, denizlerin ve deniz kıyılarının doğal hukuk gereği herkesin ortak malları arasında yer aldığı, *D.43.12.2.*'de ise devletin getirdiği yasaklar olmadığı sürece toplumun her ferdinin bunlardan serbestçe yararlanabileceği belirtilmiştir¹¹.

Roma Hukukuna göre mallar (*res*)¹², çeşitli yönlerden sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma farklı açılardan yapılan değerlendirmelere göre çok çeşitli

herkesin kullanımına açık olan sular ve kaynağı ferdin mülkiyetine dâhil olan bir arazide yer alan veya böyle bir arazi üzerinde akan ve dolayısıyla arazinin mülkiyetinden ayrı olarak düşünülemeyen özel sular şeklinde ikiye ayrıldığı varsayımında bulunulabilir. Dolayısıyla arazi-den (*fundus*) çıkan suyun arazinin bir parçası (*portio fundi*) olarak kabul edildiği ve bu su kaynağını kullanma hakkının sadece arazi malikine ait olduğu anlaşılmaktadır (*meum esse*-benimdir). Luigi, **Capogrossi Colognesi**, "Water Regulation in Roman Law Considered From Opposing Standpoints: As Essential Resource and Threat to Humans and Environment", *Water History*, 15, 2023, pp. 161-167, s. 162.

- ¹¹ "Water Rights in Roman Law"(Water Rights), **J. S. Afr. L.** 20, 1903, pp. 266-269 (Yazarı gösterilmeyen yayın), s. 266; **Burger**, *Roman Water Law*, s. 12-13.

D.1.8.2 (Marcianus libro tertio institutionum)

pr. Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. 1. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.

Metinde hava, akan nehir, yağmur suları, deniz ve kıyısının tabii hukuka göre herkese ait olduğu belirtilmektedir.

I.2.1.1: Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris...

"Tabii hukuka göre herkese müşterek olanlar şunlardır: hava, akar su, deniz, ve dolayısıyla deniz sahilleri..." *Iustinianus*'a ait *Institutiones*'in çevirilerinin tamamı, Ziya, **Umur**, *Institutiones* (Institutiones), İstanbul 1968.

I.2.1.2: Flumina autem omnia et portus publica sunt...

"Bütün nehirler ve limanlar ammeye aittir..."

- ¹² Kaynaklarda *res* kelimesinin dar anlamıyla belli bir maddi malı, geniş anlamıyla hakları ifade edecek şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Aristo okuluna mensup filozoflar tarafından yapılan maddi eşya-maddi olmayan eşya ayrımını Roma Hukukuna aktaran *Cicero* malları, somut olarak var olan, görebildiğimiz, dokunabildiğimiz şeyler (*res quae sunt*) ve somut olarak var olmadığı için göremediğimiz, dokunamadığımız ve ancak zihnimizle kavrayabildiğimiz şeyler (*res quae intelleguntur*) olmak üzere ikiye ayırmıştır (*Cicero*, *Topik V. 27*). Daha sonraları *Seneca*, maddi eşya-maddi olmayan eşya ayrımına değinerek eşyayı bu anlamda *res corporales* ve *res incorporales* olarak isimlendirmiştir (*Seneca*, *epistulae ad Lucilium 58.11*). Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları da felsefe bilimi alanında yapılan bu ayırmadan yararlanmışlardır. Nitekim *res* kavramının *Gaius* tarafından maddi ve maddi olmayan bütün varlıkları kapsayacak şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır (*Gai. I. 2. 12-14; D.1.8.1.1*). Klasik Hukuk Dönemi'nde hukukî bir varlığa sahip olan mülkiyet hakkı, miras hakkı, rehin hakkı, intifa hakkı, sözleşmelerden doğan haklar, şehir ve köy irtifakları gibi sınırlı ayni haklar ve alacak hakkı *res incorporales* olarak nitelendirilmiştir. Klasik Hukuk Dönemi'nde yapılan *res corporales-res incorporales* ayrımı *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde *res-iura* (mal-hak) ayrımına dönüşmüş; maddi mallar üzerindeki zilyetlik *possessio rei*, haklar üzerindeki zilyetlik ise *possessio iuris* terimi ile ifade edilmiştir. **Söğütü**, s. 689-690.

olabilmektedir. Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, sular aynı anda birden fazla kategoriye dâhil olabilir. Örneğin özel mülkiyete konu olan bir arazide yer alan tatlı su kaynağı, arazinin mülkiyetine tâbi olup, ferdi malvarlığı (*res in patrimonio*) içinde yer alan ve kural olarak hukukî işlemlere konu olabilen (*res in commercio*), beşerî hukuka tâbi (*res humani iuris*) bir mal olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık mülkiyeti devlete ait olmakla birlikte çeşitli şekillerde fertlerin yararlanmasına bırakılan arazilerde (*ager publicus*) yer alan akarsular ise beşerî hukuka tâbi (*res humani iuris*) kamu malı (*res publicae*) olarak nitelendirilmiştir. Diğer taraftan kutsal alan olarak kabul edilen bazı nehirlerin ise ilahi hukuka tâbi mallar (*res divini iuris*) olarak nitelendirildikleri ve dolayısıyla malvarlığı dışında kalan (*res extra patrimonium*) ve hukukî işlemlere konu olamayan (*res extra commercium*) mallar oldukları anlaşılmaktadır. Sular üzerindeki hakların korunmasına ilişkin olarak başvurulabilecek savunma araçları ve uygulanacak hukuk kuralları, tatlı su kaynaklarının bu alt ayırımlardan hangisine dâhil olduğu yönündeki değerlendirmeye göre belirleneceği için mallara ilişkin olarak yapılan sınıflandırma oldukça önemlidir. Bannon'a göre, Antik Roma'da sular hakkındaki hukukî düzenlemelere ilişkin olarak yapılacak çalışmalarda, sular üzerindeki hakların, malların ne şekilde sınıflandırıldığı hususunda yapılan değerlendirmelerin dahi ötesinde bir bakış açısıyla ele alınması ve bu bağlamda konuya ilişkin olarak hukukçuların ve hukuk tarihçilerinin görüşlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Çünkü tarihçiler konuya ilişkin değerlendirmelerinde hukuk tarihinin kaynaklarını esas alırken, hukukçular ise bu konuyu öncelikle Roma Hukukunun kaynaklarına göre değerlendirmişlerdir¹³.

¹³ **Bannon**, Fresh Water, s.61-63.

Roma Hukuku, su hukuku alanında sergilediği yaklaşımla, su kaynaklarının büyük bir kısmının kamu malı olarak nitelendirildiği çoğu medeni hukuk sisteminden önemli ölçüde ayrılır. Antik Romalılar, su kaynaklarının kavramsallaştırılması bağlamında bir su kaynağının aynı anda iki farklı hukukî kategoriye girebileceğini öngörmüşlerdir. Quintavalla'ya göre, Romalı hukukçuların benimsedikleri kazuistik (meselecî) yöntem çerçevesinde sulara ilişkin ihtilaflar hakkında sundukları çözümler değerlendirildiğinde, her bir çözüm yolunun ihtilafa yol açan su kaynağının özellikleri dikkate alınarak sadece somut olay özelinde uygulandığı görülecektir. Yazar bu yaklaşımdan yola çıkarak, Antik Romalıların su kaynaklarının heterojen bir yapıya sahip olduğunu kabul ettikleri sonucuna varmaktadır. Alberto, **Quintavalla**, "Roman Law and Waters: How Local Hydrography Framed Regulation", Water Alternatives, 15 (2), 2022, pp. 457-472, s. 463-464.

Hava, deniz, deniz kıyıları, akarsular gibi şeyler yaşam için gerekli ve vazgeçilmez olmakla birlikte, insanların ihtiyaçlarından daha fazla olmaları sebebiyle ekonomik değeri (değişim değeri) olmayan mallar olarak kabul edilmişlerdir. Ekonomik bir değer taşımadıkları için aslında bu tür şeylerin hukukî açıdan mal sayılmaması gerekirdi. Ancak bu şeyler daha Klasik

Kaynağı ferдин mülkiyetine dâhil olan bir arazide yer alan veya böyle bir arazi üzerinde akan ve ortaya çıktığı kaynakta sürekli olan (*aqua viva*) yani geçici kuraklıklar ile suyun akışı kesintiye uğrasa bile yerin derinliklerindeki kaynağın bundan etkilenmediği (genel olarak sürekli rejime sahip olan yani yaz kış kesintisiz bir şekilde akan-*perennia*) ve yeterli genişliğe sahip olmadığı için nehir olarak adlandırılmayan bütün akar sular (*rivi*) özel sular olarak nitelendirilmiştir. Bu akar suların, mülkiyeti kamuya ait olan araziler boyunca aktığı durumlarda ise kesinlikle kamuya ait oldukları kabul edilirdi. Debileri sağanak yağmura bağlı olan bütün sel rejimli akar suların (yaz mevsiminde kuruduğu için devamlı akmayan sular- *torrentia*) da ferдин mülkiyetine dâhil olduğu anlaşılmaktadır¹⁴.

D.43.12.1.3’de yer alan düzenlemede nehirlerin (ırmaklar-*flumina*) ferдин mülkiyetine veya kamu mülkiyetine dâhil olan mallar (*res privatae-res publicae*) arasında yer alabileceği, D.1.8.4.1’deki düzenlemede ise nehirlerin neredeyse tamamının kamu malları arasında yer aldığı belirtilmiştir. *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde yer alan bir metinde¹⁵ ise, bütün nehirlerin ve limanların kamuya ait olduğu ifade edilmiştir. Quintavalla’ya göre, *Digesta*’da nehirlerin neredeyse tamamının, *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde ise bütün nehirlerin kamuya ait olduğu ifadesinin kullanılmış olması bu metin-

Hukuk Dönemi’nden itibaren doğal hukuk gereği tüm insanların ortak malları olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, belli koşullar altında, bu şeylerin tüm insanların ihtiyaçlarını karşılayamayacağı durumların ortaya çıkmasıyla birlikte ekonomik bir değer kazandıkları anlaşılmaktadır. Gerçekten, kaynaklarda bu tür şeylerin Roma Devleti’nin egemenliği altında veya Roma halkının mülkiyetinde (*res publicae*) olduklarından, hatta belirlenmiş miktarlarda özel kişilerin mülkiyetinde dahi olabileceklerinden söz edildiğine rastlanmaktadır. Bu durum Orta Çağ’dan itibaren hukukçuların *res communes omnium* ile *res publicae*’yi bağdaştırma çabalarına yol açmıştır. Ancak Orta Çağ’ın sonlarından itibaren büyük deniz güçleri oluşturan ülkeler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesiyle ilgili sorunlar sebebiyle denizler üzerinde tüm insanların hak sahibi olması görüşü ortaya atılmış ve *res communes omnium* düşüncesi yeniden önem kazanmıştır. TMK m. 715’e göre yararı kamuya ait olan mallar devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Roma Hukukunda ise doğal nitelikleri gereği, kamunun ortak kullanımına bırakılmış olan şeylerin *res communes omnium* olarak nitelendirilmesi, bunların toplumun mülkiyetinde olduklarının kabul edildiğini göstermektedir. Kaynaklarda bunların dışında kalan ve tarıma elverişli olmayan kayalar, tepeler, dağlar gibi yerlerden söz edilmediği için bu tür şeylerin devletin egemenliği altında mı görüldüğü, yoksa Eşya Hukuku anlamında sahihsiz mal (*res nullius*) olarak mı kabul edildiği sorusu tartışmaya açıktır. Buna karşılık TMK m. 715/2’den anlaşıldığı üzere kayalar, tepeler, dağlar ve buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar özel mülkiyete konu olamaz. **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 37-38. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Introduction, s. 11.

¹⁴ Water Rights, s 267; **Burger**, Roman Water Law, s. 13.

¹⁵ I.2.1.2:*Flumina autem omnia et portus publica sunt...*

lerden birinin değiştirildiğini (*interpolatio*) göstermektedir. Yazara göre, *Digesta*'da yer alan ilgili diğer metinlerde¹⁶ de, bazı nehirlerin ferdin mülkiyetine dâhil olan mallar arasında yer alabileceği belirtildiği için, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde yer alan metnin değiştirilmiş olma ihtimali daha yüksektir. Yine *Digesta*'da yer alan diğer bazı metinlerden¹⁷ anlaşıldığı üzere; dereler (*rivi*), çaylar (*torrentes*), göller (*lacus*), doğal veya yapay durgun su birikintileri (*stagni*), su hendekleri (*fossae*) ve kaynak suları (*fontes*) da nehirler gibi aynı anda hem kamu malları hem de ferdin mülkiyetine dâhil olan mallar arasında yer alabilirlerdi¹⁸.

Gerek özel mülkiyet konusu olan gerekse kamu malı olarak nitelendirilen su kaynakları üzerinde hak sahiplerine tanınan yetkiler genellikle soyut bir şekilde değil, her somut olayda kişilerin ekonomik çıkarları ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmiştir. Doğal kaynaklara ilişkin haklar rejiminin ise mülkiyet hakkı, irtifak hakları ve herkesin erişimine açık olan kaynaklar açısından ortak bir noktada kesiştiği görülmektedir. Hak sahipleri, her üç durumda da, su kaynağından su çekme, başkalarının su kaynağına erişimini engelleme ve su kaynağının yönetilmesi yetkisini ellerinde bulundurmakta ve bu sistemin işlemesi yerel bir denetim mekanizması ile sağlanmaktaydı. Su kaynağı üzerinde mülkiyet veya irtifak hakkına sahip olan kişiler bu yetkileri doğrudan doğruya kullanırken, kamu malı olarak nitelendirilen su kaynaklarının söz konusu olduğu durumlarda ise bu yetkiler devlet tarafından ivazlı veya ivazsız bir şekilde devredilmekteydi. Hak sahibine sağlanan geniş yetkilere ve mülkiyeti kamuya ait olan doğal kaynakların herkesin yararlanmasına açık olması gerektiği yönündeki beklentiye rağmen, sular üzerindeki hakların, zarar verebilecek nitelikteki kullanımlar açısından sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır¹⁹. Roma Hukukunun yaratıcı kaynakları (*fontes originis*) ve bilgi kaynakları (*fontes cognoscendi*) sayesinde Antik Roma'da sulara ilişkin hukukî düzenlemeler hakkında edindiğimiz bilgilerden yola çıkarak Romalıların iç suları temel olarak dört şekilde düzenlediklerini anlamlıdır. Aşağıda bu düzenleme şekilleri üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

¹⁶ D.43.12.1.4, D.43.12.1.6, D.43.12.1.7, D.43.12.1.10, D.43.12.1.11, D.43.13, D.43.14.

¹⁷ D.10.1.6, D.43.12.1.3, D.43.14.1.4-6, D.43.24.11.pr.

¹⁸ Quintavalla, s. 461.

¹⁹ Bannon, Fresh Water, s. 84-85.

I. ACTIO AQUAE PULVIAE ARCENDAE (YAĞMUR SULARINI ÇEVİRMEYE İLİŞKİN DAVA)

Roma Hukukunun bütün dönemlerinde *ius civile* malikinin (*dominium ex iure quiritium*), kaynağı arazisinde olan veya arazisi üzerinde akan suyun da maliki olduğu kabul edilmiştir. *Ius civile* maliki, henüz Cumhuriyet Dönemi'nde, *praetor* tarafından sağlanan *interdictum* korumasından yararlanarak arazisinden zorla veya gizlice (*quod vi aut clam*) su çeken kişilerden bu sebeple uğradığı zararın ve yaptığı masrafların tazmin edilmesini talep edebilirdi. *D.43.24.1.pr.*'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, *praetor*, mülkiyeti başkasına ait bir araziye zorla veya gizlice (*quod vi aut clam*) giderek zarar veren kişilerin, verdikleri zararın tazmin etmek zorunda olduklarını ifade etmektedir. *D.39.3.21*'de²⁰ ise, kendi arazisindeki su kaynağının yönünü değiştirerek komşu araziden yüzeye çıkmasını engelleyen arazi malikine karşı bir *interdictum* ileri sürme hakkının mevcut olmadığı belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle, arazi malikinin arazisindeki su kaynağının da maliki olduğu ve dolayısıyla bu kaynağa erişilmesini ve bu kaynaktan su çekilmesini denetleme hakkına da sahip olduğu kabul edilmiştir. Çünkü malik taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını, menfaati bulunduğu ölçüde, bu taşınmazın altına ve üstüne gidecek şekilde kullanabilirdi. Ancak arazi malikinin özel mülkiyet konusu olarak kabul edilen bu sular üzerindeki yetkileri sınırsız değildi²¹.

Henüz XII Levha Kanunu'nda mülkiyet hakkına kamu hukuku ve özel hukuk alanından doğan bazı sınırlamalar getirilmiştir. Özel hukuk alanında getirilen sınırlamalardan bazıları komşuluk hukukundan kaynaklanmaktaydı. Komşuluk hukuku sınırlamalarının, yan yana bulunan farklı kişilere ait taşınmazların yerel bağlılığından doğduğu kabul edilmekteydi. Taşınmaz malikinin taşınmazın sınırları içinde kalmak şartıyla arazisinden komşularını dikkate almadan yararlanabileceği²², ancak bu esasın mutlak olarak uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenle, her hukuk düzeni, taşınmaz

²⁰ Kaynağı sana ait bir arazide bulunan suyun benim arazimde yüzeye çıkması halinde, suyun yönünü değiştirerek benim arazimden yüzeye çıkmasını engellemen halinde, ben bu konuda bir irtifak hakkına sahip değilsem, sen zor kullanmak suretiyle beni engellemiş sayılmazsın ve ben *quod vi aut clam* sebebiyle sana karşı yararlanabileceğim bir *interdictum* korumasına sahip olamam ifadesine yer verilmiştir.

²¹ Bannon, Fresh Water, s. 65-66.

²² *D. 8.5.8.5: ... in suo eorum alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat...*

... başka birinin malına müdahale etmedikçe, bir kimse kendi malında istediğini yapabilir. Erdoğmuş, s. 53, dn. 89.

mülkiyetinin sağladığı yetkilerin mutlak olarak kullanılması ilkesi ile komşu taşınmaz malikinin de kendi mülkiyet hakkına yapılacak her türlü tecavüzü menetme yetkisine sahip olduğu ilkesini bağdaştırmaya çalışmıştır²³.

Komşu taşınmaz maliklerinin birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge sağlamak amacıyla XII Levha Kanunu ile getirilen ve konumuza ilişkin olan bu düzenlemelerden birine göre²⁴, her malik komşu araziden gelen yağmur suyunun doğal akışına katlanmak zorundaydı. Ancak komşu taşınmaz maliklerinin setleri veya tabii engelleri yıkmak veya alçaktaki taşınmaz setler yapmak şeklindeki faaliyetleri sonucunda kendi arazisine gelen yağmur sularının artması halinde, bu değişikliklerden zarar gören arazi malikinin yağmur sularını çevirmeye ilişkin bir şahsî dava (*actio aquae pulviae arcendae*)²⁵ açması mümkündü. Başka bir deyişle, zararın veya zarar tehlikesinin insan müdahalesi sonucunda suyun doğal akışının değiştirilmesi yüzünden ortaya çıkmış olması gerekirdi²⁶. Klasik Hukuk Dönemi'nde hem

²³ Bülent, **Tahiroğlu**, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları (Mülkiyet), İstanbul 2001, s. 73-74.

²⁴ *Lex XII 7.8: Si aqua pluvia nocet... Eger yağmur suyu zarar verecekse...* Sema, **Sandalcı**, On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1993, s. 32.

²⁵ Bu davada davalının mutlaka arazi maliki olması gerekirken davacının arazi maliki olması zorunlu değildi. Dolayısıyla mal üzerinde hukukî bir egemenlik sağlayan mülkiyet hakkı ile mal üzerinde fiilî bir egemenlik sağlayan zilyetlik arasındaki fark bu dava açısından önemliydi. Bitişik arazi malikinin yağmur suyunun doğal akışına müdahalesi sonucunda zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalan zilyet, zilyetliğine ilişkin hakkı sebebiyle bitişik arazi sahibine karşı korunduğu sürece bu davayı açabilirdi. Heather, **Winnet**, "Contemporary Water Pollution Cases and Roman Law", **3 Temp. Envtl. L. and Tech. J.**, 31, 1984, pp. 31-36, s. 36.

²⁶ Komşu taşınmaz malikleri arasında sadece yağmur suyuna (*aqua pluvia*) ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilaflarda bu dava açılabilirdi. Ancak *D.39.3.1.pr.*'da yer alan ifadeden anlaşıldığı üzere, yağmur suyunun diğer sularla karıştığı (*aqua mixta*) durumlarda karışımın içeriğinde yağmur suyunun da bulunması sebebiyle zarar gören kişi yine bu davayı açabilirdi. Ancak *Trebatius*'a göre, kuru temizleme işiyle uğraşan işletmesinin (*fullonicae*) faaliyetleri sonucunda kirlenen suların (atık suların) komşu araziye akmasına sebep olan kişiye karşı bu dava açılamazdı. Hukukçuya göre atık suların yağmur suyuyla karışmış olması da bu sonucu değiştirmezdi. Çünkü bu dava sadece gökyüzünden yeryüzüne inen yağmur suyuna ilişkindir. Ancak yetkili makamlara göre, atık suyun bir su yolunda toplandığı durumlarda toplanan suyun prensip olarak yağmur suyu da içermesi sebebiyle bu davanın açılması mümkündü (*D.39.3.3 pr.*).

Roma Hukukunda çevre kirliliğine neden olan tabakhane (*corarii*) ve kuru temizleyici (*fullo-nes*) gibi ticari işletmelerin sadece Tiber Nehri'nin diğer yakasında (*Transtiberim*) yer alabileceklerine dair düzenlemelerin mevcut olduğunu ileri süren yazarlar vardır. Bu işletmelerin gerçekten bu bölgede yerleşik olduklarına dair çeşitli bilgilere [*Martialis, Epigrammata (Liber 6, 93)*; *Iuvenalis, Satvrae (Satura 14,203)*] rastlanmakta ve topografik araştırmalar da *Martialis* ve *Iuvenalis*'in ifadelerini doğrulamaktadır. Ancak bunlar edebi metinler olup kaynaklarda bu yerleşimlere ilişkin hukukî bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı hususunda kesin bir bilgiye rast-

yağmur sularının daha çok veya daha şiddetli olarak yüksekteki taşınmazdan alçaktaki taşınmaza akıtılması halinde hem de yağmur sularının yüksekteki taşınmazı doldurup su basacak şekilde alçaktaki taşınmaza akmasına engel olunması hallerinde verilen bu dava ile komşu araziye su basacak şekilde yapılan değişikliklerin kaldırılması istenirdi²⁷. Dava, komşu taşınmazın ma-

lanmamaktadır. Bu işletmelerin belirli bir bölgede toplanmış olmaları esnaf ve zanaatkar loncalarının düzenlemelerine dayandırılabilir de bu tür bir düzenlemenin temelinde yatan sebep, çevre kirliliğinin önlenmesi değil, loncanın aynı bölgede yoğunlaşan üyelerini daha iyi gözetme imkânını elde edecek olmasıydı. Özetle Antik Roma’da endüstriyel yerleşimlerin çevrenin korunması amacıyla kamu hukuku alanında getirilen düzenlemelerle belirli bölgelere yönlendirildiğine ilişkin kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Bununla birlikte çevre kirliliğinin özel hukuk alanında getirilen düzenlemelerle önlenmesi amacıyla tabakhanelerin *Transtiberim* bölgesinde toplandıkları sonucuna varılabilir. Tabakhanelerin faaliyetleri sonucunda idrar kullanımı ile kirlenen su bu işletmelere komşu olan taşınmazlar üzerinde çevre etkileri yaratan bir müdahale olduğundan, komşu araziye akan atık sular sebebiyle işletme sahibine karşı *actio aquae pluviae arcendae* veya *actio negotoria* ile karşılık verilebilirdi. Komşuların çevresel etki yaratan bu ticari faaliyetlere tahammül göstermesi gerekmediği için kuru temizleyiciler veya tabakhaneler komşuların korunması amacıyla işletmelerinin kapatılması tehlikesi ile her zaman için karşı karşıyaydılar. Ancak *actio negotoria*’yı sadece malik olanlar açabildiği ve *Transtiberim* bölgesinde genellikle sosyo-ekonomik açıdan zayıf olan kişiler yaşadığı için, işletmesini kiralık evlerin bulunduğu bir bölgede konumlandırılanların kapatılma tehlikesi ile karşılaşmaları daha düşük bir olasılıktı. Bununla birlikte çevre kirliliğine neden olan ticari işletmelerin *Transtiberim* bölgesinde toplanmış olmalarında bölgenin limana yakınlığı, su temini için elverişli olması gibi sebeplerin yanı sıra bu bölgede yaşayanların sosyo-ekonomik durumlarının da rol oynadığı düşünülebilir. **Söğüt**, s. 290-294. Aynı yönde bkz. **Andreas, Wacke**, “Protection of the Environment in Roman Law”, *Roman Legal Tradition*, 1, 2002, pp. 1-24, s. 9-10.

Quintavalla konuya ilişkin makalesinde, modern hukuklarda taraflar arasındaki ihtilafla hangi hükmün uygulanacağını tespitinde suyun türünün ne olduğunun değil insan müdahalesinin ayırt edici kıstas olduğunu ve modern hukuk devletlerinde kanun koyucuların su türlerine Romalı hukukçular kadar önem vermediğini ifade etmektedir. Roma Hukukunun bu konudaki yaklaşımının modern hukuk sistemlerinden farklı olduğunu belirten yazar, sulara ilişkin ihtilaflar konusunda Roma Hukuku tarafından getirilen çözüm yollarının, somut olay açısından uygulanabilir olup olmadığının, sadece yağmur sularını çevirmeye ilişkin dava (*actio aquae pluviae arcendae*) özelinde değil, genel olarak suyun türüne göre tespit edildiğini belirtmektedir. Buna karşılık modern medeni hukuk sistemleri hukukî savunma aracı ile suyun türü arasında bir ilişki kurmak yerine, ilgili hukukî çözümlerin suyun bütün türleri açısından uygulanabilir olmasını sağlama eğilimindedirler. Bu nedenle Antik Roma’da suların sınıflandırılması hukukî açıdan büyük öneme sahipti. Bu bağlamda Roma Hukukuna göre su hukukî açıdan kavramsallaştırılırken suyun farklı niteliklerine göre farklı mülkiyet kategorilerine dâhil edildiği ve her bir kategori için farklı hukukî çözüm yolları öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Yazara göre, Roma Hukuku bu nedenle sulara ilişkin kapsayıcı bir yasal düzenlemeden yoksun olup her bir su kaynağı kendi karakteristik özelliklerine göre düzenlenmiştir. Bu yaklaşımın modern hukuk sistemleri üzerinde bazı izlerine rastlansa da sulara ilişkin modern yasal düzenlemeler bir rasyonelleşme sürecinden geçerek daha bütüncül bir yapıya kavuşmuştur. **Quintavalla**, s. 466-467.

²⁷ **Di Marzo**, s. 291-292; **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 79-80; Aynı yönde bkz. **Bannon**, *Fresh Water*, s. 66.

Kaynaklardan anlaşıldığı üzere, arazi malikleri setler (*aggeres*) inşa ederek veya hendekler (*fossae*) kazarak yağmur suyunun doğal akışı sebebiyle ortaya çıkan zararlardan kendilerini korumaya çalışmışlardır. Ancak arazi sahipleri kendilerini korurken yürüttükleri faaliyetler

likini eski hale iade yükümlülüğü altına sokardı²⁸. Taşınmaz maliki eski hale iadedden kaçınırsa, zarar gören, zarar veren hesabına gerekli tedbirleri alabilirdi²⁹.

Bu dava için Klasik Hukuk Dönemi'nde öngörülen kıstaslar, tarımsal menfaatin ön planda tutulduğu yeni bir sular rejiminin ihdas edildiği *Iustini-anus* Hukuku Dönemi'nde önemli ölçüde değiştirilmiştir. Yeni rejimin en

sebebiyle komşu araz maliklerine zarar vermemek için adeta gönüllü bir dayanışma ve iş birliği içerisinde hareket ederek geliştirdikleri ortak savunma araçları ile şiddetli yağmurların yıkıcı etkilerini azaltmaya veya ortadan kaldırmaya çalışmışlardır. Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarında şehrin yeniden yapılanması amacıyla yapılan kazılarda suyun yönlendirilmesi ve kontrol edilmesi için inşa edilmiş eserlere rastlanması bu dayanışma ve işbirliğini ispatlar niteliktedir. Toplumun her an gerçekleştirebilecek bu doğal afete karşı yüksek bir farkındalığa sahip olduğu hususu, o dönemden yüzyıllar sonra yaşamış hukukçular tarafından arazilerin genel durumlarına ilişkin olarak kaleme alınan metinlerde de ifade edilmiştir. *Actio aquae pluviae arcendae*'ye ilişkin olan bu metinlerde (D.39.3.1 ve D.39.3.2) arazi maliklerinin gerek arazilerinin konumu sebebiyle gerekse genel kabul görmüş kurallar çerçevesinde, maruz kaldıkları tehlikeler yüzünden kaçınılması mümkün olmayan bir birliktelik ve zorunlu bir dayanışma içerisinde oldukları ifade edilmektedir. **Capogrossi Colognesi**, s. 161-162.

MÖ 5. yüzyılda günümüzdeki drenaj çalışmalarının ve baraj yapımlarının olmadığı dikkate alındığında, zengin akarsulara sahip olan İtalya'da ani ve şiddetli su baskınları sebebiyle sık sık büyük zararlar ortaya çıkıyordu. Bu nedenle fazla suyu uzaklaştırarak tarım alanlarını sık sık görülen sağanakların yol açtığı sellere karşı korumak son derece önemliydi. Ancak bir taşınmaz maliki kendisi için yararlı olan fakat komşu taşınmazda su baskınına yol açabilecek bir eser meydana getirdiğinde tehlikenin boyutları artıyordu. **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 80.

²⁸ bkz. D.43.8.2.43'de kullanılan *restituere* ifadesi eski hale iade anlamına gelmektedir. **Di Marzo**, s. 292, dn. 84; **Erdoğan**, s.55; **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 79.

²⁹ **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 79.

Daha Roma Hukuku döneminde mülkiyet hakkının, taşıdığı öneme, kutsal olarak addedilmesine ve içerdiği üstün yetkilere karşın sınırlandırılabilirliği düşüncesi mevcuttu. Ancak mülkiyet hakkına özel hukuk ve kamu hukuku alanında getirilen sınırlamalara karşın, malike sağlanan yetkiler çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, Roma Hukukunun mülkiyet anlayışının geniş kapsamlı olduğu sonucuna varılabilir. Böyle bir mülkiyet anlayışının hâkim olduğu bir dönemde, en azından çok zorunlu müdahaleler sonucunda zarar gören malike bir giderim istemi tanınmasına ihtiyaç duyulacağı, dolayısıyla bir fedakârlığın denkleştirilmesi isteminin herhangi bir biçimde belireceği doğaldır. Bu bağlamda, taşınmaz malikin taşınmazı üzerinde, komşu taşınmazın zararına olarak, yağmur suyunun doğal akışının bozulmasına yol açacak değişiklikleri yapamayacağı kabul edilirdi. Bu yasağa karşın değişikliklere girişen taşınmaz malikinden eski halin tekrar kurulması istenebilirdi. Taşınmaz maliki bundan kaçınırsa, zarar görenin, zarar veren hesabına gerekli tedbirleri almasına müsaade etme zorunluluğu vardı. Oldukça ağır bir sınırlama olmasına ve fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesini içermesine rağmen bir giderim isteminden söz edilmemiştir. Yazar, konuya ilişkin eserinde, *actio aquae pluviae arcendae*'nin yanı sıra, mülkiyet hakkına komşuluk hukuku bağlamında getirilen diğer bazı sınırlamalardan da söz etmek suretiyle, Roma Hukukunda fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinin ürünü sayılabilecek bazı hukukî kurumların varlığına işaret etmektedir. Yazara göre, bununla birlikte münferit bir görünüm arz eden bu hükümlerden yola çıkılarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ayrı ve bağımsız bir hukukî kurum niteliğini kazandığı sonucuna varmak olanaksızdır. İlhan, **Ulusan**, *Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 2012, s. 65-71.

önemli özelliği malikin, yağmur ve kaynak sularını kendi taşınmazının menfaati nispetinde kullanma yetkisi olmuştur³⁰. Buna göre, yüksekteki arazinin malikin kendi arazisinden çıkıp alçaktaki arazilere akan suları kendi arazisinin ihtiyacından daha fazla nispette kullanamayacağı ve suların alçaktaki arazilere akmasını engelleyecek faaliyetlerde bulunamayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu dönemde, alçaktaki arazinin ihtiyacı olan yağmur ve dere sularının bu araziye sulamasını engelleyen değişikliklerin kaldırılması amacıyla da bu davanın verildiği ve yağmur sularını kullanma hakkının sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır³¹. Böylece *Iustinianus*, suyun az olduğu ve kurak yerleri çok olan bazı doğu bölgelerinde ihtiyacından fazla miktarda su harcayarak su kaynaklarını israf eden maliklere karşı bu davanın açılabilceğini öngörerek komşu taşınmaz malikleri arasında dayanışmayı da sağlamaya çalışmıştır³².

Klasik hukukçuların *ius civile*'yi açıklarken XII Levha Kanunu'ndaki düzenlemeleri de değerlendirerek yaptıkları yorumlar sayesinde bu davanın kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgilere ulaşılmış ve bu düzenlemenin yüksekte bulunan komşu araziden akan yağmur sularının gelecekte verebileceği zarara karşı getirildiği sonucuna varılmıştır. MS 2. yüzyılda yaşamış klasik hukukçulardan biri olan *Pomponius*, kendisinden önce yaşamış eski hukukçulardan (*veteres*) olan *Platius* isimli hukukçunun çalışmalarından alıntı yaparak konuya ilişkin değerlendirmede bulunmuştur³³:

D.40.7.21 pr.: (Pomponius libro septimo ex Plautio)... sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt “si aqua pluvia nocet”, id est “si nocere poterit”...

... Eski hukukçular XII Levha Kanunu'nda kullanılan “eğer yağmur zarar verirse” ifadesini “eğer zarar verebilirse” şeklinde yorumlamışlardır...

Eski hukukçular XII Levha Kanunu'ndaki “*si aqua pluvia nocet*” ifadesini yorumlarken fiilin zamanı üzerinde yoğunlaşmışlardır. Hukukçular *actio aquae pluviae arcendae*'nin sadece bir zarar tehlikesinin varlığı halinde açılacak bir dava olduğunu ifade edebilmek için, fiilin çekiminde şimdiki zamanın gelecekte gerçekleşme ihtimali olan bir durumu ifade edecek

³⁰ **Di Marzo**, s. 292.

³¹ **Erdoğan**, s. 52-55; Aynı yönde bkz. **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 79-80.

³² **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 81.

³³ **Bannon**, Introduction, s. 3.

şekilde kullanıldığını belirtmişlerdir³⁴. Romalı hukukçular genel eğilimlerine uygun olarak, bu konuda da, haklardan soyut bir şekilde söz etmek, teorik açıklamalar yapmak yerine hukukî çözüm yolları veya davalar aracılığıyla bu hakları somutlaştırmayı tercih etmişlerdir. Bu olayda yağmur suyunun doğal akışına yapılan müdahale yüzünden zararın doğması ihtimali göz önünde bulundurulmuş ve zarar henüz gerçekleşmeden önce açılabilir bir davadan söz edilmiştir. Zararın zaten doğduğu hallerde ise, zarar görenin bu dava yerine, *lex Aquilia*'dan doğan davayı açması gerekirdi. Ayrıca *actio aquae pulviae arcendae* sadece köylerdeki taşınmazlar için öngörülmüş bir dava olup benzer sebeplerle şehirlerdeki taşınmazların zarar görme tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde bu dava açılmazdı. Kaynaklarda bu davanın hangi durumlarda açılacağı konusunda getirilen zamansal sınırlamanın yanında sosyal ve çevresel unsurlardan kaynaklanan sınırlamalardan da söz edilmektedir. Buna göre *actio aquae pulviae arcendae* sadece yağmur sularına ilişkin olarak, sadece köy arazilerini kapsayacak şekilde ve sadece davalının komşu araziye giden yağmur sularının artmasına sebep olacak bazı zarar verici faaliyetlerde bulunması hallerinde açılabilirdi³⁵. Kaynaklarda zarar verici nitelikte olmakla birlikte toprağın işlenmesi amacıyla yapılan faaliyetlere ilişkin istisnai bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre malik arazisindeki değişiklikleri tarlasını işlemek (ekip biçmek) amacıyla (*fundi colendi causa*) yapmışsa, değişiklikten zarar gören arazi malikinin bu davadan sonuç alamayacağı anlaşılmaktadır³⁶.

D.39.3.1.4'de belirtildiği üzere, arazi maliki toprağını iyileştirecek faaliyetlerde bulunma hakkına sahip olmakla birlikte, gerçekleştirdiği faaliyetler sebebiyle komşu arazi malikinin toprağına zarar verme hakkına sahip değildir (*sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat*). D.39.3.1.12'de yer alan düzenlemede de aynı ilkeden söz edilmektedir. Buna göre, arazi maliki kendi arazisinde bulunan bir su kaynağının etrafını kazarak komşu araziye giden suyun kesilmesine sebep olmuştur. Komşu arazi maliki, arazisine gelen suyun kesilmesine yol açan bu davranışın hileli olduğu gerekçesiyle bir hile davası (*actio de dolo*) açarak su akışına karşı gerçekleşen bu müdahaleye son verilmesini istese de, kazı çalışmasını yapan arazi malikinin komşu arazi malikine zarar verme kastı ol-

³⁴ Aynı yönde bkz. D.39.3.1.1.

³⁵ Bu yönde bkz. D.39.3.1.17.

³⁶ **Bannon**, Fresh Water, s. 66; **Bannon**, Introduction, s. 4.

madığı için bu davanın açılabilmesi mümkün değildir. Arazi maliki kendi arazisindeki su kaynağının etrafını kazarak komşu araziye giden suyun yönünü değiştirmiş olsa da, bu kazı faaliyetini komşu arazi malikine zarar vermek için değil kendi arazisini iyileştirmek amacıyla yaptığını ispat ederek aslında zarar verme kastının olmadığını ispat etmiş olur (*si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id fecit*)

Ancak bu düzenlemenin sadece tarımsal üretim amacıyla gerçekleştirilen faaliyetler için mi geçerli olduğu; örneğin topraktaki fazla nemin uzaklaştırılması için suyun toplanması ve daha alçak bir alana boşaltılması amacıyla çukur kazılması halinde zarar gören arazi malikinin bu dava ile yapılan değişikliklerin kaldırılmasını talep edip edemeyeceği üzerinde ayrıca durulduğu anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin yazınsal metinlerden ve arkeolojik buluntulardan anlaşıldığı üzere bu amaçla yapılan kazılara çok sık rastlandığı için hukukçuların bu konu üzerinde özellikle durmuş olmaları şaşırtıcı değildir. Buna göre, bu amaçla yapılan kazıların yağmur suyunun yüksekteki araziden aşağıya doğru doğal akışını etkilememesi halinde normal ve gerekli olarak nitelendirildiği ve bu davanın konusu haline getirilemeyeceği belirtilmiştir. Keza yağmur suyunun arazinin yapısı sebebiyle yokuştan aşağıya doğru doğal olarak aktığı hallerde de bu davanın açılması mümkün değildir³⁷. Bu düzenleme arazinin fiziksel yapısının dikkate alındığının ve komşu arazi maliklerinin tarımsal faaliyetlerini yürütürken korunmaya değer çatışan menfaatlerinin dengelenmesi amacının gözetildiğinin bir işareti olarak değerlendirilebilir. Hukukçuların bu yaklaşımlarının arazilerinin yapısını dikkate alıp tedbirli davranan taşınmaz maliklerini ödüllendirdiği ve aynı zamanda komşu arazi maliklerini de yağmur sularının tasfiyesi konusunda işbirliği yaparak olası bir davanın yaratacağı yargılama giderlerinden kaçınmaya teşvik ettiği söylenebilir³⁸.

XII Levha Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu dava ile ulaşılmak istenen gaye her dönemin kendine özgü şartları sebebiyle birbirinden farklı olmuştur. Zengin akar sulara sahip olan İtalya'da zaman zaman şiddetli ve ani su baskınları oluyordu. Dolayısıyla tarım ürünlerini sık sık görülen sağanakların yol açtığı sellere karşı korumak oldukça önemliydi. Arazi malikinin kendisi için faydalı olan ancak komşu arazide su baskınına yol açabilecek bir eser meydana getirmesi halinde ise tehlikenin boyutları daha da büyüyordu. Özetle Eski Hukuk Dönemi'nde önemli olan, fazla suyu uzaklaştırmak ve zarara yol açan

³⁷ Bu konuda bkz. D. 39.3.2.6.

³⁸ **Bannon**, Introduction, s. 3-4.

sellerden korunmaktı. Klasik Hukuk Dönemi ile *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde davanın uygulama alanı bulunduğu mıntıkaların coğrafi özelliklerinin ve iklimlerinin farklılığı sebebiyle ihtiyaçlar da değişmiştir. Konuya ilişkin olarak Klasik Hukuk Dönemi'nde ihdas edilen hukuk kavramları ve kurumları daha ziyade İtalya yarımadasının iklimine ve fiziki şartlarına uygundu. Genellikle rutubetli olan bu mıntıkada sular şiddetli seller halinde akarak araziden toprağı alıp götürdüğü için, *actio aquae pulviae arcendae* ile tarım arazilerinde inşa edilen setlerle komşu araziye doğru akan suların miktarını, hızını ve şiddetini azaltmak amaçlanmaktaydı. Bu dönemde taşınmaz malikleri suyun komşu taşınmaza gitmesini engellemek konusunda serbest oldukları için akan suları azaltmak veya yavaşlatmak amacıyla gerçekleştirilen faaliyetleri sebebiyle kendilerine karşı dava açılmazdı. *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde ise kurak yerleri çok olan, akarsuların hesaplı bir şekilde kullanıldığı ve tarımsal faaliyetlerin yapay kanallarla sulanan arazilerde yapıldığı doğu eyaletlerinin ihtiyaçları dikkate alınmıştır. Taşınmaz maliki arazisindeki sudan ancak kendi menfaati ölçüsünde yararlanabilirdi. Bu nedenle yağmur suları, akarsular ve kaynak suları suladıkları arazinin ihtiyacını karşıladıktan sonra serbest akışına terk edilmeliydi. Böylece *actio aquae pulviae arcendae*, taşınmaz maliklerinin arazilerindeki suyun, kendilerine bir faydası olmadığı halde, komşu taşınmaza akmasını engelleyecek veya daha az miktarda akmasına sebep olacak faaliyetlerde bulunmaları halinde de açılabilmekteydi. Bu dönemde intifa hakkı sahipleri de bu davadan yararlanabiliyordu. Konuya ilişkin olarak getirilen düzenlemeler bağlamında hukuk dönemleri karşılaştırıldığında hukuk kurumlarının ihtiyaçlar sebebiyle nasıl değiştikleri görülecektir³⁹.

II. SERVITUDES

Bazen arazi üzerindeki mülkiyet hakkından tam olarak yararlanmak komşu araziden de yararlanmak suretiyle mümkün olduğundan, komşu taşınmaz malikleri ekonomik çıkarları sebebiyle birlikte hareket etmişlerdir. Örneğin komşu taşınmazdaki bir su kaynağından yararlanma, ana yola çıkabilmek için komşu araziden geçme gibi ihtiyaçlar, mülkiyeti başkasına ait olan taşınmazlardan yararlanmayı gerektirir. Ancak bu yararlanma yararlanılan taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını ihlâl edeceği için, bu yararlanmayı sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur⁴⁰.

³⁹ Tahiroğlu, Mülkiyet, s. 80-82.

⁴⁰ Erdoğmuş, s. 104.

Roma Devleti'nde özel sular üzerindeki haklar, suyun teminine ilişkin esnek çözümler sunan irtifak hakları aracılığıyla düzenlenmiştir. Başkasına ait olan mallar (*iura in re aliena*) üzerinde kurulan en eski sınırlı aynî haklardan olan irtifak hakları (*servitutes*) arazi maliklerinin bu bağlamda ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılayan hukukî kurumlardan biri olmuştur⁴¹. XII Levha Kanunu'nda *res Mancipi* olarak nitelendirilen irtifak hakkı (*servitus*), diğer *res Mancipi*'ler gibi el ile tutulan bir mal olarak kabul edilmiştir. Ancak irtifak hakları, aslında maddi bir varlığa sahip olmayan, zihnimizle kavrayabildiğimiz soyut bir şeydi. MÖ 2. yüzyıldan itibaren bu tutarsızlık fark edilmiş ve irtifak haklarının sadece hukukî bir varlığa sahip, maddi olmayan mal (*res incorporales*) olduğu anlayışı yerleşmiştir⁴².

⁴¹ İrtifak hakları Roma'da tarımsal ihtiyaçlar sebebiyle kırsal araziler üzerinde ortaya çıkmış, ayrı bir hak kategorisi olarak değil, yararlanılan taşınmaz (*praedium dominans*) üzerindeki mülkiyet hakkının, yükümlü taşınmaz (*praedium serviens*) olarak nitelendirilen komşu taşınmazdaki bir uzantısı olarak kabul edilmiştir. Klasik Hukuk Dönemi'nde ancak sınırları belli bir malın mülkiyet hakkının konusu olabileceği görüşü yerleştikten sonra irtifaklar ayrı bir hak grubu (sınırlı aynî hak-*iura in re aliena*) olarak kabul edilmişlerdir. İlerleyen dönemlerde ise, irtifak haklarının şahıs lehine tesis edilebilecekleri anlayışı da yerleşmiştir. **Erdoğan**, s. 104-105; **Söğütü**, s. 691-692.

⁴² Cynthia J., **Bannon**, Gardens and Neighbors Private Water Rights in Roman Italy (Private Water Rights), The University of Michigan Press, s. 237; **Söğütü**, s. 689-690.

Romalı Hukukçular sular üzerindeki hakları, mal üzerinde hukukî bir egemenlik sağlayan mülkiyet hakkından ziyade mal üzerinde fiili bir egemenlik sağlayan zilyetlik kavramı ile ilişkilendirmişler ve bu hakların bir taşınmaz lehine diğer bir taşınmaz üzerinde tanınmış sınırlı bir aynî hak olan "taşınmaz lehine irtifak hakları (*servitutes praediorum*)" aracılığıyla somutlaştığını kabul etmişlerdir. Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren mal üzerindeki zilyetlik, *possessio* terimi ile ifade edilirken sınırlı aynî haklar üzerindeki zilyetlik ise *quasi possessio* terimi ile ifade edilmiştir. **Winett**, s. 34-35.

Umur'a göre, Klasik Hukuk Dönemi'nde zilyetlik bir mal üzerinde tam anlamıyla tasarruf etmek anlamına geldiği için ancak maddi mallar üzerinde zilyetlik mümkün olabilirdi. Bu nedenle, sadece maddi mallar üzerinde *traditio* (teslim) ve *usucapio* (zamanaşımı ile iktisap) gibi zilyetliğe ihtiyaç gösteren işlemler gerçekleştirilebilirdi. Bazı hukukçular zilyetliği koruyan *interdictum*'lar ile zilyetlik olarak nitelendirilemeyen fiili durumları koruyan *interdictum*'ları birbirinden ayırmak için, bu ikinci tip *interdictum*'ların koruduğu fiili durumu *quasi possessio* (zilyetlik benzeri, zilyetlik gibi) terimi ile ifade etmişlerdir. Ancak Klasik Hukuk Dönemi'nde *quasi possessio* kavramı ile haklar üzerindeki zilyetlik kastedilmemekteydi. Düşünce tarzları klasik hukukçulardan farklı olan *Iustinianus* Dönemi hukukçularına göre bir aynî hakkın verdiği yetkileri fiilen kullanmak bu hakka sahip olup olmamaktan farklıydı. Dolayısıyla bir aynî hakkın fiilen kullanılması, maddi olmayan bir şeyin zilyetliği yani hak üzerinde zilyetlik anlamına gelmekteydi. Bu düşünceden hareket eden *Iustinianus* Dönemi hukukçuları, *praetor* tarafından *interdictum*'larla korunan bu halleri haklar üzerindeki zilyetlik olarak kabul etmişlerdir. Böylece, örneğin, başkasına ait bir arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahipmiş gibi hareket eden kimse, hakkın sahibi olmasa bile, irtifak hakkının zilyedi olarak korunmuştur. **Umur**, Roma, s. 466-467.

İrtifak hakkı, başkasına ait olan mülkiyet hakkını, irtifak hakkı sahibinin lehine sınırlayarak hak sahibine başkasına ait olan bir maldan irtifakın amacıyla sınırlı olarak yararlanma yetkisi verir. Başka bir deyişle mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin bir kısmı malikten başkasına verilerek malikin mülkiyetine sahip olduğu mal üzerindeki yetkileri kısıtlanmış olur. *Servitudes* (irtifak hakları) terimi ile Klasik Hukuk Dönemi boyunca sadece, bir taşınmaz lehine, diğer bir taşınmaz üzerinde tanınmış olan “taşınmaz lehine irtifak haklarının (*servitudes praediorum*)” kastedildiği; bir kişi lehine bir mal üzerinde kurulabilen şahsî irtifak haklarının ise tek tek ele alındığı ve henüz ayrı bir kategori olarak düzenlenmediği anlaşılmaktadır. *Iustinianus* Hukuku Dönemi’nde ise kişiler lehine tanınan ve başkasına ait bir maldan çeşitli biçimlerde yararlanma yetkisi sağlayan bu haklar “şahıslara ilişkin irtifak hakları (*servitudes personarum*)” ismi altında toplanmıştır. Bir taşınmaz üzerinde başka bir taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkının söz konusu olduğu hallerde, maliki yararına böyle bir hak tanınmış olan taşınmaza hâkim (egemen) taşınmaz (*praedium dominans*), malikine bir şeye katlanma ya da bir şeyden kaçınma külfeti yüklenmiş olan taşınmaza ise hadim (hizmet eden) taşınmaz (*praedium serviens*) denir. Hâkim taşınmazın maliki o an kim ise bu hak o kişiye ait olurken; hadim taşınmazın her maliki de, hakkın niteliğine göre, katlanma ya da kaçınma yükümlülüğü altına girer. Kaynaklardan anlaşıldığı üzere taşınmaz lehine irtifak hakları taşınmazların köyde ya da şehirde olmalarına göre köy irtifak hakları ve şehir irtifak hakları şeklinde ikiye ayrılmıştır. En eski irtifak hakları olan köy taşınmaz irtifak haklarının (*servitudes praediorum rusticorum*) amacı, Roma ekonomisinin tarıma dayandığı dönemde, bir taşınmazda bulunmayan imkânların komşu taşınmazda bulunması halinde, bu imkânlara sahip olmayan taşınmazın da bu imkânlardan yararlanmasını sağlamaktır. Şehir taşınmaz irtifak haklarının (*servitudes praediorum urbanorum*) ise, ilerleyen dönemlerde, şehirde oturmaının öneminin arttığı zamanlarda ortaya çıktığı ve şehirlerdeki komşuluk ilişkilerinin yarattığı ihtiyaçları karşılamak amacıyla ihdas edildiği genellikle kabul edilmektedir⁴³.

Sulara ilişkin irtifakların (*iura aquarum*), hem köy irtifakı hem de şehir irtifakı şeklinde tesis edildiği anlaşılmaktadır. Şehir arazileri üzerinde tesis edilen sulara ilişkin irtifak haklarının, irtifak hakkından yararlanan taşınmaza gelen yağmur sularını doğrudan doğruya veya bir boru aracılığıyla yü-

⁴³ Karadeniz Çelebican, Eşya, s. 239-244, 246; Erdoğan, s. 104-111; Umur, Roma, s. 476-482.

kümlü taşınmazdan geçirmeye, yükümlü taşınmazdan gelen yağmur sularını hak sahibi taşınmaza akıtmaya veya yararlanan taşınmazın atık sularını yine bir boru aracılığıyla yükümlü taşınmazdan geçirmeye ilişkin oldukları anlaşılmaktadır. Köy arazileri üzerinde tesis edilen sulara ilişkin irtifak haklarının ise, içme, sulama veya temizlik suyunu başkasının taşınmazından geçirmeye (*servitus aquaeductus*), başkasının taşınmazından su çekmeye (*servitus aquae haustus*) veya başkasının taşınmazında hayvan otlatmaya (*servitus pasciendi*) ilişkin oldukları anlaşılmaktadır⁴⁴. İrtifak hakkı zamanla sınırlı olamazdı. Bu nedenle, lehine irtifak hakkı tesis edilen taşınmaz malikine devamlı denebilecek bir fayda ve kullanım sağlaması gerekirdi (*perpetua causa*). Özellikle sulara ilişkin irtifaklar (*iura aquarum*) için önemli olan bu şart, bir taşınmazdan devamlı ve düzenli olarak su alınabiliyorsa (*aqua perennis*) irtifak hakkının kurulabileceği anlamına gelmekteydi. Dolayısıyla sınırlı bir sebeple, örneğin yağmur suyu birikintisi üzerinde, irtifak hakkı kurulamaz⁴⁵. İrtifak hakkının zamanla sınırlı olmaması, lehine irtifak hakkı tesis edilen arazi malikinin sulama suyuna sürekli olarak erişebilmesinin teminatı olmasının yanı sıra, malikin üretim planlaması yapabilmesine ve bu sayede tarımsal üretimde verimliliğin artmasına da katkı sağlamaktaydı⁴⁶.

İrtifak hakları, yararlanan taşınmaz malikine yükümlü taşınmaza girme ve hakkın kullanılması için gerekli olan yapıları inşa etme yetkisi de verilmekteydi. Roma toplumunun geleneklerini yansıtan sulara ilişkin irtifak haklarının, *actio aquae pluviae arcendae* gibi, Roma ekonomisinin tarıma dayandığı dönemde köy arazilerine ilişkin olarak örf ve adet kuralı biçiminde belirdiği ve şekillendiği anlaşılmaktadır⁴⁷. Komşu arazi malikleri arasında dayanışmayı ve işbirliğini gerektiren irtifak haklarının kullanılması, vatandaşların birbirlerine kenetlendikleri bir toplumsal yapıyı gerektirmekteydi. Hukukçu *Celsus*'un *D.8.1.9*'da belirttiği üzere, yararlanan taşınmazın mali-

⁴⁴ **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 244-246; **Bannon**, Introduction, s. 5; **Bannon**, Fresh Water, s. 67; Cosima, **Möller**, "Time as an Argument in Roman Water Law", Water History, 15, 2023, pp. 67-80, s. 68.

Bu irtifaklar maddi varlığı olmayan mallar (*res incorporales*) olarak nitelendirilmekte ve istisnâ olarak aynî hakların konusunu oluşturabilecekleri kabul edilmekteydi. Çünkü Roma Hukukundan günümüze, kural olarak ancak maddi varlığı olan malların (*res corporales*) aynî hakların konusunu oluşturabilecekleri kabul edilmiştir. **Erdoğan**, s. 107; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 41; **Bannon**, Fresh Water, s. 67.

⁴⁵ **Erdoğan**, s. 108. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Fresh Water, s. 68.

⁴⁶ **Bannon**, Fresh Water, s. 68.

⁴⁷ Bkz. *D.43.20.3.4*.

ki, irtifak hakkının verdiği yetkileri hakkın amacı ile sınırlı olacak şekilde kullanmalı, yani yükümlü taşınmazın malikinin haklarına saygı duymalıdır⁴⁸.

Kaynağı ferdin mülkiyetine dâhil olan bir arazide yer alan veya böyle bir arazi üzerinde akan akar suların (*rivi*) özel sular olduğu ve anlaşmadan doğan veya teamül neticesinde elde edilen bir irtifak hakkına dayanılarak ya da suyun alttaki araziye herhangi bir kişi tarafından inşa edilmiş ve kaynağı hatırlanamayacak kadar eskiye dayanan (*vetustas quae memoriam excedit*) yapay bir kanalla taşınması halinde olduğu gibi bazı istisnalar haricinde, arazinin malikinden başka hiç kimse bu suların kullanımı konusunda yetkili değildir⁴⁹. Bir su kaynağından çıkan suyun ikiden fazla kişi tarafından paylaşılması halinde, bu kişilerin, bu kaynaktan çıkan sudan kimlerin ne şekilde yararlanabileceğini belirleme yetkisine sahip olan yerel bir topluluk oluşturdukları kabul edilirdi. Hatta hâkim taşınmaz ile hadim taşınmazın maliklerinin yanı sıra yerel halkın da irtifak hakkının düzenlenmesinde bazı roller üstlendiği anlaşılmaktadır. Örneğin su kaynağının uzun süreden beri kullanılıyor olmasının irtifak hakkı olarak tanınması için yerel halkın şahitliği esas alındığı gibi⁵⁰; irtifak hakkının,

⁴⁸ **Bannon**, Introduction, s. 5; Cynthia, **Bannon**, “Finding a “Commons” in Roman Law (Water Rights)” (Commons), The Vincent and Elinor Ostrom Workshop in Political Theory and Policy Analysis, IUB, 8 December 2014, s. 6-7.

⁴⁹ Water Rights, s. 268; **Capogrossi Colognesi**, s. 162-163.

⁵⁰ Taşınmaz lehine tesis edilen köy irtifaklarının (*servitutes praediorum rusticorum*) Roma’nın antik dönemlerinde kazandırıcı zamanaşımı (*praescriptio*) yoluyla iktibas edilmesi mümkündü. Ancak Klasik Hukuk Dönemi’nde, zilyetlik (*possessio*), kazandırıcı zamanaşımının şartlarından bir olarak kabul edildikten ve yine bu dönemde ancak maddi mallar üzerinde zilyetlik yani fiili hâkimiyet tesis edilebileceği anlayışı yerleştikten sonra zilyetliğin haklar üzerinde tesis edilebilmesi imkânı ortadan kalktı. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak MÖ 1. yy’da çıkarılan *Lex Scribonia* ile bu irtifakların zamanaşımıyla iktibas edilmesi yasaklanmıştır. **Di Marzo**, s. 312; **Erdoğan**, s. 109; **Söğütü**, s. 784; **Umur**, Roma, s. 481; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s.249; **Möller**, s. 74-75.

MÖ 1. yy ‘da çıkarılan *Lex Scribonia* (D.41.3.4.28) ile taşınmaz lehine tesis edilen köy irtifaklarının (*servitutes praediorum rusticorum*) zamanaşımıyla iktibas edilmesinin (*usucapio servitutis*) yasaklanmasına ilişkin yasal düzenlemenin zamanla özel mülkiyet anlayışının gelişmesi sonucunda bireysel mülkiyeti korumak amacıyla getirildiği kabul edilmektedir. **Söğütü**, s. 784; **Capogrossi Colognesi**, s. 166.

Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde haklar üzerinde zilyetlik benzeri (*quasi possessio*) bir durumun söz konusu olabileceği kabul edildikten sonra, taşınmaza ilişkin irtifak haklarını belli bir süre kullanan ve onlar üzerinde zilyet benzeri bir durumda olan kişilerin de bu hakları kazandırıcı zamanaşımı ile iktibas ettikleri kabul edilmiştir. Yararlanan taşınmazın malikinin bu irtifakı belli bir süreden beri kullanıyor olması, irtifakın bundan yararlanan taşınmaza objektif olarak fayda sağladığının (*servitus fundo utilis debet*) işareti olarak kabul edilirdi. **Di Marzo**, s. 313; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 249-250; **Umur**, Roma, s. 481; **Möller**, s. 75.

Iustinianus Dönemi hukukçuları sadece *praetor*’ların *interdictum* tanıdığı hallerin *quasi possessio* (zilyetlik benzeri) veya *possessio iuris* (haklara zilyetlik) şeklinde nitelendirilebileceğini kabul et-

hak sahibi veya hak sahibinin ev halkından olan kişiler tarafından iki yıl boyunca kullanılmaması sebebiyle hakkın sona erdiğine karar verilebilmesi için de yerel halkın şahitliği gerekirdi⁵¹. D.39.3.8’de belirtildiği üzere, kaynağın maliki bu su kaynağı üzerinde yeni bir irtifak hakkı tesis etmeden önce, hâlihazırda bu kaynak üzerinde irtifak hakkına sahip olan kişilerin de onayını almalıydı (*eorum in quorum loco aqua oritur verum eorum etiam ad quos eius aquae usus pertinet, voluntas exquiritur*)⁵². *Ulpianus*’a göre, arazi maliki ve

mişlerdi. Ancak Orta Çağ hukukçuları ve modern hukukçular, çok daha ileri giderek, sadece aynı haklar üzerinde değil, bütün haklar üzerinde zilyetliğin mümkün olduğunu ve dolayısıyla hakların da zamanaşımı yoluyla iktisap edilebileceğini kabul etmişlerdir. **Umur**, Roma, s. 467.

⁵¹ **Bannon**, Commons, s. 7.

Kaynaklarda taşınmaz lehine tesis edilen irtifak haklarının (*servitutes praediorum*) sona erme biçimlerinden biri olarak hakkın kullanılmamasından (*non use*) söz edilmektedir. Bu bağlamda hak düşürücü sürelerin öngörüldüğü söylenebilir. Klasik Hukuk Dönemi’nde taşınmaz lehine tesis edilen irtifak hakkının köy irtifak haklarında iki yıl, şehir irtifak haklarında ise bir yıl boyunca kullanılmaması hakkın sona ermesi sonucunu doğururdu. *Iustinianus* Dönemi’nde ise, diğer zamanaşımı hallerinde olduğu gibi, hakkın sona ermesi için hazırlar arasında (*inter praesentes*) on yıl, gaipeler arasında (*inter absentes*) ise yirmi yıl boyunca kullanılmaması gerekirdi. Böylece yükümlü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının irtifaktan kurtulduğu (*usucapio libertatis*-bağımsızlığın zamanaşımı yoluyla iktibas) kabul edilirdi. **Erdoğan**, s. 110; **Karadeniz Çelebican**, Eşya, s. 253; **Umur**, Roma, s. 482.

Yararlanan taşınmazın maliki irtifak hakkını devamlı ve istikrarlı bir irade ile kullanmazsa bu hakkın kurulmasına sebebiyet veren şartların ortadan kalktığının ve bu hakka artık ihtiyaç duyulmadığının kabulü gerekir (use it or lose it-kullan veya kaybet). Keza D.8.6.7’de yer alan düzenlemede taşınmaz lehine tesis edilen irtifak haklarından biri olan sulara ilişkin irtifakların (*iura aquarum*) belirli süreler boyunca kullanılmaması halinde irtifak hakkının kendiliğinden sona ereceğinden söz edilmiştir. **Möller**, s. 72-73.

⁵² Vergi geliri tarımsal üretim ile orantılı olarak arttığı için su kaynaklarının yönetimi ve suya erişimin sağlanması Roma Devleti’nin ekonomik çıkarlarını doğrudan etkileyen bir konu olmuştur. Su hakkı bu nedenle Roma Devleti’nin önem verdiği konulardan biri olmuş, ancak devletin müdahalesi arazi sahipleri arasında bu konuda çıkan ihtilafların etkili bir şekilde çözülmesi için her zaman yeterli olmamıştır (C. 3.34.7, 3.34.10). Kaynaklarda yer alan metinlerden, hukukçuların, arazi sahiplerinin kıt kaynaklar sebebiyle çatışan menfaatleri arasında denge sağlamak amacıyla bazı düzenlemeler öngördükleri ve bu bağlamda yeterli suya sahip olması halinde aynı kaynak üzerinde birden fazla irtifak hakkı tesis edildiği anlaşılmaktadır (D.8.3.2.2). Başkasının taşınmazında hayvan otlatma hakkına (*servitus pascendi*) ilişkin olan bir metinde (D.43.20.1.18), hukuk düzeni tarafından öngörülen kuralın hukukçu tarafından yapılan yorum sonucunda manipüle edildiği başka bir deyişle kanuna karşı hileye cevap verildiği anlaşılmaktadır. Buna göre hukukçu, hak sahibinin tek seferde belirli sayıda hayvanı otlatma hakkına sahip olduğu bir sulak alanına öngörülenden fazla sayıda hayvan getirmesi halinde engellenebileceğini; ancak hayvanları gruplara bölerek otlatması halinde, gruplara bölünerek otlatılan hayvanların sayılarının toplamı tek seferde otlatılabilecek hayvan sayısını geçmesine rağmen engellenemeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre, hukukçu tarafından önerilen ve kanuna karşı hile olarak değerlendirilebilecek bu çözüm yolunun irtifak haklarına ilişkin uygulamadaki genel eğilimi mi yansıttığı yoksa münferit bir olaydan mı ibaret olduğunu bilmek mümkün değildir. Ancak bu yaklaşımın, sulara ilişkin irtifak hakları tesis edilirken su kaynaklarının ne şekilde ve ne miktarda kullanılabileceğine ilişkin olarak getirilen sınırların

irtifak hakkı sahipleri bu hususun tespitinde aynı derecede yetkiliydiler (*sive in corpore sive in iure loci*). Su kaynağı üzerinde yeni bir irtifak hakkının tesisi mevcut hak sahiplerinin suya erişim haklarını olumsuz yönde etkileyebileceği için yeni bir irtifak hakkının tesisine rıza göstermekten kaçınmaları mümkündü (*cum enim minuitur ius eorum*). Bannon'a göre, mülkiyet hakkı ile irtifak hakkı sahiplerinin bu hususta aynı derecede yetkili kılınmaları tutarsız görünmekle birlikte, su kaynağını paylaşılanlar arasında eşitliği sağlaması ve uygulanması kolay bir kural olması sebebiyle fayda sağlamaktadır. *Ulpianus*'un bu yaklaşımı, özel mülkiyet konusu olan su kaynaklarına uygulanacak hukuk kurallarının tespitinde merkezî bir hukuk anlayışından ziyade su kaynağını paylaşan yerel topluluğun değerlendirmelerine öncelik veren bir anlayışın esas alındığını göstermektedir⁵³.

Su kaynaklarının yeryüzünde dengesiz bir şekilde dağılmış olması sebebiyle, komşular arasındaki işbirliği, suyun yerel ölçekte temin edilmesi süreçlerinin yönetiminde önemli bir rol oynamıştır. Komşu arazi maliklerinin su baskınlarını önlemek amacıyla işbirliği yaptıkları gibi, kurak dönemlerde su kaynaklarının seviyesinin düşmesi sebebiyle karşılaştıkları olumsuzluklara karşı da işbirliği yaptıkları anlaşılmaktadır. Özetle Akdeniz ikliminin hüküm sürdüğü bir coğrafyada yaşayan Romalılar için su kaynaklarının paylaşılması özel bir öneme sahipti. Yeterli yağış alan yerlerde bile, yağışların mevsimsel değişimleri kurak bir yaz geçirilmesine ve sadece kuraklığa dayanıklı az sayıda ürün yetiştirilebilmesine sebep olmaktaydı. Romalılar tahıl ürünlerini yetiştirmek için sulamaya ihtiyaç duyulmadan yapılan kuru tarım tekniklerini uygularken, diğer birçok tarım ürününün ise sulama yapılmadan yetiştirilebilmesi mümkün değildi. Diğer taraftan uzun mesafeli zeytinyağı ticaretinin ve meyve-sebze ve çiçek satılan yerel pazarların bu ürünlere duyulan talebi arttırması üreticilerin su ihtiyacını da arttırmıştır. Çünkü gerek bu ürünlerin yetiştirilebilmesi gerekse gemi ticareti sırasında taşınabilmesi amacıyla kullanılan testilerin (*amphorae*) üretilebilmesi için suya ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu sosyo-ekonomik yapı ise, su kaynaklarının yönetimi ve üretimin devamı için ihtiyaç duyulan hukukî çözümleri sağlayan irtifak haklarının önemini arttırmıştır⁵⁴.

önemsenmemesini ve doğanın sömürülmesine hukuk düzeninin alet edilmesini teşvik edici nitelikte olduğu söylenebilir. **Bannon**, Introduction, s. 8.

⁵³ **Bannon** Fresh Water, s. 68. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Private Water Rights, s. 101 vd.

⁵⁴ **Bannon**, Private Water Rights, s. 234; **Bannon**, Introduction, s. 7.

Romalı arazi sahipleri, suyun temini meselesinin kamunun ortak menfaatleri ile ilişkili olduğunu gözeterek toplumun bu konuda hakları ve sorumlulukları paylaştığını düşünmüşlerdir. İrtifak haklarına ilişkin yasal düzenlemelerde, su, özel mülkiyet hakkının konusu olabilen bir mal olarak değerlendirilmiş olmasına rağmen, Romalılar gerek yerel ölçekte suyun temininin sürdürülebilir olmasının gerekse suya erişimin korunmasının ortak menfaatlere sağlanması için zorunlu olduğu fikrine sahip olmuşlardır. Arazi sahiplerinin irtifak hakkı içeriğinin belirlenmesi hususundaki görüşlerine öncelik tanıyan ve arazi satışlarında tarafları irtifaklar konusunda uzlaşmaya teşvik eden yaklaşım sayesinde benimsenmiş olan ilkeler irtifak haklarına ilişkin yasal düzenlemeleri etkilemiş ve konuya ilişkin ihtilaflarda taraflar arasındaki müzakerelere öncelik tanınması yönündeki anlayışın yerleşmesini sağlamıştır. Aynı şekilde hukukçular da suyun yerel ölçekte paylaşılması konusunda yerleşmiş olan geleneklere esnek bir bakış açısıyla yaklaşmışlardır. Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, komşular arasındaki sosyal ilişkiler Roma Devleti'nin su politikası üzerinde önemli bir rol oynamıştır⁵⁵.

Bannon'a göre, bölgede yaşayan yerel halk çevresel ve sosyal açılardan bölgeyi tanıdığı için, su kaynaklarına ilişkin düzenlemelerin de kendileri tarafından yapılmasına ve uygulanmasına imkân sağlayan, onların değerlendirmelerine öncelik veren yerel bir denetim mekanizmasının benimsenmiş olması etkili bir stratejidir. Yerel denetim mekanizması, başta tarımsal faaliyetler olmak üzere ekonomik faaliyetlerin verimliliğinin artırılmasına da katkı sağlamıştır. Çünkü yerel denetimin desteklenmesi sayesinde tarımsal üretim ve dolayısıyla devletin tarıma dayalı vergi geliri de artmıştır. Ayrıca geçimini tarımsal faaliyetlerle sağlayan yerel halkın, sulama suyuna kesintisiz bir şekilde erişebileceklerine ilişkin bir teminata sahip olmaları tarımsal üretimi artırmış ve halka vergi borcunu ödeyebilme imkânı sağlamıştır⁵⁶.

Gelişmiş bir hukuk sistemine sahip olan topluluklarda su kaynaklarının kullanılmasına ilişkin toplumsal davranış kurallarının hukuk sistemi tarafından da desteklenmiş olması, başka bir ifadeyle sosyal ve hukuksal kurumlar arasındaki bu uyum ortak kullanılan kıt kaynakların başarılı bir şekilde yönetilmesinin de (*common pool resource management*) ayırt edici özelliklerinden biridir. Yazara göre özel mülkiyet konusu olarak kabul edilen sular üzerindeki irtifak haklarının, Romalı arazi sahiplerinin sosyal davranışlarıyla

⁵⁵ **Bannon**, Private Water Rights, s. 235.

⁵⁶ **Bannon**, Fresh Water, s. 85-86.

uyumlu, tarımsal faaliyetlerini destekleyici ve ekonomik çıkarlarını koruyucu bir niteliğe sahip olması sayesinde mülkiyet hakkı rejimi, su kaynaklarının korunmasını, suyun kullanılmasına ve paylaşılmasına ilişkin anlaşmazlıkların çözülmesini sağlamıştır⁵⁷. Romalı elitlerin, yerel seçkinlerin hukuk sisteminin sağladığı bazı ayrıcalıklardan yararlandıklarına ilişkin kanıtların varlığına rağmen, özel mülkiyete konu olabilecek sulara ilişkin genel hukukî rejim sayesinde suyun verimli ve adil bir şekilde dağıtıldığı söylenebilir. Özetle, Antik Roma’da su kaynaklarının kullanılmasına ilişkin hususların sosyal ve ekonomik şartlardan etkilendiği fark edilerek bu alanın, gerektiğinde hukuk düzeni tarafından desteklenen sosyal yaptırımlar aracılığıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Yerel su kaynaklarının kullanılması konusunda komşular arasında var olan dayanışmanın ve iş birliğinin sulara ilişkin irtifak hakları ile desteklendiği ve sosyal müzakerelerin ihtilafların çözümünde yetersiz kaldığı durumlarda alternatif bir çözüm yolu sunduğu görülmektedir⁵⁸.

⁵⁷ **Bannon**, Commons, s. 8. Bu konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Bannon**, Private Water Rights, s. 25 vd.

⁵⁸ **Bannon**, Private Water Rights, s. 236.

Hukuk kaynaklarından (*D.43.20.5 pr.* ve *D.43.20.5.1*) ve epigrafik kaynaklardan anlaşıldığı üzere, Romalılar, su kaynaklarının paylaşılmasına ilişkin olan normatif nitelikteki toplumsal davranışları bir temele oturtmak ve su kaynaklarından iklim koşullarına göre yararlanılmasını sağlamak amacıyla çizelgeler düzenlemişlerdir. Gerek *Cicero*’nun *De Lege Agraria* isimli eserinden (*Cic. Leg. agr. 3.9.7*) gerekse *Frontinus*’un *De Aquis Urbis Romae* isimli eserinden (*Frontin. Aq. 9.4.1*), Roma dönemi yerleşim alanlarından biri olan *Tusculum* Antik Kentinde binaların su ihtiyacının, bu nitelikteki bir çizelgede düzenlenen şekilde, *Aqua Crabra* isimli su kemerinden sağlandığı anlaşılmaktadır. Keza geç antik çağ’da (MS 3. yüzyılın başları) Kuzey Afrika’da yer alan Roma eyaletlerinden biri olan *Numidia*’ya (Cezayir) bağlı uzak bir yerleşim yerinde (*Lamasba*), tek bir su kaynağının (*Aqua Claudiana*) toprağın işlenmesi için bölge halkı tarafından nasıl kullanıldığına ilişkin çizelgeden söz edilen bir yazıt bulunmuştur. Bu çizelgeden anlaşıldığı üzere, su kaynağının tarım arazilerinin malikleri arasında bir günlük zaman dilimi içerisinde hangi araziye kaç saat boyunca tahsis edileceği arazinin ekilip biçilmiş olan kısmının büyüklüğü ile orantılı olarak belirlenmiştir. İmparator *Hadrianus* dönemine (MS 117-138) ait olduğu düşünülen ve İspanya’daki Ebro Nehri’nin tarım arazilerinin sulama ihtiyacının karşılanması için arazi maliklerinin kullanımına ne şekilde tahsis edileceğine ilişkin olan *lex rivi Hiberiensis* de bu nitelikte bir çizelgedir. İnşa edilen bir kanal yardımıyla nehirten çekilen suyun çizelgede öngörülen sulama sistemine göre arazi malikleri arasında dönüşümlü olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Gerek *Ebro*’da gerekse *Lamasba*’da yaşayan yerel halkların su kaynaklarının nasıl paylaşılacağı konusunda bahsi geçen çizelgeleri hazırlarken, Romalılar tarafından yaratılan hukuk terimlerini kullanmamakla birlikte, sulara ilişkin irtifak haklarını model olarak aldıkları söylenebilir. Ancak bu çizelgelerin hukukî bağlayıcılıklarının olup olmadığının tespit edilemediğini de belirtmek gerekir. Ayrıca yazıtlardan anlaşıldığı üzere, konuya ilişkin bir ihtilafla karşılaşıldığında, her iki toplum da çizelgelerle düzenlenmiş olan bu yerel uygulamaları desteklemek amacıyla Roma Hukukuna başvurmuşlardır. Gerek irtifak haklarının gerekse irtifak hakları model alınarak çizelgelerle düzenlenen toplumsal davranış kurallarının, ortaklaşa kullanılan bir kaynağın (*fontis communes*) yönetilmesi

Sulara ilişkin irtifak hakkının gerek üçüncü kişiler gerekse yükümlü taşınmazın maliki tarafından ihlâl edilmesi halinde ise hak sahibi tarafından aynî bir dava (*actio in rem*) açılması ve uğranılan maddi zararın talep edilmesi mümkündür. Taşınmaz lehine irtifak haklarının (*servitutes praediorum*) klasik hukuk döneminde *vindicatio* veya *petitio servitutes* denilen aynî bir dava (*actio confessoria*) ile korunduğu anlaşılmaktadır. Bu dava ile davacı irtifak hakkını, hâkim gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı ile birlikte ispat ederek yararlanma hakkının sağlanmasını, zararının tazmin edilmesini ve gerektiğinde muhtemel tecavüzlerin önlenmesini (*actio de non amplius turbando*) talep ederdi (D.8.5.2). Sonradan bu himaye aracına *interdictum* himayesi eklenmiştir. D.43.20.1.pr.'da belirtildiği üzere, geçmiş senede hiç olmazsa bir defa ve fesat karışmadan başkasına ait sudan kışın ve yazın yararlanma irtifakını kullanmış olan kişiye *interdictum de aqua cottidiana* (günlük ihtiyaçlar için kullanılan suya ilişkin *interdictum*); D.43.20.1.29'da belirtildiği üzere, başkasına ait sudan yararlanma irtifakını *priore aestate* (yalnız yazın) kullanan kişiye *interdictum de aqua aestiva* (yazın kullanılan su *interdictum*'u); D.43.21.1.pr.'da belirtildiği üzere, değiştirmemek şartıyla, su yolunun tamirine engel olan şeyleri kaldırmak için *interdictum de rivis* (su nakline ilişkin *interdictum*); D.43.22.1.pr. ve D.43.22.1.6'da belirtildiği üzere, *interdicta de fonte* (su alma hakkına ve çeşmelere ilişkin *interdictum*) kaynaklarda yer alan konumuza ilişkin *interdictum*'lardır⁵⁹.

III. NEHİRLER (AKARSULAR)

Antik Roma'da ulaşımın sağlandığı kamuya ait nehirlere büyük önem verildiği ve bu nehirlerin yataklarının ve kıyılarının *interdictum*'lar aracılığıyla korunduğu anlaşılmaktadır. *Ulpianus* kamuya ait nehirleri (*publica flumina*), özel nehirlerden ayırmış ve özel mülkiyete tabi akarsuyun (*nihil*

için uygulanan başarılı yöntemler oldukları modern hukuk öğretisi tarafından kabul edilmiştir. Özetle Romalılar yerel su kaynaklarının yönetilmesinde toplumsal bilincin önemli bir rol oynadığını fark etmiş ve özellikle fertlerin kıt kaynakları ekonomik bir çıkar elde etmek amacıyla istismar ettikleri durumlarda toplumsal dayanışmayı ve işbirliğini hukuk kuralları ile desteklemişlerdir. **Bannon**, Introduction, s. 5-7. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Fresh Water, s. 67-68, 83; **Bannon**, Commons, s. 13.

⁵⁹ **Di Marzo**, s. 314-315.

Bu hakların ihlâli sebebiyle hak sahibinin uğradığı zarara ilişkin olarak metinlerde yer alan örneklerden, çiftçilik faaliyetlerinin pazara yönelik olarak (piyasa odaklı) yürütüldüğü ve Romalıların piyasanın taleplerine uygun ürünler olan meyve ve fındık ağacı yetiştirdikleri, gelir elde etmek amacıyla otlaklarını kiraya verdikleri anlaşılmaktadır. **Bannon**, Introduction, s. 7.

differt a ceteris locis privatis)⁶⁰ özel mülkiyetin konusu olan diğer yerlerden farkı olmadığını belirtmiştir. *Cassius* ve *Celsus*'un görüşlerine atıfta bulunan *Ulpianus*, devamlı akış özelliğini kıstas olarak almış ve *Cassius*'un tarif ettiği gibi “*publicum plumen esse Cassius definiti quod perenne sit*” ifadesiyle devamlı akışı olan nehirlerin kamuya ait olduğunu (*res publicae*) belirtmiştir. Bu düşüncenin sonucu olarak devamlı akışı olmayan sular kamuya ait değildi ve özel mülkiyet alanında kalanlar, basit suyolları, su kanalları ve sel yatakları bu kapsamda değerlendirilmekteydi⁶¹. Ancak devamlı akış özelliği, sadece bir su kaynağının kamuya ait olup olmadığının tespitinde kullanılan bir ölçüt olmadığı gibi bu hususun tespitinde kullanılan tek ölçüt de değildir. Örneğin göllerin devamlı akış özelliğinin olması kamu malı olarak nitelendirilmeleri için kullanılan bir ölçüt olmayıp, göletlerden (doğal veya yapay durgun su birikintilerinden) ayırt edilebilmeleri için kullanılan bir ölçüttür. Ayrıca devamlı akış özelliği olan nehirler dışında kalan bazı su kaynakları da, jeolojik özelliklerinden bağımsız olarak, kamunun ortak kullanımında bulunmaları (*usu publico*), hukuk düzeni tarafından kamu malı olarak nitelendirilmiş olmaları veya uzun zamandan beri kamuya ait oldukları yönünde bir karinenin mevcut olması (*vetustas*) hallerinde de kamu malı olarak nitelendirilmişlerdir⁶².

Kamuya ait nehirlerin kıyıları, kenarında bulundukları arazinin malikine aittir. Ancak nehir kıyısındaki arazi sahiplerinin, özellikle taşıma işleri ile ilgili bazı faaliyetlere katlanma yükümlülükleri vardır. Buna göre nehir kıyılarında arazileri bulunan malikler, deniz yolu taşımacılığı ve balıkçılıkla ilgili faaliyetlerde bulunanların kıyıya yavaşmalarına, kayıklarını ağaçlara bağlamalarına, yüklerini bırakmalarına, balık ağlarını kurutmalarına izin vermek zorundadır⁶³. Dolayısıyla nehir kıyılarının kamunun kullanımına

⁶⁰ bkz, *D.43.12.1.3*; *D.43.12.1.4*.

⁶¹ **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 134; **Söğüt**, s. 304. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Introduction, s. 8; **Bannon**, Fresh Water, s. 79; **Quintavalla**, s. 462.

D.43.12.1.12 ve *D.43.13.1.2*'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, nehrin devamlı akış özelliğinin olması kamuya ait olduğunun kabul edilebilmesi için yeterli olup ayrıca gemi seferine (seyrüsefere) elverişli (*navigabilia*) olup olmadığının bir önemi yoktu. **Quintavalla**, s. 462.

⁶² **Quintavalla**, s. 462.

⁶³ **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 133; **Umur**, Roma, s. 422; Water Rights, s. 267-268.

D.1.8.5.pr. (Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum): Riparum usus publicus est iure gentium sicut ipsius fluminis ... Sed proprietates illorum est, quorum praediis haerent ... Nehirler gibi nehir kıyılarının kullanılması da, kavimler hukukuna göre, kamuya aittir... Fakat, mülkiyetleri bitişik arazi sahiplerininindir... **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 133, dn. 203.

(*usus publicus*) özgülendiği ve nehir kıyılarındaki araziler üzerindeki mülkiyet hakkının kamu yararı sebebiyle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Yazara göre, *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde kamuya ait nehirlerin kıyılarının herkes tarafından kullanılabileceğinin (*usus publicum riparum*) kabul edilmiş olması mülkiyet hakkına getirilen kanunî bir sınırlama olarak kabul edilmelidir⁶⁴.

Nehir kıyısında oturup oturmadığından bağımsız olarak herkesin kamuya ait nehirleri kullanma ve bu nehirlerden yararlanma hakkı vardı. Bu bağlamda herkesin nehrin seyre elverişli olması halinde kamuya ait nehirler üzerinde seyahat etme, nehrin seyre elverişli olma durumunu engellemediği ve başkalarına zarar vermediği sürece yetkili bir makamdan izin almadan suyun yönünü değiştirme haklarına sahip olduğu kabul edilirdi⁶⁵.

Tarım, sanayi, ulaşım ve balıkçılık faaliyetleri için nehirlerden yararlanılması nehirlerle ilişkin çeşitli hukukî ihtilafların doğmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, nehirler tiyatro, hamam, sokaklar, meydanlar, spor alanları gibi kamuya ait olan diğer mallardan farklıydı. Nehirlerin kullanılmasıyla ilgili ortaya çıkan ihtilafların MÖ 2. yy'dan itibaren *interdictum* 'lar aracılığıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır⁶⁶. Deniz yolculuğuna (*interdict de flumi-*

I.2.1.4: Riparum quoque usus publicus est iuris gentium sicut ipsius fluminis: itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. sed proprietates earum illorum est quorum praediis haerent...

“Nehrin kendisi gibi kenarlarını da umumun kullanması hakkı, bir kavimler hukuku kaidesidir: binaenaleyh oralara gemi yanaştırmak, yetişmiş ağaçlara halatlar bağlamak, yük boşaltmak ve nehir içinde gemi işletmek herkes için serbesttir. Fakat bu kıyıların mülkiyeti, bitişik gayrimenkuller kimlerin ise, onlara aittir...”

Keza *D.43.14.1.pr.*'da yer alan düzenlemeden kimsenin kamuya ait nehirleri ulaşım amacıyla kullanmaktan veya bu nehirlerin kıyılarında eşya yükleyip boşaltmaktan alıkonulamayacağı anlaşılmaktadır. Aynı düzenlemede kişilerin bu yöndeki faaliyetlerinin güç kullanmak suretiyle engellenmesinin *praetor* tarafından *interdictum* ile yasaklandığı ve bu yasağın göller, kanallar ve kamuya ait diğer su kaynakları üzerindeki denizcilik faaliyetlerinin engellenmesi halinde de uygulandığı belirtilmiştir.

⁶⁴ **Tahiroğlu**, Mülkiyet, s. 133, 135.

Ulusan'a göre, ırmak kıyısında taşınmazları bulunan kişilerin, ırmak üzerindeki taşıma faaliyetleri nedeniyle bağlı tutuldukları katlanma yükümüne ilişkin Roma Hukuku kökenli bu düzenleme fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesini yansıtmaktadır. **Ulusan**, s. 70.

⁶⁵ Water Rights, s. 267; **Winett**, s. 32.

⁶⁶ XII Levha Kanunu ile düzenlenmiş olan *iniuria* kavramı sadece kişinin maddi şahsiyetine yapılan tecavüzleri kapsamaktaydı. Ancak *pretor* beyannamesi ile kişinin manevi şahsiyetine (şeref ve haysiyetine) yapılan tecavüzler de *iniuria* suçu kapsamında değerlendirilerek cezalandırılmıştır. Böylece *praetor* beyannamelerinin yarattığı *iniuria* suçu insan şahsiyetine karşı yapılan maddi ve manevi bütün tecavüzleri kapsayan bir nitelik kazanmıştır (*Gai. I. 3.220*).

nibus: D.43.12.1.pr., D.43.12.1.19), suyun akışına (*interdict ne quid in flumine publico*: D.43.13.1.pr., D. 43.13.1.11) ve denizyolu taşımacılığına (*interdict ut in flumine publico*: D.43.14.1.pr.) ilişkin üç tane *interdictum*'un mevcut olduğu bilinmektedir⁶⁷. Bu *interdictum*'lar, özellikle, ulaşım ve sulama faaliyetleri, su kaynakları üzerindeki yerel denetim mekanizmaları ve Roma Devleti'nin suyun tedarik edilmesi sayesinde yürütülen tarımsal faaliyetler üzerinden elde ettiği vergi gelirine ilişkin menfaatleri bağlamında ortaya çıkan sorunlara ilişkindir. Konuya ilişkin bu düzenlemelerden genellikle kamuya ait nehirleri kullanan kişilerin veya yerel denetim mekanizması ile Roma Devleti'nin çatışan menfaatlerinin ihtilaflara sebebiyet verdiği görülmektedir⁶⁸.

D.43.12.1.pr.'da yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere⁶⁹, kamuya ait nehirlerde veya kıyılarında ulaşımın kötüleşmesine sebep olacak şekilde bir şey inşa edilmesi veya bir salım yapılması yasaklanmıştır. D.43.12.1.19'da⁷⁰ ise, inşa edilmiş şeyler varsa, o yerin eski hale getirilmesi ve yasağa aykırı

D.43.8.2.9'da yer alan düzenlemeye göre, bir kimsenin denizde balık tutmasına veya denizde bir yere gitmesine engel olunursa, *interdictum* açılamaz. Keza bir kimsenin kamuya ait bir meydanda gezinmesine veya kamuya ait bir hamamda yıkanmasına, tiyatro seyretmesine engel olunması hallerinde de *interdictum* açılamaz. Bütün bu hallerde *iniuria* davası (*actio iniuriarum aestimatoria*) açılması gerekirdi. Yine D.47.10.13.7'de yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bir kimsenin kamuya ait yerlerden faydalanması, örneğin denizde balık tutması engellenirse manevi kişiliğe tecavüz suçu işlenmiş olurdu. Keza D.47.11.1.1'e göre, su kaynaklarını ve yollarını kirletenlerin de *iniuria* suçunu işledikleri kabul edilmekteydi. Kaynaklarda yer alan bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, Roma Devleti ferdiyetçi yaklaşımları benimsemiş bir devlet olmasına rağmen kişiye karşı yapılan manevi tecavüzler sonucunda kamu düzeninin bozulduğu düşüncesinden yola çıkılarak bu tarz saldırılar *iniuria*'dan (maddi ve manevi kişiliğe tecavüz) doğan davalarla takip edilmiştir. Bülent, **Tahiroğlu**, Roma Hukukunda Iniuria (Iniuria), İstanbul 1969, s. 116; Bülent, **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku (Borçlar), İstanbul 2014, s. 319-320. Aynı yönde bkz. **Winett**, s.36.

⁶⁷ **Bannon**, Introduction s. 8-9. Aynı yönde bkz. **Burger**, Part 1, s. 87 vd.

⁶⁸ **Bannon**, Fresh Water, s. 80.

⁶⁹ D.43.12.1 pr. (*Ulpianus libro 68 ad edictum*): *Ait praetor: "Ne quid in flumine publico ripave eius facias neve quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit fiat"*.

Metinde ifade edildiği üzere, ticaretin yapılmasını, trafiğin akışını veya gemilerin hareketini engelleyebileceği için, kamuya ait bir nehre bir şey atılması veya nehrin kıyısına salım yapılması *praetor* tarafından yasaklanmıştır.

⁷⁰ D.43.12.1.19 (*Ulpianus libro 68 ad edictum*): *Deinde ait praetor: "Quod in flumine publico ripave eius fiat sive quid in id flumen ripamve eius immissum habes, quo statio iterve navigio deterior sit fiat, restituas"*.

Metinde *praetor*, kamuya ait bit nehre, gemi ticaretini ya da ulaşım faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyecek bir şeyin inşa edilmiş olması halinde, o yerin eski hale getirilmesi gerektiğini öngörmüştür.

davranışın yaptırımı olarak inşa edilmiş şeyin sökülmesi, çıkarılması veya ortadan kaldırılması gerektiği öngörülmüştür. Bu metinlerden, nehirlerle ilişkin olarak getirilen bu *interdictum*'un nehirlerdeki ulaşımın bozulmasına veya daha kötü hale gelmesine yol açan faaliyetlere yöneldiği ve kamuya ait nehirlerin ulaşımına elverişliliğinin devam ettirilmesinin güvence altına alındığı anlaşılmaktadır. Söğüt'e göre, Antik Roma'nın birçok ihtiyacının teknele ve gemilerle şehirlere ulaştırılması sebebiyle, bu *interdictum* ile getirilen düzenleme asıl olarak kamuya ait nehirlerin tam kapasiteyle ulaşımına elverişli bir şekilde bulundurulmaları ve bu sayede kamu yararının sağlanması amacına hizmet etmektedir. Ancak bu düzenlemenin antropolojik yaklaşım temelinde çevreyi koruyucu bir karaktere de sahip olduğu belirtilmektedir. Zira ekosistemin bir parçası olan ve birçok canlı türünün yaşadığı nehirlerin, ekonomik ve sosyal fonksiyonlarının yanı sıra, bu ekolojik fonksiyonunu sürdürebilmesi, nehir ulaşımına ilişkin bu *interdictum*'un doğrudan ve yansıma etkileri sayesinde mümkün olmuştur. Sonuç olarak, nehir ulaşımına zarar veren faaliyetlerin aynı zamanda su dengesine de zarar verdiği düşünüldüğünde, Antik Roma'lının bu düzenleme ile su dengesini de korudukları görülmektedir⁷¹.

Yine *D.43.13.1.pr.*'da yer alan düzenlemede belirtildiği üzere, nehrin akışını bir önceki yaz mevsiminde aktığından farklı bir hale getirme ihtimali olan bir şeyin inşa edilmesi ve nehre veya kıyısına salım yapılması *interdictum* ile yasaklanmıştır. *D.43.13.1.11*'de ise bu yasağa aykırı olarak bir şey yapılması halinde eski hale iadenin emredildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeyle, bir önceki yaz dönemi dikkate alınarak, kamuya ait nehirlerde akan suyun akışını değiştirmeye yönelik faaliyetlerin engellenmesi suretiyle suyun niteliğinin, niceliğinin ve hızının muhafaza edilmesi, alışılmış olandan farklı bir yoğunlukta akışının önlenmesi amaçlanmıştır. Söğüt'e göre, *D.43.13*'de yer alan metinlere bakıldığında, bu *interdictum* ile sadece kamu yararının değil aynı zamanda nehir kıyısında yaşayanların özel menfaatlerinin korunmasının da amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ancak nehir kıyısında yaşayanların nehrin akışının değiştirilmesi sebebiyle zarara uğramaktan korunmaları, tarımsal üretimin korunmasını sağlayacağından, kamunun ekonomik menfaatinin de korunması sağlanmıştır. Bununla birlikte nehirlerin kurumaları halinde hayvanların ve bitkilerin yaşam alanlarını kaybedecekleri ve aynı zamanda iklim şartlarının da bu durumdan doğrudan etkileneceği

⁷¹ Söğüt, s. 305-306, 310-311.

düşünüldüğünde, kamuya ait nehirlerin yaz ayları esas alınarak alışılmış olandan farklı bir yoğunlukta akışının önlenmesinin doğrudan çevreyi koruyucu bir etkiye de sahip olduğu görülmektedir⁷².

D.43.15'de yer alan *interdictum de ripa munienda* ise, nehir kıyısında oturan kimselerin, gerek nehir kıyılarında gerekse kamuya ait göllerin, hendeklerin veya havuzların kıyılarında, nehir kıyısını ve onun etrafındaki arazileri taşmaya karşı korumak amacıyla işler ve yapılar yapmaya ilişkin haklarını güvence altına almaktaydı. Bu *interdictum* ile nehir ulaşımının kötüleşmemesi şartıyla, nehir kıyıların sel baskınlarına karşı korumak için herhangi bir *opus* yapan kimseyi engellemeye yönelik güç kullanılması yasaklanmıştır. *Ulpianus*'a göre, *praetor* bunu açıkça belirtmemiş olsa da, bu *interdictum*, sadece kamuya ait nehirlerin değil, aynı zamanda göl kıyılarının, kanalların ve durgun suların yapılması ve onarımı için de geçerliydi (D.43.15.1.6). Ancak bu amaçla yapılan işlerin ve yapıların yaratabileceği tehlikeler sebebiyle meydana gelebilecek zararlara karşı komşuların haklı menfaatlerini korumak amacıyla belli bir güvencenin de sağlanması gerekmiştir (D.43.15.1.4). Bu sayede arazilerini taşmaya karşı korumak amacıyla faaliyetlerde bulunan kişilerin diğer arazilere zarar vermemeye özen göstermeleri sağlanmıştır. Yazara göre, bu bakım çalışmaları sel baskınlarını önlemek amacıyla yürütüldüğü için doğa insan müdahalesine karşı değil aksine insan, doğal afetlere karşı korunmuştur. Bu nedenle *interdictum de ripa munienda*'nın çevreyi koruyucu etkisi tartışmalıdır⁷³.

D.43.20.1.pr.'da yer alan düzenlemede ifade edildiği üzere, devamlı akışı olan sulardan son bir yıl içerisinde usulüne uygun olarak⁷⁴ su çeken kişiler, bu yöndeki faaliyetlerine zor kullanmak suretiyle engel olunması halinde, *praetor* tarafından *interdictum* ile korunmuşlardır. Ancak suyu çeken arazi malikinin, *praetor*'un *interdictum* tanınmasından önce, devamlı akışı olan sulardan su çekebilmek için, başka bir deyişle su tahsisi için, gerekli yapıları inşa ederek arazisini sulamaya hazır hale getirmiş olması gerekir. D.43.20.1.5'de kullanılan ifadeden bu *interdictum*'un devamlı akışı olan sulara ilişkin olduğu, D.43.20.1.37'de kullanılan ifadeden ise bu *interdictum* ile sağlanan korumanın süre ile sınırlanmadığı ve bu menfaatten yararlanan

⁷² Söğüt, s. 311-314, 317-318; Aynı yönde bkz. **Bannon**, Introduction, s. 9-10.

⁷³ Söğüt, s. 318-321.

⁷⁴ Zilyetliğin zor kullanmadan, aleni bir şekilde ve istenildiği zaman geri alınamayacak tarzda elde edilmiş olması (*non vi, non clam, non precario*)

arazi malikinin mirasçılara intikal ettiği anlaşılmaktadır. Burger, *D.43.20.1.37*'deki düzenlemeden yola çıkarak, *praetor*'un bu *interdictum* aracılığı ile arazi maliki lehine bir aynî hak ihdas ettiğini ifade etmektedir⁷⁵. *Praetor*'un *interdictum* vermesi, ihtilaf hakkında bir karar (hüküm) verildiği anlamına gelmemekle birlikte, *interdictum* ile korunan mevcut durumun (*status quo*) devam ettirilmesine imkân sağlardı. Bu durumda karşı tarafın bir dava açarak üstün bir hakka sahip olduğunu ispatlaması gerekirdi. Davanın kaybedilmesi halinde ise, lehine *interdictum* verilen kişinin *praetor* hukuku tarafından tanınan hakkı sabit (değişmez) hale gelmiş olurdu⁷⁶. Ayrıca, benzer durumda olan kişiler de *interdictum*'un sağladığı korumadan yararlanmakla birlikte, lehine *interdictum* verilen kişinin kadim (öncelikli) kullanım hakkına (*prior appropriation principle*⁷⁷) sahip olduğu kabul edilirdi. Aynı kaynaktan sonradan su çekmeye başlayan kişiler de öncelikli kullanım hakkını bu kaynaktan kendilerinden sonra su çekmeye başlayan kişilere karşı ileri sürebilirlerdi⁷⁸.

D.43.20.1.38'de yer alan ifadeden anlaşıldığı üzere, imparator tarafından veya devamlı akışı olan sulardan su çekebilmek için gerekli yapıları inşa edenler tarafından verilen yetkiye dayanarak, bu yapılar aracılığıyla devamlı akışı olan sulardan su çeken üçüncü kişiler de *D.43.20.1.pr.* ile *praetor* tarafından tanınan *interdictum* korumasından yararlanabilirler. Buna karşılık

⁷⁵ Kanun koyucu olmadıkları için *praetor*'ların doğrudan doğruya "hak tanıma" yetkileri yoktu. Ancak *praetor*'lar göreve başlarken yayımladıkları beyannamelerinde, bazı hallerde hukukî ilişkinin taraflarına hakkaniyete uygun iddialarını koruyabilmeleri için çeşitli savunma araçları tanıyacaklarını ilan ederek hangi durumlarda hangi yarar, yetki ve istemleri koruyacaklarını görev yılının başında saptıyorlardı. *Praetor*'lar tarafından bu şekilde korunan yarar, yetki ve istemler, *praetor* hukukunun tanıdığı "hak" niteliği kazanıyorlardı. Böylece daha önce özel hukukun tanımadığı bazı yeni yetki, yarar ve istemlerin usul hukuku ile korunması, bunların özel hukuk açısından da "hak" olarak tanınmasına sebep oluyordu. Ancak, geleneksel Roma düşüncesi, "hak" kavramını uzun bir süre boyunca sadece *ius civile* tarafından tanınan ve korunan yetki, yarar ve istemlere özgü olarak kabul ettiği için kaynaklarda, *praetor*'lar tarafından korunan yetki, yarar ve istemler için "hak" teriminin kullanıldığına pek rastlanmaz. Özcan, **Karadeniz Çelebican**, Roma Hukuku (Roma), Ankara 2014, s. 298-299.

⁷⁶ *Praetor*'un ihtilafın taraflarından birinin başvurusu üzerine *interdictum* vererek bir işin yapılmasını veya yapılmamasını emrettiği durumlarda, *praetor*'un emri karar niteliğinde olmadığı için ihtilafın diğer tarafı bir dava açabilirdi. Dava açıldığında ise hâkim gerekli görürse, *interdictum*'un hükmünü değiştirebilirdi. Bülent, **Tahiroğlu**, Roma Hukuku Dersleri (Roma), İstanbul 2018, s. 265.

⁷⁷ Kadim (öncelikli) kullanım hakkına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Alewyn, **Burger**, "Roman Water Law (Part 2)" (Part 2), **J. S. Afr. L.**, 2, 2007, pp. 309-320.

⁷⁸ **Burger**, Part 1, s. 87-88; **Burger**, Roman Water Law, s. 22-23; Aynı yönde bkz **Möller**, s. 77-78.

imparator veya *Senatus* Meclisi tarafından yasaklanmadığı sürece, herkesin, *D.43.12.2*'de yer alan düzenlemeye dayanarak, devamlı akışı olan ve bu sebeple kamuya ait olduğu kabul edilen nehirlerden kendi imkânlarıyla, yani başkaları tarafından inşa edilmiş su yapılarını kullanmadan, su çekebildiği ve bunun için bir kişiden veya bir makamdan izin alınmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır⁷⁹.

D.43.20.1.pr. ile *praetor* tarafından tanınan *interdictum* koruması, içme, kullanma veya sulama amacıyla günlük olarak yararlanılan ve devamlı akışı olan bütün sular için geçerlidir⁸⁰. *D.43.20.1.1* ve *D.43.20.1.2*'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, suyun günlük kullanımı ile kast edilen sürekli kullanım değil, herkesin isterse her gün sudan yararlanabilmesidir. Buna göre devamlı akışı olan sulardan kış mevsiminde günlük olarak yararlanılan kişiler bu *interdictum*'un koruma alanı içine girmektedir. *D.43.20.1.5*'de belirtildiği üzere, devamlı akışı olmayan sular ise bu kapsamda değerlendirilmemektedir. *D.43.20.1.pr.* ile *praetor* tarafından tanınan *interdictum* koruması, kişilerin yaz dönemi ile sınırlı kullanımları için de geçerlidir. *D.43.20.1.3*'de yer alan düzenlemeye göre, suyun günlük kullanımı ile yaz mevsiminde kullanılması birbirinden farklı olduğu için sulara ilişkin iki çeşit irtifak hakkından söz etmek mümkündür. Günlük kullanımda herkes, hem yaz hem de kış mevsiminde, istediği her gün sudan yararlanabilmektedir. Dolayısıyla günlük kullanımda suyun kullanılmadığı günler de olabilir. Sudan günlük kullanım amacıyla mı yoksa yaz dönemindeki ihtiyaçların karşılanması amacıyla mı yararlanıldığı hususu ise her somut olayda kişinin iradesinin ne yönde olduğu ve suyun hangi amaçla kullanıldığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Buna göre devamlı akışı olan sulardan her zaman yararlanmak mümkün iken sadece yaz mevsiminde yararlanılması halinde bu yaz dönemi ile sınırlı bir kullanımdır. Doğası gereği sadece yaz mevsiminde yağış alan bölgelerde su kaynağından zaten sadece yaz mevsiminde yararlanılması mümkün olacağı için bu da yaz dönemi ile sınırlı bir kullanım olarak değerlendirilmelidir. Kaynaklarda, su kaynaklarının hangi ölçütlere göre “devamlı akışı olan sular” şeklinde nitelendirildiklerine ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Bununla birlikte her gün akmasa da bir tarım işletmesinin sulama ihtiyacını karşılayabilecek kadar devamlı akması halin-

⁷⁹ **Burger**, Part 1, s. 88-89; **Burger**, Roman Water Law, s. 23-24.

⁸⁰ *D.43.20.1.11* ve *D.43.20.1.12*'de yer alan düzenlemelerden anlaşıldığı üzere, *D.43.20.1.pr.* ile *praetor* tarafından tanınan *interdictum* koruması sadece sulama amaçlı kullanılan sular için değil içme ve kullanma suyu amacıyla kullanılan sular için de geçerlidir.

de su kaynağı, devamlı akışı olan su olarak nitelendirilebilir. *D.43.12.1.2'*de yer alan düzenlemeye göre, bazen yaz mevsiminde kuruyan ancak genellikle devamlı olarak akan sular da devamlı akışı olan sulardır ve *D.43.20.1.pr.* ile *praetor* tarafından tanınan *interdictum* koruması bu sular için de geçerlidir⁸¹.

Bannon'a göre bu *interdictum*'lar ile getirilen emir ve yasaklar kişilerin kamuya ait nehirleri kullanarak elde edecekleri menfaatleri korumak amacıyla öngörülmüştür. Buna göre, bir kişinin nehirdeki veya nehrin kıyısındaki faaliyetleri yüzünden nehri kullanması engellendiği için menfaati ihlâl edilen başka bir kimse (muhtemel davacı), *praetor*'a başvurarak kendisine bir *interdictum* tanınmasını talep edebilirdi. Bu *interdictum* kişilerin kamuya ait nehirleri kullanarak elde edecekleri makul menfaatlerini, sulara ilişkin irtifak haklarının korunması hususunda öngörülen düzenlemelerdekine benzer bir şekilde korumaktaydı. Kişiler, nehri kullanarak elde ettikleri menfaatin nehrin kullanan diğer kişilerin menfaatleriyle çatışması halinde, diğerlerinin nehrin kullanmaktan alıkonulmasını isteseler de, nehirler *interdictum*'lar aracılığıyla düzenlendiği için diğer kullanıcıların nehirleri kullanma imkânından yoksun bırakılması değil, çatışan menfaatlerin yasaklarla ve emirlerle dengelenmesi esastı. Bu bağlamda *Ulpianus*, kamu malları arasında yer alan umumi yolları kamuya ait nehirler ile kıyaslamıştır (*D.43.14.1.1*). Nehirlerde seyreden teknelerin nehrin kıyısı boyunca uzanan çekme yolları kullanılarak hayvanlar veya insanlar tarafından akıntıya karşı çekildiklerinden yola çıkıldığında bu kıyaslamanın mantıklı olduğu söylenebilir. Metinde, tıpkı umumi yolları kullanması engellenen bir kimsenin bir *interdictum* hükmü ile korunması örneğinde olduğu gibi, kimsenin deniz yolculuğu yapmak amacıyla kamuya ait nehirleri kullanmasının engellenemeyeceği hususunun da bir *interdictum* hükmü ile düzenlendiği belirtilmiştir. Hukukçuların kamuya ait nehirlerle ilişkin olarak *interdictum*'lar ile getirilen bu düzenlemeleri bütüncül bir yaklaşım ile ele aldıkları, nehirlerde ve nehir kıyılarında yapılan diğer faaliyetleri de bu emir ve yasakların kapsamına alacak şekilde değerlendirdikleri anlaşılmaktadır⁸².

IV. SU KEMERLERİ (AQUEDUCTS)

İnsanlar fiziksel çevrenin bir parçası olan suyu küçük veya büyük ölçekte, sosyal veya teknolojik bazı müdahaleler sonucunda kullanabilmişlerdir.

⁸¹ **Burger**, Part 1, s. 98; Aynı yönde bkz. **Möller**, s. 77-78.

⁸² **Bannon**, Introduction, s. 9.

Romalıların tarihine bakıldığında, su kaynaklarının ne şekilde kullanılacağını düzenlemek amacıyla teknolojiden ve hukukî kurumlardan yararlandıkları anlaşılmaktadır⁸³. Başka bir deyişle doğal su kaynaklarının yanı sıra insan yapımı olan kaynaklar da vardır. Bu kategori ise su kemerlerini ve su dağıtımını amacıyla kullanılan su tankları (*castella*), kurşun borular ve çeşmeler (*lacus-salientes*) gibi su kemerine ait tüm yapıları içermektedir. Romalılar ayrıca sulama ihtiyacının karşılanması ve şehirlere su temin edilmesi için belirli bölgelere barajlar da inşa etmişlerdir⁸⁴. Doğal su kaynakları gibi su kemerleri ve bu kemerler aracılığıyla dağıtılan su da toplumsal veya bireysel ihtiyaçların karşılanması amacıyla kullanılmıştır. Su kemeri sayesinde temin edilen su, bu kemeri inşa eden ve bakımından sorumlu olan otoritenin mülkiyetinde olup *aqua publica* olarak nitelendirilmekteydi. Örneğin Roma Devleti'ne bağlı bir yerleşim yeri olan *Ostia*'da inşa edilen su kemerinin suyunun, *aqua publica colonorum coloniae Ostiensium* (*Ostia* kolonisinde yaşayanlara ait olan kamu suyu) olarak nitelendirilmesi, bu kolonide yaşayanların oluşturdukları topluluk dolayısıyla su kemerinin suyuna (*aqua publica*) birlikte malik oldukları ve ne şekilde kullanılacağını birlikte kararlattıkları anlamına gelir. Buna göre *Ostia*'da yaşayan kişilerin suyu çekip bireysel ihtiyaçları için kullanabilmeleri ancak suyun yönetiminden sorumlu olan yetkililerin kendilerine resmi bir belge ile izin vermesi halinde mümkün olurdu⁸⁵.

Roma Devleti tarafından önce Roma'da daha sonra imparatorluğun diğer yerlerinde inşa ve finanse edilen ve bu nedenle kamuya ait mallar (*res publicae*) arasında yer alan su kemerleri şehirlerde yaşayan nüfusun su ihtiyacını karşılamaktaydı. Roma şehri 11 tane su kemeri ile beslenmekteydi. MÖ 312 yılında Roma'da inşa edilen *Aqua Appia*, Roma tarihinin bilinen ilk su kemeridir. Su kemerlerine ve şehrin su ihtiyacının karşılanmasına ilişkin hukukî bilgilere, *Sextus Julius Frontinus*⁸⁶ tarafından MS 1. yüzyılın sonun-

⁸³ **Bannon**, Introduction, s. 2.

⁸⁴ *Frontin*. Aq.93.2'den anlaşıldığı üzere, İber Yarımadası'nda, Kuzey Afrika'da ve Orta Doğu'da Roma barajlarının arkeolojik kalıntıları bulunmuştur. İmparator *Nero* zamanında Roma şehrinin yakınında inşa edilmiş olan *Subiaco* ise İtalya'daki tek barajdır. Christer, **Bruun**, "Roman Emperors and Legislation on Public Water Use in the Roman Empire: Clarifications and Problems", *Water History*, 4 (1), 2012, pp. 11-33, s. 16.

⁸⁵ **Bruun**, s. 16-17.

⁸⁶ *Frontinus*, Roma'da inşa edilmiş su kemerleri ile ilgili teknik bilgiler içeren eserler kaleme alan bir yazar olarak bilinmektedir. MS 70 yılında *praetor*'luk makamına getirilen ve beş yıl sonra İngiltere'ye vali olarak gönderilen *Frontinus*, Roma'nın binalarından ve festivallerinden

da yazılarak dönemin imparatoru *Nerva*'ya sunulan resmi bir rapor niteliğindeki *De Aquaeductibus Urbis Romae* (*De Aquis Urbis Romae*) isimli eser sayesinde ulaşmaktayız. Oldukça kapsamlı olan bu rapor sadece kemerlerin hukukî niteliğine, nasıl yönetildiklerine, kapasitelerine ve suların dağıtımına ilişkin olmayıp aynı zamanda hangi tekniklerle inşa edildiklerine ve tarihsel geçmişlerine ilişkin veriler de içermektedir⁸⁷.

Kamuya ait su kemerlerinden nasıl yararlanılabileceğine ilişkin düzenlemelerin sıkı bir şekilde denetlendiği anlaşılmaktadır. Herkesin erişimine açık olan doğal su kaynakları açısından, kaynağı kullanan kişiler, kaynaktan su çekme, başkalarının kaynağa erişimini engelleme ve kaynağın yönetilmesi yetkilerine de sahipti ve devlet sadece somut ihtilafların çözülmesi için ve kamu menfaatinin gerekli kıldığı noktalarda duruma müdahale etmekteydi. Ancak kamuya ait su kemerlerinin söz konusu olduğu durumlarda Roma Devleti, özel bağlantı yaparak bu kemerlerden su çekme yetkisini bazen özel kişilere tahsis etmekte, buna karşılık su kemerlerinin yönetilmesi ve kullanımının engellenmesi yetkilerini ise her zaman elinde bulundurmaktaydı. Su kemerleri konusunda benimsenen bu yaklaşımın politik ve ideolojik sebepleri olduğunu düşünen *Frontinus*, merkezi yönetimin yetersizliğini ve ideolojik sebeplerle bazı kişilere ayrıcalık tanınmasını eleştirse de, şehirlere su kemerleri aracılığıyla sağlanan suyun en yüksek seviyeye çıkarılmasının amaçlanmış olmasının, bu konudaki sıkı düzenlemeyi haklı çıkardığını ifade etmektedir. Bannon'a göre, Roma Devleti'nin su kemerleri konusunda benimsediği sıkı düzenlemenin temelinde esas olarak ideolojik sebepler yer almaktadır. Çünkü gerek toplumun önde gelen kişilerine onların bu statülerinin devlet tarafından da kabul edildiğinin bir işareti olarak, gerekse ekonomik açıdan bunu karşılayabilecek durumda olan kişilere bir ücret karşılığında su kemerleri ile ilgili ayrıcalık tanınması, benimsenen yasal rejimin sosyal hiyerarşiyi kuvvetlendiren bir araç vazifesi görmesine ve devletin toplumsal ve siyasal kurumlarını derinden etkilemesine sebep olmaktaydı. Ayrıca devletin su kemerlerinin yönetilmesi yetkisini her zaman elinde bulundurması, Roma imparatorlarına yeni su kemerleri inşa etmek veya mev-

sorumlu olan *aedilis* olarak görevlendirildikten sonra, sokakların ve kanalizasyon sisteminin temizlenmesi ve onarılması hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu tutulmuştur. MS 97'de İmparator *Nerva* tarafından Roma'ya su tedarik edilmesine ilişkin her tür konuyla ilgilenmek ve şehir sularının denetimini sağlamak üzere *curator aquarum* olarak görevlendirilmiş; Roma şehrinin içinde ve dışında suların dağıtımında dengeyi ve devamlılığı sağlamıştır. **Söğüt**, s. 176.

⁸⁷ **Bannon**, Introduction, s. 12. Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Söğüt**, s. 176 vd.

cut su kemerlerini onarmak suretiyle sahip oldukları gücü dışarıya yansıtmaya imkânı sağlamaktaydı⁸⁸.

Şehirlerin su ihtiyacı kamuya ait su kemerlerinden su tanklarına ve sarnıçlara (*castella* ve *lacunae*) suyun doğrudan tahliye edilmesiyle sağlanmaktaydı. Su tanklarına ve sarnıçlara tahliye edilen su oradan çeşmelere ve hamamlara dağıtılmaktaydı. Halkın büyük çoğunluğu su ihtiyacını kamuya ait çeşmelerden karşılamaktaydı⁸⁹. Su kemerlerinden veya sarnıçlardan özel bağlantı yapılması yasaklanmıştı. Sadece idare tarafından sürekli imtiyaz tanınması halinde ve kira bedeli (*vectigal*) karşılığında, su rezervlerindeki ihtiyaç fazlası suların (*aquae caducae*) ortak ana borulardan yönü değiştirilebilirdi (*D.43.20.1.40-42*)⁹⁰. Dolayısıyla su kemerleri ile şehre taşınan suyun büyük bir kısmı kamuya ait olan su havzalarını ve çeşmeleri beslemekte ve sadece ihtiyaç fazlası sular kişilerin kullanımına tahsis edilmekteydi. Kişiler ücret karşılığında bu suyun kendileri tarafından işletilen hamamlara

⁸⁸ **Bannon**, Fresh Water, s. 85. Aynı yönde bkz. **Bannon**, Commons, s. 10-11.

⁸⁹ Suyun etkin bir şekilde taşınmasını sağlamak amacıyla inşa edilen su kemerleri, borular, kanallar ve sarnıçlar gibi sistemler Antik Roma'nın mühendislik alanındaki başarısının önemli örnekleridir. Bu sistemler sayesinde su, çeşmelere, hamamlara, tuvaletlere ve villalara ulaştırılmaktaydı. Romalılar hamamlara hem kişisel temizliklerini sağlamak hem de kültürel ve sosyal anlamda etkileşime girmek için giderlerdi. Çünkü Roma hamamları aynı zamanda bir sosyal kulüp, spor salonu, halk kütüphanesi, topluluk buluşma alanı ve hatta sanat galerisi gibi işlevlere sahip mekânlardı. Cumhuriyet Dönemi'nden itibaren görülen hamam yapıları İmparatorluk Dönemi ile birlikte görkemli kamu binaları haline gelmişlerdir. Roma İmparatorluğu tarafından uygulanan "Ekmeke ve Oyun Politikası" (*Panem et Circenses*), karnı tok olan, eğlenen, politik sorunlardan ve günlük yaşamın zorluklarından bir nebze olsun uzaklaşan halkın pasif hale getirilerek daha kolay yönetilebileceği düşüncesine dayanmaktaydı. Halka, kişisel temizliklerini sağlamak suretiyle sağlıklı kalabilme imkânı ve bir parça lüks sunan hamamların ise, halkın memnuniyetini sağlayarak toplumsal huzuru güçlendirme amacına hizmet eden yapılar olmaları sebebiyle bu politikanın bir uzantısı oldukları düşünülebilir. Kültürel ve sosyal etkileşim imkânı sağlaması sebebiyle Roma toplumu için önemli olan hamamlar Romalı düşünür *Seneca* tarafından eleştirilmiştir. *Seneca* kişisel temizliğin sağlanması için özel banyoların tercih edilmesi gerektiğini savunarak, hamamların kişisel temizliğin sağlanması amacıyla hizmet eden yapılar olmaktan uzaklaşıp ahlaki değerlerin kaybolduğu ve zamanın boşa harcadığı yerler haline geldiğini ifade etmiştir. Hamamların işletilmesi önemli harcamalar yapılmasını gerektirdiği için, MS 3. yüzyılda Batı Roma İmparatorluğu'nda yaşanan ekonomik kriz neticesinde imparatorluğun batısındaki hamamlar birer birer kapanmıştır. Batı Roma İmparatorluğu'nun barbar kavimlerin istilaları sonucunda MS 476 yılında yıkılmasıyla birlikte imparatorluğun batısında hamam kültürü unutulmuştur. Ancak Doğu Roma İmparatorluğu'nda devam eden bu kültür Türk Hamam kültürünün gelişmesine katkı sağlamıştır. Yazara göre bu durum, toplumların temizlik ve sağlık alanlarında benimsedikleri uygulamaların tarihsel bir süreklilik içinde evrimleştiğini ve Roma toplumunun bu alanlarda benimsediği yaklaşımın farklı kültürleri etkilediğini göstermektedir. Deniz, **Güçlü**, "Antik Roma Gündelik Hayatında Hijyen Kavramı", *İğdir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 13, Sayı 35, Ocak 2024, 435-446, s.435, 441-442.

⁹⁰ **Söğüt**, s. 169. Aynı yönde bkz. **Quintavalla**, s. 463; **Bannon**, Fresh Water, s. 71.

(*balneae*) ve giysileri temizlemek için inşa ettikleri özel yapılara (*fullonicae*)⁹¹ tahsisini sağlayabildikleri gibi; *Senatus* önde gelen vatandaşlara fazla suyu kullanma yetkisini bir ayrıcalık veya ödül olarak bahşedebilmekteydi⁹². *Frontinus*'a göre, Cumhuriyet Dönemi'nde suların neredeyse tamamı kamusal amaçlarla kullanıldığı ve kamu menfaati bireysel menfaatten üstün tutulduğu için suların dağıtımına ilişkin ideal bir sistem benimsenmiş, imparatorluk dönemi uygulamalarında da bu sistem korunmuştur⁹³.

