

# ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



### Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 27

SAYI/NO: 2

ARALIK/DECEMBER 2023

**KAMU HUKUKU** ♦AKKUŞ, Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliğinin Deniz Sınırlandırması Sürecinde İlgili Kıyılar ve İlgili Alan Kavramlarının Değerlendirilmesi ♦ÖZDEMİR, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış ♦İŞLER, Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair 7394 sayılı Kanun İle Getirilen Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulamasına İlişkin Yargıtay 11. Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi.

**ÖZEL HUKUK** ♦HÜSEYİN, Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı ♦ŞENTÜRK, Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları ♦GÜLEN ERDOĞAN, Fotovoltaik Enerji Sistemleri Çerçevesinde Ayıplı İfa.

ERZİNCAN – 2023

# ERZİNCAN BİNALI YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

## Hukuk Fakültesi Dergisi



### Erzincan Law Review

---

**CİLT/VOL: 27**

**SAYI/NO: 2**

**ARALIK/DECEMBER 2023**

---

**KAMU HUKUKU** ♦AKKUŞ, Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliğinin Deniz Sınırlandırması Sürecinde İlgili Kıyılar ve İlgili Alan Kavramlarının Değerlendirilmesi ♦ÖZDEMİR, Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış ♦İŞLER, Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair 7394 sayılı Kanun İle Getirilen Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulamasına İlişkin Yargıtay 11. Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi.

**ÖZEL HUKUK** ♦HÜSEYİN, Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı ♦ŞENTÜRK, Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları ♦GÜLEN ERDOĞAN, Fotovoltaik Enerji Sistemleri Çerçevesinde Ayıplı İfa.

II

ISSN 2651-494X

e-ISSN 2791-6502

**Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)**  
**Erzincan Law Review (ErLR)**

**Sahibi / Owner**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

Yılmaz ÖZKER

**Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR  
Arş. Gör. Maide POLAT

**İletişim Bilgileri / Contact Information**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.  
24070 - Merkez / Erzincan  
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43  
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45  
E-mail: [dergihukuk@erzincan.edu.tr](mailto:dergihukuk@erzincan.edu.tr)  
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd>

**Baskı / Printed by**

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /  
Erzincan

**Yayın Türü / Publication Type:** Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan, ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, ULAKBİM TR Dizin indexed, peer-reviewed and open-access journal published twice a year in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.  
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Erzincan, Aralık 2023 / Erzincan, December 2023.



**Baş Editör\* / Editor-in-Chief\*\***

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

**Editörler\* / Editors\*\*****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

**Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor**

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

**Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsönmez@erzincan.edu.tr*)

**Editör Yardımcıları\* / Co-Editors\*\***

Doç. Dr. Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

**Yayın Kurulu/ Editorial Board**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binali Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICA OGLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

\* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

\*\* Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law.

**Danışma Kurulu\* / Advisory Board\*\***

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)  
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)  
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)  
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye  
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)  
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)  
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)  
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

---

\* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

\*\* The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

### Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımlı formatında (\*.doc, \*.docx) ve dergi-nin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. 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.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayımlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

### Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31<sup>st</sup> of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31<sup>st</sup> of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not be published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

## Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

### ÖZ

### ABSTRACT

### GİRİŞ

### I. TÜM HARFLER BÜYÜK

### A. Sadece İlk Harfler Büyük

### 1. Sadece İlk Harfler Büyük

### a. Sadece İlk Harfler Büyük

### 1) Sadece İlk Harfler Büyük

### a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

### SONUÇ

### KAYNAKÇA

### ABSTRACT

### ÖZ

### INTRODUCTION

### I. ALL LETTERS CAPITALIZED

### A. First Letters Capitalized

### 1. First Letters Capitalized

### a. First Letters Capitalized

### 1) First Letters Capitalized

### a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

### CONCLUSION

### REFERENCES



## VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

### **Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author**

#### *1. Dipnotta / In the Footnote*

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

#### *2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations*

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

**Döner**, s. 24.

#### *3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author*

**Döner**, İnsan Hakları, s. 24.

#### *4. Kaynakçada / In the Bibliography*

**Soyad**, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

**Döner**, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

### **İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors**

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

### **Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors**

Bihterin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

### **Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors**

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

### **Makale / Article**

*Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.*

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

### **Tez / Thesis**

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

### **Yargı Kararları / Judicial Decisions**

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı) AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

---

### KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ**

Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahanlığının Deniz Sınırlandırması Sürecinde İlgili Kıyılar ve İlgili Alan Kavramlarının Değerlendirilmesi

*Evaluation of the Concepts of Relevant Coasts and Relevant Area in the Process of Maritime Delimitation of Exclusive Economic Zone and Continental Shelf* ..... 167–216

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR**

Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış

*A View on the Legal Status of Non-Muslims in the Ottoman State from the Perspective of Citizenship Rights* ..... 217–277

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Av. Sadık Melih İŞLER**

Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair 7394 sayılı Kanun İle Getirilen Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulamasına İlişkin Yargıtay 11. Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi

*Evaluation of the Decisions of the 11th Criminal Chamber of the Court of Cassation Regarding the Application in Terms of Time of the Regulation Introduced by the Law No. 7394 on the Non - Seeking of the Opinion Litigation Requirement in Certain Cases* ..... 279–301

### ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Dr. Öğr. Üyesi İhsan HÜSEYİN**

Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı

*Right to Life of the Fetus in Comparative Legal Systems* ..... 305–349

#### *Araştırma Makalesi / Research Article*

**Arş. Gör. Dr. Ekin ŞENTÜRK**

Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları

X

*Paternity Action and Consequences of Paternity Judgment in Turkish Law* ..... 351–391

***Araştırma Makalesi / Research Article***

**Av. Dr. İsmahan GÜLEN ERDOĞAN**

**Fotovoltaik Enerji Sistemleri Çerçevesinde Ayıplı İfa**

*The Detective Performance in Photovoltaic Systems* ..... 393–421

**Kamu Hukuku / Public Law**

---





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi


Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahanlığının Deniz Sınırlandırması Sürecinde İlgili Kıyılar ve İlgili Alan Kavramlarının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Concepts of Relevant Coasts and Relevant Area in the Process of Maritime Delimitation of Exclusive Economic Zone and Continental Shelf

  Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ\*

 10.60002/ebyuhfd.1356941

### ÖZET

Uluslararası Adalet Divanı ve hakemlik mahkemeleri tarafından deniz alanlarının sınırlandırılmasında ilgili alan ve ilgili kıyılar kavramlarının kullanımı konusunda bir belirsizlik hakimdir. Münhasır ekonomik bölgenin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması sürecinde şeffaf, hakkaniyete uygun, öngörülebilir bir sonuca ulaşmak için ilgili alan ve ilgili kıyıların belirlenmesinde hangi kriterlere

\* İstanbul Okan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 07.09.2023 | **Kabul/Accepted:** 23.11.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** Berkant Akkuş, “Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahanlığının Deniz Sınırlandırması Sürecinde İlgili Kıyılar ve İlgili Alan Kavramlarının Değerlendirilmesi”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (167-216).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

ihtiyaç duyulduğu netleştirilmelidir. Bu makale, ilgili alan ve ilgili kıyıların belirlenmesi sürecini içeren içtihatları inceleyecektir. İçtihatlardaki farklı yaklaşımlar analiz edilerek, eleştirel bir bakış açısıyla ön ve yarıçapsal iz düşünüm, potansiyel hak sahiplikleri, denize doğru uzanma kavramları incelenecektir. Deniz yetki alanlarının sınırlandırılması hukuku, açık ve net bir dizi hukuk kuralından oluşmamaktadır. Bu yüzden, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesine yönelik yaklaşımın karar alma sürecinde aşırı bir yargısal öznelliğe yol açmaması için neler yapılabileceği bu makalede değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hakkaniyet İlkesi, Deniz Alanlarının Sınırlandırılması, Kıta Sahanlığı, Münhasır Ekonomik Bölge, İlgili Kıyıları, İlgili Alan, Deniz Hukuku.

## ABSTRACT

There is ambiguity over the use of the concepts of relevant area and relevant coasts in maritime delimitation by the International Court of Justice and Arbitral Tribunals. In order to achieve a transparent, equitable and predictable outcome in the delimitation of the exclusive economic zone and continental shelf, it should be clarified which criteria are needed in order to determine the relevant area and the relevant coasts. This article will examine case law involving the process of determining the relevant area and the relevant coasts. Different approaches in the case law will be analyzed and the concepts of frontal and radial projection, potential entitlement, and seaward extension will be examined from a critical perspective. The law of maritime delimitation does not consist of a clear set of legal rules. Therefore, this article will assess what can be done to ensure that the approach to determining the relevant coasts and area does not lead to excessive judicial subjectivity in the decision-making process.

**Keywords:** The Equitable Principle, Delimitation of Maritime Areas, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone, Relevant Coasts, Relevant Area, Law of the Sea.

## GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 2009 yılında Karadeniz Davası'nda verdiği kararda sınırlandırma yöntemini kapsamlı bir şekilde yeniden açıklamasının ardından,<sup>1</sup> mahkemeler ve hakemlik mahkemeleri karara bağlanan tüm deniz yetki alanlarının sınırlandırılması davalarında üç aşamalı yaklaşımı izlemişlerdir. Üç aşamalı yaklaşım doğrultusunda mahkeme tarafından ilk aşamada geçici bir eşit uzaklık çizgisi oluşturulmalıdır. İkinci aşamada geçici çizginin ayarlanmasını gerektiren herhangi bir

---

<sup>1</sup> Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, s. 61.

ilgili durum olup olmadığı belirlenmelidir. Üçüncü aşamada ise eşit uzaklık çizgisinin ilgili kıyı uzunluklarının oranı ile her bir tarafa tahsis edilen ilgili deniz alanlarının oranı arasında önemli bir orantısızlığa yol açıp açmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Mahkemeler hakkaniyet ilkesiyle tutarlı olduğundan üç aşamalı yaklaşımı benimsemişlerdir. Bu yaklaşım, sınırlandırmanın adalet ile iyi niyet ilkeleri üzerine kurulmasını sağlamaktadır ve hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirmektedir.<sup>2</sup> Hakkaniyet ilkesi Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 74 (1) ve 83 (1) maddelerinde yer almaktadır.<sup>3</sup> Mahkemeler ve hakemler, Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtildiği üzere, eşit uzaklık çizgisini bir kural olarak kullanmak yerine bu ilkeye dayanmaktadırlar.<sup>4</sup>

Üç aşamalı yaklaşımın uygulanması sürecinde, ilgili kıyılar kavramı, bir davanın özel bağlamında bu bölgeler üzerindeki çakışan hak taleplerini neyin oluşturduğunu belirlemektedir.<sup>5</sup> Ayrıca bu kavram, sınırlandırma

---

2 North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark), I.C.J. Reports, 1969, s. 3; Hakkaniyet ilkesinin kesin anlamı tartışmalı olmaya devam etmektedir. Hakkaniyet ilkesinin içtihat yoluyla gelişimi için: Robert **Kolb**, Case Law on Equitable Maritime Delimitation: Digest and Commentaries, Martinus Nijhoff, Leiden 2003.

3 United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994, 1833 UNTS 397. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin tam metnine ilgili internet sitesinden ulaşılabilir. "United Nations Convention on the Law of the Sea", [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf), E.T. 26.10.2023. Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sırasında, deniz sınırlandırmasına ilişkin 7. Müzakere Grubunda yer alan bir grup, sınırlandırmanın hakkaniyet ilkelerine uygun olarak, ilgili tüm koşullar dikkate alınarak ve uygun olduğunda hakkaniyete uygun bir çözüme götürecek her türlü yöntem kullanılarak gerçekleştirilmesini önermiştir. Renate **Platzöder**, Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents Vol. IX, Oceana Publication, New York 1982, s. 397.

4 Convention on the Continental Shelf, adopted 29 April 1958, entered into force 10 June 1964, 499 U.N.T.S. 311. Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin tam metnine ilgili internet sitesinden ulaşılabilir. "Convention on the Continental Shelf", [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1\\_1958\\_continental\\_shelf.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_continental_shelf.pdf), E.T. 26.10.2023. BMDHS'nin hazırlık çalışmalarında sınırlandırmada kural olarak orta hat veya eşit uzaklık çizgisinin kullanılması gerektiği reddedilmiştir. Madde 74 (1) ve 83 (1)'in oluşturulma süreci için: Shabtai **Rosenne**/Myron **Nordquist**/Neal **Grandy**, United Nations Convention of the Law of the Sea 1982: A Commentary Vol. II, Martinus Nijhoff, Leiden 1993, s. 796.

5 Black Sea Case, § 78.



sürecinin üçüncü ve son aşamasında, her bir devletin kıyı uzunluğu ile sınırlandırma hattının her iki tarafına düşen deniz alanlarının oranlarında herhangi bir orantısızlık olup olmadığını kontrol etmek için kullanılmaktadır.<sup>6</sup> İlgili kıyıların ve alanın belirlenmesi nihai sınırlandırma sonucunu önemli ölçüde etkilemektedir.

Uluslararası Adalet Divanı ve diğer uluslararası mahkemeler normatif olarak ilgili alan veya ilgili kıyılar kavramlarını tanımlamamışlardır. Bu makalede inceleneceği üzere, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davalarda mahkemeler ilgili alan veya ilgili kıyılar kavramlarını belirlemek için farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir. 1980'lerde mahkemeler kıta sahanlığının kıyılardan denize doğru uzantısını inceleme eğilimindedir. Daha sonraki davalarda mahkemeler iz düşümlere, orta hattın oluşturulmasına ve potansiyel hak sahipliklerine dayanmışlardır. Ayrıca, mahkemeler geçici bir hat oluştururken makro coğrafi durumu da dikkate almaktadırlar. Uluslararası mahkemeler ve hakemler, geçici bir orta hat çizgisine dayandığında veya bir belirleme yapmanın pratik olmadığı durumlarda, ilgili alanı belirlememişlerdir. Bu davalar incelendiğinde, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesine ilişkin bir tutarlılık olmadığı görülmektedir. Bu tutarlılık eksikliği doğrultusunda nihai sonucun şeffaflığı ve öngörülebilirliği zayıflamaktadır. Böyle bir tutarsızlığın neden ortaya çıktığı ve bunun hukuki olarak haklı olup olmadığı sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Deniz yetki alanlarının sınırlandırılması işlemlerinde şeffaflık ve öngörülebilirlik eksikliği konusunda önemli akademik çalışmalar bulunmasına rağmen, ilgili kıyıların ve alanın tanımlanması konusuna yeterince dikkat çekilmemiştir. Örneğin, *Stephen Fietta ve Robin Clevery*'nin 2016 yılında yayınlanan Uygulama Rehberi, ilgili kıyıların ve ilgili alanın belirlenmesi sürecinde bazı tutarsızlıklar olduğunu kabul etmektedir. Ancak *Fietta ve Clevery* ilgili alanın belirlenmesinin kıyılardan iz düşümler üretilmesine dayandığını varsaymıştır ve diğer kriterlere hiç değinmemiştir.<sup>7</sup>

*Alex Elferink* genel kriterlerle ilgili olarak içtihadın iki yönlü bir bölünme gösterdiğini ileri sürmektedir. İlk ayırım Tunus/Libya'da<sup>8</sup> tanımla-

---

6 Black Sea Case, § 78.

7 Stephen **Fietta**/Robin **Clevery**, *A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 45.

8 *Continental Shelf (Tunisia v. Libya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, s. 18.

nan kriterlere dayanmaktadır. İkinci ayırım ise Tunus/Libya’da tanımlananlardan farklı bir dizi yaklaşım arasındadır.<sup>9</sup> İlk grupta Karadeniz Davası, Nikaragua/Kolombiya,<sup>10</sup> Bangladeş/Hindistan<sup>11</sup> ve Bangladeş/Myanmar yer almaktadır.<sup>12</sup> *Elferink*’in içtihat hukukunun tutarlı bir yaklaşım geliştirmedığı sonucu doğru bir yaklaşımdır.<sup>13</sup> Belirtilen davalar arasında kayda değer farklılıklar bulunduğu ise inkâr edilemez. *Elferink*’in makalesi, Tunus/Libya (denize doğru uzantıya dayanan), Karadeniz Davası (iz düşümlere dayanan) ve Nikaragua/Kolombiya (potansiyel haklara dayanan) davalarının gerekçeleri arasında ayırım yapmamış görünmektedir. Ayrıca, *Elferink* tarafından tanımlanan iki grup arasındaki fark nitelik ile ilgili değildir. İki grup arasındaki ayırım, bir süreç içerisindeki durumların yansımaları olarak görünmektedir.

*Massimo Lando* da 2019 yılında yayınlanan *Maritime Delimitation as a Judicial Process* adlı kitabında ilgili alanın belirlenmesindeki tutarsızlıklara dikkat çekmektedir.<sup>14</sup> *Lando*’nun ilgili kıyının belirlenmesinin tamamen objektif kriterlere dayanmadığı yönündeki iddiası oldukça haklıdır.<sup>15</sup> Ancak uluslararası mahkemelerin eşit uzaklık hattını kontrol eden en uzak noktaları ilgili noktanın sonu olarak seçmesinin düşünülebilir olduğu yönündeki değerlendirmesi, bu uygulamayı pragmatik bir bakış açısıyla değerlendirmek mümkün olsa da, karar metinleriyle tutarlı görünmemektedir.

- 
- 9 Alex **Elferink**, “Relevant Coasts and Relevant Area”, *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*, Editörler, Alex Elferink/Tore Henriksen/Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 177.
  - 10 *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, I.C.J. Reports, 2012, s. 624.
  - 11 *Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, Award of 7 July 2014, PCA Case no. 2010-16.
  - 12 *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar)*, Judgment of 14 March 2012, ITLOS Reports 2012, s. 1.
  - 13 **Elferink**, s. 197.
  - 14 **Massimo Lando**, *Maritime Delimitation as a Judicial Process*, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 34.
  - 15 **Lando**, s. 44.

Bu konudaki araştırma eksikliğini tamamlamak amacıyla bu makale, deniz alanlarını sınırlandırma davalarında ilgili kıyılar ve ilgili alan kavramlarının ifade edilmesini, gerekçelendirilmesini ve belirlenmesini inceleyecektir. Bu kavramların belirlenmesine yönelik kriterlerdeki farklılıkların hakkaniyet ilkesi ışığında kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

## **I. İLGİLİ KİYILARIN VE ALANIN TESPİTİNİ ETKİLEYECEK BAŞLICA UNSURLAR**

İlgili kıyılar ve ilgili alan ile ilgili içtihadın bir analizini yapabilmek için, bu makalenin dayandığı varsayımların ifade edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, bu makale denizcilik haklarının temelini ve deniz alanlarının sınırlandırmasının niteliğinin ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesini etkileyen başlıca unsurlar olduğunu öne sürmektedir.

### **A. Sınırlandırma Sürecinde Ek Bir Aşama - İlgili Kıyıların ve İlgili Alanın Tanımlanması**

Deniz alanlarının sınırlandırılması hukukunun merkezinde hiç şüphesiz coğrafya yer almaktadır. Kara denize hakimdir. Devletler, bir kıyı şeridinde sahip oldukları için deniz yetki alanları üzerinde hak sahibidirler ve bu deniz yetki alanlarının kapsamı genel olarak bu kıyı boyunca uzanan esas hatlardan ölçülür. Benzer hususlar devletler arasındaki deniz sınırlarının belirlenmesi için de geçerlidir. Ancak bu durumda, sadece bir kıyı devletinin deniz alanının denize doğru uzayan sınırlarının belirlenmesi yeterli değildir. Deniz alanlarının sınırlandırılması, ilgili devletlerin kıyıları ile sınırlandırmanın etkileneceği deniz yetki alanı arasındaki ilişkinin belirlenmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda, içtihat hukuku ilgili kıyılar ve ilgili alan kavramlarını geliştirmiş ve uygulamıştır. Ancak, içtihatlar bu açıdan tutarlı değildir. Örneğin, bazı davalar ilgili alanı tanımlamaktan kaçınmış veya sadece genel terimlerle tanımlamışken, diğer davalar coğrafi koordinatlarla tanımlanan sınırlara veya belirli noktalara atıfta bulunarak kesin terimlerle tanımlamıştır.

İlgili kıyılar ve ilgili alan kavramları üç amaca hizmet etmektedir. İlk olarak, ilgili kıyılar ve ilgili alan, sınırlandırma sürecinde dikkate alınması gereken kıyıların ve taraflar arasındaki sınırlandırmanın etkilenmesi gereken alanın belirlenmesine hizmet etmektedir. İkinci olarak, tarafların ilgili kıyıların uzunlukları arasındaki bir eşitsizlik, geçici sınırlandırma hattının ayarlanmasını haklı çıkaran ilgili bir durum teşkil edebilmektedir. Üçüncü olarak, ilgili kıyı ve ilgili alan, bir davanın ilgili koşullarının değerlendirilmesinden sonra ortaya çıkan sınır çizgisinin hakkaniyete uygun

bir çözüme yol açıp açmadığını değerlendirmek için kullanılmaktadır. İlgili alan teriminin yanında başka terimler de kullanılmıştır. Bu yaklaşım, ilgili alan kavramını çevreleyen belirsizliği yansıtmaktadır. İlgili alanın yanı sıra, içtihat hukuku sınırlandırmanın gerçekleştiği daha geniş bir coğrafi çerçeveyi de tanımlayabilir. İchtihat hukuku zaman zaman ilgili alanı, üçüncü bir devletin menfaatinin bulunduğu bir alana veya taraflardan biri ile üçüncü bir devlet arasındaki bir sınıra atıfta bulunarak tanımlamıştır.<sup>16</sup>

İlgili kıyı ve ilgili alan kavramları, deniz sınırlandırma hukukundaki diğer kilit kavramlar gibi, içtihat hukukundan kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Cenevre Sözleşmeleri'nin sınırlandırma hükümlerinin taslak raporlarının, ilgili kıyı kavramının daha sonraki gelişimi için tohumlar içerdiği söylenebilir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki tartışmalar sırasında, eşit uzaklık çizgisinden kopuşun, kıyının istisnai yapısı ve adaların varlığı nedeniyle haklı görülebileceği öne sürülmüştür.<sup>17</sup> 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nda, adaların sınırlandırma sürecindeki rolüne ilişkin bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Sürekli bir kıta sahanlığı üzerinde anakaranın karasularının ötesinde bulunan çok küçük adaların eşit uzaklık çizgisinin belirlenmesinde dikkate alınmasına gerek yoktur. Genel bir kriter olarak, adaların kendi değerlerine göre ele alınması önerilmiştir.<sup>18</sup> Bu referanslarla ilgili olarak birkaç noktaya dikkat çekilmelidir. Kıyıda neyin istisnai bir biçim oluşturduğunun belirlenmesi, söz konusu kıyının daha geniş bir bağlamda değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu değerlendirme, ilgili devletin kıyılarını incelemeyi kapsar ya da o kıyının bir veya daha fazla başka devletin kıyılarıyla ilişkisini incelemek anlamına gelmektedir. Adalara yapılan atıflar benzer şekilde genel nitelikte olsa da, sınırlandırma sürecindeki rollerini değerlendirmek için kullanılan kriterlerden birinin adaların büyüklüğü olduğu görülmektedir. Daha özel olarak, denizcilik haklarının kıyı tarafından üretildiği göz önüne alındığında, bu kriter kıyı uzunluklarına bakmayı gerektirmektedir. Çok küçük adalara yapılan muamelenin anakara kıyılarının varlığı bağlamına yerleştirilmiş olması, adalara atfedilecek ağırlığın değerlendirilmesinin karşılaştırmalı bir egzersiz olduğunu ve hem adaya hem de sınırlandırma sürecine dahil olan diğer kıyılara bakmayı gerektirdiğini göstermektedir.

---

16 Malcolm **Evans**, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford University Press, Oxford 1989, s. 125.

17 *Yearbook of the International Law Commission* 1953, Vol. I, 216, s. 82.

18 *Statement by the UK, United Nations Conference on the Law of the Sea; Official Records (A/CONF.13/37)*, Vol. VI, 93, s. 3.

İstisnai kıyı biçimlerinin veya adaların eşit uzaklık hattı üzerindeki etkisini belirleyen bu açıklamaların yapıldığı bağlam, bu açıklamaların altında yatan varsayımı ortaya koymaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu ve BMDHS'ndeki tartışmaların da gösterdiği gibi, bir sınırlandırma sonucunun hakkaniyete uygun olmasını garanti altına almak için belirli durumlarda eşit uzaklık çizgisinden ayrılmak gerekebilir.<sup>19</sup>

Uluslararası mahkemeler şimdiye kadar sınırlandırma sürecinin ilk aşamasında eşit uzaklık hattının çizilmesinden önce bir ön adım olarak ilgili kıyıyı ve ilgili alanı belirlemişlerdir. Gana/Fildişi Sahili kararında Özel Daire, ilgili kıyının ve ilgili alanın belirlenmesini sınırlandırmanın ilk aşamasının bir parçası olarak görmüştür; zira geçici eşit uzaklık çizgisinin inşasındaki ilk adımın, denizdeki iz düşümünün çakıştığı tarafların kıyılarının belirlenmesi olduğunu belirtmiştir.<sup>20</sup> Bununla birlikte, sınırlandırmadaki merkezi işlevi nedeniyle, ilgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesinin sınırlandırmada tam teşekküllü bir ilk aşama olarak görülmesi arzu edilir görünmektedir. Karadeniz Davası'ndan bu yana, devletler yazılı ve sözlü sunumlarının tüm bölümlerini ilgili kıyıya ve ilgili alana ayırmışlardır. Benzer şekilde, uluslararası mahkemeler kararlarının tüm bölümlerini ilgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesine ayırmışlardır. Bu tür bir tanımlamanın sınırlandırma sürecinin ilk aşamasını oluşturduğunu kabul etmek, uygulamada zaten gerçekleşmiş olan bir gelişmeyi değerlendirmekten başka bir şey olmayacaktır.

*Evans* 2018'de yazdığı makalede, ilgili kıyı ve ilgili alanın esas olarak sınırlandırma sürecinin ikinci aşamasında belirgin bir kıyı uzunluğu eşitsizliğinin varlığını tespit etmek ve bu sürecin üçüncü aşamasında orantısızlığın olmadığını değerlendirmek için yararlı olduğunu savunmuştur. Karadeniz Davası'nda UAD'nın ilgili kıyıya ve ilgili bölgeye sürecin en başında ek bir *a priori* rol verdiği açıktır.<sup>21</sup> Ancak bu karar anlamsız olduğu kadar dikkat çekicidir, çünkü hem ilgili kıyı hem de ilgili alan rutin olarak ilgili koşullar olarak anlaşılmıştır. Ancak standart bir sınırlandırma sürecinin kabul edilmesinin ardından yaşanan gelişmelere bakıldığında bu

- 
- 19 Alex **Elferink**, *The Law of Maritime Boundary Delimitation: A Case Study of the Russian Federation*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1994, s. 20.
- 20 *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary (Ghana v. Cote d'Ivoire)*, Judgment of 23 September 2017, ITLOS Reports 2017, § 361.
- 21 Malcolm **Evans**, "Relevant Circumstances", *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*, Editörler, Alex Elferink/Tore Henriksen/Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 222.

görüşün tamamen haklı olmadığı görülmektedir. Bu yorum metodu, ilgili koşulların vaka bazında uygun sınırlandırma yöntemini gösterme işlevine sahip olması halinde doğru olacaktır. Bununla birlikte, standart üç aşamalı sınırlandırma sürecinde ilgili koşullar, geçici bir eşit uzaklık çizgisinin ayarlanmasını haklı çıkarma işlevine sahiptir. Buna ek olarak, ilgili kıyı ve ilgili alanın sürecin sadece ikinci ve üçüncü aşamaları üzerinde değil, aynı zamanda birinci aşaması üzerinde de etkileri vardır, çünkü uluslararası mahkemeler geçici bir eşit uzaklık hattı oluşturmak için uygun temel noktaları ilgili kıyı üzerinde seçerler. İlgili kıyı ve ilgili alanın klasik bir ilgili koşul olarak tanımlanmasının anlaşılması tam olarak ikna edici görünmemektedir.

İlgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesinin deniz sınırlandırmasında tam teşekküllü bir aşama olduğunun kabul edilmesi, deniz sınırlarının belirlenmesinde şeffaflığı artıracaktır. Ayrıca, hem Bangladeş/Myanmar kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin hem de Karayip Denizi ile ilgili olarak Kosta Rika/Nikaragua kararında UAD'nın gösterdiği, ilgili alanın belirlenmesini sınırlandırma sürecinin üçüncü ve son aşaması olan orantısızlık testine erteleme eğilimini de önleyecektir. UAD, Karayiplerle ilgili bölgeyi orantısızlık testi aşamasında belirlemiştir, çünkü kararın ilgili kıyıyı belirlediği bölümü, kararın üçüncü devletlerle ve üçüncü devletler arasındaki anlaşmaların etkisine karar verdiği bölümünden önce gelmiştir.<sup>22</sup> Mahkeme, ilgili kıyıyı belirlemeden önce bu tür anlaşmaların uygunluğunu incelemiş olsaydı, geçici bir eşit uzaklık hattı çizmeden önce ilgili alanı belirlemiş olurdu. Mahkeme tarafından izlenen yapı, ilgili kıyının belirlenmesinden önce üçüncü devletlerle ve üçüncü devletler arasındaki anlaşmaların uygunluğunun incelenmiş olması halinde varılacak olan sonucun aynısına yol açmıştır. Bununla birlikte, bu ikinci yaklaşım daha mantıklı olurdu, çünkü mahkeme aslında 163-164. paragraflarda ilgili alanı tanımlamışken, kararın 115-122. paragraflarında ilgili alan başlıklı bir bölümün tanımlanmamış olmasını önlerdi. Kosta Rika/Nikaragua kararından farklı olarak, Bangladeş/Myanmar kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin orantısızlık aşamasında ilgili alanı tespit etmesi için herhangi bir neden görünmemektedir. Uluslararası mahkemeler, ilgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesinin sınırlandırma sürecinin ilk ve tam teşekküllü aşamasını oluşturduğunu kabul etselerdi, deniz sınırlandırma kararının mantığındaki bu sıçramalardan kaçınılabilirdi.

---

22 Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), Judgement, I.C.J. Reports 2018, s. 120.

İlgili kıyının ve ilgili alanın belirlenmesi karmaşık bir işlemdir ve bu işlem gerçekleştirilirken çok sayıda husus devreye girer. Bu işlem deniz yetki alanlarında hak esasına tabi olmakla birlikte, uluslararası mahkemeler bu konuda bir ölçüde takdir yetkisi kullanmaktadır. Sınırlandırma sürecinde ilgili kıyıyı ve ilgili alanı belirlemek için sağlam bir yöntem esastır. İlk olarak, uluslararası mahkemeler ilgili kıyı üzerinde eşit uzaklık çizgisi oluşturmak için temel noktaları seçerler. İkinci olarak, ilgili kıyı ve ilgili alan çerçevesinde uluslararası mahkemeler ilgili koşulların varlığını tespit eder. Üçüncü olarak, orantısızlık, ilgili kıyı uzunluğunun ilgili alanın her bir devlete ait kısmına oranının karşılaştırılmasını gerektirir.

İlgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesinin deniz sınırlandırma uyumsuzlukları üzerinde önemli etkileri vardır. Sınırlandırma sürecinin öngörülebilirliğini artırmak için, bunların belirlenmesi mümkün olduğunca objektif bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Deniz yetki alanlarında var olan hak esası ile bağlantı, ilgili kıyı ve ilgili alanın belirlenmesinde önemli ölçüde objektiflik elde edilmesini kolaylaştırır. Bununla birlikte, uluslararası mahkemelerin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmak zor ve hatta belki de istenmeyen bir durum gibi görünmektedir. Büyük sınırlandırmanın yapılabileceği çeşitli coğrafi ortamlar uluslararası mahkemelerin her davayı kendi esasına göre değerlendirmesini gerektirir, özellikle de ilgili alanın belirlenmesi ile ilgili olarak. Bu takdir yetkisi, yine de deniz yetki alanlarındaki hakların temelinde saygı göstermeli ve tutarsız bir şekilde uygulanmamalıdır.

## B. Denizcilik Haklarının Temeli

İlgili kıyıların ve alanın belirlenmesi, denizcilik hakları ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Denizcilik hakları deniz alanlarının sınırlandırılması sürecini bir anlamda yönetmektedir. Sınırlandırma kriterleri ve yöntemleri, deniz yargı yetkisini yöneten hukuki kavramlara atıfta bulunularak belirlenmektedir.<sup>23</sup> Tunus/Libya Davası'nda Divan, kıyı ile kıyı açıklarındaki denizaltı alanları arasındaki coğrafi ilişkinin kıyı devletinin hukuki haklarının temelini oluşturduğunu belirtmiştir.<sup>24</sup> Kararda kıyının, kıyıya bitişik denizaltı alanları üzerindeki haklar için belirleyici unsur olduğu vurgulanmıştır.<sup>25</sup> Libya/Malta Davası'nda mahkeme, kıta sahanlığı

23 Prosper Weil, *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, Grotius, Cambridge 1989, s. 49.

24 Tunisia/Libya, § 73.

25 Tunisia/Libya, § 73.

üzerindeki hakların doğuş nedeninin kara parçası olmadığını belirtmiştir. Kıta sahanlığı üzerindeki haklar kara parçası üzerindeki egemenlikten kaynaklanmaktadır. Devletin ülkesel egemenliği ile belirli bitişik deniz alanları üzerindeki hakları arasındaki hukuki bağ, kıyısı vasıtasıyla kurulmaktadır. Mesafe ile ölçülen bitişiklik kavramı tamamen kıyı şeridine dayanmaktadır.<sup>26</sup> Bir sonraki bölümde incelendiği üzere, iz düşüm kavramı, tanımı gereği kara üzerindeki haklardan türetilen denizcilik hakkının, bir araç olarak kıyı vasıtasıyla hayata geçirildiği anlayışı nedeniyle ortaya çıkmaktadır.<sup>27</sup>

Denizlerde çakışan yasal hak alanlarının belirlenmesi süreci, mahkemenin sadece coğrafi ve jeolojik koşulları değil aynı zamanda tarafların iddialarını da dikkate aldığı bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Mahkemeler kıyı devletine, devletin hukuki olarak bölge üzerinde hak sahibi olmadığı bir deniz alanı tahsis edemez ve kıyı devletinin iddiası, hak sahipliğini belirlemek için kullanılan unsurlardan sadece birisidir. Kıta sahanlığı ile ilgili olarak, kıyı devletinin hakları etkin veyahut da geçici bir işgale ya da herhangi bir açık ilana bağlı değildir.<sup>28</sup> Bununla birlikte, kıyı devletinin alan üzerindeki hak iddiası, deniz yetkisinin belirlenmesine hizmet etmektedir. Örneğin, taraflardan biri bir anlaşmaya veya tek taraflı bir beyana dayanarak daha düşük bir pay talep edebilir. Ayrıca, başlı başına bir hak talebi olmasa da, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesindeki dış sınırının belirlenmesi amacıyla Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'na bilgi sunulması ve Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'nun tavsiyelerine göre nihai ve bağlayıcı sınırların belirlenmesi de bu kapsamda sayılmaktadır.<sup>29</sup> Kıta sahanlığının aksine, bir kıyı devletinin deniz yetkisini tesis etmek için açıkça mühnasır ekonomik bölge talebinde bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların iddiaları ilgili alanın belirlenmesini etkileyebilmektedir.

Öte yandan, deniz alanlarının çakışmasının değerlendirilmesi, mahkemenin taraf devletlerin beyanlarından bağımsız olarak üstlendiği bir süreçtir; burada ilgili alan aslında taraflardan biri veya diğeri tarafından iddia

---

26 Continental Shelf (Libya v. Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, s. 13.

27 Weil, s. 49.

28 Ümmühan Elçin Ertuğrul, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2017, s. 55.

29 Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku, 6. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021, s. 347.



edilen alandan daha büyük olabilir. Dolayısıyla ilgili alan, tarafların iddialarının çakıştığı ihtilafli alandan kavramsal olarak farklıdır.<sup>30</sup>

### C. Deniz Alanlarını Sınırlandırmanın Niteliği

İlgili alanın belirlenmesi de deniz alanları sınırlandırmasının hukuki niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır.<sup>31</sup> Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, sınırlandırmayı ilgili alanların paylaşılmasından veya birbirine yakın sektörlere bölünmesinden ayırarak deniz alanları sınırlandırmasını beyan edici bir süreç olarak nitelendirmiştir.<sup>32</sup> Bunun nedeni, mahkemenin sınırlandırmanın yakınlık veya kıyıda uzaklık kavramına göre değil, doğal uzantı kriterine göre yönlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemesidir.<sup>33</sup> Kıta sahanlığı üzerindeki hak, kıyı devletine özgü olduğundan, mahkemenin alanı sınırlandırmak için özel bir hukuki süreçten geçmesi veya özel hukuki işlemler yapması gerekmemektedir. Kıta sahanlığı üzerindeki hakkın varlığı ilan edilebilir ancak hakkın oluşturulmasına gerek bulunmamaktadır.<sup>34</sup> Henüz sınırlandırılmamış bir alanın paylaşılması kavramının, kıta sahanlığı hakkının temel kavramına oldukça yabancı ve tutarsız olduğu sonucuna varmak mümkündür. Buna göre, sınırlandırma süreci esasen, etkilenen devletlerden birine veya diğerine ait olan alanlar arasında bir sınır çizgisi çizmekten ibarettir.<sup>35</sup> Bu yaklaşıma göre, ilgili kıyı ve alan, bölünmeye tabi bir alan veya sınırlandırılmamış alan, deniz alanlarının sınırlandırılması süreciyle kavramsal olarak ilgisizdir.

Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davası'nın ardından, deniz alanlarının sınırlandırılmasına yönelik beyan edici yaklaşım yerini kurucu yaklaşıma bırakmıştır. Kurucu yaklaşıma göre mahkemenin rolü, ihtilaf konusu kıta sahanlığının hangi kısmının hangi iddia sahibi devlete ait olduğunu belirlemektir. Kurucu yaklaşımın tercih edilmesinin başlıca nedenlerini sırala-

---

30 **Fietta/Cleverly**, s. 47.

31 Yoshifumi **Tanaka**, Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation, Hart, London 2019, s. 15.

32 North Sea Continental Shelf, § 18.

33 **Kolb**, s. 35.

34 North Sea Continental Shelf, § 19.

35 North Sea Continental Shelf, § 20.

mak gerekirse; ilk olarak, kıta sahanlığının doğasına dayalı olarak paylaşılmasının belirlenmesindeki pratik zorlukların varlığıdır.<sup>36</sup> İkinci olarak, kıta sahanlığı üzerindeki denizcilik hakkının hukuki temelini fiziksel doğal uzantı kavramından hukuki mesafe kavramına kayması durumudur.<sup>37</sup> Üçüncü neden ise BMDHS kapsamında tek kriteri esas hat çizgisine olan uzaklık olan münhasır ekonomik bölge kavramının ortaya çıkmasıdır.

Prosper Weil'in sözleriyle, sınırlandırma artık bundan böyle her bir devlete ait olacak alanın yeni baştan tanımlanması amacını taşımaktadır.<sup>38</sup> Kurucu yaklaşım benimsendiğinde, BMDHS'nin 74 (1) ve 83 (1) maddelerinde yer alan hakkaniyet ilkesi ile birleştiğinde, bir mahkemenin sınırlandırmaya tabi olan alanı belirlemesi ve uygun gördüğü şekilde ilgili alanı ve kıyıları belirlemek için herhangi bir yöntemi kullanması gerekmektedir.

Bu makale ilk olarak, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesine ilişkin kriterlere odaklanacaktır. İkinci olarak, denizcilik hakkının niteliği incelenecektir. Sınırlandırma sürecinin ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesiyle ilgisine özellikle dikkat edilerek, deniz alanlarını sınırlandırma davalarından bir seçki incelemeye tabi tutulacaktır. Bu makale, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesi sorunundan ayrı olarak ele alınması gereken adaların etkilerine değinmeyecektir.

## **D. İçtihat Hukukunun Gelişimi**

### **1. İlgili Kıyıların Denize Doğru Uzanması-Tunus/Libya**

1978'de Divan'a bildirilen bir özel anlaşma ile Divan'dan, Tunus ve Libya Arap Cemahiriyesi arasında her birine ait kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılmasında hangi uluslararası hukuk ilke ve kurallarının uygulanacağını belirlemesi istenmiştir.

Her iki tarafın da kara topraklarının doğal uzantısı olarak deniz yatağının belirli bölgeleri üzerindeki iddialarını desteklemeye çalıştıkları jeoloji, fiziki coğrafya ve deniz tabanı topoğrafyası temelli argümanları ve kanıtları değerlendirdikten sonra Divan, 24 Şubat 1982 tarihli bir kararla, iki ülkenin ortak bir kıta sahanlığına bitişik olduğu ve bu nedenle sınırlandırma amacıyla fiziksel kriterlerin yardımcı olamayacağı sonucuna var-

---

<sup>36</sup> Weil, s. 27.

<sup>37</sup> Kolb, s. 36.

<sup>38</sup> Weil, s. 47. Weil bu operasyonu uzvun kesilip çıkarılması olarak ifade etmiştir.

mıştır. Bu nedenle, hakkaniyet ilkeleri bu terimin soyut olarak yorumlanamayacağını, sadece hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak için uygun olabilecek ilke ve kurallara atıfta bulunduğunu vurgulamıştır ve tahsis edilen alanlar ile ilgili kıyı şeritlerinin uzunlukları arasında makul bir orantılılığın sağlanması gerekliliği gibi belirli faktörler tarafından yönlendirilmesi gerekmiştir.

Divan, eşit uzaklık yönteminin uygulanmasının, davanın özel koşullarında, hakkaniyete uygun bir sonuca yol açamayacağını tespit etmiştir. Sınırlandırma çizgisinin izleyeceği rotaya ilişkin olarak, iki kısım ayırt etmiştir: Kıyıya yakın bir yerde, deniz sınırına ilişkin bazı tarihsel mutabakat kanıtlarını dikkate alarak, sınırlandırma çizgisinin (Ras Adjir sınır noktasından başlayarak) kuzey-doğu yönünde yaklaşık 26°'lik bir açıyla ilerlemesi gerektiğini açıklamıştır; denize doğru ilerledikçe. Tunus kıyılarının Gabes Körfezi'nin kuzeyinde yön değiştirmesini ve yarı etki atfedilen Kerkennah Adaları'nın varlığını dikkate almak için sınır çizgisinin 52°'lik bir kerterizle doğuya doğru yönelmesi gerektiğini vurgulamıştır.

İlgili alanın belirlenmesine ilişkin genel kriterler ilk olarak Tunus/Libya Davası'nda kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin olarak açıkça ele alınmıştır. Her iki devlet de 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraf değillerdir ve dava BMDHS kabul edilmeden önce karara bağlanmıştır. Bu nedenle, mahkeme genel uluslararası hukuk ilke ve kurallarına dayanmıştır. Bu davada taraflar, doğal bir uzantının her iki bölge için de ortak olduğu kıta sahanlığı konusunda anlaşmazlık içindedirler. Divan, böyle bir durumda, sınırlandırmanın fiziksel özelliklerin yanı sıra uluslararası hukuk kriterlerine göre yönetilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>39</sup> Bu yaklaşımın tercih edilmesi, Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'nda uygulanan beyan yaklaşımından bir sapmaya işaret etmektedir. Bir talebin diğerine tecavüz ettiği ihtilafli alanın, tüm bu alanın hem Libya kıyısı hem de Tunus kıyısı açıklarında yer aldığı düşünülebilecek kısmı olduğunu belirttikten sonra mahkeme, bir tarafın kıyılarının, coğrafi durumu nedeniyle diğer tarafın kıyılarının uzantısıyla örtüşmeyen herhangi bir kısmının denizaltı uzantısının mahkeme tarafından daha fazla değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>40</sup> Sonuç olarak, Tunus'un kuzey kıyısı, kararın amaçları doğrultusunda ilgili kıyılar kavramının dışında bırakılmıştır.

---

<sup>39</sup> Tunisia/Libya, § 67.

<sup>40</sup> Tunisia/Libya, § 75.

Deniz dibi uzantısı kavramı, Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı Davaları'nda benimsenen fiziksel doğal uzantı kavramından ayırt edilmiştir.<sup>41</sup> Tunus/Libya kararında mahkeme, doğal olgudan türetilmiş olsa da,<sup>42</sup> deniz dibi uzantısı kavramını teamül hukuku ve devlet uygulamaları bağlamında incelenmesi gereken hukuki bir kavram olarak kabul etmiştir. Denize doğru uzantı kriterinin mahkeme tarafından benimsenmesinin nedeni, muhtemelen, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı tarafından henüz yeni formüle edilmiş olan uzaklık ilkesi lehine doğal uzantı teorisini terk etmek istememesidir.<sup>43</sup> Tarafların tek bir kıta sahanlığı üzerinde ihtilafli olmaları da bu formülasyonu etkileme potansiyeline sahiptir. İlgili alanın buradaki rolü negatif bir roldür; ilgisi olmayan kıyıları değerlendirme dışında tutmak için kullanılmıştır. Mahkeme, ilk aşamada kuzey kıyısının önemsizliğini tespit etmenin ötesinde ilgili alanın kapsamını belirtmemiş, sınırlandırma için ilgili alanın deniz tarafındaki sınırlar için, bunların şu anda önemli olmadığını ve sadece orantılılık kriteri ile ilgili olarak değerlendirileceğini ve bunun için bu tür sınırların tanımlanması gerekeceğini belirtmiştir.<sup>44</sup>

Orantılılık kriteri ile ilgili olarak mahkeme, hakkaniyetin tek mutlak gerekliliğinin benzerin benzerle karşılaştırılması olduğunu belirtmiştir.<sup>45</sup> Sonuç olarak mahkeme, dikkate alınacak alanın deniz sınırlarını belirlemiştir, ancak her iki kıyı için de aynı yaklaşımın benimsenmesi koşuluyla dış sınırların tam olarak nasıl çizileceğinin önemli olmadığını belirtmiştir.<sup>46</sup> Sığ Gabes Körfezi dahil edilirken, Kerkennah Takımadaları kıyıları da dahil olmak üzere deniz alanının batı kısmı hesaplamaya dahil edilmiştir.<sup>47</sup> İlgili alan ve kıyıların tanımı söz konusu olduğunda Tunus/Libya Davası'nın önemi konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak sürecin ilk aşamasında ilgili alanın tam olarak tanımlanmaması ve so-

---

41 Nuno Marques **Antunes**, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation: Legal and Technical Aspects of a Political Process*, Brill, Leiden 2003, s. 137.

42 Tunisia/Libya, § 43.

43 Jimenes de Arechaga, *Separate Opinion*, I.C.J. Reports, 1982, s. 100; Oda, *Dissenting Opinion*, I.C.J. Reports, 1982, s. 157.

44 Tunisia/Libya, § 75.

45 Tunisia/Libya, § 104.

46 Tunisia/Libya, § 130.

47 Judge Evensen, *Dissenting Opinion*, I.C.J. Reports, 1982, s. 278.

nuçta orantılılığın hesaplanması, ilgili alan kavramının belirsiz kaldığı anlamına gelmektedir. İlgili kıyıların ve alanın belirlenmesi, 2009'daki Karadeniz Davası'na kadar takip eden davalarda tutarlılıktan uzaktır. Bu davalar, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesi, geçici hattın çizilmesi ve orantılılık testinin uygulanması için farklı kriterlere dayanmıştır.

## 2. Makro Coğrafi veya Bölgesel Yaklaşımlar

### a. Maine Körfezi

25 Kasım 1981 tarihinde Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri, Maine Körfezi bölgesinde iki tarafın kıta sahanlığı ve balıkçılık bölgelerini ayıran deniz sınırının sınırlandırılması sorununu Divan'a bildirmişlerdir. Yetkisini belirledikten ve sınırlandırılacak alanı tanımladıktan sonra, uyumsuzluğun kökenini ve gelişimini gözden geçirmiş ve konuyu yöneten uluslararası hukuk ilke ve kurallarını ortaya koymuştur.

Sınırlandırmanın, hakkaniyete uygun kriterlerin uygulanması ve bölgenin coğrafi yapısı ve diğer ilgili koşullar göz önünde bulundurularak, hakkaniyete uygun bir sonuç elde edilmesini sağlayacak pratik yöntemlerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Divan tarafarca önerilen sınırlandırma çizgilerini reddetmiş ve kendisinden çizmesi istenen tek sınırlandırma çizgisi için uygulanabilir olduğunu düşündüğü kriterleri ve yöntemleri tanımlamıştır. Öncelikle coğrafi nitelikteki kriterleri uygulamış ve hem deniz yatağının hem de bitişik suların sınırlandırılması için uygun olan geometrik yöntemleri kullanmıştır. Sınırlandırma çizgisinin belirlenmesi açısından, ilk ikisi Maine Körfezi içinde ve üçüncüsü dışında kalan üç bölüm arasında ayırım yapılmıştır. İlk bölümle ilgili olarak, iki devletin kıyılarının deniz iz düşümlerinin çakışmasının eşit parçalara bölünmesini engelleyen özel bir durum olmadığı kanaatine varılmıştır.

Sınırlandırma çizgisi, taraflar arasında mutabık kalınan başlangıç noktasından başlar ve Elizabeth Burnu'ndan mevcut sınırın son noktasına kadar uzanan kıyı çizgisine dik olan çizgi ile bu sınırın son noktasından Sable Burnu'na kadar uzanan kıyı çizgisine dik olan çizginin oluşturduğu açının açıortayıdır. İkinci bölüm için, Nova Scotia ve Massachusetts kıyıları arasındaki yarı paralellik göz önünde bulundurularak, iki karşı kıyıya yaklaşık olarak paralel bir orta hat çizilmesi ve daha sonra (a) sınırlandırma alanına bitişik iki devletin kıyıları arasındaki uzunluk farkı ve (b) Nova Scotia kıyısındaki Seal Adası'nın varlığı dikkate alınarak düzeltilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Sınırlandırma çizgisi, yukarıda belirtilen açıortay ile kesiştiği noktadan Körfez'in kapanış çizgisine ulaştığı

noktaya kadar düzeltilmiş ortanca çizgiye karşılık gelir.

Üçüncü bölüm açık okyanusta yer alır ve düzeltilmiş orta çizginin bu çizgiyle kesiştiği noktadan Körfez'in kapanış çizgisine dik bir çizgiden oluşur. Bu son kesimin ucu taraflarca tanımlanan üçgenin içinde yer alır ve iki devlet tarafından talep edilen 200 millik bölgelerin çakıştığı son nokta ile çakışır.

Bazı davalarda, mahkemeler ve hakemler sınırlandırmayla ilgili alanı tespit etmek amacıyla geniş bir bakış açısını tercih etmektedirler.<sup>48</sup> Maine Körfezi Davası'nda, Daire'den kıta sahanlığı ve balıkçılık bölgelerini ayıran tek deniz sınırının seyrine karar vermesi istenmiştir.<sup>49</sup> Davayı mahkemenin önüne getiren özel anlaşma, coğrafi kapsamını tanımlamadan yalnızca Maine Körfezi bölgesine atıfta bulunmuştur. Bu nedenle, Daire'nin kesin bir sınırlandırma yapmak için kapsamı daraltması gerekmiştir. Maine Körfezi karmaşık bir coğrafi durumu temsil etmektedir. Daire, batı tarafı boyunca Cod Burnu'nun bitişik koylarının uzandığı, doğu tarafının iç ucunda Fundy Körfezi'nin açıldığı ve dördüncü tarafın Atlantik Okyanusu'na açıldığı yerler dışında üç tarafı kara ile çevrili büyük, kabaca dikdörtgen bir girintiyi tanımlamak için ayrıntılı bir prosedürden geçmiştir.<sup>50</sup> Bu karar, kıyıların konfigürasyonunun ve özelliklerinin basitleştirilmiş iyi bir temsilinin bulunması yoluyla alınmıştır. Ancak Daire, coğrafi olguların kendi başlarına birincil ya da ikincil olmadığına ve böyle bir ayırımın zorunlu olarak öznel olan, bakış açılarına ve amaçlara göre değişebilen bir insani değer yargısı olduğuna karar vermiştir.<sup>51</sup> Daire, ayrıca tarafların davada doğayı veya coğrafyayı yeniden şekillendirme girişimini de reddetmiştir.<sup>52</sup>

Daire, sınırlandırma alanını belirlerken, kendisini Tunus/Libya'da kullanılan yöntemle sınırlandırmamıştır. Daire, teamül hukukunun, hakaniyete uygun bir çözüm bulmak gibi temel bir amaç doğrultusunda izlenecek kılavuz ilkeleri ortaya koyan yalnızca birkaç temel hukuki ilke

48 Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. the United States), Judgment, I.C.J. Reports, 1984, s. 165; John Cooper, "Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area", Ocean Development and International Law, C. 16, S. 1, 1986, s. 66.

49 Gulf of Maine, § 26.

50 Gulf of Maine, § 34.

51 Gulf of Maine, § 37.

52 Gulf of Maine, § 37.

sağladığını ve her deniz alanı sınırlandırma davasının kendine özgü olduğunu belirtmiştir.<sup>53</sup> Fundy Körfezi, Amerika Birleşik Devletleri kıyılarının uzantısıyla örtüşmemesine rağmen, Daire Fundy Körfezi kıyılarının iç kesimlerini de bölgenin bir parçası olarak kabul etmiştir.<sup>54</sup> Fundy Körfezi'nde karşılıklı iki kıyının da Kanada'ya ait olması nedeniyle, Fundy Körfezi'nin Maine Körfezi'nin bir parçası olduğu gerçeği göz ardı edilemez. Bu doğrultuda, sınırlandırma alanındaki Kanada kıyılarının uzunluğunu hesaplamak amacıyla, bu kıyılardan yalnızca birini dikkate almak için geçerli bir neden de bulunmamaktadır.<sup>55</sup> Mahkeme bu davayı, Gabes Körfezi'ni ilgili kıyının bir parçası olarak kabul ettiği Tunus/Libya Davası ile karşılaştırmıştır.<sup>56</sup> Sonuçta iki devlet arasındaki orantılılık hesaplanırken Fundy Körfezi kıyı şeridi de dahil edilmiştir. Bu doğrultuda geçici hat kaydırmıştır.

Fundy Körfezi ile Gabes Körfezi arasında yapılan karşılaştırmanın mantıksız olduğu görülmektedir. Dahası, nispeten düz olan Gabes Körfezi'nin sığ dışbükeyliği, Fundy Körfezi'nin derin girintisi ile karşılaştırılabilir gibi görünmemektedir. Robert Kolb, Daire'nin Tunus/Libya'dan bile daha ileri gittiği, çünkü Fundy Körfezi'nin Daire'nin sınırlandıracağı alanın doğrudan bir parçası olmadığı yorumunda bulunmuştur.<sup>57</sup> Bununla birlikte, Maine Körfezi Davası'nda mahkeme, hakkaniyete uygun bir sonuç elde etmek için sınırlandırmaya tabi alanın belirlenmesinde liberal bir yaklaşım benimsemiştir.

## **b. Gine/Gine Bissau**

Gine ve Gine-Bissau arasındaki anlaşmazlığın merkezinde açık deniz petrolü yer almaktadır. Mahkemeden 18 Şubat 1983 tarihli özel anlaşmada, uluslararası hukukun ilgili kurallarına göre karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı boyunca deniz sınırının rotasını belirlemesi talep edilmiştir. İki devletin kıyı şeridi, Gine-Bissau ve Senegal'in sınırı paylaştığı Roxo Burnu'ndan kuzeybatı/güneydoğu yönünde yaklaşık 350 mil boyunca uzanmaktadır. Bölgede alçak gelgitte bazı adalar kı-

---

53 Gulf of Maine, § 81.

54 Separate Opinion of Schwebel, I.C.J. Reports, 1984, s. 353.

55 Gulf of Maine, § 221.

56 Gulf of Maine, § 221.

57 Kolb, s. 266.

ayla birleşir; yüksek gelgitte ise alçak gelgit yükseltilerinin ortadan kalkmasıyla kıyı şeridinin yapısı tamamen değişir. Gine yüzölçümü bakımından daha büyük bir devlettir, ancak her iki ülke de, özellikle Gine-Bissau'nun değişen coğrafyası göz önüne alındığında, her bir kıyı şeridinin nasıl ölçüleceği konusunda hararetli tartışmalara girmiştir.

Gine/Gine Bissau Davası'nda hakemlik mahkemesi, iki taraf arasındaki eşit uzaklık çizgisinin belirlenmesine temel teşkil eden kıyıların tanımlanmasında da geniş bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme, Gine Bissau açıklarındaki çok sayıda küçük adayı gözeterek, aynı zamanda Gine kıyı şeridinin dışbükey yapısını dikkate alarak, Senegal'deki bir noktayı kuzeye ve Sierra Leone'deki bir noktayı güneye bağlayarak kıyı çizgisinin genel yönünü ölçmüştür.<sup>58</sup> Mahkeme, doğanın yeniden şekillendirilmesinden ve yabancı ülkelerle kuşatılmış bölgelerin kesme etkisinden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>59</sup> Ancak taraflar sınırlandırma yöntemleri konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. Tarafların görüşlerini değerlendiren mahkeme, kıyıların biçimini sadece iki taraflı değil bölgesel olarak ele alan bir çözüm benimsemiştir.<sup>60</sup> Mahkeme, kıyıların ayrı ayrı değil, birlikte incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca Gine'nin Sierra Leone ve Gine Bissau tarafından çevrelenmiş bir orta ülke olması nedeniyle, daha güneydeki Sierra Leone'nin varlığı da dikkate alınmalıdır.<sup>61</sup> Bu nedenle, mahkeme Batı Afrika'nın tamamına bakmayı içeren bir yöntem benimsemiştir ve Batı Afrika kıyı şeridinin şeklini genel olarak dikkate alacak bir çözüm aramıştır. Bu doğrultuda kısa bir kıyı şeridi yerine uzun bir kıyı şeridini dikkate almak gerekmektedir.<sup>62</sup> Kıta sahanlığının nispeten küçük dalgalanmalarının sınırlandırmada kontrol edici bir faktör olduğu ise dikkate alınmamıştır, bunun yerine her bir deniz alanı sınırlandırmasının benzersiz olduğu gerçekliğiyle hareket edilmiştir. Bu nedenle, her bir davanın koşulları benzersizdir. Deniz alanlarının sınırlandırılması sürecinin her bir bölgenin özellikleri incelenerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir.<sup>63</sup>

58 Delimitation of The Maritime Boundary (Guinea v. Guinea-Bissau), 19 RIAA 149 (1986), § 95.

59 Guinea/Guinea-Bissau, § 102.

60 Guinea/Guinea-Bissau, § 102.

61 Guinea/Guinea-Bissau, § 103.

62 Guinea/Guinea-Bissau, § 108.

63 Guinea/Guinea-Bissau, § 89.



### c. Kanada/Fransa

Kanada/Fransa Davası'nda taraflar, Fransa'ya ait olan ancak Kanada ana karasının doğu kıyısı açıklarında bulunan küçük adalar olan Saint-Pierre ve Miqueron'dan kaynaklanan münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Her iki taraf da ilgili alan olarak, Fransız adalarını çevreleyen Newfoundland ve Nova Scotia tarafından oluşturulan coğrafi çukurluğu tanımlamışlardır.<sup>64</sup> Taraflar, ilgili kıyıların uzunluğunda belirgin bir eşitsizlik olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>65</sup> Bununla birlikte, taraflar uyumsuzluk alanına cepheli olarak kabul edilmesi gereken kıyıların belirlenmesinde farklılık göstermişlerdir.<sup>66</sup> İlgili kıyı şeritleri ve bunun sonucunda Kanada ve Fransa kıyı şeritlerinin oranları ile kıyıların karşılıklı veya bitişik olarak ilişkisi konusunda anlaşmazlıklar bulunmaktadır. Mahkeme, adalar ile Newfoundland'in güney kıyısı arasındaki hâkim ve genel ilişki doğrultusunda, bu görüşü destekleyen tarihi kanıtları da göz önünde bulundurarak, Fransız adalarının Kanada kıyısına bitişik olduğuna karar vermiştir.<sup>67</sup>

Bu üç davadaki yaklaşım, deniz alanı sınırlandırmasının bir inşa süreci olduğunu göstermektedir ve mahkemenin söz konusu davanın genel durumunu dikkate alma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu varsayımına dayanmaktadır. Her bir davada mahkeme kıyı şeridinin yapısını ve genel coğrafyayı dikkate almıştır, ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın Tunus/Libya'da yaptığı gibi kıta sahanlığının uzantısı ise incelenmemiştir.

### 3. Uzaklık Kriteri-Libya/Malta

Libya ve Malta arasındaki özel anlaşma ile 1982 yılında Divan'a sunulan bu dava, bu iki devletin her birine ait kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılması ile ilgilidir. Libya, argümanını desteklemek için doğal uzantı ilkesine ve orantılılık kavramına dayanmıştır. Malta, devletlerin kıta sahanlığı alanları üzerindeki haklarının artık kıyıda uzaklık kavramına tabi olduğunu, bunun da kıta sahanlığı alanları arasındaki sınırların belirlenmesinde eşit uzaklık yöntemine, özellikle de Malta ve Libya örneğinde olduğu gibi bu alanlar birbirinin tam karşısında yer alan devletlere ait ol-

---

64 Delimitation of Maritime Areas (Canada v. France), 21 RIAA 265 (1992), § 26.

65 Canada/France, § 33.

66 Canada/France, § 28.

67 Canada/France, § 35.

duğunda, öncelik verdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, devletlerin kıta sahanlığı alanları üzerindeki haklarına ilişkin hukuktaki gelişmeler ışığında, iki devlet arasındaki mesafe 400 milden az olduğunda (mevcut davada olduğu gibi) coğrafi veya jeofizik faktörlere bir rol atfetmek için bir neden olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca, eşit uzaklık yönteminin kullanılmasının zorunlu olmadığını ve tek uygun sınırlandırma tekniği olmadığını da değerlendirmiştir. Mahkeme bir dizi hakkaniyet ilkesi tanımlamış ve 3 Haziran 1985 tarihli kararında bunları ilgili koşullar ışığında uygulamıştır. Kıyıların temel özelliklerini, uzunlukları arasındaki farkı ve aralarındaki mesafeyi dikkate almıştır. Bir devlete ait kıta sahanlığı ile kıyı şeridinin uzunluğu arasında aşırı bir orantısızlıktan kaçınmaya özen göstermiş ve belirli bir mesafe boyunca kuzeye doğru aktarılan bir orta hat çözümünü benimsemiştir.

Libya/Malta Davası'nda mahkeme, bölünecek alanı belirlemek için ilk kez uzaklığı bir kriter olarak kullanmıştır. Bu dava, deniz alanı sınırlandırmasının beyan niteliğini açıkça ortadan kaldırmaktadır. Dava deniz alanlarının sınırlandırılması sürecinin insan yapımı karakterini onayladığı için dönüm noktası niteliğinde bir karardır. Deniz alanlarının sınırlandırılmasına yönelik bu yeni yaklaşım, bir çakışma alanının varlığını varsaymıştır. Bu nedenle mahkeme, kıta sahanlığının doğal uzantısının fiziksel olarak sona ermesinden ziyade yasal hakların örtüşmesine odaklanmaya başlamıştır. Bu gerekçeyle, iki karşıt devlet arasındaki kıta sahanlığını sınırlandırmak için uluslararası teamül hukukuna mahkeme tarafından dayanılmıştır<sup>68</sup> ancak kıta sahanlığını uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak, 200 deniz mili mesafe kuralına göre yeniden tanımlayan BMDHS dikkate alınmıştır.<sup>69</sup> Toprak altı, coğrafya veya jeoloji artık önemli olmadığına, iki devlet çakışan alan üzerinde eşit deniz haklarına sahip olacaktır. Bu nedenle, kıyıların biçiminden etkilenebilecek olan denizcilik hakları için kıyılardan iz düşüm esas alınacaktır.

Ancak mahkeme bu davada ilgili alanı belirtmemiştir. Bunun yerine mahkeme, sınırlandırmayla ilgili alanı coğrafi terimlerle tanımlamayı amaçlamadığını açıkça belirtmiştir.<sup>70</sup> Mahkeme sadece İtalya'nın genel anlamda hak iddia ettiği alanı hariç tutarak, kıta sahanlığı sınırlandırması

---

68 Canada/France, § 26.

69 BMDHS, Madde 76 (1).

70 Libya/Malta, § 14.

yapılması gereken alanı tanımlamıştır.<sup>71</sup> Mahkeme, orantılılık unsurunu değerlendirmeye çalıştığı aşamada, ilgili alanı ve kıyıları belirleme sürecinden geçmemiştir, çünkü bu süreci uygunsuz hale getiren pratik zorluklar söz konusudur.<sup>72</sup> Bu tür zorluklar, coğrafi bağlamın ilgili kıyıların ve ilgili alanların tanımlanması için neredeyse her değişik biçimin seçilebileceği ve geniş ölçüde farklı sonuçlara yol açacak kadar kapsamlı olduğu durumları ifade etmektedir. Zorluklar sınırlandırma kararının gerçekte uygulanacağı alanda üçüncü devletlerin, bu davada ise İtalya'nın iddialarının varlığı nedeniyle sınırlı olduğu durumlarda daha belirgindir.

## E. Orta Hattın Oluşturulması

### 1. Jan Mayen

16 Ağustos 1988 tarihinde Danimarka, Norveç'e karşı dava açmak üzere Divan Yazı İşleri Müdürlüğü'ne bir başvuruda bulunmuş ve bu başvuru ile Danimarka ve Norveç'in Grönland'ın doğu kıyısı ile Norveç'in Jan Mayen adası arasındaki sularda, her iki tarafın da yaklaşık 72.000 kilometrekarelik bir alan üzerinde hak iddia ettiği balıkçılık bölgelerinin ve kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bir uyuşmazlığı mahkemeye taşımıştır.

Danimarka, mahkemeden, Grönland'ın esas hattından ölçülen 200 deniz mili mesafede veya mahkemenin böyle bir hattın çizilmesini mümkün bulmaması halinde, uluslararası hukuka uygun olarak bu alanlara ilişkin tek bir sınır çizgisinin çizilmesini istemiştir. Norveç ise mahkemeden, ilgili iki alanın sınırlandırılması amacıyla orta hattın iki ayrı çizgisini oluşturduğuna karar vermesini istemiştir. Bu durumda söz konusu çizgiler çakışacak, ancak sınırlandırmalar kavramsal olarak farklı kalmaya devam edecektir. Norveç'in temel iddiası, Jan Mayen ve Grönland arasında, taraflar arasında yürürlükte olan anlaşmaların (1965 tarihli ikili Anlaşma ve 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi) etkisiyle zaten bir sınırlandırma tesis edilmiş olduğuydu; zira her iki belge de bir orta hat çizilmesini öngörmekteydi. Jan Mayen Davası'nda, hem Danimarka hem de Norveç 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraflardır ve bu nedenle Uluslararası Adalet Divanı, kara suları esas hat çizgisine dayalı geçici bir orta

---

<sup>71</sup> Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 3.

<sup>72</sup> Libya/Malta, § 74.

hat çizmiştir.<sup>73</sup> Jan Mayen Davası'nda hem kıta sahanlığı hem de münhasır ekonomik bölge sınırlandırmaya konu olurken, Divan, deniz alanı sınırlandırmasına ilişkin yargısal sürecin dağıtılmamış kazanç paylarına sahip olan bir alanın paylaşılmasını içermediğini belirtirken Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'na atıfta bulunmuştur.<sup>74</sup>

İlgili kıyılar ve alan, orta hat çizgisi oluşturulduktan sonra mahkemenin orantılılık ilkesini değerlendirmesi bağlamında ele alınmıştır. Mahkeme, ilgili kıyıların uzunluğu ile eşit uzaklık yönteminin uygulanması doğrultusunda, bu yaklaşımların oluşturduğu deniz alanları arasındaki ilişkinin orantısız olduğu durumlar olduğunu kabul etmiştir. Hakkaniyete uygun bir çözüm sağlamak için bu durumun dikkate alınması mahkeme tarafından gerekli görülmüştür. Orantılılık ilkesinin pratikte uygulanması bazen üçüncü devletlerin taleplerinin varlığı veya hangi kıyıların ya da hangi alanların ilgili olarak değerlendirileceğinin yeterli hassasiyetle tanımlanmasındaki güçlükler nedeniyle karmaşık hale gelebilmektedir.<sup>75</sup> Mahkeme, Jan Mayen ve Grönland kıyılarının, incelenmekte olan geçici olarak çizilen orta hattın tam rotasını oluşturmadaki rolleri göz önünde bulundurularak, ilgili olarak ele alınmasının uygun olduğuna karar vermiştir.<sup>76</sup>

Ardından, mahkeme iki devlet arasındaki farkı değerlendirmiştir. Danimarka, Grönland kıyılarından itibaren 200 deniz millik bir hak iddia etmektedir. Norveç, Jan Mayen Adası ile Grönland kıyıları arasındaki orta hattın sınırlandırma hattı olması gerektiğini savunmaktadır. Mahkeme, sınırlandırmaya tabi alanı üçe ayırmıştır. İlk olarak, çakışan hak talepleri alanı yani, Danimarka tarafından iddia edilen tek 200 deniz mili sınırlandırma çizgisi ve Norveç tarafından iddia edilen iki çakışan orta hat çizgisi ile sınırlanan alanı ifade etmektedir. İkinci olarak, çakışan potansiyel hak alanı, Danimarka tarafından iddia edilen 200 deniz millik hat ile Jan Mayen'in kuzeybatı kıyısındaki esas hattın 200 deniz mili uzaklıkta çizilene karşılık gelen bir hat arasındaki alanı ifade etmektedir.<sup>77</sup> Üçüncü olarak, sınırlandırma anlaşmazlığı ile ilgili alan, Danimarka tarafından Jan Mayen

---

73 Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Merit, I.C.J. Reports, 1993, s. 38.

74 Jan Mayen, § 64.

75 Jan Mayen, § 65.

76 Jan Mayen, § 67.

77 Jan Mayen, § 20.

kıyılarının uzunluğu ile karşılaştırma yapmak için kullanılan Grönland kıyı şeridinin kapsamını tanımlayan alandır.<sup>78</sup> Bu potansiyel hak örtüşmesi, geçici çizginin ayarlanmasını veya kaydırılmasını gerektiren durumlardan biri olarak değerlendirilmiştir.

Bu davada, karşıt talepler ve karşıt haklar arasındaki ilişkiye dair bakış açısının, hem örtüşen talepler alanının hem de örtüşen potansiyel hak alanının dikkate alınmasıyla elde edileceğini belirten mahkeme,<sup>79</sup> Danimarka'nın kıta sahanlığı ve balıkçılık bölgesi üzerindeki hak iddiasını azami ölçüde genişleten bir sınırlandırmadan kaçınmıştır. Grönland'ın doğu kıyısına tam olarak etki ettikten sonra geriye kalan alanı yalnızca Norveç'e atfetmek, Jan Mayen'in haklarına ve ayrıca hakkaniyetin taleplerine tamamen ters düşecektir.<sup>80</sup>

Mahkemenin yaklaşımı kıyı uzunluğunun eşitsizliği göz önünde bulundurulduğunda orta hat çizgisinin kaydırılmasına yönelik oldukça karmaşık bir yaklaşımdır. Daha sonra ise hiçbir davada benzer bir yaklaşım benimsenmemiştir. Bu davada kullanılan kriterlerin orantılılığın değerlendirilmesi bağlamında ortaya çıktığına işaret etmek yeterlidir.

## 2. Guyana/Surinam

Bu dava, Guyana'nın Surinam ile olan deniz sınırının belirlenmesi ve Surinam'ın ihtilafli deniz bölgesinde uluslararası hukuku ihlal ettiği iddiasıyla ilgilidir. BMDHS'nin 74. ve 83. maddeleri uyarınca kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasına ilişkin olarak, mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı ve hakemlik mahkemelerinin içtihatlarında, bu sürecin, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak için ilgili koşullar ışığında ayarlanabilecek geçici bir eşit uzaklık çizgisi ortaya koyarak başlaması gerektiği konusunda açık bir rehberlik bulmuştur. Her iki tarafın da beyanlarının aksine, mahkeme, geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanmasını gerektiren ilgili koşulların bulunmadığını tespit etmiştir.

Guyana/Surinam Davası'nda Ek VII hakemlik mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın Jan Mayen Davası'ndaki yaklaşımını takip ederek, geçici eşit uzaklık çizgisinin tamamını oluşturan tarafların kıyılarının ilgili

---

78 Jan Mayen, § 19.

79 Jan Mayen, § 59.

80 Jan Mayen, § 70.

olarak ele alınmasının mantıklı ve uygun göründüğüne karar vermiştir.<sup>81</sup> Bu davada, mahkeme hem 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığını hem de münhasır ekonomik bölgeyi sınırlandıran tek bir deniz sınırı belirlemek zorunda kalmıştır. Mahkeme neden Jan Mayen kararındaki yaklaşımı izlediğini tam olarak açıklamamıştır. Ancak bu davadaki coğrafi durum Jan Mayen Davası'ndan oldukça farklı olduğu için mahkemenin mantığı tartışmalı bir şekilde eleştiriye tabidir.<sup>82</sup> Guyana/Surinam'da taraf devletler birbirlerine bitiştikirler, iki devletin kıyı şeridi nispeten düzdür ve bu kıyı şeritlerinin uzunluklarında önemli bir eşitsizlik bulunmamaktadır. Mahkemenin eşit uzaklık hattını kontrol eden kıyıları belirlerken pragmatik bir yaklaşım benimsediği açıkça görülmektedir. Kıyıdan iz düşümler gibi farklı bir kriter de aynı geçici çizgiyle sonulanabilirdi. Ancak, bu kararda kullanılan süreç özellikle şeffaf değildir.

## F. İz Düşümler

### 1. Karadeniz Davası

16 Eylül 2004 tarihinde Romanya, Karadeniz'de iki devlet arasındaki deniz sınırı anlaşmazlığının bir parçası olarak Ukrayna'ya karşı Uluslararası Adalet Divanı'nda dava açmış ve Yılan adasının sosyoekonomik bir önemi olmadığını iddia etmiştir. Adalar genellikle sınırlar devletlerin kendileri veya UAD gibi üçüncü bir tarafça belirlendiğinde dikkate alınır. Münferit koşullara bağlı olarak, adaların teorik olarak deniz alanları üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde tam, kısmi veya hiç etkisi olmayabilir. BMDHS madde 121 (3) uyarınca, kayalar deniz sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınsa da, büyüklükleri ve konumları ışığında adaletsiz bozucu bir etkiye sahip olmaları halinde göz ardı edilebilir, dikkate alınmayabilir veya evrelenebilirler. Bu tür adalar göz ardı edilmese bile, sınırlandırma üzerindeki etkileri asgari düzeyde olabilir.

Romanya tarafında, UAD, Sulina setinin insan yapımı ucunun değil, karaya doğru olan ucunun eşit uzaklık ilkesi için temel alınması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme, bir setin limandan farklı bir işlevi olduğunu ve sadece liman inşaatlarının kıyının bir parçasını oluşturduğunu belirtmiştir. Ukrayna tarafında ise mahkeme, Yılan Adası'nın Ukrayna'nın kıyı yapısının bir parçasını oluşturmadığını tespit etmiş ve Yılan Adası'nı

---

81 In The Matter of An Arbitration (Guyana v. Suriname), Merit, 47 ILM 166 (2007), ř 352.

82 Guyana/Suriname, ř 350.

kıyının ilgili bir parçası olarak saymanın Ukrayna'nın kıyı şeridine yabancı bir unsur aşılacak anlamına geleceğini; bunun da coğrafyanın yarısal olarak yeniden şekillendirilmesi anlamına geleceğini açıklamıştır. UAD, Yılan Adası'nın bu davadaki sınırlandırma üzerinde, karasularının 12 deniz mili yayının rolünden kaynaklananlar dışında, hiçbir etkisi olmaması gerektiği sonucuna varmıştır.

Karadeniz Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, Tunus/Libya'da kullanılan ifade olan denize doğru uzantının aksine iz düşümlere dayanmıştır. Divan, başlangıçta, bir devletin kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge hakkına sahip olmasının, kıyıların veya kıyı cephelerinin iz düşümü yoluyla karanın denize hakim olması ilkesine dayandığını belirtmiştir.<sup>83</sup> Ardından mahkeme, Romanya ve Ukrayna'nın kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge haklarını doğuran kıyıları, yani iz düşümleri çakışan kıyıları tanımlamak zorunda olduğunu, çünkü sınırlandırma görevinin, ilgili deniz alanlarını ayıran bir çizgi çizerek çakışan iddiaları çözmekten ibaret olduğunu belirtmiştir.<sup>84</sup>

Bu dava bağlamında, taraflar Ukrayna'daki Karkinitsky Körfezi'nin ilgili kıyının bir parçası olarak dahil edilip edilmemesi gerektiği konusunda ihtilafa düşmüşlerdir. Romanya, Ukrayna kıyılarının iki alana ayrılması gerektiğini savunmuştur ve iki tarafın kıyılarının iz düşümlerinin çakıştığı alana ait olmayan deniz alanlarının sınırlandırma sürecinde dikkate alınmaması gerektiğini belirterek, Romanya'ya bitişik kıyının alanını sınırlandırma sürecinde hariç tutmuştur.<sup>85</sup> Buna karşılık Ukrayna, sınırlandırma amaçlarıyla ilgili kıyıların, birbiriyle örtüşen ve kesişen bir kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge için yasal bir hak oluşturan kıyıları olduğunu iddia etmiştir.<sup>86</sup> Daha sonra Romanya'nın kıyı şeridini değerlendirmesinin keyfi ve desteklenemez olduğu ön plana çıkmaktadır. Romanya'nın coğrafyayı yeniden şekillendirdiği iddia edilmiştir.<sup>87</sup> Ancak Ukrayna, Romanya'ya komşu kıyıların ilgili olarak dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu nedenle, Ukrayna tarafından her bir devletin iz

---

83 Black Sea Case, § 77.

84 Black Sea Case, § 77.

85 "Romania, Memorial", (9.22) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/132/14697.pdf>, E.T. 31.08.2023.

86 "Ukraine, Counter-Memorial", (3.9) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/132/14699.pdf>, E.T. 31.08.2023.

87 "Ukraine, Counter-Memorial", (3.13).

düşümleri sürece dahil edilmiştir. Mahkeme, kararında iki ilke belirlemiştir. İlk ilke, kararın denize, deniz yönündeki kıyı iz düşümlerinin deniz hak iddialarına yol açacak şekilde hâkim olmasıdır.<sup>88</sup> İkinci ilke ise kıyının, sınırlandırma amacıyla ilgili olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın kıyısından gelen iz düşümlerle örtüşen iz düşümler oluşturması gerektiğidir.<sup>89</sup> Sonuç olarak, mahkeme Karkinitzsky Körfezi'ni ilgili alanın dışında bırakmıştır çünkü Romanya'dan gelen iz düşüm Karkinitzsky Körfezi'nden gelen iz düşümlerle örtüşmemektedir.

Karadeniz Davası'nda Tunus/Libya yaklaşımının takip edilip edilmediği dikkatli bir incelemeyi hak etmektedir. Karadeniz Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, kararında Tunus/Libya'ya atıfta bulunmuştur ve Elferink gibi yazarlar iki davanın sınırlandırma konusunda aynı yaklaşımı benimsediğini açıklamaktadırlar.<sup>90</sup> Ancak iki dava arasında alternatif bir yoruma olanak tanıyan önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, Karadeniz Davası'nda her iki devlet de BMDHS'ne taraftır ve mahkemeden kıta sahanlığı ile münhasır ekonomik bölgeyi tek bir hatla sınırlandırması istenmiştir. Tunus/Libya'da, iddianın temeli, uluslararası hukuk kapsamında belirlenen kıta sahanlığının doğal uzantısının varlığıdır. Karadeniz Davası'nda ise iddianın temeli, kıta sahanlığının jeomorfolojik uzantının bir kıyı devletinin esas hat çizgisinden 200 deniz mili içerisindeki denizcilik haklarıyla ilgisiz olduğu BMDHS'nin 57. ve 76 (1) maddeleridir. Bu hükümler, bir mahkemenin jeolojik ve jeomorfik durumun yanı sıra taraf devletlerin iddialarını dikkate alınmaksızın, sadece kıyı şeridinin biçimine odaklanmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda, mahkemenin kıyı biçiminin birbiriyle örtüşen iz düşümler oluşturup oluşturmadığına karar vermesi gerekmektedir. İkinci olarak, Karadeniz Davası'nda mahkeme, sınırlandırma görevinin, ilgili deniz alanlarını ayıran bir hat çizerek çakışan iddiaları çözmekten ibaret olduğunu açıkça belirtmiştir.<sup>91</sup> Bu da Tunus/Libya'dan önemli bir farklılık teşkil etmektedir.

## 2. Bangladeş/Myanmar

Bangladeş/Myanmar davasında, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nden iki devlet arasındaki üç deniz sınırını belirlemesi istenmiştir:

---

88 Black Sea Case, § 99.

89 Black Sea Case, § 99.

90 Elferink, s. 180.

91 Black Sea Case, § 77.



Karasuları sınırı, iki devletin münhasır ekonomik bölgeleri, kıta sahanlıkları arasındaki tek deniz sınırı ve tarafların esas hat çizgilerinden 200 mil ötesindeki kıta sahanlığı sınırı. BMDHS madde 76 (8) uyarınca onaylanmasından önce dış kıta sahanlığının sınırlandırılması söz konusu olduğunda, denize doğru uzantı veya deniz yetki alanları yerine iz düşüme dayanılması önemli bir fark yaratabilmektedir. Bir mahkeme veya hakem heyeti, ilgili alan ve kıyıları konusunda çok daha geniş bir yaklaşıma sahip olabilir. Geniş yaklaşımla vurgulanan iz düşüme dayalı olarak, belirlenmemiş dış kıta sahanlığının çakışan, üst üste binen bölgesinin ilgili alanın bir parçası olarak dahil edilebilmesidir. Bangladeş/Myanmar Davası'nda, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ilgili kıyının diğer tarafın kıyılarıyla çakışan deniz iz düşümleri oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir.<sup>92</sup>

Mahkeme, Karadeniz Davası'na atıfta bulunarak, bu davanın mahkemenin Bangladeş/Myanmar'daki kararı için içtihat sağladığını belirtmiştir. Bu davada taraflar, Bangladeş kıyı şeridinin Meghna Nehri Halici'nin doğu ve batı kıyılarından oluşan bölümleri ile Myanmar kıyılarının Bhiff Burnu'ndan Negrais Burnu'na kadar uzanan bölümünün ilgili alanın bir parçası olarak dahil edilip edilmeyeceği konusunda ihtilaflıdır. Mahkeme her iki kesimin de dahil edilmesine karar vermiştir. Ancak ikinci kesimin dahil edilmesinin nedeni açık değildir.

### 3. Bangladeş/Hindistan

Bangladeş/Hindistan Davası'nda, taraflar Devi Ucu ile Sandy Ucu arasındaki bölümün ilgili kıyıları dahil edilip edilmeyeceği konusunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir.<sup>93</sup> Bangladeş, ilgili kıyıların bu kesimi de kapsadığını belirtmektedir, çünkü Hindistan'ın kıyısındaki iz düşümün Bangladeş'in kıyısından 200 deniz mili öteye uzanan iz düşümle çakıştığını iddia etmektedir.<sup>94</sup> Buna karşılık Hindistan, söz konusu kesimin körfezin başına değil güneydoğu yönüne baktığını iddia etmektedir.<sup>95</sup> Dahası, Devi Ucu

---

92 Bangladesh/Myanmar, § 198.

93 Bangladesh/India, § 298.

94 Bangladesh/India, § 289.

95 Bangladesh/India, § 290. Bu durumda Hindistan, söz konusu çakışan iz düşümler alanının Bhiff Burnu'nun ötesindeki kıyıdan güneye doğru 200 deniz mili içinde kalan alanın tamamı olamayacağını ileri sürmüştür. Hindistan, Bhiff Burnu ile Negrais Burnu arasındaki kıyının ilgili alan olduğunu belirtmiştir. Kıyının ilgili kabul edilme gerekçesi ise Bangladeş sahiline doğru konumlanmasıdır.

ile Sandy Ucu arasındaki kıyıdan çizilen bir çizgi Bangladeş tarafından iddia edilen 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı alanıyla çakışsa da, aynı şey 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığına da yansıyan Sandy Ucu'nun ötesindeki kıyı için de söylenebilir. Hindistan'a göre, bir noktayı diğerine tercih etmek için hiçbir neden yoktur ve Sandy Ucu'nun seçilmesi keyfidir.<sup>96</sup>

Mahkeme, diğer tarafın kıyılarından gelen iz düşümlerle örtüşen ilgili kıyıları belirlemek için Karadeniz Davası'na atıfta bulunmuştur.<sup>97</sup> Hindistan kıyılarının, Bangladeş kıyıları tarafından oluşturulan iz düşümlerle herhangi bir örtüşme yarattığı ölçüde ilgili olduğunu belirtmiştir. Çakışmanın her iki kıyının 200 deniz milli içinde mi, her iki kıyının 200 deniz mili ötesinde mi yoksa birinin 200 deniz mili içinde ve diğerinin 200 deniz mili ötesinde mi gerçekleştiğine bakılmaksızın, kıyı konuyla açıkça ilgiliydi.<sup>98</sup> Mahkeme, Devi Ucu ile Sandy Ucu arasında, Hindistan kıyılarının doğrudan Bangladeş tarafından iddia edilen 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının iz düşümüne baktığına karar vermiştir.<sup>99</sup> Ayrıca, Sandy Ucu'nun güneyindeki bir noktadan kuzeydoğuya doğru çizilen yarıçapsal bir çizginin de Bangladeş kıyılarının 200 deniz mili ötesindeki iz düşümüyle çakışacağını kabul etmiştir.<sup>100</sup> Bir kıyı şeridi parçasının oluşturduğu iz düşümlerin ve kıyının genel yönüne dar bir açıyla çizilen bir çizginin artık o kıyının denize doğru iz düşümünü temsil ettiğinin söylenemeyeceği bir noktanın belirlenmesinde bir takdir marjı olsa da, üst üste binen iz düşüm kıyıdan neredeyse dik bir çizgide uzandığı için bu soru ortaya çıkmamıştır.<sup>101</sup> Son olarak, mahkeme, Bangladeş kıyısı tarafından oluşturulan iz düşümlerle çakışacak şekilde çizilen bir çizginin, bu kıyının iz düşümünü temsil edip etmeyeceğini belirlemesine gerek olmadığına karar vermiştir çünkü taraflardan hiçbiri böyle bir çakışma iddiasında bulunmamıştır.<sup>102</sup>

#### 4. Gana-Fildişi Sahili

İki ülke arasındaki uyuşmazlık dört soru altında gruplandırılabilir. Bu

---

<sup>96</sup> Bangladesh/India, § 296.

<sup>97</sup> Bangladesh/India, § 299.

<sup>98</sup> Bangladesh/India, § 299.

<sup>99</sup> Bangladesh/India, § 300.

<sup>100</sup> Bangladesh/India, § 302.

<sup>101</sup> Bangladesh/India, § 302.