Cumhuriyet Dönemi'nin başlarından itibaren suların idaresi *consul*'un yetkisi dâhilindeydi. M.Ö. 5. yy'da ise bu görev *censor*'lara geçmiştir. *Censor*'lar sulara ilişkin ihtilafların çözümünde yargılama yetkisine de sahipti. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına gelindiğinde ise suların idaresi görevi *aedilis*'lere geçmiştir. Suların dağıtımı konusunda ortaya çıkan ihtilaflar ile şehir *praetor*'u (*praetor urbanus*) da ilgilenmekteydi. İlk imparatorluk Dönemi'nde *aedilis*'lerin suların tedariği, bakımı ve dağıtımına ilişkin görevleri devam ederken, *censor*'ların görevi sona ermiştir. Bu dönemde ayrıca suların idaresine ilişkin olarak icraî bir komisyon ihdas edilmişti. M.Ö. 11'de *Augustus* tara-

⁹¹ Su (aqua) giysi temizliğinde kullanılan malzemeler arasında “*conditio sine qua non*-olmazsa olmaz koşulu” idi. Bu nedenle *fullonicae* denilen özel yapıların su kaynaklarının yanına inşa edildiği anlaşılmaktadır. Bu yapıların birçoğu doğrudan doğruya kentin su ağına bağlı iken küçük *fullonica*'lar ise su ihtiyacını karşılamak için bazen alternatif yollar kullanmışlardır. *Pompeii*'deki küçük bir *fullonica*'nın iki boyahane ile birlikte sokak çeşmesini ortak kullandığı, bir diğer küçük *fullonica*'nın ise bir su sarnıcını kullandığı anlaşılmaktadır. Günümüze gelinceye kadar *Pompeii*'de 23, *Ostia*'da 8, Roma'da ise bazıları diğer kentlerdekilere göre çok daha büyük olmak üzere çok sayıda *fullonica* keşfedilmiştir. Nüfus oranı ile karşılaştırıldığında gerek sayılarının bu kadar çok olması gerekse bu yapılarda çalışan işçilerin sayısı sebebiyle, yazılı kaynaklarda konuya ilişkin bir bilgi yer almamakla birlikte, *fullonica*'ların şehirlerin sosyo-ekonomik yapısında önemli bir yere sahip olduğu sonucuna varılabilir. *Frontinus*, su kullanım hakkının yasalarla güvence altına alındığını, Cumhuriyet Döneminde *fullonica*'lara kanallarla su verildiğini ve bu yapıları işletenlerin su kirası ödediğini ifade etmiştir. Rukiye, **Arık**, “Roma'da Giysi Temizliği”, *Archivum Anatolicum-Anadolu Arşivleri*, 11, S.2, Y. Aralık 2017, 1-22, s. 9, 17.

Antik Roma'da sıcak Akdeniz iklimi sebebiyle açık renkli giysiler tercih edilmiş, özellikle dini günlerde ve tapınak ziyaretlerinde temiz kıyafetler giyilmesinin önemli olduğu kabul edilmiştir. Giysiler *fullonicae* denilen çamaşırhanelerde yıkanır. Çamaşırhanelerde çalışan köleler (*fullo*) yeni üretilmiş olan renkli tekstilleri beyazlatmanın yanı sıra kullanılmış giysileri temizlemekten de sorumluydular. Giysilerin temizlenmesi için su olmazsa olmaz bir malzeme olduğu için çamaşırhaneler suya kolayca erişilebilecek yerlere inşa edilmişti. **Güçlü**, s. 438-439.

⁹² *Frontin.*, *Aq.*, 2.94.98: “Kaynaktan bol bol akıp taşan sular vardır, biz bu sulara akan su diyoruz. Ve bu su, hamamlar ve *fullonica*'lar hariç başka bir kullanıma verilmemiştir ve kamu hazinesine ödenmek üzere belirli bir vergi ya da ücrete tabidir, toplumun çoğunluğunun onayıyla bir miktar su ise devlet yönetimindekilerin evleri için ayrılmıştır.” **Arık**, s. 9.

⁹³ **Bannon**, Introduction, s. 12-13; **Bannon**, Fresh Water, s. 72.

findan ihdas edilen su komisyonu (*Cura Aquarum* veya *Statio Aquarum*) su tedarikine ilişkin her konuda görevli olan ve komisyona başkanlık eden su komisyoneri (*curator aquarum*) ve kendisinin yardımcısı olan iki *praetor*'dan oluşmaktaydı. Yetki ve görevleri bir *senatus consultum* ile teyit edilmiş olan su komisyonu kamu sağlığından ve güvenliğinden de sorumluydu. Zira tedarik edilen suyun yeterli seviyede ve belirli bir kalitede olmasının şehirde yaşayanların yaşam standardını da iyileştireceği düşünülmekteydi. *Frontinus* kamu sağlığının korunmasının su depolarının, çeşmelerin, havuzların ve suyla ilgili çalışmaların artırılmasıyla mümkün olabileceğini düşünmüş, taze ve temiz suyun önemini vurgulamıştır. *Frontinus*'un bu görüşünden hareketle, Antik Roma'da temiz su ihtiyacının öneminin anlaşıldığı sonucuna varmak mümkündür. *Diocletianus* ve *Constantinus* dönemlerinde Tiber Nehri'nin ve kanalizasyon şebekesinin sorumluluğu imparatorluğun yüksek derecedeki memurları arasından seçilmiş bu konuda uzman kişilerden oluşan birimlere (*curatulae aquarum*) bırakılmıştır. Suların idaresinden sorumlu olan su komisyonerlerinin (*curator aquarum*) adı ise su *consul*'leri (*consulares aquarum*) olarak değiştirilmiştir. Son İmparatorluk Dönemi'nde suların idaresine ilişkin organizasyon şemasında önemli değişiklikler yapılmadan İlk İmparatorluk Dönemi'ndeki yapı büyük ölçüde korunmuştur⁹⁴.

Augustus dönemi'nde özel kullanım için su çekme imtiyazı elde etmek isteyen kişilerin kendilerine izin verildiğine dair imparatorlardan aldıkları yazılı belge su komisyonu tarafından icra edilirdi. Başka bir ifadeyle komisyon, imparatorun bu hakkın bahşedilmesine ilişkin kararını doğrudan uygulardı. Daha sonradan İmparator *Claudius* tarafından *procurator aquarum* makamı ihdas edilerek özel kişilere su kullanımına ilişkin imtiyaz tanımakla görevlendirilmiştir. Kişilere özel kullanımları için bahşedilen bu imtiyaz, hak sahibine kamuya ait suları belirli bir zaman diliminde (örneğin günün belirli bir saatinde) kullanma hakkı sağlaması sebebiyle irtifak haklarına (*servitudes*) benzemektedir. Ancak bu imtiyaz ile elde edilen hak, şahsî bir hak olması ve toprağa bağlı olmayıp imtiyaz sahibi kişi suyun tahsis edildiği taşınmazın mülkiyetine sahip olduğu sürece devam etmesi sebebiyle irtifak haklarından farklıydı⁹⁵. Yine *Augustus* dönemi'nde Roma'nın su ihtiyacını

⁹⁴ **Söğüt**, s. 170-180. Su kemerlerinin Cumhuriyet ve İmparatorluk Dönemlerinde nasıl yönetildiğine ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. **Bannon**, Fresh Water, s. 72-78.

⁹⁵ Özel kişilere su kullanımına ilişkin olarak tanınan bu imtiyaz, mirasçılara ya da taşınmazı satın alan yeni malike geçmezdi. Ancak, banyo/hamam işletenlere tanınan imtiyaz belirli bir süreye tabi değildi. **Söğüt**, s. 174.

karşıl原因 yapılarına verilen zararlara ilişkin para cezalarının düzenlendiği kanunlar *Senatus* Meclisi tarafından kabul edilmiştir. Su ihtiyacını karşılayan yapılarına verilen zararlar sebebiyle tahsil edilen paranın yarısı, zarara sebep olan davranışı ilgili makamlara ileten kişilere verilirdi. Bu yöntem sayesinde kişiler bu kanunlar ile öngörülen kuralları ihlâl edenleri ihbar etmeye teşvik edilmekteydi⁹⁶.

Kamuya ait olan su şebekelerinden özel bağlantılar yapılarak gerçekleştirilen kötüye kullanımlara karşı öngörülen yasal düzenlemelere ve alınan idarî tedbirlere rağmen bu konudaki hileli davranışlar oldukça yaygındı. Kişilerin özel kullanımları için yasal yollarla su çekme imtiyazı elde edemedikleri durumlarda, arazilerine yakın olan su kemerlerine yasal olmayan yollarla bağlantılar kurdukları anlaşılmaktadır. *Frontinus* tarafından belirtildiği üzere, memurların rüşvet karşılığında kamuya ait olan su şebekelerine kayıt dışı bağlantılar kurulmasına izin vererek dâhil oldukları sistematik bir yolsuzluk mekanizması mevcuttu. Roma'nın yanı sıra diğer şehirlerde de benzer sorunlar yaşanmaktaydı. Bir imparator emirnamesinde (*C. Th.* 15.2.4, *C.* 11.4.3.2), Konstantinopolis'teki su kemerlerine yasal olmayan yollarla bağlantılar kurularak arazilere su çekilmesi halinde bu arazilerin istimlâk edileceği belirtilmiştir. Yine bir imparator emirnamesi (*C. Th.* 15.2.2) ile *Antioch*'da (Antakya) su işlerinin idaresi ile görevli olan memurlara, kamuya ait olan su şebekelerinden su çekme imtiyazına sahip olan kişilerin isimlerinin ve kendilerine tahsis edilen su miktarının denetimlere esas teşkil edecek şekilde tabletlere kaydedilmesi görevi yüklenmiştir. Yine bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, verilecek cezalar ihlâlin ciddiyeti ile orantılı olacak şekilde değişkenlik göstermektedir. Yazara göre su kemerlerinin veya su sarnıçlarının kötüye kullanımına karşı tekrarlayan yasal düzenlemeler bu konudaki düzenlemelerin etkisiz ve caydırıcı olmaktan uzak olduğu sonucuna götürmektedir. Zira yasal olmayan yollarla kurulan bağlantılar sayesinde elde edilen suyun sağladığı menfaatin, hukuka aykırı fiilin işlenmesi halinde karşılaşılabilecek para cezasına oranla daha yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kaynaklardan, suların dağıtımı konusunda öngörülen sistemin politize edildiği sonucuna da varılmaktadır. Zira kâr elde etmek ve sosyal konumlarını güçlendirmek isteyen varlıklı ve imparatora yakın kişilerin, ihtiyaç fazlası suların kendilerine tahsis edilmesi hususunda sıradan vatandaşlara kıyasla ayrıcalıklı oldukları anlaşılmaktadır. Keza Roma imparatorlarının da

⁹⁶ **Bannon**, Introduction, s. 13-14. Aynı yönde bkz. **Söğüt**, s. 172-175.

iktidarlarının sembolü niteliğinde olan imparatorluk sarayları ve iktidarlarını devam ettirebilmek için desteğine ihtiyaç duydukları Roma halkının ihtiyaçlarını karşılayan kamuya ait çeşmeler ve umumi banyolar için su kemerlerini adeta tekelleştirme eğiliminde olmaları bu düşünceyi desteklemektedir⁹⁷. Bu nedenle, suya erişimin ücretsiz olması esası üzerine tesis edilmiş olan suların idaresine ilişkin sistem⁹⁸ kendi içerisinde bir tutarsızlık barındırmaktadır⁹⁹.

SONUÇ

Roma Devleti gerek bireysel menfaatleri gerekse kamu menfaatini sağlamak amacıyla tatlı su kaynaklarına ilişkin yasal düzenlemeler öngörmüş, henüz Cumhuriyet Dönemi'ne ilişkin hukuk kaynaklarında tatlı suların herkesin ortak malları arasında yer aldığı ifade edilmiştir. Bu yaklaşımı ortaya koyan temel metinler olan *D.1.8.2*, *D.1.8.2.1*, *I.2.1.1*, *I.2.1.2*'de havanın, akar suların, denizlerin ve deniz kıyılarının doğal hukuk gereği herkesin ortak malları (*res communis*) arasında yer aldığı, *D.43.12.2*'de ise devletin getirdiği yasaklar olmadığı sürece toplumun her ferdinin bunlardan serbestçe yararlanabileceği belirtilmiştir.

Akdeniz ikliminin etkisiyle su kaynaklarının dönemsel olarak arttığı ve ya azaldığı Antik Roma'da hayatın devamı için gerekli olan tatlı su ihtiyacının gerek doğal kaynaklardan gerekse insan eliyle yapılmış kanallardan karşılanabilmesi için bazı hukukî kurumlar ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Yağmur ve dere sularının yüksekte bulunan kendi arazisindeki doğal akışını değiştirecek şekilde faaliyette bulunan malike karşı alçaktaki komşu arazi malikinin açabileceği şahsî bir dava olan *actio aquae pluviae arcendae*; içme, sulama veya temizlik suyunu başkasının taşınmazından geçirmeye ilişkin bir irtifak hakkı olan *aquaeductus* ve komşuya ait taşınmazdan su çekmeye ilişkin bir irtifak hakkı olan *aquae haustus* ekonomisi tarıma ve hayvancılığa dayanan bir şehir devletin üretim faaliyetlerine ilişkin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ihdas edilmiş kurumlardır.

⁹⁷ İmparator Konstantin'in Konstantinopolis'deki *Hadrian* su kemerine ilişkin yayımladığı imparator emirnamesinde, bu su kemeri ile şehre taşınan suyun sadece sarayları ve imparatorluk hamamlarını besleyeceği ifade edilmiştir. bkz. *C.11.43.6*.

⁹⁸ *C.11.43.7*'de, Roma vatandaşlarının su ihtiyaçlarını karşılamak için ücret ödemek zorunda bırakılmalarının kabul edilemeyecek bir durum olduğundan söz edilmektedir.

⁹⁹ **Bannon**, Introduction, s. 14.

XII Levha Kanunu'nda düzenlenmiş *actio aquae pluviae arcendae* ile ulaşılmak istenen gaye her dönemin kendine özgü şartları sebebiyle birbirinden farklı olmuştur. Eski Hukuk Dönemi'nde önemli olan, fazla suyu uzaklaştırmak ve zarara yol açan sellerden korunmaktır. Klasik Hukuk Dönemi ile *Iustinianus* Hukuku Dönemi'nde de davanın uygulama alanı bulunduğu mıntıkların coğrafi özelliklerinin ve iklimlerinin farklılığı sebebiyle ihtiyaçlar da değişmiştir.

İrtifak haklarına ilişkin yasal düzenlemelerde, su, özel mülkiyet hakkının konusu olabilen bir mal olarak değerlendirilmiş olmasına rağmen, Romalılar gerek yerel ölçekte suyun temininin sürdürülebilir olmasının gerekse suya erişimin korunmasının ortak menfaatlerin sağlanması için zorunlu olduğu fikrine sahip olmuşlardır. Su kaynaklarının yeryüzünde dengesiz bir şekilde dağılmış olması sebebiyle, komşular arasındaki işbirliği, suyun yerel ölçekte temin edilmesi süreçlerinin yönetiminde önemli bir rol oynamıştır. Aynı şekilde hukukçular da suyun yerel ölçekte paylaşılması konusunda yerleşmiş olan geleneklere esnek bir bakış açısıyla yaklaşmışlardır. Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, komşular arasındaki sosyal ilişkiler Roma Devleti'nin su politikası üzerinde önemli bir rol oynamıştır.

Antik Roma'da ulaşımın sağlandığı kamuya ait nehirlerle büyük önem verildiği ve bu nehirlerin yataklarının ve kıyılarının *interdictum*'lar aracılığıyla korunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle deniz taşımacılığı sebebiyle ticaretin de ekonomik bir faaliyet olarak ilerlemesi sonucunda, herkesin ortak malları arasında olduğu kabul edilen akarsuların kullanımı *praetor interdictum*'ları aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu *interdictum*'lar deniz taşımacılığının gerekleri ile akarsuların kıyısında yaşayan ve gerek ihtiyaçlarını karşılayabilmek için suyun yönünü değiştiren gerekse su taşkınlarını önlemek amacıyla setler inşa eden kişilerin menfaatleri arasında bir denge kurmak amacıyla kullanılmışlardır.

Roma Devleti tarafından önce Roma'da daha sonra imparatorluğun diğer yerlerinde inşa ve finanse edilen ve bu nedenle kamuya ait mallar (*res publicae*) arasında yer alan su kemerleri de (*aqueducts*) şehirlerde yaşayan nüfusun su ihtiyacını karşılamaktaydı. Kamuya ait su kemerlerinden nasıl yararlanılabileceğine ilişkin düzenlemelerin sıkı bir şekilde denetlendiği anlaşılmaktadır. Herkesin erişimine açık olan doğal su kaynakları açısından, kaynağı kullanan kişiler, kaynaktan su çekme, başkalarının kaynağa erişimini engelleme ve kaynağın yönetilmesi yetkilerine de sahipti ve devlet sadece somut ihtilafların çözülmesi için ve kamu menfaatinin gerekli kıldığı nokta-

larda duruma müdahale etmekteydi. Ancak kamuya ait su kemerlerinin söz konusu olduğu durumlarda Roma Devleti, özel bağlantı yaparak bu kemerlerden su çekme yetkisini bazen özel kişilere tahsis etmekte, buna karşılık su kemerlerinin yönetilmesi ve kullanımının engellenmesi yetkilerini ise her zaman elinde bulundurmaktaydı.

Gerek özel mülkiyet konusu olan gerekse kamu malı olarak nitelendirilen su kaynakları üzerinde hak sahiplerine tanınan yetkiler genellikle soyut bir şekilde değil, her somut olayda kişilerin ekonomik çıkarları ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlenmiştir. Doğal kaynaklara ilişkin haklar rejiminin ise mülkiyet hakkı, irtifak hakları ve herkesin erişimine açık olan kaynaklar açısından ortak bir noktada kesiştiği görülmektedir. Hak sahipleri, her üç durumda da, su kaynağından su çekme, başkalarının su kaynağına erişimini engelleme ve su kaynağının yönetilmesi yetkisini ellerinde bulundurmakta ve bu sistemin işlemesi yerel bir denetim mekanizması ile sağlanmaktaydı. Su kaynağı üzerinde mülkiyet veya irtifak hakkına sahip olan kişiler bu yetkileri doğrudan doğruya kullanırken, kamu malı olarak nitelendirilen su kaynaklarının söz konusu olduğu durumlarda ise bu yetkiler devlet tarafından ivazlı veya ivazsız bir şekilde devredilmekteydi. Hak sahibine sağlanan geniş yetkilere ve mülkiyeti kamuya ait olan doğal kaynakların herkesin yararlanmasına açık olması gerektiği yönündeki beklentiye rağmen, sular üzerindeki hakların, zarar verebilecek nitelikteki kullanımlar açısından sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Arık**, Rukiye, “Roma’da Giysi Temizliği”, **Archivum Anatolicum-Anadolu Arşivleri**, 11, S.2, Y. Aralık 2017, 1-22
- Bannon**, Cynthia J., *Gardens and Neighbors Private Water Rights in Roman Italy (Private Water Rights)*, The University of Michigan Press 2009
- Bannon**, Cynthia J., “A Short Introduction to Roman Water Law” (Introduction), *Memorias of the American Academy in Rome*, Vol. 66 (2021), 2021, pp. 1-18
- Bannon**, Cynthia, “Fresh Water in Roman Law: Rights and Policy” (Fresh Water), *JRS* 107 (2017), pp. 60-89
- Bannon**, Cynthia, “Finding a “Commons” in Roman Law (Water Rights)” (Commons), *The Vincent and Elinor Ostrom Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, IUB, 8 December 2014
- Bruun**, Christer, “Roman Emperors and Legislation on Public Water Use in the Roman Empire: Clarifications and Problems”, *Water History*, 4 (1), 2012, pp. 11-33
- Burger**, Alewyn, “Roman Water Law (Part 1)” (Part 1), *J. S. Afr. L.* 72, 2007, pp. 72-95
- Burger**, Alewyn, “Roman Water Law (Part 2)” (Part 2), *J. S. Afr. L.*, 2, 2007, pp. 309-320
- Burger**, Alewyn, “A Study of Roman Water Law, With Specific Reference to Water Allocations and Prior Appropriation” (Roman Water Law), *Water Research Commission Report*, No TT 279/06, August 2006
- Capogrossi Colognesi** Luigi, “Water Regulation in Roman Law Considered From Opposing Standpoints: As Essential Resource and Threat to Humans and Environment”, *Water History*, 15, 2023, pp. 161-167
- De Kleijn**, Gerda, *The Water Supply of Ancient Rome*, Amsterdam 2001
- Di Marzo**, Salvatore, *Roma Hukuku*, İstanbul 1959
- Digesta: The Digest of Justinian*, Mommsen Theodor, Krueger Paul, Latince metinden İngilizceye çeviren Watson Alan, Philadelphia 1985
- Duncan-Jones**, Richard Phare, *Studies in Roman Property*, by the Cambridge University Research Seminar in Ancient History, Cambridge University Press, 1976
- Erdoğan**, Belgin, *Roma Eşya Hukuku*, İstanbul 2012
- Gaius Institutiones*, Borçar Kısmı (Latince metinden Türkçeye çeviren Rado, Türkân, İstanbul 1953)
- Güçlü**, Deniz “Antik Roma Gündelik Hayatında Hijyen Kavramı”, *Iğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 13, Sayı 35, Ocak 2024, 435-446
- Karadeniz Çelebican**, Özcan, *Roma Eşya Hukuku (Eşya)*, Ankara 2015
- Karadeniz Çelebican**, Özcan, *Roma Hukuku (Roma)*, Ankara 2014
- Möller**, Cosima, “Time as an Argument in Roman Water Law”, *Water History*, 15, 2023, pp. 67-80

- Quintavalla**, Alberto, “Roman Law and Waters: How Local Hydrography Framed Regulation”, *Water Alternatives*, 15 (2), 2022, pp. 457-472
- Sandalcı**, Sema, *On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1993
- Söğüt**, İpek Sevdâ, *Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtalar*, İstanbul 2014
- Söğütlü**, Özlem, *Roma Özel Hukuku*, Ankara 2022
- Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları (Mülkiyet)*, İstanbul 2001
- Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Hukukunda Iniuria (Iniuria)*, İstanbul 1969
- Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Borçlar Hukuku (Borçlar)*, İstanbul 2014
- Tahiroğlu**, Bülent, *Roma Hukuku Dersleri (Roma)*, İstanbul 2018
- Ulusân**, İlhan, *Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı*, İstanbul 2012
- Umur**, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları (Roma)*, İstanbul 1999
- Umur**, Ziya, *Roma Hukuku Lügatı (Lügat)*, İstanbul 1975
- Umur**, Ziya, *Institutiones (Institutiones)*, İstanbul 1968
- Wacke**, Andreas, “Protection of the Environment in Roman Law”, *Roman Legal Tradition*, 1, 2002, pp. 1-24
- “Water Rights in Roman Law”, (*Water Rights*), *J. S. Afr. L.* 20, 1903, pp. 266-269 (Yazarı gösterilmeyen yayın)
- Winnet**, Heather, “Contemporary Water Pollution Cases and Roman Law”, *3 Temp. Envtl. L. and Tech. J.*, 31, 1984, pp. 31-36

TÜRKİYE’DE YABANCILARIN KİŞİSEL DURUM KAYITLARININ TUTULMASI VE KAYITLARIN DÜZELTİLMESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Vildan SEZİŞLİ^(**)**

Öz: Uluslararası ilişkilerin gelişmesiyle ülkelerarası nüfus hareketlerinin artışı yabancıların kişisel durumlarına ilişkin kayıtların tutulması ihtiyacını gündeme getirmektedir. Ülkeler bu kapsamda kendi vatandaşları yanında, sınırları dâhilindeki yabancıların da kişisel durum kayıtlarını tutmaktadır. Türkiye’de yabancıların kişisel durumlarıyla ilgili kayıtların tutulmasına ilişkin düzenlemeler Türk Medeni Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun ilgili hükümlerine dayanılarak çıkarılan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulmasına İlişkin Yönetmelik, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile Geçici Koruma Yönetmeliğinde yer almaktadır. Kişisel durum kayıtlarının emniyet, çalışma, eğitim, sağlık gibi alanlarda kullanılıyor olması kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından hassas bir durum meydana getirdiğinden yabancıların kişisel durum kayıtlarının doğru bir şekilde tutulması önem arz etmektedir. Uygulamada yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulması ve tutulan bu kayıtların düzeltilmesi ile ilgili taleplerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlerin uygulamada sorun teşkil edebileceği görülmektedir. Çalışmada mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemelerde sorun teşkil edebileceği tespit edilen hükümleri değerlendirip, çözüm önerileri sunmak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yabancı, Yabancılar Kütüğü, Yabancıların Kaydı, Kayıt Düzeltme, Yetkili Makam.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 19.07.2024 - Makale Kabul Tarihi: 31.10.2025.

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Erzincan - Türkiye,
E-posta: sezislivildan@gmail.com,
Orcid: 0000-0002-4750-8421.

AN ASSESSMENT ON KEEPING AND CORRECTING PERSONAL STATUS RECORDS OF FOREIGNERS IN TURKEY

Abstract: Increasing population movements between countries in conjunction with the development of international relations necessitates the keeping of records regarding foreigners' personal status. In this context, countries keep records of the personal status of their citizens as well as foreign nationals residing within their borders. The Turkish Civil Code, the Population Services Law and the Regulation on the Keeping of Population Records of Foreigners all contain provisions for maintaining records regarding foreigners' personal status. According to the relevant provisions of the Population Services Law, the Regulation on the Keeping of Population Records of Foreigners, the Law on Foreigners and International Protection, the Regulation on the Implementation of the Law on Foreigners and International Protection, as well as the Temporary Protection Regulation are in place. As the use of personal status records in areas such as security, labor, education, and health present a sensitive situation in terms of public order, security, and health, maintaining accurate personal status records is vital. Foreigners frequently request that their personal status records be kept and that these records be corrected. In practice, however, it is apparent that the provisions of the relevant regulations in our legislation may present difficulties. This study aims to evaluate the provisions in our legislation that may pose a problem in the relevant regulations and to suggest solutions.

Keywords: Foreigner, Foreigners' Register, Registration of Foreigners, Registration Rectification, Competent Authority.

I. GİRİŞ

Yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulması ve bu kayıtların düzeltilmesine ilişkin hükümler mevzuatımızda çeşitli düzenlemelerde yer almaktadır. Ancak mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemelerden hareketle ülkedeki yabancılardan hangilerinin kişisel durum kayıtlarının tutulacağı, kayıtları hangi makamın tutacağı, tutulan kayıtlarda maddi hata durumunda düzeltme işlemlerinin hangi makam tarafından yapılacağı, kayıtların düzeltilmesi için adli yargı makamı kararının gerekli olup olmadığı sorularının cevabını bulmak kolay olmamaktadır. Bu noktada oluşan tereddüt ise hukuki güvenliği zedelemektedir.

Çalışmada ilk olarak mevzuatımızda konuyla ilgili düzenlemeler çerçevesinde Türkiye’de yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulması konusu incelenecektir. Sonrasında yabancıların kişisel durum kayıtlarındaki maddi hataların ne şekilde düzeltilbileceği konusu ele alınacaktır. Akabinde yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesi taleplerinin adli yargı makamları önünde ileri sürülmesinin gerekli olup olmadığı değerlendirilecektir. Son olarak konuyla ilgili mevzuatımızda yer alan düzenlemelerde yapılması gerekli görülen değişiklikler belirtilecektir.

II. TÜRKİYE’DE YABANCILARIN KİŞİSEL DURUM KAYITLARININ TUTULMASI

1. Genel Olarak

Yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulması konusunun değerlendirilmesi öncesinde yabancı ve kişisel durum kavramlarının incelenerek kişisel durum kayıtlarının tutulmasında görevli makamın ele alınması, konunun daha iyi anlaşılmasına ışık tutacaktır.

Yabancı kavramının tanımlanmasında genel olarak vatandaşlık bağı esas alınmaktadır¹. Bu kapsamda Türk hukukunda “yabancı”, “*Türkiye Cumhuriyeti devleti ile vatandaşlık bağı olmayan kişiyi*” belirttiği ifade edilmektedir². Uluslararası hukuk alanında da yabancı kavramına ilişkin tanımlama-

¹ Yabancı kavramının tanımlanmasında vatandaşlık bağı esas alan yaklaşım “klasik görüş”; ülkede taşınmazın bulunması, ikametgâhın bulunması gibi sosyal gerçekleri esas alan yaklaşım “sosyolojik görüş” olarak adlandırılmaktadır (Erdoğan, Göger, Yabancılar Hukuku, Ankara 1976, s. 3-4). Vatandaşlık bağı esas alınarak yapılan tanımın tüzel kişiler, çifte vatandaşlığa sahip olanlar, özel statüye tabi kişiler açısından yeterliliği eleştirilmektedir (Göger, s. 4).

² Bkz. TVK (RG: 12.06.2009, 27256) m. 3(1)(d); TVKUY (RG: 06.04.2010, 27544) m. 3(1)(u); YUKK (RG: 11.04.2013, 28615) m. 3(1)(ü); YUKKY (RG: 17.03.2016, 29656) m. 3(1)(II).

lar geliştirilmiştir. Nitekim Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün³ 1892 yılında Cenevre'de gerçekleştirilen toplantısında, “yabancı”, “bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını talep etme hakkına hukuken sahip olmayan kişi” olarak tanımlanmıştır⁴.

Ülkemizde çeşitli statüde birçok yabancı bulunmaktadır⁵. Bu statülere bağlı olarak ülkemizdeki yabancılar çeşitli kavramlarla nitelendirilmektedir⁶. Bu kapsamda yabancılar, genel statülü yabancılar ve özel statülü yabancılar ayrımına tabi tutulmaktadır⁷. Genel statülü yabancılar, hukuki durumları yabancılar hukukunun genel ilke ve kurallarına göre belirlenen yabancıları ifade etmektedir⁸. Hukuki durumları milletlerarası örf ve adet kuralları, mil-

³ Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Institut de Droit International), 8 Eylül 1873'te Belçika'da kurulan uluslararası hukukun ilerlemesini sağlamayı amaçlayan uluslararası nitelikte bir organizasyondur. Bkz. “Institut De Droit International Justitia Et Pace” (<https://www.idi-il.org/en/>) (Erişim Tarihi: 08.07.2025)).

⁴ Yılmaz, **Altuğ**, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul 1963, s. 7-8; A. **Gündüz Ökçün**, Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hürriyeti, Ankara 1998, s. 3, dn. 1; Aydanur, **Gürzumar**, “Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı Var mıdır?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 19, Sayı: 1-2, 1999, s. 383; Gülören, **Tekinalp**, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003, s. 6; Selim, **Levi**, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri, İstanbul 2006, s. 17; Rona, **Aybay**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2007, s. 11; Ergin, **Ergül**, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 475, 2012, s. 214-215; Süheylâ, **Balkar Bozkurt**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öngörülen Uluslararası Koruma Türleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 127-128, 2015, s. 44-45; Güven, **Yarar**, Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri, İstanbul 2018, s. 6; Aysel, **Çelikel/Günseli, Öztekin Gelgel**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2022, s. 16; Vahit, **Doğan/ Alper Çağrı, Yılmaz/ Lale, Ayhan İzmirli**, Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2023, s. 5; Aydoğan, **Asar**, Yabancılar Hukuku (Temel Konular), Ankara 2024, s. 21; Salimya, **Ganiyeva**, Türk Hukukunda Özel Statülü (İmtiyazlı) Yabancılar, Ankara 2024, s. 21. İlgili tanımın eleştirisi için bkz. **Ökçün**, s. 3, dn. 1; **Levi**, s. 17; **Aybay**, s. 12-13; **Yarar**, s. 6.

⁵ Hukuki statüler, belirli koşulları taşıyan kişilere bazı hak ve yükümlülüklerin tanınmasını sağlarken, kişilerin bu statülere dâhil edilebilirliği, sınırlı esnekliğe sahip önceden belirlenmiş bir yapının bireysel özelliklere göre usulüne uygun biçimde değerlendirilmesini gerektirmektedir (Neva Övünç, **Öztürk**, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Ankara 2015, s. 47).

⁶ Nuray, **Ekşi**, “1951 Yılından Bugüne Mülteci Kavramı” (Mülteci Kavramı), Türkiye Belediyeler Birliği İller ve Belediyeler Dergisi, Sayı: 813, 2016, s. 10. Kişilerin bireysel ya da kitlesel olarak yabancı bir ülkeye göç etmesi, insanlık tarihi boyunca süregelen toplumsal bir olgudur (Işıl, **Özkan**, Göç-İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2022, s. 39). Göçe ilişkin hukuki düzenlemelerin 20'nci yüzyılda şekillenmeye başladığı belirtilmektedir (**Özkan**, s. 39).

⁷ Hacı, **Can/Ekin, Tuna**, Yabancılar Hukuku, Ankara 2022, s. 177. Yabancı kavramının çeşitli kategorik ayrımları için ayrıca bkz. Ergin, **Nomer**, Teb'a ile Yabancıların Hukukî Müsavâtı, İstanbul 1962, s. 50; **Altuğ**, s. 8; **Göğer**, s. 2; **Tekinalp**, s. 6-7; **Levi**, s. 19-21; **Aybay**, s. 20-35; Nuray, **Ekşi**, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (Temel Konular), İstanbul 2012, s. 1-4; **Balkar Bozkurt**, s. 45; **Yarar**, s. 8-18; **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 17-35; **Doğan/Yılmaz/İzmirli**, s. 7-22; **Asar**, s. 21-22.

⁸ **Can/Tuna**, s.1 78.

letlerarası anlaşmalar ya da iç hukuk kuralları kapsamında genel statülü yabancıardan farklı görülen yabancılar ise özel statülü yabancılar olarak adlandırılmaktadır⁹. Özel statülü yabancılar; Türk vatandaşlığına benzer bir statüden yararlandırılan yabancılar (mavi kartlılar¹⁰, turkuaz kartlılar¹¹, uzun dönem ikamet izni sahipleri¹², süresiz çalışma izni sahipleri¹³), Türk soylu yabancılar, göçmenler¹⁴, KKTC vatandaşları, Türk vatandaşı ile evli yabancılar, görevsel konumdan yararlanan yabancılar (devlet başkanları, dışişleri bakanları, diplomatik ve konsüler temsilciler, uluslararası kurum personelleri), vatansızlar¹⁵, uluslararası koruma sağlanan yabancılar (mülteci¹⁶, şartlı mülteci¹⁷, ikincil korunan¹⁸), geçici koruma sağlanan yabancılar¹⁹ şeklinde sınıflandırılmaktadır²⁰.

⁹ **Can/Tuna**, s. 178; **Doğan/Yılmaz/İzmirli**, s. 16; Begüm, **Süzen**, “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 2, 2023, s. 1491.

¹⁰ TVK m. 28.

¹¹ TKY (RG: 14.03.2017, 30007) m. 19.

¹² YUKK m. 44.

¹³ UİK (RG: 13.08.2016, 29800) m. 10.

¹⁴ İK (RG: 26.09.2006, 26301) m. 3(1)(d). Türkiye’de 1980’li yıllardan itibaren Türk soyu ve kültürüne bağlı soydaş göçü tartışmalarının yerini farklı kültürel değer ve kimliklere sahip yabancıların göçü tartışmalarının aldığı hakkında bkz. Özlem, **Kahya Nizam/Songül, Sallan Gül**, “Türkiye’de Mültecilere Yönelik Yerleşim Politikaları ve Uydu Kentler: Güvenlik Kısılacında Yaşamlar”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Göç Özel Sayısı, 2017, s. 1389.

¹⁵ YUKK m. 3(1)(ş).

¹⁶ YUKK m. 61.

¹⁷ YUKK m. 62.

¹⁸ YUKK m. 63.

¹⁹ YUKK m. 91; GKY (RG: 22.10.2014, 29153). Ülkemizde geçici koruma sağlanan Suriyeliler idari ve yargısal hususlara yönelik oldukça fazla sayıda hukuki durum içine girmektedirler (Serdar, **Özgüney**, Geçici Koruma Statüsüne İlişkin İdari Prosedürler ve Yargı Süreçleri, Ankara 2024, s. 51). Bu vesile ile ülkemizde geçici koruma sağlanan kişilere ilişkin hukuki düzenlemelerin göz ardı edilmemesi gerektiğinin altının çizilmesinde fayda vardır. Örneğin, ülkemizde geçici koruma sağlanan Suriyelilerin taşınmaz mal iktisap etmelerinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Nuray, **Eksi**, “Suriyeliler Türkiye’de Neden Taşınmaz İktisap Edemezler” (Taşınmaz İktisabı), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 97, Sayı: 2, 2023, s. 19). Eğer taşınmaz mal edinmişlerse mevzuata aykırı bu edinimlerinin iptalinin gerektiği belirtilmektedir (Nuray, **Eksi**, “Göç Sorununun Hatay Özelinde Değerlendirilmesi” (Göç Sorunu), İktisat ve Toplum, Sayı: 154, 2023, s. 33). Yine bu kişilere genel olarak vatandaşlık verilmesinin de mümkün olmadığı yönünde bkz. TVKUY m. 16(2)(c); Nuray, **Eksi**, “Türkiye’yi Uçurma Doğru Götüren Göç Politikası” (Göç Politikası), İktisat ve Toplum, Sayı: 132, 2021, s. 16.

²⁰ **Can/Tuna**, s. 177-193.

Ülkemizde bulunan yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulmasında Göç İdaresi Başkanlığı görevlidir. Yabancılarla ilgili işlemler, İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlükleri tarafından yapılmaktayken, YUKK'un yürürlüğe girmesiyle²¹ İl Göç İdaresi Müdürlükleri tarafından yapılmaya başlanmıştır²². 703 sayılı KHK'nın 71'inci maddesinde yer alan düzenleme ile YUKK'un Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluşunu düzenleyen 103'üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır²³. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 158 ilâ 167'nci maddeleri ile Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'ne ilişkin yeniden düzenleme yapılmıştır²⁴. 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün statüsü Başkanlık olarak değiştirilmiştir²⁵. Uygulamada işlemler Göç İdaresi Başkanlığı tarafından valilikler bünyesinde kurulan il göç idareleri tarafından yürütülmektedir²⁶. İtalya'da belediye²⁷, Japonya'da yerel yönetim ofisleri²⁸, Pakis-

²¹ Türk hukukunda, yabancılara ilişkin en geniş kapsamlı ve temel kanunî düzenlemeyi YUKK teşkil etmektedir (Rifat, **Erten**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 19, Sayı: 1, 2015, s. 8). İlgili kanunda, genel yabancılar hukukuna ilişkin hükümler yanında, özel/ayrıcalıklı statü sahibi yabancılarla ilgili hükümler de yer almaktadır (**Erten**, s. 8).

²² Elif, **Altınok Çalışkan**/Serkan, **Seyhan**, “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat Yapısı ve Hukuksal Statüsü Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt; 16, Sayı: 2, 2017, s. 129, dn. 7; **Eksi**, Göç Politikası, s. 13; Can, **Asarcık**, “Genel Müdürlükten Başkanlığa Göç İdaresi Başkanlığının Türk Bürokrasisindeki Konumu”, Uluslararası Göç ve Mülteci Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2022, s. 251; F. Bilge, **Kahraman**, “Göç İdaresi Başkanlığı”, Cumhuriyetin Göçlerle Dolu 100 Yılı, İstanbul, 2023, s. 301. Böylece göç ve sığınma ile ilgili işlemler, sivil personelin görev yaptığı bir idareye devredilmiştir (**Kahraman**, s. 302). Bu kapsamda göç yönetimindeki değişim, göçlerin nitelik ve nicelik olarak farklılık göstermesi olgusuna dayandırılmaktadır (Seçkin, **Baykal**/Levent, **Yılmaz**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Göç İdaresi Bağlamında Türkiye'nin Yeni Göç Siyaseti”, Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2020, s. 645). Türkiye'nin transit ülke konumundan hedef ülke konumuna gelmesiyle birlikte, göç yönetiminin yalnızca düzensiz göçü engellemeye odaklanmasının yetersiz kaldığı; bu durumun, kitlesel göçle gelen kişilerin statülerinin belirlenmesini, barınma ve istihdam gibi temel ihtiyaçlarının giderilmesini ve entegrasyonlarına yönelik kapsamlı politikalar geliştirilmesini ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kurulmasını gerekli kıldığı belirtilmektedir (**Baykal/Yılmaz**, s. 645).

²³ RG: 09.07.2018, 30473.

²⁴ RG: 15.07.2018, 30479.

²⁵ RG: 29.10.2021, 31643. Bu kapsamda Göç İdaresinin statüsü yükseltilerek, görev alanıyla ilgili kapsamlı, etkin ve hızlı hareket edilebilmesi sağlanmıştır (**Asarcık**, s. 256). Göç İdaresi Başkanlığı'nın Türkiye'de yönetim tarzı yapılanmalardan biri olarak örgütlendiği hakkında bkz. Sabrina, **Kayıkçı**/Ceren, **Demir**, “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Örneği Üzerinden Çok Düzlemli Yönetişim”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 486, 2018, s. 242-243.

²⁶ **Eksi**, Mülteci Kavramı, s. 11; **Asarcık**, s. 251; Celil, **Akdoğan**, Sınır Dışı Etme İşlemlerine İlişkin Türk İdare Mahkemelerince Verilen Kararların AİHM İçtihatlarına Uygunluğu, İstan-

tan'da ulusal veri tabanı ve kayıt otoritesi²⁹ ilgili ülkelerde, yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulmasında yetkili makamlara örnek gösterilebilir.

Kişisel durum, gerçek kişilerindeğal ve ailevi niteliklerini belirtmektedir³⁰. Kişilerin doğa ve ailevi niteliklerini belirten kişisel durumlarının bilinmesi hem kişiler hem de devlet bakımından önem taşımaktadır³¹. Kişilerin, diğer kişilerle yapacakları kişi veya mal varlığıyla ilgili işlemlerin geçerli olup olmayacağını, hukuki sonuç doğurup doğurmayacağını önceden bilmeleri, bu kayıtların kişiler bakımından önemini göstermektedir³². Kişisel durum kayıtları ile ülkede bulunan kişilerin temel bilgilerine anında ulaşılabilmesi, kamu

bul 2024, s. 66. Bkz. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği (RG: 14.11.2013, 28821). Konuyla ilgili yetkinin emniyet teşkilatının sahip olduğu bilgi birikimi bir tarafa bırakılarak, sivil personelin görev yaptığı idareye bırakılması uygun görülmemektedir (**Ekşi**, Göç Politikası, s. 13). Bu noktada göç idaresi personelinin hukuka uygun hareket etmesi sağlanarak, Göç İdaresi Başkanlığı'nın mevzuata aykırı şekilde hizmet içi genelgelerle göç idaresi müdürlüklerine talimat vermesinin önüne geçilmesi gerektiğinin belirtildiğini ifade etmekte de fayda vardır (**Ekşi**, Göç Politikası, s.18).

²⁷ Enrico, **Gargiulo**, "Registration as a Border: ShapingThePopulation At TheLocal Level InItaly", Geopolitics, Cilt: 28, Sayı: 1, 2023, s. 449, 457. Ülkede kişisel durum kayıtlarının kötüye kullanıldığı, tescilin reddinin hakların reddi anlamına geldiği, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da, (https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:186) bazı yabancıların kaydedilmemesinin güvenlik açısından risk teşkil ettiği belirtilmektedir (**Gargiulo**, s. 459).

²⁸ Kagawa, **Kozo**, "Legal Aspects of TheSocial Integration of MigrantForeignersIn Japan", International Migration InAsiaTrendsAndPolicies, 2000, s. 100. Bu ofisler yabancıların kaydını yaptıktan sonra, bilgiyi il valisine, o da Adalet Bakanlığına iletmektedir (**Kozo**, s. 100).

²⁹ Sanaa, **Alimia**, "PerformingTheAfghanistan-Pakistan Border Through Refugee ID Cards", Geopolitics, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018, s. 395.

³⁰ Seda, **Öktem Çevik**, "Çocuğun Anne Ve/Veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s. 2106-2107; Jale, **Akipek/Turgut, Akıntürk/Derya, Ateş**, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2022, s. 475. Kişisel durum kavramı, kişisel hâl ve ahvâlî şahsiye ile eş anlamdadır (Mustafa, **Dural/Tufan, Ögüz**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2022, s. 205). Kişisel durum kavramı, kişilerin; kişiler ve aile hukuku yönünden içinde bulunduğu durumu ifade eden "dar anlamda kişisel durum" ile tüm medeni ve siyasi durumlarını ifade eden "geniş anlamda kişisel durum" şeklinde ikiye ayrılmaktadır (Aydın, **Zevkliler**, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s. 419; Mehmet, **Ayan/Nurşen, Ayan**, Kişiler Hukuku, Genel Bilgiler, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Ankara 2020, s. 209). Çalışmada, kişisel durum kavramı ile dar anlamda kişisel durum ifade edilmektedir.

³¹ Ergun, **Özsunay**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1977, s. 247; Aytekin, **Ataay**, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978, s. 258; **Zevkliler**, s. 420; **Öktem Çevik**, s. 2107; **Ayan/Ayan**, s. 209; Sinan Sami, **Akkurt/Kemal, Erdoğan/Hüseyin, Tokat**, Tablolar, Şemalar ve Örnek Olaylarla Medenî Hukuk, Ankara 2021, s. 276; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 475; Cem, **Baygın/Ahmet, Nar**, Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Ankara 2023, s. 447.

³² **Zevkliler**, s. 420.

hizmetlerinin planlanarak, bu hizmetlerin kolaylıkla yürütülebilmesi ise kişisel durum kayıtlarının devlet bakımından önemini ortaya koymaktadır³³. Zira ülkeler mali, ekonomik, siyaset ve sosyal düzenlemelerini nüfus kayıtları çerçevesinde planlamaktadır³⁴. Bu noktada kayıtlar, birçok hakkın etkin şekilde kullanılmasına açılan “bürokratik kapı” olarak nitelendirilmektedir³⁵. Kişisel durumların bilinmesinin hem kişiler hem de devlet bakımından öneminden dolayı kişisel durum kayıtları sonradan ortaya çıkan değişikliklerle beraber resmi kayıtlar şeklinde tutulmaktadır³⁶. Tutulan bu resmi kayıtlara nüfus olayları işlenmektedir³⁷. Bu kapsamda yabancıların biyometrik verilerinin de kaydedilebildiğini belirtmek önem taşır. Örneğin Estonya’da DNA gibi biyomet-

³³ Tarık, **Türk**, “Adres Kayıt Sistemi ile Kent Bilgi Sistemlerinin Bütünleştirilmesi”, Jeodezi ve Jeoinformasyon Dergisi, Sayı: 99, 2008, s. 13.

³⁴ Hasan, **Özkan/Kifayet, İştîp Ataç**, Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Ankara 2009, s. 401.

³⁵ **Gargiulo**, s. 440. Kişisel durumların bilinmesinin yabancıların ülkede sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım gibi bazı hizmetlerden yararlanabilmeleri için gerekli görüldüğü hakkında bkz. Ahmet Hamdi, **Topal**, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyeli-lerin Hukuki Statüsü”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015, s. 17.

³⁶ Ülkemizde nüfus hizmetlerine ilişkin yapılan çalışmalar hakkında bilgi için bkz. Fevzi, **Çakmak**, “Cumhuriyet’in İlk Yıllarında Nüfusu Kayıt Altına Almaya Yönelik Girişimler”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 18-19, 2009, s. 89-115; **Özkan/İştîp Ataç**, s. 402-403; 411-412.

³⁷ NHK (RG: 29.04.2006, 26153) 3(1)(y)’üncü maddesi, NHUY (RG: 09.05.2020, 31122) 4(hh)’üncü maddesi, TVKUY 3(p)’üncü maddesi ve YNKY (RG: 20.10.2006, 26325) 4(f)’üncü maddesinde “doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evlât edinme, tanıma, kayıt düzeltme, soybağının düzeltilmesi, gaiplik gibi kişisel durumlarda değişikliğe neden olan olayın”, nüfus olayını ifade ettiği, belirtilmektedir. YNKY’nin 13’üncü maddesinde “soybağı”, 14’üncü maddesinde “doğum”, 15’inci maddesinde “evlenme”, 16’ncı maddesinde “boşanma”, 17’nci maddesinde “evliliğin feshi veya iptali”, 18’inci maddesinde “evlât edinme”, 19’uncu maddesinde “ölüm”, 20’nci maddesinde ise “gaipliğe” ilişkin nüfus olaylarının ne şekilde kaydedileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda tanımayla ilişkin bir hususun belirtilmesinde fayda vardır. Şöyle ki, NHK’nın 28(5)’inci maddesinde, yurt dışındaki tanıma işlemlerine ilişkin bildirimlerin dış temsilciliklere ya da nüfus müdürlüklerine yapılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu noktada doktrinde bir görüşe göre, babanın çocuğunu tanıdığına dair mahkeme kararı, noter belgesi ya da vasiyetname ayrıca tanıma için dava açılması gerekmeksizin NHK çerçevesinde bildirimde bulunulmasıyla Türkiye’de hukuk sonuç doğuracaktır (Nuray, **Ekşi**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma Tenfiz), İstanbul 2020, s. 34-35). Bir diğer görüş, babanın çocuğu tanıdığına dair mahkeme kararı bulunması durumunda ikili bir ayırım yaparak, mahkeme işlevinin sadece Türk hukukunda olduğu gibi baba olduğunu ifade eden kişinin tanıma beyanının alınmasından ibaret olduğu, kararın ilam niteliği taşımadığı halde, NHK’nın 28(5)’inci maddesi çerçevesinde işlem yapılacağını; mahkemede kişinin baba olup olmadığının çekişmeli olarak görülüp karara bağlandığı halde ise mahkeme kararının MÖHUK (RG: 12.12.2007, 26728) çerçevesinde tanınacağını belirtmektedir (Neşe, **Baran Çelik**, Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması, Ankara 2021, s. 188).

rik verilerin toplanmasını reddin vizeyi red anlamına geldiği kabul edilmektedir³⁸. Estonya’da bulunan DNA verileri devlet kaydı örnek gösterilerek Ukrayna’da da DNA veri bankası oluşturulması önerilmektedir³⁹.

Yabancıların kişisel durum bilgilerinin doğru ve güncel bir şekilde kaydedilmesi önem arz eder⁴⁰. Bu kapsamda yabancıların ülkede zaman içinde statü değişikliklerine bağlı olarak bu kayıtların değiştirilmesinin ehemmiyeti de yadsınamaz⁴¹. Ancak yabancıların kişisel durum kayıtlarının doğru ve güncel bir şekilde tutulmasında diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de çeşitli sorunlarla karşılaşabilmektedir⁴². Karşılaşılan sorunlar özellikle sığınma tale-

³⁸ Iryna, **Kushnir**/Olha, **Tsarenko**/Serhii, **Tsarenko**, “Legal and Organizational Problems on Identification of Persons In Activities of the State Border Guard Service of Ukraine”, Juridical Trib., Cilt: 11, Sayı: 1, 2021, s. 116.

³⁹ **Kushnir/Tsarenko/Tsarenko**, s. 116.

⁴⁰ Örneğin, Osmanlı döneminde yabancıların kayıtları farklı Bakanlıklara bağlı Sicil-i Nüfus ve İstatistik Dairesi tarafından birbirlerine başvurulmadan tutularak, bu kayıtların güvenilirliği sağlanmaya çalışılmaktaydı (Abdulkadir, **Gül**, “Son Dönem Osmanlı Eğin Nüfus Defterleri ve Bize Sundukları”, AKRA Kültür Sanat ve Edebiyat Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 7, 2015, s. 161).

⁴¹ Örneğin Almanya’da yabancıların kişisel durum kayıtları hakkında veri sağlayabilecek Federal Göç ve Mülteciler Dairesi tarafından tutulan Merkezi Yabancılar Kayıt Defterinin (Gesetz über das Ausländerzentralregister § 1(1) (AZR-Gesetz) (<https://www.gesetze-im-internet.de/azrg/BJNR226500994.html>) (Erişim Tarihi: 27.03.2024)) yanı sıra birçok resmi kaynak bulunmasına rağmen (Bkz. Jennifer, **Elrick**, “Foreigners, Immigrants And Persons With a ‘Migration Background’: What Kind of Official Data Are Needed In Germany?”, Sozialwissenschaftlicher Fachinformationsdienst So Fid, Migration Und Ethnische Minderheiten, Sayı: 2, 2005, s. 7) ülkede konunun ehemmiyeti çeşitli endişelere neden olmakta, bu noktada yasal olarak ikamet eden yabancı nüfusun ülkeye giriş şekli ve zaman içinde statü değişimleri hakkında bilgi edinmenin önemi vurgulanmaktadır (**Elrick**, s. 12). Yabancılar Kayıt Defterindeki bilgilerin verildiği diğer tüm merciler ve nüfus kayıt dairelerinin belgenin orijinal olup olmadığını, belge hamilinin kimliğini araştırma hakkına sahip olduklarında gerekli tedbirleri almaya yetkili oldukları yönünde bkz. Hacı, **Can**, Almanya’da Yabancıların İkameti, Kazanç Sağlayıcı Faaliyeti ve Entegrasyonu (Almanya’da Yabancılar), Ankara 2023, s. 197.

⁴² Ülkemizde ortaya çıkan sorunlardan biri çok eşli kişilerin kayıtları konusunda gündeme gelmektedir. Bazı ülke hukuklarında bir erkeğin birden fazla eşle evlilik yapması mümkündür. Suriye hukuku hakkında bkz. Mahmut, **Kaya**, “İki Hukuk Arasında Arafta: Suriyeli Kadın Mültecilerin İnförmel Evlilikleri ve Boşan(ama)ma Krizi”, Journal of Social and Humanities Sciences Research, Cilt: 5, Sayı: 31, 2018, s. 4718; **Özgüney**, s. 152. TMK (RG: 08.12.2001, 24607) kapsamında eşlerin hepsinin resmi eş olarak kaydı imkanı olmadığından sadece bir eşin kaydı sonucu diğer eşlerin kişisel durum kayıtlarında bu kişiler bekar olarak görünmektedir (M. Tevfik, **Odman**, “Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin Evlenmeleri, Çocuklarının Nüfusa Kayıtları, Boşanmaları ve Ceza Hukuku Boyutu”, Uluslararası Göç ve Mülteci Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2022, s. 288). Bu durumda ise kayıtlarda bekar olarak görülen eşlerin evlilikten kaynaklı haklarının nasıl teminat altına alınacağı sorusunun cevabı verilemediği gibi soybağına ilişkin sorunlarla da karşılaşabilmektedir. Ayrıca daha önce boşanmış ancak çocuğu olan, boşanma kararında velayete ilişkin düzenleme bulunmayan, kayıtlara bekar olarak kaydedilen kişiler bakımından da çeşitli sorunlar gündeme gelebilmektedir. Şöyle ki böyle bir durumda resmi evlilik olmadığından bahisle TMK’nın 337(1)’nci maddesi gereği velayetin annede mi olduğu kabul edilecektir? Yoksa Türkiye dışında da olsa bir evlilik ve boşanma

binde bulunan yabancılar bakımından gündeme gelmektedir⁴³. Zira sığınma talebinde bulunan yabancıların yanlarında herhangi bir belgeleri bulunmayabilmekte, belgeleri eksik olabilmektedir. Bu kişilerin yanlarında bulunan belgeleri bilerek saklamaları da söz konusu olabilmektedir⁴⁴. Bu gibi durumlarda kayıtlar ilgililerin beyanlarına dayanılarak oluşturulmaktadır⁴⁵. Ayrıca sığınma talebinde bulunan yabancıların sahte belge kullanmaları gibi durumlarla da karşılaşılabilir⁴⁶. Bu noktada gerçek dışı beyanlarla yapılan kayıtların, güvenlik açısından risk teşkil ettiğini, aile hukuku sorunlarına yol açtığını, kamu kurumlarını ve mahkemeleri ciddi ölçüde meşgul ederek, emek ve zaman kaybına neden olduğunu belirtmekte fayda vardır⁴⁷.

2. Yabancıların Kişisel Durum Kayıtlarının Tutulmasına İlişkin Düzenlemeler

Mevzuatımızda kişisel durum kayıtlarının tutulması ile ilgili düzenlemeler, TMK, NHK, NHK'nın konuyla ilgili maddelerine dayanılarak çıkarılan YNKY, YUKK, YUKKY ve GKY'de yer almaktadır⁴⁸.

gerçekleşmiş olduğundan boşanmış eşler arasında velayetin tespitine yönelik menşé ülke makamlarından karar mı istenmelidir? Ya da menşé ülke makamlarından karar getirmenin zorluğu hesaba katılırsa Türk mahkemelerinde velayetin tespitine yönelik dava mı açılmalıdır? İlgili hususlarda değerlendirme için bkz. **Özgüney**, s. 153-155.

⁴³ Örneğin, Polonya'da son yıllarda çeşitli veri türlerini toplama ve doğrulamaya yönelik sistemin genişlemesine rağmen, ülkedeki tüm yabancılara ilişkin tek ve güvenilir bir veri kaynağının bulunmadığı belirtilmektedir (Macie, **Duszczyk**/Agata, **Gorny**/Paweł, **Kaczmarczyk**/Andrzej, **Kubisiak**, "WarRefugeesFromUkraineIn Poland - OneYearAfterThe Russian Aggression. Socioeconomic Consequences And Challenges", RegionalSciencePolicy&Practice, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 187). Bu kapsamda AB üye devletleri arasında Ukrayna'dan gelen savaş mültecilerine ilişkin bir bilgi alışverişi sisteminin eksik olduğu ifade edilmektedir (**Duszczyk**/**Gorny**/**Kaczmarczyk**/**Kubisiak**, s. 187).

⁴⁴ Ülkeye kabul edilen kişilerin kimlik belgesini kasten saklamaları, bu kişilerin ülkeye kabul edildikten sonraki faaliyetlerinin kontrolü konusunda milli güvenlik tehdidi oluşturabilmektedir (**Özgüney**, s. 69-70).

⁴⁵ Beyana dayalı oluşturulan kayıtlarda tercüman imzası bulunmaktadır.

⁴⁶ **Kushnir/Tsarenko/Tsarenko**, s. 114-115. Kayıtların yanlış bir şekilde tutulmasına sahte belge sunarak sebep olanlar hakkında TCK (RG: 12.10.2004, 25611) (m. 206) kapsamında resmi belgelerin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan adli soruşturma ve kovuşturma söz konusu olabilmektedir (**Özgüney**, s. 77). Gerçek dışı beyanlara dayalı düzenlenen belgelerden kaynaklı çok sayıda dava bulunmaktadır (**Eksi**, Göç Politikası, s. 17).

⁴⁷ Nuray, **Eksi**, Türkiye'ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları (Yabancıların Davaları), İstanbul 2021, s. 38.

⁴⁸ Bu noktada, konuyla ilgili idare hukukuna ilişkin kanunların uygulanmasının da gündeme gelebildiğini belirtmekte fayda vardır. Zira yabancılarla ilgili yapılan işlemler temel anlamda idari işlemler olduğundan yabancılar hukuku ile idare hukuku arasındaki genel kanun- özel kanun ilişkisi göz önüne alındığında özel kanunlarda düzenleme yoksa idare hukukuna dair düzenlemelerde yer alan genel hükümler dikkate alınacaktır (**Özgüney**, s. 60-61).

Kişisel durumlara ilişkin kayıtların tutulması ile ilgili temel hükümler TMK'nın 36 ilâ 42'nci maddeleridir. TMK'nın 36'ncı maddesine göre kişisel durumlar, tutulan resmi sicillerle tespit edilmektedir. Bu kapsamda resmi sicilın tutulmasına dair esaslar ilgili Kanunda gösterilmektedir. Bahsi geçen ilgili Kanun 25.04.2006 tarihli ve 5490 sayılı NHK'dır⁴⁹. NHK'nın genel gerekçesinde, nüfus kayıtlarının yıllardır NVİGM tarafından güncel bir şekilde tutulduğu ifade edilmektedir⁵⁰. NHK'da sadece Türk vatandaşlarının değil, yabancıların da kişisel durumlarıyla ilgili kayıtların tutulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır⁵¹. Zira Kanun'un 2'nci maddesinde, Kanun'un Türk vatandaşlarını, TVK'nın 28'inci maddesi kapsamındaki kişileri ve Türkiye'deki yabancıları kapsadığı belirtilmektedir. Bu kapsamda ilgili kişilerin nüfus hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin esas ve usûl hükümleri düzenlenmektedir.

Kişisel durum bilgileri, kütükler ve tutanaklara kaydedilmektedir⁵². Tutanakla, kütüklere geçirilecek bilgiler belirlenmekte, bu bilgilerin daha sonra ilgili kütüklere kaydı yapılmaktadır⁵³.

Kişisel durum kayıtlarının tutulduğu kütükler, TMK'nın 36'ncı maddesinde "kişisel durum sicili" başlığı altında ele alınmaktadır⁵⁴. TMK ile kişisel durum kayıtlarının tutulmasına ilişkin atıf yapılan NHK'da, Türk vatandaşlarının kişisel durumlarıyla ilgili tutulan kayıtlar, "nüfus kütüğü" üst başlığı

⁴⁹ Nüfus mevzuatı açısından TMK genel ve eski tarihli bir kanun, NHK ise özel ve yeni tarihli bir kanun olduğundan nüfus olaylarında ve nüfus olaylarının kaydedilmesinde NHK'nın öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir (Demet, **Özdamar**, "5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt: II, Ankara, 2010, s. 1509).

⁵⁰ TBMM Dönem: 22 Yasama Yılı: 4 (S. Sayısı: 1123) Nüfus Hizmetleri Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/1177), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 23.02.2006 Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1119/860. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c117/tbmm22117090.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2024). Yabancı ülkelerde nüfus hizmetleri Türkiye temsilcileri tarafından yürütülebilmektedir (TMK m. 37(2)). Nüfus hizmetlerinin yürütülmesinde bazı durumlarda farklı makamların da yetkili olduğu görülmektedir. Örneğin, gemi kaptanı gemide gemi jurnali denilen bir defter tutarak, bu deftere de bazı nüfus olaylarını kaydetmektedir (**Özkan/ İştîp Ataç**, s. 410-411).

⁵¹ Türkiye'deki yabancıların nüfus hizmetlerinin yürütülmesi ve geliştirilmesine ilişkin esasların NHK ile düzenlendiği hakkında bkz. Hatice Selin, **Pürselim Arning**, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Ankara 2014, s. 286.

⁵² **Zevkliler**, s. 421-424.

⁵³ **Zevkliler**, s. 423.

⁵⁴ Önceki 743 sayılı Medeni Kanun'da (m. 35-38) (RG: 04.04.1926, 339) bu siciller, âhvali şahsiye sicil kayıtları başlığı altında düzenlenmekteydi.

altında düzenlenmektedir. Aile kütüğü, özel kütük ve yedeklerinden meydana gelen kayıtların bütünü, nüfus kütüğünü belirttiği, ifade edilmektedir⁵⁵. Yabancıların kişisel durumlarıyla ilgili tutulan kayıtlar ise “yabancılar kütüğü” şeklinde adlandırılmaktadır⁵⁶. Hükme ilişkin kanun gerekçesinde düzenlemeyle, yabancıların bağımsız bir kütüğe kaydedilmesi mükellefiyeti getirildiği belirtilmektedir. Ayrıca gerekçede tutulan kayıtların güncelliklerini temin için nüfus olaylarının bildirilmesi yükümlülüğü getirildiği ifade edilmektedir⁵⁷. Bu noktada ilk olarak yabancılar kütüğü kavramının ele alınıp, daha sonra bu kütükte Türkiye’deki hangi yabancıların kişisel durumlarına ilişkin kayıtlarının tutulacağını, sonrasında bu kayıtların tutulmasında hangi makamın görevli olduğunun irdelenmesi önem taşır.

NHK’nınyürürlüğe girdiği ilk halinde, tanımlar başlıklı 3(1)(bb)’üncü maddesinde, yabancılar kütüğü’nün, en az 6 ay süreyle ikamet izni (ikamet

⁵⁵ Bkz. NHK m. 3(1)(u). NHK’nın 3(e)’üncü maddesine göre, “aile kütüğü”, “Nüfus olaylarına ilişkin kayıtların kâğıt veya elektronik ortamda tutulduğu kütüğü”; 3(z)’üncü maddesine göre, “özel kütük”, “Doğum, evlenme, boşanma, ölüm, kayıt düzeltme ve diğer olaylar şeklinde tutulan ve ayrı ayrı tasnif edilen dayanak belgelerinin konulduğu dosyayı” belirtmektedir. Evlat edinme, tanıma, gaiplik gibi olaylara ilişkin bu adlarla anılan kütük bulunmadığından bu olaylar tutanakla belirlenip, aile kütüğüne geçirilmektedir (Zevkliler, s. 423). Bu kapsamda, aile kütüğünün temel kütüğü ifade ettiği belirtilmektedir (Kemal, **Oğuzman/Özer, Seliçi/Saibe, Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2024, s. 171).

⁵⁶ Doktrinde bir görüş, nüfus kütüğü konusunda yabancılar kütüğüne de değinerek, nüfus kütüğünün diğer kütükleri de kapsadığını belirtirken (**Ayan/Ayan**, s. 210); bir başka görüş Göç-Net veri tabanının, medeni hukuk bakımından kişisel durum sicili ve NHK kapsamında nüfus kütüğü olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmekte (Barış, **Mesci**, “Geçici Koruma Kimlik Belgesindeki Kayıtların Düzeltilmesi Taleplerinde Görevli Yargı Yerin Tespitine İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 29.11.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık, Ankara, 2022, s. 272); diğer bir görüş nüfus kütüğü konusunda yabancılar kütüğüne değinmemektedir (**Akkurt/Erdoğan/Tokat**, s. 277-281; **Dural/Öğüz**, s. 207-210; Serap, **Helvacı**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, s. 186-189; **Baygın/Nar**, s. 451-456). Yabancılarla ilgili bir de mavi kartlılar kütüğü (NHK m. 3(n)) bulunmaktadır. Mavi kartlılar kütüğüne ilişkin düzenleme, NHK’nın 8/A maddesidir. NHK’nın belirtilen maddesine dayanarak çıkarılan 30.04.2013 tarihli Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge’de de mavi kartlılar kütüğüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Türk vatandaşlığından çıkan kişiler, geçerli resmi kimliklerindeki isimleri ile kapatılan nüfus kayıtlarındaki isimleri arasındaki farklılıklardan dolayı Türkiye’deki resmi işlemlerde birtakım engellerle karşılaşabilmektedir. Bu kişilerin nüfus kayıtlarının kapalı olduğu gerekçesine dayanılarak, kayıtlarda değişiklik taleplerinin reddiyle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin verilen Anayasa mahkemesi kararlarının değerlendirmesi için bkz. Hacı, **Can**, Mavi Kartlı Yabancılar (Mavi Kart), Ankara 2023, s. 60-84.

⁵⁷ Bkz. TBMM Dönem: 22 Yasama Yılı: 4 (S. Sayısı: 1123) Nüfus Hizmetleri Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/1177), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 23.02.2006 Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-1119/860. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c117/tbmm22117090.pdf> (Erişim Tarihi: 16.01.2024).

tezkeresi)⁵⁸ verilen yabancıların kaydının yapıldığı kütüğü, belirttiği ifade edilmişti. Söz konusu düzenleme, NHK'da çeşitli tarihlerde değişiklik yapılmasına rağmen varlığını uzun bir süre aynen korumuştur⁵⁹. 2017 yılında yapılan değişiklikle ise düzenlemeden 6 ay süreyle ikamet izni verilen ifadesi çıkarılmıştır. Bu kapsamda ilgili düzenleme, yabancılar kütüğünün “kimlik numarası verilen yabancıların kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu kütüğü”belirttiği şeklinde değiştirilmiştir⁶⁰.Yabancılar kütüğünün tanımına ilişkin NHK'nın yürürlüğe girdiği ilk hâlindeki süre sınırlamasıYNKY⁶¹ (m. 4(ğ)) ileTVKUY'de(m.3(v)) konuyla ilgili hükümlerde hâlâ yer almaktadır. Her iki Yönetmelikte yabancılar kütüğünün tanımı NHK'nın yürürlüğe girdiği ilk halindeki gibi olup NHK'nın yürürlükteki hâli dikkate alınarak ilgili düzenlemelerde gerekli değişikliklerin yapılmadığı görülmektedir⁶².Ayrıca şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki, mevzuatımızda bazı düzenlemelerde ilgili kayıtların kütük defterine yapılacağı ifade edilmektedir. Ancak kü-

⁵⁸ 1331 tarihli Muvakkat Kanun'da (RG: 12.12.1926, 532) Türkiye'de hangi süreyle kalacak yabancıların ikamet izni almaları gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmayıp, ilgili Kanunda değişiklik yapan 3177 sayılı Ek Kanun'un (RG: 28.05.1937, 3616) 1(1)'inci maddesinde yer alan hükümden hareketle, yabancıların Türkiye'de 15 günden fazla süreyle kalacaklarsa ikamet izni almaları gerektiği kabul edilmekteydi. Sonrasında yürürlüğe giren Ecnebilerin Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un (RG: 16.07.1938, 3961) 3'üncü maddesinde, yabancıların Türkiye'de 15 günden fazla kalacaklar ise ikamet izni almaları gerektiği öngörülmekteydi. Akabinde yürürlüğe giren YİSHK'nın(RG: 24.07.1950, 7564) 3(1)'üncü maddesinde, yabancıların Türkiye'de 30 günden fazla kalacaklarsa ikamet izni almalarının gerekli olduğu belirtilmişti. Bu süre YİSHK'nın 30'uncu maddesinin verdiği yetkiye istinaden 2003/6641 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 90 güne çıkarılmıştı. Yürürlükteki YUKK kapsamında bu süre 90 gün kabul edilmektedir (Emre, **Esen**, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, İstanbul 2019, s. 118, dn. 4).

⁵⁹ İlgili düzenleme, Kanun'un 3(1)(bb)'üncü maddesinde, Kanun'un 5838 sayılı Kanun ile değişik hali, 5901 sayılı Kanun ile değişik hali, 5917 sayılı Kanun ile değişik hali, 6217 sayılı Kanun ile değişik hali, 666 sayılı KHK ile değişik halinde, aynı şekilde yer almaktaydı. Düzenlemenin, Kanun'un 6304 sayılı Kanun ile değişik hali, 6327 sayılı Kanun ile değişik halinde maddeye eklenen bentler nedeniyle, içeriğinde değişiklik yapılmaksızın 3(1)(çç)'üncü maddeye teselsül ettirildiği görülmektedir.

⁶⁰ İlgili düzenlemenin 7039 sayılı Kanun ile değişik hali için bkz. RG: 03.11.2017, 30229.

⁶¹ İlgili Yönetmelikle, en az 6 ay süreyle ikamet izni verilen yabancıların kimlik bilgileri ve nüfus olaylarının, yabancılar kütüğünde tutulmasına dair esas ve usulleri düzenlemenin amaçlandığı belirtilmektedir (m. 1). Yönetmeliğin 11'inci maddesinde, yabancılar kütüğündeki bilgilerin, hangi kişisel durumları kapsadığı belirtilmektedir.

⁶² Mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerde de yabancılarla ilgili hükümlerde altı aylık ikamet izni süresi ifadesine rastlanmaktadır. Örneğin, Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği'nin (RG: 15.12.2006, 26377)4(n)'üncü maddesinde “yabancı” kavramının “Türkiye Cumhuriyeti devletiyle vatandaşlık bağı olmayan ve en az altı ay süreyle ikamet izni verilen kişiyi” ifade ettiği, belirtilmektedir. İlgili düzenlemeden de bu süre sınırlamasının çıkarılması gerekmektedir.

tük defteri ifadesiyle yabancılar kütüğünün mü kastedildiği anlaşılamamaktadır⁶³.

Ülkemizde hangi yabancıların kişisel durumlarına ilişkin kayıtların tutulacağına ilişkin düzenlemeler NHK, YNKY, YUKK ile GKY'deyerek almaktadır. NHK'nın yürürlüğe girdiği ilk halinde 8'inci maddesi, "Türkiye'de oturan yabancıların nüfus kayıtları" başlığını taşımaktaydı. İlgili düzenlemede, en az 6 ay süreyle ikamet izni verilen yabancıların, yabancılar kütüğüne kaydedileceği belirtilmişti. Düzenleme, Kanun'da çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle varlığını aynen korumuş olmakla⁶⁴, 2018 yılında, "yabancıların kayıtlarının tutulması" başlığı ile birlikte değiştirilmiştir. Değişikliğe göre, Bakanlık tarafından YUKK kapsamındaki yabancılara kimlik numarası verilecek, bu kişiler yabancılar kütüğüne kaydedilecektir⁶⁵. Ancak ilgili değişiklik YNKY'ye yansıtılmamıştır. Yönetmeliğe göre, kaydı tutulacak yabancılar, Türkiye'de en az 6 ay süreyle ikamet izni verilen yabancılar dır. Doktrinde konuyla ilgili NHK'nın 8'inci maddesinde yapılan değişikliğe uygun olarak, YNKY'deyerek alan 6 aylık sürenin aranmaması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir⁶⁶. Ancak YNKY'nin ilgili hükümlerinde değişiklik yapılmaması doktrinde farklı yorumlara neden olabilmektedir. Bu kapsamda bir görüşe göre, Yönetmelik uyarınca, ikamet izni alarak Türkiye'de 6 aydan uzun süreli oturan yabancıların nüfus olaylarını yerleşim yeri nüfus idarelerine bildirmekle yükümlü tutulduklarından bu kapsama giren

⁶³ Bkz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Refakatsiz Çocuklar Yönergesi m. 10(1)(b) (<https://www.aile.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2024)). Yine aynı maddede, kayıtların bilişim sistemine işleneceği ifade edilmektedir.

⁶⁴ İlgili düzenleme, Kanun'un 5838 sayılı Kanun ile değişik hali, 5901 sayılı Kanun ile değişik hali, 5917 sayılı Kanun ile değişik hali, 6217 sayılı Kanun ile değişik hali, 666 sayılı KHK ile değişik hali, 6304 sayılı Kanun ile değişik hali, 6327 sayılı Kanun ile değişik halinde, bu şekilde idi.

⁶⁵ Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 26.10.2018, 30577 (18/10/2018-7148/32 m.)). Düzenlemede Türk hukukunda yabancılara tanınan statülere bağlı olarak da bir ayırım yapılmamaktadır. Değişikliğe ilişkin komisyon raporunda, ilgili düzenlemede yapılan değişiklik ile ikamet izni bulunmayan yabancılara da kimlik numarası verilmesine imkân sağlandığı ifade edilmektedir (TBMM Yasama Dönemi Yasama Yılı 26, 3 Sıra Sayısı: 497, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/868) ile Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ve 4 Milletvekilinin İstanbul İli Eyüp İlçesinin Adının Eyüpsultan Olarak Değiştirilmesi ve Nüfus Hizmetleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1826) ve İçişleri Komisyonu Raporu. <https://www.tbmm.gov.tr/Arama/Sonuc?q=nuf%C3%BCs%20hizmetleri%20kanunu> (Erişim Tarihi: 01.02.2024). Yabancılara verilen ikamet izinlerine kimlik numaralarının yazıldığına ilişkin bkz. **Eksi**, Yabancılar Hukuku, s. 41.

⁶⁶ **Esen**, s. 298, dn. 331.

yabancılar, yabancılar kütüğüne kaydedilecektir⁶⁷. Konuyla ilgili düzenlemelerin yer aldığı YUKK hükümleri uluslararası koruma, GKY hükümleri ise geçici koruma kapsamındaki kişilere ilişkindir.

Ülkemizdeki yabancıların kişisel durum kayıtlarının hangi makam tarafından tutulacağına ilişkin düzenleme de NHK, YNKY, YUKK ile GKY’de yer almaktadır. NHK’nın 8’inci maddesinde yapılan değişiklikle, yabancıların kişisel durum kayıtlarını tutan makama ilişkin önceki düzenlemede yer alan Genel Müdürlük ifadesi yerine⁶⁸, Bakanlık ifadesine yer verildiği görülmektedir. NHK’nın yürürlükteki düzenlemesi kapsamında, yabancılar kütüğünün tutulmasında yetki İç İşleri Bakanlığındadır⁶⁹. Ancak düzenlemeden İç İşleri Bakanlığına bağlı birimlerden NVİGM’nin (nüfus müdürlükleri) mi Göç İdaresi Başkanlığı’nın (göç idaresi müdürlükleri) mı yetkili olduğu anlaşılamamaktadır⁷⁰. YNKY’nin 6’ncı, 9’uncu, 10’uncu ve 11’inci maddeleri çerçevesinde yetkili makam NVİGM’dir⁷¹.

Yabancılarla ilişkin bilgilerin NVİGM’ye bağlı nüfus müdürlükleri tarafından tutulması planlanmasına rağmen hiçbir zaman nüfus müdürlükleri bünyesinde yabancılar kütüğü oluşturulup, yabancıların nüfus kayıtları tutulmamıştır⁷². Diğer bir deyişle NHK’nın 3’üncü ve 8’inci maddeleri (ayrıca mülga 21’inci madde)⁷³ ile YNKY’de düzenlenen yabancılar kütüğünün, nüfus müdürlüklerinde oluşturulması amaçlanmakla bu yönde uygulama

⁶⁷ Can/Tuna, s. 254; Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 113; Burcu, Ezer, Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri, Ankara 2021, s. 54.

⁶⁸ NHK’nın 8’inci maddesinde yer alan “Genel Müdürlük” ifadesi “NVİGM”yi belirtmekteydi. Bkz. NHK m. 3(i).

⁶⁹ NHK’nın 3(1)(g)’üncü maddesinde, “Bakanlık” ifadesinin, “İçişleri Bakanlığı”nı ifade ettiği belirtilmektedir.

⁷⁰ Ekşi, Yabancıların Davaları, s. 14-15.

⁷¹ Doğuma ilişkin kayıtlar da nüfus müdürlükleri tarafından tutulmaktadır. Kayıt için doğum raporu aslı ile başvuru yapılabilir. Ancak doğum hastanede gerçekleşmemişse çocuğun kaydının muhtardan alınan bir belgeyle veya sözlü beyanla yapılabilmesi de mümkündür (Odman, s. 315).

⁷² Ekşi, Yabancıların Davaları, s. 15.

⁷³ Türkiye’de yabancıların kişisel durumlarına ilişkin kayıtların tutulmasına ilişkin düzenlemelerden biri de, NHK’nın “yabancıların nüfus olayları” başlıklı 21’inci maddesi idi. İlgili düzenlemede, NHK’nın 8’inci maddesinin kapsamı dışındaki yabancıların Türkiye’de gerçekleşen nüfus olaylarına dair nüfus müdürlüklerine başvuruları halinde olay formlarının düzenlenip, bunların özel bir dosyada saklanacağı belirtilmişti (NHK’nın ilk hali, 5838 sayılı Kanun ile değişik hali, 5901 sayılı Kanun ile değişik hali, 5917 sayılı Kanun ile değişik hali, 6217 sayılı Kanun ile değişik hali, 666 sayılı KHK ile değişik hali, 6304 sayılı Kanun ile değişik hali, 6327 sayılı Kanun ile değişik hali düzenleme aynı şekilde yer almaktaydı). İlgili düzenleme 2017 yılında yürürlükten kaldırılmıştır (Mülga: 19.10.2017, 7039/ m. 27).

hayata geçirilememiştir⁷⁴. Bu noktada NHK’da yapılan değişiklikler, yürürlükten kaldırılan hükümler, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinde yabancılar kütüğünden bahsedilmemesi de bu durumu görünür kılmaktadır.

Uygulamada yabancıların kayıtları, göç idaresi müdürlüklerince GÖÇ-Net veri tabanına işlenmektedir⁷⁵. Bu kapsamda NHK’nın 8’inci maddesinde yer alan Bakanlık ifadesinden Göç İdaresi Başkanlığı ve bu Başkanlığa bağlı il göç idaresi müdürlükleri ile bazı ilçelerde bulunan ilçe göç idaresi müdürlüklerinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, incelediğimiz NHK’nın 8’inci maddesinde yer alan düzenleme kapsamında yabancılar kütüğüne kayıt yanında yabancı kimlik numarası verilmesinde de Bakanlığın yetkili olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede de Bakanlık ifadesinden NVİGM anlaşılacaktır. Zira yabancı kimlik numarası üretilmesine yönelik iş ve işlemleri yürütmede NVİGM yetkilidir⁷⁷. Yine daha önce de belirttiğimiz üzere doğuma ilişkin kayıtlar da nüfus müdürlükleri tarafından tutulmaktadır. Bu noktada Bakanlık ifadesinden bazı işlemler bakımından NVİGM’nin bazı işlemler bakımından Göç İdaresi Başkanlığının anlaşılması karışıklığa neden olmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerde, bazı statüdeki yabancıların kayıtlarının Göç İdaresi Başkanlığı tarafından tutulacağına ilişkin açık şekilde hükümler yer almaktadır. Örneğin, YUKK’un 69’uncu maddesinde, uluslararası koruma başvurularının valiliklerce kaydedileceği⁷⁸, 69(2)’uncu maddesinde, uluslararası koruma başvuru sahibinin kişisel verilerinin, il müdürlüğü tarafından kaydedileceği; 70’inci maddesinde kaydın kurumsal yazılım sisteminde tutulacağı belirtilmektedir. GKY’nin 19’uncu maddesinde, geçici koruma kapsamında Türkiye’ye gelenlerin kayıt işlemlerinin, Göç İdaresi Başkanlığı tarafından yapılacağı; 21(1)’inci maddesinde, Yönetmelik kapsamındaki yabancıların kaydının Göç İdaresi Başkanlığı tarafından tutulacağı ifade edilmektedir⁷⁹. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hiz-

⁷⁴ **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 16-17.

⁷⁵ **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 17; **Mesci**, s. 263.

⁷⁶ **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 16.

⁷⁷ <https://www.nvi.gov.tr/bilgi-sistemleri> (Erişim Tarihi: 07.02.2024). Yabancı kimlik numarasının İçişleri Bakanlığı NVİGM tarafından verildiği hakkında ayrıca bkz. **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 25.

⁷⁸ Bilindiği üzere uygulamada bu işlemler konuyla ilgili uzmanlaşmış ve valiliklerce yetki tanıyan il göç idareleri tarafından yürütülmektedir (**Özgüney**, s. 40).

⁷⁹ Yine Geçici Koruma Altındaki Yabancılar İlişkin Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Genelge 2014/4’ün (Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı

metleri Genel Müdürlüğü Refakatsiz Çocuklar Yönergesi'nde de (m.6(1)(a)(b)), refakatsiz çocuğun kayıt altına alınması ve kendisine kimlik numarası verilmesine yönelik iş ve işlemlerin İl Göç İdaresi Müdürlüğünce yapılacağının belirtildiği görülmektedir⁸⁰.

Belirttiğimiz üzere yabancıların kişisel durumlarına ilişkin bilgiler göç idaresi müdürlüklerince Göç-Net'e kaydedilmektedir⁸¹. Ancak Göç-Net'i, yabancılar kütüğü olarak adlandırmak doğru olmayacağından, NHK 3(1)(z)(çç)'üncü ve 8'inci maddesinde yer alan yabancılar kütüğü ile ilgili düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir⁸². Yine bu kapsamda YNKY'nin de yürürlükten kaldırılması gerekir⁸³. Zira ilgili Yönetmelik hükümlerinin yol açtığı tereddüt doktrinde belirttiğimiz farklı yorumlar yanında uygulamada da yanlış kararlar verilmesine neden olmaktadır⁸⁴. Nitekim YNKY'nin NHK'da yer alan dayanak maddesinin değişmesiyle ilgili Yönetmelik, Kanuna aykırı hale gelmiştir.

18.12.2014, Sayı: 34202324-10.06.02-27767 18/12/2014), "Geçici Barınmaya İlişkin İş ve İşlemler" başlığı altında, kayıtların Göç İdaresi Başkanlığınca yapılarak, güncelliklerinin sağlanacağı ifade edilmektedir.

⁸⁰ <https://www.aile.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2024).

⁸¹ Göç-Net, YUKK ve YUKK'a ilişkin ikincil mevzuat hükümlerine tabidir (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 25). Göç-Net'in Göç İdaresi Başkanlığı'nın 2015 yılından beri kullandığı, yabancılarla ilişkin tüm iş ve işlemlerin yürütüldüğü, bilgilerin elektronik ortamda yönetilmesi amaçlanarak geliştirilen bir göç sistemi projesi olduğuna ilişkin bkz. **Mesci**, s. 263. Göç-Net uygulaması sayesinde teknolojik açıdan göç süreçlerinde işlemlerin daha hızlı yapılması temin edilmektedir (**Baykal/Yılmaz**, s. 646). Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin veri tabanı, UİK'nin 5'inci maddesi çerçevesinde ihdas edilen yabancı başvuru değerlendirme ve izleme sistemi olup, bu veri tabanının ÇSGB Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü tarafından tutulduğunu belirtmekte de fayda vardır (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 27).

⁸² **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 30.

⁸³ İlgili Yönetmelik yürürlükten kaldırıldığında, diğer düzenlemelerde bu Yönetmeliğe atıf yapılan ilgili hükümlerin değiştirilmesi gereği de ihmal edilmemelidir. Örneğin, GKÇY (RG: 15.01.2016, 29594) m. 3.

⁸⁴ Uygulamada Bölge İdare Mahkemesinin verdiği bir kararda, yabancının, NVİGM nezdinde tutulan yabancılar kütüğüne tescilinin yapıldığı belirtilmektedir. Bkz. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi, T. 03.10.2019, E. 2019/1830, K. 2019/1643 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023). Yine konuyla ilgili verilen bir kararda, tarafların yabancılar kütüğünde kayıtlı olup olmadıklarının, eğer yabancılar kütüğünde kayıtları varsa bu konuda, NVİGM'den bilgi talep edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2 HD, T. 30.12.2020, E. 2019/513, K. 2020/2052 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023). Yine başka kararlarda da, tarafların yabancılar kütüğünde kayıtlı olup olmadıklarının NVİGM'den sorulup tespiti gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. Bkz. Yarg. 2 HD, T. 10.05.2011, E. 2010/4537, K. 2011/8105; Yarg. 2 HD, T. 17.05.2022, E. 2022/2803, K. 2022/4539 (Erişim Tarihi: 14.02.2023).

III. TÜRKİYE’DE YABANCILARIN KİŞİSEL DURUM KAYITLARININ DÜZELTİLMESİ

Kişisel durum kayıtları kural olarak mahkeme kararına dayanılarak düzeltilmektedir. TMK’nın 39’uncu maddesinde, kişisel durum sicili kayıtlarında düzeltmelerin ancak mahkeme kararı ile yapılabileceği ifade edilmektedir. İlgili düzenlemede öngörülen hükme paralel olarak NHK’nın “kayıt düzeltilmesi” başlığını taşıyan 35’inci maddesinde nüfus kütüklerinde yer alan kayıtların düzeltilmesinin ancak mahkeme kararı ile yapılabileceği belirtilmektedir⁸⁵.

Türkiye’deki yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltme talepleri durumunda adli yargıda mı yoksa idari yargıda mı dava açılması gerektiği konusunda NHK, YUKK, YUKKY, YNKY ve GKY hükümleri tereddüt oluşturmaktadır⁸⁶. Bu tereddüt konuyla ilgili mahkeme kararlarına da yansımaktadır. Türkiye’deki yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde adli yargı makamlarının mı yoksa idari yargı makamlarının mı görevli olduğuna ilişkin değerlendirme öncesinde, dava açılmaksızın kişisel durum kayıtlarının düzeltilebileceği durumlara değinilmesinde fayda vardır.

1. Türkiye’de Yabancıların Kişisel Durum Kayıtlarının Dava Açılması Gerekmezsizin Düzeltilmesi

Kişisel durum kayıtlarında maddi hata⁸⁷ bulunması halinde, kayıtların düzeltilmesinde mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır⁸⁸. Bu durumda uygu-

⁸⁵ Uygulamada çocuğun biyolojik anne ve/veya babasından başka kişilerin kişisel durum kayıtlarına işlenmesi olaylarıyla sıklıkla karşılaşmaktadır (**Öktem Çevik**, s. 2106). Bu noktada nüfus sicilinin düzeltilmesi davasının diğer kişisel durum davaları ile arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi için bkz. **Öktem Çevik**, s. 2111-2127; Cihan, **Avcı Braun**, “Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası Mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası Mı?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, 2021, s. 849-857. Bu davalar kamu düzenini ilgilendirdiğinden, DNA dâhil her türlü araştırmanın yapılması istenmektedir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 176-177).

⁸⁶ Ayrıca bu tür davalar açılabilirse diplomatik ilişkinin olmadığı ülke söz konusu olduğunda kayıtların neye istinaden düzeltileceği, tanık beyanları dikkate alınabilirse bundan doğacak sakıncaların nasıl önleneceği sorularının cevabı verilememektedir (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 32).

⁸⁷ NHK’nın 38’inci maddesinde, NHK’nın 7’nci maddesinde belirtilen aile kütüklerine tescil edilen bilgilerden “dayanak belge”sinde bulunan ancak nüfus kütüklerine hatalı yazılan, eksik yazılan, hiç yazılmayan veya tekraren yazılan kayıtların maddi hata kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir. NHK’nın 3(ğ)’üncü maddesine göre “dayanak belge”, aile kütüğüne kaydedilen nüfus olaylarının dayandığı resmi belgeler ile bunların yedeklerini, ifade etmektedir. NHK’nın 38’inci maddesi ile NHUY’nin 41’inci maddesine göre, doğum belgesi, evlenme belgesi gibi dayanak belge yoksa nüfus müdürlükleri mahkeme kararı olmadan maddi hata

lanacak usule ilişkin düzenlemeler NHK'nın 35 ve 38'inci maddelerinde yer almaktadır. İlgili düzenlemeler kapsamında kayıtların dayanak belgeye göre düzeltilmesi mümkündür. Zira NHK'nın 35'inci maddesinde, nüfus olaylarının aile kütüklerine tescili sırasında yapılan maddi hataların nüfus müdürlükleri tarafından düzeltileceği, NHK'nın 38'inci maddesinde ise NHK'nın 7'nci maddesinde belirtilen aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgilerdeki maddi hataların Genel Müdürlük veya nüfus müdürlükleri tarafından düzeltileceği yahut tamamlanacağı ifade edilmektedir. Bu noktada NHK'nın 35'inci maddesinde aile kütüğü ifadesi kullanılması, NHK'nın 38'inci maddesinde 7'nci maddeye atıf yapıp, 8'inci maddeye atıf yapılmaması, düzenlemelerin yabancılar kütüğündeki maddi hatalar hakkında uygulanmayacağını düşündürmektedir⁸⁹. Daha önce de belirttiğimiz üzere NHK'da yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulduğu kütük, yabancılar kütüğü olarak anılmakta, aile kütüklerinin nüfus kütüğünün bir parçası olarak tanımlandığı görülmektedir. Ancak konuyla ilgili, Bölge İdare Mahkemesi verdiği bir kararda “*böyle bir maddi hata durumunda kayıtların, NHK'nın 35(1)'inci maddesi ile 38'inci maddesi kapsamında düzeltileceğini*” belirtmiştir⁹⁰. Nitekim ilgili düzenlemelerin, yabancıların kişisel durum kayıtları bakımından da geçerli olacağı yorumu yapıldığında, Göç idaresi müdürlükleri tarafından tutulan kişisel durum kayıtlarındaki maddi hata düzeltilmesinde nüfus müdürlüklerinin yetkili olacağı sonucuyla karşılaşılabileceğini belirtmekte fayda vardır.

YNKY'de de kişisel durum kayıtlarında maddi hata bulunması halinde uygulanacak usule ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlgili Yönetmeliğin 21'inci maddesinde, maddi hataların dayanak belgeye göre düzeltileceği ifade edilmektedir. 6, 9, 10 ve 11'inci maddelerinde ise değişikliklerin kütüğe işlenmesi bakımından nüfus müdürlüklerinin yetkili olduğu belirtilmektedir. Ancak bu du-

düzeltilmesi yapamayacaklardır. Bu kapsamda yabancıların elinde dayanak belgesi bulunuyorsa (pasaport gibi), dayanak belgede yer alan ismin yabancılar kütüğüne yanlış yazılması durumunda ilgili göç idaresi müdürlüğü yapılan maddi hatayı düzeltebilecekken, dayanak belge yoksa kayıtlar yabancıların beyanına istinaden tutulmuş ise göç idaresi müdürlüğü düzeltme yapamayacaktır (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 30-31). Bu noktada NHK'nın 40'ıncı maddesinde, nüfus kayıtlarının usulüne uygun düzenlenmemiş belgeye göre tescil edilmesi halinde iptaline ilişkin düzenlemenin yer aldığını belirtmekte de fayda vardır.

⁸⁸ Kayıtlarda tamamlama ve geri alma halinde de düzeltme için mahkeme kararına gerek yoktur. Tamamlama ile ilgili düzenleme için bkz. NHUY m.42. Geri alma ile ilgili düzenleme için bkz. NHUY m.43. Din bilgilerine ilişkin kayıtların değiştirilmesinde de mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır (NHK m. 35).

⁸⁹ **Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 30.

⁹⁰ Karar için bkz. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, 4. İdari Dava Dairesi, T. 15.02.2022, E. 2021/2994, K. 2022/189 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

rumda, konuyla ilgili NHK'nın 35 ve 38'inci maddeleri kapsamında değerlendirme yaparken de ifade edildiği üzere, kayıtlar Göç idaresi müdürlüklerince yapılmasına rağmen maddi hata düzeltilmesinin nüfus müdürlüklerince yapılması gerektiği yönünde uyumsuz bir sonuçla karşılaşmaktadır. Ayrıca şu hususa tekrar değinmekte fayda vardır ki, Yönetmeliğin kapsamı 2'nci maddesinde, Türkiye'de en az 6 ay süreyle ikamet izni alan yabancılarla sınırlandırılmıştır. Bu durum düzenlemenin yalnızca 6 ay süreli ikamet izni alan yabancıların kayıtlarına mı ilişkin olduğu konusunda da tereddüde neden olabilmektedir.

Görüldüğü üzere konuyla ilgili belirttiğimiz NHK ve YNHK'da yer alan hükümler sorunlu yapıdadır. YUKK ve YUKKY'da maddi hata durumunda kişisel durum kayıtlarının ne şekilde düzeltileceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. GKY hükümleri uyarınca ise bu düzeltmelerde Göç İdaresi müdürlükleri yetkilidir. Ancak bilindiği üzere GKY'de yer alan düzenlemelergeçici koruma kapsamındaki kişilere ilişkindir.

2. Türkiye'de Yabancıların Kişisel Durum Kayıtlarının Dava Açılarak Düzeltilmesi

Kişisel durum kayıtları, daha önce de belirttiğimiz üzere TMK'nın 39, NHK'nın 35'inci maddesi çerçevesinde mahkeme kararına dayanılarak düzeltilmektedir. NHK'nın 36'ncı maddesinde, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için açılacak davalarda, asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu belirtilmektedir⁹¹. İlgili düzenlemede nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için açılacak-

⁹¹ Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi için açılacak davalar, düzeltmeyi isteyenler ile ilgili resmi makamın gerekli görmesi üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından, değişiklik talebinde bulunanların yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesinde açılacak, nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzurunda görülüp, karara bağlanacaktır (NHK m. 36(I)(a)). Önceki mülga NHK'da, Cumhuriyet savcısının da bulunacağı düzenlenmişti. Ancak ilgili kısım iptal edilmiştir. Bkz. Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 14.04.2011, 27905). Aile hukukunu ilgilendiren davalar aile mahkemelerinde açılacaktır (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (RG: 18.01.2003, 24997) m. 1; m. 4). Ceza mahkemelerinde görülmekte olan bir dava dolayısıyla nüfus kayıtlarının düzeltilmesi gerektiğinde ise ceza davasının görüldüğü mahkeme yetkili olacaktır (CMK (RG: 17.12.2004, 25673) m. 218; **Özkan/İştîp Ataç**, s. 48). Bu noktada hukuk mahkemesinin yaş tespitine dair kararının ceza mahkemesi nezdinde bağlayıcılığı hakkında doktrindeki farklı görüşler için bkz. Nusret, **Güliyev**, "Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Mahkemesine Etkisi Türkiye-Azerbaycan Örneği", *Current Perspectives In Social Sciences*, Cilt: 26, Sayı: 1, 2022, s. 66-68. Yargıtay nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Bu yönde karar örneği için bkz. Yarg. 2 HD, T. 06.07.2021, E. 2021/3902, K. 2021/5831; Yarg. 2 HD, T. 21.10.2020, E. 2020/3305, K. 2020/4931; Yarg. 2 HD, T. 04.11.2015, E. 2015/15481, K. 2015/20360; Yarg. 2 HD, T. 04.10.2012, E. 2011/8917, K. 2012/23632.

davalarda adli yargı makamının görevli olduğu belirtilmiş olsa da, yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesi için açılacak davalarda idari yargı makamlarının görevli olduğu yorumu yapılabilmektedir. Bu noktada adli yargı makamlarının mı idari yargı makamlarının mı görevli olduğu konusunda oluşan tereddüt yargı kararlarına da yansımaktadır. Örneğin, uygulamada Türkiye’de geçici koruma sağlanan kişilerin⁹² bu yöndeki taleplerinde, adli yargı makamlarının mı idari yargı makamlarının mı görevli olduğuna ilişkin farklı yönde kararlar verildiği görülmektedir. Yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde adli yargı makamlarının mı idari yargı makamlarının mı görevli olduğuna ilişkin değerlendirme öncesinde ilgili kararlara değinmekte fayda vardır.

Bölge İdare Mahkemesi kararına konu bir olayda Suriye vatandaşı geçici koruma kimlik belgesindeki isminin düzeltilmesi talebinde bulunmuştur. Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, YUKK kapsamındaki yabancılar için NHK uyarınca yabancılar kütüğü tutulacağı, yabancıların adresleri, nüfus kayıtları, yabancı kimlik bilgilerinin emniyet, çalışma, eğitim, sağlık gibi alanlarda kullanılıyor olmasının kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından hassas bir durum meydana getirdiği, yabancıların kayıtlarına ilişkin hata ve düzeltmelerin basit bir kayıt düzeltme olarak ele alınması halinde kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından sakıncalar oluşabileceği, YNKY’de nüfus olaylarında yapılacak düzeltmeler konusunda uygulanacak usul hususunda NHK’ya atıf yapıldığı, NHK’nın 36’ncı maddesi uyarınca, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlıkta, adli yargı yerinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir⁹³.

Belirttiğimiz Gaziantep 1. İdare Mahkemesi kararına konu olaya ilişkin Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi tarafından idari yargı yerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Kararda YUKK’un 91’inci maddesi ile GKY’nin 12, 22 ve 25’inci maddeleri ile İçişleri Bakanlığı tarafın-

⁹² Geçici koruma sağlanan kişilerin, Türkiye’de kalış sürelerinin uzaması, Türk mahkemeleri önünde taraf oldukları uyuşmazlık sayısını da artırmaktadır (Gülüm, **Bayraktaroğlu Özçelik**, “Türkiye’de Geçici Koruma Altında Bulunan Suriye Vatandaşlarının Türk Mahkemelerinde Taraf Oldukları Boşanma Davalarında Karşılaşılan Milletlerarası Usûl Hukuku Sorunları”, Cumhuriyetin Yüzüncü Yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kongresi, Ankara 2023, s. 271). Bu kişilerin boşanma davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, adli yardım ve teminat konularına ilişkin sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 271-287.

⁹³ Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, T. 18.05.2021, E. 2021/363, K. 2021/400 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

dan geçici koruma sağlanan kişilerle ilgili yayımlanan Genelge çerçevesinde geçici koruma kimlik belgesinin Türkiye’de kalış hakkı sağladığı, ikamet izni olmadığı, belgenin Nüfus Kanunu açısından tek bağının yabancı kimlik numarası verilmesi olduğu, YNKY’nin geçici koruma kimlik belgesi sahiplerini kapsamadığı, bu belgede düzeltme yetkisinin il göç idarelerinde olduğu, düzeltme işleminin Nüfus Kanunu’nda bahsedilen nüfus davalarından biri olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir⁹⁴.

Bölge İdare Mahkemesi kararına konu bir başka davada, Suriye vatan-daşı, geçici koruma kimlik belgesindeki yanlışlıkların düzeltilmesini talep etmiştir. Hatay 1. İdare Mahkemesi tarafından YUKK kapsamındaki yabancılara NHK uyarınca yabancı kimlik numarası verileceği, yabancılar kütüğü tutulacağı, yabancıların adresleri, nüfus kayıtları ile yabancı kimlik bilgilerinin emniyet, asayiş, çalışma, eğitim, sağlık gibi pek çok alanda kullanılıyor olmasının kamu düzeni, sağlığı ve güvenliği açısından hassas bir durum meydana getirdiği, yabancıların kayırlarına ilişkin hata ve düzeltmelerin basit bir kayıt düzeltme olarak ele alınması halinde kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından sakıncalar oluşabileceği gibi YNKY’de nüfus olaylarında yapılacak düzeltmeler konusunda uygulanacak usul hususunda NHK’ya atıf yapıldığı dikkate alındığında, NHK’nın 36’ncı maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlık bakımından adli yargının görevli olduğu yönünde karar verilmiştir⁹⁵. Adana Bölge İdare Mahkemesi tarafından istinaf isteminin reddine hükmedilmiştir⁹⁶.

Benzer şekilde farklı yönde değerlendirmelere Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında da rastlanmaktadır. Anayasa’nın⁹⁷ 158’inci maddesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin Kurulu ve İşleyişi Hakkında Kanun’un⁹⁸ 1’inci mad-

⁹⁴ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, T. 15.02.2022, E. 2021/2994, K. 2022/189 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023). Bu kapsamda ilgili karardan ülkemizde 6 ay süreyle ikamet izni bulunan yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinin nüfus davası olarak değerlendirileceği anlaşılmaktadır. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi’nin aynı yönde başka bir kararı için ayrıca bkz. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, T. 18.01.2022, E. 2021/3070, K. 2022/72 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

⁹⁵ Hatay 1. İdare Mahkemesi, T. 09.06.2021, E. 2021/714, K. 2021/804 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023). İlgili kararın gerekçelerinin de incelediğimiz Gaziantep 1. İdare Mahkemesi kararının gerekçesi ile aynı olduğu görülmektedir.

⁹⁶ Adana Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi T. 21.12.2021, E. 2021/1587, K. 2021/2129 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

⁹⁷ RG: 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

⁹⁸ RG: 22.06.1979, 16674.

desi kapsamında Uyuşmazlık Mahkemesi; adli ve idari yargı makamları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını karara bağlama konusunda yetkilidir. Kararları kesindir. Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin konuyla ilgili adli ve idari yargı makamları arasındaki görev uyuşmazlıklarını ne şekilde ele aldığıнын incelenmesi konuyla ilgili yapılacak değerlendirmelere katkı sağlayacaktır.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararına konu bir olayda, hastanede doğum yapan kadın doğum belgesi düzenlenirken kayıinvalidesinin kimlik fotokopisini vermiştir. Daha sonra geçici koruma kimlik belgesindeki anne adının hatalı yazıldığından bahisle anne adının düzeltilmesine ilişkin dava açmıştır. Hem adli yargı hem de idari yargı yerinde açılan davalar reddedilmiştir. Adli yargı yerinde açılan davanın reddine ilişkin kararın gerekçesinde, düzeltilmek istenen kaydın nüfus kaydı olmadığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu; idari yargı yerinde açılan davanın reddine ilişkin kararın gerekçesinde ise Türkiye'de bulunan yabancılara ait kimlik bilgisine ilişkin bir kaydın düzeltilmesine ilişkin uyuşmazlığın nüfus mevzuatına göre çözümlenmesi gerektiğinden adli yargının görevli olduğu, belirtilmiştir. Uyuşmazlık mahkemesi inceleme sonucunda, Türkiye'de yabancı olarak bulunan geçici koruma kimlik belgesine sahip yabancının herhangi bir maddi hatadan kaynaklanmayan ve Türkiye'de bulunan yabancılardan nüfus hizmetlerine ilişkin kayıtların düzeltilme davasının adli yargı yerinde görülmesi gerektiği, yönünde karar vermiştir⁹⁹.

Uyuşmazlık mahkemesi kararına konu başka bir olayda Suriye vatandaşı geçici koruma kimlik belgesindeki doğum tarihinin düzeltilmesini talep etmiştir. Açılan davada hem adli yargı yeri hem de idari yargı yeri red kararı vermiştir. Bu kapsamda adli yargı yerinde açılan davanın reddine ilişkin kararın gerekçesinde, Türk vatandaşı olmayanların nüfus kayıtlarına tescil edilmeleri imkânı bulunmadığından NHK'nın 36'ncı maddesi çerçevesinde nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davasının açılmayacağı, geçici koruma kimlik belgesinin Göç İdaresi Müdürlüğünce tanzim edildiği, kayıt işlemlerinin idari bir işlem olduğu, belgedeki tespitlere karşı açılacak davaların İYUK'un 2'nci maddesi uyarınca idari yargıda iptal davası olarak açılması gerektiği,

⁹⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü T. 27.12.2021, E. 2021/522, K. 2021/671 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023). İlgili kararda geçici koruma sağlananların kişisel durum kayıtlarının göç idaresi müdürlüğü tarafından tutulduğu dikkate alınmamıştır. Ayrıca kararda geçici koruma sağlanan kişilere ilişkin GKY hükümlerinin göz ardı edildiği görülmektedir.

belirtilmiştir. İdari yargıda açılan davanın reddine ilişkin kararın gerekçesinde ise NHK'nın 36'ncı maddesi ile nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının asliye hukuk mahkemesinde açılacağı, NHK'nın Türkiye'de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve hükümleri de kapsadığı, davada adli yargı yerinin görevli olduğu ifade edilmiştir. Uyuşmazlık mahkemesi tarafından verilen karara göre geçici koruma kimlik belgesi, GKY uyarınca düzenlenmekte ve nüfus kütüğü ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu işlem NHK ile düzenlenen nüfus hizmeti olmayıp idari niteliktedir. Bu yönüyle Nüfus Kanunu kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayıp, uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözülmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

Uyuşmazlık mahkemesi kararına konu başka bir olay, Suriye vatandaşının geçici koruma kimlik belgesindeki soyadının, baba adının, anne adının, doğum tarihinin, medeni halinin düzeltilmesine ilişkindir. Uyuşmazlık mahkemesinin ilgili kararına göre talepler nüfus kütüğündeki kayıtların düzeltilmesine yönelik değildir. Geçici koruma kimlik belgesi GKY'nin 22'nci maddesi kapsamında düzenlenmiş olup, nüfus kütüğüyle ilgisi bulunmamaktadır. Geçici koruma kimlik belgesindeki bilgilerin düzeltilmesi taleplerinin NHK kapsamında nüfus hizmeti olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hatalı yazım ve düzeltmenin idari işlem yoluyla idarece yapılması gerekmektedir. İlgili kararda bu kapsamda uyuşmazlığın çözüm yerinin idari yargı olduğuna hükmedildiği görülmektedir¹⁰¹. Uyuşmazlık Mahkemesinin aynı yönde başka kararları da bulunmaktadır¹⁰². Bu noktada Uyuşmazlık Mahkemesinin idari yargı yerinin görevli olduğu yönündeki kararlarının istikrar kazandığını ifade etmekte de fayda vardır¹⁰³.

Görüldüğü üzere adli yargı yerinin mi idari yargı yerinin mi görevli olduğu konusunda hem Bölge İdare Mahkemeleri hem de Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından farklı yönde verilen kararlara rastlanmaktadır. Bilindiği üzere görevli yargı koluna ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar-

¹⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi T. 29.11.2021, E. 2021/428, K. 2021/628 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

¹⁰¹ Uyuşmazlık Mahkemesi T. 28.02.2022, E. 2021/515, K. 2022/59 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

¹⁰² Uyuşmazlık Mahkemesi T. 28.02.2022, E. 2021/752, K. 2022/60; Uyuşmazlık Mahkemesi T. 30.05.2022, E. 2022/3, K. 2022/257 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

¹⁰³ Ancak bu kapsamda da, NHK'nın yabancıların nüfus hizmetlerine ilişkin esas ve usul hükümlerini de kapsadığı hususunun dikkate alınmadığı, YNKY'de yer alan düzenlemelerin de göz ardı edildiği gerekçeleriyle, kararların eleştirilebilmesi söz konusu olabilecektir.

ların somut dosya dışında benzer dosyalarda bağlayıcılığı bulunmadığından, her iki (adli-idari) yargı düzeninin kendilerini görevli veya görevsiz görme-leri sonucu yargı düzenleri arasında görev sorunu devam edebilmektedir.

Ayrıca konuyla ilgili Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararının¹⁰⁴ irdelenmesi uygun olacaktır. Zira bu karar, konuyla ilgili Bölge İdare Mahkemeleri kararları arasındaki farklılıklar nedeniyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un¹⁰⁵ 3/C maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca karar verilmesi için dosyanın Danıştay'a gönderilmesi üzerine verilmiştir. Karara göre, NHK kapsamında dayanak belgede yer alan kayıt sırasında yapılan bir maddi hata bulunmuyorsa nüfus kütüğü kayıtlarında düzeltme veya değişiklik, kesinleşmiş mahkeme kararı ile yapılacaktır. Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır. GKY kapsamındaki yabancıların kayıtları, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü personeli tarafından yapılmakta, GKY'nin 22'nci maddesi çerçevesinde, kayıt işlemleri tamamlananlara geçici koruma kimlik belgesi düzenlenmektedir. GKY kapsamındaki yabancılar için tesis edilen geçici koruma kimlik belgelerinin NHK ile bağlantısı sadece yabancı kimlik numaralarının verilmesi esnasında kurulmaktadır. Bu bağlantı da, ilgili belgelerdeki kayıtların düzeltilmesine yönelik taleplerin, NHK kapsamında nüfus hizmeti olarak değerlendirilmesine imkân sağlamamaktadır. Kararda bu yönde değerlendirmede bulunulduktan sonra, NHK kapsamında olmadığı anlaşılan geçici koruma kimlik belgelerinde yer alan kayıtların düzeltilmesi talebiyle yapılan başvuruların reddine ilişkin işlemlere karşı açılacak davaların NHK'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen nüfus davaları olarak kabul edilemeyeceği, bu davaların İYUK'un 2'nci maddesinde belirtilen dava türlerinden olduğu, dolayısıyla söz konusu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olduğu, sonucuna varılmaktadır.

Karara gerekçede karşı oy yazısı bulunduğu görülmektedir. İlgili karşı oy yazısında, NHK hükümleri uyarınca, nüfus kaydına ilişkin kimi işlemlerin yargısal, kimi işlemlerinse idari kararlarla yapılması esası benimsenmiştir. Geçici koruma belgelerinde yer alan kayıtların düzeltilmesine ilişkin davalarda hangi mahkemenin görevli olduğu hususunda karar verilebilmesi

¹⁰⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu T. 15.6.2022, E. 2022/30, K. 2022/39 (<https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 14.02.2023).

¹⁰⁵ RG: 20.01.1982, 17580.

için öncelikle somut olayda düzeltilmesi istenilen kaydın niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. NHK'nın 35 ve 38'inci maddeleri çerçevesinde maddi hataların düzeltilmesi istemiyle açılan davalarda idari yargı yeri görevlidir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun ilgili kararında, Türkiye'de geçici koruma statüsünde bulunan yabancıların kişisel durum bilgilerinin düzeltilmesine ilişkin davalarda, idari yargı yerlerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak karardan diğer statüdeki yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde adli yargı yerlerinin mi idari yargı yerlerinin mi görevli olduğu anlaşılamamaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere konuyla ilgili bazı Bölge İdare Mahkeme kararlarında yer alan ifadelerden ülkemizde 6 ay süreyle ikamet izni bulunan yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinin nüfus davası olarak değerlendirileceği sonucu çıkarılabilmektedir.

A. Adli Yargı Yerlerinin Görevli Olduğuna İlişkin Değerlendirme

Mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerden hareketle yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davanın adli yargıda açılması gerektiği yorumu yapılabilecektir. Konuyla ilgili doktrinde bir görüşe göre, Türkiye'de yaşayan bir yabancıнын adının, Türkiye'deki yabancılar kütüğüne yanlış yazılması durumunda, NHK'nın 36'ncı maddesi çerçevesinde kayıt düzeltme davası açılacaktır¹⁰⁶. Bu noktada mavi kartlılar özelinde de aynı şekilde değerlendirme yapıldığı görülmektedir¹⁰⁷. Yine aynı yönde kamu düzenini ilgilendiren durumlarda, öncesinde asliye hukuk mahkemesinde bir tespit davası açılması gerektiğinin ifade edildiğine değinmekte de fayda vardır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ **Pürselim Arning**, s. 286; Nazlı, **Albayrak Ceylan**, "Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 2, 2022, s. 573.

¹⁰⁷ **Süzen**, s. 1503; **Albayrak Ceylan**, s. 573.

¹⁰⁸ **Özgüney**, s. 129. Bu noktada soybağı değişikliğine neden olabilecek bazı başvuruların idare tarafından resen araştırılıp gereğinin yerine getirilmesi konusu hukukumuzda yer almadığından öncelikle yetkili ve görevli adli mahkemelerde bilirkişi incelemeleri, DNA testi gibi gerekli işlemleri kapsayan yargılamalar sonucunda bir kararın verilmesi gerektiği savunulmaktadır (**Özgüney**, s. 134). Örneğin anne isminin değiştirilmesi talebi bakımından da bu konunun idari başvuru konusu olmadan önce asliye hukuk mahkemesinde tespit davası açılması gerektiği belirtilmektedir (**Özgüney**, s. 135).

NHK’da yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde adli yargıya başvurularak talepte bulunulması gerektiği yorumuna dayanak hükümler yer almaktadır. Bilindiği üzere NHK kapsamında yabancılar kütüğü tutulacağı belirtilmektedir. NHK’ya göre, kişisel durum kayıtlarında değişiklik taleplerinde asliye hukuk mahkemesi görevlidir (m.36). Bu düzenlemenin yabancıların kişisel durum kayıtları hakkında uygulanmayacağı yorumu, NHK’nın 2’nci maddesi göz önünde bulundurulduğunda mümkün olmayacaktır. Zira, NHK’nın 2’nci maddesine göre, NHK, Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve hükümleri de kapsamaktadır.

Yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde adli yargıya başvurularak talepte bulunulması gerektiği yorumu YNKY’de yer alan hükümlerde de kendisine dayanak bulmaktadır. Bilindiği üzere YNKY’de yer alan hükümler çerçevesinde yabancıların kişisel durum kayıtlarının tutulmasında nüfus müdürlükleri yetkilidir. Zira YNKY’nın 6’ncı maddesinde, yabancıların nüfus olaylarına ilişkin işlemlerin nüfus müdürlüğü tarafından yürütüleceği; 9’uncu maddesinde, nüfus kayıtları tutulan yabancıların nüfus olayları ve bunlardaki değişiklikleri nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gerektiği; 10’uncu maddesinde, bu olayların nüfus müdürlüğüne kayıtlara işleneceği; 11’inci maddesinde, bilgilerin genel müdürlüğe bildirileceği ve bu bilgilerin merkezi veri tabanında tutulacağı ifade edilmektedir¹⁰⁹. YNKY’nın 21(2)’inci maddesinde, yabancılar kütüğüne kayıtlı kişilerin kimlik bilgilerindeki yanlışlığın düzeltilmesi konusunda nüfus mevzuatında öngörülen usule atıf yapılmaktadır¹¹⁰. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, Yönetmeliğin kapsamı 2’nci maddesinde, Türkiye’de en az 6 ay süreyle ikamet izni alan yabancılarla sınırlandırılmıştır. Bu durum düzenleme-

¹⁰⁹ Nüfus olaylarının MERNİS vasıtasıyla nüfus müdürlüklerindeki aile kütüklerine ve merkezi veri tabanına tescilinin gerçekleştirildiği belirtilmektedir. Bkz. NVİGM Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklama 08.10.2021, s. 7.

¹¹⁰ Bu kapsamda, Yönetmelikte yer alan ilgili düzenlemenin başlığının maddi hataların düzeltilmesi şeklinde olmasının uygun olmadığını belirtmekte de fayda vardır. Zira Yönetmeliğin 4(h)’üncü maddesinde yabancı veri giriş forumun anlamı dikkate alınarak Yönetmeliğin 21(1)’inci maddesinin yorumlanması da düzenlemenin yalnızca maddi hata düzeltilmesine ilişkin olmadığını ortaya koymaktadır. İlgili düzenlemeden yabancılar veri giriş forumunun, yabancıların kütüğe kaydından önce dayanak belge dikkate alınarak oluşturulan belgeyi ifade ettiği anlaşılmaktadır. Şu hususa değinmekte de fayda vardır ki, daha önce de belirttiğimiz üzere Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte, yabancılarla ilgili işlemler emniyet müdürlüklerine bağlı yabancılar, hudut ve iltica şubeleri tarafından yapılmışken, YUKK’un yürürlüğü ile birlikte bu görev göç idaresi müdürlüklerine devredilmeye başlanmıştır (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 31). Yönetmelikte geçen emniyet makamı, il emniyet müdürlüğü ibarelerinin, göç idaresi müdürlüğü olarak anlaşılması gerekmektedir (**Eksi**, Yabancıların Davaları, s. 31).

nin yalnızca 6 ay süreli ikamet izni alan yabancıların kayıtlarına mı ilişkin olduğu konusunda tereddüde neden olabilmektedir.

Son olarak şu hususa değinmekte de fayda vardır ki, kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından konunun arz ettiği önem nedeniyle de yabancıların kişisel durum kayıtlarındaki değişikliklerde adli yargıya başvurularak talepte bulunulması gerektiği yorumu yapılabilecektir. Konuyla ilgili bazı yargı kararlarında da belirtildiği üzere, yabancıların adreslerinin, nüfus kayıtlarının, yabancı kimlik bilgilerinin emniyet, çalışma, eğitim, sağlık gibi alanlarda kullanılıyor olması kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından hassas bir durum meydana getirmektedir. Bu noktada yabancıların kayıtlarına ilişkin hata ve düzeltmelerin basit bir kayıt düzeltme olarak ele alınması halinde kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından sakıncalar oluşabilecektir.

B. İdari Yargı Yerlerinin Görevli Olduğuna İlişkin Değerlendirme

Mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerden hareketle yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davanın idari yargıda açılması gerektiği yorumu yapılabilecektir. Her ne kadar NHK'da, NHK'nın Türkiye'de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve hükümleri de kapsadığı belirtilse, YNKY'de, yabancıların nüfus olaylarına ilişkin işlemlerin nüfus müdürlüğü tarafından yürütüleceği ifade edilse, yabancılar kütüğüne kayıtlı kişilerin kimlik bilgilerindeki yanlışlığın düzeltilmesi konusunda nüfus mevzuatında öngörülen usule dolayısıyla NHK'ya atıf yapılsa da, NHK'daki nüfus kütükleri ifadesinin yabancıların kişisel durum bilgilerinin işlendiği kayıtları kapsamadığı görülmektedir. Nüfus müdürlükleri bünyesinde, NHK'da bahsedilen yabancılar kütüğü tutulmamaktadır. Türk vatandaşı olmayanların nüfus kütüklerine tescil edilmeleri mümkün değildir. Bu kapsamda yabancıların kişisel durum kayıtlarındaki düzeltmelerin nüfus mevzuatı kapsamında değerlendirilmesi imkan dahilinde olmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere yabancıların kişisel durum kayıtları, göç idaresi müdürlükleri tarafından tutulmaktadır. Bu kapsamda kişisel duruma ilişkin bilgiler Göç-Net'e kaydedilmektedir. Yabancılar kütüğü, Göç-Net'te yer alan bilgilerden meydana gelmektedir¹¹¹. Bu noktada yabancıların kişisel durum kayıtlarında değişiklik taleplerinde İYUK'un¹¹²

¹¹¹ Göç-Nette yapılması istenen düzeltmeler hakkında nüfus müdürlüklerine dava açılması mümkün olmayacaktır (Ekşi, Yabancıların Davaları, s. 25).

¹¹² RG: 20.01.1982, 17580.

2'nci maddesi uyarınca idari yargıda iptal davası¹¹³ açılması gerektiği yorumu makul görünmektedir.

Ayrıca asliye hukuk mahkemelerindeki nüfus davaları özel bir yargılama gerektirmekte olduğundan bu mahkemelerde açılan bir davada, yabancıların kayıtlarının mahkemeye getirilmesi, muhatap idare vb. konularda usule ve esasa ilişkin güçlükler doğuracaktır¹¹⁴. Son olarak şu hususa değinmekte de fayda vardır ki, mevzuatımızda yer alan bazı düzenlemelerde, bazı statüdeki yabancıların kişisel durum kayıtlarının düzeltilmesinde Göç idaresinin yetkili olduğu belirtilmektedir. İlgili düzenlemeler geçici koruma sağlanan kişilere ilişkin olup GKY'de yer almaktadır. Bu kapsamda geçici koruma sağlanan kişilerin kayıt işlemleri idari bir işlemdir. Geçici koruma kapsamındaki kişilere idare tarafından GKY uyarınca Göç İdaresi Müdürlüğünce nüfus kütüğüyle ilgisi olmayan geçici koruma kimlik belgesi düzenlenmektedir. İlgili Yönetmelik kapsamında geçici koruma kimlik belgesindeki bilgileri düzeltme yetkisi il göç idarelerinde olup, düzeltme işlemi Nüfus Kanunu'nda bahsedilen nüfus davalarından biri olarak kabul edilemeyecektir.

SONUÇ

Devletler vatandaşlarının kişisel durumlarına ilişkin bilgileri yetkilendirdikleri makamlar aracılığıyla resmi kayıt altına almaktadır. Yetkilendirilen makamlar tarafından tutulan bu resmi kayıtlarla ilgili kişi ve makamlara

¹¹³ İYUK'un 2'nci maddesinde, idari dava çeşitleri belirtilmektedir. Buna göre bu davalardan biri yetki, şekil, sebep, konu ve amaç bakımından hukuka aykırılık teşkil eden idari işlemlerin iptali talebiyle açılan iptal davalarıdır. Bir diğeri idari işlem ve eylemler sebebi ile kişisel hakları ihlal edilenler tarafından açılan tam yargı davalarıdır. İdari yargı, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklara bakmakla görevli, bu alana özgü kural ve yargılama yöntemlerinin bulunduğu yargı düzenini belirtmektedir (Oğuzhan, **Güzel**, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, 2013, s. 1484). İdari yargının görev alanının anayasal dayanağına yaklaşıma ilişkin bkz. **Güzel**, s. 1495-1519; **Metin, Günday**, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 14, 1997, s. 347-358. İdari yargı ile idarenin işlem ve eylemleri denetlenerek, bu işlem ve eylemlerden ilgili kişilerin korunması amaçlanmaktadır (**Günday**, s. 347). Yargı birliği sistemini benimseyen ülkelerde, genel mahkemelerin hukuka aykırı idari işlemleri hükümsüz kılma yetkileri bulunmaktadır. İdari rejimi benimseyen ülkelerde idari işlem ve eylemler üzerindeki etkili denetim idari yargı yerlerine verilmektedir (**Günday**, s. 347). İdari yargı yerleri ve Uyuşmazlık mahkemesi tarafından idari yargının görev alanının korunması konusunda duyarlılık gösterilmemesi eleştirilmektedir (**Günday**, s. 355). İdari uyuşmazlıklar haklı sebep ve kamu yararı varsa idari yargı alanından adli yargı alanına dâhil edilebilmektedir.

¹¹⁴ **Özgüney**, s. 128.

bilgi sunulmakta, açıklık sağlanmakta ve ispat kolaylığı getirilmektedir. Kişisel durumlarla ilgili düzenlemelerin sadece ülke vatandaşlarının hukukuyla ilgili olduğu kabul edilerek, dar bir kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğinin öneminden hareketle ülkede bulunan yabancıların da kişisel durumlarına ilişkin kayıtlar tutulmaktadır. Zira yabancıların kişisel durum kayıtlarının emniyet, çalışma, eğitim, sağlık gibi alanlarda kullanılıyor olması kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından hassas bir durum meydana getirmektedir.

Yabancıların kişisel durum kayıtlarının yer aldığı düzenlemelerin bazılarında zamanla ortaya çıkan gereksinimlere bağlı olarak çeşitli değişiklikler yapılmaktadır. Ancak yapılan bu değişiklikler dikkate alınarak diğer ilgili düzenlemelerde gerekli güncellemelerin yapılmasının ihmal edildiği görülmektedir. Bu durum konuyla ilgili düzenlemelerde eksikliklere ve çelişiklere neden olmakta, konuyla ilgili düzenlemeler arasında yeknesaklığı bozmaktadır. Sonuç olarak ilgili hükümlerin yorumlanmasında, mahkeme kararlarında yanlış değerlendirmelerde bulunulması kaçınılmaz olmaktadır. Konuyla ilgili hukuki güvenliğin sağlanabilmesi adına tereddüde neden olan ilgili düzenlemelerin değiştirilmesi veyahut yürürlükten kaldırılması gerekliliği ihmal edilmemelidir.

Yabancıların kişisel durumlarına ilişkin bilgiler göç idaresi müdürlüklerince Göç-Net'e kaydedilmektedir. Ancak Göç-Net'i, yabancılar kütüğü olarak adlandırmak doğru olmayacağından, NHK 3(1)(z)(çç)'üncü ve 8'inci maddesinde yer alan yabancılar kütüğü ile ilgili düzenlemelerin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Yine bu kapsamda, uygulamada yanlış kararlar verilmesine neden olan YNKY'nin de yürürlükten kaldırılması gerekir. YNKY'nin NHK'da yer alan dayanak maddesinin değişmesiyle, ilgili Yönetmelik Kanuna aykırı hale gelmiştir. Konuyla ilgili YUKK, YUKKY ve GKY'de mevcut düzenlemeler uluslararası koruma kapsamındaki yabancılar ile geçici koruma kapsamındaki yabancılarla ilişkin olduğundan YUKK'da Türkiye'de diğer statüde bulunan yabancıların kişisel durum kayıtlarına ilişkin açık bir şekilde düzenleme yapılması gerekmektedir. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, hukuki güvenliğin sağlanması adına ilgili düzenlemeler yürürlükten kaldırıldığında, diğer düzenlemelerde bunlara atıf yapılan ilgili hükümlerin düzeltilmesi gereği de ihmal edilmemelidir.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Dn.	: Dipnot
E.	: Esas Sayısı
GKY	: Geçici Koruma Yönetmeliği
GKÇY	: Geçici Koruma Sağlanan Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik
İK	: İskân Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar Sayısı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MERNİS	: Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHUY	: Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği
NVİGM	: Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKY	: Turkuaz Kart Yönetmeliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
TVKUY	: Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
UİK	: Uluslararası İşgücü Kanunu
Yarg.	: Yargıtay
YNKY	: Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik
YİSHK	: Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu
YUKKY	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

KAYNAKÇA

- Akdoğan, Celil**, Sınır Dışı Etme İşlemlerine İlişkin Türk İdare Mahkemelerince Verilen Kararların AIHM İçtihatlarına Uygunluğu, İstanbul 2024.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul 2022.
- Akkurt, Sinan Sami/Erdoğan, Kemal/Tokat, Hüseyin**, Tablolar, Şemalar ve Örnek Olaylarla Medenî Hukuk, Ankara 2021.
- Albayrak Ceylan, Nazlı**, “Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41’in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, 2022, s.563-584.
- Alimia, Sanaa**, “PerformingTheAfghanistan-Pakistan Border Through Refugee ID Cards”, Geopolitics, Cilt: 24, Sayı: 2, 2018, s.391-425.
- Altınok Çalışkan, Elif/Seyhan, Serkan**, “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat Yapısı ve Hukuksal Statüsü Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, 2017, s.119-148.
- Altuğ, Yılmaz**, Yabancıların Hukuki Durumu, İstanbul 1963.
- Asar, Aydoğan**, Yabancılar Hukuku (Temel Konular), Ankara 2024.
- Asarcık, Can**, “Genel Müdürlükten Başkanlığa Göç İdaresi Başkanlığının Türk Bürokrasisindeki Konumu”, Uluslararası Göç ve Mülteci Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2022, s. 231-262.
- Ataay, Aytekin**, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978.
- Avcı Braun, Cihan**, “Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası Mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası Mı?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, 2021, s.843-859.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen**, Kişiler Hukuku, Genel Bilgiler, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Ankara2020.
- Aybay, Rona**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2007.
- Balkar Bozkurt, Süheylâ**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Öngörülen Uluslararası Koruma Türleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 127-128, 2015, s. 41-79.
- Baran Çelik, Neşe**, Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması, Ankara 2021.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm**, “Türkiye’de Geçici Koruma Altında Bulunan Suriye Vatandaşlarının Türk Mahkemelerinde Taraf Oldukları Boşanma Davalarında Karşılaşılan Milletlerarası Usûl Hukuku Sorunları”, Cumhuriyetin Yüzüncü Yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kongresi, Ankara, 2023, s. 271-287.
- Baygın, Cem/Nar, Ahmet**, Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Ankara 2023.
- Baykal, Seçkin/Yılmaz, Levent**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Göç İdaresi Bağlamında Türkiye’nin Yeni Göç Siyaseti”, Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2020, s. 633-652.

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, <https://www.gesetze-im-internet.de/azrg/BJNR226500994.html>.
- Can, Hacı/Tuna**, Ekin, Yabancılar Hukuku, Ankara 2022.
- Can, Hacı**, Mavi Kartlı Yabancılar (Mavi Kart), Ankara 2023.
- Can, Hacı**, Almanya’da Yabancıların İkameti, Kazanç Sağlayıcı Faaliyeti ve Entegrasyonu (Almanya’da Yabancılar), Ankara 2023.
- Çakmak, Fevzi**, “Cumhuriyet’in İlk Yıllarında Nüfusu Kayıt Altına Almaya Yönelik Girişimler”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 18-19, 2009, s.89-115.
- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel**, Günseli, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2022.
- Dural, Mustafa/Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2022.
- Duszczyk, Maciej/Gorny, Agata/Kaczmarczyk, Pawel/Kubisiak, Andrzej**, “War Refugees From Ukraine In Poland - One Year After The Russian Aggression. Socioeconomic Consequences And Challenges”, Regional Science Policy&Practice, Cilt: 15, Sayı: 1, s.181-199.
- Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/Ayhan İzmirli**, Lale, Türk Yabancılar Hukuku, Ankara 2023.
- Ekşi, Nuray**, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular (Temel Konular), İstanbul 2012.
- Ekşi, Nuray**, “1951 Yılından Bugüne Mülteci Kavramı” (Mülteci Kavramı), Türkiye Belediyeler Birliği İller ve Belediyeler Dergisi, Sayı: 813, 2016, s.10-17.
- Ekşi, Nuray**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma Tenfiz), İstanbul 2020.
- Ekşi, Nuray**, Türkiye’ye Sığınan Yabancıların Aile ve Şahsın Hukuku Davaları (Yabancıların Davaları), İstanbul 2021.
- Ekşi, Nuray**, “Türkiye’yi Uçuruma Doğru Götüren Göç Politikası” (Göç Politikası), İktisat ve Toplum, Sayı: 132, 2021, s. 13-20.
- Ekşi, Nuray**, “Göç Sorununun Hatay Özelinde Değerlendirilmesi” (Göç Sorunu), İktisat ve Toplum, Sayı: 154, 2023, s.29-37.
- Ekşi, Nuray**, “Suriyeliler Türkiye’de Neden Taşınmaz İktisap Edemezler” (Taşınmaz İktisabı), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 97, Sayı: 2, 2023, s. 17-48.
- Elrick, Jennifer**, “Foreigners, Immigrants and Persons With a ‘Migration Background’: What Kind of Official Data are Needed in Germany?”, Sozialwissenschaftlicher Fachinformationsdienst so Fid, Migration Und Ethnische Minderheiten, Sayı: 2, 2005, s.7-15.
- Ergül, Ergin**, “Uluslararası Hukuk ve Türk Mevzuatında Yabancı Kavramı ve Türleri”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 475, 2012, s. 213-228.
- Erten, Rifat**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s. 3-52.

- Esen**, Emre, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, İstanbul 2019.
- Ezer**, Burcu, Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri, Ankara 2021.
- Ganiyeva**, Salimya, Türk Hukukunda Özel Statülü (İmtiyazlı) Yabancılar, Ankara 2024.
- Gargiulo**, Enrico, “Registration as a Border: Shaping the Population at the Local Level in Italy”, *Geopolitics*, Cilt: 28, Sayı: 1, 2023, s.439-463.
- Göçer**, Erdoğan, Yabancılar Hukuku, Ankara 1976.
- Güliyev**, Nusret, “Mukayeseli Hukuk Bağlamında Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Mahkemesine Etkisi Türkiye-Azerbaycan Örneği”, *Current Perspectives in Social Sciences*, Cilt: 26, Sayı: 1, 2022, s.62-75.
- Gül**, Abdulkadir, “Son Dönem Osmanlı Eğin Nüfus Defterleri ve Bize Sundukları”, *AKRA Kültür Sanat ve Edebiyat Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 7, 2015, s. 155-173.
- Günday**, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 14, 1997, s. 347-358.
- Gündüz Ökçün**, A., Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti, Ankara 1998.
- Gürzumar**, Aydanur, “Türk Yabancılar Hukukunda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı Var Mıdır?”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 19, Sayı: 1-2, 2011, s. 383-396.
- Güzel**, Oğuzhan, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdarî Yargının Görev Alanına Yönelik Müdahalelerin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, 2013, s.1483-1524.
- Helvacı**, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012.
- Institut De Droit International Justitia Et Pace, <https://www.idi-iil.org/en/>.
- Kahraman**, F. Bilge, “Göç İdaresi Başkanlığı”, *Cumhuriyetin Göçlerle Dolu 100 Yılı*, İstanbul, 2023, s. 301-306.
- Kahya Nizam**, Özlem/Sallan Gül, Songül, “Türkiye’de Mültecilere Yönelik Yerleşim Politikaları ve Uydu Kentler: Güvenlik Kısılacında Yaşamlar”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Göç Özel Sayısı, 2017, s.1385-1410.
- Kaya**, Mahmut, “İki Hukuk Arasında Arafta: Suriyeli Kadın Mültecilerin İnförmel Evlilikleri ve Boşan(ama)ma Krizi”, *Journal of SocialAndHumanitiesSciencesResearch*, Cilt: 5, Sayı: 31, 2018, s. 4709-4721.
- Kayıkçı**, Sabrina/**Demir**, Ceren, “Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Örneği Üzerinden Çok Düzlemli Yönetişim”, *Türk İdare Dergisi*, Cilt: 486, 2018, s.229-258.
- Kozo**, Kagawa, “Legal Aspects of TheSocial Integration of MigrantForeignersIn Japan”, *International Migration InAsiaTrendsAndPolicies*, 2000, s. 99-112.
- Kushnir**, Iryna/**Tsarenko**, Olha /**Tsarenko**, Serhii,”Legal andOrganizationalProblems on Identification of Persons in Activities of theStateBorderGuard Service of Ukraine”, *JuridicalTrib.*, 2021, Cilt: 11, s.113-130.

Levi, Selim, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinmeleri, İstanbul 2006.

LEXPERA - Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>.

Mesci, Barış, “Geçici Koruma Kimlik Belgesindeki Kayıtların Düzeltilmesi Taleplerinde Görevli Yargı Yerinin Tespitine İlişkin Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 29.11.2021 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık, Ankara, 2022, s. 259-274.

Nomer, Ergin, Teb’a ile Yabancıların Hukukî Müsavâtı, İstanbul 1962.

Odman, M.Tevfik, “Geçici Koruma Altındaki Suriyelilerin Evlenmeleri, Çocuklarının Nüfusa Kayıtları, Boşanmaları ve Ceza Hukuku Boyutu”, Uluslararası Göç ve Mülteci Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2022, s.263-326.

Öğuzman, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul2024.

Öktem Çevik, Seda, “Çocuğun Anne Ve/Veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, 2016, s.2105-2130.

Özdamar, Demet, “5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun, Türk Medeni Kanunu’ndaki İlkeler Işığında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt: II, Ankara 2010, s.1599-1675.

Özgüney, Serdar, Geçici Koruma Statüsüne İlişkin İdari Prosedürler ve Yargı Süreçleri, Ankara 2024.

Özkan, Işıl, Göç-İltica ve Sığınma Hukuku, Ankara 2022.

Özkan, Hasan/**İştip Ataç**, Kifayet, Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, Ankara 2009.

Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1977.

Öztürk, Neva Övünç, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Ankara 2015.

PürselimArning, Hatice Selin, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Ankara2014.

Süzen, Begüm, “Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 2, 2023, s.1490-1520.

Tekinalp, Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2003.

Topal, Ahmet Hamdi, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, 2015, s.5-22.

Türk, Tarık, “Adres Kayıt Sistemi ile Kent Bilgi Sistemlerinin Bütünleştirilmesi”, Jeodezi ve Jeoinformasyon Dergisi, Sayı: 99, 2008, s.13-22.

Yarar, Güven, Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri, İstanbul 2018.

Zevkliler, Aydın, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara1981.

- T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, <https://www.aile.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/yonergeler/refakatsiz-cocuklar-yonergesi.pdf>.
- T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, <https://www.goc.gov.tr/>.
- T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, <https://www.nvi.gov.tr/bilgi-sistemleri>.
- T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Konu: Geçici Koruma Altındaki Yabancılar İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Genelge 2014/4, Sayı: 34202324-010.06.02-27767 18/12/2014.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Dönem: 22 Yasama Yılı: 4 (S. Sayısı: 1123) Nüfus Hizmetleri Kanunu Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/1177), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü 23.02.2006 Sayı:B.02.0.KKG.0.10/101-1119/860. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c117/tbmm22117090.pdf>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, TBMM Yasama Dönemi Yasama Yılı 26, 3 Sıra Sayısı: 497, Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/868) ile Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ve 4 Milletvekilinin İstanbul İli Eyüp İlçesinin Adının Eyüpsultan Olarak Değiştirilmesi ve Nüfus Hizmetleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1826) ve İçişleri Komisyonu Raporu. <https://www.tbmm.gov.tr/Arama/Sonuc?q=nuf%C3%BCs%20hizmetleri%20kanunu>.

DOKUNMATİK EKRAN İMZASI İLE OLUŞAN DİJİTAL BELGENİN DELİL DEĞERİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman TOPAK^(**)

Öz: Günümüzde hukukî ilişkilerin tesis edilme biçimleri ile belgelerin düzenlenme usulleri, teknolojik gelişmelerin etkisiyle dönüşüm geçirmekle birlikte bu dönüşüm, ispat hukukunda yerleşik kabul gören yaklaşımların yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Zira yaşadığımız çağda, dokunmatik ekran teknolojisi aracılığıyla yalnızca borç ikrarı veya edim taahhüdünü içeren el yazılı beyanların değil, aynı zamanda sözleşme, teslim tutanağı, sipariş formu gibi önceden hazırlanmış matbu metinlerin parmak ya da özel kalem kullanılarak imzalanması suretiyle dijital belgelerin oluşturulması yaygınlaşmaktadır. Ne var ki, bu tür belgelerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) çerçevesinde delil değeri ve imzaların geçerliliği konusunda öğretide henüz ortak ve istikrarlı bir görüşün oluştuğundan söz edilmesi söz konusu değildir. Konuya ilişkin doğrudan bir Yargıtay kararına da ulaşılamamış olması, uygulamadaki belirsizliği daha da artırmaktadır. Bu çalışmada, dokunmatik ekranlar aracılığıyla oluşturulan belgelerin ispat hukuku bakımından delil niteliği hem teorik hem de uygulamaya yönelik boyutlarıyla ele alınmaktadır. Nihai olarak araştırmanın, dijitalleşmenin ispat hukukuna etkilerine ilişkin tartışmalara hem kuramsal düzeyde katkı sunması hem de uygulamaya yönelik yol gösterici ilkeler ortaya koyarak hukuk güvenliği ile teknolojik gelişmeler arasında adil bir denge tesisine hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijitalleşme, Elektronik Belge, Senet, Delil Başlangıcı, Dokunmatik Ekran İmzası.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 03.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 05.11.2025.

^(**) İstanbul Okan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: suleymantopak@gmail.com,
Orcid: 0000-0002-6956-8265.

THE EVIDENTIAL VALUE OF A DIGITAL DOCUMENT CREATED WITH A TOUCHSCREEN SIGNATURE

Abstract: Today, the ways in which legal relationships are established and documents are drawn up are undergoing transformation due to technological developments. This transformation has necessitated a reassessment of established approaches in the law of evidence. This is because in our era, it is becoming commonplace to create digital documents not only by means of handwritten statements containing acknowledgements of debt or promises to perform, but also by signing pre-printed texts such as contracts, delivery notes and order forms using a finger or a special pen via touchscreen technology. However, it cannot be said that a common and consistent view has yet been formed in the doctrine regarding the evidential value of such documents and the validity of signatures within the framework of the Code of Civil Procedure (HMK) No. 6100. The fact that no direct Supreme Court decision on the subject has been reached further increases the uncertainty in practice. This study examines the evidentiary nature of documents created via touch screens in terms of both theory and practice. Ultimately, the research aims to contribute to the debate on the impact of digitalisation on the law of evidence at a theoretical level and to establish guiding principles for practice, thereby serving to establish a fair balance between legal certainty and technological developments.

Keywords: Digitalisation, Electronic Document, Promissory Note, Beginning of Evidence, Touchscreen Signatures.

GİRİŞ

Bilgi teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmeler, hukuki işlemlerin elektronik ortamda tesisini hem mümkün hem de kaçınılmaz hâle getirmiştir.¹ Özellikle ticari hayatın gelişimiyle birlikte, işlemlerin elektronik ortamda akdedilebilir hâle gelmesi², hukuki ve ekonomik ilişkilerde belirliliğin süratle tesis edilmesi bakımından önem arz eder hâle gelmiştir.³ Hukuki işlemlerin temelini teşkil eden irade beyanı, kural olarak belirli bir şekle bağlı olmaksızın her türlü araçla açıklanabilir nitelikte olsa dahi bazı işlemlerde kanun ya da taraflar arası iradi düzenlemeler uyarınca şekil şartları öngörülebilmektedir.⁴ Özellikle yazılı şekil şartına tâbi işlemlerde, bu şeklin elektronik ortamda nasıl gerçekleştirileceği ve dokunmatik ekranda borç ikrarı veya edim taahhüdü içeren el yazılı beyanların yanı sıra matbu olarak mevcut olan belgelere yine bu ekran üzerinde atılan imzaların geçerliliği sorusu, günümüz hukuk sistemlerinin güncel meselelerinden biri hâline gelmiştir.⁵ Bu bağlamda, elektronik ortamda irade açıklamasının hangi araçlarla geçerli şekilde yapılabileceği hususunda farklı teknikler geliştirilmiş; özellikle imzanın elektronik ortamda atılmasına yönelik yöntemler dikkat çekici bir gelişim göstermiştir.⁶ Kimlik doğrulama temelli dijital şifreleme

¹ Emre **Kıyak**/Ahmet **Şensöz**, “Autopenle veya Dijital Ekranı Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.2, 2021, s.793.

² Hakan **Pekcanitez**, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Makaleler, C.I, İstanbul 2016, s.723.

³ Mine **Ertugut**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi Ankara 2004, s. 21 vd.; Mustafa **Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, s. 1 vd.; Evren **Koç**, Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı, İstanbul 2021, s. 50; Levent **Börü**, “Güvenli Elektronik İmza ile Oluşturulmamış Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.4, 2023, s.103-104.

⁴ Zekeriya **Kurşat**, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi”, İÜHFM, C.LXXV, S.1, 2017, s.414.

⁵ Claudia Y. **Roth**/Lorenz **Raess**, “Touchscreen-Unterschrift und qualifizierte elektronische Signaturen (QES) via DocuSign im Gesellschaftsrecht” sui generis, S.219, 2024, s.220; Paul R.**Katz**/Aran **Schwartz**, “Electronic Documents and Dijital Signaturing: Changing the Way Business is Conducted and Contracts are Formed”, Best of ABA Sections: General Practice, Solo & Small Firm Section, C.1, S.1, 1997, s.36; Karen **Coyle**, “Digital Signatures: Identity in Cyberspace”, AALL Spectrum, C.2, S.4, 1997, s.8; Karl **Rihaczek**, “Digital Signature Surrogates for Open EDI”, DI Law Review, C.2, S.4, 1995, s.229; Harshita **Singh**, “Digital Signature”, International Journal of Law) Management & Humanities, C.4, S.3, 2021, s.5609; K Veena **Subashree**, “Digital Signature Authentication in E-Commerce”, Indian Journal of Law and Legal Research, S.5, 2023, s.1; Florian **Eichel**, “Provisorische Rechtsöffnung in der Sackgasse?”, AJP, 2019, s.921.

⁶ Ju-Hyun **Yoo**, “Digital Signature.” Ad Rem: The Magazine of the International Law Students Association, C.9, S.2, 2001, s.21; **Kurşat**, s.414.

yöntemlerinin (dijital imza- güvenli elektronik imza)⁷ yanı sıra, klasik anlamda bir imzayı andıran ve dokunmatik ekranlar üzerinde el veya özel kalem vasıtasıyla atılan biyometrik imzalar da uygulamada yaygınlaşmıştır.⁸ Özellikle bankacılık, finans, sigortacılık, araç kiralama, telekomünikasyon, toptan ve perakende satış gibi sektörlerde dokunmatik ekrana sahip cihazların kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, bu sektörlerdeki sözleşmeler, taahhütnameler ve sipariş formları dijital ortamda⁹, dokunmatik ekranlı cihazlar üzerinde hazırlanarak, aynı cihazın ekranı üzerinde imzalanmak suretiyle tamamlanmaktadır. Bu şekilde dokunmatik ekranlı cihazlarda elle imza atılması (biyometrik imza), klasik kâğıt üzerinde atılan ıslak imzaya alternatif bir yöntem olarak giderek daha fazla önem kazanmaktadır.

Türk hukuk sisteminde elektronik imza kullanımına, yazılılık şartı ve delil niteliği bakımından sınırlı ölçüde cevaz verilmiş olmakla birlikte, hukukî ilişkilerin tesisine yönelik düzenlemelerin hâlen büyük ölçüde kâğıt temelli bir anlayışa dayandığı göze çarpmaktadır. Bu durum, elektronik ortamda gerçekleştirilen hukukî işlemlerin, gerek borçlar hukukunda öngörülen şekil şartları gerekse medeni usul hukukunda kabul edilen ispat kuralları bakımından uygulamada çeşitli tartışmalara ve sorunlara zemin hazırlayabileceğini göstermektedir.¹⁰ Söz konusu teknik gelişmeler, özellikle ticari ilişkilerin giderek daha karmaşık bir hâl alması ve gündelik işlemlerde hız ve pratikliğe duyulan ihtiyacın artması sonucunda¹¹, dokunmatik ekran özellikli

⁷ Elektronik imzanın tanımı ve hukuki niteliği ile ilgili detaylı tanım ve açıklamalar için bkz. Ertan **Yardımcı**, “Son Gelişmeler Işığında Elektronik İmza Tanımı ve Türleri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2022, s.278 vd.; İnci **Biçkin**, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler”, TBBD, S. 63, 2006, s. 110 vd.; Yavuz **Kaplan**, “Elektronik İmza Kanunumuz ve Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2013, s.78 vd.; Mesut **Orta**, Türkiye’de Elektronik İmza Uygulaması, Ankara 2005, s.25 vd.; **Katz/ Schwartz**, s.36; Elektronik imza ile dijital ortamda atılan imzanın aynı olmadığı ve aynı manaya gelmediği ile ilgili bkz. **Coyle**, s.8-9.

⁸ **Roth/Raess**, s.221; **Katz/ Schwartz**, s.36; **Coyle**, s.9; **Rihaczek**, s.230; **Singh**, s.5610; **Subashree**, s.2; **Kurşat**, s.414; **Kıyak/Şensöz**, s.793; Leyla **Keser Berber**, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s.136.

⁹ Günümüzde, teknolojik cihazlara erişimin kolaylaşmasıyla birlikte, elektronik belgelerin kullanımının en az kâğıt belgeler kadar, hatta bazı alanlarda onlardan daha yaygın hâle geldiğini ifade etmek mümkündür. Bu artan kullanım oranına paralel olarak, elektronik belgelere ilişkin hukuki düzenlemeler de sürekli olarak gelişmekte ve mevzuattaki yerini giderek daha fazla pekiştirmektedir. Ayşe Ece **Acar**, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s.68.

¹⁰ **Pekcanıtez**, s.724.

¹¹ **Kıyak/Şensöz**, s.793.

bilgisayar, tablet ve akıllı telefonlar aracılığıyla oluşturulan dijital belgelerin, ispat hukuku bakımından taşıdığı delil değeri, özellikle de bu belgelerin kesin delil mahiyetinde “senet” olarak kabul edilip edilemeyeceği hususundaki tartışmaları gündeme getirmiştir.¹²

Bu çalışmada, dokunmatik ekranlı cihazlar aracılığıyla düzenlenen belgeler ve bu belgelere ekran üzerinde el ile atılan imzaların, ispat hukuku bakımından geçerliliği ile hangi delil kategorisinde değerlendirilebileceği ele alınmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu dijital belgelerin medeni usul hukuku kapsamında hangi şartlar altında delil değeri kazanabileceği ve yargılama süreçlerinde ne ölçüde kullanılabileceği ayrıntılı biçimde incelenmektedir.

I. DOKUNMATİK EKRAN ÖZELLİKLİ CİHAZLARDA OLUŞTURULAN BELGELER

1. Genel Olarak

Borçlar hukukunda şekil serbestisi ilkesinin doğal sonucu olarak, kişiler kural olarak bir hukukî işlemi diledikleri usulde gerçekleştirme imkânına sahiptir.¹³ Buna karşılık kanun koyucu, bazı hukukî işlemlerde yer alan irade beyanlarının bağlayıcılık taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi ve bu iradenin belirgin hâle getirilmesi noktasında, salt sözlü beyanları yeterli görmemekte; bu beyanların yazılı bir metne dönüştürülmesini ve imzaların el ile atılarak tamamlanmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim, alacağın devri sözleşmesi (TBK m. 184/1), taksitle satış sözleşmesi (TBK m. 253/2), bağışlama sözü verme (TBK m. 288/1), yayım sözleşmesi (TBK m. 488/1) ve kefalet sözleşmesi (TBK m. 583) örneklerinde olduğu gibi, Türk hukukunda bazı hukukî işlemlerin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması şart koşulmuş; bu suretle, söz konusu hukukî işlemlerde bağlanma iradesinin elle atılacak imza ile teyit edilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu zorunluluk, “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.*” hükmünü amir TBK m. 14/1 ile de açıkça ortaya konulmuştur.

Bununla birlikte, günlük yaşamda ispat kolaylığı sağlamak amacıyla, şekle tâbi olmayan hukukî işlemlerin dahi çoğu kez yazılı şekilde gerçekleş-

¹² Roth/Raess, s.221; Eichel, s.923.

¹³ Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, s.196; Abdurrahim Altun, “Dijital Ortamdaki İmzaların Yazılı Şekil Şartını Sağlayıp Sağlamadıkları Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.1, 2025, s.700.

tirildiği görülmektedir. Zira bu durum, bir hakkın doğumu, sona erdirilmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı veya itfasına ilişkin hukukî işlemlerin, yapıldıkları tarihteki miktar veya değerlerinin her yıl belirlenen parasal sınırı aşması hâlinde ancak senet niteliğini haiz yazılı bir belge ile ispatlanabilmesini öngören düzenlemenin (HMK m. 200/1) doğal bir sonucunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda, klasik anlamda kâğıda geçirilip imzalanması yerine, güncel teknolojiler aracılığıyla dokunmatik ekran özellikli cihazlar (bilgisayar, tablet, akıllı telefon) üzerinde oluşturulan irade beyanları uygulamada giderek yaygınlaşmaktadır. Bu tür durumların tipik örneği, borç ve edim taahhüdünde bulunan kişinin irade beyanını bizzat dokunmatik ekran üzerine kendi el yazısıyla kayıt altına almasıdır. Nitekim uygulamada rastlanan bir uyuşmazlıkta ilgili kişi, borç veren kişinin cep telefonunun ekranına şu ifadeyi kendi el yazısıyla yazarak dijital bir belge oluşturmuştur: *“13.11.2024 tarihinde Kıbrıs Ercan Havalimanı’nda’dan 35.000,00 TL elden nakit borç para aldım. Bu bedeli üç hafta sonra Adana’da kendisine ödeyeceğim. Ad-Soyad-İmza”*. Söz konusu beyan, her ne kadar dokunmatik ekran üzerinde dijital ortamda oluşturulmuş olsa da borç ikrarında bulunan kişinin el yazısını ve imzasını içermesi, ayrıca açık bir irade beyanı ile borç taahhüdünü ihtiva etmesi nedeniyle, hukuken geçerli bir belge niteliği taşıdığı kanaatini uyandırmaktadır.

Uygulamada sıklıkla araç kiralama, sigorta, abonelik gibi hizmet sağlayıcılarının sözleşmeleri, teslim formları vb. belgeleri dokunmatik ekranlı cihazlarda matbu şablonlar hâlinde sunulmakta; bu metinlerin ekran üzerinde el yazısıyla imzalanması suretiyle hukuki ilişkiler tesis edilmektedir. Hatta günümüzde tüketici sözleşmeleri dahi internet ortamında mesafeli bir şekilde akdedilebilir bir hale gelmiştir.¹⁴

¹⁴ Tüketici işlemlerinde iç pazarın aşamalı olarak bütünleştirilmesi ve tüketicinin başka bir üye devlette sunulan mal ve hizmetlere o devletin yerleşikleriyle eşdeğer şartlarda erişiminin temini amacıyla, 20 Mayıs 1997 tarihinde 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge kabul edilmiştir. Yönerge’nin amacı, tüketiciler ile sağlayıcılar arasındaki mesafeli sözleşmelere ilişkin üye devletlerin kanunları, tüzükleri ve idari düzenlemelerini yakınlaştırmak olarak belirlenmiştir. Tanımlar başlıklı m. 2(4)’te “mesafeli iletişim araçları”, sağlayıcı ile tüketicinin aynı fizikî mekânda bulunmaksızın aralarında sözleşme kurulmasını mümkün kılan her türlü araç olarak tanımlanmış; Ek I’de bu araçlara ilişkin örnekleyici bir listeye yer verilmiştir. Bu listede dokunmatik ekranlı cihazlara da yer verilmiş ve bu özellikli araçlar vasıtasıyla kurulan tüketici sözleşmeleri de geçerli kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul **Erdoğan**, Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s.24 vd.

Teknolojik gelişmelerin ulaştığı düzey gözetildiğinde, dokunmatik ekranlı cihazlarda el yazısı ile oluşturulan dijital belgeler ile bu cihazlarda yer alan matbu belgelerin, sırf fizikî taşıyıcının kâğıt olmayışı nedeniyle hükümsüzlükle karşılanması, şekil serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkeleriyle çelişir. Aynı yaklaşım, hukuki ilişkinin ispatında söz konusu kayıtların delil mahiyetini de bertaraf eder. Oysa medeni usul hukukumuzun delil sistemi dikkate alındığında, dijital ortamda oluşturulan verilerin taşıyıcısından bağımsız olarak HMK m. 199 anlamında “belge” sayılacağı; ayrıca, bu belgelerde sorumluluk altına giren tarafın imzası bulunmasa dahi metnin bizzat onun el ürünü olarak düzenlendiğinin ortaya konulması hâlinde HMK m. 202/2 uyarınca “delil başlangıcı” teşkil edebileceği¹⁵ gözden kaçırılmamalıdır. Bu belgelerde el ile atılmış bir imzanın bulunması hâlinde, söz konusu belgelerin senet hükmünü haiz olmaları da mümkündür. Ne var ki, imzanın dokunmatik ekran üzerine el ile atılması durumunda, dijital ortamda varlık kazanan bu imzanın geçerliliğinin mevcut mevzuat hükümleri çerçevesinde ayrıca incelenmesi zorunluluk arz etmektedir.

2. Dokunmatik Ekranda Elle Atılan İmzanın Hükmü

A. İmza Kavramı

İmza sözlükte, “Bir kimsenin, bir yazının, altına bu yazıyı yazdığını veya onayladığını belirtmek için her zaman aynı biçimde yazdığı ad veya işarettir.” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶ Öğretide ise imza, kişinin irade beyanını benimsediğini ve doğruladığını gösteren; aynı zamanda onun kimliğinin tespitine imkân tanıyan karakteristik bir işaret olarak tanımlanmıştır.¹⁷

¹⁵ Yarg. 14. HD. T.12.09.2017, E.2017/3568, K.2017/6083, “...yazılı delil bulunmasa da, taraflar arasındaki uyumsuzluğun tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı tarafın elinden çıkmış (inanılan tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış olan bir senet veya mektup, daktilo veya bilgisayarla yazılmış olmakla birlikte inanılanın parafını taşıyan belge, usulüne uygun onanmamış parmak izli veya mühürlü senetler gibi) “delil başlangıcı” niteliğinde bir belge varsa 6100 sayılı HMK’nın 202. maddesi uyarınca inanç sözleşmesi “tanık” dahil her türlü delille ispat edilebilir.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

¹⁶ <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 30.08.2025.

¹⁷ Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2023, s.876; **Ayan**, s.198; Güray **Erdönmez**, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, C.III, İstanbul 2025, s.2780; Sema **Taşpınar Ayvaz**, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, S.1, 2012, s.323; Ahmet **Kut**/Christoph **Bauer**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, (Hrsg. M. Yeşim Atamer, Andreas Furrer), 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 13, N. 9; Andreas **Furrer**/Markus **Müller-Chen**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2018, § 5 N. 17; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, İstanbul 2017, § 26, N. 6; **Altun**, s.699; **Kaplan**, s.78; **Kıyak/Sensöz**, s.794.

Sözlük tanımına bakıldığında, bir imzanın geçerli olabilmesi için imza sahibinin ad ve soyadından oluşması gerektiği yönünde bir kanaat oluşabilir. Ancak günümüzde imzanın geçerliliği, mutlaka ad ve soyadın birlikte yazılmasına bağlı değildir.¹⁸ İmzanın hukuken geçerliliği ve belirleyici unsuru, imzanın sahibine özgü bir el ürünü olması ve ayırt edici nitelik taşımasıdır.¹⁹ Nitekim Türk Borçlar Kanun'unun (TBK) 15. maddesi hükmü uyarınca, imzanın borç altına giren kişi tarafından el yazısıyla atılması zorunludur. Bununla birlikte, aynı maddede güvenli elektronik imzanın da el yazısıyla atılmış imza ile aynı hukukî sonuçları doğuracağı açıkça hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, yazılı şekilde gerçekleştirilen tüm hukukî işlemlerde, belgeye atılan imza, yükümlülük altına giren tarafın kimliğini belirleyen ve onu diğer kişilerden ayırt etmeye yarayan asli unsur niteliğini taşımaktadır.²⁰

Kanun koyucunun, imzanın kural olarak el ile atılması gerektiğine ilişkin kabulü göz önünde bulundurulduğunda, imza atma sürecinde ortaya çıkan karakteristik el hareketlerinin, imzayı başkalarının imzalarından ayırt edilebilir kıldığı görülmektedir.²¹ Bu bağlamda imzanın hangi araçla veya nereye atıldığından ziyade, bizzat borç altına giren kişi tarafından atılmış olması esasen önem taşımaktadır. İmzanın, sahibinin kimliğini ortaya koyma ve değişmezlik niteliğine duyulan güven, imzanın insanlık tarihi boyunca geniş bir uygulama alanı bulmasının da temel sebebini oluşturmaktadır.²²

¹⁸ Eren, s.876; Furrer/Muller-Chen, § 5 N. 19; Altun, s.700.

¹⁹ Ayan, s.198; Taşpınar Ayvaz, s.323; Erdönmez, "Pekcanitez Usul", s.2780; Kut/Bauer, Art. 13, N. 9; Altun, s.700; Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 12 HD. T. 20.06.2013, E. 2013/16629, K. 2013/23263, "...El yazısı ile atılacak imzanın şekli konusunda yasada hüküm bulunmamaktadır. Kişi, kendisine özgü belli karakterleri içeren sembollerini belirterek imza atabileceği gibi, ad ve soyadını bizzat el yazısı ile yazmak suretiyle de imza atabilir. Ancak borçlu, ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaç edinmelidir." Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

²⁰ Kıyak/Şensöz, s.794; Eichel, s.923.

²¹ Erturgut, s.194; Taşpınar Ayvaz, s.323; Altun, s.700; Amerikan hukuk sistemi, imza kavramına ilişkin olarak şekil şartlarına daha esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Genel sözleşme hukuku çerçevesinde, bir sözleşmenin geçerliliği çoğu durumda yazılı şekle bağlı değildir. Yazılı olarak düzenlendiğinde ise imza, 'kişiyi temsil eden herhangi bir işaret' olarak kabul edilmektedir. Nitekim ABD'de Tekdüzen Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code -UCC) ve eyalet yasaları, imzayı 'bir ismi, sembolü veya işareti bir doküman üzerine imzalama amacıyla yerleştirme eylemi' şeklinde tanımlamaktadır. Bu geniş tanım sayesinde, faks yoluyla iletilen imzalar, taranmış imzalar, hatta yalnızca bir "X" işareti dahi, imza atma iradesinin varlığı hâlinde geçerli sayılabilmektedir. <https://www.law.cornell.edu/ucc/3/3-401?utm>, E.T. 30.08.2025.

²² Daniel Hürlimann, Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen (Gutachten von Ass.-Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann im Auftrag der Kantonspolizei Zürich), St. Gallen 2016, s.6; Kaplan, s.78; Altun, s.700.

B. İmzanın Dönüşümü

TBK'nın 15. maddesinin birinci fıkrasında ifade edildiği üzere yazılı şekil şartının öngörüldüğü durumlarda imzanın, borç altına giren kişi tarafından el yazısıyla atılması zorunludur. Bununla birlikte, güvenli elektronik imza, klasik manada elle atılan bir imza olmasa dahi el yazısıyla atılmış imzanın tüm hukuki sonuçlarını doğurur (TBK m.15/1). El yazısı dışında bir araçla imza atılması ise ancak örf ve âdetin benimsediği hâllerde ve özellikle çok sayıda düzenlenen kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli kabul edilmektedir (TBK m.15/2). Şekil serbestisinin geçerli olduğu hâllerde, sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmeyi diledikleri usul ve içerikte düzenleme serbestisine sahiptir.²³ Bu bağlamda taraflar, kararlaştırdıkları şekil şartları çerçevesinde dijital teknolojiler vasıtasıyla atılan imzaları geçerli sayabilir.

Teknolojik gelişmelerin ulaştığı mevcut düzey, hukuki ilişkilerin hızlı ve etkin biçimde yürütülmesi ihtiyacı neticesinde özellikle sözleşme ilişkilerinde taraf iradelerinin açıklanma ve teyit edilme yöntemlerinde köklü bir dönüşümü beraberinde getirmiştir.²⁴ Bu çerçevede, uygulamada taraf iradesini yansıtan ve bu iradenin benimsendiğini gösteren imza kavramı, artık klasik anlamda sadece kâğıt üzerine elle atılan imza ile sınırlı olmaktan çıkmıştır.

Günümüz dünyasında, dijital imza adı altında, teknik altyapı ve işlevsellik bakımından birbirinden farklı çok sayıda imza yöntemi kullanılmaya başlanmıştır.²⁵ Örneğin uygulamada sıkça kullanılan, *DocuSign*²⁶, *Adobe Sign*²⁷ gibi yazılımlar aracılığıyla atılan imzalarla da taraflar sıklıkla sözleş-

²³ Altun, s.701.

²⁴ Eichel, s.920, 923.

²⁵ Roth/Raess, s.221; Katz/ Schwartz, s.36; Coyle, s.9; Rihaczek, s.230; Singh, s.5610; Sushashree, s.2; Yoo, s.21.

²⁶ DocuSign, bulut tabanlı çalışan, belgelerin elektronik ortamda güvenli bir şekilde imzalanmasını, gönderilmesini ve saklanmasını sağlayan uluslararası bir yazılımdır. Farklı ülke hukuklarında geçerli olacak şekilde çeşitli güvenlik protokolleri ve kimlik doğrulama yöntemleri içerir. Belge bütünlüğünü ve imza sahibinin kimliğini doğrulamak amacıyla şifreleme teknikleri ve zaman damgası gibi güvenlik önlemleri kullanır. Bulut tabanlı belge imzalama platformu üzerinden ekrana çizilen, yazı tipiyle oluşturulan veya yüklenen imza görselinin belgeye eklenmesi suretiyle imza tamamlanır. Kimlik doğrulama, sistem üzerinden sağlanır; standart kullanımda biyometrik veri kaydedilmez. Ayrıca, imzalama süreci boyunca atılan her adımı kayıt altına alarak, hukuki uyumsuzluk durumunda delil teşkil edebilecek ayrıntılı bir işlem geçmişi sunar. <https://www.docusign.com/products/electronic-signature>, E.T. 30.08.2025.

²⁷ Adobe Sign, Adobe firması tarafından geliştirilen, elektronik imza atma, imzalı belgeleri doğrulama ve arşivleme imkânı sunan bir platformdur. PDF formatı başta olmak üzere birçok belge türüyle uyumlu çalışır ve diğer Adobe ürünleri (Acrobat, Creative Cloud vb.) ile entegre

me ilişkisi kurabilmektedir.²⁸ Bu yöntemler aracılığıyla el yazısıyla atılan imza elektronik ortama aktarılabilir. Ancak söz konusu yöntemler, yalnızca ıslak imzanın dijital ortama taşınmasından ibaret olmayıp; kriptografik doğrulama sistemlerine dayalı kimlik doğrulama tekniklerini, özel kalem veya dokunmatik ekran vasıtasıyla atılan imzaları ve ıslak imzanın taranarak sayısallaştırılması gibi farklı uygulamaları da kapsamaktadır.²⁹ Ancak, bu tür yazılımlar her dokunmatik ekran teknolojisine sahip cihazda bulunmadığından, belgelerin güvenilirliğini ve bütünlüğünü teminat altına almak her zaman mümkün olamamaktadır.

Gelinen noktada imza kavramı, artık yalnızca kâğıt üzerinde elle atılan işaret veya sembolden ibaret klasik anlayışın ötesine geçmiş; teknolojik gelişmelerin etkisiyle elektronik ortamda kimlik tespiti ile irade beyanının doğrulanmasına hizmet eden çok boyutlu bir nitelik kazanmıştır. Nitekim ülkemizde olduğu gibi birçok hukuk sisteminde de elektronik ortamda güvenli elektronik imza aracı ile atılan imzaların geçerliliği kabul edilmiştir. Bu çerçevede imza, günümüzde salt fiziki bir işaret olmaktan çıkmış; hukuki işlemlerin geçerliliği, güvenliği ve ispat gücü üzerinde doğrudan etkili, teknik ve hukuki boyutları iç içe geçmiş bir kimlik doğrulama aracı hâline gelmiştir. Böylesi bir dönüşümün görmezden gelinmesi mümkün olmadığı gibi, teknolojinin geldiği seviyeye bakıldığında, dokunmatik ekranlarda el ile atılan imzalarla oluşturulan belgelerin delil niteliğinin netleştirilmesi bir zorunluluk hâline gelmiştir.

C. Dijital Ortamdaki İmza Türleri

a. Elektronik İmza

20. yüzyılda “internet” adı verilen küresel ağın kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte, ticari işlemler ve alışverişler giderek çevrim içi ortama ta-

olabilir. Varsayılan işleyişinde Adobe Sign, kullanıcıya dokümanı ekranda imzalama (fare, parmak veya stylus ile) veya hazır imza görselini ekleme imkânı verir. Ancak bu işlem sırasında genellikle imza atma sürecindeki hız, basınç, eğim, koordinat gibi biyometrik veriler kaydedilmez. Bu yazılım da DocuSign yazılımında olduğu gibi belge bütünlüğünü ve imza sahibinin kimliğini doğrulamak amacıyla şifreleme teknikleri ve zaman damgası gibi güvenlik önlemleri kullanır. Ayrıca, imzalama süreci boyunca atılan her adımı kayıt altına alarak, hukuki uyumsuzluk durumunda delil teşkil edebilecek ayrıntılı bir işlem geçmişi sunar. <https://www.adobe.com/acrobat/business/sign.html>, E.T. 30.08.2025.

²⁸ Roth/Raess, s.219; David Wicki-Birchler/Marko Dobec, “Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum”, AJP, 2023, s.278-279; Erturgut, s.62; Zarife Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.2, 2001, s.129; Altun, s.701.

²⁹ Wicki-Birchler/Dobec, s.279; Erturgut, s.54.

şınmış; bu durum, fiziki ortamda atılan imzanın yerini alabilecek güvenilir bir dijital imza ihtiyacını gündeme getirmiştir.³⁰ Zaman içinde, elektronik ortamda kimlik doğrulamasını güvenli biçimde gerçekleştirebilecek, el yazısı ile atılan imzaya denk güvenilirlik sağlayacak ve aynı zamanda belgenin bütünlüğünü koruyarak değiştirilmediğini garanti edecek teknik çözümler üzerinde çalışmalar yapılmıştır. Güvenli bir imza mekanizmasının yokluğunda, güvenilir bir elektronik veri akışından söz edilemeyeceği yönündeki kabul, zamanla “elektronik imza” kavramının doğuşuna zemin hazırlamış ve dijital işlemlerde kimlik doğrulamanın temel unsuru hâline gelmesine neden olmuştur.³¹ Ülkemizde de bu amaçla 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK)³² düzenlenerek yürürlüğe girmiştir.³³ Anılan Kanun ile elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerin hukuki geçerliliğinin sağlanması, tarafların kimliklerinin güvenilir biçimde doğrulanması, veri bütünlüğünün korunması ve elektronik belgelerin inkâr edilemezliğinin teminat altına alınması hedeflenmiştir.³⁴ Böylece elektronik imza, yalnızca teknik bir güvenlik aracı olmaktan çıkarak, hukuki güvenlik ve ispat hukuku bakımından da temel bir unsur hâline gelmiştir.

Elektronik imza, kişinin el yazısıyla attığı imzaya özgü niteliklerin elektronik ortamda yeniden üretilmesini sağlayan, matematiksel algoritmalar veya şifreleme yöntemleri kullanılarak oluşturulan “sayısal” nitelikteki imza olarak tanımlanabilir.³⁵ Ancak, elektronik imza kavramı yalnızca güvenli

³⁰ Roth/Raess, s.221; Katz/ Schwartz, s.36; Coyle, s.9; Rihaczek, s.230; Singh, s.5610; Subashree, s.2; Pekcanitez, s.730; Kurşat, s.414; Kıyak/Şensöz, s.793; Kaplan, s.78.

³¹ Kaplan, s.78; Karşılaştırmalı hukukta elektronik imza ile ilgili süreç ve gelişmeler için bkz. Pekcanitez, s.727 vd.

³² RG 23.01.2004, 25355.

³³ Türkiye’de elektronik imzanın kullanımına yönelik yasal altyapı çalışmalarına ilk kez 29 Haziran 2001 tarihinde, Hazine Müsteşarlığı Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın koordinasyonunda oluşturulan Hukuk Alt Çalışma Grubu tarafından başlanmıştır. Bu sürecin devamında, Adalet Bakanlığı 14 Ocak 2002 tarihli yazısıyla yeni bir çalışma komisyonu kurmuş ve kısa süre içerisinde “Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı” taslağını hazırlamıştır. Taslak metin oluşturulurken, 1999/93 sayılı Avrupa Birliği Elektronik İmza Direktifi, bu Direktif çerçevesinde yeniden düzenlenerek 22 Mayıs 2001 tarihinde yürürlüğe giren Alman Elektronik İmza Yasası ile UNCITRAL Model Elektronik Ticaret Yasası’ndan yararlanılmıştır. Hazırlanan tasarı taslağı, 10 Eylül 2002 tarihli yazı ile ilgili kurumların görüşüne sunulmuş, ardından 19 Şubat 2003 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir. Nihayetinde, Elektronik İmza Kanunu Tasarısı 15 Ocak 2004 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda görüşülerek kabul edilmiştir.

³⁴ Kaplan, s.78-79.

³⁵ Katz/ Schwartz, s.36; Coyle, s.9; Rihaczek, s.230; Singh, s.5610; Subashree, s.2; Pekcanitez, s.731; Yardım, s.279.

elektronik imzayla sınırlı olmayıp; biyometrik doğrulama yöntemlerini (retina taraması, parmak izi veya ses gibi biyolojik özelliklere dayalı teknikleri), kredi kartı ile yapılan işlemler ya da banka hareketlerinde kullanılan PIN kodlarını, bilgisayar ekranına özel kalemle atılan imzaları ve ıslak imzanın tarayıcı aracılığıyla sayısallaştırılarak elektronik ortama aktarılmış dijital versiyonlarını da kapsayan, oldukça geniş bir üst kavram niteliği taşımaktadır.³⁶

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, gündelik kullanımda ve bazı akademik çalışmalarda elektronik imza kavramı yerine sıklıkla dijital (sayısal) imza teriminin kullanıldığı görülmektedir.³⁷ Ancak, her iki kavram kimi zaman birbirinin yerine kullanılsa da teknik açıdan farklı anlamlar taşımaktadır. Dijital (sayısal) imza, belirli yöntemler aracılığıyla sayısallaştırılmış imzayı ifade ederken; elektronik imza, elle atılan imzanın yerine elektronik ortamda üretilen tüm teknolojileri kapsayan ve kapsamı çok daha geniş olan bir üst kavram niteliğindedir.³⁸ Dijital (sayısal) imza, bir elektronik mesaj veya iletiye eklenen, taklit edilmesi neredeyse imkânsız nitelikte sayısal bir kodlama olup, uygulamada en yaygın olarak tercih edilen ve en güvenilir elektronik imza türlerinden birini oluşturmaktadır.³⁹

b. Güvenli Elektronik İmza (e-imza)

EİK’de elektronik imza, “*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰ Kanun’da, elekt-

³⁶ Brigitte **Wirtz**, Biometrische Verfahren, DuD 1999, s. 129-130; **Singh**, s.5609; **Yardım**, s.281; **Şenocak**, s.98; **Acar**, s.68-69.

³⁷ **Hürlimann**, s. 5; **Keser Berber**, s.135; **Şenocak**, s.125; **Bıçkın**, s.110; **Orta**, s.36; Mustafa Fadıl **Yıldırım**, “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004, s.258.

³⁸ **Katz/ Schwartz**, s.36; **Coyle**, s.9; **Rihaczek**, s.230; **Singh**, s.5610; **Subashree**, s.2; **Yardım**, s.279; **Wirtz**, s.130; **Acar**, s.69; **Kaplan**, s.79.

³⁹ **Coyle**, s.10; **Yoo**, s.21; **Singh**, s.5612; **Erturgut**, s.67; **Orta**, s.36-37; **Şenocak**, s.99; **Acar**, s.80.

⁴⁰ Avrupa Birliği’nin 1999/93/EC sayılı Direktifi’nin 2. maddesinde elektronik imza, “*mantıksal olarak başka bir elektronik veriye bağlı veya ona ekli olan ve kimlik tespitine yarayan elektronik biçimdeki veri*” olarak tanımlanmıştır. Elektronik İmza Kanunumuzdaki elektronik imza tanımı hazırlanırken de anılan Avrupa Birliği Direktifi esas alınmıştır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law) tarafından hazırlanmış olan Elektronik İmzalar için Yeknesak Kurallar Taslağı’nda, elektronik imza; “*Veri mesajını imzalayan kişiyi ve bu kişinin mesajın içeriğindeki bilgiyi kabul ettiğini belirlemek amacıyla kullanılabilen, bir veri mesajına eklenmiş veya*

ronik imzanın yalnızca güvenli elektronik imza oluşturma araçları ile kullanılmasına imkân tanındığı (EİK m. 4,5,6,7) göz önünde bulundurulduğunda, öğretide yer alan geniş kapsamlı elektronik imza tanımının bu bağlamda kastedilmediği anlaşılmaktadır. Nitekim TBK'nın 14. ve 15. maddelerinde, yazılı şekle tâbi belgelerde geçerlilik şartı olarak öngörülen imzanın yalnızca elle atılmış imza ile sınırlı olmadığı, “güvenli elektronik imza” ile imzalanmış belgelerin de aynı hukukî sonucu doğuracağı açıkça hükme bağlanmıştır. Böylece kanun koyucu, teknolojik imkânların gelişimine paralel olarak imzanın fonksiyonunu yalnızca fiziki imza ile sınırlandırmamış; güvenli elektronik imzayı da yazılı şeklin zorunlu unsuru olarak kabul etmek suretiyle hukuken geçerli ve bağlayıcı nitelikte bir imza türü olarak tanımıştır.

HMK m.205/2’de, usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin “adi senet hükmünde” olduğu belirtilmiştir. Buna göre hukuki işlemlerde imzanın elektronik ortamda atılması bakımından geçerliliği kabul edilen “elektronik imza” terimi ile kastedilenin; kişiye özel olarak düzenlenmiş güvenli elektronik imza sertifikası kullanılarak, yani güvenli şifreleme yöntemi aracılığıyla belgenin elektronik ortamda sayısal olarak imzalanması işlemi olduğu anlaşılmaktadır. Ülkemizde hâlen kullanılmakta olan güvenli elektronik imzalar ile mobil imzalar, teknik açıdan sayısal imza altyapısına dayanan dijital imza türlerini oluşturmaktadır. Bu sistemlerde kullanılan kriptografik şifreleme yöntemleri sayesinde, elektronik ortamda imzalanan bir belgenin yalnızca ilgili imza sahibi tarafından oluşturulduğu kesin olarak tespit edilebilmektedir.⁴¹ Bu yüksek düzeydeki teknik güvenlik ve doğrulama güvencesi nedeniyle, dijital imzalı belgeler usul hukuku bakımından kesin delil niteliğinde kabul edilmektedir.

Buna karşılık, çalışmamızın konusunu teşkil eden dokunmatik ekran imzası, EİK’de düzenlenen “elektronik imza” kavramı kapsamında yer almamaktadır. Her ne kadar Kanun’da elektronik veriden söz edilmiş olsa da burada kastedilen imza verisi; imza sahibine ait, yalnızca imza sahibi tarafından elektronik imza oluşturma amacıyla kullanılan ve bir benzeri bulunmayan şifreler ile kriptografik gizli anahtarlar gibi unsurları ifade etmekte-

mantıksal olarak onunla ilişkilendirilmiş elektronik biçimdeki veri” şeklinde tanımlanmaktadır. Almanya’da yürürlükte olan Elektronik İmza İçin Çerçeve Koşullar Yasası (Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen), elektronik imzayı; “Başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal olarak ilişkilendirilen ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik ortamda veri” şeklinde tanımlamaktadır.

⁴¹ Kaplan, s.79.

dir. Dokunmatik ekran imzası, öğretide⁴² elektronik imza kavramı kapsamında değerlendirilmeye elverişli görülse de EİK, TBK ve HMK’de yer alan mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, bu imzaların güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veri kapsamına dâhil edilmediği görülmektedir. Bu durum, söz konusu imza ile oluşturulan belgelerin ispat hukuku bakımından hangi delil kategorisinde değerlendirileceği hususunu tartışmalı hâle getirmektedir. Çalışmamızda bu mesele ayrıntılı olarak incelenecektir. Bununla birlikte, yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki, güvenli elektronik imzanın taklit edilmesi teknik açıdan son derece güçtür. Buna karşılık, dokunmatik ekrana atılan imza; imza sahibinin bilgisi dışında üçüncü kişiler tarafından farklı elektronik belgelere aktarılıp kullanılabileceği gibi elle atıldığı gözetildiğinde, nispeten kolay biçimde taklit edilebilecek bir yapıya da sahiptir.⁴³

Bu bağlamda, hukuk sistemimizde güvenli elektronik imza (e-imza), sahip olduğu teknik altyapı, doğrulama mekanizmaları ve hukuki güvenilirliği sayesinde, çalışmamızın odağını teşkil eden dokunmatik ekrana elle atılan imzadan hem yapısal hem de işlevsel açıdan açıkça ayrılmaktadır. Bu nedenle güvenli elektronik imza ile oluşan dijital veriler, inceleme konumuzun kapsamı dışında tutulmuştur. Ne var ki, ülkemizdeki mevcut düzenlemeler uyarınca yalnızca güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurduğu (TBK m. 15/1) ve güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verinin senet hükmünde delil sayıldığı (HMK m. 205) gerçeği, dokunmatik ekrana elle atılan imzanın TBK m. 14 ve m. 15 çerçevesinde geçerli bir imza olarak kabul edilip edilemeyeceği sorununu gündeme getirmektedir. Zira güvenli elektronik imza, bayt dizileri ve kriptografik kodlama teknikleri aracılığıyla imza sahibinin kimliğini doğrulamakta ve belgenin bütünlüğünü teminat altına almakta iken⁴⁴; dokunmatik ekran imzasında her zaman aynı düzeyde bir doğrulama ve değişmezlik güvencesi bulunmamaktadır.⁴⁵ Bu nedenle, güvenli elektronik imzanın ispat gücü ve delil değeri, dokunmatik ekran imzasına kıyasla çok daha yüksek kabul edilmekte; aralarındaki fark yalnızca teknik açıdan sınırlı kalmayıp, aynı zamanda ispat hukuku bakımından da ciddi sonuçlar doğurmaktadır.

⁴² Roth/Raess, s.221; Wicki-Birchler/Dobec, s. 281; Singh, s.5609; Yardım, s.279-280; Acar, s.68.

⁴³ Singh, s.5609.

⁴⁴ Singh, s.5609, 5611; Wicki-Birchler/Dobec, s.279.

⁴⁵ Yardım, s.282,283.

c. Dokunmatik Ekran (Touchscreen) İmzası

aa. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Dokunmatik yüzeye sahip dijital ekran (*touchscreen*) teknolojileri, kullanıcıların yalnızca parmaklarıyla değil, aynı zamanda bu ekranda yazı yazmaya elverişli özel olarak tasarlanmış kalemler aracılığıyla da hukuki bağlayıcılık kazanacak işlemleri gerçekleştirmelerine imkân tanımaktadır.⁴⁶ Bu sayede, günümüzde yalnızca yazı yazmak veya not almak amacıyla değil, elektronik veri niteliğinde olan ve ekranda yazılı şekilde görünen irade beyanlarının hukuken bağlayıcılık kazanmasını sağlamak üzere, bu beyanların dokunmatik yüzeye sahip ekranlar üzerinde elle imzalanması da mümkün hâle gelmiştir.⁴⁷

Bu teknolojik imkândan yararlanmak isteyen bazı mal ve hizmet sağlayıcıları, elektronik ortamda hazırladıkları tutanak, sipariş, sözleşme vb. birçok belgenin ilgilileri tarafından doğrudan dokunmatik ekran üzerinden imzalanması yöntemini benimsemektedir.⁴⁸ Güncel uygulamada, özellikle kargo taşımacılığı sektöründe, araç kiralama firmalarında, sigorta sektöründe, ödeme aracılık hizmet sağlayıcılarında, telekomünikasyon hizmet sağlayıcılarında ve teknik kurulum ile onarım hizmeti sunan firmalarda, bu yöntemin yaygın olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir.⁴⁹ Ayrıca, şirketler arasında akdedilen ulusal ve uluslararası nitelikteki sözleşmelerde de bu yöntemin kayda değer bir sıklıkta uygulandığı gözlemlenmektedir.⁵⁰ Söz konusu uygulama, çoğunlukla tablet türü cihazlar üzerinde özel ekran kalemleri kullanılarak gerçekleştirilmekte olup, bazı durumlarda ise yalnızca parmak hareketleriyle ekrana imza atılması suretiyle de icra edilebilmektedir.⁵¹

Bu yaygın kullanım, dijital ekran aracılığıyla atılan imzaların mevcut düzenlemeler içindeki konumunun, özellikle de bu imzaların hukuki niteli-

⁴⁶ Kıyak/Şensöz, s.805.

⁴⁷ Roth/Raess, s.221; Hürlimann, s.9; Wicki-Birchler/Dobec, s.281; .Erturgut, s.61-62; Kurşat, s.414; Kıyak/Şensöz, s.804-805; Dominic Wyss/Manuel Blättler, Digitaler Geschäftsverkehr: Elektronische Signaturen unter Schweizer Recht, Bern 2022, s.113.

⁴⁸ Wyss/Blättler, s.113; Merve Melis Şimşek/Tuğba Özcan/Tamer Ergün/Vural Çelik, “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, 2019, s. 136; Kıyak/Şensöz, s.805; Altun, s.705.

⁴⁹ Kıyak/Şensöz, s.805.

⁵⁰ Roth/Raess, s.221.

⁵¹ Roth/Raess, s.221; Kıyak/Şensöz, s.805; İsviçre’de özellikle kargo taşımacılığı alanında, teslimatın gerçekleştirilmiş olduğuna dair onayın, dokunmatik ekran üzerine kalemle veya elle atılan imza ile teyit edildiği görülmektedir. Wicki-Birchler/Dobec, s. 281, dn.25.

ğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. İmzanın niteliğinin ortaya konulmasının yanında dokunmatik ekran imzası ile oluşturulan belgenin ispat hukuku bakımından delil değerinin tespiti de ayrı bir önem taşımaktadır.⁵² Zira bu tür imzaların hukuki nitelendirmesi, yalnızca teknik özellikleri açısından değil; aynı zamanda bağlayıcılık, geçerlilik ve ispat gücü bakımından da değerlendirilmesi gereken çok yönlü bir meseledir.

Daha önce ifade edildiği üzere, el yazısıyla atılan imza; imza sahibinin kimliğini gösteren ve onu diğer kişilerden ayırt eden bir işaret niteliğinde olup sonuçlarını kendiliğinden doğurur ve etki doğurabilmesi için başka unsurlara ihtiyaç duymaz.⁵³ Nitekim TBK m. 15 ve m. 16 hükümlerinden anlaşılabileceği üzere, el yazısı dışında herhangi bir araçla oluşturulan işaretlerin aynı etkiyi doğurabilmesi, somut duruma göre ya örf ve adet gereği bu yönde bir kabulün varlığına ya da yetkili kişilerce onaylanmış olmasına bağlıdır. Bu çerçevede, imza bakımından kanun sistematigi ve amacına uygun olarak yapılması gereken temel ayrım; “el yazısıyla atılan imza” ile “el yazısı dışında atılan imza” şeklinde belirlenmelidir.⁵⁴ Bu ayrım, “sahibinin aidiyetini kendiliğinden yansıtan imza” ile “sahibinin aidiyetini ancak onay yoluyla yansıtan imza” şeklinde de ifade edilebilir.⁵⁵

Gerçekten de kanundaki düzenlemeler bu türden bir ayrımı haklı ve gerekli kılmaktadır. Zira, TBK’da söz konusu ayrım açık biçimde ortaya konulmuştur. Kanun koyucu, el yazısıyla atılan imza bakımından herhangi bir ek koşul aramaksızın yazılılık şartının gerçekleştiğini kabul ederken; el yazısıyla atılmayan imzalar açısından ise ilave şartlar öngörmüştür. Bu yaklaşım, esasında imza kavramının doğal işleviyle de uyumludur. Nitekim imza hem kimliği hem de irade beyanının aidiyetini ortaya koyan kişisel bir işarettir. Bu nedenle, imzanın sahibinden sadır olduğunun belirlenebilir olması, imzanın hukuki varlık kazanması açısından zorunludur. El yazısıyla atılan imza, kişinin el yazısının bireysel ve tekrarlanamaz özellikler taşıması nedeniyle kendiliğinden bu etkiye sahiptir. Bu özellik, grafolojik açıdan her bireyin

⁵² Kıyak/Şensöz, s.805.

⁵³ Ayan, s.198; Taşpınar Ayvaz, s.323; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2781; Kut/Bauer, Art. 13, N. 9; Kurşat, s.418; Altun, s.700.

⁵⁴ Kurşat, s.418.

⁵⁵ Kurşat, s.418.

el yazısının adeta biyometrik bir kimlik işlevi görmesinden kaynaklanır.⁵⁶ Dolayısıyla, bu tür bir işaretin yazılı şekil şartını yerine getirebilmesi için başka bir unsur ya da teyit mekanizmasına ihtiyaç duyulmaz. Kanun koyucu da bu gerçeklikten hareketle, karakteri, yani kimliği yansıtan imza türleri bakımından herhangi bir onay veya ek şart getirmemiştir. Buna karşılık, kendiliğinden kimliği yansıtma niteliğine sahip olmayan işaretler açısından, imzanın aidiyetinin üçüncü kişiler tarafından onaylanmasını veya örf ve âdet gereği kabulünü şart koşarak, hukuki güvenliği sağlama yönünde ek bir koruma mekanizması tesis etmiştir (TBK m.15/2).

Üstelik, bu ayrımın tamamlayıcısı niteliğinde olmak üzere, kanun sistematikğine sonradan dâhil edilen “güvenli elektronik imza” türü de benzer bir yaklaşımın yansması olarak, müstakil bir düzenleme olan EİK kapsamında ele alınmıştır. Zira EİK kapsamına giren elektronik imza, temelde el yazısıyla atılan bir imza olmadığından sahibine aidiyetinin tespiti ancak üçüncü bir kişi konumundaki sertifika hizmet sağlayıcısının onayıyla sağlanabilmektedir. Bu yapı, esasında el yazısı dışındaki imzaların hukuki güvenilirliğinin, yalnızca teknik doğrulama mekanizmaları ve yetkilendirilmiş üçüncü taraf onayı aracılığıyla tesis edilebileceğini ortaya koymakta; böylelikle, imzanın aidiyet ve bütünlüğünün korunmasında “onay otoritesi” kavramını hukuki sistemin merkezine yerleştirmektedir.

Kanunların imzaya bakış açısı, imzanın bizatihi kendisinin, kime ait olduğunu ispat etmeye yeterli olup olmadığı esasına dayanmaktadır. Bu niteliği taşımayan imzalar bakımından ise ek güvenlik tedbirlerinin alınması ve hukuki etkinin ancak bu koşulların sağlanması hâlinde tanınması gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir (TBK m.15/2). Bu tespitten hareketle, elle veya kalem kullanılarak bilgisayar veya herhangi bir dokunmatik ekran üzerine atılan imzanın hukuken nasıl değerlendirileceği üzerinde durmak gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, TBK anlamında yazılı şekil için aranan esas koşul, imzanın el yazısıyla atılmış olmasıdır. Bunun dışında, imzanın atılacağı zemin veya kullanılacak araç bakımından kanuni bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla kişi, imzasını bir duvara, tahta yüzeye yahut kumaş parçasına atabileceği gibi; tükenmez kalem, tahta kalemi veya yazı yazmaya elverişli herhangi bir araçla da atabilir.⁵⁷ Burada zemin ve araç

⁵⁶ Leyla **Keser Berber**, “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/tr/haberler/bilgi-notu-biyometrik-imzanin-tbk-yazili-sekil-sar-86/>, E.T. 30.08.2025.

⁵⁷ L. Şanal **Görgün**/Levent **Börü**/Mehmet **Kodakoğlu**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2024, s.521.

unsurları, yazılı şekil şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespitinden ziyade, imzayı atan kişinin hukuki işlem iradesinin gerçekten mevcut olup olmadığının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.⁵⁸ Başka bir ifadeyle, imza atma eyleminde kullanılan araç veya zemin, yazılı şeklin geçerliliğini değil, irade beyanının varlığı ve hukuki işlemle bağlanma kastının bulunup bulunmadığını etkileyen unsurlar olarak değerlendirilmelidir.⁵⁹

İsviçre öğretisinde de bu durum aynen kabul edilmekte ve ilave olarak dokunmatik ekranın yüksek çözünürlükte olması ve basınç hassasiyetinin kayıt altına alınabilmesi şartıyla, bu tür cihazlar üzerinde atılan imzaların, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht, OR*) 14. maddesi uyarınca geçerli imza olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰ Buna karşılık, İsviçre Zug Kantonu Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda⁶¹ dokunmatik ekran imzasının hukuki işlemlere geçerlilik kazandırma niteliği tartışılmış; dokunmatik ekran üzerinde bir tablet kalem aracılığıyla el yazısıyla atılan imzanın, OR Art. 14/1. maddesi anlamında geçerli bir imza olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, söz konusu imzaların el ile atılmış olması nedeniyle OR Art. 14/1 uyarınca ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmadığını açıkça belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, dokunmatik ekran imzalarının ancak yüksek çözünürlük ve yazı basıncına ilişkin verilerin kaydedilmesi hâlinde el yazısıyla atılmış imzaya eşdeğer kabul edilebileceğini savunan öğretideki görüşlere de itibar etmemiştir.

Türk öğretisinde ise, dokunmatik ekranlara atılan imzanın elle atılan imza olarak kabul edilemeyeceği; bu tür imzaların, TBK m. 15/2 uyarınca “el yazısı dışında bir araçla atılan imza” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır.⁶² Bu görüşün temel dayanak noktası, dokunmatik yüzeye atılan imzanın anında dijital veriye dönüştürülmesi, bu verinin cihazın işlemcisi tarafından işlenmesi ve bu bağlamda işlemcinin imza atma sürecinde bir aracı konumunda görülmesidir.⁶³ Bu görüşe katılmak kanımızca mümkün

⁵⁸ Kurşat, s.419.

⁵⁹ Halil Akkanat, “El Yazılı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 806; Kurşat, s.419.

⁶⁰ Wyss/Blättler, s.114; Hürlimann, s. 9; Roth/Raess, s.224; Wicki-Birchler/Dobec, s. 281.

⁶¹ Obergerichts des Kantons Zug Z2 2023 67 vom 14 Dezember 2023, (Kararın hukuki değerlendirmesi için bkz. Roth/Raess, s.222 vd.)

⁶² Kıyak/Şensöz, s.808.

⁶³ Kıyak/Şensöz, s.808.

değildir. Zira bu imzayı TBK m. 15/2 kapsamına dâhil etmenin önündeki en büyük engel, dokunmatik ekranda da olsa “el ile imza” ilkesinin geçerliliğini hâlen koruyor olmasıdır.⁶⁴ Anılan hüküm, açıkça “el yazısı dışında” bir araçla atılan imzaları konu edinmektedir. Oysa imza, el ile atıldığı sürece, kullanılan yazım tekniği veya zemin, şekil şartının gerçekleşmesi bakımından belirleyici bir unsur olarak kabul edilmemelidir.⁶⁵ Bu yönüyle, dokunmatik ekrana atılan imza ile klasik manada kâğıda atılan imza arasında hukuki nitelik bakımından herhangi bir farkın olmadığı söylenebilir. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere dokunmatik ekranlara atılan imzalar, el ile atılmış imza ile aynı hukuki statüde değerlendirilmelidir.⁶⁶ Çünkü dokunmatik ekrana atılan imza, Kanun’un el yazısıyla atılan imza bakımından öngördüğü hem şekil şartını hem de amacı karşılamaktadır. Zira bu imza, mahiyeti itibarıyla herhangi bir araç kullanılmaksızın el yazısıyla atılmakta olup, klavye kullanımı veya belirli bir şifreleme yöntemi aracılığıyla oluşturulan elektronik verilerden farklıdır.⁶⁷ İmzanın atıldığı cihazın kâğıttan farklı olması veya imzayı yazılı hale getiren kalemin normal ya da dijital olmasının yine hiçbir önemi yoktur. Ayrıca, el yazısıyla imza açısından hedeflenen gaye, dokunmatik ekrana atılan imza yoluyla da aynı şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu haliyle ispat kuralları gereğince aranan yazılılık kuralları da geçerli olmaktadır.

Dokunmatik ekran üzerinde atılan biyometrik imzalar, özünde imza sahibinin kimliğini belirlemeye ve irade beyanını ortaya koymaya hizmet eden her türlü işaret veya sembolü içeren, kendi el ürünü niteliğindedir.⁶⁸ Bu yönüyle, klasik anlamda kâğıt üzerinde atılan imzadan mahiyet itibarıyla esaslı bir farklılık göstermemektedir.⁶⁹ Zira, dokunmatik ekran üzerine atılan im-

⁶⁴ Altun, s.709.

⁶⁵ Kurşat, s.416, 418; Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz), Bern 1986, Art. 14-15, N. 7 (Altun, s.709, dn.37’den naklen).

⁶⁶ Kurşat, s.418; Altun, s.709.

⁶⁷ Kurşat, s.419.

⁶⁸ Eren, s.246; Ayan, s.198; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2780; Taşpınar Ayvaz, s.323; Kut/ Bauer, Art. 13, N. 9; Furrer/ Müller-Chen, § 5 N. 17; Kocayusufpaşaoğlu, § 26, N. 6; Altun, s.699; Kaplan, s.78; Kiyak/Şensöz, s.794.

⁶⁹ ABD’de, Küresel ve Ulusal Ticarete Elektronik İmzalar Kanunu (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN, 2000)) ve Tekdüzen Elektronik İşlemler Kanunu (Uniform Electronic Transactions Act (UETA)) gibi düzenlemeler, elektronik ortamda atılan imzalara geniş bir geçerlilik tanımaktadır. Bu yasal düzenlemeler uyarınca, bir sözleşmede elektronik ortamda atılan imza, yalnızca elektronik nitelikte olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılamaz; imzanın bağlayıcılığı, esasen imza ile kişi arasında kurulan irade ilişkisinin varlığına dayandırılır. Bu kapsamda, dokunmatik ekran üzerinde atılan imza da elektronik imza olarak

zayı kâğıt üzerine mürekkeple atılan imzadan ayırt etmeye yarayacak temel ölçütler veya farklılıklar, bu konudaki temel mevzuat olan TBK’da açıkça öngörülmemiştir. Bu nedenle, yalnızca kanun lafzına dayanarak dokunmatik yüzeye atılan bir imzanın, kâğıt üzerine el yazısıyla atılmış imza ile aynı hukukî sonuçları doğuramayacağını ileri sürmek kanımızca isabetli olmayacaktır.⁷⁰ Nitekim, dokunmatik ekrana imza atan kişinin, imzanın üzerinde yer alan beyanı açıkça kabul etmesi mümkün olduğu gibi, icra takibine dayanak teşkil etmesi halinde dahi bu şekilde düzenlenen elektronik belgedeki imzaya itiraz etmeyerek ikrar etmiş sayılması da mümkündür.⁷¹ Ayrıca, dokunmatik yüzeye atılan imzadan imza sahibinin kimliğinin tespit edilebilmesi hâlinde, bu imzayı kâğıt üzerine atılmış geleneksel imzadan farklı bir hukukî rejime tâbi tutmanın haklı bir gerekçesi kalmayacaktır.⁷² Burada ilk unsur, yani dokunmatik yüzeyi imzalayan kişinin dokunmatik ekranlı cihazdaki beyanı sahiplenmesi sübjektif bir nitelik taşıırken; ikinci unsur olan imza sahibinin kimliğinin tespiti, grafoloji biliminin inceleme alanına giren ve objektif esaslara dayanan bir olgudur.⁷³

bb. Biyometrik İmza ve Biyometrik Veri Olarak Nitelendirilmesi

Dokunmatik ekrana atılan imzanın yazılı şekil şartını karşılayıp karşılamadığının belirlenmesinde, imzanın teknik ve fiziksel özellikleri belirleyici olmaktadır.⁷⁴ Bu durum da ekrana atılan imzanın biyometrik imza ve veri olduğu hususunu gündeme getirmektedir.⁷⁵

değerlendirilir ve tarafların rızasıyla kullanıldığı sürece, sözleşmenin bu yolla geçerli olarak kurulduğu kabul edilir. Nitekim pek çok eyalette, satış sözleşmeleri veya kredi anlaşmalarının tablet imzası ile yapılması yasal olarak geçerlidir. Bu tür imzalara sonradan itiraz edilmesi hâlinde ise, mahkemeler genellikle dijital kayıtları, sistem loglarını ve tarafların onay beyanlarını inceleyerek karar vermekte; özellikle elektronik imza sistemlerinin güvenilirliği ile tarafların bu yöntemi benimseme derecesini dikkate almaktadır. Uygulamada DocuSign gibi platformların yaygın olarak tercih edilmesi nedeniyle, bu platformların kayıtları mahkemelerde güçlü deliller olarak kabul edilmekte ve çoğu durumda, özellikle imza atan tarafın kimlik doğrulamasının yapıldığı hâllerde, imzaya yönelik itirazlar reddedilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Michael H. Dessent, “Digital Handshakes in Cyberspace under E-Sign: There’s a New Sheriff in Town,” University of Richmond Law Review, C.35, S.4, 2002, s.943 vd.

⁷⁰ Altun, s.705.

⁷¹ Wicki-Birchler/Dobec, s. 281; Altun, s.705.

⁷² Hürlimann, s. 14; Kurşat, s.420; Altun, s.706.

⁷³ Altun, s.705-706; Nora Popp/Yvonne Gläser, “Dynamische und Statische Unterschrift”, Biometrische Identifikationssysteme Seminar SS 2004, s.4.

⁷⁴ Altun, s.706.

⁷⁵ Yardım, s.281; Keser Berber, Biyometrik İmza, E.T. 30.08.2025.

Biyometrik imzalar, bir kişinin kimliğinin doğrulanmasında kullanılabilen, bireye özgü fizyolojik ve/veya davranışsal özellikler olarak tanımlanmaktadır.⁷⁶ Bu kapsamda, biyometrik imza; esasen imza sahibinin el hareketleri, imza atma hızı, basınç düzeyi, eğim gibi motor becerilerine ilişkin verilerin dijital ortamda kaydedilip analiz edilmesi suretiyle kimlik doğrulaması yapılmasına imkân tanıyan bir yöntemi ifade etmektedir. Bununla birlikte, öğretilerde de belirtildiği üzere, biyometrik imza kavramı uygulamada sıklıkla kullanılan parmak izi, avuç içi izi, ses tanıma ve retina tarama sistemleri gibi diğer biyometrik doğrulama yöntemlerini de kapsamına almaktadır.⁷⁷ Günümüzde, dokunmatik ekrana elle atılan imzalar da biyometrik imza olarak nitelendirilmekte ve bu teknolojinin bir türü olarak kabul edilmektedir.⁷⁸

Dokunmatik ekran imzasının biyometrik veri olarak nitelendirilmesi, teknik ve hukuki boyutları bakımından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Her şeyden önce, dokunmatik ekran üzerinde atılan imzalar, yalnızca görsel bir imge veya işaret üretmekle kalmamakta; aynı zamanda imza sahibinin kendine özgü motor becerilerini ve davranışsal özelliklerini de dijital ortamda kaydetmektedir.⁷⁹ İmza atma sürecinde ortaya çıkan el hareketleri, basınç düzeyi, çizgi eğimleri, hız, ivme ve imza atma sırasındaki koordinasyon gibi parametreler, imza sahibine özgü tekrar edilemez biyometrik özellikler olarak kabul edilmektedir.⁸⁰ Ancak, dokunmatik ekran aracılığıyla atılan imzanın içerdiği biyometrik verilerin dijital ortamda kayıt altına alınabilir nitelikte olması, bu verilerin imza sahibinin açık rızası dışında kopyalanarak başka dijital belgelere aktarılması riskini de beraberinde getirmektedir.⁸¹ Böyle bir durumda, imza sahibinin bilgisi ve iradesi dışında hukuki işlem tesis edilmesi, hatta bu yolla imza sahibinin rızası olmaksızın borç altına sokulması ihtimali söz konusu olabilir. Bu durum, hem TBK’da yer alan irade fesadı hükümleri hem de Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) düzenlenen belgede sahtecilik suçları açısından hukuki ve cezai sorumluluk doğurabilecek niteliktedir. Bu husus gözetildiğinde dokunmatik ekran imzaları, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve AB Genel Veri

⁷⁶ H. Tarık Erol, *Electronic Signatures*, İstanbul 2003, s.42; Erturgut, s.63; Yardım, s.281.

⁷⁷ Yardım, s.281; Popp/Gläser, s.3.

⁷⁸ Yardım, s.281.

⁷⁹ Kıyak/Şensöz, s.808.

⁸⁰ Keser Berber, *Biyometrik İmza*, E.T. 30.08.2025.

⁸¹ Kıyak/Şensöz, s.808.

Koruma Tüzüğü (GDPR) kapsamında “*kişiyi tanımlayan veya tanımlanabilir kılan, fiziksel ya da davranışsal özelliklere dayalı biyometrik veri*” kategorisine girmektedir.⁸²

Dokunmatik ekran imzaları, bünyesinde barındırdığı kişiye özgü biyometrik veriler sebebiyle teknik anlamda bir kimlik doğrulama aracı olma özelliği taşımakla birlikte; aynı zamanda imza sahibinin irade beyanını yansıtan ve bu yönüyle biyometrik imza olarak nitelendirilebilecek hukuki bir işaret konumundadır. Bu durum gözetildiğinde, dokunmatik ekran imzalarının güvenliğinin sağlanması; KVKK m. 12’de öngörülen teknik ve idari tedbirler ile GDPR m.32’de düzenlenen veri güvenliği yükümlülüklerinin birlikte uygulanmasını gerektirir. Veri sızıntısı, yetkisiz erişim, kopyalama veya imzanın başka belgelerde izinsiz kullanılması gibi risklerin önüne geçebilmek için cihaz düzeyinde güvenlik protokollerinin geliştirilmesi ve saklama-iletim süreçlerinde güçlü şifreleme tekniklerinin kullanılması zorunlu görülmektedir. Her ne kadar kâğıt üzerine atılan imzanın başka bir kâğıt üzerinde atılarak incelenmesi, imzanın aidiyetinin tespitinde yeterli kabul edilse de dokunmatik ekran üzerinde atılan imzalar bakımından olası bir imza itirazında, incelemenin aynı cihaz üzerinde karşılaştırmalı imzalar atılmak suretiyle yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, ileride doğabilecek imza inkârlarının incelenmesinde karşılaştırmaya elverişli imza incelemesinin kapsamının daraltılmasına⁸³ sebep olmakla birlikte ayrı-

⁸² Dokunmatik ekran üzerinde dijital ortamda atılan imzalar, yalnızca imza sahibinin irade beyanını yansıtan bir işaret olmanın ötesinde; imza atma sürecine özgü hız, basınç, eğim, çizgi sırası gibi kişiye has biyometrik özellikleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu nitelikleri itibarıyla, söz konusu imzalar KVKK m. 3 uyarınca “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” kapsamında kişisel veri, hatta KVKK m. 6 anlamında özel nitelikli kişisel veri olarak değerlendirilebilecek “biyometrik veri” niteliğini taşımaktadır. Bu bağlamda, dijital ortamda kaydedilen imzaların işlenmesi, saklanması ve iletilmesi süreçlerinde; KVKK m. 12’de öngörülen teknik ve idari tedbirlerin azami özenle uygulanması zorunludur. Buna; veri minimizasyonu ilkesi, yetkisiz erişimin engellenmesi, şifreleme yöntemleriyle güvenli depolama, aktarım sırasında veri bütünlüğünün korunması ve gerekli durumlarda anonimleştirme gibi önlemler dâhildir. Ayrıca, AIHS m. 8 ve Anayasa m. 20 ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı uyarınca, bu verilerin hukuka aykırı şekilde ifşası veya amacı dışında kullanılması yasaktır. Dolayısıyla, dokunmatik ekran imzalarının hukuki geçerliliği ile birlikte, bu imzaların içerdiği biyometrik verilerin korunması hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında, veri güvenliği ve kişisel verilerin korunması bakımından öncelikli bir yükümlülük teşkil etmektedir.

⁸³ HMK m. 211/1(b) hükmü uyarınca hâkim tarafından, imzanın aidiyetinin tespiti amacıyla bilirkişi incelemesine karar verilmişse, inceleme yapılmadan önce, mevcutsa imza inkârında bulunan tarafa ait karşılaştırmaya elverişli yazı ve imzaların ilgili kurumlardan temin edilmesi gerekir. Uygulamada tatbiki medar belgeler olarak adlandırılan bu belgelerin belirlenmesi noktasında, tarafların söz konusu belgelerin imza inkârında bulunan tarafa ait olduğu husu-

ca mahkemece yaptırılacak imza incelemesi aşamasında, imzanın atıldığı dokunmatik ekranı ihtiva eden donanımın (tablet, dizüstü bilgisayar, el terminali vb.) celbine imkân sağlanmasını gerektirmektedir.⁸⁴ Bu nedenle, teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni riskler gözetilerek, ülkemizde, dokunmatik ekran imzalarının atıldığı cihazların sahip olması gereken teknik özelliklerin açıkça belirlenmesi ve bu imzaların korunmasına özgü yasal düzenlemelerin yapılmasının yanı sıra, mevcut mevzuat hükümlerinin de bu doğrultuda güncellenmesi kanımızca gereklidir. Bu tür bir düzenleme, yalnızca kişisel verilerin korunması ve hukuki işlemlerin güvenliğinin sağlanması açısından zorunlu bir ihtiyaç olarak değil, aynı zamanda ispat hukukunda delil niteliğinin açık ve net biçimde belirlenmesine katkı sunacak önemli bir adım olarak da değerlendirilmelidir.

II. DOKUNMATİK EKRANDA DÜZENLENEN BELGENİN DELİL DEĞERİ

1. Genel Olarak

Şu ana kadar, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan belgelere atılan imzanın hukuki niteliği ve geçerliliği üzerinde durulmuştur. Medeni usul hukuku bakımından imzanın en temel işlevlerinden biri, bir belgenin ispat hukuku açısından senet niteliğinde, yani kesin delil statüsünde kabul edilmesini sağlamasıdır. Bununla birlikte, imza içermeyen ancak içeriği itibarıyla iddia edilen vakıayı ortaya koyan bir belge, delil başlangıcı (HMK m.202/2) olarak nitelendirileceği gibi; imzalı olmasına rağmen içeriği iddia edilen vakıayı açık ve tam şekilde ortaya koymayan bir belge de senet olarak değil, yine delil başlangıcı olarak değerlendirilecektir. Dokunmatik ekran üzerinde düzenlenen ve imzalanan belgeler, fiziki ortamda düzenlenen ıslak imzalı

sunda mutabık kalması ve bu belgelerin imza inkârına konu belge ile yakın tarihlerde oluşturulmuş olması büyük önem arz etmektedir. Bilirkişi, söz konusu tatbiki medar belgelerdeki yazı ve imzalar ile mahkeme huzurunda elde edilen yazı ve imzaları esas alarak karşılaştırma yapar; ayrıca gerekli gördüğünde, tarafın kendi huzurunda yeniden yazı yazmasını veya imza atmasını mahkemeden talep edebilir. Ne var ki, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan bir belgeye ilişkin imzanın aidiyetine yönelik itirazlarda, yalnızca fiziki imzalı belgelerin karşılaştırma için esas alınması, klasik imza incelemelerinde sağlanan faydayı sağlamaktan uzak kalacaktır. Zira dijital ortamda atılan imza, teknik olarak farklı dinamiklere sahip olduğundan, imzanın özgünlüğünün belirlenebilmesi için, mutlaka imzanın atıldığı cihazın bilirkişi incelemesine konu edilmesi ve aynı cihaz üzerinde yeniden imza alınarak karşılaştırmaların yapılması gerekir. Bu durum ise, karşılaştırmaya elverişli (*tatbiki medar*) imzalı belgelerin kapsamını daraltacak ve inceleme sürecine teknik bir zorunluluk boyutu ekleyecektir.

⁸⁴ Kıyak/Şensöz, s.810.

belgelerden farklı bir teknik süreç sonucunda meydana gelmiş olsa da içerdiği imza unsuru itibarıyla hukuken geçerli bir irade beyanının somutlaştırılması niteliğini haizdir. Bu bağlamda, dijital ortamda düzenlenen belgelerin ispat hukuku bakımından “kesin delil” mi yoksa “takdiri delil” mi sayılacağı hususunun belirlenmesi, söz konusu belgelerin medeni yargıda hangi ispat gücüne sahip olacağının tespiti açısından önem arz etmektedir.

En geniş anlamıyla delil, tarafların iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan; davanın çözümü bakımından hukuki önem taşıyan ve çekişmeli nitelikte bulunan maddi vakıaların doğruluğu veya gerçekliği konusunda mahkemeyi ikna etmeye yarayan tüm ispat araçlarını kapsar.⁸⁵ Başka bir ifadeyle, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı amacıyla hâkim önüne getirilen ve onun kanaat oluşturmaya hizmet eden her türlü ispat vasıtası, delil olarak nitelendirilir.

Medeni yargılama hukukumuzda kural olarak serbest delil sistemi benimsenmiş olmakla birlikte, HMK m. 200 hükmü uyarınca, malvarlığına ilişkin ve kanunda öngörülen parasal sınırı aşan hukuki işlemlerin ispatında, kesin delillerden biri olan senet ile ispat zorunluluğu kabul edilmiştir (HMK m.200).⁸⁶ Zira HMK m.189/3 hükmü uyarınca Kanun’un belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HUMK) “senedatın ibrazı mecburiyeti”, HMK ile birlikte daha geniş bir kapsama kavuşturulmuş ve “belgelerin ibra-

⁸⁵ Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001, s.1966; Saim **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s.613; Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s.1031; H. Yavuz **Alangoya**/M. Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s.293; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2024, s.379; Süha **Tanrıver**, Medeni Usul Hukuku-Cilt I, Ankara 2024, s.905; Abdurrahim **Karşı**, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2020, s.532; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s.507; Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**/Sema **Taşpınar** **Ayvaz**/Emel **Hanağası**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2025, s.439; Murat **Atalı**/İbrahim **Ermenek**/Ersin **Erdoğan**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2025, s.517; Ahmet **Başşözen**, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s.12; Nur **Bolayır**, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, İstanbul 2014, s.9-10; Christian **Wolf**/Nicola **Zeibig**, Evidence in Civil Law- Germany, Maribor 2015, s.24.

⁸⁶ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar** **Ayvaz/Hanağası**, s.449; Ali Cem **Budak**/Varol **Karaaslan**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018, s.233; **Karşı**, s.532-533; Alman Medeni Usul Kanunu’nun (Zivilprozessordnung-dZPO) 286. maddesi, hâkimin belirli delil türleriyle sınırlı olarak karar vermesini öngören kesin delil kurallarını bertaraf etmektedir. Anılan düzenleme ile, hâkimin mesleki formasyonuna, dürüstlük ilkesine ve bağımsız yargısal konumuna duyulan güven esas alınarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde herhangi bir delil türüyle bağlı kalmaksızın mevcut tüm delilleri serbestçe değerlendirmek suretiyle karar vermesi amaçlanmıştır. Ingo **Saenger**, Zivilprozessordnung, Baden-Baden 2023, ZPO § 286, Rn.2.

zı mecburiyeti” olarak düzenlenmiştir.⁸⁷ Bu değişiklikte birlikte, yalnızca senet niteliğindeki yazılı deliller değil; senedi de kapsayan ve taraf iradesinin dış dünyada somut bir varlık kazanmasını sağlayan her türlü kayıt ve bilgi taşıyıcısı, “belge” üst kavramı altında yazılı delil mahiyeti kazanmıştır.⁸⁸ Böylece, fiziki ortamda düzenlenen klasik senetlerin yanı sıra, dokunmatik ekran üzerinde imzalanan belgeler de ispat hukuku bakımından delil niteliği taşıyan belgeler arasında değerlendirilmektedir.⁸⁹

2. Elektronik Belge Olarak Nitelendirilmesi

HMK m. 199 hükmü, elektronik ortamda oluşturulan verileri açıkça “belge” olarak kabul etmektedir. Anılan hükme göre; *“Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”* Bu düzenleme uyarınca, elektronik ortamda oluşturulan ve uyuşmazlık konusu vakıanın ispatına elverişli nitelik taşıyan tüm veriler, elektronik belge kapsamında değerlendirilmektedir.⁹⁰ Dolayısıyla, dokunmatik ekran aracılığıyla düzenlenen dijital belgelerin, ilk bakışta elektronik belge niteliğinde olduğu sonucuna varmak isabetli görünmektedir.

Bununla birlikte her elektronik veri, kendiliğinden elektronik belge sayılmaz. Bu verinin hukuken geçerli olabilmesi için muhatabının iradesini yansıtan ve ispata elverişli bir fiziki görünüme, veri taşıyıcısı ile birlikte bir bütünlüğe sahip olması gerekir.⁹¹ Elektronik belgeler esasen belirli kod dizilerinden ve veri bloklarından oluştuğundan, bu belgelerin kişilerce anlaşılabilir ve algılanabilir hâle gelebilmesi için somut bir görünüm biçimine kavuşması gerekmektedir.⁹² Başka bir ifadeyle, elektronik belgelerin içerdiği verilerin insanlar tarafından okunup değerlendirilebilmesi, ekranlar veya

⁸⁷ Güray Erdönmez, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, İstanbul 2014, s. 95; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2776.

⁸⁸ Yılmaz, s.1079, 1081; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2776; Ayrıca, belgelerin ibrazının zorunlu tutulmasıyla, taraflar arasındaki maddi vakıaların aydınlatılmasına önemli ölçüde katkı sağlandığı ve böylelikle olayların daha sağlıklı ve derinlemesine incelenmesine imkân tanıdığı ifade edilebilir. Erdönmez, “Belgelerin İbrazi”, s.95.

⁸⁹ Hürlimann, s.9; Kıyak/Şensöz, s.829.

⁹⁰ Erdönmez, “Belgelerin İbrazi”, s.248; Börü, s.106.

⁹¹ Göksu, s.13; Börü, s.106; Elif Futtu, Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği, Ankara 2021, s. 79-80; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.517.

⁹² Erturgut, s.35; Göksu, s.30; Acar, s.137.

yazıcılar gibi aracı cihazlar sayesinde mümkündür.⁹³ Dolayısıyla, söz konusu araçlar elektronik belgenin kendisini oluşturmaz; ancak belgenin anlaşılabilirlik ve algılanabilirlik vasfını kazanmasına hizmet eden teknik vasıtalar olarak işlev görür.⁹⁴ Dokunmatik ekranda oluşturulan belgeler de, öncelikle bir veri taşıyıcısında oluşturulmalı, devamında belge içeriğinin değiştirilemezliğinin güvence altına alınması ve nihayet belge içeriğine uygun irade beyanının belgede ortaya konulmuş olması gerekir. Bu süreç hem belgenin somut görünümünü ve teknik güvenilirliğini hem de HMK anlamında delil niteliğini pekiştiren temel unsurları oluşturur.

Elektronik belgenin dış dünyada görünüm şekilleri; bilgisayar belleğinde veya tablet olarak adlandırılan diğer veri taşıyıcılarında muhafaza edilen kayıtların, dokunmatik ekran aracılığıyla görüntülenen metinler ya da bu kayıtların fiziki çıktıları olabilir. Nitekim, EİK m.3'te belirtildiği üzere, elektronik belge; elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, iletilen yahut saklanan verilerin, tek başlarına yahut bir araya gelerek, tıpkı fizikî bir belge gibi anlam bütünlüğü taşıyan ve belirli bir vakıayı temsil eden bir nitelik kazanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, bir bilgisayar programı vasıtasıyla bilgisayarda yahut herhangi bir veri taşıyıcısında oluşturulan, kaydedilen, gönderilen ve gönderildiği ortamda yeniden saklanabilen verilerden oluşan elektronik belgeler, esasen uyumsuzluk konusuna bakan yönüyle anlamlı ve bir bütün olarak yapı kazanmış hâli olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁵ Bu çerçevede, dokunmatik ekranda oluşturulan elektronik verinin de ancak EİK m. 3'te ifade edilen unsurları haiz olması hâlinde “elektronik belge” olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle, bir veri görüntüsünün dijital ortama yansımaları usul hukuku bakımından tek başına belge niteliği kazandırmaya yetmez; bu verinin, belirli bir vakıayı

⁹³ Erturgut, s.40; Göksu, s.30; Acar, s.137.

⁹⁴ Erturgut, s.40.

⁹⁵ Erturgut, s.29-30; Göksu, s.13; Pekcanitez, s.736; Bolayır, s.366; Mine Akkan, “Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmza”, Eskişehir Barosu Dergisi, S.10, 2006, s.31; Aynı doğrultuda bkz. YHGK, T. 17.02.2022, E.2019/11-328, K.2022/154, “Taraflarca ileri sürülen vakıaların ispatında ortaya çıkan çekişmeyi gidermede kullanılacak olan en önemli vasıtalarından biri de belgelerdir. Belge, HMK’nın 199. maddesinde “Uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Bu doğrultuda belgenin sahip olması gereken ilk unsur, taraflar arasında uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişlilik olup diğer unsur ise niteliği itibarıyla ispata yarar bilgiyi ihtiva etmesidir.” www.e-uyar.com, E.T. 30.08.2025.

temsil eden anlam bütünlüğü taşıması gerekir. Aksi takdirde yalnızca elektronik ortama kaydedilmiş bir veri, salt veri kaydı niteliğinde kalacak; usul hukuku bakımından “elektronik belge” vasfına ulaşamayacaktır. Nitekim HMK m. 199’da belgenin “*bir vakıayı ispata elverişli yazılı veya basılı metin*” olarak tanımlanması da bunu gerektirmektedir. Bu nedenle, dokunmatik ekranda oluşturulan bir verinin HMK m.199’a göre elektronik belge sayılabilmesi, teknik görünümün ötesinde ispat hukukunun aradığı güvenilirlik, doğruluk ve bütünlük kriterlerinin sağlanmasına bağlıdır.⁹⁶

HMK’nın 219. maddesinde, tarafların gerek kendi ellerinde bulunan gerekse karşı tarafın delil olarak dayandığı tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmekle yükümlü oldukları hükme bağlandıktan sonra, elektronik belgelerin de çıktısının alınarak veya talep edilmesi hâlinde incelemeye elverişli biçimde elektronik ortamda kayıtlı şekilde mahkemeye ibraz edileceği düzenlenmiştir (HMK m. 219/1). Bu noktada, bir elektronik belgenin farklı görünüm şekillerinden hangisinin “orijinal” olarak kabul edileceği yahut söz konusu belgenin delil niteliği taşıyıp taşımadığı sorunu, özellikle ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından önem arz etmektedir.⁹⁷ Bu hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, elektronik belgelerin ibrazı hususunda yalnızca çıktılarının alınmasını yeterli görmemiş; bunun yanı sıra elektronik ortamda kayıt altına alınmalarını da şart koşmuştur.⁹⁸ Bu çerçevede, dokunmatik ekranda oluşan elektronik verinin de ancak HMK m. 219’un öngördüğü koşulları karşılaması hâlinde “elektronik belge” olarak nitelendirilebileceği açıktır. Zira kanun koyucu, elektronik belgelerin ibrazında yalnızca kâğıt çıktısına değil, aynı zamanda elektronik ortamda güvenli ve incelemeye elverişli bir biçimde saklanmasına da vurgu yaparak, belgenin bütünlüğü ve doğruluğunu teminat altına almak istemiştir. Bu bağlamda, dokunmatik ekranda imzalı bir şekilde üretilmiş bir verinin dahi hukuken belge sayılabilmesi için yalnızca imza görüntüsünü içermesi yeterli değildir. Anılan verinin, taraflar arasındaki vakıayı temsil eden anlamlı bir bütünlük arz etmesi, belgenin tamamını kapsar nitelikte ve altına⁹⁹ gelecek şekilde atılan

⁹⁶ Erturgut, s. 39; Futtu, s.95; Börü, s.106; İsmet Mazlum, Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.20.

⁹⁷ Erturgut, s.30; Acar, s.138; Mazlum, s.20.

⁹⁸ Göksu, s.90; Bolayır, s.367.

⁹⁹ Almanca’da imza kelimesinin karşılığı “Unterschrift”tir. Almanca dilinde “unter” kelimesi “alt”, “schrift” ise “yazı” anlamına gelmektedir. Bu etimolojik yapı imzanın, metnin altında yer alması gerektiğine işaret etmektedir. Nitekim imzanın metnin yanına (Nebenschrift) veya

imzayı içermesi, ayrıca gerektiğinde elektronik ortamda mahkemeye sunulabilir ve mahkemece gerekli görüldüğü takdirde belgenin oluşturulduğu cihaz üzerinde keşif marifetiyle incelenebilir özellikte bulunması zorunludur.¹⁰⁰ Aksi takdirde, yalnızca dokunmatik ekran vasıtasıyla elektronik ortama kaydedilmiş bir imza görüntüsü, HMK m. 219'un öngördüğü şartları karşılamayacağından, HMK m.199 anlamında belge olma niteliğine ulaşamaz ve ispat hukuku bakımından delil değerinden söz edilemez.

İsviçre Medenî Usul Kanunu'nun (*Zivilprozessordnung - ZPO*) 177. maddesi uyarınca, elektronik veriler de "belge" kapsamında değerlendirilmekte; bu doğrultuda İsviçre hukukunda elektronik belgelerin, geleneksel veri taşıyıcılarıyla aynı kategoride delil niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. İsviçre öğretisinde, kanun koyucunun, elektronik belgelerin delil olarak kabul edilebilmesi bakımından belirli bir teknik format öngörmediği, bunların hangi depolama ortamında saklanacağı konusunda herhangi bir sınırlama getirmediği, dolayısıyla teknik şekilcilikten özellikle kaçındığı belirtilmektedir.¹⁰¹ Ayrıca, imzalı olsun ya da olmasın, elektronik belgelerin mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilebilecek deliller arasında kabul edildiği ifade edilmektedir.¹⁰² Ancak, bir uyumsuzluk halinde elektronik belgelerin delil olarak kabul edilebilmesi için verilerin bütünlüğünün korunup

üstüne (Obenschrift) atılması, imzanın metni sonuçlandırma ve ona bağlayıcılık kazandırma işlevini tek başına yerine getirmesi bakımından yeterli kabul edilmemektedir. Bir imzanın metni kapsayabilmesi ve ona hukuki anlamda geçerlilik kazandırabilmesi için, metnin altına atılması zorunludur. Andreas von **Tuhr**, Borçlar Hukuku (Çev. Cevat Edege), Ankara, 1983, s.236; **Erturgut**, s.107; **Kıyak/Şensöz**, s.824.

¹⁰⁰ Yarg. 9.HD. T.04.05.2016, E.2015/1800, K.2016/11217, "Somut uyumsuzlukta, işyerinde giriş-çıkışın elektronik sistem ile kayıt altında tutulduğu anlaşılmaktadır. Kartlı giriş-çıkış sisteminde imza alınması mümkün olmadığından bilirkişinin ibraz edilen giriş-çıkış kayıtlarında davacının imzası bulunmadığından bahisle bu kayıtlara itibar edilmediğine ilişkin değerlendirmesi ve Mahkemenin buna itibar ile sonuca gitmesi yerinde değildir. Dosyada mevcut işyeri giriş-çıkış kayıtlarına ilişkin bilgisayar dökümleri davacı asile gösterilip sorularak beyanı alındıktan ve gerekirse mahallinde keşif yapılarak bu husus açıklığa kavuşturulduktan sonra fazla mesai talebinin değerlendirilmesi gerekirken, açıklanan gerekçeyle işyeri giriş-çıkış kayıtlarına itibar edilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

¹⁰¹ Thomas **Sutter-Somm**/Cordula **Lötscher**/Christoph **Leuenberger**/Benedikt **Seiler**, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich-Genf 2025, s.1693; Ayrıca İsviçre medeni usul hukuku bakımından sadece elektronik veri depolama araçları vasıtasıyla oluşturulan elektronik belgeler değil, dijitalleştirilmiş belgeler -örneğin e-postalar ya da taranmış imzalı kâğıt, sözleşme ve benzer belgeler- geleneksel veri taşıyıcılarla aynı statüde değerlendirilmekte ve delil olarak kabul edilmektedir. Bkz. Myriam A. **Gehri**/Ingrid **Jent-Sørensen**/Martin **Sarbach**, ZPO Kommentar-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2023, s.526.

¹⁰² Alexander **Brunner**/Dominik **Gasser**/Ivo **Schwander**, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zürich 2016, s.1442.

korunmadığının tespit edilmesi ve söz konusu verilerin oluşturulduğu zamandan beri değiştirilmediğinin kanıtlanması gerekmektedir.¹⁰³ Bununla birlikte, İsviçre Medeni Usul Kanun'unun 178. maddesinde, bir belgenin doğruluğuna itiraz edilmesi hâlinde, belgeyi ibraz eden tarafın bu belgenin doğruluğunu ispat yükümlülüğü bulunduğu düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'un 180. maddesinde, fiziki kaydın bir kopyasının aslının yerine sunulabileceği kabul edilmiş; ancak mahkeme yahut karşı tarafın, belgenin gerçekliği konusunda haklı şüphe duyması hâlinde, aslının veya resmî onaylı bir suretinin ibrazını talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, İsviçre hukukunda elektronik belgeler çıktısı alınarak mahkemeye sunulabilmekte; ancak belgenin doğruluğu konusunda şüphe doğması hâlinde, elektronik kaydın aslının ibraz edilmesi ve bu belge üzerinde inceleme yapılması zorunlu görülmektedir.¹⁰⁴ Böylelikle kanun koyucu, elektronik belgelerin ispat gücünü korumakla birlikte, doğruluk ve bütünlük güvenceleri zayıf olduğunda orijinal kayda başvurulması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.¹⁰⁵ Bu bağlamda, dokunmatik ekranda oluşturulan elektronik verilerin de elektronik belge delili yaklaşımı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir.¹⁰⁶ Zira elektronik belge imzalı olsa dahi dokunmatik ekran görüntüsünün çıktısı, belgenin gerçekliği hakkında şüphe doğduğunda tek başına yeterli olmayacak; bu durumda elektronik kaydın orijinalinin ibraz edilmesi gerekecektir.¹⁰⁷ Dolayısıyla, İsviçre medeni yargılama hukukunda da dokunmatik ekran imzası içeren belgeler bakımından ispat gücünün korunabilmesi için yalnızca görsel çıktıların değil, olası bir itirazda oluşan elektronik kaydın bütünlüğünü ve doğruluğunu garanti eden değiştirilemez nitelikteki dijital verilerin mahkeme denetimine sunulabilmesi zorunlu görülmüştür.

¹⁰³ İsviçre'de, elektronik belgelerin ancak bir aygıt aracılığıyla dış dünyada incelenebilmeleri sebebiyle keşif konusu yapılabilmeyeceği hususunda öğretide tartışmalar bulunmakla birlikte, günümüzde ağırlıklı görüş bu belgelerin keşfin konusu olabileceği yönündedir. Bkz. **Brunner/ Gasser/ Schwander**, s.1443 vd.

¹⁰⁴ **Brunner/ Gasser/ Schwander**, s.1443.

¹⁰⁵ **Sutter-Somm/ Lötscher/ Leuenberger/ Seiler**, s.1697, 1712; **Gehri/ Jent-Sørensen/ Sarbach**, s.531-532; **Brunner/ Gasser/ Schwander**, s.1443.

¹⁰⁶ **Roth/Raess**, s.224 vd; **Wyss/Blättler**, s.114; **Hürlimann**, s. 9; **Wicki-Birchler/Dobec**, s. 281.

¹⁰⁷ **Roth/Raess**, s.225; **Wyss/Blättler**, s.114; **Sutter-Somm/ Lötscher/ Leuenberger/ Seiler**, s.1712, **Gehri/ Jent-Sørensen/ Sarbach**, s.532; **Brunner/ Gasser/ Schwander**, s.1443.

Alman hukukunda ise “elektronik belge” kavramı, yalnızca Alman Medeni Kanunu’nun (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) 126a ve 126b maddelerinde düzenlenen şekil şartları bağlamında değil, aynı zamanda Alman Medeni Usul Kanunu’nun (*Zivilprozessordnung - dZPO*) 130a ve 371a maddeleri çerçevesinde de ele alınmaktadır. Özellikle dZPO 371a maddesi, elektronik belgelerin ispat hukuku bakımından nasıl değerlendirileceğini belirler. Buna göre, teknik olarak elektronik ortamda oluşturulan ve saklanan her türlü veri kaydı -örneğin GPS tabanlı konum verileri, elektronik posta içerikleri veya dijital dosyalar- klasik anlamda “senet delili” (*Urkundenbeweis*) kurallarına değil, “keşif delili” (*Augenscheinsbeweis*) kurallarına tabi kılınmaktadır.¹⁰⁸

Bu yaklaşımın altında yatan temel gerekçe, elektronik belgelerin maddi açıdan “orijinal” unsurunun bulunmamasıdır.¹⁰⁹ Kağıt belgelerde olduğu gibi “asıl” ve “nüsha” ayrımı yapılamadığı için elektronik belgelerin doğruluğu ve bütünlüğü ancak teknik yönden (örneğin log kayıtları veya sertifikalar aracılığıyla) bilirkişi incelemesi ile tespit edilebilmektedir.¹¹⁰ Bu nedenle, dZPO 371a maddesi uyarınca mahkeme, elektronik belgenin içeriğini bizzat incelemek suretiyle bir delilin elektronik veri doğruluğunu inceler.¹¹¹ Bu bağlamda “elektronik belgeden” kasıt, maddi varlığı olmayan, yalnızca dijital ortamda mevcut olan ve teknik araçlarla erişilebilen veri bütünlüğüdür. dZPO 371a madde düzenlemesi, bu tür belgelerin ispat hukukunda kendine özgü bir değerlendirme alanı olduğunu ve klasik yazılı belgelerden farklı usule tabi tutularak keşif objesi olduklarını ortaya koymaktadır.¹¹²

Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde de elektronik belgeler, yargılama hukukunda delil olarak kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda, bil-

¹⁰⁸ Thomas **Rauscher**/ Wolfgang **Krüger** (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, München 2025, MüKoZ-PO/Zimmermann ZPO § 371 Rn. 8-13; **Saenger**, ZPO § 371a, Rn.2.

¹⁰⁹ **MüKoZPO/Zimmermann** ZPO § 371 Rn. 9.

¹¹⁰ **Wolf/Zeibig**, s.29.

¹¹¹ **MüKoZPO/Zimmermann** ZPO § 371 Rn. 10; **Wolf/Zeibig**, s.29.

¹¹² Alman hukukunda elektronik belgelerin, keşif yoluyla incelenebilecek nesneler olduğu ve bu yönüyle keşifle ispatın konusunu teşkil ettikleri kabul edilmektedir. Nitekim Alman Medeni Usul Kanunu’nda (ZPO § 371a) elektronik belgelerin keşfin konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu belgelerin yalnızca çıktısının alınarak dava dosyasına sunulması yeterli görülmemekte; elektronik verilerin, mahkeme tarafından teknik cihazlar aracılığıyla doğrudan incelenmesi ve keşfe konu edilmesi zorunlu sayılmaktadır. Bu incelemenin sonucunda ise söz konusu belgelerin delil olarak kabul edilip edilmeyeceğine karar verilmektedir. **MüKoZ-PO/Zimmermann** ZPO § 371 Rn. 10; **Wolf/Zeibig**, s.29; **Saenger**, ZPO § 371a, Rn.2.

gisayara kaydedilmiş bir verinin okunabilir bir çıktısının alınması hâlinde, bu çıktı, delillere ilişkin yeknesak kuralların 101/3. maddesi uyarınca “orijinal” olarak değerlendirilmektedir. Anılan düzenleme gereğince, eğer bir veri bilgisayar veya benzeri bir cihaz içerisinde saklanabiliyorsa, bu veriyi okunabilir biçimde ve gerçeğe uygun olarak yansıtan yazılı ya da herhangi bir çıktı, orijinal belge niteliğinde kabul edilmektedir.¹¹³

Sonuç olarak, dokunmatik ekran aracılığıyla oluşturulan elektronik belgenin, HMK m.199’a göre “belge” olarak kabul edilebilmesi, her şeyden önce uyumsuzluk konusu vakıanın ispatına elverişli olmasına bağlıdır. Elektronik belgenin içeriğinin değiştirilemez nitelikte olması ve bütünlüğünün korunması şartı, her ne kadar HMK m. 199’da açıkça düzenlenmemiş olsa da belirli bir vakıaya isnat edilebilmesi bakımından zorunlu unsurlar olarak değerlendirilmelidir. Aksi hâlde, değiştirilebilir nitelikteki bir elektronik verinin “elektronik belge” olarak kabulü hukuken mümkün olmamalıdır. Başka bir ifadeyle elektronik veri, ancak ispat konusu vakıanın gerçekleştiği hususunda hâkimde yeterli kanaat oluşturabilecek düzeye ulaştığında, elektronik delil niteliğini kazandığı kabul edilmelidir.¹¹⁴ Dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan belgeler bakımından da bu şartların eksiksiz olarak sağlanması, elektronik belgenin salt teknik bir veri olmaktan çıkarak, güvenilirlik ve doğruluk ölçütlerini karşılayan; bu yönüyle de usul hukuku kapsamında delil değeri taşıyan bir belge (HMK m. 199) niteliği kazanmasını mümkün kılar.

3. Senet Olarak Nitelendirilmesi

Dokunmatik ekranda oluşan dijital bir verinin belge olarak kabulü bakımından esas olan bu belgenin ispat gücüyle ilgilidir. Kanun koyucu, hukuki işlemler açısından senetle, yani kesin delillerle ispat zorunluluğunu (HMK m.200, m.201) kabul ettiğinden¹¹⁵, belgenin ispat konusu bakımından da bir ayırım öngörmüştür. Söz konusu ayırım, bir belgenin ispat hukukunda hangi delil kategorisine (kesin delil mi yoksa takdiri delil mi) dâhil edilece-

¹¹³ Pekcanitez, s.729.

¹¹⁴ Göksu, s.29; Börü, s.109.

¹¹⁵ Kuru, s.1966; Üstündağ, s.613; Yılmaz, s.1081; Pekcanitez, s.733; Alango-ya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.293; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.404; Tanrıver, s.850; Karşı, s.544; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.519; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.449; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.538; Budak/Karaaslan, s.269; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2884-2885.

ğini belirlemekte; bu suretle özellikle elektronik belgeler bakımından, delil olarak kullanılabilirlik ile ispat kuvveti arasında ayrı bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim HMK m. 199’da “senet”, aynı zamanda bir belge delili olarak kabul edilmiştir. Bu çerçevede, her senet aynı zamanda bir belge niteliği taşıırken, her belgenin senet olarak kabul edilmesi ise mümkün değildir. Zira dokunmatik ekran üzerinde el ile atılan imza sonucunda oluşan elektronik veri, değindiğimiz şartları taşıması halinde belge (HMK m.199) olarak nitelendirilebilirken; bu belgenin senet olarak kabul edilmesi, elektronik verinin kesin delil kategorisinde değerlendirilmesini sağlayacak ve böylelikle hâkimi bağlayıcı bir ispat aracı niteliği kazanacaktır. Bu ayrım bakımından önem taşıyan husus ise dokunmatik ekran imzalı elektronik verinin HMK m. 199 kapsamında yalnızca elektronik belge olarak nitelendirilmesi hâlinde takdiri delil niteliği taşıması; buna karşılık senet olarak kabul edilmesi hâlinde ise kesin delil kategorisinde yer alacak olmasıdır.

HMK’da belge kavramına açıkça yer verilmişse de “senet” kavramının tanımı kanun metninde yapılmamıştır. Bununla birlikte, öğretide genel kabul gören tanıma göre senet; belirli bir hukuki işlem yahut olguya ilişkin tam bilgiyi içeren, bir kimsenin kendi aleyhine¹¹⁶ bir vakıanın delili olmak üzere bizzat yazıp veya yazdırarak imzaladığı ve karşı tarafa verdiği yazılı belge olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁷

HMK’da senet metninde hangi unsurların bulunması gerektiği yönünde de açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, öğreti ve uygulamada kabul edildiği üzere, bir belgenin senet olarak nitelendirilebilmesi için asgari bazı şartları taşıması zorunludur. Her şeyden önce, senet niteliği taşıyan bir belgenin, aleyhine düzenlendiği kişinin belirli bir vakıaya ilişkin irade beyanını içermesi¹¹⁸ ve dış dünyada somut bir şekilde varlık kazanarak,

¹¹⁶ Bir kimsenin yalnızca kendi lehine sonuç doğuran vakıaları ikrar etmesi, bunları yazıya dökmesi veya bu mahiyette bir metni imzalaması, ispat hukuku bakımından senet niteliği taşımaz. Zira senedin hukuki işlevi, kişinin kendi aleyhine olacak biçimde bir vakıayı yazılı delil haline getirmesidir. Bu nedenle, usul hukuku çerçevesinde kimse sırf kendi lehine olacak şekilde senet düzenleyemez. *Görgün/Börü/Kodakoğlu*, s.519-520.

¹¹⁷ *Kuru*, s.2073; *Üstündağ*, s.637; *Yılmaz*, s.1081; *Pekcanitez*, s.735; *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s.385; *Tanrıver*, s.938; *Karlı*, s.540; *Görgün/Börü/Kodakoğlu*, s.519; *Arslan/Yılmaz/Taşpınar* *Ayvaz/Hanaağası*, s.457; *Atalı/Ermenek/Erdoğan*, s.532; *Budak/Karaaslan*, s.244; *Erdönmez*, “Pekcanitez Usul”, s.2779; *Erturgut*, s.192, *Acar*, s.24.

¹¹⁸ *Pekcanitez*, s.735; *Erdönmez*, “Pekcanitez Usul”, s.2780; *Erdönmez*, “Belgelerin İbrazi”, s.234; *Görgün/Börü/Kodakoğlu*, s.520.

maddi bir cisim üzerinde yazılı olarak tezahür etmiş olması gerekmektedir.¹¹⁹ Bu tezahür bir kâğıt üzerinde olabileceği gibi ağaç, duvar, metal eşya, deri vb. herhangi bir malzeme üzerine de yazılabilir.¹²⁰ Senedin asli unsurlarından bir diğeri ise senedi düzenleyen kişinin imzasının bulunmasıdır. Zira düzenlenen belgenin altındaki imza, “*yukarıda yazılanlar benim irademe uygundur*” demektir.¹²¹ Bu bakımından imza, senedin hem düzenleyene aidiyetini hem de içerdiği beyanın bağlayıcılığını teminat altına alır. Dolayısıyla bir belgede imzanın yokluğu, kural olarak senedin varlığını ve geçerliliğini ortadan kaldıran temel bir eksiklik olarak kabul edilmektedir.¹²²

Dokunmatik ekran üzerinde elle oluşturulan belgelerde, irade beyanı, yazılılık ve el ile atılan imzanın mevcut olduğu gözetildiğinde, ilk bakışta bu belgelerin senet niteliğini haiz olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak, mevcut düzenlemeler çerçevesinde, bu tür belgelerin Kanun’un aradığı anlamda, klasik biçimde kâğıt üzerine yazılı ve doğrudan teşhisi mümkün bir senet olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira dokunmatik ekran imzalı elektronik belgeleri bilinen manadaki senetlerden ayıran temel unsur, irade beyanları ile imzanın öncelikle elektronik veri şeklinde dijital ortamda kayıt altına alınmasıdır. Ayrıca, senet bakımından aranan orijinallik ve tek nüsha¹²³ olma şartlarının da bu belgelerde sağlanamadığı görülmektedir. Nitekim HMK m. 205/2’de, “*Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir*” düzenlemesi gereği, güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin dahi doğrudan senet olarak nitelendirileceği ifade edilmemiş; yalnızca usul hukuku bakımından senet deliline tanınan ispat gücünden yararlanmaları öngörülmüştür. Bu düzenlemeden hareketle, dokunmatik ekran imzası içeren elektronik verilerin de doğrudan senet olarak kabul edilmesinin, kanaatimizce mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Türk ve İsviçre öğretisinde, elektronik belgelerin senet niteliğini haiz olmasının mümkün olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır.¹²⁴ Bu görüşe göre, belgenin dış dünyada somut biçimde varlık kazanması anlamına gelen

¹¹⁹ Yılmaz, s.1081; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2780; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.532.

¹²⁰ Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2780; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.521.

¹²¹ Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2780-2781.