<sup>102</sup> Bangladesh/India, § 302.

sorular, (1) her iki ülke arasında deniz sınırlarına ilişkin zımni bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı; (2) karasuları, münhasır ekonomik bölge ve 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı için deniz sınırının ne olması gerektiği; (3) Gana'nın Jubilee ve TEN hidrokarbon projelerini geliştirerek Fildişi Sahili'nin egemenlik haklarını ihlal edip etmediği ve (4) Gana'nın Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin 83. maddesini ihlal edip etmediğidir. Sonuç olarak ortaya çıkan karar, büyük ölçüde Fildişi Sahili'nden ziyade Gana'nın çıkarlarına yönelmiştir. Her açıdan oy birliğiyle alınan kararda (1) taraflar arasında deniz sınırları konusunda önceden var olan zımni bir anlaşma olmadığı; (2) karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığını sınırlandıran tek bir eşit uzaklık çizgisi olduğu; (3) Gana'nın Fildişi Sahili'nin egemenlik haklarını ihlal etmediği ve (4) Gana'nın BMDHS'nin 83. maddesini ihlal etmediği tespit edilmiştir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi, Bangladeş/Myanmar'a atıfta bulunarak iz düşüm örtüşmesine dayandığı Gana/Fildişi Sahili Davası'nda 200 deniz milinin ötesinde deniz alanı sınırlandırmasını incelemiştir.<sup>103</sup> Özel Daire ayrıca, tek bir kıta sahanlığı olduğu için, 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki iz düşümler arasında ayırım yapmak için bir temel görmediğine karar vermiştir.<sup>104</sup> Fildişi Sahili'nin Liberya sınırına kadar olan tüm kıyıların ilgili kabul edilip edilmeyeceği konusunda anlaşmazlık bulunmaktadır. Gana, ilgili kıyının Sassandra'da sona erdiğini iddia ederken, Fildişi Sahili tüm kıyının dahil edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Özel Daire, durumun coğrafi gerçekliğine bakarak Gana'nın iddiasını desteklemiştir. Özel Daire'nin gerekçesine göre, sahilin Sassandra'nın ötesindeki kısmı Gana'ninkiyle örtüşen bir iz düşüm oluşturmamıştır.<sup>105</sup> Ancak Bangladeş/Hindistan'ın aksine, her iki tarafın da kıyı yapısı oldukça düzdür. Bu nedenle, ilgili alanın belirlenmesine yönelik farklı bir kriter mahkemenin kararını değiştirmeyebilirdi.

### G. Potansiyel Hak Sahiplikleri

Mahkemenin potansiyel hak sahipliğine dayandığı birkaç dava bulunmaktadır. Potansiyel hak sahipliği ilk olarak 1993 yılında Jan Mayen'de kullanılmıştır. Mahkeme potansiyel hak sahipliğini her bir devletin diğer

<sup>103</sup> Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary (Ghana v. Cote d'Ivoire), Judgment of 23 September 2017, ITLOS Reports 2017, § 372.

<sup>104</sup> Ghana/Cote d'Ivoire, § 373.

<sup>105</sup> Ghana/Cote d'Ivoire, § 378.

devletin varlığı olmasaydı hak iddia edebileceği alanlar olarak tanımlamıştır.<sup>106</sup> Teorik olarak, potansiyel hak sahipliğinin çakışması sadece deniz alanını vurgulamamaktadır. Potansiyel hak sahipliğinin çakışması aynı zamanda mahkemenin çözmesi gereken belirli hakların da çakışmasını ifade etmektedir.<sup>107</sup> Bu nedenle, potansiyel sıfatı gereksizdir çünkü devletler diğer kurullarla çatışmadığı sürece kıyı haklarını kullanma hakkına sahiptirler.<sup>108</sup> Mahkeme, 2012 yılında Nikaragua/Kolombiya ve 2018 yılında Kosta Rika/Nicaragua davalarında ilgili alanı belirlerken bu kritere dayanmıştır. Ancak bu kavramın fiili kullanımı Jan Mayen’de kabul edilen orijinal tanımdan farklıdır.

### 1. Nikaragua/Kolombiya I

19 Kasım 2012 tarihinde Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua’nın Karayip Denizi’nde Kolombiya’ya karşı ileri sürdüğü deniz yetki alanları iddialarını içeren bir uyuşmazlıkta kararını vermiştir. Divan, Nikaragua’nın yedi ihtilafli deniz yetki alanı üzerinde Nikaragua egemenliğinin ilan edilmesi ve Nikaragua ile Kolombiya’ya ait kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeler arasında tek bir deniz sınırının belirlenmesi taleplerini değerlendirmiştir. Mahkeme, tüm ihtilafli toprakları Kolombiya’ya vermiş ve devletlerin kıta sahanlıkları ile münhasır ekonomik bölgeleri arasındaki deniz sınırını, ağırlıklı temel noktalar, jeodezik çizgiler, enlem paralelleri ve evrelemenin yeni bir karışımını kullanarak sınırlandırmıştır.

Nicaragua/Kolombiya I Davası’nda mahkeme, ilgili kıyıları tanımlarken Tunus/Libya ve Karadeniz Davası’na açıkça atıfta bulunmuş ancak potansiyel hak sahipliği kavramını kullanmıştır.<sup>109</sup> Mahkeme, ilgili Nikaragua sahilinin sadece 200 deniz mili içinde hakkın ölçüleceği sahil kısımları değil, çakışan potansiyel haklar alanına giren tüm sahil olduğunu belirtmiştir.<sup>110</sup> Bu davada, ilgili kıyıların ve alanın belirlenmesine ilişkin tartışmalı konu, Kolombiya’nın San Andres, Providencia ve Santa Catalina

---

<sup>106</sup> Jan Mayen, § 59.

<sup>107</sup> Antunes, s. 138.

<sup>108</sup> “Report on the Obligation of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas”, <https://www.biicl.org/projects/obligations-of-states-under-articles-743-and-833-of-unclos-in-respect-of-undelimited-maritime-areas>, E.T. 31.08.2023.

<sup>109</sup> Nicaragua/Colombia, § 140.

<sup>110</sup> Nicaragua/Colombia, § 145.

adacıklarından gelen iz düşümlerin çakıştığı doğu tarafının ilgili alana dahil edilip edilmeyeceğidir. Bu adacıklar Nikaragua kıyılarından 200 deniz millik alan içerisinde oldukları için, Nikaragua'dan gelen iz düşümler adacıklar tarafından kapatılmış olacaktır. Ancak mahkeme, doğu kıyılarının ve adacıkların doğusundaki alanın da dahil edilmesi gerektiğini vurgulayarak, çakışan potansiyel hak alanlarının Kolombiya adalarının doğusuna kadar uzandığına karar vermiştir.<sup>111</sup> İlgili alanı tanımlarken mahkeme, alanın, tarafların potansiyel haklarının çakıştığı deniz alanının bir kısmını kapsadığını belirtmiştir.<sup>112</sup>

## 2. Kosta Rika/Nikaragua

25 Şubat 2014 tarihinde Kosta Rika, Nikaragua'ya karşı Karayip Denizi ve Pasifik Okyanusu'ndaki deniz sınırlandırmasına ilişkin ihtilaf ile ilgili olarak dava açmıştır. İki devletin deniz sınırı ihtilaflarını çözmek için diplomatik yolları tükettiğini kaydeden Kosta Rika, Divan'dan Karayip Denizi ve Pasifik Okyanusu'nda sırasıyla Kosta Rika ve Nikaragua'ya ait olan tüm deniz alanları arasında uluslararası hukuk temelinde tek bir deniz sınırının tam rotasını belirlemesini talep etmiştir. Kıyıların, kıstağın her iki tarafındaki alanlar üzerinde çakışan haklar oluşturduğunu değerlendirmiştir. Kosta Rika/Nikaragua kararında ilgili alan taraf devletlerin potansiyel hak sahipliği temelinde belirlenmiştir.<sup>113</sup> Ancak mahkemenin asıl dayanak noktası her iki tarafın kıyılarından iz düşümdür. Uluslararası Adalet Divanı tarafından belirlenen alan Nikaragua'nın iddiasından daha geniştir ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın sadece kıta sahanlığını değil aynı zamanda münhasır ekonomik bölgeyi de sınırlandırması gerekmektedir. Divan'ın bu kritere dayandığı Jan Mayen ve Nikaragua/Kolombiya davalarında, ne Norveç ne de Nikaragua 200 deniz millik hak iddialarından vazgeçmişlerdir. Yani, taraf devletlerin her ikisi de bu alanlara ilişkin iddialarda bulunmuşlardır. Dolayısıyla Kosta Rika/Nikaragua Davası bu içtihatlarla çelişmektedir çünkü mahkeme Nikaragua'nın hak iddia etmediği bir alanı ilgili bölgeye dahil etmiştir. Ayrıca mahkeme, Nikaragua'nın potansiyel hak talebiyle çakışma yaratmayacağını belirterek Nicoya Yarımadası'nın güney kısmını hariç tutmuştur. Ancak yine de Kosta Rika'nın güney kesimini ilgili alan olarak kabul etmiştir. Bu durum, kıyıların deniz

---

<sup>111</sup> Nicaragua/Colombia, § 151.

<sup>112</sup> Nicaragua/Colombia, § 159.

<sup>113</sup> Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), Judgement, I.C.J. Reports 2018, s. 139.

yetki alanları oluşturmasına rağmen ilgili kıyının ilgili alanla çakışmadığı ve mahkemenin bu konuda herhangi bir açıklama yapmadığı tek vaka olarak görünmektedir.

## II. İLGİLİ KİYİLERİN VE ALANIN BELİRLENMESİ

Bazı davalarda, mahkemeler, kaynakları aritmetiksel terimlerle tanımlamaya gerek olmadığından<sup>114</sup> veya davanın özel koşullarından kaynaklanan pratik zorluklar nedeniyle ilgili kıyıları veya alanları belirlememeyi tercih etmektedirler.<sup>115</sup>

Örneğin, Kamerun/Nijerya Davası'nda mahkeme, Ekvator Ginesi'nin bir parçası olan Bioko Adası'nın Kamerun kıyılarına yakın güney bölgesinde yer alması durumunu ele almak zorunda kalmıştır. Mahkeme, geçici bir eşit uzaklık çizgisinin, üçüncü bir devlet olarak Ekvator Ginesi'nin haklarını etkileyebileceği bir noktadan öteye uzatılamayacağına karar vermiştir.<sup>116</sup> Geçici hattın çizilmesi amacıyla temel noktaları belirledikten ve iki devletin uzunluğunu karşılaştırmak amacıyla Kamerun'un ilgili kıyılarını tespit ettikten sonra, mahkeme ilgili alanı tam olarak tanımlamaktan kaçınmıştır.<sup>117</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua/Honduras'ta da ilgili alanı tanımlamamıştır; burada Divan, açıortay çizgisine dayalı geçici bir hat çizmiştir. Divan, hattın oluşturulmasında kullanılan kıyıları belirlemiştir. Mahkeme, ilgili kıyı coğrafyasının belirlenmesinin, gerçek kıyı coğrafyasının değerlendirilmesinde muhakeme kullanılmasını gerektirdiğini belirtmiştir.<sup>118</sup> Açıortay yöntemi de benzer Şekilde ilgili kıyı ilişkilerine yaklaşmaya çalışır, ancak bunu kıyıdaki iki nokta arasına çizilen bir çizgi ile temsil edilen bir kıyı Şeridinin makro-coğrafyası temelinde yapar.<sup>119</sup> Böylece, mahkeme geçici bir açıortay hattı çizdiği ilgili kıyıyı belirlemiştir. Ancak ilgili alanı belirlememiştir çünkü muhtemelen denize doğru uzantılar örtüşmemektedir ve Elferink'in ifadesiyle, Tunus/Libya'da formüle

<sup>114</sup> Libya/Malta, Ő 75.

<sup>115</sup> Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports, 2014, s. 4.

<sup>116</sup> Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening), Judgment, I.C.J. Reports, 2002, s. 303.

<sup>117</sup> Cameroon/Nigeria, Ő 301.

<sup>118</sup> Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports, 2007, s. 659.

<sup>119</sup> Nicaragua/Honduras, Ő 289.

edilen kriterler anlamlı bir değerlendirmeye olanak tanıyacak ilgili kıyı ve ilgili alan tanımıyla sonuçlanmayacaktır.<sup>120</sup>

Peru/Şili’de mahkeme, kıyılardan 80 deniz miline kadar uzanan ve zımnen mutabık kalınan bir hattı tanımış ve anlaşma kapsamının ötesinde üç aşamalı yaklaşıma dayanmıştır. Mahkeme, bu hattın varlığının, oranların olağan matematiksel hesaplamasının yapılması durumunda, ilgili kıyıların uzunluğunun ve ilgili alanın kapsamının hesaplanmasını imkânsız olmasa da zorlaştıracağını belirtmiştir.<sup>121</sup>

### A. Yarıçapsal/Ön İz Düşüm

Bir mahkeme kıyıdan uzaklık temelinde çakışan deniz alanlarını değerlendirdiğinde, mahkemenin yarıçapsal veya ön cephe iz düşümlerine mi dayanması gerektiği konusunda bir sorun ortaya çıkmaktadır. Yarıçapsal iz düşüm fikri, hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı ile ilgili olarak 200 deniz mili mesafe kriterini getiren BMDHS kapsamında ortaya çıkmıştır. İlgili temel noktalardan uygun genişlikte tanımlanan bir dizi yayın en dış kısımları, belirli bir deniz bölgesinin dış sınırını temsil etmek üzere alınmaktadır.<sup>122</sup> Hakemlerden Weil, çoğunluğun Fransa’nın Kanada kıyılarına bakan küçük adaları Saint-Pierre ve Miquelon’un anahtar deliği (baget) münhasır ekonomik bölgesini onayladığı Kanada/Fransa Davası’ndaki muhalefet şerhinde, ön cephe iz düşümünün katı bir şekilde uygulanmasını ciddi bir şekilde eleştirmiştir. Böyle bir teorinin deniz iz düşümleri felsefesine aykırı olduğunu,<sup>123</sup> devletlerin uygulamaları ve içtihat tarafından reddedildiğini belirtmiştir. Bunun yerine, deniz iz düşümünün her yöne yayıldığını ve kıyı cephesinin etrafında okyanusal bir dış kabuk sınırlaması oluşturduğunu iddia etmiştir.<sup>124</sup> Öte yandan Malcolm Evans, Weil’in görüşünü eleştirmiş ve hak sahipliği ile sınırlandırma arasındaki farkı dikkate almadığını belirtmiştir.<sup>125</sup> Evans, kıyıların

---

<sup>120</sup> Elferink, s. 180.

<sup>121</sup> Peru/Chile, § 193.

<sup>122</sup> Chris Carleton/Clive Schofield, “Development in the Technical Determination of Maritime Space: Charts, Datum, Baselines and Maritime Zones”, Maritime Briefing, C. 3, S. 3, 2001, s. 62.

<sup>123</sup> Canada/France, § 8.

<sup>124</sup> Canada/France, § 11.

<sup>125</sup> Malcolm Evans, “Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones”, International and Comparative Law Quarterly, C. 43, S. 3, 1994, s. 685.

her yöne doğru bir hak yayma olasılığını sınırlandırma esasından ayırmıştır. Evans, taraflar arasında yürürlükte olan herhangi bir andlaşmanın gerektirdiği bağlayıcı bir yöntemin yokluğunda, bir mahkemenin, yöntem hakkaniyet ilkesi kapsamında olduğu sürece, davanın koşullarına uygun olduğunu düşündüğü yöntemi benimseyebileceğini savunmuştur.

Yukarıda açıklanan uygulamalar ne tutarlı ne de şeffaftır. Kıyıda iz düşümleri tanımlarken kullanılan anahtar terim denizden iz düşümlerdir.<sup>126</sup> Doğal uzantının kıta sahanlığının tek dayanağı olduğu Tunus/Libya Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, denize doğru uzantının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.<sup>127</sup> Karadeniz Davası<sup>128</sup> ve Nikaragua/Kolombiya Davası'nda<sup>129</sup> mahkeme denize doğru iz düşümleri kullanmış ve aslında yanal projeksiyonları da incelemiştir.

Bu konu Kosta Rika/Nikaragua Davası'nda açık bir şekilde tartışılmıştır. Bu davada Kosta Rika, tanımlanmaya çalışılan şeyin iki devletin çakışan hak alanları olduğunu iddia etmiştir.<sup>130</sup> Bu bölgelerin kıyı bölgesinden yarıçapsal olarak çıkıntı yapması nedeniyle, bu tür hakların dış sınırlarının tümünün dairelerin yayları veya yayların dış kabuğu yöntemi kullanılarak ölçüldüğünü iddia etmiştir.<sup>131</sup> Hangi yarıçapsal iz düşümlerin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin pratik hususlara atıfta bulunmuştur. Özellikle komşu devletler söz konusu olduğunda, ilgili herhangi bir alanı belirlemek için yarıçapsal iz düşümün gerekli olduğu iddia edilmektedir. Kosta Rika bunun doğru bir yaklaşım olmayacağını vurgulamaktadır.<sup>132</sup> Sadece önden iz düşümün kullanılması hiçbir anlam ifade etmemektedir çünkü çakışan haklar ve ilgili alan oluşmamaktadır. Bangladeş/Hindistan ve Barbados/Trinidad ve Tobago'da yarıçapsal iz düşüm ilgili alanı tanımlamak için uygun yöntem olarak kabul edilmiştir.<sup>133</sup> Buna karşılık Nikaragua, cephe iz düşümünün kriter olması gerektiğini iddia etmiştir. Bu iddi-

---

<sup>126</sup> Elferink, s. 180.

<sup>127</sup> Tunisia/Libya, § 75.

<sup>128</sup> Black Sea Case, § 77.

<sup>129</sup> Nicaragua/Colombia, § 145.

<sup>130</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 24.

<sup>131</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 29.

<sup>132</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 31.

<sup>133</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 32.



asını Karadeniz Davası'ndaki bir paragrafa atıfta bulunarak gerekçelendirmiştir. Bu paragrafa göre kara denize hakimdir, öyle ki deniz yönündeki kıyı çıkıntıları deniz hak iddialarına yol açmaktadır.<sup>134</sup> İlgili alanın seçimi, kıyının coğrafi durumuna dayanmaktadır. Nikaragua ayrıca Kanada/Fransa, Karadeniz Davası, Bangladeş/Myanmar ve Bangladeş/Hindistan'ın hepsinin aslında cepheden iz düşüme dayandığını iddia etmiştir.<sup>135</sup>

Ancak mahkeme, konumunu açıkça belirtmeksizin yarıçapsal iz düşüme dayanmıştır. Aksi bir yorum, Coconut Ucu'ndan Karayip Denizi'ndeki Punta Gorda'ya kadar olan Nikaragua sahilinin ve Pasifik Okyanusu'ndaki Kosta Rika'nın güney kısmının ikinci bölümünün neden ilgili sahile dahil edildiğini açıklayamayabilir. Bunun nedeni, mahkemenin ilgili alanı belirlerken taraf devletlerin gerçekte iddia ettikleri değil, iddia edebilecekleri potansiyel hak sahipliğine dayanmasıdır. Ayrıca mahkeme, Karayip Denizi'ndeki alanı değerlendirirken Karadeniz Davası'na atıfta bulunmasına rağmen, ilgili kıyıları ve Pasifik Okyanusu'ndaki ilgili alanları tanımlarken bilerek veya bilmeyerek denize doğru terimini atlamıştır. Davayı neden bu şekilde karara bağladığına dair çok az açıklama bulunmaktadır.<sup>136</sup>

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Karadeniz Davası'nda kullanılan kriterleri de desteklemiştir ancak kriterlerin uygulanması tutarlı görünmemektedir. Bangladeş/Myanmar Davası'nda, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi başlangıçta bir kıyının ilgili olarak kabul edilebilmesi için diğer bir tarafın kıyısı ile örtüşen iz düşümler üretmesi gerektiğini belirtmiştir ve denize doğru teriminden bahsetmemiştir. Ancak uygulamasında, kıyıları denize doğru iz düşümlerine bakarak belirlemiştir.<sup>137</sup>

Buna karşılık, Gana/Fildişi Sahili Davası'nda Özel Daire, ilgili kıyının ne olduğunun veya başka bir deyişle, kıyının hangi denize doğru iz düşü-

---

<sup>134</sup> “Costa Rica/Nicaragua, Nicaragua, Memorial”, [2.30], <https://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20151208-WRI-01-00-EN.pdf>, E.T. 31.08.2023.; “Oral Proceedings, 2017/10, 6 July 2017”, s. 25, <https://www.icj-cij.org/en/case/157/oral-proceedings>, E.T. 31.08.2023.

<sup>135</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 26.

<sup>136</sup> Costa Rica/Nicaragua, § 180.

<sup>137</sup> Bangladesh/Myanmar, § 201.

münün bir çakışma yarattığının o kıyının coğrafi gerçekliği tarafından belirlendiğine karar vermiştir.<sup>138</sup> Bununla birlikte, karara ekli kroki haritalardan, Özel Daire'nin denize doğru unsuruna atıfta bulunmasına rağmen, ön iz düşümlere sadık kalmadığı anlaşılmaktadır.<sup>139</sup> Tarafların kıyıları nispeten düzdür ve yarıçapsal iz düşümü tanımadan, Fildişi Sahili tarafında 359 km'lik uzun bir kıyıyı dahil etmek mümkün değildir. Ayrıca, taraflar Özel Daire'den dış kıta sahanlığını da sınırlandırmasını talep ettikleri için, Özel Daire ilgili alanın güney sınırının kıta sahanlığının dış kenarı olduğuna karar verirken iz düşümlerin örtüşmesini değerlendirmemiştir.<sup>140</sup>

### III. İLGİLİ KIYILARIN VE İLGİLİ ALANLARIN İŞLEVİ VE SORUNLARI

Bu makalede ortaya konan analizler, içtihatları ilgili kıyılar ve alan kavramlarının tutarlı olmaktan uzak olduğunu göstermektedir. Tunus/Libya Davası'nda ilgili kıyılar, doğal uzantı teorisine dayanan deniz uzantısını oluşturan kıyılar olarak tanımlanmıştır. Sonraki davalar ise genel coğrafyayı (Maine Körfezi), makro coğrafyayı (Gine/Gine Bissau, Kanada/Fransa), orta hattı oluşturan kıyıyı (Jan Mayen, Guyana/Surinam), iz düşümleri (Karadeniz Davası, Bangladeş/Myanmar, Gana/Fildişi Sahili, Bangladeş/Hindistan) ya da potansiyel hak sahiplikleri (Nikaragua/Kolombiya, Kosta Rika/Nikaragua) kavramlarını incelemiştir. Ön ve yarıçapsal iz düşümler arasında kesin bir ayrım yoktur. Bu normatif tanım eksikliği ve içtihatlardaki farklı tanımlamalar, bu makalede ilgili davaların incelenmesi yoluyla gösterilmiştir.

#### A. İlgili Kıyılar ile İlgili Alanların Geniş Yorumlanması ve Üç Aşamalı Yaklaşım Etkileri

Hakkaniyet kavramı kıta sahanlığının sınırlandırılmasının merkezinde yer almaktadır ve ABD Başkanı Truman'ın 1945 yılında Birleşik Devletler ile komşu devletler arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin bildirisi ile sınırlandırma sürecine girmiştir. Truman bildirisi, 1969 Kuzey Denizi Davası sırasında Divan'ın sınırlandırmanın hakkaniyet ilkelerine uygun olarak ve ilgili tüm koşullar dikkate alınarak anlaşmayla

<sup>138</sup> Ghana/Cote d'Ivoire, § 378.

<sup>139</sup> Ghana/Cote d'Ivoire, § 378. Kroki Harita No. 2, 105 ve Kroki Harita No. 3, 108.

<sup>140</sup> Ghana/Cote d'Ivoire, § 385.

yapılacağını belirttiği zaman Divan'a ilham vermiştir.<sup>141</sup> Bu fikir doktrin haline gelmiş ve sonraki davalarda UAD ve hakem heyetleri tarafından yinelenmiş ve onaylanmıştır. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin 74. ve 83. maddeleri, sınırlandırmanın uluslararası hukuka uygun olarak ve hakkaniyete uygun bir sonuç elde etmek amacıyla anlaşma yoluyla yapılmasını öngörmektedir.

Mahkeme ayrıca 1969 Kuzey Denizi kararı sırasında hakkaniyet sadece soyut adaletin bir ölçüsü olarak uygulanmamalı, aynı zamanda bu durum bir hukuk kuralının uygulanmasıdır şeklinde belirtmiştir<sup>142</sup> ve daha sonra 1985 Libya/Malta kararı sırasında adaletin bir sonucu olarak hakkaniyetin soyut adalet değil, hukukun üstünlüğüne göre adalet olduğunu yinelemiştir.<sup>143</sup>

Dolayısıyla, hakkaniyetin mahkemeler tarafından uluslararası hukukun bir parçası ve kıta sahanlığının sınırlandırılması için bir hukuk kuralı olarak uygulandığı görülmektedir. Kararlarda, hukukun neden hakkaniyeti kendine mal ettiğini açıklamak ve belki de ona daha büyük bir güç kazandırmak için, hukuk ve hakkaniyetin aynı adalet fikirden yola çıktıkları ve aynı adalet fikrini ifade ettikleri için yakın oldukları vurgulanmaktadır. Mahkemenin içtihadı, deniz sınırlandırmasına ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyetin bir sınırlandırma yöntemi değil, yalnızca sınırlandırmanın gerçekleştirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir amaç olduğunu göstermektedir.<sup>144</sup>

Hakkaniyet fıkriyle ilgili sorun, hakkaniyetli bir sonuca ulaşılması için herhangi bir kesin ilke veya kriter sunmamasıdır. Münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılması ile ilgili olarak 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi sadece ulaşılması gereken bir hedef belirlemede ve sonuca nasıl ulaşılacağı konusunda hiçbir şey öngörme-

---

<sup>141</sup> President Truman Proclamation No.2667, 28th September, 1945. Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and the Seabed of the Continental Shelf.

<sup>142</sup> North Sea Continental Shelf, § 47.

<sup>143</sup> Libya/Malta, § 45.

<sup>144</sup> Thomas **Cottier**, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation: The Quest for Distributive Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 207.

mektedir. Bu belirsizlik bazı akademisyenlere hakkaniyet fikrinde normatif bir kayıp olduğunu ve bu fikrin normatif seviyenin yükselip alçalmasına izin verdiğini iddia etme imkânı vermektedir.

Hakkaniyet ilkelerinin tanımı teklik fikriyle yakından ilgilidir, yani her bir sınırlandırma davasının coğrafi özellikleri o kadar büyük farklılıklar gösterir ki, devletler arasında deniz sınırlarının belirlenmesi için uygulanabilir sabit ilkeler ortaya koymak imkânsız olmasa da zordur. Her bir sınırın benzersizliği fikri, UAD ve hakemlik mahkemelerinin içtihatlarında önemli bir destek bulmaktadır.

1985 yılında Gine/Gine-Bissau tahkiminde, mahkeme aynı fikri ifade etmiştir: Hakkaniyet ilkeleri ve yöntemlerinin sonucu olan faktörler hukuk kurallarını oluşturur, ancak bunların hiçbirini mahkeme için zorunlu değildir, çünkü sınırlandırmanın her biri tektir.<sup>145</sup>

Öyle görünüyor ki, deniz sınırlandırmasında tüm davalar için geçerli olan hakkaniyete uygun bir ilke yoktur; bunun yerine her dava için hakkaniyete uygun bir sonuç aranmalıdır. Yargıç Jimenes de Arechaga'nın, hakkaniyet ilkelerinin yargısal uygulamasının, bir mahkemenin somut olayda adaleti sağlaması gerektiği anlamına geldiğini belirtirken aklında olan fikir budur.<sup>146</sup>

Gerçekten de, mahkemenin başkalarının haklarına müdahale etmeme ilkesi, coğrafyayı yeniden şekillendirmeme ilkesi ve doğanın eşitsiz kıldığını eşit kılmaya çalışmama ilkesi gibi çeşitli hakkaniyet ilkelerine atıfta bulunduğu davalar olmuştur. Bu ilkelerin kullanılması bile, her bir davaya uyarlanabilirliklerinin oldukça değişken olması nedeniyle, mahkemeler ve hakem heyetleri için zorunlu değildir. Bu ilkelerin kullanılması devletler için de zorunlu değildir.

Tüm deniz sınırlandırma davaları için geçerli hakkaniyetli bir ilke tanımlamanın zor olduğu fikri, mahkemelerin geniş yetkisi ve yargısal takdir yetkisi hakkında şüpheler uyandırmaktadır. Ancak bu mahkemenin ya da hâkimin suçu değildir. Hakimlere bu geniş yetkiyi veren uluslararası toplumdur, çünkü evrensel olarak uygulanabilir bir ilke tanımlamayı zor,

---

<sup>145</sup> Guinea/Guinea-Bissau, § 89.

<sup>146</sup> Seperate opinion of the Judge Jimenes de Arechaga, Tunisia/Libya, § 24.

hatta imkânsız bulmuştur. Mahkeme ve yargıçlar bile böyle bir ilkeyi de-taylandırmakta zorlanmaktadır.<sup>147</sup> Bu durum, deniz sınırlarının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkların ele alınmasında Divan'ın sorumluluğunu artırmaktadır; zira bir yargı organı tarafından oluşturulan sınırlandırma çizgisi sadece Divan'ın görüşüne göre hakkaniyete uygun bir sonuç teşkil etmekle kalmamalı, aynı zamanda davacıların gözünde de hakkaniyete uygun görünmelidir.

Hakkaniyet kavramına ilişkin normatif bir eksiklik olduğu düşünce-siyle ilgili olarak, devam eden bir dizi karar ve hüküm, hukuki kural ve ilkeleri aşamalı olarak iyileştirebilir ve hukukun uygulanmasındaki iyileş-tirmeler normatif durumu iyileştirebilir. İyileştirilen durum ise nispeten tutarlı, adil ve deniz sınırlarının sınırlandırılması gereken çeşitli koşullara cevap veren sonuçlar üretmelidir. Ayrıca deniz sınırlarının belirlenmesini de teşvik etmelidir.

Hakkaniyet ve hakkaniyet ilkeleriyle ilgili olarak, şu anda yapılandı-rılmış bir hakkaniyet sistemi ve net bir hakkaniyet ilkeleri bütünü üretme-nin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Herhangi bir hakkaniyet ilke-sinin seçimi ve bu ilkeye atfedilecek ağırlık, bu tür ilkelerin sistematik bir bütününün geliştirilmesine izin vermeyecek kadar coğrafyanın değişkenliklerine bağlıdır. Daire'nin 1984 tarihli Maine Körfezi kararında hakka-niyet kriterlerine (ilke) ilişkin olarak ifade ettiği, bunların hakkaniyete uy-gunluğunun ancak her bir davanın koşullarına göre değerlendirilebileceği, bir ve aynı kriter için farklı davalarda farklı, hatta zıt sonuçlara varmanın oldukça mümkün olduğu fikrine güvenmek daha ihtiyatlı olacaktır.<sup>148</sup>

İlgili kıyıların ve alanın belirlenmesinde bu tür bir esnekliğin hakka-niyet ilkesiyle çelişip çelişmediği dikkatli bir inceleme gerektirmektedir. Bir yandan, sınırlandırmanın sonucu hakkaniyete uygun olduğu sürece bu esneklik haklı gibi görünmektedir. Tunus/Libya Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, baskın olanın sonuç olduğuna karar vermiştir. İlkeler amaca göre ikincil konumdadır.<sup>149</sup> Mahkeme ayrıca hakkaniyetin bir sınırlandırma yöntemi değil, yalnızca sınırlandırmanın gerçekleştirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir amaç olduğunu teyit etmiştir.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Jonathan **Charney**, "Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law", *American Journal of International Law*, C. 88, S. 2, 1994, s. 233.

<sup>148</sup> *Gulf of Maine*, § 158.

<sup>149</sup> *Tunisia/Libya*, § 70.

<sup>150</sup> *Cameroon/Nigeria*, § 294.

Metodolojisinde hakkaniyet gerekli olmadığından, bir mahkemenin ilgili kıyıları ve alanı belirlemek için yargısal takdir yetkisi vardır. Önceki incelemelerin gösterdiği gibi, mahkemeler ve hakemler gerçekten de metodolojilerini nispeten esnek bir şekilde belirlemişlerdir.

Tunus/Libya'nın hakkaniyet ilkesinin normatifliğini azalttığını kabul etmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu davadan önce, mahkemeler sadece hakkaniyete uygun bir sonuca değil, aynı zamanda bu sonucun kendi uygun normatif özerkliklerine sahip olan ve diğer hukuk normları gibi yönlendirici bir rol oynayan hakkaniyet ilkeleri vasıtasıyla elde edilmesine de ihtiyaç duymaktaydılar.<sup>151</sup> Yargısal öznellik riski nedeniyle Uluslararası Adalet Divanı, zaman zaman keyfi değerlendirmelere kapı açma riskini kontrol altına almak için Kuzey Denizi Kıta Sahınlığı Davası'nda hakkaniyet ilkesine dayanmaya başlamıştır.<sup>152</sup> Mahkemeler başlangıçta bu riski, çifte normatiflik talep ederek kontrol etmeye çalışmışlardır. Çifte normatiflikten anlaşılması gereken, ilke ve araçların normatifliği ile olgulardan zorlukla ayrılabilen ve hakkaniyete uygun sonuçla ilgili bir normatiflik. Bir mahkemenin yalnızca hakkaniyete uygun sonuca ulaşmasını şart koşmak, mahkemenin kararını davanın münferit gerçekleri temelinde gerekçelendirmek için hakkaniyet ilkesini entelektüel bir araç olarak kullanmasına izin verebilir.<sup>153</sup> Bu yaklaşım, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Bangladeş/Myanmar Davası'nda sınırlandırmanın coğrafi gerçekler ile özel davanın koşullarına bağlı olduğu ve bu konuda genel bir kural bulunmadığı yönündeki ünlü ifadesine yol açmıştır.<sup>154</sup> Dolayısıyla, her vaka kendine özgüdür ve özel muamele gerektirir. Nihai hedef ise hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmaktır.

Bununla birlikte, bir mahkeme veya hakem heyeti tarafından yapılan deniz sınırlandırması *intra legem* hakkaniyet ilkesine uygun olarak yapıldığı sürece, kararın şeffaflık, öngörülebilirlik ve tekrarlanabilirlik değerlerine uygun olması gereklidir. Gerçekten de, Libya/Malta'dan bu yana,

---

<sup>151</sup> Kolb, s. 171.

<sup>152</sup> Lucie Delabie, "The Role of Equity, Equitable Principles and the Equitable Solution in Maritime Delimitation", *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*, Editörler, Alex Elferink/Tore Henriksen/Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 153.

<sup>153</sup> Mahkemenin üstlendiği olguculuk eleştirisi için: Mark Feldman, "The Tunisia/Libya Continental Shelf Case: Geographic Justice or Judicial Compromise?", *American Journal of International Law*, C. 77, S. 2, 1983, s. 219, 234.

<sup>154</sup> Bangladesh/Myanmar, § 317.

mahkemeler ve hakemler, bir dereceye kadar şeffaf ve objektif kontrol uygulayarak deniz sınırlandırmasının normatif yönlerini güçlendirmeye çalışma eğilimindedirler. Karadeniz Davası'nın formülasyonu böyle bir girişimin en önemli sonucudur. Üç aşamalı yaklaşımın benimsenmesinin nedeni, eşit uzaklık yönteminin bilimsel niteliği ve uygulanmasındaki kolaylık nedeniyle belirli bir asli değere sahip olmasıdır. Orta hattın oluşturulmasının nedeni, öncelikle coğrafi olarak objektif bir çizgi oluşturmaktır. Bu nedenle, ilgili kıyıların ve alanın bağlama bağlı kriterler temelinde belirlenmesinin bu amaca ve bu yaklaşımın özüne zarar vermemesi önemlidir.

### **B. Emsal Kararların Yeniden Yorumlanması**

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, daha önce verilmiş kararların mahkemeler tarafından esnek bir şekilde yeniden yorumlanmasıdır. Örneğin, Tunus/Libya önemli bir emsal teşkil etse de, ilgili kıyıları ve alan kavramları sonraki davalarda her zaman aynı şekilde kullanılmamaktadır. Bu durum, mahkemenin orantılılık hesaplamasına Fundy Körfezi'ni de dahil ettiği Maine Körfezi Davası ile mahkemenin iz düşümlere dayandığı ancak Tunus/Libya'ya atıfta bulunduğu Karadeniz Davası'ndaki coğrafi durumun karşılaştırılmasıyla ortaya konmuştur. Her iki davada da su sütunu sınırlandırılmıştır, ancak özellikle kıta sahanlığı sınırlandırması bağlamında kullanılan bir kavrama dayanmışlardır. Benzer bir sorun Guyana/Surinam Davası'nda da ortaya çıkmış, mahkeme coğrafi olarak farklı bir durum ve farklı bir bağlam olmasına rağmen Jan Mayen'e atıfta bulunmuştur. Kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılmasına ilişkin bazı davalar, yani Bangladeş/Myanmar ve Bangladeş Hindistan, Karadeniz Davası'na atıfta bulunmuş ancak iz düşümün anlamını 200 deniz milinin ötesine genişletmiştir. Son olarak Kosta Rika/Nikaragua, Karadeniz Davası'na atıfta bulunmuş ancak yarıçapsal bir iz düşüm oluşturan potansiyel hak sahipliğine dayanmıştır. Aşırı basitleştirilmiş bir analizden kaçınmak için bu davaların dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

### **C. Dış Kıta Sahanlığının Başka Bir Devletin Kıta Sahanlığına Müdahale Etmesi**

Bu makalede incelenen konunun, başka bir devletin 200 deniz mili veya daha küçük kıta sahanlığına müdahale eden bir dış kıta sahanlığı durumuyla ilgisi olup olmadığı sorusu dikkate değerdir. Sorun, böyle bir müdahale alanının deniz alanının sınırlandırılması sürecinde ilgili alanın bir

parçası olarak dahil edilip edilmeyeceğidir.<sup>155</sup> Kanaatimizce bu problem, makalenin ele aldığı sorun ile doğrudan ilgili bulunmamaktadır çünkü tecavüze uğrayan kıta sahanlığı meselesi bir denizcilik hakları ve bunun karşılığı meselesidir. Uluslararası Adalet Divanı, söz konusu devletlerin kıyılarından 200 milden daha az mesafede bulunan kıta sahanlıklarına ilişkin taleplere uygulanacak hukukun jeolojik ya da jeomorfolojik kriterlere değil, kıyıdan uzaklık kriterine ya da geleneksel tabirle mesafeye göre ölçülen bitişiklik ilkesine dayandığına karar verdiği, Libya/Malta kararında bu konu ele alınmıştır.<sup>156</sup> Dış kıta sahanlığının doğal uzantısı başka bir devletin 200 deniz millik kıta sahanlığına geçse bile, tecavüz eden kısım ikinci devlet açısından kıta sahanlığının tam karşısına denk düşen bir durum oluşturabilir. Uygulamada böyle bir durumun sadece sınırlı sayıda örneği vardır ancak hakkın kabul edildiği hiçbir dava bulunmamaktadır.<sup>157</sup> Bununla birlikte, bazı yazarların savunduğu gibi, sadece tek bir kıta sahanlığı olduğu için karşıtlık kurulursa,<sup>158</sup> o zaman müdahale eden dış kıta sahanlığının ilgili olduğunu iddia etmek mümkün olabilir. Özellikle de Jan Mayen’de diğer devletin varlığı olmasaydı her bir devletin hak iddia edebileceği alanlar olarak tanımlanan potansiyel hak sahipliği kriterine<sup>159</sup> dayanılması halinde. Ancak Libya/Malta kararı ışığında böyle bir argümanı desteklemek mümkün değildir.

<sup>155</sup> Bjorn **Kunoy**, “How Deep Is Your Love: Inner and Outer Continental Shelf Entitlements”, *Japanese Yearbook of International Law*, C. 62, S. 1, 2019, s. 335.

<sup>156</sup> Libya/Malta, § 61.

<sup>157</sup> Sınırlı sayıdaki örnekleri belirtmek gerekirse: (1) Nikaragua’nın 200 deniz mili kıta sahanlığının Kolombiya’nın dış kıta sahanlığına geçmesi, (2) Kamerun’un dış kıta sahanlığının Ekvator Ginesi’nin 200 deniz mili kıta sahanlığına geçmesi, (3) Fransa’nın dış kıta sahanlığının Kanada’nın 200 deniz mili kıta sahanlığı ile kesişmesi (Saint-Pierre ve Miquelon’da) ve (4) Çin ile Kore Cumhuriyeti’nin dış kıta sahanlığının Japonya’nın 200 deniz mili kıta sahanlığı ile kesişmesidir. Bangladeş/Myanmar ve Bangladeş/Hindistan sadece dolaylı bir ilgiye sahip olabilir çünkü gri bölgenin kurulması ancak sınırlandırma yapıldıktan sonra gerçekleşmiştir.

<sup>158</sup> Fayokemi **Olorundami**, “Revisiting the Libya/Malta Decision and Assessing Its Relevance (or Otherwise) to the East China Sea Dispute”, *Chinese Journal of International Law*, C. 15, S. 4, 2016, s. 717. Libya/Malta’nın BMDHS’nin 76 (1), 77 (3) ve 56 (3) maddeleri ile uyumlu olmaması nedeniyle Doğu Çin Denizi ihtilafı ile ilgisiz olduğunu savunmuştur.

<sup>159</sup> Jan Mayen, § 59.



## SONUÇ

Deniz alanlarının sınırlandırmasına ilişkin her çalışmanın ortak görevi, hukukilik talebi ile hakkaniyet ilkesi kapsamında izin verilen yargısal takdir yetkisi arasında bir denge aramaktır. Deniz alanları sınırlandırmasının önemli bir özelliği, bu konuda tek bir bakış açısının olmamasıdır. Bunun yerine, mahkemeler ve hakemler tarafından alınan kararlar, deniz alanlarının sınırlandırmasının ne olduğuna dair farklı anlayışları göstermektedir ve daha özel olarak, sınır belirleme sürecini oldukça farklı yönden normatifliği ortaya koymaktadır. Bu gerçeklik doğrultusunda, bu makale ilgili kıyıların ve ilgili alanların kavramsallaştırılmasının önemli olduğu her deniz sınırlandırma davasını yakından incelemiştir. Bu süreç boyunca, makale denizde hak sahipliği kavramının ve hakkaniyet ilkesinin hukukten nasıl geliştirildiğini incelemiştir. Ancak aynı zamanda bu makale, her bir davadaki olguların benzersiz ve özel bir şekilde ele alınmasının çeşitli yaklaşımlar arasındaki farklılıkların devam etmesinin nedeni olduğunu vurgulamıştır. Temel olarak bitişik veya karşıt kıyı devletleri arasındaki ilişkiyi ele alan deniz yetki alanlarının sınırlandırılması hukuku, açık ve net bir dizi hukuk kuralından oluşmamaktadır. Deniz alanlarının sınırlandırılmasındaki belirsizlik, hakkaniyetin fiili durum ve fiili sınırlandırma sonucu ışığında değerlendirildiği sürece devam etmektedir.

İlgili kıyıların ve alanın belirlenmesine yönelik yaklaşımın, karar alma sürecinde aşırı bir yargısal öznelliğe yol açmaması arzu edilir; bu durum sonuçta tarafların uyuşmazlık çözüm süreçlerine olan güvenini sarsabilir. Ayrıca devletler sınırlandırılmamış alanlara ilişkin iddialarını ileri sürerken uygulanabilecek kriterlerdeki farklılıkların farkında olmalıdır. Bu nedenle, gelecekteki kararlarda ilgili kıyı ve alan kavramının nasıl formüle edildiğini ve bu formülasyonun mevcut uluslararası hukuka uygun ve haklı olup olmadığını izlemeye devam etmek önemlidir.

İlgili kıyıları ve ilgili alan kavramları hiç şüphesiz deniz sınırlarının belirlenmesine yönelik kavramsal araçların ayrılmaz bir parçasıdır. Aynı zamanda içtihat hukuku da bu kavramlara ilişkin tutarlı bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Örneğin, bu yüzyılın ilk on yılında karara bağlanan davalar da dahil olmak üzere bir dizi dava, ilgili alanı tanımlamaktan kaçınmıştır veya sadece genel terimlerle tanımlamıştır. Diğer davalar ise ilgili alanı coğrafi koordinatlar veya belirli noktalarla tanımlanan sınırlara atıfta bulunarak tanımlamıştır.

İçtihat hukukunun ilgili kıyıları ve ilgili alan kavramlarıyla olan ilişkisi, içtihadın karşı karşıya kaldığı tüm coğrafi durumlara tutarlı bir şe-

kilde uygulanabilecek belirli bir kesinlik düzeyinde tanımlanmış genel kriterler oluşturmanın içerdiği zorlukları göstermektedir. Tunus/Libya’da formüle edilen ve önemli sayıda vaka tarafından kabul edilen genel kriterler, tüm coğrafi durumlarda anlamlı ilgili kıyıların ve anlamlı bir ilgili alanın belirlenmesine izin vermemektedir. Bu kriterlerin anahtarı, tarafların kıyılarından denize doğru uzanan ve birbiriyle örtüşen deniz yetki alanlarının belirlenmesidir. Bu yaklaşımda tarafların kıyıları, deniz sınırlarının ve ilgili alanın sınırlandırılması amacıyla, bu kıyıların ilgili kıyıları oluşturan kısımlarının belirlenmesini yönlendirir. Bu anlamda Tunus/Libya kriterleri, deniz hukukunun temel ilkelerinden biri olan karanın denize hâkim olduğu ilkesiyle tam bir uyum içindedir.

Uygulama düzeyinde, Tunus/Libya kriterleri bir dizi güçlüklerle karşılaşmıştır. Makalede belirtildiği üzere, kriterlerin pratikte uygulanması mümkün olmayabilir. Buna ek olarak, Bangladeş/Hindistan kararı hariçinde, içtihat hukuku denizden iz düşüm kavramının daha ileri bir şekilde işlevselleştirilmesi konusunda başarısız olmuştur. Bu terimin olağan anlamı, ilgili kıyının genel yönüne doğru düz bir açıyla bir iz düşüm anlamına gelecektir ve tartışıldığı üzere, Bangladeş/Hindistan kararı da büyük ölçüde bu görüşü destekliyor görünmektedir. İçtihat hukuku incelendiğinde, mahkeme ve hakemlerin ilgili alanın yanal sınırlarını belirlerken her zaman bu olağan anlamı benimsemedikleri görülmektedir. Tunus/Libya’da belirtildiği üzere, ilgili bölgenin yanal sınırlarından biri, Tunus’un ilgili anakara kıyısının genel yönü ile 42°’lik bir açı yapmaktadır. Diğer davalarla ilgili olarak da benzer farklılıklara işaret edilmiştir. Denize doğru teriminin olağan anlamından bu tür sapmalar, bu terimin kullanımını yanlış bir isimlendirme haline getiriyor gibi görünmektedir. Diğerlerinin yanı sıra, Tunus/Libya ve Karadeniz’e ilişkin tartışma, içtihadın sadece davalar karşılaştırıldığında değil, aynı zamanda aynı münferit davada farklı kıyı şeritlerinin ele alınması bakımından da tutarsız olduğunu göstermektedir.

Bangladeş/Hindistan kararı, denize doğru iz düşüm teriminin anlamını ölçmeye yönelik bir girişimde bulunulan tek davadır. Bu davada mahkeme, analizinin başlangıç noktası olarak düz bir açıyla iz düşümü almış ve deniz kıyısının genel yönüne göre çok dar bir açıyla iz düşümünün, böyle bir kıyının ilgili kıyının bir parçası olamayacağı anlamına geldiğini gözlemlemiştir. Mahkeme bu soruyu Sandy Ucu’nun güneyindeki Hindistan kıyısıyla ilgili olarak değerlendirmemiştir, çünkü taraflardan hiçbiri kıyının bu kısmının ilgili kıyının bir parçası olduğunu iddia etmemiştir. Bu şüphesiz mahkemeyi imkansız olmasa da zor bir görevden kurtarmış

olsa da, Sandy Ucu'nun güneyindeki ilgili kıyı önemli bir mesafe boyunca düzdür, bu da mahkemenin  $x^\circ$  lik dar bir açının hala denize doğru bir iz düşüme yol açtığını, ancak  $x - 1^\circ$  lik bir açının olmadığını tespit etmek zorunda kalabileceğini ima eder. Tarafların görüşlerine bu şekilde ertelemenin öngörülebilirlik ve tutarlılık sağlayıp sağlamadığı sorgulanabilir.

İçtihat hukuku, tarafların ilgili kıyı uzunluklarının ölçülmesine ilişkin farklı yaklaşımları da ortaya koymaktadır. Kıyı uzunluğu hem gerçek kıyı boyunca hem de kıyı boyunca düz çizgilerle ölçülebilir. Bu durum sadece kısmen kıyı coğrafyası ile açıklanmaktadır. Bu farklılıkları kısmen açıklayan bir diğer faktör de söz konusu sınırlandırmaya yönelik genel yaklaşımdır. Bir mahkeme veya hakem heyeti sayısal bir orantılılık testi yapmak istediğinde, açıkça ilgili kıyıların uzunluğuna bir rakam koyması gerekirken, diğer durumlarda bunun yapılması gerekmez.

Tunus/Libya'da geliştirilen kriterlerin pratikte uygulanması sorunlu görünmektedir. İçtihat hukukunda bir dizi alternatif kullanılmış veya akademik literatürde savunulmuştur. İlk olarak, Jan Mayen ve Guyana/Suriname davalarında, ilgili kıyılar, geçici eşit uzaklık hattını oluşturan temel noktalar arasında tarafların kıyıları seçilerek belirlenmiştir. Bu iki dava bağlamında, bu yaklaşım uygulanabilir bir alternatif olarak kendini göstermektedir. Ancak daha yakından bakıldığında, bu yaklaşım anlamlı bir şekilde geliştirilebilir değildir ve metodolojik kaygılar doğurmaktadır. İkinci olarak, yarıçapsal iz düşüm kavramı, denize doğru iz düşüm kavramına tam teşekküllü bir alternatif olmaktan ziyade, ikinci kavramın eksikliklerinden yalnızca birini ele almaktadır.

Ölçülebilir geometrik kriterlerin karşılaştığı zorluklar ışığında bu makale, deniz sınırlandırma hukukunun altında yatan daha genel ilkelere dayanmanın tercih edilebilir bir yaklaşım olabileceğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşım, münferit davanın özellikleriyle başa çıkma esnekliği sağlayacak ve tüm münferit davalara eşit olarak uygulanamayacak genel kriterlere dayanmaktan kaçınacaktır. Aslında, mevcut tartışmadan çıkarılabilecek ana derslerden biri, bu genel kriterlerin diğer ikili sınırlandırmaların coğrafi çerçevesinde nasıl bir rol oynayacağını açıkça anlamadan veya dikkate alınmadan, belirli bir vaka (yani Tunus/Libya) bağlamında genel kriterler geliştirmenin doğasında var olan risktir. Netice itibarıyla, sonraki davalar bu kriterleri açıkça ya da zımnen reddetmek zorunda kalmıştır. Sonuç olarak, bu konudaki içtihat ne tamamen öngörülebilir ne de tamamen tutarlı olarak nitelendirilebilir.

## KAYNAKÇA

**Antunes**, Nuno Marques. *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation: Legal and Technical Aspects of a Political Process*. Brill, Leiden 2003.

**Black Sea Case**. “Romania, Memorial”. (9.22) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/132/14697.pdf>, E.T. 31.08.2023.

**Black Sea Case**. “Ukraine, Counter-Memorial”. (3.9) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/132/14699.pdf>, E.T. 31.08.2023.

**British Institute of International and Comparative Law (BIICL)**. “Report on the Obligation of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas”. <https://www.biicl.org/projects/obligations-of-states-under-articles-743-and-833-of-unclos-in-respect-of-undelimited-maritime-areas>, E.T. 31.08.2023.

**Carleton**, Chris/**Schofield**, Clive. “Development in the Technical Determination of Maritime Space: Charts, Datum, Baselines and Maritime Zones”. *Maritime Briefing*. C. 3, S. 3, 2001, s. 1-79.

**Charney**, Jonathan. “Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law”. *American Journal of International Law*. C. 88, S. 2, 1994, s. 227-256.

Continental Shelf (Libya v. Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985.

Continental Shelf (Libyan Arab Jarnahiriya/Malta), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984.

Continental Shelf (Tunisia v. Libya), Judgment, I.C.J. Reports 1982.

Convention on the Continental Shelf, adopted 29 April 1958, entered into force 10 June 1964, 499 U.N.T.S. 311.

**Cooper**, John. “Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Marine Area”. *Ocean Development and International Law*. C. 16, S. 1, 1986, s. 59-90.

**Cottier**, Thomas. *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation: The Quest for Distributive Justice in International Law*. Cambridge University Press, Cambridge 2015.

**Delabie**, Lucie. “The Role of Equity, Equitable Principles and the Equitable Solution in Maritime Delimitation”. *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?*. Editörler, Alex Elferink, Tore Henriksen, Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018 s. 145-172.

Delimitation of Maritime Areas (Canada v. France), 21 RIAA 265 (1992).

Delimitation of The Maritime Boundary (Guinea v. Guinea-Bissau), 19 RIAA 149 (1986).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. the United States), Judgment, I.C.J. Reports, 1984.

Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary (Ghana v. Cote d'Ivoire), Judgment of 23 September 2017, ITLOS Reports 2017.

Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar), Judgment of 14 March 2012, ITLOS Reports 2012.

**Elferink**, Alex. "Relevant Coasts and Relevant Area". Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?. Editörler, Alex Elferink, Tore Henriksen, Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018 s. 173-199.

**Elferink**, Alex. The Law of Maritime Boundary Delimitation: A Case Study of the Russian Federation. Martinus Nijhoff, Dordrecht 1994.

**Ertuğrul**, Ümmühan Elçin. "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 21, S. 1, 2017, s. 41-81.

**Evans**, Malcolm. "Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones". International and Comparative Law Quarterly. C. 43, S. 3, 1994, s. 678-696.

**Evans**, Malcolm. "Relevant Circumstances". Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?. Editörler, Alex Elferink, Tore Henriksen, Signe Busch, Cambridge University Press, Cambridge 2018 s. 222-261.

**Evans**, Malcolm. Relevant Circumstances and Maritime Delimitation. Oxford University Press, Oxford 1989.

**Feldman**, Mark. "The Tunisia/Libya Continental Shelf Case: Geographic Justice or Judicial Compromise?". American Journal of International Law. C. 77, S. 2, 1983, s. 219-238.

**Fietta**, Stephen/**Cleverly**, Robin. A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation. Oxford University Press, Oxford 2016.

In The Matter of An Arbitration (Guyana v. Suriname), Merit, 47 ILM 166 (2007).

**International Court of Justice**. "Costa Rica/Nicaragua, Nicaragua, Memorial". [2.30], <https://www.icj-cij.org/files/case-related/157/157-20151208-WRI-01-00-EN.pdf>, E.T. 31.08.2023.

**International Court of Justice**. "Oral Proceedings, 2017/10, 6 July 2017". s. 25 [20], <https://www.icj-cij.org/en/case/157/oral-proceedings>, E.T. 31.08.2023.

Jimenes de Arechaga, Separate Opinion, I.C.J. Reports, 1982.

Judge Evensen, Dissenting Opinion, I.C.J. Reports, 1982.

**Kolb**, Robert. *Case Law on Equitable Maritime Delimitation: Digest and Commentaries*. Martinus Nijhoff, Leiden 2003.

**Kunoy**, Bjorn. “How Deep Is Your Love: Inner and Outer Continental Shelf Entitlements”. *Japanese Yearbook of International Law*. C. 62, S. 1, 2019, s. 335-375.

**Kuran**, Selami. *Uluslararası Deniz Hukuku*. 6. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021.

*Land and Maritime Boundary (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports, 2002.

**Lando**, Massimo. *Maritime Delimitation as a Judicial Process*. Cambridge University Press, Cambridge 2019.

*Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, Award of 7 July 2014, PCA Case no. 2010-16.

*Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Merit, I.C.J. Reports, 1993.

*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v Ukraine)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009.

*Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgement, I.C.J. Reports 2018.

*Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgement, I.C.J. Reports, 2014.

*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark)*, I.C.J. Reports, 1969.

*Oda*, Dissenting Opinion, I.C.J. Reports, 1982.

**Olorundami**, Fayokemi. “Revisiting the Libya/Malta Decision and Assessing Its Relevance (or Otherwise) to the East China Sea Dispute”. *Chinese Journal of International Law*. C. 15, S. 4, 2016, s. 717-740.

**Platzöder**, Renate. *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents Vol. IX*. Oceana Publication, New York 1982.

*President Truman Proclamation No.2667*, 28th September, 1945. Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and the Seabed of the Continental Shelf.

**Rosenne**, Shabtai/**Nordquist**, Myron/**Grandy**, Neal. *United Nations Convention of the Law of the Sea 1982: A Commentary Vol. II*. Martinus Nijhoff, Leiden 1993.

*Separate Opinion of Schwebel*, I.C.J. Reports, 1984.

*Statement by the UK*, United Nations Conference on the Law of the Sea; *Official Records (A/CONF.13/37)*, Vol. VI, 93.

**Tanaka**, Yoshifumi. *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*. Hart, London 2019.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports, 2012.

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports, 2007.

UN. “Convention on the Continental Shelf”. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_1\\_1958\\_continental\\_shelf.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_continental_shelf.pdf), E.T. 26.10.2023.

UN. “United Nations Convention on the Law of the Sea”. [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf), E.T. 26.10.2023.

United Nations Convention on the Law of the Sea, adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994, 1833 UNTS 397.

Weil, Prosper. *The Law of Maritime Delimitation: Reflections*, Grotius. Cambridge 1989.

Yearbook of the International Law Commission 1953, Vol. I, 216.





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış

A View on the Legal Status of Non-Muslims in the Ottoman State  
from the Perspective of Citizenship Rights

  Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR\*

 10.60002/ebyuhfd.1384885

### ÖZET

Bu çalışma, vatandaşlık hakkı bağlamında Osmanlı İmparatorluğu'ndaki gayrimüslimlerin hukuki statüsüne odaklanmaktadır. Kişi ile devlet arasındaki siyasi-hukuki bağı ifade eden vatandaşlık, bugünkü niteliğine Fransız Devrimi'nden sonra kavuşmuştur. Ancak bu kavram hak ve yükümlülüklerin bağlı olduğu bir statü ve bir devlete sadakat anlamında eski zamanlardan beri var olmuştur. Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin hukuki statüsü şer'i hukuka dayanmaktaydı. Şer'i hukuka göre İslam devleti, kendisine zimmet akdiyle bağlı olan gayrimüslimlerin can, mal ve namus güvenliğini iç ve dış saldırılara karşı korumakla yü-

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 02.11.2023 | **Kabul/Accepted:** 28.11.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atf/Cite as:** Elif Özdemir, “Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (217-277).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.



kümlüdür. Gayrimüslimler zimmet akdi ile İslam devletinin tebaası olurlar. Osmanlı İmparatorluğu, İslam hukukunun zimmî statüsüne ilişkin ilkelerine dayanarak kendi yapısına uygun bir sistem (millet sistemi) benimsemiş ve gayrimüslim toplulukları ruhani liderler (patrikler) aracılığıyla yönetmiştir. Osmanlı Devleti, zamanla Avrupa karşısında zayıflamasıyla Tanzimat devri reform hareketleri ortaya çıkmıştır. Bu dönemde çıkarılan anayasal belgeler ve yasalar, gayrimüslimlerin haklarının artmasına ve eşitliğe dayalı bir vatandaşlık anlayışının geliştirilmesine önemli katkıda bulunmuştur. Osmanlı hükümetinin farklı etnik ve dini grupları 'Osmanlı üst kimliği' çatısı altında birleştirme politikası, milliyetçi hareketler ve Avrupa devletlerinin müdahalesi nedeniyle başarısız olmuştur. Bu çalışma, tarihsel ve hukuki bir perspektifle Osmanlı Devleti'nde gayrimüslimlerin hukuki statüsünü, vatandaşlık hakkı açısından -İslam hukukunun kendine özgü yaklaşımını ve dönemin siyasi ve sosyal koşullarını göz önünde bulundurarak incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Vatandaşlık, Gayrimüslim, Zimmî, Millet Sistemi, Osmanlılık.

#### ABSTRACT

This study focuses on the legal status of non-Muslims in the Ottoman Empire in the context of the right to citizenship. Citizenship, which expresses the political-legal bond between a person and a state, has reached its current nature after the French Revolution. However, it has existed since the earliest times in the sense of a status to which rights and obligations are attached and loyalty to a state. The legal status of non-Muslims in the Ottoman Empire was based on Sharia law. According to Sharia law, the Islamic state is obliged to protect the security of life, property and honor of non-Muslims who are bound to it by the contract of dhimmitude against internal and external attacks. Non-Muslims become subjects of the Islamic state through the contract of dhimmitude. Based on the principles of Islamic law regarding dhimmi status, the Ottoman Empire adopted a system (the millet system) appropriate to its own structure and governed non-Muslim communities through spiritual leaders (patriarchs). As the Ottoman Empire weakened against Europe, reform movements arose in the Tanzimat era. Constitutional documents and legislation enacted during this period significantly contributed to improving the rights of non-Muslims and advancing an understanding of citizenship based on equality. The Ottoman government attempts to unify diverse ethnic and religious groups through a concept of 'Ottoman super-identity' failed due to nationalist movements and European state interference. This study examines the legal status of non-Muslims in the Ottoman State from a historical and legal perspective, considering the specific approach of Islamic law and the political and social conditions of the time.

**Keywords:** Citizenship, Non-Muslim, Dhimmi, Millet System, Ottomanism.

## GİRİŞ

Fert ile devlet arasında siyasi ve hukuki bağ olarak tanımlanan vatandaşlık (tabiiyet)<sup>1</sup> kavramı üzerinde ilk çağlardan günümüze kadar farklı telakkiler ortaya çıkmıştır. Bilindiği gibi devleti oluşturan üç unsur bulunmaktadır. Bunlar ülke, insan topluluğu ve egemenliktir. İnsan topluluğu ile egemen güç arasındaki bağ, esasen fertlerin devlet nizam ve hukukuna aidiyetini ifade etmektedir ki, bu bağ günümüzde vatandaşlık kavramı ile karşılanmaktadır. Her ne kadar vatandaş/yurttaş kavramı belirgin çizgilerine Fransız İhtilali sonrası -ulus devlet anlayışının yerleşmeye başladığı bir zamanda- kavuşsa da vatandaşlık ilişkisi, hukuki ve siyasi bağlılık manasında ilk kez bu dönemde ortaya çıkmış değildir<sup>2</sup>. Devletin ortaya çıktığı ilk dönemlerden itibaren devletin nizamına ve hukukuna tabi olma mefhumunun var olduğu görülmektedir<sup>3</sup>. Eski devirlerde bu tabiiyet aile bağları (kan esas) ve dini inanışlara dayanmaktaydı<sup>4</sup>. Tarihin ilk devirlerinde vatandaşlığın temel ölçütü kan esas olsa da ilerleyen zamanlarda “toprak esasına” dayalı vatandaşlık anlayışı da gelişmiş<sup>5</sup>, özellikle Ortaçağ’da feodalizmin etkisiyle insanların toprağa bağlılığı artmış ve vatandaşlıkta toprak esas temel ölçüt olmuştur. Feodalitenin çözülüp monarşilerin güçlenmesiyle temel ölçüt kralın şahsına bağlılık olmuştur<sup>6</sup>. 18. yüz-

- 
- 1 *Tabiiyet ve vatandaşlık kavramları* öğretide aynı anlamda kullanılmasına karşılık tabiiyetin vatandaşlıktan daha geniş bir kavram olduğunu belirtmek gerekir. Bir görüşe göre tabiiyet, devletle olan hukuki bağın uluslararası hukuktaki görünümüdür, vatandaşlık ise iç hukuktaki görünümüdür. Yine Roma hukuku kökenli hukuk sistemlerinde “vatandaşlık” kan esasıyla kurulan bağlılığı ifade ederken, “tebaa” toprak esasına göre kurulan bağı ifade eder. İrem **Karakoç**, *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Yetkin Yayınları, İzmir 2012, s. 28-30.
  - 2 Ahmet **Güneş**, “İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, C. 11, S. 1, 2008, s. 256.
  - 3 Antik Yunan site devletlerinde, Roma’da ve eski Mezopotamya uygarlıkları gibi ilköğ devletlerinde vatandaşlık kavramının mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, s. 44-82.
  - 4 Erdoğan **Göğer**, *Türk Tabiiyet Hukuku*, 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 18.
  - 5 Örneği Roma’da İmparator Caracalla’nın çıkardığı emirname (Constitutio Antonia) ile kan esas terk edilerek toprak esas kabul edilmiş ve böylece daimî yerleşim yeri Roma İmparatorluğu sınırları içerisindeki herkese Roma vatandaşlığı tanınmıştır. **Göğer**, s. 18-19.
  - 6 Ali Aslan **Topçuoğlu**, “Modern Hukuk ve İslam’da Vatandaşlık Kavramının Hukuki Temeli”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVI, S. 3, 2012, s. 189.

yılda ise tekrar kan esasının ölçüt olarak ele alınmaya başladığı görülmektedir<sup>7</sup>.

Modernleşme süreci içerisinde vatandaşlığın hukuki mahiyeti hakkında iki yaklaşım öne çıkmıştır. İlk yaklaşımda vatandaşlık devlet ile fert arasında karşılıklı hak ve borçlar içeren münasebet olarak ele alınmaktadır. Bu hukuki ilişki, Anglo-Sakson hukuk sisteminde devlet ile fert arasında “devamlı bir sadakat bağı” gibi siyasi bir itaat anlamına gelirken, 19. Yüzyıl Fransa’sında akdi münasebet olarak algılanmıştır<sup>8</sup>. Menşei Roma Hukukundan alan ikinci yaklaşımda ise vatandaşlık kavramı kişiye pozitif hukuk nizamının tanıdığı belirli hak ve yükümlülükleri içeren bir statüyü ifade etmektedir<sup>9</sup>. Bu statü, devletin egemenlik hakkını kullanmak suretiyle, tek taraflı olarak şart ve hükümlerini tespit ettiği bir hukuksal bağıdır<sup>10</sup>. Fert, vatandaşlık bağı ile devlete hukuken bağlanmaktadır. Buna göre vatandaşlık, şekil yönüyle bir “devlete aidiyeti” ifade ederken, maddi yönüyle kişiliğin bir vasfı olarak ferdin sahip olduğu hak ve borçları gösteren hukuki statüyü tanımlamaktadır<sup>11</sup>.

İslam hem vatandaşlık bağını hem de inancı bünyesine aldığı için vatandaşlık telakkisinin modern zamandakinden farklılık arz etmesi doğaldır. Öğretide bir görüş İslam hukukunda zimmilerin hukuki statüsünün vatandaşlık kavramını karşılamadığını ileri sürmüştür, örneğin Bozkurt, İslam hukuku teorisinde din ve vatandaşlık kavramlarının birbirine karıştığını ve tüm Müslümanların, nerede olursa olsun, tek bir İslam ümmetine bağlı bulduklarını ifade etmekte ve İslam vatandaşlığının müşterek

---

7 Göger’e göre 1842 tarihli Prusya Vatandaşlık Kanunu’da yer alan vatandaşlığa ilişkin prensipler günümüzün vatandaşlık hukukunda da geçerlidir. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu’da bu kanunda yer alan telakkilerden etkilenmiştir. **Göger**, s. 19-20.

8 Nihat Erdener **Uluocak**, Türk Vatandaşlık Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s. 4-5.

9 Ergin **Nomer**, Türk Vatandaşlık Hukuku, 26. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 3-4.

10 **Uluocak**, s. 5-8.

11 Işıl **Özkan**, Göç ve Vatandaşlık Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul 2022, s. 39; **Nomer**, s. 3; **Göger**, s. 6

ülke, ırk veya doğumla değil, aynı inanç esaslarına-ideolojilerine inanmakla şekillendiğini belirtmektedir<sup>12</sup>. Buna karşılık bazı yazarlar ise bunun aksini savunarak ismen vatandaşlığın kullanılmamasına rağmen zimmîlerin de -tıpkı Müslümanlar gibi- İslam devletine tabi olan kişiler olarak birtakım hak ve ödevlerinin bulunduğunu göz önüne alarak zimmîlerin İslam devleti vatandaşı olduğunu savunmuşlardır<sup>13</sup>. Zira İslam hukukunda vatandaşlık kavramının kullanılmamış olması, İslam devleti ile fert arasında siyasi ve hukuki bağın olmadığı anlamına gelmemektedir. Esasen İslam devletinin gayrimüslim fertlerle olan hukuksal münasebeti, -şartları ve hükümleri ilahi hukuk tarafından önceden belirlenmiş- bir akdi münasebettir. Bu münasebet şekli yönden devlete aidiyeti, maddi yönden hukuki statüyü içermektedir. Bu meselenin açıklığa kavuşturulması için öncelikle İslam hukukunda zimmet akdi ve zimmi kavramı incelenmelidir. Bu sebeple çalışmamızda ilk önce İslam hukukunda zimmîlerin hukuksal statüsüne değinilecektir.

Osmanlı Devleti kendi hakimiyeti altında yaşayan gayrimüslimlerin yönetimi konusunda şer’i hukuk kaidelerini nazara almış ve bulunduğu coğrafya ve sosyo-politik konumu da dikkate alarak literatürde “millet sistemi” adı verilen bir düzen oluşturmuştur<sup>14</sup>. Özellikle İstanbul’un fethinden sonra Osmanlı nüfusu içerisinde önemli bir orana sahip olan gayrimüslim nüfusun artması sebebiyle bu nüfusun dönemin siyasi, sosyal ve

12 Yazar, Hz. Peygamber dönemi ve sonrası uygulamalarında zimmîlere İslam ülkesinde yaşama izninden başka kendi dini hukuklarını uygulaması noktasında serbestlik tanınması sebebiyle, zimmîlerin hukuk statüsünü günümüz manasıyla bir vatandaşlık ilişkisi olarak ele alınamayacağını, zimmîlere verilen hakların hukuki değil, dini ve ahlaki temelli olduğunu savunmaktadır. Bkz. Gülnihal **Bozkurt**, “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kudret Ayiter Armağanı, C. 3, S. 14, 1987, s. 148-149.

13 M. Macit **Kenanoğlu**, Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek. 4. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, s. 35 vd.; Hayreddin **Karaman**, Mukayeseli İslam Hukuku, C. 3, İz Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 233-234; **Güneş**, “İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri”, s. 257-258;

14 Millet sistemi hakkındaki görüşler için hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kenanoğlu**, s. 56-66; İlber **Ortaylı**, “Osmanlılar’da Millet Sistemi”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 30, Ankara 2020, s. 67; İbrahim **Özcoşar**, “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Durumu ve Millet Sistemi”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2003, s. 128-129.

idari koşullara göre, Osmanlı hukukuna uyumlu olacak bir sistemin kurulmasını gerektirmiştir<sup>15</sup>. Bu sistemde ruhani reisler (patrik ve hahambaşı) tayin edilerek onlara kendi gayrimüslim cemaatleri üzerinde birtakım idari, siyasi ve yargısal yetkiler verilmiştir. Böylelikle devlet, tabiiyeti altında bulunan gayrimüslimleri inanç ve mezheplerini ölçüt kabul ederek ruhani reisler aracılığıyla yönetmiştir.

Akademik çalışmalarda bu sistemin dini cemaatlere adeta “devlet içinde devlet” oluşturacak derecede otonom bir idari ve yargısal yetkiler tanıdığı, şer’i hukukun gayrimüslimlere uygulanmadığı gibi görüşler ortaya çıkmıştır<sup>16</sup>. Ancak otonom yetkiler içeren bir millet yapılanması hakkında son dönemlerde ciddi tereddütler ortaya çıkmıştır<sup>17</sup>. Söz gelimi bu konu hakkında çalışmaları olan Kenanoğlu’na göre bu görüşler abartı içermektedir ve bu düzen özü itibarıyla “*ruhani bir iltizam sistemi*”dir<sup>18</sup>. Kenanoğlu bu sistemde ruhani reislerle birtakım idari ve yargısal yetkiler tanınmakla birlikte, Osmanlı ülkesinde şer’i hukuka uygun şekilde mülkiklik prensibinin geçerli olduğunu ve (şer’i hukukun gereği olarak tanınan din özgürlüğü çerçevesinde ahval-ı şahsiyye gibi özel hukuk konularında tanınan muafiyet haricinde) gayrimüslim tebaanın da Müslüman tebaa gibi aynı hukuka muhatap olduğunu belirtmektedir<sup>19</sup>. Konu hakkında daha ay-

15 Karpat’a göre millet sistemi, Osmanlı’nın kendi topraklarındaki etnik ve dilsel gerçeklikleri İslam’ın emirleriyle uzlaştırma çabasının bir sonucudur. Kemal H. Karpat, “Millets and Nationality: The Roots of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era”, Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society, editör B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 149.

16 Millet sistemi hakkında lehe görüşler için bkz. Kenanoğlu, s. 56-60.

17 Osmanlı’da kurumsal bir millet sisteminin varlığına dair hâkim görüşü bir “mit” olarak gören Braude’nin çalışması için bkz. Benjamin Braude, “Foundation Myths of the Millet System”, Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society, editör B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 74-83; bu konuda genel ve özetleyici bir değerlendirme için bkz. Mehmet Akif Aydın, Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye’nin Temeli, İSAM Yayınları, Ankara 2020, s. 303-306.

18 Kenanoğlu, s. 82-88.

19 Zimmilere inanç özgürlüğü çerçevesinde tanınan hukuki muafiyet için bkz. Ahmet Yaman, “Zimmî”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 44, İstanbul 2013, s. 437-438; Ahmet Özel, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharb, 4. Bası, İz Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 227 vd.; Kenanoğlu ahval-i şahsiyye kapsamında yer alan miras hukuku uyuşmazlıkları hakkında kilise veya Yahudi hukukunun uygulanmadığını belirterek, gayrimüslim cemaatlerinin hukuki yetkilerinin bilinenden daha dar olduğunu tespit etmiştir. Bkz. Kenanoğlu, s. 313-333.

rıntılı bilgi ve değerlendirmelere çalışmamızda yer verilecektir. Çalışmamızın son kısmında Tanzimat dönemiyle birlikte bir dönüşüme uğrayan gayrimüslimlerin hukuksal statüleri ele alınacak; vatandaşlık anlayışındaki gelişmelere ve bu dönemde yapılan kanunlaştırmalar kapsamında vatandaşlık hakkına ilişkin yasal düzenlemelere değinilecektir.

## I. İSLAM HUKUKUNDA ZİMMET AKDİ VE ZİMMÎ KAVRAMI

Tanzimat dönemi öncesinde, Osmanlı hukukunda gayrimüslimlere ilişkin hükümlerin büyük ölçüde şer’i hukuk kaynaklı olması sebebiyle; fıkıhta İslam devletine tâbi olan gayrimüslimlerin hukuksal statülerini ifade eden “zimmî” kavramına ve devlet ile gayrimüslimler arasındaki hukuki bağın kaynağı olan zimmet akdine çalışmamıza yer vermemiz yararlı olacaktır.

### A. Kavramsal Çerçeve

Zimmet, sözlükte ahd, söz, emân ve hak anlamlarına gelmekle birlikte ıstılahi olarak *hukuki şahsiyet (kişilik)* manasına gelmektedir<sup>20</sup>. Fıkıh usulünde zimmet, insanlara mahsus bir niteliktir ve her insan *zimmete* sahip olması hasebiyle bir kısım haklara ve borçlara ehil olur<sup>21</sup>. *Zimmet akdi* ise ehl-i harbten olan<sup>22</sup> gayrimüslim bir kişi veya topluluğun İslam devletinin ahd ve emânını kabul etmesi olarak tanımlanabilir. Zimmet akdinde bir taraf İslam devleti iken, diğer taraf İslam devletine tabi olmayı beyan eden

20 Ömer Nasuhi **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstıhalatı Fıkhiyye, C. 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1988, s. 422; Vehbe **Zuhayli**, İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, C. 8, Risale Yayınları, İstanbul 2012, s. 203.

21 **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstıhalatı Fıkhiyye, C. 3, s. 422-423.

22 Klasik dönem fakihleri, İslam devletinin hakimiyeti altındaki topraklara “Dârüİslâm” adını verirken, bu hakimiyetin dışındaki toprakları “Dârülharb” olarak tanımlamışlardır. Hâlihazırdaki veya olması muhtemel düşmanlık ve savaş ilişkisi nedeniyle, bu adla anılan ülkelerin tebaası ise harbi yahut ehl-i harb olarak isimlendirilir. Bu ülkelerden kendileriyle barış ilişkisi kurulmuş olanlar ise “Darüssullh”, bu ülkelerin tebaası da ehl-i sulh şeklinde adlandırılmıştır. Elçilik ve ticaret amaçlı olarak harbilere geçici emân verilebilir. Bu durumda belli gayelerle dârüİslâmda İslam devletinin izni ve emânıyla bulunan harbiler “müste’men” sıfatını alırlar. Dârüİslâmda buldukları müddetçe hukuki statüleri zimmîlerinki ile benzerdir. Dârülharb ve ehl-i harbe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet **Özel**, “Harbî”, TDV İslâm Ansiklopedisi, S. 16, İstanbul 1997, s. 112-114; **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârüİslâm-Dârülharb, s. 80-88.

gayrimüslim kişi veya topluluktur. İslam Devleti ile bir akit yapmak suretiyle İslam devletinin koruması altına ve tabiiyetine giren gayrimüslimlere “zimmî” denilmektedir<sup>23</sup>. Zimmet akdiyle birlikte her iki taraf açısından birtakım haklar ve yükümlülükler doğmaktadır. Bu akit sayesinde İslam devletine ve İslam ahkâmına tabi olan gayrimüslim fertlerin can, mal ve ırz güvenliği teminat altına alınmaktadır. Ayrıca söz konusu fertler, bu güvenlik içinde İslam devletinde devamlı oturma hakkı kazanmaktadır<sup>24</sup>. Bunun karşılığında zimmîler İslam Devleti’ne her yıl belli bir cizye<sup>25</sup> ödeme yükümlülüğü altına girmektedirler. Zimmet akdi çerçevesinde zimmîler İslam devletinin tebaası olmayı, bu devletin idaresine girmeyi kabul ederken, İslam ahkâmına da (şer’i hukuka) tabi olmaktadırlar. Bu bağlamda bir beldenin dârülişlâm olması için o beldenin Müslümanların hakimiyetine geçmesi yeterli olmayıp İslam ahkâmının bu belde de tatbik edilmesi gerekmektedir<sup>26</sup>.

Zimmî statüsüne ilişkin hukuksal çerçevenin, Mekke’nin fethinden sonra çizildiği kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Hz. Peygamber (s.a.v.) bu olaydan önce de gayrimüslimlerle çeşitli anlaşmalar yapmıştır ki bunlar daha çok geçici mahiyettedir. Şüphesiz bu anlaşmalar içinde Medine Vesikası’nın

23 Muhammed **Hamidullah**, İslam’da Devlet İdaresi, Beyan Yayınları, İstanbul 1998, s. 395; “İslam zimmetini, ahd ve emânını haiz olan gayrimüslim erkeğe ‘zimmî’, gayrimüslim kadına da ‘zimmîye’ denilir”. **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye, C. 3, s. 423.

24 **Karaman**, s. 221.

25 Cizye, zimmî erkeklerden alınan şahsi bir senelik vergidir. “Harac-ı Ruus” da denilmektedir. Cizye miktarı ve tahsil ediliş şekli yapılan sulh antlaşmasına bağlı olup zimmet bir sulh antlaşmasıyla kazanılmamışsa, Müslüman yöneticiler tarafından re’sen tayin edilir. Cizyenin talep edilmesi için kişinin *akıl, baliğ, erkek, hür ve sağlıklı* olması gerekir. Bunlar cizyenin lüzum şartlarıdır. Akıl sağlığı yerinde olmayanlardan, miskinlerden, çocuklardan, kadınlardan, kölelerden, rahiplerden, çalışamayacak derecede yaşlı veya sene içinde 6 aydan fazla süre hasta olan kişilerden cizye alınmaz. Cizyenin miktarı mükelleflerin zengin, orta halli ve fakir olmalarına göre değişebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Nasuhi **Bilmen**, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye*, Cilt 4, Bilmen Yayınları, İstanbul 1990, s. 97-99; **Karaman**, s. 257-260; **Zuhayli**, s. 208-209; cizye gayrimüslimlere verilen bir ceza değildir. Zira böyle olsaydı, tüm gayrimüslimlerden alınırdı. Halbuki cizye yukarıda da bahsedildiği gibi kadınlardan, çocuklardan, düşkünlere ve çalışamayacak derece olan yaşlılardan alınmamaktadır. Abdülkerim **Zeydan**, “İslam Hukukuna Göre Zimmîler”, Çev. Hasan Güleç, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 8, 1994, s. 438.

26 **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharb, s. 149 vd.

27 **Karaman**, s. 221.

önemi büyüktür<sup>28</sup>. Hicretin birinci yılında Medine’de yaşayan Müslümanlar, Yahudiler ve müşrikler arasında yapılan bir antlaşma mahiyetindeki Medine Vesikası’nda, anlaşmaya dahil olan herkesin Medine içinde ve dışında güvende olduğu vurgulanmış, karşılıklı yardımlaşma ve barışın esas olduğu belirtilmiştir<sup>29</sup>. Vesika’nın 1-23. maddelerinde Müslümanların muahat (kardeşlik) esasları açıkça ortaya konulmuş, 24-47. maddelerinde ise Medine’de meskûn Yahudilerin hak ve mükellefiyetleri ele alınmış, bu bağlamda onların kendi dinlerini yaşama özgürlüklerini de garanti altına alınmıştır (md. 25)<sup>30</sup>. Hamidullah, Medine Vesikası’nı ilk İslam devletinin anayasası olarak kabul etmekte ve dünyada da ilk anayasa olma hususiyetine sahip olduğunu ileri sürmektedir<sup>31</sup>. Hamidullah’ın bu görüşü Medine Vesikası ile alakalı ilmi çalışmaları etkilemiştir. Esasen bu görüş hakkında ihtilaf bulunsa da<sup>32</sup> Vesika’nın önemi, o toplumun temel yapıtaşı olan kabile sistemini ve bu sistemin sebep olduğu dağınık yapının ve sosyal adaletsizliklerin aşılması açısından yadsınamazdır<sup>33</sup>. Zira vesikanın ilk kısmında (12. Maddeden itibaren) Müslümanların savaşta da, barışta da bir bütün olduğunu, bir Müslümanın ağır bir mali ve hukuki sorumluluğunun

28 **Abdülkerim Zeydan**, İslam Hukukunda Ferd ve Devlet (İslam Anayasa Hukuku), International Islamic Federation of Student Organizations, Kuveyt 1977, s. 10-12.

29 Bkz. Muhammed **Hamidullah**, İslam Peygamberi-I, Yeni Şafak Kültür Armağanı, Ankara 2003, s. 188-189; Vesika’nın Yahudilere ilişkin maddelerinin, hicretin ilk yılında değil de Bedir Savaşı sonrası Yahudi kabilelerinin Mekkeli müşrikleri himaye etmeleri ve ittifak yapmalarının önüne geçmek için hazırlandığı belirtilmektedir. Yahudiler, Müslümanların güçlü olduğu o zaman için bu hükümleri kabul etmek durumunda kalmışlar. Böylece Hz. Peygamber, Yahudilerin İslam davetine ve Medine’deki Müslüman varlığına olumsuz etkilerini bertaraf etmek istemiştir. Bkz. Sami **Kılıncı**, Nüzul Sürecinde Müslümanların Gayrimüslimlerle İlişkileri -Medine Dönemi 622-625 Yılları Arası-, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2018, s. 88-92.

30 **Hamidullah**, İslam Peygamberi-I, s. 197.

31 **Hamidullah**, İslam Peygamberi-I, s. 188.

32 Medine vesikasının İslam devletinin teşekkülü açısından kurucu bir belge olduğu, ancak anayasacılık düşüncesi bakımından (özellikle yasama-yürütme-yargı erklerinin ayrılığı, iktidarın sınırlandırılması vb. esaslar açısından) bir “anayasa” niteliğinde olmadığı hakkındaki görüş ve değerlendirmeler için bkz. Erdoğan **Keskin**, “Anayasacılık Bağlamında İslami Anayasacılık Kavramı ve Medine Vesikası”, AÜHFD, C. 70, S. 3, 2021, s. 980-983.

33 Medine Vesikası’nın hukuki mahiyeti ve önemi hakkında değerlendirmeler için bkz. Emre **Berber**, “Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği”, TAAD, S. 26, Y. 7, 2016, s. 485-488.



olduğu durumlarda, müminlerin o kardeşlerine yardım edecekleri düzenlenmiştir<sup>34</sup>. Bu düzenlemeler kabile sisteminin artık aşılmaya başlandığının, kabileci anlayışından “ümme dayanişmasına” geçildiğinin dikkat çekici göstergelerindendir. Vesika'nın Yahudilerle ilgili ikinci kısmında ise Yahudilerin Müslümanlarla tek bir ümmet sayılması ve uyuşmazlıkların çözümünde nihai mercinin Hz. Peygamber olması, Vesika'nın kabileler arasında yapılan klasik ittifak sınırlarını aşmış olduğunu ve kabile sistemini gevşettiğini göstermektedir<sup>35</sup>.

Ancak Medine Vesikası'nın tarihsel açıdan hükmünü -Yahudi kabilelerin antlaşmayı bozan düşmanca davranışları sebebiyle- daha o dönemde tamamlamış olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim bu vesika geçici bir antlaşma olarak kabul edilmiş ve klasik fıkıh sistematüğinde zimmî hukuku konusunda referans olarak kullanılmamıştır<sup>36</sup>. Zimmî hukukunun hukuki anlamda çerçevesinin çizilmesi ve olgunlaşması, Mekke'nin fethinden sonra nazil olan “*Ehl-i kitap'tan Allah'a ve âhiret gününe inanmayan, Allah ve resulünün yasakladığını yasak saymayan ve hak dine uymayan kimselerle, yenilmiş olarak ve kendi elleriyle cizye verinceye kadar savaşın*”<sup>37</sup> mealindeki ayet-i kerime ile olmuştur.

<sup>34</sup> **Berber**, s. 480-481.

<sup>35</sup> Bu açıdan Vesika o dönemde kabile sisteminin aşılması ve ümmet anlayışına evrilmesi açısından önemli bir belgedir. Medine vesikası ile kurulan siyasi yapının devlet haline gelme konusunda bir ara form/statü olduğuna yönelik görüş için bkz. **Berber**, s. 485-487.

<sup>36</sup> Güneş'e göre teorik açıdan Medine Vesikasının hükümlerinin halen önemini korumaktadır. Yazar ayrıca Medine Vesikası'nın, İslam ahkâmının henüz tamamlanmadığı bir zamanda yapılmış olması sebebiyle zimmet hükümleri bakımından nesh olduğu fikrini hatalı bulmakta ve Hz. Peygamber'e bağlılıklarını bildiren az sayıda Yahudi için antlaşma hükümlerinin geçerliliğini sürdürdüğüne işaret etmektedir. Konu hakkında değerlendirmeler için bkz. Ahmet **Güneş**, “Medine Vesikası'nın İslam Hukuku Açısından Kaynak Değeri”, EKEV Akademi Dergisi, C. 12, S. 34, Kış 2008, s. 220-222.

<sup>37</sup> **Tevbe** Suresi 9/29 (Bu çalışmada Kur'an-ı Kerim ayetlerinin mealinde Diyanet İşleri Başkanlığı'nın *Kur'an Yolu* adlı Türkçe meal ve tefsiri esas alınmıştır. Bkz. <https://kuran.diyamet.gov.tr/mushaf>).

## B. Zimmet Akdinin Tarafları

Gayrimüslimlerle İslam devleti adına zimmet akdi yapma (emân verme)<sup>38</sup> salahiyeti hususunda, İslam müçtehitlerini farklı görüşleri bulunmaktadır. Hanefilere göre İslam devleti vatandaşı olan her Müslüman, gayrimüslimlerle bu akdi yapmaya salahiyetlidir. Bu akdi yapan (emân veren) Müslümanın, farz-ı kifaye olan Allah’ın kelamını duyurmakta (i‘lâ-yi kelimetullah) ve cihad vazifesini yerine getirmekte olduğu kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Diğer ehl-i sünnet mezheplerinde ise zimmet akdini ancak halife ya da onun hususi olarak görevlendireceği bir kişi/kişiler yapabilir<sup>40</sup>. Zira devletin menfaatini gözetme ve buna bağlı kararları alma yetkisi, devletin reisi olan halifeye aittir.

Zimmet akdinin diğer tarafında bulunan gayrimüslimlerin mensup oldukları din, zimmet akdinin kurulmasında müçtehit imamlar arasında önemli bir meseledir. Bütün müçtehitler, Yahudi ve Hristiyanların Tevbe Suresi 29. ayette zikredilen “*ehl-i kitap*” olduğu yönünde hemfikirdirler. Öte yandan mürtedlerin yani İslam dininden çıkmış olanlarla zimmet akdi yapılmayacağı hususunda da görüş birliği vardır. Hz. Peygamber (s.a.v.) sağlığında Bahreyn, Hecer ve Yemen Mecûsilerinden cizye almış, adı geçen bölgeleri İslam hakimiyeti altına almıştır. Bu sebeple Mecûsilerin de zimmî statüsüne kabulleri, sünnetle sabit olup bazı alimlerce Mecûsiler de kitap ehlinden sayılmıştır<sup>41</sup>.