¹²² Pekcanitez, s.735; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2781; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.524.

¹²³ Yardım, s.283.

¹²⁴ Elektronik belgelerin senet niteliği taşımadığı ve bu nitelendirmeye mesafeli yaklaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Pekcanitez, s.736 vd; Saenger, ZPO § 371a, Rn 1.

yazılılık unsurunun elektronik belgelerde gerçekleşmediği ileri sürülmektedir. Zira, dijital ortamda imzalanmış olsa dahi içerik yalnızca elektronik veri taşıyıcısında muhafaza edilmekte; monitör ya da benzeri ekranlarda görüntülenen bilgilerin aracı teknik araçlar olmaksızın doğrudan algılanması mümkün bulunmamaktadır. Ayrıca bu belgeler üzerinde değişiklik yapılma olasılığı da gerekçe gösterilerek, elektronik belgelerin senet olarak kabul edilebilmesi için gerekli görülen yazılılık şartlarını taşımadığı savunulmaktadır.¹²⁵

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre¹²⁶, dokunmatik ekrana atılan imza her ne kadar biyometrik nitelik taşısa da esasen elektronik bir veriden ibarettir. Zira ekrana elle atılan imzanın görsel bir yansıması bulunsu da bu imzanın arka planında yalnızca ‘0’ ve ‘1’lerden oluşan bir dijital veri mevcuttur. Bu nedenle dokunmatik ekran imzası, EİK’de düzenlenen elektronik imzanın unsurlarını taşımadığından, dokunmatik ekran imzası içeren belgelerin günümüz hukukunda “senet” olarak nitelendirilmesi mümkün görülmemektedir.

Öğretideki başka bir görüş ise dokunmatik ekran üzerine uygun kalemle atılan biyometrik imzanın belirli teknik standartlara ulaştığını; imza bakımından esas kriterin imzanın elle atılması olduğunu; ayrıca içerdiği güvenlik özellikleri sayesinde ıslak imzaya nazaran daha güçlü bir delil niteliği taşıdığını ve bu yolla oluşturulan belgenin adi senet olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.¹²⁷ Kanımızca doğrudan bu görüşe varmak mümkün değildir. Önce-

¹²⁵ **Pekcanıtez**, s.736-737; **Saenger**, ZPO § 371a, Rn 1; Aynı doğrultuda Alman Federal (Yüksek) Mahkemesi tarafından verilen (BGH, Beschluss vom 19.1.2023 - V ZB 28/22) bir kararda, “Elektronik verilerin, salt dosyada somutlaşan irade beyanının ispatı amacıyla değerlendirilmesi söz konusu olsa dahi, hukuki anlamda ‘senet’ (Urkunde) oluşturmazlar. Çünkü elektronik bir veride somutlaşan irade beyanının, hukukî işlem için gerekli fiili dolaşım kabiliyeti yoktur. Zira bu içerik ancak teknik yardımcı araçların kullanımıyla erişilebilir hale gelir. Elektronik bir dosyanın kâğıda çıktısı ise ne elektronik belge ne de kural olarak bir ‘senet’ sayılır; yalnızca ZPO § 371 I 1 anlamında bir ‘görsel inceleme nesnesi’ niteliği taşır ve ‘görsel delilin ikamesi’ olarak delil işlevi görebilir. Bu çıktının senet niteliği bulunmaz; çünkü kural olarak, söz konusu çıktı elektronik belgede yer alan düşünce açıklamasını hukuki işlem için dolaşıma sokma amacını taşımaz, sadece aksi halde ‘görünür’ olmayacak bir elektronik açıklamanın bilgisini sağlamaya yöneliktir (jurisPK-ERV/Müller, ZPO § 371 Rn. 41). Dolayısıyla, elektronik ortamdaki belgede imzanın bulunup bulunmamasının fiili sonuçları, hem § 371 ZPO uyarınca serbest delil takdiri çerçevesinde hem de § 371a, §371b ZPO’da yer alan özel ispat kuralları çerçevesinde davanın sonucunu belirleyici olabilir.” şeklinde belirtilmiştir. Kararın tam metni ve yorumu için bkz. Henning **Müller**, “Risikoverteilung im elektronischen Rechtsverkehr”, RDI, 2023, S.5 s.209 vd.

¹²⁶ **Yardım**, s.283.

¹²⁷ **Keser Berber**, Biyometrik İmza, E.T.30.08.2025; Öğretide diğer bir görüş ise dijital ekrana atılan imzanın bir belgeye senet vasfı kazandırıp kazandırmayacağı hususunda, eğer ispatlan-

likle ifade edilmelidir ki, dokunmatik ekrana atılan imzanın “güçlü delil” niteliğinde olduğu yönündeki değerlendirmelere katılmak mümkün değildir. Zira medeni usul hukukumuzda deliller, yalnızca iki kategoride düzenlenmiştir: *kesin deliller* ve *takdiri deliller*. Bu ikili ayrım dışında “güçlü delil” adı altında müstakil bir delil kategorisi bulunmamaktadır. Ayrıca, aynı kategoriye giren deliller arasında da delil gücü bakımından bir hiyerarşi kurulmamıştır.¹²⁸ Dolayısıyla, dokunmatik ekran imzasının “ıslak imzadan daha güçlü bir delil” olduğu yönündeki iddialar, hukuki bir temele dayanmadığı gibi ispat hukukunun sistematigi ile de bağdaşmamaktadır. Bunun yanı sıra, dokunmatik ekran üzerinde atılan imza ile klasik anlamda fiziki ortamda atılan imza arasında delil değeri bakımından üstünlük ilişkisi bulunduğunu ortaya koyan herhangi bir bilimsel araştırma bugüne kadar literatürde yer almamıştır. Oysa klasik imzanın en önemli özelliği, imzanın üzerinde bulunduğu belgenin “tek” ve “orijinal” olmasıdır.¹²⁹ Nitekim senet delilinin kesin delil niteliği de esasen bu “tek ve orijinal olma” özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, senet olarak kabul edilen bir belgenin kopyalanması veya fotokopi yoluyla çoğaltılması sonucunda elde edilen nüshaların senet vasfı taşımadığı, fotokopi belgeler üzerinde imza incelemesi yapılamayacağı yargı kararlarında da istikrarlı bir biçimde kabul edilmektedir.¹³⁰

Buna karşılık, dokunmatik ekran üzerinde atılan imzalarda “orijinallik” ve “teklik” unsurlarının korunması, bu konuda henüz herhangi bir yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle her zaman mümkün olamamaktadır. Zira bu

mak istenen hukuki işlem, TBK m. 15/2 kapsamında araçla imzalanmak suretiyle geçerlilik kazanabilen işlemlerden birine ilişkinse, bu işlemin dijital ekrana imza atılarak yapılması hâlinde, elektronik ortamda oluşturulan belgenin senet statüsünde değerlendirilmesi mümkün görülmüştür. **Kıyak/Şensöz**, s.829.

¹²⁸ **Yardım**, s.283.

¹²⁹ **Yardım**, s.283.

¹³⁰ YHGK. T. 30.09.2021, E.2019/128, K.2021/1131, “...fotokopi belgeler üzerinde imza incelemesi yapılması mümkün olmadığı hâlde raporu hazırlayan bilirkişilerce fotokopi olan belgelerde yapılan incelemenin hangi teknik yöntemler kullanılarak nasıl yapıldığı da dayanaklarıyla birlikte tam olarak ve tereddüde mahal vermeyecek biçimde belirlenip denetime elverişli şekilde ortaya konulmamıştır...” Sinerji Mevzuat ve İçtihat; Yarg. 19. HD. T.22.03.2017, E.2016/7240, K.2017/2345, “Davacı kambyo senetlerindeki imzanın kendisine ait olmadığını beyan etmiş, mahkemece imza incelemesi hususunda rapor alınmış ise de inceleme fotokopi senet örnekleri üzerinden yapılmıştır. Fotokopi belge üzerinde imza incelemesi yapılamaz ve fotokopi belge üzerinden düzenlenen rapor hükme esas alınamaz. Mahkemece senet asıllarının nerede olduğu hususunda davalıya açıklama yaptırılarak senet asıllarının getirilmesi, ibrazı gerekir. Senet aslı ibraz edilmediği takdirde ispat yükü davalıya ait olduğundan mahkemece bu husus gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

tür imzalar, dokunmatik ekrana sahip cihazların teknik özellikleri gereği öncelikle cihazın geçici belleğine kaydedilmekte; ardından veri formatına bağlı olarak çoğaltılabilmektedir. Bu durum, her ne kadar imza kişinin kendi el ürünü olsa da aynı imzanın birden fazla kez ve yetkisiz biçimde farklı belgelerde kullanılabilmesine teknik olarak imkân tanımaktadır.¹³¹ Böylece hem imzanın özgünlüğü hem de hukuki güvenliği bakımından ciddi sakıncalar doğmaktadır. Nitekim uluslararası teknik standartlarda bu noktaya dikkat çekilmektedir. ISO/IEC 19794-7:2021 Biyometrik Veri Değişim Formatları- 7. Bölüm: İmza/İşaret Hakkında Zaman Damgası Verisi Standardı¹³², saklanan veya iletilen biyometrik imza verilerinin güvenliği bakımından onay mekanizmalarının, veri bütünlüğünün ve gizliliğin sağlanması için güçlü şifreleme yöntemlerinin kullanılmasını açıkça tavsiye etmektedir. Bu da göstermektedir ki, dokunmatik ekran imzalarının, salt elle atılmış olmaları nedeniyle “orijinal” ya da “tek” kabul edilmeleri teknik ve hukuki açıdan günümüzde tartışmalıdır. Dolayısıyla, bu imzaların hukuki güvenliğini ve ekran imzası ile oluşan belgelerin senet delili olarak nitelendirilebilmesi için ülkemizde açık düzenlemeler ve denetim mekanizmalarına ihtiyaç bulunduğu izahtan varestedir.

4. Senet Hükmünde Kabul Edilmesi

Dokunmatik ekran imzalı elektronik belgelerin her ne kadar doğrudan senet olarak nitelendirilmesi mümkün olmasa da senet için aranan koşulları taşıması hâlinde “senet hükmünde” kabul edilebileceği hususunda kanaatimizce tereddüt bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir belgenin “senet” olarak nitelendirilmesi ile “senet hükmünde işlev görmesi” birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Senet olarak kabul, belgenin maddi varlığı, düzenleniş şekli ve hukuki statüsüne ilişkin bir nitelendirme iken; senet hükmünde işlev görme, belgenin ispat gücüne, özellikle de kesin delil-takdiri delil ayrımının belirlenmesine odaklanır. İspat hukuku açısından önem arz eden ise bir belgenin senet olarak nitelendirilmesi, maddi hakikate ve taraf iradesine ilişkin güvenilir, değiştirilemez ve kimliği doğrulanabilir bir irade beyanını yansıtır yansıtmadığıdır. Daha önce verdiğimiz somut örnekte olduğu gibi bir borçlu, borç veren kişinin cep telefonunun dokunmatik ekranına kendi el yazısıyla, “13.11.2024 tarihinde Kıbrıs Ercan

¹³¹ Göksu, s.50-51; Yardım, s.283.

¹³² <https://cdn.standards.iteh.ai/samples/77910/1dc3ce263d4b4ec88e42f0c145eed581/ISO-IEC-19794-7-2021.pdf>, E.T. 30.08.2025.

Havalimanı'nda 'dan 35.000,00 TL elden nakit borç para aldım. Bu bedeli üç hafta sonra Adana'da kendisine ödeyeceğim” şeklinde bir beyan yazıp altına yine el yazısıyla imza attığında bu belge, borçlanma iradesi, yazılılık ve imza unsurlarını birlikte barındırdığı için HMK m. 199 anlamında belge niteliğinin ötesine geçerek, “senet hükmünde” bir delil olarak değerlendirilebilecektir. Bu noktadaki ayırım, esasen delil niteliğinden ziyade ispat kuvveti bakımından önem arz etmektedir. Nitekim bu beyanın ve imzanın bizzat muhatabı tarafından kabul edilmesi hâlinde, söz konusu belgeyi HMK m. 199 kapsamında yalnızca elektronik belge olarak değerlendirmek, bu belgenin takdiri delil statüsünde kalmasına yol açacak; dolayısıyla, vakıanın ispatı bakımından hâkimi bağlayıcı bir delil niteliği kazanmasını engelleyecektir.

HMK m. 205/2’de, yalnızca güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde sayılacağı düzenlenmiş; buna karşılık, dokunmatik ekrana elle atılan imza ile oluşturulan elektronik verilere ise açıkça bu işlev tanınmamıştır. Dokunmatik ekran imzası, her ne kadar “güvenli elektronik imza” kategorisinde yer almasa da imzanın bizzat kişi eliyle atılması, imza sahibine özgü biyometrik unsurlar içermesi, düzenlendiği anda zaman damgası, değiştirilemez veri bütünlüğü ve şifreleme teknikleri ile kullanıcı doğrulama mekanizmalarıyla desteklenebilmesi gibi unsurlara sahip olduğu ölçüde, klasik anlamdaki imzanın sağladığı irade beyanı güvenilirliğini büyük ölçüde karşılamaktadır. Bu nedenle, her ne kadar HMK m. 205’te açıkça düzenlenmemiş olsa da belirtilen unsurlara sahip elektronik belgelerin, senet hükmünde işlev görebilecek düzeyde ispat değeri taşıdığının kabulü gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca, HMK m. 199 ve devamı hükümleri çerçevesinde belgenin delil olarak kullanılabilmesi için aranan temel kriter, belgenin taraf iradesini ve beyanını somut ve güvenilir bir biçimde ortaya koyabilmesidir. Dokunmatik ekran imzalı belgeler, bu kriteri teknik olarak sağlayabilmektedir. Hatta imzanın atıldığı dokunmatik ekrana sahip cihazın ISO/IEC 19794-7:2021 standartlarını karşılaması halinde imza sahibine özgü güvenli veri katmanı içerebilmektedir. Bu yönüyle, mevcut düzenlemelerin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak dokunmatik ekran imzalı oluşturulan belgelerin ispat gücünü göz ardı etmek, ispat hukukunun amacı olan “maddi gerçeğe ulaşma” ilkesine¹³³

¹³³ Hans Friedhelm Gaul, “Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, (Çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Ed. M. Kâmil Yıldırım), İstanbul 2016, s.93; Pekcanitez, s.747.

de aykırılık teşkil edecektir. Bu itibarla, dokunmatik ekran imzalı belgelerin, mevcut düzenlemeler çerçevesinde doğrudan senet olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmekle birlikte, senet hükmünde işlev görebilecek belgelerin ispat aracı olarak tümüyle göz ardı edilmesi, ispat hukukunun temel ilkeleleriyle bağdaşmayan eksik bir yaklaşım olacaktır. Zira günümüz teknolojik gelişmeleri, tarafların şekil serbestisine tabi oldukları tüm hukuki işlemlerde irade beyanlarını elektronik ortamda açık, güvenilir ve doğrulanabilir bir şekilde ortaya koyabilmelerine imkân tanımaktadır. Bu bağlamda, tarafların özgür iradeleri doğrultusunda dokunmatik ekran üzerinde oluşturulup elle imzalanan belgelerin, olası bir uyuşmazlık halinde yalnızca kanun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak kesin delil değerinden yoksun sayılması, taraf iradelerini aşan katı ve şekilci bir yaklaşım olacaktır. Buna karşılık, söz konusu belgelerin gerekli güvenilirlik ve bütünlük şartlarını taşıması hâlinde, ispat hukuku bağlamında ‘senet hükmünde’ kabul edilmesi, yalnızca maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmekle kalmayacak; aynı zamanda hukuki güvenlik ve usul ekonomisi ilkelerini de somut biçimde güçlendirecektir. Böylelikle, teknolojiye paralel gelişen modern yargılama anlayışına uygun şekilde, hakkın özünü koruyan, çağdaş ve işlevsel bir ispat sistemi tesis edilebilecektir. Ancak olması gereken hukuk bakımından, dokunmatik ekran imzalarının geçerliliğini ve bu imza ile oluşturulan belgelerin ispat hukuku yönünden delil değerini açıkça ortaya koyan yasal düzenlemelerin ivedilikle yapılması kanımızca zorunludur. Zira mevcut hukuki çerçeve, teknolojinin geldiği noktayı tam anlamıyla yansıtmamakta; uygulamada ciddi belirsizliklere, hatta çoğu zaman hak kayıplarına yol açmaktadır.

Dokunmatik ekran imzalı belgelerin senet hükmünde kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus da bu belgelerde “yazılılık” unsurunun sağlanıp sağlanmadığının tespit edilmesidir. Zira, senette olduğu gibi senet hükmünde bir belgeden söz edebilmek için yalnızca imzanın varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda yazılılık unsurunun da hukuken geçerli bir şekilde yerine getirilmiş olması gerekmektedir. İspat hukukunda “yazılılık” kavramı, salt kâğıt üzerine kalemle düşülmüş ifadelerden ibaret değildir. Yazılılık, özünde irade beyanının dış dünyada kolaylıkla algılanabilmesini, somut ve kalıcı bir şekilde açıklanmasını ifade eder.¹³⁴ Bu açıdan bakıldığında, dokunmatik ekranda oluşturulmuş ve elle imzalanmış belgeler gerek içerik gerekse irade beyanının kişiye aidiyetini

¹³⁴ Erdönmez, “Pekcanıtez Usul”, s.2780; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.521.

göstermesi yönünden yazılılık unsurunu haiz olabilmektedir. İrade beyanının somutlaşması bakımından kullanılan aracın mahiyeti, yazılılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında belirleyici değildir. Nitekim öğretide¹³⁵ kabul edildiği üzere iradenin, dağa, taş, kâğıda yahut başka herhangi bir fiziki zemine yazılması nasıl ki senette yazılılık şartını karşılıyorsa; bilgisayar, akıllı telefon veya tablet gibi dijital ortamlara yazılarak kaydedilmesi de aynı şekilde yazılılık sonucunu doğurur. Burada esas olan, iradenin kalıcı, somut ve sonradan doğrulanabilir bir şekilde dış dünyada varlık kazanmasıdır. Kullanılan araç, yalnızca bu sonucun elde edilmesine hizmet eden teknik bir vasıttan ibarettir. Ülkemiz hukuk sisteminde güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurduğu açıkça hüküm altına alınmıştır (TBK m.15). Kanun koyucu, güvenli elektronik imzayı el yazısıyla imzanın dijital eşdeğeri olarak görmekte ve onun kimlik doğrulama, irade açıklama ve içerik bütünlüğünü sağlama işlevlerini kabul etmektedir. Dolayısıyla, güvenli elektronik imza ile imzalanmış bir belgenin yalnızca bilgisayar belleğinde saklanması, yazılılık unsurunu nasıl ortadan kaldırmıyorsa; dokunmatik ekrana klasik anlamda elle atılan imza ile oluşturulan belgenin de bu unsuru ortadan kaldırması evleviyetle söz konusu olmamalıdır. Gerek TBK gerekse HMK’da yer alan hukuki düzenlemelerin, teknolojik gelişmelere paralel bir şekilde evrilmesi, modern teknolojinin yazılılık unsurunu güvenli ve doğrulanabilir biçimde temin edebildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Aynı değerlendirme, aidiyeti ve gerçekliği kabul edilip ispatlandığı ölçüde, dokunmatik ekran üzerinde düzenlenip elle imzalanarak oluşturulan elektronik belgeler bakımından da geçerli olmalı; bu belgelerin, ispat hukuku açısından kesin delil niteliğinde sonuç doğurabilecek belgeler olarak kabul edilebilmesini gerektirmektedir.

Avrupa Birliği ülkeleri nezdinde geçerli olan ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyince düzenlenen 910/2014 Sayılı Elektronik Tanımlama, Kimlik Doğrulama ve Güven Hizmetleri Tüzüğü (eIDAS)¹³⁶; elektronik kimlik, elektronik belgeler, elektronik imzalar ve elektronik teslimat hizmetleri gibi sınırlar ötesi temel kolaylaştırıcıların karşılıklı tanınması ve Avrupa Birliği genelinde birlikte çalışabilir e-devlet hizmetleri için uygun koşulların oluşturulması yoluyla dijital tek pazara katkıda bulunmayı hedefler nitelikte düzenlemeler içermektedir. Bu tüzükte yer alan düzenlemeler uyarınca çevri-

¹³⁵ Yılmaz, s.1081; Erdönmez, “Pekcanitez Usul”, s.2780; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s.533; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s.521.

¹³⁶ <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/910/oj/eng>, E.T. 30.08.2025.

miçi hizmetlere erişim için elektronik kimlik doğrulama araçları ve elektronik ortamda imzalanmış belgeler, klasik yazılı belgelerle aynı delil değerine sahip kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, çağdaş hukuk sistemlerinde yazılılık unsurunun teknik araçlara erişimle sınırlı dar bir anlayışla yorumlanmadığını; aksine irade beyanının kalıcı biçimde kaydedilmesi ve doğrulanabilir olması ölçütlerinin esas alındığını ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, elektronik belgelerin değiştirilebilir olduğu gerekçesiyle yazılılık unsurunun ortadan kalktığı iddiası da tek başına dokunmatik ekranda oluşturulan belgeler bakımından geçerli değildir. Zira aynı durum fiziki belgeler için de geçerlidir. Kâğıt üzerindeki metinler de tahrif edilebilir, yok edilebilir veya değiştirilmiş olabilir. Ne var ki, ispat hukuku bakımından bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için aranılan “fizikî yazılılık” şartı, onun sahteciliğe karşı mutlak bir güvence sağlamasını değil; irade beyanını içeren sabit bir taşıyıcı üzerinde, irade sahibinin ilk andaki beyanını imzasıyla birlikte kalıcı ve değişmez şekilde -orijinal haliyle- ortaya koymasını ifade etmektedir. Elektronik belgelerin üretildiği günümüz teknolojik altyapısında, hash değerleri¹³⁷, zaman damgası¹³⁸ ve imzalı ekran görüntülerinin

¹³⁷ Hash tekniği, bilişim sistemlerinde verilerin güvenliğini sağlamak amacıyla kullanılan temel yöntemlerden biridir. Bu teknik sayesinde parolalar veya diğer hassas veriler asla düz metin (plain text) biçiminde saklanmaz. Örneğin, bir internet sitesine kayıt olurken belirlenen parola doğrudan veri tabanına kaydedilmez; bunun yerine, tek yönlü bir algoritma aracılığıyla işlenerek, orijinal parola ile birebir bağlantısı bulunmayan ve harfler ile rakamlardan oluşan karmaşık bir diziye dönüştürülür. Böylelikle dışarıdan sisteme izinsiz erişim sağlayan bir saldırgan, bu şifrelenmiş verileri ele geçirse dahi, söz konusu verilerden gerçek parolaya ulaşması mümkün olmayacaktır. Zira hash fonksiyonları kural olarak tek yönlü çalışır ve elde edilen çıktının geri dönüştürülerek ilk hâline çevrilmesi imkânsızdır. Hash fonksiyonlarının tek yönlü ve geri döndürülemez yapısı, yalnızca parolaların güvenliğini sağlamakla kalmaz; aynı zamanda elektronik belgelerin bütünlüğünü ve değişmezliğini garanti altına alan en önemli araçlardan biridir. Bir elektronik belge oluşturulduğunda, bu belgeye ilişkin benzersiz bir hash değeri üretilir. Belgenin içeriğinde en ufak bir değişiklik yapılması hâlinde, ortaya çıkan yeni hash değeri tamamen farklı olacaktır. Böylelikle, herhangi bir uyumsuzlukta belgenin ilk oluşturulduğu andaki bütünlüğünün korunup korunmadığı kolaylıkla tespit edilebilir. <https://www.technopat.net/2020/12/28/hash-nedir/>, E.T. 30.08.2025.

¹³⁸ Zaman Damgaları belli bir verinin belirtilen bir tarihte var olduğunu kanıtlarlar. Zaman Damgası Sunucusu, zaman damgalarını imzalamak için açık anahtar teknolojisini kullanarak, verinin bütünlüğünü ve belirli bir tarihteki varlığını onaylar. Bir sözleşmenin imzalandığı, paranın transfer edildiği, başvurunun yapıldığı vs. tarih ve saati kanıtlama ihtiyacı günümüz e-ticaret, e-devlet uygulamaları için hayati önem taşımaktadır. Bununla birlikte yeni bir çizim, tasarım, fotoğraf, düşünce, araştırma, formül, algoritma, kitap gibi fikri ve mülki kullanım hakkı elde edilmek istenen her türlü elektronik veri için zaman damgası alınabilir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanun’una göre Zaman Damgası: Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve / veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıt, ifade eder. https://kamusm.bilgem.tubitak.gov.tr/urunler/zaman_damgasi/, E.T. 30.08.2025.

noter aracılığıyla tespit¹³⁹ edilmesi gibi teknik yöntemler, elektronik belgelerin değiştirilemezliğini temin etme bakımından, klasik fiziki belgelere nazaran daha etkin bir güvence mekanizması da sunabilmektedir.

Sonuç olarak, elektronik belgelerin yalnızca dijital ortamda bulunması ve ancak teknik araçlar aracılığıyla erişilebilir olması, onların yazınlık unsuru taşımaması nedeniyle senet hükmünü ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Zira yazınlık unsurunun özü, irade beyanının kalıcı, somut ve doğrulanabilir bir şekilde dış dünyada varlık kazanmasıdır. Güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgelerin bu şartı karşıladığı kanun koyucu tarafından açıkça kabul edilmiş olup (TBK m. 14; HMK m. 205), dokunmatik ekran aracılığıyla imzalanan elektronik belgeler bakımından ise henüz doğrudan bir düzenleme bulunmaması bu tartışmaya yol açmaktadır. Bununla birlikte, dokunmatik ekran üzerinde el yazısıyla veya matbu şekilde düzenlenen belgelerin, düzenleyenin aleyhine sonuç doğuran bir irade beyanını içermesi ve bu beyanın elle atılan imza ile doğrulanması şartları, elektronik ortamda da eksiksiz biçimde yerine getirilebilir. Bu çerçevede, elektronik kalem yahut parmak vasıtasıyla atılan imza, düzenleyenin iradesini yansıttığı ölçüde klasik anlamda senedin işlevini yerine getirir. Dolayısıyla, kullanılan teknik formun farklılığı, hukuki nitelendirilmede bir değişiklik meydana getirmemelidir.

Ne var ki, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan belgeler dijital veri niteliği taşıdığından, senet hükmünde kesin delil olarak kabul edilebilmeleri için bu verilerin meydana geldiği andan itibaren değiştirilemezlik özelliğine sahip olmaları da zorunludur. Zira kâğıt üzerinde düzenlenen geleneksel senetler, maddi varlıkları gereği üzerlerinde yapılacak kazıntı, silinti veya ekleme gibi değişiklikleri gözle görülür biçimde ortaya koyarken; dijital

¹³⁹ Elektronik ortamdaki işlemlerin yaygınlaşması sonucunda, Noterlik Kanunu m. 61’de yapılan değişiklikle, noterlerin gerçekleştirebileceği tespit işlemlerinin kapsamı da genişletilmiştir. Bu kapsamda, artık yalnızca fiilî olgu veya durumların değil; elektronik ortamdaki durum, görüntü, işlem ve benzeri her türlü verinin de noterler tarafından tespit edilebilmesi mümkün hâle gelmiştir. Bu düzenleme, dokunmatik ekranlarda gerçekleştirilen tüm işlemlerin, ekran görüntüleri alınarak yapıldığı tarih itibarıyla güvenliğinin noter marifetiyle tespitini de mümkün kılmakta; böylece söz konusu kayıtların yargılamada delil olarak ileri sürülmesinin önünü açmaktadır. Nitekim, elektronik ortamda gerçekleşen işlemlerin doğası gereği kolaylıkla değiştirilebilir veya silinebilir olması, onların delil değerine ilişkin güven sorununu gündeme getirmekteydi. Noter aracılığıyla gerçekleştirilen bu tespit işlemleri ise söz konusu verilerin orijinallliğini, bütünlüğünü ve kronolojik sıhhatini teminat altına alarak mahkemeler nezdinde güvenilir bir delil kaynağı oluşturabilir. Noterlerce gerçekleştirilen bu tür tespit işlemlerinin delil niteliği ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süha **Tanrıver**, “Noterlerin Tespit İşleri” Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, S.3, 2006, s.595 vd.; Mustafa Serdar **Özbek**, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2022, s. 123 vd.

veriler bakımından aynı türden fizikî bir güvencenin kendiliğinden mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Elektronik ortamda kaydedilen verilerin kolaylıkla kopyalanabilmesi, üzerinde fark edilmeksizin değişiklik yapılabilmesi yahut tamamen silinebilmesi, bu tür belgelerin ispat hukuku bakımından güvenilirliğini tartışmaya açık hâle getirmektedir.¹⁴⁰ Bu sebeple, dokunmatik ekranda oluşturulan bir belgenin senet hükmünde değerlendirilebilmesi, yalnızca imza unsurunun varlığına indirgenemez; bunun yanında, belgenin anlamsal bütünlüğünü, değişmezliğini ve doğruluğunu teminat altına alacak teknik güvencelerin daha en başta, belgenin oluşturulması sürecinde ilgili cihazda sağlanmış olması da gereklidir.¹⁴¹ Nitekim yazılı belgenin medeni usul hukuku bakımından taşıdığı en önemli özellik, gerektiğinde ibraz edilebilmesinin yanı sıra, içerdiği irade beyanının sonradan değiştirilmesinin önüne geçilerek güvenilirliğinin garanti altına alınmış olmasıdır.¹⁴² Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, Alman Medeni Usul Kanunu'nda (dZPO § 371a) elektronik belgelerin ispat değeri, söz konusu verinin değiştirilip değiştirilmediğinin, mahkemece yapılacak keşif ve teknik inceleme yoluyla tespit edilebilmesine bağlanmıştır.¹⁴³ Benzer şekilde İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 177'de de elektronik verilerin belge kapsamında değerlendirilebilmesi için içeriğin güvenilirliğinin sağlanması şartı öngörülmüştür.¹⁴⁴ Bu bağlamda, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan elektronik belgelerin delil değerinin tespitinde ülkemiz usul hukuku açısından da benzer esasların geçerliliğinin dikkate alınması zorunludur. Zira Yargıtay uygulamasında elektronik kayıtların, senet hükmü taşıyabilmesi için verinin bütünlüğünün korunmuş olması ve değiştirilmediğinin ispat edilebilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁴⁵ Bu itibarla, dijital verilerin manipülasyona açık niteliği göz önünde bulundurulduğunda, gerekli güvenlik önlemleriyle

¹⁴⁰ Yardım, s.284.

¹⁴¹ Yardım, s.284.

¹⁴² Stefan **Abel**, Urkundenbeweis durch digitale Dokumente, MMR 1998/12, s.645 (**Pekcanitez**, s.737 dn.44'ten naklen)

¹⁴³ **MüKoZPO/Zimmermann** ZPO § 371 Rn. 10; **Wolf/Zeibig**, s.36; **Saenger**, ZPO § 371a, Rn 2.

¹⁴⁴ **Sutter-Somm/ Lötscher/ Leuenberger/ Seiler**, s.1697, 1712; **Gehri/ Jent-Sørensen/ Sarbach**, s.531-532; **Brunner/ Gasser/ Schwander**, s.1443; **Roth/Raess**, s.224; **Wyss/Blättler**, s.114; **Hürlimann**, s.9; **Wicki-Birchler/Dobec**, s.281.

¹⁴⁵ Yarg. 22.HD. T. 23.06.2017, E. 2017/34732, K. 2017/15403, "...işverenler nezdinde kullanılan bilgi işlem sistemleri ve sistem kayıtlarının yüklendiği veri tabanının objektiflik, tutarlılık ve keyfilikten uzak olacak şekilde değiştirilemez nitelikte kayıtlar tutmasının zorunlu olduğu, akdi takdirde tüm kayıtların işverenlerin tercihlerine uygun cevap vereceği ve objektif kayıt yapmayan bu sistem verilerinin delil mahiyeti olmayacağı..." Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

desteklenmemiş dokunmatik ekranda oluşturulan bir belgenin, el ile imzalanmış olsa dahi senet hükmünde işlev görmesi mümkün değildir. Bu nedenle, dokunmatik ekranda imzalanmış elektronik belgelerin mevcut mevzuatımız uyarınca doğrudan senet niteliğinde kabul edilmesi her ne kadar mümkün olmasa da bu belgelerin senet hükmünde bir işlev görebilmesi bakımından belirli usuli güvencelerin sağlanması zorunludur. Kanaatimizce, Alman ve İsviçre hukuklarında benimsendiği üzere, elektronik belgeye veya belgedeki imzaya yönelik bir sahtecilik ya da gerçeklik itirazının söz konusu olması hâlinde, mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak söz konusu elektronik belgenin ilk düzenlendiği, yani “orijinal” hâlinin düzenlendiği cihaz üzerinde mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. Belgenin orijinalliğinin bu şekilde teyit edilmesi durumunda ise dokunmatik ekran imzasını içeren elektronik belge, senet hükmünde değerlendirilerek kesin delil işlevi görebilmelidir.

5. Delil Başlangıcı Olması

Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin ispatı için tek başına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu işlemin varlığını muhtemel kılan ve kendisine karşı ileri sürülen kişi veya temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş belge olarak tanımlanmaktadır (HMK m. 202/2).¹⁴⁶ Senetle ispat zorunluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, delil başlangıcının varlığı, hukuki işlemin ispatı bakımından tanık beyanlarının dinlenebilmesine hukuken zemin hazırlar ve bu suretle ispat sürecine esneklik kazandırır (HMK m. 202/1). Diğer bir ifadeyle, delil başlangıcı, mevcut olması hâlinde vakıa bakımından geçerli olan senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldıran başka- ca takdiri bir delil niteliğindedir.¹⁴⁷

Mülga HUMK’ta delil başlangıcı kavramı, “evrak” ve “vesaik” terimleri üzerinden, yazılılık unsuruna dayalı olarak inşa edilmişti.¹⁴⁸ Buna karşılık,

¹⁴⁶ Delil başlangıcı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, s.749 vd.; Haluk **Konuralp**, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 7 vd.; Salih **Keser**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016, s.1 vd.; Ozan **Tok**, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016. s. 17 vd.; **Futtu**, s. 19 vd.

¹⁴⁷ M. Kâmil **Yıldırım**/Ozan **Tok**, “İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, 2016, s.242; **Keser**, s. 214; **Börü**, s.117.

¹⁴⁸ Hamide Özden **Özkaya Ferendeci**, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı, 2014, s. 822-823; **Futtu**, s.41; **Börü**, s.117.

HMK'nın getirdiği düzenleme ile bu yazılılık şartı ortadan kaldırılmış ve delil başlangıcı, belirli koşulları taşıyan “belge” olarak yeniden tanımlanmıştır.¹⁴⁹ Böylece delil başlangıcı kapsamına girebilecek durumlar, HMK m. 199 hükmü ile önemli ölçüde genişletilmiş; buna paralel olarak senetle ispat zorunluluğunun uygulama alanı ise daraltılmıştır.¹⁵⁰

Dokunmatik ekranda oluşturulup elle imzalanan bir elektronik belgenin, ilk bakışta yalnızca delil başlangıcı kapsamında değerlendirilmesi isabetli görünmemektedir. Zira dokunmatik ekran üzerinde düzenlenmiş, irade beyanı açık ve tereddütsüz bir şekilde ortaya konmuş ve belgenin bütünü kapsayacak şekilde elle imzalanmış bir metnin, delil değeri bakımından senet hükmünde kabul edilme ihtimali oldukça yüksektir. Bununla birlikte, örneğin borçlunun dokunmatik ekrana kendi el yazısıyla borç ikrarını yazdığı hâlde altına imza atmaması veya imza yerine herkesçe kolaylıkla atılabilecek bir işaret yahut paraf koyması durumunda, söz konusu elektronik verinin senet hükmünde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, dokunmatik ekran üzerinde elle yazılmış ve hukuki işlemin varlığını muhtemel kılan bu elektronik verinin, delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün ve hatta isabetli olacaktır.¹⁵¹ Zira HMK m. 202/2 hükmüne göre, delil başlangıcının en temel koşulu, belgenin kendisine karşı ileri sürülen kişi veya onun temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş olmasıdır. Örneğin, bir kişinin dokunmatik ekrana sahip bir tablet üzerinde, “*Ali Yılmaz’dan 30.000 TL bedel karşılığında ...marka diz üstü bilgisayarı satın aldım. Satım bedelinin 10.000 TL’sini bugün ödedim. Kalan 20.000 TL’yi üç ay içinde ödeyeceğim*” şeklinde kendi el yazısıyla bir beyan yazdığı, ancak altına yalnızca ad ve soyadını eklediği ve bu ibarenin imza olarak kullanılmadığı bir durumda, söz konusu elektronik veri senet hükmünde değerlendirilemeyecek olmakla birlikte, hukuki işlemin varlığına dair bir emare teşkil ettiği için delil başlangıcı olarak kabul edilebilecektir. Ne var ki, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, tek taraflı olarak önceden hazırlanmış ve matbu evrak niteliğinde ekranda hazır bulunan sözleşme, sipariş fişi veya

¹⁴⁹ **Börü**, s.118.

¹⁵⁰ **Karsh**, s.561; **Börü**, s.118.

¹⁵¹ Öğretide, bilgisayar belleğinde bulunan verilerin ekran görüntüsünün ya da çıktısının yazılı belge olarak kabul edilmesinin mümkün görünmediği, ancak delil başlangıcının kabul edilmesinin, kesin delille ispat kuralının katılığını yumuşatan önemli bir istisna niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, şekil yönünden kanunda öngörülen koşulların geniş yorumlanması ve elektronik belgelerin de delil başlangıcı kapsamında değerlendirilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir. **Pekcanitez**, s.755.

teslim tutanağı gibi belgelerin, herhangi bir el yazısı içermemesi ya da imza unsurundan tamamen yoksun bulunması hâlinde, bu belgelerin herhangi bir delil değeri taşıdığından söz edilemeyeceği gibi, delil başlangıcı olarak dahi kabul edilmeleri mümkün değildir.

Yargıtay da elektronik ortamda gerçekleşen tüm yazışma¹⁵², ileti¹⁵³ vb. elektronik verilerin delil başlangıcı olduğunu kabul etmektedir. Benzer bir kıyas, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulmuş; ancak imzalanmamış nitelikteki elektronik belgeler bakımından da yapılabilir. Zira HMK m. 199 hükmü, bir belgenin yazılılık unsurundan bağımsız olarak delil niteliği kazanabilmesini mümkün kılmış; HMK m. 202 ise bu tür belgelerin, iddia edilen hukuki işlemin varlığını muhtemel kılması hâlinde delil başlangıcı olarak kullanılmasına olanak tanımıştır. Bu kapsamda, dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan ancak kesin delil gücünden yoksun olan bir elektronik belge, içerdiği bilgiler itibarıyla hukuki işlemin varlığını muhtemel bir kanı oluşacak şekilde destekliyorsa, mahkeme tarafından en azından delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Bu tür belgeler, takdiri delil kategorisinde yer almak suretiyle tanık dinlenmesine (HMK m. 202/1) veya diğer delillerin birlikte değerlendirilmesine imkân tanıyarak, ispat faaliyetini kolaylaştırır. Böylece, kesin delille ispat kuralına tabi bir hukuki işlem, senet hükmünde değerlendirilemeyen elektronik belgelerin varlığına rağmen tamamen delil değerinden yoksun bırakılmamış olur.

¹⁵² Yarg. 13. HD. T.10.06.2020, E.2017/1014, K.2020/4488, “HMK’nun 199. maddesinde “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” yazılıdır. Bu düzenleme ile mail yazışmaları da belge olarak kabul edilmiştir. O halde, mahkemece mail yazışmaları ve davacı tarafından yapılan ödemeler değerlendirilerek davacının borçlu olup olmadığına karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasa aykırı olup, bozma nedenidir.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

¹⁵³ Yarg. 3. HD. T. 23.02.2022, E.2022/123, K.2022/1414, “Dava, harici satış sözleşmesi ile satışı yapıp, bilahare tapu devri yapılan taşınmazın ödenmeyen bakiye bedelinin tahsili için başlatılan takibe vaki itirazın iptali isteğine ilişkindir. Davacı, davalıya ait mesajların bulunduğunu belirterek, mesajlardaki yazışmalara delil olarak dayanmıştır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmişse de davacı yanca delil olarak dayanan mesajlar 6100 Sayılı HMK’nın 199. maddesi anlamında belge niteliğinde olup yazılı delil başlangıcı olduğundan ve HMK’nın 202. maddesi gereği tanık dinlenebileceğinden, bu hususların değerlendirilmesi gerekçesiyle karar bozulmuştur.” Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

SONUÇ

Dijitalleşmenin hızla ilerlediği günümüz dünyasında, hukuki işlemlerin elektronik ortama taşınması, yalnızca teknik bir kolaylık değil, aynı zamanda hukuki güvenliğin ve işlemlerin öngörülebilirliğinin de temel bir gereği hâline gelmiştir. Dokunmatik ekran üzerinde elle atılan imzalarla oluşturulan belgeler, fiziki belgelerle aynı irade beyanı işlevini görmekte; borç ikranı veya taahhüt içeren açıklamaları somutlaştırarak hukuki bağlayıcılık doğurmaktadır. Ne var ki, mevcut mevzuat hükümleri, güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verileri açıkça senet hükmünde kabul etmişken, dokunmatik ekran imzalı belgeler bakımından aynı açıklığı ve güvenceyi sağlamaktan uzak bir çerçeve sunmaktadır.

Dokunmatik ekran imzalı belgeler, dijitalleşmenin hukuki işlemlere yansıyan en somut sonuçlarından biri olarak, artık hukuk düzenlerinin görmezden gelmesi mümkün olmayan bir olgu hâline gelmiştir. Hukuki işlemlerin hızlı, pratik ve erişilebilir bir biçimde yürütülmesine imkân tanıyan bu belgeler, yargısal süreçlerde de giderek daha sık delil olarak ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, söz konusu belgelerin mahiyeti dikkate alındığında, öncelikle HMK m. 199 kapsamında “belge” niteliği taşıdıkları düşünülebilir. Nitekim dokunmatik ekran üzerinde oluşturulan bu dijital belgeler, elle imzalanmış olsalar dahi teknik bakımdan elektronik veri özelliğini muhafaza etmekte ve ilgili cihazlarda kayıtlı tutulmaktadır. Bununla birlikte, HMK m. 199 anlamında “belge” olarak kabul edilebilmeleri için, bu belgelerin taraflar arasındaki belirli bir vakıayı yansıtmaması, veri bütünlüğünün korunmuş olması ve değiştirilemez nitelikte kayıtlar içermesi gerekmektedir. Bu koşullar sağlandığında ise söz konusu belgelerin, “elektronik belge” olarak takdiri delil işlevi göreceği ve uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınabileceği açıktır.

Dokunmatik ekran üzerinde elle atılan imza ile oluşturulan elektronik belgelerin, usul hukuku bakımından “senet” olarak kabul edilmesi ise oldukça güç görünmektedir. Zira hukuki işleme esas teşkil eden içerik her ne kadar kâğıt dışında, ekran üzerinde yazılıp muhatabı tarafından bizzat elle imzalanmış olsa ve yazılılık ile imza unsuru bu surette karşılanmış olsa dahi bu belgelerin dijital ortamda dijital bir veri olarak kalması, senet niteliğinin tam anlamıyla kazanılmasını engellemektedir. Bu bağlamda en önemli nokta ise elektronik ortamda “orijinal” ve “tek nüsha” kavramlarının güvence altına alınmasının güç olmasıdır. Bu eksiklik, imzanın izinsiz kopyalanması veya farklı belgelerde yeniden kullanılabilmesi riskini doğurmakta; dolayısıyla bu

belgelerin kesin delil mahiyetinde senet olarak güvenilirliğini tartışmaya açık hâle getirmektedir.

Bununla birlikte, HMK m. 205 hükmü çerçevesinde, belirli koşulların varlığı hâlinde dokunmatik ekran imzalı belgelerin “senet hükmünde” kabul edilmesi de mümkün görünmektedir. Özellikle, belgenin içeriğine ve imzasına muhatabı tarafından itiraz edilmemesi yahut açıkça kabul edilmesi hâlinde; hatta bu durum söz konusu olmasa dahi, belgenin düzenlendiği cihazların uluslararası standartlarda güvenlik ve bütünlük denetimi sağlayan teknik donanım ve yazılımlara sahip olması, bu elektronik belgelerin senet hükmünde değerlendirilmesini destekleyecek ve ispat gücünü önemli ölçüde artıracaktır. Ancak olması gereken hukuk bakımından ise, bu belgelerin herhangi bir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın senet hükmünde kabul edilebilmesi için, TBK m. 15 ve HMK m. 205 hükümlerinde yapılacak değişikliklerle güvenli elektronik imzalı belgeler yanında dokunmatik ekran imzalı belgelerin de senet hükmünde nitelendirileceğinin açıkça düzenlenmesi isabetli olacaktır. Ayrıca, bu belgelerin senet hükmünde değerlendirilebilmesi için belgenin ve imzanın değiştirilemezliği ile veri bütünlüğünü teminat altına alan teknik standartlara sahip cihazların kullanımını zorunlu kılacak açık ve bağlayıcı yasal düzenlemelerin yapılması elzemdir. Zira ancak bu şekilde, senet hükmünde kabul edilecek dokunmatik ekran imzalı belgelerin kesin delil olarak yargılamada güvenle kullanılabilmesi mümkün olabilecektir.

Dokunmatik ekranda oluşturulan belgelerin, HMK m. 202 kapsamında “delil başlangıcı” olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Özellikle, el yazısıyla oluşturulmuş ancak imza unsurunu taşımayan dijital belgelerin, kişinin kendi el ürünü olduğunun muhtemel görülmesi hâlinde, bu belgelerin delil başlangıcı olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır. Bu yaklaşım, özellikle elektronik belgelerin delil niteliğinin tartışmaya açık olduğu durumlarda, HMK’da geniş kapsamlı benimsenen ispat sistemiyle uyumlu bir çözüm sunmakta; aynı zamanda dijitalleşmenin pratik ihtiyaçlarını karşılayan modern bir yorumun benimsenmesine imkân tanımaktadır.

Sonuç olarak, dokunmatik ekran imzalı belgelerin taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda kesin delil mi yoksa takdiri delil mi olarak değerlendirileceği, her somut olayda belgenin değiştirilemez teknik bütünlüğü, imzanın aidiyetinin ispatı ve imzanın güvenilirliğinin sağlanması gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belgelerin, güçlü teknik koruma mekanizmaları ve güncel yasal düzenlemelerle desteklenmesi, hukuk güvenliği ile dijital dönüşüm arasındaki hassas dengenin kurulmasına önemli katkı sağlaya-

caktır. Özellikle belgenin bütünlüğünü güvence altına alan yazılımların, zaman damgalı kayıt sistemlerinin ve gelişmiş veri güvenliği protokollerinin yaygınlaştırılması, dokunmatik ekran imzalı belgelerin senet hükmünde kabul edilebilmesinin önünü açacak; böylelikle, ispat hukuku bakımından kesin delil olarak nitelendirilebilecek bu belgelerle ilgili belirsizliklerin en aza indirilmesine hizmet edecektir.

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	: Aktuelle juristische Praxis
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BHG	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
DuD	: Datenschutz und Datensicherheit
dZPO	: Deutsches Zivilprozessordnung
E.	: Esas
Ed.	: Editör
eIDAS	: Electronic Identification, Authentication and Trust Services
GPS	: Global Positioning System
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
EİK	: Elektronik İmza Kanunu
E.T.	: Erişim Tarihi
GDPR	: General Data Protection Regulation
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeberin
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
MMR	: MultiMedia und Recht
MüKoZPO	: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
N.	: Nummer
OR.	: Obligationenrecht
PIN	: Personal Identification Number

RDI	: Revue de droit immobilier
Rn.	: Randnummer
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
UETA	: Uniform Electronic Transactions Act
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
vd.	: ve devamı
ZPO	: Zivilprozessordnung Der Schweiz

KAYNAKÇA

- Abel**, Stefan, Urkundenbeweis durch digitale Dokumente, MMR 1998/12.
- Acar**, Ayşe Ece, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013.
- Akkan**, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmza”, Eskişehir Barosu Dergisi, S.10, 2006 (s.31-40).
- Akkanat**, Halil, “El Yazılı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Altun**, Abdurrahim, “Dijital Ortamdaki İmzaların Yazılı Şekil Şartını Sağlayıp Sağlamadıkları Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.1, 2025 (s.697,725).
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2025.
- Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2025.
- Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.
- Başözen**, Ahmet, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Biçkin**, İnci, “Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Yasal Düzenlemeler”, TBBD, S. 63, 2006 (s. 109-126).
- Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.
- Börü**, Levent, “Güvenli Elektronik İmza ile Oluşturulmamış Elektronik Posta (E-Mail) Kayıtlarının Delil Değeri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.27, S.4, 2023 (s.101-128).
- Brunner**, Alexander/**Gasser**, Dominik/**Schwander**, Ivo, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zürich 2016.
- Budak**, Ali Cem/**Karaaslan**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2018.
- Coyle**, Karen, “Digital Signatures: Identity in Cyberspace”, AALL Spectrum, C.2, S.4, 1997 (s.8-11).
- Dessent**, Michael H., “Digital Handshakes in Cyberspace under E-Sign: There’s a New Sheriff in Town,” University of Richmond Law Review, C.35, S.4, 2002 (s.943-1006).
- Eichel**, Florian, “Provisorische Rechtsöffnung in der Sackgasse?”, AJP, 2019 (s.920-933).
- Erdoğan**, Tuğrul, Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerlilik Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Erdönmez**, Güray, Pekcanıtez Usul-Medeni Usul Hukuku, C.III (Pekcanıtez Usul), İstanbul 2025.

- Erdönmez**, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti (Belgelerin İbrazi), İstanbul 2014.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2023.
- Erturgut**, Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi Ankara 2004.
- Furrer**, Andreas/**Müller-Chen**, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2018.
- Futtu**, Elif, Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği, Ankara 2021.
- Gaul**, Hans Friedhelm, “Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, (Çev. Nevhis Deren Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku (Ed. M. Kâmil Yıldırım), İstanbul 2016.
- Gehri**, Myriam A./**Jent-Sørensen**, Ingrid/**Sarbach**, Martin, ZPO Kommentar-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2023.
- Göksu**, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011.
- Görgün**, L. Şanal/**Börü**, Levent/**Kodakoğlu**, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2024.
- Hürlimann**, Daniel, Zur Rechtskraft der Unterschrift auf einem Touchscreen (Gutachten von Ass.-Prof. Dr. iur. Daniel Hürlimann im Auftrag der Kantonspolizei Zürich), St. Gallen 2016.
- Kaplan**, Yavuz, “Elektronik İmza Kanunumuz ve Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2013 (s.77-104).
- Karşı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2020.
- Katz**, Paul R./**Schwartz**, Aran, “Electronic Documents and Dijital Signaturing: Changing the Way Business is Conducted and Contracts are Formed”, Best of ABA Sections: General Practice, Solo & Small Firm Section, C.1, S.1, 1997 (s.36-37).
- Keser**, Salih, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, İstanbul 2016.
- Keser Berber**, Leyla, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002.
- Keser Berber**, Leyla, “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki İmza Açısından Yeri”, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/tr/haberler/bilgi-notu-biyometrik-imzanin-tbk-yazili-sekil-sar-86/>,
- Kıyak**, Emre/ **Şensöz**, Ahmet, “Autopenle veya Dijital Ekrana Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.2, 2021 (s.791-838).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, İstanbul 2017.
- Koç**, Evren, Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı, İstanbul 2021.
- Konuralp**, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009.

- Kramer**, Ernst A./**Schmidlin**, Bruno, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, (Hrsg. Arthur Meier-Hayoz), Bern 1986.
- Kurşat**, Zekeriya, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasını Etkisi”, İÜHFM, C.LXXV, S.1, 2017 (s.413-430).
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001.
- Kut**, Ahmet/**Bauer**, Christoph, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, (Hrsg. M. Yeşim Atamer, Andreas Furrer), 4. Auflage, Zürich 2023.
- Mazlum**, İsmet, Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Müller**, Henning, “Risikoverteilung im elektronischen Rechtsverkehr”, RDI, 2023, S.5 (s.209-256).
- Orta**, Mesut, Türkiye’de Elektronik İmza Uygulaması, Ankara 2005.
- Özbek**, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2022.
- Özkaya Ferendeci**, Hamide Özden, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı, 2014 (s.813-830).
- Pekcanitez**, Hakan, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Makaleler, C.I, İstanbul 2016 (s.723-769).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2024.
- Popp**, Nora/**Gläser**, Yvonne, “Dynamische und Statische Unterschrift”, Biometrische Identifikationssysteme Seminar SS 2004 (s.1-16).
- Rauscher**, Thomas/**Krüger**, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, München 2025.
- Rihaczek**, Karl, “Digital Signature Surrogates for Open EDI”, DI Law Review, C.2, S.4, 1995 (s.229-240).
- Roth**, Claudia Y./**Raess**, Lorenz, “Touchscreen-Unterschrift und qualifizierte elektronische Signaturen (QES) via DocuSign im Gesellschaftsrecht” sui generis, S.219, 2024 (s.219-229).
- Saenger**, Ingo, Zivilprozessordnung, Baden-Baden 2023.
- Singh**, Harshita, “Digital Signature”, International Journal of Law) Management & Humanities, C.4, S.3, 2021 (s.5609-5622).
- Subashree**, K Veena, “Digital Signature Authentication in E-Commerce”, Indian Journal of Law and Legal Research, S.5, 2023 (s.1-9).
- Sutter-Somm**, Thomas/**Lötscher**, Cordula/**Leuenberger**, Christoph/**Seiler**, Benedikt, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich-Genf 2025.
- Şenocak**, Zarife, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, 2001 (s.97-135).

- Şimşek**, Merve Melis/**Özcan**, Tuğba/**Ergün**, Tamer/**Çelik**, Vural, “Elektronik İmza Seviyeleri”, Bilgi Yönetimi Dergisi, C. 2, S. 2, 2019 (s.136-144).
- Tanrıver**, Süha, Medeni Usul Hukuku-Cilt I, Ankara 2024.
- Tanrıver**, Süha, “Noterlerin Tespit İşleri”, Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi S.3, 2006 (s.593-605).
- Taşpınar Ayvaz**, Sema, “Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.61, S.1, 2012 (s.321-349).
- Tok**, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016.
- Tuhr**, Andreas von, Borçlar Hukuku (Çev. Cevat Edege), Ankara 1983.
- Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Wicki-Birchler**, David/**Dobec**, Marko, “Unterschreiben von Verträgen im digitalen Raum”, AJP, 2023 (s.278-285).
- Wolf**, Christian/**Zeibig**, Nicola, Evidence in Civil Law- Germany, Maribor 2015.
- Wyss**, Dominic/**Blättler**, Manuel, Digitaler Geschäftsverkehr: Elektronische Signaturen unter Schweizer Recht, Bern 2022.
- Yardım**, Ertan, “Son Gelişmeler Işığında Elektronik İmza Tanımı ve Türleri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2022 (s.277-301).
- Yıldırım**, Mustafa Fadıl, “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 2004 (s.257-283).
- Yıldırım**, M. Kâmil/**Tok**, Ozan, “İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, S.1, 2016 (s.241-250).
- Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.
- Yoo**, Ju-Hyun, “Digital Signature.” Ad Rem: The Magazine of the International Law Students Association, C.9, S. 2, 2001 (s.21-23).

İSVİÇRE VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE KÖTÜ İFA KAVRAMI VE TERMINOLOJİ SORUNU^(*)

Dr. Doğan KARA^(**)

Öz: “İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerinde Kötü İfa Kavramı ve Terminoloji Sorunu” başlığı taşıyan mevcut çalışmanın amacı, gereği gibi ifa etmeme ve akdın müspet hali kavramlarının yanında, son dönemde sıklıkla kullanılan kötü ifa kavramının kapsam ve mahiyetinin belirlenerek sınırlarının çizilmesi ve ifa engelleri sistematikteki yerinin tespit edilmesidir. Nitekim, gereği gibi ifa etmeme, akdın müspet hali ve kötü ifa kavramlarına ifa engelleri bahsinde sıklıkla değinilmekle birlikte, aralarında ne gibi bir ilişkinin olduğu ve terminolojik açıdan nasıl bir anlam ihtiva ettikleri tereddütlere sebep olmaktadır. Bazı eserlerde söz konusu kavramların eş anlamlı olarak kullanıldığı, bazı eserlerde ise bu kavramlara farklı anlamlar yüklendiği görülmektedir. Bu sebeple, ilk olarak, gereği gibi ifa etmeme, akdın müspet ihlali ve kötü ifa kavramlarının unsurları belirlenerek, aralarındaki ilişki tespit edilecek; akabinde, borcun kötü ifa edildiği haller, ihlal edilen yükümlülük türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kötü İfa, Akdın Müspet İhlali, Asli Edim, Yan Edim, Tazminat.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 20.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 10.12.2025.

^(**) Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul - Türkiye,
E-posta: dkara@gsu.edu.tr,
Orcid: 0000-0001-5322-4954.

THE CONCEPT OF DEFECTIVE PERFORMANCE AND THE PROBLEM OF TERMINOLOGY IN SWISS AND TURKISH LEGAL SYSTEMS

Abstract: The aim of the present study, entitled “*The Concept of Defective Performance and the Problem of Terminology in Swiss and Turkish Legal Systems*,” is to determine the scope and nature of the concept of defective performance, which has recently been frequently used, by identifying its limits together with the concepts of non-performance in due form and the positive breach of the contract, and to ascertain its place within the systematic structure of impediments to performance. Indeed, although the concepts of non-performance in due form, the positive breach of the contract, and defective performance are frequently mentioned within the context of impediments to performance, there remain doubts as to what kind of relationship exists among them and what meaning they bear from a terminological perspective. For this reason, first, the elements of the concepts of non-performance in due form, the positive breach of the contract, and defective performance will be identified, and the relationship between them will be determined; thereafter, the cases in which the obligation is defectively performed will be evaluated separately according to the types of obligations breached.

Keywords: Defective Performance, Positive Breach of Contract, Primary Obligation, Secondary Obligation, Damages.

GİRİŞ

İfa modalitelerine göre sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali, İs- viçre-Türk Hukuku'nda farklı türlere ayrılarak incelenir. Borcun hiç ifa edilmemesi veya borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı, borcun geç ifa edilmesi veya borçlu temerrüdü, borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya kötü ifa, borca aykırılık türlerinin ana hatlarını oluşturur. Sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin, borcun doğumundan sonra borçlunun sorumlu olacağı şekilde imkânsız hale gelmesi, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık halini oluştururken; borçlu temerrüdünde, edim yükümlülüğünün vaktinde yerine getirilmemesi, dolayısıyla ifada gecikme söz konusudur.

Borçlu, bazı borca aykırılık hallerinde ise, edim yükümlülüğünü zamanında ifa etmekle birlikte, ifa, borçlanılan edimin niteliklerine uygun değildir veya borçlu edim yükümlülüğünü ifa ederken, bu edimle birlikte veya ondan bağımsız şekilde, yan yükümlülükleri veya koruma yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Borçlu temerrüdü ve ifa imkansızlığı hallerinde, ifa sonucunun gerçekleştiği ve alacaklının kısmen de olsa ifa menfaatine kavuştuğu söylenemezken; son halde, yani kötü ifa durumunda, şeklen de olsa bir ifa fiili mevcuttur; ancak, alacaklının ifa menfaatine kısmen veya tamamen ulaşmasını engelleyen “*kötü*” bir ifa söz konusudur veya ifa olması gerektiği gibi, yani “*gereği gibi*” değildir ya da borç şeklen ifa edilerek “*müspet*” bir davranışta bulunulmuştur; fakat, sözleşme yine de ihlal edilmiştir.

Borçlu temerrüdü kanunda açıkça düzenlenmiş, ifa imkansızlığı ise, kanunda kendisine şeklen yer edinmekle birlikte, uzun yıllar öğreti tarafından tartışılıp, sınıflandırılmış ve ifa engelleri arasında önemli bir yer kazanmıştır. Buna karşılık, üçüncü ifa engelini tasnif etmek için tam bir terminoloji geliştirilememiş, genellikle bu son halin somutlaştırılmış halleri olan ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) “*Özel Borç İlişkileri*” bahsinde düzenlenen ayıptan sorumluluk rejimleri mercek altına alınmıştır. Bu sebeple, imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan halleri nitelendirmek için “*gereği gibi ifa etmeme*”, “*akdin müspet ihlali*” ve “*kötü ifa*” kavramlarına başvurulmuştur.

Öğretide “*gereği gibi ifa etmeme*”, “*akdin müspet ihlali*” ve “*kötü ifa*” kavramları, bazı eserlerde eş anlamlı olarak kullanılmakta bazı eserlerde de ise bu kavramlara farklı anlamlar yüklenmektedir. Kötü ifa kavramının terminolojik olarak incelenebilmesi için, ilk olarak “*gereği gibi ifa etmeme*”, “*akdin müspet ihlali*” ve “*kötü ifa*” kavramlarına atfedilen anlamın ortaya

konması gerekmektedir. Bu sebeple, ilk aşamada, söz konusu kavramların terim anlamları üzerinde durulmuştur. Akabinde, kötü ifa kavramının nitelendirilebilmesi için, maddi olarak söz konusu borca aykırılık kavramına giren ihlal türlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit ise, borç ilişkisinden doğan edim yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerin ihlalinin hangi durumlarda kötü ifaya sebebiyet verdiklerinin açıklanması yoluyla olur. Bu sebeple, ikinci olarak, borcun kötü ifa edildiği haller, edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler ayrımı çerçevesinde incelenmekte ve son olarak varılan neticeler sonuç bölümünde özetlenmektedir.

I. TERMİNOLOJİK AÇIDAN GEREĞİ GİBİ İFA ETMEME, AKDİN MÜSPET İHLALİ VE KÖTÜ İFA KAVRAMLARI

İsviçre-Türk Hukuku'nda ifa engelleri sistematığının en önemli özelliği, bir üst başlık olarak sözleşmeye aykırılık veya ifa engeli gibi bir kavrama yer verilmemiş olması, bunun yerine, somut olarak borca aykırılık türlerinin ayrı ayrı düzenlenmesidir. Bu sistemde, en başta sözleşmeye aykırılık türleri açısından hukuki olgu (*Rechtstatsache*) aşamasında bir ayırım yapılmakta ve her hukuki olguya bağlanan hukuki sonuçlar (*Rechtsfolge*) belirlenmektedir¹. Borca aykırılık türleri arasında öne çıkan iki temel hukuki olgu ise, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı (TBK m. 112) ile borçlu temerrüdü (TBK m. 117 vd.) halleridir. Bu iki halde de ifa fiilinin alacaklının edime olan menfaati açısından kısmen dahi olsa gerçekleştiği söylenemez. Üçüncü bir tür olarak karşımıza çıkan borcun kötü ifa edildiği, gereği gibi ifa edilmediği veya şeklen de olsa bir ifanın mevcut olmasına rağmen, sözleşmenin yine de ihlal edildiği durumlarla daha sık karşılaşmak mümkündür. Bu sebeple, gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa ve akdın müspet ihlali kavramlarının ifa engelleri sistematığı içerisindeki yerinin, kapsam ve mahiyetinin tespit edilmesi gerekmektedir.

¹ Wolfgang, **Wiegand**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BSK), Einl. OR Art. 97-109 N 1 vd.; Ingeborg, **Schwenzer** / Christiana, **Fountoulakis**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020, N 60.02; Yeşim, **Atamer**, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 317-360, s. 332, 333.

1. Gereği Gibi İfa Etmeme Kavramı

TBK m. 112 hükmünde kanun koyucu, borç *hiç* veya *gereği gibi* ifa edilmezse borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Hükmün lafzında geçen “*gereği gibi ifa etmeme*” ifadesi, kaynağını mehaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun (İsvBK) Almanca metninde geçen “*nicht gehörig*” sıfatından almaktadır. İsvBK m. 97 f. I hükmünün Fransızca metninde “*eksik, tam olmayan*” anlamına gelen ise “*imparfaitement*” ifadesi tercih edilmiştir. Nitekim, mehaz kanunun Fransızca metnini esas alan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’nda, “*alacaklının hakkını kısmen istifade edememesi*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu dönemde, bir çeviri hatasından kaynaklandığı düşünülen “*kısmen*” ifadesinin “*gereği gibi*” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Alman Hukuku’nda bazı hükümlerde yer alan “*gereği gibi ifa etmeme (nicht gehörige Erfüllung; exécution imparfaite)*” kavramı, yeterince rağbet görmemiş; öte yandan, İsviçre-Türk Hukuku’nda imkânsızlık (*hiç ifa etmeme; Nichtleistung*) ve borçlu temerrüdü (*geç ifa; Spätleistung*) dışında kalan ifa engelleri açısından pozitif bir kanuni dayanak olması sebebiyle öğretide ve uygulamada tercih edilmiştir². Borçlu temerrüdünün TBK m. 117 vd. hükümlerinde düzenlendiği nazara alınırsa, TBK m. 112 f. I hükmünde yer verilen “*borcun hiç ifa edilmemesi*” tabiri borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkansızlığını düzenler görünmektedir³. Bu durumda, “*borcun gereği gibi ifa edilmemesi*” kavramının ifa engelleri sistematigindeki yeri ve üçüncü bir ifa engeli olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

Gereği gibi ifa etmeme kavramı, öğretide, imkânsızlık ve borçlu temerrüdü halleri dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini ifade etmek üzere

² Örneğin bkz. Peter, **Gauch** / Walter R., **Schlupe** / Susan, **Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2020, N 2619; **Schwenzler/Fountoulakis**, N 67.01; Halûk, **Tandoğan**, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mes’uliyet), s. 398; M. Kemal, **Oğuzman** / M. Turgut, **Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, N 1540 vd.; Fikret, **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Borçlar Genel), s. 1072; Fikret, **Eren** / Ünsal, **Dönmez**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III, m. 86-206, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, TBK m. 112 N 22; Hüseyin, **Hatemi** / Kadir Emre, **Gökayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 284 vd.; Ahmet M., **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 848; **Yargıtay HGK**, E. 2017/11-14, K. 2020/395, T. 10.6.2020 (Kazancı).

³ **Yargıtay 15. HD**, E. 2020/1557, K. 2020/2455, T. 16.9.2020 (Kazancı).

bir üst kavram olarak kullanılmaktadır⁴. Borcun gereği gibi ifa edilmesi, edimin borca uygun olarak, tam ve doğru bir şekilde, sözleşmede öngörül-
düğü haliyle yerine getirilmesidir. Borcun gereği gibi ifa edildiğinden söz
edebilmek için, borçlanılan edimin “*ifa modaliteleri (Erfüllungsmodalität)*”⁵
olarak anılan bütün unsurlarıyla birlikte ifa edilmiş olması gerekir. İfanın
unsurları ise, genel olarak kabul gördüğü üzere, ifanın tarafları, yer ve za-
man itibarıyla ifanın sözleşmeye uygun olması, nitelik ve nicelik olarak ifa-
nın edime uygun bir şekilde gerçekleştirilmesidir⁶. O halde, borcun gereği
gibi ifa edilmesi, ifanın borçlu tarafından, ifa alacaklısına, sözleşmede karar-
laştırılan yer ve zamanda, edime uygun miktar ve nitelikte gerçekleştirilme-
sidir⁷. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi ise, iki şekilde anlaşılmaya müsait-
tir. Bu açıdan, gereği gibi ifa etme, geniş ve dar anlamda gereği gibi ifa et-
meme olarak ikiye ayrılmaktadır.

A. Geniş Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme

Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde, borçlu bir ifa teklifinde
bulunur; ancak, bu teklif kanunda veya sözleşmede öngörülen şartlara uygun
kabul edilmemektedir. Esasında, ifanın unsurlarından herhangi birinin eksik

⁴ Andreas, **von Tuhr** / Arnold, **Escher**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen-
rechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich,
1984, s. 107; Markus, **Neuenschwander**, Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Ver-
tragsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1971, s. 45; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 398;
Oğuzman/Öz, N 1540 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 848, 849; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1069 vd.; Muzaf-
fer, **Şeker**, “Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş Olmasından (Borca Aykırı Davra-
nıştan) Kaynaklanan Maddi ve Özellikle Manevi Zararın Tazmini (BK. m. 96)”, Legal Hukuk
Dergisi, S. 60, 2007, s. 3763-3778, s. 3764; Eyüp, **İpek**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kura-
lın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 255, 256.

⁵ “*İfa modaliteleri*” borcunun borcunu borçlandığı biçimde yerine getirme yükümlülüğünü
ifade eder. Bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2027; Halûk N., **Nomer**, Borçlar Hukuku
Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024,
N 185.6; **Eren**, Borçlar Genel, s. 940.

İfa kavramı konusunda bkz. Süleyman, **Yalman**, “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”,
Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 1995, s. 495-512 (Edim), s. 498 vd.

⁶ Hugo, **Oser** / Wilhelm, **Schönenberger**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilge-
setzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete
Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1929, OR Art. 97 N 6; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N
2003 vd.; **Neuenschwander**, s. 45; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 398; **Eren**, Borçlar Genel, s.
1072; Fahrettin, **Aral**, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.
74; **Kılıçoğlu**, s. 848.

⁷ Theo, **Guhl** / Alfred, **Koller** / Anton K., **Schnyder** / Jean Nicolas, **Druey**, Das Schweizeri-
sche Obligationenrecht -mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage,
Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, s. 242, 243; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072.

olması durumunda geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hali söz konusu olur. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme, borçlanılan edimin, ifanın taraflar, yer, zaman, miktar veya nitelik gibi unsurlardan birine uygun olarak yerine getirilmemesidir⁸. İfanın zaman bakımından gereği gibi ifa edilmediği hallerde, *borcun ifasında nitelikli bir gecikme hali*⁹ olarak tanımlanan borçlu temerrüdü meydana gelebilir. Aynı şekilde, ifanın taraf bakımından gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde kendini gösteren, borcun alacaklıya ifa edilmemiş olması¹⁰ veya şahsen ifası gereken borçların borçlu tarafından yerine getirilmemiş olması hallerinde¹¹, borcu temerrüde düşebilir. İfa yeri bakımından borç gereği gibi ifa edilmez-

⁸ ZK-Oser/Schönenberger, OR Art. 97 N 6; Neuenschwander, s. 45; Guy, Stanislas, Le droit de résolution dans le contrat de vente, Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles: Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979, s. 100; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 398; Eren, Borçlar Genel, s. 1072; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 29; Aral, s. 74; Kılıçoğlu, s. 848; İpek, s. 256. Detaylı örnekler için bkz. Rolf H., Weber / Susan, Emmenegger, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020 (BK), OR Art. 97 N 14 vd.; Aral, s. 74, 75.

⁹ Oğuzman/Öz, N 1498. "Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmedeği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa bu surette gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir." Bkz. Selâhattin Sulhi, Tekinay / Sermet, Akman / Halûk, Burcuoğlu / Atilla, Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 911.

¹⁰ Kural olarak, üçüncü kişiye yapılan ifa, teknik anlamda ifa sayılmaz; borcun alacaklıya veya alacaklının yetkili kıldığı kimseye ifa edilmesi gerekir. Alacaklının rızası olmadan üçüncü kişiye yapılan ifa, istisnaen geçerli kabul edilir. Alacaklı temerrüdünde, borç konusunun TBK m. 107 uyarınca tevdi edilmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Bkz. Oğuzman/Öz, N 857 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 770 vd.

¹¹ TBK m. 83 uyarınca, *borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifa etmek zorunda değildir*. Bu durumda, borçlu borcun ifasını bir ifa temsilcisine veya ikame kişiye (*Substitut; Erfüllungsvertreter*) bırakabilir. Bkz. von Tuhr/Escher, s. 24; Bruno, von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess&CO. AG, Zürich, 1964, s. 398; Eugen, Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988, s. 352; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2036; Hermann, Becker, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (BK), OR Art. 399 N 1. Öte yandan, şayet borçlunun kişisel özelliklerinin edimin konusuna dahil olduğu "*intuitu personae (prestation strictement personnelle; höchstpersönliche Leistung)*" bir sözleşme söz konusu değilse ("*intuitu rei*" sözleşme), herhangi bir üçüncü kişi de borcu ifa edebilir. Bkz. Rolf H., Weber, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Band/Nr. VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005 (BK), OR Art. 68 N 27 vd.; Pierre, Tercier / Pascal, Pichonnaz / H. Murat, Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, N 1086.

se, iki durumla karşılaşılabılır: İlkinde, dilerse alacaklı, ifa yerinden başka bir yerde yapılan ifayı kabul eder ve bu durumda tam anlamıyla ifa gerçekleşmiş sayılır¹². İkincisinde ise, alacaklı, gereği gibi yapılmayan ifayı reddederek, borçluyu temerrüde düşürür¹³. Keza, borcun miktar olarak gereği gibi ifa edilmemesi durumunda da iki ihtimalle karşılaşılabılır: Kısmi ifayı kabul ile mecbur olmayan alacaklı, kural olarak TBK m. 84 uyarınca kendisine yöneltilen kısmi ifa talebini reddederek, borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürür veya kısmi ifayı kabul ederek, borçluyu borcun ifa edilmemiş kısmı için mütemerrit hale getirir. Bu son ihtimalde, *kısmi temerrüt* (*Teilverzugs; demeure partielle*) hali söz konusu olur¹⁴. Son olarak, alacaklı, nitelik itibarıyla gereği gibi olmayan ifayı reddedebileceği gibi¹⁵; dilerse, ifayı kabul ederek, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinin sonuçlarına başvurulabilir.

Görüldüğü üzere, borcun nitelik itibarıyla edime uygun olmaması dışında, geniş anlamda borcun gereği gibi ifa edilmediği durumlarda, borçlu temerrüdü haliyle karşılaşmak mümkündür. Oysa, gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa gibi kavramlara, temerrüt ve imkânsızlık hali dışında meydana gelen ifa engellerini tanımlamak ve sistematize etmek için başvurulur. O halde,

¹² İstisnaen, dürüstlük kuralı, alacaklıyı ifa yerinden başka bir yerde sunulan ifayı kabule mecbur kılabilir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, N 1029; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 808. Kanımızca, alacaklının ifa yerinden başka bir yerde kendisine sunulan ifayı kabul etmesi, bu sebeple uğradığı zararın tazminini talep etmesine engel değildir. Hakkını saklı tutmuş olması gerekmez. Aksi görüşte bkz. **Oğuzman/Öz**, N 1030, dn. 249.

¹³ **BK-Weber**, OR Art. 74 N 16.

¹⁴ Luc, **Thévenoz**, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, (éd.: Luc Thévenoz, Franz Werro), 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, CO art. 97 N 22; **Stanislas**, s. 100; Doğan, **Kara**, Kısmi Temerrüt, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat Develioğlu, İstanbul, 2025 (Kısmi Temerrüt), s. 6 vd. Kural olarak, temerrüt, borcun yalnızca ifa edilmeyen kısmı için söz konusu olur ve TBK m. 125 hükmünden doğan haklar sadece ifa edilmeyen kısım için kullanılabilir. Bkz. **von Tuhr/Escher**, s. 158; **BSK-Wiegand**, OR Art. 107 N 21; **CR-Thévenoz**, CO art. 107 N 39; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1426; Pierre, **Tercier** / Pascal, **Pichonnaz**, Le droit des obligations, 6ème édition complétée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019, N 1426; **Oğuzman/Öz**, N 1506; Halûk, **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Borçlar Özel), s. 314; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 972; **Kılıçoğlu**, s. 931; **İsvFM**, ATF 119 II 135 = JdT 1994 I 99; ATF 141 III 106 = JdT 2015 II 398.

¹⁵ **Oğuzman/Öz**, N 1506; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 399; **Neuenschwander**, s. 35. Bu durumda, önemli olan kanun hükmü veya dürüstlük kuralı uyarınca ifayı kabul mecburiyetinin olmamasıdır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, N 1506.

geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramının oldukça kapsamlı bir kavram olması sebebiyle, teknik hukuk anlamında vasıflandırma yapmaya elverişli bir hukuki terim olmadığı ve gereği gibi ifa etmeme kavramının teknik ve gerçek anlamını karşılamadığı söylenebilir¹⁶.

B. Dar Anlamda Gereği Gibi İfa Etmeme

Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme, *ilki* ifa edilen edimin, borçlanılan edimin niteliklerine uygun olmaması ve *ikincisi* yan yükümlülüklerle (*ifaya yardımcı yükümlülükler ile koruma yükümlülükleri*) aykırılık¹⁷ olmak üzere iki halde söz konusu olur¹⁸. Bu açıdan, gerçek ve teknik anlamda gereği gibi ifa etmeme kavramının, dar anlamda gereği gibi ifa etmeme haline karşılık geldiği söylenebilir¹⁹. Nitekim, öğretilde borcun gereği gibi ifa edilmemesinden bahsedilen hallerde, genellikle dar anlamda gereği gibi ifa etmeme halinin kastedildiği anlaşılmaktadır²⁰.

İlk olarak, ifa amacıyla yerine getirilen edimin, kanunda ve sözleşmede öngörülen nitelikleri taşınamaması dar anlamda borcun gereği gibi ifa edilmediğini gösterir²¹. Bu durumda, söz konusu nitelik eksikliği, ayıplı ifa (*Man-*

¹⁶ **Neuenschwander**, s. 45 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072. Nitekim, geniş anlamda ifa etmeme kavramı, anlam bütünlüğü açısından isabetli olmasına karşın, oldukça geniş kapsamlı olması ve ifanın bütün unsurlarına aykırılık hallerini kapsamaması sebebiyle öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072; **Aral**, s. 105.

¹⁷ Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği yükümlülükler, edim yükümlülükleri (*Leistungs- veya Erfüllungspflicht*) ve yan yükümlülükler olarak ikiye ayrılır. Edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülükleri (*Hauptleistungspflicht*) ve yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflicht; selbständige Nebenpflicht*) şeklinde ayrıma tabi tutulurken, yan yükümlülükler (*Nebenpflicht*), ifaya yardımcı yan yükümlülükler (*Leistungsbegleitende, unselfständige Nebenpflichten*) ile koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*) şeklinde tasnif edilmektedir. Bkz. **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 33 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 31 vd.; **Hans, Merz**, Traité de droit privé suisse, Volume VI, Droit des obligations, Partie générale, Tome I: Introduction §§ 1-3, Genève, Caractéristiques principales, L'obligation §§ 4-20, (Traduction française: Pierre Giovannoni), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1993 (Obligations), s. 43 vd.; **Neuenschwander**, s. 4 vd.; Seyfullah, **Edis**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993, s. 315 vd. Detaylı bilgi için bkz. B.II/1 ve B.II/2.

¹⁸ **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.01; **Neuenschwander**, s. 45-48; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072, 1073; **Eren/Dönmez**, TBK m. 112 N 30; **İpek**, s. 256.

¹⁹ **Neuenschwander**, s. 45; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072, 1073.

²⁰ *Örneğin* bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2619; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 398; **Oğuzman/Öz**, N 1540 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 284 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 848.

²¹ **Hans, Giger**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N

gelhafte Erfüllung; exécution défectueuse) hâline karşılık gelir²². Söz konusu ayıplı ifa, edimin nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmediği (*qualitativ nichtgehörigen Erfüllung*) anlamına gelir ve edim yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilir²³. Şüphesiz, ifanın en önemli unsurlarından biri nitelik unsurudur. Alacaklı, sözleşmede kararlaştırılan edimin özelliklerini ve mahiyeti icabı onda bulunması gereken nitelikleri nazara alarak sözleşme ilişkisine girer. İfa edilen edimde, sözleşmeyle kararlaştırılan bazı nitelikler eksikse, gerçekleştirilen ifanın edime uygun, tam ve doğru bir ifa olduğu söylenemez. Bu durumda, alacaklı, sözleşmeyle hedeflediği ifa menfaatine tam anlamıyla kavuşmuş değildir. İfa edilen edim ile sözleşmede kararlaştırılan edim arasında nitelik itibarıyla olumsuz bir farklılık bulunması halinde, teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmeme hali söz konusu olur. Öte yandan, maddi niteliklerde değil, hakta (*mülkiyet hakkında*) bir eksiklik (*Rechtsmangel*) neticesinde meydana gelen zapt olgusunun da, gereği gibi ifa etmeme kavramına dahil olduğu belirtilmektedir²⁴.

İkinci olarak, borçlunun yan yükümlülükleri (*Nebenpflichten*) ihlal etmesi durumunda da gereği gibi ifa etmeme hali gerçekleşir²⁵. Edim yükümlülüklerinin (*Leistungspflichten*) yanında yer alan yan yükümlülükler, fonksiyonları itibarıyla, ifaya yardımcı yan yükümlülükler (*Leistungsbegleitende Nebenpflichten*) ile koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*) olarak ikiye

19; Neuenschwander, s. 45 vd.; Oğuzman/Öz, N 1541; Eren, Borçlar Genel, s. 1073 vd.; Aral, s. 75; Şeker, s. 3765; İpek, s. 256. Nitekim, bazı yazarlar, dar anlamda gereği gibi ifa etmemeyi (*exécution imparfaite au sens stricte*) yalnızca nitelik bakımından ayıplı ifa hallerine hasretmektedir. Bkz. CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19.

²² CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19; Neuenschwander, s. 45 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2627; Eren, Borçlar Genel, s. 1073 vd.; Aral, s. 75; Oğuzman/Öz, N 1541; Hatemi/Gökyayla, s. 284, 285; Şeker, s. 3765; Yargıtay 15. HD, E. 2015/4557, K. 2015/6289, T. 9.12.2015 (Kazancı): “Borcun ifa edilmemesi edimin hiç ifa edilmemesi yanında gereği gibi ifa edilmemesini de kapsar. Ayıplı ifa borcun gereği gibi ifa edilmemesidir.”

Ayıplı ifayı yan edim yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendiren Serozan’a göre, borcun gereği gibi ifa edilmemesi demek, yan edim yükümlülüklerine aykırı davranmak demektir. Bkz. Rona, Serozan, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme), s. 283.

²³ Neuenschwander, s. 45 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 67.03; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2627; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19; Aral, s. 75. Neuenschwander’e göre, ayıplı ifa, borçlunun tamamen hareketsiz kalmayıp, borcun ifası için bir teşebbüste bulunduğu, buna karşılık ifa edilen edimin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığı halleri kapsar. Bkz. Neuenschwander, s. 38, 39.

²⁴ Oğuzman/Öz, N 1541; Hatemi/Gökyayla, s. 276; Şeker, s. 3765; İpek, s. 256, 257.

²⁵ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2614 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 67.01; Eren, Borçlar Genel, s. 1076, 1077; Oğuzman/Öz, N 1541; İpek, s. 257.

ayrılır²⁶. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünün, sözleşmenin amacına uygun olarak, tam ve doğru bir şekilde ifa edilmesine hizmet eden yükümlülüklerdir²⁷. Koruma yükümlülükleri ise, edim yükümlülükleri veya ifaya yardımcı yan yükümlülükler gibi, alacaklının ifa menfaatine hizmet etmemekte; alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinin, ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla zarar görmemesini hedeflemektedir²⁸. Örneğin, bir tamirci bir makineyi tamir ederken onu olduğundan daha kötü hale getirmişse, edim yükümlülüğünü; makineyi ne şekilde kullanması konusunda malikini gerektiği gibi bilgilendirmemişse, ifaya yardımcı yan yükümlülüğünü; makineyi tamir ederken, sahibinin başka eşyalarına zarar vermişse koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. İşte, bu üç halde de teknik ve gerçek (*dar*) anlamda gereği gibi ifa etmeme durumu söz konusu olur²⁹.

Geniş anlamda kullanılan gereği gibi ifa etmeme kavramının aksine, gerçek anlamda gereği gibi ifa etmeme, imkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini bünyesinde birleştirir. Bu sebeple, gereği gibi ifa etmemeden bahsedebilmek için, edimin ifası mümkün olmalı ve borçlu borcunu ifa etmiş olmalıdır. Şayet borcun ifası mümkün değilse, artık borcun hiç ifa edilmemesinden (TBK m. 112), yani imkânsızlık halinden bahsedilir. Bu noktada imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme halinden tamamen ayrılır. Borçlu temerrüdünde ise, borçlunun borcunu zamanında ifa etme yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaktadır. Borçlu temerrüdünü gereği gibi ifa etmemeden ayıran en önemli özellik, alacaklının gecikmiş

²⁶ **Neuenschwander**, s. 6 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 37; **İpek**, s. 72 vd. İfaya yardımcı yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde ifasını konu edindikleri için bu ismi almışlardır. Öte yandan, öğretilerde bu yükümlülükler, “*tali/ikincil yükümlülükler (sekundäre Pflichten; obligations accessoires)*” de denilmektedir. Bkz. Hans, **Merz**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1966 (BK), ZGB Art. 2 N 262; **Merz**, Obligations, s. 46, 47; **Edis**, s. 317.

²⁷ Karl, **Larenz**, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1987, s. 138; **Neuenschwander**, s. 8; Necip, **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel), s. 11, 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 37, 38; **İpek**, s. 73. Detaylı bilgi için bkz. B.II/2/A.

²⁸ **Larenz**, s. 131; Dieter, **Medicus**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1984, s. 176; Pierre, **Engel**, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 1997, s. 710; **Neuenschwander**, s. 6; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 11, 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 38; **İpek**, s. 77, 78; **Aral**, s. 49. Detaylı bilgi için bkz. B.II/2/B.

²⁹ Benzer örnekler için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073; **İpek**, s. 257.

ifayı reddetme hakkının olmamasıdır³⁰. Buna karşın, alacaklı, edime uygun olmayan ifayı kabul etmek zorunda değildir; gereği gibi olmayan edimi her zaman ifa olarak kabul etmeyebilir³¹. Öte yandan, alacaklının gecikmiş ifayı kabul etmesi, onun tazminat hakkına engel teşkil etmez³².

2. Akdin Müspet İhlali Kavramı

“*Akdin Müspet İhlali veya Sözleşmeye Olumlu Aykırılık (positive Vertragsverletzung; violation positive du contrat; violazione positiva del contratto)*” kavramı, kaynağını Alman Hukuku’nda bulan ve Alman Hukuku’ndaki ifa engelleri sistemine has güçlükler sebebiyle doğmuş bir hukuki kurumdur. Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) yürürlüğe girdiği ilk halinde, *Mommsen* ve *Windscheid*’ın etkisiyle, borca aykırılık hallerinden yalnızca imkânsızlık (BGB § 275-283) ve borçlu temerrüdü (BGB § 284 vd.) kanunda etraflıca düzenlenmiştir³³. Alman Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girme-

³⁰ **Nomer**, N 185.6; **İpek**, s. 258. Alacaklının gecikmiş ifayı kabule mecbur olması ile alacaklının kendisine ifa olarak sunulan edimi kabul borcunun bulunmaması birbirine karıştırılmamalıdır. İsviçre-Türk Hukuku’nda hâkim görüş, alacaklının ifayı kabul borcunun bulunmadığı, bunun kendisi açısından bir külfet (*Obliegenheit; incombance*) teşkil ettiği ve alacaklı temerrüdüne yol açacağı yönündedir. Bu durumda, edimi kabul, alacaklının borçluyla birlikte hareket etmesi (*Mitwirkungsobliegenheiten*) yoluyla ifaya katılma külfeti şeklinde nitelendirilir. Bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2391; **BK-Weber**, OR Art. 91 N 52 vd.; **BK-Hermann, Becker**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1945 (BK), OR Vorbem. zu Art. 91-96 N 2; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1038; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 32.

³¹ **Oğuzman/Öz**, N 1141, dn. 371, N 1506; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 399; **Neuenschwander**, s. 35. Kural olarak, alacaklı gereği gibi olmayan kötü veya ayıplı ifayı kabule mecbur değildir. Buna karşın, ayıp alacaklı için çok az önem taşıyorsa veya ifanın reddi borçluyu çok güç bir duruma sokacaksa, dürüstlük kuralı uyarınca alacaklı ifayı kabul etmek zorunda kalabilir. Bu durumda, alacaklının tazminat isteme hakkı saklıdır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, N 1141, dn. 371, N 1506.

³² Alacaklının gecikmiş ifayı kabul ederken, ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmez. Zira, tazminat borcu, fer’i bir borç değil, aynen ifa yükümlülüğünün yanında yer alan ayrı bir borçtur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt I, N 1583; **Yargıtay 3. HD**, T. 30.6.2020, E. 2020/1, K. 2020/3730 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, E. 2021/648, K. 2022/1653, T. 6.12.2022 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2017/506, K. 2019/1081, T. 17.10.2019 (Lexpera); **Yargıtay HGK**, E. 2013/1140, K. 2014/905, T. 12.11.2014 (Lexpera); **Yargıtay 23. HD**, E. 2015/5300, K. 2015/7883, T. 4.12.2015 (Lexpera): “(...) *gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer’i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için eseri teslim alırken, sözleşmede aksi bir düzenleme yok ise, ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur. İfaya ekli cezai şart istenebilmesi için inşaatın yüklenici tarafından davacı arsa sahibine süresinde teslim edilmemiş olması gerekir. Teslimden sonra bu cezanın istenebilmesi, sözleşmede ihtirazi kayda gerek olmaksızın cezai şart istenebileceğine dair bir hüküm bulunmadıkça teslimin ihtirazi kayıtlı yapılmasına bağlıdır. Açık feragat veya ifayı çekincesiz kabul halinde cezai şart isteme hakkı düşer (...)*”.

³³ Volker, **Emmerich**, Das Recht der Leistungsstörungen, 6., neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005, s. 3 vd.; **Aral**, s. 76; **Atamer**, s. 319. Hatta, 19. yüzyılda Fransız

sinden bir süre sonra, *Hermann Staub*, avukatlık hayatında karşılaştığı pek çok önemli sorunun kanunda düzenlenmemiş olduğunu fark etmiş ve ilk kez “*akdin müspet ihlali (positive Vertragsverletzung)*” kavramını kullanarak, “*Akdin Müspet İhlali ve Hukuki Sonuçları Üzerine*” isimli meşhur makalesini kaleme almıştır³⁴. *Staub*’a göre, imkânsızlık ve temerrüt hallerinde bir kimse yapması gereken bir müspet edimi (*positive Leistung*) yerine getirmemekte ve yapmama şeklinde kendini gösteren menfi bir davranışla borca aykırı davranmaktadır. Buna karşılık, bir kimsenin, yapmaması gerekeni yapması veya ayıplı ifade bulunması halleri, genel olarak BGB’de açıkça düzenlenmemiştir³⁵. Üstelik, bu tarz borç ihlallerine günlük hayatta çok sık rastlanmaktadır. Bir patlayıcı maddenin patlayıcılık özelliğine dikkat edilmeksizin satılması ve daha sonra malların patlaması neticesinde büyük bir zararın meydana gelmesi veya bir banka görevlisinin yanlış rapor düzenlemesi sebebiyle bankanın zarara uğraması örnek olarak gösterilebilir. Böyle hallerde, borçlu, yapmama borcu altındayken, kaçınması gereken davranışlarda bulunarak, yapmama (*Unterlassung*) şeklinde menfi bir fiille değil, müspet bir fiil vasıtasıyla (*durch positives Tun*), yükümlülüklerini ihlal etmiştir. İşte, *Staub*, müspet bir fiille yükümlülüklerin ihlal edildiği, borçlunun yapmama yükümlülüklerine aykırı davrandığı veya edimini ayıplı ifa ettiği hallere “*Akdin Müspet İhlali (positive Vertragsverletzung)*” adını vermiştir³⁶.

Staub, anılan hallerde, kanunda açıkça zikredilmemesine rağmen, sorumluluğun dayanağının, kusurlu bir şekilde borcunu ihlal eden kimsenin tazminat borcu altında olacağı yönündeki genel hukuk kuralı olduğunu ifade

Hukuku’nda yaygın bir şekilde karşılaşılan asli edim yükümlülüğünün ne zaman tazminata dönüşeceği şeklinde tartışmanın da imkânsızlık kurumunun ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesinde etkili olduğu söylenmektedir. Böylece, imkânsızlık, ifa engelleri sisteminin merkezine oturmuştur. Bkz. Jury, **Himmelschein**, “Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen”, AcP, 135/1932, s. 255-327, s. 258 vd.; **Aral**, s. 76.

³⁴ Hermann, **Staub**, “Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin, 1902, s. 31 vd. (Vertragsverletzung 1902), s. 31 vd. Bu makale, daha sonra genişletilerek kitap haline getirilmiştir. Bkz. Hermann, **Staub**, Die positiven Vertragsverletzungen, Hrsg. Eberhard Müller, De Gruyter, Berlin, 1904 (Vertragsverletzung 1904), s. 4 vd. Daha sonra, *Eike Schmidt* tarafından yazılan son sözle 1969 yılında tekrar basılmıştır. Bkz. Hermann, **Staub**, “Die positiven Vertragsverletzungen”, mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Berlin, Zürich, 1969, s. 92-130 (Vertragsverletzung 1969), s. 92 vd.

³⁵ **Emmerich**, s. 311. Bir kimsenin yapması gerekeni yapmaması (*Jemand unterlasst, was er tun soll*), menfi bir fiille gerçekleşirken, yapmaması gerekeni yapması (*Jemand tut, was er unterlassen soll*) müspet bir fiille (*positives Tun*) gerçekleşir. Bkz. **Guhl/Koller**, s. 245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöğ**, s. 973; **Eren/Dönmez**, TBK m. 112 N 23; **Aral**, s. 77.

³⁶ **Staub**, Vertragsverletzung 1969, s. 93 vd.

etmektedir. İmkânsızlık ve temerrüt halleri dışında, üçüncü bir borca aykırılık kategorisi olarak sunulan akdin müspet ihlali, Alman öğretisinde ve yargı kararlarında da benimsenmiş³⁷; Alman Medeni Hukuku'nun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Nitekim, Alman Hukuku'nda akdin müspet ihlali, imkânsızlık ve temerrüt halleri dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini bünyesinde birleştiren bir ifa engeli olarak tanımlanmıştır³⁸. Sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek veya sona erdirecek davranışlardan kaçınmaya ilişkin genel yükümlülüğün ihlali, sözleşmesinin müspet ihlali³⁹.

³⁷ Buna karşın, *Staub*'un görüşü, Alman öğretisinde ilk başta kanunda bu denli bir boşluğun bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. **Himmelschein**'a göre, Mommsen'in imkânsızlık görüşünde edim kavramı, konu, yer ve zaman nazara alınarak tespit edilir. Oysa, Staub ve onu takip eden yazarlar, edimi yalnızca konu bakımından düşünmektedir. Edimin eksiksiz ifa edilmesi ise, borç ilişkisinden doğan bütün asli ve yan yükümlülüklerin, konu, zaman ve yer bakımından eksiksiz ifa edilmesi neticesinde olur. Geniş anlamda edim kavramından ise, geniş anlamda borcun ifa edilmemesi (*Nichterfüllung*) kavramı ortaya çıkar. Geniş anlamda borcun ifa edilmemesi (*Nichterfüllung*) kavramından ortaya çıkan sonuç, imkânsızlık açısından da uygulanmalıdır. O halde zaman açısından temerrüt, nitelik açısından tam olmayan ifa, bir çeşit kısmi imkânsızlık şeklinde meydana gelir. Böylece, edim yükümlülüğünün ihlali imkânsızlık kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu geniş imkânsızlık kavramı neticesinde ise, kanunda boşluk bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bkz. **Himmelschein**, s. 282 vd.

Akdin müspet ihlali kavramına karşı çıkan hukukçulardan biri ise **Stoll** olmuştur. Yazar, 1932 yılında yayımladığı "*Akdin Müspet İhlali Öğretisine Veda*" başlıklı makalesinde, akdin müspet ihlali kavramının gereksiz olduğunu ve kanunda bu konuda önemli bir boşluk bulunmadığını savunmuştur. Alman kanun koyucusu, temerrüt ve imkânsızlık dışındaki diğer ifa engellerini ayrıca düzenlemeyerek, bu konuları gözden kaçırmış değildir; yalnızca, diğer ifa engellerinin önemini tam olarak kavrayamamıştır. Nitekim, kusuruyla bir yükümlülüğü ihlal eden herkesin, bundan doğan zararları tazminle yükümlü olduğu yönündeki kural, gerek BGB § 276'da gerekse diğer hükümlerde yer almıştır. Öte yandan, çeşitli ihlal hallerinin tek bir başlık altında toplanması ihtiyacı mevcuttur. Bu açıdan, yazar, "*alacak ihlali (Forderungsverletzung)*" kavramını önermiştir. Alacak ihlallerinde esas alınacak ölçütün ise ihlalin türü olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, bir alacağın ihlal edilmesinde, esas alınacak olan, imkânsızlık, temerrüt veya ayıplı ifa teşkil edip etmemesi değil, ihlal edilen menfaatin türü ve yoğunluğudur. Bkz. Heinrich, **Stoll**, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", *Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, AcP*, 136/1932, s. 257-332, s. 301 vd., s. 280 vd. Konu hakkında geniş ve doyurucu açıklamalar için bkz. **Aral**, s. 76 vd. Her ne kadar, **Stoll**, bu makalesi ile akdin müspet ihlali kavramına veda etmiş olsa da, *Staub*'un görüşü, yüz yılı aşkın süredir Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerini derinden etkilemiştir.

³⁸ **Medicus**, s. 168, 169; **Larenz**, s. 296, 297; Jan Dirk, **Harke**, *Allgemeines Schuldrecht*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2010, s. 264. Avusturya Hukuku'nda bkz. Silvia, **Dullinger**, *Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2010, s. 5 vd. Akdin müspet ihlalinin, imkânsızlık ve temerrüt halleriyle *talilik ilişkisi (Subsidiaritätsverhältnis)* içinde olduğu da savunulmaktadır. Bkz. **Aral**, s. 91.

³⁹ Rona, **Serozan**, "«Culpa in Contrahendo», «Akin Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Korumaya Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", *MHAD, Cilt 2, Sayı 3*, 1968, s. 108-129, (Müspet İhlal), s. 34; **Aral**, s. 76 vd.

Belirtmek gerekir ki, Alman Hukuku'nda, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten önce, hangi durumlarda sözleşmenin müspet ihlali yaptırımını içeren borca aykırılık hükümlerine, hangi durumlarda ayıptan sorumluluk rejimine başvurulacağı konusunda net bir çözüm bulunmamaktaydı⁴⁰. Ancak, söz konusu değişiklikten sonra “*yüküm ihlali (Pflichtverletzung)*” kavramının BGB § 280 hükmünde düzenlenmesiyle birlikte, her türlü borca aykırılık hali, tek bir başlık altında toplanmış; öte yandan, ayıptan sorumluluğu düzenleyen BGB § 434 ve devamı hükümlerinde ifa engellerine ilişkin genel hükümlere atıf yapılarak, ayıptan sorumluluk ile sözleşmenin müspet ihlali arasındaki kurallar çatışması ve yarışma sorunu aşılmıştır⁴¹.

İsviçre Türk Hukuku'nda genel borca aykırılık rejimine ilişkin düzenleme (İsvBK m. 97 f. I; TBK m. 112), Alman Hukuku'ndan oldukça farklıdır. Bu sebeple, İsviçre-Türk öğretisinde, akdin müspet ihlali kavramına ihtiyaç olup olmadığı; ihtiyaç duyulması halinde, kapsam ve mahiyetinin ne şekilde belirleneceği tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre⁴², İsviçre-Türk Hukuku'nda TBK m. 112 ve İsvBK m. 97 f. I hükümlerinde, gereği gibi ifa etmeme hali düzenlenmiş olduğundan, temerrüt ve imkânsızlık dışındaki ifa engellerini akdin müspet ihlali kavramı altında nitelendirme ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar, özellikle, borcun ihlalinin, gerekli bilgilendirme ve aydınlatmanın yapılmamış olması veya gerekli muhafazanın sağlanamaması hallerinde, müspet değil, *menfi (omission)* bir davranışla gerçekleştiğinin altını çizmektedir⁴³. Bu görüşü savunan yazarlara göre, akdin müspet ihlali kavramına bu denli büyük bir anlam at-

⁴⁰ Ayıplı ifa halinde, hangi durumlarda sözleşmenin müspet ihlaline, hangi durumlarda ayıptan sorumluluğa başvurulacağı konusunda, Alman öğretisindeki görüşler ve Alman yargı uygulamaları için bkz. **Aral**, s. 92-97.

⁴¹ 01.01.2002 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu değişikliği konusunda ayrıca bkz. **Emmerich**, s. 8 vd.; Rona, **Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel), s. 208; Rona, **Serozan**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248 (İfa Engelleri), s. 246, 247; **Aral**, s. 98.

⁴² **von Tuhr/Escher**, s. 107, *özellikle* dn. 80, 88b; ZK-**Oser/Schönenberger**, OR Vorbem. Art. 97-109 N 17; Jean, **Cuendet**, La faute contractuelle et ses effets, Étude de l'article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Edition Stämpfli & Cie SA, Berne, 1970., s. 56; **Neuenschwander**, s. 47; **Stanislas**, s. 100; **Guhl/Koller**, s. 245; **Oğuzman/Öz**, N 1542, 1543; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 402; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1071; **Eren/Dönmez**, TBK m. 112 N 27.

⁴³ **von Tuhr/Escher**, s. 107; **Guhl/Koller**, s. 245; **Stanislas**, s. 101; **Oğuzman/Öz**, N 1542, 1543; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 402; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1071.

fetmek isabetli olmaz; keza, temerrüt ve imkânsızlık dışındaki borca aykırılık hallerini, TBK m. 112 ve İsvBK m. 97 f. I uyarınca borcun gereği gibi ifa edilmemesi (*nicht gehörige Erfüllung; exécution imparfaite*) veya kötü ifa (*Schlechterfüllung*) başlığı altında toplamak mümkündür⁴⁴.

İsviçre-Türk öğretisinde giderek daha fazla taraftar bulan ve Staub'un görüşünü takip eden aksi görüşe göre⁴⁵, akdin müspet ihlali kavramının, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık (*hiç ifa etmeme*) ve borçlu temerrüdü (*geç ifa*) dışında kalan borca aykırılık hallerini kapsar şekilde kullanılması mümkündür. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık halinde ve borçlu temerrüdünde, borçlu, gerçekleştirmesi gereken ifa fiilini hiç gerçekleştirmemekte ve pasif kalmakta; buna karşılık, akdin müspet ihlali, borçlu, yapmaması gereken bir şeyi yapmak suretiyle, aktif ve müspet bir davranışla borcunu ihlal etmektedir. Eve gelen tamircinin su tesisatına zarar vermesi ve evi su basması; inşa edilen binanın statik hesaplarının yanlış yapılması ve binanın depremde zarar görmesi; işçinin sigarasını işyerine söndürmeden atması sebebiyle yangın çıkması; mazot ve benzinin bir arada depolanması sebebiyle, araçların zarar görmesi akdin müspet ihlali kavramıyla ifade edilmektedir. Akdin müspet ihlali borca aykırılık, çoğunlukla bir müspet fiille gerçekleştirilmektedir. Keza, bu hallerde gereği gibi olmasa da bir ifa fiilinin varlığı kuşkusuzdur. Öte yandan, akdin müspet ihlali kavramını benimseyen yazarlara göre, borca aykırılığın her zaman müspet bir

⁴⁴ ZK-Oser/Schönenberger, OR Vorbem. Art. 97-109 N 17; von Tuhr/Escher, s. 106, 107; Cuendet, s. 56; Neuenschwander, s. 47; Guhl/Koller, s. 245; Oğuzman/Öz, N 1542, 1543; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 402; Eren, Borçlar Genel, s. 1071. Öte yandan, Stoll'e göre, her iki kavram da yetersizdir. Bkz. Stoll, s. 301 vd.

⁴⁵ Alfred, Schubiger, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. - 97 ff., Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1957, s. 30; Schwenzer/Fountoulakis, N 67.01; Stanislas, s. 101, dn. 22; von Büren, s. 381 vd.; Bucher, s. 335; Max, Keller / Kurt, Siehr, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995, s. 283 vd.; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2615 vd.; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 2; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 118; Aral, s. 77, 105; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 972 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Tercier/Pichonnaz, N 1308; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19 vd.; Serozan, Borçlar Genel, s. 246 vd.; Serozan, Müspet İhlal, s. 120; İsvFM, 09.01.2020, 4A_350/2019; 29.5.2018, 4A_558/2017; 28.11.2006, 4C.180/2005 = SJ 2007 I 461; 29.5.2018, 4A_610/2017; İsvFM, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315.

Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının, akdin müspet ihlali kavramı yanında, gereği gibi ifa etmeme ve kötü ifa kavramlarını da kullandığı görülmektedir. Bkz. BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 2; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19 vd.; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2615 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 972 vd.; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Bucher, s. 335.

davranışla gerçekleştirilmesi de şart değildir; menfi bir davranışla da gerçekleştirilmesi mümkündür⁴⁶. Bunun en bariz örneği, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde, bilgi verme ve uyarma yükümlülüğünün hiç yerine getirilmemiş olmasıdır⁴⁷.

Akdin müspet ihlali, imkânsızlık ve temerrüt hali dışında meydana gelen borç ihlalleri açısından bir toplayıcı kavram (*Auffangstatbestand*) teşkil ettiği için, bu çerçeveye dahil olan borca aykırılık halleri farklılık gösterir. Öte yandan, ihlal edilen yükümlülüğün türüne göre, bu halleri iki temel grupta toplamak mümkündür⁴⁸. Akdin müspet ihlalinin en temel iki görünümü, edim yükümlülüklerinin (*Leistungspflichten*) ve yan yükümlülüklerin (*Nebenpflichten*) ihlali-⁴⁹dir. Gerek asli edim yükümlülüklerinin ihlali gerekse bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine yarayan yan yükümlülüklerin ihlali akdin müspet ihlali kavramının kapsamına dahildir. Buna karşılık, öğretide bir eğilim, gereği gibi ifa etmeme kavramını üst başlık olarak tercih etme ve akdin müspet ihlali kavramını ise bu başlık altında yan yükümlülüklerin ihlalinin karşılar şeklinde kullanmaktadır⁵⁰. Kanımızca, akdin müspet ihlali yan yükümlülüklerinin ihlali açısından olduğu kadar, edim yükümlülüklerinin ihlali hallerini de kapsar.

Öğretide Serozan⁵¹, akdin müspet ihlali kavramını farklı bir yere konumlandırmakta ve zarar verici eylemin akdin müspet ihlaline sebebiyet vermesi için, mutlaka geçerli bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmasının gerekmediğini belirtmektedir. Sözleşme geçersiz olsa dahi veya sözleşmeden dönül-

⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 972; Serozan, Borçlar Genel, s. 247.

⁴⁷ Schwenzer/Fountoulakis, N 67.01; İsvFM, 09.01.2020, 4A_350/2019. Nitekim menfi ihlallerin bu kapsama dahil olması, akdin müspet ihlali kavramına yönetilen eleştirilerin en önemli çıkış noktası olmuştur. Bkz. Lorenz, s. 367; von Tuhr/Escher, s. 106, 107; Oğuzman/Öz, N 1542; Serozan, Müspet İhlal, s. 34; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 402.

⁴⁸ Bu bakış açısına göre, ihlal edilen yükümlülüğün türü nazara alınmaktadır. Bkz. Medicus, s. 169 vd.; Emmerich, s. 336 vd.; Aral, s. 92. Buna karşılık, öğretide, ihlal edilen menfaatin türüne göre de ayırım yapılmaktadır. Bkz. Stoll, s. 286 vd.; Lorenz, s. 298 vd.

⁴⁹ Schwenzer/Fountoulakis, N 67.01; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Bucher, s. 335; Keller/Schöbi, s. 283 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2615 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 972 vd.; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 23; Serozan, Müspet İhlal, s. 34; Aral, s. 97 vd.; İpek, s. 262.

⁵⁰ CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19; Hatemi/Gökyayla, s. 284, 285. Bu görüşe göre, gereği gibi ifa etmeme, yan yükümlülüklerin ihlaline denk gelen akdin müspet ihlali ile nitelik bakımından gereği gibi ifa etmemeyi karşılayan kötü ifadan oluşur. Bkz. CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19.

⁵¹ Serozan, Müspet İhlal, s. 112 vd.; Rona, Serozan, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiil Hukuku’nun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, MHAD, Cilt 18, 1990, s. 27-43 (Yürürlükteki İfa Engelleri), s. 34; Serozan, Borçlar Genel, s. 246 vd.

müş olsa bile akdin müspet ihlali gerçekleşebilir. Bu görüşe göre, akdin müspet ihlalinin hukuki dayanağı, yalnızca sözleşme olarak kabul edilemez. Yazara göre, imkânsızlık ve temerrüt hali dışında kalan bütün borca aykırılık hallerini kapsar şekilde, akdin müspet ihlali kavramını kullanmak mümkündür. Bu sebeple, akdin müspet ihlali kavramı, bir “rezervuar” görevi görür. Yazara göre, ayıplı ifa, yan edim yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiği için⁵², akdin müspet ihlali yan edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerini kapsar. Öte yandan, koruma (*davranış*) yükümlülüklerinin geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi ihlal edilmesi mümkündür. Bu sebeple, akdin müspet ihlali, gereği gibi ifa etmeme kavramından çok daha geniştir ve hukuki temelini edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinde ve dürüstlük kuralında bulur.

İlk olarak, (*asli*) edim yükümlülükleri açısından akdin müspet ihlali, ayıplı ifa şeklinde kendisini gösterir⁵³. Zira, nitelik bakımından sözleşmeye

⁵² Rona, **Serozan**, “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, MHAD, Cilt 3, Sayı 5, 1969, s. 211-238 (Parça Borcu), 231 vd.; **Serozan**, Borçlar Genel, s. 247; **Serozan**, Dönme, s. 285; **Serozan**, Yürürlükteki İfa Engelleri, s. 35.

⁵³ **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.03 vd.; CR-**Thévenoz**, CO art. 97 N 21. Kanımızca ayıptan sorumluluk bir yan borç veya yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilemez. Nitekim, İsviçre-Türk öğretisinde yazarların büyük çoğunluğu, ayıptan sorumluluk borcunu, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcu dahilinde, asli edim yükümlülüğü içerisinde mütalaa etmektedir. Bkz. **Schubiger**, s. 6 vd.; **Neuenschwander**, s. 26, 34; Herbert, **Schönle** / Peter, **Higi**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (ZK), OR Art. 197-A N 3; **Stanislas**, s. 107; Hans-Peter, **Katz**, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1973, s. 147, 148; BSK-**Honsell**, OR Vorbem. Art. 192-210 N 2; BK-**Giger**, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 17 vd.; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, CO Intro. art. 197-210 N 2; Peter, **Gauch**, Le contrat d’entreprise, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999, N 1360; Pierre, **Tercier** / Laurent, **Bieri** / Blaise, **Carron**, Les contrats spéciaux, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, N 631; Necip, **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1402, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 309, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Hata), s. 68, dn. 84; **Yargıtay HGK**, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (Kazancı); **Yargıtay HGK**, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (Kazancı). Buna karşın, bazı yazarlar ayıplı ifayı yan edim yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Serozan**, Parça Borcu, 231 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 285; **Serozan**, Yürürlükteki İfa Engelleri, s. 35; Başak, **Başoğlu**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 112, 113, dn. 174.

uygun olmayan ifa, akdin müspet bir davranışla ihlal edildiği anlamına gelir. Her ne kadar, satış, eser ve kira sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümlerine yer verilse de, bu özel hükümlerin yanında genel hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir sorundur⁵⁴. Benzer şekilde, satış, eser ve kira sözleşmelerinde ayıplı ifa içinde değerlendirilmeyen bazı ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlali de akdin müspet kavramı içinde yer almaktadır. Satılan malın kullanma kılavuzunun verilmemesi, ambalajın ayıplı olması⁵⁵, kiracının kiralananı özenle kullanmaması, malın uygun koşullarda taşınmaması, doktorun yanlış ilaç önermesi, makbuz verilmemesi bu durumlara örnek olarak gösterilebilir⁵⁶. Yan yükümlülükler içinde yer alan koruma yükümlülüklerinin ihlali de akdin müspet ihlali kapsamına dahildir⁵⁷. Tadilat için bulunan işçilerin ev eşyalarına zarar vermesi, satılan malın alev alarak yangına sebebiyet vermesi, arabaya benzin dolduran kişinin arabayı çizmesi, şoförün patronuna çarparak yaralanmasına sebep olması koruma yükümlülüklerinin ihlaline örnek olarak gösterilebilir⁵⁸.

Akdin müspet ihlali kavramını önceleri daha çekingен bir şekilde kullanan İsviçre Federal Mahkemesi, güncel kararlarında ise bu kavrama sıkça başvurmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre⁵⁹ akdin müspet ihlali, borcun “hiç” ifa edilmemesi (*inexécution d'une obligation*) halleri dışında, diğer bütün “gereği gibi ifa etmeme” hallerini kapsamaktadır. Bu açıdan, örneğin, satılanın ayıplı teslimi, sözleşmeden doğan asli bir borcun ihlali

⁵⁴ CR-Thévenoz, CO art. 97 N 21; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.02; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 35.

⁵⁵ Ayıptan sorumluluk rejimi, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun tamamlayıcısıdır ve her ne kadar satılanın ambalajının ayıplı olması gibi durumlar mümkün olsa da, bu tarz yan yükümlülükler, ayıptan sorumluluk kapsamına dâhil edilemez. Bkz. Heinrich, **Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (BT), s. 109; BSK-**Honsell**, OR Art. 210 N 1; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, CO art. 197 N 8; **İsvFM**, ATF 96 II 115 = JdT 1971 I 258; ATF 102 II 413. Öte yandan, tüketici satışlarında TKHK m. 8 hükmü uyarınca satılanın ambalajında veya etiketinde mevcut olan nitelik eksiklikleri de ayıptan sorumluluk rejiminin kapsamına dâhil edilmiştir.

⁵⁶ Örnekler için bkz. **Serozan**, Borçlar Genel, s. 248; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 35; **Aral**, s. 118 vd.; **İpek**, s. 262.

⁵⁷ **Aral**, s. 98; **Serozan**, Borçlar Genel, s. 248; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 39.

⁵⁸ Esasen haksız fiil kapsamında yer alan söz konusu yükümlülükler, koruma yükümlülüklerinin borç ilişkisinin muhtevasına dahil edilmesiyle birlikte sözleşme kapsamında yer almıştır. Bkz. **Bucher**, s. 336; **Serozan**, Borçlar Genel, s. 248 vd.

⁵⁹ **İsvFM**, 09.01.2020, 4A_350/2019; 29.5.2018, 4A_558/2017; 28.11.2006, 4C.180/2005 = SJ 2007 I 461; 29.5.2018, 4A_610/2017; **İsvFM**, ATF 137 III 16 = JdT 2013 II 315; ATF 113 II 424.

olarak nitelendirildiği için sözleşmenin müspet ihlali sayılmaktadır. Aynı şekilde, yan yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin erken feshi (*résiliation anticipée du contrat*) veya bir davranışta bulunmama yükümlülüğüne (*obligation de s'abstenir*) aykırı davranılması, akdin müspet ihlali olarak kabul edilmektedir. Keza, gerekli öneri ve tavsiyelerin yapılmaması da, akdin müspet ihlali teşkil eder.

Özetle, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılık hallerini bünyesinde birleştiren akdin müspet ihlali, edim yükümlülükleri ile ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri açısından uygulama alanı bulur⁶⁰. Öğretide de ifade edildiği üzere, borca aykırılığın borçlunun bir ihmalinden veya yapması gereken bir şeyi yapmamasından kaynaklanması ihtimalinde, örneğin gerekli bilgilendirmenin yapılmamış olması durumunda, ifa fiili vuku bulduğu için, yine de akdin müspet bir fiille ihlali söz konusu olmaktadır⁶¹. Bu sebeple, akdin müspet ihlaline yöneltilen temel eleştiri, kanımızca isabetli sayılmaz. Öte yandan, yüz yılı aşkındır Almanya, İsviçre, Avusturya ve Türk hukuk sistemlerinin içine işlemiş ve yargı kararlarında geniş yer bulmuş olan akdin müspet ihlali kavramını, kanunun yalnızca gereği gibi ifa etmeme kavramına yer vermiş olması sebebiyle terk etmek yerinde olmaz⁶². Akdin müspet ihlali kavramı, artık *Staub*'un ortaya attığı bir teori olmaktan çıkmış ve objektif bir hukuki vakıa haline gelmiştir. Sonuç olarak, kanımızca, akdin müspet ihlali terimini kullanmamak için geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramının (TBK m. 112; İsvBK m. 97 f. I) uygulama alanını teşkil eden unsurlar ile akdin müspet ihlali kavramının uygulandığı haller birbiriyle örtüşmektedir. Bu durumda, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ile akdin müspet ihlali kavramlarının birlikte ve eş anlamlı olarak kullanılması uygun olacaktır⁶³.

⁶⁰ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Bucher, s. 335, 336; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2615 vd.; Keller/Schöbi, s. 283 vd.; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 972 vd.; Serozan, Müspet İhlal, s. 34; Aral, s. 97 vd.; İpek, s. 262.

⁶¹ von Büren, s. 382; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 974.

⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 974. Günümüzde artık söz konusu terminolojik tartışmaya yer olmadığı görüşünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308. Akdin müspet ihlali kavramının örf ve âdet hukuku katına çıktığı yönünde bkz. Serozan, Borçlar Genel, s. 249.

⁶³ Öğretide bu yönde bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2615 vd.; Bucher, s. 335; Tercier/Pichonnaz, N 1308; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 972 vd.

3. Kötü İfa Kavramı

Kötü ifa (*Schlechterfüllung; mauvaise exécution*) kavramı, ilk kez, Ernst Zitelmann'ın 1911 yılında kaleme aldığı, “*Borcun Hiç İfa Edilmemesi ve Kötü İfası*” başlıklı makalesinde kullanılmıştır⁶⁴. Zitelmann'ın söz konusu makalesinde, kötü ifa kavramı, bir borca aykırılık türü olarak incelenmiş ve daha sonra doktrinde kullanılmaya başlamıştır. Buna karşılık, İsviçre-Türk Hukuku'nda kötü ifa kavramının kullanılması, çok da eskiye dayanmamaktadır⁶⁵. Bu sebeple, kötü ifa kavramının kapsam ve mahiyeti hakkında öğretilerde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kötü ifa kavramının ifa engelleri arasındaki yeri açısından bu kavramın konumu, esasen gereği gibi ifa etmeme, akdın müspet ihlali veya kötü ifa kavramlarından birinin diğerine üstün tutulduğu bir tercih meselesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Öğretilerde önceden beri eserlere yansımış olan ilk görüşe göre⁶⁶, kötü ifa kavramı, ifa engelleri arasında, başlı başına bir ifa engeli olarak değil, bir alt kategori olarak mütalaa edilmektedir. Bu bakış açısında göre, borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya akdın müspet ihlali, imkânsızlık ve temerrüt dışındaki diğer ifa engellerini bünyesinde toplamakta; kötü ifa ise, gereği gibi ifa etmeme veya akdın müspet ihlali hallerinin bir alt kategorisini teşkil etmektedir. Kötü ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramını akdın müspet ihlaline üstün tutanlara göre⁶⁷ borcun gereği gibi ifa edilmemesinin; akdın

⁶⁴ Ernst, Zitelmann, “Nichterfüllung und Schlechterfüllung: Selbstmahnung des Schuldners, Zwei Beiträge zum Schuldrecht”, Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, Berlin, 1911, s. 263-292.

⁶⁵ Kötü ifa (*Schlechterfüllung; mauvaise exécution*) kavramını kullanan eserler için bkz. Schubiger, s. 29 vd.; Neuenschwander, s. 32 vd.; Stanislas, s. 100; Cuendet, s. 40, 41; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19 vd.; Max, Keller / Thomas, Lörtscher, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1986, s. 38; Rolf, Furrer, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973, s. 34, 35; Oğuzman/Öz, N 1540 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68, dn. 84, s. 75; Aral, s. 106 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1074 vd.; Nomer, N 185 vd.

⁶⁶ Neuenschwander, s. 32 vd.; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26 vd.; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 120-121; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19, 42; Keller/Lörtscher, s. 38; Stanislas, s. 100; Schubiger, s. 29; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2619, 2627 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 973; Aral, s. 106; Eren, Borçlar Genel, s. 1074; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 23, 33; Serozan, Borçlar Genel, s. 246; Serozan, Dönme, s. 282 vd.

⁶⁷ Neuenschwander, s. 32 vd.; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19, 42; Keller/Lörtscher, s. 38; Eren, Borçlar Genel, s. 1074; Stanislas, s. 100. Örneğin, Stanislas'a göre, kötü ifa, akdın müspet ihlali ve ayıplı ifa hallerine girmeyen, gereği gibi ifa etmemenin ender bir türüdür. Bu açıklamalar, önceden yaşanan terminoloji karmaşasını açıkça gözler önüne sermektedir.

müspet ihlali kavramını kullananlara göre⁶⁸ bu borca aykırılık türünün bir alt türü olarak kabul edilmektedir. Nitekim, kötü ifanın diğer kavramlara nazaran daha yeni bir kavram olması ve söz konusu sınıflandırma sürecine sonradan dahil olması, bu kavramın bir alt kategori olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Özellikle, kötü ifa kavramının Alman Hukuku'ndan ziyade, İsviçre Hukuku'nda rağbet görmesi, bazı eserler açısından kötü ifa kavramını geri plana itmiştir.

Kötü ifa kavramını bir alt kategori olarak nitelendiren yazarlar, kötü ifa kavramını dar anlamda kullanmakta; kötü ifa kavramının içinden, yan yükümlülüklerle ve koruma yükümlülüklerine aykırılık hallerini çıkarmaktadır. Nitekim, bu bakış açısını en açık şekliyle ifa eden *Neuenschwander*'e göre de, kötü ifa kavramının biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır⁶⁹. Dar anlamda kötü ifa, edimin nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemesi veya ayıplı ifa edilmesi şeklinde tanımlanır. Buna karşın, geniş anlamda kötü ifa, yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği halleri de kapsar. Nitekim, kötü ifa kavramını bir alt kategori olarak tanımlayan yazarlara göre⁷⁰, her ne kadar dar ve geniş anlamda kötü ifa ayırımı güdülmese de, kötü ifa, dar anlamda kullanılmaktadır. Bu görüşe göre, kötü ifa, edimin borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak tam ve doğru bir şekilde gereği gibi ifa edilmemesi veya niteliklerinin eksik, kötü veya ayıplı olması halidir. Bu sebeple, kötü ifa, nitelik bakımından asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi (*qualitativ nichtgehörigen Erfüllung; exécution qualitativement imparfaite*) şeklinde tanımlanır⁷¹.

⁶⁸ Schubiger, s. 29; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2619; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 120-121; Aral, s. 106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 973; Serozan, Borçlar Genel, s. 246; Serozan, Dönme, s. 282 vd. Serozan, "Sözleşmeden Dönme" isimli eserinde, her ne kadar, bu konunun başlığında gereği gibi ifa etmeme kavramını kullanmaktaysa da, akdin müspet ihlali kavramını esas almakta ve kötü ifa hallerini bu kapsamda değerlendirmektedir. Serozan'a göre, borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı, yan edim yükümlülüklerine aykırılık şeklinde tanımlanmalıdır. Akdin müspet ihlali ise, gerek yan edim yükümlülüklerine gerekse henüz sözleşme kurulmadan meydana gelen davranış yükümlülüklerine aykırılık hallerini kapsamaktadır.

⁶⁹ Neuenschwander, s. 33 vd.

⁷⁰ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2619, 2627; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26 vd.; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 120-121; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp, s. 973; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19; Eren, Borçlar Genel, s. 1074.

⁷¹ Esasen, borcun nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmemesi veya nitelik eksikliğinin bulunması, doğrudan doğruya ayıplı ifa teşkil eder. Bu sebeple, kötü ifanın dar anlamda kullanılması isabetli sayılmaz. Bkz. Aral, s. 108.

Buna karşın, daha çok güncel eserlerde yer alan ve bizim de üstün tuttuğumuz diğer görüşe göre⁷², kötü ifa kavramı, ifa engelleri sistematığında borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya akdin müspet ihlali kavramlarıyla eş anlamda ve bu kavramların yerine kullanılmaktadır. Bu yaklaşıma göre, kötü ifa kavramı, TBK m. 112 ve İsvBK m. 97 f. I hükümlerinde düzenlenen *gereği gibi ifa etmeme* haline karşılık gelir. Bu sebeple, imkânsızlık ve temerrüt hali dışında bütün borca aykırılık hallerini ifade etmek için kötü ifa kavramı kullanılabilir. Esasen, bu yaklaşıma göre kötü ifa, nitelik itibariyle gereği gibi ifa etmeme halleri dışında, yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlallerini de kapsar şekilde, geniş anlamda kullanılmaktadır. O halde, bu görüşe göre, kötü ifa, imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan, borcun nitelik itibariyle gereği gibi ifa edilmediği veya yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği halleri kapsayan bir borca aykırılık türüdür⁷³. Bu görüşe göre, kötü ifa rejimi, yalnızca borcun nitelik itibariyle kötü ifa edildiği halleri değil; diğer yükümlülüklerin ihlal edildiği durumlara da uygulanır. Kötü ifa daha geniş bir kavram olduğu için, ifanın edimde aranan niteliğe uygun olmaması, ayıplı ifa olarak nitelendirilir⁷⁴.

Kötü ifa, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin (*Leistungspflichten*) ve yan edim yükümlülüklerin (*Nebenleistungspflichten*) ihlalinde söz konusu olabileceği gibi; yan yükümlülüklerin (*Nebenpflichten*) ve koruma yükümlülüklerinin (*Schutzpflichten*) ihlalinde de gündeme gelir. Satılan malın bozuk olması, makinenin çalışır vaziyette olmaması, çamaşır makinesinde elektrik kaçağının bulunması gibi hallerde söz konusu olan ayıplı ifa, asli edim yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir⁷⁵. Benzer şekilde, montaj

⁷² Cuendet, s. 40; Schwenger/Fountoulakis, N 67.07; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 4; Oğuzman/Öz, N 1540 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 68, dn. 84, s. 75; Serozan, Borçlar Genel, s. 246; Serozan, Müspet İhlal, s. 34; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 400; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Tercier/Pichonnaz, N 1308; Kılıçoğlu, s. 848; Nomer, N 185 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 285; Atamer, s. 324 vd.; İpek, s. 265.

⁷³ Oğuzman/Öz, N 1541 vd.; Nomer, N 185.4; Aral, s. 109.

⁷⁴ Cuendet, s. 40; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 400; Oğuzman/Öz, N 1541; Nomer, N 185.4; Aral, s. 109; İpek, s. 265; Yargıtay 15. HD, E. 2015/4557, K. 2015/6289, T. 9.12.2015 (Kazancı): "Borcun ifa edilmemesi edimin hiç ifa edilmemesi yanında gereği gibi ifa edilmemesi de kapsar. Ayıplı ifa borcun gereği gibi ifa edilmemesidir."

⁷⁵ Ayıplı ifa, satıcının asli edim yükümlülüğüne dahildir. Bkz. Schubiger, s. 6 vd.; Schwenger/Fountoulakis, N 67.03; Neuenschwander, s. 26, 34; ZK-Schönle/Higi, OR Art. 197-A N 3; Stanislas, s. 107; Katz, s. 147, 148; BSK-Honsell, OR Vorbem. Art. 192-210 N 2; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 17 vd.; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, CO Intro. art. 197-210 N 2; Gauch, N 1360; Tercier/Bieri/Carron, N 631; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68, dn. 84.

yükümlülüğü bulunan satış sözleşmelerinde, satın alınan makinenin veya mobilyanın montajının yapılmaması; satılan markalı ürünün ambalajının bozuk olması⁷⁶; satın alınan bilgisayarın çantasının ayıplı olması yan edim yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder ve kötü ifa olarak nitelendirilir. Öte yandan, satın alınan bir elektrikli aletin kullanım kılavuzuna yer verilmemesi, borçlunun alacaklıyı yanlış bilgilendirmesi, tamire bırakılan aracın tamirci tarafından kullanılması, kiracının kiralanan zarara vermesi gibi hallerde, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması kötü ifa teşkil eder. Keza, tamircinin ev eşyalarına zarar vermesi, ayıplı ürünün alev alarak alıcının yaralanmasına neden olması, mobilyadaki tahta kurtlarının diğer mobilyalara sıçraması gibi hallerde koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği söylenebilir. Gerçekten de, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği hallerde, kötü ifanın bulunmadığını söylemek güçtür. Zira, bu gibi hallerde ne imkânsızlık ne temerrüt hali söz konusudur. Bu sebeple, bizim de isabetli bulduğumuz bu görüş uyarınca⁷⁷, kötü ifanın, imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan edim yükümlülüklerine ve yan yükümlülüklerle aykırı davranılması şeklinde tanımlanması ve kötü ifanın ihlal edilen yükümlülükler çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, alacaklı gereği gibi olmayan kötü ifayı kabule mecbur değildir. İfa teklifine konu edilen edim, nitelik bakımından gereği gibi değilse, alacaklı kendisine sunulan kötü ifayı reddedebilir⁷⁸. Bu durumda, kötü ifayı reddeden alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşmez. Alacaklının gereği gibi olmayan ifa teklifini reddetmesiyle birlikte, borcun ifa edilmemesi durumu meydana gelir ve borçlu borcun tamamı bakımından borçlu

⁷⁶ Satılanın ambalajı kural olarak, ifaya yardımcı yan yükümlülükler içerisinde değerlendirilir. Buna karşın, özellikle satılanın kullanılabilirliği, elverişliliği ve korunabilmesi açısından ya da malın yeniden satılabilmesi için ambalajın gerekli olduğu durumlarda veya markalı ürünlerin orijinal ambalajında satılmasının istendiği hallerde ambalaj satış sözleşmesinin konusu kapsamında değerlendirilir ve bir yan *edim* yükümlülüğü halini alır. Bkz. BSK-**Honsell**, OR Art. 197 N 10; BK-**Becker**, OR Art. 197 N 1; CR-**Venturi/Zen-Ruffinen**, CO art. 197 N 8; BK-**Giger**, OR Art. 197 N 91; Pierre, **Cavin**, *Traité de droit privé suisse*, Tome IV, 1: vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1978, s. 77, 78. Ayrıca bkz. **İsvFM**, ATF 96 II 115 = JdT 1971 I 258.

⁷⁷ **Cuendet**, s. 40; CR-**Thévenoz**, CO art. 97 N 4; **Oğuzman/Öz**, N 1540 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Hata, 68, dn. 84, s. 75; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 400; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1309; **Kılıçoğlu**, s. 848; **Nomer**, N 185 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 285; **Atamer**, s. 324 vd.; **İpek**, s. 265.

⁷⁸ BK-**Becker**, OR Art. 91 N 22; ZK-**Oser/Schönenberger**, OR Art. 97 N 4; **Bucher**, s. 286, 299, dn. 25; **Keller/Siehr**, s. 71; BSK-**Honsell**, OR Vorbem. Art. 197-210 N 3; **Oğuzman/Öz**, N 1141, dn. 371, N 1506; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 399; **Neuenschwander**, s. 35; **Aral**, s. 110; **Nomer**, N 185.6.

temerrüdüne düşebilir⁷⁹. Buna karşılık, ayıp alacaklı için çok az önem taşıyorsa veya ifanın reddedilmesi borçluyu çok güç bir duruma sokacaksa, dürüstlük kuralı uyarınca alacaklı ifayı kabul etmek zorunda kalabilir⁸⁰. Benzer şekilde, alacaklı açısından kötü ifayı kabul zorunluluğu, kanundan veya sözleşmeden de doğabilir⁸¹. Öte yandan, alıcı kötü ifayı reddetmek istemeyebilir. Alacaklının gereği gibi yapılmayan kötü ifayı kabul etmesi, güven prensibi aksini gerektirmedikçe, ayıptan sorumluluğa dayanmaktan feragat ettiği anlamına gelmez⁸². Ayıbın niteliğinin açık ayıp şeklinde olması da kural olarak bu sonucu değiştirmez⁸³. İşte böyle durumlarda alacaklı, borcun kötü ifa edilmiş olması sebebiyle borçlunun sorumluluğuna başvurabilir; şayet, kötü ifa hali Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri bahsinde düzenlenmişse, ilgili özel hükümde öngörülen çareleri işletebilir veya genel hükümler çerçevesinde borcun gereği gibi ifa edilmemiş olmasını düzenleyen TBK m. 112 hükmü uyarınca tazminat talep edebilir⁸⁴.

II. BORCUN KÖTÜ İFA EDİLDİĞİ HALLER

TBK m. 112 ve İsvBK m. 97 f. I hükümlerinde, borçlu, borcun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe,

⁷⁹ ZK-Oser/Schönenberger, OR Art. 97 N 4; Neuenschwander, s. 35; Cuendet, s. 40; Keller/Siehr, s. 71; BSK-Honsell, OR Vorbem. Art. 197-210 N 3; Oğuzman/Öz, N 1141, dn. 371, N 1506; Aral, s. 110. Özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı, TBK m. 125 hükmüne başvurabilir. Bkz. Oğuzman/Öz, N 1506.

⁸⁰ Oğuzman/Öz, N 1141, dn. 371, N 1506.

⁸¹ BK-Becker, OR Art. 91 N 22; Cuendet, s. 40; Aral, s. 110.

⁸² Oğuzman/Öz, N 1540, özellikle dn. 468; Nomer, N 185.6. Fakat hatırlatmak gerekir ki, alıcının sözleşmenin kurulması sırasında satılacak ayıpları bilmesine rağmen satılanı teslim almış olması durumunda, satılacak ayıpları kabul ettiği yönünde bir kabul faraziyesi oluşmakta; TBK m. 222 f. I uyarınca satıcının ayıptan sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. BSK-Honsell, OR Art. 200 N 1; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, CO art. 200 N 1; Tercier/Bieri/Carron, N 69.

⁸³ Kanun koyucu TBK m. 222 f. I hükmünde, satıcının satış sözleşmesi akdedildiği anda, alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmadığını açıkça düzenlemiştir. Öte yandan, TBK m. 222 f. II hükmünde satıcının, ayrıca üstlenmemişse, alıcının yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da sorumlu olmadığı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu hükümle, alıcının sözleşmenin kurulması sırasında ayıpları bildiği (*müspet bir şekilde*) veya bilmesinin mümkün olduğu (*farazi veya varsayılan şekilde*) hallerde bir kabul faraziyesi düzenlemiş ve böylece alıcının ayıbı bilmesi veya bilmesinin gerekmesi durumuna, satılanı herhangi bir çekince ileri sürmeksizin kabul ettiği sonucunu bağlamıştır. O halde, alıcının sözleşmenin kurulması sırasında bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı açık ayıplar bakımından ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurması mümkündür.

⁸⁴ Sözleşmeden dönme hakkının da bulunduğu yönünde bkz. Schwenzer/Fountoulakis, N 68.10; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 58; Gauch/Schluep/Emmenegger, N 2624.

alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü tutulmuştur. Kötü ifa halinde, alacaklının elindeki temel hukuki çare, tazminat talep etmektir. Böylece, alacaklı, bozulan ifa menfaatine ulaşmak amacıyla, müspet zararının tazmini talep edebilecektir. Öte yandan, öğretide⁸⁵, giderek artan şekilde, kötü ifa veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde, TBK m. 125 ve İsvBK m. 107 hükmüne kıyasen, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi de savunulmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için ise, esaslı (*temel*) (*wesentliche Vertragsverletzung*) veya nitelikli bir sözleşme ihlali (*qualifizierte Vertragsverletzung*) olması gerekmekte; yükümlülük ihlalinin ağırlığı sebebiyle, sözleşmeyi ayakta tutmanın artık beklenemeyecek dereceye ulaşmasının şart olduğu ifade edilmektedir⁸⁶. Böylece, alacaklı, kötü ifa sebebiyle sözleşmeden dönebilecek ve menfi zararının tazminini talep edebilecektir⁸⁷.

Sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde, borcun kötü ifa edilmesi sebebiyle meydana gelen tazminat talebinin ise, temelde dört şartı bulunmaktadır. Bunlar, (i) borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ihlali veya borca aykırı davranış, (ii) maddi ya da manevi bir zarar, (iii) uygun nedensellik bağı ve (iv) kusur şartlarıdır⁸⁸. Sorumluluk hukuku açısından, zarar, nedensellik bağı ve kusur şartları genellikle benzer şekillerde gerçekleştiğinden, borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğün ihlali, kötü ifa açısından belirleyici olacaktır. Nitekim, öğretide kötü ifa hallerini belirtmek ve bunu diğer borca aykırılık hallerinden ayırmak için, ihlal edilen yükümlülüğün hareket etmek konusunda bir yaklaşım birliği mevcuttur. Borç ilişkisinde, borçluyu alacaklıya

⁸⁵ **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2624; **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 58; **Serozan**, Borçlar Genel, s. 250. Nitekim, öncelenmiş borca aykırılık sebebiyle sözleşmeden dönme hakkının tanındığı yönünde bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2624; **İsvFM**, ATF 110 II 143. Aynı şekilde, borçlunun sorumlu olduğu sonraki ifa imkansızlığında da sözleşmeden dönme hakkının tanındığı yönünde bkz. **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 58.

⁸⁶ **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2624; **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 58. Nitelikli sözleşme ihlali (*qualifizierte Vertragsverletzung*) kavramının kullanılması gerektiği yönünde bkz. **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2624. Esaslı sözleşme ihlali (*wesentliche Vertragsverletzung*) kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10. Sözleşmeden dönme hakkının, iki tarafın da borcunu ifa etmediği hallerde veya sürekli borç ilişkilerinde tanınmasının isabetli olacağı yönünde bkz. **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 58; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10.

⁸⁷ **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 58; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.10.

⁸⁸ **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2619; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 68.06 vd.; **Bucher**, s. 335; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074 vd.; **Cuendet**, s. 40 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 404 vd.; **CR-Thévenoz**, CO art. 97 N 19 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 972 vd.; **Aral**, s. 111 vd.; **Oğuzman/Öz**, N 1540 vd.; **Nomer**, N 185 vd.; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, N 1294; **Tercier/Pichonnaz**, N 1294.

bağlayan ve yerine getirmesi beklenen yükümlülükler, her şeyden önce, edim yükümlülükleri (*Leistungspflichten*) ve yan yükümlülükler (*Nebenpflichten*) olarak ikiye ayrılır.

1. Edim Yükümlülüklerinin İhlali

Her sözleşme ilişkisi, ifa menfaatini (*Erfüllungsinteresse*) gerçekleştirmeyi esas alır. Sözleşme ilişkisinin hedeflediği ifa menfaati ise, dar anlamda edim menfaatinin (*Leistungsinteresse*) gerçekleştirilmesi; yani edim yükümlülüklerinin sözleşme uygun bir şekilde ifa edilmesiyle mümkün olur. Edim yükümlülükleri de kendi içinde iki ayrılır: Asli edim yükümlülükleri (*Hauptleistungspflichten*) ve yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflichten*). Bugün kabul edilen hâkim anlayışa göre⁸⁹, her borç ilişkisinde mutlaka asli veya yan edim yükümlülüklerinin yer alması gerekmez. Zira, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkilerinden, yalnızca karşı tarafın mal ve şahıs varlığını zarardan uzak tutmaya yarayan koruma yükümlülüklerinin doğduğu kabul edilmektedir.

A. Asli Edim Yükümlülüklerinin İhlali

Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin türünü ve tipini, özellik ve niteliklerini belirleyen borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu asıl borcu oluşturur⁹⁰. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin objektif esaslı noktalarını (*essentia negotii*) teşkil eder ve şayet sözleşme, kanunda düzenlenen bir isimli (*contrats nommés*; *Nominatverträge*) sözleşme ise, asli edim yükümlülüğü kanunda yer alır⁹¹. Örneğin, satış sözleşmesinde, satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin devri (TBK m. 207, 210); kira sözleşmesinde bir şeyin kullanılmasının kiracıya bırakılması (TBK m. 299); hizmet sözleşmesinde işçinin işverene bağlı olarak iş görme borcu (TBK m. 393); eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu (TBK m. 470); vekalet sözleşmesinde vekilin iş görme veya işlem yapma borcu (TBK m. 502), kanunda düzenlenmiş asli edim yükümlülüklerine örnektir⁹². Buna karşılık, kanunda

⁸⁹ Larenz, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11 vd.; Serozan, Müspet İhlal, s. 119.

⁹⁰ Larenz, s. 8 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Neuenschwander, s. 5; Josef, Esser / Eike, Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995, § 6 III; Eren, Borçlar Genel, s. 32; Edis, s. 315, 316.

⁹¹ BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 122; Bucher, s. 99; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Esser/Schmidt, § 6 III; Aral, s. 34.

⁹² Her sözleşme tipinin asli unsurlarının kanunda belirtilmesi olgusu, tarihi bakımdan Roma Hukuku'ndaki actio sistemi ile açıklanır. Zira, Roma Hukuku'nda dava hakkı, yalnızca asli edimin yerine getirilmemesi durumunda, alacaklıya tanınan actio'lar vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bkz. Aral, s. 35.

düzenlenmeyen bir isimsiz sözleşme söz konusu ise (*contrats innommés; Innominatverträge*), karma sözleşmelerde, kanunda yer alan ancak farklı bir kombinasyonla bir araya getirilen farklı sözleşme tiplerine ait unsurlar asli edim yükümlülüğü olarak yer alır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaatı meydana getirme borcu ile arsa sahibinin taşınmaz mülkiyetini devretme borcu asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilir. Sui generis (*kendine özgü*) sözleşmelerde ise, borç ilişkisine ağırlığını veren, damgasını vuran ve borç ilişkisinin amacını teşkil eden unsur, asli edim yükümlülüğü olarak belirlenir. Örneğin, garanti sözleşmesinde garanti verenin riziko gerçekleşince zararı tazmin etme borcu bir asli edim yükümlülüğüdür.

Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin birinci derecede içeriği oluşturan, yan edim yükümlülüklerinden bağımsız ve doğrudan doğruya ifası dava edilebilen yükümlülüklerdir⁹³. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu teşkil eden asli edim yükümlülüğü, diğer tarafın ediminin sebep ve varlığını oluşturur; değiş tokuş veya karşılıklılık (*Synallagma; Austauschverhältnis*) ilişkisi içinde yer alır⁹⁴.

Kötü ifa, borca aykırılık türleri içerisinde, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık ile borçlu temerrüdü dışında kalan bütün gereği gibi ifa etmeme hallerini kapsar⁹⁵. Bu sebeple, geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme kapsamında değerlendirilen, ifanın taraflar, yer, zaman veya miktar gibi unsurlardan birine uygun olarak yerine getirilmemesi⁹⁶ temerrüt veya imkânsızlık sonucuna yol açacağından, edim yükümlülüğünün bu unsurlar bakımından ihlal edilmesi, dar anlamda gereği gibi ifa etmeme haline karşılık gelen kötü ifa olarak değerlendirilmez. Asli edim yükümlülüğünün yalnızca “nitelik (*Qualität; qualité*)” bakımından gereği gibi ifa edilmemesi bir kötü ifa teşkil eder. Başka bir deyişle, asli edim yükümlülüğünün kanunda ve sözleşmede öngörülen nitelikleri taşınamaması, asıl borcun kötü ifa edildiğini gösterir⁹⁷. Bu durumda, edim yükümlülüğünün sözleşmede veya kanunda

⁹³ Eren, Borçlar Genel, s. 32.

⁹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 32; Aral, s. 34. Öyle ki, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bu tür bir yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde, TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurulabilir.

⁹⁵ Cuendet, s. 40; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 4; Oğuzman/Öz, N 1540 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 68, dn. 84, s. 75; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 400; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Kılıçoğlu, s. 848; Nomer, N 185 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 285; Atamer, s. 324 vd.; İpek, s. 265.

⁹⁶ Geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme konusunda bkz. yukarıda, B.I/1/A.

⁹⁷ Larenz, s. 363; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2627; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19; Neuenschwander, s. 45 vd.; Oğuz-

belirlenen nitelikleri taşımaması veya edimin ifasında beklenen veya vaadedilen bazı niteliklerin eksik bulunması, ayıplı ifa (*Mangelhafte Erfüllung; exécution défectueuse*) olarak nitelendirilir⁹⁸. Söz konusu ayıplı ifa, edimin nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmediği (*qualitativ nichtgehörigen Erfüllung*) anlamına gelir ve asli edim yükümlülüğünün kötü ifası olarak değerlendirilir. O halde, kötü ifada asli edim yükümlülüklerinin ihlali, ayıplı ifa şeklinde gerçekleşir⁹⁹.

Edim yükümlülüklerinin kötü ifasında, borçlu, imkansızlıktan veya temerrüitten farklı olarak bir ifada veya ifa teşebbüsünde bulunmaktadır. Ancak ifa, borçlanılan edimin niteliklerine uygun bir ifa olmaktan uzaktır. Edim yükümlülüklerinin nitelikleri, konusu maddi edim (*Sachleistungen*) olan borçlar ile konusu bir hizmet edimi (*Dienstleistung*) olan borçlar açısından farklılık gösterir¹⁰⁰. Konusu maddi bir edim olan ve sonuç taahhüdü içeren satış, eser veya kira gibi sözleşmelerde, edim yükümlülüğünün kötü ifası, edim konusunun sözleşme uyarınca ihtiva etmesi gereken niteliklere sahip olmaması ve bu sebeple ayıplı bir malın alacaklıya teslim edilmesi veya alacaklının kullanımına sunulması şeklinde gerçekleşir¹⁰¹. Söz konusu nitelik eksikliğinin, edimin maddi (*Sachmangel*) veya hukuki niteliklerinden (*Rechtsmangel*) kaynaklanması mümkündür¹⁰². Bu sebeple, maddi niteliklerde değil, hakta (*mülkiyet hakkında*) bir eksiklik (*Rechtsmangel*) şeklinde meydana gelen zapt da kötü ifa hallerine dahildir¹⁰³. Kanun koyucu, konusu maddi edim olan satış, eser ve kira sözleşmelerine dair bazı kötü ifa hallerini, Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri bahsinde düzenlemiştir.

man/Öz, N 1541; Eren, Borçlar Genel, s. 1073 vd.; Aral, s. 75; Şeker, s. 3765; İpek, s. 256. Nitekim, bazı yazarlar, dar anlamda gereği gibi ifa etmemeyi (*exécution imparfaite au sens stricte*) yalnızca nitelik bakımından ayıplı ifa hallerine hasretmektedir. Bkz. CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19.

⁹⁸ CR-Thévenoz, CO art. 97 N 19; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 19; Neuenschwander, s. 45 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1073 vd.; Aral, s. 75; Oğuzman/Öz, N 1541; Hatemi/Gökyayla, s. 284, 285; Şeker, s. 3765.

⁹⁹ Neuenschwander, s. 45 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2627; CR-Thévenoz, CO art. 97 N 21; Aral, s. 111; Eren, Borçlar Genel, s. 1074, 1075; Oğuzman/Öz, N 1541.

¹⁰⁰ Schwenzer/Fountoulakis, N 67.04 vd.; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1074, 1075; Aral, s. 112.

¹⁰¹ Neuenschwander, s. 23 vd., 34 vd.; Schwenzer/Fountoulakis, N 67.04; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1074, 1075; Aral, s. 112.

¹⁰² BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 120; BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26; İsvFM, ATF 82 II 136; Aral, s. 112.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, N 1541; Hatemi/Gökyayla, s. 276, 285; Şeker, s. 3765; İpek, s. 256, 257. Aynı yönde bkz. BSK-Wiegand, OR Art. 97 N 26.

Hizmet ve iş görme edimlerinin kötü ifa edilmesi halinde ayıplı hizmet söz konusu olur¹⁰⁴. Konusu bir hizmetin ifası veya diğer başka davranışlar olan ve araç taahhüdü içeren hizmet ve iş görme edimlerinin (*Dienstleistung*) kötü ifası yani ayıplı hizmet, sarf edilen ve gösterilen özene göre belirlenir. Bu tür edimlerde, borçlunun yüklenmiş olduğu özenden ayrılma veya sapma (*inhiraf*), yani özen eksikliği (*Sorgfaltsmangel*) bir nitelik eksikliği olarak kabul edilir ve kötü ifa teşkil eder¹⁰⁵. Bir hizmet sözleşmesinde, bir temizlik işçisinin yerleri iyi temizlememesi veya bir fabrika işçisinin özensizliği sebebiyle malların kusurlu imal edilmesi; vekalet sözleşmesinde, avukatın dava sürelerini kaçırmaması, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale hataları, malvarlığı yöneticisinin kazanç getirmeyen yanlış yatırımlarda bulunması hizmet edimlerinin kötü ifasına örnektir. Yapmama edimlerinde ise, kötü ifa söz konusu olmaz; kural olarak, sadece imkânsızlık söz konusu olabilir¹⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki, nitelik, her türlü edim açısından asli edim yükümlülüğüne dahildir. Borç ilişkisinde sözleşmede kararlaştırılan veya doğası gereği edimde bulunması gereken niteliklerin eksik olması, borçlanılmış edimin ifası sayılmaz. Nitelik bakımından ifanın edime uygun olmaması durumunda, gerçek anlamda bir ifadan bahsedilemez. Bu sebeple, öğretide ayıplı ifayı yan edim yükümlülüklerine aykırılık sayan istisnai görüşün¹⁰⁷ aksine, ayıplı ifa, bir yan edim yükümlülüğüne aykırılık değil, doğrudan

¹⁰⁴ Tüketici işlemlerinde ayıplı hizmet, TKHK m. 13 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleyeme göre, ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir. TKHK m. 13 hükmünde ayıplı hizmet kavramının oldukça geniş düzenlendiği; hizmetin sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması hali borçlu temerrüdü teşkil edecek iken, söz konusu durumun ayıplı hizmet kapsamında dahil edildiği söylenebilir.

¹⁰⁵ **Neuenschwander**, s. 22, 23, 34; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.05; **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 31; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2628; Georg, **Gautschi**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. VI/2/3, 2. neu bearbeitete Auflage des von Dr. H. Becker, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1967 (BK), OR Art. 398 1a; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074, 1075; **Aral**, s. 112. Sürekli borç ilişkilerinde kötü ifa, sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil edebilir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1075.

¹⁰⁶ **Neuenschwander**, s. 84; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1075; **Aral**, 112. Öte yandan, TBK m. 113 f. II ve III hükümlerinde, yapmama borçlarının ihlali özel olarak düzenlenmiştir. Akdin müspet ihlali kabul eden yazarlara göre, bu hüküm, ilgili borca aykırılık halinin kapsamına girmektedir. Bkz. **Bucher**, s. 335 vd.; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2652.

¹⁰⁷ **Serozan**, Parça Borcu, 231 vd.; **Serozan**, Dönme, s. 285; **Serozan**, Yürürlükteki İfa Engelleri, s. 35; **Baçoğlu**, s. 112, 113, dn. 174.

doğruya asli edim yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilir¹⁰⁸. Zira, ifanın ayıplı olması halinde, asli edimin gereği gibi ifa edildiğini, ancak yan edim yükümlülüğüne aykırı davranıldığını savunmak, *Kocayusufpaşaoğlu*'nun ifadesiyle, sadece *şekli bir ifa kavramıyla yetinmek* olacaktır¹⁰⁹.

B. Yan Edim Yükümlülüklerinin İhlali

Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, yalnızca asli edim yükümlülüklerinden ibaret değildir. Pek çok sözleşme ilişkisinde, asli edim yükümlülüğünün yanında bazı yan edim yükümlülükleri de yer alır. Asli edim yükümlülüklerine nazaran arızı ve ikincil nitelikte olan, sözleşmenin tipini belirlemeyen, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, ancak asli edimin sözleşmeye uygun bir biçimde ifasını veya alacaklının borca uygun bir şekilde edime ulaşmasını sağlayan yükümlülükler, *yan edim yükümlülüğü* denilmektedir¹¹⁰. Yan edim yükümlülükleri, asli edimin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmesine ve edim menfaatine doğrudan olmasa bile dolaylı olarak ulaşılmasına hizmet ederler¹¹¹.

Yan edimler, asli edime oranla ikincil nitelik taşıyabilirler, asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden ayrı bir borç, alacaklı açısından ise ayrı bir alacak anlamına gelir. Alacaklının bu hakkın yerine getirilmesinde bağımsız bir menfaati olduğu için, yan edim yükümlülüklerinin asli edimden bağımsız olarak talep ve dava edilmesi (*Klagbarkeit*) mümkündür¹¹². Yan edim yükümlülükleri karşılıklı borç doğu-

¹⁰⁸ Schubiger, s. 6 vd.; Neuenschwander, s. 26, 34; ZK-Schönle/Higi, OR Art. 197-A N 3; Stanislas, s. 107; Katz, s. 147, 148; BSK-Honsell, OR Vorbem. Art. 192-210 N 2; BK-Giger, OR Vorbem. zu Art. 197-210 N 17 vd.; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, CO Intro. art. 197-210 N 2; Gauch, N 1360; Tercier/Bieri/Carron, N 631; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68, dn. 84; Yargıtay HGK, T. 24.5.2017, E. 2017/13-678, K. 2017/963 (Kazancı); Yargıtay HGK, T. 16.11.2016, E. 2014/13-1401, K. 2016/1060 (Kazancı); Yargıtay HGK, T. 15.2.2012, E. 2011/19-597, K. 2012/80 (Kazancı).

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 68, dn. 84.

¹¹⁰ BK-Merz, ZGB Art. 2 N 260; Deschenaux, s. 175; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11; Serozan, Müspet İhlal, s. 118; Emmerich, s. 336 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 32, 33; İpek, s. 56.

Öğretide bazı yazarlar, genel anlamda “*yan yükümlülük veya yan borç (Nebenpflichten; obligations accessoires)*” tabirini kullanmakta; yan edim yükümlülüğünü, yan yükümlülükleri de içine alır şekilde tanımlamaktadır. Bkz. Merz, Obligations, s. 43 vd.; Oğuzman/Öz, N 1541, dn. 469; Guhl/Koller, s. 11, 12.

¹¹¹ Serozan, Müspet İhlal, s. 118; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11; Aral, s. 36; Eren, Borçlar Genel, s. 32, 33; İpek, s. 56.

¹¹² Neuenschwander, s. 5; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2639; Guhl/Koller, s. 12; Eren, Borçlar Genel, s. 33; Serozan, Dönme, s. 304; Aral, s. 36; Edis, s. 316, 317; İpek, s. 57. Satış sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. BK-Giger, OR Art. 189 N 14, 16; Keller/Lörtscher, s. 13.

ran sözleşmelerde değiş tokuş veya karşılıklılık ilişkisi içinde yer alır¹¹³. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde diğer tarafın borçlandığı karşı edimin bir kısmı yan edim yükümlülüğü nazara alınarak belirlenir¹¹⁴.

Yan edim yükümlülüklerinin ikincil nitelikte ve asli edime bağlı olması, taraf menfaatleri açısından yapılan bir değerlendirmenin ürünüdür¹¹⁵. Zira, bir borç ilişkisi açısından yan edim yükümlülüğü olan bir davranış, başka bir borç ilişkisi açısından asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilir¹¹⁶. Öyle ki, bazı özel ve karmaşık borç ilişkilerinde, asli edim yükümlülüklerine ilişkin ana sinallagma ilişkisi dışında, karşılıklı yan edim yükümlülükleri arasında ikincil bir sinallagma ilişkisi ya da yan edim sinallagması (“*Nebenleistungssynallagma*”) bulunabilir¹¹⁷.

Yan edim yükümlülükleri kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğabilir¹¹⁸. Kanunda düzenlenen yan edim yükümlülüklerine, alacağı devreden alacak senedini verme yükümlülüğü (TBK m.190); ölçme ve tartma gibi devir giderlerinin satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan diğer giderlerin alıcıya ait olması (TBK m. 211); satılanın ayıplı olması durumunda, başka yerden gönderilen satılanın alıcı tarafından korunması yükümlülüğü (TBK m. 226 f. I)¹¹⁹; kiracının kiralananını özenle kullanma ve komşula-

¹¹³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 34; **İpek**, s. 57, 58. Bu sebeple, sözleşmeden doğan bütün edim yükümlülüklerinin tamamına “*edimler bütünü veya birlikte edim (Gesamtleistung)*” denilmektedir. Bu ifade, bir taraftan yan edim yükümlülüğünün asıl edime eklendiği ve onunla birlikte yer aldığı anlamına gelir. Diğer taraftan ise, yan edim yükümlülüğünün asli edime nazaran ikincil ve ona bağlı bir edim olduğunu gösterir. Bu sebeple, bir sözleşme ilişkisinde yan edim yükümlülüğünün bulunması için, asli edim yükümlülüğünün bulunması zorunludur. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 34.

¹¹⁴ Bu tür yan edimlerin, “*karşılıklı veya denk yan edim yükümlülüğü*” şeklinde nitelendirildiği yönünde bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 34.

¹¹⁵ Roland, **Schwarze**, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung 2022 von Volker Rieble, Roland Schwarze, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2020 (Staudinger-Yazar), BGB § 323 N B 13, 15; Hubert, **Stöckli**, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung, Abwicklung, Störungen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 271, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2008, N 57.

¹¹⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 33.

¹¹⁷ Staudinger-**Schwarze**, BGB § 323 N B 15. Borçlu yan edim yükümlülüğünü ifa etmezse, alacaklı, sözleşmeden kısmen dönerek, yan edim sinallagmasını sona erdirmeye imkânına sahiptir. Bkz. Staudinger-**Schwarze**, BGB § 323 N B 15.

¹¹⁸ **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2641; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 34 vd.; **Aral**, s. 36, 37.

¹¹⁹ Her ne kadar bir koruma yükümlülüğünden bahsediliyor olsa da, nitelik itibarıyla bir yan edim yükümlülüğünün söz konusu olduğu yönünde bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 35.

rına saygı gösterme yükümlülüğü (TBK m. 316 f. I); kiralananın olağan kullanma giderlerini karşılama borcu (TBK m. 317); hizmet sözleşmesinde işverenin hizmet belgesi verme yükümlülüğü (TBK m. 426); ticari temsilcilerin ve ticari vekillerin rekabet etmeme borcu (TBK m. 553) örnek olarak gösterilebilir¹²⁰. Kanun tarafından öngörülmüş olan söz konusu yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde ise, bir kötü ifa meydana gelir.

Yan edim yükümlülüklerinin sözleşmeyle kararlaştırılması mümkündür. Tarafların yan edim yükümlülüklerini belirlemesi; yani sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenlemeleri, sözleşme özgürlüğü prensibinin uygulama alanına dahildir¹²¹. Sözleşmede kararlaştırılan yan edim yükümlülüklerine¹²², kiracının bahçenin bakımını gerçekleştireceğinin kararlaştırılması; satılan cihazın kurulumunun veya bir mobilyanın montajının gerçekleştirileceğinin üstlenilmesi; aynı şekilde, bir makinenin belirli aralıklarla, bakım ve kontrolünün yapılacağına düzenlenmesi; satılanın ambalaj ve paketlenmesinin ayrıca sözleşmede yer alması; eser sözleşmelerinde belirli malzemelerin işsahibi tarafından sağlanacağına belirlenmesi; hizmet sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet yasağı örnek olarak gösterilebilir. Belirtmek gerekir ki, bu yükümlülüklerden bazıları sözleşmeyle düzenlenmese dahi, ifaya yardımcı yan yükümlülükler kapsamında yer alabilir.

Son olarak, yan edim yükümlülükleri, kanunda ve sözleşmede yer almasa dahi, sözleşmenin dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) gereğince yorumlanması ve tamamlanması sonucunda tespit edilebilir¹²³. Bu yükümlülüklerle, motorlu araç satışında trafik tescil belgesinin de teslim edilmesi veya asil bir at satışında soy kütüğü verilmesi örnek olarak gösterilebilir.

Bağımsız nitelikteki yan edim yükümlülükleri, bağımsız nitelik taşıdığı ve sinallagma ilişkisine dâhil olduğu için, asli edim yükümlülükleri gibi, ifa

¹²⁰ Taraflar isterlerse söz konusu yan edim yükümlülüklerini sözleşmeyle asli edim yükümlülüğü mertebesine çıkarabilirler. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 36.

¹²¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 32, 33. Yan edim yükümlülüğünün düzenlendiği sözleşme, kanunda yer alan bir isimli sözleşme olabilir. Böyle bir sözleşmeyi karma sözleşmelerden ayırt etmek gerekir. Karma sözleşmelerde kararlaştırılan edimlerin her biri asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilir. Oysa, yan edim yükümlülükleri, başka bir sözleşmede asli edim olabilecek iken, tarafların iradeleri neticesinde, sözleşmede ikincil ve asli edime tabi bir borç şeklinde kararlaştırılır. Dolayısıyla, bir sözleşmede asli edim yükümlülüğü olan bir borç, başka bir sözleşmede yan edim yükümlülüğü halini alabilir Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 33.

¹²² Farklı örnekler için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 36; **Aral**, s. 36; **İpek**, s. 61 vd.

¹²³ **BK-Merz**, ZGB Art. 2 N 260; **Neuenschwander**, s. 5; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 11; **Serozan**, Dönme, s. 302; **Eren**, Borçlar Genel, s. 37; **Aral**, s. 37.

engellerinin konusunu teşkil edebilir; yan edim yükümlülükleri açısından hiç ifa etmeme (*ifa imkânsızlığı*), gereği gibi ifa etmeme (*kötü ifa*) veya geç ifa etme (*borçlu temerrüdü*) söz konusu olabilir¹²⁴. O hâlde, bir yan edim yükümlülüğünün ihlali, alacaklıya, sinallagma ilişkisine özgü hukuki imkânlarla başvuru hakkı verir. Bu çerçevede, borçlunun ifası mümkün ve muaccel bir yan edim yükümlülüğünü ifa etmemesi, ihtar şartının sağlanması hâlinde, borçlu temerrüdüne yol açar¹²⁵. Şayet edim imkânsız değilse veya borçlu temerrüde düşmemişse, bu edim yükümlülüklerinin gereği gibi ifa edilmemesi bir kötü ifa teşkil eder¹²⁶. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan paketleme usulüne aykırı ve kötü ambalajlanmış bir malın zarar görmesi, makinenin montajını da üstlenmiş olan satıcının kurulumu yanlış yapması, iş sahibinin yükleniciye sağlamayı üstlendiği aletlerin gereği gibi çalışmaması yan edim yükümlülüklerinin ihlali suretiyle gerçekleşen kötü ifa halleridir.

2. Yan Yükümlülüklerin İhlali

İsviçre-Türk Borçlar Hukuku edim menfaatini (*Leistungsinteresse*) esas almış olmasına rağmen, borç ilişkisinin içeriği sadece edim yükümlülüğünden ibaret değildir. Borç ilişkisi edim yükümlülüğü dışında, bu edim yükümlülüklerine bağımlı birtakım yan yükümlülükler de içerir¹²⁷. Edim yükümlü-

¹²⁴ BK-Merz, ZGB Art. 2 N 263; Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 13-16; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 102 N 51, Art. 107 N 209; Esser/Schmidt, § 6 III; Franz, Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1988, N 42; Felix R., Ehrat, Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1990, N 253; Eren, Borçlar Genel, s. 34; Edis, s. 314; Aral, s. 43. Benzer yönde krş. BK-Becker, OR Art. 107 N 13. Buna karşılık, bağımlı nitelikteki yan yükümlülüklerinin ihlali, farklı ifa engellerinin konusunu teşkil etmez. Bkz. Staudinger-Schwarze, BGB § 323 N B 14.

¹²⁵ CR-Thévenoz, CO art. 107 N 6; BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 102 N 51; Ehrat, N 253; Schenker, N 42, 776; Halûk, Tandoğan, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des Contrats, Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques, Thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Genève pour obtenir le grade de docteur en droit, Thèse No 487, Imprimerie A. Kundig, Genève, 1952 (Nullité), s. 291-293.

¹²⁶ BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 121.

¹²⁷ Merz, Obligations, s. 43 vd.; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Schwenzer/Fountoulakis, N 67.07; Neuenschwander, s. 5 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 37 vd.; Aral, s. 39 vd.; Edis, s. 315 vd.; Guhl/Koller, s. 11 vd.; İpek, s. 67 vd. Borç ilişkilerinin edim yükümlülüklerinin yanında, birtakım yan yükümlülükler de içerdiği ve bunların da belirli yaptırımlara tabi tutulması gerektiği, ilk kez Alman Hukukçu Staub tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. Staub, Vertragsverletzung 1902, s. 31 vd.

lülüğü dışında kalan yan yükümlülükler, ya asli edimin tam ve doğru bir şekilde ifasına ya da alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin, muhtemel zararlardan korunmasına hizmet ederler. Böylece, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, alacaklının edim menfaati yanında, onun “*Koruma veya Zarardan Uzak Tutma Menfaati (Schutzinteresse; Erhaltungsinteresse)*” denilen değerlerini de kapsar¹²⁸. Söz konusu yan yükümlülükler gereğince borçlu, borçlanılan edimi yerine getirmek için, gerekli olan her şeyi yapmak, edimin amacına tehlikeye düşürecek veya akamete uğratacak her türlü davranıştan kaçınmakla mükelleftir¹²⁹.

Öğretide yan yükümlülükleri, yan edim yükümlülüklerinden ayırmak için, “*diğer davranış yükümlülükleri (weitere Verhaltenspflichten)*”, “*davranış veya garanti yükümlülükleri (Verhaltens-, Sicherungspflichten)*”, “*özen yükümlülükleri (Sorgfaltspflichten)*” şeklinde nitelemeler de tercih edilmektedir¹³⁰. Bazı yazarlar ise, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük ayırımı yapmaksızın, her iki için de “*yan yükümlülük veya yan borç (Nebenpflichten; obligations accessoires)*” kavramını kullanmaktadır¹³¹.

Yan yükümlülüklerin en büyük özelliği, bunların edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşımaları, bu sebeple, bağımsız bir varlığa sahip olmadıkları için, borçlunun bunlara aykırı davranması halinde, alacaklının bağımsız bir ifa davasıyla bunların yerine getirilmesini talep edememesidir¹³². Bu sebeple, imkânsızlık ve temerrüde dair kurallar, yan yükümlülükler

¹²⁸ Stoll, s. 257; Larenz, s. 131; Medicus, s. 176; Engel, s. 710; Neuenschwander, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Serozan, Müspet İhlal, s. 118; Eren, Borçlar Genel, s. 30; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 40; Aral, s. 108, 109. Bazı Alman yazarlar, kötü ifa veya akdin müspet ihlali halinde, bu menfaati “*İfa Ötesi Menfaat (Übererfüllungsmäßigessinteresse)*” şeklinde de nitelendirmektedirler. Bkz. Larenz, s. 298 vd.

¹²⁹ BK-Merz, ZGB Art. 2 N 260; Neuenschwander, s. 7, 8; BK-Giger, OR Art. 184 N 50; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 37; Aral, s. 40.

¹³⁰ Farklı nitelendirmeler için bkz. Larenz, s. 11 vd.; Merz, Obligations, s. 43 vd.; Neuenschwander, s. 6 vd.

¹³¹ Merz, Obligations, s. 43 vd.; Oğuzman/Öz, N 1541, dn. 469; Deschenaux, s. 165; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 40; Guhl/Koller, s. 11, 12; Gauch, N 811 vd. Yan edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri aynı başlık altında tanımlanınca, ifası dava edilebilir ve ifası dava edilemeyen yan borç ayırımı yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu sebeple, ifası ayrı bir davaya konu edilebilen yan edim yükümlülükleri açısından “*bağımsız yan yükümlülükler (selbständige Nebenpflichten)*” ifası dava edilemeyen yan yükümlülüklerle ise “*bağımlı yan yükümlülükler (unselbständige Nebenpflichten)*” denmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Guhl/Koller, s. 12; Oğuzman/Öz, N 1541, dn. 469; Aral, s. 41.

¹³² Guhl/Koller, s. 12; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Schwenger/Fountoulakis, N 68.05; Eren, Borçlar Genel, s. 37; Oğuzman/Öz, N 1541, dn. 469; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 42; Aral, s. 40, 41.

için uygulama alanı bulmaz. Ancak, borçlu, yan yükümlülüklerle uygun hareket etmez ve bu yükümlülükleri ihlal ederse, alacaklı sadece bundan doğan zararının tazminini talep edebilir. Zira, yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması, asıl borcun gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir ve her zaman bir kötü ifa hali teşkil eder¹³³.

Her ne kadar bazı yan yükümlülükler kanundan doğabilirse de, yan yükümlülüklerin başlıca kaynağını dürüstlük kuralı (TMK m. 2 f. I) teşkil eder¹³⁴. Zira, bir borç ilişkisinin tarafları, borçlanılan edimin bu ilişkinin amacına uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak üzere, dürüstlük kuralının gerektirdiği her türlü davranışta bulunmakla yükümlüdür. Örneğin, satıcı, satılanın teslim edilmesi için gereken ambalaj ve paketleme için her türlü türlü özeni göstermeli veya gereken bilgilendirme yükümlülüğünü dürüstlük kuralı uyarınca ifa etmelidir. Dürüstlük kuralından doğan diğer bir yan yükümlülük, kiralayanın bir işyerini kiraya verdikten sonra, yakındaki diğer bir işyerinde onunla aynı işi yaparak rekabet etmeme borcudur¹³⁵.

Yan yükümlülüklerin kapsamı, taraflar arasındaki özel ilişkinin yoğunluğuna göre farklı derecelerde olabilir. Özellikle taraflar arasındaki ilişkinin yoğun olduğu hizmet, vekalet veya adi ortaklık sözleşmelerimde yan yükümlülüklerle en geniş anlamıyla rastlanır. Yan yükümlülükler, işlevleri nazara alınarak ifaya yardımcı yan yükümlülükler (*Leistungsbegleitende Nebenpflichten*) ve koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*)¹³⁶ olarak ikiye ayrılır.

¹³³ BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 132; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2638; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 400; Cuendet, s. 40; Tercier/Pichonnaz, N 1308; Oğuzman/Öz, N 1540 vd., 1541, dn. 469; Nomer, N 185 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 68, dn. 84, s. 75; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, N 1308; Kılıçoğlu, s. 848; Hatemi/Gökyayla, s. 285; Aral, s. 118 vd.; Eren/Dönmez, TBK m. 112 N 40, 41; İpek, s. 265.

¹³⁴ BK-Merz, ZGB Art. 2 N 260; Schwenger/Fountoulakis, N 67.07; Deschenaux, s. 165; Guhl/Koller, s. 13; Edis, s. 312, 313; Eren, Borçlar Genel, s. 37; Aral, s. 40, 41. Yargıtay 9. HD, E. 2017/12550, K. 2019/14617, T. 1.7.2019 (Kazancı): “İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadece yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir (...) Yan yükümlere itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir.”

¹³⁵ Medicus, s. 177; Eren, Borçlar Genel, s. 1076; İsvFM, ATF 111 II 72.

¹³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Emmerich, s. 339 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 37 vd.

A. İfaya Yardımcı Yan Yükümlülüklerin İhlali

İfaya yardımcı yan yükümlülükler (*Leistungsbegleitende Nebenpflichten*), asli edim yükümlülüğünün, sözleşmenin amacına ve borç programına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifa edilmesine hizmet eden yükümlülüklerdir¹³⁷. Başka bir deyişle, bu yükümlülükler, fonksiyonel yönden, asli edimin, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun bir şekilde gerçekleşmesine hizmet eder. Bu nedenle ifaya yardımcı yan yükümlülükler, doğrudan doğruya alacaklının ifa menfaatinin korunmasında ve gerçekleştirilmesinde aktif rol oynarlar¹³⁸.

Bazı yükümlülükler, bazı borç ilişkilerinde yan edim yükümlülüğü başka borç ilişkilerinde ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak nitelendirilebilir. Nitekim, bir yükümlülüğün yan edim yükümlülüğü mü yoksa yan yükümlülük mü olduğu, sözleşme ilişkisinin muhtevası nazara alınarak belirlenir. Şayet ilgili yükümlülük, edim - karşı edim (*karşılıklık*) ilişkisi içinde yer alıyorsa ve alacaklı söz konusu yükümlülüğün aynen ifasını talep etme konusunda bağımsız bir aynen ifa talebine sahipse, somut olay açısından yan edim yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir. Öte yandan, yükümlülük, sadece asli edim yükümlülüğünün aynen ifasına hizmet ediyor, söz konusu yükümlülüğün aynen ifası talep edilemiyorsa ifaya yardımcı bir yan yükümlülüğün bulunduğu söylenebilir. Bunun için sözleşme ilişkisinin taraf menfaatleri çerçevesinde yorumlanması şarttır. Örneğin, bozulabilir mallarda ambalaj yükümlülüğü yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilebilirken, bozulma veya korunma ihtiyacı olmayan mallarda yalnızca ifaya yardımcı yan yükümlülük teşkil eder. Keza, kullanımı tehlike arz eden mallar açısından bilgilendirme ve kullanım kılavuzu verme yükümlülüğü bir yan edim yükümlülüğü teşkil ederken, diğer mallarda bilgilendirme yükümlülüğü sadece bir yan yükümlülüktür.

İfaya yardımcı yan yükümlülükler, muhtevalarına göre çeşitli ayrımlara tabi tutulurlar. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, ifaya yardımcı yan yükümlülükleri dört temel grupta toplamak mümkündür:

¹³⁷ Larenz, s. 138; Schwenzler/Fountoulakis, N 67.09; Neuenschwander, s. 8; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Guhl/Koller, s. 12; Eren, Borçlar Genel, s. 37, 38; İpek, s. 73.

¹³⁸ İfaya yardımcı yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde ifasını konu edindikleri için bu ismi almışlardır. Öte yandan, öğretide bu yükümlülüklerle, "itali/ikincil yükümlülükler (*sekundäre Pflichten; obligations accessoires*)" da denilmektedir. Bkz. BK-Merz, ZGB Art. 2 N 262; Merz, Obligations, s. 46, 47; Guhl/Koller, s. 12; Edis, s. 317.

“*Borç konusunu muhafaza yükümlülüğü (Obhutspflichten; obligation de protéger)*”, akdın kurulmasıyla ifası arasındaki zaman diliminde edim konusunun bakımı ve muhafazasına ilişkindir¹³⁹. Bu yükümlülük uyarınca, borçlu, sözleşmesel ilişkinin özelliğine ve dürüstlük kuralına göre, borç konusunun korunmasına ilişkin azami derecede dikkat ve özen göstermek zorundadır. Bu bakımdan, satılanın uygun ambalajda korunması, makinenin bakımlarının yapılması, satılan bir hayvanın özenle bakılması ve muayenelerinin gerçekleştirilmesi, malı nakledecek olan taşıyıcının özenle seçilmesi, satılanın uygun şekilde saklanması muhafaza yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda, gerekli paketlemenin yapılmamış olması sebebiyle mal hasara uğrarsa, satıcı borcunu kötü ifa etmiş sayılır. Benzer şekilde, tamirci, tamir etmek üzere aldığı arabayı izinsiz kullanırsa, bu kullanım sebebiyle dolabilecek olan zararları borcun kötü ifa edilmiş olması sebebiyle gidermek zorundadır.

“*Açıklama ve aydınlatma yükümlülüğü (Aufklärungs-, Anzeigepflichten; obligation de communiquer et renseigner; devoir d’informer)*”, sözleşmenin karşı tarafına, onun için önem taşıyan ve bilmediği durumlar hakkında açıklama ve bilgilendirme borcu yükler¹⁴⁰. Kural olarak, sözleşmenin bir tarafının, diğer tarafı bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktaysa da, böyle bir yükümlülük, kanundan, sözleşmeden, dürüstlük kuralından ya da taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğabilir¹⁴¹. Özellikle, hukuki işlemi kurmaya

¹³⁹ BK-Merz, ZGB Art. 2 N 265, 266; Merz, Obligations, s. 46; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2643; BK-Giger, OR Art. 184 N 55; Keller/Lörtscher, s. 15; Guhl/Koller, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 12; Eren, Borçlar Genel, s. 38; Emmerich, s. 338-339; Aral, s. 43. Muhafaza yükümlülüğü sayesinde ki, taraflar arasında bir vedia sözleşmesi yapılmamış olsa dahi, borçlu borç konusunu özenle saklamak yükümlülüğü altına girer. Bkz. BK-Giger, OR Art. 184 N 55; Aral, s. 118.

¹⁴⁰ Bilgi verme yükümlülüğü konusunda detaylı bilgi için bkz. Çiğdem, Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2024, 7 vd.; Pelin, Işıntan, Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 142 vd.; Süleyman, Yalman, Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006 (Sorumluluk), s. 91.

¹⁴¹ Merz, Obligations, s. 46, 47; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2645; Deschenaux, s. 166; BK-Merz, ZGB Art. 2 N 270; CR-Venturi/Zen-Ruffinen, CO art. 199 N 3; Aral, s. 44 vd.; Emmerich, s. 338-339; Fikret, Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel), s. 65; İsvFM, 4.7.2018, 4A_245/2018; 20.5.2014, 4A_619/2013; 7.9.2010, 4A_301/2010; 13.7.2005, 4C.16/2005; 12.4.2011, 4A_70/2011; İsvFM, ATF 81 II 207 = JdT 1956 I 104; ATF 117 II 218; ATF 116 II 431 = JdT 1991 I 45. Örneğin, satıcının sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın kararını etkileyecek hususları bildirmekle yükümlü olduğu yönünde bkz. İsvFM, 12.4.2011, 4A_70/2011.

yönelik olarak başlayan güven ilişkisi çerçevesinde, sözleşmenin kurulması esnasında karşı tarafın karar vermesi açısından önem arz eden hususları açıklama yükümlülüğü, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra, asli edim yükümlülüğü tam anlamıyla ifa edilene değin devam eder¹⁴². Karşılıklı menfaat çekişmesinin bulunduğu satış¹⁴³ ve eser sözleşmesi gibi ilişkilerde, karşı tarafı aldatmama şeklinde en aza inen açıklama ve aydınlatma yükümlülüğü, vekalet, hizmet veya adi ortaklık sözleşmesi gibi, güvene dayanan sürekli ilişkilerde en yüksek düzeye ulaşır¹⁴⁴. Öte yandan, açıklama yükümlülüğü, geçmişe yönelik bir değerlendirilme yapılması sebebiyle, aydınlatma (*bilgi verme*) yükümlülüğünden ayrılır. Aydınlatma yükümlülüğü ise, gelecekteki davranışları tayin edici bir özellik taşır. Bu durumda, açıklama yükümlülüğü yerine getirilseydi, alacaklının daha az zarara uğrayabileceği hususu nazara alınırken; aydınlatma yükümlülüğünde, gerekli bilgilendirme yapılsaydı, alacaklının daha iyi kararlar verebileceği hususu değerlendirilir. Bu sebeple, bu yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi, her zaman kötü ifa teşkil eder ve alacaklı uğradığı zararın tazminini talep edebilir¹⁴⁵. Örneğin, bir satış sözleşmesinde satılan tehlike arz ediyorsa, satıcı muhtemel tehlikeler konusunda alıcıyı bilgilendirmeli, alacağı önemler konusunda kendisini aydınlatmalı ve bir kullanım kılavuzu vermelidir. Aksi halde, satılanın verdiği zararlar sebebiyle, satıcının borcunu kötü ifa ettiği söylenebilecektir¹⁴⁶. Aynı şekilde, bir hekim, operasyonun riskleri konusunda hastasını uyarmalı; bir bankacı yapılacak olan yatırımın riskleri konusunda müşteriye bilgilendirmelidir. Keza, bir şeyin tamirini üstlenen kişi, gördüğü bozukları işsahibine bildirmelidir.

¹⁴² **İsvFM**, 18.1.1985, SJ 1985 300 = DC 1985 57: “Sözleşmeyle güdülen amaca ulaşılan değin, bilgilendirme zorunludur”. Bu konuda ayrıca bkz. **BK-Giger**, OR Art. 183 N 113.

¹⁴³ Örneğin dürüstlük kuralı uyarınca satıcı, alıcıyı satılarda var olduğunu bildiği ya da varlığından şüphelendiği nitelik eksiklikleri konusunda yanıltmama yükümlülüğü altındadır. Bkz. **Merz**, s. 47, 48; **Keller/Lörtscher**, s. 106; **Gauch**, N 2093; **Neuenschwander**, s. 99; **İsvFM**, 20.8.2009, 4A_226/2009; 12.4.2011, 4A_70/2011; 4.9.2017, 4A_141/2017; **İsvFM**, 143 III 495. Buna karşın, alıcının kolaylıkla ve olağan bir dikkatle tespit edebileceği ayıplar için satıcının alıcıyı bilgilendirme veya yanıltmama yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez. Bkz. **BK-Giger**, OR Art. 199 N 43; **Neuenschwander**, s. 99; **CR-Venturi/Zen-Ruffinen**, CO art. 199 N 3; **İsvFM**, 20.5.2014, 4A_619/2013; 12.4.2011, 4A_70/2011; 13.7.2005, 4C.16/2005; 7.9.2010, 4A_301/2010; 20.5.2014, 4A_619/2013.

¹⁴⁴ **BK-Merz**, ZGB Art. 2 N 272; **BK-Giger**, OR Art. 184 N 52; **Guhl/Koller**, s. 12 vd.; **Aral**, s. 45.

¹⁴⁵ **Guhl/Koller**, s. 12; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.09; **BK-Merz**, ZGB Art. 2 N 272; **Oğuzman/Öz**, N 45; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2645; **Aral**, s. 45.

¹⁴⁶ **BSK-Wiegand**, OR Art. 97 N 33; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.09; **Gauch/Schluep/Emmenegger**, N 2645; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1076; **Aral**, s. 119, 120.

“*Hazırlama ve sağlama yükümlülükleri (Beschaffungs-, Verschaffungspflichten; obligation de procurer)*”, edim sonucunun taahhüt edildiği sözleşmelerde, alacaklının sözleşme konusunu tam olarak iktisap etmesi ve ondan istifade edebilmesi için, bazı maddi edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir¹⁴⁷. Satış sözleşmesinde satılanın temin edilip hazır bulundurulması ve güvenli bir yerde muhafaza edilmesi¹⁴⁸, kullanma ödöncünde ariyet olarak istenilen eşyanın bulunması, devir konusu olan alacağı ispata yayan belgelerin, ithalat veya ihracat izin belgelerinin, gümrük belgelerinin veya menşe şahadetnamesinin (*Certificate of Origin*) verilmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁴⁹.

“*İşbirliği yükümlülüğü (Mitwirkungspflichten; obligation de coopérer)*”, asli edim yükümlülüğünün şeklen yerine getirilmesi dışında, sözleşmeyle amaçlanan ifa menfaatinin yerine getirilmesi için, tarafların birlikte hareket etmesi ve yardımlaşmak zorunda olmasını ifade eder¹⁵⁰. Dürüstlük kuralından doğan işbirliği yükümlülüğü, aynı zamanda sözleşmenin yerine getirilmesi için gerekli şartları temin etmeyi ve çeşitli engelleri ortadan kaldırmayı da gerektirir. Özellikle resmi bir makamın iznine bağlı olan işlerde, örneğin çalışma izni, ülkeye giriş izni, seyahat izni, inşaat izni, yapı ruhsatı veya ikamet izni gerektiren durumlarda ayrı bir önem taşır. Şayet, işin niteliğinden, taraflardan birinin, asli edimin ifası için, diğer tarafla işbirliğinde bulunması gerekiyorsa, bu yükümlülüğünü ihlal etmesi, borcun kötü ifa edildiği anlamına gelir. Örneğin, inşaat ruhsatının alınması, kural olarak inşaat sahibi olan malikin yükümlülüğündedir; ancak, yüklenicinin bu ruhsatın alınması için işsahibiyle işbirliğinde bulunması gerekir. Öte yandan, sözleşmeyle inşaat ruhsatının yüklenici tarafından alınması gerektiği kararlaştırılarak, inşaat ruhsatının alınması, yüklenici açısından bir yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılabilir.

¹⁴⁷ BK-**Giger**, OR Art. 184 N 56; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N 2647; **Guhl/Koller**, s. 12; **Merz**, Obligations, s. 48; BK-**Merz**, ZGB Art. 2 N 280; **Eren**, Borçlar Genel, s. 38; **Edis**, s. 319; **Aral**, s. 47, 48.

¹⁴⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 64.

¹⁴⁹ Görüldüğü üzere, bu tarz yükümlülükler, kanundan veya ticari teamüllerden doğabilir. Bkz. **Deschenaux**, s. 166; BK-**Giger**, OR Art. 184 N 56; BK-**Merz**, ZGB Art. 2 N 280. Gerekli belgeleri sağlama yükümlülüğü konusunda bkz. **Eren**, Borçlar Özel, s. 64.

¹⁵⁰ **Merz**, Obligations, s. 49; BK-**Merz**, ZGB Art. 2 N 282; BK-**Weber/Emmenegger**, OR Art. 97 N 139-140; **Guhl/Koller**, s. 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 39; BK-**Giger**, OR Art. 184 N 56; **Aral**, s. 48. Eser sözleşmesinde bkz. **Gauch**, N 1328 vd.

B. Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*), edim yükümlülükleri veya ifa-ya yardımcı yan yükümlülükler gibi, alacaklının ifa menfaatine hizmet etmemekte; alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinin, ifa nedeniyle veya ifa dolayısıyla zarar görmesini engellemeyi hedeflemektedir¹⁵¹. Bu tür yükümlülüklerin ifa menfaatiyle doğrudan bir ilgisi yoktur. Bunlar, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler. Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri veya culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da ele alınan koruma yükümlülükleri, sözleşme akdetmek amacıyla bir araya gelen kişilerin, belirli ölçüde sosyal temas kurmalarıyla birlikte başlar; sözleşme kurulduktan sonra da sözleşmenin ifası safhasında devam eder; hatta, koruma yükümlülükleri borç ilişkisinden doğan bütün borçların ifa edilmesinden sonra, yani sözleşme ilişkisinin sona ermesinin akabinde dahi devam edebilir¹⁵². Zira, tarafların ifa menfaatine ulaşmak için sosyal temas kurmalarıyla birlikte, sözleşme görüşmelerinde, hazırlık safhasında veya ifa aşamasında, mal ve şahıs varlığı haklarının zarar görmesi mümkündür. O halde, sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelen kişilerin, bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında, birbirlerine zarar vermemek amacıyla her türlü özeni gösterme yükümlülükleri doğar. İşte borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermeme yönündeki yükümlülüklerle “Koruma Yükümlülükleri (*Schutzpflichten*)” veya Larenz’in tabiriyle¹⁵³, “Diğer Davranış Yükümlülükleri (*weitere Verhaltenspflichten*)” adı verilir¹⁵⁴.

¹⁵¹ BK-Weber/Emmenegger, OR Art. 97 N 135; Larenz, s. 131; Medicus, s. 176; Schwenzner/Fountoulakis, N 67.08; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N 2649; Engel, s. 710; Neuenschwander, s. 6; Emmerich, s. 339 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Serozan, Müspet İhlal, s. 118; BSK-Wiegand, Einl. OR Art. 97-109 N 5 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 38; Oğuzman/Öz, N 44; Işıntan, s. 137 vd.; İpek, s. 77, 78; Aral, s. 49.

¹⁵² Bu sebeple koruma yükümlülükleri, sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri (*vorvertragliche Schutzpflichten*), sözleşmesel koruma yükümlülükleri (*vertragliche Schutzpflichten*) ve sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri (*nachvertragliche Schutzpflichten*) olmak üzere üç türdür. Örneğin, rekabet etmeme yasağı veya sadakat yükümlülükleri sözleşme ilişkisi sona erse bile bitmez. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 41, 42.

¹⁵³ Larenz, s. 10. Aynı yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 12; Serozan, Müspet İhlal, s. 118.

¹⁵⁴ Medicus, s. 176; Larenz, s. 131; Engel, s. 710; Neuenschwander, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Serozan, Müspet İhlal, s. 118; Eren, Borçlar Genel, s. 40; Oğuzman/Öz, N 44; Işıntan, s. 137 vd.; İpek, s. 77, 78; Aral, s. 49. Yargıtay HGK, E. 1992/13-213, K. 1992/215, T. 6.5.1992 (Kazancı); Yargıtay HGK, E. 2014/4-1424, K. 2016/842, T. 22.6.2016 (Kazancı): “Bilindiği gibi, sözleşme ilişkisinden doğan yükümler, sadece asli ve yan edim yükümleriyle asli edime yardımcı olan ve asli edimin tam ve doğru bir şekilde yerine

Edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülüklerini birbirinden ayıran ilk yazar, Stoll olmuştur. Stoll'e göre, koruma yükümlülükleri, kişinin mal ve şahıs varlığı haklarından oluşan *bütünlük menfaatini* (*Integritätsinteresse; intérêt à l'intégrité*) koruma amacı güder¹⁵⁵. Bütünlük menfaati kavramı, kişinin malvarlığı ve kişilik haklarının tamamını bir bütün olarak değerlendirmesi açısından isabetli bir kavramdır. Öte yandan, bütünlük menfaati yerine, koruma menfaati kavramının da kullanılması mümkündür. Böylece, hangi yükümlülüklerin ifa menfaatine (*Erfüllungsinteresse*), hangilerinin koruma ve zarardan uzak tutma menfaatine dahil olduğu sorusu (*Schutzinteresse; Erhaltunginteresse*), koruma yükümlülüklerinin diğer bütün yükümlülüklerden ayrılmasını sağlar.

Koruma yükümlülükleri edim yükümlülüklerinden tamamen bağımsız ve otonom varlığa sahiptirler. Bunların sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlülükleriyle hiçbir ilgileri yoktur. Koruma yükümlülüklerinin dayanağı, TMK m. 2 f. I'de düzenlenmiş olan “dürüstlük kuralı” ve “güven ilkesi”dir¹⁵⁶. Dolayısıyla, koruma yükümlülükleri, sosyal temas ile dürüstlük

getirilmesine hizmet eden yan yükümlerden ibaret değildir. Modern hukuk literatürü, söz konusu yükümler dışında ifa menfaatiyle ilişkisi olmayan ve fakat en az ifa menfaati kadar önemli ve onun yanında ikinci bir menfaati koruma ve tespit gereğini duymuştur. İfa menfaati yanında yer alan bu diğer menfaat “korunma menfaati”dir. Korunma menfaati, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan menfaatlerin bütünüdür. Bu itibarla koruma yükümleri, borç ilişkisinden doğan edim yükümleri ve bağımlı yan yükümlerin yanında yer alan ve fakat onlardan bağımsız bir kavramdır. Koruma yükümleri, sözleşme kurulmadan önce ve sözleşme müzakereleri safhasında mevcut olduğu gibi, edimin ifası sırasında da mevcuttur. Dolayısıyla bu yükümlerin hukuki dayanağı taraf iradeleri değil, kanundur (Canaris, Ansprüche wegen “positiver Vertragverletzung” und “Schutz Wirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen, Juristenzeitung 1965, s.476; Hukuk Genel Kurulunun 06.05.1992 gün ve E:1992/13-213, 1992/315 sayılı ilamı). Tarafların ifa menfaati dışında kalan bu tür menfaatleri de sırf sosyal temas veya sözleşme ilişkisi nedeniyle zarara uğrama tehlikesine açık bulunmaktadır. Zira kurulmak istenilen bu sözleşme dolayısıyladır ki, taraflar temas imkanı bulmuş, birbirlerine yaklaşmış, aralarında özel bir bağlılık ve güven ilişkisi doğmuş ve böylece mal ve kişi varlığı menfaatleri, birbirlerinin eylem ve müdahaleleri ile zarara uğrama tehlikesine maruz kalmıştır. Koruma yükümlerinin dayanağı, TMK. m. 2/I'de düzenlenmiş bulunan “dürüstlük kuralı”, başka bir deyişle, “güven ilkesi”dir.”

¹⁵⁵ Heinrich, **Stoll**, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, Tübingen, 1936, s. 27 vd. (Naklen: **Eren**, Borçlar Genel, s. 41, dn. 44). Başlarda benimsenmesi de daha sonraları bütünlük menfaati öğretide daha sık kullanılmaya başlanmıştır. Bkz. Mehmet Serkan, **Ergüne**, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 66 vd.; Doğan, **Kara**, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar), s. 499.

¹⁵⁶ BSK-**Wiegand**, Einl. OR Art. 97-109 N 5 vd.; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.07; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 12; **Eren**, Borçlar Genel, s. 41; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 117; **Oğuzman/Öz**, N 44; **İşintan**, s. 138.

kuralı çerçevesinde doğar ve sözleşmenin kurulmasıyla akdin doğasına dahil olur¹⁵⁷.

Koruma yükümlülüklerinin sözleşme kapsamında değerlendirilmesi, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinin aksine, İsviçre-Türk Hukuku açısından yeni bir görüştür. Esasen koruma yükümlülüklerinin ihlali, geleneksel olarak İsviçre-Türk Hukuku'nda haksız fiil sorumluluğu kapsamına girer¹⁵⁸. Sosyal temasla birlikte, edim yükümlülüklerinden bağımsız koruma yükümlülüklerinin de mevcut olduğu düşüncesiyledir ki, haksız fiil sorumluluğu kapsamında yer alan söz konusu koruma yükümlülükleri, borç ilişkisinin muhtevasına dahil edilmiş ve sözleşme kapsamında yer almıştır; böylece, sözleşme ilişkisinin muhtevası zamanla genişlemiştir¹⁵⁹.

Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin muhtevasına dahil edilmesi, tarihsel bir süreç içinde gerçekleşmiştir¹⁶⁰. Haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilen koruma yükümlülüklerinin, sözleşmesel sorumluluğa dahil edilebilmesi için, “*edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi*” ortaya atılmış ve koruma yükümlülüklerinin edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi oluşturduğu ileri sürülmüştür¹⁶¹. Söz konusu borç ilişkisinin ihlali ise, sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmiştir. Oysa bugün isabetli bir biçimde, koruma yükümlülüklerinin dayanağının edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi olmadığı ve bu yükümlülüklerin

¹⁵⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 112 vd. *Larenz* tarafından savunulan “*Dönüşme Teorisi*” uyarınca, sözleşme kurulduktan sonra, koruma yükümlülükleri, güven ilkesine değil, bizzat sözleşmeye dayanır. Söz konusu koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde, akdin müspet ihlali gerçekleşir. Bkz. **Larenz**, s. 299. Buna karşın, **Canaris** tarafından savunulan ve “*Birlik Teorisi*” olarak adlandırılan görüşe göre, gerek sözleşme görüşmeleri aşamasında gerekse sözleşme kurulduktan sonra koruma yükümlülüklerinin kaynağı dürüstlük kuralıdır. Bkz. Claus-Wilhelm, **Canaris**, “Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965, s. 475 vd. Detaylı bilgi için bkz. **Aral**, s. 122 vd.

¹⁵⁸ Sözleşme ilişkisi dolayısıyla alacaklının mal ve şahıs varlığı haklarının ihlal edilmesi durumunda haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı yönünde bkz. **von Tuhr/Escher**, s. 107, 108; **ZK-Oser/Schönenberger**, OR Vorbem. Art. 97-109 N 18.

¹⁵⁹ **Bucher**, s. 336; **Schwenzer/Fountoulakis**, N 67.08; **Serozan**, Borçlar Genel, s. 248 vd.; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 112; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1077.

¹⁶⁰ Koruma yükümlülüklerinin sözleşmenin doğasına dahil olması 1960'lı yıllardan sonraya rastlar. Bkz. **Engel**, s. 710; **BK-Merz**, ZGB Art. 2 N 269; **Neuenschwander**, s. 6; **Guhl/Koller**, s. 12; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Genel, s. 11, 12; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 118; **BSK-Wiegand**, Einl. OR Art. 97-109 N 5 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 38.

¹⁶¹ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi için bkz. **Oğuzman/Öz**, N 138-142; **Eren**, Borçlar Genel, s. 42 vd.; **Serozan**, Müspet İhlal, s. 108 vd.

doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Böylece, koruma yükümlülüklerini sözleşmeye dayandırmak için, sorumluluk teorileri ihdas etme gereği ortadan kalkmıştır. Nitekim, koruma yükümlülükleri sözleşme öncesinde doğsa da, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte asıl borç ilişkisinin içeriğine dahil olur ve dar anlamda borç ilişkisi ifa edilse bile, geniş anlamda borç ilişkisi devam ettiği sürece varlığını korur¹⁶². Öte yandan, şayet sözleşme ilişkisi kurulmazsa, koruma yükümlülükleri, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilir ve sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranış culpa in contrahendo sorumluluğunu meydana getirir¹⁶³.

Koruma yükümlülükleri nitelikleri itibariyle yan yükümlülükler kapsamında yer alır. Bu sebeple, kural olarak, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde, bağımsız olarak yükümlülüğün ifası talep edilemez. Bir koruma yükümlülüğünün ihlali, bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi anlamına gelir ve bir kötü ifa hali teşkil eder¹⁶⁴. Alacaklı, bu durumda yalnızca maruz kaldığı zararın tazminini talep edebilir. Borcun ifası vesilesiyle alacaklının malvarlığının (*özellikle aynı hakların*) veya kişilik haklarının zarar görmesi koruma yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir. Bir işçinin eşya taşıırken işsahibini yaralaması, tamircinin tamir için geldiği evde kıymetli bir eşyaya zarar vermesi, doktorun hastasına bulaşıcı hastalık bulaştırması, vekilin müvekkilinin iş yerine geldiği sırada işyerindeki asansörün halatlarının kopması, satılan bir arabanın nasıl kullanılacağını gösterildiği sırada alıcıya zarar verilmesi koruma yükümlülüklerinin ihlal edilmesine örnektir ve bu örneklerin her biri birer kötü ifa hali teşkil eder.

SONUÇ

Borçlanılan edimin, ifanın taraflar, yer, zaman, miktar veya nitelik gibi unsurlardan birine uygun olarak yerine getirilmemesi şeklinde tarif edilen gereği gibi ifa etmeme kavramının aksine; gerçek ve teknik anlamda gereği gibi ifa etmeme (TBK m. 112; İsvBK m. 97 f. I), yerine getirilen edimin kanunda ve sözleşmede öngörülen nitelikleri taşıyamaması şeklinde gerçekleş-

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 14.

¹⁶³ Oğuzman/Öz, N 133; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 12 vd.; İşıntan, s. 138, 152 vd.

¹⁶⁴ Engel, s. 710; BK-Merz, ZGB Art. 2 N 269; Schwenger/Fountoulakis, N 67.07; Neuenchwander, s. 6; Guhl/Koller, s. 12; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, s. 11, 12; Serozan, Müspet İhlal, s. 118; BSK-Wiegand, Einl. OR Art. 97-109 N 5 vd.; Oğuzman/Öz, N 1541, dn. 469; Eren, Borçlar Genel, s. 38.

şen edim yükümlülüğünün ihlali ile ifaya yardımcı yükümlülükler ve koruma yükümlülüklerine aykırılık hallerini kapsar. Kötü ifa kavramına bakıldığında ise, borcun nitelik bakımından kötü ifa edildiği ayıplı ifa hallerinin yanı sıra, ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin veya koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiği hallerde de borcun kötü ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. Zira, ifa menfaatini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran ifaya yardımcı yan yükümlülükler aykırı davranılması durumunda veya alacaklının mal ve şahıs varlığı haklarının zarar gördüğü koruma yükümlülüklerinin ihlali borcun kötü ifa edilmediği söylenemez. Bu sebeple, kötü ifa kavramını yalnızca nitelik bakımından gereği gibi ifa etmeme olarak tanımlanan ayıplı ifa kavramına indirgemek, kanımızca isabetli bir bakış açısı sayılmaz. O halde, kötü ifa, edimin nitelik bakımından gereği gibi ifa edilmediği haller ile ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlali kapsadığı söylenebilir. Bu açıdan, kötü ifanın, gerçek anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramıyla eş anlamlı olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple, gerek kötü ifa gerekse borcun gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı ve borçlu temerrüdü dışındaki bütün ifa engellerini kapsar.

İmkânsızlık ve borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılık hallerini bünyesinde birleştiren diğer bir kavram ise akdin müspet ihlalidir. Borcun hiç ifa edilmediği imkânsızlık haliyle geç ifa edildiği temerrüt halinde, şeklen de olsa bir ifa fiilinin bahsetmek mümkün değildir. Oysa, akdin müspet ihlali kavramının kapsamına giren hallerde, gereği gibi olmasa da, ortada borçlu tarafından gerçekleştirilmiş bir ifa fiili mevcuttur. Kanımızca, akdin müspet ihlali kavramının İsviçre-Türk hukuk yazınında önemli bir yer elde ettiği de nazara alınarak, borcun gereği gibi ifa edilmediği veya kötü ifa edildiği hallerde kullanılması, yerinde bir yaklaşım olur. Akdin müspet ihlali, (*nitelik açısından*) edim yükümlülükleri ile ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri açısından uygulama alanı bulur. Bu açıdan, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve kötü ifa edilmesi kavramlarının uygulama alanını teşkil eden unsurlar ile akdin müspet ihlali kavramının uygulandığı hallerin birbiriyle örtüştüğü söylenebilir.

Sonuç olarak, kanımızca, kötü ifa, ifa engelleri sistematğinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi veya akdin müspet ihlali kavramlarına nazaran bir alt kategori olarak değerlendirilmemeli ve nitelik bakımından gereği gibi ifa etmeme durumunu karşılayan ayıplı ifa ile karıştırılmamalıdır. Kötü ifa, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve akdin müspet ihlali kavramlarıyla eş

anlamli olarak, imkânsızlık ve temerrüt hali dışında kalan halleri kapsayan üçüncü temel ifa engellini nitelendirmek üzere kullanılmalıdır. Nitekim, son dönemdeki eğilimler de bu sonucu haklı çıkarmaktadır. O halde, ifa engelleri sistematüğini, borcun *hiç* ifa edilmemesi (*imkânsızlık*), borcun *geç* ifa edilmesi (*temerrüt*) ve borcun *kötü* ifa edilmesi (*gereğı gibi ifa etmeme; akdin müspet ihlali*) şeklinde kurmak mümkündür. Bu durumda, kötü ifa, edim yükümlülüğünün nitelik bakımından gereğı gibi ifa edilmediğı ayıplı ifa ile birlikte, ifaya yardımcı yan yükümlülükler ile koruma yükümlülüklerinin ihlal edildiğı halleri kapsar.

KAYNAKÇA

- Aral**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Atamer**, Yeşim, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 317-360.
- Başoğlu**, Başak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması Uyarınca Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Becker**, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Band/Nr. VI/1, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1945 (BK).
- Becker**, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Band/Nr. VI/2, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1934 (BK).
- Bucher**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1988.
- von Büren**, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Schulthess&CO. AG, Zürich, 1964.
- Canaris**, Claus-Wilhelm, “Ansprüche wegen “positives Vertragsverletzung” und “Schutzwirkung für Dritte” bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965, s. 475-482.
- Cavin**, Pierre, Traité de droit privé suisse, Tome IV, 1: vente échange donation, Éditions Universitaires de Fribourg Suisse, Fribourg, 1978.
- Cuendet**, Jean, La faute contractuelle et ses effets, Étude de l’article 99 al. 3 CO, 2ème Edition, Edition Stämpfli&Cie SA, Berne, 1970.
- Dullinger**, Silvia, Bürgerliches Recht, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer Verlag, Wien, 2010.
- Edis**, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, 1993.
- Ehrat**, Felix R., Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1990.
- Emmerich**, Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6., neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2005.
- Engel**, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2ème édition, Stämpfli Éditions SA, Berne, 1997.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Borçlar Genel).

- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Özel).
- Eren**, Fikret / **Dönmez**, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III, m. 86-206, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Ergüne**, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Esser**, Josef / **Schmidt**, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8. völlig neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995.
- Furrer**, Rolf, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973.
- Gauch**, Peter / **Schlupe**, Walter R. / **Emmenegger**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 11. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, Basel, Genf, 2020.
- Gauch**, Peter, Le contrat d'entreprise, (adaptation française par Benoît Carron), Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 1999.
- Gautschi**, Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Band/Nr. VI/2/3, 2. neu bearbeitete Auflage des von Dr. H. Becker, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1967 (BK).
- Giger**, Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch - Die Schenkung, 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Kommentar zu Art. 184-215, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1980.
- Guhl**, Theo / **Koller**, Alfred / **Schnyder**, Anton K. / **Druey**, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht -mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.
- Harke**, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2010.
- Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Kadir Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Himmelschein**, Jury, "Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen", AcP, 135/1932, s. 255-327.
- Honsell**, Heinrich (Hrsg.) / **Vogt**, Nedim Peter (Hrsg.) / **Wiegand**, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (BSK).
- Honsell**, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2017 (BT).
- Işintan**, Pelin, Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- İpek**, Eyüp, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukukî Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

- Kara**, Doğan, “İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, GSÜHFD, 2018/1, s. 483-530 (Doğrudan-Dolaylı Zarar).
- Kara**, Doğan, Kısmi Temerrüt, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Murat Develioğlu, İstanbul, 2025 (Kısmi Temerrüt).
- Katz**, Hans-Peter, Sachmängel beim Kauf von Kunstgegenständen und Antiquitäten, Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, Zürich, 1973.
- Keller**, Max / **Lörtscher**, Thomas, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1986.
- Keller**, Max / **Siehr**, Kurt, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3., überarbeitete und ergänzte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1995.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kırca**, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2024.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem Sözleşme, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Borçlar Genel).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1402, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 309, Garanti Matbaası, İstanbul, 1968 (Hata).
- Larenz**, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1987.
- Medicus**, Dieter, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1984.
- Merz**, Hans, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1-10 ZGB, Verlag Stämpfli & Cie., Bern, 1966 (BK).
- Merz**, Hans, Traité de droit privé suisse, Volume VI, Droit des obligations, Partie générale, Tome I: Introduction §§ 1-3, Genèse, Caractéristiques principales, L’obligation §§ 4-20, (Traduction française: Pierre Giovannoni), Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1993 (Obligations).
- Neuenschwander**, Markus, Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1971.
- Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Güncellenip Genişletilmiş 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.

- Oser, Hugo / Schöenberger, Wilhelm**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art. 1-183, 2. umgearbeitete Auflage, Schulthess&Co, Zürich, 1929 (ZK).
- Schenker, Franz**, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Übersicht, Würdigung und Kritik, Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1988.
- Schönle, Herbert / Higi, Peter**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, Band/Nr. V/2a, 3. völlig neu bearbeitete Auflage (unter Mitarbeit von Beat Gut), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2005 (ZK).
- Schubiger, Alfred**, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung OR 197 ff. - 97 ff., Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1957.
- Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2020.
- Serozan, Rona**, “«Culpa in Contrahendo», «Akдын Müsbet İhlali» ve «Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme» Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, Cilt 2, Sayı 3, 1968, s. 108-129, (Müspet İhlal).
- Serozan, Rona**, “Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım”, MHAD, Cilt 3, Sayı 5, 1969, s. 211-238 (Parça Borcu).
- Serozan, Rona**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM, Cilt 58, Sayı 1-2, 2000, s. 231-248 (İfa Engelleri).
- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (Borçlar Genel).
- Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007 (Dönme).
- Serozan, Rona**, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiil Hukuku’nun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, MHAD, Cilt 18, 1990, s. 27-43 (Yürürlükteki İfa Engelleri).
- Stanislas, Guy**, Le droit de résolution dans le contrat de vente, Sanction de l’inexécution des obligations contractuelles: Étude de droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de Droit Genève, Librairie de l’Université Georg et Cie S.A., Genève, 1979.
- Staub, Hermann**, “Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen”, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, Berlin, 1902, s. 31 vd. (Vertragsverletzung 1902).
- Staub, Hermann**, “Die positiven Vertragsverletzungen”, mit einem Nachwort von Eike Schmidt, Berlin, Zürich, 1969, s. 92-130 (Vertragsverletzung 1969).

- Staub**, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, Hrsg. Eberhard Müller, De Gruyter, Berlin, 1904 (Vertragsverletzung 1904).
- Staudinger Kommentar**, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung 2022 von Volker Rieble, Roland Schwarze, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2020 (Staudinger-Yazar).
- Stoll**, Heinrich, “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung”, Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, AcP, 136/1932, s. 257-332.
- Stöckli**, Hubert, Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung, Abwicklung, Störungen, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Nr. 271, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf, 2008.
- Şeker**, Muzaffer, “Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemiş Olmasından (Borca Aykırı Davranıştan) Kaynaklanan Maddi ve Özellikle Manevi Zararın Tazmini (BK. m. 96)”, Legal Hukuk Dergisi, S. 60, 2007, s. 3763-3778.
- Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 5. Basımdan 6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008 (Borçlar Özel).
- Tandoğan**, Halûk, La nullité, l’annulation et la résiliation partielles des Contrats, Contribution à l’étude de l’inefficacité partielle des actes juridiques, Thèse présentée à la Faculté de droit de l’Université de Genève pour obtenir le grade de docteur en droit, Thèse No 487, Imprimerie A. Kundig, Genève, 1952 (Nullité).
- Tandoğan**, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basımdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mes’uliyet).
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altop**, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tercier**, Pierre / **Bieri**, Laurent / **Carron**, Blaise, Les contrats spéciaux, 5ème édition, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016.
- Tercier**, Pierre / **Pichonnaz**, Pascal / **Develioğlu**, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Tercier**, Pierre / **Pichonnaz**, Pascal, Le droit des obligations, 6ème édition complétée et mise à jour, Schulthess Médias Juridiques SA, Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019.
- Thévenoz**, Luc (Ed.) / **Werro**, Franz (Ed.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, (éd.: Luc Thévenoz, Franz Werro), 2ème édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012 (CR-Yazar).
- von Tuhr**, Andreas / **Escher**, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1984.
- Weber**, Rolf H. / **Emmenegger**, Susan, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020 (BK).

- Weber**, Rolf H., Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, Band/Nr. VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2005 (BK).
- Yalman**, Süleyman, Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006 (Sorumluluk).
- Yalman**, Süleyman, “Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 1995, s. 495-512 (Edim).
- Zitelmann**, Ernst, “Nichterfüllung und Schlechterfüllung: Selbstmahnung des Schuldners, Zwei Beiträge zum Schuldrecht”, Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum, Berlin, 1911, s. 263-292.

TELİF HAKKINDA ORİJİNALLİK ÖLÇÜTÜ VE BUNUN YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN MEYDANA GETİRİLEN ESERLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Öğr. Gör. Dr. **Başak KARMUTOĞLU**^(**)

Öz: Üretken yapay zekâ sistemlerinin gelişmesiyle birlikte bunların edebi ve sanatsal alanda ürettikleri ürünler de fikri mülkiyet hukuku açısından oldukça önem kazanmıştır. Zira insan müdahalesinin az olduğu, çoğunlukla otonom şekilde hareket eden yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin telif hakkı koruması elde edip edemeyeceği ve özellikle de bu noktada hak sahipliği sıfatının kime ait olacağı sorusu oldukça tartışılmaktadır. Günümüz telif hakkı yasaları uyarınca bir eserin korunabilmesi için orijinal olması gerekmektedir. Orijinallik ölçütü çoğunlukla insana atıf yapan bir ölçüt olarak ele alındığından Dünya genelindeki hukuk sistemlerinde makineler tarafından meydana getirilen eserlerin korunması açısından da yine insan dokunuşunun arandığı görülmektedir. Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde de esas problem burada eser sahipliğinin atfedileceği kişinin kim olacağıdır. Bu noktada orijinallik ölçütünün ne şekilde yorumlandığı sorunun çözümü açısından belirleyici olacaktır. Ancak bu ölçütün yorumlanması da farklı hukuk sistemlerinde değişkenlik göstermektedir. Bu sebeplerle çalışmada, orijinallik ölçütünden yola çıkılarak yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde eser sahipliği sıfatının kime ait olacağı sorusu farklı hukuk sistemleri de karşılaştırılarak çözülmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Orijinallik, Telif Hakkı, Yapay Zekâ Eserleri, Üretken Yapay Zekâ, Eser Sahibi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 09.12.2024 - Makale Kabul Tarihi: 23.12.2025.

^(**) Tarsus Üniversitesi, Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı Öğretim Görevlisi, Mersin - Türkiye,

E-posta: basakkarmutoglu@tarsus.edu.tr,

Orcid: 0000-0003-3080-0781.

THE CRITERION OF ORIGINALITY IN COPYRIGHT AND ITS EVALUATION IN TERMS OF WORKS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Abstract: With the development of generative AI systems, the products they made in the literary and artistic fields have become increasingly an important issue for the intellectual property law. Because works created by artificial intelligence, which operates autonomously with minimal human intervention, raise significant debate about whether they can be protected by copyright and, especially, who should be considered as the author of these works. According to current copyright laws, a work must be original in order to be protected. Since the criterion of originality is mostly considered as a standard that refers to human involvement, it is observed in legal systems worldwide that the personal touch is also required for the protection of works created by machines. The main issue with works created by artificial intelligence is determining the person whom the authorship will be attributed. At this point, the interpretation of the criterion of originality will be crucial in resolving the issue. However, the interpretation of this criterion varies across different legal systems. In this respect, the study attempts to address the question of who should be considered the author of works created by artificial intelligence, based on the originality criterion, by comparing different legal systems.

Keywords: Originality, Copyright, AI-Generated Works, Generative AI, Author.

I. TELİF HAKKI AÇISINDAN ORJİNALLİK ÖLÇÜTÜ

1. Genel Olarak

Orijinallik ölçütü telif hakkı sistemleri açısından kritik bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bu ölçüt gerek Anglosakson gerekse de Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde bir eserin telif hakkı koruması için uygun olup olmadığını belirlemede merkezi bir rol oynamaktadır. Buna karşılık, orijinallik kavramına ilişkin uluslararası düzeyde bir tanım yapılmadığı gibi¹ ülkelerin ulusal mevzuatlarında da buna yönelik bir tanım bulunmamaktadır. Bu sebeple de bu ölçütün yorumlanması hususunun uygulamada yargı kararlarına bırakıldığı görülmektedir.

Orijinallik kavramının yorumu, farklı hukuk sistemlerinde ve zaman içerisinde değişkenlik göstermiştir². Gerçekten de Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş ülkeler ile Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde bu kavramın farklı şekillerde yorumlandığı³ ve bu durumun da telif hakkı korumasının kapsamını ve eser sahipliği hususlarını etkilediği görülmektedir. Bu farklı yorumlar esasında, orijinallik ölçütünün sağlanmasında insan yaratıcılığına yönelik ihtiyacın hangi düzeyde olması gerektiğine ilişkindir. Zira orijinallik ölçütü değerlendirilirken yargı sistemlerinin ortak nokta olarak “yaratıcılık” kavramına atıf yaptıkları, fakat yaratıcılık ölçeğinde birtakım farklılıkların yer aldığı söylenebilecektir⁴.

¹ Dolayısıyla ölçütün ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin uluslararası bir standart da geliştirilmemiştir. Söğüt, **Atilla**, “Dealing With AI-Generated Works: Lessons From the CIPA Section 9(3)”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 19, No. 1, 2024, s. 44. Buna karşılık, her ne kadar açıkça belirtilmemiş olsa da 09.09.1886 tarihinde imzalanan ve telif haklarının korunması hususunda oldukça önemli bir yere sahip olan Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesinin 3. fıkrasından telif hakkı koruması sağlanacak olan eserlerin orijinal olması gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Nitekim ilgili hükümde türev eserlerin telif hakkı korumasından faydalanabileceği belirtilerek orijinallik gerekliliği ima edilmektedir. Yine aynı şekilde 2. maddenin 5. fıkrasında da fikri yaratıcılığın mevcudiyetinden söz edildiğinden burada da orijinallik ölçütünün gerekli olduğu sonucu çıkarılabilmektedir. Hafız, **Gaffar/Saleh, Albarashdi**, “Copyright Protection for AI-Generated Works: Exploring Originality and Ownership in a Digital Landscape”, *Asian Journal of International Law*, 2024, s. 18.

² Belgin, **Aslan**, “Yaratıcılık, Orijinallik ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemlerine Yansımaları ve Fikri Haklar Boyutuyla Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 2024, s. 8.

³ Orijinallik ölçütünün aynı yargı sisteminde dahi mahkemeler tarafından farklı şekillerde yorumlandığı da görülmektedir. Bkz. **Atilla**, s. 44.

⁴ **Aslan**, s. 5, 8.

2. Anglosakson Hukuk Sisteminde Orijinallik Ölçütü

A. Birleşik Krallık'ta

Orijinallik ölçütü, 1988 tarihli İngiliz Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu'nda⁵ da açıkça belirtildiği üzere bir eserin telif hakkı korumasından faydalanabilmesi için aranan ve yüz yılı aşkın bir süredir mahkeme kararları ile de uygulama alanı bulan bir ölçüttür⁶. Bu ölçüt Birleşik Krallık'ta esas olarak eseri ortaya çıkaran kişinin kendi “emeği, becerisi veya yargısı (“*labour, skill or judgment*”) ile bağdaştırılmaktadır⁷. Buna göre, bir eserin telif hakkı korumasından faydalanabilmesi için orijinal olması ve bu ölçütün de sağlanabilmesi için onu yaratan kişinin emeği, becerisi veya yargısı sonucu ortaya çıkmış olması ve bir başka eserden kopyalanmamış olması gerekmektedir.⁸ Burada eserin sanatsal açıdan orijinal yahut yaratıcı olup olmadığı önem taşımamakta, önemli olan eserin sahibinin kendi emeğinden, çabasından üretilmiş olmasıdır⁹. Bu ölçüt ile amaçlanan üçüncü kişilerin başkalarının emeğinden hiçbir çaba sarfetmeden faydalanmalarına engel olmaktır. Bu durumda, telif hakkı ile esas korunan yaratılan eserdir. Dolayısıyla, Birleşik Krallık'ta orijinallik ölçütünün tespitinde eseri yaratan kişinin kişiliği dikkate alınmamaktadır. Burada, yaratıcının eseri kendi emeği, yeteneği veya yargısı ile yaratmış olması, bunu bir başka eserden kopyalamamış olması yeterlidir. Yine eserin orijinal olması açısından “yeni (daha önce görülmemiş)” olmasına ihtiyaç duyulmamakta, hatta yaratıcının “emeğinin” oldukça fazla veya sıra dışı olması da beklenmemektedir¹⁰. Nitekim emeğin minimal düzeyde olması yeterli görülmektedir.¹¹ Telif hakkı ile esas korunan yaratılan eser olduğundan, eser sahibinin hakları (özellikle de ekonomik hakları)

⁵ Bkz. Copyright, Designs and Patent Act (CDPA) 1988, § 1(1)(a).

⁶ Bkz. *University of London Press v. University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 601.

⁷ *University of London Press v. University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 601, per Peterson J; *Ladbroke (Football) v. William Hill (Football)* [1964] 1 WLR 273; *Independent Television Publications Ltd. v. Time Out Ltd.* [1984] FSR 64.

⁸ Andreas, **Rahmatian**, “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, 2013, s. 12; **Atilla**, s. 44; **Aslan**, s. 8.

⁹ **Rahmatian**, s. 12.

¹⁰ Anglosakson hukuk sisteminde orijinallik ölçütünün temelinde yaratıcılıktan ziyade emeğin yer alması olmasının Kıta Avrupası hukuk sistemine nazaran daha fazla yeni türde eserin korunmasına olanak sağladığı ifade edilmiştir. Aikaterini, **Pilichou**, *Originality Under EU Copyright Law*, Master's Thesis, Thessaloniki, International Hellenic University School of Economics, Business Administration and Legal Studies, 2017, s. 11, 12.

¹¹ **Pilichou**, s. 11.

yalnızca dolaylı olarak korunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, burada, sanatsal yaratıcılık değil, eseri yaratanın bu amaçla yaptığı yatırımın, emeğin potansiyel ekonomik değeri korunmaktadır.¹² Eserin yaratıcısı ise yaratmış olduğu eser dolayısıyla bir koruma elde etmektedir.

Korunma için gereken emek veya beceri miktarının ise asgari düzeyde olması yeterli görülmektedir. Bu durumda, orijinallik için aranan eşiğin Birleşik Krallık'ta kural olarak düşük olduğu söylenebilecektir. Bununla beraber, oldukça az çaba ve emek harcanan ve bunun sonucunda da sıradan işlerin ortaya çıktığı durumlarda, diğer bir ifadeyle, işin, sıradanlıktan uzaklaşabilecek orijinallik seviyesine ulaşmadığı durumlarda, orijinallik ölçütünün sağlandığından da söz edilemeyeceği belirtilmiştir¹³. Buna karşılık, orijinallik açısından öngörülen bu minimum eşiğin eserlerin türüne bağlı olarak değiştiği de görülmektedir. Hatta belirli bir eser kategorisi içinde dahi bu eşiğin farklılık gösterdiği ifade edilmektedir.¹⁴ Örneğin; edebi eserler grubunda bir metnin 40.000 kelimeden 20.000 kelimeye kısaltılması okullarda kullanım açısından orijinal sayılmamışken¹⁵ bir konuşmanın muhabir tarafından yapılan transkripsiyonu orijinal olarak kabul edilmiştir¹⁶. Yine bunun yanı sıra, Birleşik Krallık'ta orijinallik ölçütü açısından eserler arasında ortaya çıkan farklılığın yalnızca niceliksel yönde olmadığı, bazı tür eserlerde (örneğin, görsel sanatlar) orijinallikğin esasında yaratıcı katkıya göre değerlendirildiği de belirtilmektedir¹⁷.

B. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD)

ABD hukukunda da bir eserin telif hakkı korumasından faydalanması için aranan ölçütlerden biri orijinalliktir. Nitekim bu ölçüt, ABD Telif Hakkı Kanunu'nda¹⁸ açıkça belirtildiği gibi, yüz yılı aşkın bir süredir mahkeme

¹² Rahmatian, s. 13.

¹³ Bunun yanı sıra, orijinallikğin tespitinde yalnızca emeğin mevcut olması yeterli olmamakta, burada harcanan emeğin doğru olup olmadığı da dikkate alınmaktadır. Örneğin, bir başka eserden kopyalanan teknik çizimler için de oldukça fazla emek gerekir, fakat ne kadar zaman harcanırsa harcanırsa kopyalama işi yanlış türden bir emek olduğundan ortaya çıkan sonuç da orijinal olarak nitelendirilemeyecektir. Lionel, Bently/Brad, Sherman/Dev, Gangjee/Philip, Johnson, Intellectual Property Law, 6th Edition, UK 2022, s. 105.

¹⁴ Rahmatian, s. 14.

¹⁵ Macmillan v. Cooper (1924) 40 TLR 186.

¹⁶ Walter v. Lane [1900] AC 539.

¹⁷ Rahmatian, s. 15.

¹⁸ Bkz.17 U.S.C. § 102(a).

kararlarında da uygulama alanı bulmaktadır. Birleşik Krallık'ta olduğu gibi ABD hukukunda da orijinallik kavramının yine eser sahibinin kendi “emeği, becerisi, yargısı” ile bağdaştırıldığı, fakat burada aranan eşğin biraz daha yüksek olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme tarafından 1903 yılında karara bağlanan ve orijinallik kavramı açısından öncü bir karar niteliği taşıyan *Bleistein* kararında¹⁹ mahkeme orijinalliği, herhangi bir yenilik veya estetik değeri göz önünde bulundurmaksızın, yaratıcısının bireysel çabası olarak tanımlamış ve bu karardan sonra orijinallik ölçütü, ortaya çıkarılan eserin başka herhangi bir eserden kopyalanmamış olması olarak görülmeye başlanmıştır²⁰. Zira mahkemeye göre, yaratıcının katkısı sanatsal açıdan zayıf olsa dahi eser başka bir eserden kopyalanmamışsa, yalnızca yaratıcısının emeği ile meydana gelmişse orijinallik ölçütü sağlanmış olunacaktır.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme tarafından sonraki tarihte verilen *Feist* kararında²¹ ise orijinalliğin sağlanması açısından minimal düzeyde bir yaratıcılığın da bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Dava, bir yayınevinin, kendi telefon rehberini yayınlamak üzere başka bir telefon rehberinden bilgi kullanması üzerine telif hakkı ihlali sebebiyle açılmıştır. Mahkemeye göre, bir derlemenin orijinal olabilmesi için bunu yapan kişinin seçim ve düzenlemeyi bağımsız şekilde yapması ve bunun da minimal düzeyde bir yaratıcılık içermesi gerekmektedir. Ancak, mahkeme yaratıcılığın tamamen eksik olduğu veya neredeyse hiç bulunmadığı izlenimi yaratacak derecede önemsiz olduğu eserlerin telif hakkı korumasından faydalanamayacaklarını da ayrıca belirtmiştir. Mahkeme, ardından abonelerin alfabetik listesinin telif hakkı koruması için gerekli orijinallik seviyesini taşıyıp taşımadığını değerlendirmiş ve isimler, kasabalar ve

¹⁹ *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 23 S. Ct. 298 (1903). Bu durum daha önceki bir tarihte verilmiş olan *Hollinrake v. Truswell* kararında da net bir şekilde belirtilmiştir. Kararda, orijinalliğin bir eserin yeniliğine veya eşsiz olmasına bağlı olmadığı, yalnızca eser sahibinin çabasından kaynaklanmasının ve başka bir yerden kopyalanmamış olmasının orijinallik açısından yeterli olacağı ifade edilmiştir. *Hollinrake v. Truswell* [1894] 3. Ch. 420. Bu karar, Birleşik Krallık'taki orijinallik anlayışına da netlik kazandırmış; nitekim *University of London Press v. University Tutorial Press* kararında mahkeme, bir eserin, belirli bir emek veya becerinin bulunması ve başka bir eserden kopyalanmamış olması halinde orijinal olarak nitelendirileceğini kabul etmiştir. Karar için bkz yukarıda dn.6; **Gaffar/Albarashdi**, s. 16.

²⁰ Howard B., **Abrams**, “Originality and Creativity in Copyright Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 55, No. 2, 1992, s. 7. Örneğin; *Alfred Bell* kararında mahkeme, orijinallik kavramının belirli bir eserin yaratıcısına ait olduğunu ifadesi taşıdığını, dolayısıyla da bu kavramın kopyalamanın yasaklanmasından başka bir şey ifade etmediğini belirtmiştir. *Alfred Bell Co. v. Catalda Fine Arts*, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951). Benzer yönde karar için bkz. *Hoague-Sprague Corp. v. Frank C. Meyer Co.*, 31 F.2d 583 (E.D.N.Y. 1929).

²¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Service Co.*, 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991).

telefon numaralarının önceden var olan gerçekler olduklarından telif hakkı korumasına uygun olmadıkları sonucuna varmıştır. Davacı tarafın bu telif hakkı korumasına uygun olmayan gerçekleri seçip düzenlemesinin orijinal sayılıp sayılmayacağı hususunda ise mahkeme, orijinallığın sıkı şartlara bağlı olmadığını, burada gerçeklerin mutlaka yenilikçi veya şaşırtıcı şekilde sunulmasının gerekli olmadığını, ancak yine de gerçeklerin seçimi ve düzenlemesinin yaratıcılık gerektirmeyecek kadar mekanik veya sıradan olamayacağını belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye göre, orijinallik eşiği düşüktür, fakat yine de bulunmak zorundadır. Sonuç olarak mahkeme, telefon abonelerinin isimleri, kasabaları ve telefon numaralarının seçimi, koordinasyonu ve düzenlemesinin, telif hakkı koruması için gerekli olan minimal orijinallik seviyesini karşılamadığına, davacının seçiminin telif hakkına konu edilebilir bir ifadeye dönüştürmek için gereken asgari yaratıcılıktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Zira mahkemeye göre, isimleri alfabetik olarak bir rehberde düzenlemek yaygın bir uygulama olup hiçbir yaratıcılık içermemektedir.

Feist kararından da anlaşıldığı üzere, yalnızca “emek vermenin” yahut bağımsız bir yaratımın orijinallik ölçütünü karşılamadığı, burada minimal düzeyde de olsa yaratıcılığın bulunması gerektiği söylenebilecektir. Dolayısıyla bu kararın en önemli sonucunun orijinallik standardına yaratıcılık ile ilgili ayrı bir ölçüt eklemiş olmasıdır²². Bu durumda, emek verilerek bağımsız olarak yaratılan tüm eserlerin orijinal olup olmadığı değerlendirilirken bunların ayrıca minimal düzeyde de olsa yaratıcılık içerip içermediklerinin tespiti de gerekecektir. Doktrinde, mahkemelerin yaratıcı ifade ile yaratıcı olmayan ifadenin ne olduğu hususunda tespit yapmalarının zor olduğu, bunun hakimler açısından problem yarattığı ifade edilmiştir²³. Bu görüşe göre, *Bleistein* kararı ile *Feist* kararı arasındaki çatışmayı çözmek açısından en doğru yöntem, eserin yaratıcısının yapmış olduğu “seçimlere” minimal yaratıcılığın göstergeleri olarak bakmaktır²⁴. Gerçekten de bir eserin minimal düzeyde yaratıcılık içerip içermediğinin tespiti, bu konuda uzman olmayan hakimlerin öznel değer yargıları ile eserin sanatsal değeri üzerinden yapılmamalıdır. Zira bu husus, ileri derecede teknik ve uzmanlık gerektiren bir tespittir²⁵.

²² **Abrams**, s. 14.

²³ Justin, **Hughes**, “Restating Copyright Law’s Originality Requirement”, *Colombia Journal of Law & Arts*, Vol. 44, No. 3, 2021, s. 391.

²⁴ **Hughes**, s. 392.

²⁵ Yang, **Xiao**, “Decoding Authorship: Is There Really no Place for an Algorithmic Author Under Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 54, Issue 1, 2023, s. 15.

Görüldüğü gibi, ABD hukukunda da tıpkı Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, eserin orijinal olup olmadığı değerlendirilirken “beceri, emek” gibi ölçütler dikkate alınmakta, yalnızca *Feist* kararı ile getirilen “minimal düzeyde yaratıcılık” gereksinimi ile orijinallik eşiğinin Birleşik Krallık'takine nazaran biraz daha yüksek olduğu söylenebilecektir. Ancak her ne kadar aranılan orijinallik eşiği farklı seviyelerde olsa da her iki hukuk sisteminde de korumanın merkezinde yine eseri yaratan kişi değil, yaratılan eser bulunmaktadır.

C. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Orijinallik Ölçütü

a. Avrupa Birliği'nde (AB)

aa. Genel Olarak

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde, orijinallik ölçütü eserden ziyade onun yaratıcısını koruma amacını (“*droit d'auteur*”) taşımaktadır. Burada eser, sahibinin yaratıcılığının ve yaratıcı ifadesinin bir sonucu olması dolayısıyla korunmaktadır.²⁶ Örneğin, Fransa'da bir eserin telif hakkı ile korunabilmesi için “*œuvre de l'esprit* (zihnin eseri/ürünü) olması gerektiği, İtalya'da ise ustalık gerektiren eserlerin yaratıcı karaktere sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir²⁷. Benzer şekilde, 1965 tarihli Alman Telif Hakkı Kanunu'nda [§ 2(2)] da yalnızca sahibinin “kendi fikri yaratımlarının” ilgili kanun kapsamında eser olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Buna karşılık, ülkelerin yerel mevzuatında orijinallik kavramının açıkça tanımlanmadığı, bu hususun yorumunun yargı kararlarına bırakıldığı görülmektedir.

Buna karşılık AB'de telif hukukuna ilişkin olarak yürürlüğe giren Tüzük ve Direktifler'de Anglosakson hukuk sistemi ile “*droit d'auteur*” sistemi arasında bir tercihin yapılmadığı, eser kavramı konusunda bir orta yol bulunmaya çalışıldığı görülmektedir²⁸. Gerçekten de Avrupa Birliği Adalet

²⁶ Bu sebeple de bu ülkeler “*droit d'auteur*” ülkeleri olarak anılmakta, bu sistemi benimsemiş olan ülkelerde, eser sahibi ile eser arasındaki kişisel bağ esas alınarak eser sahibinin manevi haklarının ve ekonomik haklarının korunmasına odaklanılmaktadır.

²⁷ **Pilichou**, s. 9.

²⁸ Örneğin, bilgisayar programları, veri tabanları ve fotografik eserlerle ilgili hükümlerde, yüksek koruma şartları öngören Almanya ile oldukça düşük koruma şartları öngören İngiltere arasında bir uyum sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. (Bkz. Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin 2009/24 sayılı AB Direktifi m. 1/2, Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına Dair 96/9 sayılı AB Direktifi m. 3/1, Telif Hakları ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 2006/116 sayılı AB Direktifi m. 6). Cahit, **Suluk/Rauf, Karasu/Temel, Nal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2024, s. 76, dn. 8.

Divanı (ABAD) kararlarında da orijinallik eşiğinin “*droit d’auteur*” sistemini benimseyen ülkelerde bazı eser türleri açısından uygulanan eşik kadar yüksek ve yine orijinallik açısından düşük bir eşik öngören Anglosakson ülkeleri kadar da düşük olmadığı görülmektedir.

Orijinallik ölçütü AB hukukunda da bir eserin telif hakkı korumasından faydalanması için aranan bir ölçüttür, zira bu husus birtakım eser türleri açısından AB Direktifleri’nde açıkça belirtilmiş ve yine ABAD kararlarında diğer eser türleri açısından da öngörülmüştür. Nitekim Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin 2009/24 sayılı AB Direktifi²⁹ m. 1/3’te bilgisayar programlarının, Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına Dair 96/9 sayılı AB Direktifi³⁰ m. 3/1’de veri tabanlarının ve Telif Hakları ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin 2006/116 sayılı AB Direktifi³¹ m. 6’da ise fotoğrafların telif hakkı korumasından faydalanabilmeleri için orijinal olmaları gerektiği açıkça belirtilmiştir. İlgili hükümlere bakıldığı takdirde, orijinallik kavramı açısından “eser sahibinin kendi fikri yaratımı” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Kullanılan bu kavramın iki yönü bulunduğu, buna göre öncelikle ortaya çıkan ürünün “eser sahibine ait” olması gerektiği, ikincisi ise “fikri bir yaratım” oluşturması gerektiği belirtilmiştir³².

bb. “Eser Sahibinin Kendi Fikri Yaratımı” Ölçütü

AB Direktifleri’nde³³ bazı eser türleri açısından öngörülen “eser sahibinin kendi fikri yaratımı” koşulu ABAD tarafından verilen kararlarla AB genelinde orijinallik tespiti bakımından uygulanan bir standart haline gelmiştir. Bu konuda öncü nitelik taşıyan karar ise *Infopaq* kararıdır³⁴. Dava, *Infopaq* şirketi tarafından günlük gazetelerdeki ve diğer süreli yayınlardaki haberlerin ve maka-

²⁹ 2009/24 sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi (Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs), OJ L. 111/16, 05.05.2009.

³⁰ 96/9 sayılı Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına Dair Avrupa Birliği Direktifi (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases), OJ L. 77/20, 27.03.1996.

³¹ 2006/116 sayılı Telif Hakları ve Bazı Bağlantılı Hakların Koruma Sürelerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi (Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights), OJ L. 372/12, 27.12.2006.

³² Hasan Kadir, **Yılmaztekin**, Yapay Zekânın Eser Sahipliği, Ankara 2021, s. 87.

³³ Bkz yukarıda dn. 29, 30, 31.

³⁴ Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening, Judgment of the Court (Fourth Chamber), C-5/08, 16.07.2009 (Kısaca “*Infopaq Kararı*” olarak anılacaktır).

lelerin özetlerinin çıkarılarak müşterilere gönderilmesi işlemi sebebiyle açılmıştır. Davanın konusu, günlük gazeteler ve diğer süreli yayınlardaki makalelerin eser sahiplerinin rızası olmadan kullanılmasının 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifi'nde yer alan çoğaltma hakkını ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkindir. Mahkeme, çoğaltma hakkının ihlal edilip edilmediğini tespit için öncelikle on bir kelimelik haber özetinin eser sayılmak için yeteri kadar orijinal olup olmadığını değerlendirmeye almıştır. Mahkemeye göre, ilgili AB Direktifleri'nde bilgisayar programları, veri tabanları ve fotoğrafların orijinallliği açısından aranan “eser sahibinin kendi fikri yaratımı” koşulu Bilgi Toplumu Direktifi'nde yer alan eserler açısından da uygulanmalıdır³⁵. Mahkeme öncelikle, bir eserin parçalarının eser sahibinin fikri yaratımı olan unsurları içermesi halinde, bunların da tıpkı eserin bütünü gibi telif hakkı ile korunması gerektiğini, zira bu parçaların da eserin bütünüyle beraber orijinallliği paylaştıklarını, buna katkıda bulunduklarını belirtmiştir³⁶. Mahkeme ayrıca, gazete makalelerinde, eser sahibinin kendi fikri yaratımının bulunup bulunmadığına yönelik tespitin eserin biçimi, konunun sunuluş şekli ve dilsel ifade ile yapılabileceğini belirtmiştir³⁷. Mahkemeye göre, kelimeler tek başlarına koruma altına alınabilecek unsurlar olarak kabul edilemez, dolayısıyla da bir makalede eser sahibi yalnızca kelimelerin seçimi, sıralanması ve birleştirilmesi yoluyla yaratıcılığını orijinal bir şekilde ifade edebilecek, başka bir deyişle, kendi fikri yaratımını ancak bu şekilde ortaya koyabilecektir³⁸. *Infopaq* kararı ile bir eserin orijinal sayılması için “eser sahibinin kendi fikri yaratımı” olması gerektiği belirlenmiş ve bu ölçütün Bern Sözleşmesi'nde öngörülen tüm eser kategorileri için uygulanacağı kabul edilmiştir^{39,40}. ABAD tarafından orijinallığın tespiti açısından geliştirilen bu ölçütün

³⁵ Infopaq Kararı, para. 35-38.

³⁶ Infopaq Kararı, para. 38.

³⁷ Infopaq Kararı, para. 44.

³⁸ Infopaq Kararı, para. 45, 46.

³⁹ **Bently/Sherman/Ganjee/Johnson**, s. 105; **Yılmaztekin**, s. 91; **Xiao**, s. 10; Johannes, **Fritz**, “The Notion of ‘Authorship’ Under EU Law-Who can be an Author and What Makes One an Author? An Analysis of the Legislative Framework and Case Law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 19, No. 7, 2024, s. 554; Mireille, **Van Eechoud**, “Along the Road to Uniformity-Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work”, *JIPITEC*, Vol. 3, No. 1, 2012, s. 69. Aynı yaklaşım ABAD tarafından verilen sonraki kararlarda da tekrarlanmıştır. Örnek için bkz. *Levola Hengelo BV v. Smilde Foods*, Judgment of the Court (Grand Chamber), C-310/17, 13.11.2018. Farklı eser türleri açısından aynı standardın uygulanmasının sağladığı faydalar için bkz. **Bently/Sherman/Ganjee/Johnson**, s. 106.

⁴⁰ Alman literatüründe, Infopaq Kararı'nda asgari bir standardın belirlenmiş olduğu, bunun tüm eser türleri için asgari seviyede ortak bir eşik oluşturduğu, fakat üye ülkelerin belirli eser türleri için daha yüksek standartlar belirleyebileceği ifade edilmiştir. Bilgi için bkz. **Van Eechoud**, s. 69.

Birleşik Krallık'ta da paralel şekilde yorumlanması gerektiği, buna karşılık Birleşik Krallık'ta benimsenmiş olan geleneksel orijinallik anlayışının da *Infopaq* kararından önce korunmuş eserler açısından önem taşımaya devam edeceği belirtilmiştir⁴¹. Bununla birlikte, Birleşik Krallık içtihatlarıyla ABAD tarafından benimsenen yaklaşımın ortaya çıkan sonuçlar açısından birbirinden çok da farklı olmadığı, “eser sahibinin kendi fikri yaratımı” ibaresinin de esasında eser sahibinden türemiş olmak şartı şeklinde yorumlanabileceği, aradaki belirgin farkın ise ABAD tarafından orijinallik eşiğinin Birleşik Krallık'taki eşiğe oranla biraz daha yükseltilmiş olması öne sürülmüştür⁴².

“Eser sahibinin kendi fikri yaratımı” ölçütü ABAD tarafından verilen sonraki kararlarda daha da geliştirilmiş ve bu ölçütün (dolayısıyla da orijinalliğin) sağlanabilmesi için eser sahibinin “serbest ve yaratıcı seçimlerini” içermesi ve yine eser sahibinin “kişisel dokunuşunu” yansıtması gerektiği kabul edilmiştir⁴³. ABAD tarafından orijinallik açısından aranan eser sahibinin “kişisel dokunuşu” standardı, her ne kadar açıkça belirtilmese de orijinallik ölçütünün belirli derecede de olsa insanlık düzeyi içerdiği, bunun sonucu olarak da eser sahibi kavramının yalnızca insanlarla sınırlı tutulmak istendiği şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴. Mahkemenin “serbest ve yaratıcı seçimler” standardı ise eser sahibinin tercihlerinde aranmaktadır⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, eser sahibi yaratıcı yeteneklerini, serbest ve yaratıcı seçimler ile ifade etmelidir. Ancak bu noktada orijinallik açısından kabul edilebilir “serbest ve yaratıcı seçimlerin” neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu husus ABAD tarafından verilen *Painer* kararında⁴⁶ ele alınmıştır. Dava, portre fotoğraflarının kişilerin görünümünü doğrudan yansıtması ve bu tür fotoğraflar çekilirken eser sahibinin sanatın icrası bakımından kısıtlı bir özgürlük alanına sahip olması sebebiyle bunların fikir ve sanat eseri olarak korunup korunamayacağına ilişkindir. Mahkeme, bir fotoğraf sanatçısının eserini icra ederken yaratıcı sürece üç aşamada katkı sağlayabileceğini belirtmiştir. Buna göre, hazırlık aşamasında

⁴¹ Bently/Sherman/Ganjee/Johnson, s. 107.

⁴² Rahmatian, s. 15.

⁴³ Eva-Maria Painer v. Standardd VerlagsGmbH and Others, Judgment of the Court (Third Chamber), C-145/10, 01.12.2011, paras. 89, 92 (Kısaca “*Painer Kararı*” olarak anılacaktır); Football Dataco Ltd and Ors v. Yahoo! UK Ltd and Others, Judgment of the Court (Third Chamber), C-604/10, 01.03.2012, para. 38; Brompton Bicycle Ltd v. Chedech/Get2Get, Judgment of the Court (Fifth Chamber), C-833/18, 11.06.2020, paras. 26, 34.

⁴⁴ Xiao, s. 11; Fritz, s. 554.

⁴⁵ Yılmaztekin, s. 124.