38 Emân, daimi ve geçici olarak ikiye ayrılır. Harbi statüsündeki bir yabancıya verilen can ve mal teminatı olan süresiz emân sayesinde gayrimüslim kişi zimmî statüsü kazanır. Bu açıdan daimî emân, hukuki nitelik olarak zimmet akdidir. Ancak zimmet, zamanla emândan ayrı, hususi bir hüviyete kavuşarak gayrimüslimlerin vatandaşlık statüsünü ifade etmiştir. Süreli (geçici) emân ise darülsılam’a ticaret gibi geçici bir maksatla giren yabancıya (müste’men) verilen can ve mal güvencesidir. **Karakoç**, s. 124-127.

39 Öğretide bu duruma “emânın bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesi” adı verilmektedir. **Karakoç**, s. 125.

40 **Karaman**, s. 222.

41 Zerdüş’tün peygamber olduğuna inanan ve ateşe tapan Mecûsiler’in, Ehl-i kitap kapsamına girip girmediği fakihler arasında ihtilafıdır. Fukahanın çoğunluğu cizye ile ilgili, “Onlara Ehl-i kitap muamelesi yapın” (el-Muvaţta’, “Zekât”, 42) meâlindeki hadisi esas alarak Mecûsiler’i Ehl-i kitap kabul etmemiştir. Bkz. Ahmet **Özel**, “Gayri Müslim”, TDV İslâm Ansiklopedisi, İstanbul 1996, s. 418- 427; Cahit **Kara**, “İslâm Coğrafyasında Mecûsiler (Emevîlerin Sonuna Kadar)”, AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Güz 2013, s. 23-24; **Ebu Yusuf**, Kitab-ül Haraç, çev. Ali Özek, 2. Bası, alBaraka Yayınları, İstanbul 2022, s. 205-206.

Ehl-i Kitap ve mürtedler dışında kalan gayrimüslimlerin durumu hakkında ise mezhepler arasında görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu görüşler başlıca üç gruba ayrılabilir. İlk grupta yer alan *Şafîiler, Hanbeliler, Zahiriler ve Şii-İmamiler*, Ehl-i Kitap ve Mecûsiler dışındaki gayrimüslimlerle zimmet akdi yapılamayacağı fikrindedirler<sup>42</sup>. İkinci görüş olarak *Hanefiler* Ehl-i Kitap ve Mecûsiler dışındaki diğer gayrimüslimlerle de zimmet akdi yapılabileceği kanaatindedirler<sup>43</sup>. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.), Ehl-i Kitap dışında Mecûsilerin zimmetini de kabul etmiştir. Bu durum, Ehl-i Kitap dışındaki gayrimüslimlerle zimmet akdi yapılabileceğini göstermektedir<sup>44</sup>. Fakat Hanefiler yalnızca Arap putperestlerle zimmet akdi yapılamayacağı görüşündedir<sup>45</sup>. *Malikilere, Evzai'ye ve Zeydilerin* kabul ettikleri üçüncü görüşe göre ise Arap olsun olmasın tüm gayrimüslimlerle zimmet akdi yapılabilir<sup>46</sup>. Bu görüşlerine dayanak olarak müşriklerin öldürülmesine ilişkin ayetin cizye ayetinden önce geldiğini, cizye ayetinin bu ayeti tahsis ettiğini ileri sürmektedirler. Aynı şekilde Hz. Peygamber'in uygulaması da bu şekilde olmuş, Hz. Peygamber (s.a.v.), kumandan tayin ettiği sahabilere, rastladıkları gayrimüslimleri önce İslam'a davet etmelerini, kabul etmiyorlarsa cizye teklif etmelerini istemiştir<sup>47</sup>.

Müçtehit hukukçular arasında yukarıda aktardığımız gibi görüş farklılıkları olsa da İslam tarihinde ehl-i kitap ve Mecûsiler dışındaki farklı din mensuplarıyla da zimmet akdinin yapıldığı görülmektedir. Zira Hz. Ebu Bekir zamanında başlayan fetihler kısa zamanda genişlemiş ve İslam devletine yeni gayrimüslim kitleler dahil olmaya başlamıştır. Irak ve el-Cezire bölgesinin fethiyle Nasturiler, Keldaniler ve Sabiiler; Suriye'nin fethiyle

42 Bu görüşlerini Tevbe Suresi 5. ayete dayandırmaktadırlar: “Haram aylar çıkınca bu Allah'a ortak koşanları artık bulduğunuz yerde öldürün, onları yakalayıp hapsedin ve her gözetleme yerine oturup onları gözetleyin. Eğer tövbe ederler, namazı kılıp zekâtı da verilerse, kendilerini serbest bırakın. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir.”

43 **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fikhiyye, C. 3, 424; **Ebu Yusuf**, s. 211.

44 **Karaman**, s. 223.

45 Diğer din mensuplarını zimmete kabulünde amaç, esasen onların İslam cemiyeti içerisinde İslam'ın güzelliklerini, yüksek ahlaki prensiplerini görüp Müslüman olmalarına vesile olmaktadır. Dolayısıyla İslam dininin muhteviyatını gördükten sonra dinden dönenler ve Arap müşrikler için bu amil söz konusu olmayacağından, bunlarla zimmet akdi yapılmayacağı görüşü Hanefi fakihlerince benimsenmiştir. **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fikhiyye, C. 3, s. 424; **Ebu Yusuf**, s. 211.

46 Aynı yönde **Zeydan**, “İslam Hukukuna Göre Zimmiler”, s. 431.

47 **Zuhayli**, s. 204; **Karaman**, s. 224.

Romalılar ve Melkitler; İran’ın fethiyle Mecûsîler ve Maniheistler; Ermenistan’ın fethiyle Gregoryen Ermeni Hristiyanlar; Mısır’ın fethiyle Kıpti Hristiyanlar ve Yakubiler Müslümanların hâkimiyeti altına girmişlerdir<sup>48</sup>. Fetih süreci Emeviler döneminde de devam etmiştir. Bu dönemde Horasan’ın ve Sind bölgesinin fetihlerinde bölgede yaşayan Budistlerle zimmet akdi yapılmış, onlardan cizye alınmış ve mevcut olan tapınaklarına dokunulmamıştır. Ayrıca Abbasiler döneminde Keşmir ve Hindistan’ın büyük ölçüde fethedilmesiyle Hindular da İslam devletinin hakimiyetine tabi olmuşlardır<sup>49</sup>.

### C. Zimmet Akdinin Şartları ve Hükümleri

Zimmet akdinin kurucu şartı, belirli esaslara bağlı olarak yapılan ahit ve buna delalet eden açık bir ifadenin ya da cizye kabulüne delalet eden bir fiilin bulunmasıdır<sup>50</sup>. Bir gayrimüslim fert veya topluluğun, cizye vermeyi kabul ederek İslam Devleti tabiiyetine girmeyi açıkça bildirmeleri, zimmet akdinin sarahaten kurulmasını sağlamaktadır. Öte yandan zimmet akdinin kurulmasında bazı durumlarda açık bir beyanın bulunması aranmamaktadır. Örneğin kendisine emân verilmek suretiyle geçici süre dârülislâmda ikamet etme imkânı bulan müste’menlerin, bu sürenin bitmesine rağmen, İslam devletinde ikamete devam etmiş olması veya haraci bir araziyi satın alması ve haraç vergisinin<sup>51</sup> tahakkuk etmiş olması durumlarında bu kişinin zimmî statüsüne girdiği kabul edilmektedir. Yine zimmî ile evlenen dârülharb vatandaşı gayrimüslim kadınlar, baba ve anneleri zimmî olan bülüğe ermemiş çocuklar da zimmî statüsünü -bu yönde açık beyanları olmasa bile- kazanmaktadırlar<sup>52</sup>. Dolayısıyla zimmî statüsü zimmet akdiyle, evlenme ve doğum yoluyla kazanılabilmektedir. Buradan da an-

48 Mehmet Mahfuz **Söylemez**, “İlk Dönem İslam Toplumunda Gayrimüslimlerin Yeri: Haklar ve Hoşgörü”, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 22, 2010, s. 101-102; Mecûsîlerle yapılan zimmet akdinin muhteviyatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kara**, s. 24-25.

49 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Söylemez**, s. 103.

50 **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye, C. 3, s. 423.

51 Harac, topraktan alınan vergidir. Cizyeden farklı olarak harac nas ile tayin edilmemiş olup içtihatla sabittir. Harac, şahsi vergi olmayıp arazinin haraci olmasına bağlı olarak tahsil edilen bir vergidir. Haracın miktarı ve nev’i, Müslüman yöneticiler tarafından adil bir şekilde belirlenir. Zamanın ve arazinin mahiyetine göre miktar değişkenlik arz eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, s. 261-266.

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, s. 225-226.

laşılacağı üzere zimmet akdinin mutlaka belirli bir şekle uyularak yapılması zorunlu değildir<sup>53</sup>. Ancak tarihteki uygulamalara bakıldığında zimmet akdi şartlarının çoğunlukla bir vesikaya yazıldığı da vakidir<sup>54</sup>.

Zimmet akdi, zimmîlerin bu akdi bozacak nitelikte eylemleri olmadıkça Müslümanlar tarafından bozulamayan ebedi bir anlaşmadır<sup>55</sup>. Zimmîler bu akit çerçevesinde Müslümanların ahd ve emânında bulunurlar. Bilmen'in de ifade ettiği gibi "*Darül İslam'da bir müslimin malı, canı, namusu ne derecelerde masun[dokunulmaz] ise onun da malı, canı, namusu o vecihle siyanet [himaye-muhafaza] altında bulunur.*"<sup>56</sup>. Hz. Peygamber (s.a.v.), zimmîlere yumuşak davranılması, zimmîlerin haksızlığa uğratılmamalarını, tahammül edemeyecekleri yüklerin yüklenmemesini ve vergilerin hakkaniyet esaslarına göre alınması hususlarında vali veya kumandan tayin ettiği sahabilere nasihat ve tavsiyelerde bulunmuştur<sup>57</sup>. Hülefa-i Raşidin de Hz. Peygamber'in tutumunu aynı şekilde tatbik etmiş; Hz. Ömer de vefatı sırasında gelecek halifelere, zimmîlerle yapılan zimmet akdi ve şartnamesi gereğince, zimmîlere haklarının tam olarak verilmesini, can ve mallarının güvenliği uğrunda icab ederse savaşılmasını vasiyet etmiştir<sup>58</sup>.

Zimmet akdinin sona ermesi yalnızca belli hallerde mümkündür. Hanefilere göre zimmet akdi, gayrimüslimler için bağlayıcı değildir; bu se-

53 Aynı yönde **Bozkurt**, "İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri", s. 123.

54 Hz. Ömer'in Kudüs'ü fethettiğinde oradaki gayrimüslimlere verdiği emâname (veya ahidname), bu uygulamalara örnek gösterilebilir. Emânamenin muhteviyatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman **Aydınlı**, "Kudüs'ün Fethi ve Hz. Ömer Emannâmesi", Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2020, s. 620-622.

55 Özge **Demir**, "İslam Hukuku'nda Zimmet Sözleşmesinin Hukuki Kapsamı ve Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Görünümü", İÜHF, C. LXXII, S. 1, 2014, s. 744; Yılmaz **Yurtsever**, "İslam Hukuku ve Klasik Osmanlı Dönemi Uygulamalarında Zimmîlerin Hukuki Statüsü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 446.

56 **Bilmen**, Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye, C. 3, s. 426.

57 **Ebu Yusuf**, Kitab-ül Haraç, s. 204; **Söylemez**, s. 101.

58 Ayrıntılı örnekler için **Ebu Yusuf**, s. 204-206; Ahmet **Güneş**, "İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri", s. 260-261; hatta İslam Devletinin zimmîlerin düşmanlara esir düşmesi durumunda fidye verilerek onları kurtarması zorunludur. Büyük fakihlerden Leys b. Sad'ın görüşü bu yöndedir. Bkz. **Zeydan**, "İslam Hukukuna Göre Zimmîler", s. 437.

bepile zimmîler dârülişlâmı terk etmek suretiyle zimmet akdini bozabilirler. Hanefiler haricindeki diğer ehl-i sünnet mezhepler *cizye vermeyi reddetmek, dine veya kutsal sayılan değerlere hakaret etmek, eşkıyalık yapmak ve yol kesmek, Müslüman kadınla evlenmek, bir Müslümanı dininden döndürmek* gibi fiilleri de zimmet akdini sona erdiren sebepler olarak kabul etmişlerdir<sup>59</sup>. Hanefiler ise sayılan bu sebepleri, cezai müeyyide nedeni olma dışında, zimmî statüsünü sona ermesine neden olan hususlar olarak görmemektedir. Hanefi mezhebine göre yalnızca zimmînin Müslüman olması, dârülharbe gitmesi veya zimmîlerin bir bölgeyi ele geçirerek İslam devletine isyan etmeleri halinde zimmet akdi sona erer<sup>60</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki, kişinin zimmî statüsünün sona ermesi yalnızca kendisini bağlar, bu durum eşinin ve küçük çocuklarının statülerine etki etmez<sup>61</sup>.

#### D. Zimmî Statüsü ve Vatandaşlık Kavramıyla İlişkisi

İslam hukukçuları İslam devletinin ülkesini “dârülişlâm” olarak tanımlarken insan nüfusunu “dârülişlâm ehli” olarak tanımlamışlardır<sup>62</sup>. Dârülişlâm ehli olma hali (bu durum birey ile İslam devleti arasında siyasi ve hukuki rabita meydana getirir ki bunun günümüzdeki karşılığı vatandaşlıktır), Müslümanlar ve gayrimüslimler için ayrı incelenmelidir. Bu bağlamda ilk olarak bir ferdin Müslüman oluşu, onu içtimai olarak İslam ümmetine dahil olmasını sağlarken kendisini İslam Devleti’ne siyasi ve hukuki yönden bağlamaktadır. Bu nedenle “*Müslüman nerede olursa olsun dârülişlâm ehlidir*”<sup>63</sup> (yani İslam devleti vatandaşıdır). Müslümanlar arasında idari bölünmeler ve müstakil devletlerin varlığı, Müslüman bir ferdin dârülişlâm ehli olmasını engelleyemez. Müslüman nerede olursa olsun İslam devletinin vatandaşlık haklarından yararlanır<sup>64</sup>. Bu anlamda Müslümanların teorik olarak tek kabul edilen İslam devletine olan hukuki bağı, din esasına dayanır.

Gayrimüslimlerin dârülişlâm ehli olma (yani İslam devleti vatandaşı

59 **Karaman**, s. 228; **Bozkurt**, “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri”, s. 127.

60 **Karaman**, s. 228.

61 Bu kural suçların şahsiliği ile yakından bağlantılıdır. **Zeydan**, “İslam Hukukuna Göre Zimmîler”, s. 432-433.

62 **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharb, s. 227.

63 **Serahsi**, Şerhu’s Siyer, IV, 1914’ten aktaran **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharb, s. 221.

64 **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülişlâm-Dârülharb, s. 222-223.

olma) konusuna tekrar dönecek olursak, zimmîlerin zimmet akdi çerçevesinde İslam devletine siyasi olarak; İslam hukukuna intisap etmelerinden dolayı da hukuki olarak bağlandığı söylenebilir. Diğer bir deyişle gayrimüslimler “zimmet akdi” ile İslam devletinin vatandaşı olmaktadır<sup>65</sup>. Netice itibarıyla İslam’da vatandaşlık (tabiiyet) ilişkisinin hukuki kaynağı, Müslüman fertler için “Müslüman olmaları” iken, gayrimüslim fertler için “zimmet akdi”dir. Müslümanlar nasıl dârüislâm ehli iseler, zimmîler de aynı şekilde dârüislâm ehlidirler. Debûsî’nin ifade ettiği “*zimmî dar yönünden ve dünya ahkâmında bizden; din (ve mahiyet) yönünden onlardandır (harbidir)*” sözü zimmîlerin fukaha içerisinde İslam devletinin tebaası yani vatandaşı olarak telakki edildiğinin önemli bir göstergesidir<sup>66</sup>. Kanaatimizce zimmî statüsünün mahiyetinin, zimmîlere tanıyan hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde şer’i hukukun ve devletin iradesinin başat bir rolü olmakla birlikte söz konusu vatandaşlık bağı zimmet antlaşması ile kurulduğu için özünde akdi bir münasebettir<sup>67</sup>.

Bu noktada zimmîler ile Müslümanların arasında birçok açıdan eşitliğin olmaması akla gelebilir. Zira zimmîlerin cizye ve yerine göre haraç vergisi verme gibi Müslümanlardan farklı yükümlülükleri söz konusudur<sup>68</sup>.

65 Serahsi’nin belirttiği gibi “O (zimmî), zimmet akdiyle sizin için ehli olmuştur”. Bkz. **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârüislâm-Dârülharb, s. 229-230.

66 Debûsî’nin ifadeleri için bkz. **Kenanoğlu**, s. 36; Hz. Ali’nin gayrimüslim tebaayı kastederek “*onlar zimmet akdini ancak malları, bizim mallarımız ve kanları da, bizim kanlarımız olsun diye kabul etmişlerdir*” sözü de zimmîlerin İslam devletinin tabiiyetinde olduğunu, zimmîlerin temelde Müslümanlarla eşit olduklarını gösteren güzel bir örnektir. **Karaman**, s. 234; aynı yönde **Kenanoğlu**, s. 37.

67 Benzer kanaat için bkz. Ali Aslan **Topçuoğlu**, s. 203-204.

68 **Zimmîlerin yükümlülükleri**, yapılan sulh antlaşması (ahidname) ile genişleyip daralabilmekle birlikte, genel manada bu yükümlülükler; Müslüman yöneticilerine ve halka saygılı davranmak, onları tahkir etmemek, hem kendi dinleri hem de İslam tarafından men edilen fiilleri yapmamak, haraç ve cizye vergisini ödemek, Müslümanların arasında açıktan içki içmemek, domuz eti gibi dinen haram olan şeyleri yememek, bunların alışverişini aleni şekilde yapmamak, dini sembollerini Müslümanların yanında taşımamak, ayinlerini kendi aralarında yapmak, düşmanla iş birliği yapmamak ve casusluk etmemek şeklinde sıralanabilir. Bkz. **Bozkurt**, “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri”, s. 124-125; **Zuhayli**, s. 210-211; **Özge Demir**, s. 743; Bunlar haricinde zimmîler için tarih boyunca kılık kıyafete, evlerin yüksekliği ve rengine ve binek/silah kullanmaya yönelik birtakım sınırlamalar mevcut olmuştur. Ancak bu sınırlamaların dini sebeplerden ziyade, siyasi ve sosyal sebeplerle yapıldığını; diğer bir deyişle şer’i değil, örf’i olduğunu ifade etmek gerekir. **Kenanoğlu**, s. 23.

Yine özellikle siyasi hakları Müslümanlara nazaran sınırlıdır<sup>69</sup>. Ancak tüm bu konularda farklı hükümlere tabi olmaları zimmîlerin vatandaş sayılmadıkları anlamına gelmemektedir<sup>70</sup>. Çünkü zimmîlerin hukuki kişilikleri, İslam devletince tanınmış ve zimmîler İslam ahkâmına intisap etmişlerdir. Bu bağlamda İslam devleti, teşrii ve kazai yetkiler bağlamında tek otoritedir. Ancak istisnai olarak gayrimüslimlere ahkâm-ı şahsiyye<sup>71</sup> kapsamına giren özel hukuk münasebetlerinde hukuki ve kazai (yargısal) özerklik anlamına gelecek esneklikler tanınmıştır. Zimmî ve müste’menlerin ahval-i şahsiyye kapsamına giren nikah, boşanma, nesep, miras gibi uyumsuzlukları kendi hukuklarına göre, cemaat mahkemelerinde çözümlenmiştir. Fakat bu muafiyet, zorunlu ve icrai bir muhakeme niteliğinde olmayıp daha çok “tahkim” niteliğindedir<sup>72</sup>. Çünkü bu faaliyetler kapsamında alınacak kararlar icra yeteneğinden yoksundur. Taraflar cemaat mahkemesinin kararına rağmen Şer’iyye mahkemesine başvurabilirler. Bu durumda kendilerine İslam hukuku uygulanır.

Zimmîler zimmet akdiyle, mezhepler arasında görüş farklılıklarının bulunmasıyla birlikte, kural olarak hem hususi hukuk hem de ceza hukuku temelinde Müslümanlarla aynı hükümlere tabidir<sup>73</sup>. Ancak bu kuralın belli başlı istisnaları vardır ki, bunlar zimmîlerin Müslümanlarca haram sayılan ve mütekavvim mal kabul edilmeyen şarap ve domuz gibi malların yeme-içmede ve (kendi aralarında) ticaretini yapmada serbest olmaları; nikah gibi ahval-i şahsiyyeye ilişkin hukuki ilişkilerde İslam hukukunda aranan şahit, iddet, mehir gibi şartların nikahlarında aranmaması ve kendi dini hukuklarını uygulayabilmeleri; recm ve içki içmenin cezasının zimmîler

69 Zimmîler kural halife olmadıkları gibi halifeyi belirleyen seçmen grubuna (ehlü’l-hal ve’l-akd) dahil olamazlar. Zira Halife din ve dünya işlerinin yürütülmesi hususunda Hz. Peygamber’in yerini tutmakta, ümmete ait olan amme velayetini onlar adına kullanmaktadır. İslam devleti bir “akide” devleti olduğundan dolayı zimmîler inanç birliği olmaması nedeniyle ehemmiyet arz eden, kilit idari görevlere getirilemezler. **Karaman**, s. 240-241; **Ahmet Güzel**, “İslâm Geleneğinde Birlikte Yaşama Tecrübesi: Hulefâ-yı Râşidîn Örneği”, KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 27, 2016, s. 37; **Ahmet Bostancı**, İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999, s. 134.

70 Aynı yönde bkz. **Topçuoğlu**, s. 204.

71 Kişinin doğrudan şahsiyle alakalı hukuki durumu ifade eden ahval-i şahsiyye kavramı şahıs, aile ve miras hukuku konularını (nikah, boşanma, nesep, velayet, vesayet vb.) kapsamaktadır. **Mehmet Âkif Aydın**, “Ahvâl-i Şahsiyye”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ahval-i-sahsiyye> (08.10.2023).

72 **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârülslâm-Dârülharb, s. 229.

73 **Kenanoğlu**, s. 37.



hakkında uygulanmaması (ancak devletin tazir cezası verme hakkı saklı) şeklinde özetlenebilir<sup>74</sup>. Bu istisnalar zimmîlerin “*kendi inançlarına dayalı olan muamelelerinde kendi hallerine bırakılması*” esasına, yani inanç özgürlüğünün güvence altına alınmasına dayanmaktadır<sup>75</sup>.

Sonuç olarak İslam devletine tabi Müslüman ve gayrimüslim fertlerin vatandaşlık bağının, günümüzün modern vatandaşlık anlayışından farklı olarak inanç temelli olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir ve statüsel olarak farklı hukuki sonuçlara muhatap oldukları durumlar vardır<sup>76</sup>. Ancak gayrimüslimler de -Müslümanlar gibi- hak ve yükümlülüklerle sahip olma ba-

74 **Özel**, İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârüİslâm-Dârülharb, s. 227.

75 “Onları kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunduk” (**Serahsî**, el-Mebsût, XI, 102; **Kâsânî**, II, 311) hadis-i şerifi uyarınca Hanefîler zimmîlerin ve süreli emânla İslam ülkesinde bulunan yabancıların (müste’menlerin) kendi aralarındaki özel hukuk münasebetlerinde ve bazı ceza hukuku meselelerinde hukuki ve yargısal özerkliğe sahip olduklarını kabul etmişlerdir. **Yaman**, s. 437.

76 Çalışmamızın bu bölümüne kadar bahsedilen Gayrimüslimlere ilişkin özel durumlar daha çok lehlerine olmakla birlikte; *Gayrimüslimlere ait ibadethanelerinin* bir yerin sulh yoluyla yahut anveten (savaş yoluyla) fethedilmesine bağlı olarak değişen hukuki durumu (örneğin anveten fethet durumunda başka dinlere ait mabetlerin gayrimüslimlerin rızasının alınmadan camiye çevrilebilmesi, mevcut ibadethaneler haricinde yeni ibadethanelerin yapılması veya mevcut ibadethanelerin genişletilmesi gibi şeylere izin verilmemesi vb.) [mabetler konusunda İslam hukukunda korunan maslahatlar ve konu hakkında değerlendirmeler için bkz. İsa **Atçı**, “İslâm Devletler Hukukunda Devletin Gayrimüslimlere Ait Mâbetler Hususunda Yürüttüğü Politikanın Dinî mi Yoksa Siyasî mi Olduğu Üzerine Bir İnceleme”. ATEBE, S. 7, Haziran 2022, s. 31-33]; Müslümanların da yaşadığı bölgelerde ibadetlerini ve dini sembollerini açıkça göstermeleri hususunda belirli birtakım sınırlamalara tabi tutulması, Müslümanlar aleyhine *tanıklıklarının* kabul edilmemesi [gayrimüslimlerin tanıklığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Melikşah **Aydın**, *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 95-103; **Karaman**, *Mukayeseli İslam Hukuku* - 3, s. 281; **Zuhayli**, C. 8, s. 308]; Müslüman ve gayrimüslimlerin birbirlerine *mirasçı olamaması* [konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kâşif Hamdi **Okur**, “İslam Hukukunda Miras Engeli Olarak Müslüman ve Gayrimüslim Arasındaki Din Ayrılığı” *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. VII, S. 3, 2007, s. 104-105]; *cizye ve haraç gibi vergilerle* yükümlü tutulmaları gibi hususlar bakımından Müslümanlardan farklı sınırlamalara tabi olmuşlardır. Bunlar haricinde İslam tarihinde *mesken, binek, giyim* hususunda da gayrimüslimler için Müslümanlardan farklı kurallara tabi tutulduğu da görülmektedir. Fakat bu sınırlamalar daha çok örfî niteliklidir. Yaşanılan çağa ve bölgeye göre değişiklik arz edebilmiştir. Bilal **Eryılmaz**, *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb’anın Yönetimi*, Risale Yayınları, İstanbul 1990, s. 23; Osmanlı hukukundaki örnekler için bkz. Yavuz **Ercan**, *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kurulıştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 179-186.

kımından hak süjesi olarak kabul edilmişlerdir; canları, namusları ve malları Müslümanlar kadar dokunulmazdır. İslam devletine olan bağlılıkları hukuki (akdi) bir zemine dayanmaktadır. Bu akdin temel şartları (rüknlere) ve zimmilerin sahip olacakları temel hak ve yükümlülükler şer’i hukuk tarafından belirlenmiştir. Devlet otoritesi, yapılan zimmet akdinin mahiyetini belirlemede yetki sahibi olmasına karşılık, şer’i hukukun çizmiş olduğu esas çerçeveye uygun hareket etmek durumundadır.

## II. OSMANLI DEVLETİ’NDE VATANDAŞLIK HAKKI BAĞLAMINDA GAYRİMÜSLİM TEBAANIN HUKUKİ STATÜSÜ

Çalışmamızın bu bölümünde Osmanlı Devleti’nin hakimiyeti altında yaşayan gayrimüslim tebaa ile devlet arasındaki hukuki bağ ve gayrimüslim cemaatlerin Osmanlı idaresindeki konumu, *klasik (tanzimat öncesi) dönem* ve *tanzimat sonrası dönem* olarak iki başlıkta ele alınacaktır.

### A. Klasik (Tanzimat Öncesi) Dönemde Gayrimüslim Tebaanın Hukuki Statüsüne Kısa Bir Bakış

Osmanlı Devleti’nde hukuk sistemi, şer’i hukuka dayanmaktadır. Şer’i hukukun devlet başkanına (halifeye) bıraktığı geniş takdir ve düzenleme yetkisinden faydalanılarak oluşturulan örfi hukuk, uygulamada sapsular olmakla birlikte, teorik olarak şer’i hukuka aykırı olamaz<sup>77</sup>. Osmanlı’da gayrimüslim tebaanın<sup>78</sup> hukuki statüsü de İslam Hukuku kaideleleri çerçevesinde belirlenmiştir. Osmanlı Devleti, kurulduğu coğrafya gereği başlangıçtan itibaren gayrimüslimlerle yoğun ilişki içerisinde olmuş, onların yönetimi konusunda şer’i hukuk esaslarını temel alarak dönemin şartlarına uygun bir idari düzen kurmuştur. Osmanlı Devleti’ne tabi olan gayrimüslimlerin yönetimleri hususunda Fatih Sultan Mehmed’in İstan-

<sup>77</sup> Aydın’a göre Osmanlı yönetimi, örfi hukuk uygulamalarının şer’i hukuka aykırı olmamasına özen göstermiştir Ebussuud Efendi’nin deyişiyle “*na meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz*” prensibi bu anlayışın en önemli göstergelerinden biridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Akif Aydın, “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı”, 3. Baskı, Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet, Klasik Yayınları, İstanbul 2020, s. 24-31.

<sup>78</sup> İslam hukukunda ehl-i zimme olarak anılan gayrimüslim toplum, Osmanlı’da gayrimüslim tebaa yahut reaya olarak adlandırılmıştır. Reaya başlangıçta müslüman veya gayrimüslim fark etmeksizin tüm tebaayı (yönetilen kesimi) ifade ederken sonraları gayrimüslimler için kullanılan bir terim olmuştur. Eryılmaz, s. 19.

bul'u fethi, önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Fatih Sultan Mehmet, fetih sırasında boş olan Rum Ortodoks patrikliği makamına yeniden atama yapılması için Ortodoks ruhban zümresinden yeni bir patrik seçmelerini istemiş ve ruhani meclisin kararıyla seçilen Georgios Skolarios'a (II. Gennadios) İslam hukuku çerçevesinde birtakım dini ve medeni haklar tanıyan bir berat vermiştir<sup>79</sup>. Böylelikle İstanbul merkezinde Rum Ortodoks patrikliği yeniden ihya edilmiş ve Ortodoks kiliselerinin yönetimi bu patrikliğe bırakılmıştır<sup>80</sup>. Fatih döneminde ayrıca İstanbul'da Gregoryen Ermenilerini temsilen İstanbul Ermeni Patrikhanesi'nin (1461) kurulduğu kaynaklarda belirtilmektedir. Ancak İstanbul Ermeni Kilisesi'nin mahiyeti ve yetkisi hakkında ciddi ihtilaflar bulunduğunu eklemek gerekir<sup>81</sup>. Ayrıca Bizans döneminde Konstantinapol'de Romaniot Musevileri temsil

79 Bu berat günümüze kadar ulaşamamıştır. Bu nedenle böyle bir beratın verilip verilmediği hususunda tartışmalar olmakla birlikte, Kenanoğlu bu beratın verilmemiş olma ihtimali olsa bile, Fatih'in sözlü olarak patriğe birtakım teminat verdiğini, bu teminatların daha sonra yazılı hale getirilmiş olabileceğini belirtmektedir. Ancak bu berat günümüze ulaşmasa dahi Fatih devrine ait olan Metropolit Kanunnamesi günümüze ulaşmıştır. Bu belgede metropolitlerin yetkileri açıkça düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kenanoğlu**, s. 106-110.

80 Patrikhanenin yeniden yapılanmasının sebebi, Ortodoksların Katoliklerle birleşme ihtimalini ortadan kaldırması olduğu ifade edilmektedir. Yavuz **Ercan**, "Türkiye'de Azınlık Sorununun Kökeni (Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Gayrimüslimler)", OTAM Dergisi, C. 20, S. 20, Mart 2006, s. 4; **Eryılmaz**, s. 27-28.

81 Genel kabule göre Fatih, 1461 yılında Episkopos Hovagim'i bir fermanla Ermenilerin dini reisi, yani patriği olarak tanımıştır. Ancak İstanbul Ermeni Patrikhanesi'nin gerçekten bu dönemde kurulmuş olup olmaması hususunda ciddi şüpheler vardır. Zira Ermenilerin ruhani yönetim merkezleri Eçmiyazın ve Kudüs'tedir. Bu dini otoritelere karşılık İstanbul'da bir Gregoryen Ermeni Patrikhanesinin kurulması, öğretileri dini ve siyasi otorite bağlamında bir yetki tartışması doğurmuştur. *Güllü'nün* değerlendirmelerine göre başlangıçta İstanbul Ermeni ruhani reisi, siyasi ve idari gücünü Osmanlı idaresinden alırken; ruhani gücünü ise Eçmeziyazın'dan almaktadır. Bu bağlamda ilk zamanlarda İstanbul Ermeni Kilisesi'nin, mahiyeti itibariyle bir patriklik değil de sadece İstanbul'daki Ermenileri temsil eden bir başepiskoposluk olması kuvvetle muhtemeldir. Ancak ilerleyen dönemlerde İstanbul kilisesi gücünü arttırmış ve patrikliğe dönüşmüştür. Konu hakkında değerlendirmeler için bkz. Ramazan **Güllü**, *Ermeni Sorunu ve İstanbul Ermeni Patrikhanesi (1878-1923)*, TTK Yayınları, Ankara 2015, s. 12-15; Ermeni patriklerinin arasındaki yetki tartışması gibi daha ayrıntılı bilgiler için bkz. **Kenanoğlu**, s. 128-134; **Ercan**, "Türkiye'de Azınlık Sorununun Kökeni (Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Gayrimüslimler)", s. 4-5; Braude, makalesinde İstanbul Patrikhanesinin dini meşruiyeti olmayan "de facto" bir kurum olduğunu yazmaktadır. (**Braude**, s. 82) ancak Kenanoğlu'na göre Osmanlı idari teşkilatı bakımından Patriklik "de facto" değil, "de jure" bir kurumdur. Çünkü burada önemli olan şey, Ermenilerin İstanbul patrikliğine ne şekilde baktığı değil, Devlet-i Aliyye'nin patrikliği hangi mevkiye kabul ettiği. **Kenanoğlu**, s. 69.

eden Hahambaşı Moses Capsali, fetihten sonra bu makamında bırakılmış ve yetkileri Osmanlı topraklarındaki tüm Musevileri kapsayacak şekilde genişletilmiştir<sup>82</sup>. Osmanlı Devleti, söz konusu ruhani reislerin kendi cemaatleri üzerinde dini otoritelerini tanımak suretiyle, gayrimüslim tebaayı İslam hukukunda “gayrimüslimlerin dini meselelerde kendi hallerine bırakılması” düsturu gereği Osmanlı siyasi-idari sistemi içerisinde yapılandırmıştır. Böylece Osmanlı’da yaşayan çeşitli dini topluluklar, kendi içlerinde teşkilatlanmış ve “millet-cemaat” adı verilen kompartımanlar teşekkül etmiştir<sup>83</sup>.

Literatürde gayrimüslimlerin yönetimini ve onlara tanınan idari-kazai muhtariyeti ifade eden bu sisteme “millet sistemi” adı verilmektedir. Millet kelimesi Aramca’da “söz” manasına gelmekte olup bugünkü anlamından farklı olarak ırkı veya etnisiteyi değil, dini toplulukları karşılamak için kullanılmıştır<sup>84</sup>. Diğer bir deyişle millet kelimesi aslında “nation” terimini

82 O zamana kadar Yahudilikte din adamları arasında, Hristiyanlarda olduğu gibi bir hiyerarşi bulunmamaktaydı. Bu durum çeşitli Yahudi mezhep ve cemaatleri arasında yetki problemine yol açmaktaydı. Buna rağmen Osmanlı’da Yahudilerin dini, idari ve sosyal hizmetlerini yürütecek ve Yahudi topluluğunu devlet nezdinde temsil edecek bir hahambaşılık kurumu oluşturulmuştur. Zarife **Albayrak**, Şeyhü'l-İslâm Ebu's-Suûd Efendi'nin Fetvalarında Osmanlı Gayrimüslimleri, Libra Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 72-73; ayrıca bkz. Muharrem **Gürkaynak**, “Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi ve Yahudi Milleti”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2003, s. 281 vd.; hahambaşılığın uzun yıllar Osmanlı’daki tüm Yahudileri temsil etmediği, millet yapılanmasının sonraları gerçekleştirdiğine dair görüş için bkz. **Aydın**, Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye’nin Temeli, s. 305-306; Kapsali’nin İstanbul ve çevresi için yetkilendirildiğine dair bkz. Ekrem Buğra **Ekinci**, Osmanlı Hukuku, 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2017, s. 321-322.

83 İlber **Ortaylı**, “Osmanlılar’da Millet Sistemi”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 30, Ankara 2020, s. 67; Gamze Nur **Demir**, Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslim Tebaanın Hukuki Durumu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi SBE, 2015, s. 117; Uğur **Kurtaran**, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 1, S. 8, Aralık 2011, s. 62.

84 **Kenanoğlu**, s. 55-56; Kur’an-ı Kerim’de de millet kelimesi on beş defa geçmekte olup dini topluluklar, peygamberlerin ümmeti gibi anlamlar kastedilmektedir. Örneğin “Millet-i İbrahim” kelimesi yedi yerde geçmekte (Kur’an-ı Kerim, **Al-İmrân** 3/95; **en-Nahl** 16/123) ve Hz. İbrahim’in getirdiği dine tabi olanlar anlamına gelmektedir. Yine “fi’l-milleti’l-âhire” ifadesi batıl dinleri ifade etmektedir (Kur’an-ı Kerim **el-Bakara** 2/120; **el-A’râf** 7/88, 89; **Yûsuf** 12/37; **İbrâhîm** 14/13; **el-Kehf** 18/20); Recep **Şentürk**, “Millet”, TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 30, Ankara 2020, s. 64-66; millet kelimesinin dini aidiyet ifade etmesine rağmen kelimenin bir etnik

karşılamamakta, “community-communitas” anlamında dini topluluğu karşılamaktadır<sup>85</sup>. Dolayısıyla Osmanlı’da *millet yapılanması*, ırksal ve dilsel aidiyet temelli olmayıp dini toplulukları ifade etmektedir<sup>86</sup>. Söz gelimi Osmanlı milletlerinden olan Rum Milleti sadece Ortodoks Yunanlıları ifade etmemekte, ayrıca Ortodoks olan Bulgarları, Sırp, Romenleri ve diğer Slav topluluklarını da kapsamına almaktadır<sup>87</sup>. Aynı şekilde Ortodoksluğa mensup Arap ve Arnavut topluluklar da Rum milleti içerisinde. Gregoryen Ermeniler, İstanbul Ermeni Patrikliğine bağlı iken; 19. yüzyılda Katolik ve Protestan Ermeni cemaatleri de Devlet-i Âliyye tarafından resmen tanınmıştır<sup>88</sup>. Buna karşılık Süryaniler, Habeşler, Kıptiler, Gürcüler ve Bosnalı Bogomiller İstanbul Ermeni Patrikliği içerisinde kabul edilmişlerdir<sup>89</sup>.

Ortaylı, millet sisteminin Osmanlı toplumuna mahsus iktisadi ve kültürel yaşamın bir ürünü olarak *sui generis* bir idari yapı arz ettiğini, bu yapının kolonyalist toplumlardaki azınlık düzeninden ve federatif toplum

---

yapıyı(ulus-nation) ifade edecek bir anlama kavuşması, 19. yüzyılın sonlarına tekabül etmektedir. **Kurtaran**, s. 59; On dokuzuncu yüzyılda millet terimine “ulus” anlamını kazandıranlar Osmanlılar olmuştur. **Albayrak**, s. 68; Belkis **Konan**, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, AÜHFD, C. 64, S. 1, 2015, s. 172-173; Karpat’a göre aksi yöndeki iddialara rağmen, millet teriminin anlamı önce dini bağlılıkla, sonra da dil ile şekillenmiştir. Konu hakkında değerlendirmeler için **Karpat**, s. 162-164.

- 85 **Demir**, s. 118.
- 86 **Ortaylı**, “Osmanlılar’da Millet Sistemi”, s. 66.
- 87 İkinci Yunan, Sırp, Arnavut, Ukran, Romen vb. ayrımlara gitmeksizin Osmanlı’ya tabi olan tüm Ortodoksların ve İskenderiye, Kudüs, Antakya, İpek ve Ohri patrikliklerinin idari yönden İstanbul Rum patriğine bağlanmış olduğunu ifade etmektedir. **Ekinci**, s. 321.
- 88 19. yüzyıla kadar Osmanlı Devleti tarafından millet olarak tanınmayan Katolikler, Osmanlı desteğini arkalarına alan Gregoryen Ermeniler ile büyük çekişme içerisine girmişlerdir. Devlet-i Aliyye Katoliklerin mezheplerini yaymalarına engel olmuş, Ermenilerin Katolikliğe girişleri yasaklanmıştır. Aynı çekişmeler Katolikler ve Rumlar arasında da yaşanmıştır. Katoliklerin direnişi nihayetinde 19. yüzyılda Katolik cemaati tanınmış, Nizamname-i Meclis-i Millet-i Katolikan adlı bir nizamname kabul edilmiştir. Protestan cemaati ise 1850 yılında Protestan Vekaleti adı altında Zaptiye Nezareti’ne bağlanmıştır. **Kenanoğlu**, s. 143-155.
- 89 **Albayrak**, s. 72; **Eryılmaz**, s. 30; burada zikredilen Hristiyan mezheplerinin Emeni Patrikliğine bağlanmalarının sebebi, onların da Gregoryen Ermeniler gibi Hristiyanlıkta monofizit ekole mensup olmalarıdır. **Özçoşar**, s. 130; **Ekinci**, s. 321

düzenlerinden farklı bir mahiyeti olduğunu ifade etmektedir<sup>90</sup>. Cemaatlerin dini liderleri, halk ile Osmanlı idaresi arasında bir köprü vazifesi görmüş; kendilerine verilen bir takım idari ve yargısal yetkilere karşılık doğrudan Padişah’a karşı sorumlu olmuşlardır<sup>91</sup>. Millet sistemi sayesinde vatandaşların her bir cemaat içinde sükunu, vergilerin kontrollü bir şekilde toplanması sağlanmış ve zimmîlerin dini ihtiyaçları da kendi cemaatleri içinde karşılanmıştır<sup>92</sup>. Ayrıca bu teşkilatlanma zimmîlerin ihtiyaç duydukları sağlık, eğitim, sosyal dayanışma gibi toplumsal hizmetlerinin temininde de önemli bir rol oynamıştır. Bu sistemde her bir cemaatin (milletin) belli bir hiyerarşi içerisinde en küçük yerleşim birimlerine kadar örgütlenmiş olduğu ve gayrimüslimlerin yaşadıkları mahallelerde papazların ve kocabaşların<sup>93</sup> gayrimüslim topluluk içerisindeki doğum-ölüm gibi nüfus kayıtlarını tuttuğu belirtilmektedir. Her cemaatin dini lideri eğitim kurumlarının, hastanelerin ve vakıfların yönetiminde aktif rol oynamış ve kendi cemaat mensupları üzerinde birtakım idari, kazai ve cezai yetkilere sahip olmuştur<sup>94</sup>. Bu bağlamda Osmanlı Devleti’nde toplumsal düzeni çok kültürlü bir toplum olarak değerlendirebilmek mümkündür<sup>95</sup>. Nitekim Os-

90 İlber Ortaylı, “Osmanlı İmparatorluğunda “Millet” Nizamı”, Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1995, s. 92.

91 Literatürde birçok etnik ve dini unsuru bünyesinde barındıran Osmanlı Devleti’nin, bu sistem aracılığıyla bireyleri tek tek muhatap almak yerine cemaat örgütlenmesi içerisinde muhatap almayı tercih ettiği görüşü vardır. Kurtaran, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”, s. 62; Demir, s. 117; Karakoç, s. 117; aynı yönde bkz. Ahmet Kılınç, “Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience”, Law & Justice Review. Y. 8, S. 14, Haziran 2017, s. 87.

92 Demir, s. 118.

93 Kocabaşı tabiri Osmanlı toplumunda bazı bölgelerdeki Hristiyan tebaanın ileri gelenlerini ifade etmek için kullanılan bir isimdir. Osmanlı kaynakların reaya vekilleri olarak da geçmektedir. Osmanlı’da Ayanların yükselmesiyle birlikte kocabaşları da bir güç odağı haline gelerek gayrimüslim tebaanın ayanları konuma gelmişlerdir. Türkiye Diyanet İşleri Ansiklopedisi, “Kocabaşı”, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kocabasi> (Erişim Tarihi: 15.09.2023).

94 Özcoşar, s. 130; Ekinci, s. 320; Gül Akyılmaz, “Tanzimat’tan Önce ve Sonra Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü”, Yeni Türkiye Dergisi (Ermeni Özel Sayısı-II), C. 38, 2001, s. 674.

95 Çok kültürlü toplum literatürde şöyle tanımlanmaktadır: “Farklı kültürlere sahip insan gruplarının baskınlarına bakılmaksızın bir arada yaşayabildiği bireylerin devlet otoritesini eşit mesafede olduğu, azınlıkların kaynaklardan eşit şekilde yararlandığı, tüm etnik ve ırksal grupların kültürel farklılıklarını gizlemek zorunda kalmadığı

manlı idaresi, toplumdaki farklı grupları din ve mezheplerine göre sınıflandırmıştır; bu sayede dini topluluklar kendi kültürlerini gelenek-görüşlerini ve dillerini günümüze dek koruyabilmişlerdir. Böylelikle gayrimüslim cemaatler asimile olmamış ve Osmanlı idaresi onlar için ılımlı bir sosyal ortam sağlamayı başarmıştır<sup>96</sup>. Yine Devlet'in, ruhani liderlere yetki vermek suretiyle, aile ve miras hukuku gibi doğrudan kişiyle alakalı hukuk sahasında zimmîlerin kendi özel hukuk sistemlerini belli ölçüde uygulanmasını sağlaması sebebiyle Osmanlı hukuk sisteminin çok hukuklu bir yapıda olduğunu işaret eden akademik çalışmalar mevcuttur<sup>97</sup>.

Ancak millet sisteminin mahiyeti hakkında yazarlarca öne sürülen görüşlerde önemli farklılıklar vardır. Evvela uzun zamandan beri pek çok yazar, millet nizamının her dini gruba kendi din adamlarının liderliğinde otonom/özerk bir yapılanma tanındığını ileri sürerek *adeta devlet için devlet* oluşturduklarını, İslam hukukunun bu dini topluluklar üzerinde cari olmadığı ve kendi kilise hukuklarına tabi oldukları gibi görüşler ileri sürmüşlerdir<sup>98</sup>. Fakat günümüzde birçok tarihçi, güçlü bir merkezi otoriteye sahip olan Osmanlı sisteminde millet nizamı gereği her dini grubun tam manasıyla özerk olduğu (özellikle hukuk düzeni açısından) fikrine karşı temkinli yaklaşmaktadır<sup>99</sup>. Örneğin millet sistemi ile ilgili müstakil çalışmaları bulunan Kenanoğlu, Osmanlı'daki sistemin özerk milletler nizamı

---

toplumlardır.” **Kılınc**, “Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience”, s. 82.

96 Değerlendirmeler için bkz. **Kılınc**, “Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience”, s. 87-91.

97 Bkz. **Kılınc**, “Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience”, s. 81-91; Hasan Serdar **Hoş**, “Hukuki Çoğulluk Kavramının Osmanlı Millet Sistemi Bağlamında Değerlendirilmesi ve İsrail Uygulaması”, TAAD, Y. 11, S. 42, Nisan 2020, s. 217-221; Osmanlı'nın son dönemlerinde başlayan kanunlaştırma hareketleriyle millet sistemine dayalı çok hukuklu yapı büyük ölçüde bertaraf edilmeye ve yargı birliği temin edilmeye çalışılmıştır. Ancak son dönemde de çok hukukluluk devam etmiştir; nitekim bu hususta aile hukukunun düzenlendiği Hukûk-ı Aile Kararnâmesi'nin hem Müslümanlara hem de Hristiyan ve Yahudilere ilişkin ayrı ayrı hükümler içermesi kayda değerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Salih **Kumaş**, “Hukukî Çoğulluk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Haziran 2006, s. 16-17.

98 Her milletin özel hukuk ilişkin işlerde neredeyse tam yargı yetkisine sahip olduğu görüşü için bkz. K. S. Abu **Jaber**, “The Millet System in the Nineteenth Century Ottoman Empire”, The Muslim World, C. LVII, S. 3, 1967, 215; Millet sistemi hakkındaki görüşler için hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kenanoğlu**, s. 56-66.

99 Millet sistemi diye bir şeyin olmadığını savunan Braude, gayrimüslim cemaat

olmadığını, bundan daha ziyade *ruhani bir iltizam sistemi* olduğunu ileri sürerek, bu iddiasını delillendirmiştir. Buna göre, ruhbanların devletçe patrik olarak görevlendirilebilmeleri için “pişkeş”<sup>100</sup> adlı belli meblağdaki bedelin, devlet hazinesine nakden ödemeleri gerekmektedir. Ayrıca patriklerin adli yetkilerinin ne olduğu Osmanlı Padişahı tarafından verilen beratlarla teker teker sayılmak suretiyle, patriğin /hahambaşının cezai yetkisinin mahiyeti kesin olarak belirlenmektedir. Bu sebeple Kenanoğlu, devletin gayrimüslim tebaanın idaresi için millet sistemi adıyla ayrı bir idari yapılanma oluşturmadığını, dini topluluklar üzerine birer mültezim olarak tayin edildiğini belirtmektedir<sup>101</sup>. Aynı şekilde *İnalçık da* ruhbanların topladığı vergilerin devlete ait olduğu gerekçesiyle, Osmanlı Devleti’nin hukuki açıdan cemaat liderlerini birer mültezim olarak gördüğünü belirtmiştir<sup>102</sup>. Ancak bu mültezimin, diğer mültezimlerden farklı olarak ruhanî bir sığata (din adamı sıfatına) sahip olması ve idaresini üstlendiği kişilerle aynı din ve mezhebe mensup olması gereklidir. İlgili yazarın bu görüşü Osmanlı arşiv belgelerinde kullanılan ifadelerle paraleldir. Gerçekten de birçok vesikada patrik ve metropolitler için “taht-ı iltizamında (...)” gibi ifadeler kullanılmıştır. Yine Kenanoğlu’na göre gayrimüslimlere ilişkin kayıtların tutulduğu defterin *piskopos mukataası*<sup>103</sup> olarak adlandırılması, esasen devletin patrik ve metropolitleri birer mültezim olarak gördüğünün kanıtıdır<sup>104</sup>.

Gayrimüslim toplulukların bu sistem içerisinde yapılanması, o günün

---

yapısının kurumsallaşan bir sistem olmadığını, söz konusu cemaatlerin devlet ile olan ilişkilerinin zamana ve bölgeye göre değişiklik arz eden birtakım düzenlemelerden ibaret bulunduğunu ileri sürmektedir. **Braude**, s. 74-77; Braude’ye yönelik eleştiriler için bkz. **Kenanoğlu**, s. 68-69.

100 Rum ve Ermeni patrik adaylarından alınan nakdi bedele “pişkeş”, Yahudi cemaatinde hahambaşı olarak tayin edilecek kişiden alınan bedele ise “rav akçesi” denir. **Kenanoğlu**, s. 84; pişkeş için ayrıca bkz. Halil **İnalçık**, *Ottoman Archival Materials on Millets, Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society*, editör B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 447-448.

101 **Kenanoğlu**, s. 82.

102 Halil **İnalçık**, “The Status of the Greek Patriarch under the Ottomans”, *Turcica*, C. XXI-XXIII, 1991, s. 423.

103 Osmanlı maliyesinde vergi gelir birimini ifade eden mukataa, esasen “devlete ait bir kısım vergi ve resimlerin belirli bir meblağ karşılığında iltizama verilmesi” anlamına gelmektedir. Mehmet **Genç**, “Mukataa”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 31, Ankara 2020, s. 129.

104 **Kenanoğlu**, s. 82-88.



şartları açısından, Osmanlı idaresine büyük kolaylık sağlamıştır. Gayrimüslim cemaatlerin başında bulunan ruhani liderler, kendisine verilen bir takım yetkiler sayesinde devlet ile cemaatleri arasında bir köprü vazifesi görerek kendi cemaatlerini devlet nezdinde temsil etmiştir<sup>105</sup>. Ancak bu yapının, gayrimüslimlere “devlet içinde devlet olma” imtiyazı verdiği ve hukuki tüm konularda şer’i ve örfi hukuktan tamamen muaf olarak kendi dini hukuklarını uyguladıkları şeklinde yorumlanması isabetli değildir. Zira Osmanlı Devleti’nde ceza hukuku ve mali hukuk açısından yine Hanefi Mezhebine uygun olarak mülkîlik prensibi geçerli olup İslam hukuku kuralları caridir ve aksine bir ibare bulunmadıkça padişahça irade edilen fermanlar ve kanunnameler geneldir<sup>106</sup>. Aynı durum belli istisnalar dışında özel hukukta da böyledir. Ancak İslam hukukuna uygun olarak domuz ve içki gibi malların niteliği gibi bazı hususlarda istisnalar vardır ki çalışmamızın ilk bölümünde bu istisnalara değinilmiştir. Yine ruhani reislerin zimmîler arasındaki hukuki uyuşmazlıklarda hakem olarak belli kararlar aldığını<sup>107</sup>, ancak bu karara rağmen taraflardan birinin isteğiyle Şer’iyye mahkemelerine müracaat etmenin mümkün olduğunu ifade etmek gerekir<sup>108</sup>. Patrik, metropolit ve hahambaşılarının (genellikle ruhban sınıfı için uyguladıkları) aforoz, manastıra kapatma, küreğe koyma, tedip hakkı gibi

105 Bayker ve Gavrilisy’e göre Osmanlı millet sistemi başlıca dini topluluklara örgütsel ve kültürel özerklik tanınması sayesinde, gayrimüslim topluluklar uzun bir zaman Osmanlı topraklarında yaşamalarına rağmen etnik yapılarını ve kültürel farkındalıklarını devam ettirmişlerdir. Bu durum aynı zamanda 18 ve 19. yüzyıllarda dünyanın pek çok yerinde görülen uluslaşma hareketinin Osmanlı gayrimüslimleri tarafından da benimsenmesi ve ulusal bağımsızlık hareketlerinin başlamasına sebebiyet vermiştir. Bkz. Karen **Barkey**/George **Gavrilis** “The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy”, *Ethnopolitics*, C. 15, S. 1, 2016, s. 26-27; aynı yönde bkz. **Ercan**, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, s. 273.

106 **Kenanoğlu**, s. 50; aynı görüş için bkz. Ahmet **Akgündüz**, Osmanlı Devletinde Gayrimüslimlerin Yönetimi, Timaş Yayınları, İstanbul 2008, s. 19-20.

107 Bu noktada cemaat liderlerinin kararlarının uygulanmasında, bazı manevi zorlama araçlarının mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bunlar davanın konusu ve önemine göre aforoz, nikah kıymama, cenazeleri kaldırmama gibi dini hüviyetlidir. **Kenanoğlu**, s. 423; **Konan**, s. 190.

108 Hukuki uyuşmazlıklarda bir taraf Müslüman ise şer’iyye mahkemesine başvurmaları zorunlu olup İslam hukukuna göre karar verilir. Tarafların ikisi de zimmî ise bu durumda uyuşmazlığı kendi cemaatlerinde çözüme kavuşturabilecekleri gibi ihtiyaren şer’iyye mahkemesine de başvurabilirler. Bu durumda kendilerine İslam hukuku kuralları uygulanır. **Konan**, s. 175-176.

cezai yetkilerinin olduğu görülmektedir<sup>109</sup>. Ancak bu cezaların daha ziyade disiplin cezası niteliğinde olduğu söylenebilir, nihayetinde bu cezalandırma yetkisinin sınırlarını da devlet belirlemektedir<sup>110</sup>. Özetle Osmanlı’da gayrimüslimlerin yönetimi ve hukuki statüleri, İslam’daki zimmî hukuku ışığında, dönemin siyasi ve sosyal şartları da nazara alınarak tasarlanmıştır. Tasarlanan bu düzende şer’i hukukun gayrimüslimlere tanıtmış olduğu serbestiler, millet/cemaat yapılanması içerisinde ele alınmış; gayrimüslimlerin yönetimi devlet tarafından tayin edilen ruhani reislerin aracılığıyla gerçekleşmiştir<sup>111</sup>.

## **B. Tanzimat Dönemi’nde Vatandaşlık Hakkı Bağlamında Gayrimüslim Tebaanın Hukuki Statüsünde Yaşanan Gelişmeler**

Osmanlı millet nizamında, Tanzimat dönemine kadar ufak değişimler olmakla birlikte aynı yapı devam etmiştir. Ancak 19. yüzyılda dünyada yaşanan gelişmeler, Osmanlı’daki sosyal yapıyı ve vatandaşlık telakkisini değiştirmiştir. Bu anlamda gayrimüslim tebaaya tanınan haklar bakımından birtakım gelişmeler yaşanırken vatandaşlık bağı da o dönemin gereklerine göre tekrar gözden geçirilmiştir. Bu bölümde bu konularla birlikte Osmanlı’nın son dönemde içine düştüğü müşkül duruma, gayrimüslimleri hukuki statülerine ve vatandaşlık hakkına ilişkin yasal gelişmelerin ardında yatan sebeplere yer verilecektir.

### **1. Gülhane Hatt-ı Hümayunu (1839) ve Islahat Fermanı’nda (1856) Gayrimüslimlerin Hukuki Statülerindeki Değişim**

Osmanlı Devleti’nin uluslararası alanda nüfuz ve itibar kaybı yaşaması sebebiyle, bu dönemde Rusya, İngiltere ve Fransa’nın Osmanlı gayrimüslim tebaası üzerinden Osmanlı hükümetinin içişlerine müdahale ve denetim teşebbüsleri yoğunlaşmıştır. Bu güçler tarafından *-bir şark meselesi stratejisi olarak-* Osmanlı topraklarının dahilindeki pek çok bölgede (özellikle Balkanlarda ve Lübnan’da) gayrimüslim tebaa arasında farklı

<sup>109</sup> Kenanoğlu, s. 281 vd.

<sup>110</sup> Kenanoğlu, s. 99; benzer ifadeler için bkz. Ercan, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, s. 197.

<sup>111</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 17-18; Müslümanların idari, siyasi ve askeri alanlarda söz sahibi olmaları ve ilgilenmeleri, gayrimüslimlerin özellikle sanat ve ticarete ilerlemelerine vesile olmuştur. Ercan’a göre gayrimüslimlerin ekonomik özerklik kazanmalarında; cizye, haraç gibi şer’i vergiler dışında kalan vergilerin kendi cemaat görevlileri tarafından “maktu olarak” toplanması da önemli bir etkidir. Ercan, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, s. 272-273.

etnik ve dini kimlik vurgusu (yani bir nevi “öteki” oldukları vurgusu) yapılmış ve insanlar kolektif zihniyeti temsil eden Devlet-i Aliyye’ye karşı isyana teşvik edilmiştir<sup>112</sup>. Yabancı güçlerin gayrimüslimlere yönelik himayecilik politikası, esasen Batı emperyalizminin Osmanlı topraklarına sirayet etmesine yol açmıştır<sup>113</sup>.

Avrupa devletlerinin gayrimüslimler lehine reform yapma baskılarıyla birlikte, Osmanlı’nın yaşadığı toprak kayıpları ve Mısır krizi gibi iç ve dış karışıklıklar, Bâb-ı Âli’nin 1939 yılında Gülhane Hattı Hümayunu (Tanzimat Fermanı)<sup>114</sup> ve 1856 tarihli İslahat Fermanı’nın ilan etmesine zemin hazırlamış ve böylelikle yeni bir reform dönemi başlamıştır. Anayasal niteliği haiz bir belge olan Gülhane Hattı Hümayunu’nda Devlet-i Aliyye’nin idaresinin ve milletin yeniden ihyası amacıyla yeni yasal düzenlemelerin yapılacağı ve Osmanlı tebaası olan ehl-i İslam ve milel-i sairenin (diğer değişle diğer milletlerin-zimmîlerin) can, mal ve ırz dokunulmazlıklarının güvence altına alınacağı; adil vergilendirmenin, askere

112 Ayrıntılı bilgi için Cenk **Reyhan**, “Osmanlı’da Millet Nizamnameleri: Avrupa ile Uyum Sürecinde Rum-Ermeni-Yahudi Cemaat Düzenlemeleri”, Belgeler TTK, C. XXVII, S. 31, 2006, s. 33-34.

113 Bu politikanın benimsenmesinde, Osmanlı tarihinin en ağır antlaşmalarından biri olan 1774 Küçük Kaynarca Antlaşması’nın yapılması önemli rol oynamıştır. Bilindiği gibi bu antlaşmayla birlikte Rusya, İstanbul’da Ortodoks kilisesi açma hakkı bahanesiyle Osmanlı ülkesinde yaşayan tüm Ortodoksların koruyucusu olarak kendini ilan etmiştir. Gül **Akyılmaz**, Siyasi Tarih, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 157; Carter V. **Findley**, Modern Türkiye Tarihi: İslam, Milliyetçilik ve Modernlik (1789-2007), 3. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul 2014, s. 26; Eric Jan **Zürcher**, Modernleşen Türkiye’nin Tarihi, çev. Yasemin Gönen, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 37.

114 Mustafa Reşit Paşa tarafından hazırlanan Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nun şekli özelliklerine bakıldığında, tam anlamıyla geleneksel bir belge olduğu görülmektedir. Ancak bu anayasal niteliği haiz belge, geleneksel bir ferman niteliğinde olsa da içeriğinde o gün için önemli yenilik sayılabilecek hususlar bulunmaktadır. Bunlardan biri Müslüman ve gayrimüslim tebaanın temel hakların yanı sıra yargılama sürecinde yer alan haklar bakımından eşit olduğunun vurgulanmasıdır. Halil **İnalçık**, Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV Ayanlar, Tanzimat, Meşrutiyet, 7. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 115; Bernard **Lewis**, Modern Türkiye’nin Doğuşu, çev. Boğaç Babür Turna, 10. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 150.

alma usulünün ve yargılama faaliyetlerinin çıkarılacak yeni yasalar ile korunacağı vaadinde bulunulmuştur<sup>115</sup>. Bu ferman ile Batı fikriyatından yoğun olarak etkilenilmek suretiyle, idari ve siyasi teşkilatta kapsamlı değişikliklerin ve kanunlaştırma hareketinin yaşanacağı yeni bir reform dönemi başlamıştır<sup>116</sup>. *Tanzimat devri* olarak adlandırılan bu dönemde gerçekleştirilen reform hareketlerinde, Müslüman ve gayrimüslim tebaayı, *Osmanlı üst kimliği* altında eşit hak ve yükümlülükleri olan vatandaşlar olarak tanımlama gayreti göze çarpmaktadır<sup>117</sup>. Bilhassa 1856 yılında - Batılı devletlerin istekleri doğrultusunda- ilan edilen Islahat Fermanı, gayrimüslim tebaayı onlara yeni hak ve imtiyazlar tanımış ve o güne kadar devam eden millet-i hâkime (ehl-i İslam)- millet-i mahkûme (ehl-i zimme/milel-i saire) anlayışını sona erdirmiştir<sup>118</sup>.

Islahat Fermanı’nın muhteviyatına bakıldığında, gayrimüslimlerin mevcut hak ve imtiyazlarının korunmasının yanında, onlara yeni hakların tanındığı görülmektedir. Bu durum devletin siyasi, idari ve hukuki teşkilatlanmasında önemli değişimlerin yaşandığını göstermektedir. Islahat Fermanı’nda dikkat çeken düzenlemeler şu şekildedir:

a) Osmanlı tebaasında bulunan Hıristiyan ve sair tebaa-i gayrimüslim cemaatlerine eskiden verilmiş olan hak ve imtiyazların aynen devam edeceği vurgulanmıştır.

115 Faruk **Yılmaz**, *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216-217; Kanun önünde eşitlik ve kanunilik ilkelerine yer verilen fermana, hazırlanacak yeni kanunlara padişahın dahi –yemin etmek suretiyle- tabi olduğu vurgulanması, pek çok yazar tarafından Avrupa’daki meşrutiyet ve anayasacılık fikrinden esinlenilmiş olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **İnalçık**, *Devlet-i Aliyye*, s. 142; aynı yönde Bülent **Tanör**, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019, s. 90.

116 Gülhane Hatt-ı Hümayunu’nda tüm tebaaların can mal ve ırz güvenliklerinin sağlanması, vergilendirme ve askerlik adil bir düzenin kurulması gibi önemli hususların belirtilmesi ve bundan sonra düzenin yasalarla sağlanacağı yönünde bir intiba uyandırması, ileri dönemlerde anayasal monarşiye doğru önemli adımlardan olmuştur. Gülhane Hatt-ı Hümayunu’ndan sonra çıkarılan sayısız kanun, tüzük ve nizamnameler bu durumu göstermektedir. **Findley**, s. 92.

117 Nergiz **Aydoğdu**, “Tanzimat Dönemi Türk Basınında Islahat Fermanı ve Siyasi Vatandaşlık Politikaları: Eleştiri ve Tepkiler”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. 9, S. 1, 2020, s. 637.

118 Musa **Gümüç**, “Anayasal Meşrutî Yönetime Medhal 1856 Islahat Fermanı’nın Tam Metin İncelemesi”, *Bilig*, C. 48, 2008, s. 232.

b) Yine eskiden beri var olan millet nizamının günün şartlarına uygun olarak güncelleneceği ve ruhban sınıfının özlük haklarının yeniden düzenleneceği ifadelerine yer verilmiştir.

c) Gayrimüslim tebaanın yalnız kendi yaşadıkları bölgelerde alenen ayin yapabileceği düzenlenmek suretiyle gayrimüslimlerin ibadet serbestliği genişletilmiş ve kendi kilise, hastane ve okullarının genişletilerek onarılmasına cevaz verilmiştir.

d) Osmanlı tebaasının din, mezhep, ırk ve cinsiyet bakımından kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır<sup>119</sup>.

e) Hangi milletten olursa olsun tüm Osmanlı tebaasına devlet memuriyetine/kamu hizmetine girme hakkı tanınmıştır. Bu madde gereği gayrimüslimlerin de Müslüman tebaa gibi devlet memuriyetlerine istihdam edilebilme hakları olduğu hususu, ilk kez hukuki bir zemine kavuşmuştur<sup>120</sup>.

f) Tüm Osmanlı tebaasının yasal düzenlemelere ve ilgili okulun belirleyeceği kurallar çerçevesinde devletin sivil ve askeri okullarına alınması ve cemaatlerin kendi okullarını Maarif nezaretinin denetiminde olmak kaydıyla açabilme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

g) Müslümanların ve gayrimüslimlerin; farklı gayrimüslim cemaatlerine mensup olanların arasında vuku bulan ticaret veya cinayata ilişkin davaların muhtelit (karma) divanlara havale olunacağı düzenlenmiştir. Böylelikle şer'iyye mahkemelerinin yanında karma-laik mahkemelerin kurulacağına sinyali verilmiştir. Fermanın akabinde Nizamiye Mahkemelerinin kurulması bu yönde atılan en önemli adımdır<sup>121</sup>.

h) Gayrimüslim tebaa arasındaki miras hukuku gibi medeni hukuka

119 “Ve mezhep ve lisân veyahûd cinsiyet cihetleriyle sunûf-ı tebaa-i saltanati seniyyemden bir sınıfın her sınıfından aşağı tutulmasını mutâzâmmın olan kâffe-i ta'birât ve elfaz ve temyizât muharrerati divaniyyeden ilelebet mâhvi-ı izâle kılınması ve ahâd-ı nâs beyninde veyâhud memurîn taraflarından dahi mucibi şin ve ar olacak veya namûsa dokunacak her türlü tarif ve tavsifin istimâli kanûnen menolonması.” **Gümüş**, s. 223.

120 Esasen pratikte bu hak, III. Selim döneminden itibaren gayrimüslimlere tanınmıştır. **Gümüş**, s. 223-224.

121 Abdülazim **İbrahim**, “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tebaasının Hukuki Durumu”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2022, s. 71.

ilişkin davaları hakkında, tarafların istemesi halinde, rüesaya (dini liderlere) veya cemaat meclislerine müracaat edebilmelerine izin verilmiştir.

i) Vergi müsavatı (eşitliği) ilkesi kabul edilerek gayrimüslimlere özgü şer’i vergi olan cizye kaldırılmış, ancak yerine gayrimüslimlere askerlik hizmetinden muaf olma imkânı tanıyan “bedel-i askeriye” adlı bir meblağın tahsil edileceği düzenlenmiştir<sup>122</sup>.

j) Osmanlı yasalarına bağlı olmak koşuluyla, yabancıların gayrimenkul edinebilecekleri düzenlenmiştir. Bu ifade Arazi Kanunnamesi (1858) ve Vilayet Nizamnamesi’nin (1864) hukuki altyapısını oluşturmuştur.

k) Gayrimüslimlere Meclis-i Vala’ya üye olarak katılma hakkı verilmiştir. Böylelikle gayrimüslimler önemli bir siyasal hakkı temin etmiş oldular. Bu hak gereği gayrimüslimlere devlet yönetiminde yer verilecek ve bu mecliste gayrimüslim unsurlar temsil edilecektir<sup>123</sup>.

Yukarıda izah edildiği gibi Islahat Fermanı, gayrimüslim ve müslim tebaanın kanun önünde eşitliğini bir kez daha teyit etmesi ve millet nizamının asrın değişen koşulları ışığında güncellenmesi gerekliliğini vurgulaması sebebiyle, anayasa tarihimiz için son derece önemli bir belgedir. Fermana karma mahkemelerin kurulacağına işaret edilmesi ve vergi eşitliği ilkesinin kabul edilerek cizyenin kaldırılması, devlet teşkilatı ve hukuk sisteminde bir ölçüde laikleşme yaşandığının göstergesidir<sup>124</sup>. Öte

122 Gülnihal **Bozkurt**, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerinin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), TTK Basımevi, Ankara 1989, s. 56; **İbrahim**, s. 70-71.

123 **Gümüş**, s. 229.

124 Özellikle Islahat Fermanı’nın teorik olarak zimmî akdini ve zimmî statüsünün kaldırdığını ileri süren çalışmalar bulunmaktadır. Hatta bu çalışmalarda Islahat fermanı ile zimmîlerin artık “vatandaş” sayıldığı yönünde ifadelere rastlanmaktadır (Bkz. **Ercan**, Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler, s. 7; **İbrahim**, s. 72-73). Aynı ifade Bozkurt tarafından Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu’nun getirdiği yenilikler için de zikredilmiştir (Bkz. **Bozkurt**, Alman-İngiliz, s. 190). Osmanağaoğlu Bozkurt’un bu ifadesine karşılık olarak klasik dönem Osmanlı hukukunda zimmîlerin Osmanlı tebaası olduğunu, başka devletlerin tabiiyetinde bulunan gayrimüslimlerin ise harbi olduklarını, diğer ifadeyle zimmî ve harbi statülerinin birbirinden farklı olduğunu, Osmanlı’da da bu ayrımın var olduğunu dile getirmektedir. Yazara göre bu ve benzeri ifadeler esasen gayrimüslim tebaanın Müslümanlardan bazı açılardan farklı statüye sahip olmalarından dolayı yaşanan tespit zorluğundan kaynaklanmaktadır. **Osmanağaoğlu**, s. 197-198; Zimmî statüsü ile vatandaşlık bağı arasındaki ilişki için bu çalışmamızın “Zimmî Statüsü ve Vatandaşlık Kavramıyla İlişkisi” başlıklı bölümüne bakınız.

yandan fermanda gayrimüslimlere kamu hizmetine girme ve Meclis-i Vala gibi önemli bir siyasi-idari kuruma üye olarak katılabilmek hakkı verilmesi, gayrimüslimlerin siyasi haklarının gelişimi noktasında oldukça mühimdir. Nitekim fermanın ilanından sonra Vilayet Nizamnamesi'yle (1864) gayrimüslim tebaanın kaza, sancak ve vilayet mahkemelerinde bulunan hukuk ve cinayet meclislerine üye olabilmelerinin yolu açılmış, gayrimüslimler hem yargı organlarında hem de idari/siyasi organlarda görev alabilmişlerdir<sup>125</sup>.

Islahat Fermanı'nda işaret edildiği üzere millet sisteminin asrın değişen koşullarına tekrar uyarlanması ve yasalara bağlanması için sonraki yıllarda nizamnamelerin hazırlandığını görmekteyiz. 1862'de Rum Ortodoks Cemaati, 1853'te Ermeni Gregoryen Cemaati ve 1865 yılında Musevi Cemaati'nin idari, siyasi ve hukuki olarak yeniden teşkilatlanması amacıyla yeni nizamnameler hazırlanmıştır<sup>126</sup>. Bu nizamnamelerde cemaat teşkilatlanmasında ruhani meclis dışında, ruhban sınıfına mensup olmayan (laik)<sup>127</sup> kişilerin de söz sahibi olabildikleri karma/cismani meclisler kurulmuştur<sup>128</sup>. Böylelikle patrik ve ruhani kurulların yanında millet meclisleri de teşekkül etmiş ve milletler adeta hükmi şahıs (tüzel kişi) hüviyetini kazanarak kısmi bir laikleşme sürecine girmiştir. Ayrıca millet meclislerinin teşekkülünde temsil ilkesi benimsenmiş; bu da söz konusu cemaatler

125 **Gümüş**, s. 232; **İbrahim**, s. 71.

126 **Konan**, s. 187-188; ayrıntılı açıklama için bkz. **Eryılmaz**, s. 113-126; bu nizamnamelerin tam metin tercümelemleri için bkz. **Reyhan**, s. 45-90.

127 Nizamnamelerde ruhban sınıfı dışındakileri kastetmek için "avam takımı" ifadesi kullanılmıştır. Örnek olarak Rum Patrikliği nizamnamesinde Patrik seçimi için oluşturulacak Meclis-i Umumiyye'nin ruhban ve avamdan oluşacağı düzenlenmektedir (Fasl-ı Salis-1. madde). Benzer madde Musevi Cemaati için hazırlanan nizamnamesinde de mevcuttur (Fasl-ı Salis-16. madde). **Reyhan**, s. 47, 85.

128 **Rum- Ortodoks Milleti Nizamnamesi'nde** ruhani meclis yanında meclis-i muhtelit (karma meclisler) teşekkül etmiş ve ruhban olmayan kişiler, İstanbul Rumları'nca iki dereceli bir seçim sistemiyle seçilmekteydi. Rum milletinin idaresi Patrik- ruhani meclis ve meclis-i muhtelit tarafından ortaklaşa yürütülmekteydi. **Ermeni Gregoryen Milleti Nizamnamesi** ise temsil ilkesini esas kabul ederek bir Meclis-i Umumiyenin kurulmasını ve bu meclisin hem meclis-i cismaniye (sivil meclis) hem de ruhani meclis üyelerini seçmesini öngörmekteydi. Meclis-i Umumiyyede 140 üye vardı ve bu üyelerden sadece yirmisi ruhban sınıfından gelmekteydi. Bu ise Ermeni cemaati içerisinde laik kesimin cemaat idaresini ele geçirmesi anlamına geliyordu. **Musevi milletine ait nizamnamede de** bir genel meclis, ruhani meclis ve sivil meclisin cemaatin idari ve hukuki işlerini yürüteceği düzenlenmiştir. **Reyhan**, s. 43-44.

içerisinde temsili demokrasiye giden yolu açmıştır. Patriklerin ve ruhbanların yetkileri, laik unsurların lehine azaltılmış ve cemaate ait vakıf, okul gibi kurumların yönetim ve denetimi ruhban olmayan temsilcilerin de bulunduğu cemaat meclislerince yürütülmüştür<sup>129</sup>.

Yeni kurumsal değişimler, başlangıçta Bâb-ı Âli’nin dini topluluklar üzerinde bir nevi kontrol mekanizması işlevi olarak tasarlanmış ve gayrimüslim ve müslim tüm tebaayı eşitlik temelinde içine alacak bir “Osmanlıcılık” doktrini geliştirilmiştir<sup>130</sup>. Osmanlıcılık doktrini ışığında yapılan tüm yasal düzenlemeler, esasen Osmanlı tebaası olan muhtelit milletlerin ayrılıkçı faaliyetlerinin önüne geçmek ve milletler üzerindeki ruhban sınıfı egemenliğinin kırılması için yapılmıştır. Bu amaçla gayrimüslim tebaaya “Osmanlı” üst kimliği ile devletin idari, siyasi ve hukuki kurumlarına katılma imkânı verilmiştir. Ancak tüm bu girişimlere rağmen dönemin büyük güçleri olan Avrupa devletleri, gayrimüslim cemaatler üzerindeki etkilerini arttırmış ve gayrimüslimlerin ayrılıkçı hareketleri engellenememiştir.

Bu noktada Osmanlı Devleti’ni çöküşten kurtarmak amacıyla yapılan reformların, hedeflenenin aksine gayrimüslim cemaatlerin dönemin havasına uygun olarak “ulus bilinci” kazanmasına neden olması da dikkat çekicidir. Bu durum tüm Osmanlı milletlerini içine alan “Osmanlı Milleti” oluşturma çabasını baltalamış ve ayrılıkçı hareketlerin engellenememesine yol açmıştır. Dolayısıyla gerçekleştirilen bazı reformların, yapılmak istenen hedef ve politikalar ile uyumsuz olması nedeniyle bir ikilem taşıdığı söylemek yanlış olmayacaktır<sup>131</sup>.

---

129 Örneğin Ermeni Gregoryen cemaatinin yapılanması içinde de Meclis-i Ruhani’nin yanında Meclis-i Cismani adlı bir organ düzenlenmiştir. Bu meclis Ermeni milletinin umur-ı cismaniyyesine nezaret eder. Bu meclis bünyesinde maarif, tesisat (emlak), muhakeme, muhasebe idaresi, vasiyyet idaresi, hastahane idaresi komisyonları oluşturulmuştur (İlgili nizamname md. 44-51). **Reyhân**, s. 74-75.

130 **Gümüş**, s. 44-45.

131 Nitekim Islahat fermânı ve sonrasında yapılan nizamnameler, bilhassa Hristiyan milletlerin kendi ulusal bağımsızlık arzularının bir “manifestosu” olmuştur. Bkz. Niyazi **Berkes**, Türkiye’de Çağdaşlaşma, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019, s. 218; **Tanör**, s. 97.



## 2. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu'na Göre Vatandaşlık Kavramı ve Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü

### a. Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu'nun Hazırlanmasında Etkili Olan Sebepler

İlk zamanlarda Osmanlı Devleti tarafından Avrupa devletleriyle yapılan antlaşmalarla bahşedilen bir jest vasfındaki kapitülasyonlarla verilen ticari ve adli imtiyazlar, devletin askeri alanda yenilgiler alması ve eski gücünü yitirmesinden sonrasında devletin hukuki ve iktisadi düzenini derinden sarsmıştır<sup>132</sup>. Verilen imtiyazlar ticaret hayatında yerli tüccarı himayesiz bırakırken, konsoloslara tanınan adli yetkiler Osmanlı Devleti'nin egemenlik hakkını önemli ölçüde sınırlamıştır<sup>133</sup>. Avrupa devletlerinin ve Rusya'nın himaye sistemini kullanarak Osmanlı tabiiyetinde bulunan bazı gayrimüslimlere (zimmilere) pasaport ve patente dağıtması<sup>134</sup> ve Osmanlı topraklarında nüfuz alanı oluşturmak amacıyla kurdukları elçiliklerde *konsolos*, *konsolos vekilliği*, *tercüman* ve *yasakçı* gibi çeşitli görevlerde çalıştırmak suretiyle onların kapitülasyonlar aracılığıyla ecnebilere sağlanan mali, adli ve siyasi imtiyazlardan yararlandırımları, Osmanlı Devleti'ni tabiiyet konusunda bir açmaza sürüklemiştir<sup>135</sup>.

Gayrimüslim tebaanın “mahmilik uygulaması” altında Osmanlı topraklarında yaşamaya devam ederken bir yandan yabancı devletlerin himayesi altına girmelerinde *cizye ödememek*, *konsolos mahkemelerinin yargı-*

---

132 **Karakoç**, s. 180.

133 **Karakoç**, s. 188.

134 Eflak, Boğdan ve Lübnan gibi gayrimüslimlerin yoğun yaşadıkları bölgelerde Avrupalı devletler ve Rusya arasında patente ve pasaport dağıtma konusunda adeta bir yarış vardır. Hatta durum öyle bir radde gelmişti ki, Eflak ve Boğdan da Avusturya'nın himayesinde 260.000 kişi varken, aynı bölgede Rusya'nın himayesinde 120.000 Rum bulunmaktaydı. İbrahim **Serbestoğlu**, *Osmanlı Kimdir? Osmanlı Devleti'nde Tabiiyet Sorunu*, Yeditepe Yayınları, İstanbul 2014, s. 34; benzer yönde bkz. Cihan **Osmanağaoğlu**, *Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi*, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s. 176.

135 Gayrimüslimlerin kapitülasyonlarda yabancılara tanınan ayrıcalıklardan yararlanması ve haraç/cizye gibi vergileri ödememesi, gayrimüslimlere yönelik bazı kısıtlamalardan (örneğin kıyafet) kurtulmak için yabancı devletlerin konsolosluklarında beratlı tercüman olarak çalışmaları, Osmanlı Devleti'nin mühim sorunlarından biri olmuştur. **Serbestoğlu**, s. 35; ayrıca bkz. **Karakoç**, s. 186-187.

*sal yetkisine tabi olmak, kapitülasyonlardan kaynaklanan ecnebi imtiyazlarından faydalanmak* gibi hususlar etkili olmuştur.<sup>136</sup> Bilhassa 17. yüzyıldan itibaren bazı devletlerle yapılan antlaşmalar neticesinde tercümanlara, diğer müste’men tüccarlar gibi ticaret yapma hakkı ve kapitülasyonlardan yararlanma hakkı tanınması, ileriki dönemlerde Devletin hem mali hem egemenlik hakları açısından zarara uğramasına sebebiyet vermiştir.<sup>137</sup> Zamanla bu suistimallerin artarak dil bilmeyenlerin dahi konsolos görevlisi yapıldığı, tercüman beratlarının parayla satıldığı görülmüştür.

Osmanlı yönetimi, III. Ahmet döneminden itibaren çıkarılan pek çok irade-i seniyye ile Osmanlı gayrimüslimlerinin yabancı devletlerin himayesine girmesine karşı bazı önlemler almasına rağmen bunun önüne geçilememiştir. Himaye sorununun üstüne 1829 yılında Yunanistan’ın bağımsızlık kazanmasıyla birlikte bu sefer de tabiiyet değiştirme sorunu eklenmiş, bu işin ticaretini yapan acentelerle anlaşılan pek çok zimmî Yunan tabiiyeti edinerek Osmanlı topraklarında kapitülasyonların sağladığı imtiyazlara yabancı tebaa gibi sahip olmaya başlamışlardı<sup>138</sup>. Yunanistan gibi Rusya ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) de çok sayıda Osmanlı topraklarında yaşayan gayrimüslim tebaayı vatandaşlık tanımaya başlamışlardı<sup>139</sup>. Hem mahmilik kurumunun kötüye kullanılmaması hem de tabii-

136 Mahmilik beratı, yabancı devletlerin konsolosları tarafından verilmekteydi. Mahmilerin statüsü ve sınıflandırılması için bkz. **Osmanağaoğlu**, s. 173-174.

137 Osman Affan’a göre Mahmilik meselesinin suistimaline yol açan bu durumun yaygınlık kazanması, III. Mustafa döneminde Prusya devletiyle akdedilen 1174 tarihli muahedenamenin konsolos sayısını iki misline çıkarmasıyla başlamıştır. Mahmiyet-i ecnebiyenin Osmanlı’da yarattığı olumsuz durumların özeti için bkz. Osman **Affan**, “Terk-i Tabiiyet: Tabiiyet Mesailinden Ma’bad: Terk-i Tabiiyet Şeraiti -Mahmiyet-i Ecnebiye Tarihçesi - Kavanin-i Ecnebiye Ahkamı”. *Muhamat Dergisi*. S. 36, s. 1110-1111; ayrıca bkz. **Kılınç** (ed.), s. 146-147.

138 Yunan tabiiyeti iddiasında bulunan çok ciddi bir nüfustan bahsedilmektedir. Söz gelimi Serbestoğlu, 1850’lerde Osmanlı topraklarında ikamet etmelerinde rağmen Yunan tabiiyetinde olduğunu iddia eden 300.000 kadar kişinin yarısından fazlasının anne babasının aslen Osmanlı tabiiyetinde olduğunu ve sadece İstanbul’da kesin olarak Osmanlı vatandaşı olduğu saptanan, ancak buna rağmen Yunan tabiiyetinde bulunduğunu iddia eden 21.000 kişi olduğunu belirtmektedir. **Serbestoğlu**, s. 240-242; benzer yönde **Osmanağaoğlu**, s. 177-178.

139 **Karakoç**, s. 193; **Bozkurt**, Alman-İngiliz, s. 142.

yet değiştirilmesine karşı önlem alma çabaları 19. yüzyılda da devam etmiş<sup>140</sup>, Tanzimat döneminde çıkarılan bir müzekkereyle tabiiyet değiştirilenlerin, 3 ay içerisinde Osmanlı topraklarındaki emlak ve emvalini satarak Osmanlı topraklarını aynı süre zarfında terk etmeleri istenmiştir<sup>141</sup>. Bunun için nüfus ve emlak sayımları yapılmış, sorunun üstüne gidilmiştir<sup>142</sup>. Ancak yine de yasal zemindeki eksikliklerden dolayı istenilen sonuç alınamamış, bu durum Tabiiyeti-i Osmaniyye Kanunu'nun kabulünde etkili olmuştur<sup>143</sup>.

Tanzimat döneminde hem gayrimüslim tebaanın sözde hamiliğini üstelenen Avrupa devletlerinin baskıları hem de Osmanlı devletine ulusçuluk akımının yıkıcı etkilerinden koruyarak devletin devamını sağlamak adına siyasi, hukuki kurumlarda pek çok reform hareketi başlatılmıştır. Bu çerçevede ortak bir “Osmanlı vatani” ve ortak bir “Osmanlı milleti” anlayışını yerleştirmek için çeşitli idari, hukuki ve siyasi reformlar yapılmıştır<sup>144</sup>. 1869 yılında kabul edilen Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunnamesi de

140 III. Selim ve II. Mahmut dönemlerinde döneminde elçiliklere baskı yapılarak Osmanlı'nın gayrimüslim tebaasına pasaport ve patente vermemeleri istenmiş, bu belgelere sahip olan gayrimüslimler ibret-i alem olsun diye, emval ve eşyalarına el konulmak suretiyle cezalandırılmışlardır. Yine III. Selim döneminde Osmanlı tebaasından “Avrupa tüccarı” sıfatıyla anılacak ve müste'men tüccarla aynı imtiyaza sahip olacak yeni bir sınıf oluşturularak yabancı devlet himayesine girmenin cazibesi ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Serbestoğlu**, s. 39-43.

141 Müzekkereye göre tabiiyet değiştirilenlerin 3 ay içerisinde ülke dışına çıkmaları gerekiyordu. Tabiiyet değiştirilenin neticesi olarak kişinin, Osmanlı'daki yakınlarıyla olan miras ilişkisi kesilecek ve taşınmazları üzerindeki tasarrufları ortadan kalkacaktır. Ancak bir esneklik getirilerek tabiiyet değiştiren kişinin emlak ve emvalini belirtilen süre içinde bizzat kendisinin yahut vekilinin satabilmesine imkân tanınmıştır. Tabiiyet değiştirenin eşi ve yetişkin olmayan çocukları da aynı duruma muhataptılar. Ancak yetişkin çocuklar Osmanlı tabiiyetinde kalma hususunda muhayer bırakılmıştır. Ancak müzekkereye rağmen gayrimüslimlerin başka ülkelerin tabiiyetine geçmesine engel olunamamıştır. **Karakoç**, s. 219-223.

142 Bkz. **Serbestoğlu**, s. 64-65.

143 Mahmilik müessesinin kötüye kullanımını engellemek için Tabiiyeti-i Osmaniyye Kanunu'ndan önce de birtakım yasal düzenlemeler (örneğin 1274 tarihli tahrirat-ı umumiye) ve devletlerle çeşitli mukaveleler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Affan**, “Terk-i Tabiiyet”, s. 1111, ayrıca bkz. **Kılınç** (ed.), s. 148-149.