⁴⁶ Bkz. yukarıda dn. 43.

fotoğrafçı arka planı, fotoğrafı çekilecek olan kişinin duruşunu ve aydınlatmayı seçebilir. Portre fotoğrafı çekerken de diğer bir ifadeyle uygulama aşamasında, çerçeveyi, bakış açısını ve yaratılan atmosferi seçme özgürlüğüne sahiptir. Tamamlama aşamasında ise çekilen fotoğrafları seçerken çeşitli geliştirme teknikleri arasından uygulamak istediği tekniği seçebilir veya isterse bilgisayar programı kullanabilir.⁴⁷ *Painer* kararında belirlenen bu aşamalar ilk bakışta, bir makine yardımıyla yaratılan bir eserde orijinallik tespiti ve eser sahibinin ne şekilde yaratıcı sürece katkıda bulunacağını belirleme amacıyla oluşturulmuş gibi görünse de bunlar aynı zamanda, eser sahipliği sıfatı için ne gibi özelliklere sahip olunması gerektiği konusunda da bilgi vermektedir. Nitekim kararda, eser sahibinin kendi fikri yaratımından söz edebilmek için eser sahibinin kişiliğinin esere yansıtılması gerektiği, bunun da ancak eser sahibinin eserin meydana getirilmesinde serbest ve yaratıcı seçimler yapmasıyla mümkün olabileceği, bu seçimlerin de üç aşamada gerçekleşebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda eser sahibi, mahkemenin belirtmiş olduğu bu aşamaları izleyen, gerçekleştiren ve bu sebeple de yaratıcı seçimler yapabilen kişidir. Görüldüğü gibi ABAD'a göre, yalnızca “eser” ve “orijinallik” kavramları değil, “eser sahibi” ve “orijinallik” kavramları da birbirleriyle güçlü şekilde bağlantılı kavramlardır.⁴⁸ Bu noktada, AB hukukunda benimsenen orijinallik kavramının ABD hukukundaki orijinallik kavramından farklı olduğu söylenebilecektir. Yine ABAD kararlarında, orijinallik açısından eser sahibinin “kendi fikri yaratımı” ve “kişisel dokunuşu” gibi özellikler arandığından burada insana özgü özelliklere atıf yapıldığı, dolayısıyla eser sahibinin yalnızca insanlardan oluşabileceğinin kabul edildiği öne sürülmüştür.⁴⁹ Nitekim bu özelliklerin bir sonucu olarak eserin, sahibinin kişiliğine dair izler taşıması gerektiği, bu sebeple de AB ülkelerinde orijinallik açısından eserin yalnızca sahibinden türemiş olması, başka bir yerden kopyalanmamış olması yeterli sayılmamakta, sahibinin kendisine özgü kişisel özellikleriyle şekillendirilmiş ol-

⁴⁷ *Painer* Kararı, para. 91. Benzer şekilde, grafik arayüzlerinin bilgisayar programı olarak korunup korunamayacağının incelendiği bir davada ABAD, arayüzler bakımından da yaratıcı seçimler yapılabileceğini ve böylelikle orijinallik ölçütünün sağlanabileceğini, bunun da arayüzleri oluşturan unsurların bir araya getiriliş ve düzenleniş şekline bakılarak belirlenebileceğini ifade etmiştir. *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany v Ministerstvo kultury*, Judgment of the Court (Third Chamber), C-393/09, 22.12.2010, para. 48.

⁴⁸ *Fritz*, s. 554.

⁴⁹ *Xiao*, s. 11; *Fritz*, s. 554. Hatta İspanya ve Almanya'nın yasal mevzuatında, bir eserin telif hakkı ile korunabilmesi için eser sahibinin insan olması gerektiği açıkça belirtilmektedir. *Aslan*, s. 18, 19; *Alexi*, *Juuti*, The Protection of Works Created by Artificial Intelligence Algorithms in the United States and the European Union, Master's Thesis, University of Turku Faculty of Law, 2020, s. 75.

ması da gerekmektedir⁵⁰. Buna karşılık, ABD, Birleşik Krallık, Yeni Zelanda gibi Anglosakson hukuk sisteminin hâkim olduğu ülkelerde, yeniliği teşvik etme ve yaratıcı eserlere kamu erişimini sağlamaya odaklanan faydacı bir yaklaşımın izlendiği, bu bakış açısıyla da eser sahibinin kişiliği veya kimliği üzerinde daha az durularak insan dışı eser sahipliğinin tanınmasına daha fazla olanak sağlandığı ifade edilmiştir⁵¹. Ancak, yargı kararlarına bakıldığında, özellikle de ABD’de telif hakkı korumasının yalnızca insanlar tarafından yaratılan eserlerle sınırlı olduğunun açıkça vurgulandığı görülmektedir⁵². Nitekim ABD Telif Hakları Bürosu’nun uygulamalarının açıklandığı el kitabı niteliğindeki Compendium’da da telif hakkıyla korunabilecek eserler açısından açıkça insanlar tarafından yaratılmış olması şartı aranmaktadır⁵³.

cc. Serbest ve Yaratıcı Seçimler Açısından Ortaya Çıkabilecek Kısıtlamalar

AB hukukunda aranan eser sahibinin “kişisel dokunuşu” ve “serbest ve yaratıcı seçimler yapması” standartları, eserin yaratımında ortaya çıkabilecek birtakım dış kısıtlamalar açısından da değerlendirilmelidir⁵⁴. Bu kısıtlamalar; kural-temelli, teknik, işlevsel veya bilgiye dayalı kısıtlamalar olabilir. Bu durumlarda, eserin orijinal olarak nitelendirilebilmesi için eser sahibinin bu dış kısıtlamalardan etkilenmeyerek yine serbest yaratım alanına sahip olması, esere gerekli kişisel dokunuşlarını yansıtmayı beklenmektedir⁵⁵. Konuya ilişkin önemli bir karar ABAD tarafından verilmiş olan *Brompton Bicycle* kararıdır⁵⁶. Dava, “*Brompton Bicycle*” olarak adlandırılan bisikletin

⁵⁰ Rahmatian, s. 17.

⁵¹ Gaffar/Albarashdi, s. 7, 8.

⁵² Karar örnekleri için bkz. Gaffar/Albarashdi, s. 8; Fritz, s. 552; Runhua, Wang, “The Copyright Requirement of Human Authorship for Works containing Artificial Intelligence-Generated Content”, IP Theory, Vol. 13, No. 2, 2024, s. 30.

⁵³ United States Copyright Office, “Compendium of U.S. Copyright Office Practices”, Third Edition, January 2021, § 306, <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).

⁵⁴ Orijinalliğin tespiti açısından aranan eser sahibinin kendi fikri yaratımı ölçütü ABAD kararlarıyla geliştirilmiş ve bu ölçütün sağlanabilmesi için eserin, eser sahibinin “serbest ve yaratıcı seçimlerini” içermesi ve yine “kişisel dokunuşunu” yansıtmayı gerektiği kabul edilmiştir. Eser sahibinin de esere kişisel dokunuşunu yansıtabilmesi için birtakım dış kısıtlamalardan etkilenmeyerek serbest ve yaratıcı seçimler yapabilmesi gerekir. Bu husus orijinalliğin tespiti açısından ek bir ölçüt olarak aranmamakta, yalnızca eser sahibinin kendi fikri yaratımı ölçütünün sağlanabilmesi açısından göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

⁵⁵ Yılmaztekin, s. 91.

⁵⁶ SI and Brompton Bicycle Ltd v Chedech / Get2Get, Judgment of the Court (Fifth Chamber), C-833/18, 11.06.2020 (Kısaca “Brompton Bicycle Kararı” olarak anılacaktır). Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaztekin, s. 116-120.

tasarımının eser olarak korunup korunamayacağına ilişkindir. Kararda mahkeme, görünümü, teknik fonksiyonun zorunlu kıldığı özelliklerden kaynaklanan bir fikri ürünün eser olarak korunup korunamayacağına yönelik tespitte bulunmuştur. Mahkemeye göre, bir eserin meydana getirilmesi, eser sahibine yaratıcı bir özgürlük alanı bırakmayacak şekilde tamamıyla teknik nedenler, kurallar veya diğer zorunluluklar sonucu gerçekleşmişse, bu eser orijinal olarak nitelendirilemeyecek ve telif hakkı korumasından faydalanamayacaktır⁵⁷. Buna karşılık, bir eserin meydana getirilmesinde teknik gereklilikler etkili olsa da eser sahibi eseri meydana getirirken yine de kişiliğini esere yansıtabiliyorsa, serbest ve yaratıcı seçimler yapabilme imkânına sahipse, bu durumda eser telif hakkı korumasından faydalanabilecektir⁵⁸. Görüldüğü gibi mahkeme, bir tasarımda teknik bir sonuç elde etme amacı bulunsa dahi eğer tasarımın şekli yalnızca teknik zorunluluklardan kaynaklanmıyorsa, eser sahibinin tasarıma kişiliğini yansıtabilme ve serbest ve yaratıcı seçimler yapabilme imkânı bulunuyorsa, eserin orijinallik ölçütünü sağlayabileceği ve böylelikle de telif hakkı korumasından faydalanabileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık, futbol maçlarının sesli görüntülerini konu alan bir davada ABAD, futbol maçlarının yaratıcı seçimlere yer bırakmayan oyun kurallarına tabi olduklarından orijinal olmadıklarını, dolayısıyla da eser niteliği taşımadıklarına hükmetmiştir⁵⁹.

b. Türk Hukukunda

Türk hukukunda bir fikri ürünün eser sayılabilmesi ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁶⁰(FSEK) uyarınca korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Hususiyet, eser sayılmanın subjektif şartını oluşturmaktadır. Bu ölçütün Anglosakson hukuk sisteminde ve AB düzenlemelerinde bir eserin korunması açısından aranan orijinallik ölçütünün karşılığını oluşturduğu söylenebilecektir⁶¹. Bir eserin sahibinin hususiyetini taşıması, o eserin diğer fikri ürünlerden ayırt edilebilmesini sağlamaktadır⁶².

⁵⁷ Brompton Bicycle Kararı, para. 24.

⁵⁸ Brompton Bicycle Kararı, para. 26.

⁵⁹ Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd, Judgment of the Court (Grand Chamber), C-403/08 and C-429/08, 04.10.2011, paras. 98, 99.

⁶⁰ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, RG. 13.12.1951, S. 7981.

⁶¹ Hayri, **Bozgeyik**, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, 2009, s. 174, dn. 24.

⁶² **Suluk/Karasu/Nal**, s. 75.

Hususiyet kavramı doktrinde oldukça tartışılmış ve bu kavram açısından birbirinden farklı tanımlamalar yapılmıştır⁶³. Bu tanımlardaki ortak noktalardan yola çıkılarak hususiyet açısından öncelikle bir eserin sahibine izafe edilebilir olması, sahibinin az veya çok fikri çabası/yaratısı sonucu şekillenen bir eser olması gerektiği söylenebilecektir. Doktrinde, hususiyet koşulu sebebiyle, insanın dışındaki makine, doğa, hayvan ve bitki gibi diğer varlıkların bir eser meydana getirebilecekleri kabul edilmemektedir⁶⁴. Buna göre, tabiat hareketleri sebebiyle oluşan estetik bir toprak yahut bir şelale ya da bir bülbülün çıkardığı, musiki değeri de olabilecek kulağa hoş gelen sesler eser olarak nitelendirilemeyecektir. Buna karşılık, bir kişi doğada bulunan birtakım unsurları yaratıcı bir düşünce sonucu bir araya getirip eser yaratabilecektir.⁶⁵ Benzer şekilde, yine eser meydana getirilirken teknik araçlardan faydalanılması mümkündür, ancak sahibinin herhangi bir katkısı olmadan yalnızca teknik bir araç (örneğin, bilgisayar gibi) sonucu meydana gelen bir ürün eser olarak kabul edilmemektedir⁶⁶. Burada aranan eser sahibinin hususiyetidir.

Hukukumuzda hususiyet kavramı, Anglosakson hukuk sistemindeki gibi emek teorisi ile bağdaştırılmamış, bir eseri meydana getirmede harcanan emeğin yoğunluğu, yapılan yatırım, katlanılan külfet veya masraflar ürünün doğrudan eser olarak nitelendirilmesi için etkili kabul edilmemiştir⁶⁷. Burada kişinin fikri çabasının veya faaliyetinin sonucunda ortaya çıkan ürünün eser sayılabilmesi için emsallerine kıyasla biçiminde veya içeriğinde az veya çok bağımsız bir ürün olması⁶⁸, sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması, diğer bir ifadeyle sahibinin esere yansıyan farklı özelliklerini taşıması gerektiği ifade edilmektedir. Buna karşılık, hususiyet koşulunun sağlanmasında eserin yeni

⁶³ Doktrindeki farklı görüşler için bkz. **Bozgeyik**, s. 171-174; Engin, **Erdil**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2009, s. 15-17; Ünal, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 104, 105; Arslan, **Kaya**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri -I-, İstanbul 2024, s. 34, 35; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 75, dn. 7; **Yılmaztekin**, s. 157-161.

⁶⁴ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 77, 78; **Kaya**, s. 33.

⁶⁵ **Kaya**, s. 33.

⁶⁶ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 78; **Kaya**, s. 33, 34.

⁶⁷ **Kaya**, s. 33; **Bozgeyik**, s. 180; İlhami, **Güneş**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2024, s. 64.

⁶⁸ Eser sahibinin esere kendi fikri özelliklerini yansıtabilmesinin en iyi yolu ve göstergesinin kendi fikri faaliyetinin diğer faaliyetlerden bağımsız olması olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, bir eser oluştururken mevcut eserlerden yararlanmanın mümkün olduğu, bu durumda sonraki eserin, sahibinin çeşitli hususiyet noktalarını içerse de sahibine ait olmayan unsurlar bakımından korunamayacağı ifade edilmiştir. **Bozgeyik**, s. 175.

olup olmadığı dikkate alınmamaktadır, zira yenilik patent hukukuna özgü bir kavramdır.⁶⁹ Bu durumda, ortaya çıkan eserin daha önce hiç duyulmamış ve görülmemiş nitelikte olmasına yahut da emsalsiz olarak algılanmasına gerek yoktur⁷⁰. Bununla birlikte, alışlagelmiş tekrar eden fikir çalışmaların da fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında eser olarak kabul edilemeyeceği de ayrıca ifade edilmiştir⁷¹.

Bunun yanı sıra, tıpkı AB’de olduğu gibi hukukumuzda da hususiyet koşulunun sağlanması açısından asgari seviyede de olsa yaratıcılık aranmaktadır. Yaratıcılığın seviyesi açısından ise fikri ürünün ürün sahibinin özelliklerini yansıtmaması, üründe ondan bir şeyler bulunmasının yeterli kabul edildiği belirtilmiştir⁷². Bununla birlikte, doktrinde yaratıcılığın da birtakım kademelerinin bulunduğu, buna göre yaratıcılığın en alt kademesinin bireysellik, en üst kademenin ise özgünlük olduğu ve özgün eserlerin fikri hukukta en kapsamlı korumayı elde ettikleri de öne sürülmüştür. Yine fikri hukukta yaratıcılığın içerikten ziyade üslupta olduğu, dolayısıyla da orijinal bir fikrin aktarılması halinde, tek başına korunamayacağı da haklı olarak belirtilmiştir.⁷³

Hususiyetten söz edilebilmesi için eser sahibinin kendi fikri faaliyetine ve bunu esere yansıtabilecek serbest alana sahip olması şarttır. Ancak böyle bir alanın varlığı da doğrudan hususiyetin mevcut olduğuna işaret etmeye-

⁶⁹ **Kaya**, s. 33, 34. TEKİNALP de hususiyet açısından yeniliğin gerekmediğini, hususiyetin kendisini anlatımda (üslupta) gösterdiğini, burada eser sahibinin kişiliğinin, yaratıcılığının esere yansıtılmasından söz edildiğini, diğer bir ifadeyle, eserin, sahibinin mührü niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre, anlatım kavramı yalnızca hikâye, roman, makale, bilimsel eser ve şiir için kullanılmamakta; bir mimari eserin, filmin, piyesin, dansın, suluboya ve yağlı boya tablonun, fotoğrafın, karikatürün, tiptemenin, heykelin ve bilgisayar programının dahi bir anlatımı bulunmaktadır. **Tekinalp**, s. 105, 106. AYİTER de yine fikir ve düşünceler ne kadar dahiyâne olsalar da hak konusu oluşturamayacaklarını, ancak onların büründüğü şeklin korunabileceğini, eser sahibinin his ve fikirlerini maddeye aktardığı şeklin ise ifade şekli olduğunu belirtmiştir. Nüşin, **Ayiter**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981, s. 41-43. Erdil de hususiyet açısından yenilik şartının gerekli olmadığını, önemli olanın yaratılan eserin daha önce meydana getirilmiş olan eserlerden mutlak surette bağımsız olması olduğunu belirtmiş, bağımsızlığın ölçütü açısından ise, yeni eserin hususiyetinin eski eserin hususiyetine galip gelmesi olduğunu ifade etmiştir. **Erdil**, s. 16.

⁷⁰ **Kaya**, s. 37.

⁷¹ **Bozgeyik**, s. 176.

⁷² TEKİNALP’e göre, düzeyi düşük anlatım ve bilimsel eserlerdeki yetersiz bilgi hususiyeti de içeremez. Yazar hususiyet açısından tek bir ölçü verilemeyeceğini kabul etmekle birlikte genel bir düzeyin belirlenebileceğini, zira fikri çaba ile ortaya çıkan sonuçların, günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan sıradan sonuçlardan farklı olacağını belirtmektedir. **Tekinalp**, s. 107.

⁷³ **Kaya**, s. 35-38.

cektir, zira hususiyetin bulunup bulunmadığı somut olay bazında tespit edilmesi gerekir.⁷⁴ Teknik, işlevsel yahut farklı türde birtakım dış kısıtlamaların bulunduğu, diğer bir ifadeyle eser sahibinin serbest hareket alanının daraldığı eserlerde hususiyetin tespiti de daha zor olmaktadır. Ancak bu ürünlerin de eser olarak nitelendirilip korunabilmeleri için mutlaka sahibinin hususiyetini taşımaları gerektiği, burada da daha çok eserin meydana getirilmesinde izlenen usule odaklanılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁵. Nitekim Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında, bir haritanın kanunen korunabilecek bir eser sayılıp sayılmadığı hususunda, haritanın nasıl oluşturulduğunun ve sahibinin hususiyetini yansıtıp yansıtmadığının belirlenmesi gerektiğini, bunun da ancak ilgili alanda uzman bilirkişiler aracılığıyla yapılabileceğini belirtmiştir⁷⁶. Buna karşılık, bir fikri ürünü meydana getirirken, işin maksadı, mahiyeti, doğası veya teknik zorunluluğu sebebiyle o ürünü meydana getiren kişiye serbest hareket alanı kalmıyorsa, diğer bir ifadeyle, belirtilen sebeplerle herkes o ürünü o şekilde biçimlendirmek zorundaysa, böyle bir durumda bir eserin mevcudiyetinden de söz edilemeyecektir⁷⁷. Bu durumda, hususiyetten söz edilebilmesi için eseri meydana getiren kişinin esere kendi özelliklerini yansıtabilecek serbest hareket alanının bulunması gerekir.

II. YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİSİ TARAFINDAN ÜRETİLEN ESERLER AÇISINDAN SAHİPLİK SORUNU

1. Mevcut Hukuki Düzenlemeler Açısından Sorunun Analizi

Son yıllarda hayatın çeşitli alanlarında karşımıza çıkan yapay zekâ algoritmaları teknolojiye adeta bir devrim yaratmış ve bunların kullanımı günden güne oldukça yaygınlaşmıştır. Bu durum özellikle telif hakkına konu olabilecek eserler açısından oldukça önemlidir, nitekim oldukça minimum düzeyde bir insan müdahalesiyle yapay zekâ teknolojisi tarafından yaratıcı

⁷⁴ **Bozgeyik**, s. 176.

⁷⁵ **Kaya**, s. 39, 40. Bu tip dış kısıtlamaların bulunduğu zorunlu unsurlar kapsam dışında bırakılarak eser sahibinin serbest hareket alanının bulunduğu noktada hususiyetin bulunup bulunmadığı değerlendirmeye tabi tutulur. Zira hususiyet bir eserin tamamında yahut çeşitli unsurlarında bulunabilir. **Bozgeyik**, s. 176. Hususiyet eserin çeşitli unsurlarında bulunabilir olsa da hususiyetin tespitinde genel intibaya, diğer bir ifadeyle esas olarak eserin tamamına bakılır. Bu durumda, bir eserin unsurları tek tek ele alındığında hususiyet sorgulanabilir nitelikte olsa da bu unsurların bir arada kullanılmasıyla oluşan genel izlenim hususiyeti oluşturabilir. **Suluk/Karasu/Nal**, s. 77.

⁷⁶ Y. 11. HD, E. 2002/8275, K. 2002/8839, 11.10.2002, **Kaya**, s. 39, 40.

⁷⁷ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 76, 77.

eserler üretilebildiği görülmektedir. Örneğin, İngiliz bilim insanları, yüzlerce çağdaş Britanyalı şairin dizelerini analiz eden bir program geliştirmiş, bu program, Simon Armitage ve Alice Oswald gibi ünlü şairlerin özgün şiir yazma stillerini öğrenip taklit edebilecek şekilde tasarlanmış ve sonuç olarak kendi şiirlerini üretebilecek kapasiteye sahip olmuştur⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, yapay zekânın şiirler yazma, müzikaller besteleme, sıfırdan yeni ilaç tasarımları oluşturma, insanlarla doğal bir şekilde sohbet etme vs. gibi becerilerinin bulunduğu gözlemlenmektedir⁷⁹. Hatta, insansı bir robot şeklindeki yapay zekânın Suudi Arabistan vatandaşlığı aldığına dair haberler dahi gündeme gelmiştir⁸⁰. Bu durumda yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin hukuki durumu ve korunması sorunu sıklıkla gündeme gelmektedir. Ancak birçok ülkede yer alan mevcut telif hakkı yasaları yapay zekâ teknolojisi tarafından üretilen eserleri korumada yetersiz kalmaktadır. Bununla beraber, telif hakkı açısından üretilen eserin sahibinin kim olduğu meselesi de bu noktada önem taşımaktadır. Zira eser sahibi yaratmış olduğu eser dolayısıyla yasalarla korunan birtakım mali ve manevi haklara sahip olmaktadır. Bir eserin telif hakkı ile korunabilmesi için orijinal olması, bu durumda da belirli bir düzeyde yaratıcılık sergilemesi ve bu yaratıcılığında eser sahibine atfedilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, eser sahipliği kavramı, eserin orijinallığı ile yakından bağlantılıdır.⁸¹ Dolayısıyla orijinallik kavramının ne şekilde yorumlandığı da burada belirleyici olacaktır. AB hukukunda eserin orijinal sayılabilmesi için belirli bir düzeyde insan yaratıcılığı, dokunuşu aranmaktadır. Birleşik Krallık, ABD gibi Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde ise her ne kadar orijinallik açısından eser sahibinden ziyade esere odaklanılsa da bu ülkelerde de eser sahibinin insan olması gerektiği yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir⁸². Sonuç olarak Dün-

⁷⁸ Bkz. 'A box of light': AI inspired by British verse attempts to write poetry | Poetry | The Guardian, (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

⁷⁹ Bkz. Phuoc, **Nguyen**, "The Monkey Selfie, Artificial Intelligence and Authorship in Copyright: The Limits of Human Rights. Public Interest Law Journal of New Zealand, Issue. 6, 2019, s. 123.

⁸⁰ Bkz. <https://www.peryon.org.tr/suudi-arabistan-bir-robot-vatandaslik-veren-ilk-ulke-oldu#:~:text=Suudi%20Arabistan%2C%20%C3%9Cnl%C3%BC%20Hollywood%20y%C4%B1ld%C4%B1z%C4%B1,Suudi%20Arabistan%20vatanda%C5%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20verildi%C4%9Fi%20a%C3%A7%C4%B1kland%C4%B1> (Erişim Tarihi: 24.11.2024).

⁸¹ **Gaffar/Albarashdi**, s. 6.

⁸² Genel kural eseri yaratan kişinin eser sahibi olduğu yönünde olmakla birlikte, ABD'de hukukunda iş için yaratılmış olan eserler açısından bir istisna getirilmiş ("work made for hire") ve çalışanların görevleri kapsamında yaratmış oldukları eserlerde veya aralarındaki açık bir anlaşmaya dayanılarak özel olarak sipariş edilerek yaratılan eserlerde, aksi kararlaştırılmadığı

ya genelindeki yaklaşım, eser sahibinin insan olması gerektiği yönündedir. Buna karşılık, telif haklarının korunması açısından uluslararası bir çerçeve oluşturan Bern Sözleşmesi'nde eser sahipliği kavramının tanımlanmamış olduğu, dolayısıyla bu hususun üye ülkelere bırakıldığı görülmektedir. Yine Sözleşme'de eser sahibinin insan olması gerektiğine dair açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Her ne kadar bazı yazarlar⁸³ eser sahipliği açısından manevi hakların mevcut olması sebebiyle Sözleşme'nin genel olarak insana atıf yaptığını savunsa da Sözleşme'nin 4. maddesinin (a) bendinde sinematografik eserlerin yapımcılarına da koruma sağlandığından eser sahipliği açısından tamamıyla insan merkezli bir anlayışın kabul edilmemiş olduğu söylenebilecektir⁸⁴. Yine fikri hakların Dünya genelinde korunmasını amaçlayan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması⁸⁵'nda (TRIPs) da eser sahipliği kavramı tanımlanmamıştır, zira bu Anlaşma'nın amacı fikri mülkiyet haklarının tanımlanması değil, bunlara uluslararası düzeyde koruma sağlamaktır⁸⁶.

Bunun yanı sıra, birtakım ülkeler yapay zekâ teknolojisi ile üretilen eserler açısından belirli adımlar atmış, buna ilişkin yasal düzenlemelerinde değişiklikler yapmıştır. Örneğin, İngiliz Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu'nda bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserlerde eser sahibinin eserin yaratılmasına yönelik gerekli düzenlemeleri yapan kişi olarak kabul edileceği belirtilmiştir [CDPA § 9(3)]⁸⁷. Bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserler

sürece, eser sahibinin işveren yahut da siparişi veren kişi olacağı düzenlenmiştir. Bkz.17 U.S.C. § 201(b). Benzer bir düzenleme Birleşik Krallık'ta da yer almaktadır. Bkz. Copyright, Designs and Patent Act (CDPA) 1988, § 11. Yine Birleşik Krallık'ta kurulmuş bir tüzel kişiliğin de bazı durumlarda eser sahibi olabileceği de ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. Copyright, Designs and Patent Act (CDPA) 1988, § 154. FSEK'te ise konuya en yakın düzenleme m. 18/2'dir. Buna göre, "*Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır*". Ancak bu hükümde, eser sahipliği ve manevi haklar, eseri meydana getiren işçiye ait olmaya devam etmekte, işveren yalnızca mali haklardan faydalanabilmektedir. Batuhan, **Gök**, Yapay Zekâ Sistemleri Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerin Telif Hakkı, İstanbul 2024, s. 121.

⁸³ **Fritz**, s. 553.

⁸⁴ **Xiao**, s. 8.

⁸⁵ TRIPs Anlaşması, malların ticaretinin yanı sıra sınır aşan hizmetlerin dolaşımı ve fikri hakların korunmasını amaçlayan Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın bir ekidir. Ülkemiz de 1995 yılından bu yana bu Anlaşma'ya taraftır.

⁸⁶ **Nguyen**, s. 127.

⁸⁷ Özellikle İrlanda, Yeni Zelanda ve Hindistan gibi ülkelerin bu konuda birtakım girişimlerde bulunduğu ve Birleşik Krallık'taki hükme benzer düzenlemeleri kabul ettikleri ifade edilmektedir. **Gaffar/Albarashdi**, s. 2; Ryan, **Abbott**, "Artificial Intelligence, Big Data and Intellec-

ise eserin oluşumunda insanın yer almadığı, tüm yaratım sürecinin bilgisayar işleyişine dayandığı eserler olarak tanımlanmıştır (CDPA § 178). Ancak bu koruma yalnızca edebi, dramatik, müzik ve sanatsal eserler için öngörülmüş olup medya eserleri bu kapsama girmemektedir. Bu eserler için koruma süresi ise eserin yapıldığı takvim yılının bitiminden itibaren elli yıldır [CDPA § 12(7)]. Yine bu tür eserlerde manevi haklardan faydalanılamayacağı da ayrıca belirtilmiştir [CDPA § 79(2), 81(2)]. Bu düzenleme, tanımlanabilir bir insan katkısının bulunmadığı durumlarda yapay zekâ tarafından üretilen eserlerin korunması açısından uygun bir çözüm yolu getirmekte⁸⁸, eserlerin yaratılmasında gerekli adımları atan bireyin önemini vurgulamaktadır. Diğer bir ifadeyle, ilgili yaklaşım, nihai çıktının yapay zekâ veya bilgisayar algoritmaları tarafından üretildiği durumlarda dahi yaratıcı süreçte insan müdahalesinin önemini kabul etmektedir⁸⁹. Böylelikle belirli düzeyde yaratıcılığın arandığı orijinallik ölçütü de göz ardı edilmiş değildir. Ancak bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserlerde gerekli düzenlemeleri yapan kişinin kim olduğu hususu da belirsizdir⁹⁰. Yine yapılan bu düzenlemeler insan müdahalesinin olmadığı, tamamen otonom biçimde hareket eden yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserler açısından durumu kapsamlı bir şekilde ele almamıştır. Dolayısıyla, bu noktada yasal bir boşluğun bulunduğu söylenebilecektir. İlgili düzenlemeye yönelik eleştiriler sonrası, düzenlemede değişiklik yapılması⁹¹ veya kaldırılması⁹² ya da mevcut düzenlemenin aynen ko-

tual Property: Protecting Computer-Generated Works in the United Kingdom”, 2017, s. 7, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064213 (Erişim Tarihi: 15.11.2024); Barış, **Gözübüyük**, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 70.

⁸⁸ Buna karşılık doktrinde, ilgili düzenlemenin günümüz yapay zekâ teknolojisi açısından yeterli olduğu, zira çok katmanlı yapay sinir ağlarının kullanıldığı yahut metin açıklamalarından görseller üreten modellerin kullanıldığı makine öğrenme tekniklerinde, potansiyel olarak bir-biriyle çatışan ve rekabet eden birçok “düzenleyicinin” ön plana çıktığı belirtilmiştir. Alina, **Trapova**, “Copyright for AI-Generated Works: A Task for Internal Market?”, European Law Review, Vol. 48, No. 2, 2023, s. 199, 200. Benzer yönde bkz. Osman Gazi, **Güçlütürk**, Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı, İstanbul 2022, s. 180, 181.

⁸⁹ **Gaffar/Albarashdi**, s. 14.

⁹⁰ **Güçlütürk**, s. 180, 181. **Abbott**, s. 7; **Gözübüyük**, s. 70. Yazar, benzer bir düzenlemenin Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ülkemiz açısından yapılamayacağını, zira ilgili düzenlemenin Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde bulunduğunu, bu ülkelerde yargı kararları ile “gerekli düzenlemeleri yapan kişi” kavramının içeriğinin rahatlıkla doldurulabileceğini, ancak aynı esnekliğin bizim açımızdan mümkün olmayacağını belirtmiştir.

⁹¹ Burada yapay zekâyâ yapılan yatırımları teşvik edecek yeni bir hakkın oluşturulabileceği, bunun aynı zamanda insan yaratıcılığını da teşvik edebileceği ve bu hakkın süresinin telif

runmasına ilişkin seçenekler Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (UKIPO) tarafından 2021 yılında başlatılan ve 2022 yılında sonuçlandırılan kamu danışma sürecinin sonuçlarına ilişkin öneride⁹³ analiz edilmiş ve bunun sonucunda CDPA § 9(3)'te yer alan düzenlemenin mevcut şekliyle korunmasına karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle, bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserler için mevcut telif hakkı korumasında herhangi bir değişiklik yapılmaması öngörülmüştür⁹⁴. Bu karara gerekçe olarak ise, yapay zekâ teknolojisinin henüz erken aşamada olduğu, yine mevcut düzenlemenin zarara yol açtığına dair herhangi bir kanıtın bulunmadığı ve ilgili düzenlemenin kaldırılmasının inovasyonu ve yapay zekânın kamu yararına kullanımını teşvik edip etmeyeceğinin ya da engel olup olmayacağının belirsiz olduğu gösterilmiştir. Yine mevcut düzenlemenin korunmasının yasal kesinlik ve istikrar sağlayacağı da ayrıca öne sürülmüştür.

Bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserlere ilişkin değerlendirme yapılırken öncelikle telif hakkı sistemi ile neyin amaçlandığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira amacın insanların yaratıcı çabalarını teşvik etmek ve ödüllendirmek mi yoksa eseri kimin yarattığına bakmaksızın tüketicilerin elinde yaratıcı eserlerin artmasını teşvik etmek mi olduğunun belirlenmesi gerektiği öne sürülmüştür.⁹⁵ Diğer bir ifadeyle, önceliğin hangi amaca verildiğinin tespit edilmesi konunun çözümü açısından fayda sağlayacaktır. Bu noktada, yapay zekâ tarafından meydana getirilmiş olan eserlerin de (gerekli şartları taşımaları

hakkına kıyasla oldukça kısa olması gerektiği (örneğin, iki ila on yıl arası) öne sürülmüştür. Ancak yeni bir hakkın kapsamı ve süresi konusunda karar verebilmek için daha fazla kanıta ihtiyaç duyulduğu ayrıca belirtilmiştir.

⁹² Burada bilgisayarlar tarafından oluşturulan eserlere yönelik telif hakkı korumasının tamamen kaldırılması, böylelikle insanlar tarafından yaratılmayan eserler için koruma sağlanmaması bir seçenek olarak tartışılmıştı. Bu öneriye gerekçe olarak da ilgili düzenlemenin orijinallik ölçütü ile çeliştiği, yapay zekânın insana nazaran çok daha fazla sayıda eser üretebileceği, bu durumun da insan yaratıcılığını gölgede bırakabileceği öne sürülmüştür.

⁹³ UKIPO, Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and patents: Government response to consultation, 2022, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/outcome/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents-government-response-to-consultation> (Erişim Tarihi: 11.06.2025).

⁹⁴ UKIPO yapay zekâ ve telif hakları konusunda 2024'te yeni bir danışma süreci başlatmış ve bu süreç 2025 Şubat ayında sona ermiştir. Bu yeni danışma sürecinde de yapay zekâ tarafından oluşturulan eserler için mevcut düzenlemede değişiklik yapılmayacağına ilişkin karar tekrar gözden geçirilmiş, ancak bu sürecin sonuçları henüz resmi olarak açıklanmamıştır.

⁹⁵ WIPO Secretariat, "Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence", WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), Second Session, 2020, para. 23, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf (Erişim Tarihi: 18.11.2024); Gaffar/Albarashdi, s. 12.

halinde) telif hakkı korumasından faydalanacağını çoğunluk tarafından kabul edildiği⁹⁶, esas tartışmanın ise bu tür eserlerde hak sahibi olarak kimin tanınacağı hususunda yaşandığı söylenebilecektir.

Yapay zekânın yardımcı bir araç olarak kullanıldığı ve üretiminde insan müdahalesinin yer aldığı eserler açısından durum ele alındığında, burada çok fazla problemin yaşanmadığı, zira bunların tıpkı bir makine kullanarak eser yaratılmasında olduğu gibi durumun değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim burada yapay zekâ teknolojisi insan tarafından yaratılan bir eserde kullanılan bir araç/enstrüman şeklinde ele alınmalı ve eserin meydana getirilmesinde insan çabasının bulunduğu unutulmamalıdır.⁹⁷ Nitekim bu husus Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakları Ofisi (USCO) tarafından yayımlanan yapay zekâ ve telif hakkı raporunun ikinci bölümünde de belirtilmiştir⁹⁸. Buna göre, yapay zekânın bir aracı olarak insan yaratıcılığına yardımcı olmak amacıyla kullanılması ile, insan yaratıcılığının yerine geçecek şekilde kullanılması arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Zira insan yaratıcılığına yardımcı kullanımlar telif hakkı korumasından faydalanabilirken yapay zekâ sisteminin yaratıcı seçimler yaptığı durumlarda daha detaylı bir analiz gerekmektedir. Yine raporda, bu ayrımın yapay zekâ sisteminin doğasından kaynaklanmadığı, sistemin kullanılış biçiminden kaynaklandığı da ayrıca belirtilmiştir.

⁹⁶ Jie, **Zhang**,/Xin, **Xie**, “Research on the Copyright Protection of Artificial Intelligence Generation in the Smart Media Environment”, Proceedings of the 2023 3rd International Conference on Public Management and Intelligent Society (PMIS 2023), s. 655 vd.; **Abbott**, s. 12 vd.; **Xiao**, s. 7, 8. Konuya ilişkin tartışmalar ve çözüm önerileri için bkz. **Gözübüyük**, s. 62-68. Yine telif haklarının uluslararası düzeyde korunmasını sağlayan Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesinde edebi ve sanatsal eserlerin tanımlandığı, TRIPs m. 10 ile WIPO Telif Hakları Anlaşması’nın (WCT) 4. maddesinde ise bilgisayar programlarının da Bern Sözleşmesi’nin 2. maddesi kapsamında kaldığı açıkça belirtildiğinden hem yapay zekâ programının kendisinin hem de bunlar tarafından üretilen yaratıcı içeriklerin ifade edici bir doğaya sahip olmaları şartıyla edebi ve sanatsal eserler olarak korunabilecekleri açıktır. **Xiao**, s. 7, 8.

⁹⁷ **Gaffar/Albarashdi**, s. 13; **Gözübüyük**, s. 63; **Gök**, s. 100. Avrupa Parlamentosu’nun 20.10.2020 tarih ve 2020/2015(INI) sayılı İlke kararında da yapay zekânın gerçek kişiye yardımcı olmak için bir araç olarak kullanıldığı durumlarda telif hakkına ilişkin yürürlükteki mevzuatın uygulanmaya devam edileceği belirtilmiştir. Bkz. European Parliament resolution of 20 October 2020 on intellectual property rights for the development of artificial intelligence technologies [2020/2015(INI)], OJ C. 404/129, 06.10.2021, para 14.

⁹⁸ USCO, “Copyright and Artificial Intelligence Part 2: Copyrightability”, 2025, s. 11, 12, <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2025) (Kısaca “USCO Yapay Zekâ Raporu” olarak anılacaktır).

Konuya ilişkin esas problem, insan müdahalesinin oldukça az olduğu durumlarda yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserler açısından ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Nitekim burada orijinallik ölçütünün genel olarak insan müdahalesi gerektirdiği göz önünde bulundurulduğunda konunun tartışmalı hale gelmesi kaçınılmaz olmaktadır. Ancak bilgisayar destekli ve tamamen bilgisayarlar tarafından üretilen eserler konusundaki ayrımın uzmanlık gerektirdiği, burada yapay zekâ yardımı ile üretilen eserler ile yapay zekâ tarafından üretilen eserler arasındaki sınırın çok dikkatli şekilde çizilmesinin doğru olacağı da haklı olarak ifade edilmiştir¹⁰⁰. Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde hak sahipliğine ilişkin olarak farklı birtakım olasılıkları değerlendirmek gerekmektedir. Bu olasılıklardan ilki, yapay zekâ programının kendisinin telif hakkı sahibi olarak kabul edilmesi, ikincisi programı yaratan kişinin ve sonuncusu ise programı kullanan kişinin hak sahibi olarak kabul edilmesi olasılığıdır.

2. Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Eserlerde Hak Sahipliğine İlişkin Olasılıkların Değerlendirilmesi

A. Yapay Zekâ Programının Kendisinin Telif Hakkı Sahibi Olarak Tanınması Olasılığı

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde hak sahipliği açısından ilk olasılık, yapay zekâ programının kendisini hak sahibi olarak tanımasıdır. Zira buna göre, bir bilgisayar, edebi ve sanatsal eserler ürettiğinde

⁹⁹ İnsan müdahalesinin olmadığı, tamamen otonom biçimde hareket eden yapay zekâ teknolojisinin ise henüz gelişmemiş olduğu ifade edilmektedir. **Yılmaztekin**, s. 286; **Gözübüyük**, s. 64; **Gök**, s. 125.

¹⁰⁰ **Atila**, s. 47, 48. **GÖZÜBÜYÜK**'e göre, "bilgisayar üretimi veya bilgisayar destekli" ayrımı geleneksel algoritmaları kullanan sayısal bilgisayarların dünyasına ait bir ayrımdır, bu sebeple yapay zekâ teknolojisi bakımından işlevsiz kalacaktır. Zira yazar, yapay zekânın yeni algoritmalar yazarak geliştiricinin başlangıçta yazdığı programla olan bağlarını koparabildiğini, dolayısıyla geliştiricinin de ortaya çıkacak olan çıktıyı önceden kesin olarak bilemeyeceğini, buna karşılık, geleneksel algoritmalarla çalışan bilgisayarlarda bilgisayara verilen girdi ile alınan çıktı arasındaki bağın matematiksel kesinlikte olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra yazar, günümüzde insan müdahalesinin hiç olmadığı bir yapay zekâ sisteminin varlığından bahsetmenin de güç olduğunu ve insan müdahalesinin hiç olmadığı, tamamen otonom şekilde çalışan bir sistemin meydana getirdiği eserlerin bilgisayar üretimi olarak değerlendirilebileceği hususunun da şüpheli olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak yazar, bu ayrımın yanlış sonuçlar verebileceği kanaatindedir. **Gözübüyük**, s. 63-65. Bir başka görüş de ne kadar otonom yahut bağımsız görünseler de günümüz teknolojisiyle sahip olunan yapay zekâ sistemlerinin yaratıcı faaliyetlerinin atfedilebileceği insanları tespit etmenin mümkün olduğunu, bu sebeple, yapay zekâ sistemlerini tek başlarına yaratıcı özne olarak kabul etmenin mümkün olmayacağını öne sürmektedir. Bkz. **Gök**, s. 125.

programın kendisi hak sahibi olarak ele alınacaktır. Bu varsayımın kabul edilmesi halinde, insan dışı bir varlığa telif hakkı tanınması gündeme gelecektir ki bu durum Dünya genelindeki telif hakkı düzenlemeleriyle örtüşmemektedir. Kaldı ki yapay zekâya eser sahipliği hakkı tanınabilmesi için bunun öncelikle farklı birtakım hukuki haklara da sahip olabilmesi gerekir¹⁰¹, dolayısıyla bu konu yalnızca telif hakkı açısından incelenebilecek bir konu değildir. Zira yapay zekânın hak sahibi olabileceğinin kabul edilmesi halinde, yapay zekâya da hukuken bir kişilik tanınması gerekmektedir, ancak yalnızca eser meydana getirebilmesi sebebiyle yapay zekâya kişilik tanınması da doğru bir yaklaşım olmayacaktır¹⁰². Doktrinde, yapay zekânın kendisini telif hakkı sahibi olarak tanımanın, fikri mülkiyetin sanatçı ve yazarların daha fazla eser yaratmaya ve yaratıcı ifadelerini toplumun yararına genişletmeye teşvik etme yönündeki amacına herhangi bir katkı sağlamayacağı, zira makinelerin eser yaratmak için herhangi bir teşvike ihtiyaç duymadıkları da ayrıca belirtilmiştir¹⁰³.

Bunun yanı sıra, konu orijinallik ölçütü açısından değerlendirildiğinde, ABAD tarafından benimsenen ve insana atıf yapan orijinallik anlayışı, yapay zekâ programının kendisinin eser sahibi olarak tanınmasına da daha en baştan engel oluşturacaktır. Zira bu yaklaşım, eserde eser sahibinin kişisel dokunuşunu aramaktadır. Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş olan ülkelerde kabul edilen orijinallik anlayışının bu noktada daha fazla işe yarayabileceğini söylemek mümkündür. Zira bu yaklaşım minimal düzeyde de olsa yaratıcılık arasa da eser sahibinden ziyade esas olarak esere odaklanmaktadır. Yine aranan bu minimal yaratıcılığın yapay zekâ tarafından da rahatlıkla sağlanabileceği, nitekim bunların hesaplama gücünün ve simülasyon yeteneğinin oldukça yüksek olduğu ve deneme-yanılma yöntemlerini kullanma açısından da çok daha geniş bir yelpazeye sahip oldukları ifade

¹⁰¹ **Nguyen**, s. 127. Yapay zekânın hak sahibi olabilmesi için de öncelikle hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınması gerekmektedir. Nitekim yapay zekânın hak ehliyeti bulunmamaktadır, dolayısıyla fikri haklar üzerinde de hak sahibi olamayacaktır. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Gözübüyük**, s. 71-74.

¹⁰² **Yılmaztekin**, s. 231. Yapay zekâ gibi insan dışı bir varlığa birtakım hakların tanınması halinde, birçok insan hakkının olumsuz yönde etkileneceği, nitekim bu durumda herkesin özgürlüğünün belirli derecede de olsa kısıtlanacağı belirtilmiştir. Yine insan dışı yazarların eserlerini kamuoyuna açıklamama haklarını kötüye kullanmaları halinde, sağlık hakkı ve eğitim hakkı gibi birçok temel insan hakkının olumsuz yönde etkileneceği de ayrıca ifade edilmiştir. **Nguyen**, s. 133.

¹⁰³ **Gök**, s. 125.

edilmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla yapay zekâ programları başka bir eserden kopalamadan rahatlıkla bağımsız eserler meydana getirebilir. Gerçekten de yapay zekâ programlarının orijinal bir fikirden yola çıkarak birçok farklı varyasyon üretebildikleri ve bunların her birinin de diğerinden yalnızca az miktarda farklı olabildiği görülmektedir. Ancak böyle bir durumda da ortaya çıkan eserlerin yeterince orijinal olup olmadığını belirlemek de güç olacaktır.¹⁰⁵

Konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere bakıldığında ise, Bern Sözleşmesi m. 4-(a) ve mükerrer 14/2 hükümleri gereği, sinematografik eserlerin yapımcısına da koruma sağlanabileceği, bu durumun da eser sahibi açısından insan merkezli yaklaşımın bir istisnası olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁶. Buna göre, Bern Sözleşmesi, eser sahipliği açısından, üye ülkelerin ulusal düzeyde daha liberal ve daha az insan merkezli bir yaklaşımı benimsemelerini yasaklamamaktadır¹⁰⁷. Buna karşılık, bazı yazarlar ise Bern Sözleşmesi'nin mükerrer 6. maddesine dayanarak eser sahibine birtakım manevi haklar tanındığını, dolayısıyla Sözleşme'de yalnızca insan merkezli bir yaklaşımın benimsendiğini savunmaktadır¹⁰⁸. Ancak Bern Sözleşmesi'nde yer alan ve eser sahibinin manevi haklarını düzenleyen hükmün üye ülkelerin iç hukuklarında aynen uygulanmak zorunda olmadığı, diğer bir ifadeyle ilgili hükmün üye ülkeler açısından bağlayıcı nitelikte olmadığı belirtilmiştir. Yine bunun yanı sıra, TRIPs'e Bern Sözleşmesi'nde yer alan birçok hükmün alındığı, fakat eser sahibinin manevi haklarına ilişkin hükmün ise kasıtlı olarak kapsam dışı bırakıldığı da öne sürülmüştür.¹⁰⁹

Sonuç olarak, telif hakkı sahibinin sahip olduğu hakların belirli bir süreyle sınırlı olması, bu hakların birtakım hukuki işlemlere konu edilebilmesi ve yine birçok hukuk sisteminde telif hakkı sahibine mali hakların yanı sıra birtakım manevi hakların da tanınmış olması gibi hususlar da yapay zekâ tarafından üretilen eserlerde programın kendisinin hak sahibi olarak kabul edilmesine engel oluşturmaktadır¹¹⁰. Her ne kadar böyle bir yaklaşımın be-

¹⁰⁴ **Nguyen**, s. 133.

¹⁰⁵ **Nguyen**, s. 134.

¹⁰⁶ **Xiao**, s. 8.

¹⁰⁷ **Xiao**, s. 9.

¹⁰⁸ **Fritz**, s. 553.

¹⁰⁹ **Xiao**, s. 9.

¹¹⁰ Robert C., **Denicola**, "Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works" Rutgers University Law Review, Vol. 69, No. 1, 2016, s. 274.

nimsenmesi halinde, yasal çerçevenin de buna göre oluşturulması mümkün olsa da burada kapsamlı değişikliklerin kabulü gerekecektir. Ayrıca telif hakkı sahibinin yapay zekâ olması durumunda onu insanlardan farklı düzenlemelere tabi tutmak, uygulamada bilgisayar destekli eserler ile tamamen bilgisayarlar tarafından üretilen eserler şeklindeki zor bir tespitin yapılmasına da sebep olacaktır¹¹¹.

B. Yapay Zekâ Programının Yaratıcısının Telif Hakkı Sahibi Olarak Tanınması Olasılığı

Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerde hak sahipliği açısından benimsenebilecek ikinci olasılık ise programı yaratan kişinin eser sahibi olarak kabul edilmesidir. Ancak burada programı tasarlayan kişilerin çoğunlukla o program tarafından üretilen eserlerden haberdar dahi olmadıkları, eserlerin yaratılma aşamasındaki kontrolün kullanıcıda olacağı¹¹², yine programı tasarlayanların zaten yaratmış oldukları programa ilişkin birtakım mali haklardan faydalandıkları¹¹³ ve ayrıca geliştirdikleri program için halihazırda telif hakkı koruması elde edebilecekleri¹¹⁴, zira bilgisayar programlarının da telif hakkıyla korunabileceği¹¹⁵ haklı olarak belirtilmiştir. Nitekim yapay zekâ programının yaratıcı düşünce ve fikri çabanın sonucu olduğu açıktır, ancak bu program tarafından üretilen eserler başarılı bir şekilde geliştirilmiş olan programın doğal bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla, yapay zekâ programının sahipliği ile yapay zekâ programı tarafından üretilen eserlerin sahipliği arasında fark olduğu unutulmamalıdır. Yapay zekâ programını tasarlayan kişi o program ile bir eser meydana getirilmesine olanak sağlayandır, ancak eserin yaratıcısı olarak nitelendirilmemelidir¹¹⁷. Yine

¹¹¹ Denicola, s. 285, 286.

¹¹² Pamela, Samuelson, "Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works", University of Pittsburg Law Review, Vol. 47, 1985, s. 1208.

¹¹³ Denicola, s. 283, 284.

¹¹⁴ Güçlütürk, s. 179, 180.

¹¹⁵ Ayşenur, Maman, Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Eser Niteliği, Ankara 2023, s. 106.

¹¹⁶ Atilla, s. 51.

¹¹⁷ Samuelson, s. 1209. Nitekim bazı hallerde, kullanıcıların bir yapay zekâ programını, programcının uzmanlık alanının ötesindeki işlevler için kullanabilecekleri ifade edilmektedir. Buna göre, çok güzel besteler üretebilen bir programın yaratıcısı, o program kullanılarak üretilen eserlerin hangilerinin müzikal anlamda diğerlerinden daha üstün olduğu yahut da ortaya çıkan eserin hangi bölümlerinin diğerlerinden daha iyi olduğunu doğru bir şekilde değerlendirebilecek uzmanlığa sahip olmayabilir. Hatta kötü olan bölümleri düzeltmek için ne yapılması ge-

yapay zekâ programı yaratanların bu işi meslek olarak yaptıkları, dolayısıyla birçok müşteri için benzer programlar hazırladıkları, buradaki amacın sanatsal bir ürün ortaya çıkarmak olmadığı da ayrıca ifade edilmiştir¹¹⁸.

Orijinallik ölçütü açısından durum değerlendirildiğinde de orijinalliğin nihai çıktıda bulunması gerektiği, yapay zekâ programının geliştirilmesindeki orijinalliğin bu noktada dikkate alınmayacağı da ayrıca belirtilmiştir¹¹⁹. Özellikle AB hukukunda benimsenen orijinallik anlayışında, eser sahibinin eserin yaratılmasında “serbest ve yaratıcı” seçimler yaparak kişisel dokunuşunu esere yansıtması gerektiği unutulmamalıdır. Zira AB hukukunda bir eserin orijinal olarak nitelendirilebilmesi için sahibinin kendi fikri yaratımının bulunması gerekmektedir. Bu noktada da eser sahibinin kendi yaratıcı fikirlerini ortaya çıkan eser ile ifade etmiş olması aranır, zira telif hakkıyla korunan fikir değil, ifadedir¹²⁰. Yapay zekâ teknolojisi açısından bakıldığında, bunların yalnızca önceden programlanmış görevleri yerine getirmedikleri, günümüzde bazı yapay zekâ programlarının kendi kaynak kodlarını yeniden yazabilme yeteneğine sahip oldukları ifade edilmektedir¹²¹. Bu durumda, yapay zekâ programları yeni veriler doğrultusunda kendisini sürekli olarak geliştirebilmekte ve bu sebeple de önceden tahmin edilemez sonuçlar üretmek üzere programlanabilmektedir¹²². Buna karşılık, insan seviyesini aşan yapay zekâların yalnızca varsayımdan ibaret olduğu, günümüzdeki yapay zekâ sistemlerinin belirli kalıpları ve kuralları kullanarak yalnızca dar kapsamlı işlemler yapabildiklerini savunan bir görüş de mevcuttur¹²³. Bu görüşün doğru olarak kabul edilmesi durumunda dahi yapay zekâ sistemlerinin önceden tahmin edilemez çıktılar üretebildikleri unutulmamalıdır.

rektiğini de bilmeyebilir. Bu durumda, ilgili programın deneyimli bir besteci tarafından kullanılması programcının programı yaratırken amaçladığı müzik kalitesinin ortaya çıkabilmesi açısından daha uygun olacaktır. **Samuelson**, s. 1204.

¹¹⁸ **Atila**, s. 49, 50. Yazar burada, kamera üreticileri üzerinden örnek vermiştir. Buna göre, bir kamera üreticisinin o kamerayı kullanarak fotoğraflar çeken bir fotoğrafçının eseri üzerinde telif hakkı talep etmesi mümkün değildir.

Nitekim doktrinde de ABAD kararları ile belirlenen eser sahibinin kendi fikri yaratımının belirli düzeyde yaratma niyeti de içermesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu niyetin ne ölçüde mevcut olması gerektiği hususu ise tartışmalıdır. Bu noktada eser sahibinin ortaya çıkan esere ilişkin tüm özgün özellikleri önceden tasarlamış olmasının beklenmesinin çok katı ve pratikte de zor bir uygulama olacağı ifade edilmiştir. **Fritz**, s. 554, 555.

¹¹⁹ **Atila**, s. 51.

¹²⁰ **Fritz**, s. 555.

¹²¹ **Nguyen**, s. 123, 124.

¹²² **Gözübüyük**, s. 71.

¹²³ **Harry, Surden**, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, Georgia State University Law Review, Vol. 35, Issue 4, 2019, s. 1308, 1309.

Zira, normal şartlarda insanlar da bir eser yaratırken belirli kuralları takip etmektedir, örneğin, şairler mevcut eserleri izleyerek, bunlardan birtakım kurallar çıkararak (dilbilgisi, söz dizimi, üslup vb. gibi) bunları kendi yaratacakları şiirlerde uygularlar. Aynı şekilde, yapay zekâ da önceden programlanmış verileri takip ederek yine tahmin edilemez sonuçlar ortaya koyabilecektir.¹²⁴ Bu durumda, üretilmiş olan eserden büyük olasılıkla haberi dahi olmayan yapay zekâ programcısının eser sahibi olarak kabul edilmesi de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira bu kişinin program tarafından üretilen eser üzerinde herhangi bir yaratıcı katkısı bulunmamaktadır¹²⁵.

C. Yapay Zekâ Programının Yatırımcısının Telif Hakkı Sahibi Olarak Tanınması Olasılığı

Konuya ilişkin olarak yapay zekâ programını geliştiren/tasarlayan kişinin değil de yatırımcının telif hakkı sahibi olabileceği de farklı bir olasılık olarak öne sürülmüştür¹²⁶. Bu durumda, yapay zekâ programını tasarlayan geliştiricinin bizzat kendisi değil de örneğin, bu kişinin işvereni telif hakkı sahibi olacaktır. Nitekim özellikle ileri düzey yapay zekâ projelerinin araştırma ve geliştirilmesinin karmaşıklığı, buralarda altyapı kurma ve veri toplama gibi konularda önemli yatırımlara duyulan ihtiyaç sebepleriyle yatırımcıların katkılarının küçümsenmemesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu görüşü savunanlar özellikle de ABD hukukunda yer alan iş için yaratılmış olan eserlere ilişkin (“*work made for hire*”) kuralı esas almakta ve burada programın yatırımcısını işveren gibi düşünmek gerektiğini öne sürmektedir¹²⁷. Zira bu kural gereğince, çalışanların görevleri kapsamında yaratmış oldukları eserlerde veya aralarındaki açık bir anlaşmaya dayanılarak özel olarak sipariş edilerek yaratılan eserlerde, aksi kararlaştırılmadığı sürece, eser sahibinin işveren yahut da siparişi veren kişi olacağı kabul edilmektedir. Bu görüşün yapay zekâ tarafından üretilen eserler açısından belirli noktalara çözüm getireceği öne sürülmüştür. Buna göre, bu argüman ile öncelikle yapay zekâyâ eser sahipliği hakkı tanınıp tanınmaması gerektiği sorunu ortadan kalkacak, zira böyle bir durumda programın kendisi hak sahibi olmayacaktır. İkinci

¹²⁴ Xiao, s. 15, 16; Gözübüyük, s. 71.

¹²⁵ Buna karşılık, meydana gelen eserde yapay zekâyı tasarlayan kişinin nitelikli katkısının devam etmesi halinde eser sahipliğinin tartışmalı olacağını savunanlar da vardır. Buna göre, algoritmayı oluşturan, verileri seçip sınıflandırarak sürece nitelikli katkı sağlayan kişinin yapay zekâ sistemini tasarlayan programcı olacağı öne sürülmüştür. **Maman**, s. 107.

¹²⁶ Bkz. Xiao, s. 22; Gözübüyük, s. 74-76.

¹²⁷ Xiao, s. 20, 22.

olarak ise ortaya çıkan eserin gerçek yaratıcısının programı yaratan kişi değil de yapay zekâ olduğu gerçeği yansıtılabilecektir.¹²⁸

Yine bağlantılı hak sahiplerinin FSEK kapsamında koruma elde ettikleri, zira bu kişilerin fikri faaliyetleri ve yaratıcılıklarının değil, esasında yatırımlarının korunmakta olduğu, diğer bir ifadeyle eser sahibi olmamalarına rağmen esere önemli miktarda katkıda bulundukları belirtilmiş ve yapay zekâ programının yatırımcılarının durumlarının da bunlara benzer olduğu ifade edilmiştir. Ancak, bağlantılı hak sahibinden söz edebilmek için ortada bir eser ve en önemlisi bir eser sahibinin bulunması gerektiği, dolayısıyla da yatırımcıların bağlantılı hak sahibi olarak ele alınamayacakları da ayrıca vurgulanmıştır.¹²⁹ Bu durumda, yapay zekâ programının yatırımcılarına *sui generis* bir koruma sağlanabileceği ve buna göre bir koruma süresinin belirlenebileceği de ayrıca öne sürülmüştür.¹³⁰

D. Yapay Zekâ Programının Kullanıcısının Telif Hakkı Sahibi Olarak Tanınması Olasılığı

Yapay zekâ tarafından üretilen eserlerde eser sahipliği açısından benimsenebilecek üçüncü olasılık da programın kullanıcısının hak sahibi olarak kabul edilmesidir.¹³¹ İlgili olasılıkları değerlendirirken telif hakkı koruması açısından bir ön koşul olarak aranan orijinallik ölçütüne değinmek gerekir. ABAD tarafından benimsenen yaklaşım gereği, bir eserin orijinal sayılabilmesi için eser sahibinin “kendi fikri yaratımı” sonucu ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Eser sahibinin “kendi fikri yaratımı” koşulunun sağlanabilmesi için de eserin, sahibinin “serbest ve yaratıcı seçimlerini” içermesi ve yine eser sahibinin “kişisel dokunuşunu” yansıtması gerektiği kabul edilmiştir.¹³² Bu durumda, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerde, kullanıcının eser

¹²⁸ Xiao, s. 22.

¹²⁹ Gözübüyük, s. 74, 75.

¹³⁰ Gözübüyük, s. 75, 76.

¹³¹ Bu görüşü savunanlar için bkz. Samuelson, s. 1200-1204; Gök, s. 127; Denicola, s. 275 vd.; Atilla, s. 49 vd.

¹³² Bkz. yukarıda dn. 43. Yapay zekâ tarafından önceden tahmin edilemez çıktılarının da üretilebileceği, bu sebeple de kontrolün tam olarak kullanıcıda olmayacağı düşüncesi akla gelebilecektir. Ancak bir fikri ürün ifade edilmeden önce yapay zekâyı kullanan kişi tarafından genel hatlarıyla tasarlanır ve yapay zekâ bu genel çerçeveye düşen, fakat kişinin öngörmediği bir ifade biçimi ortaya koysa dahi o fikri ürün kişinin genel hatlarıyla tasarladığı eser fikri içinde kalır. Bu durumda, yapay zekânın önceden tahmin edilemez çıktılar ürettiği durumlarda dahi bunların insanın yaratıcı tercihleri içerisinde kaldıkları kabul edilir. Diğer bir ifadeyle, yapay zekâ tarafından büyük ölçüde otonom bir şekilde bir eser meydana getirilse dahi yaratıcılık insana atfedilebilecektir. Yılmaztekin, s. 241.

sahibi olarak kabul edilebilmesi için programa girmiş olduğu komutların orijinal olup olmadığı değerlendirmeye alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, orijinallik unsuru ortaya çıkan eserde değil, kullanıcının girmiş olduğu istemlerde/komutlarda aranacaktır. Dolayısıyla, kullanıcılar tarafından yapay zekâ programına girilen istemlerin/komutların, esere orijinallik kazandırabilmesi için yeterli orijinalliğe de sahip olması gerektiği öne sürülmüştür. Bu noktada, kullanıcıların girdiği istemler/komutlar yeterince ayrıntılı ya da orijinal değilse, kullanıcı ile ortaya çıkan eser arasındaki bağlantı kurulmamış sayılacak ve kullanıcı eser sahibi olarak kabul edilmeyecektir. Böyle bir durumda da eserin kamu malı sayılması ve telif hakkı korumasından da faydalanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, yapay zekâ programına yalnızca bir resim çizmesi ya da metin yazmasına ilişkin olarak yöneltilen ve sonucu etkileyebilecek detaylar içermeyen istemler, orijinal olarak nitelendirilemeyecektir. Zira burada sıradan bir katkı bulunmaktadır.¹³³

Nitekim orijinallik ölçütünde ortaya çıkan eserin yeni yahut estetik açıdan değerli olup olmadığına değil, eserin meydana getirilmesinde yapılan seçimlere odaklanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, burada önemli olan eserin yaratımında rol alan kişilerin seçimlerini ne şekilde yaptıklarıdır. Ancak bu seçimler ile eser sahibi kendi kişisel dokunuşunu esere yansıtabilecektir. Orijinallik açısından belirli bir düzeyde yaratıcılık da aranmaktadır, burada mahkemelerin yaratıcı seçimlere “minimal yaratıcılığın göstergeleri” olarak bakmalarının doğru olacağı öne sürülmüştür¹³⁴, zira mahkemelerin ortaya çıkan eserlerin estetik değerleri konusunda yorum yapabilecek uzmanlıkta olmadıkları belirtilmektedir. Yapay zekâ tarafından üretilen eserlere bakıldığında da orijinallik ancak kullanıcıların girmiş olduğu komutlarda, bu komutları verirken yapmış olduğu serbest ve yaratıcı seçimlerde aranabilecektir.

Buna karşılık, USCO tarafından yayımlanan raporda¹³⁵, üretken yapay zekâ teknolojileri tarafından meydana getirilen eserlerde kullanıcıların hak sahibi olarak nitelendirilemeyecekleri, zira oldukça detaylı komutlar kullanıcının istediği ifade edici unsurları içerebilse de kullanıcıların şu anda yapay zekâ sisteminin çıktıyı oluştururken bunları nasıl işlediğini kontrol edemedikleri belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, verilen komutlar ile ortaya çıkan çıktılar arasında farklılıklar bulunduğu, bu durumun da kullanıcının fikirle-

¹³³ Atilla, s. 51-54.

¹³⁴ Hughes, s. 392.

¹³⁵ Bkz. yukarıda dn. 98.

rinin somut bir ifadeye dönüşümü üzerindeki kontrolünün yetersiz olduğu ve çıktıda ifade edici unsurların belirlenmesinden büyük ölçüde sistemin sorumlu olduğunu gösterdiği öne sürülmüştür.¹³⁶ Buna göre, komutlar kullanıcının fikrini yansıtabilir, ancak o fikrin nasıl ifade edileceğini kontrol edemez. Yine raporda, aynı komutla birden fazla çıktının üretilmesinin kullanıcının kontrolünün yeterli olmadığına gösterge oluşturduğu da ifade edilmiştir. Kullanıcının istediği sonuca ulaşmak için komutları tekrar tekrar revize etmesinin de sonucu değiştirmeyeceği, zira orijinallik ölçütü açısından bir eser yaratmada harcanan zaman, emek veya çabanın önemli olmadığı da ayrıca belirtilmiştir.¹³⁷ Yine raporda, teknolojiye ilerlemelerin kullanıcılar, ifade edici unsurlar üzerinde daha fazla kontrol sağlaması halinde farklı bir sonuca varılabileceği de ayrıca vurgulanmıştır.¹³⁸

Kanaatimizce de bu noktada yapay zekâ teknolojisini kullanarak bir eser meydana getiren herkesi hak sahibi olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.¹³⁹ Zira yapay zekâ programları öngörülemez sonuçlar üretebildiğinden ortaya çıkan eserde kullanıcının kontrol sahibi olup olmadığı ve verilen komutların yaratıcı seçimler içerip içermediği oldukça önem taşıyacaktır. Örneğin, bir kişi yapay zekâ programına Shakespeare tarzı bir eser yaratması yönünde bir komut verdiği takdirde, bu komutun sonucunda ortaya çıkan eser üzerinde herhangi bir hakkı bulunmayacaktır, zira burada eserin ortaya çıkmasında kişinin yaratıcı bir seçimi/katkısı bulunmamaktadır.¹⁴⁰

¹³⁶ USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 18.

¹³⁷ USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 19, 20.

¹³⁸ USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 21. Bunun yanı sıra, ilgili raporda, bir kişinin telif hakkına sahip bir eserini programa girdi olarak kullanması halinde, eğer bu eser yapay zekâ programının meydana getirdiği çıktıda algılanabiliyorsa çıktının o kısmı açısından eser sahibi olarak kabul edileceği de belirtilmiştir. Örnek için bkz. USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 22-24. Zira burada kişi halihazırda telif hakkına sahip bir eseri girdi olarak kullanmaktadır. Yine başlangıçta yapay zekâ tarafından üretilen bir eser bir kişi tarafından telif hakkı koruması standardını sağlayacak şekilde değiştirilirse bu kişinin de eser sahibi olabileceği ifade edilmiştir. Burada kişinin, yapay zekâ tarafından üretilen materyali yaratıcı bir şekilde seçmesi, koordine etmesi ve düzenlemesi halinde telif hakkı sahibi olabileceği kabul edilmektedir. USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 24-27.

¹³⁹ GÜÇLÜTÜRK ve CANKAT da yalnızca komut vermenin bir kişinin hususiyetinin komut sonucu yapay zekâ tarafından üretilen ürüne yansımaları sonucunu doğurmayacağını ve o kişiyi eser sahibi yapmayacağını belirtmiştir. Osman Gazi, **Güçlütürk**, Rıfat, **Cankat**, “Yapay Zekâ ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, E. Eylem, **Aksoy Retornaz**,/Osman Gazi, **Güçlütürk** (Editörler), İstanbul 2021, s. 211.

¹⁴⁰ Örneğin, komut olarak verilen kelimeleri kullanarak resimler oluşturan bir yapay zekâ programı olan “Midjourney” programının kullanıcılarının eser sahibi olarak nitelendirilemeyecek-

Diğer bir ifadeyle, yapay zekâ teknolojisini kullanarak eser ortaya çıkaran bir kişinin eser sahibi sıfatına sahip olabilmesi için eserin ortaya çıkmasında serbest ve yaratıcı komutlar vermesi ve yürütme aşamasında kontrolü elinde bulundurması gerekmektedir¹⁴¹.Günümüzde birçok popüler yapay zekâ programının, kullanıcıları yapay zekâ tarafından oluşturulan içeriği yinelemeli bir şekilde seçmeye, düzenlemeye ve uyarlamaya teşvik eden araçlar sunduğu, böyle bir durumda ise, tek başına verilen komutlardan farklı olarak, kullanıcıların yaratıcı unsurların seçimi ve yerleşimi üzerinde kontrol sahibi olabilecekleri, ancak bunun somut olay bazında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴².

Konuya ilişkin olarak USCO tarafından verilen *Zarya of the Dawn* kararı¹⁴³ önem taşımaktadır. Karara ilişkin eser, Kris Kashtanova tarafından metni yazılan ve görselleri *Midjourney* isimli bir yapay zekâ programı tarafından oluşturulan bir çizgi romandır. Kris Kashtanova söz konusu eserini tescil ettirmek için başvuruda bulunmuş ve bu başvuruda eseri meydana getirirken yapay zekâ programından faydalandığına dair herhangi bir açıklama yapmamış, nitekim sürecin sonunda eser tescil edilmiştir. Ancak daha sonra

leri, zira bu programın tıpkı bir arama motoru gibi çalıştığı, bu sebeple kullanıcıların eserin oluşum sürecinde kontrol sahibi olmadıkları öne sürülmüştür. Böyle bir durumda yapay zekâ tarafından üretilen eserler açısından “*work made for hire*” kuralına da dayanılamayacağı, zira burada komutların alıcısının insan olan bir sanatçı değil de bir makine olduğu ifade edilmiştir. **Wang**, s. 28.Buna karşılık, USCO tarafından yayımlanan yapay zekâ raporunda, kullanıcıların yaratıcı seçimler yapmasına fırsat tanıyan yapay zekâ programlarına örnek olarak *Midjourney* programı gösterilmiştir. Bu programda, kullanıcıların bir görselin belirli bölgelerini seçip değiştirilmiş bir komutla yeniden oluşturmaya olanak tanıyan “Bölgeyi Değiştir ve Komutu Karıştır” (*Vary Region and Remix Prompting*) adının verildiği özellikler sunulduğu, böylelikle de kullanıcıların, tek başına verilen komutlardan farklı olarak, yaratıcı unsurların seçimi ve yerleşimi üzerinde kontrol sahibi olabilecekleri, ancak bunun somut olay bazında değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 26, 27. USCO tarafından verilen *Zarya of the Dawn* kararında ise *Midjourney* programını kullanan kullanıcının nihai çıktı üzerinde kontrole sahip olmadığı, programın ürettiği çıktıları sonradan değiştirmeye yarayan özelliklerin ise somut olayda kullanıldığı, ancak yapılan bu değişikliklerin telif hakkı koruması için gerekli olan yaratıcı eşiği karşılamayacak kadar küçük ve fark edilmesi güç düzeyde olduğu belirtilmiştir. Bkz. aşağıda dn. 143. Yine *Midjourney* programının kullanıldığı *Théâtre D’opéra Spatial* kararında da benzer bir sonuca varılmıştır. Bkz. aşağıda dn. 144.

¹⁴¹ **Fritz**, s. 556. Nitekim yapay zekâ kullanarak bir eser meydana getirmek isteyen ve bunun korunmasını isteyen bir kullanıcının da çıktının sıradan olmaması adına basit komutlar yerine daha detaylı komutlar vermeyi tercih edeceği de söylenebilecektir. Bkz. **Samuelson**, s. 1203, 1204.

¹⁴² USCO Yapay Zekâ Raporu, s. 26-27.

¹⁴³ USCO, Cancellation Decision re: *Zarya of the Dawn* (VAu001480196), 21.02.2023, <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf> (Erişim Tarihi: 16.06.2025).

Ofis, eserin yapay zekâ programı kullanılarak oluşturulduğundan haberdar olmuş ve başvuruda buna dair herhangi bir bilgi yer almadığından başvurunun hatalı ya da eksik olduğuna, dolayısıyla tescilin iptal edilmesi gerektiğine karar vermiş ve konuya ilişkin olarak başvuru sahibinden karşı görüş sunmasını talep etmiştir. Başvuru sahibi de bunun üzerine, eseri tümüyle kendisinin yarattığını, yapay zekâ programının yalnızca bir araç olarak kullanıldığını ve yine alternatif olarak tamamı olmasa dahi eserin bazı bölümlerinin özellikle tescil edilebilir olduğunu, zira eserdeki metinlerin kendisi tarafından yazıldığını ve eserin metin ile görsellerin yaratıcı şekilde seçilmesi, düzenlenmesi ve bir araya getirilmesi ile oluşturulduğundan telif hakkına konu olabilecek bir derleme olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine Ofis, metinlerin başvuru sahibi tarafından yazılması sebebiyle bunların telif hakkı korumasından faydalanabileceğini ve yine eserdeki görsellerin ve metinlerin seçimi ile düzenlenmesinin bir derleme olarak korunabilir olduğunu kabul etmiştir. Zira eserdeki görsellerin seçimi ve düzenlenmesinin tamamen başvuru sahibi tarafından yapıldığı beyanına dayanılarak bunun insan tarafından yapılan bir yaratım olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim eseri oluşturan görsellerin seçimi ile bu görsellerin ve metinlerin her sayfada nasıl yerleştirildiği ve düzenlendiği konularında yaratıcı tercihler yapıldığı kabul edilmiştir. Buna karşılık, somut olayda kullanılan *Midjourney* programının çalışma şekli ayrıntılı olarak incelenmiş ve programın kullanıcıların verdiği komutlardan bağımsız, öngörülemez çıktılar üretebildiği, dolayısıyla kullanıcıların bu çıktılar üzerinde kontrol sahibi olmadıkları belirtilmiştir. Zira kullanıcıların *Midjourney* programına ne üretmesini istediği ile programın ne ürettiği arasında ciddi bir fark bulunduğu, dolayısıyla da kullanıcıların program tarafından üretilen görsellerin arkasındaki yaratıcı ya da yönlendirici zihin olarak değerlendirilebilecek yeterli kontrol gücüne sahip olmadıkları ifade edilmiştir. Yine başvuru sahibinin yapay zekâ programı tarafından üretilen bazı çıktılar üzerinde değişiklik yaparak bunları yeniden düzenlediğine dair iddiasına ilişkin olarak ise Ofis, yapılan değişikliklerin, telif hakkı koruması için gerekli olan yaratıcı eşiği karşılamayacak kadar küçük ve fark edilmesi güç düzeyde olduklarını belirtmiştir. Bu sebeplerle Ofis, yapılmış olan önceki tescilin iptaline, ancak bunun yerine yalnızca başvuru sahibinin esere katkı sunduğu kısımların (metin ve bu metin ile yapay zekâ tarafından üretilen görsellerin seçimi, koordine edilmesi ve düzenlenmesi kısımlarının) telif hakkı korumasından faydalanmasına karar vermiştir¹⁴⁴. Görüldüğü üzere

¹⁴⁴ Yine USCO tarafından verilen konuya ilişkin benzer bir karar da “*Théâtre D’opéra Spatial*”

kararda, bir eserin meydana getirilmesinde yapay zekâ programının kullanılmış olması, orijinalliğin ve dolayısıyla da telif hakkı korumasının doğru-
dan mevcut olmadığı sonucunu doğurmamış, burada ilgili programın nasıl
çalıştığı ve kullanıcı tarafından ne şekilde kullanıldığı ayrıntılı olarak ince-
lenmiş ve bunun sonucunda kullanıcının nihai çıktı üzerinde katkısının olup
olmadığı ve kontrol sahibi olup olmadığı değerlendirilerek bir karara varıl-
mıştır. Dolayısıyla, yapay zekâ tarafından üretilen eserler açısından kullanıcı-
ların eser sahibi olup olmadıkları somut olay bazında yapılacak bir değer-
lendirme ile mümkün olmalıdır.

Orijinallik (hususiyet) ölçütünün sağlanabilmesi açısından kişinin ser-
best ve yaratıcı seçimlerde bulunması ve böylelikle kendi kişisel dokunuşu-
nu esere yansıtması yeterlidir. Yine orijinallik açısından yüksek seviyede bir
yaratıcılığa ihtiyaç duyulmamakta, minimal düzeyde bir yaratıcılık yeterli
kabul edilmektedir. Nitekim ABAD tarafından verilmiş olan *Painer* kararın-
da¹⁴⁵ da bir fotoğrafçının; arka planı, fotoğrafı çekilecek olan kişinin duruşu-

kararıdır. Somut olaya konu eser iki boyutlu bir sanat eseri olarak telif hakkı korumasından
faydalandırılmak istenmiş, ancak söz konusu başvuru yaratılan eserde insan katkısı olmadığı
gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu ret kararı, başvuru sahibinin talebi üzerinde tekrar değerlendiril-
ilmiş, fakat sonuç değişmemiştir. Somut olaya konu eser, *Midjourney* adlı yapay zekâ prog-
ramı ile görüntünün oluşturulması, bu görüntü üzerinde *Adobe Photoshop* programı kullanıla-
rak çeşitli düzeltmelerin yapılması ve yine görüntünün *Gigapixel AI* kullanılarak büyütülmesi
sonucu meydana getirilmiştir. USCO eserin, insan yaratımı bir ürün olmadığına, çoğunlukla
yapay zekâ programı tarafından üretilmiş materyal içerdiğine kanaat getirmiştir. Yine *Adobe
Photoshop* programı aracılığıyla yapılan düzenlemelerin telif hakkı korumasına tabi olup ol-
madığı konusunda herhangi bir karar verilmemiş, zira bu tespiti yapmak için yeterli bilgiye
sahip olunmadığı belirtilmiştir. USCO ayrıca, somut olaydaki *Gigapixel AI* kullanımının da
telif hakkı korunmasının sağlanması açısından yeterli olmadığını, zira burada görüntüye yeni,
orijinal unsurlar eklenmediğini ifade etmiştir. Her ne kadar başvuru sahibi, *Midjourney* prog-
ramına görüntüyü yaratması için oldukça ayrıntılı komutlar girdiğini (en az 624 kere revizyon
ve metin komutu), dolayısıyla kendi katkısının oldukça fazla olduğunu belirtmiş olsa da Ofis,
Midjourney programının çalışma stilinden yola çıkarak başvuru sahibinin katkısının kendisini
eser sahibi olarak nitelendirmeye yeterli olmayacağını belirtmiştir. Zira Ofis'e göre, *Midjour-
ney* programı, belirli bir etkileyici sonuç yaratmak için metin komutlarını özel talimatlar ola-
rak yorumlamamakta, çünkü bu program dilbilgisini, cümle yapısını veya kelimeleri insanlar
gibi anlamamaktadır. Bu sebeple de programa girdi olarak girilen komutlar doğrudan talimat
olarak algılanmadığından kullanıcıların nihai görüntüye ulaşabilmeleri için belki de yüzlerce
kez komutlarını değiştirmeleri gerekmektedir. Ofis her ne kadar bazı durumlarda komut ver-
me sürecinin yaratıcılık içerebileceğini kabul etse de *Midjourney* programına verilen komutla-
rın oluşturulan görüntüleri şekillendirmediğini vurgulamıştır. Sonuç olarak, yapılan başvuru,
ortaya çıkan eserde insan katkısının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. USCO, Second
Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial (SR # 1-
11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), 05.09.2023, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

¹⁴⁵ Bkz. yukarıda dn. 43.

nu ve aydınlatmayı belirleyebileceği ve yine fotoğrafı çekerken çerçeveyi, bakış açısını ve yaratılan atmosferi seçebileceği belirtilmiş olup bunlar fotoğraf makinesi kullanan kişinin fotoğrafa kişisel dokunuşunu yansıtabilmesi açısından yeterli bulunmuştur. Dolayısıyla, yapay zekâ programını kullanan kişi de vereceği detaylı komutlarla ortaya çıkan esere kişisel dokunuşunu yansıtabilecektir¹⁴⁶, kişisel dokunuşun yansıtılması açısından çok yüksek bir eşik aranmamaktadır. Zira kişisel dokunuş yansıtılabildiği (orijinallik ölçütü sağlandığı) sürece diğer eserlere benzer eserler de telif hakkı korumasından faydalanabilmektedir. Buna karşılık yapay zekâ tarafından üretilen ve birtakım kural ve teknik kısıtlamalar sebebiyle insan yaratıcılığına yer bırakılmadan yaratılan eserlerde orijinallik ölçütünün sağlanamayacağı söylenebilecektir¹⁴⁷. Burada kullanıcının dış kısıtlamalardan etkilenmeyecek, serbest ve yaratıcı seçimler yapabilecek alanının bulunması gerekir.

¹⁴⁶ Doktrinde GÜÇLÜTÜRK, makinelerden yardım alarak eser üretmenin yeni bir yöntem olmadığını, fakat yazılım unsurunun olmadığı ya da düşük olduğu mekanik araçlarla yapılan üretimlerde arka planda gerçekleşen karmaşık işlemlerin söz konusu olmadığını ve aracın doğrudan bir gerçek kişi tarafından kontrol edilebildiğini, dolayısıyla aracı kullanan kişinin hususiyetinin esere rahatlıkla yansıtılabileceğini belirtmiştir. Buna karşılık yazar, teknolojinin gelişen doğasıyla birlikte araçların doğrudan kullanıcı tarafından kontrol edilebilen doğasında değişiklik yaşandığını, araçların yazılım bileşenlerinin ağırlık kazandığını ve bunun sonucunda da kullanıcının araç kullanımının doğrudan mekanik bir sonucu üretmekten ziyade belli işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayacak komutlar vermeye dönüştüğünü ifade etmiş, ancak bu durumun ortaya çıkan eserde doğrudan kullanıcının hususiyetinin bulunmadığı anlamına da gelmeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre, bir fotoğraf makinesinin tüm ayarları yapıldıktan sonra yalnızca tuşa basılmasıyla, kullanıcının hususiyetinin nihai esere yansıtılabilecektir, buna karşılık, fotoğrafın konusunun sabit bir kare değil de hızla koşmakta olan bir aslan olması durumunda fotoğrafı çeken kişinin doğru zamanlamayı yakalaması da önem taşıyacağından yalnızca tuşa basılmasıyla nihai esere hususiyet yansıtılabilecektir. Diğer bir ifadeyle yazar, makinelerin dahil olduğu üretim süreçlerinde hususiyet değerlendirmesi yapılırken yalnızca şekli unsurlara dayanılarak değerlendirme yapılmaması gerektiğini, burada katkının nihai ürünün üslubu ve yaratıcılığı üzerindeki etkisinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar bu örnekten yola çıkarak, basit araçlardan farklı olarak her ne kadar makine öğrenmesi modelinde öngörülemez çıktılar üretilse de makine öğrenmesi modelinin kullanımının da tek tip olmadığını, gerçekleştirilmek istenen işleme göre insan müdahalesinin artırılabilirliğini ve bu müdahale arttıkça artık koşan bir aslanın fotoğrafının çekilmesine benzer bir duruma yaklaşılabileceğini ifade etmiştir. **Güçlütürk**, s. 183-187. Buna karşılık yazar, makine öğrenmesi modelinde üretilen çıktılara kimin hususiyetinin yansıdığını tespit etmenin güç olduğunu, bu sebeple nihai çıktıda kimlerin katkısının bulunduğunu tespit etmeye çalışmaktan vazgeçilmesi (hususiyet kriterinin terk edilmesi) gerektiğini ve makine öğrenmesini kontrol eden kişiye eser sahipliğinin tanınmasının doğru bir yaklaşım olacağını öne sürmüştür. Yazara göre makine öğrenmesi modelini kontrol eden kişi ise yapay zekayı kullanan kişi olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Güçlütürk**, s. 187 vd.; **Güçlütürk/Cankat**, s. 215 vd.

¹⁴⁷ **Gaffar/Albarashdi**, s. 21, 22. Bkz. Brompton Bicycle Kararı, para. 24.

SONUÇ

Bir eserin telif hakkı ile korunabilmesi için orijinal nitelikte olması gerekmektedir. Türk hukukunda bu ölçüt “hususiyet” olarak adlandırılmaktadır. ABD, Birleşik Krallık gibi Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş ülkelerdeki orijinallik anlayışında eserin sahibinden ziyade ortaya çıkan esere odaklanılmakta, bu noktada ise eserin minimal düzeyde yaratıcılık içermesi ve başka bir eserden kopyalanmamış olması şartı aranmaktadır. Minimal düzeyde yaratıcılığın tespitinde de ortaya çıkan eserin estetik açıdan yaratıcı olup olmadığı yahut da daha önce hiç görülmemiş(yeni) olup olmadığı değil, eser sahibinin eseri meydana getirirken yaratıcı seçimlerde bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır. Yine Anglosakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde orijinallik açısından aranan yaratıcılık eşiğinin nispeten düşük olduğu söylenebilecektir. Bu yaklaşım da insan katkısının oldukça az olduğu eserlerde dahi orijinallik ölçütünün sağlanabilmesine olanak tanımaktadır. Buna karşılık, AB ülkelerinde ve Türk hukukunda benimsenen yaklaşım ile orijinallik ölçütünün sağlanabilmesi açısından doğrudan insana atıf yapıldığı, zira insanın kişisel dokunuşunun esere yansıtılması gerektiği görülmektedir. Bu durumda insan katkısının oldukça az olduğu yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin korunması açısından daha büyük bir risk yaratmaktadır. Zira böyle bir durumda yapay zekâ programının yaratıcısının veya yatırımcısının yahut da kullanıcısının katkısının orijinallik açısından yeterli olmadığı sorunu gündeme gelebilecektir.

Her ne kadar ABD’de verilen kararlarda telif hakkı korumasının yalnızca insanlar tarafından yaratılan eserlerle sınırlı olduğu açıkça vurgulansa da buradaki orijinallik anlayışının insan olmayan eser sahipliğine de AB’ye nazaran bir açık kapı bıraktığı söylenebilecektir. Nitekim Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, İrlanda gibi Anglosakson hukuk sisteminin benimsendiği birtakım ülke mevzuatlarında bilgisayarlar tarafından üretilen eserlerin korunmasına ilişkin birtakım hukuki düzenlemeler de yapılmıştır. Buna karşılık, İspanya ve Almanya gibi bazı AB ülkelerinin yasal mevzuatında eserlerin telif hakkı ile korunabilmesi için eser sahiplerinin insan olması gerektiğini açıkça şart koşan düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda, insan müdahalesinin oldukça az olduğu, büyük ölçüde otonom biçimde hareket eden yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlerin telif hakkı korumasından faydalanması ihtimali de düşük olacak ve bunların kamuya açık hale gelmesi söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda da bu eserleri meydana getirebilecek yapay zekâ programlarını tasarlama ve geliştirme konusundaki motivas-

yonun düşmesi hatta ortadan kalkması kaçınılmaz olacaktır. Yine bu tip bir programı kullanarak eser meydana getiren kişilerin bu programları kullandıklarını gizleme, saklama gibi yöntemlere başvurmaları da muhtemel olacaktır.

Buna karşılık, eser sahipliğini yapay zekâ programının kendisine tanımak mevcut hukuk düzenlemeleriyle mümkün değildir. Zira bunun için öncelikle yapay zekâyâ hukuki bir kişilik tanınması gerekir. Bunun yanı sıra, günümüzde mevcut telif hakkı yasaları orijinallik ölçütünün sağlanabilmesi açısından eserde genel olarak insan dokunuşunun varlığını aramaktadır. Her ne kadar insanlara eserlerini yaratırken yeni teknolojileri kullanma ve birtakım materyallerden faydalanma imkânı tanınmış olsa da bunları kullanırken en azından minimal düzeyde de olsa yaratıcılık göstermeleri beklenmektedir. Gerçekten de hukukumuz da dahil olmak üzere birçok hukuk sistemi bir esere koruma sağlarken bunun arkasında mutlaka bir insanın bulunmasını şart koşmaktadır. Bu durum da yine yapay zekânın kendisini eser sahibi olarak nitelendirmemize engel oluşturacaktır. Eser sahipliği açısından insan merkezli bir yaklaşımın kabul edilmesi sebebiyle yapay zekâ programının yaratıcısının eser sahibi olarak kabul edilebileceği de ayrı bir olasılık olarak öne sürülmüştür. Ancak burada programı tasarlayan kişilerin çoğunlukla o program tarafından üretilen eserlerden haberdar dahi olmadıkları, zira yapay zekâ programlarının önceden tahmin edilemez çıktılar üretebildikleri ve bunların üretim aşamasında kontrolün kullanıcıda olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Bu durumda programcayı eser sahibi olarak tanımak da doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Kanaatimizce mevcut hukuki düzenlemeler ile yapay zekâ programını kullanan kişiyi eser sahibi olarak kabul etmek en doğru ve pratik yaklaşım olacaktır. Zira böyle bir durumda yasal mevzuatta kapsamlı değişiklikler yapılmasına da ihtiyaç duyulmayacaktır. Orijinallik ölçütü açısından da doğru yaklaşım bu olacaktır, zira orijinallikten söz edilebilmesi için eser sahibinin minimal düzeyde de olsa yaratıcılığı aranmaktadır. Orijinallik açısından aranan minimal yaratıcılık da eser sahibinin yapmış olduğu yaratıcı ve serbest seçimlerde kendini göstermektedir. Bu durum Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş olan ülkeler açısından da geçerlidir. Yapay zekâ tarafından meydana getirilen eserlere bakıldığında da burada nihai çıktının üretilmesinde kontrol sahibinin kullanıcı olabileceğini söylemek mümkündür. Bu durumda kullanıcı, programa gireceği komutlarla serbest ve yaratıcı seçimlerde bulunabilecektir. Ancak kullanıcının eser sahibi olarak kabul edilebil-

mesi için ortaya çıkan eserin yalnızca mekanik bir çoğaltma mı yoksa sahibinin kendi fikri yaratımı sonucu ortaya çıkıp çıkmadığını da belirlemek gerekir. Bu durumda, kullanıcı programa yalnızca basit komutlar veriyorsa ve eserin yürütme aşamasında herhangi bir kontrole sahip değilse eser sahibi olarak nitelendirilmemelidir. Zira bazı eserler kamu yararı bakımından herkesin kullanımına açık bırakılmalıdır, bu durumda kendi ayrıntılı komutlarıyla bir eser yaratmamış, yalnızca yapay zekâ teknolojisinde arama yaparak sonuç elde etmiş kişiler eser sahibi olarak nitelendirilmemeli ve bu kişilerin elde ettikleri sonuçlardan herkes eşit şekilde faydalanmalıdır.

Bununla birlikte, ilerleyen teknoloji ile insan müdahalesinin hiç olmadığı, tamamen otonom biçimde hareket eden yapay zekâ sistemlerinin gelişmesi halinde, konunun mevcut hukuki düzenlemelerle çözümlenemeyeceği de açıktır. Ancak erken aşamada yapılacak olan mevzuat değişikliklerinin ileride yaşanacak teknolojik gelişmelere uyum sağlama konusunda yetersiz kalabileceği de unutulmamalıdır. Bu sebeple, bu şekilde meydana getirilecek eserler için yapılacak kapsamlı hukuki düzenlemeler konusunda acele edilmemesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA**Kitaplar ve Makaleler**

- Abbott**, Ryan, “Artificial Intelligence, Big Data and Intellectual Property: Protecting Computer-Generated Works in the United Kingdom”, 2017, s. 1-16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3064213 (Erişim Tarihi: 15.11.2024).
- Abrams**, Howard B., “Originality and Creativity in Copyright Law”, Law and Contemporary Problems, Vol. 55, No. 2, 1992, s. 3-44.
- Aslan**, Belgin, “Yaratıcılık, Orijinallik ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemlerine Yansımaları ve Fikri Haklar Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 10, S. 1, 2024, s. 3-23.
- Atila**, Söğüt, “Dealing With AI-Generated Works: Lessons From the CDPA Section 9(3)”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 19, No. 1, 2024, s. 43-54.
- Ayiter**, Nüşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981.
- Bently**, Lionel/**Sherman**, Brad/**Gangjee**, Dev/**Johnson**, Philip, Intellectual Property Law, 6th Edition, UK 2022.
- Bozgeyik**, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, 2009, s. 169-224.
- Denicola**, Robert C., “Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works” Rutgers University Law Review, Vol. 69, No. 1, 2016, s. 251-288.
- Erdil**, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 2009.
- Fritz**, Johannes, “The Notion of ‘Authorship’ Under EU Law-Who can be an Author and What Makes One an Author? An Analysis of the Legislative Framework and Case Law”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 19, No. 7, 2024, s. 552-556.
- Gaffar**, Hafız/**Albarashdi**, Saleh, “Copyright Protection for AI-Generated Works: Exploring Originality and Ownership in a Digital Landscape”, Asian Journal of International Law, 2024, s. 1-24.
- Gök**, Batuhan, Yapay Zekâ Sistemleri Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerin Telif Hakkı, İstanbul 2024.
- Gözübüyük**, Barış, “Yapay Zekânın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 1, 2021, s. 54-81.
- Güçlütürk**, Osman Gazi, Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı, İstanbul 2022.
- Güçlütürk**, Osman Gazi/**Cankat**, Rıfat, “Yapay Zekâ ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ, **AksoyRetornaz**, E. Eylem/**Güçlütürk**, Osman Gazi (Editörler), İstanbul 2021, s. 195-222.
- Güneş**, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2024.

- Hughes**, Justin, “Restating Copyright Law’s Originality Requirement”, *Colombia Journal of Law & Arts*, Vol. 44, No. 3, 2021, s. 383-410.
- Juuti**, Aleks, *The Protection of Works Created by Artificial Intelligence Algorithms in the United States and the European Union*, Master’s Thesis, University of Turku Faculty of Law, 2020.
- Kaya**, Arslan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri -I-*, İstanbul 2024.
- Maman**, Ayşenur, *Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Eser Niteliği*, Ankara 2023.
- Nguyen**, Phuoc, “The Monkey Selfie, Artificial Intelligence and Authorship in Copyright: The Limits of Human Rights”, *Public Interest Law Journal of New Zealand*, Issue. 6, 2019, s. 121-136.
- Pilichou**, Aikaterini, *Originality Under EU Copyright Law*, Master’s Thesis, Thessaloniki, International Hellenic University School of Economics, Business Administration and Legal Studies, 2017.
- Rahmatian**, Andreas, “Originality in UK Copyright Law: The Old ‘Skill and Labour’ Doctrine Under Pressure”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 44, 2013, s. 4-34.
- Samuelson**, Pamela, “Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works”, *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 47, 1985, s. 1185-1228.
- Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2024.
- Surden**, Harry, “Artificial Intelligence and Law: An Overview”, *Georgia State University Law Review*, Vol. 35, Issue 4, 2019, s. 1304-1337.
- Tekinalp**, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- Trapova**, Alina, “Copyright for AI-Generated Works: A Task for Internal Market?”, *European Law Review*, Vol. 48, No. 2, 2023, s. 187-205.
- Van Eechoud**, Mireille, “Along the Road to Uniformity-Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work”, *JIPITEC*, Vol. 3, No. 1, 2012, s. 60-80.
- Wang**, Runhua, “The Copyright Requirement of Human Authorship for Works containing Artificial Intelligence-Generated Content”, *IP Theory*, Vol. 13, No. 2, 2024, s. 23-34.
- Xiao**, Yang, “Decoding Authorship: Is There Really no Place for an Algorithmic Author Under Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 54, Issue 1, 2023, s. 5-25.
- Yilmaztekin**, Hasan Kadir, *Yapay Zekânın Eser Sahipliği*, Ankara 2021.
- Zhang**, Jie/**Xie**, Xin, “Research on the Copyright Protection of Artificial Intelligence Generation in the Smart Media Environment”, *Proceedings of the 2023 3rd International Conference on Public Management and Intelligent Society (PMIS 2023)*, s. 655-665.

İnternet Kaynakları

‘A box of light’: AI inspired by British verse attempts to write poetry | Poetry | The Guardian (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

[https://www.peryon.org.tr/suudi-arabistan-bir-robota-vatandaslik-veren-ilk-ulke-oldu#:~:text=Suudi%20Arabistan%2C%20C3%9Cnl%C3%BC%20Hollywood%20y%C4%B1ld%C4%B1z%C4%B1,Suudi%20Arabistan%20vatanda%C5%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20verildi%C4%9Fi%20a%C3%A7%C4%B1kland%C4%B1\(Erişim Tarih: 24.11.2024\).](https://www.peryon.org.tr/suudi-arabistan-bir-robota-vatandaslik-veren-ilk-ulke-oldu#:~:text=Suudi%20Arabistan%2C%20C3%9Cnl%C3%BC%20Hollywood%20y%C4%B1ld%C4%B1z%C4%B1,Suudi%20Arabistan%20vatanda%C5%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20verildi%C4%9Fi%20a%C3%A7%C4%B1kland%C4%B1(Erişim Tarih: 24.11.2024).)

UKIPO, Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and patents: Government response to consultation, 2022, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/outcome/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents-government-response-to-consultation> (Erişim Tarihi: 11.06.2025).

United States Copyright Office, “Compendium of U.S. Copyright Office Practices”, Third Edition, January 2021, <https://www.copyright.gov/comp3/docs/compendium.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2024).

USCO, “Copyright and Artificial Intelligence Part 2: Copyrightability”, 2025, <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2025).

USCO, Cancellation Decision re: Zarya of the Dawn (VAu001480196), 21.02.2023, <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf> (Erişim Tarihi: 16.06.2025).

USCO, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), 05.09.2023, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

WIPO Secretariat, “Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence”, WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), Second Session, 2020, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

ÜRETKEN YAPAY ZEKA ÇIKTILARININ FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ: GÜNCEL KARARLAR IŞIĞINDA BİR İNCELEME^(*)

Arş. Gör. Zeynep Aslı ÖZKAN^(**)

Öz: Günümüzde teknolojik ilerlemede ulaşılan noktada, üretken yapay zeka tabanlı uygulamalar yüksek düzeyde yaratıcılık ihtiva eden çıktılar ortaya koyabilmektedir. Bu çıktılar, bir yandan yaratıcı endüstrilerde büyük bir dönüşümü beraberinde getirirken, diğer yandan fikri mülkiyet hukuku açısından önemli tartışmalara yol açmaktadır. Üretken yapay zeka çıktılarının eser sayılıp sayılmayacağı ve eser sayılması halinde, eser sahibinin kim olacağı soruları ülkemizde ve uluslararası doktrinde yanıt aranan sorulardır. Çalışma kapsamında, konuya ilişkin güncel kararlar ışığında değinilen sorulara yanıt aranacak, idari ve kazai mercilerin ortaya koymuş olduğu prensipler ekseninde tartışmalı hususların aydınlatılabilmesi için gayret sarf edilecektir. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde ABD Telif Ofisi'nin vermiş olduğu *Zarya of Dawn* ve *Théâtre D'opéra Spatial* kararlarının yanı sıra, Columbia Temyiz Mahkemesi'nin verdiği *Thaler v. Perlmutter* kararı, Çin'de Pekin İnternet Mahkemesi tarafından verilen *Li v. Liu* kararı ve Shenzhen Bölgesi Nanshan Halk Mahkemesi tarafından verilen *Tencent v. Shanghai Yinxun Technology Ltd.* kararı gibi mahkeme kararları irdelenecek, konuya ilişkin görüşler bu öncül kararlar çerçevesinde ele alınacaktır. Nihai olarak, güncel uluslararası belgeler çerçevesindeki eğilimler dikkate alınarak, üretken yapay zeka çıktıları konusundaki küresel yaklaşımın genel istikameti değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Üretken Yapay Zeka, Çıktılar, Eser Sayılma Şartları, Hususiyet, Orijinallik, Eser Sahipliği.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 19.09.2025 - Makale Kabul Tarihi: 16.12.2025.

Bu çalışmaya ilişkin araştırmalar, TÜBİTAK 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs programı desteğiyle gerçekleştirilmiştir. Sağlanan bu destekten ötürü TÜBİTAK'a teşekkürlerimi sunarım.

^(**) Yaşar Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İzmir - Türkiye,

E-posta: zeynep.ozkan@yasar.edu.tr,

Orcid: 0000-0003-2406-5178.

EVALUATION OF THE OUTPUTS OF GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE WITHIN THE SCOPE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: AN ANALYSIS IN LIGHT OF RECENT DECISIONS

Abstract: At the current stage of technological advancement, generative artificial intelligence-based applications are capable of producing outputs that embody a high degree of creativity. While these outputs bring about a major transformation in creative industries, they also give rise to significant debates in terms of intellectual property law. The questions of whether generative AI outputs can be considered as works, and if so, who the author of such works would be, are being sought both in our country and in international doctrine. Within the scope of this study, answers will be sought to these questions in light of recent decisions, and efforts will be made to shed light on controversial issues within the framework of the principles set forth by administrative and judicial authorities. In this context, in addition to the *Zarya of Dawn* and *Théâtre D'opéra Spatial* decisions issued by the U.S. Copyright Office, the *Thaler v. Perlmutter* decision rendered by the United States Court of Appeals for the District of Columbia, the *Li v. Liu* decision delivered by the Beijing Internet Court in China, and the *Tencent v. Shanghai Yinxun Technology Ltd.* decision given by the Nanshan District People's Court of Shenzhen will be examined, and opinions on the subject will be addressed within the framework of these pioneering rulings. Ultimately, considering the trends reflected in recent international documents, the overall direction of the global approach to generative artificial intelligence outputs will be evaluated.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, Outputs, Conditions to Qualify as a Work, Distinctiveness, Originality, Authorship.

GİRİŞ

Teknoloji ile yaratıcılığın kesişim kümesinde konumlanarak küresel ölçekte dönüşüm yaratan bir araç haline gelen üretken yapay zeka, özellikle sanat, edebiyat, görsel tasarım, müzik gibi alanlarda üretim süreçlerinin yeniden tanımlanmasına neden olmaktadır¹. Her ne kadar inovasyon, fikri mülkiyet hukuku için yabancı bir kavram olmasa da, üretken yapay zeka, ölçeği ve ekonomik etkisi bakımından daha önce benzeri görülmemiş sınavları beraberinde getirmiştir². Bu teknoloji ile meydana getirilen çıktılar bugün fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturabilecek seviyeye ulaşmıştır. Söz konusu durum, çıktıların eser sayılıp sayılmayacağı, nasıl bir hukuki korumaya sahip olabileceği, telif hakkı korumasının sağlanacağı sorularını uluslararası düzeyde tartışma konusu haline getirmiştir³.

Çalışmamız kapsamında, üretken yapay zeka tarafından meydana getirilen çıktıların eser niteliğinde sayılıp sayılamayacağı ve çıktılar bakımından hak sahibinin kim olacağı meseleleri güncel kararları ışığında irdelenecektir. Bu çerçevede, Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Ofisi (*United States Copyright Office*) tarafından verilen *Zarya of the Dawn* ve *Théâtre D'opéra Spatial* kararlarında ortaya koyulan ilkelerin yanı sıra, *Thaler v. Perlmutter* davasında verilen Columbia Temyiz Mahkemesi kararı üzerinde durulacaktır. Öte yandan, konuya ilişkin olarak Çin’de de önemli kararlar verilmiştir. Bu bağlamda, *Li v. Liu* davası ile, *Tencent v. Shanghai Yinxun Technology Ltd. (Dreamwriter)* davasında verilen kararlar da inceleme konusu yapılacaktır.

Her ne kadar dünya genelinde üretken yapay zeka çıktılarına ilişkin olarak açılan davaların sayısı günden güne artmakta ise de, çalışma kapsamında inceleme konusu yapılacak olan davalar mahkemeler tarafından yargılama

¹ Seda, **Kara Kılıçarslan**, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, YBHD, Sayı: 2, 2019, s. 363-365.

² European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, Generative AI and Copyright, Training, Creation, Regulation, Temmuz 2025, s.8, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU\(2025\)774095_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU(2025)774095_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

³ Hasan Kadir, **Yılmaztekin**, “Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?”, GSÜHFD, Sayı:2, 2020, s.1216 (“Yapay Zeka Eserleri”); Esmâ Muheyne, **Doğan**, “Üretken Yapay Zeka Modellerinin Eğitiminde Kullanılan İçeriklerin Telif Hakkı İhlali: ABD’deki Güncel Davalar Işığında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, TFM, Cilt:11, Sayı:1, s.92.

süreçleri tamamlanarak karara bağlanmış sayılı davalardandır. Çalışmada ele alınacak olan *Zarya of the Dawn* ve *Théâtre D'opéra Spatial* kararları da, kazai nitelikli olmasa da, idari nitelikli olarak öncül olma özelliğini taşımaktadır. Kararlarda ortaya konulan prensipler, konuya ilişkin süregelen tartışmaların çözümlenebilmesi açısından önem taşımaktadır. Öte yandan, çalışma kapsamında çeşitli resmi belgelerde konunun ele alınış biçimi de inceleme konusu yapılacak, böylelikle güncel kararlarda benimsenen yaklaşımların hangi doğrultuda şekillendiği değerlendirilecektir.

Üretken yapay zekanın gelecekte daha da gelişmesi ve yaratıcı süreçlerde daha fazla yer alması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, fikri mülkiyet hukukunda ortaya çıkabilecek yeni hukuki sorunlara hazırlıklı olunması ve ülkemizde yapılacak olan hukuki düzenlemelerin bu teknolojik gelişmelere uygun biçimde şekillendirilmesi gerekmektedir. Çalışma, fikri mülkiyet hukukunda üretken yapay zeka çıktılarına yönelik yaklaşımın sınırlarının belirlenmesi açısından faydalı olabilmeyi hedeflemektedir.

I. ÜRETKEN YAPAY ZEKA TARAFINDAN OLUŞTURULAN ÇIKTILAR

Yapay zeka, son yıllarda teknolojiye yaşanan hızlı gelişmeler ile birlikte hayatımızın pek çok alanında karşımıza çıkan bir kavram haline gelmiştir. Finans sektöründen sağlık sektörüne, savunmadan istihdama pek çok sektörde yapay zekanın kullanım alanının olduğu görülmektedir⁴. Her ne kadar insan hayatlarında oldukça önemli bir konuma gelmiş olsa da, yapay zeka kavramı bakımından yeknesak bir tanıma ulaşamamıştır. Doktrinde ve uygulamada bu kavrama ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır. Yalın bir anlatı ile tanımlanacak olursa, yapay zeka, insanlar tarafından yapıldığında belirli bir zeka gerektiren işlemlerin bilgisayar yazılımları tarafından gerçekleştirilmesi olarak açıklanabilecektir⁵.

⁴ Gülçin, **Büyüközkan Feyzioğlu**, “Dijitalleşen Dünyada Yapay Zeka”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka, Editör: E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 1 vd.; Merve Nur, **Yalçın Uslu**, Protection of AI-Generated Products and Examination within the Context of the European Union and Turkish Copyright Laws, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi, İstanbul, 2023, s. 1-2.

⁵ Bkz. Emre, **Bayamlioğlu**, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt II, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 131 vd.; Armağan Ebru, **Bozkurt Yüksel**, “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, S.11, Haziran 2018, s. 585 vd.; Başak, **Bak**, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından

Yapay zeka, genel olarak, insana özgü entelektüel fonksiyonlara benzer işlevler yerine getirmeyi hedeflerken, yapay zekanın özel bir türü olan üretken yapay zeka, insana özgü fonksiyonlardan üretme fonksiyonu üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu işlevin gerçekleştirilebilmesi için de yoğun şekilde derin öğrenme yöntemlerinden yararlanılmaktadır⁶.

Üretken yapay zekayı geleneksel yapay zeka teknolojilerinden farklı kılan temel nokta, algoritmik tahminlere dayalı sonuçların ötesinde, kendine özgü içeriklerin üretilebilmesi açısından kendini göstermektedir⁷. Üretken yapay zeka, özellikle 2022 yılı ve sonrasında yaygınlaşan ChatGPT, Midjourney, DALL-E, Stable Diffusion, Gemini gibi üretken yapay zeka uygulamaları ile birlikte dünya genelinde yoğun bir etkiye sahip olmuştur.

Üretken yapay zeka uygulamalarının geliştirilmesinde çeşitli aşamalardan geçilmektedir ve nihai aşamada, çıktı oluşturma faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Üretken yapay zeka tarafından üretilen içeriklere “çıkıtı” (*output*) adı verilmektedir. Üretken yapay zeka modeli, kullanıcının komutlarına (*prompts*) uygun şekilde, girdi verilerinden edinmiş olduğu bilgiler üzerinden bir çıkıtı meydana getirmektedir⁸.

Çıkıtı üretim süreci, kullanılan üretken modelin mimarisine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir. Metin çıktılarının üretiminde, genellikle “büyük dil modelleri”nden (*large language models*) (LLM) yararlanılmaktadır. Bü-

Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl: 9, S. 35, 2019, s. 211 vd.; Özgühan, **Çopur**, “Yapay Zeka Ürünleri ve Fikri Mülkiyet Hakları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2016, Editör: Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, 2019, s. 69 vd.; **Kara Kılıçarslan**, s. 365-366; **Büyüközkan Feyzioğlu**, s. 1 vd.; Anıl Seda, **Bayındır**, Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 5 vd.

⁶ Harry, **Surden**, “Machine Learning and Law”, Washington Law Review, C. 89, S. 1, 2014, s. 87 vd. (“ML”); Daniel, **Schönberger**, “Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)”, Droit d-auteur 4.0/Copyright 4.0, Editör: Jacques De Werra, 2018, s. 145 vd., <https://ssrn.com/abstract=3098315> (Erişim Tarihi: 10.09.2025); **Büyüközkan Feyzioğlu**, 2021; Osman Gazi, **Güçlütürk**, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 26 vd. (“Yapay Zeka”).

⁷ Osman Gazi, **Güçlütürk**, “ChatGPT ile Üretilen İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, GSÜHFD, S.2, 2022, s. 1899 vd. (“ChatGPT”); Berna Tuğçe, **Küçükali**, The Protection of AI-Generated Works Under European Copyright Law: Toward Adoption of a Neighbouring Rights Approach, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of British Columbia, Vancouver, 2022, s. 32 vd.

⁸ Ralf T., **Kreutzer**/ Marie, **Sirrenberg**, Understanding Artificial Intelligence, Springer, 2020, s.5 vd. Ayrıca bkz. Greenberg, **Traurig**, “Understanding AI Terms: What is Output Data?”, Lexology, 18.08.2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e79e1e56-c502-49b1-bdb7-cf3338ec09c4> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).

yük dil modelleri, metne dayalı eğitim verileri üzerinden edindiği bilgileri kullanarak, bir metin dizisi içerisindeki olası kelimeleri ve cümleleri tahmin etmektedir. Burada yinelemeli bir süreç kullanılmakta, model her seferinde bir adım daha ileri giderek üretime devam etmektedir. Değinilen süreç sonunda, oldukça kaliteli metin çıktıları oluşturulabilmektedir. Örneğin, OpenAI tarafından geliştirilen ChatGPT uygulamasında kullanılan model, büyük dil modeli yapısı ile tasarlanmıştır. Büyük dil modelleri ile bugün oldukça yüksek kaliteli metinler oluşturulabilmektedir⁹.

Görsel çıktıların üretimi bakımından ise, üretken çekişmeli ağlar (*generative adversarial networks*) ön planda olan bir mimaridir. Üretken çekişmeli ağ mimarisinde, model içerisinde “üretici” (*generator*) adı verilen birim, kendisine sunulan karmaşık, anlamsız ve düzensiz veri kümesini adım adım düzenlemeye ve anlamlı bir çıktıya dönüştürmeye çalışmaktadır. Bu karmaşık veri kümesi, teknik ifade ile, “gürültü” (*noise*) olarak adlandırılmaktadır. Üreticinin temel fonksiyonu, bu gürültüyü her aşamada biraz daha düzenli hale getirmek ve en sonunda anlam ifade eden bir veri kümesi oluşturmaktır. Bu süreçte ona “ayırıcı” (*discriminator*) olarak anılan bir diğer bileşen yardımcı olmakta, üretici tarafından üretilen verinin gerçek bir veri mi yoksa model üretimi mi olduğunu anlamaya çalışmaktadır. Üretici, ayırıcıyı kandırana dek çıktılarını geliştirmekte ve iyileştirmektedir. Üretken çekişmeli ağlar ile şekillenen modeller, görüntü ve video gibi çıktılar oluşturmaktadır. Bu çıktılar genellikle gerçeğe oldukça yakın nitelikte olmaları ile dikkat çekmektedir¹⁰.

Görsel üretiminde yaygın olarak kullanılan bir diğer mimari, difüzyon modellerinde görülmektedir. Üretken çekişmeli ağlar gibi, difüzyon modellerinin de başlangıç noktası karmaşık bir veri kümesi ya da teknik ifade ile “gürültü”dür. Tıpkı üretken çekişmeli ağlarda olduğu gibi, difüzyon modellerinde de temel hedef, gürültünün adım adım azaltılması ve anlamlı bir çıktının oluşturulabilmesidir. Buna karşılık, burada “üretici” ve “ayırıcı” birimleri yerine, “difüzyon” ve “tersine difüzyon” adlı iki işlemden yararlanılmaktadır. Difüzyon (*diffusion*), girdi verisine adım adım gürültü eklenecek şekilde sonunda tamamen rastgele bir gürültüye dönüştürüldüğü işlemdir. Tersine difüzyon (*reverse diffusion*) ise, bu gürültünün adım adım veriden çıkarma

⁹ Harry, **Surden**, “ChatGPT, AI Large Language Models, and Law”, Fordham Law Review, C. 92, S. 5, 2024, s. 1941 vd. (“LLMs”).

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. John, **Kelleher**, Deep Learning, The MIT Press Essential Knowledge Series, 2019, s. 235 vd.

rıldığı ve görselin orijinal haline döndürüldüğü işlemdir. Model böylelikle, eğitim verisine ilişkin kalıpları tespit edebilmekte, görsel üretimi becerisi kazanabilmektedir. Difüzyon modelleri kullanılarak sanatsal içeriği oldukça yüksek görseller oluşturulabilmektedir¹¹. Bu durum sebebiyle, yargısal süreçlere taşınan üretken yapay zeka modellerinin birçoğunun difüzyon mimarisi ile dizayn edilen modeller olduğu görülmektedir.

Öte yandan, görsel üretimine yönelik modellerde kimi zaman difüzyon mimarisi ile üretken çekışmeli ağların birlikte kullanımı yoluna da gidilebilmektedir. Ayrıca difüzyon mimarisi ile büyük dil modellerinin bir arada kullanıldığı üretken yapay zeka tasarımları da mevcuttur. Bu şekilde kombine bir mimari ile tasarlanan modeller de, eser niteliğinin mevcut olup olmadığı hususunda değerlendirme gerektirecek nitelikte yüksek yaratıcılık ihtiva eden çıktılar ortaya koyabilmektedir.

II. ÜRETKEN YAPAY ZEKA TARAFINDAN OLUŞTURULAN ÇIKTILAR BAKIMINDAN ESER NİTELİĞİNİN VE ESER SAHİPLİĞİNİN İNCELENMESİ

1. Genel Bakış

Üretken yapay zeka uygulamaları, bugün tıpkı bir insan tarafından meydana getirilmiş ürünler gibi çıktılar oluşturabilmektedir¹². Bu çıktıların eser sayılıp sayılmayacağı fikri mülkiyet hukuku alanında günümüzün en hararetili tartışma konularından biridir. Bununla bağlantılı olarak, bu çıktılarının eser sayılması halinde, eser sahibinin kim olacağı sorusuna da yanıt aranmaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar, üretken yapay zekanın günden güne gelişen ve çeşitlenen kabiliyetleri ile birlikte daha da önem kazanmaktadır¹³.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Adrian, **Tam**, “Brief Introduction to Diffusion Models for Image Generation”, Machine Learning Mastery, 18.07.2024, <https://machinelearningmastery.com/brief-introduction-to-diffusion-models-for-image-generation/> (Erişim Tarihi: 12.09.2025); Calvin, **Luo**, “Understanding Diffusion Models: A Unified Perspective”, 25.08.2022, <https://arxiv.org/abs/2208.11970> (Erişim Tarihi: 12.09.2025); Anand, **Vemula**, Diffusion Models: Practical Guide to AI Image Generation, 2024.

¹² **Güçlütürk**, ChatGPT, s. 1900 vd.; Melisa, **Gözet/ Ulaş, Filiz/ Asım Egemen, Yılmaz**, “Üretken Yapay Zeka”, International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies, C.7, S.1, 2023, s. 32 vd.; Aras, **Bozkurt**, “ChatGPT, Üretken Yapay Zeka ve Algoritmik Paradigma Değişikliği”, Alanyazın Eğitim Bilimleri Eleştirel İnceleme Dergisi, C.4, S.1, 2023, s. 63 vd.

¹³ Bkz. Aras, **Özkan**, “Yapay Zeka Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması”, TBB Dergisi, Sayı: 164, 2023, s. 208 vd.; Uğur, **Karaca/ Esra, Karataş**, “Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukukumuzda 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) anlamında bir ürünün eser sayılabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması, bu hususiyeti yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması ve yasa hükümlerinde sayılan eser kategorilerinden birine dahil olması gerekmektedir. Zira FSEK m. 1/B hükmünün (a) bendinde “eser” kavramı, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır¹⁴.

FSEK m. 1/B (a) hükmünde yer alan ilk koşul olan hususiyet, genel olarak, eserin, yaratıcısının kişisel özelliklerini ve üslubunu yansıtmaya anlamına gelmektedir.¹⁵ Hususiyeti yansıtacak düzeyde şekillenmiş olma koşulu ise, eserin somut bir varlığa bürünmesi ya da dış dünyada insanlar tarafından algılanabilir hale gelmesi demektir.¹⁶ Öte yandan, bir ürünün eser sayılabilmesi için, FSEK hükümlerinde yer alan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olmak üzere dört adet eser kategorisinden birine dahil edilebilmesi gerekmektedir¹⁷.

Bununla birlikte, hukukumuzda eser sahipliğinin insana özgü bir sıfat olabileceği görüşü kabul edilmektedir. Zira FSEK m. 1/B hükmünün (b) bendinde, “eser sahibi” kavramı, “*Eseri meydana getiren kişi*” olarak tanımlanmış, FSEK m. 8 (1) hükmü ise “*Bir eserin sahibi, onu meydana getiren-dir*” düzenlemesine yer vermiştir. Burada düzenlenen “yaratma ilkesi”dir. Eser sahipliği, yaratma fiilini gerçekleştiren kişiye bahşedilmiştir. Yaratım zihinsel bir faaliyet gerektirdiğinden, eser sahibinin de yalnızca gerçek kişi olabileceği görüşü benimsenmektedir¹⁸.

Dergisi, Sayı:1, 2022, s. 17 vd.; Yiğit Türker, **Çoban**, “Türk Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Yapay Zeka Ürünleri”, Editör: Erdem Büyüksağış, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 181 vd.; Büşra, **Kaynak Balta**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 110 vd.; Barış, **Çakır**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Yapay Zekanın Eser Sahipliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 11 vd.

¹⁴ **Öztan**, s. 81 vd.; Ünal, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 103.

¹⁵ **Öztan**, s.92 vd.; **Tekinalp**, s. 104 vd.

¹⁶ **Öztan**, s.89-90; **Tekinalp**, s. 108 vd.

¹⁷ **Öztan**, s.91 vd.; **Tekinalp**, s. 109 vd.

¹⁸ Fikri hakların ele aldığı konu, temelde, insanın fikri yaratma yönüdür. İnsanın yaratıcı ruhu ile ortaya koyduğu ürünlerin korunması, fikri mülkiyet hukukunun varlık sebebini oluşturmaktadır. Telif hakları ile sağlanan koruma, insan ruhunun, muhakemesinin, zihinsel yönünün etki

Değinilen sistematik içerisinde, üretken yapay zeka modelleri tarafından oluşturulan çıktıların eser sayılıp sayılamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler, kimin hak sahibi sayılacağı meselesi ile de bağlantılıdır. Eser sayılmanın şartlarından olan “şekillenme” ve “eser kategorilerinden birine dahil olma” koşulları bakımından genellikle bir tartışma söz konusu değildir. Zira üretken yapay zeka tarafından ortaya konulan çıktılar, ürünün özelliğine göre FSEK kapsamında bir eser kategorisine dahil olabilmekte ve dış dünyada algılanabilir nitelikte olmaktadır. Dolayısıyla üretken yapay zeka çıktıları eser sayılabilme açısından bazı şartları sağlamaktadır. Konuya ilişkin esas tartışma, hususiyet koşulu bakımından gündeme gelmektedir¹⁹.

Hususiyet, eser sahibinin ruhundan kaynaklanan ferdi özellikleri ortaya koymaktadır. Fikri mülkiyet hukuku anlamında bir eserden söz edebilmek için söz konusu ürünün yaratıcısının ruhundan kaynaklanan birtakım nitelikleri yansıtması gerekmektedir²⁰. Hususiyet kavramının ne anlama geldiği öğretide başlı başına oldukça tartışmalı bir meseledir²¹.