144 **Serbestoğlu**, s. 49-51; bu çabanın devlet adamlarında olduğu kadar Namık Kemal, Ziya Paşa gibi Yeni Osmanlılar başta olmak üzere Osmanlı aydınlarının kaleme aldıkları eserlerde de olduğu görülmektedir. Nitekim Yeni Osmanlılar devletin kurtuluşunun ancak ırk ve din fark etmeksizin tüm tebaanın yasa önünde eşit olmasıyla ve millet sisteminin kaldırılarak tek bir Osmanlı ulusu olarak meşruti

tabiiyeti din esasından sıyrarak “Osmanlı” kimliğini ön plana çıkarmış ve modern vatandaşlık telakkisinin yerleştirilmesinde önemli bir rol üstlenmiştir. Bu Kanun aslen Osmanlı tebaasından olan gayrimüslimlerin pasaport almak suretiyle ecnebi tabiiyeti iddiasında bulunmalarının önüne geçmek, tabiiyet meselesini yasal bir zemine kavuşturmak için Hariciye Nezareti’nce hazırlanarak dönemin padişahı Sultan Abdülaziz’in irade-i seniyyesi ile 28 Ocak 1869 yılında kabul edilmiştir<sup>145</sup>. Kanunname, 1851 tarihli Fransız Vatandaşlık Kanunu’ndan esinlenerek hazırlanmış ve Batı’daki gelişmelere uygun olarak vatandaşlık statüsünü bağımsız olarak düzenlemiştir. 1929 tarihi ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’na kadar yaklaşık 60 sene yürürlükte kalan bu kanunname, Müslüman, zimmî, müste’men ve harbi gibi İslam hukukundaki ayrımlara yer vermemiş, modern vatandaşlık telakkisine göre hazırlanmıştır<sup>146</sup>.

### b. Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunnamesi’nin Muhtevası Çerçevesinde Vatandaşlık Hakkı

1869 yılında kabul edilen Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu<sup>147</sup>, 9 maddeden oluşmaktadır. Kanun’da Osmanlı vatandaşlığının kazanılmasında kan bağı esaslı (jus sanguinis) benimsenmiştir<sup>148</sup>. Buna göre anne- babası yahut yalnızca babası Osmanlı vatandaşı olan kişilerin Osmanlı tabiiyetini asli olarak kazandıkları kabul edilir (md. 1)<sup>149</sup>.

---

rejimin kabul edilmeyle mümkün olabileceğini savunmaktaydılar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Namık Kemal/Ziya Paşa**, “Mesele-i Müsavat”, *Hürriyet*, S. 15, 18 Cemaziyülahir 1285/5 Ekim 1868, s. 1; Namık Kemal’in edebi eserlerinde yoğun şekilde Osmanlılık vurgusunun yoğun şekilde yapıldığı görülmektedir. Söz gelimi Kemal’in Vatan yahud Silistre eserinde Osmanlılık üzerinde vatan sevgisi işlenmiştir. Bu eser o dönemde Osmanlılık fikrinin edebiyata da teşmil ettiğini göstermesi açısından önemlidir. Bkz. **Namık Kemal**, *Vatan-Yahut- Silistre*, haz. Mustafa Nihat Özön, Remzi Kitabevi, İstanbul 1993, s. 96.

145 **Serbestoğlu**, s. 67-68.

146 **Osmanağaoğlu**, s. 196-198; **Bozkurt**, Alman-İngiliz, s. 148; Göğçer’e göre bu kanun Batı’da kabul edilen yeni fikirlere yer vermesine rağmen milletlerarası gelişmelerin gerisinde kalmıştı. Bkz. **Göğçer**, s. 18-19.

147 Kanunun neşir ve ilanı: 10 Şevval 1285/11 Kânûn-ı Sâni 1284; Takvim-i Vekayi No: 1044 (Kanunun tam metni için bkz. **Ahmet Kılınç (ed.)**, *Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2021, s. 164-172).

148 **Serbestoğlu**, s. 70.

149 Bu hükmün İslam hukukundaki “hayr-ül ebeveyne tabiiyet” kaidesine uygun olduğu fikrini taşıyan yazarlar olsa bu mesele birçok açıdan ihtilafıdır. Zira bu ilke gereği

Bunun yanında Osmanlı vatandaşlığının kazanılmasında toprak esasının da etkili olduğu görülmektedir (md. 2)<sup>150</sup>. Bu maddeye göre ebeveyni (anne-babası) ecnebi olan ve Osmanlı toprakları içerisinde doğan kişilerin rüşd çağından itibaren 3 yıl içerisinde ilgili makama başvurması halinde Osmanlı tabiiyetini talep edebilir. Bu maddede belirtilen rüşd yaşının ne olduğu hususunda Kanunname’yi tefsir etmeye üzere çıkarılan Emirname’nin 2. maddesinde<sup>151</sup>, kişinin aslen vatandaşı olduğu devletin kanunlarına göre tespit edileceği düzenlenmiştir<sup>152</sup>.

Kanun’un 3. maddesi vatandaşlığın ikamet esasına göre kazanılması halini (alelade tevfiż-i tabiiyeti) düzenlemektedir. Buna göre reşit bir ecnebi Osmanlı hudutları içerisinde 5 yıl ikamet ederse bizzat veya vekalet yoluyla Hariciye Nezareti’ne başvurarak Osmanlı tabiiyetine geçebilir. Bu

---

anne veya babadan bir tanesi İslam devleti tebaası ise lehe yorum ile çocuk da İslam devleti tebaasından sayılır, söz gelimi kadının zimmîye, kocanın harbi olması durumunda doğacak çocuğun statüsü zimmî olmaktadır. Osman Affan ilgili hükmün fihki yönünün bu şekilde olduğunu belirtmiştir. Mesela Osman Affan “Tabiiyet” adlı makalesinde “hayr-ül ebeveyne tabiiyet” ilkesi gereği İran tebaasıyla evlenme yasağına rağmen bu yasağı içeren ilgili nizamnamenin hükümleri gereği böyle bir evlilikte Osmanlı tebaasından olan kadının Osmanlı tabiiyeti dikkate alınarak evlilikten doğan çocuklar da Osmanlı vatandaşı sayılacağını belirtmiştir. Osman Affan, “Tabiiyet”, *Muhamat Dergisi*, S. 33, 10 Nisan 1330, s. 1026-1027; ancak babanın yabancı, annenin ise Osmanlı tebaasından olması durumunda kadın evlilik yoluyla kocasının tabiiyetine geçmiş olduğu için (md.7) çocuk da kocanın tabiiyetini kazanmış olacaktır, Osmanlı tabiiyetini elde edemeyecektir. Konu hakkında değerlendirme için **Osmanağaoğlu**, s. 201-202.

150 **Osmanağaoğlu**, s. 201; bu konuda Osman Fazlı Berki farklı bir kanaattedir. Ona göre bu madde toprak esasıyla alakalı olmayıp müktesep (kazanılmış) vatandaşlıkla ilgiliydi. Zira kapitülasyonlar nedeniyle toprak esasının kabulü mümkün görülemezdi. Bkz. Osman Fazıl **Berki**, “Türk Vatandaşlığı Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi”, *AÜHFD*, C. 27, 1970, s. 68.

151 “(...) tabiiyet-i devlet-i Aliyye’ye duhul edecek ecnebi hangi devlet tebaasında ise onun kanunun tahdit etmiş olduğu sinn-i rüşde bulunduğunu ispata muhtaç olacaktır”. 1285 Tarihli Tabiiyet Kanunnamesi’ni Müfessir Emirname-i Sami 14 Zilhicce 1285, *Takvim-i Vekayi*: 17 Safer 1286/17 Mayıs 1285, No: 1095. (Emirname’nin tam metni için bkz. **Kılıncı (ed.)**, s. 182-185.)

152 **Kılıncı (ed.)**, s. 22-23; Nazif **Sururi**, *Şerh-i Kanun-i Tabiiyet*, İstanbul 1324, s. 10; Son dönem Osmanlı hukukçularından Nazif Sururi’ye göre bir kimsenin 2. madde hükmünden yararlanması için Osmanlı topraklarında doğmuş olması ve süre içerisinde müracaatını yapmış olması yeterli olup ek olarak rüşd çağına kadar Osmanlı topraklarında ikamet etme şartı aranmamaktadır. Bazı hukukçuların rüşd çağından sonra 3 yıllık sürede Osmanlı hudutları içerisinde ikamet etmesi gerektiği yönündeki görüşlerini kabul etmeyen Sururi, uygulamada ikamet hususuna bakılmadığını eklemektedir. **Sururi**, s. 11-12 (bkz. **Kılıncı (ed.)**, s. 62-63).

madde gereği yapılan başvuruların Hariciye Nezareti’nce uygun bulunmaması reddedilmesi mümkündür<sup>153</sup>.

Dördüncü maddede fevkalade tefviz-i tabiiyet düzenlenmiş olup 3. maddedeki şartları yerine getirmemiş olan ecnebinin istisna olarak saltanat-ı seniyye ile Osmanlı tabiiyetini kazanabilecekleri belirtilmiştir. Bu hüküm gereği Osmanlı tabiiyetine geçmek isteyen biri, ilk üç maddedeki şartları sağlamasa dahi, Osmanlı makamlarınca istisna olarak vatandaşlığa kabul edilebilir. Bu hüküm genellikle gayrimüslim olup daha sonra Müslüman olmuş (ihtida etmiş) olan kişiler için uygulanmıştır<sup>154</sup>.

Kanunun diğer maddelerinde ise vatandaşlıktan çıkma halleri ve Osmanlı makamlarının izni olmaksızın yabancı bir devletin vatandaşlığına geçenler hakkında uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Konumuz açısından önemi haiz olan bu konuda Kanuna göre, bir kimsenin Osmanlı tabiiyetindeyken başka bir devletin tabiiyetine geçebilmesi, ancak Padişahın irade-i seniyyesi ile mümkün olabilir. İrade-i seniyye ile vatandaşlıktan çıkan ve başka devletin vatandaşlığını kazanan kişiye ecnebi muamelesi yapılır (md. 5). Ancak irade-i seniyye olmaksızın bir tabiiyet değişimi söz konusu ise Osmanlı hükümeti bu değişikliği reddedip bu kişiye Osmanlı tebaası muamelesi yapabilir. Ayrıca Osmanlı hükümeti, izinsiz tabiiyet değişikliği yapan veya yabancı devlette askerlik yapmış olan kişileri tabiiyetten çıkartmaya da yetkilidir. Tabiiyeti ıskat olunan kişiler bir daha Osmanlı topraklarına avdet edemez. Buldukları anda sınır dışı edilirler (md. 6).

5 ve 6. maddenin bilhassa ecnebi devletlerden pasaport alan gayrimüslim tebaanın bu girişimlerini engellemek amacıyla düzenlenmiş olduğu açıktır. Dahası, izinsiz yapılan tabiiyet değişimleri hususunda, sonraki yıllarda daha katı yasal düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin Arazi Kanunnamesi’ne<sup>155</sup> eklenen hükme göre Devlet-i Aliyye’den izin olmaksızın tabiiyet değiştiren ve bu sebeple Osmanlı vatandaşlığı ıskat

<sup>153</sup> Sururi, s. 14 (bkz. Kılınç (ed.), s. 64).

<sup>154</sup> Sururi, s. 17-18 (bkz. Kılınç (ed.), s. 66).

<sup>155</sup> Kapitülasyonlara rağmen müste’menlere (yabancılara) Osmanlı topraklarında gayrimenkul sahibi olma hakkı uzun yıllar tanınmamıştı. Gayrimenkul sahibi olabilme hakkı sadece vatandaşlara yani Müslüman ve zimmilere aitti. Ancak 7 Safer 1284 tarihli Ecanibin Hakk-ı İstimlaki Nizamnamesiyle (Safer Kanunu) birlikte yabancıların da gayrimenkul sahibi olabilmelerinin yolu açılmıştır. Karakoç, s. 235-237.

olunan kişiler, Osmanlı topraklarındaki emlak ve tevarüs (miras) hakkından tamamen mahrum olurlar<sup>156</sup>. Tabiiyetten bu şekilde iskat olunanların 3 ay zarfında ellerindeki gayrimenkulleri Osmanlı tebaasına satması mecburidir<sup>157</sup>.

7. maddeye göre ecnebilerle evlenen Osmanlı tabiiyetindeki kadınların herhangi bir resmi müracaata gerek olmaksızın eşinin tabiiyetine doğrudan geçeceğine işaret edilmiştir. Kocasının tabiiyetine geçen kadınlar zevcinin vefatını müteakip 3 yıl içinde talep etmeleri halinde asli (Osmanlı) vatandaşlıklarına dönebilirler. Kanunda ecnebilerle evlenen kadınlara ilişkin hüküm varken Osmanlı vatandaşı bir erkekle evlenen ecnebi kadınların tabiiyetlerinin ne olacağına ilişkin açık bir madde yoktur<sup>158</sup>. Ancak Osmanlı uygulamasında Osmanlı vatandaşı ile evlenen ecnebi kadınlar, kocasına tabi olarak Osmanlı vatandaşlığına geçirilmiştir. Bu durum uygulamada bazı sorunlar yaratmıştır. Özellikle İtalya ve Fransa, Osmanlı vatandaşı erkekle evlenen ecnebi kadının eski tabiiyetini sürdüreceğini iddia etmiştir. Hükümet bu sorunu şehbenderlerin yetkisini düzenleyen nizamnameye konuya ilişkin bir hüküm koyarak çözmeye çalışmıştır. Buna göre ecnebi olmasına rağmen Osmanlı vatandaşı ile evlenen kadın nikah sonrası Osmanlı tebaası olarak kaydedilecektir<sup>159</sup>.

Kanun'da ayrıca vatandaşlık statüsünün şahsi olduğuna işaret edilerek Osmanlı tabiiyetinden çıkmış veya mahrum olmuş şahısların çocuklarının Osmanlı tabiiyetinde kalacağı belirtilmiştir (md. 8). Aynı şekilde Osmanlı tabiiyetine giren ecnebinin çocuğunun babasından dolayı Osmanlı tebaasından sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, babası Osmanlı tabiiyetine girmeden önce doğan çocuklara ilişkindir. Babasının tabiiyeti iktisap ettikten sonra doğan çocuklar, Kanun'un birinci maddesi gereği asli

156 Düstur, Tertib-i Evvel Zeyl: 8, s. 96; bkz. **Kılınç** (ed.), s. 167; aynı yönde bkz. Bila-Me'zuniyet Tebdil-i Tabiiyet etmelerinden Dolayı Tabiiyetleri Iskat edilen Emval ve Emlaki Hakkında Olunacak Muameleye Dair Tahrirat-ı Umumiyye-i Adliye, 10 Şaban 1335/30 Mayıs 1333, Takvim-i Vekayi: 25 Ramazan 1335-No: 2945, bkz. **Kılınç** (ed.), s. 194.

157 **Kılınç** (ed.), s. 167.

158 Son dönem Osmanlı hukukçularından Hasan Sırrı Bey de Osmanlı vatandaşı ile evlenen ecnebi kadınların vatandaşlığı hakkında bir düzenlemenin olmayışını büyük bir eksiklik olarak nitelendirmektedir. **Örikağasızade Hasan Sırrı**, "Tabiiyet Hakkında Bazı Mütalaat ve Kanun-i Osmani Onuncu Nüşhadan Ma'bad", İstişare, No:11, 20 Teşrin-i Sani 1324, s. 482; bkz. **Kılınç** (ed.), s. 94.

159 **Serbestoğlu**, s. 73.

tabiiyeti kazanmaktadır.

Kanun'da son olarak Osmanlı topraklarında ikamet eden herkesin kural olarak Osmanlı tebaası sayılacağı, aksini iddia edenlerin ecnebi tabiiyetinde olduklarını ispat etmesi aranmaktadır (md. 9). Bu son madde, uygulamada pasaport veya patente almak suretiyle ecnebi olduğunu iddia edenlere karşı alınan bir önlemdir. Görüldüğü gibi Kanunname'nin 5, 6. ve 9. maddelerinin düzenlenmesinde, açıkça yabancı devletlerin mahmiyet uygulamalarının yarattığı tabiiyet sorunlarını bertaraf etme amacı söz konusudur. Ancak bu konuda yabancı devletlerden tepkiler gecikmemiştir. Babıali'nin ecnebilere kapitülasyonlardan kaynaklanan haklarına hallet getirilmeyeceğini açıklamasına ve Fransa'nın kanunname hakkındaki ılımlı görüşlerine rağmen<sup>160</sup> bilhassa Rusya ve Yunanistan'ın kanuna yönelik sert tepkileri olmuştur<sup>161</sup>. Elbette bunun sebebi Osmanlı'da yaşayan çok sayıda gayrimüslimin bu devletlerin tabiiyetinde olduklarını iddia etmesiydi. Onların bu iddialarını resmi belgeyle ispatlayamamaları yahut hükümetin izni olmaksızın tabiiyet değiştirenlerin bu işlemlerinin yok hükmünde sayılarak Osmanlı vatandaşı olarak kabul edilmeleri ve tabiiyetten ıskat edilenlerin Osmanlı'daki emlak ve miras haklarından mahrum bırakılmaları, 19. yüzyıl boyunca Osmanlı vatandaşı Rumları kendi tabiiyetine geçirme gayreti olan Yunanistan'ı ve Küçük Kaynarca Antlaşması'ndan bu yana Osmanlı tebaası olan Rumlar ve Ermeniler başta olmak üzere Ortodoks topluluklara pasaport dağıtan Rusya'yı rahatsız etmiştir<sup>162</sup>.

Dahiliye Nezareti, Kanun'un uygulanmasında problemleri önlemek maksadıyla vilayetlere yazı göndermiş ve tabiiyet işlemleri için yetkili

160 Özellikle 5. ve 9. maddenin mahmiyet-i ecnebiyeden kaynaklanan suistimallerin bertaraf edilmesi için düzenlendiğini ifade eden Yusuf Ziya Bey, başlarda kanunnameye karşı tepki gösteren sefaretnamelerin bulunmasına karşın kanunnamenin ecnebilere tanınan imtiyazlara bir müdahalede bulunulmadığı, sadece mahmilik sebebiyle yaşanan suistimallerin engellenmesi ve kamu düzeninin temini için yapıldığı hususlarının hükümetçe açıkça belirtilmesi sonucunda, Fransız hükümetinin kanunnameyi kabul ve tasvip ettiğini belirtmiştir. **Yusuf Ziya**, "İmtiyazat-ı Ecnebiye ve Mesele-i Tabiiyet- Kısım-ı Gayri Resmî", *Ceride-i Adliye Dergisi*, No: 8, 20 Mart 1326, s. 292; ayrıca bkz. **Kılınç** (ed.), s. 108-109; İrem Karakoç'un aktarmalarına göre bu kanunnameye onay veren Fransa, Kanunname'de kapitülasyonları saklı tutan ifadeler olduğu için bunda bir sorun görmemiştir. Bkz. **Karakoç**, s. 230.

161 **Serbestoğlu**, s. 73-74.

162 Osmanlı Rumlarının Yunan vatandaşı oldukları iddiaları ve Yunanistan ile yaşanan tabiiyet sorunları için bkz. **Serbestoğlu**, s. 240-255; Rusya'yla yaşanan tabiiyet sorunları için aynı eserin 256-259. sayfalarına bakınız.



mercii olarak Hariciye Nezareti'nin bünyesinde hususi bir komisyon oluşturulmuştur. Yine tabiiyet ile ilgili işlemlerin yürütülmesinde, her vilayet merkezinde valilerin başkanlığında birer komisyon kurulmuş ve komisyonun yapacağı işlemlerin rapor olarak valilerce Hariciye Nezareti'ne bildirileceği kabul edilmiştir<sup>163</sup>.

### c. Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu'nun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar

Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunnamesi'nde, zimmî ve müste'men gibi İslam hukuku kavramlarına yer verilmemiş, Batı menşeli kanunlarda yer alan esaslar benimsenmiştir<sup>164</sup>. 1869 yılında hazırlanan Kanunname Fransızca sureti yabancı devletlerin sefaretlerine gönderilmiş ve görüşleri istenmiştir<sup>165</sup>. Başlangıçta sefaretlerin kanunnameye dair temkinli yaklaşımlarına rağmen Fransa ve Avusturya kapitülasyondan kaynaklanan imtiyazlarına dokunulmadığı gerekçesiyle kanuna olumlu bakarken Rusya

<sup>163</sup> Serbestoğlu, s. 74-75.

<sup>164</sup> Bu kanaatin yaygın görüş olmasına karşılık (**Bozkurt**, Alman-İngiliz, s. 190; **Göger**, s. 19) Osmanlı tabiiyetinin aslen veya sonradan kazanılması ve kaybedilmesinde gibi hususlarda Kanunname'nin İslam hukukuna özü itibarıyla uygun olduğu da ifade edilmektedir. Örneğin Nazif Sururi, Kanunname'nin maddelerini şerh ettiği eserinde birçok yerde kanun maddelerinin ahkam-ı fikihiyeye uygun bulunduğunu belirtmiştir. **Sururi**, s. 4, 18, 29-32; 38-39 [bkz. **Kılınc** (ed.), s. 23-27 ve s. 59-76]; benzer değerlendirmeler için bkz. **Osmanağaoğlu**, s. 201-202 [Osmanağaoğlu'nun eserinde; Osmanlı'nın kanunname uyarınca fevkalade telsik yoluyla mühtedilerin ve bazen de gayrimüslimlerin (zimmî olarak) vatandaşlığa kabul edilmesinin fikihi hükümlere uygun olduğuna dair bkz. s. 209-211; Osmanlı tebaasından olan kadınların yabancılarla evlenmeleri sebebiyle ortaya çıkacak tabiiyet meselesi ve bu kadınların ecnebi kabul edilerek "ihtilaf-ı darın mirasçılığa engel olması" şeklindeki fikihi hükme uygun olarak- Osmanlı vatandaşı olan hısımlarıyla aralarında mirasçılık ilişkisinin kurulamayacağına dair irade-i seniyye ve fetvahane görüşü için bkz. s. 240]. Ayrıca ilgili kanunname hükümlerinin fıkihtaki "hayr'ul ebeveyn ilkesi" ile çelişip çelişmediği hususunda bilgi için çalışmamızın 149. dipnotuna ve zimmî kadınların ecnebiyle evliliği hususunda 34. Sayfadaki açıklamaya bakınız.

<sup>165</sup> Sefaretlerin Fransızca olarak gönderdikleri mülahazaların suretleri için bkz. "Osmanlı tabiiyetine girecekler hakkındaki nizamname ile büyük devletlerin bu hususdaki mülahazaları", BOA, HR.İD., 113/47; BOA, HR.İD., 113/48; BOA, HR.İD., 113/ 49 (Miladi 08.02.1869); Tabiiyet kanunnamesi hakkında Fransa, İngiltere, Avusturya, Prusya, Floransa, Rusya, ABD sefaretlerinin mülahazalarının genel tablosu için ayrıca Gülsen **Ulukaya**, "1869 Osmanlı Tabiiyet Kanunu ve Büyük Devletlerin Bu Kanuna Bakışı", Anlambilim MTÜ Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 2, S. 2, 2022, s. 140-144.

ve Yunanistan gibi devletler bu Kanun’a karşı çıkmışlardır<sup>166</sup>. Söz konusu devletler, kapitülasyonlardan ve uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve imtiyazları kaybetme kaygısıyla hareket etmişlerdi. Ayrıca Kanun’un geriye yürümesi ihtimali de Kanun’a karşı çıkmalarında etkiliydi. Fakat Bâb-ı Âli, Kanun’un ecnebinin kapitülasyon ve uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve imtiyazatına halel getirmediğini ve geriye dönük uygulanmayacağını açıkça bildirmiştir<sup>167</sup>. Ancak Kanun’un geriye dönük uygulanmaması, tabiiyet işlemlerinde epey sorun yaratmıştır. Zira Kanun’un yürürlüğünden evvel tabiiyet değiştirdiklerini iddia edenlerin bulunması, Osmanlı makamlarını oldukça uğraştırmıştır. Kural olarak bu iddiaların Hariciye Nezareti’nce araştırılması gerekmektedir, fakat uygulamada zaman zaman suistimaller ortaya çıkmıştır. Bu sebeple 1886 yılında bir genelge yayınlanmış, bu suistimallerin ve gerçek dışı tabiiyet iddialarının önüne geçmeye çalışılmıştır<sup>168</sup>. Buna göre mahkemelere ecnebi oldukları iddiasıyla başvuranlar, bu iddialarını Tabiiyet Kalemi’nden tasdikli ikamet tezkireleri ile ispatla mükellef tutulmuşlardır. Elleri onaylı tezkireleri bulunmayan kişiler Tabiiyet-i Osmaniye Kanunu’nun 9. maddesi gereği Osmanlı vatandaşı sayılmışlardır. Ancak tezkire alma zorunluluğunun yargı işlerinin sürüncemede kalmasına yol açması sebebiyle, uygulamadan kaldırıldığı belirtilmektedir<sup>169</sup>. 1893 yılında Şurayı Devlet, Osmanlı tabiiyetinden çıkmak için talepte bulunanların, ancak Osmanlı ülkesine bir daha dönmeyeceklerini taahhüt etmesi koşuluyla, tabiiyetten çıkabileceklerine karar vermiştir<sup>170</sup>. Sonraki yıllarda tabiiyet değişiklikleri hususunda yaşanabilecek suistimallerin önüne geçebilmek amacıyla iradeler yayınlanmıştır. Osmanlı Devleti, Avrupa devletlerinin bilhassa gayrimüslim tebaa üzerindeki himaye politikasıyla, 1890’lı yıllarda yoğun şekilde arttığı görülen başka ülkelere göç hareketi gibi olayların sebep olduğu tabiiyet sorunlarıyla uğraşmış ve bu sorunları başta Tabiiyet-i Osmaniye

166 **Ulukaya**, s. 140; **Serbestoğlu**, s. 74.

167 Rusya bu konuda Babrali üzerindeki baskıyı arttırmış ve kanunun geriye yürümeceğini kabul ettirmeye muvaffak olmuştur. **Karakoç**, s. 231.

168 Tabiiyet kaleminden tasdikli ikamet tezkiresi ibraz edenlerden tezkirelerini tasdik ettirenlerin *ecnebi*, tasdik ettiremeyenlerin *Osmanlı tebaasından* tanınması ile ilgili nasıl muamele yapılacağını bildiren belge için bkz. BOA, DH.MKT., 1376/124, 11 Safer 1304/28 Teşrinievvel 1302/9 Kasım 1886.

169 **Serbestoğlu**, s. 76.

170 “Tebdil-i Tabiiyet Etmek İsteyenlere Verilecek Mez’uniyyetin Fi Ma’bad Memalik-i Şahane’ye Avdet Etmemek Şartıyla İtası Hakkında Şurayı Devlet Kararı” (28 Cemaziyelahir 1310) tam metin için bkz. **Kılınç** (ed.), s. 188-189.

Kanunu olmak üzere yapılan yasal düzenlemeler ve başka devletlerle yapılan ikili antlaşmalar ile çözmeye çalışmıştır<sup>171</sup>.

Tabiiyet meselesinde karşılaşılan diğer bir sorun da mühtedilerin vatandaşlık durumudur. Esasen 1893 yılında alınan karar doğrultusunda, ih-tida eden ecnebi gayrimüslimlerin bir dilekçeyle Osmanlı hükümetine vatandaşlık için başvurması yeterli görülüyor, buna ek olarak aslen vatandaşı bulunduğu devletten izin alma zorunluluğu aranmıyordu<sup>172</sup>. Osmanlı hükümeti bu başvuruyu, Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu'nun 4. maddesine (fevkalade tevfi-i tabiiyet) istinaden kabul ediyordu. Ancak uygulamada aslen tabii olduğu devlette suç işleyen kanun kaçaklarının da bu yolu kullandığı görülmüştür. Bu nedenle 1913 yılında yayımlanan tamim ile bu uygulamadan vazgeçildi<sup>173</sup>. Artık Osmanlı tabiiyetine geçmek isteyenlere verilecek tezkirede kişinin tabiiyet-i asliyesinden Osmanlı tabiiyetine ne surette geçtiği hususu yazılacaktı. Tabiiyet müdüriyetlerinin doldurduğu tezkireler, nüfus müdüriyetince kaydedilecekti.

Birinci Dünya Savaşı sırasında (1917 yılında) tek taraflı olarak kapitülasyonları kaldıran Osmanlı Devleti, tabiiyet hususunda asker kaçaklarına yönelik olarak Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu'na yeni fıkralar eklemiştir<sup>174</sup>. Bu değişikliklerde Osmanlı hükümetinin izni dışında yabancı bir devletin ordusunda asker olan veya kamu hizmetinde bulunanların Osmanlı tabiiyetinden çıkartılabilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca seferberlik durumunda askerlikten kaçan, izinli yahut görevli olarak yurtdışına giden

171 O zamanki tespitlere göre 1860 ila 1920 arasında, 1.200.000 Osmanlı vatandaşının temelli olarak Amerika'ya göç etmiştir. Bu yüksek miktar o dönem ABD'nin yaklaşık %5'ini teşkil etmekteydi. Göç edenlerin çoğunluğu Ermeniler olup ABD'de bir Ermeni kolonisi ve lobisi kurmuşlardır. **Serbestoğlu**, s. 105-107; ancak ABD vatandaşlığı alıp göç edenlerin bir kısmı o dönem için daha güvenli ve rahat yaşamak için Osmanlı devletine geri dönmüştür. ABD vatandaşı olan oraya göçemeye cesaret edemeyip Osmanlı ülkesinde yaşayan pek çok kişi vardı. Tabiiyet hususundaki bu tür problemlerin çözümü için 1874 yılında Osmanlı-ABD Tabiiyet Antlaşması yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, s. 248-252; Hale **Şıvgın**/Meryem **Günaydın**, "Amerika'dan Osmanlı Devleti'ne Ermenilerin Geri Dönüşleri (1908-1914): Tabiiyet, Emlâk ve Arazi Meselesi", Gazi Akademik Bakış, C. 8, 2015, s. 32.

172 "Teb'a-i ecnebiyyeden olup da İslamiyeti kabul edenlerin Osmanlı tabiiyetine kabulleri için mensub oldukları devletlerin muvafakatine hacet olmadığı"na dair arşiv belgesi: BOA, DH.SN.THR, 34/62, 9 Şevval 1328/14 Ekim 1910.

173 BOA, DH. İD, 116/60, 13 Mart 1329/26 Mart 1913.

174 Bkz. 7 Şevval 1285 tarihli Tabiiyet-i Osmaniyye Kanununun 6'ncı maddesine Müzeyyel 1333 Tarihli Fıkarat-ı Kanuniyye, 30 Cemaziyelahir, 1335, 22 Nisan 1333-Takvim-i Vekayi No: 2861, tam metni için bkz. Kılınç (ed), s. 168-169.

ancak mazeretsiz geri dönmeyen askeriye mensuplarının tabiiyetlerinin akıbeti Osmanlı hükümetinin takdirine bırakılmıştır.

Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi’yle alakalı sorunlardan bir diğeri de ecnebi olan bir kişiyle evlenen kadının 7. madde gereği kocasının tabiiyetine geçmesi ve bu sebeple Osmanlı topraklarındaki taşınmaz mallarındaki tasarruf hakkından ve mirastan mahrum edilmiş olmalarıdır. Bu tabiiyet değişikliği esasen kanunnamenin getirmiş olduğu bir yeniliktir. Zira İslam hukukunda zimmi bir kadın, harbi ile evlense dahi zimmet akdini sonra erdiren başka bir hali olmadıkça İslam devletinin tebaası olmaya devam etmektedir, ayrıca bu evlilikten doğan çocuğu da tabiiyet yönünden anneye bağlanmaktadır. Fıkhi olarak Osmanlı tebaası olmaya devam etmesi gereken kadının, kanunnameye göre vatandaşlığını kaybetmesi ve vatandaşlıktan kaynaklanan (eğer tabi olunan devlet ile Osmanlı devleti arasında aksine bir antlaşma yoksa) gayrimenkullerine tasarruf etme ve mirastan mahrum kalması gibi sorunlar son dönem Osmanlı hukukçuları arasında ihtilafa sebebiyet vermiştir<sup>175</sup>. Osmanlı hukukçusu Affan’a göre bu sorun hakkında iki temel görüş olduğunu ilk görüşün kanunnamedeki hükmü savunurken, ikinci görüş fıkıh kaidelerini esas almaktadır. Affan bu ihtilafın sadece teoride kalmadığını uygulamaya da yansıdığını belirtmektedir<sup>176</sup>.

Kanaatimizce Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi’nin uygulananında ana hatlarıyla özetlediğimiz sorunlar esasen iki sebebe dayanmaktadır. Birinci sebep Kanunnamenin dönemin batılı vatandaşlık anlayışına uygun bir şekilde düzenlenmesine ve Müslüman-gayrimüslim ayrımı yapmamasına rağmen, kapitülasyonlarla kabul edilen imtiyazların devamı hususunda Avrupalı devletlerin yaptıkları baskı ve ısrarlardır<sup>177</sup>. Kapitülasyonların devamı Osmanlı’nın egemenlik hakkıyla doğrudan ilintili olan tabiiyet konularında serbest hareket edebilmesini önemli ölçüde engellemiştir. İkinci sebep ise kanunlarda ve uygulamada görülen karmaşadır ki, şer’i hukuk ile tanzimat sonrası Batı’daki gelişmelerinden esinlenerek yapılan

<sup>175</sup> Osman Affan, “Tabiiyet Mesailinden Ma’bad: İzdivaç: Ecnebi ile İzdivaç Eden Kadınlar- Tebdil-i Tabiiyet”, Muhamat Dergisi S. 35, s. 1081-1082, bkz. Kılınç(ed.), s. 140-142.

<sup>176</sup> Affan, Fetvahane-i Aliyye’nin ikinci görüşü esas alan bir fetva verdiği eklemektedir. Osman Affan, “İzdivaç”, s. 1084, bkz. Kılınç (ed.), s. 143-144.

<sup>177</sup> Gayrimüslim vatandaşların hukuki durumu, Batılı devletler tarafından Osmanlı devletinin iç işlerine karışmak noktasında devamlı bir baskı aracı olmuştur. Belgrad konferansı örneği için bkz. İbrahim, s. 77-78.

kanunların aynı anda yürürlükte bulunmasıdır. Hukuk sisteminde yeni hukuki gelişmelerin Osmanlı hukukuna yeterince iyi entegre edilememesi, bütüncül olmayan parçalı bir hukuki yapı ortaya çıkarmıştır.

### 3. Kânûn-ı Esâsî’de Vatandaşlık Hakkı

Tanzimat ve Islahat Fermanları ile Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu’na ilişkin yaptığımız tüm açıklamalar ışığında, 19. yüzyılın siyasi, iktisadi ve hukuki şartları sebebiyle vatandaşlık ve millet anlayışının değişime uğradığını belirtmek gerekir. Avrupa devletlerinin Devlet-i Aliyye’nin iç işlerine karışmalarının ve devlet ile tebaa arasındaki hukuki-siyasi bağı balta-layıcı politika yürütmelerinin engellenememesi gibi nedenler, Devleti yönetimde reformlar yapmaya zorlamış ve bu doğrultuda Osmanlı içerisinde yaşayan tüm unsurları tek bir “Osmanlı Milleti” çatısı altında birleştirmeye yönelik kanunlar çıkarılmıştır. Bu bağlamda birçok tarihçi, Tanzimat döneminde ilan edilen yasal düzenlemelerin ve 1876 Kânûn-ı Esâsî’nin, İslam hukuku esaslarından kopuşun başlangıcını temsil ettiği ve tebaa ile devlet arasındaki ilişkinin sekülerleşmeye başladığı fikrinde-dir<sup>178</sup>. Tabiiyet-i Osmaniyye Kanunu ile hukuki esas ve mahiyeti belirlenen vatandaşlık bağı, Osmanlı’nın ilk (ve tek) anayasası 1876 tarihli Kânûn-ı Esâsî’deki düzenlemelerle birlikte anayasal bir çerçeveye kavuşmuştur<sup>179</sup>.

12 fasıl ve 119 maddeden müteşekkil olan Kânûn-ı Esâsî’nin 2. faslında Osmanlı tebaasına ait hak ve hürriyetler, “Tebaa-i Devlet-i Osmaniyyenin Hukuk-ı Umumiyesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu fasılda düzenlenen 8. madde ise şöyledir:

*“Devlet-i Osmaniyye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine herhangi din ve mezhepten olur ise olsun bila-istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve izae edilir.”*

Bu maddede “Osmanlı” tabirinin dini ve mezhebi ne olursa olsun Osmanlı tabiiyetinde bulunan tüm bireyler için kullanılacağı vurgulanmış ve Osmanlılık sıfatının kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin ayrıntılar için

<sup>178</sup> **Osmanağaoğlu**, s. 9; **Bozkurt**, Alman-İngiliz, s. 148; Tanör’e göre Tanzimat dönemi devlet politikasının üç veçhesi bulunmaktadır: Birincisi etkin siyasi güçlerin kurumsallaşması, ikincisi kanunlaştırma hareketi, üçüncüsü ise Osmanlı teşkilat yapısında görülen laikleşmedir. Bkz. **Tanör**, s. 97.

<sup>179</sup> Şafak Evran **Topuzkanamış**, Türk Hukukunda Anayasal Gelişmeler Işığında Vatandaşlık, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2013, s. 167-168.

kanuna atıf yapılmıştır. Kânûn-ı Esâsî’nin diğer maddelerinde Osmanlı vatandaşlarının,

a) din ve mezhebi ne olursa olsun kanun önünde, haklar ve mükellefiyetler bakımından eşit olduğu (madde 17);

b) hürriyet-i şahsiyyeye (kişi özgürlüğüne) ve kişi dokunulmazlığına sahip oldukları ve hiç kimsenin kanunda öngörülme-yen yollarla cezalandırılmayacağı (madde 9-10);

c) ehliyet ve kabiliyet esasına göre Devlet memuriyetine (kamu hizmetine) girme haklarının bulunduğu (madde 19)<sup>180</sup>;

d) Devletin resmi dini İslam olmakla beraber kamu güvenliği ve adab-ı umumiyeyi ihlâl etmemek şartıyla Osmanlı toprakları için maruf olan tüm dinlerin serbestçe icrası ve cemaat-ı muhtelifiyeye verilmiş olan dini imtiyazların Devlet-i Aliyye’nin muhafazası altında bulunduğu (madde 11);

e) vatandaşların şahıslarına gerekse umuma yönelik kanun ve nizamın hilafına gördükleri bir maddeden dolayı Meclis-i Umumi’ye, “müddei” sıfatıyla arzuhal verebilecekleri ve memurların fiilleri nedeniyle şikayet haklarının olduğu (madde 14);

belirtilmiş ve bu sayılanlarla beraber eğitim hakkı (madde 15)<sup>181</sup>, konut dokunulmazlığı (madde 22), tabii hakim ilkesi (madde 23), müsadere ve angarya yasağı (madde 24)<sup>182</sup>, işkence yasağı (madde 26) gibi temel hak ve hürriyetler de anayasal çerçeveye alınmıştır.

Ayrıca 21. maddede mal güvenliği düzenlenmiş ve kamu menfaati için gerekliliği sabit olmadıkça ve kanun gereği değeri peşin olarak verilmedikçe kimsenin tasarrufundaki mülke el konulamayacağı belirtilmiştir. Yine vergilerin ancak kanunla belirlenebileceği (vergilerin kanuniliği ilkesi-madde 20) ve vergilerin tüm Osmanlı vatandaşlarından kudreti

180 Kamu hizmetine girme hakkı bakımında liyakat esaslı olmakla birlikte 18. maddede memuriyete namzet olanların Türkçe bilmesi şart koşulmuştur.

181 Bu maddeye göre “*Emri tedris serbesttir. Muayyen olan kanuna tebaiyet şartı ile her Osmanlı umumi ve hususi tedrise mezundur.*” 16. maddede ise tüm mekteplerin devletin denetiminde bulunduğu, ancak bu hükmün milel-i muhtelifeye yani gayrimüslim milletlerin din işlerine dayalı eğitim öğretim faaliyetlerine halel getirmeyeceği düzenlenmiştir.

182 “*Müsadere ve angarya ve cerime memnudur. Fakat muharebe esnasında usulen tâyin olunacak tekalif ve ahval bundan müstesnadr.*”

(ödeme gücü) oranında alınacağı (madde 25) esası kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi *Kânûn-ı Esâsî* temel hak ve hürriyetler bakımından din, dil, ırk gibi farklılıkların ötesinde “Osmanlı” kimliğinin esas alınmış olduğu bir anayasadır<sup>183</sup>. Bununla birlikte öteden beri Osmanlı Devleti tarafından tanınan gayrimüslim toplulukların (cemaat-i muhtelif) idari, yargısal ve siyasi imtiyazların *Kânûn-ı Esâsî*'nin 11. maddesiyle korunma altına alınmış olduğu görülmektedir. Bu durum eski düzenin halen devam ettiğini, aynı kanunlara tabi ve farklılıkları dikkate almayan (eşit) vatandaşlık anlayışının devletin içinde bulunduğu şartlar nedeniyle- tam olarak oturmadığını göstermektedir. Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasında herhangi bir mekanizmanın düzenlenmemiş olması ve padişahın Meclis-i Mebusan ve Heyet-i vükela üzerinde geniş yetkilerinin bulunması nedenleriyle *Kânûn-ı Esâsî*'nin ilk haliyle gerçek anlamda bir meşrutî-anayasal rejim kurmadığını belirtmek gerekir<sup>184</sup>.

Uygulamada *Kânûn-ı Esâsî*'nin getirdiği en kayda değer gelişme ilk genel seçimlerin yapılması ve Osmanlı parlamentosu teşekkül etmesi olmuştur. Oluşan ilk Mebusan meclisinde 68'i Müslüman ve 48'i gayrimüslim olmak üzere 116 mebus katılmıştır<sup>185</sup>. Esasen *Kânûn-ı Esâsî*'den çok önce Müslümanlar ve gayrimüslimler eşit şekilde yerel yönetime katılmaya başlamışlardır ki, bu durum 1840'lara muhasıllık meclislerine kadar götürülebilir. Özellikle 1863 Tuna Vilayeti Nizamnamesi, 1867 Vilayet-i

183 **Osmanağaoğlu**, s. 274.

184 Bu bağlamda *Kânûn-ı Esâsî*'nin “uyruktan vatandaşa” geçişi tam olarak gerçekleştirmediğine dair görüş için bkz. **Topuzkanamış**, s. 169; hakikaten de *Kânûn-ı Esâsî*'nin 1876'daki ilk hali -tüm maddeleriyle birlikte değerlendirildiğinde- “kuvvetler ayrılığının, diğer ifadeyle devlet erkleri arasında denge-fren esasının işletildiği bir parlamenter rejim değil, yasama ve yürütme erklerinin padişaha bağlı olduğu bir sistem öngörmektedir. Sistem parlamentoludur fakat parlamenter bir demokrasiden bahsedilmesi mümkün değildir.” *Kânûn-ı Esâsî*'nin öngördüğü rejimin niteliği hakkındaki görüşlerin özeti için bkz. Adil **Bucaktepe**, “Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 42, Ekim 2014, s. 48; bununla birlikte Kanun-ı Esasi meşrutiyet rejimini getirmese de rejimin niteliğini mutlakıyetten çıkarmıştır. **Tanör**, s. 149; benzer yönde Ali Fuad **Başgil**, *Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri*, C. I, Baha Matbaası, İstanbul 1957, s. 90-91; aynı yönde Roderic H. **Davison**, *Osmanlı-Türk Tarihi (1774-1923)*, çev. Mehmet Morali, Alkım Yayınları, İstanbul 2004, s. 162.

185 Yusuf **Tekin/İrşat Sarılioğlu**, “Osmanlı İmparatorluğu'nda İlk Seçim ve Parlamento”, *Yüzüncü Yılında Tbmmler Oluşumu, Çalışma Şartları ve İşlevleri*, TBMM Basımevi, Ankara 2020, s. 45.

Umumiye Nizamnamesi ve 1871 İdâre-i Umûmiye-i Vilâyet Nizamnamesi’yle<sup>186</sup> birlikte yeniden düzenlenen taşra idari teşkilatındaki idari birimlerde, idare meclislerinin kurulması ve bu meclislere katılanların gayrimüslim ve Müslüman ahaliden *eşit oranda* seçilmesi<sup>187</sup>, siyasi hakların gelişimi ve eşit vatandaşlık anlayışının yerleşmesi hususunda kayda değer bir aşama olmuştur.

#### 4. II. Meşrutiyet Sonrasında Türkiye’de Vatandaşlık Anlayışındaki Değişimler

1877-1878 Osmanlı-Rus Savaşı’nda Osmanlı’nın büyük yenilgiler almasıyla birlikte II. Abdülhamid, hâlihazırda görev yapan Meclis-i Mebusan’ı, 14 Şubat 1878 tarihinde tatil etmiştir. Bu noktadan itibaren yaklaşık 30 yıl boyunca Devletin idaresi saray ve çevresinin elinde olmuştur. II. Abdülhamid bu dönemde konjonktürel durumu nazara alarak dış politikada denge siyaseti izlemiştir. Bilhassa Batılı güçlerin sömürgesi olarak yaşayan İslam dünyasına yönelik olarak halife sıfatını öne çıkardığı belirtilir. Fakat Osmanağaoğlu’nun ifade ettiği gibi iç politikada Tanzimattan bu yana gelişen Osmanlılık fikri bu dönemde de gücünü korumuş ve - Osmanlı halkının tümü açısından siyasal katılım hakkının kullanımında yaşanan gerileme haricinde- gayrimüslimlerin vatandaşlık haklarında bir gerileme olmamıştır<sup>188</sup>. Özellikle Batılı tarzda eğitim veren okullar artmış ve pek çok alanda modernizasyon devam etmiştir<sup>189</sup>. Bu dönemde kurulan

186 Bu yasal düzenlemelerin mimarları Bâb-ı Âli’nin önde gelen devlet adamlarından Ali Paşa ve Fuat Paşa’dır. Vilayet Nizamnamesi hazırlanırken Mithat Paşa ve Ahmet Cevdet Paşa’nın birikimlerinden yararlanılmıştır. 269; Selda **Kaya Kılıç**, “1864 Vilayet Nizamnamesinin Tuna Vilayetinde Uygulanması ve Mithat Paşa”, Tarih Araştırmaları Dergisi, C. 24, 2005, s. 100-102; Mehmet **Seyitdanlıoğlu**, “Yerel Yönetim Metinleri III: Tuna Vilâyeti Nizâmnamesi”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~mehmets/tunavilayetinizamnamesi.pdf>, s. 1-2.

187 Örneğin Tuna vilayeti Nizamnamesi’ne göre **Vilayet idare meclislerinde** her sancaktan Müslüman ve gayrimüslim ahali içerisinde 2’şer üye seçilir (md. 27). **Liva idare meclislerinde** ise hâkim, müftü, (varsa) bölgenin gayrimüslimlerinin ruhani reisleri, mal ve tahrirat müdürleri yanında ahaliden *3’er Müslüman ve gayrimüslim üye* seçilecektir (md. 35). **Kaza idare meclisleri** de Liva idare meclisleri gibi hâkim, müftü, ruhani reisler gibi doğal üyelerinde yanında ahaliden ikisi Müslüman, diğer ikisi gayrimüslim olmak üzere 4 aza seçilir (md. 49). En küçük idari birim olan **karye (köy)de** ise “ahâlî-i islâmiyenin imamları ve ahâlî-i gayrimüslimenin re’is-i ruhânîleri” ihtiyar meclislerinin doğal üyeleridir. Bunlar dışındaki üyeler Nizamname’nin 5. Faslında öngörülen şekilde seçilirler (md. 62).

188 **Osmanağaoğlu**, s. 296.

189 **Osmanağaoğlu**, s. 297.



eğitim kurumlarında yetişen genç nesiller arasında muhalif fikirlerin artması ve bunu sonucunda Jön Türk devriminin gerçekleşmesinde eğitim alanındaki modernleşmenin önemli bir etkisinin olduğunu söylemek gerekir.

Nihayetinde 10 Temmuz 1324 (23 Temmuz 1908) tarihinde Jön Türkler adalet, müsavat, hürriyet ve uhuvvet sloganlarıyla II. Meşrutiyetin ilan edilmesini sağlamışlardır. Aynı gün Vehip Paşa'nın İttihad ve Terakki Cemiyeti adına verdiği söylevde Osmanlı bayrağı altında birleşen çeşitli unsurların din, mezhep, ırk fark etmeksizin aynı ruhu ve ışığı taşıdığını ve birbirlerinin can, mal ve ırzlarını korumayı amaç edindiğini belirtmiştir<sup>190</sup>. Bu söylev ortak bir Osmanlı şuuru ve eşit vatandaşlık ideallerini içermesi önem arz etmektedir. II. Meşrutiyet sonrası yapılan ilk seçimlerde ve teşkil eden meclislerinde tüm farklılıkların aynı potada eridiği bir "Osmanlı milleti" idealize etme fikri hâkim görünmektedir<sup>191</sup>.

1909'da anayasada yapılan değişiklikler ile anayasal düzeyde meşruti monarşiye geçilmiştir. Bu değişiklikler içinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin olanlar, sırasıyla yasa dışı tutuklama (kişi güvenliği bakımından), basın özgürlüğüne ilişkin sansür yasağı, haberleşmenin gizliliği (md. 119), toplantı yapma ve dernek kurma hakkı (md. 120) şeklindedir<sup>192</sup>. Ayrıca devletin güvenliğine hanel getirdikleri polis soruşturmasında sabit olan kişilerin, herhangi bir yargı mercii önüne çıkarılmaksızın, padişah iradesiyle yurtdışına sürgün (sınır dışı) edilebileceğini öngören meşhur 113. maddenin kaldırılması da, kişi özgürlüğü için önemli bir adım olmuştur. Bu madde değişiklikleri ve meşruti rejime geçilmesi gerek kişi güvenliği ve özgürlüğü gerekse siyasi katılım hakkının vatandaşlarca etkin kullanılması önemli bir gelişmedir<sup>193</sup>. Ancak başlangıçta tüm etnik ve dini unsurların Osmanlı Meclis-i Mebusan'ı çatısı altında toplanmaya başlamasına

<sup>190</sup> Söylevin metni için bkz. **Osmanağaoğlu**, s. 301-302; Üstel'e göre II. Meşrutiyet sayesinde cemaatten topluma, mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya tebaa anlayışından vatandaşlık kavramına geçildiğini ifade etmiştir. Füsün **Üstel**, "Makbul Vatandaş"ın Peşinde: II. Meşrutiyet'ten Bugüne Vatandaşlık Eğitimi, İletişim Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 26-27.

<sup>191</sup> Ancak bu durum özellikle Balkan savaşlarıyla değişecek ve *Türkçülük fikri* ağırlık kazanmaya başlayacaktır. İttihat ve Terakki döneminde "Osmanlılık" mefhumu ve filizlenerek büyüyen Türkçü fikirler hakkında bilgi için bkz. **Osmanağaoğlu**, s. 318-319.

<sup>192</sup> **Osmanağaoğlu**, s. 303; **Tanör**, s. 196-197.

<sup>193</sup> Ancak temel hak ve hürriyetlerdeki bu gelişmeler İttihat ve Terakki'nin yönetimi ele geçirmesiyle olumsuz etkilenmiştir. **Karakoç**, s. 257.

rağmen, *aynı vatana ve devlete bağlı olan Osmanlı ulusu yaratma fikri* başarısız olmuştur. Bunun en büyük sebebi tüm dünyada olduğu gibi Osmanlı topraklarında da gayrimüslim cemaatler içinde ulus bilincinin uyanışı ve ulus devlet kurma arzularının önüne geçilememişidir. Anayasal açıdan eşit Osmanlı vatandaşı vurgusunun aksine, Islahat Fermanı’nda sonra hazırlanan cemaat nizamnamelerinin gayrimüslim cemaatlerin ulus olma bilincine hizmet etmiş olduğu da unutulmamalıdır.

20. yüzyılın başı itibarıyla pek çok etnik ve dini yapıyı içinde barındıran geleneksel monarşilerin ayakta kalması, ulus devlet anlayışı karşısında hayatını sürdürmesi çok zordu ve nihayetinde Balkan Savaşları ve ardından Birinci Dünya Savaşı’yla gayrimüslim uluslar ve Müslüman olmakla birlikte Türk olmayan uluslar (Arnavutlar ve Araplar) Osmanlı Devleti’nden ayrıldı. Osmanlı Devleti tarih sahnesinden ayrılırken onun yerini doğal olarak ulus devletler almıştır. Bu devletlerden biri de zorlu bir milli mücadele sonucunda kurulan yeni Türk devleti olmuştur.

Cumhuriyet’in ilanından sonra yürürlüğe giren 1924 Anayasasında vatandaşlık hakkı şöyle düzenlenmiştir: “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla “Türk” ıtlak olunur” (md.88). Düzenlemede dini aidiyet, etnik köken ve ırk gibi unsurların vatandaşlıkta kıstas alınmadığı, bu anlamda “Türk” kavramının ırk manasında değil, hukuki cihetle vatandaşlık bağı anlamında kullanıldığı görülmektedir<sup>194</sup>. 1924 Anayasasından sonraki anayasalarda da vatandaşlık tanımı bu minvaldedir. Milli devlet inşasında Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı’nın egemenlik hakkını önemli ölçüde sınırlandıran gayrimüslim azınlıklara eşit vatandaşlık anlayışıyla çelişen hukuki özerklik ve imtiyazları kesin olarak kaldırmaya kararlıydı<sup>195</sup>. Yapılan hukuk devrimiyle dini esaslara dayalı çok hukuklu düzen ilga edilmiş; Batı kaynaklı ve laik bir hukuk sistemine geçilmiştir. Hukuk devrimi bakımından İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas edilen ve 1926’da kabul edilen Türk Kanun-u Medeni’si önemli bir dönüm

194 Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu M. Kemal Atatürk’ün milletçilik anlayışı Ernest Renan’ın **sübjektif millet yaklaşımıyla** paraleldir. Bu yaklaşıma göre millet ortak bir geçmişi ve birlikte yaşama arzusu olan ve bu mirasın korunmasında kendi iradeleriyle bir araya gelmiş insanların kurduğu topluluğu ifade etmektedir. Anayasa ve kanunlarda yer alan Türk kavramı bu millet yaklaşımıyla doğrudan bağlantılıdır. Kemal Gözler, “Devletin Bir Unsuru Olarak ‘Millet’ Kavramı”, Türkiye Günlüğü, S. 64, Kış 2001, s. 114-115.

195 Ramazan Erhan Güllü, “Lozan Antlaşması Sonrası Türkiye’nin Azınlıklara Yönelik Politikaları”, İstanbul Üniversitesi Avrasya İncelemeleri Dergisi, C. VII, S. 2, s. 286.

noktasıdır<sup>196</sup>. Bu kanunun hazırlık çalışmaları sürerken gayrimüslim azınlıklar Lozan Antlaşması'nın<sup>197</sup> 42. maddesinde<sup>198</sup> tanınan kendi inanç ve adetlerine dayalı hukuki özerkliklerinden feragat etmişlerdir. Böylelikle Türkiye Cumhuriyeti'nde hukuk ve yargı birliğinin sağlanması ve eşitlik temelli vatandaşlık anlayışının yerleşmesi açısından önemli bir aşama kat edilmiştir.

## SONUÇ

Kişinin -uyruğu olduğu- devlet içerisindeki statüsünü ifade etmesi açısından oldukça önemli olan vatandaşlık kavramı çok eskilere dayanmakla birlikte bugünkü anlamını kazanması, büyük ölçüde Fransız İhtilali'nden sonra gerçekleşmiştir. Bu nedenle çalışmamızda anakronizme düşmemek için İslam hukuku ve klasik dönem Osmanlı hukukunda gayrimüslimlerin hukuki statüleri ele alınırken o dönemin kendine özgü şartlarının esas alınmasına dikkat edilmiştir. Osmanlı Devleti'nin, kendi hakimiyetinde yaşayan farklı etnik ve dini topluluklarının hukuki statüsünün belirlenmesinde tabii olarak şer'i hukukun getirdiği esaslar dikkate alınmıştır. Bu nedenle Osmanlı'da gayrimüslimlerin hukuki statüsünü kavrayabilmek için İslam hukukundaki zimmet akdi ve zimmî statüsü incelenmiştir.

İslam devletine zimmet akdi ile bağlı bulunan gayrimüslimlerin can, mal ve ırz güvenlikleri iç ve dış saldırılara karşı koruma altına alınmıştır.

---

196 Medeni hukukun ve yeni Medeni Kanun'un Türk hukuk düzeni bakımından önemi için bkz. Ahmet **Mumcu**, *Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, 5. Bası, İnkılap ve Aka Yayınları, İstanbul 1979, s. 148-151.

197 Azınlık hakları Lozan Antlaşmasının III. Faslında 37. ve 44. maddeler arasında düzenlenmiştir. Lozan Antlaşmasının Türkçe ve Fransızca karşılaştırmalı tam metni için bkz. **Düstur**, Üçüncü Tertip, 5. Cilt, 11 Ağustos 1339-19 Teşrinievvel 1340.

198 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması'yla gayrimüslimlere azınlık statüsü tanınmış ve kendi inanç ve gelenekleri çerçevesinde bazı ayrı haklara sahip olmalarını da teyit etmiştir. Gayrimüslim vatandaşların hukuki statüsüyle ilgili en önemli maddelerden biri 42. maddeydi. Bu maddede gayrimüslimlere kişiler ve aile hukukuna (ahval-i şahsiyyeye) giren meselelerde kendi hukuklarını uygulayabilecekleri ve bu düzenlemelerin azınlıkların da olduğu karma bir komisyonda hazırlanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durum Osmanlı'dan gelen gayrimüslimlere özgü muafiyet ve serbestilerin devam edeceği ve Türk Hükümetinin bu konuyla alakalı teşrii, idari ve yargısal yetkilerinin kısıtlanacağı anlamına gelmekteydi. Lozan müzakerelerinde gayrimüslimlerin hukuki statüleri ve adli imtiyazlar hakkında bkz. M. Akif **Aydın**, "Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan'ın Oynadığı Rol", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. 8, S. 3-4, Yaz-Güz 1995, s. 167-168; **Güllü**, "Lozan Antlaşması Sonrası Türkiye'nin Azınlıklara Yönelik Politikaları", s. 276-277.

Zimmet akdi gereği gayrimüslimler, İslam devletinin idaresine ve İslam ahkâmına (hukukuna) tabi olmayı kabul etmişlerdir. “Gayrimüslimlerin dini meselelerde kendi hallerine bırakılması” düsturu gereği İslam hukukunda ahval-i şahsiyye gibi bazı sahalarda hukuki muafiyete sahip olmaları ve birtakım farklı yükümlülüklerle tabi olmaları gibi istisnalara rağmen zimmîler de Müslümanlar gibi aynı hukuka muhataptırlar. Bu açıdan klasik fıkıh metinlerinde, “vatandaşlık” kavramı doğrudan geçmese de, Müslümanlar gibi gayrimüslimlerin (zimmîlerin) de İslam devletiyle hukuki ve siyasi bir bağ kurmuş olmaları ve dârülislâm ehli sayılmaları nedeniyle, İslam’da vatandaşlık telakkisinin bulunduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte bu bağın, günümüzde dil, din ve ırk ayrımının bulunmadığı eşitlik temelli seküler vatandaşlık anlayışıyla tamamen örtüşmemesini doğal karşılamak gerekir.

Osmanlı Devleti, topraklarında yaşayan gayrimüslim toplulukların yönetiminde, her din ve mezhebin dini liderlerini muhatap almış ve onların makamlarını tanıyarak, belirli idari ve kazai yetkiler vermiştir. Bu çerçevede her dini topluluk kendi içinde millet/cemaat şeklinde kompartımanlar oluşturmuş ve dini-kültürel kimliklerini bu yapı içerisinde muhafaza edebilmişlerdir. Millet sistemi adı verilen bu düzen hakkında milletlerin otonom yapıda olduğu, devlet içinde devlet oluşturdukları gibi abartılı fikirler ileri sürülmüşse de günümüzde millet nizamının, “otonom dini cemaatler düzeni” olmaktan ziyade “ruhani iltizam sistemi” olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır.

19. yüzyıla gelindiğinde ise Fransız İhtilali’nin etkisiyle, dünyanın pek çok bölgesine yayılan ulusçuluk hareketleri, pek çok etnik ve dini topluluğu bünyesinde barındıran Osmanlı Devleti’ni olumsuz yönde etkilemiş, bu ise kapsamlı reform hareketlerini beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda yeni kurumlar açılıp yeni kanunlar ihdas edilirken ulusçu hareketlerin önüne geçmek ve Avrupa devletlerinin baskılarını bertaraf etmek amacıyla, Osmanlıcılık politikası benimsenmiş ve dini-etnik kökeni fark etmeksizin her bir ferdin “Osmanlı üst kimliği” altında bir arada yaşamasının yolu aranmıştır. Ancak bu gelişmelerin ötesinde, Osmanlı hükümetinin benimsemiş olduğu Osmanlıcılık politikalara rağmen, her dini topluluğa ilişkin bir millet nizamnamesinin çıkarılmasıyla, gayrimüslim cemaatlerin ulus bilinci kazanmalarına neden olacak bazı yasal düzenlemelerin ve uygulamaların yapıldığı görülmektedir. Dahası kapitülasyonlarla getirilen idari, hukuki ve adli imtiyazlar ve gayrimüslim tebaanın bunlardan yararlanmak için yabancı devletlerin himayesine girmeleri veya tabiiyet değiştirme girişimleri, Devletin egemenlik haklarını kısıtlar hale gelmiştir.

Osmanlı Hükümeti tabiiyete ilişkin meselelerin yasal çerçevesini çizmek üzere Tabiiyet-i Osmaniye Kanunnamesi'ni çıkarmış ve himaye uygulamasını sürdürmek isteyen yabancı devletlerden tepkiler almasına rağmen tabiiyet sorunlarının üstesinden gelmeye çalışmıştır. Gerek bu tür yasal düzenlemelerde, gerekse Kânûn-ı Esâsî'de Müslüman gayrimüslim ayrımı yapılmaksızın eşitlik temelli vatandaşlık anlayışı benimsenmiş olmasına rağmen yabancıların ve mahmilik kurumundan yararlanan Osmanlı gayrimüslimlerinin sahip oldukları idari, hukuki ve yargısal imtiyazlar, bütüncül bir hukuki yapı kurulmasında ve yargısal birliğin tesis edilmesinde önemli bir engel teşkil etmiştir. Bu sebeplerle birlikte, ulusçuluk akımının gayrimüslim tebaa üzerinde etkili olması ve Avrupalı devletlerinin bu konudaki müdahaleleri, devletin bir “Osmanlı ulusu” ve “Osmanlı vatandaşlığı” yaratma hedefini başarısızlığa uğratmıştır. Kapitülasyonların ve gayrimüslim azınlıkların hukuki özerkliklerinin kaldırılması ancak Osmanlı Devleti'nin dağılmasından sonra, Türkiye Cumhuriyeti döneminde mümkün olmuştur.

## KAYNAKÇA

- Abu Jaber**, K. S. “The Millet System in the Nineteenth Century Ottoman Empire”. The Muslim World. C. LVII, S. 3, 1967, s. 213-223.
- Affan**, Osman. “Tabiiyet Mesailinden Ma’bad: İzdivaç: Ecnebi ile İzdivaç Eden Kadınlar- Tebdil-i Tabiiyet”. Muhamat Dergisi. S. 35, s. 1078-1084 (eser için ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Betül Argunhan/Merve Nur Öztürk, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2021, s. 140-144).
- Affan**, Osman. “Tabiiyet”. Muhamat Dergisi. S. 33, 10 Nisan 1330, s. 1025-1030 (eser için ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Betül Argunhan/Merve Nur Öztürk, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2021, s. 119-126).
- Affan**, Osman. “Terk-i Tabiiyet: Tabiiyet Mesailinden Ma’bad: Terk-i Tabiiyet Şeraiti -Mahmiyet-i Ecnebiye Tarihçesi - Kavanin-i Ecnebiye Ahkamı”. Muhamat Dergisi. S. 36, s. 1109-1112 (eser için ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Betül Argunhan/Merve Nur Öztürk, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2021, s. 145-151.)
- Akgündüz**, Ahmet. Osmanlı Devletinde Gayrimüslimlerin Yönetimi. Timaş Yayınları, İstanbul 2008.
- Akyılmaz**, Gül. “Tanzimat’tan Önce ve Sonra Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü”. Yeni Türkiye Dergisi (Ermeni Özel Sayısı-II). C. 38, 2001, s. 671-686.
- Akyılmaz**, Gül. Siyasi Tarih. 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Albayrak**, Zariife. Şeyhül-İslâm Ebu's-Suûd Efendi'nin Fetvalarında Osmanlı Gayrimüslimleri. Libra Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Atçı**, İsa. “İslâm Devletler Hukukunda Devletin Gayrimüslimlere Ait Mâbetler Hususunda Yürüttüğü Politikanın Dinî mi Yoksa Siyasî mi Olduğu Üzerine Bir İnceleme”. ATEBE. S. 7, Haziran 2022, s. 15-36.
- Aydın**, Mehmet Akif. “Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı”. İçinde Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet. 15-73. 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2020.
- Aydın**, Mehmet Akif. “Türk Hukukunun Laikleşme Sürecinde Lozan’ın Oynadığı Rol”. İslâmî Araştırmalar Dergisi. C. 8, S. 3-4, Yaz-Güz 1995, s. 166-172.
- Aydın**, Mehmet Akif. Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye’nin Temeli. İSAM Yayınları, Ankara 2020.
- Aydın**, Melikşah. Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık. On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Aydınlı**, Osman. “Kudüs’ün Fethi ve Hz. Ömer Emannâmesi”. Pamukkale Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 7, S. 1, 2020, s. 608-630.
- Aydoğdu**, Nergiz. “Tanzimat Dönemi Türk Basınında İslahat Fermanı ve Siyasi Vatandaşlık Politikaları: Eleştiri ve Tepkiler”. İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi. C. 9, S. 1, 2020, s. 636-662.
- Barkey**, Karen/**Gavrilis**, George. “The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy”. Ethnopolitics. C. 15, S. 1, 2016, s. 24-42.
- Başgil**, Ali Fuad. Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri. C. I, Baha Matbaası, İstanbul 1957.
- Berber**, Emre. “Kabile Sistemi Ekseninde Medine Vesikası ve Yeni İslam Toplumunun Sosyo-Siyasal Niteliği”. TAAD. S. 26, Y. 7, 2016, s. 461-492.
- Berkes**, Niyazi. Türkiye’de Çağdaşlaşma. Yayına Hazırlayan Ahmet Kuş, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019.
- Berki**, Osman Fazıl. “Türk Vatandaşlığı Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi”. AÜHFD, C. 27, 1970, s. 67-75.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi. Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye. Cilt 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1988.
- Bilmen**, Ömer Nasuhi. Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye. Cilt 4, Bilmen Yayınları, İstanbul 1990.
- BOA**, DH. İD, 116/60, 13 Mart 1329/26 Mart 1913.
- BOA**, DH.MKT., 1376/124, 11 Safer 1304/28 Teşrinievvel 1302/9 Kasım 1886.
- BOA**, DH.SN.THR, 34/62, 9 Şevval 1328/14 Ekim 1910.
- Bostancı**, Ahmet. İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999.
- Bozkurt**, Gülnihal. “İslam Hukukunda Zimmîlerin Hukuki Statüleri”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kudret Ayiter Armağanı. C. 3, S. 14, 1987, s. 115-155.
- Bozkurt**, Gülnihal. Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerinin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914). TTK Basımevi, Ankara 1989. (*Alman-İngiliz*)
- Braude**, Benjamin. “Foundation Myths of the Millet System”, İçinde Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society, Editör: B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 69-83.
- Bucaktepe**, Adil. “Birinci ve İkinci Meşrutiyet Anayasalarında Öngörülen Devlet Modelleri Hakkında Bir Değerlendirme”. Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. C. 42, Ekim 2014, s. 45-56.

**Davison**, Roderic H. Osmanlı-Türk Tarihi (1774-1923). çev. Mehmet Moralı, Alkım Yayınları, İstanbul 2004.

**Demir**, Gamze Nur. Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslim Tebaanın Hukuki Durumu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi SBE, 2015.

**Demir**, Özge. “İslam Hukuku’nda Zimmet Sözleşmesinin Hukuki Kapsamı ve Osmanlı İmparatorluğu’ndaki Görünümü”. İÜHFM. C. LXXII, S. 1, 2014, s. 739-758.

**Düstur**, Üçüncü Tertip, 5. Cilt, 11 Ağustos 1339-19 Teşrinievvel 1340.

**Ebu Yusuf**. Kitab-ül Haraç, Çeviren Ali Özek, 2. Bası, alBaraka Yayınları, İstanbul 2022.

**Ekinci**, Ekrem Buğra. Osmanlı Hukuku. 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul 2017.

**Ercan**, Yavuz. Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları. Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

**Ercan**, Yavuz. Türkiye’de Azınlık Sorununun Kökeni (Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Gayrimüslimler). OTAM Dergisi. C. 20, S. 20, Mart 2006, s. 1-15.

**Eryılmaz**, Bilal. Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb’anın Yönetimi. Risale Yayınları, İstanbul 1990.

**Findley**, Carter V.. Modern Türkiye Tarihi: İslam, Milliyetçilik ve Modernlik (1789-2007). 3. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul 2014.

**Genç**, Mehmet. “Mukātaa”. TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 31, Ankara 2020, s. 129-132.

**Göğür**, Erdoğan. Türk Tâbiyyet Hukuku. 4. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

**Gözler**, Kemal. “Devletin Bir unsuru Olarak 'Millet' Kavramı”. Türkiye Günlüğü. S. 64, Kış 2001, s. 108-123, [www.anayasa.gen.tr/millet.htm](http://www.anayasa.gen.tr/millet.htm), E.T. 20.11.2023.

**Güllü**, Ramazan Erhan. “Lozan Antlaşması Sonrası Türkiye’nin Azınlıklara Yönelik Politikaları”, İstanbul Üniversitesi Avrasya İncelemeleri Dergisi, C. VII, S. 2, s. 268 – 298.

**Güllü**, Ramazan Erhan. Ermeni Sorunu ve İstanbul Ermeni Patrikhanesi (1878-1923). TTK Yayınları, Ankara 2015.

**Gümüş**, Musa. “Anayasal Meşruti Yönetime Medhal 1856 İslahat Fermanı’nın Tam Metin İncelemesi”. Bilig. C. 48, 2008, s. 215-240.

**Güneş**, Ahmet. “İslam Hukukunda Gayrimüslimlerin Vatandaşlık Statüleri”. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi. C. 11, S. 1, 2008, s. 255-268.



**Güneş**, Ahmet. “Medine Vesikası’nın İslam Hukuku Açısından Kaynak Değeri”. EKEV Akademi Dergisi. C. 12, S. 34, Kış 2008, s. 211-222.

**Gürkaynak**, Muharrem. “Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi ve Yahudi Milleti”. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. C. 8, S. 2, 2003, s. 275-290.

**Güzel**, Ahmet. “İslâm Geleneğinde Birlikte Yaşama Tecrübesi: Hulefâ-yı Râşidîn Örneği”. KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 27, 2016, s. 29-56.

**Hamidullah**, Muhammed. İslam Peygamberi-I. Yeni Şafak Kültür Armağanı, Ankara 2003.

**Hamidullah**, Muhammed. İslam’da Devlet İdaresi. Beyan Yayınları, İstanbul 1998.

**Hoş**, Hasan Serdar. “Hukuki Çoğulluk Kavramının Osmanlı Millet Sistemi Bağlamında Değerlendirilmesi ve İsrail Uygulaması”. TAAD. Y. 11, S. 42, Nisan 2020, s. 203-230.

<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir>

**İbrahim**, Abdülazim. “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Tabaasının Hukuki Durumu”. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 5, S. 1, 2022, s. 63-91.

**İnalçık**, Halil. “Ottoman Archival Materials on Millets”. İçinde Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society. Editör: B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 437-449.

**İnalçık**, Halil. “The Status of the Greek Patriarch under the Ottomans”. Turcica. C. XXI-XXIII, 1991, s. 411-428.

**İnalçık**, Halil. Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV Ayanlar, Tanzimat, Meşrutiyet. 7. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.

**Kara**, Cahit. “İslâm Coğrafyasında Mecûsiler (Emevîlerin Sonuna Kadar)”. AİBÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 1, S. 2, Güz 2013, s. 19-59.

**Karakoç**, İrem. Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü. Yetkin Yayınları, İzmir 2012.

**Karaman**, Hayreddin. Mukayeseli İslam Hukuku, C. III, İz Yayıncılık, İstanbul 2016.

**Karpat**, Kemal. “Millets and Nationality: The Roots of the Incongruity of Nation and State in the Post-Ottoman Era”. İçinde Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society, editör B. Braude ve B. Lewis, New York 1982, s. 141-170.

**Kaya Kılıç**, Selda. “1864 Vilayet Nizamnamesinin Tuna Vilayetinde Uygulanması ve Mithat Paşa”. Tarih Araştırmaları Dergisi. C. 24, 2005, s. 99-111.

**Kenanoğlu**, M. Macit. Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek. 4. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2017.

**Keskin**, Erdoğan. “Anayasacılık Bağlamında İslami Anayasacılık Kavramı ve Medine Vesikası”. AÜHFD. C. 70, S. 3, 2021, s. 957-990.

**Kılınç**, Ahmet (ed.). Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku. Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2021.

**Kılınç**, Ahmet. “Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience”. Law & Justice Review. Y. 8, S. 14, Haziran 2017, s. 79-94.

**Kılınçlı**, Sami. Nüzul Sürecinde Müslümanların Gayrimüslimlerle İlişkileri -Medine Dönemi 622-625 Yılları Arası-. Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2018.

**Konan**, Belkıs. “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”. AÜHFD. C. 64, S. 1, 2015, s. 171-193.

**Kumaş**, Mehmet Salih. “Hukukî Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış”. Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 15, S. 2, Haziran 2006, s. 1-22.

**Kurtaran**, Uğur. “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”. Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitü Dergisi. C. 1, S. 8, Aralık 2011, s. 57-71.

**Lewis**, Bernard. Modern Türkiye’nin Doğuşu, Çeviren Boğaç Babür Turna, 10. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara 2018.

**Mumcu**, Ahmet. Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi, 5. Baskı, İnkılap ve Aka Yayınları, İstanbul 1979.

**Namık Kemal**. Vatan-Yahut- Silistre. Hazırlayan: Mustafa Nihat Özön, Remzi Kitabevi, İstanbul 1993.

**Namık Kemal/Ziya Paşa**. “Mesele-i Müsavat”. Hürriyet. S. 15, 18 Cemaziyülahir 1285/5 Ekim 1868.

**Nomer**, Ergin. Türk Vatandaşlık Hukuku. 26. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

**Okur**, Kâşif Hamdi. “İslam Hukukunda Miras Engeli Olarak Müslüman ve Gayrimüslim Arasındaki Din Ayrılığı”. Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi. C. VII, S. 3, 2007, s. 95-119.

**Ortaylı**, İlber. “Osmanlı İmparatorluğunda “Millet” Nizamı”. Ayrı basım, Hamide Topçuoğlu’na Armağan. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.

**Ortaylı**, İlber. “Osmanlılar’da Millet Sistemi”. TDV İslâm Ansiklopedisi, C. 30, Ankara 2020, s. 66-70.

**Osmanağaoğlu**, Cihan. Tanzimat Dönemi İtibarıyla Osmanlı Tabiiyetinin (Vatandaşlığının) Gelişimi. Legal Yayınları, İstanbul 2004.

**Örikağasızade Hasan Sırrı**. “Tabiiyet Hakkında Bazı Mütalaat ve Kanun-i Osmani Onuncu Nüshadan Ma’bad”. İstişare. No:11, 20 Teşrin-i Sani 1324, s. 433-485 (eser için ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Harun Karakaya, Adalet Bakanlığı Yayını, 2021, s. 89-97).

**Özcoşar**, İbrahim. “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Durumu ve Millet Sistemi”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 7, S. 1, 2003, s. 124-139.

**Özel**, Ahmet. “Gayri Müslim”. TDV İslâm Ansiklopedisi. İstanbul 1996, s. 418- 427.

**Özel**, Ahmet. “Harbî”. TDV İslâm Ansiklopedisi. S. 16, İstanbul 1997, s. 112-114

**Özel**, Ahmet. İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Darülislam-Darülharb. 4. Bası, İz Yayıncılık, İstanbul 2019.

**Özkan**, Işıl. Göç ve Vatandaşlık Hukuku. Seçkin Yayınları, İstanbul 2022.

**Reyhan**, Cenk. “Osmanlı’da Millet Nizamnameleri: Avrupa ile Uyum Sürecinde Rum-Ermeni-Yahudi Cemaat Düzenlemeleri”. Belgeler TTK. C. XXVII, S. 31, 2006, s. 33-90.

**Serbestoğlu**, İbrahim. Osmanlı Kimdir? Osmanlı Devleti’nde Tabiiyet Sorunu. Yeditepe Yayınları, İstanbul 2014.

**Seyitdanlıoğlu**, Mehmet. “Yerel Yönetim Metinleri III: Tuna Vilâyeti Nizâmname’si”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~mehmets/tunavilayetini-zamnamesi.pdf> (E.T. 28.10.2023).

**Söylemez**, Mehmet Mahfuz. “İlk Dönem İslam Toplumunda Gayrimüslimlerin Yeri: Haklar ve Hoşgörü”. İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 22, 2010, s. 99-124.

**Sururi**, Nazif. Şerh-i Kanun-i Tabiiyet. İstanbul 1324 (eser için ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Harun Karakaya/A. Vefa Karataş/Betül Argunhan/Betül Kayar/S. Betül Doğangüzel/Merve Nur Öztürk, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2021, s. 57- 86).

**Şentürk**, Recep. “Millet”. TDV İslâm Ansiklopedisi. C. 30, Ankara 2020, s. 64-66.

**Şıvgın**, Hale/**Günaydın**, Meryem. “Amerika’dan Osmanlı Devleti’ne Ermenilerin Geri Dönüşleri (1908-1914): Tâbiyet, Emlâk ve Arazi Meselesi”. Gazi Akademik Bakış. C. 8, 2015, s. 1-40.

**Tanör**, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2019.

**Tekin**, Yusuf/**Sarılioğlu**, İrşat. “Meşveret-Meşrutiyet-Demokrasi Tartışmaları Çerçevesinde Osmanlı İmparatorluğu’nda İlk Seçim ve Parlamento”. Yüzcü Yılında TBMM Oluşumu, Çalışma Şartları ve İşlevleri, TBMM Basımevi, Ankara 2020, s. 33-56.

**Topçuoğlu**, Ali Aslan. “Modern Hukuk ve İslam’da Vatandaşlık Kavramının Hukukî Temeli”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XVI, S. 3, 2012, s. 185-216.

**Topuzkanamış**, Şafak Evran. “Türk Hukukunda Anayasal Gelişmeler Işığında Vatandaşlık”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2013.

**Türkiye Diyanet İşleri Ansiklopedisi**. “Kocabaşı”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kocabasi> (Erişim Tarihi: 15.09.2023).

**Ulukaya**, Gülşen. “1869 Osmanlı Tabiiyet Kanunu ve Büyük Devletlerin Bu Kanuna Bakışı”. Anlambilim MTÜ Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi. C. 2, S. 2, 2022, s. 136-150.

**Uluocak**, Nihat Erdener. Türk Vatandaşlık Hukuku. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

**Üstel**, Füsün. “Makbul Vatandaş”ın Peşinde: II. Meşrutiyet’ten Bugüne Vatandaşlık Eğitimi. İletişim Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2008.

**Yaman**, Ahmet. “Zimmî”. TDV İslâm Ansiklopedisi. C. 44, İstanbul 2013, s. 434-438.

**Yılmaz**, Faruk. Türk Anayasa Tarihi. İz Yayıncılık, İstanbul 2012.

**Yurtsever**, Yılmaz . “İslam Hukuku ve Klasik Osmanlı Dönemi Uygulamalarında Zimmîlerin Hukuki Statüsü”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 8, S. 1-2, 2000, s. 439-462.

**Yusuf Ziya**, “İmtiyazat-ı Ecnebiye ve Mesele-i Tabiiyet- Kısım-ı Gayri Resmî”, Ceride-i Adliye Dergisi, No: 8, 20 Mart 1326, s. 291-298 (eser için ayrıca bkz. ayrıca bkz. Ahmet Kılınç (ed.), Osmanlı Hukukçuları Gözünden Tabiiyet Hukuku, Transliterasyon: Alpaslan Balcı/Semra Betül Doğangüzel, Adalet Bakanlığı Yayını, 2021, s. 105-115).

**Zeydan**, Abdülkerim. “İslam Hukukuna Göre Zimmîler”. Çeviren Hasan Güleç, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 8, 1994, s. 431-440.

**Zeydan**, Abdülkerim. İslam Hukukunda Ferd ve Devlet (İslam Anayasa Hukuku). International Islamic Federation of Student Organizations, Kuveyt 1977.

**Zuhayli**, Vehbe. İslam Fıkhi Ansiklopedisi. Cilt 8, Risale Yayınları, İstanbul 2012.

**Zürcher**, Eric Jan. Modernleşen Türkiye’nin Tarihi. Çeviren Yasemin Gönen, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2018.





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi


Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair 7394 sayılı Kanun İle Getirilen Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulamasına İlişkin Yargıtay 11. Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Decisions of the 11th Criminal Chamber of the  
Court of Cassation Regarding the Application in Terms of Time of  
the Regulation Introduced by the Law No. 7394 on the Non -  
Seeking of the Opinion Litigation Requirement in Certain Cases

  Av. Sadık Melih İŞLER \*

 10.60002/ebyuhfd.1381530

### ÖZET

213 sayılı VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarının takibine ilişkin VUK'nun 367. maddesinde özel bir usul öngörülmüş olup,

\* Ordu Barosu, Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 26.10.2023 | **Kabul/Accepted:** 23.11.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Sadık Melih İşler, “Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair Getirilen Yeni Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Yargı Uygulamasına Etkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (279-301).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

anılan maddede ilgili vergi komisyonundan mütalaa alınmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Yargıtay, mütalaa verilmesini bir muhakeme şartı olarak görmekte, hem fiil hem de fail için verilir verilmediğini büyük bir titizlikle denetlemektedir. Ayrıca Yargıtay, mütalaanın yargılama makamlarına yol gösterici bir takdiri delil niteliği taşıdığını kabul etmektedir. Ancak 08.04.2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile mütalaa muhakeme şartının düzenlendiği VUK'nun 367. maddesine yeni bir fıkra eklenerek önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile, soruşturma veya kovuşturma konusu olmuş 359. maddede düzenlenen bir vergi kaçakçılığı fiilinin, başka bir kişi tarafından ya da başka bir kişiyle birlikte işlendiğinin sonradan tespiti halinde, yeni tespit edilen bu kişiler hakkında kamu davası açılabilmesi için ayrıca bir mütalaa alınmasına gerek olmayacağı belirtilmektedir. Böylelikle, değişiklik öncesinde mütalaanın her durumda hem fiil hem de fail hakkında verilme zorunluluğunun aranmasına ve mütalaanın verilemeyeceğinin anlaşılması halinde ise düşme kararı verilmesi gerektiğine yönelik Yargıtay uygulaması, getirilen düzenleme özelinde sonlanmıştır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi ise, 7394 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenlemenin derhal uygulama ilkesi kapsamında olduğunu değerlendirerek değişiklikten önce açılan ve mütalaa yokluğu nedeniyle düşme kararı verilen davalarda, bu düzenlemenin getirildiğini belirterek düşme kararı verilemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bu uygulaması, mütalaa muhakeme şartının salt şekli ceza hukukuna ait bir kurum olduğu kabulüne dayanmaktadır. Ancak kanaatimizce, mütalaa muhakeme şartının özü ve işlevi sebebiyle yalnızca şekli ceza hukukuna özgü bir kurum olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, yokluğu halinde devlet ile fail arasındaki cezalandırma ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi ceza hukukuna özgü önemli bir yönü bulunmaktadır. Bu itibarla eldeki çalışmada, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bu görüşünün aksine, öncelikle mütalaanın şekli ceza hukuku yönleriyle birlikte maddi ceza hukuku yönlerinin de bulunduğu açıklanmaya çalışılmış ve 7394 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin derdest davalarda geriye yürütülmesine konu Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin iki kararının bu kapsamda değerlendirilmesi ile eleştirisine yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Vergi Ceza Hukuku, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Mütalaa Muhakeme Şartı, 7394 Sayılı Kanun, Zaman Bakımından Uygulama.

## ABSTRACT

A special procedure is stipulated in Article 367 of the Tax Procedure Law regarding the pursuit of tax evasion crimes regulated in Article 359 of the TPL No. 213, and it is regulated in the said article that it is mandatory to obtain an opinion from the relevant. The Court of Cassation sees the provision of an reasoning as a condition of judgment and checks with great care whether it is given for both the act and the perpetrator. In addition, the Court of Cassation accepts that the opinion is a discretionary proof that guides the trial authorities. However, with Article 5 of Law No. 7394 dated 08.04.2022, a significant Change has been made by adding a new paragraph to Article 367 of the Tax Procedure Law, wich regulates the condition of opinion reasoning. With this amendment, it is stated that if

it is later determined that a tax evasion act regulated in Article 359, which has been the subject of investigation or prosecution, was committed by or together with another person, there will be no need to obtain a separate opinion in order to file a public lawsuit against these newly identified persons. Thus, before the amendment, the Court of Cassation's practice that the opinion was required to be given about both the act and the perpetrator in every case, and that if it was understood that the opinion could not be given, the decision to dismiss it was ended, specifically with the regulation introduced. The 11th Criminal Chamber of the Court of Cassation of Appeals, on the other hand, evaluated that this regulation introduced by Law No. 7394 is within the scope of the principle of immediate implementation, and stated that in cases filed before the amendment and where a decision was made to abatement of action due to lack of opinion, abatement of action decision cannot be given, stating that this regulation was introduced. This practice of the 11th Criminal Chamber of the Court of Cassation of Appeal is based on the acceptance that the condition of opinion of opinion reasoning hearing is an institution that belongs only to criminal law. However, in our opinion, due to the essence and function of the condition of opinion reasoning, it is not possible to accept it as an institution specific only to form of criminal law; in its absence, it has an important aspect specific to substantive criminal law in that it ends the punishing relationship between the state and the individual. In this respect, in the present study, contrary to this opinion of the 11th Criminal Chamber of the Court of Cassation of Appeals, it has been tried to explain that the opinion has both substantive criminal law aspects, and the amendment brought by law No. 7394 is subject to retroactive implementation in pending cases. Two decisions are evaluated and criticized in this context.

**Keywords:** Tax Criminal Law, Tax Evasion Offenses, Condition of Opinion Reasoning, Law No. 7394, Application in Terms of Tim.

## GİRİŞ

213 sayılı VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarının takibine ilişkin VUK'nun 367. maddesinde, ilgili vergi değerlendirme komisyonundan mütalaa alınmasının mecburi olduğunu öngören özel bir düzenleme bulunmaktadır<sup>1</sup>. Yargıtay, vergi kaçakçılığı suçlarının takibi açısından mütalaa alınmasını bir muhakeme şartı olarak görmekte, düzenlemede bir açıklık olmasa da iddianamedeki fiil ve fail yönünden mütalaanın alınmaması ve verilemeyeceğinin de anlaşılması halle-

---

<sup>1</sup> Fevzi Rıfat **Ortaç**/Hilmi **Ünsal**, Genel Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 167; Turgut **Candan**, Vergisel Kabahatler ve Suçlar, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 593; Yusuf **Karakoç**, Vergi Ceza Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 331.



rinde yargılamanın düşme kararı ile sonuçlanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>2</sup>. Ancak 08.04.2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile mütalaa muhakeme şartının düzenlendiği VUK'nun 367. maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve Yargıtay'ın bu uygulamasına yönelik önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile, soruşturma veya kovuşturma konusu olmuş VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen bir vergi kaçakçılığı fiilinin, başka bir kişi tarafından ya da başka bir kişiyle birlikte işlendiğinin sonradan tespiti halinde, yeni tespit edilen bu kişiler hakkında kamu davası açılabilmesi için ayrıca bir mütalaa alınmasına gerek olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buradan hareketle ve değişiklik özelinde olmak üzere, Yargıtay'ın yukarıda ifade edilen uygulamasına kanun koyucu tarafından son verildiği görülmektedir. İstisnai bir düzenleme olan mütalaa kurumuna başka bir istisna getiren kanun koyucunun, 7394 sayılı Kanun'un ile yargılama sürecinde karşılaşılması muhtemel ve sürecin baştan başlamasına neden olan eksikliklerin önüne geçmek istediği açıktır. Ancak çalışma konumuz, 7394 sayılı Kanun'la getirilen mütalaa muhakeme şartının bazı hallerde aranmayacağına dair düzenlenmenin yerinde olup olmadığını tartışmak değildir. Vergi kaçakçılığı suçlarının temyiz incelemesini yapmakla görevli Yargıtay 11. Ceza Dairesi, değişiklik sonrası tesis ettiği iki kararı ile değişiklikten önce açılan ve mütalaa verilemeyeceğinin anlaşılması üzerine düşme kararı ile sonuçlandırılan davalarda, 7394 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin tatbik edilmesi gerektiğini ve sanıklar hakkında düşme kararı verilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>3</sup>. Daire, kararlarında açık bir belirleme yapmamış olsa dahi, bu uygulaması ile mütalaa muhakeme şartını yalnızca şekli ceza hukukuna ait bir kurum olarak

---

<sup>2</sup> Yarg. 11. CD., E. 2016/7293, K. 2018/1783, 28.02.2018; “213 sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca ve muhakeme şartı olan 17.09.2010 tarihli mütalaanın ... hakkında olduğu, sanık ... için verilmiş bir mütalaa bulunmadığı dikkate alınarak, bu sanık hakkında ilgili vergi dairesinden mütalaa istenmesi gerektiğinin gözetilmemesi...”; Yarg. 11. CD., E. 2017/1389, K. 2018/4650, 16.05.2018; “İddianameye konu “2006 takvim yılında sahte fatura düzenleme” ve 2010 yılında “defter belge ibraz etmeme” suçlarından 213 sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca verilen ve muhakeme şartı olan mütalaanın dosya kapsamında bulunmadığı amlaşıldığından, verilmiş ise onaylı örneğinin gönderilmesinin istenmesi, mütalaa yoksa verilip verilmeyeceğinin sorulması mütalaa verilmemesi halinde davaların düşmesine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden...”, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 10.11.2023.

<sup>3</sup> Yarg. 11. CD., E. 2022/4803, K. 2022/21119, 28.12.2022; Yarg. 11. CD., E. 2020/4130, K. 2022/21054, 27.12.2022, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

kabul ettiğini göstermektedir. Buradan hareketle, mütalaa muhakeme şartının maddi ceza hukuku yönünün bulunup bulunmadığı ve bu doğrultuda mütalaa muhakeme şartına ilişkin yapılan yasal değişikliklerin lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulama ilkesi kapsamında girip girmediği hususları çalışma konumuzun temelini oluşturmaktadır. Kanaatimizce, mütalaa muhakeme şartının özü ve işlevi sebebiyle yalnızca şekli ceza hukukuna özgü bir kurum olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, yokluğu halinde devlet ile birey arasındaki cezalandırma ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi ceza hukukuna ilişkin önemli bir yönü de bulunmaktadır. Bu doğrultuda eldeki çalışmada, öncelikle mütalaa kavramı, hukuki niteliği ile önemi ve gerekliliği açıklanmaya çalışılmış ve Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin zımni olarak serdettiği görüşlerin aksine, mütalaa'nın maddi ceza hukuku yönlerinin de bulunduğu ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Daha sonra, 7394 sayılı Kanun ile getirilen ve mütalaa'nın aranmayacağı hallere ilişkin değişiklikler içeren düzenleme ele alınmış ve anılan Kanun'un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin derdest davalarda geriye yürütülmesine konu Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin iki kararının değerlendirilmesi ile eleştirisine yer verilmiştir.

## I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARINDA MÜTALAA KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖNEMİ VE GEREKLİLİĞİ

### A. Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Mütalaa Kavramı ve Hukuki Niteliği

Suç işlendiği izlenimi veren bir hâl ile karşılaşan Cumhuriyet savcısı, CMK m. 160, f. 1 gereği derhal soruşturma başlatmak ve kamu davası açıp açmamak hususunda bir karar vermek zorundadır<sup>4</sup>. Eğer ki başlatılan bu soruşturma neticesinde elde edilen deliller, kamu davasının açılması için CMK m. 170/f. 2'de aranan yeterli şüpheyi<sup>5</sup> oluşturuyor ise, Cumhuriyet

---

4 Bahri Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 607; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 613; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 173.

5 Toplanan deliller neticesinde şüpheli hakkında %51 mahkûmiyet olasılığının bulunması, yeterli şüphenin somut olayda mevcut bulunduğunu göstermektedir: Bkz. Yenisey/Nuhoglu, s. 618.

savcısı iddianamesini tanzim ederek kamu davasını açmak durumundadır<sup>6</sup>. Yeterli şüphenin söz konusu olmadığı hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından CMK m. 172, f. 1 gereği şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına, yani kamu davasının açılmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekmektedir<sup>7</sup>.

Ancak VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları için süreç bu şekilde işlememektedir<sup>8</sup>. Teknik bilgi dahilinde inceleme gerektiren bu suçların takibi sırasında, kişilerin mali güvenliğinin korunması amacına matuf, söz konusu kaçakçılık fiillerinin somut olayda mevcut olup olmadığına ilişkin VUK'nun 367. maddesi gereğince mütalaa alınması zorunluluğu öngörülmüş ve kamu davasının mecburiliği ilkesine bir istisna getirilmiştir<sup>9</sup>. Mütalaa kavramı, kelime anlamı itibarıyla “*herhangi bir konu üzerinde ayrıntılı düşünme ile oluşan görüş ve yorum*” faaliyeti olarak genel bir kavramı ifade etmektedir<sup>10</sup>. VUK'nun 367. maddesinde düzenlenen mütalaa kavramı ise, ilgili rapor düzenleme komisyonunun VUK'nun 359. maddesinde yer alan vergi kaçakçılığı suçlarının somut olayda vücut bulup bulunmadığına ve bu kapsamda inceleme konusu kaçakçılık fiili ile fail arasındaki illiyedin ortaya çıkarılmasına<sup>11</sup> ilişkin değerlendirme ve görüşlerini içeren bir niteliği haiz olup, bu suçlara ilişkin ceza yargılaması yapılabilmesi için aranan özel bir muhakeme şartını ifade etmektedir<sup>12</sup>.

6 Yenisey/Nuhoğlu, s. 728; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 159; Öztürk ve diğerleri, s. 619.

7 CMK m. 172/f. 1; “Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir”.

8 Erdoğan Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 164; Ercan Sarıcaoğlu, “Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir Mi?”, TBB Dergisi, S. 134, 2018, s. 234.

9 Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s. 406-407.

10 Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 03.06.2023.

11 Doğan Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 2016, s. 39-40.

12 Mehmet Taştan, Açıklamalı – İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 57; Murat Batı, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Vergi İcra, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 360; Mümin Güngör, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, TAAD, S. 44, 2020, s. 278-279; Öner, s. 165.

## B. Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Muhakemesinde Mütalaanın Önemi ve Gerekliliği

Ceza muhakemesi, bir suçun işlendiği şüphesi üzerine başlayıp, suç işlenip işlenmediğini tespit etmek, suçun işlenmesi halinde ise suçu, suçluyu ve kanuni neticelerini belirlemek amaçları dahilinde iddia, savunma ve hüküm gibi birtakım faaliyetler icra edilerek nihayete erdirilen diyalektik bir süreci ifade etmektedir<sup>13</sup>. Böylesine hassas bir süreç içerisinde, suçları muhakeme etmekle görevli makamlar, muhakeme ettikleri her suçun oluşumunu salt sahip oldukları hukuki bilgi ve becerileri ile tespit edemeyebilirler. Zira bazı suçlar vardır ki, oluşumlarını tespit etmek için başka bir alanda uzman olmak gerekmektedir. VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçları da bu nevidendir. Bu nedenledir ki kanun koyucu, bu ihtiyacı karşılamak adına vergi kaçakçılığı suçlarının takibi için VUK'nun 367. maddesinde vergi tekniğine hâkim ve bu alanın uzmanı olan kişiler tarafından mütalaa verilmesini öngörmüştür<sup>14</sup>. Böylece bir yandan suçun oluşumuna ilişkin muhakeme süjelerine farklı bir perspektif kazandırmak<sup>15</sup>, bir yandan da kötü niyetli ihbarlarla vergi mükellefi olan kişilerin kolayca bu suçların şüphelisi veya sanığı olmalarının önüne geçilmesi, yani mükelleflerin mali güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır<sup>16</sup>.

Uygulamada mütalaanın verilmesine ilişkin süreç, vergi incelemesi neticesinde VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen herhangi bir vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği tespiti üzerine, vergi inceleme raporu ve vergi suçu raporu düzenlenmesiyle başlamaktadır<sup>17</sup>. Daha sonra ilgili rapor değerlendirme komisyonu, bu raporların usulüne uygun olup olmadığını denetleyerek uygun olduğuna karar verdiğinde, ayrıca düzenlediği mütalaası

13 Ahmet **Gökçen ve diğerleri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 121; **Öztürk ve diğerleri**, s. 29; Nur **Centel/Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 3; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 728.

14 Cansu **Sevinç Ceyhan**, Vergi Suçlarında Yargılama Süreci (7394 sayılı Kanun değişikliklerine göre), Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 157.

15 Hakan **Arslaner**, "Soruşturma Aşamasında Mütalâanın Vergi Suçları Açısından Önemi", Mali Hukuk Dergisi, C. 18, S. 215, 2022, s. 2399; Onur **Özcan**, Vergi Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 504; **Güngör**, s. 294; **Sarıcaoğlu**, s. 237; **Şenyüz**, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa/Görüş", s. 18.

16 **Arslaner**, s. 2399; **Güngör**, s. 294; **Özcan**, s. 504; **Sarıcaoğlu**, s. 237; **Candan**, s. 597.

17 **Ceyhan**, s. 159.

ile keyfiyeti ilgili Cumhuriyet başsavcılığına bildirmektedir<sup>18</sup>. Belirtmek gerekir ki, vergi kaçakçılığı suçlarına yönelik mütalaanın verilmiş bulunması, mutlak anlamda bu suçların işlendiği sonucunu doğurmamaktadır<sup>19</sup>. Mütalaanın içeriği olumsuz olabileceği gibi<sup>20</sup>, verilen olumlu mütalaanın varlığına rağmen soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı kaçakçılık fiili hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı da verebilir<sup>21</sup>. Zira mütalaa, değerlendirme ve yorumlu içerikli takdiri bir delil niteliğinde olduğu için soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlamamaktadır<sup>22</sup>. Kaldı ki, ceza yargılaması hukukumuzda vicdani delil sistemi kabul edildiğinden<sup>23</sup> ve deliller serbestçe değerlendirilerek bir sonuç çıkarılacağından, makamları tahakküm altına alan bir delilin varlığından söz edilemez<sup>24</sup>. Öte yandan öğretilerde Özcan, mütalaanın bir delil değil, delillerin değerlendirilmesine hizmet eden bir araç olduğu görüşündedir<sup>25</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mütalaa içerik itibarıyla, vergi incelemesi neticesinde mükellef hakkında düzenlenen vergi inceleme ve vergi suçu raporlarına dayanmakta

---

18 **Ceyhan**, s. 159.

19 Mehmet **Yüce**, Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Yargılama Usulü, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 298; Serkan **Ağar**, Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 341; Yusuf Burak **Aslanpınar**, TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 198-199.

20 **Ağar**, s. 341; Yarg. 11.CD., E. 2017/9388, K. 2020/6196, 22.10.2022; “*Dosyada mevcut 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan 05/04/2011 tarih, İST.G.RODK-4/162-1 sayılı mütalaanın 2008 takvim yılında sahte fatura kullanma suçundan sanık ... hakkında verildiği, sanıklar ... ve ... hakkında ise şirketi temsil yetkileri olmadığından fiil ile fail arasında bir bağlantı bulunmadığının mütalaa edildiğinin anlaşılması...*”, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 10.11.2023.

21 Suat **Çalışkan**/Mustafa **Atar**, 7394 Sayılı Yasa ile Getirilen Değişiklikler Işığında Vergi Suçları Soruşturma Usulü ve Etkin Pişmanlık, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 72; Ümit Süleyman **Üstün**, “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usulü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 313; **Ceyhan**, s. 161.

22 **Ağar**, s. 341; **Arslaner**, s. 2400; **Özcan**, s. 505; YCGK, E. 2018/427, K. 2018/517, 08.11.2018; “*Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, kovuşturma aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan...*”, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

23 **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 815.

24 **Özbek ve diğerleri**, s. 666.

25 **Özcan**, s. 505.

olup, bu raporların bilirkişi raporu niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>26</sup>. Kanaatimizce, mütalaa ile mütalaanın dayanağı olan vergi inceleme ve vergi suçu raporları, delillerin değerlendirilmesinin ötesine geçen, yeni ve farklı deliller elde etme, ortaya çıkarma faaliyetidir ve bu nedenle de mütalaanın ayrıca bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>27</sup>. Zira, vergi incelemesi yapılırken elde edilen veriler genellikle atıl halde bulunmakta ve tek başlarına bir anlam ifade etmemektedirler<sup>28</sup>. Bu verilerin vergi inceleme elemanı tarafından ayrıntılı olarak ele alınması ve bu doğrultuda somut olayda hangi kaçakçılık fiilinin gerçekleşmiş olabileceğinin değerlendirilmesi, gerekli duyulan başka bilgi ve belgelerin araştırılması ve ilgili yerlerden temin edilmesi, bu hususların fail ile ilişkilendirilmesi ve suçun oluşumuna ilişkin teknik detayların ortaya koyulması gibi durumlar söz konusu olduğu için, bu araştırmalar üzerinden hazırlanan mütalaanın yeni ve farklı bir delil olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, mütalaanın iki işleve sahip olduğu görülmektedir. Mütalaa, birinci işlevi itibarıyla; vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin yapılacak muhakemenin belirli bir usul dahilinde başlamasını sağlayarak yukarıda zikredilen birtakım güvenceler oluşturmaktadır. Bu yönüyle mütalaanın şekli ceza hukuku kurumu olduğunu ifade etmek gerekir. Mütalaanın ikinci işlevi ise; vergi kaçakçılığı suçlarının işlenmesine ilişkin uzmanınca yapılan belirli bir derinlikte değerlendirmeler ile tespitler içermesi, verilemeyeceğinin anlaşılması halinde ise failin cezalandırılmasını engelleyen<sup>29</sup> ve aynı zamanda cezalandırılabilirliğin maddi koşullarını ortaya koyan

---

26 **Güngör**, s. 296.

27 Öğretide bir görüşe göre, bilirkişi raporu ile ortaya koyulan görüşlerin yeni ve farklı bir delil oluşturabileceğinden hareketle, ayrıca bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Değerlendirmeler için bkz. Burcu **Dönmez**, “Yeni CMK’da Bilirkişilik Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Ö. S., 2007, s. 1149.

28 Örneğin, hakkında vergi incelemesi yapılan mükellefe ait banka hesap hareketlerinin sahte fatura kullanma suçu açısından delil olduğu söylenebilir. Ancak bu hesap hareketleri, sahte fatura kullanma suçuna konu olan faturanın tutarı ile adına fatura düzenlenen kişinin gerçekten bir mal alıp almadığına, aldı ise kimden aldığına, ödemenin ne şekilde yapıldığına ilişkin beyanları ve alınan mallara ilişkin taşıma ve sevk irsaliyelerinin bulunup bulunmadığı hususları belirlendikten sonra bir anlam ifade edecektir.

29 Yargıtay, mütalaaı bir muhakeme şartı olarak kabul ettiğinden, mütalaa verilemeyeceği anlaşıldığında, soruşturma aşamasının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ile, kovuşturma aşamasının ise düşme kararı ile sonuçlanmasına ve failin cezalandırılmasına neden olmaktadır.

önemli<sup>30</sup> ve fakat takdiri bir delil mahiyetinde olması olup, bu durum mütalaanın maddi gerçeğe ulaşmada önemli bir vasıta olduğunu göstermektedir. Öte yandan mütalaa, verilemediği hallerde devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisini ortadan kaldırdığı için, bir maddi ceza hukuku kurumu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Öğretiye bakıldığında, mütalaanın şekli ceza hukukuna mı, yoksa maddi ceza hukukuna ya da karma nitelikte bir kurum mu olduğu hususunda bir tartışmanın ya da kapsamlı bir değerlendirmenin bulunmadığı görülmektedir. Bazı yazarlar, mütalaanın yalnızca hem şekli hem de maddi ceza hukuku kurumu olduğunu ifade etmekle yetinmişlerdir<sup>31</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, başka bir muhakeme şartı olan uzlaşmayı devlet ile birey arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi nedeniyle hem şekli hem de maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul etmektedir<sup>32</sup>. Bu bağlamda, uzlaşma kurumu açısından yapılan bu değerlendirmeler, benzer özellikleri bulunan, vergi kaçakçılığı suçları açısından bir muhakeme şartı olarak kabul edilen ve verilemeyeceğinin anlaşılması durumunda yargılamayı mutlak biçimde sonlandıracak güce sahip olan mütalaa açısından da düşünüldüğünde, mütalaanın hem şekli hem de maddi ceza hukuku yönleri bulunan karma nitelikte bir muhakeme şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca mütalaanın, yalnızca VUK'nun 359. maddesinde düzenlenen kaçakçılık fiilleri için alınması sebebiyle özel ve yargılamanın devam etmesi için mevcut bulunması gerekmesi sebebiyle olumlu bir muhakeme şartı olduğunu da önemle ifade etmek gerekmektedir<sup>33</sup>.

---

30 Mütalaanın, Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi neticesinde, başka bir delil araştırılması yapılmaksızın iddianame düzenlenmesi genel uygulama haline geldiğinden, mütalaanın vergi kaçakçılığı suçları açısından önemli bir delil olduğunu vurgulamak gerekir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Mustafa **Özen**, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 175.

31 **Taştan**, s. 64.

32 YCGK, E. 2019/630, K. 2022/511, 04.07.2022, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 10.11.2023.

33 Yağız **Yavuz**, "Ceza Muhakemesi Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", Hukuk ve Adalet Eleştirel Dergisi, C. 10, S. 23, 2018, s. 126.

## II. 7394 SAYILI KANUN'UN 5. MADDESİ İLE VUK'UN 367. MADDESİNE EKLENEN YENİ FIKRAYA GÖRE MÜTALAA ARANMAYACAĞI HALLER VE BU DÜZENLEMENİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASINA DAİR YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ'NİN İKİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Yeni Düzenlemeye Göre Mütalaanın Aranmayacağı Haller

Bu başlıkta, mütalaa muhakeme şartının aranmayacağı hallere ilişkin getirilen istisnai düzenlemenin yerindeliği tartışılmayacak, düzenlemenin içeriği, düzenlemeden önceki Yargıtay uygulaması ve düzenlemenin ne amaçla getirilmiş olabileceği üzerinde durulacaktır. Zira, mütalaanın aranmayacağı hallere ilişkin getirilen düzenlemenin yerinde olup olmadığına ilişkin tartışmaların geniş bir monografik çalışmaya konu olacağı açıktır. 08.04.2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile mütalaa muhakeme şartının düzenlendiği VUK'nun 367. maddesine eklenen 5. fıkraya göre, “359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkarılması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmaz”<sup>34</sup>. Anılan Kanun maddesinin gerekçesine bakıldığında ise, “VUK m. 359'da yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin, hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişinin dışında bir kişi tarafından işlendiğinin veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartının aranmaması temin edilmektedir.”<sup>35</sup> denilmektedir. Görüldüğü gibi, madde gerekçesinde neden böyle bir duruma ihtiyaç duyulduğuna, diğer bir ifadeyle hükmün getiriliş amacına dair maddi veya hukuki hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir<sup>36</sup>.

Düzenlemeye bakıldığında ise, iki durum için mütalaa şartının aranmayacağı belirtilmekte olup, zikredilen ilk durumu vergi kaçakçılığı fiiline ilişkin herhangi bir kişi hakkında mütalaa verilmesinin yeterli görülmesi oluşturmaktadır. Sonradan bu fiilin başka bir kişi tarafından işlendi-

34 15.04.2022 tarih ve 31810 sayılı Resmi Gazete.

35 <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Gecmis-Kanunlar>, E.T. 21.08.2023.

36 Arslaner, s. 2406; Batı, s. 360.



ğinin ortaya çıkması halinde dahi, yeni tespit edilen asıl fail hakkında ayrıca bir mütalaa verilmesine gerek olmadığı hüküm altına alınmıştır<sup>37</sup>. Düzenlemede yeni bir mütalaa alınmasını gerektirmeyen ikinci durumu ise, tespit edilmiş vergi kaçakçılığı fiiline başka bir kişinin de iştirak ettiğinin sonradan belirlenmesi hali oluşturmaktadır<sup>38</sup>. Bu durumda yine fiile iştirak ettiği belirlenen yeni kişi hakkında ayrıca bir mütalaa alınmasına gerek duyulmayacağı belirtilmektedir<sup>39</sup>. Görülmektedir ki kanun koyucu, yaptığı bu değişiklik ile mütalaanın düzenlenmesinde fiili ve faili esas alan Yargıtay uygulamasını değiştirmiş ve değişiklik özelinde mütalaaı sarahten suç konusu fiili esas alan bir kurum olarak düzenlemiş bulunmaktadır<sup>40</sup>. Zira yapılan değişiklik öncesi Yargıtay, mütalaanın hem fiil hem de fail yönünden verilmesini arıyor<sup>41</sup>, ilgili kişi hakkında yargılama konusu kaçakçılık fiili yönünden verilmiş bir mütalaa bulunmaması halinde bu

37 **Candan**, s. 598; **Ceyhan**, s. 164.

38 **Taştan**, s. 66.

39 Buna karşılık, halen yürürlükte bulunan Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında; “*Verilecek mütalaaalarda, suçun unsurlarıyla, fiil ve fail arasındaki ilişki değerlendirilir*” hükmü yer almaktadır. 7394 sayılı Kanun ile VUK’nun 367. maddesinin 5. fıkrasına eklenen düzenlemenin fiil odaklı bir mütalaa uygulaması getirmesi karşısında, anılan yönetmelik maddesinin güncel olmadığı ve 7394 sayılı Kanun doğrultusunda idare tarafından değiştirilmesi gerektiği açıktır.

40 **Ceyda Ümit**, Vergi Ceza Hukukunda Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme, Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları Açıklamalı – İçtihatlı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 329; **Didem Türker**, “Vergi Kaçakçılığı Suçu Soruşturamalarında İnceleme ve Mütalaa Şartına Getirilen İstisnai Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXVII, S. 23, 2023, s. 345; Öğretide **Özcan**, bu değişiklik öncesi yapmış olduğu değerlendirmelerinde mütalaanın yalnızca suça konu fiil hakkında verilmesini, aksi yönde gelişen ve mütalaanın faili de kapsamı gerektiğine yönelen yargı uygulamasının VUK’nun 367. maddesine aykırı olduğunu savunmaktaydı. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özcan**, s. 532.

41 Değişiklik öncesi Yargıtay uygulamasına ilişkin açıklamalar için bkz. **Hüsamettin Uğur**, “Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 88, 2013, s. 36; Yarg. 11. CD., E. 2019/7298, K. 2019/9203, 11.12.2019; “*İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı’nun 28.03.2013 tarih ve 2013/12452 esas sayılı iddianamesi ile sanık hakkında “2007 takvim yılında mükellef...’ın sahte fatura düzenleme suçuna iştirak” suçundan kamu davası açılmış ise de; atılı 2007 takvim yılındaki suça ilişkin olarak sanık hakkında verilmiş bir mütalaa bulunmadığı anlaşıldığından, mahkeme tarafından öncelikle durma kararı verilip, 213 sayılı VUK’nin 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceği Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla beraat hükmü kurulması...*”, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

aşamada durma kararı verilmesini ve kişi hakkında mütalaa verilir verilemeyeceğinin ilgili makamdan sorulmasını isteyerek mütalaanın verilmesi halinde yargılamaya devamla sanığın hukuki durumunun belirlenmesini, mütalaanın verilemeyeceğine dair görüş bildirilmesi halinde ise muhakeme şartı yokluğundan sanık hakkında düşme kararı verilmesi gerektiğini ifade ediyordu<sup>42</sup>. Yargıtay'ın bu uygulamasını destekler mahiyette, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan ve 31.10.2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında, verilecek mütalaalarda suçun unsurları ile fiil ve fail arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerektiği ifade ediliyordu. Bu bağlamda, değişikliği içeren maddenin gerekçesinde bu değişikliğe neden ihtiyaç duyulduğuna dair herhangi bir açıklama bulunmamasına karşın, Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz uygulaması dikkate alınmak suretiyle idarenin mütalaa tekeline bir istisna getirildiği ve yargılama sürecinin başa dönmesinin engellenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır<sup>43</sup>. Zira, mütalaanın verilemeyeceğinin anlaşılması durumunda düşme kararı verileceğinden, sarfına neden olunan zaman, emek ve masrafın da heba olmasının bu şekilde önüne geçileceği şeklindeki düşünceler bu değişikliğin temelini oluşturan sebepler arasında yer almaktadır<sup>44</sup>.

---

42 **Çalışkan/Atar**, s. 80-81; Ferhat **Yıldız**, Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 131; **Üstün**, s. 314; Yarg. 11. CD., E. 2017/9196, K. 2020/5629, 08.10.2020; “*Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 10. 01.2013 tarih ve 2013/413 Esas sayılı iddianamesi ile mütalaaaya aykırı olarak “sahte fatura düzenleme” suçundan kamu davası açıldığı, ancak bu suçla ilgili verilen mütalaa bulunmadığı, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma eylemlerinin birbirinden bağımsız ve ayrı suçları oluşturduğu ve birbirine dönüşmeyeceği dikkate alınarak; iddianameye konu olan sahte fatura düzenleme suçu yönünden 213 sayılı VUK'nin 367. maddesi gereğince dava şartı olan mütalaanın verilir verilemeyeceğinin Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması, verilemeyeceğinin anlaşılması durumunda davanın düşmesine karar verilmesi gerekeceği...*”. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

43 **Ümit**, s. 330; **Türker**, s. 345; **Bati**, s. 361.

44 **Ümit**, s. 330.

## **B. 7394 Sayılı Kanun ile Mütalaa Muhakeme Şartının Bazı Hallerde Aranmayacağına Dair Getirilen Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulanmasına Dair Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin İki Kararının Değerlendirilmesi**

Bu başlıkta, vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin temyiz incelemesi yapmakla görevli Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bu değişikliğin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin verdiği iki kararı değerlendirilecektir. Bu kapsamda değerlendireceğimiz ilk kararda Yargıtay 11. Ceza Dairesi, mütalaa kurumu hakkındaki ele aldığımız değişiklikle getirilen yeni hükmün, “bu değişiklikten önce” işlenmiş bir vergi kaçakçılığı fiili hakkında uygulanmasına karar vermiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi bu kararında<sup>45</sup>; “*Sanık hakkında “2013 ve 2014 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme fiiline iştirak etme” suçundan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesi uyarınca dava şartı olan mütalaa bulunmadığından kamu davasının düşmesine karar verilmiş ise de, 15.04.2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gire, 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değişik 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen “359. maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaaaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa şartı aranmaz” hükmü uyarınca, dosya kapsamına göre sanığın muhasebe işlemlerini yaptığı Sincan Vergi Dairesinin ... vergi kimlik numaralı Mükellefi ... Ticaret İnşaat ve Turizm Ltd. Şti. hakkında “2013 ve 2014 takvim yıllarında sahte fatura düzenleme” fiiline ilişkin verilmiş bir mütalaanın bulunup bulunmadığı araştırılıp, fiile ilişkin mütalaa verildiğinin anlaşılması halinde sanık hakkında ayrıca rapor ve mütalaa alınması zorunluluğunun bulunmadığı gözetilerek, yargılamaya devamla hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunması” şeklindeki gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir.*

Öncelikle belirtelim ki, kararda, mütalaanın aranmayacağı hallere ilişkin getirilen yeni düzenlemenin neden bu değişiklikten önce işlenmiş kaçakçılık fiili hakkında uygulanması gerektiğine veya bu duruma temas edecek şekilde mütalaanın hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu halde, söz konusu uygulamanın tek bir izahı

<sup>45</sup> Yarg. 11. CD., E. 2022/4803, K. 2022/21119, 28.12.2022, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

bulunmaktadır ki, o da Yargıtay'ın mütalaa'yı salt şekli ceza hukukuna özgü bir kurum olarak kabul ettiği gerçeğidir. Çünkü bilindiği üzere, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin yapılan değişiklikler lehe veya aleyhe olduklarına bakılmaksızın derhal uygulama ilkesine tabidir<sup>46</sup>. Mütalaa da bütünüyle şekli ceza hukukuna ait bir kurum olarak kabul edildiğinde, getirilen yeni düzenlemenin derhal uygulama ilkesi kapsamına gireceği ve böylece getiriliş tarihinden önce işlenmiş kaçakçılık fiillerine ilişkin derdest olan davalarda tatbik edileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşılık, kararda mütalaa'nın neden salt şekli bir düzenlemeden ibaret olduğu görüşü ise izaha muhtaç bir görüş olarak kalmaya devam edecektir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bu uygulaması, Daire'nin, mütalaa'nın bir muhakeme şartı olduğu ve verilemeyeceğinin anlaşılması halinde yargılamanın düşme kararıyla sonuçlandırılması gerektiği şeklinde geliştirdiği kendi uygulaması ile büyük bir tezatlık içerisinde. Bu tezatlık değerlendirilmeden önce, konunun iyi anlaşılması açısından maddi ceza hukukuna ilişkin genel bilgilere yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Maddi ceza hukuku, bir fiilin cezalandırılabilir olup olmadığına ilişkin maddi koşulları ve bu koşulların hukuki sonuçlarını belirleyen ceza hukukunun bir alt dalını oluşturmaktadır<sup>47</sup>. Bir düzenlemenin, şekli ceza hukukuna mı, maddi ceza hukukuna mı ait olduğu hususu, düzenlemenin yer aldığı kanuna göre belirlenmemektedir<sup>48</sup>. Bu belirlemenin önemli sonuçları olduğundan<sup>49</sup>, belirleme yapılırken düzenlemenin ne tür bir içeriğe ve işleve sahip olduğu ele alınmalıdır<sup>50</sup>. Zira maddi ceza hukukunu ilgilendiren bir konuda, sanık aleyhine uygulama içeren bir kanuni düzenleme gündeme geldiğinde, aleyhe kanunun geçmişe yürüme yasağı devreye girecek ve bu değişiklikte getirilen yeni düzenleme, getirilme tarihinden önceki olaylara uygulanamayacaktır<sup>51</sup>. Yukarıda, mütalaa'nın önemi ve gerekliliği başlığı altında ifade edildiği üzere Yargıtay, uzlaşma gibi yalnızca muhakeme hukukuna özgü görünen birçok düzenlemeyi hem şekli hem de

---

46 Öztürk ve diğerleri, s. 42.

47 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 22. Bastı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 35.

48 Öztürk/Erdem, s. 36.

49 Centel/Zafer, s. 12.

50 Öztürk/Erdem, s. 37.

51 Centel/Zafer, s. 12; Özgenç, s. 141; Öztürk/Erdem, s. 37.

maddi ceza hukuku kurumu niteliğinde görmektedir<sup>52</sup>. Nitekim Ceza Genel Kurulu bir kararında<sup>53</sup>, “*Uzlaştırma ile failin cezalandırılması olanağı ortadan kalktığından, bu kurum ceza ilişkisini düşüren bir hâl olarak nitelendirilebilir. Bu neden uzlaşma; bir taraftan muhakemeyi engellemesi nedeniyle muhakeme hukuku kurumu, diğer yandan ise fail ile devlet arasında ceza ilişkisini sona erdirdiğinden maddi ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmelidir...*” değerlendirmelerine yer vermiştir. Ceza Genel Kurulu’nun serdettiği bu görüş mütalaaya teşmil edildiğinde, mütalaanın devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisini sona erdirecek güce sahip olduğu ve bu kapsamda bir maddi ceza hukuku kurumu olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılacaktır. Bu açıklamalar üzerine yukarıda ifade edilen tezatlık değerlendirilecek olursa, Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin mütalaayı bir yandan muhakeme şartı olarak görüp verilemeyeceğinin anlaşılması halinde sanık hakkında düşme kararı verilmesi gerektiğini, diğer bir ifadeyle mütalaa yokluğu nedeniyle devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisinin ortadan kalkacağını belirtirken, bir yandan ise belirli kişiler açısından bu lehe durumu ortadan kaldıran düzenlemeyi bir usul hükmü olarak derhal uygulama ilkesine tabi tutması büyük bir tezatlık oluşturmaktadır. Zira mütalaaya ilişkin getirilen bu istisnai düzenlemenin, kapsamı alanı içine aldığı kişiler hakkında mütalaa alınması şartını ortadan kaldırarak düşme kararı verilmesini önlediği anlaşıldığından, sanık aleyhine bir düzenleme olduğu izahıta varestedir. Dolayısıyla, değişikliğin geçmişe yürüme yasağı kapsamında olduğu açıktır. Bu açıklamalardan hareketle, Yargıtay’ın bu kararı, kurumun özüne aykırı kabuller içeren ve hukuki güvenliği tehlikeye düşüren, son derece isabetsiz bir karar olmuştur. Nitekim suç tarihinde rapor vermeye yetkili olan makam kim ise, mütalaayı da sadece bu makamın verebileceğini kabul eden ve bu şekil şartını sıkı bir denetime tabi tutan Yargıtay 11. Ceza Dairesi’nin<sup>54</sup>, mütalaa alınmasına ilişkin getirilen bu önemli ve istisnai düzenlemeyi kurumun özü ve işleviyle

52 Bu düzenlemeler, başta uzlaşma olmak üzere, şikayet, ön ödeme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi birçok kurumu ihtiva etmektedir. Bkz. **Centel/Zafer**, s. 12.

53 YCGK, E. 2019/630, K. 2022/511, 04.07.2022, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 10.11.2023.

54 Yarg. 11. CD., E. 2009/1866, K. 2009/12700, 05.11.2009; “*Mütalaa ve karar tarihlerinde yürürlükte bulunan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 367. maddesi uyarınca, defterdarlık veya vergi dairesi başkanlığından alınması gereken mütalaanın, anılan*

bağdaşmayacak şekilde değerlendirerek uygulaması, Daire'nin yine kendi içtihatları arasında bir yeknesaklık olmadığını göstermektedir.

Daire'nin değerlendirmek istediğimiz ikinci kararında<sup>55</sup> ise, hakkında defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçundan verilmiş bir mütalaa bulunmayan sanık hakkında tesis edilen beraat kararının bozulmasına karar verilmiş olup, bozma nedeni olarak 7394 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleriyle değişik VUK'nun 359. maddesinin 3, 4, 5 ve 6. fıkra hükümleri ele alınarak sanık hakkında lehe kanun olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılması gösterilmiştir. Başkan vekili, bu bozma kararına “*defter, kayıt ve belgeleri gizleme suçundan verilmiş bir mütalaa olmadığı, öncelikle mütalaa verilip verilmeyeceğinin sorulması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği*” şeklinde karşı oy kullanmış ve bu görüşünü değişik gerekçe başlığı altında detaylandırmıştır.

Başkan vekilinin kararda yer alan bu değerlendirmeleri genel olarak şu şekildedir: “*15.04.2022 tarih 7394 sayılı yasanın 5. maddesiyle getirilen düzenleme idarenin mütalaa tekeline getirilen çok sınırlı bir istisnadan ibarettir. Yani öncelikle VUK'nin 359. maddesinde düzenlenen bir fiille ilgili olarak fail ilişkisi de kurulmak suretiyle mütalaa verilmiş olacak, ancak soruşturma veya kovuşturma evresinde anılan fiilin bir başka fail tarafından veya bir başka fail ile birlikte işlenmiş olması durumunda artık yeniden mütalaa istenmesi söz konusu olmayacaktır. Mütalaa sadece bir usul hükmü değildir. Yukarıda belirtildiği üzere öncelikle soruşturma ve kovuşturma şartıdır. Dolayısıyla mütalaanın yetkili mercii tarafından verilen bir üst yazı gibi değerlendirilmesi söz konusu değildir. Mütalaa aynı*

---

*kamu kurumlarını temsil eden defterdar veya vergi dairesi başkanı ya da bu kamu görevlilerinin yokluklarında yerlerine bakan vekilleri, yahut ta, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 40 ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 27. maddeleri gereğince, defterdar veya vergi dairesi başkanı tarafından yetkilendirilebilecek astlarınınca verilebileceği göz önüne alınıp, Vergi Dairesi Başkanı adına mütalaa veren Denetim Grup Müdürü vekili H. K.'ın mütalaanın verildiği, 28.02.2008 tarihi itibarıyla yetkili olup olmadığı ilgili Vergi Dairesi Başkanlığından sorularak, yetkili ise belgesinin aslı veya onaylı örneğinin dosyaya celbinin sağlanması, aksi takdirde, aynı Yasa maddesi uyarınca dava şartı olan mütalaa alınmadan dava açıldığının tespiti halinde mahkemece bu eksikliğin giderilmesi gerektiği gözetilip sanık hakkında 2003 takvim yılında sahte fatura kullanmak suçundan açılan kamu davasından, anılan Yasa maddesi uyarınca ilgili Vergi Dairesi Başkanlığından Mütalaa istenilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken...”*, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, E. T. 21.08.2023.

55 Yarg. 11. CD., E. 2020/4130, K. 2022/21054, 27.12.2022, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E. T. 21.08.2023.

*zamanda ekindeki vergi suçu raporu, vergi inceleme raporu, vergi tekniği raporları ile birlikte bütünlük arz eden ve kendine özgü ve uzmanlık gerektiren karmaşık konularda soruşturma ve kovuşturma organlarına ışık tutan takdiri delil niteliğindedir. Bu sebeple mütalaa hem maddi hem de usul hukuk hükümlerini içinde barındıran kendine özgü bir kurumdur. VUK'nin amacı öncelikle mükellefin mali emniyetini sağlamaktır. Bunun sebebi mükelleflerin soruşturma ve kovuşturma organlarınca herhangi bir şikayet veya ihbar üzerine kolluk birimlerine çağırılması, gözaltına alınması, ifadeye zorlanması, inceleme tabi tutulması suretiyle vergiyi doğuran ticari faaliyetlerin sekteye uğratılmamasını sağlamaktır. Diğer bir ifadeyle vergiyi doğuran ticari faaliyetlerin yine vergi mevzuatı konusunda uzman ve yetkili kişilerce denetlenmesi amaçlanmıştır. Yukarıdaki açıklamalar ışığında mütalaa hem maddi hem de usul hükümlerini içinde barındıran kendine özgü bir kurum olduğundan basit bir usul hükmü gibi derhal yürürlüğe girmesinden söz edilemez. Diğer bir ifadeyle VUK'nin 367/5. maddesinde düzenleme ancak 7394 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra verilen mütalaalar bakımından uygulanabilecek istisnai hükümdür”.*

Mütalaanın hukuki niteliğine ve maddi hukukla olan bağlantısına ilişkin yapılan bu tespit ve değerlendirmeler, mütalaanın aranmayacağı hallerle ilişkin getirilen yeni düzenlemenin neden derhal uygulama ilkesi kapsamına girmediği noktasında büyük önem arz etmektedir. Karşı oyda gösterilen bu gerekçelere karşılık, incelediğimiz ilk kararda olduğu gibi aksi görüşe sahip çoğunluk kendi görüşünü gerekçelendirmemiştir. Ancak, karşı oy gerekçesinin önemli değerlendirmeler içermesi nedeniyle, bu kararın ilk incelediğimiz karara göre daha olumlu olduğu açıktır. Bu nedenle, karşı oyda yer alan görüş şimdilik azınlıkta kalsa dahi, bu görüşün ileride çoğunluk görüşüne dönüşeceği kanaatindeyiz. Karşı oya ilişkin ele almak istediğimiz bir diğer husus da, “VUK'nin 367/5. maddesinde düzenleme ancak 7394 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra verilen mütalaalar bakımında uygulanabilecek” olduğu yönündeki görüştür. Bu değerlendirmeyi hatalı buluyoruz. Çünkü, aleyhe kanun değerlendirmesinde esas alınacak olan husus fiilin gerçekleştirildiği tarihtir<sup>56</sup>. Vergi incelemeleri, vergilerin doğru ödenip ödenmediğinin araştırılmasını içerdiğinden geçmişe dönük olarak yapılmaktadır<sup>57</sup>. Buradan hareketle, 2019 yılında gerçekleştirilen bir kaçakçılık fiilinin 2022 yılının mayıs ayında tespit edilip

---

<sup>56</sup> Özgenç, s. 140.

<sup>57</sup> Taştan, s. 55.

mütalaanın bu tarihte verildiği düşünülürken ve daha sonra bu fiile başka bir kişinin de iştirak ettiği tespit edildiğinde, karşı oydaki bu görüş bu örnekte esas alınacak olursa, 08.04.2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun’la gelen düzenlemenin yine geriye yürütülmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Çünkü bu örnekte, mütalaa 2022 yılının mayıs ayında, yani 7394 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemeden sonra verileceği için düzenleme tarihinden önce gerçekleştirilen vergi kaçakçılığı fiiline iştirak ettiği sonradan tespit edilen kişi hakkında mütalaa verilmesi şartı aranmayacaktır. Bu nedenle, karşı oyda ileri sürülen “*mütalaa hem maddi hem de usul hükümlerini içinde barındıran kendine özgü bir kurum olduğundan basit bir usul hükmü gibi derhal yürürlüğe girmesinden söz edilemez*” şeklindeki ileri sürülen görüş ile “*VUK’nin 367/5. maddesinde düzenleme ancak 7394 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra verilen mütalaaalar bakımında uygulanabilecek*” şeklindeki görüş birbiriyle bağdaşmamaktadır.

## SONUÇ

Mütalaa, hukuki niteliği itibarıyla vergi ceza yargılamasına özgü bir muhakeme şartı olarak kabul edilmektedir. Yine genel kabule göre mütalaanın ihdas edilme amacı, vergi kaçakçılığı suçlarına konu yargılamaların başlamasını zorlaştıran usuli bir güvence olarak mükelleflerin mali güvenliklerini sağlaması ve teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren vergi kaçakçılığı fiillerinin tespiti noktasında görüş ve değerlendirmeler içererek yargılama makamlarına yol göstermesidir. 08.04.2022 tarih ve 7394 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile mütalaa alınma zorunluluğunun düzenlendiği VUK’nun 367. maddesine yeni bir fıkra eklenerek VUK’nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı fiillerinin takibi açısından mütalaa alınması şartına bir istisna getirilmiştir. Buna göre, mütalaaya konu olmuş bir vergi kaçakçılığı fiilinin sonradan başka bir kişi tarafından işlendiğinin anlaşılması veya yine mütalaaya konu olmuş bir vergi kaçakçılığı fiiline sonradan başka bir kişinin iştirak ettiğinin ortaya çıkması hallerinde, yeni düzenleme öncesindeki Yargıtay uygulamasının aksine, bu kişiler hakkında yeniden mütalaa alınmasına gerek olmayacaktır. Getirilen bu istisnai düzenleme sonrası vergi kaçakçılığı suçlarının temyiz incelemesini yapmakla görevli Yargıtay 11. Ceza Daire’si vermiş olduğu iki kararı ile bu değişikliğin, değişiklik öncesinde gerçekleştirilmiş kaçakçılık fiilleri yönünden uygulanmasına karar vermiştir. Daire’nin bu uygulaması, mütalaa kurumunun özüne ve işlevine aykırı olup, mütalaa alınması zorunluluğunun Daire’ce salt şekli bir düzenleme olarak görüldüğü anlamına gelmektedir. Ancak mütalaa, yalnızca şekli ceza hukukuna ait bir kurum değildir, maddi ceza hukukuna özgü yönleri de bulunmaktadır. Bu nedenle salt



şekli bir hüküm gibi değerlendirilerek yapılan değişikliklerin derhal yürürlüğe girmesi ve derdest davalarda uygulanması mümkün değildir. Zira Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları ile mütalaa bir muhakeme şartı olarak kabul edilmekte, verilemeyeceğinin anlaşılması halinde soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile, kovuşturmanın ise düşme kararı ile sonuçlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu haliyle mütalaa, devlet ile fail arasındaki ceza ilişkisini sona erdiren bir özelliğe sahip olduğu için, hem şekli hem de maddi ceza hukukuna ilişkin özellikler ihtiva eden karma nitelikte bir muhakeme şartıdır. Bu durumda, mütalaa hakkında yapılan kanuni değişikliklerin zaman bakımından uygulanması gündeme geldiğinde maddi ceza hukukuna ilişkin ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. 7394 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile getirilen değişiklik, düzenleme özelindeki kişiler açısından önceki uygulama ve kabulere göre aleyhe bir içeriğe sahiptir. Zira düzenlemeye konu olan kişiler hakkında artık mütalaa yokluğu nedeniyle düşme kararı verilemeyecektir. Bu nedenlerle Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin değişiklik sonrası ortaya çıkan uygulaması, aleyhe kanunun geçmişe yürüme yasağına aykırılık teşkil etmektedir. İnceleme konusu yaptığımız bu kararların birinde, Başkan vekili karara karşı oy kullanmış ve mütalaanın hukuki niteliği ile maddi hukukla olan bağlantısına dikkat çekerek çoğunluk görüşünün isabetsiz olduğunu ifade etmiştir. Başkan vekilinin ileri sürdüğü gerekçeler şimdilik azınlık görüşü niteliğindedir. Ancak, karşı oy gerekçeleri ve bu çalışma ile ileri sürülen mütalaanın maddi ceza hukuku kurumu olduğu görüşü kapsamında, bu kararlara karşı CMK'nın 308. maddesinde düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı olağanüstü kanun yolunun işletilmesi ya da yerel mahkemelerce direnme kararları verilerek konunun Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından değerlendirilmesi halinde bu uygulamanın terkedileceği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- Ağar**, Serkan. Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Arslaner**, Hakan. “Soruşturma Aşamasında Mütalâanın Vergi Suçları Açısından Önemi”. Mali Hukuk Dergisi. C. 18, S. 215, 2022, s. 2398-2408.
- Aslanpınar**, Yusuf Burak. TCK’nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları. 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Batı**, Murat. Vergi Hukuku (Genel Hükümler) Vergi Tekniği – Vergi Yargısı – Vergi İcra. 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Candan**, Turgut. Vergisel Kabahatler ve Suçlar. 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku. 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Ceyhan Sevinç**, Cansu. Vergi Suçlarında Yargılama Süreci (7394 sayılı Kanun değişikliklerine göre). Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Çalışkan**, Suat/**Atar**, Mustafa. 7394 Sayılı Yasa ile Getirilen Değişiklikler Işığında Vergi Suçları Soruşturma Usulü ve Etkin Pişmanlık. Plotan Plus Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Dönmez**, Burcu. “Yeni CMK’da Bilirkişilik Kavramı”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9, Ö. S., 2007, s. 1145-1177.
- Güngör**, Mümin. “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”. TAAD. S. 44, 2020, s. 269-299.
- Gökçen**, Ahmet/**Balci**, Murat/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim. Ceza Muhakemesi Hukuku. 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Karakoç**, Yusuf. Vergi Ceza Hukuku. 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Ortaç**, Fevzi Rıfat/**Ünsal**, Hilmi. Genel Vergi Hukuku. Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- Öner**, Erdoğan. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi. 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar. Ceza Muhakemesi Hukuku. 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Özcan**, Onur. Vergi Suçları. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Özen**, Mustafa. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Düzenlenen Vergi Suçları ve Kabahatleri. 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Özgenç**, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku. 22. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Gezer**, Özge Sırma/**Saygılar**, Yasemin F./**Alan**, Esra/**Özaydın**, Özlem/**Tütüncü**, Efser Erden/**Tok**, Mehmet Can. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**Sarıcaoğlu**, Ercan. “Vergi Affından Yararlanan Mükellef İçin Mütalaa Geri Alınabilir mi?”. TBB Dergisi. S. 134, 2018, s. 217-256.

**Şenyüz**, Doğan. Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları). 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2022.

**Şenyüz**, Doğan. “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş”. İzmir Barosu Dergisi. S. 2, 2016, s. 13-50.

**Taştan**, Mehmet. Açıklamalı – İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları. 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Türker**, Didem. “Vergi Kaçakçılığı Suçu Soruşturmasında İnceleme ve Mütalaa Şartına Getirilen İstisnai Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XXVII, S. 23, 2023, s. 321-358.

**Uğur**, Hüsametin. Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367). Terazi Hukuk Dergisi. C. 8, S. 88, 2013, s. 34-43.

**Ümit**, Ceyda. Vergi Ceza Hukukunda Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme, Sahte Belge Düzenleme ve Kullanma Suçları Açıklamalı – İçtihatlı. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Üstün**, Ümit Süleyman. “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usulü”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9, S. 3-4, 2001, s. 293-323.

**Yavuz**, Yağız. “Ceza Muhakemesi Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)”. Hukuk ve Adalet Eleştirel Dergisi. C. 10, S. 23, 2018, s. 119-180.

**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

**Yıldız**, Ferhat. Yargıtay Kararları Işığında Belgede Sahtecilik ve Vergi Kaçakçılığı Suçları. Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

**Yüce**, Mehmet. Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Yargılama Usulü. 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

### **İnternet Kaynakları**

<https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Gecmis-Kanunlar>, E.T. 21.08.2023.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, E.T. 21.08.2023.

<https://sozluk.gov.tr>, E.T. 03.06.2023.

### **Mahkeme Kararları**

Yarg. 11. CD., E. 2009/1866, K. 2009/12700, 05.11.2009.

Yarg. 11. CD., E. 2016/7293, K. 2018/1783, 28.02.2018.

- Yarg. 11. CD., E. 2017/1389, K. 2018/4650, 16.05.2018.  
YCGK, E. 2018/427, K. 2018/517, 08.11.2018.  
Yarg. 11. CD., E. 2019/7298, K. 2019/9203, 11.12.2019.  
Yarg. 11. CD., E. 2017/9196, K. 2020/5629, 08.10.2020.  
YCGK, E. 2019/630, K. 2022/511, 04.07.2022.  
Yarg. 11. CD., E. 2017/9388, K. 2020/6196, 22.10.2022.  
Yarg. 11. CD., E. 2020/4130, K. 2022/21054, 27.12.2022.  
Yarg. 11. CD., E. 2022/4803, K. 2022/21119, 28.12.2022.



# **Özel Hukuk / Private Law**

---





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi


Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı \*

Right to Life of the Fetus in Comparative  
Legal Systems

  Dr. Öğr. Üyesi İhsan HÜSEYİN \*\*

 10.60002/ebyuhfd.1377850

### ÖZET

Hayat hakkı bütün hakların esasını teşkil eden temel bir haktır. Bu hakkın ne zamandan itibaren başladığının tespiti, gerek medeni hukuk gerek diğer hukuk dalları bakımından büyük önem taşımaktadır.

Ceninin hayat hakkı kökleri çok eskilere uzanan bir hukuki tartışma konusudur. Sadece hukuk alanında değil, semavi dinlerde de bu husus oldukça tartışmalıdır. Bunun sebebi gerek Yahudilik gerek Hıristiyanlık ve gerekse İslamiyet'te ceninin hayatının ne zaman başlayacağına dair açık bir hükmün bulunmamasıdır.

\* Bu makale, ICAR CONGRESS (6. Uluslararası Akademik Araştırmalar Kongresinde) bildiri olarak sunulan çalışmanın genişletilmiş halidir.

\*\* Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received:** 18.10.2023 | **Kabul/Accepted:** 28.11.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** İhsan Hüseyin, “Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (305-349).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.



Dünyadaki hukuk sistemlerine bakıldığında ceninin hayat hakkının başlaması hususunda üç eğilimin olduğu görülür. Klasik görüş ceninin hayat hakkının başlaması için, doğumun gerçekleşmiş olması şartını ararken, diğer bir görüş ceninin aktif yaşam kabiliyetine sahip olması şartını aramaktadır. Bugün doktrinde ileri sürülen ve bazı hukuk sistemleri tarafından benimsenen modern eğilime göre ise, tabiat kurallarına uygun olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren ceninin hayat hakkı başlar.

Bu çalışmada farklı hukuk sistemlerinde ceninin hayat hakkına ilişkin konular ve mahkeme kararları incelenmiş olup ceninin hayatının ne zaman başladığına cevap aranmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Cenin, hayat hakkı, embriyo, dölleme, kürtaj.

### ABSTRACT

The right to life is a fundamental right that forms the basis of all rights. The determination of when this right started is of great importance, in terms of civil law or other branches of law. Discussions on the right to life fetus are a legal debate that goes back to ancient times. The right of the fetus to life is one of the controversial issues in monotheistic religions as well. The reason for this is that there is no clear provision in Judaism, Christianity, and Islam as to when the life of the fetus begins.

When we look at the legal systems in the world, there are three criteria for the beginning of the right to life of the fetus. While the classical view seeks the condition that birth has occurred for the fetus's right to life to begin, another view seeks the condition that the fetus has the ability to live actively. According to the modern standard followed by some legal systems, the right to life begins with the fertilization of the egg.

In this study, the issues related to the right to life of the fetus and court decisions in different legal systems were examined and the answer to the question of when the right to life of the fetus begins is sought.

**Keywords:** Fetus, right to life, embryo, fertilization, abortion.

### GİRİŞ

“Cenin” Arapça bir kelimedir. “Cenne” fiilinden türetilen cenin kelimesi kapalı, örtülü görülmez anlamlarını ifade eder. Görülmez oldukları için “cin” ve ağaçlarla kapalı olduğu için cennet ve yine akli dengesi yerinde olmayan kişi (aklı kapalı olduğu) için, söz konusu fiil kökünden türetilen mecnun (cinn) kelimeleri kullanılmaktadır. Kelime anlamına uygun olarak doktrinde görülmez olduklarından dolayı ana rahmindeki çocuğu ifade etmek üzere “cenin” kelimesi kullanılmaktadır. Buna göre cenin, ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış çocuk olarak tanımlan-

maktadır. Hayat hakkı ise, bütün hakların temelini teşkil eden, bu hak olmaksızın hiçbir hakkın anlamı olmayan ve bütün hukuk dallarını ilgilendiren en temel haktır. Bu itibarla hayat hakkının ne zaman başladığının tespiti de bunun korunması ve diğer hakların vücut bulması için büyük önem arz etmektedir.

Cenin hayat hakkı ile annenin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu tasarrufta bulunma hakkı birbirinden bağımsız haklardır. Ancak bunlar yakından birbiriyle bağlantılı iki hak olduğu için, bu alanda yapılan çalışmalar annenin kürtaj hakkını incelerken ceninin hayat hakkına eğilmek durumunda kalmıştır. Bu iki hakkın karşılaştırılması halinde hangisine üstünlük tanınacağı, bu üstünlüğün hangi gerekçeye dayandığı öteden beri doktrinde tartışmalı olan konulardandır.

Bu çalışmada, konuya ilişkin temel kavramlardan olan cenin, hayat hakkı, embriyo ve çeşitleri, annenin kürtaj hakkı beyan edildikten sonra, farklı hukuk sistemlerinin ceninin hayat hakkına ilişkin bakış açısı ve yargı kararları incelenmiş olup, ceninin hayat hakkının hangi andan itibaren başladığı sorusuna cevap aranmıştır.

## I. CENİN KAVRAMI

Cenin kavramının neyi ifade ettiğini açıklamadan önce ilk önce embriyoyu açıklamak gerekir. Zira bu ikisi birbirinden farklı kavramlardır. Dil bakımından söz konusu kavramlar ele alındığında, embriyo, döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıyı ifade eder. Bu evreden sonra yani gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise cenin adını almaktadır. Bahsedilen kavramlar birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, konuya ilişkin düzenlemelerde söz konusu kavramların tanımı yapılmamıştır. Bu bağlamda gerek Türk Medeni Kanunu'nda, gerekse Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te embriyo veya cenin kavramı anılmış olsa da, tanımları yapılmamıştır. Doktrinde ise, yumurtanın sperm ile döllenmesi sonucu oluşan ancak henüz organların şekillenmediği gebeliğin ilk haftalarında insan organizmasına verilen ad olduğu ifade edilmektedir. Başka bir ifade ile embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir<sup>1</sup>. Cenin kavramı ise (fetüs, dölüt, nasciritus),

---

<sup>1</sup> Hayrunnisa **Özdemir**/Ahmet Cemal **Ruhi**, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2019, s. 46-47.

ana rahmine düşmüş, ancak henüz tam ve sağ olarak doğmamış çocuğu ifade etmek için kullanılmaktadır. Buna göre “Cenin ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış çocuk” olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>.

## II. HAYAT HAKKI KAVRAMI

Doktrinde hayat hakkı, ilk önce insanın fiziksel-biyolojik varlığının arızasız olarak sürdürebilmesi için sağlık ve bütünlük içinde doğması, doğum sonrasında insanın varlığının moral-kültürel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürülebilmesi, son olarak bu suretle fiziksel-biyolojik-psikolojik-moral-kültürel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının aynı zamanda bir hukuki kişi olarak toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesi olarak tanımlanmıştır. Vücut bütünlüğünün eksilmemesi, insanın maddi ve/veya manevi varlığının bir saldırıya maruz kalmaması da yaralanmama hakkı olarak tanımlanmıştır. Hayat hakkı, insan hakları içinde değer sırası bakımından temel bir hak olarak ilk sırada yer alır. Yaşama hakkı kutsaldır. Söz konusu hak önemli insan haklarından birisi ve hukuk devletinin de temel değeridir. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Buna dayanarak bu hakkın katı biçimde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Kısaca hayat hakkı öldürülmeme hakkıdır<sup>3</sup>. Öldürülmeme hakkına dayanan, öldürülmezlik ilkesinin sonuçları ise: kişinin kendisine karşı korunması, kişinin üçüncü kişilere karşı korunması, kişinin topluma ve devlete karşı korunması ve kişinin anarşizm ve fanatizme karşı korunmasından ibarettir.

Hayat hakkı, yukarıda da ifade edildiği üzere en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Geri kalan diğer hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı mutlak bir haktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde de hayat hakkı, dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeği olarak kabul edilmektedir.

---

<sup>2</sup> Özdemir/Ruhi, s. 26-47.

<sup>3</sup> Bkz. Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşama Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. Kasım 2012, S. 103, s. 139-140; Bahri Savcı, “Yaşam Hakkı Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, C.1, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1979, s. 17-18.

Doktrinde hayat hakkının ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmayan, özü itibariyle tabii hukuk okulunun tanıdığı, ancak pozitif hukukun güvence altına aldığı bir hak olduğu ifade edilmektedir<sup>4</sup>. Tabii hukukta var olduğuna kuşku duyulmayan hayat hakkı özellikle ikinci dünya savaşı öncesinde ve savaş sırasında devletin neden olduğu kitlesel ihlaller sebebiyle uluslararası pozitif normlara da girmeye başlamış ve uluslararası düzeyde de korunmaya çalışılmıştır<sup>5</sup>. Mesela, AİHS m. 2’de hayat hakkının korunmasından bahsedilmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Bahsedilen belgede hakkın nasıl ve hangi sınırlar içinde kullanılacağına beyanı AİHM kararlarına bırakılmıştır.

AİHS m. 2 ve buna paralel bir hüküm olduğu kabul edilen mevcut Anayasamızın 17. maddesinde herkesin hayat hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde “herkes” ve “yaşama” kavramları kullanılmıştır<sup>6</sup>. Bu kavramların kullanılmış olması nedeniyle hayat (yaşama) hakkının sağlamış olduğu korumadan ceninin de yararlanıp yararlanmayacağı sorusu akla gelir. AİHM, bu yönde bir tavır almaktan kaçınmıştır<sup>7</sup>. Avrupa düzeyinde embriyo ve/veya ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı, ancak koruma kapsamına alınmaya başladıkları görülmektedir. Doktrinde ceninin insan olabilme yeteneği, insan onuru adına ceninin korunması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu durumun cenini AİHS m. kapsamında hayat hakkına sahip bir kişi yapamayacağı da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vardığı sonuç itibariyle ceninin bahsedilen 2. madde kapsamında bir şahıs sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevabın verilemeyeceği ileri sürülmektedir. Sonuç olarak hayatın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu beyan edilmektedir<sup>8</sup>.

Hayat hakkı tanınmadan diğer haklara sahip olmanın bir anlamı yoktur. Bu özellik hayat hakkını fiilen diğer temel hak ve özgürlüklerin önüne geçirmekte, kuşkusuz temel hak ve özgürlükler yelpazesinin birinci sırasına yerleştirmektedir<sup>9</sup>. Anayasanın 17. Maddesine dayanarak bir yazar

---

4 Çiftçioğlu, s. 139.

5 Serkan Kızılyel, “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Yıl: 201, S. 2, s. 253.

6 Herkes kavramı için bkz. Kızılyel, s. 259.

7 Hamide Tacir “Yaşam Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Yıl: 2013, s. 1302.

8 Çiftçioğlu, s. 139.

9 Bkz. Tacir, s. 1306- vd.

dar anlamda hayat hakkının “kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamlarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmesi olarak nitelendirilebilir” bir hak olduğu ifade etmektedir<sup>10</sup>.

Mevcut durumda hukuk anlamda hayat hakkının ne zamandan itibaren korunması gerektiğine net bir cevap vermek mümkün değildir. Anayasa koyucuları ve uluslararası metinlerin bu hususla ilgili açık bir hüküm getirmekten kaçındıkları izlenmektedir.

Embriyo veya ceninin kişi olarak kabul edilmesi halinde, bunların hayat hakkının koruma altında olduğu hatta anayasal haklara sahip oldukları sonucuna varılabilir. Çünkü hayat hakkının öznesi kişidir. Buna karşın embriyo veya ceninin kişi olmadığı kabul edilirse, bu durumda bunların hayat hakkının süjesi olmadıkları sonucuna varılır. Burada cenin ne zamandan itibaren ve ne oranda hukuken korunur veya ne zamandan itibaren hayat hakkına sahip olur sorusu akla gelir. Hayat hakkı tanımadan embriyo veya cenine sağlanan hukuki korumanın esasının ne olduğu sorusu bir hukuki mesele olarak kendini gösterir. Bu bağlamda farklı hukuk sistemlerinde ve uluslararası sözleşmelerde embriyo veya cenini korumaya yönelik hukuki düzenlemeler vardır. Mesela, Türkiye’de 1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, gebelik 10 haftadan fazla ise, ancak belli şartların gerçekleşmesiyle rahmin tahliyesi mümkündür. Buna göre, “*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir*”. Yine Türk Ceza Kanunu m. 99’da, rızası dışında kadının çocuğunu düşürten kişinin 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK.m.100 hükmünde ise, gebelik süresi 10 haftan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde kendisine bir yıla kadar hapis cezası verilebileceği veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Doktrinde embriyo veya cenine sağlanan korumanın, bunların potansiyel yaşamın başlangıcı olduğu ve insan onurunun korunması gerektiği esasına dayandığı bilgisi yer almaktadır<sup>11</sup>. Ancak embriyo veya cenine bir koruma sağlanmaktaysa da, bu durum bunların hayat hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Tıp bilimi embriyo veya cenin ne

---

10 Tacir, s. 1302.

11 Tacir, s.1304.

zaman canlı bir varlık haline geleceği hususunda çeşitli veriler sunmaktadır. Ancak buna rağmen söz konusu hususta görüş birliği sağlanamamıştır. Çünkü “canlı varlık olma hali” bazılarına göre ceninin uzuvlarının veya sinir sisteminin oluşmaya başladığı, diğer bazılarına göreyse döllemenin gerçekleştiği andır. Canlı varlığa dönüşme halinin kutsal kitapların ve çeşitli inanışların işaret ettiği an olduğunu benimseyenler de vardır.

Embriyoların niteliği hususunda da görüş ayrılığı hâkimdir. Bir görüşe göre embriyolar, birtakım genetik özelliklere ve gelişme potansiyeline sahip “*insan*” olarak nitelendirilmektedir. İkinci bir görüş ise embriyoları, hücreler topluluğu olarak görmekte ve onu “şey” olarak nitelendirmektedir. Bu iki görüşün karması olan üçüncü görüşe göre ise embriyo; “eşsiz, benzersiz” olup insan gelişimin ilk aşamasıdır. Ancak bu oluşum büyük ölçüde anneye bağlı olarak gelişmekte ve aynı zamanda bir araya gelen birçok faktör bu gelişimin tamamlanması açısından gerekli ve etkili olmaktadır. Çünkü embriyonun cenin haline dönüşmesi ve oluşumunu tamamlayıp insan olarak doğması belirli bir sürecin tamamlanmasına bağlıdır. Bu görüş embriyoya en azından onurunun korunması ve varlığına saygı gösterilmesi gerektiği savını sağlamaktadır<sup>12</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere embriyo veya cenin hayat hakkının öznesi olup olmadığı hususunda belirsizlik hâkim olsa da, modern hukuk sistemlerinin çoğu sadece belli haftan sonra (mesele gebeliğin 10, 12, 18 veya 20 haftalık) cenini değil, dölleme aşamasında hemen sonra doğrudan doğruya embriyoyu koruma altına almıştır. Mesela, çoğu modern hukuk sistemlerinde embriyo veya cenin üzerinden bilimsel deney ve araştırmaların yapılmasını yasaklayan düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerin varlığı cenin ve embriyoların hayat hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir; bu bağlamda söz konusu düzenlemeler yol gösterici rol oynamaktadır.

Günümüzde gelişen teknoloji ve tıp sayesinde normal yoldan çocuk sahibi olamayan çiftler yapay (dışarıda) dölleme (tüp bebek) yoluyla çocuk sahibi olabilmektedir. Bu alandaki gelişmeler sadece alternatif üreme faaliyetiyle sınırlı kalmamıştır. Embriyolar üzerinde yapılan deneyler birçok genetik ve kronik hastalıkların tedavisinde bir malzeme olarak kullanılmaya başlamıştır. Bu bağlamda doğrudan doğruya deney ve araştırma yapmak üzere artık embriyo ve dondurulmuş embriyo kavramları ortaya çıkmaya başlamış ve kanun koyucunun müdahalede bulunup çözmesi ge-

---

12 Tacir, s. 1304-1305.

reken bir hukuki sorun alanı oluşmuştur. Embriyolar üzerinde bilimsel çalışma yapılabilip yapılamayacağı hususunda birden fazla görüş ortaya atılmıştır. Embriyonun kadının bir parçası olduğunu ve kendisinden bağımsız olmadığını savunan feminist görüş burada söz hakkının kadına (anneye) ait olduğunu ileri sürmektedir. Faydacı görüş olarak adlandırılan diğer görüş ise, meseleye araştırmaların insanlık için getireceği yarar açısından bakmaktadır. Buna göre deneylerin insanlık için getireceği yarara öncelik tanınmalıdır. Üçüncü bir görüş ise, meseleye tamamen embriyonun hakları açısından yaklaşmakta ve embriyoyu “insan haklarına” sahip varlık olarak nitelendirmektedir. Buna göre embriyo en erken evrelerinden itibaren “insan” olarak kabul edilmelidir. Öte yandan diğer bir görüşe göre, insanlık onurunun korunması adına embriyo üzerinde araştırma yapılmamalıdır. Buna göre potansiyel insan olma kabiliyetine sahip “hücreler demeti” ya da “canlı varlığın” araçsallaştırılması söz konusudur. Bu bağlamda embriyo, araştırma konusunun aracı haline dönüşmektedir<sup>13</sup>. AİHM’e göre, embriyo “insanlığın ortak mirası” olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla onurunun korunması gerekmektedir<sup>14</sup>. Bahsedilen görüşlerin hangisinin benimsendiğine ve embriyonun çeşidine göre dünya ülkeleri embriyo ve ceninin ne zaman ve ne oranda korunacağı hususunda düzenlemelerde getirmişlerdir. Bu hususla ilgili Avrupa ülkeleri arasında karşılaştırmalı olarak yapılan bir çalışmaya göre, embriyolara sağlanan hukuki korumanın yoğunluğu bakımından Avrupa ülkeleri üçe ayrılmaktadır. Doğmamış bebeğin hayat hakkını annenin hayat hakkı ile eşit gören İrlanda Cumhuriyeti Anayasası, Avrupa ülkeleri arasında en yoğun koruma sağlayan ülke olmuştur. Geri kalan Avrupa ülkeleri embriyoya orta koruma sağlayan ülke olarak sınıflandırılmıştır<sup>15</sup>. Bu ülkeler embriyo veya cenine insan onuru temelinde yaklaşmış ve özellikle gelişim evrelerini dikkate alarak belli düzenlemeler getirmiştir (Mesela, İngiliz Hukukunda embriyonun korunmaya başlanması için 14 günlük bir süre öngörülmüştür. Buna göre döllenmeyi takip eden 14 güne kadar embriyolar üzerinde belirli araştırmaların yapılması mümkündür<sup>16</sup>. Söz konusu çalışmaya göre Avrupa ülkesi embriyo veya cenini salt deney malzemesi olarak kabul eden ülke olarak görülmemiştir. Embriyoyu salt deney malzemesi olarak

---

13 **Tacir**, s. 1308.

14 Bkz. **Tacir**, s. 1380.

15 Aysun **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 23.

16 **Tacir**, s. 1311.

kabul eden ülkeler en yoğunlukta koruma sağlayan ülkeler olarak tasnif edilmektedir. Embriyo üzerinde deney yapmayı yasaklama bakımından da dünya ülkeleri A, B, C ve D grupta yer alan ülkeler olarak dört gruba tasnif edilmektedir. A gurubu olarak tasnif edilen ülkeler, embriyolar üzerinde yapılabilecek her türlü araştırmayı yasaklamıştır. B grubu olarak tasnif edilen ülkeler ise, belirli bir süre içerisinde kök hücre araştırmalarına izin vermekte ancak bunun dışında embriyo üzerinde araştırmaları yasaklamaktadır. C grubu ülkeleri sadece artık embriyolar üzerinde 14 günlük süre sınırı içerisinde araştırmaya imkân tanımaktadır. En zayıf sınırlama getiren gurup D gurubu ülkeler olmuştur. Buna göre “insan klonlama” amaçlı olarak embriyo üzerinde araştırma yapılmasına da izin verilmiştir. İngiltere 1990 tarihli Dölllenme ve Embriyo Kanununu kabulüyle (Human Fertilisation and Embryology Act) D grubunda yerini almıştır. Almanya 2002 tarihli Kök Hücre Kanunu ile daha kısıtlayıcı bir politikayı tercih etmiştir. Düzenlemeye göre Almanların dahil olacağı kök hücre araştırmaları ancak yasaklanmıştır. Böylece Almanya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan ve Hollanda B gurubu olarak sınıflandırılmaktadır. Embriyo üzerinde her türlü araştırmanın yapılmasını yasakladıkları için Polonya, İtalya ve Avusturya A gurubunda yer almıştır. Artık embriyolar<sup>17</sup> bakımından da durum farklı değildir. Burada anılan ülke düzenlemelerinin doğrudan doğruya araştırma malzemesi olarak kullanılmak üzere üretilen embriyolara yönelik tutumu nasılsa, artık embriyolara göre tutumu da aynıdır.

Avrupa Konseyince hazırlanan biyotıp sözleşmesi gereğince araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulmasını yasaklanmıştır. 2004 tarihinde Türkiye’de söz konusu sözleşmeyi imzalamış ve usulüne olarak yürürlüğe koymuştur. Böylece sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Türkiye’de de üzerinde araştırma yapmak amaçlı embriyo yaratılması yasaktır. Bugün yürürlükte bulunan 30.09.2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin 20. Maddesinin 2. ve 3. fıkrasında belirtilen amaçlar dışında, embriyoların saklanması yasaklanmıştır. Aynı maddenin 6. fıkrasında ise, kural olarak embriyoların kural olarak en fazla beş yıl saklanabileceği hükmü yer almaktadır. Ne var ki söz konusu fıkrada embriyoların beş yıldan fazla bir süre için saklanması bakanlığın iznine tabi olduğu hükmü düzenlenmiştir: “*Bu maddenin ikinci*

---

17 Tacir, s. 1312.



ve üçüncü fıkralarında belirtilen numuneler, merkezlerde en fazla beş yıl süreyle saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirilmeleri, sayımları ve tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır”. Bir önceki yönetmelikte de (2010 tarihli yönetmelik m. 18/f.13) buna benzer bir hüküm yer almaktadır. Oysa 1996 tarihinde yürürlüğe giren ve 2005 tarihinde tadil edilen yönetmeliğin 17. maddesinde beş yıllık süre daha kesin bir şekilde ifade edilmişti; Bakanlığa (Sağlık Bakanlığına) beş yıllık süreyi uzatma yetkisi tanınmamıştır. Bugün yürürlükte olan yönetmeliğin (2014 tarihli yönetmelik) 20. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, sınırlı olarak bazı hallerde embriyoların saklanması mümkündür. Buna göre, Türkiye’de üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına da izin verilmemektedir.

Üzerinde durulması gereken ve hukuken çözülmesi gereken husus dondurulmuş embriyoların hukuki durumudur. Çünkü embriyoların oluştuğu andan itibaren insan oldukları kabul edildiği takdirde, bunların yok edilmemesi ve üzerlerinde araştırma yapılmasının çok kesin kurullarla düzenlenmesi gerekir. Dondurulmuş embriyolarla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, bunların mülkiyet konusu olup olmayacağıdır. Ayrıca eşlerin boşanması ya da çocuk sahibi olmaktan vazgeçmesi halinde çözüme kavuşturulması gereken bir diğer hukuki sorundur. Bu durumda embriyo kime ait olacaktır? Aslında bu sorular hepsi “hayat ne zaman başlar” sorusuna ilişkindir. Yukarıda ifade edildiği üzere AİHM buna net bir cevap vermekten kaçınmıştır. Ne var ki söz konusu mahkeme, Natallie Evans davasında, embriyoların hayat hakkına sahip olmadığı ve ulusal mahkemenin embriyonun imha edilmesine ilişkin kararında bir hak ihlali olmadığı sonucuna varmıştır<sup>18</sup>. Boşanan eşlerden birinin evliken embriyonun dondurulmasına yönelik verdiği onamayı daha sonra geri çekmesi ABD’de de dava konusu olmuştur<sup>19</sup>. Burada da embriyonun hayat hakkına sahip olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ülkemizde dondurulmuş embriyoların durumu 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin 20. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında bu husus

---

18 AİHM, Evans v./Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, (<http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>).

19 Tacir, s. 1314.

ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. “(5) Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir. (6) Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen numuneler, merkezlerde en fazla beş yıl süreyle saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri, sayımları ve tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır”. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin açık ifadesinden, embriyoların hayat hakkına sahip olduğu ileri sürmek mümkün değildir.

### III. KÜRTAJ

Konuyla yakından bağlantılı olan bir diğer mesele de kadının kürtaj hakkıdır. Kürtajda çatışan iki çıkar söz konusudur. Bunlardan ilki annenin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunması ve kadının özel hayatının mahremiyeti, diğeri ise, ceninin hayatını sürdürmesidir. Bu hukuki sorun hakkında tartışmalar çok eskilere dayanmaktadır. Birçok muhafazakâr görüş, kürtajı yaşamın kutsallığı tezi nedeniyle reddederken, liberal görüşte olanlar konuya kadının üreme hakkı, özel yaşamına saygı duyulması ve kendi geleceğini belirleyebilmesi temelinde yaklaşmaktadırlar. Doktrinde geçen yüzyılda kürtaj tartışmasının liberaller lehine sonuçlandığı ileri sürülmektedir. Buna göre, kürtajın yasallaşması ilk olarak 1917’de Rusya’da Devrim sonrası gerçekleşmiştir. 1970 yılına gelindiğinde çoğu Avrupa ülkesinde kürtaj yasal bir hak olarak yasal düzenlemelerde yerini almıştır. Güçlü Katolik geleneğe sahip olan ve geçmişte kürtajı çok ağır cezalandıran ülkelerin başında gelen Fransa bile 1975’te 12 haftaya kadar istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasının (kürtajın) mümkün olduğunu düzenlemiştir. Ancak diğer taraftan Malta Avrupa’da kürtajı tamamen yasaklar-ken, Katolik inancın hâkim olduğu İrlanda’da sadece annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda kürtaja izin verilmektedir. Geri kalan Avrupa ülkeleri bazı şartların gerçekleşmesiyle kürtajın mümkün olduğunu

düzenlemiştir. Öte yandan İtalya ve Lüksemburg gibi bazı ülkelerde hekimlerin ahlaki veya dini inanışları gereği kürtaj yapmama hakkı bulunmaktadır.

Doktrinde, kürtaj hakkının çeşitli nedenlerle güvence altına alınmadığı durumlarda, kadının toplumsal ve kültürel en önemli rolünün kadınlık olduğu sonucuna götüreceği ileri sürülmektedir. Bunun da kadını kendi üreme sisteminin tutsağı haline getireceği ifade edilmektedir. Ayrıca kürtajın yasaklanması kadının yaşama hakkının ihlali yanında özel yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunması hakkının da ihlalini oluşturmaktadır<sup>20</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM de kürtajın doğmamış çocuğun AİHS. m. 2 ile doğrudan korunan “kişi” olarak kabul edilemeyeceği ve doğmamış çocuğun “yaşam hakkı” varsa bile bu hakkın zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu mahkeme daha da ileri giderek, kürtajın engellendiği bazı durumları “kötü muamele ve işkence” olarak kabul etmiştir<sup>21</sup>.

Hayat hakkının başlangıcını konu edinen bir çalışmaya göre, embriyo veya cenin kadından ayrı ve bağımsız bir varlık değildir. Buna göre, döl lenmeyi takip eden süreç içinde embriyo veya ceninin doğuma kadar geçirdiği evreler kadına bağımlı olarak gerçekleşir. Bu sebeple onun hayatı anneden bağımsız olarak düşünülemez. Buna gerekçelere dayanarak her ikisinin de yaşama hakkına ilişkin kararı verecek olanın kadın olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kürtajla ilgili ortaya çıkan haklar çatışmasına ek olarak gözden kaçan bir konu da kadına ruhsal, fiziksel olarak bağlı olan ve gelişmekte olan bu canlının üzerinde sahip olduğu karar verme yetkisidir. Burada karar verme yetkisi ile kadının kendi hakları kastedilmemektedir. Yani kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel yaşamının korunması hakları değil, bizatihi embriyonun kendi hakkı açısından karar verecek merciin kadın olmasıdır.

---

<sup>20</sup> Tacir, s. 1316.

<sup>21</sup> AİHM, Vo v./France, 53924/00, 08. 007.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch.>).

## IV. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNE GÖRE CENİNİN HAYAT HAKKI

### A. Semavi Dinlere Dayalı Hukuk Sistemlerine Göre Ceninin Hayat Hakkı

#### 1. Musevilikte Ceninin Hayat Hakkı

Yahudilerin kutsal kitabı Tanah'da ceninin hayat hakkına ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Ancak anne karnındaki ceninin müdahale sonucu zarar görmesi halinde uygulanması gereken cezaya ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Yahudi din adamları da Tanah'da yer alan ifadeler üzerinden ceninin hayat hakkı ve kadının kürtaj hakkına ilişkin görüş oluşturmuşlardır. Bu görüşlerden ilkinde göre döllenen yumurta (fetüs) normal insan gibi görülmekte ve hayat hakkına sahip bir kişi olarak kabul edilmektedir. Bu fikre göre, ceninin yaşamına son vermek bir insanı öldürmekle eş değer kabul edilmekte ve kim olursa olsun saldırıda bulunan kişi hakkında adam öldürmede öngörülen cezanın aynısı uygulanmaktadır.

İkinci görüşe göre ise, anne karnındaki ceninin başı dışarı çıkmadıkça normal bir insan olarak kabul edilmez. Ancak bu aşamada cenin potansiyel bir insan olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşün savunucularına göre cenine yapılan saldırının veya kürtajın cezası normal bir insana karşı işlenen cinayet suçunda olduğu gibi ölüm cezası değil tazminata mahkum edilmez. . Bununla birlikte cenin bir kişi olacak şekilde gelişmekte olduğundan ona zarar verilmemesi, hayatına son verilmemesi ve korunması gerekmektedir. Yahudilere göre ceninin hayatı annenin hamile kalmasından itibaren başlamakta ve bu hayat anne karnında iken Rab tarafından kutsanmaktadır.

Yahudilerin bu yöndeki katı bakış açısı kürtajın önlenememesinden dolayı yumuşatılmıştır. Buna göre Yahudi din adamları hamileliğin ilk 40 gün içerisinde kürtajın yapılabileceğine hükmetmişlerdir; buna göre 40 gün içerisinde rahmin tahliyesi halinde bir ceza uygulanmayacaktır. Çünkü bu aşamada cenin safi bir sudan ibaret olup henüz yeteri kadar gelmemiş ve belli bir özellik kazanmamıştır.

Yahudilikte ceninin hayat hakkına üstünlük tanıyarak zina ya da enest ilişki neticesinde hamileliklerde de hâkim görüş kürtajın uygun olmadığından yanadır. Buna karşı diğer bir görüş, zina veya enest ilişki sonucu gerçekleşen hamileliğin ilk 40 gün içerisinde son erdirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü böyle bir ilişki sonucu doğacak çocuklar hak etmedikleri halde hayat boyu horlanacaklar, hiçbir zaman normal bir yaşama kavuşamayacaklar ve toplum içerisinde annesi babası lanetli

olarak anılacaklardır. Bunun dışında zorunluluk arz eden hallerde annenin hayatına üstünlük tanınmaktadır. Bütün yollar denedikten sonra annenin yaşaması için kürtajın yapılması gerekliyse, ceninin hayat hakkına müdahale edilip rahmin tahliyesi mümkündür. Bunu yapabilmek için annenin, kocanın, doktorun ve din adamının kürtajın yapılması yönünde görüş bildirmesi gerekir. Bununla birlikte anne bebeğini dünyaya getirmeyi tercih edecek olursa, annenin isteğinin yerine getirilmesi yönünde görüş de bildirilmiştir<sup>22</sup>.

Ebeveynlerin doğacak çocuğa bakamayacakları gerekçesine dayanarak hamileliğin bitirilmesi Yahudi değer ve geleneklerine aykırı olarak kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

## 2. Hıristiyanlıkta Ceninin Hayat Hakkı

Hıristiyanlıkta çocuk başkasına ait bir hak konusu olmayıp Allah tarafından hibe edilen bir varlıktır; hamileliğin başlangıcından itibaren bir kişi olarak hak sahibidir<sup>24</sup>. Bu itibarla hamileliğin ilk anından itibaren ceninin hayat hakkı dâhil çocuğun sahip olduğu haklar bir kişi veya devlet tarafından değil; insan onurundan dolayı Allah tarafından kendisine hibe edilmiştir. Buna dayanarak ‘kiliseler’ kürtaja karşı tutum sergilemektedir. Vatikan Aile İşleri Meclisine göre, cenine hamileliğin ilk anından itibaren bir kişi olarak saygı duyulmalıdır<sup>25</sup>. Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun “Kilise ve Çağdaş Meseleleri” adlı kitabında canlı bir varlığa ilişkin olduğu için, kürtaj tehlikeli bir meseledir; ceninin yaşının bir gün veya birkaç gün ya da hafta olmasının bir önemi yoktur. Cenin ilk oluştuğu andan itibaren, hayat hakkı ve diğer haklara sahip onurlu bir canlıdır. O halde anne, doktor veya diğer herhangi bir şahıs kürtajı nasıl gerçekleştirebilir veya yapılmasını kolaylaştırabilir? Bunu yaptıkları takdirde, canlı bir varlığın hayatını ortaklaşa sonlandırmış olurlar; bu da dinen kabul edilemez. Kürtaj, kasıtlı olarak işlenen bir cinayettir<sup>26</sup>.

22 Aynur **Eryiğit Bader**, “Yahudilik Hıristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”, Antakya/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, s. 120-124.

23 **Eryiğit Bader**, s. 124.

24 Selim **Ed-Dahır/Muhammed Tay**, Hukuk’ut-Tifil Vi’l Mesihiyeti V’el İslam Bi’l Mukane Maa İttifakiyet’ül Umem’ül Muttahide Lihukuk’ut- Tifil, Bası 2, Kitap Katolik Basın Merkezinin Yardımıyla Yayımlanmıştır, Lübnan 2012, s. 70.

25 **Ed-Dahır/Tay**, s. 70.

26 Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun, Kilise ve Çağdaş Meseleleri, s. 49 (**Ed-Dahır/Tay**, s.73’dan naklen).

İkinci Vatikan Konseyi de kürtajı bir cinayet olarak nitelendirmiştir. Bahsedilen Konseye göre, “şüphesiz ki yumurta döllendiği andan itibaren, anne ve babanın hayatından bağımsız kendine özgü olarak gelişen yeni bir canının hayatı başlamış olur”. Papa 2. Yuhanna Pavlus’a göre “cenin biyolojik bir topluluktur. Ancak aynı zamanda beşeri bir şahıstır; bir canlı olarak onuruna saygı duyulmalıdır”<sup>27</sup>. Cenin olduğu ilk andan itibaren bir nefistir (candır), bedensiz ruh ya da ruhsuz bedenden bahsedilemez; beden ve ruh ayrımı yoktur. Ruh ile beden aynı anda yaratılır; her zaman gebelikte böyle bir durum söz konusudur. İnsan mevcutların efendisidir. Cenin masumdur; sağlıklı olsa da olmasa da yasal bir ilişkinin ürünü olsa da olmasa da olduğu andan itibaren var olma hakkına sahiptir<sup>28</sup>. Bu hususla ilgili olarak Rum Katolik Kilisesi, Anglikan Kilisesi, Ortodoks, Protestan ve Doğu Kiliseleri aynı doğrultuda tutum sergilemiştir<sup>29</sup>. Her hayat kutsaldır. Ancak annenin hayatına ilişkin gerçek bir tehlike söz konusu olduğu durumlarda kürtajın yapılması mümkündür<sup>30</sup>. Hıristiyanlıkta genel eğilim yukarıda aktarılanlardan ibaret olmakla birlikte bazı Hıristiyan din adamı ve düşünürlere göre (ST. Augustine) ceninin hayatı veya insani niteliği (Animation or Humanization), yumurtanın döllenmesi sonrası ceninin cinsiyetine göre on dördüncü veya on sekizinci günden itibaren başlar.

27 el Baba Yuhanna Pavlus es- Sani, İncil’ül Hayat, el Adet 54 (Ed-Dahr/Tay, s.75’ dan naklen).

28 Ed-Dahr/Tay, s.76-77; 1869’da Hıristiyanların dini lideri (pope pius IX) kürtajı yasaklamış ve yapanlara kiliseden kovma cezası uygulamıştır. Rum Katolik Kilisesi ve Anglikan, Kilisesi ceninin hayat hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Hıristiyan dini lideri (pope paul VI) kürtajın ve hayatın devamlılığını engelleyen her fiilin cinayet olduğunu ifade ederken pope john paul II her aşamada ceninin hayatının mukaddes olduğunu saymıştır. Ortodoks, Protestan ve Doğu Kiliseleri aynı doğrultuda tutum sergilemiştir. Hıristiyanlığın bu yöndeki tutumu İrlanda, Polonda, Malta, Portekiz, İspanya , Fransız ve birçok ülkenin kanun koyucusunu etkilemiştir (Ali Hadi Atiyye el Hilali, el Merkez’ül Kanuni Lic- Cenin Fi Zil’il Abhas’üt-Tubbiyye V’t- Takaniyet’ül Müsaide F’İl İncap, Dirase F’il Kanun’ül Am’ül Mukaren (Muazzeze Bin-Nusus’ül Destüriyye V’t-Teşriyye V’t-Ticahat’ül Kaza’ül Avrurpi Ve’l E^mriki), Kulliyet’ül Kanun Camiat Dikar, Menşurat’ül Halebi el Hukukiye, Bası 1, Beyrüt/Lübnan 2012, s. 219-221).