Uluslararası doktrinde “hususiyet” (*characteristic/distinctiveness*) kavramı yerine “orijinallik” (*originality*) kavramının kullanıldığı görülmektedir²². Orijin-

ve varlık alanıyla ilgilidir. Bu nedenle bir ürünün fikri mülkiyet hukuku mevzuatı çerçevesinde eser sayılabilmesi için, bir insan tarafından üretilmesi gerektiği görüşü benimsenmektedir. Bkz. Ernst E., **Hirsch**, Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1943; Nüşin, **Ayiter**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, s. 1 vd.; Fırat, **Öztan**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.67 vd.; Mustafa, **Ateş**, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.31 vd. Ayrıca bkz. **Öztan**, s.233 vd.; **Çoban**, s.199-200; Osman Gazi, **Güçlütürk/ Rıfat, Cankat**, “Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi”, GSÜHFD, Sayı:1, 2022, s. 200 vd.s. 200 vd.; **Kaynak Balta**, s.136. Ülkemizde olduğu gibi, dünya genelinde de yaygınlıkla kabul gören klasik yaklaşım bu şekildedir. Bkz. Bkz. Anne-marie, **Bridy**, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, Stanford Technology Law Review, C. 5, 2012, s. 1 vd.; Johanna, **Gibson**, “Sine Qua Non-sense: Originality and the End of Copyright”, Queen Mary Journal of Intellectual Property, C. 10, S.4, 2020, s. 411 vd.; Justine, **Pila/Paul, Torremans**, European Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2019, s. 243 vd.

¹⁹ Ayrıca bkz. **Kaynak Balta**, s.129; **Güçlütürk/Cankat**, s. 201-202; **Özkan**, s. 232.

²⁰ **Öztan**, s.92-94.

²¹ Fikir ve sanat eserleri hukukunda hususiyet kavramına ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Hayri, **Bozgeyik**, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:25, Sayı:3, 2009, s. 171 vd.

²² Belgin, **Aslan**, “Yaratıcılık, Orijinallik ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zeka Sistemlerine Yansımaları ve Fikri Hak Boyutuyla Değerlendirilmesi”, TFM, Cilt: 10, Sayı:1, 2024, s. 5 vd.; **Özkan**, s. 221-222; Cahit, **Suluk**, Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 106.

nallikten ne anlaşılması gerektiği farklı hukuk gelenekleri içerisinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Orijinallik kavramının anlamı, aynı hukuk geleneğini benimseyen ülkeler arasında da farklılık gösterebilmektedir²³.

Kıta Avrupası hukuk geleneğinde orijinallik kavramı, eser sahibinin, eseri meydana getirirken özgür ve yaratıcı seçimler yaparak kişisel dokunuşunu esere yansıtması anlamına gelmektedir. Burada ön plana çıkan, fikri yaratıcılık unsurudur²⁴. Anglo-Sakson hukuk sistemine dahil ABD’de de fikri yaratıcılık unsuru önem taşımaktadır. Ancak asgari yaratıcılık seviyesi, koruma bakımından yeterli görülmektedir. Böylelikle, Kıta Avrupası geleneğine göre daha düşük bir koruma çıtası kabul edilmektedir²⁵. Buna karşılık, Birleşik Krallık’ta orijinallik ABD’den biraz daha farklı şekilde yorumlanmaktadır. Burada eserin, başkasından kopya olmaması ve eser sahibinin kendi emeğinin, çabasının ve becerisinin ürünü olması halinde orijinal sayılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, orijinallik, daha çok “emek”, “çaba” ve “beceri” kriterleri ekseninde tanımlanmaktadır. Birleşik Krallık’ta kabul edilen koruma çıtası, ABD’den daha düşüktür²⁶.

Orijinallik farklı ülkelerde farklı şekillerde yorumlansa ve değişik koruma çıtalarına tabi tutulsa da, tüm bu farklı yorum ve uygulamaların bulunduğu ortak paydanın, “bireysellik” olduğu anlaşılmaktadır²⁷. Orijinallik, bireyselliği beraberinde getirmekte, eser sahibinin kişiye özgü niteliklerine vurgu yapmaktadır²⁸.

²³ **Suluk**, s. 108 vd. Yapay zeka üretimlerinde orijinallik değerlendirmesi konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Andres, **Guadamuz**, “Do Androids Dream of Electric Copyright?”, *Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works*, Artificial Intelligence and Intellectual Property, Editör: Jyh-An Lee/ Reto M. Hilty/ Kung-Chung Li, Oxford University Press, 2021, ss. 147- 176 (“Electric Copyright”). ABD’deki orijinallik kriterleri çerçevesinde yapay zekanın eser sahibi olup olamayacağının değerlendirilmesi konusunda bkz. Mackenzie, **Caldwell**, “What is an ‘Author’? - Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens”, *Houston Law Review*, C. 61, S. 2, 2023, <https://houstonlawreview.org/article/92132-what-is-an-author-copyright-authorship-of-ai-art-through-a-philosophical-lens> (Erişim Tarihi: 01.12.2025).

²⁴ Bkz. Irina A., **Stamatoudi**, “Chapter 3: Originality Under EU Copyright Law”, *Research Handbook on Copyright Law*, Editör: Paul Torremans, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 57 vd.; **Suluk**, s. 105 vd. Ayrıca bkz. **Aslan**, s. 9 vd.

²⁵ **Suluk**, s. 110.

²⁶ **Suluk**, s. 108 vd.; **Stamatoudi**, s. 81-82.

²⁷ **Suluk**, s. 109 vd.

²⁸ **Suluk**, s. 112. Anglo-Sakson hukuk sistemleri bakımından eser sayılma şartı olan orijinallik unsuru bakımından açıklamalar için ayrıca bkz. Mustafa, **Zorlu**, “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, *TBB Dergisi*, C. 32, S. 142, 2019, ss. 305-356, s. 323 vd.

Farklı hukuk sistemlerinde “orijinallik” olarak anılan, hukukumuzda ise “hususiyet” kavramı ile ifade edilen bu kriter, eser sayılabilmenin en kilit unsurudur. Hukukumuzda bir eserin, fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunmayan ürünlerden ayrılabilmesi, onun sahibinin hususiyetini taşıması ile mümkündür²⁹. Bu nedenle hususiyet, insana özgü bir kavram olarak ele alınmaktadır. Fikri mülkiyet hukuku mevzuatının insan zekasının ürünlerinin korunması için hazırlandığına dikkat çekilerek, bir eserin oluşumunda en önemli kıstasın insanın düşünsel emeği ve gayreti ile bir yaratım sürecinden geçmesi olduğu ifade edilmektedir. Klasik yaklaşıma göre hususiyet, bireylere ait bir değerdir ve hususiyet sahibi olabilmenin ön koşulu da kişilik, karakter ve bilinç sahibi olmaktır³⁰.

Bu noktadan hareketle doktrinde, üretken yapay zekanın bir gerçek kişi olmaması ve insanlara özdeş şekilde duygusal ya da entelektüel olarak içsel bir anlamlandırma yapamaması karşısında, yapay zeka tarafından meydana getirilen çıktılardan da eser sayılmaması gerektiği savunulmaktadır. Bu bağlamda, bir ürünün üretken yapay zeka tarafından üretilmiş olması, eser sayılmasına doğrudan engel olarak görülmektedir³¹. Bu durumun sonucunda telif hakkı koruması dışında tutulan yapay zeka üretimlerinin kamuya ait (*public domain*) sayılması gerektiği, zira yapay zekanın kişiliği olmaması karşısında, eserin belirli bir sahibinin olmadığı ileri sürülmektedir³².

Buna karşılık, bir diğer görüşe göre, yapay zeka üretimlerinin eser sayılabilmesinin mümkün görülmesi gerekmektedir. Bu görüşe dayanak olarak, Birleşik Krallık’ta bilgisayar ile üretilen ürünlere eser koruması tanıyan ve bu eserlerin üretilmesi için düzenlemeleri yapan kişilere de eser sahibi sıfatını bahşeden özel düzenlemeye dikkat çekilmektedir. Birleşik Krallık’ta 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Yasası’nın (*Copyright, Designs and Patents Act 1988*) (CDPA) m. 9 (3) hükmünde, bilgisayar tarafından üretilen edebi, dramatik, musiki veya sanat eserlerinde eser sahibinin, eserin oluşturulması için gerekli düzenlemeleri yapan kişi olacağı düzen-

²⁹ Hususiyet kavramına ilişkin farklı görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 104 vd.

³⁰ **Bozgeyik**, s. 171 vd.; **Çoban**, s.199; **Özkan**, s. 222.

³¹ **Kaynak Balta**, s. 132. Değinilen görüşe ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. **Güçlütürk/Cankat**, s.204; **Çoban**, s. 203; **Özkan**, s. 232-233.

³² Hafiz, **Gaffar/ Saleh, Albarashdi**, “Copyright Protection for AI-Generated Works: Exploring Originality and Ownership in a Digital Landscape”, *Asian Journal of International Law*, Cilt: 15, Sayı:1, 2025, Cambridge University Press, s.12. Ayrıca bkz. Ayşenur, **Maman**, Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zeka ve Ürünlerinin Eser Niteliği, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.109.

lenmiştir. Söz konusu düzenlemenin, yapay zeka çıktılarının da eser sayılabileceğini ortaya koyduğunu ifade eden yazarlar mevcuttur.³³ Ne var ki, oldukça eski tarihli olan ve üretken yapay zeka teknolojilerinin gelişiminden bu düzenlemenin yapay zeka çıktıları bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususunda belirsizlik bulunmaktadır³⁴. CDPA) m. 9 (3) hükmü daha önce yapay zeka çıktısına ilişkin bir davada kullanılmamıştır³⁵.

Nitekim Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (*United Kingdom Intellectual Property Office*) (UKIPO) 29 Ekim 2021 tarihinde yapay zeka ve telif hakkına ilişkin olarak başlattığı istişarede (*consultation*) CDPA m. 9 (3) düzenlemesinin yapay zeka bakımından uygulanabilir olup olmadığı sorusuna dikkat çekilerek, söz konusu düzenlemenin kaldırılmasının mı yoksa muhafaza edilmesinin mi daha uygun olacağı konusunda paydaşlardan görüş talep edilmiştir³⁶. İstişare sürecinde, paydaşların önemli bir kısmı, yapay zekanın büyük ölçüde kendi başına oluşturduğu, insan katkısının az olduğu durumlarda çıktıya eser statüsünün tanınmaması gerektiğini, yalnızca insan yaratıcılığının ve entelektüel emeğinin nihai ürüne yansıdığı çıktılar bakımından telif hakkı korumasının söz konusu olabileceğini ifade etmiş, CDPA m. 9 (3) hükmünün yapay zeka çıktılarına uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüştür³⁷. Öte yandan UKIPO’nun 17 Aralık 2024 tarihli istişare yazısında da konuya ilişkin eleştirilere dikkat çekilmiş, bu bağlamda, CDPA m. 9 (3)

³³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Jyh-An, **Lee**, “Computer Generated Works Under the CDPA 1988”, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Editör: Jyh-An Lee/ Reto M. Hilty/ Kung-Chung Li, Oxford University Press, 2021, ss. 177-195; Söğüt, **Atilla**, “Dealing With AI-Generated Works: Lessons From the CDPA Section 9 (3)”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, C.19, S.1, 2024, s. 43 vd.

³⁴ **Güçlütürk/ Cankat**, s.205 vd.; **Gaffar/ Albarashdi**, s. 36 vd.

³⁵ Bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, *Copyright and Artificial Intelligence*, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s.29-30, <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2025).

³⁶ Söz konusu istişare, yapay zekaya ilişkin telif hakkı konularında politika geliştirme ve mevzuat düzenleme süreçlerinde akademisyenler, sektörel temsilciler, yapay zeka şirketleri gibi ilgili tarafların görüşlerini almak ve kamuoyunda şeffaflık sağlamak amaçlarıyla gerçekleştirilmiş olup 2022 yılında tamamlanmıştır. Bkz. UKIPO, *Consultation Outcome, Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright and Patents*, 28.06.2022, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents> (Erişim Tarihi: 28.10.2025). Ayrıca bkz. Toby, **Bond**, “UKIPO Consultation on AI and IP: What are the Implications for UK Copyright Law”, *Bird & Bird*, 30.11.2021, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/uk/ukipo-consultation-on-ai-and-ip-what-are-the-implications-for-uk-copyright-law> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).

³⁷ Bkz. UKIPO, *Consultation Outcome, Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright and Patents*, 28.06.2022.

düzenlemesinin modern telif hukuku prensipleri ile çeliştiği, zira telif hukukunun insan yaratımı olan, yani insanın yaratıcı tercihlerini ve kişisel dokunuşunu içeren ürünleri koruduğu, buna karşılık CDPA m. 9 (3) ile bu kriteri sağlamayan ürünlerin dahi eser sayılmasının mümkün olabileceği, söz konusu durumun da fikri mülkiyet hukuku açısından sakıncalı sonuçlar yaratabileceği konusundaki görüşler aktarılmıştır³⁸. Bu çerçevede, UKIPO ilgili hükmün ilga edilmesinin yapay zeka kullanımı bakımından teşvik mi yoksa engel mi oluşturacağı hususunun şu an için belirsiz olduğunu belirtmiştir³⁹. Durum bu iken, Birleşik Krallık'taki düzenleme örnek alınarak yapay zeka üretimlerine eser statüsü tanınması gerektiği görüşünü kabul edebilmek mümkün gözükmemektedir⁴⁰. Zira bu düzenlemenin yapay zeka bakımından uygulanıp uygulanmayacağı Birleşik Krallık'ta dahi bir tartışma konusudur.

Öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, üretken yapay zekanın ortaya çıkardığı ürünler, çıktının oluşturulmasına katkı sağlayan kişilerin hususiyetini yansıtmaktadır. Bu nedenle, söz konusu eserler bakımından eser sahibinin de sürece dahil olan bu kişiler olduğu iddia edilmektedir⁴¹. Kanı-

³⁸ 17 Aralık 2024 tarihinde başlatılan istişare, 25 Şubat 2025 tarihinde sona ermiştir. Bkz. UKIPO, Closed Consultation, Copyright and Artificial Intelligence, 17.12.2024, <https://www.gov.uk/government/consultations/copyright-and-artificial-intelligence/copyright-and-artificial-intelligence#c-our-proposed-approach> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).

³⁹ UKIPO, Closed Consultation, Copyright and Artificial Intelligence, 17.12.2024. Ayrıca bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s.29-30.

⁴⁰ Birleşik Krallık'taki düzenlemenin yapay zeka üretimleri bakımından geçerli sayılması, fikri mülkiyet hukukunun özünü oluşturan insan yaratıcılığı ve fikri emeğine dayalı eser anlayışından sapılması anlamına gelecektir. Zira fikri mülkiyet hukuku anlamında “eser” kavramı, insanın düşünce gücü kullanılarak ortaya çıkarılan fikri ürünlerin korunmasına yöneliktir. Bu kapsamda, bir roman, tablo ya da musiki eseri, insan yaratıcılığını taşıdıkları ölçüde hukuken “eser” statüsünde koruma bulabilmektedir. Bu nedenle, tümüyle yapay zeka tarafından meydana getirilen ürünlerin, insanın fikri emeğini yansıtmaması nedeniyle fikri mülkiyet hukuku kapsamında eser sayılabilmesi mümkün değildir. Zira fikri mülkiyet hukukunda “eser” kavramı, onu meydana getiren bir gerçek kişi olup olmaması ile ilgili olarak değerlendirilmektedir. Ne var ki, insanın zihni faaliyeti sonucunda ortaya koyulmaması sebebiyle fikri hukuk açısından eser sayılamayacak yapay zeka ürünlerinin de genel anlamda eser olarak adlandırılabilmesi mümkündür. Zira genel anlamda eser kavramı, fikri mülkiyet hukukunda olduğu kadar dar ve teknik bir anlama sahip değildir. Genel anlamıyla eser, gözle görülebilen, elle tutulabilen, kısaca duyularla algılanabilen, somut olarak varlık kazanan her türlü ürünü ifade etmektedir. Bu durumda yapay zeka tarafından üretilen bir tablo, bir roman ya da bir bestenin de genel anlamda “eser” olarak adlandırılabilmesi mümkündür. Ancak bu durum, tek başına, fikri mülkiyet hukuku açısından “eser” statüsü kazandırmayacaktır. Zira fikri mülkiyet hukuku bakımından eser, esasen söz konusu ürünün kim tarafından medyana getirildiğine ilişkin bir husustur. Genel anlamda eser kavramı ile fikri mülkiyet hukuku anlamında eser kavramı arasındaki farklılıklar konusunda bkz. Ateş, s. 21 vd.

⁴¹ Güçlütürk/ Cankat, s. 204; Yılmaztekin, Eser Sahipliği, s. 279-280; Maman, s. 107 vd.

mızca, insan katkısının ve yaratıcılığının çıktıya yansıdığı durumlar bakımından söz konusu görüş isabetlidir. Buna karşılık, tüm üretken yapay zeka ürünleri bakımından hususiyetin varlığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Zira insan katkısının söz konusu olduğu her durum, insanın yaratıcı ruhunun çıktıya aktarılması anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, her bir durumun, kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi, buna göre hususiyetin mevcut olup olmadığının saptanması gerekmektedir. Hususiyetin esere yansıdığını söyleyebilmek için, ortaya çıkan ürün, üretken yapay zekanın çalışma mekanizmasının etkisi ile birlikte tesadüfîlik, rastgelelik arz etmemelidir. İnsanın olumlu müdahalesi ile meydana gelen sonuç arasında bir nedensellik söz konusu olmalıdır. Aksi takdirde, ortaya çıkan ürün hususiyet şartını sağlamayacağı için FSEK hükümleri kapsamında eser sayılamayacaktır. Ancak bu nedensellik bağının kurulabildiği hallerde üretime katkı sağlayan kişilerin hususiyetinden söz edilebilmesi mümkündür. Ne var ki, hangi hallerde bu nedensellik bağının kurulabileceğinin tespiti oldukça güçtür. Bu konuda yol gösterici ölçütlere ihtiyaç duyulmaktadır⁴².

Doktrinde, yapay zeka modellerinin oluşturduğu çıktıların, yapay zekanın hususiyetini yansıttığını, dolayısıyla üretken yapay zeka ile oluşturulan çıktılar bakımından yapay zekanın eser sahibi sayılması gerektiğini savunanlar da mevcuttur. Bu bağlamda, yapay zekanın çeşitli derin öğrenme teknikleri kullanarak çeşitli bilgiler elde edebildiği, bunları işleyebildiği, veriler üzerinden çıkarımlarda bulunabildiği ve farklı seçenekler arasından tercihler yaparak ortaya bir ürün koyabildiği ifade edilerek, bunun yapay zeka modellerinin otonomi sahibi olduğu şeklinde yorumlanacağı belirtilmektedir. Değinilen görüş çerçevesinde, söz konusu otonominin yapay zekanın yaratıcılığını ortaya koyduğu ve bu nedenle yapay zekanın hususiyeti olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir⁴³. Ayrıca, yapay zekanın eser sahibi ola-

⁴² Çoban, s. 211 vd.

⁴³ Kaynak Balta, s.130 vd.; Aslan, s. 18-19; Gaffar/ Albarashdi, s. 14-15; Maman, s. 103 vd. Bu görüşe ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. Umut, Altınmakas, “Üretken Yapay Zeka Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerde Yapay Zekanın Eser Sahipliği ve Telif Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, Ocak 2025, ss. 457-480, s. 471 vd. Patent hukuku çerçevesinde de benzer görüşler ileri süren yazarlar mevcuttur. Bu bağlamda doktrinde, yapay zeka tarafından üretilen buluşlarda buluş sahipliğinin yapay zekaya tanınması gerektiği, aksi takdirde bu durumun patent yasalarının inovasyonu teşvik etmeye yönelik genel amacına aykırı düşeceği ve tarafların buluş üretim sürecinde gerçekleşen yapay zeka kullanımını gizlemesine neden olacağı ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Anıl Sena, Bayındır/ John, Danaher, “Why We Should Recognize AI as an Inventor”, Bioethical Inquiry, 2025, <https://doi.org/10.1007/s11673-025-10429-4> (Erişim Tarihi: 04.08.2025). Pa-

rak sayılmasının teknolojinin gelişmesine de katkı sağlayacağı ifade edilmektedir⁴⁴.

Ne var ki, hususiyet kavramı, doktrinde baskın şekilde kabul gördüğü üzere, insanın yaratıcı ruhuna işaret etmektedir. Yapay zeka, ne kadar yaratıcı olursa olsun, insan değildir. Dolayısıyla yapay zekanın hususiyet sahibi olabilmesi kanımızca mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, FSEK m. 8 hükmü de eser sahibi sıfatını zımnen insana bahşetmektedir⁴⁵. Hukukumuzda yapay zekaya kişilik de tanınmamıştır⁴⁶. Her ne kadar öğretilerde tüzel kişilik, elektronik kişilik, yapay insan modeli, hatta kölelik modeli gibi çeşitli kişilik modelleri önerilmişse de, şu ana dek kanun koyucumuz yapay zeka konusunda farklı bir düzenleme getirme yoluna gitmemiştir⁴⁷. Yapay zekaya kişilik tanınarak eser sahibi olabileceğinin kabul edilmesi ihtimalinde de, bu durum hukuki belirsizliklerle dolu yepyeni bir gri alan yaratabilecek niteliktedir⁴⁸.

Hukukumuzda yalnızca kişiler hak sahibi olabilmektedir. Dolayısıyla bir kişi statüsü olmayan yapay zekanın hak ehliyeti de bulunmamaktadır. Hak ehliyeti bulunmayan bir süjenin, fikri ürünler üzerinde hak sahibi olabilmesi söz konusu değildir⁴⁹. Değerlenen açıklamalar ışığında, eser sahibi olarak yapay zekanın hususiyetinin esere yansıdığını ve yapay zekanın eser sahibi olacağını kabul edebilmek mevcut prensipler çerçevesinde mümkün gözükmemektedir⁵⁰.

tent hukuku bağlamında sorunun çözümlenebilmesi için sınai mülkiyet hukuku kuralları çerçevesinde patent verilebilirlik şartları bağlamında konunun ele alınması gerekmektedir. Patent verilebilirlik şartlarına ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Fülürya, **Yusufoğlu**, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 139 vd.

⁴⁴ Bkz. **Özkan**, s. 233.

⁴⁵ **Özkan**, s. 86.

⁴⁶ **Özkan**, s. 226.

⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Zorlu**, s. 341 vd.; **Kaynak Balta**, s.118 vd.; **Kara Kılıçarslan**, s. 381 vd.; **Özkan**, s. 227 vd.

⁴⁸ **Aslan**, s. 19.

⁴⁹ Barış, **Gözübüyük**, “Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorun ve Çözüm Önerileri”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C.1, S.1, 2021, s. 71-72. Ayrıca bkz. **Kaynak Balta**, s.118 vd.; **Kara Kılıçarslan**, s. 381 vd.; **Özkan**, s. 227 vd.

⁵⁰ **Kaynak Balta**, s.136 vd; Hasan Kadir, **Yılmaztekin**, Yapay Zekanın Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 275-277 (“Eser Sahipliği”).

Öte yandan, öğretide ileri sürülen bir diğer görüşe göre, hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler, bir ürünün eser sayılabilmesi için eser sahibinin hususiyetini yansıtmayı şart koştuğu için, günümüzde yaşanan teknolojik ilerleme karşısında yetersiz kalmaktadır⁵¹. Bu görüş çerçevesinde, hususiyet temelli testin terk edilmesi ve yapay zekayı kullanan, çalıştıran, kontrol eden kişilere eser sahipliği tanınması yönünde yeni bir düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş, genellikle Anglo-Sakson hukukunu benimseyen ülkelerde kabul edilen “*work made for hire*” doktrinine benzer bir temele dayandırılmaktadır. Nasıl ki, “*work made for hire*” doktrininin geçerli olduğu durumlarda eser sahipliği bizzat üretene değil, belirli bir sözleşme ilişkisi kapsamında eseri ürettiren kişiye bahşediliyorsa, üretken yapay zeka modelleri tarafından oluşturulan çıktılar bağlamında da, eser yapay zeka tarafından üretilse de, eser sahipliğinin onu kontrol edene tanınmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁵².

Gerçekten de son yıllardaki teknolojik ilerlemeyi göz ardı edebilmek, yeni gelişmeleri yok sayarak konuyu değerlendirebilmek mümkün değildir. Ne var ki, Türk fikri mülkiyet hukukunda kabul edilen temel prensiplerin değiştirilmesi yerine, hususiyetin üretken yapay zeka modelinin oluşturduğu çıktı bakımından söz konusu olan üretim sürecindeki insan katkısına odaklanarak yorumlanması, hukukumuzda mevcut düzenlemelerin içtihat ve öğreti yorumları yoluyla çağımızın koşullarına uygun şekilde uygulanması daha isabetli bir çözüm yolu olarak görülmektedir⁵³.

Görüldüğü üzere, üretken yapay zeka çıktıları bakımından fikri mülkiyet hukukunun en önemli kavramlarından biri olan hususiyet kavramının nasıl yorumlanacağı, bununla bağlantılı olarak çıktıların eser sayılıp sayılmayacağı ve hak sahibinin kim olacağı meseleleri oldukça tartışmalıdır. Bu noktada, konuya ilişkin olarak verilen güncel kararların belirsiz noktaları aydınlatma potansiyelinin olduğu düşünülmektedir.

⁵¹ Özkan, s. 233; Güçlütürk/ Cankat, s.215 vd.

⁵² Güçlütürk/ Cankat, s.215 vd. Ayrıca bkz. Zorlu, s. 349-352. Özkan, s. 233-235; “*Work made for hire*” doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. Trotter, Hardy, “The Copyright Doctrine of ‘Works Made for Hire’”, College of William & Mary Law School Faculty Publications, 1988, <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1237/> (Erişim Tarihi: 01.08.2025); John M. Garon/ Elaine D. Ziff, “The Work Made for Hire Doctrine Revisited: Startup and Technology Employees and the Use of Contracts in a Hiring Relationship”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Cilt: 12, Sayı:2, 2011, s. 489 vd.

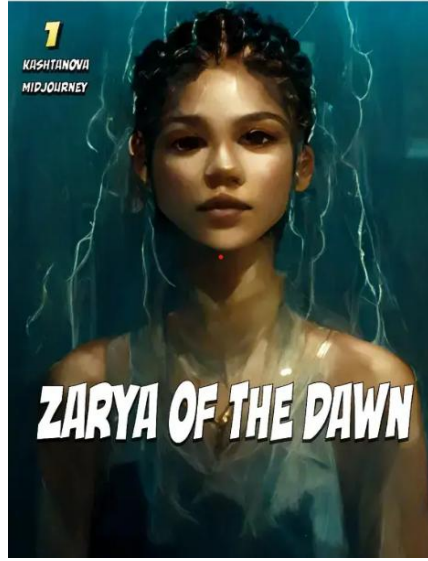
⁵³ Bu yönde bkz. Maman, s. 113.

2. Konuya İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

A. *Zarya of the Dawn* Kararı

a. Kararın Özeti

Üretken yapay zeka çıktılarının eser korumasına sahip olup olamayacağı ve bu çıktılara ilişkin hak sahipliği konusunda Amerika Birleşik Devletleri Telif Hakkı Ofisi'nin 21 Şubat 2023 tarihinde vermiş olduğu karar dikkat çekicidir. Karara konu olan eser, sanatçı Kristina Kashtanova'nın 18 sayfalık "*Zarya of the Dawn*" isimli çizgi romanıdır. Roman, hafızasını yitirmiş Zarya isimli ana karakterin, terk edilmiş New York şehrinde uyanmasıyla başlayan bir hikayeyi anlatmaktadır. Zarya, farklı dünyalara yolculuklar yaparak, kendi duygu ve düşüncelerini yönetebilmek, diğer canlılar ile bağ kurmak amacıyla zihinsel sağlığını güçlendirebilecek araçlar toplamaya çalışmaktadır⁵⁴. Çizgi romanın kapağı aşağıdaki gibidir:



⁵⁴ Erica, **Van Loon**, "U.S. Copyright Office Limits Registration for AI-Created *Zarya of the Dawn* Novel", Nixon Peabody, 09.03.2023, <https://www.nixonpeabody.com/insights/alerts/2023/03/09/us-copyright-office-limits-registration-for-ai-created-zarya-of-the-dawn-graphic-novel> (Erişim Tarihi: 06.08.2025); Natalia, **Butrym**, "'Zarya of the Dawn'- AI Generated Comic Book Got Only Part of Copyrights by the U.S. Copyright Office Decision, DeepImage, 07.03.2023, <https://deep-image.ai/blog/zarya-of-the-dawn-ai-generated-comic-book-got-only-part-of-copyrights-by-the-u-s-copyright-office-decision/> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).

⁵⁵ Görsele erişim için bkz. <https://aicomicrobooks.com/book/zarya-of-the-dawn-by-kristina-kashtanova-download-now/> (Erişim Tarihi: 11.08.2025).

Kashtanova, 15 Eylül 2022 tarihinde ABD Telif Hakkı Ofisi'ne çizgi romanı için telif hakkı tescili talebinde bulunmuştur⁵⁶. Başvuruda eserin herhangi bir bölümünün yapay zeka kullanılarak oluşturulduğuna dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Telif Hakkı Ofisi, başvuruyu aynı gün inceleyerek kabul etmiştir. Ne var ki, kısa bir süre sonra Kashtanova'nın sosyal medya üzerinden yapmış olduğu açıklamalardan çizgi romanın, metin istemlerine dayalı olarak görsel oluşturan Midjourney adlı üretken yapay zeka uygulaması kullanılarak üretildiği ortaya çıkmıştır⁵⁷.

Bu haberin yayılmasının üzerine, 28 Ekim 2022 tarihinde ABD Telif Hakkı Ofisi, Kashtanova'ya başvurusunun yapay zeka kullanımının açıklanmaması sebebiyle hatalı ya da en azından maddi açıdan eksik olduğunu, konuya ilişkin yazılı bir açıklama sunmaması halinde esere ilişkin tescilin iptal edileceğini bildirmiştir⁵⁸.

⁵⁶ Esasen ülkemizde olduğu gibi ABD'de telif hakkı tescili zorunlu değildir. Eserin meydana getirilmesi ile birlikte telif hakkı koruması otomatik olarak doğmaktadır. Ancak, telif haklarının tescili yasal süreçlerde hakkın korunması açısından avantaj sağladığı için ABD'de eser sahipleri tarafından yaygın şekilde tercih edilmektedir. Tescil, üçüncü kişilere eserin hak sahipliğine ilişkin yazılı bir kayıt sunması sebebiyle etkin bir koruma sağlanması açısından oldukça faydalı görülmektedir. Zamanında yapılan tescil, hak sahiplerine yargısal süreçlerde belirli türlerde maddi tazminat ve avukatlık ücretlerini talep etme imkanı tanımaktadır. Ayrıca tescil belgesinde yer alan bilgilerin doğru olduğu yönünde bir karine mevcuttur, dolayısıyla tescil bu yönüyle de tercih edilen bir işlem haline gelmektedir. ABD'de telif hakkı tescili hakkında detaylı bilgi için bkz. Jeanne C., **Fromer**/ Christopher Jon, **Sprigman**, Copyright Law Cases and Materials, 2024, s. 178 vd., <https://www.copyrightbook.org/> (Erişim Tarihi: 05.08.2025).

Ayrıca bkz. Copyright Alliance, "Why Register When Protection is Automatic", <https://copyrightalliance.org/faqs/why-register-copyright/> (Erişim Tarihi: 05.08.2025); U.S. Copyright Office, "What is Copyright?", <https://www.copyright.gov/what-is-copyright/#:~:text=Registering%20a%20work%20is%20not,rights%20of%20copyright%20through%20litigation.> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

⁵⁷ Midjourney adlı uygulama, San Francisco merkezli bağımsız bir araştırma laboratuvarı olarak faaliyet gösteren Midjourney şirketi tarafından geliştirilmiş ve 2022 yılının Temmuz ayında kullanıma sunulmuştur. O günden bu yana farklı sürümleri ile birlikte gelişimini sürdüren Midjourney'nin farklı sürümleri, farklı tarzlarda görseller üretmektedir. Midjourney uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.midjourney.com/home> (Erişim Tarihi: 06.08.2025). Ayrıca bkz. Barbara, **Pazur**, "What is Midjourney? Here's What You Need to Know About the AI Image Generator", CNet, 05.02.2025, <https://www.cnet.com/tech/services-and-software/what-is-midjourney-heres-what-you-need-to-know-about-the-ai-image-generator/> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).

⁵⁸ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.2-3, <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf> (Erişim Tarihi: 06.08.2025). Ayrıca bkz. Nitish, **Kashyap**, "Only Humans Can Claim Copyright; USCO's Decision in 'Zarya of the Dawn'", Mondaq, 08.01.2024, <https://www.mondaq.com/india/copyright/1408348/only-humans-can-claim-copy-right-usco-s-decision-in-zarya-of-the-dawn> (Erişim Tarihi: 05.08.2025); Richard, **Lawler**, "The US Copyright Office Says You Can't Copyright Midjourney AI-Generated Images", The Verge, 23.02.2025, <https://www.theverge.com/2023/2/22/23611278/midjourney-ai-copyright-office-kristina-kashtanova> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

Kashtanova, 21 Kasım 2022 tarihinde verdiği yanıtta, Midjourney'nin yalnızca yardımcı bir araç olarak kullanıldığı, *Zarya of the Dawn*'ın bir eser olarak korunmaya uygun olduğu, çizgi romanın tamamı bakımından eser sahibinin Kashtanova olduğu ifade edilmiştir. Bunun kabul edilmemesi ihtimalinde de, çizgi romanın metin kısımlarının Kashtanova tarafından kaleme alındığı, ayrıca metin ve görsellerin yaratıcı bir şekilde Kashtanova tarafından seçildiği, bir araya getirildiği ve düzenlendiği gözetilerek eserin bir derleme eser olarak korunabileceği, bu bakımdan eser sahibinin Kashtanova kabul edilebileceği öne sürülmüştür⁵⁹.

Yanıt yazısında ayrıca, çizgi romandaki her bir görselin kapsamlı bir yaratıcı süreçten geçtiği, bu süreç içerisinde Kashtanova'nın Midjourney'e görselleri üretmesine ilişkin talimatlar verdiği, ardından *Adobe Photoshop* gibi ek araçlardan faydalanarak Midjourney yardımıyla üretilen görselleri daha da geliştirdiği ifade edilmiştir⁶⁰.

Kashtanova'nın yanıtını değerlendiren ABD Telif Hakkı Ofisi, çizgi romanda Midjourney tarafından üretilen görsellerin orijinallik kriterini sağlamadığı, bu nedenle telif hakkı korumasından faydalanamayacağı kanaatine ulaşmıştır. Zira bir eserin orijinal kabul edilebilmesi için, iki şart aranmaktadır. Bunlardan ilki, eserin eser sahibi tarafından bağımsız şekilde oluşturulması, ikincisi ise, eserin yeterli düzeyde yaratıcılık içermesidir⁶¹.

Burada özellikle 1991 tarihli *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co* kararı kararına vurgu yapılmıştır⁶². Kısaca *Feist* kararı olarak anılan bu karar, ABD hukukunda eser sayılma bakımından aranan yaratıcılık düzeyine ilişkin temel prensipleri ortaya koymaktadır. Kararda ABD Yüksek Mahkemesi, eser koruması elde edebilmek için asgari düzeyde yaratıcılığın yeterli olduğunu ifade etmektedir. Karara konu olan alfabetik telefon rehberi düzenlenmesi örneğinde olduğu gibi, yaratıcı kıvılcımdan (*creative spark*) tamamen yoksun düzenlemeler, bu standardı sağlayamamaktadır. Ancak belirli bir yaratıcı kıvılcımın ürüne yansıdığı durumlarda, asgari seviyenin sağlandığı kabul edilmektedir. *Feist* kararı ile ortaya konulan standart "*Feist standardi*" olarak anılmaktadır⁶³. Asgari yaratıcılık düzeyi konusunda ABD Telif Hakkı Ofisi bu standarda atıfta bulunmuştur.

⁵⁹ **Kashyap**, s. 1 vd.

⁶⁰ **Van Noon**, s.1-2.

⁶¹ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* Kararı, 21.02.2023, s.3-4.

⁶² ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* Kararı, 21.02.2023, s.3.

⁶³ Karar metni için bkz. ABD Yüksek Mahkemesi, *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 27.03.1991, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (Erişim

Ofis ayrıca, ABD’de yargı kararlarıyla kabul edildiği üzere, telif hakları ile koruma altına alınan yaratıcılığın insan yaratıcılığı olduğuna dikkati çekmiştir. İnsan yaratımı olmayan eserler bakımından telif hakkı koruması söz konusu olmamaktadır. Eser sahibi kavramı da yalnızca insan yaratımlarını kapsayacak şekilde sınırlanmaktadır. İnsan dışı bir varlığın yaratım iddiasında bulunduğu durumlarda mahkemeler, bu ürünlerin telif hakkı ile korunamayacağına, eser sayılamayacağına karar vermektedir⁶⁴.

ABD Telif Hakkı Ofisi’ne göre Kashtanova, Midjourney tarafından üretilen çıktılar üzerinde yeterli derecede kontrol sahibi değildir. Midjourney’e metin komutları sağlayan kişi, modelin meydana getirdiği görselleri “şekillendiren akıl” ya da “yaratıcı zihin” (*master mind*) değildir. Modelin kullanıcısı görselleri gerçekten oluşturmamaktadır. Ofis, Midjourney’nin, Kashtanova’nın yönlendirdiği ve istediği görsel sonuca ulaşmak için kontrol ettiği bir araç olmadığını, aksine, görselleri öngörülemez bir sistem ile üreten bir teknoloji olduğunu ifade etmiştir. Bir difüzyon modeli ile çalışan Midjourney’nin görüntü oluşturma süreci bir gürültü ile başlamakta, süreç, kullanıcı komutlarına ve Midjourney’nin eğitim veritabanına bağlı biçimde iyileştirilmekte, böylelikle en sonunda bir görsel elde edilmektedir. Burada kullanıcının komutlarında yer alan bilgiler oluşturulan görseli etkileyebilmektedir, ancak komut, belirli ve kesin bir sonucu garanti etmemektedir. Bu bağlamda, kullanıcının Midjourney’e ne üretmesini söylediği ile modelin gerçekten ürettiği arasında ciddi bir fark bulunduğu dikkat çekilmiştir⁶⁵.

Photoshop programları gibi klasik anlamda yardımcı düzenleme araçlarının kullanımında sanatçılar hangi görsel materyali değiştireceklerini, hangi değişiklikleri uygulayacaklarını tek tek seçebilmekte, nihai görüntüyü ortaya çıkarabilmek için belirli adımları atabilmektedir. Bu süreç sanatçının kendi zihinsel tasarımının görünür forma bürünmesi ile sonuçlanmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan görsel, entelektüel bir çabanın ürünü olarak nitelendirilebilmekte, orijinal olma şartını sağlayabilmektedir. Ne var ki, Midjourney

Tarihi: 07.08.2025). Feist standardı hakkında detaylı bilgi için bkz. Daniel J., **Gervais**, “Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law”, 03.06.2005, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=733603 (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

⁶⁴ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.3-4.

⁶⁵ Bkz. Stephen, **Wolfson**, “Zarya of the Dawn: US Copyright Office Affirms Limits on Copyright of AI Outputs”, Creative Commons, 27.02.2023, s.3-4, <https://creativecommons.org/2023/02/27/zarya-of-the-dawn-us-copyright-office-affirms-limits-on-copyright-of-ai-outputs/> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

ile oluşturulan görseller bakımından durumun böyle olmadığı ifade edilmiştir. Midjourney kullanıcıları, ilk görsel ya da son görsel üzerinde buna benzer bir denetime sahip değildir. Dolayısıyla Midjourney ile üretilen çıktılar, kullanıcının entelektüel çabasının sonucu olarak değerlendirilememektedir. Ofise göre, bu durum sonucunda, orijinallik kriteri bakımından olumsuz bir neticeye ulaşılmaktadır. Yaratıcısı bir insan olmayan ürünlere, eser koruması bahsedilememektedir. Komutları sağlayan Kashtanova olsa da, modelin meydana getirdiği ürünün eser sahibinin yaratıcılığını ortaya koyduğu sonucuna ulaşamamıştır⁶⁶.

Ayrıca, Midjourney tarafından üretilen ve daha sonra Kashtanova tarafından *Adobe Photoshop* ile düzenlenerek nihai şekli verilen görsellerin de telif hakkı ile korunamayacağına hükmedilmiştir. Kashtanova cevap yazısında, romanda yer alan çeşitli görsellere atıfta bulunarak, bu görsellere ilişkin değişiklikleri kendisinin gerçekleştirdiğini ifade etmiştir⁶⁷. Aşağıda verilen örnekte söz konusu durum görülebilmektedir:



Burada ilk (soldaki) görsel, Kashtanova'nın komutları doğrultusunda Midjourney tarafından üretilen çıktıdır. İkinci görsel ile, Midjourney çıktısının Kashtanova tarafından *Adobe Photoshop* programı ile düzenlenmesinin sonucuna meydana getirilmiştir. Romanda bunun gibi başka görseller de bulunmaktadır. Kashtanova, bu tür görseller bakımından yeterli düzeyde yaratıcılığın sağlandığını iddia etmiştir. Ancak Telif Hakkı Ofisi, Kashtanova ile aynı kanıya ulaşmamıştır. Ofise göre, verilen örnekte olduğu şekilde, Zarya'nın üst dudağında yapılan değişiklikler gibi minör değişiklikler, telif

⁶⁶ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.8 vd.

⁶⁷ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.10-11.

⁶⁸ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.10.

hakkı koruması için gerekli olan yaratıcılık düzeyini sağlayamayacak kadar küçük ve fark edilmez seviyededir. Bu sebeple, Kashtanova tarafından yapılan değişikliklerin yeterli düzeyde orijinal yaratıcılık kriterini sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁹.

Buna karşılık, Kashtanova'nın fikri çabasını ve yaratıcılığını ortaya koyan kısımların eser koruması ile himaye görebileceğine karar verilmiştir. Bu bağlamda, Kashtanova tarafından kaleme alınan çizgi roman metninin eser sayılarak telif hakkı koruması ile himaye altına alınabileceği ve bu bakımdan Kashtanova'nın eser sahibi olabileceği belirtilmiştir. Zira Kashtanova romanın metin kısmını hiçbir araç ya da üretken yapay zeka modelinden faydalanmadan tamamen kendisi yazmıştır. Ofise göre bu kısım, tamamen insan ürünü olup, orijinallik bakımından aranan yeterli yaratıcılık kriterini fazlasıyla sağlamaktadır⁷⁰.

Benzer şekilde, Kashtanova'nın eserdeki görsellerin ve metinlerin seçimi ile oluşturduğu düzenlemenin “derleme” (*compilation*) olarak eser korumasından faydalanabileceği sonucuna ulaşılmıştır⁷¹. Zira Kashtanova, romanın içindeki hikayeyi oluşturabilmek için görselleri seçtiğini, geliştirdiğini, kırpıdığını, konumlandığını, çerçevelediğini ve düzenlediğini ifade etmiştir. Ofis görsellerin Zarya'nın hikayesini yansıtacak şekilde seçimi, koordinasyonu ve düzenlemesinin tamamen Kashtanova tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle, insan yaratıcılığını ortaya koyduğu görüşündedir. Ofise göre, görseller ve metnin her

⁶⁹ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.10 vd.

⁷⁰ ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, s.4.

⁷¹ Derlemeler (*compilations*) ABD Telif Hakkı Yasası'nın 101. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, önceden var olan materyal ya da verilerin, ortaya çıkan bütünün özgün bir fikri ürün oluşturacak şekilde seçilip bir araya getirilmesiyle meydana gelen eserler, derleme olarak korunmaktadır. Bu tanım, derlemeyi oluşturan münferit içeriklerden bağımsız şekilde, derlemeye bir bütün olarak ayrı bir telif hakkı koruması sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, derlemeyi oluşturan kişi, derlemenin içeriğinde yer alan her bir ögenin telif hakkına sahip olmasa da, bu ögelerin seçimi, düzenlenişi ve sunumuyla ortaya çıkan bütünü üzerinde telif hakkına sahiptir. Konuya ilişkin olarak bkz. Cornell Law School, Legal Information Institute, “Compilation”, <https://www.law.cornell.edu/wex/compilation> (Erişim Tarihi: 28.10.2025). ABD Telif Hakkı Yasası'nın 101. maddesinde yer verilen tanım dikkate alındığında, ABD hukukunda kabul edilen “derleme” (*compilation*) kavramının Türk hukukunda kabul edilen “derleme” kavramı ile örtüştüğü anlaşılmaktadır. Bizim hukukumuzda derleme, FSEK m. 1/B hükmünün (d) bendinde tanımlandığı üzere, “Özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri” ifade etmektedir. Gerek ABD hukukunda gerekse de Türk hukukunda derlemeye tanınan koruma içerikteki münferit eserlerden bağımsız bir korumadır. Bu içeriklerin seçiminden ve düzenlenişinden doğan bütüne ayrı bir koruma bahşedilmektedir. Öte yandan her iki hukuk sisteminde de koruma için belirli bir yaratıcılık eşiği aranmaktadır. Türk hukukunda “derleme” kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 135 vd.; **Ateş**, s. 293 vd.

bir sayfadaki yerleşimi ve düzeni bakımından yaratıcı tercihler yapılmıştır. Böylelikle görsel ve metinlerden oluşan bu derlemenin, orijinallik bakımından aranan yeterli düzeyde yaratıcılık şartını sağladığı, söz konusu derleme bakımından da eser sahibinin Kashtanova olacağı kabul edilmiştir⁷².

Sonuç olarak ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* adlı çizgi roman için verilen tescil belgesinin hatalı ve eksik bilgilere dayanılarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Kashtanova'nın Ofisin talebi üzerine daha sonradan sağlamış olduğu bilgilerin tescil başvurusu sırasında mevcut olması halinde, Ofisin üretken yapay zeka modeli ile üretilen materyallerin tescilin kapsamı dışında bırakılacağı belirtilmiştir. Başvuru sahibi tarafından sağlanan yeni bilgiler ışığında, önceki tescilin iptal edilmesine ve Kashtanova'nın orijinal yaratımlarını kapsayan kısımlar için yeni bir tescil belgesi düzenlenmesine karar verilmiştir. Verilecek olan yeni tescil belgesinin, çizgi romanın metni ve metin ile görsellerin seçimi, koordinasyonu ve düzenlenmesine ilişkin derlemesini kapsayacağı, böylelikle eserin yeniden tescil edileceği ifade edilmiştir. Yeni tescil belgesinde açıkça yapay zeka tarafından üretilen kısımların hariç tutulduğuna dair bir ifadeye yer verileceğine hükmedilmiştir⁷³.

b. Kararın Değerlendirilmesi

Ana hatları ile, ABD Telif Hakkı Ofisi tarafından verilen 2023 tarihli bu karar, üretken yapay zeka çıktılarının eser niteliği kazanabilmesi açısından insanın yaratıcı kontrolü ve somut müdahale şartlarını vurgulamakta, bu doğrultuda bazı temel prensipler ortaya koymaktadır. Kararda, orijinallik bakımından aranan yeterli düzeyde yaratıcılığın, insan yaratıcılığı olarak değerlendirileceği, üretken yapay zeka modeli ile oluşturulan çıktıların insan üretimi olmaması nedeniyle yeterli düzeyde yaratıcılık kriterini sağlamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* kararında, komutların insanlar tarafından verilmesini, insan yaratıcılığının çıktıya aksettirilmesi bakımından yeterli görmemiştir⁷⁴. Zira, kullanıcıların verdiği komutlar ile ortaya çıkan görseller arasında çok fazla “mesafe”nin mevcut olduğu ifade edilmiştir⁷⁵.

⁷² ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* Kararı, 21.02.2023, s.5.

⁷³ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* Kararı, 21.02.2023, s.12.

⁷⁴ Lawler, s. 4; Wolfson, s.4-5; Van Noon, s.1-2.

⁷⁵ Tony, Analla, “Zarya of the Dawn: How AI is Changing the Landscape of Copyright Protection”, Harvard Journal of Law & Technology, 06.03.2023, s.3, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/zarya-of-the-dawn-how-ai-is-changing-the-landscape-of-copyright-protection> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

Keza, model tarafından üretilen çıktının daha sonra insanlar tarafından *Adobe Photoshop* gibi çeşitli düzenleme araçları kullanılarak düzenlenmesinin de tek başına yeterli yaratıcılık düzeyini sağlamayacağı kabul edilmiştir. Ofise göre basit renk değişikliği, kırpma, hata düzeltme gibi küçük değişiklikler eser sayılma bakımından yeterli değildir, telif hakkı korumasının sağlanabilmesi için yapay zeka çıktısı üzerindeki rötuşların yaratıcı ve etkili tercihler ortaya koyması gerekmektedir⁷⁶. Bununla birlikte, yapay zeka çıktıları ile metinlerin bir araya getirilmesi ve düzenlenmesi ile meydana getirilen ürünlerin derleme eser olarak nitelendirilebileceği ve telif hakkı ile korunabileceği kabul edilmiştir⁷⁷.

Zarya of the Dawn kararı her ne kadar belirli prensipler ortaya koyarak bir yol haritası belirlenmesine katkı sağlamış ise de, bazı noktalarda soru işaretlerine sebebiyet vermiştir. İnsan katkısı ve kontrolü merkez alınarak yaratıcılık bakımından değerlendirme yapılması ve orijinallik konusundaki kararın bu inceleme doğrultusunda verilmesi kanımızca yerinde bir yaklaşımdır. Ne var ki, karar, bir insan kullanıcının üretken yapay zeka üzerinde hangi düzeyde kontrol sahibi olması halinde ortaya çıkan ürünlerin eser sayılabileceği noktasında uygulanabilecek açık bir test ya da kriter sunmamaktadır⁷⁸.

Öte yandan, kanımızca kullanıcı komutlarının ortaya çıkan nihai çıktı üzerindeki etkisinin kesin olarak reddedilmesi isabetli değildir. Zira kullanıcı komutları, çoğu zaman, özgün sözcük seçimi ve sıralamasını beraberinde getirmektedir. Ayrıca komutlar, özellikle de sanat eseri üretimi için kullanılan üretken modeller bağlamında, kullanıcının yaratıcı ruhundan kaynaklanan talimatları içerebilmektedir. Her ne kadar komutlar ortaya çıkan sonucu birebir dikte edememekte ise de, eser sahibinin yaratıcılığını ve sanatsal tercihlerini belli ölçüde çıktıya aksettirebilmektedir. Nitekim kararda atıfta bulunulan *Feist* standardı da, çok yüksek bir yaratıcılık gerektirmemekte, üründe asgari düzeyde yeterli görülebilecek bir yaratıcılığın aranmasını gerekli kılmaktadır. Komutlar sayesinde nihai ürüne yansıyan yaratıcılığın, somut olayın özelliklerine göre, bu standardı sağlayacak düzeye ulaşabilme-

⁷⁶ Lawler, s. 5.

⁷⁷ Lawler, s. 3 vd.

⁷⁸ Analla, s.4; Lawler, s. 3 vd.; Tony, Analla, “Zarya of the Dawn: How AI is Changing the Landscape of Copyright Protection”, Harvard Journal of Law & Technology, 06.03.2023, s.3, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/zarya-of-the-dawn-how-ai-is-changing-the-landscape-of-copyright-protection> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

si mümkündür. Söz konusu hususun göz ardı edilmesi yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilememektedir⁷⁹.

B. *Théâtre D'opéra Spatial* Kararı

a. Kararın Özeti

ABD Telif Hakkı Ofisi'nin *Zarya of the Dawn* kararında ortaya koyduğu prensipleri büyük ölçüde izlediği *Théâtre D'opéra Spatial* kararına konu olan olayda, yapay zeka ile sanat üretimi alanında çalışan Jason M. Allen, 21 Eylül 2022 tarihinde, yani Kashtanova'nın *Zarya of the Dawn* başvurusundan altı gün sonra, kendini eser sahibi olarak belirttiği bir görselin telif hakkı tescili için talepte bulunmuştur. Tescil talep edilen "*Théâtre D'opéra Spatial*" (Uzay Operası Tiyatrosu) isimli görsel aşağıdaki gibidir:



Başvuruda, görselin Midjourney kullanılarak üretildiği belirtilmemiş ise de, ABD Telif Hakkı Ofisi yapay zeka kullanımından haberdar olmuştur. Zira, görsel 2022 yılı Colorado Eyalet Fuarı'nda güzel sanatlar yarışmasını kazanan ilk yapay zeka üretimi olarak ülke çapında ilgi çekmiştir. Bu neden-

⁷⁹ Bu yönde bkz. Yelena, **Ambartsumian**/ Maria T., **Cannon**, "Why the Obsession with Human Creativity? A Comparative Analysis on Copyright Registration of AI-Generated Works?", Harvard Art Law Organization, 21.02.2025, https://orgs.law.harvard.edu/halo/2025/02/21/why-the-obsession-with-human-creativity-a-comparative-analysis-on-copyright-registration-of-ai-generated-works/?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

⁸⁰ Bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial* Kararı, 05.09.2023, s.1, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2025).

le ABD Telif Hakkı Ofisi, Allan'dan Midjourney kullanımı hakkında ek bilgi talep etmiştir. Allan ise buna yanıt olarak, görselin ilk versiyonuna ulaşmak amacıyla en az 624 komut ve revizyon girişi yaptığını belirtmiştir. Ayrıca Midjourney ile ilk versiyon oluşturulduktan sonra, görseldeki hataları gidermek ve yeni görsel unsurlar eklemek için *Adobe Photoshop* kullanıldığını, görselin çözünürlüğünü arttırmak ve boyutunu büyütmek için ise Giga-pixel AI adlı yapay zeka aracından destek alındığını ifade etmiştir. Ne var ki, ABD Telif Hakkı Ofisi, Midjourney ve Gigapixel AI adlı yapay zeka araçları kullanılarak üretilen bölümlerin tescilini reddetmiştir. Bununla birlikte Ofis, Allan'ın bireysel olarak yaratıcı katkıda bulunduğu kısımlarla ilgili olarak tescilin gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Ne var ki, Allan başvuruyu tüm eserin kendi adına tescili talebiyle sunduğu ve yapay zeka ile oluşturulan kısımları başvuru kapsamının dışında tutmayı reddettiği için, başvurunun tümüyle reddine karar verilmesi gerekmiştir⁸¹.

Allan bunun üzerine iki defa yeniden değerlendirme talebinde bulunmuştur. 24 Ocak 2023 tarihli ilk yeniden değerlendirme talebinde Allan, insan yaratımı olma koşulunun yanlış uygulandığını ileri sürmüştür. 6 Haziran 2023 tarihli ilk yeniden değerlendirme çerçevesinde Ofis iddiaları yeniden incelemiş ise de, sonuç olarak başvurunun yalnızca insan yaratımı olan kısımlarla sınırlandırılması koşulu ile kabul edilebileceğini belirtmiştir⁸².

12 Temmuz 2023 tarihinde ikinci yeniden değerlendirme talebinde bulunan Allan bu kez bazı ek gerekçeler sunmuştur. Bu bağlamda, Midjourney'e iletilen komutları telif hakkına konu olabilecek düzeyde yaratıcı katkı sunduğu belirtilmiştir. Allan, ayrıca ABD'de kabul edilen "adil kullanım doktrini"nin (*fair use doctrine*) dönüştürücü nitelikli kullanımlara olanak tanınması sebebiyle eserin tesciline izin verilmesi gerektiğini savunmuştur. Allan'a göre, üretken yapay zeka ile oluşturulan kısımlar, bir altyapı çalışması olup ham materyal oluşturulmasına yöneliktir. Allan bu ham materyali alıp sanatsal katkılarıyla bir esere dönüştürdüğünü iddia etmiştir⁸³. Öte yandan Allan ABD Telif Hakkı Ofisi'nin başvurularda kullanılan her bir yapay zeka aracının ve o araçla oluşturulan kısmın yüzdesinin belirtilmesini iste-

⁸¹ ABD Telif Hakkı Ofisi, Théâtre D'opéra Spatial Kararı, 05.09.2023, s.2 vd. Ayrıca bkz. Anna Maria, **Stein**, "US Copyright Office and AI: Notice of Inquiry and the Théâtre D'opéra Spatial Case", IPKat, 27.09.2023, <https://ipkitten.blogspot.com/2023/09/us-copyright-office-and-ai-notice-of.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2025).

⁸² **Stein**, s. 1 vd.

⁸³ ABD Telif Hakkı Ofisi, Théâtre D'opéra Spatial Kararı, 05.09.2023, s.2 vd.; **Stein**, s. 2.

mesini eleştirmiş, bu tür taleplerin yapay zeka ile içerik üretenler bakımından ağır bir yük oluşturacağını ifade etmiştir⁸⁴

Ne var ki, ABD Telif Hakkı Ofisi 5 Eylül 2023 tarihli ikinci yeniden değerlendirmesinde de Allan'ın tescil istemini reddetmiştir. Kararda, telif hakkı sisteminin temel taşı insan yaratımlarının oluşturduğu, insan eliyle yaratılmayan içeriklerin eser sayılmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Ofis, başvuru konusu içerikteki yapay zeka üretimi olan kısımların önemsiz (*de minimis*) düzeyde kalması, insan yaratımı kısımların ağır basması halinde tescilin mümkün olabileceğini ortaya koymuştur. Ne var ki, Ofis'e göre, *Théâtre D'opéra Spatial* önemsiz (*de minimis*) seviyeyi aşan düzeyde yapay zeka üretimi içerik barındırmaktadır. Ofis önemsiz seviyeyi aşan düzeydeki yapay zeka kullanımlarının başvuruda açıkça beyan edilmesi ve tescil talebinin kapsamının dışı tutulması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁵.

Her ne kadar üretken yapay zeka modeline verilen komutların yaratıcı unsurlar içerebilmesi mümkün ise de, Midjourney'e metin komutları girmenin, bu komutların sayısı 624 olsa dahi, doğrudan görselleri oluşturan bir eylem olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁸⁶. Midjourney'nin iletilen komutları belirli bir çıktıyı oluşturmak üzere verilen kesin talimatlar olarak yorumlamadığı, zira yapay zeka modellerinin dilbilgisi, cümle yapısı veya kelimeleri anlamadığı, modelin nasıl bir çıktı üreteceğinin büyük ölçüde eğitim verilerine ve algoritmanın yorumuna bağlı olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle de genellikle istenen türde bir çıktı elde etmek için yüzlerce kez deneme yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir⁸⁷.

Ofis'e göre, kullanıcının yalnızca bir metin komutu girmesi ve sonuç olarak görsel, yazı veya müzik gibi kompleks bir içeriğin yapay zeka tarafından oluşturulması, bu ürünün yaratıcısının insan değil, teknoloji olduğu anlamına gelmektedir. Bu şekilde, yaratıcılık unsurlarının yapay zekadan kaynaklandığı içeriklerin telif hakkı ile korunamayacağı belirtilmiştir. Böylelikle insan yaratımı olarak değerlendirilemeyen Midjourney üretimi olan kısımların eser sayılamayacağı ortaya konulmuştur⁸⁸.

⁸⁴ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial*Kararı, 05.09.2023, s.3.

⁸⁵ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial*Kararı, 05.09.2023, s.6-7.

⁸⁶ **Stein**, s. 2.

⁸⁷ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial*Kararı, 05.09.2023, s.6.

⁸⁸ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial*Kararı, 05.09.2023, s.6 vd.

Öte yandan, Gigapixel AI adlı yapay zeka aracının görüntü çözünürlüğünü arttırmak için kullanıldığı, Allan'ın bu araca ilişkin kullanımının görsele yeni ve özgün unsurlar getirmediği belirtilmiştir. Değinilen gerekçeyle, Gigapixel AI adlı aracın kullanımına ilişkin faaliyetin Allan'a eser sahipliği sıfatını kazandırabilecek bir faaliyet olmadığı ifade edilmiştir⁸⁹.

Adobe Photoshop kullanımı ile oluşturulan kısımların ise, yaratıcı insan katkısı içermesi söz konusu olabileceği için yeni bir telif hakkı başvurusuna konu olabileceği belirtilmiştir. Ofis'e göre bu araç ile yapılan düzenlemelerin asgari yaratıcılık seviyesini sağlayabilme potansiyeli bulunmaktadır. Ne var ki Ofis, yeniden değerlendirme kararında, *Adobe Photoshop* ile yapılan düzenlemelerin eser sahipliği tanıyabilecek bir faaliyet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususunda, başvuruda yeterli bilgi sunulmaması sebebiyle, kesin bir karar vermemiştir⁹⁰.

Diğer taraftan, adil kullanım argümanı bağlamında Ofis, adil kullanım doktrininin eser sayılma ile ilgili olmadığını, bunun yerine telif hakkıyla korunan eserlerin izinsiz kullanımına izin veren bir doktrin olduğunu belirterek, söz konusu argümanı reddetmiştir. Öte yandan, başvuruçuların kullanılan her yapay zeka aracını ve kullanım yüzdesini belirtmesini gerekli kılan taleplerin ağır bir külfet getireceği konusundaki iddiaya karşılık olarak Ofis, başvuruçulardan bu kadar ayrıntılı bir açıklama talep edilmediğini, yalnızca yapay zeka kullanımının kısaca belirtilmesinin istendiğini ifade etmiştir⁹¹. Değinilen gerekçeler çerçevesinde Ofis'in ikinci yeniden değerlendirme kararı da Allan'ın aleyhine sonuçlanmıştır.

Allan, ABD Telif Hakkı Ofisi'nin kararını, 26 Eylül 2024 tarihinde Colorado Federal Mahkemesi nezdinde yargı yoluna taşımıştır. Açılan davada *Théâtre D'opéra Spatial* adlı eserin kısmen yapay zeka ile üretilse de tamamen algoritmanın ürünü olmadığını, aksine kendi yaratıcı sürecinin bir sonucu olduğunu ileri sürerek görselin telif hakkı ile koruma altına alınmasını talep etmiştir. Dava henüz sonuçlanmamıştır⁹².

⁸⁹ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial* Kararı, 05.09.2023, s.5 vd.

⁹⁰ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial* Kararı, 05.09.2023, s.2, s. 5 vd.

⁹¹ ABD Telif Hakkı Ofisi, *Théâtre D'opéra Spatial* Kararı, 05.09.2023, s.8.

⁹² Vincent, **Fauchoux**/ Lou, **Dutheil**, "Artificial Intelligence (AI)

b. Kararın Değerlendirilmesi

ABD Telif Hakkı Ofisi'nin *Théâtre D'opéra Spatial* kararı ile *Zarya of the Dawn* kararında ortaya koyduğu bazı prensipleri pekiştirdiği görülmektedir. Ofis *Théâtre D'opéra Spatial* kararında da, yapay zeka ile oluşturulan içeriklerin insan yaratımı olmaması nedeniyle eser sayılamayacağına ve tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu kararda da, kullanıcıların yapay zekaya komut girmesi asgari yaratıcılık düzeyini sağlayan ve kullanıcıya eser sahipliği sıfatını bahşeden bir faaliyet olarak görülmemiştir. Zira ortaya çıkan sonucun kullanıcı açısından öngörülemez olduğu, esas olarak yaratıcı unsurları yapay zekanın belirlediği belirtilmiştir.

Her iki kararda da insanın yaratıcı kontrolünün olduğu kısımlar bakımından tescilin kabul edilebileceği belirtilmiş ise de, *Zarya of the Dawn* kararında olduğu gibi *Théâtre D'opéra Spatial* kararında da bu kontrolü somutlaştıran nesnel ölçütlerin sunulmadığı görülmektedir. Söz konusu husus önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, *Théâtre D'opéra Spatial* kararında, önemsiz (*de minimis*) düzeyi aşan yapay zeka kullanımlarının tescile engel teşkil ettiği ve başvuruda açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buradan hareketle Ofis'in, önemsiz (*de minimis*) düzeyi aşmayan yapay zeka kullanımlarını tescil engeli saymadığı ve başvuruda açıkça belirtilmesini gerekli görmediği anlaşılmaktadır. Önemsiz (*de minimis*) düzeyde yapay zeka kullanımına ilişkin bir kavram ilk defa bu karar ile ortaya konulmuştur. Karar bu yönüyle yeni bir eşik getirmiştir. Burada yapay zeka kullanımı konusunda *Zarya of the Dawn* kararına kıyasen bir nebze de olsa daha esnek bir yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır.

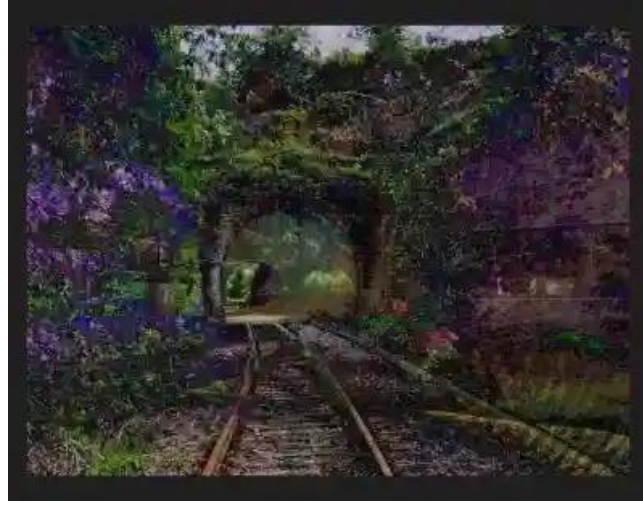
Öte yandan, ABD Telif Hakkı Ofisi, *Zarya of the Dawn* kararında *Adobe Photoshop* ile yapılan değişikliklerin küçük rötuşlar seviyesinde kalması sebebiyle insan yaratıcılığını ortaya koymadığını ifade etmiştir. Buna karşılık *Théâtre D'opéra Spatial* kararında, *Adobe Photoshop* ile yapılan değişikliklerin telif hakkı koruması için gereken asgari yaratıcılık seviyesini karşılayabilme potansiyelinin olduğu belirtilmiştir. Kararın bu yönüyle de nispeten daha esnek bir tutum ortaya koyduğu görülmektedir.

Théâtre D'opéra Spatial kararı üretken yapay zeka çıktıları bakımından ABD Telif Hakkı Ofisi'nin temel duruşunu değiştirmede ve önceki kararında ortaya koyduğu esasları büyük ölçüde tekrar ettiği bir karardır. Ancak kararın çeşitli yönlerden daha esnek bakış açıları ihtiva etmesi, kanımızca, yapay zeka kullanımına daha olumlu bakılabileceği bir istikamete işaret etmiştir.

C. Thaler v. Perlmutter Davası

a. Kararın Özeti

Davaya konu olan olay, Dr. Stephen Thaler isimli bilim insanının 3 Kasım 2018 tarihinde “*A Recent Entrance to Paradise*” (Cennete Yeni Giriş) adlı görsel sanat çalışması için eser tescili ve telif hakkı koruması talep etmesiyle başlamıştır⁹³. Tamamen bir üretken yapay zeka modeli ile üretildiği ifade edilen görsel aşağıdaki gibidir:



Thaler bu çalışmayı kendi üretken yapay zeka modeli olan “*Creative Machine*” ile ürettiğini ifade etmiş, görselin insan müdahalesi olmaksızın tamamen yapay zeka tarafından oluşturulduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle başvurusunda eser sahibi olarak *Creative Machine* adlı modeli göstermiştir. Thaler’in ABD Telif Hakkı Ofisine yapmış olduğu bu tescil başvurusu olumsuz sonuçlanmıştır. Ret kararının gerekçesinde Ofis, fikri mülkiyet hukukunun uzun yıllardan beri insan eser sahipliğini şart koştuğunu ifade

⁹³ Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, Dava Dilekçesi, 02.06.2022, para. 3 vd., <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.243956/gov.uscourts.dcd.243956.1.0.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2025). Ayrıca bkz. Kirk A., **Damman**/ Benjamin J., **Siders**/ Miranda R., **Nolan**, “D.C. Circuit Affirms Human Authorship Requirement for Copyright Protection”, Lewis Rice LLC, 21.03.2025, https://www.lewisrice.com/publications/d-c-circuit-affirms-human-authorship-requirement-for-copyright-protection/?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 11.08.2025); Atreya, **Mathur**, “Case Review: Thaler v. Perlmutter”, Center for Art Law, 11.12.2023, s.1-2, <https://itsartlaw.org/art-law/case-summary-and-review-thaler-v-perlmutter/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

⁹⁴ Bkz. Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, Dava Dilekçesi, 02.06.2022, para. 15.

etmiş, insan üretimi olmayan bir ürünün eser koruması ile himaye göremeyeceğini belirtmiştir⁹⁵.

Thaler, 23 Eylül 2019 ve 27 Mayıs 2020 tarihlerinde iki ayrı yeniden değerlendirme talebi iletmış ise de, her iki talep de eserin yaratıcısının bir insan olmaması ve telif hakları alanında kabul edilen yüzyıllık içtihadattan vazgeçmeyi gerektiren bir durumun bulunmaması sebebiyle reddedilmiştir⁹⁶.

Thaler ABD Telif Hakkı Ofisi'nin kararına Columbia Bölge Mahkemesi (*United States Court of Appeals for the District of Columbia*) nezdinde itiraz etmiştir. Açılan davada davalı olarak ABD Telif Hakkı Ofisi Direktörü Shira Perlmutter gösterilmiştir. Dava dilekçesinde, orijinallik şartı bakımından aranan düzeyin düşük olduğu, orijinalliğin eserin yaratıcısı tarafından başka eserlerden kopyalama yapılmaksızın bağımsız şekilde üretilmesi ve en azından asgari ölçüde bir yaratıcılığı içermesi anlamına geldiği belirtilmiş, tablonun bu şartları sağladığı ileri sürülmüştür⁹⁷.

Öte yandan Thaler, ABD Telif Hakkı Yasası'nın 102.maddesinde açıkça "insan üretimi" olma şartının metin içerisinde yer almadığını, yasanın eser sahipliğini gerçek kişilerle sınırlamadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte, ABD Telif Hakkı Ofisi'nin kararına dayanak olarak gösterdiği kararların 19.yüzyıla ait olduğunu ve yapay zeka hiç düşünülmeden verildiğini, Ofis'in atıf yaptığı davalarda yer verilen insan merkezli ifadelerin yapay zekanın eser sahibi olmasına dair genel bir yasak getirmediğini, tam tersine fikri mülkiyet hukuku alanında teknolojik gelişmelere uyumlu yorum yapma geleneğinin bulunduğunu belirtmiştir⁹⁸.

Ne var ki, yargılamada Columbia Bölge Mahkemesi, telif hakkı yasasının yalnızca insan üretimlerini eser olarak koruduğunu, insan katkısı olmaksızın tamamen yapay zekanın ürettiği çıktıların telif hakkı korumasına elverişli olmadığını ifade etmiştir. Her ne kadar yasa açıkça "insan üretimi" ifadesine yer vermemekte ise de, yasa hükümleri çerçevesinde bir eserin ancak bir insan tarafından üretilmesi halinde korunabileceği belirtilmiştir. Zira,

⁹⁵ Damman/ Siders/ Nolan, s.1; Mathur, s.2.

⁹⁶ Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, Dava Dilekçesi, 02.06.2022, para. 20-22.

⁹⁷ Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, Dava Dilekçesi, 02.06.2022, para. 30-32. Ayrıca bkz. Carolina, Citterio, "Thaler v. Perlmutter: The Latest in a Series of Copyright Denials for AI Art", Trevisan & Cuonzo, 12.05.2025, <https://www.ipinitalia.com/copyright/thaler-v-perlmutter-the-latest-in-a-series-of-copyright-denials-for-ai-art/> (Erişim Tarihi: 14.08.2025).

⁹⁸ Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, Dava Dilekçesi, 02.06.2022, para. 33-44.

ABD Telif Hakkı Yasası'nın 102.maddesi, eser sahibinin fikri, yaratıcı veya sanatsal emek kapasitesine sahip bir kişi olmasını gerektirmektedir ve bu kişinin ancak bir insan olabilmesi mümkündür. Öte yandan ABD Anayasası, telif hakkı yasalarının eser sahiplerinin kendi yaratımlarına özel haklarını sınırlı bir süre ile güvence altına alarak faydalı sanatların ilerlemesini teşvik etmeye yönelik olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, telif hakkı yasaları bireyleri yaratmaya teşvik etme amacını taşımaktadır. İnsan olmayan aktörlerin münhasır yetkiler ile teşvik edilme ihtiyacının olmadığı ifade edilmiştir. Mahkemeye göre, üretim için kullanılan teknolojiler zaman içerisinde değişmekte ve gelişmekte ise de, fikri mülkiyet hukuku koruması bakımından her zaman en önemli ve temel olan unsur insan yaratıcılığıdır. Mahkeme tarafından belirtildiği üzere bu koşul, yüzyıllardır süregelen yerleşik bir anlayışa dayanmaktadır, yargı mercileri telif hakkı yasasını yorumlarken eserin insan üretimi olmasına ilişkin gerekliliği sürekli olarak yinelemekte, insan müdahalesi olmaksızın oluşturulan ürünlere telif hakkı koruması tanımayı istikrarlı bir biçimde reddetmektedir⁹⁹.

Her ne kadar yargılama sürecinde Thaler, daha sonradan, yapay zekayı kendisinin yönlendirdiğine, bu şekilde insan katkısının da söz konusu olduğuna ve böylelikle ürünün eser statüsünde korunabileceğine dair iddialar ileri sürmüş ise de, değinilen iddialar başvuru dosyasındaki resmi kayıtlarla çeliştiği için mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Sonuç olarak, Columbia Bölge Mahkemesi 18 Ağustos 2023 tarihli kararı ile, Telif Hakkı Ofisi'ni haklı bularak davayı reddetmiştir¹⁰⁰.

Değinilen karar, Thaler tarafından temyiz edilmiştir. Columbia Temyiz Mahkemesi (*United States Court of Appeals for the District of Columbia*) 18 Mart 2025 tarihinde vermiş olduğu kararında, *Creativity Machine* adlı yapay zekanın *A Recent Entrance to Paradise* adlı tablonun eser sahibi olarak tanınamayacağını, çünkü yasanın eserlerin insan yaratımı olmasını gerektirdiği-

⁹⁹ Karar metni için bkz. ABD Columbia Bölge Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, 18.08.2023, https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.243956/gov.uscourts.dcd.243956.24.0_2.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2025). Ayrıca bkz. WIPO, United States District Court for the District of Columbia [2023]: Thaler v. Perlmutter, No. 22-CV-384-1564-BAH Case Summary, https://www.wipo.int/wipolex/en/text/588769?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 11.08.2025); David, **Grossman**/ Keane, **Barger**, "Thaler v. Perlmutter", Loeb& Loeb, 18.08.2023, s.1-2, <https://www.loeb.com/en/insights/publications/2023/08/thaler-v-perlmutter> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

¹⁰⁰ WIPO, United States District Court for the District of Columbia [2023]: Thaler v. Perlmutter, No. 22-CV-384-1564-BAH Case Summary, s. 1 vd.

ni ifade etmiştir¹⁰¹. Zira telif hakkı, eserin yaratımıyla birlikte otomatik olarak eser sahibine ait olmaktadır. Bu da, eser sahibinin mülkiyet sahibi olma yetisine sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir. Ancak yapay zekanın, yani bir makinenin mülkiyet sahibi olabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bir makinenin eser sahibi olabilmesinin de mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁰².

Öte yandan ABD Telif Hakkı Yasası, telif hakkının süresini, eser sahibinin yaşam süresi ekseninde şekillendirmektedir. Yasa'nın 302.maddesinin (a) bendine göre, telif hakkı genel itibariyle, eser sahibinin yaşam süresi ve ölümünü izleyen 70 yıllık süre boyunca geçerlidir. Ancak makinelerin yaşaması ve ölmesi söz konusu değildir, varlık süreleri insan yaşamı gibi ölçülmemektedir. Dolayısıyla telif hakkının süresine ilişkin düzenlemelerin makinelere uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu da, yapay zekanın eser sahibi olamayacağını gösteren bir başka önemli gerekçe olarak kabul edilmektedir¹⁰³.

Ayrıca, ABD Telif Hakkı Yasası'nın miras hükümlerine ilişkin 203. maddesinin (a) (2) (A) bendi, eser sahibinin ölümü halinde onun eseri üzerindeki tasarruf hakkını dul eşi ya da hayatta kalan çocuk veya torunları tarafından devralınabileceğini düzenlemektedir. Yapay zekanın ise bir dul eşinin ya da hayatta kalan çocuklarının olması imkan dahilinde değildir¹⁰⁴.

Ek olarak, telif hakkı devri için yasa hak sahibinin imzasını zorunlu tutmaktadır. ABD Telif Hakkı Yasası'nın 204.maddesinin (a) bendi uyarınca, telif hakkının devri için hakkı devreden belge hak sahibi tarafından imza-

¹⁰¹ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 2, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/23-5233/23-5233-2025-03-18.pdf?ts=1742313701> (Erişim Tarihi: 11.08.2025).

¹⁰² ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 11. Ayrıca bkz. Stuart D., **Levi/ Jordan, Feirman/ Mana, Ghaemmaghani/ MacKinzie M., Neal**, "Appellate Court Affirms Human Authorship Requirement for Copyrighting AI-Generated Works", Skadden, 21.03.2025, s.2, https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2025/03/appellate_court_affirms_human_authorship_requirement_for_copyrighting_ai-generated_works.pdf?rev=7e0c1765b52c45b8bb358fa16fea8caa (Erişim Tarihi: 14.08.2025).

¹⁰³ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 10-11. Ayrıca bkz. **Levi/ Feirman/ Ghaemmaghani/ Neal**, s.2; Matt, **Blaszczuk**, "Thaler v. Perlmutter: Human Authors at the Center of Copyright?", Kluwer Copyright Blog, 08.04.2025, s.2-3, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/copyright-blog/thaler-v-perlmutter-human-authors-at-the-center-of-copyright/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

¹⁰⁴ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 11. Ayrıca bkz. **Levi/ Feirman/ Ghaemmaghani/ Neal**, s.2; **Blaszczuk**, s.3.

lanmalıdır. Ne var ki makineler, şu an için, yasal olarak bağlayıcı bir imza atma ehliyetine sahip değildir¹⁰⁵. Columbia Temyiz Mahkemesi'ne göre tüm bu yasal hükümler kümülatif olarak değerlendirildiğinde, yasada açıkça zikredilmese dahi, eserlerin ancak insan üretimi olabileceği ve eser sahibinin de ancak insan olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁶.

Bununla birlikte mahkeme, yapay zekanın katkı düzeyinin hangi seviyede kalmış olması halinde eserin bir insan yaratımı olarak değerlendirilebileceğine ilişkin olarak farklı görüşlerin olabileceğini kabul etmekle beraber, bu konuya ilişkin sınır çizme meselelerinin yargılamanın esas konusunun dışında kaldığını ifade etmiştir. Zira, Thaler'in mahkemede ileri sürdüğü, *Creativity Machine*'i kullanarak eseri kendisinin yarattığı, bu nedenle eser sahibi olarak tescil edilmesi gerektiği yönündeki iddiaları, ABD Telif Hakkı Ofisi nezdinde ileri sürülmemiştir. Bu sebeple söz konusu iddiaların, mahkeme tarafından değerlendirme konusu yapılamayacağına karar verilmiştir.¹⁰⁷ Columbia Temyiz Mahkemesi, değinilen gerekçeler ışığında, Columbia Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararı onamıştır¹⁰⁸.

Bunun üzerine Thaler, 2 Mayıs 2025 tarihinde mahkemeye yeniden yargılama dilekçesi sunarak, kararın düzeltilmesini talep etmiştir¹⁰⁹. Columbia Temyiz Mahkemesi, 12 Mayıs 2025 tarihli kararında Thaler'in yeniden yargılama talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Thaler ABD Yüksek Mahkemesi'ne (*Supreme Court of the United States*) Columbia Temyiz Mahkemesi'nin kararının incelenmesi için başvuruda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme aşamasındaki yargılama süreci halen devam etmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁵ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 11. Ayrıca bkz. **Levi/ Feirman/ Ghaemmaghami/ Neal**, s.2; **Blaszczyk**, s.3.

¹⁰⁶ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s.12-13.

¹⁰⁷ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 2. Ayrıca bkz. "Thaler v. Perlmutter", Stanford Libraries, <https://fairuse.stanford.edu/case/thaler-v-perlmutter/> (Erişim Tarihi: 14.08.2025); **Levi/ Feirman/ Ghaemmaghami/ Neal**, s.2; **Blaszczyk**, s.3; **Citterio**, s.2.

¹⁰⁸ ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, s. 24.

¹⁰⁹ Eileen, **McDermott**, "Thaler Urges Full D.C. Circuit to Rehear AI-Generated Art Case", IP Watchdog, 06.05.2025, <https://ipwatchdog.com/2025/05/06/thaler-urges-full-d-c-circuit-rehear-ai-generated-art-case/id=188695/#> (Erişim Tarihi: 14.08.2025).

¹¹⁰ Yapılan başvuruya ilişkin olarak bkz. https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/25/25A82/365491/20250717175947123_20250717%20Thaler%20Cert%20Petition%20Extension%20Request.pdf (Erişim Tarihi: 14.08.2025); <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/25A82.html> (Erişim Tarihi: 14.08.2025).

b. Kararın Değerlendirilmesi

Thaler v. Perlmutter davasının neticesinde Columbia Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar, insan olmayan varlıkların eser sahipliği konusunda ABD'de verilen diğer mahkeme kararları ile uyumludur.¹¹¹ Örneğin, *Naruto v. Slater* davasında verilen 2018 tarihli kararında ABD Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) bir maymun tarafından çekilen fotoğrafların eser sayılamayacağına hükmetmiştir¹¹².

Thaler v. Perlmutter kararının netleştirdiği husus, insan katkısının bulunmaması nedeniyle insan yaratımı olarak nitelendirilemeyecek içeriklerin eser sayılamayacağı, üretken yapay zekanın da başlı başına eser sahibi olmayacağına ilişkindir. Karar, tamamen otonom şekilde üretken yapay zekanın oluşturduğu bir içeriğin ne kadar sanatsal ve yaratıcı olursa olsun eser olarak korunamayacağını, zira üretken yapay zekanın eser sahibi sıfatına sahip olamayacağını ortaya koymuştur¹¹³. Bu yönüyle karar, ABD Telif Hakkı Ofisi'nin *Zarya of the Dawn* ve *Théâtre D'opéra Spatial* kararları ile de uyum sağlamaktadır. Ancak kanımızca, *Thaler v. Perlmutter* kararında ortaya konulan esaslar, çağımızın gerçeklerine nispeten daha uygundur. Zira *Zarya of the Dawn* ile *Théâtre D'opéra Spatial* kararlarında üretken yapay zekaya komut verilmesi ile meydana getirilen içerikler eser kavramının dışında tutulmuş, kullanıcının komutları ile çıktıyı şekillendirmesinin esere yansıyan bir orijinallik olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır. Buna karşılık *Thaler v. Perlmutter* kararı, üretken yapay zekaya verilen komutlar ile oluşturulan içeriklerin telif hakkı ile korunmasını kesin olarak dışlamamaktadır, yalnızca tamamen otonom olan üretimler telif hakkı korumasının dışında tutulmaktadır. Dolayısıyla karar, bu yönüyle daha olumludur.

¹¹¹ Citterio, s.3; Damman/ Siders/ Nolan, s.1.

¹¹² Karar metni için bkz. ABD Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi, *Naruto v. Slater*, No. 16-15469, 23.04.2018, <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf> (Erişim Tarihi: 15.08.2025). Ayrıca *Naruto v. Slater* kararına ilişkin detaylı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Andres, Guadamuz, "Can the Monkey Selfie Case Teach Us Anything About Copyright Law", WIPO Magazine, 21.02.2018, <https://www.wipo.int/web/wipo-magazine/articles/can-the-monkey-selfie-case-teach-us-anything-about-copyright-law-40287> (Erişim Tarihi: 15.08.2025); Matthew P., Hooker, "Naruto v. Slater: One Small Step for a Monkey, One Giant Lawsuit for Animal-Kind", Wake Forest Law Review, 05.02.2020, <https://www.wakeforestlawreview.com/2020/02/naruto-v-slater-one-small-step-for-a-monkey-one-giant-lawsuit-for-animal-kind/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

¹¹³ Blaszczyk, s.5.

Bununla birlikte kararda, üretken yapay zeka çıktılarının eser sayılabilmesi için insan katkısının olmazsa olmaz olduğunu da ortaya koyulmaktadır. Ne var ki karar, insan katkısının nasıl bir seviyede olması halinde eserin bir insan yaratımı olarak değerlendirilerek koruma bulabileceği konusunu açık bırakmaktadır. Columbia Temyiz Mahkemesi, konuya ilişkin daha karmaşık meselelerin çözümünün yasama yoluyla ele alınması gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁴. Her ne kadar teknolojinin dinamik yapısı ve konunun yenilik arz eden niteliği göz önünde bulundurulduğunda mahkemenin ihtiyatlı tutumu isabetli sayılabilirse de, karar, yeterli hukuki belirliliği sağlayabilecek şekilde detaylı bir yol haritası sunmaması sebebiyle, konuya ilişkin gri alanların varlığını sürdürmesine sebep olmaktadır¹¹⁵.

D. *Li v. Liu* Davası

a. Kararın Özeti

Thaler v. Perlmutter kararının aksine, 27 Kasım 2023 tarihinde Pekin İnternet Mahkemesi'nin (*Beijing Internet Court*) *Li v. Liu* davasında vermiş olduğu kararda insan katkısının düzeyinin değerlendirilmesine ilişkin önemli kriterler belirlenmiştir¹¹⁶. Davaya konu olan olayda davacı Li, üretken yapay zeka modeli Stable Diffusion'ı kullanarak bir kadın görseli oluşturmuştur. Stable Diffusion metin komutlarına dayalı olarak görsel üreten bir difüzyon modelidir¹¹⁷. Modelin diğer yapay zeka görsel oluşturuculardan farkı, kullanıcıya yüksek düzeyde kontrol imkanı sunmasıdır. Görsel oluşturulduktan sonra kullanıcı stil veya çerçeve değişiklikleri ve betimleyici yeni metin komutları ile birlikte nihai çıktıyı şekillendirebilmektedir. Model yeni görsel oluşturmanın yanı sıra, mevcut bir görselin bölümlerini değiştirme ya da

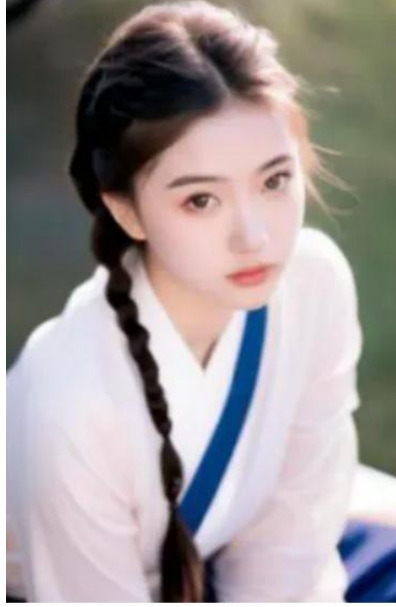
¹¹⁴ Citterio, s.3; Blaszczyk, s.5-6.

¹¹⁵ Citterio, s.3.

¹¹⁶ Yuqian, **Wang/** Jessie, **Zhang**, "Beijing Internet Court Grants Copyright to AI-Generated Image for the First Time", Kluwer Copyright Blog, 02.02.2024, s.2, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/copyright-blog/beijing-internet-court-grants-copyright-to-ai-generated-image-for-the-first-time/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025); Rahul, **Kapoor/** Katrina, **Slack**, "Beijing Court Approves Copyright Protection for AI-Generated Images", Morgan Lewis, 05.01.2024, s.1, <https://www.morganlewis.com/blogs/sourcingatmorganlewis/2024/01/beijing-court-approves-copyright-protection-for-ai-generated-images> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

¹¹⁷ Stability AI adlı yapay zeka şirketi tarafından geliştirilen bu model, metni görsellere dönüştürmek amacıyla kullanılan ve sanatçılar arasında oldukça popüler olan bir derin öğrenme modelidir. Modele girilen metin komutları karşılığında model, gerçek fotoğraflara benzeyen yüksek kaliteli görseller üretebilmektedir. Modele internet sitesi üzerinden ya da mobil uygulama aracılığıyla ulaşılabilmektedir. Bkz. <https://stability.ai/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025); <https://stablediffusionweb.com/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

boyutunu genişletme gibi yeteneklere de sahiptir¹¹⁸. Davacı Li'nin Stable Diffusion kullanarak ürettiği ve “*Spring Breeze Brings Tenderness*” (Bahar Esintisiyle Gelen Şefkat) ismini verdiği görsel aşağıdaki gibidir¹¹⁹:



120

Davacı 24 Şubat 2023 tarihinde ürettiği bu görseli Çin’de kullanılan bir sosyal medya platformu olan “*Xiaohongshu*” adlı platformda paylaşmıştır. Bir süre sonra davacı, kendi ürettiği bu görselin davalı Liu tarafından izinsiz şekilde başka bir internet sitesinde kullanıldığını fark etmiştir. Davalı Liu, görseli paylaşırken, Li’nin kimliğini ve görsele koymuş olduğu filigranı da kaldırmıştır. Bunun üzerine Li, Pekin İnternet Mahkemesi’nde telif hakkı ihlaline dayalı olarak dava açmıştır¹²¹.

¹¹⁸ Bkz. “Frequently Asked Questions”, <https://stablediffusionweb.com/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

¹¹⁹ **Wang/ Zhang**, s.2; Wang, **Mo/ Zhao, Yibing**, China’s First Case on Copyrightability of AI-Generated Picture”, King & Wood Mallesons, 07.12.2023, <https://www.kwm.com/cn/en/insights/latest-thinking/china-s-first-case-on-copyrightability-of-ai-generated-picture.html> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

¹²⁰ Görsel için bkz. Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.8, <https://patentlyo.com/media/2023/12/Li-v-Liu-Beijing-Internet-Court-20231127-with-English-Translation.pdf> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

¹²¹ **Wang/ Zhang**, s.2; Andres, **Guadamuz**, “Chinese Court Declared That AI-Generated Image Has Copyright”, TechnoLlama, 09.12.2023, s.2, <https://www.technollama.co.uk/chinese-court-declares-that-ai-generated-image-has-copyright> (Erişim Tarihi: 15.08.2025); Stanley, **Lai/ David, Lim/ Linda, Shi/ Justin, Tay**, “Legal implications - Beijing Internet Court Grants

Pekin İnternet Mahkemesi açılan davada üç ana soruyu değerlendirmiştir. Bu bağlamda, üretken yapay zeka ile oluşturulan görsellerin eser sayılma şartlarını sağlayıp sağlamadığı, eser sahibinin kim olacağı ve görselin izinsiz kullanımının telif hakkı ihlali teşkil edip etmediği sorularına yanıt aranmıştır¹²².

İlk soru bakımından Pekin İnternet Mahkemesi incelemesini insan katılımının düzeyi ekseninde gerçekleştirmiştir. Değerilen kapsamda mahkeme, dava konusu görselin tasarlanmasından nihai çıktının oluşturulmasına kadar geçen süreç içerisinde, davacının karakteri dizayn etmek, üretken modeli kullanırken uygun komutları seçmek ve sıralamak, gerekli parametre ayarlamalarını yapmak ve son aşamada beklentilerini karşılayan çıktıyı seçmek gibi çeşitli faaliyetleri ile belirli ölçüde fikri çaba harcadığı tespitinde bulunmuştur. Mahkemeye göre dava konusu görsel, davacının fikri çabasını ve yaratıcılığını yansıtmaktadır. ABD’de olduğu gibi Çin telif hukukunda da eser sayılma bakımından “orijinallik” kriteri aranmaktadır. Mahkemeye göre “*Spring Breeze Brings Tenderness*” adlı görsel bu şartı sağlamaktadır, zira görsel yalnızca bir yapay zeka ürünü değildir ve Li’nin entelektüel katkıları ve estetik tercihlerini ortaya koymaktadır. Bu sebeple dava konusu görselin eser sayılabilecek bir niteliğe sahip olduğu kanaatine varılmıştır¹²³.

Pekin İnternet Mahkemesi’nin üretken yapay zeka tarafından oluşturulan bir görselin eser sayılıp sayılmayacağı hususunu ele alırken, üretimin teknik yönüne değil, insan müdahalesi düzeyine yoğunlaşmış olması önemli bir noktadır. Mahkemeye göre davaya konu görselin meydana getirilme süreci yalnızca mekanik bir işlem değildir. Aksine, görselin nihai haline getirilmesine dek geçen süre zarfında davacı her aşamada çıktının şekillenmesine etki etmiştir. Kullanıcı, ilk adımda, Stable Diffusion adlı modeli seçmiştir. Görselin oluşturulması için bu modelin seçimi, mahkemeye göre başlı başına sonuca etki eden bir faaliyettir. Zira kullanılan model, nihai görselin

Copyright Protection to AI-Generated Artwork”, National University of Singapore, Centre for Technology, Robotics, Artificial Intelligence & the Law, Mart 2024, <https://law.nus.edu.sg/trail/legal-implications-beijing-internetcourt-copyright/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025); Seagull, Song, “China’s First Case on Copyrightability of AI-Generated Picture”, King & Wood Mallesons, 07.12.2023, s.2, <https://www.kwm.com/cn/en/insights/latest-thinking/china-s-first-case-on-copyrightability-of-ai-generated-picture.html> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

¹²² Guadamuz, Chinese Court, s.2; Song, s.4.

¹²³ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.8. Ayrıca bkz. Guadamuz, Chinese Court, s.2; Lai/ Lim/ Shi/ Tay, s.3; Song, s.5 vd.

oluşturulma sürecinin yanı sıra, görselin tarzı ve sanatsal kategorisi gibi özelliklerini de etkilemektedir. Günümüzde sanatçılar tarafından kullanılabilir açık kaynaklı ve ücretsiz sunulan on binlerce model mevcuttur, her bir kullanıcı bu modelleri internetten indirebilmekte ve kullanabilmektedir. Bu nedenle kullanıcılar, yaratım süreçlerinde farklı zevk ve estetik anlayışlarına göre modelleri özgürce seçebilmektedir. Davacının Stable Diffusion'ı seçmiş olması, mahkemeye göre onun estetik zevkini yansıtmaktadır¹²⁴.

Ayrıca kullanıcı tüm görsel unsurların kompozisyonunu bilinçli olarak anahtar kelimeler üzerinden dizayn etmiştir. Değinilen çerçevede, sanatsal tür, konu, çevre, kompozisyon ve stile dair anahtar sözcükler komut olarak girilmiştir. Bu süreçte komut olarak yalnızca betimleyici, pozitif anahtar kelimeler değil, ayrıca negatif anahtar kelimeler, yani bir unsurun nasıl olmaması gerektiğine dair yönlendirmeler de kullanılmıştır. Mahkemeye göre, pozitif komutların yanı sıra negatif komutların da kullanılmış olması, kullanıcının bilinçli tercihlerinin esere daha fazla yansımaya sebep olmuştur¹²⁵.

Davacı ilk etapta, gün batımında güzel bir kadının fotografik bir portresini oluşturmak üzere betimleyici komutları girmiş, daha sonra ayrıntıları oluşturmaya yönelik anahtar sözcükler kullanmıştır. Bu bağlamda, “*Japan idol*” (Japon idolü)¹²⁶ sözcüğünü kullanarak kadının cilt dokusunu, gözlerini ve örgülü saçlarını görsele eklemiş, “*golden hour*” (altın saat), “*dynamic lighting*” (dinamik ışıklandırma) gibi anahtar sözcükler ile de görselin ışıklandırmasını şekillendirmiştir. Stili tanımlamak için de “*film grain*” (film greni), “*film emulation*” (film emülasyonu) gibi sözcükler kullanmıştır. Mahkemece pozitif komut olarak adlandırılan bu komutlar, davacının yaratıcı ihtiyaçlarına göre seçilmiştir. Mahkemeye göre bu seçim, davacının sanatsal emeğini ve katkısını ortaya koymaktadır.¹²⁷ Öte yandan ikinci etapta kul-

¹²⁴ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.8. Ayrıca bkz. **Lai/ Lim/ Shi/ Tay**, s.3.

¹²⁵ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.8-9. Ayrıca bkz. **Guadamuz**, Chinese Court, s.2-3; **Song**, s.4-5.

¹²⁶ “Japon idolü”, Japon pop kültüründe genellikle genç, sevimli ve çekici sanatçılar için kullanılmaktadır. Bu terim, Japon menajerlik şirketleri ve pazarlama ajansları tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Bkz. “Japanese Idol”, https://en.wikipedia.org/wiki/Japanese_idol (Erişim Tarihi: 18.08.2025); “Intro to Idol Culture”, [https://www.la-idolmatsuri.org/intro-to-idol-culture#:~:text=Idols%20\(also%20called%20'aidoru',who%20perform%20in%20said%20style.](https://www.la-idolmatsuri.org/intro-to-idol-culture#:~:text=Idols%20(also%20called%20'aidoru',who%20perform%20in%20said%20style.) (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

¹²⁷ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.9.

lanılan negatif komutlar ile de, istenmeyen tür, konu, çevre, kompozisyon ve stil unsurları dışlanmıştır. Mahkemeye göre bu negatif komutlar, davacının kişisel tercihlerinin daha belirgin hale gelmesini sağlamaktadır¹²⁸.

Mahkeme, görsel üretim sürecinde modelde ayarlanan parametreler de kullanıcının tercihlerini ortaya koyduğu kanaatindedir. Zira farklı parametreler, ortaya çıkan görselde farklı sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin davacı insan konulu fotografik görsellerde en - boy oranının nihai sonucu etkilediğini gözlemlemiştir. Davacı bu gözlemini deneme yanılma yolu ile elde etmiştir. Kullanıcı tarafından seçilen parametreler, davacının bireyselliğini ve yaratıcılığını yansıtan entelektüel emeğinin ürünü olarak değerlendirilmiştir¹²⁹.

Genel itibarıyla davacı, görseldeki unsurların yerleşimlerini ve görselin genel estetiğini komut ve parametre ayarlamaları aracılığıyla yönlendirmiştir. Bununla da kalmayıp, çıktı üzerinden tekrar tekrar değişiklikler yapmış, farklı anahtar kelimelerle denemeler gerçekleştirmiş ve en nihayetinde istediği görseli elde etmiştir¹³⁰. Süreç içerisinde davacının gerçekleştirdiği işlemler ile birlikte dava konusu görselin geçirdiği değişimler mahkemeye sunulmuş olup, söz konusu gelişim süreci aşağıdaki gibidir:



131

¹²⁸ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.10. Ayrıca bkz. Aaron, **Wininger**, “Beijing Internet Court Releases Translation of Li vs. Liu Recognizing Copyright in Generative AI”, China IP Law Update, 22.01.2024, s.6, <https://www.chinaiplawupdate.com/2024/01/beijing-internet-court-releases-translation-of-li-vs-liu-recognizing-copyright-in-generative-ai/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

¹²⁹ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.9-10. Ayrıca bkz. **Kapoor/ Slack**, s.1-2.

¹³⁰ **Wang/ Zhang**, s.3.

¹³¹ Bkz. Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.7-8; **Guadamuz**, Chinese Court, s.3.

Tüm bu sürecin ortaya çıkan görselin kullanıcının kişisel özelliklerini somut bir biçimde yansıttığı sonucuna varılmıştır. Mahkemeye göre, görseli üretken yapay zeka kendi başına üretmemiştir. Nihai çıktı davacı tarafından geliştirilmiş olup, onun estetik yaklaşımını içermektedir¹³².

Ayrıca yargılama sürecinde davacı, aynı komutları girerek ve parametre ayarlarını yaparak aynı görseli tekrar elde edebileceğini de ispatlamıştır. Bu bağlamda, toplam 150’den fazla pozitif ve negatif komut ile teknik parametre ayarları yapıldığında davacı aynı sonucu elde edebildiğini de ortaya koymuştur¹³³.

Öte yandan, ikinci soru bağlamında mahkeme eser niteliğinde olduğuna karar verilen bu görselin eser sahibinin kim olduğu meselesi ele alınmıştır ve burada mahkeme yapay zekanın ya da yapay zekayı geliştiren kişilerin eser sahibi olamayacağına karar vermiştir. Çin Telif Hakkı Yasası’nın 11.maddesinin 1. fıkrası uyarınca, “*Eser sahibi, eseri yaratan gerçek kişidir. Ancak bir eser, bir tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan bir kuruluş adına, onların iradesi doğrultusunda ve onların sorumluluğu altında yaratılmışsa, bu durumda söz konusu tüzel kişi veya kuruluş eser sahibi olarak kabul edilir.*” Anılan hükmün ilk cümlesi Stable Diffusion modelinin eser sahibi sayılmasına engeldir. Her ne kadar ikinci cümle çerçevesinde modeli üreten Stability AI firmasının eser sahibi sayılması imkanı akla gelmekte ise de mahkeme, yapay zeka modelini tasarlayan ve geliştirenlerin dava konusu görseli oluşturma niyetini taşımadığını ortaya koymaktadır. Geliştiriciler, daha sonradan modelin kullanılması ile üretilecek içerikleri önceden belirlememekte, görsel oluşturma sürecine katılmamaktadır. Yapay zeka geliştiricisi, yalnızca bir yaratım aracı üreticisi konumundadır. Modeli tasarlamakta, büyük veri kümeleri ile eğitmekte, böylelikle modeli içerik üretebilir hale getirmektedir. Modeli geliştiren kişinin katkısı da bir entelektüel katkıdır, fakat bu katkı yalnızca yapay zeka modelinin tasarımında ve gelişim sürecinde ortaya çıkmaktadır. Geliştiricinin katkısı, doğrudan ihtilaf konusu görselin üretimine yönelik değildir. Dolayısıyla mahkeme, yapay zekayı geliştirenlerin dava konusu görselin eser sahibi sayılamayacağı kanaatindedir.¹³⁴

¹³² Guadamuz, Chinese Court, s.3; Song, s. 5. Ayrıca bkz. Mutlu Yıldırım, Köse/ Havva, Yıldız/ Su, Yücel, “Artificial Intelligence (AI) and Copyright”, Gün + Partners, 20.04.2025, <https://gun.av.tr/insights/updates/artificial-intelligence-ai-and-copyright> (Erişim Tarihi: 18.08.2025); Wininger, s. 8 vd.

¹³³ Song, s.7.

¹³⁴ Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.16-17. Ayrıca bkz. Lai/ Lim/ Shi/ Tay, s.4; Song, s. 6.

Mahkemeye göre, görsel bakımından telif hakları, eserin oluşturulmasında önemli entelektüel katkı sağlayan ve kişisel tercihlerini esere aksettiren davacı Li'ye aittir, eser sahibi, sağlamış olduğu belirleyici katkı nedeniyle Li'dir¹³⁵.

Son soruda ise, davalı Liu'nun davacı Li'ye ait telif haklarını ihlal edip etmediği üzerine durulmuş, yapılan inceleme neticesinde görselin izinsiz kullanılması ve eser üzerindeki filigran gibi tanımlayıcı işaretlerin kaldırılması gerekçesiyle telif hakkı ihlalinin mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Böylelikle dava, davacı Li lehine sonuçlanmıştır. Mahkeme, davalı Liu'nun görseli yayından kaldırmasına ve maddi tazminat ödemesine karar vermiştir¹³⁶.

b. Kararın Değerlendirilmesi

Karar, bir Çin mahkemesinin üretken yapay zeka kullanılarak üretilen bir görseli eser olarak nitelendirerek telif hakkı koruması bahşetmesi bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle kararın etkisi, Çin'in sınırlarını aşarak dünya genelinde ilgi uyandırmıştır. Karar, küresel ölçekte süregelen yapay zeka üretimlerine ilişkin telif hakkı tartışmalarında yeni bir perspektif ortaya koymuştur¹³⁷. Dava konusu görselin eser niteliği olup olmadığı araştırılırken Pekin İnternet Mahkemesi'nin orijinallik bağlamında yapmış olduğu tespitler dikkat çekicidir. *Zarya of the Dawn* ve *Théâtre D'opéra Spatial* kararlarında ABD Telif Hakkı Ofisi, Midjourney'nin görselleri “öngörüle-meyen” biçimde ürettiğini, kullanıcıların nihai çıktı üzerinde yeterli kontrol sahibi olmadığını kabul etmiş ve bu nedenle inceleme konusu görsellerin orijinal sayılmayağına karar vermiş iken, *Li. v. Liu* davasında Pekin İnternet Mahkemesi, farklı bir bakış açısı benimsemiştir¹³⁸.

Pekin İnternet Mahkemesi'ne göre orijinallik bakımından önemli olan, üretim sürecinde Stable Diffusion'dan faydalanılması değildir. Bu teknik bir

¹³⁵ Pekin İnternet Mahkemesi, *Li v. Liu*, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, s.17; **Guadamuz**, Chinese Court, s.2; Ayrıca bkz. **Lai/ Lim/ Shi/ Tay**, s.4; **Wang/ Zhang**, s.2-3.

¹³⁶ **Guadamuz**, Chinese Court, s.2; **Wang/ Zhang**, s.3 vd.; **Song**, s.6.

¹³⁷ **Guadamuz**, Chinese Court, s.4 vd.; **Kapoor/ Slack**, s.1; **Wang/ Zhang**, s.4.

¹³⁸ **Lai/ Lim/ Shi/ Tay**, s.4. vd.; **Wang/ Zhang**, s.4; **Wininger**, s.1; **Song**, s. 6-7; Christopher, **Savage/ James**, **Rosenfeld**, “Diverging International Approaches to the Copyrightability and Authorship of AI-Generated Works”, David Wright Tremaine LLP, 30.01.2024, s. 4, <https://www.dwt.com/blogs/artificial-intelligence-law-advisor/2024/01/chinese-internet-court-rules-on-ai-authorship> (Erişim Tarihi: 19.08.2025).

işlemdir, orijinallik değerlendirmesi açısından belirleyici değildir. Orijinallik bakımından belirleyici olan, nihai çıktı oluşturulurken insan katkısının olup olmadığı, çıktının oluşturulmasına katkı sunan kişinin şahsi tercihlerinin ve estetik zevkinin ürüne yansıyor yansımadağı noktasıdır. Gerçekten de, üretken yapay zeka kullanımı, üretken yapay zekaya verilen komutlar ile ürünün meydana getirilmesi tek başına eser sayılmaya engel görülmemelidir. Nasıl ki bir fotoğraf bakımından fotoğraf makinesinin kullanımı tek başına eser sayılmaya engel sayılmıyorsa, üretken yapay zeka çıktıları bakımından da durum bu şekilde değerlendirilmelidir. Eser sayılma ve hususiyet kriteri bakımından önemli olan, *Li v. Liu* davasında ortaya konulduğu gibi, nihai ürünün onun meydana getirilmesini mümkün kılan kişinin yaratıcı ruhundan izler taşıyıp taşıyamamasıdır.

Karar, insan katkısının ne zaman nihai çıktıyı şekillendirmiş kabul edileceğı hususunda da önemli tespitlere yer vermiştir. Değinilen husus *Thaler v. Perlmutter* davasında bir eksiklik olarak saptanmış iken, Pekin İnternet Mahkemesi konuya ilişkin çeşitli ölçütlere yer vererek bir yol haritası sunmuştur¹³⁹. Pekin İnternet Mahkemesi incelemesinde, kullanıcının model seçimini, seçtiğı modeli yönlendirmek için kullandığı pozitif ve negatif anahtar kelimeleri, görselin oluşumu sırasında ve sonrasında kullandığı komutları ve parametre ayarlamalarını dikkate almış, insan katkısının ne kadar belirleyici olduğunu bu kriterler ekseninde değerlendirmiştir. Mahkemeye göre insan katkısının düzeyi belirlenirken ilk dikkate alınan eserin üretiminde kullanılan modelin seçimidir. Daha sonra, görsele şekil veren pozitif komutlar, ardından negatif komutlar inceleme konusu yapılmalıdır. Son olarak, yapılan parametre ayarlamaları ve nihai çıktının seçilmesi de değerlendirmede birer ölçüt olarak ele alınmaktadır. Mahkemenin vurgulamış olduğu bu noktalar, buna benzer davalarda başka mahkemelerin de dikkate alabileceğı kriterler ortaya koymaktadır.

Bununla birlikte, *Li v. Liu* davasında davacının aynı komutları girip parametre ayarlarını yaparak aynı görseli tekrar üretebildiğini ispatladığı hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Zira bu yönde bir tespit yapılmadığı ihtimallerde, yargıçların modelin ürettiğı sonuçların öngörülebilir olup olmadığına dair değerlendirmeleri de farklılaşabilecektir¹⁴⁰.

¹³⁹ Kapoor/ Slack, s.1; Wang/ Zhang, s.4; Wininger, s.1-2; Song, s. 6-7.

¹⁴⁰ Song, s.7.

Öte yandan, mahkemenin eser sahipliğini bizzat Stable Diffusion modeline ya da bu modeli geliştiren Stability AI şirketine tanımak yerine, kullanıcı Li'ye tanınması da bir başka dikkat çekici noktadır. Kanımızca mahkemenin bu değerlendirmesi, diğer tespitleri gibi oldukça isabetlidir. Zira Stable Diffusion modeli insan olmaması sebebiyle eser sahibi olabilecek nitelikte değildir. Daha önce de değinildiği üzere, telif hakları, insan yaratıcılığını korumayı ve teşvik etmeyi hedeflemektedir. Bu sebeple, çıktının oluşturulmasında kullanılan modele eser sahipliği tanınmaması yerindedir. Zaten Türk hukuku ve Amerikan hukukunun aksine, eser sahibinin yalnızca gerçek kişi olabileceği yönündeki temel kural Çin hukukunda pozitif düzenleme ile de güvence altına alınmıştır. Değinen gerekçelerle, mahkemenin bu konudaki değerlendirmesi isabetlidir. Keza, modelin geliştiricilerine de eser sahipliği tanınmaması yerindedir, zira nihai çıktıyı şekillendiren, ona yaratıcı ruhunun izlerini aksettiren kişi, modeli geliştiren değil, modeli kullanan ve komutlarıyla çıktının oluşum sürecine yön veren kullanıcıdır¹⁴¹.

Yapılan değerlendirmeler ışığında, Pekin İnternet Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararın çağımızın gerçeklerini yakalayan ve yapay zeka ile sanat üreten kişilerin yolundaki engellerin kaldırılmasına hizmet eden önemli bir karar olduğu sonucuna ulaşılmakta, burada yer verilen tespitlerin dünya genelinde yargısal ve idari mercilerin değerlendirmelerine de ışık tutabileceği düşünülmektedir¹⁴².

E. Tencent v. Shanghai Yinxun Technology Ltd. Davası (Dreamwriter Davası)

a. Kararın Özeti

Tencent v. Shanghai Yinxun Technology Ltd. davası ya da kısaca bilinen adıyla “*Dreamwriter* davası”, tıpkı Li v. Liu davası gibi, Çin’de görülen ve karara bağlanan bir davadır. 24 Aralık 2019 tarihli karara konu olan yazılım, davacı Tencent şirketine ait “*Dreamwriter*” isimli bir yapay zeka modelidir. Söz konusu model, her yıl yaklaşık 300.000 adet edebi eser üretmektedir. Her bir eserin sonunda “Bu makale Tencent Robotu *Dreamwriter* tarafından otomatik olarak yazılmıştır” ibaresi yer almaktadır. Model, eserleri otomatik bir şekilde üretmemekte, Tencent’in yaratıcı ekibinin yönlendirmeleri doğrultusunda eserlerini şekillendirmektedir¹⁴³.

¹⁴¹ Lai/ Lim/ Shi/ Tay, s.4.

¹⁴² “Tencent Dreamwriter”, IIC, C. 51, 2020, s. 652, <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00944-9> (Erişim Tarihi: 27.08.2025). Ayrıca bkz. Guadamuz, Chinese Court, s.4 vd.

¹⁴³ Tencent, s. 652.

20 Ağustos 2018 tarihinde şirket, Tencent Finans web sitesinde “Öğle Yorumu: Telekomünikasyon işletmeleri ve petrol çıkarımı öncülüğünde Şanghay Borsa Endeksi %0,11 artarak 2671,93 puana yükseldi” (*Noon Review: Shanghai Stock Index rose slightly by 0.11% to 2671.93 points, led by telecommunication operations and oil extraction*) başlıklı bir finans raporu makalesini yayımlamıştır. Değinen makale, Tencent’in yaratıcı ekibinde çalışan personelin katkıları ile *Dreamwriter* kullanılarak tamamlanmıştır. Söz konusu makale, yayımlandığı gün, Tencent şirketinden izin alınmaksızın *Shanghai Yinxun Technology Ltd.* adlı şirket tarafından kopyalanarak bu şirket tarafından işletilen “*Internet Loan House*” adlı internet sitesinde yayımlanmıştır¹⁴⁴.

Bunun üzerine Tencent, telif hakkı ihlali gerekçesiyle *Shanghai Yinxun Technology Ltd.* aleyhine Shenzhen Bölgesi Nanshan Halk Mahkemesi’nde (*People’s Court of Nanshan - District of Shenzhen*) dava açmış, ihlalin durdurulması ve ekonomik zararların tazmin edilmesini talep etmiştir. Açılan davada mahkeme, davaya konu olan makalenin Çin telif hakkı mevzuatına göre eser sayılıp sayılmayacağını ve makale üzerindeki telif hakkının kime ait olduğu sorularını incelemiştir¹⁴⁵.

Mahkeme ilk soru bağlamında, eser sayılma konusundaki asıl belirleyici noktanın, dava konusu makalenin orijinallik kriterini sağlayıp sağlamadığı hususu olduğunu ifade etmiştir. Orijinallik kriterinin sağlanabilmesi açısından ilk olarak, eserin diğer eserlerden bağımsız şekilde yaratılması ve dışsal görünüm itibariyle mevcut eserlerden belirli bir düzeyde farklılık göstermesi gerekmektedir. Mahkeme, makalenin davacının yaratıcı ekibi tarafından *Dreamwriter* kullanılarak oluşturulmasının, bağımsız yaratılma koşulunu sağladığı kanaatindedir. Ayrıca makale, dışsal görünüm itibariyle aranan koşulu da sağlamaktadır.

Öte yandan, orijinallik kriteri bakımından yaratıcılık şartının da sağlanması gerekmektedir. Bu şart, makalenin oluşum sürecinde yaratıcıya ait seçim, yargı ve beceri unsurlarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme gerektirmektedir. Çin telif hakkı mevzuatına göre “yaratma” fiili, entelektüel

¹⁴⁴ Tencent, s. 653.

¹⁴⁵ Bhavik, **Shukla**/ Hatim, **Hussain**, “Shenzen Tencent v. Shanghai Yinxun: AI Authors, Copyright and Some (Hard) Lessons for India”, SpicyIP, 08.08.2020, <https://spicyip.com/2020/08/shenzen-tencent-v-shanghai-yinxun-ai-authors-copyright-and-some-hard-lessons-for-india.html> (Erişim Tarihi: 19.08.2025).

bir faaliyeti, dolayısıyla insan katkısını gerektirmektedir. Bu kapsamda mahkeme, makalelerin oluşturulması sürecinde Tencent şirketinin yaratıcı ekibinin katkılarının olduğunu belirlemiştir¹⁴⁶.

Mahkemeye göre, bir üretken yapay zeka çıktısının ortaya çıkmasında belirleyici bir insan katkısı mevcut ise ve ortaya çıkan ürün, yaratıcısının kişisel seçimlerini, kararlarını ve yeteneklerini gösteriyorsa, telif hakkı ile korunabilecek niteliktedir. Ancak mahkemeye göre, yaratıcı tercihler ile eserin somut ifadesi arasında doğrudan bir bağlantı kurulabilmesi gerekmektedir. Bu da, yapay zeka kullanılarak üretilen eserlerde, girdi verilerinin belirlenmesi, komutların girilmesi, algoritmaların eğitilmesi gibi insanların yaptığı yaratıcı seçimlerin nihai ürüne yansıyor yansımadağının belirlenmesi anlamına gelmektedir. Mahkeme bu bağlantının kurulabildiği hallerde, ürünün eser sayılabılmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda mahkeme, somut olay bağlamında söz konusu bağlantının kurulabildiğine karar vermiştir¹⁴⁷.

Mahkeme, *Dreamwriter*'ın yalnızca iki dakikalık otomatik üretim süreci dikkate alındığında, burada orijinallik şartının sağlanmayacağını, zira bu süreçte insan katılımı olmadığını, sadece yazılımın önceden tanımlı kurallar, algoritmalar ve şablonlara göre çalışmasının söz konusu olduğunu belirtmiştir. Ancak mahkeme tarafından kabul edildiği üzere, *Dreamwriter*'ın bu üretimi kendiliğinden gerçekleşmemektedir. Yazılımın çalışması, yaratıcı ekibin seçimlerini yansıtmaktadır. Ayrıca yazılımın teknik özellikleri de Tencent tarafından belirlenmiş durumdadır. Dolayısıyla, dava konusu makalenin teknik olarak Dreamwriter tarafından üretilse de, aslında davacının ekibinin seçim ve düzenlemeleri ile şekillendiği, böylelikle orijinallik kriterinin yaratıcılık unsurunu sağladığı sonucuna varılmıştır. Değinilen gerekçelerle, ilgili makalenin eser niteliğinde olduğuna karar verilmiştir¹⁴⁸.

Öte yandan, eser, davacının denetimi ve yönlendirmesi altında oluşturulduğu için, Çin Telif Hakkı Yasası'nın 11.maddesinde yer alan, eserin bir tüzel kişi adına, onun sorumluluğu altında ve idaresi doğrultusunda yaratılması halinde, eser sahibinin söz konusu tüzel kişi sayılacağına ilişkin kural gereği, Tencent'in eser sahibi kabul edileceğine karar verilmiştir. Böylelikle dava konusu makaleye ilişkin telif haklarının da Tencent'e ait olduğuna ka-

¹⁴⁶ Tencent, s. 656-658.

¹⁴⁷ Tencent, s. 652, s. 656-658.

¹⁴⁸ Tencent, s. 652, s. 656-658.

rar verilerek, davalının telif hakkı ihlalinde bulunduğu, bu nedenle, ihlalin durdurulmasına ve davacıya tazminat ödenmesine hükmedilmiştir¹⁴⁹.

b. Kararın Değerlendirilmesi

Tıpkı *Li v. Liu* davası gibi, *Dreamwriter* davasında da, üretken yapay zeka çıktıları bakımından insan katkısını dikkate alan ve bu çıktılara telif hakkı koruması bahşeden bir karar verilmiştir. *Dreamwriter* davasında, model komutlarıyla yönlendirerek çıktının meydana gelmesini sağlayan, bizzat modelin geliştirilmesini sağlayan Tencent şirketinin çalışanlarıdır. *Li v. Liu* davasında şirket dışı üçüncü kişiler, modelin kullanıcısı konumunda olup, esere hususiyetini yansıtan kişiler olarak değerlendirilmektedir. *Dreamwriter* davasında ise şirketin içerisinde olan kişiler çıktıyı şekillendirmektedir. Ne var ki bu kişilerin şirket bünyesinde çalışması, “kullanıcı” olarak değerlendirilmelerine engel değildir. Kullanıcının yapay zeka modelini oluşturan şirketin içinden ya da dışından olması, nitelendirme bakımından bir farklılık yaratmamaktadır. Önemli olan kimin modeli komutları ile yönlendirdiği ve buna bağlı olarak çıktının oluşumunda katkıda bulunduğu.

Dreamwriter modelini geliştiren, eğiten ve en nihayetinde komutlarıyla yönlendirerek makaleler oluşturmalarını sağlayan Tencent’in yaratıcı ekibidir. Dolayısıyla somut olay bağlamında, çıktıya orijinallik özelliğini veren ve eser niteliğini kazandıran, bu kişilerin emeğidir¹⁵⁰. *Dreamwriter* kararı, süreç içerisinde çıktıya şekil veren farklı aktörlerin olabileceğini, kullanıcıların şirket içerisinde de konumlanabileceğini, bu kişilerin katkılarının da dikkate alınması gerektiğini göstermesi bakımından önemli bir noktanın altını çizmektedir.

Çin Telif Hakkı Yasası’nın 11. maddesi gereği, eser sahipliği doğrudan yaratıcı ekibe değil, bu ekibi iradesi altında çalıştıran Tencent şirketine tanınmıştır. Çin telif hakkı mevzuatı bakımından varılan sonuç isabetlidir. Ne var ki Türk hukukunda bu tür bir olayda, eser sahibi sıfatının yaratıcı ekibe tanınması gerekecektir. Zira hukukumuzda, eseri meydana getiren eser sahi-

¹⁴⁹ Tencent, s. 659. Ayrıca bkz. **Shukla/ Hussain**, s. 2; Vivian, **Desmonts/ Ivy, Liang**, “Is the Chinese ‘Dreamwriter’ Case Really a Groundbreaking Case for AI-Generated Works?”, *Gowling WLG*, 12.06.2020, <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2020/china-dreamwriter-case> (Erişim Tarihi: 27.08.2025).

¹⁵⁰ Bkz. Sylvia, **Polydor/ Martyna, Czapska/ Karen, Roberts**, “Chinese Dreamwriter Decision: A Dream Come True for AI-Generated Works?”, *Connect on Tech, Baker & McKenzie*, 20.04.2020, <https://connectontech.bakermckenzie.com/chinese-dreamwriter-decision-a-dream-come-true-for-ai-generated-works/> (Erişim Tarihi: 27.08.2025).

bidir, yaratma fiilinin gerçekleşmesi ile birlikte telif hakları yaratanın şahsında kendiliğinden (*ipso iure*) doğmaktadır.¹⁵¹ Çalışan eserleri bakımından işverene eser sahipliği tanınmamıştır. Ancak, FSEK m. 18 (2) hükmünde, “aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça, işveren mali hakları kullanan kişidir. Dolayısıyla ülkemizde de bu tür bir olayda, mali hakları kullanma yetkisi işverene ait olacağı için, ihlale ilişkin dava, Çin’de olduğu gibi yine işveren tarafından açılacak, ihlal nedeniyle hükmolunan tazminat da işverene ödenecektir. Buna karşılık eser sahipliği sıfatı, Çin’deki durumun aksine, çalışanlara ait olacaktır¹⁵².