29 el Hilali İ, s. 18-19.

30 Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun, Kilise ve Çağdaş Meseleleri, s. 49 (Ed-Dahr/Tay, s.78’ dan naklen).

Ceninin insani niteliğinin veya değerinin bahsedilen süreden itibaren başlatılmasının gerekçesi, bahsedilen sürelerden sonra bir insani cisim olarak gelişmeye başlamasıdır<sup>31</sup>.

Yukarıda bahsedilen genişletici fikre karşı, bazı Hıristiyan dini düşünürler ceninin hayatının başlangıcı hususunda daha daraltıcı bir bakış açısı ileri sürmektedir. Bunlara göre ceninin insani niteliği veya değeri annenin ceninin hareketlerini hissettiği anda başlar (quickening or when the fetus move). Bu fikre göre ceninin insani değeri fiili olarak mevcudiyetinden itibaren değil, kendisini ispat ettiği andan itibaren başlatılmaktadır. Ancak bu kriterin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Zira kendini hissettirme olayı ceninden cenine değişir. Performansları bakımından ceninler birbirinden farklıdır. Bu sebeple bu fikir tutarlı bir kanuni kriter olarak benimsemeye elverişli değildir.

Yukarıdaki bahsedilen daraltıcı fikirlerin daha da ötesine giderek Tevrat'ın bakış açısı üzerinden hareket ederek, insani şekle benzedikten sonra ceninin insani hayatının başlayacağını savunan Hıristiyan din adamları tarafından ileri sürülen görüşler de vardır. Buna göre yumurta doğrudan doğruya döllenme anında insani hayata dönüşmez, insani hayat ceninin insan şekline bürünmesinden (a humanshape) sonra başlar. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu fikir bedenle ruh arasında ayırım yapan Tevrate dayalı anlayışın etkisinde olan bir görüştür. Zira Tevrat'a göre Adem (a.s.) iki aşamada yaratılmıştır; ilk olarak bedeni (his body) ikinci aşamada da ruhu (his a soul) yaratılmıştır. İslam dininde hiçbir şer'i dayanağının olmamasına rağmen bu fikir İslam doktrinine de sızmıştır<sup>32</sup>. Ancak bu daraltıcı bakış açılarına rağmen Hıristiyanlıkta genel çizgi değişmemiştir. Bugünkü Hıristiyan anlayışına göre ceninin tam insani niteliği yumurtanın döllenmesinden itibaren başlamaktadır. Bu andan itibaren kutsal (sacred) insani hayat başlar; insani hayatın bütün aşamaları Allah tarafından yaratılmıştır ve kutsaldır<sup>33</sup>.

---

31 **el Hilali**, s. 18-19.

32 İslam hukukçularına göre, ruh ile beden birbirinden bağımsız iki hakikattir. İnsan bu iki hakikatin birleşimidir. Ruhun cesetle birleşmesi halinde canlı insan olur, ayrılmaları halinde ise ölmüş insan söz konusu olur. Bunun aksini savunan görüşler de vardır. Bir görüşe göre, yumurtanın döllenmesinden itibaren ruh ile beden aynı anda yaratılmış olur ve gelişmeye devam eder. Buna göre yaratılış aşaması olarak ilk başta beden aşaması daha sonra da ruh aşaması gibi bir teselsül yoktur (**el Hilali**, s. 38-39).

33 **el Hilali**, s. 20-21.

Rum Katolik kilisesinin cenin için çizdiği dini kavramın etkisi sonucu Meksika, Kolombiya, Filipin ve Çek Cumhuriyeti kanun koyucuları açık bir şekilde ceninin anayasal değere sahip olduğunu düzenlemiştir. Filipin anayasası ceninin ve annenin eşit anayasal değere sahip olduğuna işaret etmiştir. Filipin anayasası, daha doğmamış hayat olarak adlandırdığı ceninin hayat hakkının var olduğunu ve bunun döllemeden itibaren başladığının altını çizmiştir “the life of the unborn from conception”<sup>34</sup>. Söz konusu ülke anayasası ceninin hayat hakkını döllemeden itibaren (from conception) başlattığı için, sadece doğal dölleme değil, rahim dışında gerçekleştirilen suni dölleme sonucu meydana getirilen embriyo da hayat hakkına sahiptir. Filipin anayasasında olduğu kadar açık olmasa da İrlanda anayasasında daha doğmamış hayat (the unborn life) tabirini kullanarak cenini anayasal bir değer haline getirmiştir. Ancak hayat hakkının döllemeden itibaren başladığını açık bir şekilde düzenlememiştir. Bu da doktrinde suni dölleme sonucu meydana getirilen embriyoların hayat hakkının olup olmadığı tartışmasına sebebiyet vermiştir<sup>35</sup>. İrlanda Yüksek Mahkemesine göre, doğal yolla gerçekleşen döllemede ceninin hayat hakkı dölleme itibarıyla başlar; bu kapsamda suni dölleme yoluyla elde edilen embriyoya hayat hakkı tanınmamaktadır<sup>36</sup>. Kısacası İrlanda yargısına göre rahimdeki cenin, döllemenin gerçekleştiği andan itibaren hayat hakkına sahip iken, suni dölleme sonucu meydana getirilen embriyonun hayat hakkı bulunmamaktadır. Ancak ceninin hayat hakkına sahip olmaması onun korunmayacağı anlamına gelmez; suni dölleme sonucu meydana getirilen embriyo da insanlık onuru kavramı kapsamında korunmaktadır. Zira döllemenin gerçekleştirildiği andan itibaren embriyo için bir biyolojik hayat başlar<sup>37</sup>. Aynı İrlanda’da olduğu gibi Çekya kanun koyucusu da ceninin hayat hakkının doğumdan önce başladığını düzenlemiştir. Çekya Anayasası ceninin hayat hakkına (beforeborn) tabirini kullanarak işaret etmiştir (Art: 6/1. Resolution of the presidium of Czech national council N. 2/1993 collamended by conistitution act Nr. 162/1998 coll, came into force 1 stJanuary 1999: “Every body has the right to live. Human life deserves to be protected already before birth” Herkesi yaşama hakkına sahiptir. İnsan yaşamı doğumdan önce de korunmayı hakkeder). Bu sebeple

---

34 Section 12, Philippins constitution 1987 (el Hilali, s. 64’ten naklen).

35 el Hilali, s. 65-69.

36 el Hilali, s. 67.

37 el Hilali, s. 69.



Çekya doktrinde de suni dölleme yoluyla meydana getirilen embriyonun hayat hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak Çekya kanun koyucusunun bu hususla ilgili olarak Rum Katolik kilisesi fikrinin etkisinde olduğu gerekçesine dayanarak, rahim içindeki ya da dışındaki cenin arasında fark gözetmeksizin dölleme anından itibaren ceninin hayat hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir<sup>38</sup>.

### 3. İslamiyet'te Ceninin Hayat Hakkı

Arapçada cenin kelimesi, “gizli olan şey, gizlenmiş, örtünmüş, gözle görünmeyen, üstü gömülü, örtülü, gecenin örtmesi, gizlemesi ve anne rahmindeki çocuk” anlamında kullanılmaktadır. Söz konusu kelime “cenne” fiilinden türetilmiştir. Cenin kelimesinin çoğulu ecinne (اجنة) ve ecnun (اجنون)'dur<sup>39</sup>. Görülmez oldukları için cin (جن) ve akli dengesi yerinde olmayan kişiye yine bu kelimedenden türetilmiş bulunan mecnun (مجنون) adı verilmektedir. Aklın kapalı olması haline cünun (جنون), akli dengesi yerinde olmayan kişiye mecnun (مجنون) denilmektedir<sup>40</sup>.

Ceninin fıkhıdaki anlamı, kelimenin söz anlamına benzerdir. Buna göre cenin; “*henüz doğmamış, doğum vaktine kadar ana rahminde saklı olan çocuğa verilen isim*”dir (İslam hukuk doktrinde cenin farklı şekillerde tanımlanmaktadır<sup>41</sup>. Cenin Kur'an ve Hadis'te bahsedilen şekilde

38 el Hilali, s. 69.

39 Sedar **Mutçalı**, el Mucem'ül Arabi el Hadis (Arapça- Türkçe Sözlük), Dağarcık yayınları, İstanbul 1995, s. 131-132; Musavi **İde**, Hukuk'uc-Cenin Fiş Şeria V'el Kanun, Muhammed Budyaf- Mesile Üniversitesi Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesine Hukuk Bölümüne Sunulan Yüksek Lisans Tezi, Cezayir 2017, s. 6.

40 Muhammed bin Mukerrem bin Ali Ebu'l-Fadl Cemaluddin **İbni Manzur** (v. 711), Lisanu'l-Arab, XIII, Üçüncü Baskı, Beyrut 1414, s.93-95; el Hilali, s. 23.

41 İslam hukuk doktrinde cenin farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bazı yazarlar döllemenin doğal veya rahim dışı gerçekleşmiş olması arasında bir fark gözetmeksizin, yumurtanın spermle birleşmesinden itibaren doğum anına kadar meydana gelen varlığı cenin olarak adlandırmaktadır. Diğer bazıları ise, döllemiş yumurtanın rahimde istikrar ettiği andan itibaren ancak cenin olarak adlandırılabilir; bu aşamadan önce hücreler birliği söz konusudur. Başka bir grup yazar ise, anne karnındaki varlığı, beşeri yaratığa benzediği ve kendisine ruh üflendiği andan itibaren cenin olarak adlandırmaktadır. Bahsedilen tanımlar için bakınız; Selam Abdüzzehara Abdullah **el Fetlavi**/Müştak Abdülhay Abd'ülhüseyin **Bedir**, “Eser'üt-Tatavi'ül İlmi Ala Tevessi'ül Mefhum'ül Kanuni Lic-Cenin, Dirase Mukarene”, Mecellet'ül Muhakkik'ül Hilli Lilulum'ül Kanuniye V'es-Siyasiye, C. 9, S. 2, Camiat'ül Babil Külliyyet'ül Kanun, 2017, s. 23-216; **İde**, s. 6-8.

anılmakta, insanın dünyaya gelmeden önceki değişim ve gelişim safhalarını ifade etmektedir<sup>42</sup>. İslam hukukunda cenin, ana rahmindeki varlığın genel adıdır. Kur'an'da cenin bulunduğu aşamaya göre, farklı adlarla (Nutfe, Alaka, Mudğa, Azm, Lahm, başka bir varlık haline gelme) adlarla anılmaktadır<sup>43</sup>. Kur'an, ceninin son aşaması olarak, başka bir varlık haline

42 İsmail **Bilgili**, İslam Hukukunda Cenin Hakkı ve Onuruyla İlgili Hükümler, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 24, 2014, s. 221-222.

43 Ceninin bahsedilen aşamaları şöyledir; ilk aşama Nutfe (نطفة)'dır, yani döllenmiş yumurta aşamasıdır. Zigot anlamına gelen nutfe aşamasında cenin henüz ana istikrar etmemiştir. Bu sebeple nutfe ceninin bir ön aşamasıdır; henüz ana rahmindeki yerine yerleşmediği için, söz konusu oluşum cenin olarak kabul edilmemektedir. Nutfe, erkek sperm hücrelerinin kadın yumurtasıyla rahim ağzında, fallop denen rahim tüpü içinde en geç yirmi dört saat içinde birleşerek oluşan döllenmiş yumurta veya hücredir ki buna "zigot" adı verilir. Kur'an'da nutfe kelimesi on iki yerde zikredilmiştir. Bu da doktrinde bir yazara göre Kur'an'ın bu aşamadan itibaren cenine verdiği büyük insani değeri göstermektedir. Buna dayanarak bahsedilen yazar Kur'an'ın cenini ana ve babasından bağımsız bir canlı varlık olarak kabul ettiğini ileri sürmektedir (**el Hilali**, s. 30). İkinci aşama, "alaka aşamasıdır". Alaka, asılı olmak, tutunmak, yakalanmak anlamını ifade eden "alike" (علق) kökünden türetilmiş bir kelimedir. Aynı kelimedenden türetilen "alk" kelimesi kıymeti şey, "alak" ise sülük veya pıhtılaşmış anlamlarını ifade eder (Bkz. **Mutçalı**, s. 588-589). Fıkıh bakımından, kadının yumurtasının erkeğin spermıyla birleşmesi sonrası istikrarsız haldeki döllenmiş yumurtanın (nutfenin), rahmin duvarına ilişmesinden sonra "alaka" aşaması başlamış olur. Bu aşama nutfenin üzerinden bir hafta geçtikten sonra başlar (**el Fetlavi/Bedir**, s. 220-221). Bu itibarla alaka, rahim çeperine veya duvarına asılı hücreler topluluğudur. Bu aşamada hücreler hayatiyet kazanmış bir cenindir. Kur'an'ın ceninin bu aşamasını anan bir suresi "Alak Suresi" adını taşır. Doktrinde yer alan bilgilere göre bu merhalede cenin sadece can sahibidir, henüz kendisine ruh üflenmemiştir (**Bilgili**, s. 222). Cenin bir diğer aşaması ise "mudğa" aşamasıdır. Mudğa kelimesi de madağa (مضغعة) yani çiğnemek fiilinden türetilmiş bir kelimedir. Mudğanın sözlük anlamı çiğnenmiş lokma, et parçasıdır (**Mutçalı**, s. 838; **İde**, s. 11). Diğer bazı yazarlara göre ise mudğa, içine yeşil renkli kan damarı işlemiş kırmızı renkli (kızıl) et parçasıdır (Bkz. **el Hilali**, s. 43). Fıkıhta ise mudğa, rahim çeperine asılı duran cenin, 25. günden itibaren bir et parçası görünümüne dönüşerek mudğa aşamasına geçer. Hamileliğin beşinci haftasına kadar uzanan bu aşamanın son safhalarında ceninin artık yüzü de dahil vücut azaları biçimlenip belirmeye başlamış olur. Ceninin göz, dil, ağız ve dudakların yaratılmasıyla bu süreç beşinci haftayı da kapsayacak şekilde devam eder. Cenin bu aşamada artık tam bir insan şeklini almış olur (**Bilgili**, s. 223; **el Fetlavi/Bedir**, s. 221). Mudğa aşamasından sonra "Azm" merhalesi gelir. Azm (عظم) kemik demektir (**Mutçalı**, s. 579). Altıncı haftadan sonra mudğa, ceninde iskeleti meydana getiren kemiklere dönüşür. Hamileliğin yedinci haftasında omurga ve göğüs kemikleri, kafatası ve çene kemikleri görünmeye başlar (**el Fetlavi/Bedir**, s. 221-222). Daha sonra kemikler üzerine et bürünmeye başlar ve böylece, "Lahm/Lحم" et (kemiklere giydirilen et) aşaması başlamış olur. Hamileliğin

gelmeden bahseder. Bu aşamada cenine ruh üflenmesinden sonra başlar. Bu itibarla Kur'an, ceninin başlıca iki aşamasından bahseder. Kur'an'a göre aslında cenin, ana rahminde ruh üflenmeden önce ve ruh üflendikten sonra olmak üzere iki esas safhadan geçmektedir. Ancak ruhun ne olduğunun bilinmemesinin “وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ فَقُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا” (İsra Suresi 85. Ayet, ‘Sana ruh hakkında soru sorarlar. De ki ruh rabbimin emrindedir ve size pek az bilgi verilmiştir’) yanında, cenine hangi anda ruhun üflendiği konusunda fıkhîta İslam hukukçuları arasında bir mutabakat sağlanmış değildir (Peygamberden (s.a.v.) rivayet edilen hadislerden birine göre hamilelikten itibaren 40 gün sonra diğer bir hadise göre 120 sonra ruh üflenmiş olur)<sup>44</sup>. Bunun için yaratılışın ne zaman tamamlandığının tespiti gerekir. Kur'an'da bu hususla ilgili bir süre belirtilmiş değildir. Kur'an'da safhalar zikredilmiş, süreye yer verilmemiştir. Hadislerde ise yaratılışın tamamlanmasının hamileliğin başlamasından itibaren hesaplanmak üzere kırk küsur gün ile yüz yirmi gün şeklinde iki ayrı süre verilmektedir<sup>45</sup>. Yani hadis bakımından da bu hususla ilgili bir muğlaklık söz konusudur. Buna binaen bu hususta ileri sürülen görüşler de birbirinden farklıdır<sup>46</sup>. Bunun sonucu olarak ceninin düşürülmesinin caiz olup olmadığı, olacaksa hangi aşamada veya zamanda caiz olacağı hususunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>47</sup>.

Doktrinde bir görüş Buhari ve Müslim'in hadislerine dayanarak ruh üflemeşinin ilk kırk gün içinde olduğunun rahatlıkla anlaşılacağını savunmaktadır. Buna göre insan ruh ve beden toplamıdır. Bu itibarla yalnızca

---

yedinci haftasından itibaren bu merhale başlar ve sekizinci haftada ceninin “lahm” safhası gerçekleşmiş olur. Ceninin ademoğlu suretini alması bu aşamada iyice belirginleşmeye ve bu aşamanın tamamlanmasıyla cenin hareketlenir (**Bilgili**, s. 223). Son aşama olarak Kur'an ceninin “başka bir varlık haline” (ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ) gelmesinden bahseder. Cenin başka bir varlık haline gelmesi kendisine ruh üflenmesiyle başlayacaktır.

44 **İde**, s. 14-15.

45 Bkz. Hüseyin **Çetin**, Metin ve Sened Tenkidi Açısından Meleğin Cenine Ruh Üflemeşini ve Kaderini Yazması Hadisinin Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı. 2008, s. 26-24.

46 Bir görüş ruhun ilk kırk günden itibaren üflendiğinden yanadır. Buna karşılık çoğunluğu görüşü ise ruhun üçüncü kırk günden sonra üflendiğini savunmaktadır. Bunların yanı sıra kocası ölen kadının iddet (bekleme) süresi (İslam hukukunda kocası ölen kadının iddet süresi dört ay on gündür) üzerinden hareket eden bir görüş, kıyas yoluyla cenine ruh üfleme zamanını da dört ay on günden sonra olduğu kanaatini ileri sürmektedir (Bkz. **Bilgili**, s. 223-225).

47 **el Hilali**, s. 195-196; **Bilgili**, s. 224.

bedene insan denilmeyeceği gibi, sadece ruha da insan denilemez. Bu sebeple, ceninle ilgili olarak kırk güne kadar ki hükümler ve ondan sonraki hükümler birbirinden farklı olacaktır<sup>48</sup>.

Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da çoğu yazarın görüşüne göre ceninin hak ehliyeti, sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak ana karnına düştüğü andan itibaren başlar; hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak doğurur. Buna göre sağ ve tam doğum geciktirici nitelikteki şarta bağlı olarak cenin ana karnına düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu yönüyle mevcut Türk hukuku ile bir benzerlik söz konusudur. Ne var ki İslam hukukuna göre ceninin anneye saldırılması (anneye darbe vurulması) gibi haksız fiil neticesinde ölü doğması halinde de takdiren sağ doğduğu kabul edilmektedir. Buna göre ölü doğan çocuk hükmen sağ doğmuş kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Bu da kişiliğin ve hayat hakkının doğumdan önce başladığına bir işarettir.

Cenin hak ehliyetine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen başka görüşler de vardır<sup>50</sup>. Bir görüşe göre ceninin hak ehliyeti, onun ölü doğmaması şartına bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamaktadır. Bir öncekinden farklı olarak burada ceninin hak ehliyeti bir geciktirici şarta değil bir bozucu şarta bağlanmaktadır<sup>51</sup>. Buna göre, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilecektir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır. Aslında bu görüş, ceninin kişiliğini hak ehliyetine sahip olduğu andan başlatması bakımından tutarlı bir görüştür. Bu görüş doktrinde kazanılmış hakların sonuçları itibariyle geriye dönük iptalinin hukuk mantığıyla örtüşmediği şeklinde eleştirilmektedir. Buna göre böyle bir yaklaşımın hukuki karışıklığa yol açar<sup>52</sup>. Ancak bu eleştirilere rağmen kendi içinde tutarlı olduğu için isabetli bir görüş olduğu kanaatindeyiz. Bu hususla ilgili olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras

---

48 **Bilgili**, s. 225.

49 **Bilgili**, s. 225-226.

50 Bkz. Leyla Müjde **Kurt**, “Cenin Mal Varlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Malatya 2011, s. 180-184.

51 **Kurt**, s. 185 dn.32.

52 **Bilgili**, s. 229 dn. 76.

hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>53</sup>.

Ceninin hayat hakkının tarihi geçmişine bakıldığında çoğu dinlerin buna önem verdiği ve çocuğun düşürülmesinin büyük günahlardan sayıldığı ve bu sebeple yasaklandığı görülmektedir. Yahudilik, Hıristiyanlık ve Hinduizm’de çocuğun düşürülmesi büyük günahlardan olarak değerlendirilmiş ve yasaklanmıştır<sup>54</sup>. İslam hukukunda da cenin hangi aşamada olursa olsun en azından hayat sahibi bir canlı olarak kabul edilmiş, saygıya değer görülmüş ve dokunulmazlığıyla ilgili hükümler getirilmiştir. İslam hukukçularının çoğunluğu yaratılışı tamamlanmış, yani kendisine ruh üflenmiş cenini bilerek veya hata neticesinde düşüren kişinin gurre (غرة) cezasına çarptırılması gerektiği kanaatindedir. Gurre, cenin düşürülme fiilinin işlenmesinden dolayı ödenmesi gerekli mali tazminattır<sup>55</sup>. Çoğunluğun görüşüne göre, ceninin düşürülmesinin tazminatı olarak ödenen gurre, tam diyetin yirmide biri kadardır<sup>56</sup>. Gurreyi, çocuk düşürme fiilini işleyen kişi öder. Gurrenin mirasçılara intikali mümkündür. Ne var ki ceninin düşmesine sebep olan babası da olsa katil sayıldığından o gurreye mirasçı olamaz. İslam hukukuna göre cenin bir taraftan annenin bir parçası diğer taraftan ise bağımsız bir can hükmündedir. Bu sebeple, ceninin annesiyle birlikte ölümüne sebep olduğunda hem annesi hem de cenin için ayrı ayrı diyetin ödenmesi gerekir<sup>57</sup>.

İslam hukukunda yaratılışı tamamlanıp kendisine ruh üflendikten sonra, ceninin düşürülmesinin bir suç olduğu konusunda hukukçular arasında görüş birliği bulunmaktadır. Burada gelişimini tamamlamış bir varlık söz konusu olduğu için, sağlıklı olup olmadığına bakılmaksızın düşürülmesi yasaklanmış, kimden gelirse gelsin ceninin hayatını sona erdiren müdahaleler suç olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu aşamada annenin

---

53 Kurt, s. 182.

54 Ömer Faruk Harman, “Çocuk Düşürme”, DİA, İstanbul 1993, VIII/363-364, s. 363; Bilgili, s. 229.

55 Muhsin Koçak, “Gurre”, DİA, İstanbul 1996, XIV/211-212, s. 211; Bilgili, 230.

56 Bilgili, s. 230.

57 Bilgili, s. 230.

hayatının tehlikede olması durumunda rahmin tahliyesi mümkün görülmektedir; çünkü annenin hayatı asıl olduğu için korunması evladır<sup>58</sup>. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere, ceninin ne zaman tamamlandığı ve ne zaman kendisine ruhun üflendiği konusu tartışmalıdır.

Doktrinde aktarılan bilgilere göre Hz. Peygamber (s.a.v.) cenini insan olarak kabul etmiş ve “onun diyetini ödeyin” buyurmuştur. Buna göre cenini düşüren diyet ödemekle yükümlüdür. Bilindiği gibi diyet insanın öldürülmesi neticesinde ödenmesi gereken maddi desteğin (tazminatın) adıdır. Bu itibarla cenin için diyetin gerekliliği ceninin insan olma özelliğine sahip olmasından kaynaklanır.

Yaratılışı henüz tamamlanmamış, yani kendisine ruh üflenmeden önce çocuk düşürülmesi hükmünün ne olacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalı konulardandır. Aynı mezhep mensubu hukukçular arasında bile görüş birliği yoktur. Hanefî mezhebi mensubu bazı hukukçulara göre ruh üflenmeden önce çocuk düşürmek kerahetle birlikte mubahtır (yapılması hoş karşılanmamakla birlikte yasak değildir). Aynı mezhep mensubu bir başka hukukçuya göre, kırk gün dolmadan döllenen yumurtaya cenin denmez ve insan olarak kabul edilmez<sup>59</sup>. Bu sebeple bu aşamada onun düşürülmesi mutlak olarak caizdir. Ne var ki Hanefî mezhebinde hâkim görüş bunun ancak haklı bir sebebe dayanması ile caiz olacağı şeklindedir<sup>60</sup>. Şafii, Maliki ve Hambeli mezheplerinde de durum Hanefî mezhebinden farklı değildir. Söz konusu mezhep hukukçuları arasında da bu husus hakkında görüş birliği yoktur. Ancak Şafii, Maliki Hanbeli ve İmamiye mezhebi mensubu bazı hukukçular, ruh üflenmesinden önce de, döllenenin gerçekleştiği andan itibaren ceninin düşürülmesi haramdır<sup>61</sup>. Mezhep farkı gözetmeksizin İslam hukukçularının çoğu ruhun üflenmesinden önce ceninin düşürülmesinin mubah olduğunu kabul etmektedir. Gereçleri ise, ruhun üflenmesinden önce ceninin vücut yapısı tamamlanmamış ve insan vasfını henüz kazanmamış olmasıdır. Bu aşamada rahimdeki varlık henüz

58 Sabık **Es-Seyid**, “Fıkh’üs-Sünne”, C. 2, Bası 2, Mektebür-Reşit Li’n-Neşir Ve’t-Tevzi, Er- Riyad 2001, s. 289; Avân Abdullah **el Feyzi**,” Hukuk’uc-Cenin Beyn’eş-Şeria V’lkanun Dirase Mukarne”, Mecellet’ül Ulum’ul İslamiye, C. 5, S. 10, s. 83.

59 Alâuddîn Ebû Bekr bin Mes’ûd bin Ahmed el Kâsânî (v. 587), Bedâi’u’s-Sanâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi, I-VII, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye 1406/1986, VII; s.325; Hanefî fikhına göre cenin bir yandan ademoğlu olması hasebiyle bir (nefis/نفس) kişidir. Ancak diğer taraftan hayatı annesine bağlı olduğu için bir (nefis/نفس) kişi olarak kabul itibar edilmemektedir (**İde**, s. 26).

60 **Bilgili**, s. 231; **İde**, s. 28-29.

61 Bkz. **el Feyzi**, s. 83-84; **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

Allah tarafından “*biz âdemoğlunu onurlu kıldık*” övgüsüne muhatap “*in-san*” hüviyetini henüz kazanmamıştır<sup>62</sup>.

Yukarıda bahsi geçen ve ruh üflenmesinden önce de ceninin düşürülmesinin mubah olmadığını savunan görüş, ceninin hayatının bu aşamadan itibaren başladığını kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar ruhun daha sonra üflendiğini kabul etmekte iseler de, bunun ancak cenin düşürülmesi halinde ödenecek tazminatın miktarı bakımından önem arz ettiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre cenine karşı yapılan saldırı yetişkin bir insana yapılan saldırı gibidir. Ruh üflendikten sonra saldırı neticesinde cenin düşürülmesine karşılık verilmesi gereken diyet miktarı yetişkin bir insanın öldürülmesi durumunda ödenmesi gereken diyet kadardır<sup>63</sup>. Bu görüşte olan yazarlara göre, ruh üflenmesinden önce bile zaruret halinde rahmin tahliyesi mümkündür<sup>64</sup>. Bunlara göre esasen mevcut olmayana ruh da üflenmez. Hatta çağdaş bazı İslam hukukçuları döllenmenin doğal veya yapay olması arasında bir fark gözetmeksizin rahimde istikrar etmeden önce döllenmenin yapıldığı andan itibaren cenin için hayatın başladığını kabul etmektedir<sup>65</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, cenin için hayatın başlaması ruhun üflendiği andır. Ruhun üflenme zamanı tartışmalı olsa da hatırı sayılır çoğunlukta bazı yazarlar, bunun hamileliğin dördüncü ayının başında olduğunu ileri sürmektedirler<sup>66</sup>. Bu görüş, ceninin bu aşamada fiili olarak hareket etmeye kendini hissettirmeye başlamasına ve kalp atışlarının duyulmaya başlaması gibi yakinen yaşıyor olduğunu gösteren belirti ve delillere dayanmaktadır. Ne var ki söz konusu belirtiler histerik (yalancı) gebelik gibi hastalıklardan da kaynaklanabilir<sup>67</sup>. Hanefi ve bazı Şafii mezhebi mensubu hukukçular tarafından benimsenen bu görüşe göre, ruh üflenmeden önce cenin insan değildir. Bu aşamada cenin gelişme, büyüme ve beslenme hayatına sahiptir; hayatı insani (âdemi/beşerî) nitelikte bir

62 Görüşler için bakınız: **el Feyzi**, s. 83-84; **Bilgili**, s. 232.

63 Es-Seyid Muhammed Sait el Hakim **Et-Tabatabai**, Fikh’ül İstinsah’ül Beşeri V’el Halaye’l Ciziye ve Fetavi Tıbbiye, Bası 6, Dar’ül Hilal, Kum/ İran, 2013, s. 127; eş-Şeyh Muhammed İshak **el Fayyaz**, el Mesail et-Tubbiye, basım yeri ve tarihi belli değil, s. 35; es-Seyid Ali el Hüseyini, **es-Sistani**, Minahc’üs-Salihin, Cüz 1, s. 429; **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

64 **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

65 **İde**, s. 42; **el Fetlavi/Bedir**, s. 235.

66 **el Fetlavi/Bedir**, s. 222; 233.

67 Bkz. **el Hilali**, s. 40.

hayat değildir. Bunlara göre, bu aşamada cenin ölü olarak da nitelendirilmez. Zira ruhun bedenden ayrılmasından sonra ölümden bahsedilir. Oysa burada esasen ruh bedene girmemiştir/üflenmemiştir<sup>68</sup>.

Hanefi Mezhebi mensubu bazı yazarlar, cenini annesinin bir parçası olarak nitelendirmektedir. Söz konusu yazarların bu yöndeki görüşü diğer bir kısım yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Zira onlara göre cenini annenin bir parçası olarak kabul etmek onun serbest bir şekilde cenin üzerinde tasarruf edebileceğini kabul etmek anlamına gelir. Diğer yandan cenin annesinin bir organı olmadığı için onu annesinin bir parçası olarak kabul etmek mümkün değildir. Ceninin aynı zamanda birbirinden müstakil vücuda sahip hem annesinin hem babasının bir parçası saymak mümkün değildir<sup>69</sup>.

Çağdaş bazı İslam hukukçularına göre, cenin mülkiyeti anne ve babasına ait bir şey değildir. Dolayısıyla satılması muteber değildir. Ancak rahim dışında suni dölleme sonu elde edilen embriyonun sözleşmeye konu yapılması (satılması) mümkündür. Bu görüşü savunanlar bile anne karnındaki cenini anne ve babasına ait bir şey olarak görmemektedir. Bunlara göre anne rahmindeki cenin ebeveyninden bağımsız bir varlığa sahiptir. Ancak belli aşamalarda hayatını anne karnında sürdürmeye mahkûmdur<sup>70</sup>.

Bazı hukukçulara göre, cenine ruh üflenince o tam bir insan gibidir; bir insanın öldürülmesinin diyeti ne kadar ise, bu aşamadaki bir cenin de diyeti o kadardır. Cenin ruhun üflenmesinden önce de gelişmekte olan bir hayata sahiptir; bu aşamada rahimdeyse, düşürülmesi ve itlaf edilmesi diyeti gerektirir. Ancak rahim dışında ise itlaf edilmesi mümkündür<sup>71</sup>.

İslam hukukunda çoğunluğun görüşüne göre dört aylık düşüğe ad verilir yıkanır ve cenaze namazı kılınır. Düşüğün yıkanması bir şahıs olmasından dolayıdır.

Hayat hakkı ceninin sahip olduğu ilk haktır. Diğer hakların varlığı buna dayalıdır<sup>72</sup>.

---

68 el Fetlavi/Bedir, s. 235.

69 el Fetlavi/Bedir, s. 243-245.

70 el Fetlavi/Bedir, s. 243-244.

71 el Fetlavi/Bedir, s. 244.

72 İde, s. 25.



## B. Anglosakson Hukuk Sistemini Uygulayan Bazı Ülke Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı

İngiliz kanun koyucusu bazı Hıristiyan din düşünürünün (St. Augustine) ileri sürdüğü görüşün etkisinde kalarak ceninin insani niteliğe kavuşması ve böylece insani hayatının başlaması için, yumurtanın döllenenin üzerinden ceninin cinsine göre on dört veya on sekiz günlük bir sürenin geçmesini aramaktadır<sup>73</sup>. Bahsedilen dini anlayış, tıbbi, biyolojik ve bilimsel anlayışla örtüşmektedir. Zira bilimsel verilere göre yukarıda bahsi geçen süre sonrası ceninin sinir sistemi ve vücudun bazı temel organları oluşmaya başlar.

İngiliz kanun koyucusu 1990 tarihli Dölllenme ve Cenin Kanunu'nda (Human fertilization and Embryology Act 1990) cenin kavramına değinmiştir. Buna göre cenin "dölllenme aşamasında (process of fertilization) veya daha sonraki aşamasındaki yumurta" olarak tanımlanmıştır. Ne var ki İngiliz kanun koyucusu cenin hususunda benimsediği geniş ölçütü 2008'de değiştirmiştir. Yukarıda bahsedilen 1990 tarihli kanun 2008 yılında tadil edilmiş ve böylece cenin kavramının kapsamı daraltılmıştır. Söz konusu tadil sonrası artık her döllenmiş yumurta değil, cenin oluşturmaya muktedir olan ya da gelişme kabiliyeti olan embriyo ancak cenin olarak kabul edilmiştir<sup>74</sup>.

Anglosakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde ceninin hayat hakkı ve kişiliği bakımından yargının tutumu diğer ülkelerdeki gibidir. İster bu hukuk sistemi ister diğer hukuk sistemlerine baktığımızda zaman içinde gelişen birden fazla ölçütün uygulandığı izlenmektedir. Buna göre ilk aşamada ceninin hayat hakkından bahsetmek için doğum vakasının gerçekleşmesi şartı aranmaktaydı; buna göre ceninin hayat hakkı ve kişiliği doğumla başlar. Fiili doğum ilkesi ya da fiili hayat kuralı İngiliz hukukunda asli kurallardandır. Bu kural daha sonra Amerikan Birleşik Devletlerinde de uygulanmıştır. Ancak tıp alanında meydana gelen gelişmeler sonucu doğum öncesi de (ultrasonograph, fetal heart monitoring, fetoscopy cihazları aracılığıyla) ceninin yaşadığının saptanması mümkün hale gelmiştir. Bunun neticesinde çocuğun kişiliğinin başlaması için aktif ya da gelişme kabiliyeti olan cenin kuralı uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre yumurtanın döllenenmesinden itibaren cenin üç aşamadan geçer. Üçüncü aşamada (hamileliğin 26-40. haftasında) cenin kendi başına bazı

<sup>73</sup> Artical 3-4, human fertilization and embryology act 1990 amended in 2008 (el Hilali, s. 19'dan naklen).

<sup>74</sup> el Hilali, s. 74-75.

tıbbi cihazlar yardımıyla yaşayabilecek kapasiteye gelir. İllinois eyaletinin 1975 tarihli Kürtaj Kanunu'na göre aktif cenin aşaması: “belli tıbbi verilere dayanarak tıp bilimi ceninin tıbbi yardım vasıtasıyla ya da kendi başına rahim dışında yaşama kabiliyeti olan cenin” olarak tanımlanmıştır<sup>75</sup>. Bu aşamada ceninin hukuk bakımından durumu yaşayan bir insanın konumu gibidir<sup>76</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi (supremecourt) meşhur Roe v. Wade davasında bu hususla ilgili son noktayı koymuştur<sup>77</sup>. Mahkemenin söz konusu davadaki kararı dini ve hukuki bakımdan büyük tartışmalara konu olmuştur. Söz konusu davaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, gerekli olmadığı sürece doktorlar tarafından gerçekleştirilen kürtaj operasyonlarını suç olarak değerlendiren kanunun anayasaya uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme bu yöndeki düzenlemenin anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bahsedilen mahkeme ceninin ilk iki aşamada hukuken korunmadığı ve anayasaya göre hayat hakkına sahip olmadığı sonucuna varmıştır<sup>78</sup>. Bu aşamada ceninin gelişimine müdahale eden annenin ve doktorun fiili suç değildir. Ancak üçüncü aşamada (third trimester) yani aktif ya da etkin (viability) cenin konumuna geldiğinde, hukuken normal yaşayan bir kişi haline gelir; bu aşamada cenin anayasal bir değer haline gelmiş olur ve hukuki bakımdan yaşayan bir insanın hukuki konumuna eşit konumda olur; müdahalelere karşı korunması yöntemleri kanun tarafından düzenlenir<sup>79</sup>. Arizona Eyaleti İstinaf Mahkemesi

---

75 Art 720 ILKS 510/2 (9) (west 1996) “ that stage of fetal development when, in the medical Judgment of the attending physician based on the particular facts of the case before him, there is reasonable likelihood of sustained survival of the fetus outside the womb, with or without artificial support cited by the appealed of case “ re fetus Brown” No. 96- JA-03312, (Çevirimiçi) www.satate.il.us. E. T. 25. 08. 2021.

76 **el Hilali**, s. 94.

77 Roe v. Wade, 410 u.s. 113- 1973, (Çevirimiçi) www. supremecourts. gov. E. T. 25. 08. 2021.

78 George J. Annas, The Supreme Court and Abortion righte, the New England Journal of Medicine, volume 356: 2201-2207 –may 24, 2007- number 21 (**el Hilali**, s. 96’dan naklen).

79 Fried, Marlene Gerber, From Abortion to reproductive freedom: transforming a movment, Boston: South end pres, A cited by summaries of supreme cort cases 1965-1990, available at Editorial research report, 1989, volume 2, no 4, p. 414-426 (**el Hilali**, s. 96’dan naklen).

de aynı minvalde bir karar vermiştir<sup>80</sup>. Ancak buna rağmen bugün Amerika'da 23 eyalette ceninin kişi olarak itibar edilmesi konusunda fiili hayat ya da doğum kuralı uygulanmaktadır.

Dünya çapında yargının ceninin hayat hakkına ilişkin bakış açısı zaman içinde değişiklik göstermekte ve gelişmektedir. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere bazı ülke anayasalarında ceninin hayat hakkının var olduğu düzenlenmiş hatta daha da ötesine giderek insani varlık kapsamında rahim dışı embriyo da koruma altına alınmıştır. Ne var ki çoğu ülkede olduğu gibi Anglosakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde de yargı henüz bu aşamaya gelmemiştir. Gerçi ceninin (yerinin rahim içi veya rahim dışı olduğuna bakmaksızın) hayat hakkını döllenmenin gerçekleştiği tarihten itibaren başladığını ifade eden bazı yargı kararları vardır<sup>81</sup>. Ancak söz konusu hukuk sistemini uygulayan ülkelerde genel eğilim bu yönde değildir. Bu bağlamda Kanada Yüksek Mahkemesi, ceninin hayat hakkına sahip olup olmadığı ve hukuken bir kişi olarak görülüp görülmediği hususunda bir karar vermekten kaçınmıştır. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesinin tutumu da aynı yöndedir<sup>82</sup>.

### C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Ceninin Hayat Hakkı

Doktrinde AİHM Büyük Dairesi'nin 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, cenine zarar verme olayının AİHS'nin 2. maddesi kapsamında suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceğinin tartışılmış olduğu bilgisi yer almaktadır<sup>83</sup>. Bahsedilen olayda rutin bir chekup için hastaneye giden ve altı aylık hamile olan ve Fransızca konuşamayan başvuru, personelin hastaların soyadlarını karıştırması sebebiyle bir başkası sanılarak hatalı bir müdahale sonucunda (kadının rahmi spiral ile delinmiş, amniyotik sıvısının akmasına ve ceninin zorunlu olarak alınmasına neden olun-

80 Fransız Temyiz Mahkemesi de 20-21 haftalık cenini aktif cenin olarak kabul etmiş ve kendisini hukuken bir kişi olarak değerlendirip hakkında işlenen fiili Fransız Ceza Kanunu kapsamında suç olarak değerlendirmiştir (**el Hilali**, s. 101).

81 Chicago mahkemesi, Jeffrey Lawrence davasında, ana rahmine yerleştirilmiş olup olmadığına bakmaksızın gelecek cenin ya da döllenmiş yumurta, döllenmenin gerçekleştiği andan itibaren insani bir oluşum sayılır (Apre- embriyo is a human being whether or not it is implanted in its mothers womb) şeklinde karar vermiştir (**el Hilali**, s. 105).

82 **el Hilali**, s. 106.

83 **Tacir**, s. 1306.

muştur. Başvurucu kadın ulusal hukuka göre doktorlara karşı adam öldürme davası açamamıştır. Zira Fransız hukukuna göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. Bunun üzerine söz konusu kadın, ceninin hayat hakkının istem dışı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, daha önce Komisyonun verdiği kararları devam ettirmek suretiyle ceninin yaşayan bir varlık olarak kabul edilmesinden ısrarla kaçınmaktadır<sup>84</sup>. Bahsedilen dava dosyasıyla ilgili olarak da AİHM ceninin hayat hakkına sağlanan korumadan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır<sup>85</sup>. Doktrinde Avrupa düzeyinde ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı, ancak bu konuda koruma kapsamına alınmaya başlandıklarının söylenebileceği ileri sürülmektedir<sup>86</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vardığı sonuç, o an itibariyle henüz doğmayan çocuğun AİHS m. 2 kapsamında bir kişi sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı şeklindedir. Mahkeme, ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan bir kişi olmadığını, ceninin bir yaşam hakkı varsa da bunun annenin menfaatleri ile sınırlandırıldığını belirlemiştir. Hayatın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş takdir yetkisi vardır. Sonuç olarak bahsedilen mahkeme somut olayda hamileliğin sona erdirilmesinin AİHS m. 2 kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Zira Fransız hukuku bu gibi olaylarda anneye yeterli düzeyde koruma sağlamaktadır. Buna göre anneye kasıt olmaksızın zarar vermek suç olarak cezalandırılmakta olup, meydana gelen zarardan dolayı dava açma imkânı vermektedir<sup>87</sup>.

Mahkeme bir başka kararında, tıbbi ihmal nedeniyle hem annenin hem de ceninin ölmesi olayında ceninin hayat hakkı kapsamında olmadığı yönündeki geleneksel yaklaşımından uzaklaşmasını gerektirebilecek bir neden görmemiş ve başvuruların ceninin AİHS. m. 2 kapsamına girdiğine ilişkin iddialarını inceleme gereği duymamıştır. Mahkeme, bahsi geçen ceninin hayatının annenin hayatı ile sıkıca bağlı ve anneye uygulanacak

---

84 **Kızılyel**, s. 259.

85 AİHM, Vo v./France, 53924/00, 08. 007.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch.>).

86 **Çiftçioğlu**, s. 163; Doktrinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, hayat hakkını ilk incelediği 1994 yılından beri hakkın kapsamını zenginleştirmek ve farklı alanlara yaygınlaştırmak suretiyle geniş bir koruma alanı oluşturmuş olduğu bilgisi yer almaktadır (**Kızılyel**, s. 255).

87 **Çiftçioğlu**, s. 163.

tedaviye muhtaç olduğunu düşünmektedir. Ancak bahsedilen olay, ölen annenin hayat hakkının ihlalden dolayı incelenmiştir<sup>88</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bruggmann ve Scheuten/ Almanya kararında da, bu ilkeler ışığında Almanya'daki yasal düzenlemeleri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yönelik bir ihlal olarak kabul etmemiştir<sup>89</sup>.

Görüldüğü gibi, AİHS kapsamında da korunan hayatın tam olarak ne zaman başladığı tartışma konusudur. Bahsedilen sözleşme hayatın başlangıcı noktasında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan, yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı (margin of appreciation) bırakmıştır. Söz konusu mahkeme, hayatın ne zaman başlayacağı konusunda devletlerin, AİHS'nin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği ilkesini dikkate almak suretiyle, geniş takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bu hususla ilgili olarak devletlere tanıdığı geniş yetkinin sebebi, Avrupa düzeyinde bu konuda bilimsel ve hukuki anlamda bir uzlaşmanın olmamasıdır. Yarışan menfaatler arasında bir dengenin bulunması ulusal makamlara bırakılmış durumdadır<sup>90</sup>.

Bir hukuki sorun olarak hayatın başlangıcı meselesi, kadının özel hayatıyla çok yakın ilişkili olan kürtaj konusunda da kendi göstermektedir. Bilindiği gibi kürtaj, AİHS 6, 8, 10 vd. maddeleri ile de ilintilidir. AİHM'nin görüşüne göre, hamilelik ve onu sonlandırmak annenin özel hayatının yanında baba adayını, ceninin menfaati ve kamu menfaatini de ilgilendiren bir meseledir. Başka bir deyişle kürtaj, kadının özel hayatı ile çok yakından ilintili olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun ve toplumun menfaatlerini de ilgilendirmektedir.

AİHM ilk başta bu hususta bir görüş ortaya koymaktan kaçınmış ve sözleşmeye taraf olan devletlere takdir yetkisi tanımıştır<sup>91</sup>. Ancak daha

---

88 **Kızılyel**, s. 260.

89 AİHM, Bruggemann ve Scheuten/Almanya, 6959/75, 12. 07. 1977, (<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf>); Seyfullah **Çakmak**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı", Adalet Dergisi, S. 19, Mayıs 2004, s. 151; **Çiftçioğlu**, s. 163.

90 **Kızılyel**, s. 259.

91 Bkz. **Tacir**, s. 1302; **Kızılyel**, s. 260- 261.

sonra söz konusu mahkeme ilk kez Boso davasında kürtaja ilişkin bir konuyu esaslan ele almıştır<sup>92</sup>. Bahsedilen davada AİHM somut olaydaki kürtajın ulusal hukuka uygun olup olmadığını değerlendirdikten sonra, ulusal hukuka ilişkin düzenlemelerin ceninin ve kadının menfaatlerini koruma arasında bir denge bulmaya çalışıp çalışmadığını sorgulamıştır<sup>93</sup>. Akabinde somut olaya ilişkin olarak taraf devletin bu hassas alandaki takdir yetkisini aşmadığını tespit etmiş ve sonuç olarak başvuruyu reddetmiştir. Mahkemenin bu husus hakkındaki içtihadından çıkan sonuç şudur ki; kürtaj kendi başına hayat hakkının bir ihlali değildir. Ne var ki AİHM bu tespitine rağmen cenini bütünüyle AİHS m. 2 kapsamı dışında tutmak istememiştir. Anlaşıldığına göre mahkeme, kürtajın ulusal hukuka uygun olmasını aramaktadır. Zira mahkeme ancak cenin ve anne ile kamu menfaatleri arasında adil bir dengeyi kuran rasyonel ulusal mevzuata göre yapılan kürtajı AİHS m. 2'nin ihlali olarak değerlendirmemektedir. Bunun mefhumu muhalefetinden çıkan anlam şudur ki; ulusal mevzuata aykırı yapılan kürtaj ve adil bir denge kurmayan bir mevzuata göre yapılan kürtaj hayat hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu da açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da AİHM'nin cenini hayat hakkı kapsamında değerlendirdiğini göstermektedir. Doktrinde AİHM'nin bu eğilimi bu husustaki mevcut pozisyonundan uzaklaşma olarak yorumlanmaktadır<sup>94</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM ceninin hayat hakkı konusunda açık bir görüş ortaya koymaktan kaçınmıştır. Bunun sebebi ceninin hayat hakkının annenin kürtaj yaptırma hakkıyla çakışması ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerin bu konu hakkında aynı tutumu sergilememeleridir. AB üyesi ülkelerin bir kısmı kürtajı serbest bırakırken, diğer bazı üye ülkelerde kürtaj yasaktır; bu konuda olumsuz tavır takınan üye ülkelerde yakın bir gelecekte kürtaj yasağının devam edeceği belirtilmektedir. Daha doğrusu bu alanda AB ülkelerinin dörde ayrıldığı izlenmektedir. Üye ülkeler bağlamında, Polonya ve İrlanda gibi ülkelerde kürtaj yasak iken, Finlandiya, İngiltere (Birlikten ayrılmadan önce) ve İsveç gibi ülkelerde kürtaj

---

92 AİHM, Boso v. İtalya, 504907/99, 05.09.2002, ([https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso\\_v\\_italy](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso_v_italy)).

93 Avrupa Parlamentosu'nda gerçekleştirilen kürtaj konulu oturum dışında konunun gündeme fazla gelmediği ve Avrupa Komisyonunun da bu konuda belli bir görüş benimsemekten kaçındığı görülmektedir. Ancak Avrupa Birliğinin yetkili organlarının, BM nezdinde gerçekleştirilen çalışmalarda kürtaja ılımlı bir yaklaşım sergiledikleri söylenebilir.

94 Kızılyel, s. 261.

serbest bırakılmıştır (İrlanda ülke içinde yasaklamakla kalmamış, ülke dışında yaptırma imkânını da engellemiştir<sup>95</sup>. Fransa, İspanya, Norveç ve Almanya gibi ülkelerde dar, İtalya ve Lüksemburg gibi ülkelerde orta düzeyde kürtaj yaptırabilme serbestisi tanınmaktadır<sup>96</sup>.

AİHM, 1992 yılında bir davaya ilişkin olarak verdiği “19.05.1992 tarihli *Hercz v. Norway*” kararında kürtajın anneye ait bir hak olduğu ve hayat hakkının sağ ve tam doğumla birlikte başlayacağı, gebeliğin 18. haftasından önce serbestçe rahim tahliyesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır. Böylece, AİHS m. 2’de yer alan “herkes” kavramının cenini kapsadığı sonucuna varılmıştır<sup>97</sup>.

Ceninin hayat hakkı, annenin kişilik hakları kapsamında yer alan vü-

95 Y. Furkan Şen, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 19, S. 2, 2015, s. 15.

96 Şen, s. 15.

97 1993/35 başvuru numaralı söz konusu davanın Söz konusu davanın konusunu Norveçli bir annenin herhangi bir sağlık sorunu olmamasına rağmen, sosyal gerekçelerle evlilik dışı gebeliğinin sonlandırılması isteminin uygun görülerek kürtaj yapılması oluşturmaktadır. Söz konusu davada Norveç Yüksek Mahkemesi, AİHM’nin daha önce verdiği 12.07.1977 tarihli Brüggeemann & Scheuten v. Germany kararına da atıfta bulunarak, Norveç ulusal mevzuatının annenin kendi istemiyle gebeliğin 12. haftasına gebeliği sonlandırabileceğini, 12-18 haftası arasında heyet kararı ile kürtajın söz konusu olabileceğini, 18. haftadan sonra ise kürtajın ancak ve ancak çok ciddi gerekçelerle gerçekleştirileceğini, konunun diğer Avrupa ülkelerinde de benzer değerlendirmelerle ele alındığını ve kürtaj konusundaki bu düzenlemenin AİHS’nin ruhuna uygun olduğunu belirtmiştir. Norveç ulusal mevzuatının gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen ilgili maddelerin hayat hakkını koruma konusunda yetersiz olduğu ve gebeliğin rızası dışında sonlandırıldığı gerekçesine dayanarak baba tarafından AİHM taşınsa da, babanın itirazı dinlenmemiş somut olaya ilişkin Norveç Yüksek Mahkemesinin kararı teyit edilmiştir. AİHM’si somut olaya ilişkin olarak verdiği kararında: AİHS’nin 2. maddesine ifadesini bulan “*Herkesin hayat hakkı yasanın koruması altındadır*” hükmündeki “*herkes*” ifadesinin kimleri kapsadığının sözleşmede açık bir şekilde beyan edilmediği sözleşmenin doğası gereği yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin sağ olarak doğmuş bireyleri kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca aynı minvalde daha önce verdiği kararlara da atıfta bulunmuştur. AİHM söz konusu gerekçeye dayanarak bir dava konusu somut olaya ilişkin kararın AİHS. m. 2’ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre, tamamen sosyal nedenlerle sonlandırılan gebeliğin, AİHS ile tezat oluşturmadığını ve bu anlamda 2. maddede ifadesini bulan yaşam hakkına yönelik bir ihlalinin olmadığını vurgulamıştır. Bugün AİHM’ sinin söz konusu kararı Almanya, Polonya, Avusturya, İspanya ve Hollanda gibi ülkelerin Yüksek Mahkemeleri tarafından emsal karar olarak kabul edilmektedir. Buna göre söz konusu Yüksek Mahkemeler kararlarında, ulusal mevzuatlarla belli döneme kadar sonlandırılan kürtajın, hayat hakkını ihlal etmediğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir (Şen, s. 15.)

cut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı ve özel hayatı yakından bağlantılıdır. Bu sebeple hangisinin tercih edilmesi gerektiği meselesi, kökleri çok eskilere dayanan bir hukuki sorundur. Mesela, Roma İmparatorluğu döneminde kürtaj normal bir tıbbi müdahale ve aile planlamasının bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Buna karşın her üç semavi din (Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık) buna oldukça mesafeli yaklaşmıştır. Tarihi süreç içinde söz konusu hukuki sorunun din adamları, filozoflar ve politikacılar<sup>98</sup> tarafından sürekli olarak tartışıldığı görülmektedir. Hatta 2500 yıl önce yazılan ve günümüze kadar uygulanan hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin Hipokrat Yemininde de bu konuya (kürtaja) işaret edildiği izlenmektedir: “Hastalarımın iyileşmesinde tüm güç ve düşüncemi onların yararına uygulayacağım. Benden istense bile ... hiçbir kadına çocuğunu düşürecek gereci vermeyeceğim... and içiyorum”<sup>99</sup>.

19. yüzyılda kürtaj çoğu ülkelerin ceza hukukunda konu edilmeye başlamış 2. Yüzyıla gelindiğinde bu hususla ilgili cezalar hafifletilmiştir. 1950’lerden itibaren İskandinav ülkeleri başta olmak üzere çoğu Avrupa ülkesinde kürtaj serbest bırakılmıştır. Bugün Çin başta olmak üzere birçok ülkede kürtaj nüfus kontrolü yolu olarak kullanılmaktadır<sup>100</sup>.

Doktrinde tıbbi anlamda kürtajın hamile kaldıktan sonra en geç 20 haftaya kadar olan dönemde, ceninin tam gelişmemiş olduğu dönemde hayatının sonlandırılması olduğu bilgisi yer almaktadır. Kürtaj çağımızda bile insanoğlunun üzerine mutabakat sağlamadığı konulardandır. Kürtajı, anenin sağlık durumunun korunması, ensest veya tecavüz ürünü hamileliklerin sona erdirilmesi ya da sakat, zihinsel engelli vb. çocukların doğumunu engellemek gerekçesine dayandıran görüşe karşı, şartlar ne olursa olsun ana rahmine düşen bir canlının hayat hakkının korunması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, durumu ne olursa olsun devletin ana rahmindeki ceninin yaşam hakkını sonuna kadar koruması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre kürtajı yasaklamayan devlet kasıtlı olarak cinayet işlenmesini kabul etmiş olur<sup>101</sup>.

98 Kürtaj siyasetçileri yakından ilgilendiren bir meseledir. Zira kürtaj doğrudan bireyin yaşam hakkıyla ilgilidir. Ayrıca bünyesinde çok sayıda etik ve hukuki sorun bulundurmaktadır. Bu sebeple kürtaj meselesi bir çok dünya ülkesinde politikaları zor durumda bıraktığı izlenmektedir.

99 Şen, s. 11.

100 Şen, s. 12.

101 Şen, s. 12.



Kürtaja karşı olan görüşün en büyük savunması, cenin ile doğmuş bebeğin ayırt edilememesi konusunda yoğunlaşmaktadır. Buna karşılık bazı hallerde kürtajın olması gerektiğini savunan görüş, kürtaj yaptırma kararının tamamen anneye bırakılması gerektiği noktasında uzlaşmaktadır.

Kanaatimizce bugün çoğu ülkede birinci görüş benimsense de, görüşlerden her ikisinin katı bir şekilde kabulü isabetli sonuca götürmez. Kürtajın serbest bırakılması isabetli bir çözüm olmadığı gibi, bunun mutlak biçimde yasaklanması da bir çözüm değildir. Aslında bu mesele sadece tek bir ülkenin hukuki sorunu da değildir. Mesela, İrlanda kürtajı yasaklayan ülkelerdendir. Ancak istatistiklere göre yılda ortalama 7 bin kadın kürtaj yaptırabilmek için İngiltere'ye gitmektedir. Bu da katı bir şekilde kürtajın yasaklanmasının etkili bir çözüm olmadığını göstermektedir. Diğer yönden kürtajın men edilmesi kadınların çok sağlıksız yerlerde kürtaj yaptırmasına da sebebiyet verebilir. Araştırmalara göre, dünyada her yıl 20 milyon kadın sağlıksız kürtaj yaptırmakta, içlerinden 80 bin kadın kürtaj operasyonu neticesinde hayatını kaybetmektedir<sup>102</sup>. Diğer yandan kürtajın kadının vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkına ve özel hayatına ilişkin kişisel bir hak olduğunu söyleyip tam veya kısmi olarak serbest bırakılması da isabetli bir çözüm değildir. Kürtajı serbest bırakan görüşün benimsenmesinin neticesi olsa gerek Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre, dünyada her beş hamileden biri kürtaj yaptırmaktadır. Her yıl yaklaşık 210 milyon kadın hamile kalmakta ve bunlardan 46 milyon kadın kürtaj olmaktadır<sup>103</sup>.

Kanaatimizce ceninin hayat hakkını korumak üzere kürtajın yasaklanması doğru bir çözüm değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi kürtajın yasak olduğu ülkelerde, bu yasak gebeliğe son vermek isteyen kadınları yasal olmayan yerlerde bunu gerçekleştirmeye sevk etmektedir. Bu da kürtajı bu yolla gerçekleştirenlerin bir kısmının hayatını kaybetmesine yol açmıştır; dolayısıyla kürtajın yasaklanması isabetli bir çözüm değildir. Esasen 2008 yılında Türkiye'nin de katıldığı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin kararında (1607/2008), güvenilir ve ucuz kürtaja sınırlamaları getirilmemesi, güvenilir ve emniyetli kürtajın sınırlanmaması gerektiği ortaya konmuştur. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun ya da BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin kürtaj yasağı ya da sınırlandırmalarının kadınların hayat hakkı açısından doğurduğu riskleri belirten ve ülkelerin yasalarını değiştirmelerini isteyen kararları

<sup>102</sup> <https://www.kazete.com.tr>. (E. T. 25. 10. 2021).

<sup>103</sup> Şen, s. 13.

bulunmaktadır<sup>104</sup>. Aslında ceninin hayat başlangıcının ne zaman olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bu da esasen tıp bilimini ilgilendiren bir durumdur. Tıp biliminin ortaya koyduğu bilimsel sonuçlar doğrultusunda hareket etmek doğru sonuçlara götürür. Bu yöndeki veriler yumurtanın döllenenmesinden itibaren gelişme kabiliyeti olan bağımsız bir varlığın mevcudiyetine işaret eder. O zaman bu varlığın menfaati gelişmesini devam ettirmesi yönündedir. Ne var ki bu durumda ceninin hayat hakkı ve kadının vücut bütünlüğü ve özel hayatının mahremiyeti gibi kişilik hakkına ilişkin hakkıyla bir çakışma söz konusu olacaktır; hangisine öncelik tanınacaktır? Kanaatimizce, ceninin hayat hakkı ağır basmalıdır. Çünkü hayat hakkı bütün hakların esasıdır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bunun kürtajın yasaklanmasıyla temini mümkün değildir. Bu ancak farkındalık sağlamak yoluyla olur. Bu durumda ceninin çok erken dönemden (ceninin ana rahmine istikrar ettiği/yerleştiği andan) itibaren ana ve babasından farklı ve bağımsız bir varlık olduğunu münasip yollarla anlatmak gerekir. Hak hukuken korunan bir menfaattir. Bunun üzerinden hareket ederek hayvan haklarından bahseden insanlığın, cenini aynı anlayış içinde değerlendirmemesi düşündürücüdür. İradesi olmasa da ceninin menfaati gelişmesini devam ettirmesi ve bunun engellenmemesi yönündedir. Ceninin hayat hakkı annenin kürtaj hakkını yakından ilgilendirir. Ancak mesele ikisinden birini seçmek gerekliliğinden ibaret değildir. Ceninin hayat hakkının, embriyonun ana rahminde istikrar ettiği (yerleştiği) andan itibaren kabulü hukuki bakımdan önemli sonuçları olacaktır.

#### **D. Türk Hukukuna Göre Ceninin Hayat Hakkı**

Türk Medeni Kanunu'nda ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin bir hüküm yoktur. Ne var ki anayasada (m. 41, 56) ve diğer bazı düzenlemelerde (Mesela, TMK. m.28/II, 301, 303, 643/I, TCK. m. 99, 100, TBK. m. 111) kısmen müstakbel ananın ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bahsedilen hükümlerin amaçları genellikle ya anayı ya da toplumu korumaktır; ceninin korunması dolaylıdır. Başka bir ifadeyle bu düzenlemeler ceninin hayat hakkını değil onun yaşama ümidini korurlar. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5. maddesi de burada örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hükme göre, on haftayı geçen gebeliklerde, ancak anne ve doğacak çocuk ve devam eden nesillerin sağlığı açısından bir tehlikenin söz konusu olduğu hallerde rahmin tah-

---

104 Tacir, s. 1316.

liyesi mümkündür. Bahsedilen on haftalık süre dolmadan önce rahim tahliyesi serbesttir. Bu itibarla Türk hukukunda mevcut durumda cenin ancak sağ ve tam doğduğu anda kişilik kazanır ve ancak bu andan itibaren hayat hakkına sahiptir. Bunun sonucu olarak cenin herhangi bir dış müdahale sonucu sağ olarak doğmazsa, onun adına kişiliğin korunmasına ilişkin dava açılmaz. Ancak bahsedilen müdahale sonucu sakat doğarsa, doğumla kişilik hakkı kazandığı için, uğradığı zararlardan ötürü tazminat talebinde bulunabilir. Zira burada vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olur<sup>105</sup>. Bu itibarla zararların tazminini, hem bu müdahalenin yapılmasına izin veren annesinden hem de hatalı müdahaleyi yapan doktordan talep edebilir<sup>106</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk hukukuna göre kişi geciktirici şart mahiyetinde olan sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu itibarla cenin, doğumdan önceki aşamada henüz kişiliğe sahip olmadığından bağımsız bir varlık değil, annenin vücut bütünlüğünün bir parçasıdır. Bahsedilen geciktirici şart gerçekleşmeden önce çocuk kişi olarak dikkate alınmaz<sup>107</sup>.

Doktrinde, Nüfus Planlaması Kanunu dünyanın en liberal kanunlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Zira söz konusu düzenlemeye göre, 10 haftaya kadar gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması mümkündür. Oysa ceninin potansiyeli ve insan olabilme yeteneği, insan onuru adına korunması gerekir. Diğer yönden babanın cenin üzerindeki hakkının da annenin özel hayatının korunması hakkıyla birlikte değerlendirilerek dengeli bir çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>108</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan hayatın ne zaman başladığı tartışma konusudur. Aynı durum hukukumuzda da söz konusudur. Buna göre özel hukuk ve kamu hukuku yönünden yaşamın başlangıcı farklılaştırılmıştır. Yürürlükte olan Medeni Kanunumuzun 28. maddesinde “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca cenin ana rahmine

---

105 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku), C. 2, Baskı 14, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 22.

106 Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Baskı 19; Filiz Kitabevi İstanbul 2020, s. 11; **Dural/Öğüz**, 22.

107 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 11,13.

108 **Çiftçioğlu**, s. 163.

düşmekle haklara sahip olabilmektedir. Buna karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında yaşam ancak tam ve sağ olarak doğumdan sonra başlar. Bu itibarla, kısa bir süre bile olsa anne bedeninden ayrı olarak yaşayan kişinin ceza hukuku anlamında yaşam hakkı korunabilir. Sonuç olarak ceninin düşürülmesi adam öldürme kapsamında değerlendirilmemekte, ayrı ama daha hafif cezayı gerektiren suç olarak düzenlenmektedir<sup>109</sup>.

## V. DEĞERLENDİRME VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

Ceninin yaşam hakkı, hep annenin kişilik hakkı kapsamında ve özellikle annenin özel hayatıyla birlikte ele alınmakta ve sonuç olarak, annenin haklarının üstün tutulması gerektiği ve dolayısıyla ceninin hayat hakkının olmadığı sonucuna varılmaktadır. Oysa burada meseleye sadece annenin kişilik hakları bakımından bakılmaması gerekir. Zira cenin (hatta embriyo) sadece annenin bir parçası olmayıp, burada baba adayının ve toplumunda menfaati söz konusudur. AİHM'ne göre de hamilelik ve onu sonlandırmak sadece annenin özel hayatının bir meselesi değildir. Kürtajın, kadının özel yaşamı ile çok yakın bir ilişkisi olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun da menfaatlerini ilgilendirmektedir. Kanaatimizce, yumurta döllendiği andan itibaren anne ve babasından bağımsız bir oluşum haline gelmektedir.

Doktrinde konuya ilişkin çalışmalarda haklı olarak embriyo veya ceninin hukuki statüsünü açıklığa kavuşturacak yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir<sup>110</sup>. Ayrıca söz konusu düzenlemelerde hayatın hangi andan itibaren başlamış sayılacağı çok açık bir şekilde belirlenmelidir. Çünkü bu soruya verilecek cevap bu husustaki çoğu tartışmaları sona erdirecek ve hepsini çözüme kavuşturacaktır. Mesela yapay döllenme yoluyla elde edilen embriyonun rahme yerleştirilme anının yaşamın başlangıcı olarak kabul edildiği takdirde, bunun hukuk açısından önemli sonuçları olacaktır. Buna göre kürtaj, araştırma, deney veya imha gibi yöntemler hayat hakkının ihlali sayılacaktır. Bunun yanı sıra ceza hukuku açısından da önemli sonuçlar ortaya çıkacaktır. Buna göre ceza hukuku açısından cenin veya embriyonun suçun mağduru olması gebeliğin en erken safhalarına kadar mümkün olacaktır. Oysa ceninin tam doğum şartıyla kişi sa-

109 Bkz. Halil **Yılmaz**, “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2001, s. 71-73; **Kızılyel**, s. 259.

110 **Tacir**, s. 1317.

yılacağıının kabulü halinde, doğum öncesi embriyo ve ceninin hayat hakkından bahsedilemeyeceği, dolayısıyla bu yöndeki düzenlemelerin bu anlayışla uyumlu olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla bize göre de yaşamın başlangıcı için, bu konuya ilişkin sakınca ve riskleri göz önünde bulundurarak, teknik ve hukuki açıdan kabul görebilecek bir zamanın belirlenmesi gerekir.

Son zamanlarda tıp bilimi alanında meydana gelen gelişmeler (kök hücre teknolojisi), insani ürünlerin (embriyonun) üreme dışında farklı alanlarda kullanabilmesine zemin sağlamıştır. Bu da alana ilişkin ayrıntılı açık hükümlerin konulmasını gerekli kılmıştır. Cenin için hayatın hangi andan itibaren başladığını gösteren, ceninin hayat hakkıyla kadının kürtaj hakkı arasındaki çizgiyi çıkarlar arsındaki dengeyi gözeterak açık bir şekilde ortaya koyan kurallara ihtiyaç vardır. Bu sayede son zamanlarda bazı ülkelerde sektör haline gelen ticari kürtajın ya da talebe göre kürtajın önüne geçilmiş olur. Son zamanlarda uluslararası düzeyde düzenli bir ticari faaliyet haline gelen talebe göre kürtajda cenin para karşılığı annesinden satın alınmakta; cenine karşı anneye ödenen para miktarı ceninin gelişme aşamasına (yaşına göre) değişmektedir. Bazen de cenin yine anneye verilen bir miktar para karşılığında anne rahminde bir süre bekletilmektedir. Birleşmiş Milletlere bağlı İnsan Hakları Komisyonu, ABD tıbbi laboratuvarı ve Güney Kore'den cenin ithalatı yapıldığını tespit etmiştir. Bu alanda canlı veya ölü ceninin ticareti yapılmaktadır<sup>112</sup>.

İnsanın hayat hakkı doğuştan gelen (fitri) bir haktır. Bu hak insani oluşumun insanlık vafına bağlı bir haktır. Bu itibarla söz konusu hakkın yaş, cins, ırk, renk, sosyal durum ve yaratılışının tamamlanmış olması gibi farklılıklardan etkilenmemesi gerekmektedir. Hayat hakkının nitelik bakımından fitri bir hak oluşu, mevcudiyetinin anayasada düzenlenmiş olup olmadığından etkilenmemesini gerektirir. Bu hakkın anayasada düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın hiçbir insan ve insani oluşumun bertaraf edilmemesi gerekir<sup>113</sup>.

111 **Tacir**, s. 1317.

112 Bkz. Eymen Mustafa **ec- Cemal**, İcra'üt-Tecarib'ul İlmiyye Al'l Ecin-Ne'l Beşeriye Beyn'el Hazır V'el İbahe, Bası 1, Dar'ül Fikr'ül Cami'i, Mısır 2010, s. 127; **el Fetlavi/Bedir**, s. 231.

113 Güney Kore Anayasa Mahkemesi, gelişmekte olan bir hayat niteliğinde oluşu itibarıyla cenin dâhil her insani oluşum (all human being) hayat hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir (**el Hilali**, s. 190-192).

Cenin annesinin bir organı veya bir parçası değildir. Zira ceninin peyderpey gelişerek tekâmüle eren gerçek bir hayatı vardır. Ne var ki yapısı itibarıyla belli bir süre anne rahminde yaşamaya mahkûmdur.

Normal bir insanın hayatından farklı olsa da, cenini insan değil kanuni korumaya mazhar olan bir varlık olarak kabul etmek de doğru sonuçlara götürmez. Zira ceninin hayatı normal bir insanın hayatından şekil bakımından farklı olsa da muhteva bakımından farklı değildir. Her ikisinin de hayatını sürdürmek için gerekli besin kaynaklarına ihtiyacı vardır. Ceninin bunu plasenta aracılığıyla temin ediyor olması onu insan olmayan bir yaratık haline getirmez veya hayatının doğasını değiştirmez. Bunun aksinin ileri sürülmesi, hayatını cihazlara bağlı surette sürdüren (hayatını sürdürmek için gıda maddelerini sürüm ya da suni yemek aparatlarıyla ve oksijen ihtiyacını solumun cihazları aracılığıyla) hastaları insan olarak kabul etmemek anlamına gelir. Bu itibarla covid 19'a yakalanıp entübe olan komadaki hastaları ya da normal zamanından daha erken doğan bebekleri (prematüre bebek) insan olarak kabul etmemek gerekir. Prematüre bebekler bir süre özel cihazlar içinde hayatını sürdürmek zorundadır; söz konusu bebekler ihtiyaç duyduğu gıda ve oksijeni bu cihazlar aracılığıyla alırlar. Dolayısıyla doğası gereği gelişmekte olan hayat ile normal hayat arasında bir farkın gözetilmemesi gerekir.

AİHM bazı kararlarında dondurulmuş embriyoları tarafların (eşlerin) parçası saydığı, bazı kararlarında ise cenini annenin bir parçası ve hayatını sürdürebilmesini annesine bağladığı için onun taraflardan birinin ya da her ikisinin iradesine dayanarak itlaf edilmesini mümkün görmüştür. Oysa cenine kendisine özgü bağımsız biyolojik varlığa sahip bir insani oluşum olarak bakmış olsaydı ya da hareket noktası bu olsaydı farklı kararlara imza atmış olurdu. Yukarıda da ifade edildiği üzere tıpkı yaşamını cihazlara bağlı olarak sürdürmek zorunda olan hastalar gibi cenin de bir süre rahim dışında ya da bir süre rahimde hayatını sürdürmek zorunda olabilir. Ancak bu durum onların insan olarak değerlendirmelerini engellememelidir. Hayatını cihazlara bağlı olarak sürdüren hastalar da fişlerinin çekilmesinde yaşamlarını kaybederler.

Yukarıda birçok yerde doktrin ve yargı kararlarında annenin üreme hakkının daha doğrusu vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkıyla ceninin hakkının hangisinin diğerine tercih edileceği konusunda farklı görüşlerin söz konusu olduğu aktarılmıştır. Bu bağlamda annenin üreme hakkıyla ceninin hayat hakkının eşit düzeyde haklar olduğunu benimseyen görüşün yanında, annenin hakkının daha üstün konumda olan hak olduğunu savunan görüş de vardır. Annenin hakkına üstünlük tanıyan görüş,

ceninin hayatına nazaran annenin hayatı kesin, ihtimallere bağlı olmayan hâlihazırda var olan bir hayattır. Oysa ceninin hayatı kesin olmayan, ihtimallere bağlı ve müstakbel bir hayattır. Bu sebeple annenin hakkı ceninin hayat hakkına tercih edilmelidir. Kanaatimizce, annenin üreme ve vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf etme hakkı vardır. Buna karşılık cenin de hayat hakkına sahiptir. Annenin sağlık durumu gerektirdiği hallerde annenin hakkına öncelik tanınmalıdır. Ancak bu öncelik ya da üstünlük, birinin kesin diğerinin ihtimallere bağlı ya da birinin hâlihazırda mevcut diğerinin müstakbel oluşundan değil, ceninin hayatını anne yoluyla sürdürmesinden dolayıdır. Bu sebeple zorunluluk arz ettiği hallerde annenin hayat hakkına üstünlük tanınmalıdır. Bu halde ceninin hayat hakkına üstünlük tanınması halinde her ikisinin de hayatı sona erebilecektir. Zira ceninin hayatı annenin hayatına bağlıdır.

Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında cenin anne rahmine yerleştiği andan itibaren gelişme kabiliyetini göz önünde bulundurarak hayat hakkına sahip olduğu kanaatine varmış durumdayız. Harici döllenme sonucu elde edilen embriyoların hayat hakkı yoktur. Zira bunların anne rahmine yerleştirilmeden önce yaşama kabiliyetleri düşünülemez. Ancak yine de insanlık onuru kapsamında korunmaları gerekmektedir. Sağ doğmama bozucu şartına bağlı olarak cenin anne rahmine düştüğü andan itibaren kişilik hakkına sahiptir. En azından ceninin kişilik haklarının korunması bakımından bunun böyle kabul edilmesi gerekir. Bu sayede daha anne karınıda iken ceninin temsili ve kendisini korumak için cenin adına dava açılabilir. Bu görüşe göre, çocuk ölü doğarsa kazanılan hakların hukuki durumunun ne olacağı ve bunun hukuki düzenlemeyle bağdaşmayacağı eleştirileri yöneltilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki hayat hakkı bütün hakların esasını teşkil eden temel bir haktır.

## SONUÇ

Hayat hakkı, yukarıda da ifade edildiği üzere en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Geri kalan diğer hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı mutlak bir haktır.

Cenin hayat hakkı eskiden beri hukukçular arsında tartışmalı olan konulardandır. Bu bağlamda hayatın hangi andan itibaren başladığının tespiti önem arz etmektedir. Bu konuyla ilgili olarak birbirinden farklı kriterler ortaya atılmaktadır. Klasik görüşe göre ceninin hayat hakkı fiili olarak doğumdan itibaren başlar. Diğer görüş aktif cenin ya da gelişme kabiliyeti cenin kriterini benimsemektedir. Buna göre ceninin hayat hakkının başlaması için fiili olarak doğum aranmamaktadır. Ceninin cihaza bağlı olarak

ya da cihaz olmaksızın yaşayabilme kabiliyeti varsa, hayat hakkına sahip kişi olarak kabul edilir; vaktinden erken doğmuş olup olmadığının bir önemi yoktur. Üçüncü görüş ceninin hayat hakkını döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığını kabul etmektedir.

Semavi dinlerden Yahudilik ve Musevilikte çoğunluğun görüşü ceninin hayat hakkının döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığı yönündedir. Azınlıkta kalan görüş ceninin hayat hakkını 40 gün gibi belli bir süre sonra başladığını kabul etmektedir. İslamiyet'te ise bu hususla ilgili olarak ortada güçlü bir delil olmasa da beden- ruh ayırımı yapılmakta, ceninin hayat hakkının ruh üflenmesinden sonra başladığı kabul edilmektedir. Çoğunluğun görüşüne göre ceninin hayat hakkı hamileliğin dördüncü ayından sonra başlar. Azınlıkta kalan görüş ve çağdaş İslam hukukçularının görüşü, ceninin hayat hakkının döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığı yönündedir.

AİHS'de ceninin hayat hakkına ilişkin olarak açık bir hüküm yoktur. AİHM de bu hususta açık bir tavır almaktan kaçınmıştır AİHM bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı (margin of appreciation) bırakmıştır. Bunun sebebi ceninin hayat hakkının annenin kürtaj yaptırma hakkıyla çakışması ve Avrupa Birliğine üye ülkelerin bu konuda aynı tutumu sergilememeleridir. Bazı Avrupa ülkeleri kürtajı serbest bırakırken, bazıları kürtajı yasaklamaktadır. Ne var ki söz konusu Mahkeme son zamanlarda dolaylı da olsa bu konuya eğilmeye başlamış ceninin hayat hakkı hususunda babanın ve toplumun menfaatinin de göz ardı edilmemesi yönünde tutum benimsemeye başlamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin bir hüküm yoktur. Anayasada ve kanunlarda kısmen cenini koruyan hükümler vardır. Ancak bu hükümler genellikle ya anayı ya da toplumu korumaya yöneliktir; ceninin korunması bu hükümlerde dolaylı olarak gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle bu düzenlemeler ceninin hayat hakkını değil onun yaşama ümidini korurlar. Türk hukukunda mevcut durumda cenin ancak sağ ve tam doğduğu anda kişilik kazanır ve ancak bu andan itibaren hayat hakkına sahiptir.

Türk hukukuna göre kişi geciktirici şart mahiyetinde olan sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu itibarla cenin, doğumdan önceki aşamada henüz kişiliğe sahip olmadığından bağımsız bir varlık değil, annenin vücut bütünlüğünün bir parçasıdır. Zira annenin hayatı esastır, anneden bağımsız olarak yaşaması mümkün değildir. Oysa bize göre ceninin



kişiliğini ana rahminde istikrar ettiği (kalıcı olarak rahime yerleştiği) andan itibaren başlatmak bir tabiat kuralıdır. Buna göre cenin ölü doğmama bozucu şartına bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kişilik hakkına ve hayat hakkına sahip olur. Bu sayede çocuğu temsil etmek ve haklarını korumak adına dava açılabilir.

Cenin ancak anneye bağlı olarak yaşayabileceğinden dolayı ceninin hayat hakkına sahip olmadığı doğru bir tespit değildir. Zira bunun kabulü hayatını cihazlara bağlı olarak sürdüren (hayatını sürdürmek için gıda maddelerini sürüm ya da suni yemek aparatlarıyla ve oksijen ihtiyacını solumun cihazları aracılığıyla alan) hastaları insan olarak kabul etmemek anlamına gelir. Bu kişilerin bu cihazlardan bağımsız olarak hayatlarını sürdürme kabiliyetleri yoktur. Bu hallerine rağmen bunlar kişidir ve hayat hakkına sahiptirler.

## KAYNAKÇA

**Altunkaş**, Aysun. İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

**Bilgili**, İsmail. “İslam Hukukunda Cenin Hakkı ve Onuruyla İlgili Hükmümler”. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi. S. 24, 2014, s. 219-240.

**Çakmak**, Seyfullah. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”. Adalet Dergisi. S.19, Mayıs-2004, s. 149-174.

**Çetin**, Hüseyin. Metin ve Sened Tenkidi Açısından Meleğin Cenine Ruh Üflemesi ve Kaderini Yazması Hadisinin Değerlendirilmesi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı. 2008.

**Çiftçioğlu**, Cengiz Topel. “Yaşama Hakkı”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Kasım 2012, S. 103, s. 139-140.

**Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan. Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku). C. 2, Baskı 14, Filiz Kitabevi İstanbul 2013.

**Ec-Cemal**, Eymen Mustafa. İcra’üt-Tecarib’ul İlmiyye Al’l Ecin-Ne’l Beşeriye Beyn’el Hazır V’el İbahe. Bası 1, Dar’ül Fıkr’ul Cami’i, Mısır 2010.

**Ed-Dahr**, Selim/Tay. Muhammed, Hukuk’ut-Tifil Vi’l Mesihiyeti V’el İslam Bi’l Mukarene Maa İttifakiyet’ül Umem’ül Muttahide Lihukuk’ut-Tifil. Bası 2, Kitap Katolik Basın Merkezinin Yardımıyla Yayımlanmıştır, Lübnan 2012.

**el Fayyaz**, eş-Şeyh Muhammed İshak. el Mesail et-Tubbiye. basım yeri ve tarihi belli değil.

**el Fetlavi**, Selam Abdüzzehara Abdullah/Bedir, Müştak Abdülhay Abd’ülhüseyin. “Eser’üt-Tatavi’ül İlmi Ala Tevessi’ül Mefhum’ül Kanuni Lic-Cenin, Dirase Mukarene”. Mecellet’ül Muhakkik’ül Hilli Lilulum’ül Kanuniye V’es-Siyasiye, C. 9, S. 2, Camiat’ül Babil Külliyyet’ül Kanun, 2017, s. 209-264.

**el Feyzi**, Avan Abdullah. “Hukuk’uc-Cenin Beyn’eş-Şeria V’lkanun Dirase Mukarne”. Mecellet’ül Ulum’ul İslamiye. C. 5, S. 10, s. 71-128.

**el Hilali**, Ali Hadi Atiyye. el Merkez’ül Kanuni Lic- Cenin Fi Zil’il Abhas’üt- Tubbiyye V’T- Takaniyet’ül Müsaide F’İl İncap. Dirase F’il Kanun’ül Am’ül Mukaren, Muazzeze Bin-Nusus’il Destüriyye V’t-Teşriyye Ve’t-Ticahat’ül Kaza’ül Avrurppi Ve’l Emriki, Kulliyet’ül Kanun Camiat Dikar, Menşurat’ül Halebi el Hukukiye, Bası 1, Beyrüt/Lübnan 2012.

**el Kâsâni**, Alâuddîn Ebû Bekr bin Mes’ûd bin Ahmed (v. 587). Bedâi’u’s-Sanâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi’. C. I-VII, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye 1406/1986.

**Eryiğit Bader**, Aynur. “Yahudilik Hıristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”. Antakya/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, 2019, s.116-141.

**Es-Seyid**, Sabık. Fıkh’üs-Sünne. C. 2, Bası 2, Mektebür-Reşit Li’n-Neşir Ve’t-Tevzi, Er- Riyad 2001.

**Es-Sistani**, es-Seyid Ali el Hüseyini. Minahc’üs-Salihin. Bası 14, Cüz 1, Dar’ül Muarrih’ül Arabi, Beyrüt 2008.

**Et-Tabatabai**, Es-Seyid Muhammed Sait el Hakim. Fıkh’ül İstinsah’ül Beşeri V’el Halaye’l Ciziye ve Fetavit-Tıbbiye. Bası 6, Dar’ül Hilal, Kum/İran 2013.

**Harman**, Ömer Faruk. “Çocuk Düşürme”. DİA, İstanbul 1993, VIII/363-364.

**İbni Manzur**, Muhammed bin Mukerrem bin Ali Ebu’l-Fadl Cemaluddin (v. 711). Lisanu’l-Arab. C. XIII, Baskı 3, Beyrut 1414.

**İde**, Musavi. Hukuk’uc-Cenin Fiş Şeria V’el Kanun. Muhammed Budyaf- Mesile Üniversitesi Hukuk ve Siyast Bilimleri Fakültesine Hukuk Bölümüne Sunulan Yüksek Lisan Tezi, Cezayir 2017.

**Kızılyel**, Serkan. “Yaşam Hakkı: AIHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XVIII, S. 2, 2014, s. 252-289.

**Koçak**, Muhsin. “Gurre”. DİA, İstanbul 1996, XIV/211-212.

**Kurt**, Leyla Müjde, “Ceninin Mal Varlığı Hakları”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, Malatya 2011, s. 177-209.

**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe. Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). Baskı 19; Filiz Kitabevi İstanbul 2020.

**Özdemir**, Harrunnisa/**Ruhi**, Ahmet Cemal. Çocuk Hukuku (Ders Kitabı). 3. Baskı, İstanbul 2019.

**Savcı**, Bahri. “Yaşam Hakkı Üzerine, İnsan Hakları Yıllığı”. C.1, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1979, s.17-35.

**Şen**, Y. Furkan. “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. Cilt: 19, S. 2, 2015, s. 1-26.

**Tacir**, Hamide. “Yaşam Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 19, S. 2, 2013, s. 1301-1320.

**Yılmaz**, Halil. “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”. Ankara Barosu Dergisi. S. 2, 2001, s. 69-88.

### **Yararlanılan AİHM Kararları**

AİHM, Evans v./Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, (<http://aihmgunlu-gu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>).

AİHM, Vov./France, 53824/00, 08.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch>).

AİHM, Boso v./İtalya, 504907/99, 05.09.2002, ([https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso\\_v\\_italy](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso_v_italy)).

AİHM, Bruggemann ve Scheuten/Almanya, 6959/75, 12. 07. 1977, (<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf>).







# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi


Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları

Paternity Action and Consequences of Paternity Judgment in Turkish Law

  Arş. Gör. Dr. Ekin ŞENTÜRK\*

 10.60002/ebyuhfd.1379824

### ÖZET

Türk Medeni Hukukunda çocuk ile babası arasındaki soybağı, ana ile evlilik ve tanıma dışında, ana veya çocuk tarafından açılacak bir dava neticesinde verilecek hâkim hükmü ile de kurulabilmektedir. Bu dava “babalık davası”, hâkimin hükmü ise “babalık hükmü” olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda babalık davası ve babalık hükmünün hukuki niteliği incelenmiş, bu davanın tarafları, olası davacılar ve olası davalılar yönünden ele alınmış, açılmış bulunan davada ispat külfetinin kime ait olduğu ve ispatın nasıl gerçekleştirileceği, davanın açılması yönünden tabi olunan süre, yetkili ve görevli mahkeme gibi yargılamaya ilişkin hususlar ele alınmış ve son olarak, hâkimin hükmünün ana ve çocuk yönünden sonuçları tespit edilmeye çalışılmıştır.

\* Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 23.10.2023 | Kabul/Accepted: 27.10.2023.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** Ekin Şentürk, “Türk Hukukunda Babalık Davası ve Babalık Hükmünün Sonuçları”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (351-391).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Babalık Davası, Babalık Hükümü, Soybağının Belirlenmesi, Çocuğun Soybağı, Babalık Hükümünün Sonuçları.

### ABSTRACT

In Turkish Civil Law, paternity between the child and his/her father can be established by a judge's judgment as a result of a lawsuit filed by the mother or the child, in addition to marriage with the mother and recognition. This lawsuit is called "paternity lawsuit" and the judge's judgment is called "paternity judgment". In our study, the legal nature of the paternity lawsuit and the paternity judgment will be examined, the parties, possible plaintiffs and possible defendants will be discussed, the burden of proof in the lawsuit and how the proof will be carried out, the time period for filing the lawsuit, the competent and authorized court will be discussed, and finally, the consequences of the judge's judgment for the mother and the child will be tried to be determined.

**Keywords:** Paternity Action, Paternity Judgment, Determination of Paternity, Paternity of The Child, Consequences of Paternity Judgment.