III. ULUSLARARASI BELGELER ÇERÇEVESİNDE KONUYA İLİŞKİN GÜNCEL EĞİLİMLERİN İNCELENMESİ

1. ABD Telif Hakkı Ofisi’nin Telif Hakkı ve Yapay Zeka Rehberi (Ocak 2025)

Konuya ilişkin kararlar incelendiğinde, ABD’deki genel yaklaşımın Çin’e göre daha katı olduğu görülmektedir. Ne var ki, söz konusu yaklaşım zaman içerisinde büyük ölçüde esnekleşmiştir. Zira ABD Telif Hakkı Ofisi, 2025 yılının Ocak ayında, telif hakkı ve yapay zekaya ilişkin “*Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability*” (Telif Hakkı ve Yapay Zeka, Bölüm 2: Telif Verilebilirlik) başlıklı bir rehber yayımlamıştır. Söz konusu rehber, ABD Telif Hakkı Ofisi’nin yapay zeka konusunda 2024 yılından bu yana yürüttüğü araştırma ve politika raporları serisinin ikinci bölümünü oluşturmaktadır. Bu rehberde, Çin mahkemelerinde benimsenen yaklaşıma daha yakın bir görüş ortaya koyulduğu görülmektedir¹⁵³.

Rehberde, üretken yapay zeka tarafından meydana getirilen içerik bakımından insan katkısının derecesine dayalı işlevsel bir ayırım benimsenmektedir. Bu bağlamda, üç katmanlı bir model kabul edilmektedir. Buna göre, ilk basamakta,

¹⁵¹ Öztan, s.233-236.

¹⁵² Çalışan eserleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Eda, Çataklar, Çalışan Eserleri, İş Sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 9 vd.; Fatih, Eraslan, Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 35 vd.

¹⁵³ Bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025.

“asgari insan katkısı ile oluşturulan çıktılar” yer almaktadır. Bunlar genellikle telif hakkı korumasının dışında görülmektedir. İkinci basamakta ise, “anlamlı nitelikte insan düzenlemesi veya kürasyonu ile şekillendirilen çıktılar” yer almaktadır. Değinilen çıktılar, insan katkısının düzeyine bağlı olarak, telif hakkı ile korunabilecek potansiyeli haizdir. Üçüncü basamakta ise, “yapay zekanın yalnızca bir araç olarak kullanıldığı, tamamen insan tarafından üretilen çıktılar” yer almaktadır. Bu çıktılar, açıkça eser olarak korunabilir nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar bu model yasalaşmamış olsa da, ABD’de gelecekteki idari ve kazai kararlara yön verebilecek nitelikte olup, ABD’de zaman içerisinde gelişen uzlaşmayı yansıtmaktadır¹⁵⁴.

Rehberde belirtildiği üzere, yapay zekanın tek başına ürettiği içerikler, insan katkısı olmaması dolayısıyla telif hakkı ile korunabilir değildir. Rehberin söz konusu yaklaşımı ABD mahkemelerinin yerleşik içtihadı ile uyum içerisinde. Öte yandan, yapay zekanın yalnızca yaratıcı süreci destekleyici amaçla kullanımının tek başına eser sayılmaya engel olmayacağı ifade edilmektedir. Bu tür durumlarda insan yaratıcılığının baskın olması halinde telif hakkı korumasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Rehberde kullanıcı komutları meselesinin özel olarak ele alındığı görülmektedir. Bu çerçevede, komutların, kural olarak, telif hakkı ile korunabilir olmayan fikirleri ileten talimatlar olarak işlev gördüğü kabul edilmektedir. Kullanıcı ne kadar detaylı komutlar verirse versin, yapay zeka modelleri nasıl bir çıktı oluşturacaklarına kendi işleyiş mekanizmaları doğrultusunda karar vermektedir. Rehberde göre, aynı isteme karşılık olarak modellerin farklı sonuçlar üretmesi, kullanıcının yaratıcı süreç üzerindeki kontrolünün sınırlı olduğunu göstermektedir. Komutların kullanıcı tarafından istenen sonucu meydana getirmek amacıyla revize edilmesi veya aynı komutlarla farklı sonuç elde edebilmek için tekrar tekrar denemeler yapılmasının yaratıcı kontrol anlamında yeterli kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 10 vd.. Ayrıca bkz. European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, Training, Creation, Regulation, Temmuz 2025, s.101, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IUST_STU\(2025\)774095](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IUST_STU(2025)774095) (Erişim Tarihi: 10.09.2025).

¹⁵⁵ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 11 vd.

¹⁵⁶ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 18 vd.

Ne var ki, insan tarafından oluşturulmuş girdilerin, örneğin bir insan üretimi olan hikaye, müzik, görsel ya da videonun komut içerisinde yapay zeka modeline sunulması ve söz konusu girdinin çıktıya büyük ölçüde yansıtılması durumunda, çıktının eser olarak korunabileceği kabul edilmektedir. Rehberde göre, buradaki durum, salt fikir ileten komutların modele sunulmasından farklıdır. Zira çıktıda, insan tarafından üretilerek modele sunulan girdinin ifade edici unsurları açıkça gözlemlenebilmektedir. Dolayısıyla çıktı üzerinde belirgin bir insan katkısı mevcuttur¹⁵⁷.

Keza, yapay zeka ile oluşturulan içeriklerin kullanıcının yaratıcı tercihleri ile özgün şekilde değiştirilmesi ya da düzenlenmesi durumunda da insan katkısının mevcut olduğu ve eser korumasının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Yapay zeka ile çıktı üretiminin ara bir adım olduğu, söz konusu çıktıya insan katkısı ile yaratıcı unsurların eklendiği durumlarda ortaya çıkan nihai ürünün eser sayılabileceği belirtilmektedir¹⁵⁸.

Öte yandan bazı üretken yapay zeka modellerinin içerik şekillendirme bakımından özel araçlar sunduğu ve kullanıcıların söz konusu araçları kullanarak gerçekleştirdiği işlemler ile oluşturulan çıktıların da, somut olayın koşullarına göre, eser sayılmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Örneğin, Mid-journey kullanıcıların görselin belirli bir bölgesini seçip istemleriyle bu bölgeyi yeniden şekillendirmesine olanak tanıyan “Vary Region” ve “Remix Prompting” gibi araçları mevcuttur. Rehberde belirtildiği üzere bu tür araçlar, olağan istemlere kıyasen, kullanıcıya yaratıcı unsurların seçimi ve yerleşimi konusunda daha fazla kontrol sağlamaktadır. Söz konusu araçlar ile yapılan değişikliklerin asgari yaratıcılık eşiğini sağlayabileceği, ancak bu durumun her somut olay bağlamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Rehberde ayrıca, yapay zeka ile oluşturulan içerikler ile meydana derlemelerin de eser olarak telif hakkı koruması bulabileceği belirtilmektedir. Zira bu tür durumlarda da derleme eserin oluşturulmasında insan katkısının mevcut olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁰. Esasen derleme konusundaki yaklaşım, ABD

¹⁵⁷ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 22 vd.

¹⁵⁸ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 24 vd.

¹⁵⁹ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 25-27.

¹⁶⁰ ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 24-25.

Telif Hakkı Ofisi'nin *Zarya of the Dawn* kararında da görülmektedir. Buna karşılık, insan katkısı konusundaki diğer görüşlerin büyük ölçüde yeni olduğu, ABD Telif Hakkı Ofisi'nin üretken yapay zeka ile oluşturulan çıktılar konusundaki yaklaşımını önemli şekilde esnetmiş olduğu anlaşılmaktadır.

2. Avrupa Parlamentosu'nun Üretken Yapay Zeka ve Telif Hakkı Çalışması (Temmuz 2025)

ABD gibi, Avrupa Birliği'nde doktrindeki hakim görüş de, zaman içerisinde, kişisel katkı içeren üretken yapay zeka destekli ürünlerin telif hakkı ile korunabileceği yönünde gelişmiştir¹⁶¹. Avrupa Parlamentosu'nun 2025 yılının Temmuz ayında yayımlanmış olduğu “*Generative AI and Copyright*” (Üretken Yapay Zeka ve Telif Hakkı) başlıklı çalışmasında, Avrupa Birliği hukukuna göre, tamamen makineler tarafından, diğer bir deyişle insan müdahalesi olmaksızın tümüyle üretken yapay zeka tarafından meydana getirilen eserlerin telif hakkı korumasından yararlanamayacağı, bunların kamu malı sayılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu içeriklerin, herhangi bir izne tabi olmaksızın, herkesin kullanımına açık olduğu kabul edilmektedir¹⁶².

Bununla birlikte çalışmada, üretken yapay zeka ile oluşturulan birçok çıktının, insan katkısı sayesinde meydana geldiği, bu durumun da çıktıların eser sayılıp sayılmayacağına ve eser sahipliğine ilişkin soruları beraberinde getirdiğine dikkat çekilmekte, değinilen sorulara ilişkin belirsizliklerin acilen netliğe kavuşturulmasına yönelik ihtiyaç vurgulanmaktadır. Belirtildiği üzere, üretken yapay zeka kullanılarak meydana getirilen çıktılar bakımından *sui generis* bir koruma rejimi getirilmesi, telif hakkı sistematığının bütünlüğünü zayıflatma riskini beraberinde getirebileceği için sakıncalıdır. Bu nedenle, konuya ilişkin belirsizliklere mevcut fikri mülkiyet hukuku kuralları çerçevesinde çözüm aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, bir çıktının oluşumunda insan katkısının ne ölçüde belirleyici olduğunun kabul edileceğine ilişkin somut ve açık kriterlerin belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹⁶³.

¹⁶¹ Savage/ Rosenfeld, s. 4 vd.

¹⁶² European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, *Generative AI and Copyright*, s.9, 93 vd.

¹⁶³ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, *Generative AI and Copyright*, s.9.

Avrupa Parlamentosu'nun söz konusu çalışmada ortaya koyduğu esaslar oldukça önemlidir. Çalışmada altı çizilen hususlar, Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Bizim hukukumuzda da üretken yapay zeka çıktıları bakımından *sui generis* bir sistem benimsemek fikri mülkiyet hukuku sistematığının bütünlüğünü bozabilecek, yeni hukuki belirsizlikleri beraberinde getirebilecek niteliktedir. Dolayısıyla mevcut fikri mülkiyet hukuku kuralları çerçevesinde konu ele alınmalıdır. Ancak, konunun çözümüne ilişkin temel prensipler belirlenmelidir. Söz konusu prensiplerin kazai uygulama ile şekillenmesi mümkün gözükmemektedir. Türk hukukunda şu ana dek üretken yapay zeka tarafından meydana getirilen çıktıların telif hakları ile korunmasına dair bir karar verilmemiştir. Kanımızca, bu tür konunun yargı önüne gelmesi durumunda, tıpkı *Li v. Liu* ve *Dreamwriter* davalarında olduğu gibi, insan katkısının mevcut olduğu ve bu katkının nihai ürünün şekillenmesine belirleyici şekilde etki ettiği hallerde, üretken yapay zeka ile üretilen çıktının eser sayılması ve telif hakkı ile korunması mümkün görülmelidir. Çıktıya hususiyetini yansıtan kişinin kim olduğu her bir olay özelinde detaylı şekilde irdelenmeli, eser sahibi olarak kabul edilecek kişi yapılacak bu değerlendirme doğrultusunda belirlenmelidir. Böylelikle, hangi durumlarda üretken yapay zeka çıktılarının eser sayılacağı ve eser sahibinin kim olacağı hususundaki prensiplerin, yargı kararları ile somutlaştırılması söz konusu olabilecektir. Bu halde, konuya ilişkin gri alanlar, yeni düzenlemeler getirilmesi ile değil, kazai içtihatlar ile netlik kazanabilecek, bu sayede, mevcut sistem içerisinde kalınarak tartışmalı hususların çözüme kavuşturulması sağlanabilecektir. Öte yandan, Türk Patent ya da Kültür veya Adalet Bakanlığı gibi resmi kurumların hazırlayabileceği uygulama kılavuzları ile konuya ilişkin kriterlerin tespit edilmesi, böylelikle kazai ve sektörel uygulamalara yön verilmesi de faydalı olabilecektir.

Bu konuda benimsenebilecek kriterler bakımından özellikle *Li v. Liu* ve *Dreamwriter* davalarında ortaya konulan prensiplerin örnek alınabilmesi mümkündür. *Li v. Liu* davasında Pekin İnternet Mahkemesi insan katkısının nihai ürünün oluşumuna ne düzeyde etki ettiği hususunda değerlendirme yapılırken, üretken yapay zeka modelinin seçiminin, kullanıcı tarafından kullanılan pozitif ve negatif komutlarının, görselin oluşumu sırasında ve sonrasında yapılan parametre ayarlamalarının birer ölçüt olarak dikkate alınabileceğini ortaya koymuştur. Öte yandan, *Dreamwriter* davasında da nihai çıktıyı seçim ve düzenlemeleri ile şekillendiren kişilerin, orijinallik bakımından aranan yaratıcılık unsurunun sağlanmasına hizmet ettiği kabul edilmiştir. Değinen ölçütler, eser sayılma ve eser sahibinin tespiti bakımından ayırt edici nitelik taşımaktadır.

Avrupa Parlamentosu'nun 2025 tarihli çalışmasında da konuya ilişkin kriterler belirlenmektedir. Çalışmada, yapay zekaya yalnızca komut girmenin tek başına eser sahipliği kazandırmayacağı, komutlar yoluyla sunulan insan katkısının, çıktının önemli ve belirleyici yönlerini şekillendirecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmektedir. Değinilen çerçevede, ancak insanın çıktının şekillenmesinde temel aktör olduğu, üretken yapay zekanın ise yalnızca yardımcı konumda bir araç olarak değerlendirilebildiği hallerde meydana getirilen çıktının eser sayılabileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, yapılacak olan değerlendirmelerde, insanın hangi düzeyde yaratıcı kontrole sahip olduğu, çıktının hangi ölçüde kişisel ve ayırt edilebilir tercihleri yansıttığı gibi faktörlerin dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁴ Bu durum karşısında, insan tarafından ayrıntılı komutların girilmesi ve üretken yapay zeka tarafından meydana getirilen çıktının hafifçe düzenlenmesi hallerinde, nihai çıktıya yansıyan kişisel damganın her zaman yeterli olmayabileceği ifade edilmekte, insan yaratıcılığının yeterli düzeyde ürüne yansımadağı hallerde çıktının eser olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, insanın üretken yapay zekayı bir araç olarak kullanarak, komut verme, içeriği düzenleme ve geniş bir kompozisyona entegre etme yoluyla yaratıcı kontrol uygulaması halinde, oluşturulan çıktının eser olarak korunabileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁵

Söz konusu değerlendirmeler ışığında, çalışmada dört temel kriter önerilmektedir. Bunlardan ilki, üretim sürecinde insan kontrolünün düzeyine ilişkindir. Buna göre, çıktının meydana getirildiği süreç içerisinde insanın ne ölçüde yönlendirici ve belirleyici olduğunun ölçülmesi gerekmektedir. Bu kriter, kullanıcının yapay zekaya ne ölçüde hakim olduğu ile ilgilidir.¹⁶⁶

İkinci kriter ise, düzenleme, yapılandırma ve kürasyon süreçlerinde yaratıcı tercihlerin varlığına ilişkindir. Birinci kriter daha çok genel bir kontrol ve yönlendirme düzeyinin bulunup bulunmadığına ilişkin iken, ikinci kriter daha çok estetik veya yaratıcı nitelikteki kararlar ile ilgilidir. Çıktının eser niteliğine, kul-

¹⁶⁴ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s.93-94.

¹⁶⁵ Ayrıma ilişkin detaylı tablo için bkz. European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s.99.

¹⁶⁶ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s.102.

lanıcının ise eser sahibi sıfatına kavuşabilmesi için, kullanıcının sadece süreç üzerinde kontrol sahibi olması yeterli değildir, kullanıcının ayrıca, sanatsal veya yaratıcı müdahalelerde bulunması beklenmektedir. Bu bağlamda, düzenleme, yapılandırma ve kürasyon süreçlerinde insan tarafından yapılan yaratıcı tercihlerin fazlalığı, çıktının eser sayılma ihtimalini kuvvetlendirmektedir¹⁶⁷.

Üçüncü kriter ise, oluşturulan içeriğin seçimi veya bir araya getirilmesinde söz konusu olan muhakeme düzeyine ilişkindir. Buna göre, ürünün oluşturulmasında veya nihai çıktıya ilişkin unsurların bir araya getirilmesinde kişinin kendi muhakeme ve özgün yargısını katıp katmadığı önem taşımaktadır. Son olarak, dördüncü kriter, revizyon ve son düzenleme aşamasında insan katkısının hangi düzeyde olduğuna ilişkindir. Burada, yapay zekanın meydana getirdiği çıktının insan tarafından hangi ölçüde gözden geçirilerek dönüştürüldüğü dikkate alınmaktadır¹⁶⁸.

Görüldüğü üzere, birinci kriter bakımından önemli olan, aktif olarak üretim sürecini kimin yönettiğidir. İkinci kriterde ise, kullanıcının bu süreçte yaratıcı veya estetik kararlar alıp almadığı önem taşımaktadır. Üçüncü kriterde ise değerlendirme konusu yapılan temel husus, kullanıcının entelektüel muhakeme düzeyidir. Her ne kadar aralarında belli nüanslar bulunmakta ise de, ilk üç kriterin birbiri ile oldukça yakın bağlantı içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Değerlenen ölçütlerin birbirine yakın içeriğe olması, değerlendirme açısından belirsizliklere yol açabilecek niteliktedir. Ne yazık ki çalışmada bu kriterlere ilişkin yeterli açıklığı sağlayabilecek açıklamalara yer verilmemiştir. Öte yandan dördüncü kriter, ilk üç kriterden daha belirgin bir farklılığa sahiptir. Zira bu son kriterde dikkate alınan aşama, tüm üretim süreci değil, çıktının revizyonu aşamasıdır.

İlk üç kriterde iç içe geçen noktaların bulunması, uygulamada yorum farklılıklarına ve değerlendirme gücüne yol açabilecek nitelikte ise de, yine de çalışmada belirtilen değerlendirme ölçütleri faydalı bir hareket noktası sunması sebebiyle önemlidir. Çalışmada, söz konusu kriterlerin tüketici bir liste olmadığına da altı çizilmektedir. Genel itibarıyla önemli olan, kullanıcının içeriği, yinelemeli etkileşim, estetik kararlar ve özgün unsurlarla bütünleştirerek anlam-

¹⁶⁷ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s. 102-103.

¹⁶⁸ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s. 102-103.

lı biçimde şekillendirmesidir, ancak bu durumda, çıktının orijinallik eşliğini karşılayabileceği ifade edilmektedir. Bu durumu gösterir diğer unsurların da, birer değerlendirme ölçütü olarak dikkate alınabilmesi mümkündür¹⁶⁹.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Genel olarak incelendiğinde, ABD’de konuya ilişkin öncül kararlar olan *Zarya of the Dawn*, *Théâtre D’opéra Spatial* ve *Thaler v. Perlmutter* kararlarında, orijinallik kriteri bağlamında yaratıcı kontrole ilişkin testin daha sıkı bir biçimde uygulandığı, konunun Çin mahkemelerinde verilen *Li v. Liu* ile *Dreamwriter* kararlarına göre çok daha katı bir yaklaşım ile alındığı görülmüştür¹⁷⁰. 2023 tarihli *Zarya of the Dawn* kararı, üretken yapay zeka çıktılarının eser sayılamayacağı ve telif hakkı ile korunamayacağı görüşünü ortaya koymuştur. Yine aynı yıl verilen *Théâtre D’opéra Spatial* önemsiz (*de minimis*) düzeyi aşan yapay zeka kullanımı ile oluşturulan çıktıların eser olarak tescil edilemeyeceğine karar verilmiştir. Kararlarda, modele verilen komutların, çıktıyı garanti etmediği, zira üretken yapay zekanın öngörülemez bir işleyiş ile nihai çıktıyı oluşturduğu vurgulanmıştır.

Bununla birlikte, zaman içerisinde ABD’deki tutum daha esnek hale gelmiş ve Çin mahkemelerinin eğilimine yaklaşmıştır. 18 Mart 2025 tarihinde verilen *Thaler v. Perlmutter* kararında üretken yapay zekaya verilen komutlar ile çıktının oluşturulması, tek başına eser sayılmaya engel görülmemiştir. Yalnızca tamamen otonom şekilde üretken yapay zekanın oluşturduğu, insan katkısının nihai sonucu şekillendirmediği çıktılar bakımından telif hakkı korumasının söz konusu olmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte ABD Telif Hakkı Ofisi’nin 2025 yılının Ocak ayında yayımlanan telif hakkı ve yapay zekaya ilişkin rehberinde, yapay zeka üretimlerinin insan katkısının varlığı halinde telif hakkı ile korunmasının mümkün olabileceği ortaya konulmuştur. Rehberde ayrıca komutlara verilen önemin arttığı anlaşılmaktadır. Ne var ki, sadece komut yazmanın tek başına çıktıya eser statüsü kazandırmayacağı, kullanıcıya da eser sahipliği bahsetmeyeceği kabul edilmiştir. Sonuç olarak, konuya ilişkin belli sınırlar muhafaza edilmiş ise de, ABD’de yapay zeka çıktılarına ilişkin yaklaşımın, önceki katı tutumundan uzaklaştığı açıkça görülmektedir.

¹⁶⁹ European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, Study, Generative AI and Copyright, s. 102.

¹⁷⁰ *Savage/ Rosenfeld*, s.2 vd.

Tıpkı ABD’de olduğu gibi dünya genelindeki genel eğilimin de üretken yapay zeka çıktılarına eser statüsü tanınması bakımından daha ılımlı bir istikamette olduğu görülmektedir. Nitekim, Avrupa Parlamentosu’nun 2025 yılının Temmuz ayında yayımlamış olduğu “*Generative AI and Copyright*” (Üretken Yapay Zeka ve Telif Hakkı) başlıklı çalışmasında yer verilen hususlar Avrupa Birliği’ndeki gidişatın üretken yapay zeka çıktılarına belirli ölçütler çerçevesinde eser statüsünün tanınabileceğini ortaya koymuştur.

Öte yandan, Güney Kore’de yapay zeka ve telif hakkına ilişkin bir rehber yayımlanmıştır. 2023 tarihli rehberde, tamamen yapay zeka üretimi olup, insan katkısının nihai çıktıya etki etmediği içeriklerin eser sayılamayacağı, ancak kullanıcının yapay zeka çıktısı üzerinde değişiklik, ekleme, silme gibi işlemler yaparak meydana getirdiği içeriklerin telif hakkı ile korunabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca yapay zeka çıktılarının yaratıcı biçimde seçilip yeniden düzenlenmesi halinde de nihai ürünün derleme eser olarak korunabileceği belirtilmiştir¹⁷¹.

Bununla birlikte, Japonya’da da, yapay zeka üretimlerinin eser sayılıp sayılmaması hususunda çeşitli değerlendirme ölçütleri geliştirilmiştir. Japonya Kültür Konseyi Telif Hakkı Alt Komisyonu’nun 2024 yılının Mayıs ayında yayımlamış olduğu “*General Understanding on AI and Copyright in Japan*” (Japonya’da Yapay Zekâ ve Telif Hakkı Üzerine Genel Anlayış) başlıklı rehberde, yapay zeka ile üretilen içeriklerin eser sayılıp sayılmayacağı hususunun her bir somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek, olay bazında inceleme yapılırken dikkate alınabilecek dört kriter belirlenmektedir. Buna göre, kullanıcının yapay zekaya verdiği komutların kapsamı ve içeriği, nihai çıktının oluşturulmasına dek kaç defa deneme yapıldığı, kullanıcının çoklu çıktılar arasından yaptığı seçimler ve son olarak, kullanıcının yapay zeka çıktısı üzerinde yaptığı ekleme, düzeltme veya değişiklikler, bu konuda yapılacak bir değerlendirmede belirleyici nitelik taşıyabilecektir. Japonya’da önerilen bu kriterler, Avrupa Parlamentosu’nun 2025 tarihli çalışmasında önerilen ölçütler ile aynı doğrultudadır¹⁷².

¹⁷¹ Bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, s. 28.

¹⁷² Bkz. Japonya Kültür Konseyi Telif Hakkı Alt Komisyonu, General Understanding on AI and Copyright in Japan, Mayıs 2024, https://www.bunka.go.jp/english/policy/copyright/pdf/94055801_01.pdf (Erişim Tarihi: 12.09.2025). Ayrıca bkz. ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, s. 28.

Avrupa Parlamentosu'nun 2025 tarihli çalışmasında ve Japonya'da kabul edilen rehberde değinilen söz konusu kriterler, *Li v. Liu* davası ile *Dreamwriter* davalarında benimsenen esaslar ile de paralel nitelikte olup, Türk hukuk uygulaması bakımından yol göstericidir. Ancak Avrupa Parlamentosu'nun çalışmasında ve Japonya'da kabul edilen rehberde değinilen prensiplerin genel olarak üretken yapay zeka modelinin nihai kullanıcısının katkısının tespitine ilişkin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. *Dreamwriter* davasında olduğu gibi, son kullanıcı dışındaki kişilerin de nihai çıktıyı şekillendiren ve böylelikle hususiyetini esere aksettiren konumda olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla belirleyici katkıyı sunanın kim olduğu hususundaki değerlendirme sürece dahil olan tüm aktörlerin katkıları dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Sonuç olarak, konuya ilişkin verilen öncül kararlar, farklı hukuk sistemlerindeki yaklaşımlar ile genel eğilimler bir arada değerlendirildiğinde, üretken yapay zeka çıktılarının eser sayılıp sayılmayacağı ve eser sahibinin kim olacağı soruları bakımından, insan katkısının niteliği ve düzeyinin belirleyici olduğu neticesine ulaşılmaktadır. Bu çıkarım doğrultusunda, Türk hukukunda da, insan katkısının derecesinin tespitine yönelik açık kriterlerin belirlenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir. Kanımızca, mevcut fikri mülkiyet hukuku kurallarının çizdiği çerçevede hareket edilirken, eser sayılma ve eser sahibinin tespitine ilişkin ayırt edici kriterlerin kazai içtihatlar ve idari kılavuzlar ile saptanması ve pekiştirilmesi, hem hukuki belirliliğin sağlanmasına hizmet edecek, hem de üretken yapay zeka ile oluşturulan çıktılar bakımından insanın yaratıcı emeğinin korunmasını destekleyecektir. Böylelikle, Türk hukuku, üretken yapay zeka çağında, bir yandan, mevcut sistemin bütünlüğünü korurken, diğer yandan uluslararası eğilimlerle uyumlu bir şekilde telif hakkı korumasının sınırlarını dengeli ve tutarlı bir biçimde çizebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alpaydın**, Ethem, Machine Learning, The MIT Press Essential Knowledge Series, 2021.
- Altınmakas**, Umut, “Üretken Yapay Zeka Tarafından Üretilen Fikri Ürünlerde Yapay Zekanın Eser Sahipliği ve Telif Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, Ocak 2025, ss. 457-480.
- Ambartsumian**, Yelena,/ **Cannon**, Maria T., “Why the Obsession with Human Creativity? A Comparative Analysis on Copyright Registration of AI-Generated Works?”, Harvard Art Law Organization, 21.02.2025, https://orgs.law.harvard.edu/halo/2025/02/21/why-the-obsession-with-human-creativity-a-comparative-analysis-on-copyright-registration-of-ai-generated-works/?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 07.08.2025).
- Analla**, Tony, “Zarya of the Dawn: How AI is Changing the Landscape of Copyright Protection”, Harvard Journal of Law & Technology, 06.03.2023, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/zarya-of-the-dawn-how-ai-is-changing-the-landscape-of-copyright-protection> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).
- Aslan**, Belgin, “Yaratıcılık, Orijinallik ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zeka Sistemlerine Yansımaları ve Fikri Hak Boyutuyla Değerlendirilmesi”, TFM, Cilt: 10, Sayı:1, 2024, ss. 3-23.
- Ateş**, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Atila**, Söğüt, “Dealing With AI-Generated Works: Lessons From the CDPA Section 9 (3)”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, C.19, S.1, 2024, ss. 43-54.
- Ayiter**, Nüşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- Bak**, Başak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl: 9, S. 35, 2019, ss. 211-232.
- Bayamlıoğlu**, Emre, “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan Cilt II, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss. 131-140.
- Bayındır**, Anıl Seda, Yapay Zeka Teknolojilerinin Ortaya Koyduğu Buluşların Patentlenebilirliği, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Bayındır**, Anıl Sena/ **Danaher**, John, “Why We Should Recognize AI as an Inventor”, Bioethical Inquiry, 2025, <https://doi.org/10.1007/s11673-025-10429-4> (Erişim Tarihi: 04.08.2025).
- Blaszczyk**, Matt, “Thaler v. Perlmutter: Human Authors at the Center of Copyright?”, Kluwer Copyright Blog, 08.04.2025, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/copyright-blog/thaler-v-perlmutter-human-authors-at-the-center-of-copyright/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Bond**, Toby, “UKIPO Consultation on AI and IP: What are the Implications for UK Copyright Law”, Bird & Bird, 30.11.2021, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/uk/ukipo-consultation-on-ai-and-ip-what-are-the-implications-for-uk-copyright-law> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).

- Bozgeyik**, Hayri, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:25, Sayı:3, 2009, ss. 169-222.
- Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru, “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, S.11, Haziran 2018, ss. 585-622.
- Bozkurt**, Aras, “ChatGPT, Üretken Yapay Zeka ve Algoritmik Paradigma Değişikliği”, Alanyazın Eğitim Bilimleri Eleştirel İnceleme Dergisi, C.4, S.1, 2023, ss. 63-72.
- Bridy**, Annemarie, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, Stanford Technology Law Review, C. 5, 2012, ss. 1-28
- Butrym**, Natalia, “‘Zarya of the Dawn’- AI Generated Comic Book Got Only Part of Copyrights by the U.S. Copyright Office Decision, DeepImage, 07.03.2023, <https://deep-image.ai/blog/zarya-of-the-dawn-ai-generated-comic-book-got-only-part-of-copyrights-by-the-u-s-copyright-office-decision/> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).
- Büyükoğuz Feyzioğlu**, Gülçin, “Dijitalleşen Dünyada Yapay Zeka”, Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka, Editör: E. Eylem Aksoy Retornaz/Osman Gazi Güçlütürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, ss.1-20.
- Caldwell**, Mackenzie, “What is an ‘Author’? - Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens”, Houston Law Review, C. 61, S. 2, 2023, <https://houstonlawreview.org/article/92132-what-is-an-author-copyright-authorship-of-ai-art-through-a-philosophical-lens> (Erişim Tarihi: 01.12.2025).
- Citterio**, Carolina, “Thaler v. Perlmutter: The Latest in a Series of Copyright Denials for AI Art”, Trevisan & Cuonzo, 12.05.2025, <https://www.ipinitalia.com/copyright/thaler-v-perlmutter-the-latest-in-a-series-of-copyright-denials-for-ai-art/> (Erişim Tarihi: 14.08.2025).
- Copyright Alliance, “Why Register When Protection is Automatic”, <https://copyrightalliance.org/faqs/why-register-copyright/> (Erişim Tarihi: 05.08.2025).
- Çakır**, Barış, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Bakımından Yapay Zekanın Eser Sahipliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Çataklar**, Eda, Çalışan Eserleri, İş Sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Çoban**, Yiğit Türker, “Türk Fikri Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Yapay Zeka Ürünleri”, Editör: Erdem Büyüksağış, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 181-224.
- Çopur**, Özgühan, “Yapay Zeka Ürünleri ve Fikri Mülkiyet Hakları”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2016, Editör: Tekin Memiş, Yetkin Yayınları, 2019, ss.69-74.
- Cornell Law School, Legal Information Institute, “Compilation”, <https://www.law.cornell.edu/wex/compilation> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).
- Damman**, Kirk A./ **Siders**, Benjamin J./ **Nolan**, Miranda R., “D.C. Circuit Affirms Human Authorship Requirement for Copyright Protection”, Lewis Rice LLC, 21.03.2025, <https://www.lewisrice.com/publications/d-c-circuit-affirms-human-authorship->

- requirement-for-copyright-protection/?utm_source=chatgpt.com (Erişim Tarihi: 11.08.2025).
- Desmonts, Vivian/ Liang, Ivy**, “Is the Chinese ‘Dreamwriter’ Case Really a Groundbreaking Case for AI-Generated Works?”, *Gowling WLG*, 12.06.2020, <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2020/china-dreamwriter-case> (Erişim Tarihi: 27.08.2025).
- Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, *Generative AI and Copyright, Training, Creation, Regulation*, Temmuz 2025, s.8, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU\(2025\)774095_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU(2025)774095_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, *Study, Generative AI and Copyright, Training, Creation, Regulation*, Temmuz 2025, [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IUST_STU\(2025\)774095](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IUST_STU(2025)774095) (Erişim Tarihi: 10.09.2025).
- Directorate-General for Citizens’ Rights, Justice and Institutional Affairs, *Generative AI and Copyright, Training, Creation, Regulation*, Temmuz 2025, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU\(2025\)774095_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/774095/IUST_STU(2025)774095_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Doğan, Esmâ Muheyne**, “Üretken Yapay Zeka Modellerinin Eğitiminde Kullanılan İçeriklerin Telif Hakkı İhlali: ABD’deki Güncel Davalar Işığında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *TFM*, Cilt:11, Sayı:1, ss.91-109.
- Eraslan, Fatih**, *Çalışanların Meydana Getirdiği Eserler, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul, 2024.
- European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs
- Fromer, Jeanne C./ Sprigman, Christopher Jon**, *Copyright Law Cases and Materials*, 2024, <https://www.copyrightbook.org/> (Erişim Tarihi: 05.08.2025).
- Gaffar, Hafız/ Albarashdi, Saleh**, “Copyright Protection for AI-Generated Works: Exploring Originality and Ownership in a Digital Landscape”, *Asian Journal of International Law*, Cilt: 15, Sayı:1, 2025, Cambridge University Press, ss. 23-46.
- Garon, John M./ Ziff, Elaine D.**, “The Work Made for Hire Doctrine Revisited: Startup and Technology Employees and the Use of Contracts in a Hiring Relationship”, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Cilt: 12, Sayı:2, 2011, ss. 489-527.
- Gervais, Daniel J.**, “Feist Goes Global: A Comparative Analysis of the Notion of Originality in Copyright Law”, 03.06.2005, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=733603 (Erişim Tarihi: 07.08.2025).
- Gibson, Johanna**, “Sine Qua Non-sense: Originality and the End of Copyright”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, C. 10, S.4, 2020, ss. 411-417.
- Gözet, Melisa/ Filiz, Ulaş/ Yılmaz, Asım Egemen**, “Üretken Yapay Zeka”, *International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies*, C.7, S.1, 2023, ss. 32-40.

- Gözübüyük**, Barış, “Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorun ve Çözüm Önerileri”, Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C.1, S.1, 2021, ss. 54-81.
- Grossman**, David/ **Barger**, Keane, “Thaler v. Perlmutter”, Loeb & Loeb, 18.08.2023, <https://www.loeb.com/en/insights/publications/2023/08/thaler-v-perlmutter> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Guadamuz**, Andres, “Chinese Court Declared That AI-Generated Image Has Copyright”, TechnoLlama, 09.12.2023, <https://www.technollama.co.uk/chinese-court-declares-that-ai-generated-image-has-copyright> (Erişim Tarihi: 15.08.2025) (“Chinese Court”).
- Guadamuz**, Andres, “Can the Monkey Selfie Case Teach Us Anything About Copyright Law”, WIPO Magazine, 21.02.2018, <https://www.wipo.int/web/wipo-magazine/articles/can-the-monkey-selfie-case-teach-us-anything-about-copyright-law-40287> (Erişim Tarihi: 15.08.2025) (“Monkey”).
- Guadamuz**, Andres, “Do Androids Dream of Electric Copyright?”, Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works”, Artificial Intelligence and Intellectual Property, Editör: Jyh-An Lee/ Reto M. Hilty/ Kung-Chung Li, Oxford University Press, 2021, ss. 147- 176 (“Electric Copyright”).
- Güçlütürk**, Osman Gazi, Yapay Zeka ve Verinin Kullanımı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022 (“Yapay Zeka”).
- Güçlütürk**, Osman Gazi, “ChatGPT ile Üretilen İçeriklerin Eser Niteliğinin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, GSÜHFD, S.2, 2022, ss. 1899-1918 (“ChatGPT”).
- Güçlütürk**, Osman Gazi/ **Cankat**, Rıfat, “Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi”, GSÜHFD, Sayı:1, 2022, ss.195-222.
- Hardy**, Trotter, “The Copyright Doctrine of ‘Works Made for Hire’”, College of William & Mary Law School Faculty Publications, 1988, <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1237/> (Erişim Tarihi: 01.08.2025).
- Hirsch**, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, İstanbul, 1943.
- Hooker**, Matthew P., “Naruto v. Slater: One Small Step for a Monkey, One Giant Lawsuit for Animal-Kind”, Wake Forest Law Review, 05.02.2020, <https://www.wakeforestlawreview.com/2020/02/naruto-v-slater-one-small-step-for-a-monkey-one-giant-lawsuit-for-animal-kind/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- <https://stability.ai/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025)
- <https://stablediffusionweb.com/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).
- <https://www.midjourney.com/home> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).
- Japonya Kültür Konseyi Telif Hakkı Alt Komisyonu, General Understanding on AI and Copyright in Japan, Mayıs 2024, https://www.bunka.go.jp/english/policy/copyright/pdf/94055801_01.pdf (Erişim Tarihi: 12.09.2025).

- Kapoor, Rahul/ Slack, Katrina**, “Beijing Court Approves Copyright Protection for AI-Generated Images”, Morgan Lewis, 05.01.2024, <https://www.morganlewis.com/blogs/sourcingatmorganlewis/2024/01/beijing-court-approves-copyright-protection-for-ai-generated-images> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).
- Kara Kılıçarslan, Seda**, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, YBHD, Sayı: 2, 2019, ss. 363-389.
- Karaca, Uğur/ Karataş, Esra**, “Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin Korunması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2022, ss. 17-50.
- Kashyap, Nitish**, “Only Humans Can Claim Copyright; USCO’s Decision in “Zarya of the Dawn”, Mondaq, 08.01.2024, <https://www.mondaq.com/india/copyright/1408348/only-humans-can-claim-copyright-uscos-decision-in-zarya-of-the-dawn> (Erişim Tarihi: 05.08.2025).
- Kaynak Balta, Büşra**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Kavramı ve Yapay Zeka Ürünleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.
- Kelleher, John**, Deep Learning, The MIT Press Essential Knowledge Series, 2019.
- Köse, Mutlu Yıldırım/ Yıldız, Havva/ Yücel, Su**, “Artificial Intelligence (AI) and Copyright”, Gün + Partners, 20.04.2025, <https://gun.av.tr/insights/updates/artificial-intelligence-ai-and-copyright> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).
- Kreutzer, Ralf T./ Sirrenberg, Marie**, Understanding Artificial Intelligence, Springer, 2020.
- Küçükali, Berna Tuğçe**, The Protection of AI-Generated Works Under European Copyright Law: Toward Adoption of a Neighbouring Rights Approach, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, University of British Columbia, Vancouver, 2022.
- Lai, Stanley/ Lim, David/ Shi, Linda/ Tay, Justin**, “Legal implications - Beijing Internet Court Grants Copyright Protection to AI-Generated Artwork”, National University of Singapore, Centre for Technology, Robotics, Artificial Intelligence & the Law, Mart 2024, <https://law.nus.edu.sg/trail/legal-implications-beijing-internetcourt-copyright/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).
- Lawler, Richard**, “The US Copyright Office Says You Can’t Copyright Midjourney AI-Generated Images”, The Verge, 23.02.2025, <https://www.theverge.com/2023/2/22/23611278/midjourney-ai-copyright-office-kristina-kashtanova> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).
- Lee, Jyh-An**, “Computer Generated Works Under the CDPA 1988”, Artificial Intelligence and Intellectual Property, Editör: Jyh-An Lee/ Reto M. Hilty/ Kung-Chung Li, Oxford University Press, 2021, ss. 177-195.
- Levi, Stuart D./ Feirman, Jordan/ Ghaemmaghami, Mana/ Neal, MacKinzie M.**, “Appellate Court Affirms Human Authorship Requirement for Copyrighting AI-Generated Works”, Skadden, 21.03.2025, https://www.skadden.com/-/media/files/publications/2025/03/appellate_court_affirms_human_authorship_requirement_for_copyrighting_aigenerated_works.pdf?rev=7e0c1765b52c45b8bb358fa16fea8ca (Erişim Tarihi: 14.08.2025).

- Luo**, Calvin, “Understanding Diffusion Models: A Unified Perspective”, 25.08.2022, <https://arxiv.org/abs/2208.11970> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).
- Maman**, Ayşenur, Telif Hakkı Kapsamında Yapay Zeka ve Ürünlerinin Eser Niteliği, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Mathur**, Atreya, “Case Review: Thaler v. Perlmutter”, Center for Art Law, 11.12.2023, <https://itsartlaw.org/art-law/case-summary-and-review-thaler-v-perlmutter/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- McDermott**, Eileen, “Thaler Urges Full D.C. Circuit to Rehear AI-Generated Art Case”, IP Watchdog, 06.05.2025, <https://ipwatchdog.com/2025/05/06/thaler-urges-full-d-c-circuit-rehear-ai-generated-art-case/id=188695/#> (Erişim Tarihi: 14.08.2025).
- Mo**, Wang/ **Yibing**, Zhao, China’s First Case on Copyrightability of AI-Generated Picture”, King & Wood Mallesons, 07.12.2023, <https://www.kwm.com/cn/en/insights/latest-thinking/china-s-first-case-on-copyrightability-of-ai-generated-picture.html> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Özkan**, Aras, “Yapay Zeka Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması”, TBB Dergisi, Sayı: 164, 2023, ss. 207-238.
- Özkan**, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Pazur**, Barbara, “What is Midjourney? Here’s What You Need to Know About the AI Image Generator”, CNet, 05.02.2025, <https://www.cnet.com/tech/services-and-software/what-is-midjourney-heres-what-you-need-to-know-about-the-ai-image-generator/> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).
- Pila**, Justine/ **Torremans**, Paul, European Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2019.
- Polydor**, Sylvia/ **Czapska**, Martyna/ **Roberts**, Karen, “Chinese Dreamwriter Decision: A Dream Come True for AI-Generated Works?”, Connect on Tech, Baker & McKenzie, 20.04.2020, <https://connectontech.bakermckenzie.com/chinese-dreamwriter-decision-a-dream-come-true-for-ai-generated-works/> (Erişim Tarihi: 27.08.2025).
- Savage**, Christopher/ **Rosenfeld**, James, “Diverging International Approaches to the Copyrightability and Authorship of AI-Generated Works”, David Wright Tremaine LLP, 30.01.2024, <https://www.dwt.com/blogs/artificial-intelligence-law-advisor/2024/01/chinese-internet-court-rules-on-ai-authorship> (Erişim Tarihi: 19.08.2025).
- Schönberger**, Daniel, “Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)”, Droit d-ateur 4.0/Copyright 4.0, Editör: Jacques De Werra, 2018, ss. 145-173, <https://ssrn.com/abstract=3098315> (Erişim Tarihi: 10.09.2025).
- Shukla**, Bhavik/ **Hussain**, Hatim, “Shenzen Tencent v. Shanghai Yinxun: AI Authors, Copyright and Some (Hard) Lessons for India”, SpicyIP, 08.08.2020, <https://spicyip.com/2020/08/shenzen-tencent-v-shanghai-yinxun-ai-authors-copyright-and-some-hard-lessons-for-india.html> (Erişim Tarihi: 19.08.2025).
- Song**, Seagull, “China’s First Case on Copyrightability of AI-Generated Picture”, King & Wood Mallesons, 07.12.2023, <https://www.kwm.com/cn/en/insights/latest-thinking/china-s-first-case-on-copyrightability-of-ai-generated-picture.html> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

- Stamatoudi**, Irina A., “Chapter 3: Originality Under EU Copyright Law”, Research Handbook on Copyright Law, Editör: Paul Torremans, Edward Elgar Publishing, 2017, ss. 57-84.
- Stein**, Anna Maria, “US Copyright Office and AI: Notice of Inquiry and the Théâtre D’opéra Spatial Case”, IPKat, 27.09.2023, <https://ipkitten.blogspot.com/2023/09/us-copyright-office-and-ai-notice-of.html> (Erişim Tarihi: 29.10.2025).
- Suluk**, Cahit, Fikri Mülkiyet Haklarının Koruma Kuvveti, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.
- Surden**, Harry, “ChatGPT, AI Large Language Models, and Law”, Fordham Law Review, C. 92, S. 5, 2024, ss. 1941-1972 (“LLMs”).
- Surden**, Harry, “Machine Learning and Law”, Washington Law Review, C. 89, S. 1, 2014, ss. 87-115 (“ML”).
- Tam**, Adrian, “Brief Introduction to Diffusion Models for Image Generation”, Machine Learning Mastery, 18.07.2024, <https://machinelearningmastery.com/brief-introduction-to-diffusion-models-for-image-generation/> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).
- Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Traurig**, Greenberg, “Understanding AI Terms: What is Output Data?”, Lexology, 18.08.2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e79e1e56-c502-49b1-bdb7-cf3338ec09c4> (Erişim Tarihi: 12.09.2025).
- UKIPO, Closed Consultation, Copyright and Artificial Intelligence, 17.12.2024, <https://www.gov.uk/government/consultations/copyright-and-artificial-intelligence/copyright-and-artificial-intelligence#c-our-proposed-approach> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).
- UKIPO, Consultation Outcome, Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright and Patents, 28.06.2022, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents/artificial-intelligence-and-intellectual-property-copyright-and-patents> (Erişim Tarihi: 28.10.2025).
- U.S. Copyright Office, “What is Copyright?”, <https://www.copyright.gov/what-is-copyright/#:~:text=Registering%20a%20work%20is%20not,rights%20of%20copyright%20through%20litigation.> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).
- Van Loon**, Erica, “U.S. Copyright Office Limits Registration for AI-Created Zarya of the Dawn Novel”, Nixon Peabody, 09.03.2023, <https://www.nixonpeabody.com/insights/alerts/2023/03/09/us-copyright-office-limits-registration-for-ai-created-zarya-of-the-dawn-graphic-novel> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).
- Vemula**, Anand, Diffusion Models: Practical Guide to AI Image Generation, 2024.
- Wang**, Yuqian/ **Zhang**, Jessie, “Beijing Internet Court Grants Copyright to AI-Generated Image for the First Time”, Kluwer Copyright Blog, 02.02.2024, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/copyright-blog/beijing-internet-court-grants-copyright-to-ai-generated-image-for-the-first-time/> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).
- Wininger**, Aaron, “Beijing Internet Court Releases Translation of Li vs. Liu Recognizing Copyright in Generative AI”, China IP Law Update, 22.01.2024, <https://www.chinaiplawupdate.com/2024/01/beijing-internet-court-releases-translation-of-li-vs-liu-recognizing-copyright-in-generative-ai/> (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

Wolfson, Stephen, “Zarya of the Dawn: US Copyright Office Affirms Limits on Copyright of AI Outputs”, Creative Commons, 27.02.2023, <https://creativecommons.org/2023/02/27/zarya-of-the-dawn-us-copyright-office-affirms-limits-on-copyright-of-ai-outputs/> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

Yalçın Uslu, Merve Nur, Protection of AI-Generated Products and Examination within the Context of the European Union and Turkish Copyright Laws, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Koç Üniversitesi, İstanbul, 2023.

Yılmaztekin, Hasan Kadir, “Türk Fikri Haklar Hukuku Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?”, GSÜHFD, Sayı:2, 2020, ss.1513-1586 (“Yapay Zeka Eserleri”)

Yılmaztekin, Hasan Kadir, Yapay Zekanın Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021 (“Eser Sahipliği”).

Yusufoğlu, Fülürya, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Zorluel, Mustafa, “Yapay Zeka ve Telif Hakkı”, TBB Dergisi, C. 32, S. 142, 2019, ss. 305-356.

Kararlar

ABD Columbia Bölge Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, 1:22-cv-01564, 18.08.2023, https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.243956/gov.uscourts.dcd.243956.24.0_2.pdf (Erişim Tarihi: 11.08.2025).

ABD Columbia Temyiz Mahkemesi, Thaler v. Perlmutter, No. 23-5233, 18.03.2025, <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/23-5233/23-5233-2025-03-18.pdf?ts=1742313701> (Erişim Tarihi: 11.08.2025).

ABD Dokuzuncu Temyiz Mahkemesi, Naruto v. Slater, No. 16-15469, 23.04.2018, <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

ABD Telif Hakkı Ofisi, Théâtre D’opéra Spatial Kararı, 05.09.2023, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf> (Erişim Tarihi: 29.10.2025).

ABD Telif Hakkı Ofisi, Zarya of the Dawn Kararı, 21.02.2023, <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf> (Erişim Tarihi: 06.08.2025).

ABD Yüksek Mahkemesi, Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 27.03.1991, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/> (Erişim Tarihi: 07.08.2025).

Pekin İnternet Mahkemesi, Li v. Liu, (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, 27.11.2023, Karar Çevirisi, <https://patentlyo.com/media/2023/12/Li-v-Liu-Beijing-Internet-Court-20231127-with-English-Translation.pdf> (Erişim Tarihi: 15.08.2025).

Diğer Kaynaklar

“Intro to Idol Culture”, [https://www.la-idolmatsuri.org/intro-to-idol-culture#:~:text=Idols%20\(also%20called%20'aidoru',who%20perform%20in%20said%20style.](https://www.la-idolmatsuri.org/intro-to-idol-culture#:~:text=Idols%20(also%20called%20'aidoru',who%20perform%20in%20said%20style.) (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

“Japanese Idol”, https://en.wikipedia.org/wiki/Japanese_idol (Erişim Tarihi: 18.08.2025).

“Tencent Dreamwriter”, IIC, C. 51, 2020, ss. 652-659, <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00944-9> (Erişim Tarihi: 27.08.2025) (“Tencent”).

“Thaler v. Perlmutter”, Stanford Libraries, <https://fairuse.stanford.edu/case/thaler-v-perlmutter/> (Erişim Tarihi: 14.08.2025)

ABD Telif Hakkı Ofisi, Copyright and Artificial Intelligence, Part 2: Copyrightability, Ocak 2025, <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2025).

TÜRK VE İTALYAN MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA DAVADA HUKUKÎ MENFAAT KAVRAMI^(*)

Duygu DURAN^(**)

Öz: Bu makalede, hukukî menfaat kavramı dava açma hakkının koşulu olarak ele alınmaktadır. Bu çalışmada, hukukî menfaatin unsurları, dava türlerine göre farklı görünüşleri ve usul hukuku ilkeleriyle ilişkisi incelenmektedir. Çalışmada, hukukî menfaatin unsurları ortaya konularak bu unsurun farklı dava türlerinde nasıl somutlaştığı açıklanmıştır. Özellikle eda davalarında, tespit ve inşai davalarda hukukî menfaatin görünüşleri üzerinde durulmuştur. Ayrıca, hukukî menfaatin, usul ekonomisi ve dürüstlük ilkesi ile bağlantısı değerlendirilmiştir. Bu ilkeler ve unsurları, Türkiye’de yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İtalya’da yürürlükte bulunan Medenî Usûl Kanunu bağlamında ele alınmış ve her iki hukuk düzeni arasındaki benzerlikler ve farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukukî Menfaat, Dava Şartı, Tespit Davası, Usul Ekonomisi, Dürüstlük İlkesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 23.07.2025 - Makale Kabul Tarihi: 05.12.2025.

^(**) Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: duygu.duran@student.asbu.edu.tr,
Orcid: 0009-0009-0290-1068.

THE CONCEPT OF LEGAL INTEREST IN CIVIL ACTIONS UNDER TURKISH AND ITALIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

Abstract: In this article, the concept of legal interest is examined as a prerequisite for the right to bring an action. The study analyses the elements of legal interest, its various manifestations depending on the type of action, and its relationship with fundamental principles of procedural law. By identifying the components of legal interest, the article explains how this requirement becomes concrete in different types of lawsuits. Particular emphasis is placed on how legal interest appears in performance actions, declaratory actions, and constitutive actions. In addition, the connection between legal interest and the principles of procedural economy and good faith is evaluated. These principles and their elements are examined within the framework of the Turkish Code of Civil Procedure and the Italian Code of Civil Procedure, with an aim to highlight the similarities and differences between the two legal systems.

Keywords: Legal Interest, Procedural Prerequisite, Declaratory Action, Procedural Economy, Principle of Good Faith.

GİRİŞ

Menfaat kavramı Arapça kökenli olup “fayda”, “yarar”, “çıkar”, ve “kâr” kelimelerini içermektedir¹. Menfaat kavramının dava açma hakkı yönünden varlığının kabulünde ise “meşru”, “güncel” ve “doğrudan” olma özelliklerinin bir arada bulunarak “hukukî menfaat” haline bürünmesi aranır². Bu çalışmada ise bu özellikleri bir arada bulunduran yani davada menfaatin hukukî korunduğu durumların analizi yapılmaktadır. Menfaat dava şartlarından yalnızca biri olup bu çalışmada bu şart üzerinde durulmaktadır. Menfaat kavramı denize benzetildiğinde, denizin bulunduğu bölgeye göre barındırdığı canlı türlerinin değişmesi gibi, menfaatin unsurlarının da dava türlerine göre farklılık gösterebileceği söylenebilir. Ancak su, kum ve taş gibi bazı temel unsurların görünümü değişse bile her denizde bulunması gerektiği gibi, menfaat kavramının da her tür davada sahip olması gereken değişmez unsurları vardır. Bu farklı görünümlerden hukuk düzenince tanımlanmış veya yorum yoluyla tanımlanabilecek olanları “hukukî menfaat” olarak değerlendirmekte ve bu çalışma konusunu bu kavram ile sınırlandırmaktayız. Hukukî menfaat, bir davanın korunmaya değer bir hak veya çıkar ile bağdaştırılarak yargı yolunun hukukî korunma ihtiyacı bulunan durumlarda işletilmesini sağlar³.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (“HMK”) ve Türk doktrininde sıkça adı geçen “hukukî yarar” ibaresi yerine daha geniş ve soyut nitelik taşıması sebebiyle bu çalışmada “hukukî menfaat” kavramı tercih edilmiştir. Nitekim terminolojik olarak Türk hukukunda genellikle “hukukî yarar” terimi kullanılmışsa da menfaat kavramı yarardan daha geniştir.⁴ Menfaat, maddi veya manevi her türlü değeri kapsayabilecek soyut bir çıkarı ifade ederken yarar, somut bir faydayı ifade eder⁵. Doktrinde bazı yazarlar, “hukukî menfaat” yerine “hukukî himaye ihtiyacı” kavramını tercih ederek, davacının talep konusu hakkında mahkemeden korunma istemesini objektif

¹ Ferit, **Develioğlu**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 1997, s. 614; Emel, **Hanağası**, Davada Menfaat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 5.

² **Hanağası**, s. 6.

³ Mustafa Reşit, **Belgesay**, Dava Teorisi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943, s. 29; Necip, **Bilge/Ergun**, **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s. 406; Saim, **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s. 312.

⁴ **Hanağası**, s.5.

⁵ **Develioğlu**, s.614.

bir ihtiyaç olarak vurgulamakta ve bu kavramla menfaatin yalnızca subjektif bir yarar değil, yargısal müdahaleyi gerektiren koruma ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir⁶. Hukukun her alanında farklı görünümeler kazanması sebebiyle de dava açmak için aranan çıkarın menfaat terimi ile yorumlanması daha isabetlidir. Hukukî menfaat ise (İtalyanca *interesse giuridico*, *interesse ad agire*, Latince *interesse*) hukukun koruduğu ya da korumaya değer bulunduğu çıkarları ifade eder.

Hukukî menfaat kavramı tarihsel olarak Roma hukukundan modern medenî hukuka kadar uzanan derin köklere sahiptir. Roma hukukunda dava hakkı (*actio*) kavramı davacının meşru çıkarını (*interesse*) ifade eder ve “dava açmakta hukukî menfaat” ilkesinin en eski örneklerinden biridir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde de 19. yüzyıldan itibaren, dava açılabilmesi için hukukî menfaat arandığı görülür. Nitekim İtalya’da halen yürürlükte olan 1942 tarihli İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun (“CPC”) 100. maddesi, 1865 tarihli önceki kanunun 36. maddesinden tevarüs etmiştir⁷. Bu tarihsel arka plan, hukukî menfaat şartının köklü bir geçmişe sahip olduğunu göstermektedir.

Hukukî menfaat kavramı dava çeşitlerine göre farklı şekillerde karşımıza çıkar. Dava açmak isteyen kişinin hukukî menfaati, sadece ekonomik bir kazanç olabileceği gibi ekonomik olmayan manevi veya ideal değerlere ilişkin de olabilir. Hukuk felsefesi ve sosyolojisi perspektifinden bakıldığında da hukukun şekillenmesinde ekonomik menfaatlerin yanı sıra kişisel güvenlik, onur ve haysiyet gibi menfaatlerin de etkili olduğu kabul edilmektedir⁸. Bu menfaatlerden bazıları hukuk düzenince koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla hukukun koruduğu menfaatler yalnız maddi değil, manevi değerleri de içerir⁹. Bu sebeple hukukî menfaati yalnızca şekli bir dava şartı olarak ele almak yerinde olmaz. Her somut duruma göre yeniden değerlendirme ihtiyacı doğmaktadır¹⁰.

⁶ **Hanağası**, s.5; H. Yavuz, **Alangoya**/M. Kâmil, **Yıldırım**/Nevhis, **DerenYıldırım**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 193; Arslan, s. 211.

⁷ https://www.treccani.it/enciclopedia/interesse-ad-agire_%28Diritto-on-line%29/, Erişim Tarihi: 10.04.2025.

⁸ Orhan, **Hançerlioğlu**, *Felsefe Ansiklopedisi*, C. 1 (A-D), İstanbul 1976, s. 255-256.

⁹ Vecdi, **Aral**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 2001, s. 35; Hilmi Ziya, **Ülken**, “Hukuk Felsefesi Dersleri, Giorgio **Del Vecchio**”, *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*, s. 153-157.

¹⁰ Yasemin, **Işıktaç**, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, İstanbul 2014, s. 7.

Hukukî menfaat kavramı, felsefeciler tarafından hakkın menfaati korumak için bir araç olduğu şeklinde temellendirilmiştir. Bu kavram hakkın arkasında korunmaya değer bir menfaat olduğu görüşü çerçevesinde şekillendirilmiştir¹¹. Bir hak ihlal edildiğinde hakka bağlı menfaat de zarar görmektedir. Burada hukuk düzeninin görevi ise hakkı koruyarak menfaati güvence altına almaktır. Bu bakımdan her hak bir menfaati korur. Haliyle menfaat kavramı hak kavramından daha geniştir. Her menfaat hukuk düzenince hak olarak korunmayabilir ancak her hak bir menfaati bünyesinde barındırır. Bu duruma örnek olarak kumar borcu gibi ödenmesinde bir menfaati barındıran ancak Türk hukukunda ahlaka aykırı olduğu için hukukî olarak korunmayan menfaatler gösterilebilir. Kumar alacağında, kişinin ekonomik bir menfaati bulunsun da hukukî menfaatinin olduğu kabul edilmez¹². Hukukî menfaatin kabul edilmesi için aranan ise alelade bir menfaat değil, “hukuken korunan” menfaattir¹³.

Türk hukukunda dava çeşitleri, HMK’da tanımlanmıştır. HMK’nın 105-113. maddeler arasında dava çeşitlerinin sayılması, HMK’da dava çeşitlerinin sınırlı sayıda (*numerusclausus*) düzenlendiğini gösterir. Madde hükümlerinde yer alan tanımlardan, hangi koşullarda hangi dava türlerinin açılacağı anlaşılmaktadır.

Bu dava çeşitlerinde HMK’nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davaları hariç hiçbirinde “hukuken korunmaya değer güncel bir yarar” ibaresi kullanılmamıştır. Ancak dava çeşitlerinin madde metinlerinde yer alan tanımları hangi koşulların sağlanması halinde hukukî menfaat şartının yerine getirilmiş sayılacağını gösterir. Dolayısıyla dava çeşitlerinin tanımlanması sayesinde hukukî menfaatin ayrıca tanımlanmasına gerek bulunmamaktadır¹⁴.

Türk hukukunda dava çeşitleri açıkça tanımlanmış olduğundan, her bir davanın hangi hukukî ihtiyaçtan doğduğu bellidir. Bu nedenle tanımı ve kapsamı zaten dava türüyle belirlenmiş bir unsur olan hukukî menfaatin ayrıca tanımlanmasına ihtiyaç duyulmaz. İtalyan hukukunda ise durum farklıdır. Nitekim

¹¹ Rudolf von, **Jhering**, *Bir Hakkın Hikâyesi*, (çev. Ahmet Münir Paşa), İstanbul 2019, s. 15.

¹² Gökhan, **Şahan**, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin hukukî Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 15, 2020, s. 401-421.

¹³ **Hanağası**, s. 6.

¹⁴ Hakan, **Pekcanitez**/Oğuz, **Atalay**/Muhammet, **Özekes**, *MedenîUsûl Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2025, s. 503.

İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nda dava çeşitleri sayılmamış olmakla beraber kanunun 100. maddesinde açıkça menfaat tanımı yapılmıştır. Haliyle İtalyan hukukunda, dava çeşitleri arasında sistematik bir ayırım yapılmaksızın menfaat şartı, her dava için ayrıca değerlendirilmesi gereken bir unsur olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda ise menfaat şartı, dava şartı olarak genel nitelikte kabul edildiğinden, ayrıca dava türlerine göre değişen bir kriter niteliği taşımaz. İtalyan öğretisinde bu durum, Chiovenda¹⁵ ve Calamandrei¹⁶ tarafından, yargılamanın fonksiyonunun yalnızca hakkı tespit etmek değil, aynı zamanda sosyal ihtiyaçları karşılamak olduğu fikriyle temellendirilmiştir. Bu sebeple hukukî menfaatin somut olayda mevcut olup olmadığına ilişkin değerlendirme her zaman hâkimin takdirinde olan bir ön şart olarak görülmüştür.

Sonuç olarak, Türk hukukunda dava çeşitlerinin tanımlanmış olması, her birine özgü menfaatin zaten içsel olarak belirlenmiş olmasını sağlar. Bu nedenle ayrıca “hukukî menfaat” tanımına gerek duyulmaz. İtalyan hukukunda ise bu tür bir sistematik ayırım bulunmadığından, tüm davalarda menfaat şartının ayrıca değerlendirilmesi zorunludur. Bu fark, iki sistem arasındaki temel yapısal ayrımlardan birini oluşturur. Bu çalışmada ise yalnızca Türk hukukunda tanımları bulunan dava çeşitlerinden eda davaları ile tespit davalarının karşılaştırmalı olarak davada hukukî menfaat yönünden incelemesi yapılmaktadır.

I. DAVA ŞARTI OLARAK HUKUKİ MENFAAT

Hukukî menfaat Türk hukukunda, HMK'nın 114. maddesinin h bendinde “hukukî yarar” ifadesiyle dava şartları arasında sayılmıştır. Aynı kanunun 115. maddesi uyarınca da davanın esasına girilmeden önce hukukî menfaat şartının sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Hukukî menfaatin bulunmadığı durumlarda dava usulden reddedilir. Nitekim Türk Medenî Usul Hukukunda hukukî menfaat, dava açılabilmesinin temel koşullarındandır. İtalyan Medenî Usul Hukukunda da 1942 tarihli İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun hukukî menfaat (*interesse ad agire*) başlığı taşıyan 100. maddesinde “*Bir talepte bulunmak veya bir talebe karşı çıkmak için bu konuda menfaatin bulunması*” gerektiği hüküm altına alınmıştır¹⁷. Bu bağlamda her iki hukuk düzenince de hukukî menfaatin bir dava şartı olduğu açıktır.

¹⁵ Giuseppe, **Chiovenda**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cilt I, Roma 1936.

¹⁶ Piero, **Calamandrei**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cilt I, Firenze 1946.

¹⁷ CPC, m.100, “*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse.*”

Türk ve İtalyan hukuklarındaki baskın görüşe göre de yargılamaya ilişkin dava açma menfaati usul ekonomisi ilkesinin bir yansıması olarak nitelendirilmiştir¹⁸. Bu koşul hem Türk hukuku hem de İtalyan hukuku uyarınca yargının etkin işleminin aracıdır. Her iki ülke hukukunda da usul ekonomisi ilkesi ile hukukî menfaat kavramının yakından ilişkili olduğu değerlendirilmiştir. Türk hukukundaki değerlendirmelere göre, dava açılması için hukukî menfaat aranması halinde gereksiz açılan davalar esasa girilmeden reddedilebilir. Bu sayede emek, zaman ve maliyet açısından ciddi bir tasarruf sağlanır. Devletin imkanları gereksiz harcanmayacağından hukukî menfaat HMK'nın 30. maddesinde usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesine hizmet eder¹⁹. İtalyan hukukunda usul ekonomisi ilkesi Türk hukukunda yer aldığı gibi ilke olarak kaçıkça bir maddede tek başına düzenlenmemiş olsa da aynı özellikler dolaylı olarak birçok hükümde ve yargı kararlarında kendini göstermektedir. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141. maddesinde yargının görevleri arasında sayılan yargılamanın en az giderle ve süratle sonuçlandırılması hükmünün benzeri 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın ("*La Costituzione della Repubblica Italiana*") 111. maddesinde makul sürede yargılanma hakkı olarak yer almıştır²⁰. Yine İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun 175. maddesi "*hâkim, yargılamanın en hızlı ve dürüst biçimde yürütülmesini sağlamak üzere gereken tüm yetkileri kullanır*" hükmünü ihtiva eder²¹. Bu maddede geçen dürüstlük ifadesinden hareketle hukukî menfaatin ilişkili olduğu bir diğer kavramın davacının dürüstlük ilkesine uymaya zorlanması olduğu söylenebilir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesi 1942 tarihli İtalyan Me-

¹⁸ Corte Di Cassazione, Ordinanza 10.02.2022, n. 4410, "*La concretezza dell'interesse all'agire processuale è misurata dall'idoneità del provvedimento richiesto a soddisfare l'interesse sostanziale protetto, da cui il primo muove, e in tale aspetto l'interesse ad agire è manifestazione del principio di economia processuale; nella medesima prospettiva si pone la risalente e ricorrente affermazione dell'indispensabilità di un interesse attuale, coordinato ad una posizione giuridica già sorta in capo all'interessato e tale che la sua effettiva assistenza escluda il carattere meramente potenziale della lesione.*"

¹⁹ Hanağası, s. 32; Merve, Usta, *Medenî Usul Hukukunda Tespit Davalarında hukukî Yarar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 11. Aksi yöndeki görüş için; Nevhis, Deren-Yıldırım, "Kolektif Hukukî Himaye Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (I)", *Yargutay Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1-2, 1997, s. 137-154; Ejder, Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, s. 243-274.

²⁰ La Costituzione della Repubblica Italiana, m. 111, "*La legge assicura la ragionevole durata del processo.*"

²¹ Codice di Procedura Civile, m. 175, "*Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento.*"

denî Kanunu'nun "*CodiceCivile*"dürüst davranma yükümlülüğü "*comportamento secondo correttezza*" başlıklı 1175. maddesinde borçlar hukuku bağlamında düzenlenmiştir²². Türk hukukunda ayrıca HMK'nın 29. maddesinde de dürüstlük bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu maddelerden hareketle hukukî menfaat eksikliği sebebiyle davanın usulden reddi, dürüstlük kuralına aykırı dava açılmasının da önüne geçmektedir²³. Bu durumda hukukî menfaatin davacıyı dürüst davranmaya zorladığı çıkarımı yapılabilir²⁴. Bu duruma örnek olarak tespit davalarında aranan hukukî menfaatlerden birinin tespit davası açılmasının kötüye kullanılmaması şartıdır²⁵. Özetle hukukî menfaat, yargılama makamlarının lüzumsuz meşgul edilmemesini ve dava hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanılmasını sağlar.

Hukukî menfaatin dürüstlük kuralına dayanması gerektiğini savunan İtalyan yargı kararında,²⁶ bir hukuk ilişkisini tanımak amacıyla dava açarken, sadece teorik bir hakka sahip olmak değil, somut ve geçerli bir çıkarın olması gerektiği belirtilmiştir. Benzer konuyu ele alan kararda²⁷ ise davacının taleplerini hukukî sonuçlarıyla ilişkilendirerek, talebin geçerliliği hakkında bir açıklama yapma yükümlülüğü bulunduğu söylenmiştir. Ayrıca dava açan kişinin, mevcut bir hukukî ilişkiye dayalı hakları olması gerekirken, zarar şartı aranmamıştır. Bu konuyu vurgulayan bir İtalyan yargı kararında,²⁸ kişinin bir hukukî ilişkiden kaynaklı haklarının olduğunu iddia etmesi halinde hâkimin bu hukukî ilişki hakkında belirsizliği gidermek üzere inceleme yapma yükümlülüğüne değinilmiştir. Usul ekonomisinin hukukî menfaat ile ilişkilendirildiği bir kararda,²⁹ davacının davada hakkını savunurken, başvuru yargısal işlemlerin somut faydalı bir sonuç doğurup doğurmadığına odaklanılmalı denilmiştir.

²² CodiceCivile, m. 1175, "Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza."

²³ Hanağası, s.33.

²⁴ Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Ortadan Kaldırılması*, Prof. Dr. Baki Kuru Anısına Armağan Cilt I, İstanbul: Oniki Levha 2025, s. 503-515.

²⁵ Hanağası, s. 35; Ramazan, Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 71.

²⁶ CassazioneCivile, Sez. I, Karar No. 16162/2015, 30.07.2015.

²⁷ CassazioneCivile, Sez. Unite, Karar No. 9934/2015, 15.05.2015.

²⁸ CassazioneCivile, Sez. III, Karar No. 12893/2015, 23.06.2015.

²⁹ CassazioneCivile, Sez. Lavoro, Karar No. 10036/2015, 15.05.2015.

1. Türk Medenî Usul Hukuku Kapsamında Davada Hukukî Menfaat

Hukukî menfaat, bir hukuk normunun koruma alanına giren meşru çıkarları ifade eder³⁰. hukukî menfaatin varlığından söz edebilmek için önce menfaatin tüm unsurlarının bulunması gereklidir. Ancak tüm unsurların sağlanması halinde usul ekonomisi ve dürüstlük kuralının gerekliliklerini yerine getirmek suretiyle dava açılmasında bir menfaat olup olmadığı tartışılabilir ve hukukî menfaat değerlendirmesi yapılabilir. Bu unsurlardan ilk olarak, davacının menfaatinin güncelliği aranır. Dava şartı olarak menfaat, soyut ve teorik bir hak arayışından öte, mevcut bir ihtilafın çözümüne yönelik olmalıdır³¹. Güncel menfaatte kasıt geleceğe yönelik olmayan ve belirsizlik taşımayan menfaattir³². Menfaat dava açıldığı esnada bulunmalıdır³³. Hukukî menfaat açısından ayrıca yorumladığımızda dava açıldığı esnada menfaatin hukuken korunuyor olması gerekir. Ayrıca, hak ihlal edilmedikçe veya kullanılması engellenmedikçe bu ihlalin niteliği ile kapsamı belirlenemeyeceğinden davadaki taleplerin neye ilişkin olacağı da belirsiz kalır³⁴. Talep edilen koruma, mevcut ve somut bir ihtiyaca dayanmalıdır. Ayrıca hukukî menfaat tamamlanabilen bir dava şartı olmadığından hâkimden güncel olmayan menfaatin tamamlanması için süre de istenemez³⁵.

Hukukî menfaatin varlığından söz edebilmek için aranan ikinci unsur kişisel olma unsurudur. Davacının talep ettiği hukukî koruma, doğrudan onun

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 343.

³¹ Üstündağ, s. 39.

³² Hanağası, s.233.

³³ Baki, Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul, Demir Yayınları, 2001, s. 1367; Baki, Kuru, "Dava Şartları", *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1964, s. 137; Baki, Kuru/Ramazan, Arslan/Ejder, Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.314; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 222; Necip, Bilge/Ergun, Önen, s. 360; İlhan E., Postacioğlu/Sümer, Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 203; Saim, Üstündağ, s. 284; Mustafa Reşit, Belgesay, s. 41.

³⁴ Postacioğlu, s. 203.

³⁵ Hakan, Pekcanitez/Muhammet, Özekes/Mine, Akkan/Hülya Taş, Korkmaz, *Pekcanitez Usûl: Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, 3 Cilt, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2017, s. 948; Baki, Kuru, "Dava Şartları", s. 177; Aksi yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 05.02.2014 E. 2013/308K. 2014/61 "Dava şartının dava açıldığı tarihte mevcut olmamasına rağmen daha sonra tamamlanması durumu 6100 sayılı HMK'nın 115. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm: "Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez" şeklindedir."

bireysel hukukî durumunu ilgilendirmelidir. Nitekim kendisine tanınan hukukî korumadan yararlanmak için, kişinin kendi hakkının ihlali sonucunda menfaatinin zarar görmesi aranır³⁶. Bu durumda dava sonucunda ortaya çıkacak hükmün, davacının hukukî konumunu doğrudan etkilemesi beklenir. Son olarak ise, meşruluk unsuru aranmaktadır. Meşru menfaat için ise menfaatin hukuk düzenince kabul edilmiş ve korunuyor olması aranır³⁷. Bu kavram diğer unsurlarla da birleştiğinde hukukî menfaat tanımını ortaya koymaktadır. Nitekim meşru menfaat yani hukuk düzenince korunan menfaat ancak güncellik ve kişisel unsurları ile birleştiğinde hukukî menfaat halini almaktadır. Bu unsurlar birlikte değerlendirildiğinde, davada hukukî menfaat kavramı, bireyin yalnızca hak arama özgürlüğü bağlamında değil, aynı zamanda yargı kaynaklarının etkin kullanımı bakımından da önemli bir filtre işlevi görür³⁸.

Türk hukuk doktrinde hukukî menfaat, mahkeme kararına güncel ve hukuken korunmaya değer bir ihtiyacın bulunması şeklinde tanımlanır³⁹. Bir başka ifadeyle davacı, hakkını elde edebilmek veya hukukî durumunu korumak için yargı yoluna müracaat etmek zorunda olmalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁴⁰ hukukî menfaatin, “*hukuk düzenince kabul edilmiş meşru, hak sahibi ile ilgili ve dava anında halen mevcut*” olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca açılacak davanın, ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir. Aynı kararda ayrıca kişinin hakkına kavuşmak için derhal mahkeme kararına gereksinim duyması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadeler, hukukî menfaatin meşru, kişisel ve güncel olma şeklindeki üç ana unsurunu ortaya koymaktadır.

³⁶ Hanağası, s.161.

³⁷ Mustafa Reşit, **Belgesay**, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Adliye*, Cilt 1, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1937, s. 5; **Belgesay**, *Dava Teorisi*, s. 43; İlhan E., **Postacıoğlu**, s. 195; Hakan, **Pekcanitez/Oğuz**, **Atalay/Muhammet**, **Özekes**, s. 222; Necip, **Bilge/Ergun**, **Önen**, s. 362-410.

³⁸ Burcu **Erdinç**, “İptal Davasında Menfaat İhlali Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 2, 2021, s. 1079-1125.

³⁹ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 343-344; Yonca F., **Yücel**, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 91, 2010, s. 335-357; Şaban Cankat, **Taşkın**, “Menfaat Kavramı, Tanımı ve Özellikleri”, *Bursa Barosu Dergisi*, Cilt 87, 2009, s. 3-20; **Hanağası**, s. 79.

⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 01.10.2019, E. 2015/21-3366, K. 2019/987, “*Dava açmakta hukukî yarar; hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halen mevcut bulunmalıdır. Ayrıca açılacak davanın, ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte olması gerekir. Bir kimsenin hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukukî yararın olduğundan söz edilebilir. Bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa hukukî yarardan söz edilemez.*”

HMK'nın 114. maddesinde sayılan dava şartları, davanın başında mevcut olmalı ve hüküm anına kadar devam etmelidir. Bu, hukukî menfaat için de geçerlidir. Dava açıldığı tarihte var olan hukukî menfaat, yargılama sırasında ortadan kalkarsa davaya devam edilmez. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul kararında⁴¹, muaccel olmayan bir alacak için açılmış davada, ifa zamanı gelmeden açılan davanın usulden reddedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Eksik olan menfaat şartı sonradan tamamlanırsa davacı davayı yeniden açabilir. Örneğin vadesi gelmemiş bir alacak için açılan dava menfaat yokluğundan reddedilse dahi alacak muaccel olduğunda tekrar dava açılabilecektir. Nitekim dava, dava şartı yokluğu nedeniyle reddedildiğinde, mahkeme uyuşmazlığın esasına girmediği için ortada kesin hüküm oluşturacak bir karar doğmaz. Bu nedenle davanın hukukî menfaati sonradan tamamlanırsa, aynı talep ve sebeple davayı yeniden açması mümkündür. Zira dava şartı yokluğuna dayalı ret kararları, uyuşmazlığın esasını çözmediğinden kesin hüküm teşkil etmez ve yeniden dava açılmasına engel olmaz⁴². Dava açılırken mevcut olmayan hukukî menfaatin, yargılama sırasında kendiliğinden tamamlanması da davayı geçerli hâle getirmez⁴³. Bu nedenle alacağın vadesinin dava açıldıktan sonra gelmesi gibi durumlar, dava açıldığı andaki menfaat yokluğunu ortadan kaldırmaz. Mahkeme böyle bir hâlde, eksikliğin giderilebilir nitelikte olmaması sebebiyle davayı dava şartı yokluğundan usulden reddetmelidir⁴⁴. Hukuk düzenince korunmayan menfaatlere dayalı talepler bakımından, hukukî menfaat dava şartı çerçevesinde mahkeme tarafından re'sen değerlendirilir⁴⁵. Hukukî menfaat dava şartı niteliğinde olduğundan, mahkeme davalının bu hususta bir savunma ileri sürmesini beklemeksizin, talebi re'sen inceleyerek davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder⁴⁶. Dolayısıyla böyle bir durumda mahkeme uyuşmazlığın esasına girmeyip usule ilişkin bir karar vermekle yetinir⁴⁷.

⁴¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, T. 18.02.2022 E. 2019/5 K. 2022/1.

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.05.2011 E. 2011/11-186 K. 2011/352.

⁴³ Kudret **Aslan** / Leyla **Akyol Aslan** / Taylan Özgür **Kiraz**, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014 (Basım: 2015), s. 975-1024.

⁴⁴ **Aslan/Akyol Aslan/Kiraz**, s.983.

⁴⁵ **Erdinç**, s. 1100.

⁴⁶ Ahmet Cahit **İyilikli**, "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı.2, 2012, s. 83-157; Merve **Usta**, *Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukukî Yarar*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020, s.15; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 06.12.2013 E. 2013/19-396K. 2013/1655.

⁴⁷ **Usta**, s.15.

Özetle, devletin yargı organlarını gereksiz yere meşgul etmemek, yargılamayı çabuk, basit ve ekonomik kılmak amacıyla menfaat şartı öngörülmüştür⁴⁸. Bu şartın aynı zamanda Anayasa'nın 141. maddesindeki “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması” ilkesine de hizmet ettiği söylenebilir⁴⁹. Menfaati olmayan kişinin dava açması engellenerek yargı sisteminin yükü azaltılır. Diğer yandan, hukukî menfaat şartı hak arama hürriyetine bir sınırlama gibi görünse de esasen hakkın özüne dokunmayan meşru bir sınırlamadır. Anayasa Mahkemesi⁵⁰, *Mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp meşru amaçlarla sınırlanabileceğini, asılsız davaların engellenmesinin ve adil yargılanma hakkının etkinliğinin korunmasının bu açıdan haklı bir sınırlandırma gerekçesi olabileceğini* kararlarında vurgulamıştır. Bu nedenle, hukukî menfaat, adalet sisteminin dürüstlük ve hakkaniyet ölçütlerine uygun işlemesi bakımından gereklidir.

Hukukî menfaat konuya ilişkin bir dava şartıdır⁵¹. Haliyle, ancak mahkemeye ve taraflara ilişkin dava şartları akabinde dava açılmasında aranan hukukî menfaatin durumu incelenir⁵². Dava konusuna ilişkin dava şartları arasında ise hukukî menfaat kesin hüküm ve derdestlikten sonra incelenir⁵³. Nitekim kesin hüküm yahut derdestlik durumlarında hukukîmenfaatin olmadığı doğrudan kabul edilir⁵⁴.

Davacının dava açmakta hukukî menfaatinin olup olmadığı mahkemeye sunduğu taleplerden anlaşılır. Bu nedenle hukukî menfaatin tespitinde talep sonucu ve dava konusu büyük önem taşır⁵⁵. Nitekim hukukîmenfaat talep sonucunda belirtilir⁵⁶. Bu nedenle, hukukîmenfaatin taleplerle olan ilişkisi,

⁴⁸ Fatma Didem, **Sevgili Gençay**, *İdari Yargıda İptal Davalarında Menfaat*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 34-36.

⁴⁹ İbrahim, **Çetin**, “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 78, 2010, s. 39-40; Kemal, **Gözler**, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018, s. 142-144.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/1613, 2.10.2013, RG: 15.11.2013, Sayı: 28822, § 28-31; Anayasa Mahkemesi, B. No: 2012/791, 7.11.2013, RG: 5.12.2013, Sayı: 28842, § 34-36.

⁵¹ Baki, **Kuru**/Ramazan, **Arslan**/Ejder, **Yılmaz**, s. 131; **Alangoya**/ **Yıldırım**/ **DerenYıldırım**, s. 193; Arslan, s. 315. Aksi yöndeki görüş için: Necip, **Bilge**/Ergun, **Önen**, s. 405.

⁵² **Usta**, s.11; **Hanağası**, s.32.

⁵³ **Hanağası**, s.300.

⁵⁴ **Usta**, s.60; Ali Cem, **Budak**/Varol, **Karaaslan**, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.184.

⁵⁵ **Hanağası**, s. 127; Cemil, **Simil**, *Belirsiz Alacak Davası*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2013, s. 83.

⁵⁶ Ercan, **Özler**, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 384.

dava türlerine göre değişiklik göstereceğinden, dava türlerine göre ayrı ayrı incelenmesi önem arz eder.

2. İtalyan Medenî Usul Hukuku Kapsamında Davada Hukukî Menfaat

İtalya’da hukukî menfaat (*interesse ad agire*), teorik olarak dava (*azione*) şartlarından biri olarak kabul edilir. İtalyan Usul Hukukunda her ne kadar dava şartları şeklinde düzenlenmiş bir madde bulunmasa da doktrinde “davanın koşulları” (*condizionidell’azione*) kavramı vardır ve taraf ehliyeti (*legittimazione ad agire*) ile hukukî menfaat, en önemli dava koşullarından sayılır⁵⁷. İtalyan öğretisinde aynı zamanda “dava koşulları” kavramının statüsü tartışılmış ve bazı yazarlar⁵⁸ bu şartın usulden dava açma hakkını etkileyen değil davanın esasının incelenmesi esnasında ortaya çıkabilecek bir durum olduğunu ileri sürmüşlerdir. Hatta doktrinde İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun 100. madde hükmü “anlaşılması zor ve tartışmalı bir norm” olarak nitelendirilmiştir⁵⁹. Bunun sebebi, menfaat kavramının somut durumlara uygulanmasında farklı yorumların ortaya çıkabilmesidir. İtalyan Anayasası’nın 24. maddesi herkesin yargı yoluyla hak arama özgürlüğünü düzenlerken, bu hakkın kötüye kullanımını engelleyen denge unsuru İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun 100. maddesindeki menfaat şartıdır. Hukukî menfaat şartı, davanın gerçekten hukukî korumaya muhtaç bir hakkı konu edinip edinmediğini denetleyerek, kaynakların boşa harcanmamasını sağlar. Türk hukukundaki düzenlemeye benzer şekilde hukukî menfaat, dürüstlük kuralı ve usul ekonomisi ilkesinin bir teminatı olarak değerlendirilebilir.

İtalyan Yargıtayı (*CortediCassazione*) hukukî menfaatin şartlarını belirlediği bir kararda,⁶⁰ dava açma menfaatinin, davacının talep ettiği hukukî korumanın kendisine somut ve güncel bir yarar sağlaması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca, dava açma menfaatinin, davanın her aşamasında mevcut olması gerektiği belirtilmiştir.

İtalyan hukukunda hukuki menfaat (*interesse ad agire*) kavramının özü, “davacıya hukuk düzenince korunan bir yararı sağlamaya elverişli tek yolun

⁵⁷ Crisanto, **Mandrioli**, *Dirittoprocessualecivile. Volume I: Nozioniintrodotte e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 2022, s. 164.

⁵⁸ Michele, **Taruffo**, *La Motivazione della Sentenza Civile*, Bologna, Il Mulino, 1995, s. 113-115; Luigi, Viola, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Torino, Giappichelli, 2020, s. 221-223.

⁵⁹ Giovanni, **Verde**, *Diritto Processuale Civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, s. 328.

⁶⁰ CortediCassazione, Sezioni Unite, 16.02.2016, No. 2951.

mahkeme kararı olması” şeklinde özetlenebilir. Doktrinde bu durum, “*L’interesse ad agire è l’interesse ad ottenere tutela giurisdizionale quale unica via per il conseguimento di una utilità o un vantaggio*” biçiminde ifade edilmiştir⁶¹. Yani, kişinin talep ettiği hukukî sonuca ulaşabilmesi için yargı yolunun tek çare olması gerekir. Başka bir yol olmamalı ve konu kendi haline bırakıldığında elde edilemeyecek bir yarar söz konusu olmalıdır. Bu anlayış, Türk hukukundaki “mahkeme kararına ihtiyaç” unsuruyla aynıdır. İtalyan Yargıtayı’nın yerleşik içtihadına⁶² göre de menfaatin varlığı somut ve güncel bir yarar ile ölçülür. İtalyan Yargıtayı kararında “*Dava edebilme yetkisinin koşulu, 100. madde uyarınca, sorumluluk bilinciyle kullanılacak bir yargı yolunu teminat altına alan somut ve güncel menfaattir. Bu menfaat, ancak yargı yoluyla elde edilebilecek maddi bir sonucun imkânı ile ortaya çıkar; talep edilen hükmün, davacının korunan maddi çıkarını tatmin etmeye elverişli olması gerekir. Böylece hukukî menfaat, usul ekonomisi ilkesinin bir tezahürü olarak karşımıza çıkar. Aynı bakış açısıyla, doktrinde ve yargıda tekrarlanan şekilde, menfaatin mevcut (aktüel) ve hukukî durumla bağlantılı olması gerektiği, salt geleceğe dönük veya varsayımsal durumlar için yargı yoluna başvurulamayacağı.*” belirtilmektedir. Bu ifade, menfaat kavramının İtalyan uygulamasında da *meşru, kişisel, somut ve güncel* unsurlarıyla arandığını açıkça ortaya koymaktadır.

İtalyan hukukunda da Türk hukukuna benzer şekilde menfaat şartının davadan önce mevcut olması ve yargılama süresince devam etmesi aranır. İtalyan Yargıtayı, birçok kararında⁶³, “*hukukî menfaat, bir dava şartı olarak karar anına kadar var olmalıdır*” diyerek dava açıldıktan sonra ortaya çıkan gelişmelerin menfaati ortadan kaldırması halinde davanın konusuz kalacağını ifade etmiştir. Hatta bu çerçevede, Anglo-Amerikan hukukundaki “mootness” doktrinine⁶⁴ benzer şekilde, yargılama sırasında davacının elde etmek

⁶¹ Francesco, **Caringella**, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 3. Baskı, Milano, Giuffrè Editore, 2019, s. 134.

⁶² Cortedi Cassazione, Ordinanza 10.02.2022, n. 4410.

⁶³ Cortedi Cassazione, Sez. III, 13.06.2019, n. 15980; Cortedi Cassazione, Sez. III, 10.10.2018, n. 25101; Cortedi Cassazione, Sez. III, 14.03.2017, n. 6730; Cortedi Cassazione, Sez. III, 22.02.2016, n. 3443; Cortedi Cassazione, Sez. III, 15.11.2012, n. 19981.

⁶⁴ Bülent, **Karakoç**, *Türk Medeni Usul Hukuku ve Uygulamalı Örnekler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 245: “Mootness”, Anglo-Amerikan hukukunda, bir davanın konusu yargılama devam ederken ortadan kalktığında başvurulmuş bir doktrindir. Bu durum, davacının talebinin yargılama süresi içinde artık korunmaya değer bir niteliğe sahip olmaması anlamına gelir. Örneğin, davalı dava açıldıktan sonra uyuşmazlığı çözen veya davacının talep ettiği sonucu fiilen sağlayan bir işlem yaparsa, artık mahkemenin çözmesi gereken bir ihtilaf kalmaz. Türk

istediği sonucun anlamını yitirdiği hallerde karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmektedir.

İtalyan Yargıtayı menfaati somut bir çıkarla bağlantılı değerlendirdiği bir kararda⁶⁵, iş kazasında maluliyet olmadığı ve tazminat talebi bulunmadığı halde kazanın iş ile illiyet bağının tespiti talebiyle açılan davayı hukukî menfaat yokluğu nedeniyle kabul edilemez (*inammissibile*) bulmuştur. Mahkeme, maluliyetten kaynaklı tazminat söz konusu olmadığı durumda salt illiyet bağının tespitinin menfaat sağlamadığını belirtmiştir. Bu örnek, tespit davalarının İtalyan hukukunda da menfaat engeline takıldığını göstermektedir. Benzer bir kararda⁶⁶, mahkeme, bir davanın kabul edilebilirliği için dava açma menfaatinin varlığının zorunlu olduğunu ve bu menfaatin, davacının talep ettiği hukukî korumanın kendisine somut bir yarar sağlaması gerektiğini belirtmiştir.

İtalya’da hukukî menfaat koşulunun yerine gelmemesi, usul hukuku açısından davanın kabul edilemezliği (*inammissibilità*) sonucunu doğurur. Bu, Türk hukukundaki usulden ret kararına benzer bir şekilde, davanın esası incelenmeksizin sona erdirilmesi anlamına gelir. Ancak yeni olgularla menfaat şartı sağlanırsa tekrar dava açılmasının önünde, esasa girilmediği için, kesin hüküm engeli bulunmaz.

Hukukî menfaat kavramı İtalyan doktrininde zaman içinde farklı açılardan ele alınmıştır. Bazı yazarlar, İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun 100. maddesindeki menfaat koşulunu “talep edilen hukukî korumanın haklılığı” (*meritevolezza*) ile ilişkilendirmiştir⁶⁷. Buna göre, davacının talep ettiği hukukî sonucun kendisi de ahlaken ve hukuken meşru olmalıdır. Örneğin kanuna veya kamu düzenine aykırı bir amaç güden dava, menfaat unsuru eksik görülerek reddedilebilir. Bu bakış açısı, özellikle hukuka aykırı menfaat taleplerinin yargıdan geri çevrilmesini ifade eder ki, Türk hukukunda da benzer durumlar “korunmaya değer bir hak bulunmaması” olarak değerlendirilir.

hukukunda da buna paralel bir uygulama mevcuttur. Yargılama sırasında davacının hukukî menfaati ortadan kalkarsa dava konusuz hâle gelir. Bu hâl bir dava şartı yokluğu olarak değerlendirilmez; çünkü dava açıldığı anda menfaat mevcut olmakla birlikte sonradan ortadan kalkmıştır. Bu nedenle mahkeme davayı reddetmez; uyuşmazlık çözüldüğü için esasa girmeden “karar verilmesine yer olmadığına” hükmeder. Bu çerçevede Türk hukukundaki ‘konusuz kalan dava’ müessesesi, Anglo-Amerikan hukukundaki “mootness” doktrininin işlevsel karşılığıdır.

⁶⁵ Cass. civ. Sez. Lav., 11.10.2022, No. 29577.

⁶⁶ CortediCassazione, No. 11675/2020, 16.06.2020.

⁶⁷ Francesco M., **Bassi**, “Ilconcettodiinteresse ad agirenelcodicediproceduracivileitaliano,” *RivistadiDirittoProcessualeCivile*, 2019, s. 145-146.

Özetle, İtalyan usul hukukunda hukukî menfaat (*interesse ad agire*), kanuni bir dava şartı olarak davanın başından sonuna var olmalı; gerçek, güncel ve hukuken önemli bir çıkarı temsil etmelidir. Türkiye’deki gibi, İtalya’da da bu şart, yargıya erişim hakkının dürüst kullanımını sağlamaya yönelik temel bir ilkedir.

II. DAVA ÇEŞİTLERİNE GÖRE HUKUKİ MENFAATIN GÖRÜNÜMÜ

HMK’nın 105. ve 113.maddeleri arasında dava çeşitleri sayılmıştır. Bu dava türleri arasında uygulamada en sık karşılaşılanlar, HMK’nın 105. maddesinde düzenlenen eda davaları ile 106. maddesinde düzenlenen tespit davalarıdır⁶⁸. Eda davalarında mahkemeden, davalının bir şeyi vermesi, yapması veya yapmamasına hükmedilmesi istenir⁶⁹. Eda davalarında hukukî menfaatin varlığı davacı tarafından ileri sürülen taleplerin kabulü halinde davalının hukukî durumunun iyileşecek olması ve bu durumun yalnızca eda hükmü ile gerçekleşebilecek olması ile belirlenir. Davacının taleplerinin kabulü halindeki senaryo değerlendirme konusu olacaktır. Taleplerin yerine getirilmesi halinde davacının hukukî durumunun iyileşeceği kanısına varılırsa hukukî menfaat olduğu kabul edilir⁷⁰. Pekcanitez’e göre “*davalı, davacının hakkını tanıtmıyor veya tanısa da edimini ifa edemiyorsa yahut davacının hakkı tehlike altındaysa*” eda davasında hukukî menfaatin olduğu kabul edilmelidir⁷¹. Eda davalarına muaccel olmuş alacakların konu edilmesi halinde hukukî menfaat var sayılır.⁷² Muaccel olmayan alacakların talep edilmesi halinde genellikle hukukîmenfaatin olmadığı kabul edilir⁷³. Bu durumun istisnaları vardır⁷⁴. Örneğin tekrar edilen ve ilerde tekrar doğacak olan edimler için eda davası açılabilir. Bu duruma öğretide nafaka alacaklarının

⁶⁸ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 960; Baki, Kuru/Ramazan, Arslan/Ejder, Yılmaz, s. 136; Levent Şanal Görgün/Levent, Börü/Mehmet, Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 273; Murat, Atalı/İbrahim, Ermenek/Ersin, Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, Ekim 2024, s. 328; Postacıoğlu, s. 246; Kuru/ Budak, s. 48.

⁶⁹ Hanağası, s.130; Pekcanitez, Özekes, Akkan/Taş Korkmaz, s. 960; Timuçin, Muşul, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 127; Süha, Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 582; Budak/Karaaslan, s. 141; Görgün, s. 273; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 328.

⁷⁰ Hanağası, s.131.

⁷¹ Pekcanitez/Özekes/Akkan/ Taş Korkmaz, s. 960.

⁷² Arslan, s. 316; Pekcanitez / Özekes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 966.

⁷³ Kuru, C.II, s. 1369; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 142.

⁷⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmazs. 132; Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 967.

vadesinden önce talep edilebilmesi örnek olarak gösterilmiştir⁷⁵. Aynı şekilde men talebi de henüz eylem gerçekleşmeden eda davasına konu olur⁷⁶. Burada davalı yapmaması gereken davranışı yapacağı yönünde kanaat uyanırsa davacının hukukî menfaatinin olduğu kabul edilir⁷⁷.

HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davalarında belirsizliğin giderilmesi talep edilir⁷⁸. Her ne kadar eda ve inşai davalar da içerisinde tespit barındırsa da sağladıkları hukukî koruma belirsizliğin giderilmesinden ötedir⁷⁹. Nitekim eda veya inşai taleplerin değerlendirilmesinde tespit "araç" iken tespit davalarında tespit "amaçtır"⁸⁰. Her ne kadar tüm dava çeşitlerine ilişkin taleplerde hukukî menfaat şartı aransa da yalnızca HMK'nın tespit davasını düzenlediği 106. madde hükmünde açıkça "*hukuken korunmaya değer güncel bir yarar*" arandığı ifade edilmiştir. Önleyici davalar⁸¹ kategorisinde bulunan⁸² tespit davalarında hukukî menfaat şartı ayrıca düzenlenmiştir⁸³. Bu özel düzenleme hukukî menfaatin davacı tarafından ayrıca taleplerinden önce ispatlaması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁴. Tespit davası genel olarak eda davasının öncüsü şeklinde kabul edilmiştir⁸⁵. Eda davasının açılabilirdiği hâllerde tespit davası için hukukî menfaatin var olduğu kabul edilmez⁸⁶. Bu nedenle, tespit davasının ancak eda davasının açılama-

⁷⁵ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 967.

⁷⁶ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 967.

⁷⁷ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 968.

⁷⁸ Baki, Kuru/Ali Cem, Budak, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 18; Sabri Şakir, Ansay, s. 225; Gülümnden, Ürcan, "Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Tespit Davaları," Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 5.

⁷⁹ Budak/ Kuru, s. 69; Ramazan, Arslan/Ejder, Yılmaz/Sema Taşpınar, Ayvaz/Emel, Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun değişiklikleri işlenmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 290.

⁸⁰ Kuru/Budak, s. 69; Ahmet, Erdoğan, "Tespit Davası," *Danıştay Dergisi* 3, no. 1 (1974): s. 19-41; Saim, Üstündağ, s. 328; Postacıoğlu, s. 253.

⁸¹ *Önleyici davalar, henüz bir hak ihlali gerçekleşmeden önce, muhtemel veya yaklaşan bir ihlalin önüne geçmek amacıyla açılan ve hukuki korumayı ihlalden önce sağlayan davlardır.* Kuru, s.293; Usta, s.54.

⁸² Hanağası, s.240.

⁸³ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, s. 976.

⁸⁴ Bilge/ Önen, s. 392; Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/Taş Korkmaz, s. 977; Budak/ Karaaslan, s. 143.

⁸⁵ Üstündağ, s. 328.

⁸⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 25.12.2015 E. 2014/14447 K. 2015/23313.

dığı hâllerde açılabilceği kabul edilir⁸⁷. Eda davasının şartları doğmadan tespit davasına gidilebilmesi için tespit hükmüne derhal ihtiyaç duyulmalıdır⁸⁸. Bu aciliyet üç farklı şekilde doğabilir. Bunlardan ilki davacının hakkı veya hukukî durumu mevcut ya da yakın bir tehlike altında olmalıdır⁸⁹. Bu tehlike tespit isteyen hukukî durumunu etkileyecek veya ciddi bir belirsizliğe sürükleyecek derecede olmalıdır⁹⁰. Aynı zamanda tehlike güncel de olmalıdır. Nitekim somut zarar tehlikesi doğmadan tespit isteminde hukukî menfaat olmadığını vurgulayan bir Yargıtay kararında, komşu taşınmaza baz istasyonu kurulması halinde oluşacak değer kaybı tespiti talepleri yerinde görülmemiştir⁹¹. İkinci olarak, hakka zarar gelme ihtimali olmalıdır. Doktrinde oluşacak zarar ile tespitin geç yapılması arasında illiyet bağı kurulabildiği hallerde hukukî menfaat bulunduğu kabul edilmiştir⁹². Tespit hükmü kurulmaması halinde zarar doğacak olmalıdır⁹³. Son olarak ise tespit hükmü tehdit durumunu engelleyebilecek nitelikte olmalıdır⁹⁴. Yani iddiaya konu belirsizlik tespit hükmü ile giderilebilecek olmalıdır⁹⁵. Nitekim yalnızca davacının manevi tatminini sağlayacak nitelikteki tespit taleplerinde hukukî menfaat olmadığı kabul edilir⁹⁶.

HMK'nın 106. maddesinde doğrudan güncel hukukî menfaat arandığının ifade edilmesinin menfaatin tespit talebinde bulunan tarafından ispatlanması gerektiği yönündeki görüşlere katılmakla birlikte ispatın nasıl olacağı da değerlendirilmelidir. İleri sürülen ve belirsizlik teşkil edilen hukukî durumun çekişmeli olduğunun belirtilmesi ispatın konusunu oluşturur. Nitekim HMK'nın 187. maddesinde de ileri sürülen vakıaların temellendirilmesi ile vakıaların gerçekliğine ilişkin hâkimde kanaat uyandırılması aranmış-

⁸⁷ Hanağası, s.248.

⁸⁸ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T. 25.04.2017 E. 2014/22898 K. 2017/4529.

⁸⁹ Yargıtay 8 Hukuk Dairesi, T. 19.1.2015 E. 2014/19737 K. 2015/869.

⁹⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2015/1678 K. 2015/2678 T. 18.03.2015.

⁹¹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, T. 28.05.2013, E. 2013/6790, K. 2013/8092.

⁹² Kuru, Tesbit Davaları, s. 30; Kuru/ Budak, s. 98; Hanağası, s. 249; Yılmaz, s. 42.

⁹³ Hüseyin, Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 23. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2024, s. 69; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 1.10.2019, E. 2015/21-3366, K. 2019/987; Hanağası, s.151.

⁹⁴ Pekcanitez/ Özkes/ Akkan/ Taş Korkmaz, s. 977.

⁹⁵ Hanağası, s.248.

⁹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 01.03.2017 E. 2015/22-970 K. 2017/382.

tır⁹⁷. Bu noktada TMK'nın 6. maddesiyle de ilişki kurulabilir. Zira madde, kişinin hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. HMK'nın 190. maddesine göre de ispat yükü taleplerin neticesinden kendi lehine hak sağlayan tarafa aittir. Özetle, eda davalarında ve inşai davalarda hukukî menfaatin varlığı karine olarak kabul edilirken tespit davalarında taleplerin ileri sürüldüğü esnada davacının hukukî menfaatinin ispatlanması aranır⁹⁸. Eda ve inşai davalarda hukukî menfaatin karine olarak kabul edilmesi, yalnızca davacının bunu ayrıca ispatlamak zorunda olmaması anlamına gelir. Ancak hukukî yarar dava şartı olduğu için hâkim bu unsuru her durumda resen incelemek zorundadır⁹⁹. Bu nedenle karine, hâkimin denetimini ortadan kaldırmaz; sadece davacının ispat yükünü kolaylaştırır.

Önemle belirtmelidir ki bazı durumlarda, tespit davası açmak için gerekli olan hukukî menfaatin varlığı ayrıca ispatlanmadan, menfaatin bulunmadığı kabul edilir. Bu durumların başında, aynı konuda bir eda davasının açılmasının mümkün olması gelir. Zira eda davası açılabilirdiği hâllerde, tespit davasına ihtiyaç olmadığı kabul edilir¹⁰⁰. İçerisinde tespit hükmü barındıran eda davasının açılması mümkünken sadece tespit talebinde bulunulması usul ekonomisini de aykırılık teşkil edeceğinden hukukî menfaat unsurunu taşımaz¹⁰¹.

Türk hukukunda dava türleri kanunda tanımlanmışken, İtalyan hukukunda tespit davaları hariç dava türleri belirli esaslara ve içtihatlarla dayalı olarak şekillendirilmiştir. Türk hukukunda, HMK'da dava çeşitleri sayılmıştır. İtalyan hukukunda dava çeşitleri İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nda açıkça sayılmamıştır. Bunun yerine, dava türlerinin temel esasları, içtihatlarla ve hukukî uygulamalara dayanır. İtalyan hukukunda, dava türleri hakkında ge-

⁹⁷ Yılmaz, s. 19; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 1585; Budak/ Karaaslan, s. 237; Tanrıver, s. 762; Alangoya/ Deren Yıldırım/ Yıldırım, s. 293; Sema, Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, no. 1-4 (1996): s. 533-572.

⁹⁸ Budak/ Kuru, s. 88; Hanağası, s. 313; Bilge/ Önen, s. 408; Arslan, s. 290; Ansay, s. 224.

⁹⁹ İyilikli, s.93.

¹⁰⁰ Üstündağ, s. 332; Ansay, s. 231; Bilge/ Önen, s. 393; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 204; Hanağası, s. 255; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 979, 980; Kuru/ Budak, s. 129; Kuru/Arslan/ Yılmaz, s. 139; Baki, Kuru/ Ali Cem, Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler," *İstanbul Barosu Dergisi* 85, no. 5 (2011): s. 13-38, s. 13; Postacıoğlu/Altay, s. 258; Muşul, s. 132-133; Postacıoğlu, s. 257.

¹⁰¹ Bilge/ Önen, s. 393; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 204; Hanağası, s. 255; Kuru/ Arslan/Yılmaz, s. 139.

nel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, her dava türü için hukukî menfaat ve menfaatin varlığı esas alınır. İtalya’da menfaatin değerlendirilmesi, davacının hukukî çıkarının ve dava açmanın geçerliliğinin tespit edilmesi ile yapılır¹⁰².

İtalyan hukukunda eda davası olarak adlandırılan bir dava türü yoktur. Ancak, icra talepleri “icra davası”(azioneesecutiva) olarak ayrı bir kategori şeklinde düzenlenmiştir.Bu tür davalar, İtalyan Medenî UsûlKanunu’nun 474. maddesi ve devamında düzenlenen icra prosedürlerine dayanır. Bu tür davaların açılabilmesi aynı kanunun 100. maddesine göre hukukî menfaat şartına bağlıdır. İcra edilebilir bir ilam sağlamak için açılan bu davalarda, davacının alacak hakkına veya yerine getirilmemiş hukukî yükümlülüğe dayalı somut menfaati aranır. Soyut talepler veya geleceğe yönelik ihtimaller kabul edilmez.

Yine İtalyan hukukunda tespit davası adıyla bir dava türü bulunmamakla birlikte Türk hukukundaki tespit davalarıyla aynı sonuçları doğuran tespit davası (azionediaccertamento) vardır. Bu tür davalar, İtalyan Medenî UsûlKanunu’nun 79. maddesinde ve devamında düzenlenmiştir. Bir hukukî ilişkinin veya hakkın varlık ya da yokluğunun tespiti amacıyla açılan tespit (azionediaccertamento) davalarında, İtalyan Medenî UsûlKanunu’nun100. maddesindeki menfaat şartı ile24. maddesindeki “hâkimin tüm istemler hakkında karar vermesi” hükmü birlikte yorumlanır. İtalyan Yargıtayı¹⁰³, bu tür davalarda davacının “güncel ve somut menfaat¹⁰⁴” taşıması gerektiğini vurgulamıştır.

İtalyan hukukunda inşai davalar (azioneconstitutiva), yeni bir hukukî statü yaratma veya mevcut durumu değiştirme işlevi görür. Bu dava türleri, İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nda tespit davaları hariç özel bir başlık altında düzenlenmemiştir. Ancak 290 ve devamı maddelerinin kıyasen uygulanmasıyla tesis edilir. Bu davalarda davacının, mevcut hukukî statüsünü koruma veya değiştirme yönünde doğrudan bir menfaate sahip olması gerekir. Tespit davasının her durumda kabul edilebilir olup olmadığı, İtalyan Medenî Usûl Kanunu’nun 100. maddesine bakılarak tek başına anlaşılamaz.Bu nedenle, yargılamada ileri sürülen hakkın mutlak mı yoksa nispi mi olduğunun belirlenmesi gerekir.Mutlak bir hak söz konusu olduğunda, genel nitelikli bir

¹⁰² Calamandrei, s. 57-60.

¹⁰³ CortediCassazione, Ordinanza 03/11/2023, n. 17552/2021.

¹⁰⁴ attuale e concretointeresse.

tespit davasının doğrudan kabul edilebilir olduğu kabul edilir. Bunun ilk gerekçesi, mutlak hakların sahibine bu hakkı toplumun tüm bireylerine karşı ileri sürebilme ve herhangi bir müdahaleye karşı koruma yetkisi tanınmasıdır. Yani mutlak hakların karakteristik özelliği, herkes karşısında korunabilir olmalarıdır. Bu görüşü destekleyen bir diğer unsur ise, İtalyan Medenî Usûl Kanunu incelendiğinde, mutlak hakların korunmasına yönelik çok sayıda tespit davası örneğine rastlanabilmektedir¹⁰⁵.

Alacak hakları (*dirittidicredito*) söz konusu olduğunda durum karmaşılaşır. Doktrindeki bazı görüşler, alacak haklarıyla ilgili olarak tespit davasının genel nitelikli olarak kabul edilemeyeceğini, yalnızca kanun koyucunun açıkça izin verdiği hâllerde mümkün olabileceğini savunur¹⁰⁶. Bu görüşe göre, ancak yasa açıkça öngörüyorsa tespit davası açılabilir; aksi hâlde usûl ekonomisi ilkesi ihlal edilmiş olur, zira bir alacağın tahsili için zaten eda (*condanna*) davası açmak mümkündür. Bu görüş Türk hukuku ile benzerlik gösterir. Buna karşılık, doktrindeki baskın görüş, alacak hakları için de tespit davasının kabul edilebilir olduğunu savunur¹⁰⁷. Nitekim İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nda tespit davasının genel geçer şekilde her hak için açılabilceğini öngören açık bir hüküm yoktur. Öte yandan, tespit davasının yalnızca kanunda öngörülen hâllerle sınırlı olduğunu ifade eden hiçbir hüküm de yoktur. Kanun koyucu belirli bir dava türünü sadece bazı özel durumlarla sınırlamak istediğinde, bu niyetini açıkça ifade etmiştir. Örneğin, inşai davalarda (*azione costitutiva*) durum bu şekildedir. İkinci olarak, İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 24. maddesi herkesin yargıya erişim hakkını güvence altına alır. Bu bağlamda, bireyin dava açma hakkının korunması, aynı zamanda somut olayda kendisi için en uygun dava türünü seçme özgürlüğünü de içerir.

SONUÇ

Türk hukukunda dava türleri açıkça tanımlanmış olup her bir dava türüne ilişkin hukukî menfaatin nasıl değerlendirileceği kanun hükümleriyle belirlenmiştir. İtalyan hukukunda ise dava türleri genel ilkelere dayanarak şekillenmektedir ve hukukî menfaatin değerlendirilmesi ağırlıklı olarak içti-

¹⁰⁵ Treccani Enciclopedia, "Azione costitutiva [dir. proc. civ.]," https://www.treccani.it/enciclopedia/azione-costitutiva-dir-proc-civ_%28Diritto-on-line%29/ (Erişim Tarihi: 05.05.2025).

¹⁰⁶ Salvatore, **Satta**, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Cedam, 1993, s. 340.

¹⁰⁷ **Taruffo**, s. 150; Claudio, **Consolo**, *Spiegazione del diritto processuale civile. Volume I*, Giappichelli, 2023, s. 250.

hatlarla yapılmaktadır. Türk hukukunda, menfaatin hangi dava türüyle ilgili olduğunu doğrudan kanun maddelerinden anlayabilmek mümkünken, İtalyan hukukunda menfaatin değerlendirilmesi hukukî menfaat tanımından yola çıkılarak yapılmaktadır.

Türk ve İtalyan medenî usûl hukuklarında dava türleri ve temel usûl ilkeleri, her iki sistemin tarihsel ve doktrinel gelişimi doğrultusunda şekillenmiştir. Bu bağlamda kavramların karşılaştırmalı olarak incelenmesi mümkündür. Dava türleri bakımından, Türk hukukunda eda davası HMK'nın 105. maddesinde düzenlenmektedir. İtalyan hukukunda bu dava türü, *azionedicondanna* olarak adlandırılmakta olup, İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nda açık bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte, uygulamada genel dava hakkı kapsamında kabul görmektedir. İnşai dava, HMK'nın 108. maddesinde yer almakta; İtalyan hukukunda ise *azione costitutiva* şeklinde ifade edilmekte ve İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nda açık bir hükme yer verilmemekle birlikte, doktrin ve içtihatlarla kabul edilmiştir. Tespit davası ise HMK'nın 106. maddesinde düzenlenmiş olup, İtalyan hukuk sisteminde *azione di accertamento* olarak anılmakta ve İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca içtihatlarla şekillenmiş bir görünüm arz etmektedir. Bu dava türlerinin dayandığı hukukî menfaat kavramı, HMK'da açıkça tanımlanmamıştır. Buna karşın, davanın açılabilmesi için gerekli bir koşul olarak kabul edilmektedir. İtalyan hukukunda ise bu kavram *interesse ad agire* şeklinde ifade edilmekte ve İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun 100. maddesinde açıkça düzenlenmektedir. Her iki hukuk sisteminde de hukukî menfaat, bireyin yargılamadan elde etmeyi amaçladığı meşru ve güncel yarar olarak değerlendirilir. Medenî usûl hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan dürüstlük kuralı, HMK'nın 129. maddesi ve TMK'nın 2. maddesi kapsamında düzenlenmiş olup, İtalyan hukukunda *buonafede* ve *comportamento secondocorrettezza* kavramlarıyla ifade edilmekte ve İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun 88. maddesi ile İtalyan Medenî Kanunu'nun 1175. maddesinde karşılık bulmaktadır. Son olarak, usûl ekonomisi ilkesi de HMK'nın 30. maddesinde yer almakta, İtalyan hukukunda ise *economia processuale* şeklinde İtalyan Medenî Usûl Kanunu'nun 91. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki sistemde de bu ilke, yargılamanın makul sürede, adil ve etkin biçimde yürütülmesini temin etmeyi amaçlamaktadır.

Özetle, Türk hukukunda eda, tespit ve inşai davalar HMK'da açıkça düzenlenmiştir. Dava açma koşulu olan hukukî menfaat, sistematik olarak her bir dava türüyle ilişkilendirilmiştir. Bu yaklaşım, uygulayıcılara kanun üze-

rinden doğrudan yorum yapma imkânı tanımaktadır. İtalyan hukukunda ise dava türleri doğrudan mevzuatla değil, büyük ölçüde içtihat ve doktrin ile şekillenmiştir. Özellikle *interesse ad agire* kavramı hem dava şartı olarak hem de başvurulacak dava türünün belirlenmesinde temel rol oynar. Dava türlerine ilişkin açık düzenlemenin bulunmaması, uygulamada daha esnek ve yoruma açık bir alan yaratmaktadır. Her iki sistemde de dürüstlük kuralı ve usûl ekonomisi ilkesi yargılamanın verimliliği ve hakkaniyetin sağlanması bakımından ortak ilkeler olarak karşımıza çıkar. Ancak bu ilkelerin uygulanma biçimi ve dayandığı normatif temeller farklılık arz etmektedir.

Her ne kadar dava türlerinin tanımlanması uygulamada sistematiklik ve öngörülebilirlik sağlasa da hukukî menfaat kavramının katı biçimde tanımlanması ve belirli kalıplar içinde sınırlandırılması, özellikle normatif düzenlemede açık karşılığı bulunmayan ya da öngörülemeyen somut uyuşmazlıklar bakımından ciddi sorunlar doğurabilir. Bu tür katı yaklaşımlar, yargı mercilerinin uyuşmazlığı çözme kapasitesini daraltarak, adalete erişim hakkını zayıflatabilir. Bu nedenle hem Türk hem de İtalyan hukuk sistemlerinde, mevcut dava türleri ve hukukî menfaat rejiminin, uygulayıcıya yön gösterici olmakla birlikte, belli bir esneklik payını da içinde barındıracak şekilde yorumlanması büyük önem taşımaktadır. Hukukî menfaatin yorumunda belirli ölçütlerin ortaya konması uygulama birliği açısından faydalıdır. Ancak bu kavramın soyut ve dinamik yapısı göz ardı edilmemeli, her somut olayın kendi özgü koşulları içinde değerlendirilmesine olanak tanınmalıdır. Aksi takdirde, hukuk dogmatik çerçevesinde geliştirilen kalıplaşmış tanımlar, hukukun temel işlevi olan adaletin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekten uzaklaşabilir. Bu doğrultuda, hukukî menfaatin ve dava türlerinin tanımlanmasına yönelik her çabanın, uygulamayı daraltıcı değil, aksine genişletici ve yol gösterici bir perspektifle ele alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Alangoya, H. Yavuz, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım**, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7.Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Ansay, Sabri Şakir**, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- Aral, Vecdi**, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Arslan, Ramazan**, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1989.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası**, *Medeni Usul Hukuku*, Güncellenmiş ve 7251 sayılı Kanun değişiklikleri işlenmiş 6. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Aslan, Kudret, Leyla Akyol Aslan, Taylan Özgür Kiraz**, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2014 (Basım: 2015), s. 975-1024.
- Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin**, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, Ekim 2024.
- Bassi, Francesco M.**, “Ilconcettodiinteresse ad agirenelcodicediproceduracivileitaliano”, *RivistadiDirittoProcessualeCivile*, 2019.
- Belgesay, Mustafa Reşit**, *Dava Teorisi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943.
- Belgesay, Mustafa Reşit**, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Adliye*, Cilt 1, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1937.
- Berkin, Necmeddin M.** *Medeni Usul Hukuku Esasları*. 5. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Bilge, Necip; Önen, Ergun**, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1979.
- Budak, Ali Cem**, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Ortadan Kaldırılması*, Prof. Dr. Baki Kuru Anısına Armağan Cilt I, İstanbul: Oniki Levha 2025, s.503-515.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan**, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Calamandrei, Piero**, *Istituzionidirittoprocessualecivile*, Vol. I, Firenze: Sansoni, 1946.
- Caringella, Francesco**, *Manuale diDirittoProcessualeCivile*, 3. Baskı, Milano: GiuffrèEditore, 2019.
- Chiovenda, Giuseppe**, *Istituzionidirittoprocessualecivile*, Vol. I, Roma: Athenaeum, 1936.
- Consolo, Claudio**, *Spiegazionidirittoprocessualecivile*, Volume I, Giappichelli, 2023.
- Çetin, İbrahim**, “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi”, *Sayıştay Dergisi*, 78 (2010): 39-40.
- Develioğlu, Ferit**, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Ankara, 1997.

- Deren-Yıldırım, Nevhis**, “Kolektif Hukukî Himaye Medenî Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? (I)”, *Yargıtay Dergisi*, 23, no. 1-2 (1997): 137-154.
- Erdinç, Burcu**, “İptal Davasında ‘Menfaat İhlali’ Koşulu ve Menfaat Kavramının Yorumlanması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29, no. 2 (Haziran 2021): 1079-1125.
- Erdoğan, Ahmet**, “Tespit Davası”, *Danıştay Dergisi*, 3, no. 1 (1974): 19-41.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem**, *İdari Yargıda İptal Davalarında Menfaat*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Gözler, Kemal**, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Hanağası, Emel**, *Davada Menfaat*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hançerlioğlu, Orhan**, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 1 (A-D), İstanbul, 1976.
- Işıktaç, Yasemin**, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme*, İstanbul, 2014.
- İyilikli, Ahmet Cahit**, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme.” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 2 (2012): 83-157.
- Jhering, Rudolf von**, *Bir Hakkın Hikâyesi*, çev. Ahmet Münir Paşa, İstanbul: Türkiye İşBankası Kültür Yayınları, 2019.
- Karakoç, Bülent**, *Türk Medeni Usul Hukuku ve Uygulamalı Örnekler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Karşı, Abdurrahim**, *Medeni Muhakeme Hukuku*. 5. Baskı. İstanbul, 2020.
- Kuru, Baki**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul: Demir Yayınları, 2001.
- Kuru, Baki**, “Dava Şartları”, *Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, 109-147, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz**, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 24. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak**, *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Kuru, Baki ve Ali Cem Budak**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 85, no. 5 (2011): 13-38.
- Şanal Görgün, L., Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu**, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Mandrioli, Crisanto**, *Dirittoproceduralecivile. Volume I: Nozioni introdotte e disposizioni generali*, Torino: Giappichelli, 2022.
- Muşul, Timuçin**, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Özler, Ercan**, *Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Pazarıcı, Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk*, 23. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.

- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes**, *Hukuk Muhakemeleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2023.
- Pekcanıtez, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz**, *Pekcanıtez Usûl: Medenî Usûl Hukuku*, 15. Baskı, 3 Cilt, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Mart 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Satta, Salvatore**, *Dirittoprocessualecivile. Parte generale*, Cedam, 1993.
- Simil, Cemil**, *Belirsiz Alacak Davası*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2013.
- Şahan, Gökhan**, “Eksik Borçların İleri Sürülmesinin hukukî Niteliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8, no. 15 (2020): 401-421.
- Tanrıver, Süha**, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Taruffo, Michele**, *La Motivazione della Sentenza Civile*, Bologna: Il Mulino, 1995.
- Taşkın, Şaban Cankat**, “Menfaat Kavramı, Tanımı ve Özellikleri”, *Bursa Barosu Dergisi*, 87 (2009): 3-20.
- Taşpınar, Sema**, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45, no. 1-4 (1996): 533-572.
- Umar, Bilge**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Usta, Merve**, *Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukukî Yarar*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Ülken, Hilmi Ziya**, “Hukuk Felsefesi Dersleri, Giorgio Del Vecchio”, *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi*.
- Ürcan, Gülümden**, *Bireysel ve Toplu İş Hukukunda Tespit Davaları*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Üstündağ, Saim**, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Verde, Giovanni**, *Diritto Processuale Civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- Viola, Luigi**, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Torino: Giappichelli, 2020.
- Yılmaz, Ejder**, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Ejder**, “Usul Ekonomisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2008): 243-274.
- Yücel, Yonca F.**, “Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 91 (2010): 335-357.