### GİRİŞ

Toplumun temel taşı kabul edilen aile kurumu, genellikle anne, baba ve çocuktan oluşan bir yapı olarak karakterize edilir. Anne, baba ve çocuk sözcüklerini aynı cümle içinde kullanıp bir bütünün parçaları olarak görmek ve bu üçlüyü aynı evin içerisinde idealize etmek toplumun aile kavramına ilişkin genel beklentisine uygun düşse de her zaman hayatın gerçekleri ile örtüşmeyebilir. Biyolojik olarak bir çocuğun ana rahmine düşebilmesi için annenin yumurta hücrelerinin babanın spermi ile döllenmesi gerekli ve yeterlidir. Bu döllenme, evlilik içerisinde yaşanan bir cinsel ilişki neticesinde gerçekleşmişse yahut anne ve babanın birlikteliği (yine doğumdan önce olmakla birlikte) daha sonraki bir aşamada evlilikle taçlanmışsa, evlilik birliği içerisinde doğma şansına erişmiş bu çocuk, hiç kimsenin özel olarak herhangi bir işlem yapmasına ihtiyaç duyulmaksızın, kendiliğinden biyolojik ana ve babasına soybağı yönünden bağlanır. Zira kanun koyucu evliliğin devamı süresince doğan ya da evlilik artık sona ermiş olsa bile henüz devam ettiği dönemde ana rahmine düşen çocuklar bakımından babalık karinesi öngörmekte, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocukların babasının koca olduğunu kabul etmektedir (TMK m. 285/1). Şüphesiz ki bu karine, ana ile babanın evlilik süresince birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal etmediği varsayımı ile kabul edilmiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, çocukla baba arasındaki soybağı ilişkisini kurmak için salt evlilik birliğinin varlığını yeter sayan bu karinenin her zaman gerçek durumla örtüşmeyebileceğini de öngördüğünden, soybağının reddi davası

ile çürütülmesine de olanak tanınmıştır. Evlilik içinde doğan çocuklar gibi, anne ve babası doğumundan sonra birbiriyle evlenen çocuklar da kendiliğinden evlilik birliği içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olurlar, başka bir deyişle, evliliğin baba ile çocuk arasında soybağı kurabilme kudreti çocuğun doğumundan sonra gerçekleşen evliliklerde de kendisini gösterir (TMK m. 292). Ancak çocuğun doğumu sırasında, doğuran kadın ile evli olmayan babanın çocuğu ile soybağı ilişkisi kurabilmesinin tek yolu anası ile evlenmek değildir, kanun koyucu babaya tanıma yolu ile de soybağı ilişkisi kurabilme imkânı tanımıştır (TMK m 295). Babanın bu tek taraflı irade beyanını kullanarak soybağı ilişkisini kurabilmesi için aranan yegâne koşul çocuğun başka bir erkekle hali hazırda soybağı ilişkisinin bulunmamasıdır. Ana babası evli olan, en azından bir süreliğine evli kalmış bulunan, ya da evlilik birliği içinde doğmamış olmasına rağmen babasının tanıma yoluyla soybağını kurmuş olduğu çocuklar dışında kalan çocuklar ise bu kadar şanslı değildir. TMK m. 282 hükmü ile “doğuran kadın anadır” ilkesi benimsendiğinden, kendilerini kimin doğurduğu bilindiği sürece ana ile soybağı ilişkisi kurmak yönünden mücadele vermesi gerekmeyen bu çocuklar, neyse ki babaları ile soybağı kurabilmeleri yönünden tümüyle babanın keyfine terk edilmiş durumda da değildirler. Türk Medeni Kanunu herhangi bir erkekle mevcut bir soybağı ilişkisi bulunmayan çocuğa, “Babalık Davası” olarak adlandırılan bir dava aracılığıyla genetik babası olduğu düşünülen kimse ile arasında biyolojik ilişki bulunup bulunmadığını tespit ettirebilme imkanını da sunmaktadır. Yalnızca çocuk değil, anası tarafından da açılabilen bu dava neticesinde verilecek babalık hükmü ile babanın rızası hilafına da soybağı ilişkisi kurulması mümkündür. Babalık davasına ilişkin düzenlemeler TMK m. 301 vd. hükümlerinde yer almaktadır.

## I. BABALIK DAVASININ NİTELİĞİ

Babalık davası, olmayan bir soybağı ilişkisini ilk kez tesis etmeye hizmet eden bir davadır, sonucunda hâkimin vereceği hüküm ile birlikte çocukla biyolojik babası arasındaki soybağı ilişkisi ilk kez kurulur. Bu yönüyle olumlu etkili kabul edilen babalık davası, yenilik doğuran bir hakkın dava yoluyla kullanılması şeklinde tezahür eden kurucu yenilik doğuran bir dava niteliğindedir; bu özellikleri ile babalık davası soybağına ilişkin



diğer davalardan ayrılır<sup>1</sup>. Davanın amacı, evlilik dışı doğan çocuğu kendi gönül rızası ile tanımaktan kaçınan yahut ölmüş olması sebebiyle artık böyle bir imkânı bulunmayan genetik babayı belirlemektir<sup>2</sup>. Bununla birlikte dava, verilecek hüküm ne çocuğun ne de babanın kişisel durumunda değişiklik yaratmaksızın salt söz konusu genetik babanın kimliğini belirlemek amacıyla açılmaz. Öyle ki sırf babalığın tespiti talebini içerecek, bu talepten ibaret şekilde açılmış bulunan bir dava hem hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle hem de genetik babalık olgusunun bir hukuki işlemde kaynaklanmaması sebebiyle dinlenmeyecektir<sup>3</sup>. Esasında bunun iki temel nedeni vardır: ilk neden, babalık bir maddi vakıya teşkil ettiğine göre bunun tespiti halinde kurulması gereken babalık hükmünün usul hukuku anlamında bir inşai hüküm niteliği taşıması ve bu nedenle babalık davasının da yalnızca bir yenilik doğuran dava olarak ikame edilebilmesidir<sup>4</sup>. İkinci neden ise, eMK’da yer alan maddi sonuçlu babalık davası-şahsi sonuçlu babalık davası ayrımının TMK ile ortadan kaldırılmış olması ve artık açılabilmesi mümkün tek bir tipi bulunan babalık davasında hâkimin vereceği hükmün babanın kimliğini tespitini yanı sıra tüm hüküm ve sonuçlarıyla hukuk dünyasında etkili olan soybağı ilişkisini de tesis edecek şekilde dizayn edilmiş bulunmasıdır.

Bu noktada bahsi açılan eMK sistemindeki babalık davasının özelliklerini de kısaca anımsamak gerekirse, söz konusu dönemde kanun koyucunun iki türlü babalık davası öngördüğünü, bunlardan birinin baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisini kuran fakat yine kanunun o dönemki dizaynına uygun olarak bunu “gayrı sahih soybağı ilişkisi” kabul eden kişisel sonuçlu babalık davası, diğerininse çocukla baba arasında soybağı ilişkisi kurmaksızın salt babanın ana ve çocuğa karşı bir takım parasal yükümlülükler altına girmek zorunda bırakıldığı “mali sonuçlu babalık

---

1 Soybağına ilişkin diğer davalar soybağının reddi davası, soybağının düzeltilmesine itiraz davası ve tanımının iptali davaları olup, çocuğun babasının o kimse olmadığı iddiası üzerine temellendirilen ve olumsuz etkili davalardır; Cem **Baygın**, Soybağı Hukuku, 12 Levha Yayınları, 2010, s. 72; bu davalar babalık davasından farklı olarak bozucu yenilik doğuran davalar olarak kabul edilirler; Rukiye Feray **Durmuş**, Yenilik Doğuran Davalar, 12 Levha Yayınları, 2021, s. 76 vd.

2 Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Medeni Hukuk, C. II, Aile Hukuku, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış, Beta Basım Yayım, Yenilenmiş 14. b., İstanbul 2012, s. 358.

3 Hikmet **Bilgin**, Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2022, s. 13.

4 **Bilgin**, s. 14.

davasısı” olduğu söylenebilir. Bu ikili ayrımın yanı sıra eMK döneminde kişisel sonuç doğuran babalık davaları bugünkü anlamıyla soybağını kuran babalık davasına kıyasla çok daha sınırlı bir zeminde gündeme gelebilmekte idi, zira söz konusu davanın açılması için çocuğun evlilik dışında doğmuş olması yeterli bulunmamakta idi. eMK m. 310 hükmü “müddealeyh, anaya evlenme vadettiği veya münasebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu sui istimal teşkil eylediği takdirde; müddeinin talebi üzerine hakim, onun babalığına hükmeder” demek suretiyle kişisel sonuçlu babalık davasının yöneltilebileceği baba kümesini oldukça daraltıyor, bunun yanı sıra “münasebeti cinsiye zamanında müddealeyh evli ise hakim babalığa hükmedemez” diyerek hali hazırda başkası ile evli bulunan genetik babaları babalık davası ile muhatap olmaktan bütünüyle kurtarıyordu. Bu düzenleme karşısında evlilik dışında doğmuş çocuk genetik babasının kimliğini bilse bile ancak belli koşulları taşıması ihtimalinde dava yöneltebilmekteydi; şöyle ki bu erkek evli olmamalı, bununla birlikte anneye evlenme vaademiş ve bu vaadini yerine getirmemiş olmalı yahut anneye kurduğu cinsel ilişki ceza kanunu anlamında suç teşkil ediyor olmalı ve yahut cinsel ilişki anne üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanmış olması neticesinde gerçekleşmeliydi. Ancak bu koşulları taşıyan erkeklere karşı kişisel sonuçlu babalık davası açılabilir ve dolayısıyla soybağı yönünden bağlanmak mümkün oluyordu, bu özellikleri taşımayan bir erkeğe gerçekte biyolojik baba o olsa bile ancak maddi sonuçlu babalık davası yöneltebilmekte idi<sup>5</sup>. TMK babalık davasına ilişkin olarak bu ikili ayrımı benimsememiştir.

5 eMK döneminde babalık davasının arz ettiği özellikler ve hükmün tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bilgin**, s. 23 vd.; Hüseyin **Hatemi**/Burcu **Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 6. Bası, 12 Levha Yayınları, 2018, s. 168 vd.; bu yönüyle kişisel sonuçlu babalık davasını adeta bir özel hukuk cezasına benzeten görüş için bkz. **Baygın**, s. 71; eMK m. 310’ün çocuk eğer başkasıyla evli babanın evlilik dışı ilişkisinin ürünü ise (zina ürünü ise) babalık davası açılmasına engel olan anlayışı adeta evli erkeğin meşru ailesini erkek açısından kapalı bir miras kulübü kurar kabul ediyor ve dışarıdan mirasçı kabul etmiyordu, bu anlayışta meşru ailenin ayrıcalıklı üyelerine dava zoruyla miras hakkı bakımından hesapta olmayan sürpriz bir katılımcı eklenemiyordu. Hükmün bu fıkrası daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir, AYM E. 1980/29, K. 1981/22, 21.05.1981 sayılı kararı (RG. 18.08.1981); Bununla birlikte fücür mahsulü denen evlenmesi yasak hısımlar arasındaki ilişkiden doğan çocuklar da babalarına karşı babalık davası açamıyorlardı. Benzer bir anlayışla iffetsiz yaşam süren ana tarafından açılan babalık davası da doğrudan reddediliyor, bu ilişkiden doğma çocuğun baba ile soybağı yönünden bağlanma hakkı yok sayılıyordu. İlgili hükümlere ilişkin eleştirel bakış için bkz. Rona **Serozan**, Çocuk Hukuku, 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 211 vd.

Bugün yürürlükte olan mevzuatımız çerçevesinde ise babalık davası açılmasının önündeki tek engel çocuğun mevcut bir soybağının bulunmasıdır. Çocuğun bir erkekle hali hazırda mevcut bir soybağının bulunması başka bir erkeğe babalık davasının açılmasını engellemektedir çünkü dava neticesinde hakimin kuracağı hükmün başkaca bir işleme gerek kalmaksızın davalı baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisini tesis edebilmesi için çocuğun başka bir erkekle hukuken hangi yolla kurulduğu fark etmeksizin halen geçerli ve mevcut bir soybağı ilişkisi içinde olmaması gerekir, zira bu kimsenin çocukla ilişkisi kaldırılmadıkça soybağına ilişkin inşai bir hüküm kurulamaz. Bu nedenle evlilik içinde doğmuş bulunan yahut bir kimse ile tanıma, ana ile sonradan evlilik, evlat edinme gibi herhangi başka bir yolla bir erkeğe zaten soybağı yönünden bağlı olan çocuk, bu bağı ortadan kaldırmadığı müddetçe, biyolojik babasının gerçekte bir başkası olduğunu öğrense bile babalık davası açamayacaktır<sup>6</sup>. Bununla birlikte doktrinde babalık davasından önce açılmış ve derdest, halen görülmekte olan bir soybağının reddi davası mevcut olmasına rağmen her nasılsa açılmış ve usulden de reddedilmemiş olan bir babalık davası söz konusu ise, bu davada usul ekonomisi gereği soybağının reddinin bekletici mesele yapılabileceğini, aynı durumun henüz ananın kocası soybağını reddetmemişken açılmış bulunan babalık davaları için de söz konusu olabileceğini savunan görüşler mevcuttur<sup>7</sup>. Fikrimizce her nasılsa açılmış bulunan babalık davasında hakimin yapması gereken değerlendirme mevcut

6 **Serozan**, s. 211; Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, 2015, s. 933-934; **Baygın**, s. 72; Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş On Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, 2018, s. 298; Cem **Baygın**, Kan Bağına Dayanan Soybağı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 275; Mehmet **Erdem**/Aslı **Makaracı Başak**, Aile Hukuku, Seçkin Yayınları, 2022, s. 368; Şirin **Aydınçık Midyat**, “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 80, S. 2, 2012, s. 473; “*Dava, baba olduğu iddia edilen kişiye ve nüfus müdürlüğüne karşı açılmıştır. Babalık davasında nüfus müdürlüğüne husumet düşmez. Bu bakımdan davada nüfus müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi onu yasal hasım haline getirmez. Ayrıca çocuk ile dava dışı Ömer arasında soybağı ilişkisi bulunmakta olup bu bağ kaldırılmadıkça babalık davası dinlenmez*”, Yarg. 18. HD., E. 2013/19778, K. 2014/5824, 31.03.2014, (LEXPERA); “*H. evlilik içerisinde doğmuştur. Soybağı, nüfusta baba olarak gözüken V. tarafından reddedilmediği sürece babalık davası dinlenemez. İsteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*”, Yarg 2. HD., 26.02.2003, 1284/2456, Ömer Uğur **Gençcan**, Türk Medeni Kanunu, C. 2 (m. 185-530), 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 2234-2235.

7 **Bilgin**, s. 15.

koşullarda babalık hükmünü kurmanın mümkün olup olmadığını belirlemektir. Hali hazırda başkası ile soybağı bulunan bir çocuk hakkında mevcut babanın değil de bir başkasının gerçekte baba olduğu yönünde hüküm kurmak hakim in yetkisinin dışındadır. Hakim, babalık davasını adeta mevcut soybağının reddini de içine alacak şekilde genişletemez, bu nedenle kanaatimizce, bu soybağının kaldırılmasına ilişkin derdest bir davanın mevcudiyetinde dahi bekletici mesele yapmaksızın, dava şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davayı reddetmesi daha uygun düşecektir<sup>8</sup>.

Yasada buna ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen doktrinde kimi kaynaklarda dava açmanın önünde bir başka engel olarak çocukla ana arasında soybağının bulunmaması da zikredilmektedir<sup>9</sup>. Bu kaynaklarda bu görüşün gerekçesi açıklanmamakta olup bu yöndeki tahminimiz söz konusu görüşü benimsemiş olan yazarların babalık davasının TMK sistematığında ana ile cinsel ilişki kurulması üzerinden temellendirilen ve ananın gebe kalabileceği kritik dönemde cinsel ilişki içinde bulunduğu

8 Bilgin ise bu ihtimalde “*ilk önce açılan babalık davasında mahkemenin yasal soybağı ilişkisinin hukuken varlığını koruduğundan hareketle derhal davanın usulden reddine karar vermek yerine, soybağının reddi davasını açabilecek kişiler arasında yer alan davacıya bu davayı açması için uygun bir süre verebileceği*” önerisinde bulunmaktadır (Bilgin, s. 16); fakat Yargıtay içtihatlarından uygulamanın tam tersi şekilde olduğunu anlamaktayız, “*Çocuğun bir başka erkekle soybağı ilişkisi geçersiz kılınmadıkça babalık davasının dinlenmesi mümkün değildir. Dolayısı ile eldeki davaya soybağının reddi olarak bakılarak karar verilmesi, babalığın tespiti talebinin eldeki dosyadan tefriki ile başka bir esasa kaydedilerek, soybağının reddi davasının sonucu beklenip bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi, doğru görülmemiştir*”, Yarg. 8. HD., E. 2017/13141, K. 2017/11234, 21.09.2017, (LEPERA); “*Mahkemece, ...un dünyaya geldiği 23/02/2006 tarihinde ..... ile diğer davalı ...'un evlilik birliğinin devam ettiğinden ... hanesine kaydedildiği, böylelikle geçerli bir soybağına sahip olduğu, Lütfü Baran ile davalı ... arasındaki soybağı red edilmeden babalık davasının dinlenmesinin mümkün olmadığı, babalık davasında diğer davalı ...'un da taraf sıfatının olmadığı, davacı tarafından öncelikle küçüğe kayyım tayin ettirerek ... aleyhine soybağının reddi davası açması gerektiği, soybağı davasının kesinleşmesine ve geçerli soybağı ilişkisinin kalkmasına müteakip babalık davasının açılması gerektiği, soybağının reddi davası ile babalık davasının birlikte görülemeyeceğinden, dava şartı yokluğu nedeni ile babalık davasının reddine, babalık davasının reddine karar verildiğinden dolayı da annenin mali haklarına ilişkin davanın ve çocuğun nafaka davasının ayrı ayrı reddine karar verilmesi*”, Yarg. 8. HD., E. 2017/6402 K. 2017/10032, 6.7.2017 (LEPERA).

9 Tuğba Kutoğlu, “Türk Mevzuatı ve İçtihatlarında Babalık Hükmü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 945-984; Sena Gözde Eğilmezgil, “Babalık Davası”, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C. 3, S. 1, 2020, s. 153; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 298; Öztan, s. 933; Baygın, s. 73; Aydınçık Midyat, s. 473;

kimseyi baba kabul eden karine sebebiyle bu görüşü geliştirdiği yönündedir. Bununla birlikte fikrimizce modern tıptaki gelişmeler ve hısımlık tespitinde yararlanılan güncel bilimsel yöntemler ışığında babalığın ispatı için babalık karinesinin uygulanmasına ihtiyaç kalmaksızın, gen testleri aracılığıyla işaret edilen kimsenin baba olup olmadığı kesine çok yakın bir sonuçla belirlenebildiğine göre, ananın kim olduğunun bilinmediği halde dahi baba olabileceği yönünde kuvvetli emareler bulunan kimseye karşı babalık davası yöneltebilmelidir, nitekim mevzuatta da bunu yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada özellikle kimsesiz büyümüş, doğuran kadının kimliği bilinmeyen ve belirlenemeyen fakat bir şekilde babası olduğunu düşündüğü erkeğe ulaşabilmiş çocukların soybağını belirleme ve genetik kökenini öğrenme hakkını engellemeyecek bir tutum geliştirmenin daha uygun ve çocuğun menfaatini gözetme ilkesi ile de daha uyumlu olacağı kanaatindeyiz.

## II. BABALIK DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi babalık davalarının aile mahkemelerinde görüleceğini düzenlemektedir. Aynı kanunun 2/2. maddesi aile mahkemesinin olmadığı yerlerde söz konusu davanın Hakimler Savcılar Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi tarafından aile mahkemesi sıfatıyla görüleceğini öngörmektedir. Buna göre mevzuat çerçevesinde babalık davalarında görevli mahkemeler prensip olarak aile mahkemeleri, olmadığı yerlerde yargılamayı aile mahkemesi sıfatıyla yürüten asliye hukuk mahkemeleri olacaktır<sup>10</sup>. Bunun yanı sıra TMK m. 283 hükmü de soybağına ilişkin davaların taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılacağını söylemektedir. Dolayısıyla yetkili mahkemeler, taraflardan birinin, yani genetik babanın, ananın yahut dava çocuk tarafından açılmışsa çocuğun dava ya da doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemeleri olacaktır. Eğer tarafların Türkiye'de yerleşim yeri mevcut değilse yetkili mahkeme 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'nun 41. maddesi hükmüne göre belirlenecektir<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Durmuş, s. 76.

<sup>11</sup> MÖHUK m. 41 düzenlemesine göre Türk Vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, eğer yabancı ülke mahkemesinde açılmıyorsa yahut açılmıyorsa Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemede, böyle bir mahkemenin de bulunmaması

### III. BABALIK DAVASININ TARAFLARI

Babalık davası kenar başlığını taşıyan TMK m. 301 hükmü çocuk ile baba arasındaki soybağının belirlenmesini mahkemeden ana ve/veya çocuğun isteyebileceğini, bu davanın baba veya onun mirasçılarına karşı açılacağını düzenlemektedir.

#### A. Davacı Sıfatı

TMK m. 301 hükmü gereğince babalık davalarında davacı sıfatı ana ve çocuğa ait olabilir. Davayı ayrı ayrı farklı zamanlarda açabilecekleri gibi, birlikte de açabilirler. Ayrı ayrı dava açtukları ihtimalinde bu davalar arasında öncelik sonralık ilişkisi bulunmaz, zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Ana ve çocuğun dava hakları birbirinden bağımsız haklardır, buna bağlı olarak birinin açtığı davanın kaybedilmesi prensip olarak diğersinin dava açma hakkını engellemez<sup>12</sup>. Oysa ana ve çocuktan salt birinin açtığı davada davanın kazanılması, davayı açmayan için de etkili olacaktır<sup>13</sup>, zira dava neticesinde kurulan inşai hüküm tüm hukuk dünyası için sonuç doğuracaktır.

Öztaş'a göre, babalık davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için dava açma hakkından vazgeçilemez. Ancak eğer çocuğun yararı söz konusu ise açılmış davadan rücu edilebilir. Eğer davadan rücu edilecekse vasiinin veya kayyımın, vesayet makamının iznini alması gerekmektedir<sup>14</sup>. Bu noktada Öztaş'a kısmen katılmaktayız. Teorik olarak babalık davasının şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olması nedeniyle feragat edilemez nitelikte olmasını, önceden baba ile bu hakkın kullanılmayacağı yönünde yapılan anlaşmaların geçersiz olacağı, ya da üçüncü kişilere bu hakkın kullanılmayacağına taahhüt edilemeyeceği şeklinde yorumlamayı uygun buluyoruz. Bununla birlikte çocuk kişisel sebeplerle baba ile soybağı ilişkisini kurmak istememekte haklı olabilir ve bu hakkını ileri sürmemeyi

---

hâlinde ilgilinin sâkini olduğu yer mahkemesinde, eğer ilgili Türkiye'de yerleşik değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, böyle bir yerin de bulunmadığı hallerde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

12 Dikkat edilmelidir ki ana veya çocuktan birinin ilk önce açtığı babalık davasının, maddi olgulara dayanarak ve biyolojik soybağı ilişkisinin mevcut olmaması sebebiyle esastan reddedildiği ihtimalinde menfi tespit hükmünün kesinleşmesinden sonra diğer tarafın açtığı babalık davası kesin delil teşkil eden menfi tespit hükmü resen göz önüne bulundurulacağından esastan reddedilecektir (**Bilgin**, s. 74).

13 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 298; **Öztaş**, s. 937; **Baygın**, s. 74; **Erdem/Makaracı Başak**, s. 370; **Aydıncık Midyat**, s. 472.

14 **Öztaş**, s. 937.

tercih edebilir. Ana ile çocuğun dava hakkı bağımsız olduğuna göre, ana da çocuğun bu hakkı kullanması ya da kullanmaması yönünde etkileme amacı gütmemek şartıyla dava hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Yahut davayı çocuğun kendi uygun bulunduğu zamanda açması gerektiğini düşünebilir, ananın açacağı dava yönünden öngörülen hak düşürücü süreyi kasten kaçırmak suretiyle hakkın kullanımını etkisiz hale getirebilir. Bunlar veya benzeri sebeplerle yapılmış tercihi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan feragat olarak yorumlamamak gerekir. Hali hazırda açılmış bir babalık davasından yargılama sürecinde rücu etmek ise Öztan'ın da belirttiği üzere çocuğun üstün menfaati ilkesi çerçevesinde yorumlanmalıdır.

### 1. Ananın Davacı Sıfatıyla Babalık Davası Açması

Ana, doğurduğu çocukla çocuğun biyolojik babası arasında soybağı ilişkisinin bulunduğu tespit edilmesini bizzat kendi adına davacı sıfatıyla talep edebilir. Bu dava hakkı TMK m. 301 hükmünden doğan, çocuğun dava hakkından bağımsız, nisbi nitelikte ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu özelliği nedeniyle de bizzat ana tarafından kullanılmazsa tükenir, yani babalık davasını açma hakkı ölümü halinde ananın mirasçılara geçmez<sup>15</sup>. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da çocuğun ölümünün ananın babalık davası açma hakkına engel olamayacağıdır. Çocuk vefat etmesine rağmen ananın babalık davası açarak babalığı hüküm altına aldirmek için kişisel ve/veya duygusal sebepleri olabilir, veyahut maddi sebepleri olabilir, anne daha sonra babalık hükmünün sonuçları bahsinde ele alacağımız üzere hükmün anne açısından etkili mali sonuçlarının doğması ve çocuk ölene dek geçen sürede yaptığı masraflar bakımından babanın iştirakini arzu ediyor olabilir. Hatta annenin çocuğun mirasçısı sıfatıyla geleceğe yönelik bir takım miras menfaatleri de bulunuyor olabilir. Bu sayılan nedenlerle ananın dava hakkını kullanabilmesi için çocuğun sağ olma şartı aranmamıştır, ancak elbette çocuğun en azından bir süre yaşamış olması beklenir, zira ölü doğmuş bir çocuk kişilik kazanmamış olacağından onu doğuran kadının da ana sıfatıyla babalık davası açamayacağı aşikardır. Çocuğun yaşadığı ve velayet hakkının da anada bulunduğu hallerde ananın babalık davası ile birlikte nafaka davası da açmasına bir engel bulunmamaktadır. Benzer şekilde, çocuğun ana rahmine düşmüş olması yeterli kabul edildiğinden, ananın gebe olduğu, çocuğun henüz dünyaya gelmediği dönemde de ana davacı sıfatıyla babalık davası

---

<sup>15</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 299; Öztan, s. 935; Baygın, s. 75; Erdem/Makaracı Başak, s. 371.

açması mümkün olduğu gibi, bu davanın çocuğun adına açılabilmesi için ananın mahkemeden bir temsil kayyımı atanmasını istemesi de mümkündür<sup>16</sup>.

Ananın dava hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğuna göre prensip olarak ananın bu hakkı tek başına kullanması beklenir, bununla birlikte eğer ana ayırt etme gücüne sahip değilse, bu durumda davayı ancak yasal temsilcisi açabilir. Ana ergin değilse yasal temsilcisi velisi olacak, ergin olmamakla birlikte herhangi bir sebeple velayet altında bulunmadığı ya da küçük olmamasına rağmen ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu hallerde TMK m. 405 hükmü gereği vesayet makamınca resen harekete geçilerek anaya bir vasi atanmalı ve dava vasi tarafından açılmalıdır<sup>17</sup>. Ayırt etme gücüne sahip olması koşuluyla ananın sınırlı ehliyetsiz olması dava hakkını tek başına kullanmasına engel yaratmaz, aynı şekilde sınırlı ehliyetli ana da dava hakkını kullanma yönünden tek başına hareket edebilir<sup>18</sup>. Ananın ölümü ise, yine kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliği itibarıyla bu hakkın son bulmasına neden olur, ana adına dava açma hakkı mirasçılara geçmez<sup>19</sup>. Bununla birlikte ana davayı açtıktan sonra henüz sonuçlanmadan önce ölmüşse, davaya mirasçılarının devam edebileceğinde şüphe yoktur<sup>20</sup>.

Ananın çocuğun doğumu sırasında çocuğun biyolojik babasından başka bir erkekle hali hazırda evli bulunması, ya da böyle bir evliliğin

---

16 Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuku Konumu*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 39.

17 Kural olarak vesayet makamının vasiye verdiği dava açma izni bu davaya ilişkin olarak davadan feragat, davayı kabul, sulh gibi yetkileri kapsamaz; vasinin hüküm sonucunu doğrudan etkileyebilecek usul işlemlerine ilişkin olarak dava açıldıktan sonra ayrıca vesayet makamından izin alınması gerekir. Bununla birlikte vasi eğer izin almadan ayırt etme gücünden yoksun ana adına babalık davası açmışsa, hâkim davayı reddetmemeli, bu davaya ilişkin olarak vesayet makamından husumet izni alıp getirmesi için vasiye uygun süre vermelidir; sulh mahkemesi babalık davasında husumete ilişkin olarak vasiye gerekli izni verirse babalık davasına devam edilmelidir (Bilgin, s. 84).

18 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 299; Öztan, s. 935; Baygın, s. 75; Erdem/Makaracı Başak, s. 371; Aydınçık Midyat, s. 472.

19 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 299; Öztan, s. 935; Baygın, s. 75; Erdem/Makaracı Başak, s. 371; bu noktada Hatemi/Kalkan Oğuztürk ananın ifa davası kabulünden olan davasının mirasçılar tarafından açılmayacağına tereddüt ettiğini belirtmekte, üst soy ve alt soy mevcutsa onlara da de lege feranda dava hakkı tanınmak gerektiğini ileri sürmektedir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 146).

20 Baygın, s. 76.



çocuğun babalık karinesi gereği evlilikteki kocanın çocuğu kabul edileceği süreler içerisinde dünyaya gelmiş olması, ananın babalık davası açma hakkının önünde bir engel oluşturabilir. Zira çocuk doğumla birlikte yasa gereği kendiliğinden soybağı yönünden evlilikteki kocaya bağlanmış olacağından, bu husus babalık davası açma engeli teşkil edecektir; babalık davası açabilmenin tek yolu öncelikle koca ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisini kopartmaktır. Soybağının reddini düzenleyen TMK m. 286/I hükmü, soybağının reddi davasını çocuğun kendisine soybağı ile bağlandığı kocanın açabileceğini hükme bağlamaktadır.; aynı hükmün ikinci fıkrasında ise bu davayı çocuğun da açabileceğini belirtmektedir. TMK m. 291/I hükmünde de koca ve çocuk dışında diğer ilgililere dava hakkı tanınmış, dava açmaya ilişkin olarak öngörülen süre dolmadan önce kocanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi yahut ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya çocuğun gerçek babası olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın somut olaydaki davayı açmaya engel durumunu öğrenmelerinden itibaren bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilecekleri belirlenmiştir. Ancak yasa koyucu, her nedense anayı soybağının reddi davasını açabilecek kimseler arasında saymamıştır<sup>21</sup>. Bu husus da ananın gerçeğe ilişkin durumu biliyor olmasına rağmen, soybağının reddetmemekte ısrar eden koca karşısında, çocuk bu davayı açabilecek ayırt etme gücüne ulaşıncaya ve bu sonucu da isteyinceye dek soybağının reddi davası açılması yönünden çaresiz kalmasına yol açmaktadır. Ana her ne kadar çocuğun soybağı davası açma hakkını kullanabilmesi amacıyla çocuğa bir kayyım atanmasını mahkemedен isteyebilirse de kayyım açacağı dava bakımından yalnızca çocuğun yararı ilkesine göre hareket edecek, ananın menfaatlerini gözetmeyecektir. Halbuki ananın da çocuğun koca ile arasındaki soybağı ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin çeşitli haklı sebepleri ve menfaatleri olabilir. En başta, bu durum bilinmesine rağmen soybağının reddedilmediği süre içerisinde ana ve koca

---

21 Doktinde bu imkânın anaya da tali olarak tanınması gerektiğine ilişkin görüş, GÜMÜŞ tarafından ileri sürülmüş ve savunulmakta idi; Mustafa Alper **Gümüş**, “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililer’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!) Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)”, in Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan , Filiz Kitapçılık, 2013, s. 574; Baygın da bu hakkın anaya söz konusu kocadan boşanıp çocuğun gerçek, genetik babasıyla evlendiği haller ile sınırlı olarak tanınması gerektiğini savunmakta idi (**Baygın**, s. 36); eMK dönemindeki tartışmalar ve benzer bir yaklaşım için bkz. Selahattin Sulhi **Tekinay**, “Anaya, Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 11, S. 14, 1977, s. 1-5.

arasında yaşanacak bir boşanma davasında çocuğun velayetinin kocaya verilmesi riski göz ardı edilemez. Velayet anada olsa dahi, kocanın durumdan haberdar olması nedeniyle boşanma neticesinde kendisine yüklenen nafaka yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınmasına, annenin bu yükümlülüğü gerçek babaya yüklemek için babalık davası açma şansını da elinden almasına ve bu yönüyle maddi açıdan güç duruma düşmesine neden olabilir, bu sonucun çocuğun menfaati ilkesi ile de çelişeceği aşıkardır. Maddi sonuçları bir yana, ananın salt çocuğun gerçek babasının kim olmadığının belirlenmesi ve alenileştirmesinde de bir menfaati bulunabilir, bunu çeşitli kişisel, sosyal, toplumsal gerekçelerle arzu edebilir. Nitekim Ankara 18. Aile Mahkemesi de önüne gelen bir somut uyuşmazlıkta ananın soybağının reddi davasını açmasına cevaz vermeyen ve anayı bu davanın salt davalısı konumunda gören TMK m. 286/I hükmünün hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı, ana bakımından hak arama özgürlüğünün ihlali teşkil ettiği ve ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını da ihlal ettiği gerekçeleriyle hükmü iptal talebiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi de yaptığı incelemede anaya dava hakkı tanımayan mevcut düzenlemelerin ananın etkin başvuru hakkı ve hak arama özgürlüğü yönünden ihlale maruz kaldığı, ayrıca bu hususun ananın özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkını da ihlal ettiği gerekçeleriyle hükmü Anayasa'nın 20. ve 40. maddelerine aykırılıktan dolayı iptal etmiştir. 2023/37 Esas, 2023/140 Karar Sayılı ve 26/7/2023 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararı 20.10.2023 tarihli Resmî Gazete ile ilan edilmiştir, hükümde iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren 9 ay sonra yürürlüğe gireceği de özel olarak belirlenmiştir<sup>22</sup>. Buna göre, kararın yürürlük tarihinden itibaren, hali hazırda başkası ile evli bulunan yahut çocuğun doğumu sırasında babalık karinesinin uygulanması nedeniyle çocuğun evlilikteki kocaya bağlanması gereken süreler içerisinde evli bulunan ana, biyolojik babaya babalık davası açmayı arzu ediyorsa, öncelikle kocaya karşı soybağının reddi

---

22 Karara erişim için bkz. 20 Ekim 2023 tarihli Resmî Gazete, online erişim: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231020.pdf> (son erişim tarihi 21.10.2023).

davası açabilecek, mevcut soybağı ilişkisini ortadan kaldırdıktan sonra da biyolojik babaya karşı babalık davasını yöneltebilecektir.

## 2. Çocuğun Davacı Sıfatıyla Babalık Davasını Açması

Çocuk, ananın bu hususta harekete geçmesini beklemeksizin bizzat kendi başına davacı sıfatıyla babalık davası açabilecektir, zira TMK m. 301 hükmü bu davanın ana ve çocuk tarafından ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız şekilde açılacağını öngörmektedir. Çocuğun ergin yahut henüz ergin olmamakla birlikte açılacak davanın hüküm ve sonuçlarını algılayabilmek bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğunun kabul edilebildiği hallerde çocuk davayı tek başına açabilir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar ve kısıtlılar bakımından yasal temsilcinin rızası aranmaktadır. Bu noktada evlilik dışında doğmuş çocuğun velayet hakkının anada bulunduğu ve ananın çocuğun yasal temsilcisi sıfatını taşıdığını hatırlatmak gerekir. Ancak babalık davalarında ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar anaları tarafından temsil edilmezler, çünkü kanun koyucu ananın bu davalarda her zaman çocuğun yararına hareket etmeyebileceği, menfaatlerin çatıştığı hallerde kendi menfaatini gözetebileceği kaygısıyla ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklere bir kayyım atanmasını kabul etmiştir<sup>23</sup>. Bu şekilde çocuğun yararının korunması ilkesi atanan kayyımın davada hazır bulunması aracılığıyla temin edilir; ana ve davacı konumundaki babanın herhangi bir nedenle birlikte hareket ederek çocuğun menfaatlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaları riski bertaraf edilmiş olur. Hatta bu nedenle babalık davası yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük adına açılacağı hallerde değil, sırf ana adına açılan hallerde dahi çocuk kayyım tarafından temsil edilir, hâkim bunun için vesayet makamı olan sulh mahkemesinden ayırt etme gücü bulunmayan çocuğa bir kayyım atanmasını talep edecektir; Sulh Hâkimi de kayyımı belirlerken mutlaka

---

<sup>23</sup> Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük m.10 hükmüne göre çocuğun menfaatlerinin korunması amacıyla çocuğa, anası dışında bir kişinin kayyım olarak atanması ve babalık davasının, atanan bu kayyım marifetiyle ikamesi gerekir; eMK m. 298'de de çocuğun babalık davası açabilmesi için kayyım atanması hususu özel olarak düzenlenmekteydi, hükme göre mahkeme evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olduğu veya böyle bir gebelik ana tarafından kendisine haber verildiği takdirde çocuğun menfaatini korumak maksadıyla hemen bir kayyım takdir etmeliydi (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 299).

çocukla çıkar çatışması yaşamayacak birini belirleyecektir<sup>24</sup>. Ana, çocuğa kayyım olarak atanamayacağı gibi, davanın hem ana hem de çocuk tarafından açılmış olduğu varsayımında aynı vekil tarafından temsil edilmeleri dahi söz konusu olamayacaktır<sup>25</sup>.

Çocuğun babalık davasında taraf ehliyetini taşıyabilmesi için kişilik kazanmanın tam ve sağ doğma şartını yerine getirmiş olması beklenir, bu itibarla ceninin babalık davası açma imkânı bulunmayıp en azından tam ve sağ doğmayı beklemesi icap edecek, henüz ana rahminde bulunan cenine yasal temsilci atanarak davada usul hukuku anlamında taraf sıfatı kazandırılması da mümkün olmayacaktır<sup>26</sup>. Bununla birlikte evlilik dışı cinsel ilişkinin ürünü olan cenin TMK m.28 hükmü gereği hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren geriye etkili olarak kazanacağından tam ve sağ doğmayı başaran cenin açtığı babalık davasındaki taraf ehliyetini yine ana rahmine düştüğü andan itibaren etkili olmak üzere kazanacak ve dava da sonuçlarını yine bu andan itibaren etkili olacak şekilde doğuracaktır. Bu kuraldan hareketle doktrinde henüz cenin ana rahminde iken dahi istisnai olarak kayyım atamak suretiyle cenin adına babalık davası açılabileceği ve bu yolla evlilik dışı bir cinsel ilişkinin ürünü olan çocuğun dünyaya baba ile soybağı ilişkisi içinde gözlerini açmasının temin

---

24 **Baygın**, s. 75; “*Küçük çocukları babalık davasında temsil edilmek üzere kayyım olarak atanan Ali Kargın, çocukların dedesi olup bu davada davalı durumundadır. Babalık davasında küçükler Mihriban, Neslihan, Haydar Mehmet ile davalı Ali arasında yarar çatışması bulunduğundan bu kişinin kayyım olarak atanması mümkün değildir. Mahkemece, küçüklere annesinin dışında, küçüklerle yarar çatışması bulunmayan bir kişinin kayyım tayini sağlanarak davanın kayyımına ihbarı*”, Yarg. 2. HD., 7309/8071, 21.06.2004; **Gençcan**, s. 2229.

25 **Baygın**, s. 75; Yarg. 2. HD., 8196/8043, 16.12.1974, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 1, Ekim 1975, Sayı 10, s. 46; “*Davada anne ile çocuğun yararı çatışmaktadır. Bu nedenle ana ve çocuğun aynı vekil tarafından temsili yasaya aykırıdır. Vekilin hangi tarafın vekili olduğunu açıklaması, anneyi temsil ediyorsa çocuğun kayyım veya tayin edeceği vekil tarafından temsili gerekir*”, Yarg. 2. HD. 4849/5638, 29.04.2002, **Gençcan**, s. 2234; “*Dava, ana ve çocuk tarafından birlikte açılmıştır. Çocuğa, davadan önce 21.8.2002 tarihli 2002/271-257 sayılı kararla kayyım atanmış, kayyımın çocuğu temsilen tayin ettiği avukat Ç.A., aynı zamanda ananın da vekili olarak davayı açmış ve takip etmiştir. Böylece ana ve çocuk davada aynı avukat tarafından temsil edilmişlerdir. Avukatlık Kanunu'nun 38/b maddesi gereğince davacı anne ile çocuğun menfaatleri çatıştığından aynı vekille temsil edilmeleri mümkün değildir. Bu yön gözlemlenmeden hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır*”, Yarg. 2. HD., 1318/2253, 26.02.2004, (LEGALBANK).

26 **Bilgin**, s. 85.

edilebileceği savunulmaktadır<sup>27</sup>. Bu görüş, ananın henüz cenin doğmadan dahi dava açma hakkı bulunduğu göz önüne alındığı ve kişilik hakkı ile onu koruyan hükümlerin de ana rahmine düşme anından itibaren korunduğu ilkesi beraber değerlendirildiğinde tutarlı gözükmemektedir. Bununla birlikte cenine atanan kayyım aracılığıyla davacı cenin açılan babalık davasında dahi, ceninin ölü doğması yahut ananın dava devam ederken düşük yapması ihtimalinde o ana dek askıda bulunan hak ehliyeti hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaksızın niteliğini yitireceğinden halihazırda davacı cenin adına açılmış bulunan babalık davası da taraf ehliyeti yokluğu gerekçesiyle usulden reddedilecektir<sup>28</sup>.

Çocuğun babalık davasını açabileceğine ilişkin yasal düzenleme, bu imkânı çocuğun dava açmadan ölmesi durumunda mirasçılara tanınmamış görünmektedir. Her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan babalık davası açma hakkı çocuğun ölümü ile son bulmuş ve çocuk adına dava açma hakkının mirasçılara geçmemesi gerektiği görüşü<sup>29</sup> hukuk tekniğine uygun görünse de, babalık davası neticesinde sadece kişiliğin korunması anlamında değil, miras hukuku anlamında menfaatler de elde edildiği ve bu noktada çocuğun mirasçılara bu hakkı tanımamanın onların miras hakkını doğrudan etkilediği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle fikrimizce çocuğun ölümü halinde tüm mirasçılarının değilse bile en azından altsoyunun dava açma hakkı bulunduğunu kabul etmenin ve bu yolla çocuğun altsoyunun nafaka ve mirasçılığa ilişkin haklarının korunmasının gerektiği olacağı görüşü<sup>30</sup>, salt üstsoyunun soybağı ilişkisinin belirli olup olmamasının dahi hayatta olan altsoy için hala önem arz ettiği toplumsal gerçekliği ile birlikte değerlendirildiğinde daha yerinde görülmektedir.

---

27 Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 161; Jale **Akipek**/Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş**, Kişiler Hukuku, Cilt 1, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s. 245.

28 **Bilgin**, s. 86.

29 **Öztaş**, s. 936; **Yarg. 2. HD.**, E. 2008/19513, K. 2008/17669 ve 23.12.2008 kararında ise “davanın çocuğun alt soyu tarafından açılmayacağına” hükmetmiştir; **Kutoğlu**, s. 960.

30 Feride **Demirbaş**, “Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 3, 2018, s. 31; Rona **Serozan**, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztaş’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 767; **Baygin**, s. 76; **Erdem/Makaracı Başak**, s. 371; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 360; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 146.

### 3. Heterolog Döllenme ile Dünyaya Gelen Çocukların Durumu

Ülkemizde yapay üreme yöntemlerine ilişkin yasal düzenlemeler mevcut olup prensipte ana rahmi dışında döllenme ile dünyaya çocuk getirilmesi mümkün olsa da bu yöntem ancak evli çiftler arasında uygulanabilmekte, evlilik dışı heterolog döllenme<sup>31</sup> ile ananın evli olduğu erkek dışında bir kimseden çocuk sahibi olmasına müsaade edilmemektedir. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik uyarınca heterolog yapay döllenme, taşıyıcı annelik, başkasına ait üreme hücreleri yoluyla yapay döllenme, üçüncü kişilerce sperm veya yumurta bağıışı, bir kadından diğer bir kadına embriyo nakli, yasaktır. Aynı yönetmeliğin ilk maddesine göre mevzuatın izin verdiği yapay üreme yöntemlerine ise ancak evli çiftler başvurabilmektedir. Bununla birlikte ana olmak isteyen kadınların hukuk dışı yöntemlere başvurduğu yahut bu işlemin yasal olarak mümkün olduğu başka ülkelere giderek orada döllenmeyi sağladıktan sonra dönerek doğumu Türkiye’de gerçekleştirdiği, veyahut işlemin tıbbi uygulama merkezi tarafından hataen hukuka aykırı şekilde gerçekleştirildiği gibi olasılıklar da gündeme gelebilmektedir. Bir şekilde hamile kalıp doğumu gerçekleştirmiş kadın evli ise, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olacağından koca karineten baba sayılacak ve çocukla koca arasında soybağı kurulacaktır. Ancak doğum yapan kadının doğum sırasında veya yasada babalık karnesinin işletilmesi için aranan süre aralığında evli bulunmaması durumunda dünyaya gelen çocuğun soybağının belirlenmesi sorunu ortaya çıkacaktır<sup>32</sup>.

31 Heterolog döllenme ile kastedilen herhangi bir erkeğin sperm hücrelerinin, bekar veya başka bir erkekle evli bir kadının rahmine cinsel ilişki dışında bir yöntemle yerleştirilerek döllenmenin sağlanmasıdır; Cemile **Turgut**, Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar; 12 Levha Yayınları, 2016, s. 37.

32 Bu noktada kısaca karşılaştırmalı hukuk verilerine değinecek olursak, yapay üreme yöntemlerine izin verilen, sperm bağıışının da prensip olarak serbest olduğu İsviçre’de Tıbbi Üreme Kanunu m. 23 hükmü sperm bağıışı ile dünyaya gelen çocukların biyolojik babalarını tespit etmeleri mümkün olsa dahi babalık davası açmalarını yasaklamaktadır, ancak eğer bu sperm bağıışı yapay üremeyi sağlamak amacıyla kasten, yetkisiz kişilerce ve/veya izinsiz uygulanmış ve neticede çocuk dünyaya gelmişse ancak bu takdirde donör çocuğu babalık davası açabilmektedir. Alman Hukukunda da yapay üreme yöntemlerine ilişkin serbesti oldukça geniş olup sperm bağıışı ile üremeye cevaz verilmekte, bu hususta oluşacak soybağı sorunlarını en aza indirmek için bir sperm donörü sicili tutulmaktadır. Alman Bilgi Paylaşımının

Bu noktada doktrinde bir görüş, her nasılsa yasaya aykırı bir şekilde dünyaya yapay dölleme yoluyla evli olmadığı bir erkekten çocuk dünyaya getiren kadının doğurduğu çocuk bakımından ne anaya ne de çocuğa babalık davası açma hakkının tanınmasının mümkün olmadığını, eğer bu kapı aralanırsa hukuken yasak olan yapay döllemeye dolaylı yoldan hukuki sonuç bağlanacağını ileri sürmektedir<sup>33</sup>. Bu görüşü dünyaya gelen çocuğun hakkı olarak soybağının belirlenmesi ve genetik geçmişi öğrenme hakkını yok sayması ve yasanın getirdiği yasak kuralının korunmasını dünyaya gelmiş bulunan çocuğun üstün yararı ilkesine de, temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına da üstün tuttuğu gerekçesiyle kabul etmiyoruz. Fikrimizce, her ne kadar bu yöntemle üremeye yasalarımızca cevaz verilmemişse de, her nasılsa dünyaya gelmiş çocuğun dünyaya gelmek hususunda ne seçme şansı ne de iradesi mevcut olup, bu çocuğu ebeveyni evli olan ya da en azından yasaların koruduğu koşullar altında dünyaya gelebilmiş çocuklardan ayrı tutmayı ve onların sahip oldukları haklardan daha aزیyla yetinmesini beklemeyi haklı gösterecek herhangi bir hukuki dayanak bulunmamaktadır. Tam ve sağ doğmakla birlikte hak ehliyetine sahip doğan ve hak ehliyetine sahip olmak yönünden diğer kişilerden herhangi bir farkı bulunmayan çocukların, genetik babası olduğu yönünde kuvvetli şüphe bulunan kimselere karşı babalık davası yöneltilmesini yasaklayan herhangi bir hukuk kuralı da mevcut değildir. Bu çerçevede söz konusu çocukların belirleyebildikleri muhtemel babaya karşı babalık davasını açmasını engellemek eşitlik ilkesine de aykırı olur. Bir kimsenin kanunun açıkça yasakladığı bir kuralı ihlal ederek sonuçta hukuka uygun sonuçlar elde etmesi ihtimalini önlemek maksadıyla bir başka kişi bakımından eşitlik ilkesi, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı ve çocuğun üstün yararı ilkelerinin ihlal edilmesi mazur gösterilemez. Bu nedenle fikrimizce, yasada bunu yasaklayan bir hükmün de bulunmamasından hareketle heterolog yöntemle dünyaya gelmiş çocuklar tarafından açılmış bulunan babalık davaları kabul edilmeli ve çocuğun genetik babası ile

---

Şartları ve Usulü Hakkındaki Kanun'un 10. maddesine göre donör çocukları 16 yaşından önce yasal temsilci aracılığıyla, 16 yaşından sonra bizzat kendileri Alman Tıbbi Dökümantasyon ve Enformasyon Enstitüsüne başvurarak donörün sicile kayıtlı kişisel verilerini öğrenebilirler. Bununla birlikte çocuğun edindiği bilgilere dayanarak babalık davası açması BGB § 1600 hükmü ile engellenmiştir (**Bilgin**, s. 100); karşılaştırmalı hukuka ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Nami **Nomer**, "Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 547 vd.

33 **Bilgin**, s. 100; **Özcan**, s. 937; **Baygın**, s. 78.

soybağı yönünden bağlanmasına engel herhangi başka bir yasal engel yoksa soybağı ilişkisi kurulmalıdır. Bununla birlikte yasak olduğunu bilmesine rağmen kendi isteğiyle heterolog döllenmiş olan annenin davacı sıfatıyla açacağı babalık davaları ise, kimsenin bizzat kendi yarattığı hukuka aykırılıktan istifade ederek menfaat sağlamasına izin verilemeyeceğinden, anne bakımından maddi sonuçları yönüyle reddedilmeli, ancak çocuk ve baba arasında soybağının tesisi herşeye rağmen mümkün olmalıdır<sup>34</sup>. Elbette bu noktada da, annenin bilgisi ve/veya rızası dışında gerçekleştirilen heterolog döllenmelere istisna tanımak daha adilane bir çözüm yolu olur.

#### 4. Biyolojik Babanın Durumu

Yasanın babalık davasını düzenleyen hükümleri incelendiğinde biyolojik babaya babalık davası açma yönünde hak tanınmadığı görülmektedir. Halbuki babalık davasının dayanağı genetik soybağı ilişkisidir<sup>35</sup>. Bir şekilde ana rahmine düşmüş fakat koşullar gereği babalık karinesinden yararlanarak genetik babası ile soybağı kurulamayan çocuk için çocuğa tanınan babalık davasının karşısında yasa babanın yapabileceği tanıma işlemini konumlandırmıştır. Tanıma yoluyla biyolojik çocuğu ile soybağını zaten kurabilecek olan baba bakımından babalık davası açmanın anlamı yok gibi görünebilir<sup>36</sup>. Bununla birlikte çocuğun ananın tercihine veya yine babalık karinesine bağlı olarak gerçek babası olmayan herhangi başka bir erkekle soybağı ilişki içinde gözüktüğü hallerde genetik babanın durumu oldukça zayıftır. Mevcut yasal düzenlemeler hali hazırda bir soybağı ilişkisi içerisinde bulunan çocuğun soybağını reddi davasını açabilecek kişiler arasında genetik babayı saymamış, ancak TMK m. 291 hükmünde dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gayıplığına karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babasına ve baba olduğunu iddia eden kişiye de tali olarak dava açma hakkı verilmiştir. Buna göre genetik baba,

---

34 Bu husustaki fikirlerini babalık davasının mali sonuçlu/kişisel sonuçlu olmak üzere iki farklı şekilde açıldığı dönemde ele alan Nomer de benzer bir çözüm yolunu önermektedir (Nomer, s. 591-592).

35 **Aydıncık Midyat**, s. 474.

36 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında kendisine tanıma hakkı tanınmış olan kişinin bu davayı açmakta hukuki menfaatinin olmadığı gerekçesine dayanarak açılan davaların reddetmektedir, **Kutoğlu**, s. 960; Yarg. 2. HD., E. 2002/8021, K. 2002/8978, 5.7.2002; Yarg. 2. HD., E. 2003/6479, K. 2003/7859, 29.5.2003; Yarg. 2. HD., E. 2003/6477, K. 2003/7734, 27.5.2003, (KAZANCI).



biyolojik çocuğunu başka bir erkekle soybağının bulunduğu hallerde tanıma yapamadığı gibi, çocuğun başka bir erkekle bulunan soybağının reddi davasını da ancak çocuğun soybağı içinde gözüktüğü kocanın ölmesi, gaip olması ya da ayırt etme gücünü yitirmesi halinde açabilmektedir, bunun dışındaki hallerde çocuk büyüyüp de soybağını kendi açacağı dava ile reddedinceye dek geçen sürede, mevcut kurulu soybağını reddederek kendisini biyolojik çocuğu ile soybağı ilişkisi kurmak yönünden özgür bırakması hususunda kocanın insafına kalmış durumdadır. Kanun koyucunun, soybağını genetik gerçeğe uydurmak konusunda genetik babaya başka bir imkân tanımamış olması, her zaman çocuğun menfaatine sonuçlar doğuramayabilir. Ayrıca çocuğun bir başka erkekle soybağı ilişkisi içinde olmadığı hallerde dahi, babanın tanıma, anayla evlilik gibi kendisine tanınmış hukuki imkanları tanınmasına hukuki engellerin bulunduğu durumlarda da adil sonuçlar doğmayacaktır, örneğin ayırt etme gücü bulunmayan baba ne geçerli bir tanıma beyanında bulunabilecek, ne ana ile evlenme yoluna gidebilecek, ne de bu hakları yasal temsilci aracılığıyla kullanabilecektir; oysa ayırt etme gücüne sahip olmayan babanın da çocuk ile soybağı ilişkisi kurmakta çeşitli menfaatleri olacağı açıktır. Bu hallerde ana veya çocuğun genetik baba ile arzu ederse babalık davası yoluyla soybağı ilişkisi kurması mümkün olsa da, bu durumda da ilişkinin kurulması bu defa ananın veya çocuğun insafına kalmış olacak, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir baba ile ilişki kurmak istemeyen, yahut bu ilişkinin getireceği başta nafaka ve mirasçılık olmak üzere çeşitli hukuki yükleri üstlenmek istemeyen çocuk ve anası karşısında babayı çaresiz bırakacaktır. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, fikrimizce yasada babaya bazı istisnai hallerde babalığın tespitini sağlayabilecek bir dava açma imkânı sağlayan bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olurdu. eMK döneminde Yargıtay, kanunda her ne kadar açıkça hak tanınmamışsa da, açıkça yasak da getirilmediğine göre bu noktada kanun boşluğu bulunduğunu ve hakimnin bu boşluğu doldurması gerektiğini kabul ederek genetik babanın babalığının tespiti için dava açmasına olanak tanınması gerektiğine ilişkin çeşitli kararlar vermiştir<sup>37</sup>, bununla birlikte bu kararlar TMK'nın kabulü

---

37 “MK m.295 kadın ve çocuğa dava hakkı verildiği şeklinde yoruma müsait ise de, hüküm gayesine uygun olarak tefsir edildiği takdirde, babaya dava hakkı tanımak kanun koyucunun güttüğü amaca uygun düşer. Kaldı ki MK m.295'in yalnız kadın ve çocuk için dava hakkı tanıdığı farzolunsa dahi, babanın dava açmasını engelleyen açık bir hüküm getirmediğine göre, bunu bir kanun boşluğu saymak ve MK m.1

sürecinde ilkeleşmediğinden yürürlükteki hukukumuzda hala bu yönde herhangi bir istisnai düzenleme bulunmamaktadır, Yargıtay kararları ise yön değiştirerek genetik babaya tanıma hakkı vermiş olmanın, bu hak hayattayken kullanılmasa dahi ölüme bağlı tasarrufla tanıma yapmasının mümkün olmasının genetik baba açısından yeterli koruma sağladığı anlayışıyla babalık davasını salt ana ve çocuğun açacağı bir dava olarak sınırlandırmaya devam etmektedir<sup>38</sup>.

Genetik babanın soybağı kurmak istediği çocuk küçük olduğu varsayımında, babanın vesayet makamı olan çocuğun yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesine başvuru, TMK m. 426 çerçevesinde küçük çocuğa bir temsil kayyımı atanması için talepte bulunması da mümkündür. Bu yolla vesayet makamının atayacağı kayyım, çocuk adına genetik babaya karşı bir babalık davası yöneltebilecektir.

## B. Davalı Sıfatı

TMK m. 301 hükmü babalık davasının babaya karşı açılacağını, babanın ölmüş olması halinde onun mirasçılara karşı açılacağını düzenlemektedir.

### 1. Babanın Davalı Sıfatını Taşımaması

Babalık davası, baba olduğu iddia edilen kimseye karşı açılır. Babalık davasında taraf sıfatını yürütmek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu

---

*delaletiyle içtihaden bu boşluğu doldurmak mümkün ve hak duygularına uygun olur*”, Yarg. 2. HD., 1637/1606, 01.07.1973; “*Dava, babalığa hüküm verilmesi istemini kapsamakta olup, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin istek, babalık hükmünün ferî niteliğidir. ...Babalık davasının ana ve çocuk tarafından açılacağı yolundaki hüküm (MK. 295) Babanın dahi bu yolda dava açmasına engel değildir. Her ne kadar babaya tanıma yoluyla evlilik dışı doğan çocuğun nesebinin gayri sahih hale getirmek (MK. 291) imkânı verilmişse de Kanunda ona bu hakkını kullanmaya zorlayan bir hüküm yoktur. Baba, çeşitli sebeplerle tanıma yolunu seçmeyi mahsurlu görüp, babalık davasıyla uyumsuzluğun hükmen çözülmesini uygun bulabilirler. Bu, çocuğun yararına bir davranıştır. O halde, babalık davası baba tarafından dahi açılabilir*”, Yarg. 2. HD., 7988/59, 08.01.1973; kararları aktaran: **Bilgin**, s. 106.

<sup>38</sup> **Bilgin**, s. 106; “*Babalık davası açma hakkı münhasıran anne ve çocuğa aittir. Babalık davasının yasaca belirlenen davacılarının dışında bu hakkın yorum yoluyla genişletilerek babaya da tanınması mümkün değildir. Bu itibarla baba olduğunu iddia eden kişinin aktif dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddi gerekir. Dava konusu yapılmaksızın ulaşılabilecek hukuki sonuçlara dava yolu ile erişilmek istenmesinde hukuki yarar da bulunmamaktadır.*” Yarg. 2. HD., 11751/12275, 15.12.1993; Yarg. 2. HD., 5865/7104, 18.06.1997; aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD., 8021/8978, 05.07.2002, (LEGALBANK); Y. 2. HD., , E. 2010/7036, K. 2011/9937, 06.06.2011, (KAZANCI).

için, ayırt etme gücüne sahip olduğu müddetçe baba, küçük veya kısıtlı olsa dahi, kendisine karşı açılan bu davayı kendisi yürütebilir<sup>39</sup>. Bununla birlikte davanın sonucunda verilecek babalık hükmünün baba olduğu iddia edilen kimsenin malvarlığına etki edecek sonuçlar doğurduğunu dikkate alarak ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı babaya yöneltilen babalık davasının da bizzat yasal temsilci tarafından yürütülmesi gerektiğini ileri süren bir görüş bulunmaktadır<sup>40</sup>. Baba olduğu iddia edilen kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmaması durumunda davayı zaten yasal temsilcisinin yürüteceğine şüphe yoktur. Kendisine karşı babalık davası yöneltilen kimse ayırt etme gücünden yoksun olmasına rağmen atanmış bir yasal temsilcisi bulunmuyorsa, babalık davasının açıldığı mahkeme davalıya bir vasi atanması için resen vesayet makamına başvuracak ve davayı davalıya vasi atanıncaya kadar bekletecektir<sup>41</sup>. Babalık davası, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir dava niteliğinde olmadığından, baba olduğu iddia edilen kişinin cinsel ilişkinin kurulduğu sırada küçük, ayırt etme gücünden geçici veya sürekli olarak yoksun bulunması gibi savunmalar yapılamaz, bu gerekçeyle davalı sıfatı bulunmadığı ileri sürülemez<sup>42</sup>.

Babalık davası, ananın kritik dönemde birden fazla erkekle cinsel ilişki kurmuş olması sebebiyle birden fazla erkeğin baba olma olasılığının yüksek olduğu hallerde, birden fazla kişi hakkında açılabilir. Bu davaların aynı anda açılması mümkün olduğu gibi, ayrı ayrı da açılabilir<sup>43</sup>. Ancak bu noktada baba namzetlerinden biri hakkında verilecek karar diğerlerini de etkileyecek nitelikte olduğundan ve davalar arasında bağlantı bulunduğundan usul hukuku bağlamında davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu söylenebilir, hâkim bu dosyalardan hangisini öncelikle ele alacağına karar verdikten sonra babalık ihtimalini her bir davalı açısından tek tek ve resen araştırır<sup>44</sup>.

## 2. Babanın Mirasçılarının Davalı Sıfatını Taşımaları

Baba olduğu iddia edilen kimse ölmüşse, babalık davasının onun mirasında hak sahibi olan tüm yasal ve atanmış mirasçılara karşı

39 Öztan, s. 938; Erdem/Makaracı Başak, s. 371; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 299; Kutoğlu, s. 961.

40 Baygın, s. 77; Bilgin, s. 114.

41 Bilgin, s. 115.

42 Kutoğlu, s. 961; Baygın, s. 77; Bilgin, s. 109.

43 Baygın, s. 77; Bilgin, s. 108; Öztan, s. 939.

44 Bilgin, s. 108; Öztan, s. 939.

yöneltilmesi gerekir. Mehz İsviçre Medeni Kanununun 261. maddesinde babalık davasının yöneltilebileceği mirasçılar sırasıyla altsoy, anne baba ve kardeşler ile sınırlandırılmış olup eğer bunlar yoksa davanın ölenin yerleşim yerindeki yetkili makama karşı açılacağı belirtilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun ilgili 301. madde düzenlemesinde ise ölene yakınlık derecesini dikkate almaksızın mirasta hak sahibi olan tüm kişilere karşı davanın yöneltilebileceğini kabul edilmektedir. Birden fazla mirasçının bulunduğu olasılığında davanın tüm mirasçılara aynı anda yöneltilmesi gerekir, mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunur<sup>45</sup>. Bu davadaki davalı sıfatı, mirasçıların mirasçılık sıfatına bağlı olarak kazanılır, mirasçılarının birinin veya birkaçının mirası reddetmiş olması babalık davasının kendisine yöneltilmesi açısından fark yaratmaz<sup>46</sup>.

Babalık davası eğer mirasçılara karşı yöneltilmişse, bu dava TMK m. 329'a dayanan bakım nafakası davasıyla birleştirilemez, zira bakım nafakası yükümlülüğü salt ana babaya yüklenmiş bir yükümlülük olup mirasçılara geçmez. Aynı şekilde mirasçılardan 304. maddenin dışında kalan zararların tazmini de istenemez<sup>47</sup>. Bununla birlikte TMK m. 364 ve 365 uyarınca ileri sürülen yardım nafakası talepleri babanın ölümünden sonra mirasçılara karşı açılan babalık davalarında da ileri sürülebilir<sup>48</sup>.

Babalık davası eğer babaya yöneltilerek açılmışsa, babanın bu davayı kabul etmesi tanıma beyanı niteliği taşır ve davanın sona ermesine yol açar; bununla birlikte mirasçılara karşı açılmış olan babalık davasında mirasçılarının kabul beyanında bulunması çocuk ile baba arasındaki soybağını kurmak için yeterli değildir; hâkim bu kabul beyanını diğer kanıtlarla birlikte serbestçe takdir edecektir. Bu hususta örneğin hâkimin veraset ilamı ve vukuatlı aile nüfus kayıtları incelenmeden hüküm kurması bozma sebebi teşkil eder<sup>49</sup>. Bugünün tıbbi gelişmeleri karşısında en kesin kanıt

---

45 **Öztan**, s. 939; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 308; **Baygın**, s. 77; **Bilgin**, s. 117; "Babalığına hükmolunması istenen F. Öztürk 'ün dosyada veraset ilamı bulunmadığı gibi tüm mirasçıları gösterecek şekilde vukuatlı aile nüfus kayıtlarının da dosyada bulunmadığı görülmektedir. ...Dava, mirasçıların miras haklarını etkileyeceğinden, mirasçılık belgesinin veya eksik olan nüfus kayıtlarının celbi, başka mirasçılar varsa onların da davaya dahil edilmesi gerekirken, re 'sen gözetilmesi gereken taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur", Yarg. 2. HD., 14901/16319, 04.12.2003, (LEGALBANK).

46 **Bilgin**, s. 117.

47 **Kutoğlu**, s. 961.

48 **Öztan**, s. 938.

49 **Kutoğlu**, s. 961.

genetik inceleme testleri olduğundan, davanın yöneltildiği tüm mirasçılar babalık iddiasını kabul etseler dahi kafatası ve femur kemiklerinin DNA incelemesi için fethi kabir yapılmaktadır<sup>50</sup>.

Babalık davasını düzenleyen hükümler, çocuğun ana rahmine düştüğü sırada babanın sağ olduğu varsayımına dayanarak dizayn edilmiştir. Bu nedenle babanın ölümünden sonra babaya ait sperm hücresi ile gerçekleştirilen dölleme neticesinde dünyaya gelen çocukların durumuna ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Türk Hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği uyarınca yalnızca evli çiftler üreme hücresi dondurabilmekte, bu imkân evli olmayan kimselere tanınmamaktadır. Bununla birlikte yönetmeliğin 20. maddesinde eşlerden birinin ölümü halinde dondurulan üreme hücrelerinin imha edileceği de belirtilmektedir. Bu çerçevede ölü bir kimsenin sağlığında dondurduğu sperm hücreleri kullanılarak gerçekleştirilecek bir yapay dölleme, bu hususta sağlığında rıza beyanında bulunmuş ve işlem de eşinin yumurta hücrelerine uygulanmış olsa dahi yasal olarak gerçekleştirilemeyecektir. Ne var ki, böyle bir uygulama her nasılsa yapılmış olabilir. Bu durumda dünyaya gelen çocuğun babalık davası açamayacağını ileri sürmek fikrimizce çocuğun genetik soybağının belirlenmesi hakkını ihlal eder, çocuğun menfaati ilkesi ile de çelişir. Bu nedenle kanatimizce gerek evli bir çiftin yasal koşulları sağlayarak dondurduğu üreme hücrelerinin, gerekse annenin bu işlemin yasal olduğu ülkelerden herhangi birine giderek elde ettiği ve bugün artık ölmüş olan babaya ait olan sperm hücrelerinin kullanılarak gerçekleştirilen homolog/heterolog yapay dölleme neticesinde dünyaya gelen çocuk, işlemin yapıldığı sırada baba hayatta olmamasına rağmen, onunla genetik bağı tıbben belirlenebilir olduğu müddetçe baba ile soybağı kurabilmelidir.

### 3. Davanın İhbarı

TMK m. 301/3 hükmü gereği babalık davası ana veya çocuk tarafından açılmışsa Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbar edilir. Dava sadece ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilecektir<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Yarg. 2. HD., E. 2002/167, K. 2002/5676, 30.04.2002; Yarg. 2. HD., E. 2009/8285, K. 2009/12019, 5.2.2009; **Kutoğlu**, s. 973.

<sup>51</sup> Yargıtay, babalık davalarında tüm ilgililere davanın ihbarı gerçekleştirilmeden ve katılmalarına imkân sunulmadan kurulan babalık hükmü kurulmuş olmasını bozma sebebi saymaktadır, Yarg. HGK, E. 2-746, K. 22, 02.02.2005, (KAZANCI).

#### IV. BABALIK DAVASINDA İSPAT SORUNU

TMK m. 6 hükmü gereği bir talep ileri süren kimsenin bu talebini inşa eden olguları ispatlama yükümlülüğü vardır. Bu çerçevede babalık davasında da ispat yükü davacıya düşer, davacının evlilik dışı dünyaya gelen çocuğun babasının iddia edilen kimse olduğunu ispatlaması gerekir<sup>52</sup>. Bugün için babalık davasında davacı ile davalı arasındaki biyolojik ilişkiyi ispatlamanın en kesin yolu genetik inceleme testleridir. Bununla birlikte kanun koyucu, babalığı ispat etmek açısından davacıya kolaylık sağlayıcı karineler de öngörmüştür.

##### A. Babalık Karinesi

TMK m. 302 düzenlemesine göre davalının çocuğun doğumundan önceki üçyüzcü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine sayılır. Davacı, söz konusu kritik dönemde davalının ana ile cinsel ilişki kurmuş olduğunu her türlü delil ile ispat edebilir, bu noktada cinsel ilişkinin gerçekleştiğine dair ciddi emarelerin ortaya konulmasının delillere dayanması gerekir, salt cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olma olasılığının bulunduğunu ispat yeterli değildir<sup>53</sup>. Ana ile baba arasında gerçekleştiği ispat edilen cinsel ilişkinin annenin gebe kalmasını mümkün kılacak nitelikte bir bedensel teması içermesi gereklidir<sup>54</sup>. Cinsel ilişkinin defalarca kez gerçekleşmiş olması da aranmaz, tek bir ilişkinin gerçekleştiğini ispat, karinenin ortaya çıkması için yeterli olacaktır. Ayrıca cinsel ilişki ile doğum arasında bir illiyet bağının bulunduğunu ispata da gerek yoktur. Bu noktada anne ile babanın cinsel ilişki ile döllenmeyi gerçekleştirdiğinin yanı sıra, döllenmenin babanın spermiiyle yapay olarak gerçekleştirildiğinin ispat edildiği hallerde de bu karinenin devreye gireceğini belirtmek gerekir<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Baygın, s. 83.

<sup>53</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 301; bu noktada ana ile babanın birlikte yaşamaları, sık sık birlikte kalmaları, birbirlerine yazdıkları mektuplar, davalı erkeğin mahkeme dışı beyanları, ana ile birlikte hekime gitmesi ve doğum masraflarını ödemesinin kanaat verici delil teşkil edeceğine ilişkin olarak, Baygın, s. 84; Bilgin, s. 284.

<sup>54</sup> Bu noktada cinsel ilişki sırasında kadın veya erkeğin doğum kontrol yöntemlerini kullanmış olmaları, cinsel ilişkinin kesilmesi yahut tam cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesi babalık karinesinin doğumuna engel teşkil etmez, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 301, ancak elbette bu hususları davalı taraf babalık karinesinin çürütülmesi aşamasında ispat edebilir.

<sup>55</sup> Öztan, s. 943.

Modern tıptaki gelişmeler kimi zaman bir çocuğun ana rahminde 300 günden fazla bir süre kalmasının mümkün olduğunu, ya da dölleme ile doğum arasındaki sürenin istisnaen 180 günden az olabildiğini göstermektedir. Bu nedenle yasa koyucu TMK m. 302/2 hükmünde davacının çocuğun 300 günden fazla veya 180 günden az ana rahminde kaldığını ve bununla birlikte davalının fiili gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğunu ispatlarsa yine babalık karinesinin geçerli olacağını belirtmiştir.

Babalık karinesinden istifade edebilmek için çocuğun doğmuş olması gerekir; ananın henüz gebe iken doğmamış çocuğunun babasını belirlemek amacıyla davacı sıfatıyla açtığı babalık davalarında babalık karinesinden yararlanma şansı yoktur, bu ihtimalde ispat külfeti babalık karinesi dışındaki vasıtalarla yerine getirilecektir<sup>56</sup>.

## **B. Babalık Karinesinin Çürütülmesi**

TMK m. 302/3 davalının aleyhinde oluşan babalık karinesini çürütme için iki yol sunmaktadır: davalı gerek çocuğun babası olmasının imkansızlığını gerekse bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının daha yüksek olduğunu ispatlayarak bu karineyi çürütebilir<sup>57</sup>.

### **1. Davalının Çocuğun Babası Olmasının Olanaksızlığını İspatlaması**

Davalı, ilk olarak kendi cinsel ilişkisi ile çocuğun doğumu arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlamak suretiyle babalık karinesini çürütebilir. Bu hususta ortaya konulan delillerin karineyi çürütebilmesi için çocuğun babasının davalı olmadığını kesin olarak ortaya koyuyor olmaları beklenir. Bu aşamada örneğin davalının spermlerinin dölleme kabiliyetinin bulunmadığı, kadının cinsel ilişki sırasında zaten gebe bulunduğu, ya da kadının kendisi ile kritik dönemde cinsel ilişkiye girdiği ortaya konmuş

<sup>56</sup> Öztan, s. 944.

<sup>57</sup> eMK hükümleri incelendiğinde eski medeni kanunumuzun davalıya babalık karinesinden kurtulmak için daha fazla imkân sunduğunu görmekteyiz, örneğin davalının kendisinin yanında başka erkek veya erkeklerin baba olma olasılığının bulunduğunu ileri süreceği ciddi şüphe def'i; ananın kritik dönemde birden fazla erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu ileri sürdüğü çokluk def'i, ananın iffetsiz bir yaşam sürdüğünü ileri sürdüğü iffetsizlik def'i gibi def'iler babalık karinesinin savuşturulmasına hizmet etmekteydi. Neyse ki, modern tıp alanında yaşanan gelişmeler ve genetik testlerinin kesine çok yakın sonuç verebiliyor olması ananın kişilik hakkına ve insanlık onuruna aykırı bu gibi def'ilere duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmıştır.

olsa bile kadının bu ilişkiden olma çocuğu düşürdüğü, veyahut çocuğun başka bir ırkın kalıtsal özelliklerini taşıdığını bu nedenle kendi çocuğu olmasının imkânsız olduğu gibi hususlara ilişkin deliller ortaya konabilir<sup>58</sup>. Bu alanda yararlanılabilecek veriler sıklıkla tıbbi inceleme ve değerlendirmelere dayanacağından, bilirkişi incelemesine ve DNA testlerine başvurulacaktır.

Eğer davalı illiyet bağının yokluğunu ispat ederek babalık karinesini çürütmüşse, babalık davası kesin olarak reddedilecek, davacı tarafından aksinin ispatı söz konusu olmayacaktır<sup>59</sup>.

## 2. Bir Başka Kimsenin Baba Olma Olasılığının Daha Yüksek Olduğunun İspatı

Hakkında babalık davası açılan kimsenin ana ile kritik dönemde cinsel ilişkide bulunduğunu reddetmediği, fakat döllemenin ananın bir başka kimseyle kurduğu cinsel ilişkinin neticesinde gerçekleşmiş olma olasılığının daha yüksek olduğunu ileri sürdüğü hallerde, bu iddiasını ispatlamak suretiyle de babalık karinesini çürütme imkânı bulunmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, babalık karinesinin çürütülebilmesi için salt ananın başka erkeklerle de birlikte olduğunun ispatı yeterli değildir, baba olduğu iddia edilen kimse, ancak üçüncü bir kişinin baba olması ihtimalinin kendisine göre daha yüksek olduğunu ispatlayabilmesi halinde karineden kurtulur<sup>60</sup>.

## 3. Ananın Evli Olduğu İtirazı

Çocuk ana rahmine düştüğü sırada ana evli ise, çocuk yasa gereği soybağı yönünden kocaya bağlı olacağından babalık davası açılamaz. Babalık davası açılabilmesi için öncelikle kocanın kurulu soybağını reddetmesi gerekir. Aynı kural, evli değilken rahmine düşen çocuğu evlendikten sonra doğuran kadın için de geçerlidir, çocuk soybağı yönünden kocaya bağlı olacağından başka birine karşı babalık davası açılabilmesi için öncelikle mevcut soybağının sona erdirilmesi gerekir. Ancak her nasılsa çocuğun nüfus kayıtlarında çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi görünmüyor ve baba olduğu iddia edilen kimseye de babalık davası açılmışsa, davalı,

58 Öztan, s. 945; Baygın, s. 85; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 302; Erdem/Makaracı Başak, s. 373; Kutoğlu, s. 971; Bilgin, s. 293; yazar, bu gibi olasılıkların ispatlanması suretiyle babalık karinesinin çürütülmesini “imkansızlık def’i” olarak adlandırmaktadır.

59 Öztan, s. 945; Bilgin, s. 299.

60 Öztan, s. 946; Baygın, s. 86; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 302; Erdem/Makaracı Başak, s. 373; Kutoğlu, s. 971.



çocuğun ana rahmine düştüğü varsayılan kritik dönemde ananın evli olduğu itirazında da bulunabilir. Bu husus itiraz niteliğinde olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınır<sup>61</sup>.

### C. Babalığı Karineye Dayanmaksızın Doğrudan Doğruya İspatı

Babalık davasında baba olduğu iddia edilen tarafın davayı kabul etmesi halinde artık davacının karineye dayanması ihtiyacı ortadan kalkar. Bununla birlikte dava kamu düzeninden olduğu ve hâkimin resen araştırma ilkesi çerçevesinde tarafların ikrarları ile bağlı olmayıp delilleri bizzat toplamakla yükümlü olduğu için salt babanın davayı kabulü babalık hükmü için yeterli olmayacaktır<sup>62</sup>. Günümüz tıbbi gelişmeleri ışığında biyolojik analizler, kan ve kemik dokusu incelemeleri ve çeşitli gen testleri aracılığıyla babalık davalarında babanın kim olduğuna veya olmadığına dair kesin yakın sonuçla belirleme yapmak mümkündür. Bilimsel gerçeklerle ispat şansı karşısında hâkimin salt karineye yahut davalının karineyi çürütmekteki marifetine güvenerek hüküm tesis etmesi günümüz tıbbi gelişmeleri karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle bugün için babalığın belirlenmesine yönelik tıbbi delillerin varlığının yanında cinsel ilişkinin varlığına yönelik delillerin önemi büyük ölçüde azalmıştır<sup>63</sup>.

61 Bilgin, s. 299.

62 Bilgin, s. 301.

63 “Babalık olgusu irs ve nesep ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak nisbette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu konuda, tekniğin tüm imkanlarından yararlanılmalıdır. Bu cümleden olarak her türlü benzemezlik testleri yapılmalıdır. Davacı, çocuk ve davalının kan grupları belirlenerek Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Daire- si'nde bir inceleme yapılmışsa da, bu yeterli değildir. Davacı, çocuk ve davalının ALYUVAR (ERİTROSİT) ANTİJENLERİ (ABO, Rh (CDE, cde), MNSS, Duffy (Fya Fyb) Kidd (Jka, Jkb), Kell (Kk); LOKOSİT ANTİJENLERİ (HLA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLADR), (HLA-DQ); ALYUVAR (ERĞTROSİT) ENZİMLERİ (Adenozin Dezaminaz, Esteraz D, Fosfoğlukomuta, glikoksazal (1), Adanilat Knaz, Glukoz 6 fosfat dehidero- genaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit asil fosfotaz (LAP); SERUM PROTEGLERİ (Heptogloblin, Hemaglobin ve Transferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin % 99.73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II), Peptidaz A. Gm. levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyor ise DNA tipleme yapılması imkanı araştırılmalı, davanın baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte takdiri gerekir”, Yarg. HGK, E. 1994/2-671, K. 1995/162, 08.03.1995; Yarg. 2. HD., E. 1993/12172, K. 1994/307, 17.01.1994; Yarg. 2. HD., 2363/3155, 20.03.1995, (LEGALBANK); soybağının tespitine ilişkin olarak açılacak davalarda genetik analizlerden

TMK m. 284 hükmü uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. Hüküm kapsamında hâkim, babalık davasında resen araştırma ilkesi uyarınca taraflardan soybağına yönelik araştırma yapılabilmesi için ihtiyaç duyulan doku ve örneklerin alınmasını isteyebilecek, bunları bilirkişi incelemesine ve çeşitli genetik testlere gönderebilecektir. Bununla birlikte davalının hâkimin öngördüğü inceleme ve araştırma için gerekli tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi olasılığı da mevcuttur. Bu incelemeye ilişkin olarak HMK m. 292’de yer alan hüküm ise uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğunu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebileceğini söylemektedir. Bu iki hüküm birlikte incelendiğinde her ikisinde de babalık davası yönünden tespit yapılabilmesi için gerekli tıbbi müdahaleye izin verilmesi hususunda düzenleme bulunduğu, ancak buna bir yaptırım düzenlemek noktasında TMK ve HMK’nın farklı tutumlar izlediği gözlemlenmektedir<sup>64</sup>. TMK m. 284 düzenlemesine göre baba olduğu iddia edilen kimsenin kendisinden kan ve doku örneği alınmasına rıza vermediği, bu nedenle tıbbi incelemenin yapılamadığı hallerde özel bir yaptırım düzenlenmemiş olup, bu durum yalnızca hâkimin durumun ve koşulların gerektirdiği ölçüde bu hususu aleyhte bir delil kabul etmesine yol açmaktadır. Oysa HMK hükmü, aynı olasılıkta hâkimin baba olduğu iddia edilen kişinin gerçekten baba olup olmadığının tespiti için zor kullanarak inceleme yapılmasına karar verebileceğine hükmetmektedir. HMK yürürlüğe girinceye dek

---

yararlanılmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem **Tüzüner**, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 4, 2013, s. 1139-1143.

64 TMK ve HMK hükümlerinin birlikte uygulanabilirliğine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Bilgin**, s. 401 vd.; Orhan Emre **Konuralp**, “Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu’nun 284’üncü Maddesinin Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 4, 2020, s. 1609-1640; Sanem **Aksoy Dursun**, “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 109-124.

geçen sürede yargı kararlarında baba olduğu iddia edilen kimse üzerinde herhangi bir tıbbi inceleme yapılamamış olmasına rağmen hükmün yarattığı aksi yönde delil niteliği sayesinde babalık hükmü kurulabiliyordu<sup>65</sup>. HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte ise kan ve doku örneği alınmaksızın nihayete erdirilen babalık davalarında kararı eksik inceleme nedeniyle bozmakta idi<sup>66</sup>. 2018 yılına gelindiğinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, her iki düzenlemeyi de dikkate alarak çelişen bu iki düzenlemeden hem özel hem de sonraki kanun olan HMK düzenlemesinin uygulanmasının gerektiğine hükmetmiştir<sup>67</sup>. Gelineen noktada artık her ne kadar TMK

65 “Türk Medeni Kanununun 284/2. maddesi uyarınca yapılan ihtarlı davetiyeyle rağmen tıbbi incelemeden kaçınan davalı aleyhine babalık olgusu ispat edilmiş sayılır. Açıklanan sebeple davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken; davacının süresinden sonra tamik bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir...”, Yarg. 2. HD., E. 2013/4904, K. 2013/8620, 28.03.2013, (KAZANCI).

66 “Dava, Türk Medeni Kanununun 301. ve devamı maddelerinde düzenlenen babalığın tespiti istemine ilişkindir. Bu talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak çocuk Pınar, anne Şaheste ve baba olduğu iddia edilen A. K. 'e ait gerekli kan ve doku örneklerinin alınıp DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir”, Yarg. 18. HD., E. 2014/6038, K. 2014/13961, 13.10.2014, (LEGALBANK); “Dosyanın incelenmesinden, davalılar A. ve T. Y.'a ihtarlı davetiye çıkarıldığı, DNA incelemesi için icabet etmemeleri üzerine mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesi uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir hükmünü taşımaktadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir”, Yarg. 18. HD., E. 2014/7595, K. 2014/14283, 16.10.2014, (LEGALBANK).

67 “Madde gerekçesinde de; "...uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk halinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınma yolu da kapatılmıştır.” denilerek, bu nitelikteki davalarda soybağının tespiti için vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun

kişinin rızası olmaksızın zorla kan ve doku alınmasını vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına saldırı yoluyla kişilik hakkının ihlali kabul etse de TMK'dan sonra kabul edilip yürürlüğe girmiş ve özel kanun niteliğinde olan HMK'da yapılan düzenleme ile bu ihlal bakımından hukuka uygunluk sebebi getirildiği, kişinin genetik geçmişini ve kökenini öğrenme hakkının temel haklardan<sup>68</sup> olduğu, iç mevzuattaki düzenlemelerle çocuğun genetik geçmişini ve kökenini öğrenmesine dolaylı yoldan engel olunmasının tarafı olduğumuz AİHS m. 8 çerçevesinde edindiğimiz yükümlülükleri ihlal ettiği<sup>69</sup> ve çocuğun gerçek soybağının belirlenmesinin çocuğun

---

*aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'nda soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katılma zorunluluğu getirilmiştir. Hal böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir”, Yarg. HGK, E. 2017/8-1927, K. 2018/1471, 18.10.2018, (KAZANCI).*

68 Genetik geçmişini öğrenme ve kökenini öğrenme hakkının temel haklar bağlamında ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Zeynep **Dönmez**, “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine Yönelik Bir Değerlendirme”, TAAD, C. 9, S. 36, 2018, s. 171-193.

69 “*hem kendisinin hem de evlilik dışı dünyaya gelen çocuğunun adına Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran Ebru Çolak'ın, çocuğun biyolojik babası olduğu iddiasıyla şarkacı E. aleyhine açtığı babalık davasında yerel mahkemenin talebi üzerine İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsünce gerçekleştirilen tıbbi testlere göre davalı E.nin %99.77 kesinlik oranıyla çocuğun biyolojik babası olduğu saptanmış ve bu doğrultuda hazırlanan bilimsel rapor ışığında yerel mahkemece, davalı E.nin çocuğun babası olduğuna hükmedilmiş; yerel mahkemenin bu kararı onandıktan sonra Yargıtay, karar düzeltme talebiyle yapılan başvuru sonucunda, bilirkişi raporunun yerel mahkemece belirlenen kurum tarafından hazırlanmadığı gerekçesiyle kararı bozarak dava dosyasını tekrar incelenmek üzere ilk derece mahkemesine göndermiş; bunun üzerine ilk derece mahkemesi ise, soybağı tespitine yönelik gerekli testlerin yapılması için Adli Tıp Kurumuna başvurmaları ve bilirkişi masraflarının davalı tarafından karşılanması hususunda taraflara meşruhatlı davetiye gönderdiği hâlde davalı, bilirkişi masraflarını yatırmadığı gibi, belirlenen günde test yaptırmak üzere Adli Tıp Kurumunda hazır bulunmamış ve defalarca yapılan davete rağmen test yaptırmaya gitmeyen davalı E. hakkında mahkemece ihzar müzakeresi çıkarılmış; birkaç kez tekrarlanan randevulara da katılmayan davalı E.”nin yeniden ihzar müzakeresi çıkarılmasına rağmen hiçbir şekilde randevulara getirilememesi üzerine mahkeme, Emniyet Müdürlüğünün müzakerelere cevap vermemesiyle ilgili kendilerine bilgi sağlanmasını talep etmiş ve ayrıca ihzar müzakeresi yerine getirilmediği gerekçesiyle görevli polis memurları hakkında*

menfaati ilkesinin gereği olduğu hususları ile birlikte değerlendirildiğinde çocuğun soybağını belirlemek bakımından başka bir yol mümkün olmadığı hallerde kişinin rızası hilafına örnek alınarak gerekli genetik incelemelerin yapıp soybağının belirlenmesinin mazur görülebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu yola başvurulması için en azından bazı kriterlerin sağlanmasını aramak gerekir, ilk olarak, bu testlere başvurmak kaçınılmaz durumda olmalıdır, babalık davası herhangi bir babalık karinesi yoluyla hükme bağlanamıyor yahut getirilen takdiri deliller hâkimde iddia edilenin baba olup olmadığı hususunda bir kanaat oluşturamıyor olmalıdır. İkinci olarak, söz konusu testlerin uygulanması baba olduğu iddia edilen kimse için katlanılabilir olmalıdır, sağlık açısından bir tehlike oluşturmamalı, yarattığı fiziksel ve ruhsal rahatsızlık yönünden kendisinden katlanması beklenecek şiddeti aşmamalıdır. Son olarak bu yola başvurulmasını mazur gösterecek haklı gerekçeler, ilgilinin baba olduğu yönünde kuvvetli emareler zaten bulunuyor olmalı ve yapılacak testin sonucu pekiştiricilik niteliği taşımamalıdır.

## V. BABALIK DAVASINDA SÜRE

TMK m. 303, babalık davasının çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabileceğini hükme bağlamaktadır. Ananın davacı sıfatıyla davayı açma hakkı doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer. TMK m. 303/II hükmünde yer alan ve çocuğun açacağı babalık davasında bir yıllık hak düşürücü sürenin eğer çocuğa kayyım atanmışsa bu kayyımın atanmasından itibaren, atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işleyeceğine dair düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 tarihli

---

*görevi kötüye kullanma gerekçesiyle Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuş; davalıya da test yaptırmaktan kaçınmasının babalığı kabul ettiği şeklinde yorumlanacağını bildirmiş; 4 yıl boyunca testin gerçekleştirilmesine engel olan davalı E., 1999 yılındaki son randevuya ise gelerek test için gerekli işlemlerin yapılmasını sağlamış ve 2000 yılında Adli Tıp Kurumunun hazırladığı rapora göre %99.99 kesinlik oranıyla çocuğun biyolojik baba sını davalı E. olduğu sonucuna varılmış ve yerel mahkemece verilen babalık hükmü Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir” çeviren: Bilgin, s. 400-401; kararın metni için bkz. AİHM İkinci Dairesi, Ebru ve Tayfun Engin Çolak & Türkiye Kararı, Başvuru No: 60176/00, Karar metnine erişim için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75510> (E.T. 04.10.2023); söz konusu kararda AİHM 8 yıllık süreçte kasten DNA testi yaptırmaktan kaçan davalıyı zorlayacak herhangi bir yaptırım belirlememiş bulunan yargılama düzeninin çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkını korumak karşısında yetersiz kaldığını ve kimliğini uzun süre belirsiz bıraktığı gerekçesiyle AİHS m. 8’de öngörülen yükümlülüklerin ihlal edildiğini tespit etmiştir, Bilgin, s. 401.*

71/143 sayılı kararı ile iptal edilmiştir<sup>70</sup>. İptal kararına binaen bugün çocuğun davacı sıfatıyla açacağı babalık davalarında herhangi bir hak düşürücü süre bulunmamaktadır<sup>71</sup>. TMK m. 303/III’te yer alan bu sürenin çocuğun başka bir erkekle soybağının mevcut olması halinde bu ilişkinin ortadan kalkmasından itibaren başlayacağına ilişkin düzenleme, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde çocuğun açacağı babalık davaları yönünden uygulanabilirliğini yitirmiştir<sup>72</sup>, ancak söz konusu süre ananın davacı sıfatıyla açacağı davalarda hak düşürücü niteliğiyle uygulanacaktır. TMK m. 303/IV hükmüne göre ananın bir yıllık süre geçtikten sonra, gecikmesini haklı kılan sebepler varsa, bu sebebin kalkmasından itibaren bir ay içinde babalık davası açması mümkündür<sup>73</sup>.

Hak düşürücü süre içinde dava açılmış olmasına rağmen dava usul eksikliği nedeniyle reddedilmiş ve bu esnada da hak düşürücü süre geçirilmiş ise davacı TBK m. 158 hükmünde getirilen 60 günlük ek süreden yararlanabilecektir<sup>74</sup>.

## VI. BABALIK DAVASININ SONUÇLARI

Babalık davası neticesinde kurulan hükümlerle baba ile çocuk arasında soybağı tesis edilir. Bunun yanı sıra TMK m. 304, anaya babalık davası ile birlikte ileri sürebileceği yahut ayrı bir dava ile talep edebileceği bazı giderlerinin karşılanması imkanını da tanımaktadır.

---

70 R.G. 7.2.2012, Sayı 28197.

71 Söz konusu kararın yerinde olduğuna ilişkin bir değerlendirme ve kararın incelemesi için bkz. Yalçın **Tosun/Ece Baş**, “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 123-124, 2014, s. 112 vd.; çocuğun soybağının bir an önce belirlenmesinin kamu yararından olduğu gerekçesiyle kararın eleştirisi için bkz. Tufan **Öğüz**, “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, 2010, s. 1415- 1424.

72 Sanem **Aksoy Dursun**, “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi” İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 2, 2018, s. 408.

73 Hak düşürücü süreye örnek olarak babanın tanıma yapacağı vadiyle süreyi geçirene dek anneyi oyalaması gösterilebilir, bu ihtimalde hak düşürücü süreyi ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hususunda bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 305; **Erdem/Makaracı Başak**, s. 374; **Baygın**, s. 82.

74 **Erdem/Makaracı Başak**, s. 374.

### A. Ana Yönünden Sonuçlar

TMK ile eMK döneminde benimsenen kişisel sonuçlu babalık davası/mali sonuçlu babalık davası ayrımı artık terk edilmiş olsa da, TMK m. 304 hükmü ile anaya babalık davası ile birlikte bazı mali sonuçlar elde etme imkanı hala sağlanmaktadır. Ana, 304. maddede sayılan mali taleplerini isterse babalık davası ile birlikte, isterse babalık hükmünün kurulmasından sonra ayrı bir dava ile ileri sürebilmektedir. Bu dava ile ileri sürülebilecek mali taleplerin başında doğum giderleri gelir. Bu giderlere doktor, hastane masrafları, kullanılan ilaçlar gibi gebeliğin başından itibaren doğumla ilgili olarak yapılan sağlık harcamaları dahildir<sup>75</sup>. Bunun yanı sıra ana, doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerini de baba veya mirasçılarında talep edebilmektedir<sup>76</sup>. Bu giderler kira, ev giderleri, gıda ve diğer zorunlu giderleri kapsar<sup>77</sup>. Son olarak, gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderler de, örneğin gebelik nedeniyle başka ameliyatlara olunması gerekmiş ise buna ilişkin masraflar, tedavi ve bakım giderleri de 304. madde kapsamında talep edilebilmektedir<sup>78</sup>. Ana ayrıca kazanç kayıpları varsa, bunları da talep edebilecektir<sup>79</sup>.

Çocuğun ölü doğması veya doğumdan bir süre sonra ölmesi ananın mali haklarını ileri sürebilmesine engel teşkil etmez. Ancak çocuğun ölümlüne bağlı olarak üçüncü kişiler veya sosyal güvenlik kurumunca yapılan ödemeler TMK m. 304/2 hükmü gereğince hakkaniyet ölçüsünde tazminattan indirilecektir.

Hâkimin ananın kanundan doğan bu taleplerini ileri sürmesi durumunda babayı anılan giderleri tazmin etmeye mahkûm etmesi bakımından

75 Bu giderlerin mutad ve zorunlu olduğu ölçüde giderileceği, bu ölçüyü aşan, örnek olarak lüks bir hastanede gerçekleşen doğuma ilişkin masrafların yalnızca durumun gereklerinin haklı gösterdiği hallerde ve davalının ekonomik gücü ile orantılı olarak tazminata konu edileceği hakkında bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 306.

76 Bu süre eMK döneminde doğumdan önce ve sonraki dört hafta ile sınırlı idi.

77 Bu giderlerin karşılanması için ananın geçim ihtiyacı içinde bulunması aranmaz, ananın kendi başına tüm giderleri karşılayacak ekonomik gücü olsa dahi baba bu giderleri kanun uyarınca tazmin edecektir; bunun yanı sıra kanunun öngördüğü sürenin ananın sağlığına kavuşması için yeterli olmadığına ispat edildiği hallerde belirtilen süreyi aşan sürelerle ilişkin talepler de hâkim tarafından kabul edilebilecektir, **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 307.

78 Çocuğun ölü doğması neticesinde ananın defin için yaptığı masraflar da bu kalem adı altında talep edilebilmektedir, **Baygın**, s. 95.

79 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 306; **Erdem/Makaracı Başak**, s. 375; **Baygın**, s. 95; **Öztaş**, s. 949.

babanın ödeme gücüne sahip olması koşulu aranmaz<sup>80</sup>. Babanın babalık davası sürecinde çocuğu tanınması da mali haklarını ileri sürmesine etki etmeyecektir<sup>81</sup>.

Ananın TMK m. 304'e dayanan mali talepleri söz konusu giderlerin yapıldığı anda muaccel olur; bu giderlere ilişkin kural olarak babaya yapılan ihtardan itibaren, eğer ihtar yapılmamışsa dava tarihinden itibaren olmak üzere temerrüt faizi de işler<sup>82</sup>. Ananın ölümü halinde bu talepleri ileri sürme hakkı mirasçılara geçecektir. Bu talep, eğer ana ayırt etme gücüne sahip değilse yasal temsilcisi tarafından ileri sürülecektir. Bu talep babalık davasından ayrı bir dava ile ileri sürülmekte ise, babalık davasında öngörülen süre kıyasen uygulanacak, dava bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olacaktır<sup>83</sup>.

Ananın söz konusu giderlere ilişkin olarak nakdi ödeme talepleri haksız fiil tazminatı niteliğinde olmadığından, bu talepler karşısında babanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı savunmasında bulunulamaz. Bu talepler gebelikle sonuçlanan cinsel ilişki hukuka aykırılık unsuru taşımasa ve cinsel ilişki sırasında baba tam ehliyetsiz konumda olsa dahi kanun gereği ileri sürülebilirler. Bununla birlikte eğer söz konusu cinsel ilişki haksız fiil niteliğinde ise, TMK m. 304'te sayılanların dışında kalan zararların tazmini de TBK hükümlerine göre ayrıca talep edilebilecektir<sup>84</sup>.

Gebeliğe neden olan cinsel ilişkinin ananın kişilik hakkını ihlal ettiği hallerde TBK m. 58 uyarınca ananın manevi tazminat talep etme imkânı da doğmaktadır. Bununla birlikte söz konusu talep babalık davası içinde ileri sürülse bile aile mahkemesinin görevi içinde olmadığından davada manevi tazminat talebi yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Ana bu talebini ayrı bir tazminat davası ile ileri sürmelidir<sup>85</sup>.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anasında olduğundan çocuğun bakım ve eğitim giderleri anası tarafından karşılanır. Bununla birlikte ana, babalık hükmünün tesisinden sonra, babanın mali gücü oranında bu giderlere katılmasını talep edebilecek, mahkemeden iştirak nafakasına hükmedilmesini isteyebilecektir. Henüz babalık davası sürerken dava

---

80 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 306; **Öztañ**, s. 949.

81 **Öztañ**, s. 947.

82 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 307; **Öztañ**, s. 948.

83 **Öztañ**, s. 948.

84 **Baygın**, s. 95; **Öztañ**, s. 947-948.

85 **Baygın**, s. 96; **Öztañ**, s. 950.



beraberinde çocuk için iştirak nafakası isteminde bulunulmuşsa hâkim davalının baba olduğu yönünde kuvvetli emareler bulunduğu ve bu olasılığı yüksek gördüğü ihtimalinde de henüz babalığa hüküm verilmeden önce çocuğun ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik uygun bir nafaka ödenmesine hükmedebilir<sup>86</sup>.

### **B. Çocuk Yönünden Sonuçlar ve Hükümün Etkisi**

Babalık davası neticesinde hâkim kuracağı babalık hükmü ile baba ile çocuk arasında soybağını tesis eder. Bu vesileyle evlilik dışında doğmuş çocuk ile çocuğun babası arasında dölleme anından itibaren etkili olmak üzere soybağı ilişkisi kurulmuş olur. Babalık hükmü, yenilik doğuran bir hükümdür. Hüküm kesinleştiği takdirde, çocuk ve babası arasındaki soybağı ilişkisi çocuğun ana rahmine düştüğü ana kadar geçmişe yürür, dolaşısıyla bu dava sonucu verilen hüküm hem geçmişe hem de herkese karşı etkilidir<sup>87</sup>. Buna göre çocukla baba arasındaki soybağı ilişkisi çocuğun ana rahmine düştüğü an itibarıyla kurulmuş sayılacak ve çocuğun bu soybağına dayanan diğer hak ve talepleri de bu tarih itibarıyla ileri sürülebilir olacaktır. Örneğin çocuğun ana rahmine düşmesinden babalık hükmünün kurulmasına dek geçen süre içinde baba ölmüşse, çocuk babanın mirasçısı sıfatını kazanacak ve terekesi üzerinde hak sahibi olacaktır<sup>88</sup>. Çocuk bakımından doğacak bir diğer sonuç, çocuğun babasının soyadını kullanma hakkıdır. TMK m. 321 düzenlemesinin yürürlüğe ilk girdiği halinde çocuğun anne ile babası evli değilse, çocuğun annenin soyadını taşıyacağı düzenlenmekte idi. Bu hüküm uyarınca evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun baba ile soybağı daha sonra babalık hükmü ile kurulsa bile çocuk annenin soyadını taşımaya devam edecekti. Ancak bu düzenleme, çocukları evlilik içinde doğup doğmamasına göre farklı hukuki muameleye tabi tuttuğu gerekçesiyle eşitlik ilkesine ve çocuğun menfaatinin gözetilmesi ilkesine aykırı bulunmuş, Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009 tarihli ve 2009/105 sayılı kararı (7.10.2009 tarihli 27369 sayılı R.G.) ile iptal

---

<sup>86</sup> Baygın, s. 93.

<sup>87</sup> Durmuş, s.41; Bilgin, s. 502.

<sup>88</sup> Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi Cilt I, 12 Levha Yayıncılık, 2018, s. 91-92; Kutoğlu, s. 980-981.

edilmiştir<sup>89</sup>. Bugün için yürürlükte olan Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin 4. fıkrası ile Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 23., 103. ve 109. maddeleri uyarınca mahkemenin kuracağı babalık hükmünü takiben çocuk babasının hanesine babasının soyadı ile tescil edilmektedir<sup>90</sup>.

Babalık davası neticesinde çocuk açısından doğacak bir başka sonuç da, çocuk lehine nafakaya hükmedilmesi imkanındır. Çocuk adına bakım nafakası ancak babaya yöneltilebilir, ölmesi halinde mirasçılara yöneltilemez<sup>91</sup>.

## SONUÇ

Babalık davası, evlilik dışı doğan ve başka bir erkekle arasında soybağı bulunmayan çocuğun genetik babası ile soybağı ilişkisi kurmasına yönelik olarak ananın ve/veya çocuğun açabildiği yenilik doğuran bir davadır. Bu dava baba veya onun ölmüş olması halinde mirasçılara yöneltilir. Davanın açılabilmesi bakımından ana doğumdan itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olsa da çocuk bakımından herhangi bir süre sınırlaması yoktur, çocuk babalık davasını her zaman açabilir. Babalık davasında ispat kolaylığı açısından kanun babalık karinesi öngörmüştür, bununla birlikte bilim dünyasındaki gelişmeler ve tıbbi araştırma yöntemleri karinelerden medet umma ihtiyacını neredeyse ortadan kaldırmıştır. Babalık davası neticesinde babalık hükmü ile baba ve çocuk arasında soybağı tesis edilir. Bu hüküm, ana bakımından çeşitli parasal talepleri ileri sürebilme imkânı sunarken, çocuk bakımından kişisel durumunda değişiklik yaratan bir sonuç doğurur, dava neticesinde soybağı değişen çocuğun buna bağlı olarak soyadı değişebilir, çocuk baba ve üstsoyuna mirasçılık sıfatı kazanır, ayrıca babanın bakım nafakası yükümlülüğü ortaya çıkar. Babalık hükmü çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren olacak şekilde geriye

---

89 Karara ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Ayça **Akkayan Yıldırım**, “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih, 2005/114 E. 2009/105 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 69-89.

90 Bu noktada çocuğun kendisini istemeyen, babalık davası yoluyla zorla soybağı ilişkisi kurabilmiş olduğu babanın soyadını taşımak konusunda zorlanmaması, bu konuda çocuğa seçme hakkı tanınması gerektiği hususunda bizim de katıldığımız görüşe ilişkin olarak bkz. Başak **Başoğlu**, “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, Inonu University Law Review, C. 8, S. 1, 2017, s. 366.

91 **Baygın**, s. 94.

etkilidir ve herkese karşı etkili olup tüm hukuk dünyası için sonuç doğurur.

## KAYNAKÇA

**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya. Medeni Hukuk, C. II, Aile Hukuku. 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2012.

**Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya. Kişiler Hukuku, Cilt 1. 14. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara 2018.

**Akkayan Yıldırım**, Ayça. “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih, 2005/114 E. 2009/105 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 69-89.

**Aksoy Dursun**, Sanem. “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi. C. 8, S. 95-96, 2012, s. 109-124.

**Aksoy Dursun**, Sanem. “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”. İstanbul Hukuk Mecmuası. C. 76, S. 2, 2018, s. 393-416.

**Aydıncık Midyat**, Şirin. “Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri”. İstanbul Hukuk Mecmuası. C. 80, S. 2, 2012, s. 455-506.

**Aydın Ünver**, Tülay. Ceninin Hukuki Konumu. 12 Levha Yayınları, İstanbul 2011.

**Başoğlu**, Başak. Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi. İnönü University Law Review, C. 8, S. 1, 2017, s. 351-378.

**Baygın**, Cem. Soybağı Hukuku. 12 Levha Yayınları, 2010.

**Baygın**, Cem. “Kan Bağına Dayanan Soybağı”. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. VI, S. 1-4, 2002, s. 255-284.

**Bilgin**, Hikmet. Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2022.

**Çabri**, Sezer. Miras Hukuku Şerhi Cilt I. 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**Demirbaş**, Feride. “Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 22, S. 3, 2018, s. 3-36.

**Dönmez**, Zeynep. “Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkinine Yönelik Bir Değerlendirme”. TAAD. C. 9, S. 36, 2018, s. 171-193.

**Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper. Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. Gözden Geçirilmiş On Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

**Durmuş**, Rukiye Feray. Yenilik Doğuran Davalar. 12 Levha Yayınları, İstanbul 2021.

**Eğilmezgil**, Sena Gözde. “Babalık Davası”. Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi. C. 3, S.1, 2020, s.136-175.

**Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı. Aile Hukuku. Seçkin Yayınları, Ankara 2022.

**Gençcan**, Ömer Uğur. Türk Medeni Kanunu, C. 2 (m.185-530). 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

**Gümüş**, Mustafa Alper. “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililer’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)”. in Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitapçılık, 2013, s.568-578.

**Gümüş**, Mustafa Alper. Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

**Hatemi**, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu. Aile Hukuku. 6. Bası, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2018.

**Konuralp**, Orhan Emre. “Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu’nun 284’üncü Maddesinin Durumu”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 69, S. 4, 2020, s. 1609-1640.

**Kutoğlu**, Tuğba. Türk Mevzuatı ve İçtihatlarında Babalık Hükmü. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 945-984.

**Nomer**, Haluk Nami. “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”. Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 545-594.

**Öğüz**, Tufan. “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, 2010, s. 1415- 1424.

**Öztan**, Bilge. Aile Hukuku. 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

**Serozan**, Rona. Çocuk Hukuku. 2. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

**Serozan**, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”. Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi. “Anaya, Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?”. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 11, S. 14, 1977, s. 1-5.

**Tosun**, Yalçın/**Baş**, Ece. “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9, S. 123- 124, 2014, s. 99-115.

**Turgut**, Cemile. Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar. 12 Levha Yayınları, İstanbul 2016.

**Tüzüner**, Özlem. “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 62, S. 4, 2013, s. 1139-1143.





# Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

## Hukuk Fakültesi Dergisi


### Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

## Fotovoltaik Enerji Sistemleri Çerçevesinde Ayıplı İfa

### The Detective Performance in Photovoltaic Systems

  Av. Dr. İsmahan GÜLEN ERDOĞAN\*

 10.60002/ebyuhfd.1358217

#### ÖZET

Fotovoltaik sistemler, iklim krizine çözüm üretmek üzere geliştirilen yenilenebilir enerji kaynaklarının arasında yer almaktadır. Ülkemizde Güneş Enerjisi Santralleri olarak adlandırılan Fotovoltaik Paneller sayesinde çevre dostu elektrik üretilmektedir. Son yıllarda söz konusu panellerin Avrupa ülkelerine göre daha az olmakla beraber giderek daha yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu durum kamu hukukundan vergi hukukuna kadar birçok alanı ilgilendiren problemleri de beraberinde getirmektedir. Hukuki problemlerin en yoğun yaşandığı alan ise Fotovoltaik Enerji Üretim Sözleşmesi/Fotovoltaik Enerji Santrali Kurulum Sözleşmesinin tabi olduğu eser sözleşmesi çerçevesindedir. Fotovoltaik panellerinin üretilmesi, kurulması ve sözleşmeye ilişkin gerekli izinlerin alınması veya zemin ve meteorolojik etütlerin yapılması gibi durumlarda ayıplı ifa karşımıza

\* Gaziantep Barosu.

**Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article**

**Geliş/Received: 11.09.2023 | Kabul/Accepted: 11.12.2023.**

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

**Atıf/Cite as:** İsmahan Güler Erdoğan, “Fotovoltaik Enerji Sistemleri Çerçevesinde Ayıplı İfa”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (393-421).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.



çıkılmaktadır. Çalışmamızda eser sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak Fotovoltaik sistemlerde yüklenicinin ayıplı ifası Alman Hukuku ile karşılaştırılmalı olarak incelenecektir ve çözümler sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Fotovoltaik, Yenilenebilir Enerji, Güneş Enerjisi Santrali, Eser Sözleşmesi, Ayıplı İfa, Eserin Teslimi.

## ABSTRACT

Photovoltaic systems are among the renewable energy sources developed to provide solutions to the climate crisis. Environmentally friendly electricity is produced thanks to Photovoltaic Panels, which are called Solar Power Plants in our country. In recent years, although the number of panels in question is less than in European countries, it is seen that they are used more and more widely. This situation brings with it problems that concern many areas from public law to tax law. The area where legal problems are most intense is encountered within the framework of the work contract, which is subject to the Photovoltaic Energy Production Contract/Photovoltaic Power Plant Installation Contract. Defective performance is encountered in cases such as the production and installation of photovoltaic panels, obtaining the necessary permits regarding the contract or conducting ground and meteorological surveys. In our study, the defective performance of the contractor in photovoltaic systems will be examined in comparison with the German Law, taking into account the provisions of the contract of work, and then solutions will be presented.

**Keywords:** Photovoltaic, Renewable Energy, Solar Power Plant, Contract of Work, Defective Performance, Delivery of the Work.

## GİRİŞ

Son yıllarda küresel ısınma sonucu meydana gelen iklim değişiklikleri, bilim dünyasını alternatif enerji üretim araçları bulma konusunda araştırmalar ve buluşlar yapmaya sevk etmiştir. Ülkeler, küresel ısınmanın önüne geçebilmek için enerji politikalarında değişikliğe gitmek zorunda kaldı. Bu durum doğadaki mevcut tabii kaynaklardan enerji üretimi düşüncesini gündeme getirmiş ve doğal kaynaklardan olan rüzgâr, dalga, jeotermal, hidrolik ve güneş enerjisini, Yenilenebilir Enerji (erneubare Energie) başlığı altında toplanmasını sağlamıştır. Özellikle modern dünyanın en büyük temel ihtiyaçlarından olan ve tüketim oranı ile ülkelerin kalkınma ve gelişmişlik seviyesine işaret eden elektrik, yenilenebilir alternatif enerji araştırmalarının merkezinde yer almaktadır. Geleneksel santrallerle elektrik üretmek hem doğaya oldukça zarar vermekte hem de

tabiatta sınırlı olan doğal kaynakların tüketimini artırmaktadır<sup>1</sup>. Alternatif elektrik üretim sistemi olan Fotovoltaik Paneller sayesinde güneş enerjisinden faydalanarak doğaya uyumlu ve çevreci elektrik üretimi mümkün hale gelmiştir. Bireyler<sup>2</sup> veya şirketler buldukları binaların çatısına Fotovoltaik sistemleri kurarak kendi elektrik ihtiyaçlarını karşıladıkları gibi şirketler de Fotovoltaik sistemlerini geniş araziler üzerine kurarak elektrik üretim alanında ticari faaliyette bulunarak doğa dostu enerji üretimine katkı sağlamaktadır. Doğa dostu enerji üretim alanındaki gelişmeler birçok yeni hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir<sup>3</sup>. Kamu Hukuku, Vergi Hukuku, Şirketler Hukuku gibi alanlarda problemler gündeme gelmiş olsa da, hukuki problemlerin en yoğun yaşandığı alan Fotovoltaik Enerji Üretim Sözleşmesi/Fotovoltaik Enerji Santrali Kurulum Sözleşmesinin tabi olduğu Eser Sözleşmesi çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Borçlar Hukuku Sözleşmeleri arasında önemli ve uygulamada geniş bir yer tutan Eser Sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu<sup>4</sup> m. 470 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. TBK m. 470 uyarınca bir eser sözleşmesinden bahsedebilmek için yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve iş sahibinin de bir bedel ödemeyi kabul etmiş olması gerekir. Bu bağlamda, tarafların borçları ve hakları nelerdir? Fotovoltaik Panelleri Kurulum Sözleşmesinin hukuki niteliği nedir, bir eser sözleşmesi midir? Biz makalemizde bu sorulara, Fotovoltaik Enerji Üretim Sözleşmesi/Fotovoltaik Panelleri Kurulum Sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirme türlerini, şekillerini ve koşullarını Türk ve Alman Borçlar Kanunu hükümlerini inceleyerek cevap arayacağız ve değerlendirmelerde bulunacağız.

## I. FOTOVOLTAİK KAVRAMI

Fotovoltaik Modüllerinin tanımı Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretim Tesisleri Hakkında Yönetmeliğin m. 3/1 (e)'de "*yüzeylerine gelen güneş ışığını doğrudan elektriğe dönüştüren yarı iletken modüllerdir*"

- 1 Rüdiger **Obarowski**/Walter **Harbauer**, Privat- Rechtsschutzversicherung für Selbständige, C. H. Beck, München, 2018, ARB 2010 § 23 Rn. 43; Özlem **Döğerlioğlu Işıksungur**, "Avrupa Birliği Elektrik Piyasasında Tüketicinin "Ayıba" Karşı Korunması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2011, s. 96.
- 2 Ansas **Wittkowski**, Aktuelle Entwicklungen der Besteuerung von Photovoltaik-Anlagen und Batteriesystemen BC 2020, s. 177.
- 3 **Obarowski/Harbauer**, § 23 Rn. 42.
- 4 Bundan sonra TBK kısaltması ile yer alacaktır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kabul Tarihi: 11/1/2011, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih ve Sayı: 4/2/2011- 27836.

şeklinde yapılmaktadır.

5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanuna göre kurulacak bir güneş paneli sistemiyle bireyler kendi elektriğini üretebilir ve bu elektriği elektrik dağıtım şirketine satabilir ve elektrik dağıtım şirketi bu elektriği belirli bir fiyattan satın alabilir. Bu şekilde elektrik üreten kişiler, çevreye zarar vermez, doğayı korur, elektrik fiyat artışlarından etkilenmezler. Ülkemizin geç tanıştığı bu elektrik üretim sistemi daha çok arazi üzerine kurulmakta ve ticari amaçla üretime hizmet etmektedir. Oysaki Avrupa’da Fotovoltaik Modüllerin çok sık olarak müstakil evlerin veya sitelerin çatılarına kurularak ticari olmayan amaçla elektrik üretimi sağlanmasında kullanıldıklarına veya sanayi merkezlerindeki binalarının çatılarına kendi elektrik ihtiyaçlarını gidermeye yönelik kurulduklarına rastlanmaktadır<sup>5</sup>. 2013 yılında Almanya’da 1,3 milyon Fotovoltaik Modülleri kurulmuştur<sup>6</sup>. 2014 yılına gelindiğinde Almanya, Kurulu Fotovoltaik Enerji Sistemleri alanındaki dünya liderliğine yüzde 21,6 oran ile sahip olmuştur<sup>7</sup>. Türkiye’de ise 2018 yılında lisanslı Güneş Enerjisi Santrali (GES) sayısı 9 iken 2019 yılında 17’ye yükselmiştir<sup>8</sup>.

Fotovoltaik Güneş Enerjisi Santrali Yapım Sözleşmesi kurulurken, paneller, inverterler, taşıyıcı ayaklar, kablolar, elektrik panosu, izleme sistemlerinin kurulumu, çatıya kurulacaksa çatının ve binanın taşıma gücünün uygunluğu, araziye kurulacaksa arazinin beklenen performansta elektrik üretimini sağlayan bir konumda olması gibi daha birçok hususun açık ve net bir şekilde belirlenmesi gereklidir. Ayrıca taraflar, işe başlama ve teslim tarihlerini de kesin bir şekilde kararlaştırmalıdır. Özellikle teslimin ne zaman yapılacağı, zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması

---

5 Günter **Bauer**, “Rechtsentwicklung bei den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung bis Anfang 2012”, NJW, H:24, 2012, s. 1701: Fotovoltaik sistemlerinin şahsi mal idaresi çerçevesinden yani ticari amaç gütmeksizin ve bir büro sahibi olmaksızın ve de gelir vergisine tabi olmayacak şekilde işletilebilmesi mümkündür. Zira bu kişiler elektrik üretimini kendi bireysel ihtiyaçları için sağlamaktadırlar.

6 **Obarowski/Harbauer**, § 23 Rn. 42.

7 Seda **Cebeci**, “Türkiye’de Güneş Enerjisinden Elektrik Üretim Potansiyelinin Değerlendirilmesi, Planlama Uzmanlığı Tezi”, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü (Ankara 2017), s. 23, <https://www.sbb.gov.tr/wpcontent/uploads/2021/03/Turkiyed E. T. 26.08.2023>.

8 “Google Gizlilik Politikası”, (s. 303) <https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/TEG, E. T. 26.08.2023>.

açısından büyük önem arz etmektedir. Zira teslim, geçici santralin kurulumu ile veya geçici kabul ile ya da sistemin şebekeye elektrik vermeye başlaması ile mümkün olabilmektedir.

## II. FOTOVOLTAİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Hukukunda Güneş Enerjisi Santrali Yapım ve Üretim Sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bir tartışma mevcut değildir ve bir bütün olarak eser sözleşmesinin konusu olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Bu bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine yönelik hükümleri Fotovoltaik Sözleşmeleri için uygulanmaktadır. Bu sözleşme türü için TBK'nun genel hükümleri de ikincil hükümler olarak geçerliliğini korumaktadır. Fotovoltaik Güneş Enerjisi Santrali Yapım Sözleşmesi bir eser sözleşmesi olması bakımından Projelendirme, TEDAŞ Proje Onayı, eserin imalatı, kabulü, onayı ve yıllık bakım şartlarına ilişkin ek bir protokol düzenlenerek sözleşmenin ayrılmaz parçası haline getirilebilir. Bu hususlardan birine uyulmaması eser sözleşmesine aykırılığı ifade eder. Uygulamada karşılaşılan problemler de yine eser sözleşmesine ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulur.

TBK m. 470'e göre eser sözleşmesinden bahsedebilmek için yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve iş sahibinin de meydana getirilen bu eser karşılığında bir bedel ödemeyi kabul etmiş olması gerekir<sup>10</sup>. Meydana getirilecek eser maddi bir varlığı haiz olabileceği gibi maddi olmayan veya maddi olmamakla beraber maddi bir şeyde somutlaşan eserler olabilmektedir<sup>11</sup>. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir

<sup>9</sup> İstanbul BAM 17. HD., E. 2020/1476, K. 2020/1573, 14.07.2020; Yarg. 17. HD., E. 2013/9939, K. 2013/10719, 04.07.2013; Yarg. 14. HD., E. 2012/3771, K. 2012/5544, 16.04.2012; Yarg. 15. HD., E. 2008/6903, K. 2009/1522, 16.03.2009; Yarg. HGK, E. 2003/15-498, K. 2003/493, 24.09.2003; Yarg. 3. HD., E. 2021/44, K. 2021/265, 20.01.2021, (<https://legalbank.net/belge/y-17>) E. T. 28.08.2023.

<sup>10</sup> Haluk **Tandoğan**, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırteğilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 311 vd; Turgut **Akıntürk/Derya Ateş Kahraman**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 28. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 306; Serkan **Ayan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 30; Panajotta **Lakkis**, Photovoltaikanlagen – die tickenden Verjährungszeitbomben auf dem Dach, NJW, S. 12, 2014, s. 829; Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt, 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022, s. 1082.

<sup>11</sup> Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 597 vd; **Yavuz**, s. 1084 vd.

ve kural olarak şekle tabi değildir<sup>12</sup>. Yüklenicinin bir eseri meydana getirme, sonuç taahhüdünde bulunması eser sözleşmesini diğer sözleşme türlerinden ayıran en belirgin unsurdur<sup>13</sup>. Ayrıca, hizmet sözleşmesinden farklı olarak, yüklenici eserin inşasında bağımsız hareket etme özgürlüğüne sahiptir (Weisungsunabhängigkeit). Eseri nasıl ve ne şekilde meydana getireceği tamamen yüklenicinin inisiyatifindedir (Dispositionsfreiheit). Sözleşmenin konusu her zaman yeni bir eser meydana getirmek olmayabilir. Bir şeyin değişimi, bakımı, onarımı, yıkımı, eser sözleşmesinin konusu olabilmektedir<sup>14</sup>. Güneş Enerjisi Üretim Sisteminin kurulumuna yönelik mühendislerin hazırlayacağı plan/proje, panellerin kurulumu, akülerin montajı<sup>15</sup>, sistemin mutad teknik bakımlarının yapılması gibi durumlar eser sözleşmesinin konusu olacaktır. Satış sözleşmesinde satışa konu olan şeyin nasıl ve ne şekilde üretildiği sözleşmenin konusunu oluşturmaz. Satıcı satış konusu, genellikle halı hazırda mevcut olan şeyi, alıcıya teslim etmekle dolayısı ile zilyetliği ve mülkiyeti alıcıya devretmekle yükümlüdür<sup>16</sup>. Buna karşın eser sözleşmesinde yüklenici sözleşmeye konu

---

12 Fahrettin **Aral**/Hasan **Ayrancı**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 360.

13 İstanbul BAM 17. HD., E. 2020/1476, K. 2020/1573, 14.07.2020: Kararda Taraflar arasında, güneş enerjisine dayalı lisans başvurularına ilişkin istasyon kurulmasına dair sözleşme kurulduğu ve sözleşmenin konusunun, güneş enerjisine dayalı üretim tesisi kurmak amacıyla yapılan lisans başvurularında kaynak bazında standardına uygun ölçüm istasyonlarının kurulması ve bakımı olduğu, Eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, önemli olan hususun çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuç olduğu belirtilmiştir. (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023; Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul 1999, s. 349.

14 Cem **Baygın**, Türk Hukuku'na Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Basım, İstanbul 1999, s. 13.

15 OLG Hamm, Urteil vom 11.11.2015 – I-12 U 34/15, NZBau 2016, s. 362-366 Rn. 63.

16 Satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olmakla beraber eser sözleşmesinin çoğu zaman sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir: Aydın **Zevkililer**/K. Emre **Gökyayla** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 13. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2013, s. 471 vd; Yarg. HGK, E. 2003/15-498, K. 2003/493, 24.09.2003, (<https://legalbank.net/belge/y-17>) E. T. 28.08.2023; YHGK, E. 2003/15-127, K. 2003/102, 26.02.2003. (<https://legalbank.net/belge/y-hgk>), E.T. 05.12.2023; Sabure **Paket**, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019, s. 14, dn. 24.

olan eseri önce üretmelidir, zira eser sözleşmesi yapıldığı anda eserin kendisi henüz somutlaşmamış, sadece tarafların zihninde yer almaktadır<sup>17</sup>. Bu bakımdan, eserin meydana geliş süreci başlı başına önemli bir husustur. Yüklenici ayıpsız bir eseri meydana getirme taaddüdünde bulunduğundan eserin meydana getirildiği her aşamada müdahale imkanına sahiptir.

Alman Hukukunda Fotovoltaik Sisteminin bir “yapı” (Bauwerk)<sup>18</sup> olup olmadığının yanı sıra Fotovoltaik Sözleşmelerinin (ister montajlı ister montaj olmaksızın) hukuki durumu doktrinde tartışmalıdır<sup>19</sup>. Bu bağlamda, Fotovoltaik Sözleşmeleri kimi zaman satış sözleşmesinin kimi zaman da eser sözleşmesinin konusu olarak incelenmektedir<sup>20</sup>. Örneğin Fotovoltaik enerji sisteminin inşasında kullanılacak materyalin fiyatı, yapılacak montajın veya kurulumun fiyatından daha fazla olması durumunda satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı fikri ileri sürülmüştür<sup>21</sup>. Alman Yargıtay’ının yerleşik kararına göre Fotovoltaik sistemi, eser sözleşmesine konu olan bir yapı değildir. Çünkü Fotovoltaik sistemi, hali hazırda yapılmış bir binanın çatısına inşa edilmekte ve arsa ile fiziksel bir bağı bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Buna karşın Alman Yargıtay’ının 7. Hukuk Dairesi dönüm noktası niteliğinde bir karar vermiştir<sup>23</sup>. 2.6.2016 Tarih ve 348/13 numaralı kararda tenis salonunun çatısına inşa edilen Fotovoltaik

---

17 Felipe **Temming**, Die Abnahme im Werkvertragsrecht”, in: AcP (215) 2015, 17 (20); Yarg. HGK, E. 2003/15-127, K. 2003/102, 26.02.2003. (<https://legalbank.net/belge/y-hgk>), E.T. 05.12.2023.

18 BGH Urteil vom 9.10.2013 – VIII ZR 318/12: Kurze kaufrechtliche Verjährung für Mängelansprüche beim Kauf einer Photovoltaikanlage NJW 2014, 845 (846ff) Rn. 19a ff.

19 **Obarowski/Harbauer**, § 23 Rn. 42 ff.

20 Elena **Dubnovitskaya**, Lange Verjährungsfrist bei Mängeln einer Photovoltaikanlage NJOZ, Heft 41, 2016, s. 1513; **Obarowski/Harbauer**, § 23 Rn. 42; Andreas **Kleefisch**/Petra **Meyer**, klare Verhältnisse für Aufdach-Photovoltaikanlagen? Nun doch Werkvertrag, nun doch Bauvertrag- nun doch 5 Jahre Gewährleistungsverjährung? in: NZBau 2016, s. 684.

21 Andreas **Kleefisch**/Jürgen **Durynek**, Der Mangelverdacht im Werkvertragsrecht Erläutert im Lichte der Rechtsprechung zur Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage, in: NJOZ 2018, s. 121; Christoph **Hirsch**, Schuldrecht Besonderer Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2016, Rn. 460.

22 Barbara **Merkle**, BGB § 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag, beck-online.GROSSKOMMENTAR Gesamthrgs: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann Hrsg: Harald Reiter Stand: 01.10.2020, Rn. 595.

23 **Merkle**, Rn. 595.

sisteminin, tenis salonunun çatısı ile sıkı bir şekilde bağlanmış olduğundan ve bu sistemin binadan ayrılmasının artık ya mümkün olmadığından ya da oldukça masraflı bir şekilde ayrılabilceğinden bahisle eser sözleşmesi çerçevesinde bir yapı olduğu kabul edilmiş ve eser sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı sürelerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır<sup>24</sup>.

Çatıya yerleştirilen Fotovoltaik sistemlerinin eser sözleşmesi çerçevesinde bir yapı olabilmesi için söz konusu bina ile sıkı bir bağlantı olmasının yanı sıra o bina için bir fonksiyonu yerine getirmesi de şarttır. Buna göre samanlığın çatısına yerleştirilen Fotovoltaik sistemi samanlığın hizmet amacına yönelik bir fonksiyonu yerine getirmediği, sadece bağımsız olarak kendi adına elektrik üretmek için yerleştirildiğinden eser sözleşmesi açısından bir yapı olarak kabul edilmemektedir<sup>25</sup>.

### III. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

Her ne kadar iş sahibinin, Kanun'un kendisine tanıdığı seçimlik hakları kullanması, yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesi şartına bağlanmış olsa da ve ayrıca TBK 472 I, III; 473 II; 474 I; 475; 476, 477 I, III; 478 ayıp kavramına yer verilmiş ise de TBK'da eser sözleşmesinin düzenlendiği hükümlerde ayıp kavramı Alman Borçlar Kanunu'nun<sup>26</sup> aksine açıkça düzenlenmemiş ve tanımlanmamıştır. Alman Borçlar Kanunu'nda ayıp kavramı satış sözleşmesi için § 434 BGB maddesinde ve eser sözleşmesi için ise özel olarak § 633 BGB maddesinde tanımlanmıştır. TBK'nın m. 472/I' de yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olması durumunda iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Söz konusu Kanun maddeleri ışığında doktrinde ayıp, satılanın hasarın alıcıya geçtiği anda alıcıya bildirdikleri nitelikleri taşımaması veya satılandan beklenen yararları azaltan ya da kaldıran eksikliklerin bulunması

---

24 BGH: Lange Verjährung bei Mängeln einer fest eingebauten Photovoltaikanlage NJW 2016, 2876; Ankara BAM 27. HD., E. 2017/369, K. 2018/228, 16.03.2018: Kararda, eserin ayıplı olarak meydana getirildiği ve bu ayıplarının sadece oluşun değiştirilmesi suretiyle giderilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle davaya konu işin yeniden yapılmak üzere bedelin ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

25 BGH, NJW 2016, 2876 (2877) Rn. 27.

26 Eser Sözleşmesi Alman Borçlar Kanununun § 631 BGB vd. maddelerinde düzenlenmektedir ve eserin hangi hallerde ayıplı olarak meydana getirildiği de § 633 BGB maddesinde bağımsız, açık ve net bir şekilde hükme bağlanmıştır.

olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Eser sözleşmesi bakımından ise doktrin, “*teslim edilen eserde sözleşme ile kararlaştırılmış olan veya dürüstlük kuralına göre olması gereken ya da Kanunun öngördüğü niteliklerin bulunmaması*” durumunu ayıp olarak tanımlamaktadır<sup>28</sup>.

Yüklenici öncelikle dürüstlük kurallarına uygun ve kanuna aykırı olmayan bir eser meydana getirmiş olabilir. Bu durumdan dolayı ayıp sorumluluğu doğmamış olabilir. Fakat yüklenici, eseri sadece sözleşmede belirtilen tür ve şekilde yaparak ayıpsız olarak üretme borcunu ifa etmiş sayılmaz. Sözleşmede kararlaştırılan eserin meydana getirilme türünün ve şeklinin yapma borcunun amacına veya fonksiyonuna hizmet etmemesi halinde de eserin ayıplı olduğu kabul edilir<sup>29</sup>. Yüklenici, ancak denetleme ve inceleme sorumluluğunu yerine getirmiş ise ayıptan doğan sorumluluktan kurtulabilir. Çünkü yüklenicinin görevleri arasında eser sahibinin direktiflerinin/talimatlarının veya üçüncü kişilerin daha önce yerine getirdiği işlemlerinin eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi amacına hizmet edip etmediğini incelemek ve kontrol etmek ve bu durumu eser sahibine bildirmek yer alır<sup>30</sup>.

---

27 **Aral/Ayrancı**, s. 400; **Yavuz**, s. 1126; Yarg. 15. HD., E. 2008/6903, K. 2009/1522, 16.03.2009: Karara konu olan davada, sözleşmeye uygun biçimde kolektörün montajının yapılmaması, sözleşme konusu 200 adet kolektörün sayısının 130'a indirilmesi, bunlardan da 60 tane gün ısıısının monte edilebilmesi eksik işler olarak tanımlanmış ve uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiği belirtilmiştir, (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

28 Yusuf **Büyükay**, Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 103; LG Trier (11. Zivilkammer), Urteil vom 15.08.2017- 11 O 289/16, BeckRS, 2017, 147621, Rn. 22. Söz konusu eyalet mahkemesi kararında Anaokulunun ısıtılmasına yönelik işlerin yapımını üstlenen yüklenicinin eseri önemli derecede ayıplı olarak meydana getirdiği ve sözleşmeye uygun olmayan bir şekilde davrandığı ve bu sebeple de teslim borcunun sonuçlarının oluşmamış olduğu konu edinilmiştir.

29 Örneğin: Doğum günü için yapılan özel bir pasta veya düğün için diktirilen bir takım elbise; OLG Hamm, Urt. v. 11.11.2015 – I-12 U 34/15, NZBau 2016, s. 362-366 Rn. 62; Manfred **Lutzenberger**, § 631 BGB, Beckonline Grosskommentar, Gesamtherausgeber: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reyman, Herausgeber: Harald Reiter, Stand 1.1.2021, Rn. 781-790.

30 Jan **Busche**, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage C. H. Beck, München 2020, § 634 BGB Rn. 139; OLG Hamm, Urt. v. 11.11.2015 – I-12 U 34/15, NZBau 2016, s. 362-366 Rn. 62; OLG Oldenburg, Urteil vom 1. September 2020–2 U 43/20, ZfBR 2020, s. 848: Oldenburg yüksek eyalet mahkemesi söz konusu kararında bir mobilya ve yatak satışı yapan mağazanın, laminant ve parke yapımını üstlenmiş olmakla kendi eserini meydana getirmeden önce üçüncü kişiler tarafından yapılan işlerin, planların veya direktiflerin, kendi işine engel teşkil edip etmeyeceğini veya



Eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması, tarafların sözleşmede öngördükleri hususların gerektiği şekilde ifa edilmemiş olmasını ve bunun sonucu olarak da sözleşmeye aykırılığın varlığını ifade etmektedir. Bundan dolayıdır ki, her bir eser sözleşmesi bağımsız olarak incelenmelidir. Zira eserin ayıplı olup olmaması her somut olay kendi şartları içinde değerlendirilerek ve somut olayın farklı hususları göz önünde bulundurulularak tespit edilebilecektir. Bu bakımdan ayıp kavramı nispiyet arz etmektedir<sup>31</sup>.

Eser Sözleşmesinde taraflar, renk, ölçü-birim, sayı, form gibi genel nitelikler üzerinde anlaşabilecekleri gibi, eserin meydana getirilmesi sürecinde ve tesliminde bulunması gereken çeşit, tür (afyon mermeri), renk tonu (bebe mavisi), tarz (barok, Vintaj), cephe-yön ve benzeri gibi daha ince detaylar üzerinde de mutabık kalabilirler. Bu bakımdan TBK m. 26'da düzenlenen irade serbestisi/sözleşme özgürlüğü prensibi (Dispositionsfreiheit) eser sözleşmesi çerçevesinde de uygulanma alanı bulabilmektedir. Sözleşme ekleri düzenlenerek meydana getirilecek olan eserin muhtevası ayrıntılı olarak belirlenebilmektedir. Söz konusu sözleşme eklerinin sözleşmeye dahil olduğu kabul edildiğinden<sup>32</sup> sözleşme ile kararlaştırılan bu hususlardan birinin eksikliği, meydana getirilen eserin ayıplı olduğunu ifade eder. Fotovoltaik panellerin yapımında, kurulumunda en sık karşılaşılan ayıplı ifa şekilleri planlama hatası<sup>33</sup>, binanın/arazinin statik hesaplamasının yanlış yapılması, rüzgâr ve fırtınaya karşı taşıma dayanıklılığında yapılan hata, şimşek ve yüksek gerilim güvenliğinin yeteri derecede sağlanmaması gibi durumlar yer almaktadır.

Taraflar meydana getirilecek eserin bütün özelliklerini sözleşmede kararlaştırmamış olsalar dahi, yüklenici dürüstlük kuralı gereği ve TBK m. 86'da düzenlenen "*ortalama nitelik*" şartı sebebi ile hayatın olağan akışı içinde o eserin taşınması gereken şartları taşıyan ortalama nitelikte bir eser meydana getirmekle yükümlüdür. Taraflar galvaniz sac kullanılarak çatının kaplatılması üzerinde anlaşmış olsalar da kullanılması gereken sac kalınlığını sözleşmede belirtmemiş iseler, yüklenici orta kalitede bir sac ile

---

eserini ayıpsız bir şekilde meydana getirmesine hizmet edip etmeyeceğini de kontrol etmekte sorumludur denmektedir.

31 **Büyükay**, s. 104.

32 **Obarowski/Harbauer**, § 9 Rn. 43. Fotovoltaik sisteminin kurulması ve işletmeye sokulması birbirinden ayrı süreçlerdir ve hususi olarak düzenlenmesi gerekir (**Büyükay**, s. 104).

33 OLG Hamm, Urteil vom 11.11.2015 – I-12 U 34/15, NZBau 2016, s. 362-366 Rn. 62.

çatıyı kaplamalıdır<sup>34</sup>. Daha düşük ve ince sac kullanması halinde eser ayıplı olarak meydana getirilmiş sayılacaktır.

Ayıplı ifa bağlamında bir diğer husus ise Fotovoltaik Enerji Santrali inşasında kullanılan kabloların niteliğidir. Sözleşmede üretim miktarının aktarılması için döşenmesi gereken kabloların ölçüleri: Projede “25 mm<sup>2</sup> kesitli olarak kullanılması planlanan solar iletken hesaplama yöntemine göre 50 mm<sup>2</sup> ile 120 mm<sup>2</sup> arasında seçilmelidir” şeklinde kararlaştırılmasına rağmen 50 mm<sup>2</sup> kesit seçilmiş olması da ayıbın varlığına işaret eder. Bu birim her ne kadar sözleşmede kararlaştırılan kesitin iki katı olsa da seçilebilecek en kötü mm<sup>2</sup> tercih edildiği için ve orta ölçüde bir değer tercinde bulunulmadığı için eser ayıplı olarak meydana getirilmiş sayılacaktır.

## A. Ayıp Türleri

### 1. Maddi Ayıp

Doktrinde maddi ayıp, kanundan kaynaklanan veya dürüstlük kuralı ya da sözleşme hükümleri gereğince eserde bulunması zorunlu niteliklerin bulunmaması veya bulunmaması gerekli olan vasıfların bulunması olarak tanımlanmaktadır<sup>35</sup>. Teslim edilen eserin Aliud ya da eksik olması durumları Türk ve Alman hukuklarında farklı şekilde değerlendirilmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun § 633 maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan düzenlemeye göre “Yüklenicinin iş sahibinin talep ettiği eserden başka bir eseri meydana getirmesi ya da çok az miktarda eser meydana getirmesi maddi ayıba eşittir”<sup>36</sup>. Bu duruma, yanlış odanın duvar kâğıdı ile kaplanması veya altı antika sandalyeden sadece beş tanesinin restore edilmesi örnek olarak gösterilebilir<sup>37</sup>. Ancak Türk hukukunda eksik ifa ile ayıplı ifanın birbirine karıştırılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yüklenicinin Kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan edimlerin sadece

<sup>34</sup> **Büyükay**, s. 104.

<sup>35</sup> Hans **Brox**/Wolf-Dietrich **Walker**, *Besonderes Schuldrecht* 28. Auflage, C. H. Beck, München 2003, s. 255; **Büyükay**, s. 105 vd; Yaşar Engin **Selimoğlu**, *Eser Sözleşmesi*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 181; Murat **Aydoğdu**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, 2014, s. 45.

<sup>36</sup> § 633 II S.3 BGB: “Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringerer Menge herstellt”.

<sup>37</sup> **Brox/Walker**, s. 256.

bir kısmını yapması eksik ifanın varlığını göstermektedir<sup>38</sup>. Eserin vasfında eksiklik bulunması ayıplı ifa olarak kabul edilirken, eksik iş yapılmayan iş olarak tanımlanmaktadır. Buna göre yüklenicinin 75,62 m2 bir oda yerine 58 m2 oda inşa etmesi eksik ifadır<sup>39</sup>. Yine Alman Medeni Kanunu'nun 633 maddesinde Eser sözleşmesine münhasıran düzenlenen ayıp kavramından farklı olarak yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan edimden başka bir şey teslim etmiş olması ayıplı ifa olarak değil Aliud olarak kabul edilmektedir. Yüklenicinin üç odalı daire yerine iki odalı bir daire teslim etmesi durumunda sözleşme ile kararlaştırılandan başka bir şey teslim etmiş edilmiştir<sup>40</sup>. Şu halde, borcun hiç ifa edilmemiş olduğu kabulünden hareketle ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, TBK'nun m.112 hükmünün uygulanması icap edecektir.

Maddi ayıbın tespitinde öncelikli olarak sözleşme taraflarının bireysel tercihleri ve öngörülleri ile sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar dikkate alınır<sup>41</sup>. Bir Tenis salonunun çatısına inşa edilen Fotovoltaik sisteminin binanın statik yapısına uygun olmaması veya sistemin rüzgâra karşı dayanıklı olarak inşa edilmemesi veya Fotovoltaik sisteminin inşa edilmesi ile binanın yağmura karşı korunmasında aksaklıkların meydana gelmesi gibi durumlarda da eserde maddi ayıbın varlığından söz edilir<sup>42</sup>. Ayrıca hizmet/verimlilik kalitesinin sözleşmede öngörüldüğü şekilde sağlanamamış olması, örneğin sözleşmede 380 voltluk voltaj seviyesi öngörülmüşken, şebekeye 220 voltluk enerji verilmesi ayıbın varlığına işaret edecektir<sup>43</sup>. 335 Modülün üreteceği enerji verimliliğinde belirgin bir şekilde, yaklaşık %25 civarında bir düşüşün olması da Fotovoltaik sisteminin ayıplı olduğunu göstermektedir<sup>44</sup>. Buna karşın taraflar arasındaki sözleşmeye göre inşa konusu tesisin saatte üretebileceği maksimum enerji miktarı 1048,32 kW iken, çağrı mektubu uyarınca üretilmesi ve TEDAŞ Genel Müdürlü-

---

38 Sema Deniz **Özkan**, Eser Sözleşmesinde Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, 2015, s. 222.

39 **Büyükcay**, s. 110.

40 YHGK, E. 1992/15-649, K.1992/732, 09.12.1992, (<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e->). E.T. 03.12.2023.

41 **Busche** § 633 BGB Rn. 763.

42 **Dubvovitskaya**, s. 1513; Yarg. 6. HD., E. 2022/285, K. 2023/699, 22.02.2023, (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

43 **Dögerlioğlu Işıksungur**, s. 109.

44 BGH, NJW 2016, 2876 Rn. 8.

ğüne satılması hedeflenen miktarın 990 kW olarak kararlaştırılması halinde bir aybın varlığından söz edilemez. Zira eser sahibinin bu tesisten beklentisi santralin sürekli maksimum performans ile çalışıp 1048,32 kW üretmesi değil, daha az bir miktar olan ve ayrıca TEDAŞ Genel Müdürlüğü çağrı mektubunda ifade edilen saatte 990 kW elektrik üretilmesidir. Bir örnek ile ifade etmek gerekirse; araçların hız göstergelerinde yer alan 260 km/h bir saatte kat edebileceği maksimum mesafe iken, 120 km/h ise otoyolda alışla gelen ve izin verilen hızdır. Dolayısıyla sözleşmede yer alan 1048,32 kWp ifadesi ile sözleşmenin bir parçası haline getirilen çağrı mektubunda yer alan 990 kW ifadesi arasında bir çelişki oluşmadığından eserin ayıplı olarak meydana getirilmediği, sadece üretilmesi planlanan enerji miktarının farklı açılardan ifade edildiği görülmektedir.

Kanun hükümlerini, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerini, eserin kullanım amacının niteliğini veya aynı türdeki eserlerde mutlak olarak bulunması gereken unsurları göz önünde bulundurarak eserde maddi aybın varlığını tespit etmek mümkündür. Eser sözleşmesinde öne çıkan durum, eser sahibine ve yükleniciye oldukça geniş yetki (Parteiautonomi) tanınmış olması ve hukuki ilişki geleneğinin belirleyici olmasıdır (Verkehrssitte). Bununla beraber jeolojik/coğrafi şartlar, tekniğin genel kabul görmüş kurallarına aykırılık, maddi aybın tespitinde dikkate alınması gereken hususlardır. Alman hukukunda tekniğin genel kabul görmüş olması, onun teoride geliştirilmiş ve kabul edilmiş olması değil, teknik kurallara duyulan gereksinimin pratikte, hayatın olağan akışı içinde tespit edilmiş ve kabul edilmiş olması gerekir şeklinde bir fikir mevcuttur<sup>45</sup>. Türk hukuk doktrininde ise tekniğin genel kabul görmüş kurallarının bilimsel olarak kabul edilmesi zorunludur ve “bir eserin tasarlanması ve meydana getirilmesinde kullanılan teknik kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş olan ve bu kuralları uygulamaya yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallardır” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>46</sup>. Buna göre eserdeki aybın varlığını tekniğin genel kabul görmüş kuralları çerçevesinde incelerken pratik kabullerden ziyade bilimsel kabullerin dikkate alınmasının gerekli olduğu düşünülebilir. Fakat meydana getirilen eser teknik açıdan eksiksiz ve kusursuz olsa da sözleşmede kararlaştırılan bir unsur eserde mevcut

45 Werner **Filthaut**/Sascha **Piontek**/Alke **Kayser**, Haftpflichtgesetz, 10. Auflage, C. H. Beck, München 2019, Rn. 35.

46 **Büyükcay**, s. 105.

değilse, eserin ayıplı olarak meydana getirildiği kabul edilir. Zira yüklenici herhangi bir eseri değil, sözleşmede kararlaştırılan somut unsurları dikkate alarak bir eser meydana getirmelidir. Bu bağlamda, eserdeki ayıbın nispi olma özelliği dikkatten kaçırılmamalıdır<sup>47</sup>.

Kurulacak tesisin teknik özelliklerini gösteren hat şemasına uygun olarak eserin yapılmamış olması da ayıbın varlığına işaret etmektedir. Henüz sözleşme görüşmeleri ve hazırlıkları yapılırken tesisin kurulması istenen konumun ekvator üzerinde olmadığı ve dolayısıyla güneş ışınlarının devamlı 90 derecelik bir açı ile panellere yansımayacağı ve dolayısıyla hedeflenen enerji miktarının üretimi için daha fazla panel ve/veya invertörün entegre edilip edilmemesi araştırılmalıdır. Yüklenici böylesi bir araştırmadan sonra şartların durumuna vakıf olarak iş sahibine bir teklif sunmalıdır. Aksi takdirde ayıplı ifa kaçınılmaz olacak ve yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu söz konusu olacaktır.

## 2. Hukuki Ayıp

Hukuki ayıp, üçüncü kişinin esere ilişkin olarak sözleşmede kararlaştırılan haklarını eser sahibine karşı ileri sürmesiyle gündeme gelir. Bu bağlamda endüstriyel koruma ve patent haklarının ihlali öncelikli olarak düşünülebilir. Ayrıca kamu kurumları tarafından belirlenmiş kullanım, işletim veya güvenlik kurallarının ihlali de hukuki ayıbın varlığının tespitinde önemli bir kriter olarak değerlendirilir. Arazi üzerine kurulacak veya çatılara yerleştirilecek Fotovoltaik kurulumuna, üretimine ve işletimine ilişkin olarak iskân ve benzeri ruhsatların alınmamış olması Yargıtay tarafından bazen ayıplı ifa olarak kabul edilirken bazen de ayıplı ifa olarak görülmemekten çok eserin teslim edilmemiş sayılması olarak kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Fotovoltaik Güneş Enerjisi Üretim tesisinin kurulacağı yere ait tapu belgesi ya da kiralama belgesinin sözleşmede öngörüldüğü şekilde alınmamış olması da hukuki ayıp olarak kabul edilir. Başvurularda değerlendirmeye esas olacak Çevresel Etki Değerlendirilmesi (ÇED) olumlu belgesi alınmayacakken olumlu belgesinin alınmış olması hukuki ayıp olarak değerlendirilir.

## 3. Açık ve Gizli Ayıp

Fotovoltaik Sözleşmeler çerçevesinde açık ve gizli ayıp kavramları önem arz etmektedir. Açık ayıp, eserin teslimi sırasında veya tesliminden

47 Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010, s. 164; Yavuz, s. 1089.

48 Selimoğlu, s. 181; Büyükcay, s. 105.

hemen sonra makul sürede yapılan kontrollerde açık ve net olarak görülen ayıp iken, gizli ayıp görülemeyen, ilk bakışta tespit edilemeyen ve genel olarak da eserin kullanılmasıyla beraber tespiti mümkün olan ayıptır<sup>49</sup>. Örneğin Fotovoltaik Modüllerin içinde bulunan silisyumların içindeki ince ve narin yırtıkların ilk bakışta görülmesi mümkün değildir. Gözle görülmesi zor olan bu yırtıklar genellikle modüllerin yapımı, taşınması veya montajı sırasında meydana gelmektedir. Isının yoğunluğu, rüzgâr ve kar yağışından kaynaklanan basınç, yırtıkların modüller üzerinde daha geniş alana yayılmasına sebep olabilmektedir<sup>50</sup>. Gizli ayıbın tespitine yönelik iş sahibi veya yüklenici TBK m. 474/II'de öngörüldüğü üzere bilirkişilere rapor düzenleyebilecekleri veya mahkeme tarafından bilirkişi atanmasını talep edebilecekleri gibi, meydana getirilecek eserin türüne göre, yanlarında istihdam ettikleri uzmanlardan da yardım alabileceklerdir. Fakat Fotovoltaik enerji sistemlerinin veya solar modüllerin sayısının çokluğu ve alanın büyüklüğü göz önüne alındığında zaman ve masraflar bakımından oldukça külfetli olacağından her bir modülü tek tek kontrol etmek yerine, eleme yaparak (zufallprinzip), rast gele örnekler alınarak (stichprobe) ayıbın tespit edilmesi mümkündür<sup>51</sup>.

Tesisin faaliyete geçmesinden itibaren ürettiği ve sattığı elektrik miktarı incelendiğinde aslında saatlik üretim miktarının bilirkişilerce tespit edilen miktardan daha düşük olması da ihtimal dâhilindedir. Zira bilirkişilerce yapılan inceleme anlık (yani tespit anı itibariyle) bir ölçüm olup tesisin üretim faaliyetinin devamı esnasında mütemadiyen saatte ortalama kaç kilowatt ürettiği hakkında doğru bir fikir vermeyebilir. Tesisin faaliyete geçtiği tarihten itibaren ürettiği saatlik enerji miktarının tespiti amacıyla yapılan ödemelere dayanak olan saatlik enerji miktarının tespit edilmesi gereklidir. Böylelikle sözleşme konusu eserin taşıdığı ayıbın boyutu hakkında daha gerçekçi bir tespit yapılabilecektir.

---

49 **Yavuz**, s. 1127; Yarg. 6. HD., E. 2022/285, K. 2023/699, 22.02.2023, (<https://legalbank.net/belge/y-17>) E. T. 28.08.2023.

50 **Kleefisch/Durynek**, s. 124; Ankara BAM 27. HD., E. 2017/369, K. 2018/228, 16.03.2018: Kararda, eserin ayıplı olarak meydana getirildiği, dava konusu ayıbın açık ayıp olmadığı, kullanılmakla ortaya çıkacağı, söz konusu ayıbın kış döneminde değil şiddetli yağmurların yaşandığı ilkbahar döneminde zamanla ortaya çıktığı belirtilmiştir, (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

51 **Kleefisch/Durynek**, s. 125.

#### 4. Ekonomik Ayıp

Başka bir ayıp çeşidi de ekonomik ayıptır<sup>52</sup>. TBK m. 219’de satıcı maddi, hukuki ve ekonomik ayıplardan sorumlu tutulmuştur. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 4/I’de de ayıp tanımı yapılırken “maddi, hukuki ve ekonomik eksiklikler” ifadelerine yer verilmiştir<sup>53</sup>. Bu çerçevede satılanın iktisadi vasıflarında eksik bulunması veya kendisinden beklenen ekonomik yararın elde edilememesi ekonomik ayıp olarak tanımlanmıştır<sup>54</sup>. Türk Borçlar Kanunu’nda eser sözleşmesindeki ayıp satış sözleşmesindeki benzer biçimde düzenlemiştir. Dolayısı ile yüklenici eserdeki ekonomik ayıptan dolayı, satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğunda olduğu gibi sorumlu olacaktır. Bu doğrultuda eser sözleşmesi bakımından ekonomik ayıp, iş sahibinin eserden beklediği yararları azaltan veya ortadan kaldıran her türlü bozukluk ve verimsizliktir<sup>55</sup>. Ekonomik ayıp, meydana getirilen eserin değerini ekonomik olarak azaltan bir etkiye sahiptir<sup>56</sup>. Günlük 1000 kw elektrik üretmesi beklenen Fotovoltaik Enerji Sisteminin sadece 500-600 kw üretmesi bu duruma örnek verilebilir. Zira beklenenden daha az verim elde edilmiştir.

Her Fotovoltaik Enerji Sistemi belirli bir verimlilik, kapasite ve gelir elde etme hedefi ile kurulmaktadır. Bu hususlar aynı zamanda eserin ekonomik değerini de belirlemektedir. Yüklenicinin, teslim aldığı eserin normal şartlarda özellik ve niteliklerine göre beklediği verimi alamaması, gelir elde edememesi ekonomik ayıbın varlığına işaret eder<sup>57</sup>. Fotovoltaik panellerinin uygunsuz bir yere kurulması veya yanlış tasarlanması yahut elektrik üretim hızının düşüklüğü eserin ekonomik değerini düşüren hallerdendir. Bu ve benzeri durumlar söz konusu olduğunda yüklenici eser-

---

52 Eren, s. 643.

53 Zevkliler/Gökyayla, s. 118; YHGK, E. 2019/349, K. 2022/806, 02.06.2022; YHGK, E. 2011/13-468, K. 2011/666, 02.11.2011; Yargıtay HGK, E. 2011/ 13-4, K. 2011/ 230, 27.04.2011; Yarg. 13 HD. E. 2014/15004, K. 2014/17813, 5.6.2014, (<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2>). E.T. 04.12.2023.

54 Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku -Özel Hükümler-, 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2023, s. 77; Aral/Ayrancı, s. 106;

55 Eren, s. 107; Aral/Ayrancı, s.106; Kılıçoğlu, s. 477.

56 Zevkliler/Gökyayla, s. 118.

57 Eren, s. 107

den istediği yararı elde edemeyecek, beklenildiği gibi bir fayda sağlanmamış olacaktır<sup>58</sup>. Eserin tesliminden sonra iş sahibine bazı maddi yararların önceden taahhüt edildiği durumlarda bu yararın elde edilememesi halinde eserin ekonomik ayıplı olduğu kabul edilir<sup>59</sup>. Örneğin belirli bir kilowatta kadar elektrik üretilmesi durumunda vergiden muafiyet söz konusu olacakken hedeflenen üretim miktarına ulaşılmaması ve değer kaybetmesi ekonomik bir ayıp sayılır<sup>60</sup>.

### B. Eserin Teslimi

Eserin teslimi yüklenicinin temel yükümlülüklerinden olmakla beraber iş sahibinin de eseri teslim alma borcu vardır. Bu bakımdan teslim kavramı iki yönlü bir kavram olarak anlaşılmaktadır ve farklılık arz etmektedir. Zira teslim etme yüklenici ile alakalı iken teslim alma (kabul) iş sahibi ile alakalıdır. Teslimde eserin iş sahibinin fiili hakimiyetine geçirilmesi yeterli iken teslim almada, iş sahibinin, eserin yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiğini kabulü gereklidir<sup>61</sup>. Hem Türk hem de Alman Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin eseri teslim etme borcu açıkça düzenlenmezken, iş sahibinin eseri teslim alma borcu TBK m. 477'de ve Alman Borçlar Kanununun da § 640 BGB maddesinde açık ve bağımsız olarak hükme bağlanmıştır<sup>62</sup>.

İş sahibinin TBK m. 475'in kendisine tanıdığı seçimlik haklardan yararlanabilmesi, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan bir borcunun olmasına bağlıdır. Buna göre yüklenicinin ayıplı olarak meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmiş olması, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmiş olması ya da kabul etme zorunluluğunun bulunmaması gibi öncelikli şartların oluşmuş olması gerekir. İş sahibinin, eseri muayene etmemiş veya mevcut ayıba ilişkin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş ya da eserdeki ayıbın kendi tutum ve davranışından dolayı meydana gelmiş olması durumunda ise TBK'nun öngördüğü seçimlik haklarından yararlanması mümkün değildir. İş sahibinin eseri açıkça veya örtülü olarak kabul

---

58 Murat **Aydoğdu**/Nalan **Kahveci**, Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 205 vd.

59 Şahin **Akıncı**, Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s. 30.

60 **Eren**, s. 107; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 206.

61 **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 217.

62 Aydın **Zevkçiler**/K. Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 511; **Büyükay**, s. 103; **Aral/Ayrancı**, s. 393;



etmesi durumunda yüklenici ayıptan doğacak sorumluluklardan kurtulacaktır<sup>63</sup>. Ancak yüklenici eserdeki ayıbı bilerek ve kasten gizlemişse iş sahibine karşı sorumluluğu hala devam edecektir.

Eserin teslimi, yüklenicinin en temel borçlarından biri olmasına ve TBK’da açık ve bağımsız olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen TBK 473, 474, 475, 478 ve 479 maddelerinde eserin teslimine değinilmiştir<sup>64</sup>. Doktrinde “*teslim*” kavramı, eserin iş sahibine ifa olarak sunulması, iş sahibinin egemenliğine geçirilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>65</sup>. Satış sözleşmesinden farklı olarak, eser sözleşmesinde ifa konusunun fiziki olarak teslimine ek olarak ifa konusunun iş sahibi tarafından onaylanması şartı getirilmiştir (Billigung des Leistungsgegenstands)<sup>66</sup>. Yüklenicinin teslim borcunu yerine getirdiğinden bahsedebilmek için eserin tamamlanmış (Abnahmereif) ve iş sahibi tarafından kesin olarak kabul edilmiş olması gereklidir<sup>67</sup>. Zira yüklenicinin yaptığı teslim önerisi veya iş sahibinin yaptığı geçici kabul, ayıba karşı tekeffül borcunun oluşmasına engel teşkil etmektedir. Çünkü ne teslim ne de kabul henüz kesin olarak gerçekleşmemiştir. Alman Hukukunda, iş sahibi ayıptan doğacak seçimlik haklarından mahrum kalmamak için eseri yükleniciden teslim aldığı sırada, yani ne teslimden önce ne de teslimden sonra tam da eserin teslim edildiği anda ihtirazı kayıt (Mangelvorbekalt) ile eseri teslim alabilme hakkına sahiptir. İş sahibine tanınan bu ihtirazı kayıt hakkı sadece eserin onarımını/ayıbın giderilmesini isteme, bedelde indirim, sözleşmeden dönme, ayıbı kendi giderme hakları ile sınırlandırılmıştır. Bu hakların kullanımında kusur şartı aranmamaktadır. Alman Borçlar Kanunu § 640 III BGB maddesine göre ihtirazı kaydın, iş sahibinin ayıp dolayısı ile ortaya çıkan zararların tazminini talep hakkı için yapılması mümkün değildir. Buna göre iş sahibi eseri teslim alırken tazminat hakkını saklı tutamayacaktır. İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi, yüklenicinin kusurunun varlığına bağlıdır (verschuldensabhängig). Alman Borçlar Kanunu § 640 III BGB ihtirazı kaydın yapılmasında kusur şartı aranan ve kusur şartı aranmayan haklar bakımından iki ayrı tasnife gitmiştir. Böylece eserin ayıplı olması halinde tarafların hakları hakkaniyete uygun olarak korunmuş olmaktadır.

---

63 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 553 vd.

64 **Aral/Ayrancı**, s. 393.

65 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 511 vd.

66 **Busche**, § 640 BGB Rn. 2.

67 **Büyükcay**, s. 103; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 511; Yarg. 14. HD., E. 2012/3771, K. 2012/5544, 16.04.2012, (<https://legalbank.net/belge/y-17.>), E. T. 28.08.2023.

### C. Ayıp İhbarı (Maengelrüge)

Hak kaybına uğramamak için mevcut ayıbın veya eserin meydana getirilişi sırasında ortaya çıkması muhtemel ayıpların bildirilmesi zorunludur<sup>68</sup>. Bu tür bildirim TBK m. 477/III gereğince gecikmeksizin, derhal yapılması gereklidir ve herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı, sözlü veya zımni olarak da ayıp ihbarında bulunmak mümkündür. İş sahibi ayıp ihbarında ayıbın ortaya çıkışını ve sebeplerini değil, sadece semptomlarını bildirmekle yükümlüdür<sup>69</sup>.

Ayıp ihbarı temel olarak özen ve sadakat yükümlülüğünün bir parçasıdır<sup>70</sup>. Bu bakımdan her iki tarafın da sorumluluğuna girmekte ve her iki taraf için de -ihmal edilmesi durumunda- sonuçları bakımından bağlayıcılık ifade etmektedir.

İş sahibi, eseri teslim alırken gördüğü veya eseri teslim aldıktan sonra kullanım sırasında ortaya çıkan ayıpları vakit kaybetmeksizin yükleniciye bildirmek zorundadır<sup>71</sup>. Kanun koyucu tarafından gözden geçirmeye ve bildirimde bulunmaya ilişkin kesin ve belli bir süre tayin edilmemiştir. Eserin tür ve şekli, tarafların faaliyet alanları, sözleşmeye hangi sıfatla taraf oldukları ve o iş kolundaki teamüller göz önünde bulundurularak makul bir süre içinde ayıp ihbarının yapılması mümkündür. Yüklenicinin ayıp ihbarına ilişkin sorumluluğu ise, eserde kullanılan malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda veya iş sahibinin eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olması halinde örneğin arazinin Fotovoltaik santrali kurmaya elverişsiz olması gibi durumlarda, ayıp ihbarını iş sahibine karşı yapmasıdır. Yüklenici, bu sorumluluğunu yerine getirmemesi

68 **Lutzenberger**, Rn. 791 ff., **Aral/Ayrancı**, s. 404.

69 Tobias **Breitling**, “Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht” in: NZBau 2017, 393- 396 (393); Jochen **Glöckner**, “BGB – Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes- Teil 2” in: VuR 2016, 163-169 (163); **Busche**, § 637 BGB Rn. 30.

70 **Zevkliler/Gökyayla**, Borçlar Özel, s. 508.

71 Eberhard **Bachem**/Andreas **Bürger**, “ Die Neuregelung zur Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht”, NJW 2018, 118- 122 (122); Ankara BAM 27. HD., E. 2017/369, K. 2018/228, 16.03.2018: Kararda, eserin ayıplı olarak meydana getirildiği, dava konusu ayıbın açık ayıp olmadığı, kullanılmakla ortaya çıkacağı, bu suretle davacının ayıp ihbarını TBK'nın 477/3. maddesine göre gizli ayıba vakıf olur olmaz (öğrenir öğrenmez) yapması gerektiği halde, sözleşme konusu edimin ifa edildiği ilk kış mevsiminde yağın yağış akabinde (2013 kış aylarında) ayıba vakıf olan davacının ayıp ihbarını süresi geçtikten sonra yaptığı belirtilmiştir, (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

halinde TBK m. 472/III'e göre ortaya çıkacak sonuçlardan sorumlu olacaktır.<sup>72</sup> İş sahibi de kendisine karşı yapılan ayıp ihbarına rağmen yüklenicinin işe devam etmesini istemesi durumunda, oluşması muhtemel ayıp veya zarardan artık sorumlu olacaktır.<sup>73</sup>

#### IV. ESERİN AYIPLI OLMASI DURUMUNDA TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

##### A. Yüklenicinin Hak ve Borçları

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden biridir<sup>74</sup>. Söz konusu sözleşmenin her iki tarafı gerçek kişiler olabildikleri gibi kamu tüzel kişileri de olabilirler<sup>75</sup>. Özellikle yüklenici taraf sadece tek bir kişi olmayabilir. Fotovoltaik Enerji Sisteminin kurulumunu birden çok şirket üstlenmiş olabilir. TBK m. 83 gereğince borçlu, kural olarak edimini bizzat yerine getirmek zorunda değildir. Fakat eser sözleşmesi bakımından eseri meydana getirmek yüklenicinin en temel borcu olarak kabul edilmekle beraber, yapılacak iş kişisel beceriyi gerektirmiyorsa, yüklenici eseri bizzat meydana getirebileceği gibi kendi yönetiminde üçüncü kişilere de yaptırabilir<sup>76</sup>. Bununla beraber, TBK m. 471/I' e göre yüklenici, üstlendiği edimleri, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Yüklenici, ilke olarak mesleki açıdan uzman bir kişidir; iş sahibiyle yakın bir ilişki içinde olsa da onun yardımcısı değildir. Kanun koyucu bu durumu göz önünde tutarak, TBK m. 471/II' de, “*yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas almıştır*”<sup>77</sup>. Buradan hareketle yüklenici, eserin yapımı, malzeme, araç ve gereç kullanımı sırasında bilinen mesleki ve teknik kuralları ve inşaat bilgilerini kullanmakla yükümlüdür<sup>78</sup>.

72 Zevkliler/Gökyayla, s. 545.

73 Zevkliler/Gökyayla, s. 553.

74 Akıntürk/Ateş Kahraman, s. 305.

75 Öz Seçer, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 34.

76 Elce Tutar, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2018, s. 296.

77 Eren, s. 632.

78 Eren, s. 633.

İşe zamanında başlama, gerekli özeni gösterme, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise malzeme tedarik etme de yüklenicinin borçlarından-  
dır. Yüklenici eseri ayıpsız bir şekilde meydana getirmekle yükümlüdür. Ayrıca sözleşmeye örneğin “*Güneş Enerjisi Santrali kapsamındaki TEDAŞ dosyası için gerekli izinler iş sahibinin kendisine vereceği vekâlet-name ve çağrı mektubu dosyalarına istinaden yüklenici tarafından alınacaktır*” şeklinde bir ifade eklenmesi, iş sahibinin yerine getirmesi gerekli bir görevin yüklenici tarafından üstlenilmesi gerektiğini göstermektedir. Buna göre TEDAŞ’ın bağlantı anlaşmasına çağrı mektubuna uygun bir Fotovoltaik Enerji Santrali inşa etmek yüklenicinin borcunu oluşturmaktadır.

### B. İş Sahibinin Hak ve Borçları

Sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde bedeli ödemek ve kararlaştırıldığı şartlarda eseri teslim almak, muayene etmek, ayıp ihbarında bulunmak iş sahibinin borç ve haklarıdır. Yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesi halinde TBK m. 475 iş sahibine bazı seçimlik haklar tanımaktadır<sup>79</sup>. Buna göre iş sahibi sözleşmeden dönebilir, bedelde indirim talep edebilir ve eserin ücretsiz onarımını talep edebilir. Bu hakların kullanılabilmesi için öncelikle yüklenici eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması<sup>80</sup>, teslim alınan eserin ayıplı olması ve iş sahibinin eseri muayene ederek yükleniciye ayıp ihbarında bulunmuş olması gereklidir. Ayrıca mevcut ayıp, iş sahibinin kusuru neticesinde oluşmuş olmamalıdır ve kendisine yükletilmemelidir<sup>81</sup>.

İş sahibi bu hakları tek tek kullanabileceği gibi bu haklarını kullanırken aynı zamanda meydana gelen zararının tazminini de talep edebilir<sup>82</sup>. Ayrıca iş sahibi genel hükümlere dayanarak veya sözleşmede kararlaştırılan cezai şartları ileri sürerek tazminat isteminde de bulunabilir. Fakat söz konusu ayıbın iş sahibinin talimatı neticesinde meydana gelmiş olması veya iş sahibine yükletilebilecek nitelikte olması iş sahibinin yukarıda sayılan seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil eder. Söz konusu seçimlik haklardan biri ile tazminat hakkının beraberce talep edilmesi mümkün

---

79 Yarg. 6. HD., E. 2022/285, K. 2023/699, 22.02.2023, (<https://legalbank.net/belge/y-17>), E. T. 28.08.2023.

80 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 514 vd.

81 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 554.

82 Hartmut **Oetker/Felix Maultzsch**, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Springer, Heidelberg 2018, § 8 Rn.53; **Aral/Ayrancı**, s. 406 vd.

olduğundan bu haklar arasında sıralı bir ilişki değil kümülatif bir ilişki mevcuttur<sup>83</sup>.

### C. İş Sahibinin Seçimlik Hakları

TBK m. 475 I, b.1 iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır. Ancak dönme hakkının hukuki niteliği ve sözleşmeye olan etkisi tartışmalıdır. Doktrindeki tartışma klasik dönme teorisi, yasal borç ilişkisi teorisi ve yeni dönme teorisi üzerinden yürütülmektedir<sup>84</sup>. Klasik dönme teorisine göre dönme bildirim ile beraber sözleşme geçmişe etkili olarak (ex-tunc) sona erer. Böylece sözleşme baştan itibaren hiç kurulmamışçasına geçersiz olur<sup>85</sup>. Henüz ifa edilmemiş edimler kendiliğinden sona ererken, sözleşme gereği ifa edilen edimler dolayısı ile iktisap edilenler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilir<sup>86</sup>. Yasal Borç İlişkisi Teorisine göre sözleşmeden dönme üzerine oluşan hukuki ilişki sebepsiz zenginleşme değil, TBK m.125/III gereğince yasal borç ilişkisine dönüşmektedir<sup>87</sup>. Ancak yerine getirilmiş edimlerin iadesi talebine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusudur. Bizim de katıldığımız ve geniş kabul gören Yeni Dönme Teorisine göre dönme, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez<sup>88</sup>. Dönme işlemi ile beraber sözleşme ne geçmişe (ex tunc) ne de ileriye yönelik (ex nunc) sona erer. Sadece sözleşmeye dayanan borç ilişkisi tersine çevrilmiş olur (Abwicklung). Sözleşme ilişkisi tasfiye sürecine gireceğinden verme edimleri yerini iade etme yükümlülüğüne bırakacaktır<sup>89</sup>. Bu bakımdan, diğer iki görüşten

83 Karş. Nomos Kommentar/**Raab**, BGB Schuldrecht, Hrsg. Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, Band 2/2 §§ 611-853 BGB, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2016 § 637 Rn. 13.

84 M.Turgut **Öz**, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 16, 1996, s. 134; Güray, **Türker**, “İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, C. 13, S. 2, 2022, s. 309 vd., 306-322

85 Özer **Seliçi**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 160.

86 Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 951 vd.

87 **Türker**, s. 311.

88 **Öz**, s. 134.

89 **Seliçi**, s. 162; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 127 vd.

farklı olarak Yeni Dönme Teorisine göre dönme, “değiştirici ve yenilik doğuran hakkın” kullanılmasını ifade etmektedir<sup>90</sup>. İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi yüklenicinin eseri iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği iş sahibinin eseri kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı olarak meydana getirmesine bağlıdır. Eserin sözleşme hükümlerine aynı derecede aykırı olması durumunda da iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir. İş sahibi, sözleşmeden döndüğünü yükleniciye bildirmelidir<sup>91</sup>. Sözleşmeden dönmenin beyan edilmesi ile beraber sözleşme bir tasfiye sürecine girecektir. Böylece taraflar arasında yerine getirilmemiş yükümlükler ileriye dönük olarak sona erecek, daha önce yerine getirilmiş tasarruf işlemlerine bağlı edimlerin iade edilmesi gerekecektir<sup>92</sup>.

İş sahibinin seçimlik diğer haklarından biri de bedelde indirim talebidir. Alman Borçlar Kanunu’nun aksine TBK m. 475, I b.2 iş sahibine sadece, eseri alıkoyup ayıp oranında (kleinerschadensersatz) bir indirim talebinde bulunabileceğini öngörmektedir. Hâlbuki Alman Borçlar Kanunu iş sahibine, ayıplı eseri yükleniciye geri vererek zararın tamamının tazmini (großerschadensersatz) talep etme hakkı da tanımaktadır.

Türk Hukukunda TBK m. 475’te tanınan haklardan farklı olarak Alman Borçlar Kanunu iş sahibinin söz konusu seçimlik haklarına “Selbstvornahme” başlığı altında § 637 BGB maddesinde bir hak daha tanımaktadır. Buna göre iş sahibi, eserin yüklenici tarafından ayıplı olarak meydana getirilmesi durumunda, eserin onarımına veya yeniden yapımına yönelik süre tanınmasına ve bu sürenin aşılmasına rağmen ayıbın hala giderilmemesi durumunda, iş sahibi ayıbı bizzat giderebilecek ve bu aşamada oluşan zorunlu masrafları yükleniciden talep edebilecektir<sup>93</sup>. TBK’da bağımsız olarak “Selbstvornahmerecht” düzenlenmemiş olmakla beraber benzer bir düzenleme yüklenicinin borçları başlığı altında TBK m. 473/II’de yer almaktadır. Burada, iş sahibine eserin ayıplı olarak meydana getirilme ihtimalinde yükleniciye ayıbın giderilmesine yönelik süre verme yetkisi tanınmış, ayıbın giderilmemesi durumunda ise, eserin bir başka kişiye imal ettirme ve masrafları da yükleniciden talep edeceği yönünde ihtarda bulunma imkânı verilmiştir. Söz konusu madde iş sahibine süreyi bizzat kendisi verme yetkisini tanımakla beraber iş sahibinin mahkemeye

---

90 **Öz**, s. 134; **Eren**, s. 657.

91 **Brox/Walker**, s. 256.

92 **Eren**, s. 657.

93 **Brox/Walker**, s. 257.

süre verme talebinde bulunarak hâkimden süre tayin etmesini isteme yetkisini de öngörmüştür<sup>94</sup>. Ayıbın giderilmesine yönelik süre tayininin mahkeme yoluyla yapılabilmesi Alman Borçlar Kanunu'nda öngörülmemiştir. Diğer bir fark ise TBK m. 473'te öngörülen ayıp ihtarı, ancak eserin meydana gelmesi sırasında yapılabilir, eserin tamamlanmasından sonra böyle bir ihtarın yapılıp yapılamayacağı yasal olarak açıkça hükme bağlanmamıştır<sup>95</sup>. TBK m. 473'ye göre süre tayin edilmesine rağmen, iş sahibi sürenin bitimini beklemeden ayıbın giderilmesi için eseri başka birisine vermesi halinde tazminat hakkını kaybedecektir<sup>96</sup>.

## SONUÇ

Doğa dostu alternatif enerji üretim modellerinin merkezinde Fotovoltaik Güneş Enerjisi Üretim Sistemleri yer almaktadır. Böylesi bir yöntem, dört mevsim güneşi eksik olmayan ülkemizde Avrupa'ya kıyasla çok yeni rağbet görmeye başlamıştır. Ülkemizin mevcut güneş potansiyeli gerek

---

94 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 562.

95 Alman Doktrininde ve mahkeme kararlarında bu durum oldukça tartışmalıdır. İş sahibi yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesine dayanarak kullanacağı seçimlik hakları kimi görüşe göre iş sahibi eseri teslim almadan (vor Abnahme oder ohne Abnahme) kimine göre de teslim aldıktan sonra talep edebilecektir. İlk görüşe göre iş sahibi ya eserin meydana getirilmesi sırasında (Herstellungsphase) veya belli bir teslim alma tarihinde (ab Herstellungstermin bzw. Fälligkeitstermin) veya eserin tamamlanmasından sonra ama tesliminden önce (ab Werkherstellung aber vor Abnahme) seçimlik haklarını yükleniciye karşı ileri sürebilecektir. İkinci görüş başta Alman Yargıtay'ı olmak üzere diğer birçok mahkeme kararlarında ve doktrinde geniş şekilde kabul görmektedir. Buna göre iş sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kural olarak ancak eseri teslim aldıktan sonra yükleniciye karşı ileri sürebilecektir. Fakat bazı şartlarda istisnai durumlar söz konusu olabilmektedir. İş sahibinin haklı olarak eseri teslim almayı reddetmesi, yüklenicinin eseri meydana getirmekten vazgeçmesi veya meydana getireceğinin açıkça mümkün gözükmemesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi veya bedelde indirimle gitme talebinde bulunması veya ayıplı eseri muhafaza etmekle beraber tazminat (kleiner Schadensersatz) talebinde bulunması gibi durumlarda iş sahibi istisnai olarak eseri teslim almadan da seçimlik haklarını yükleniciye karşı ileri sürebilmektedir. BGH, Urteil vom 19.01.2017-VII ZR 301/13, (Fassade) BeckRS 2017, 101777, Rn. 10, NJW 2017, 1604; Hans Christian **Schwenker**, "Keine Mängelrechte vor Abnahme" in: NJW 2017, s. 1579; Wolfgang **Weller**, "Die strikte Alternativität zwischen Erfüllung und Mängelrechten als Verjährungsfälle für den Besteller" in: NZBau 2018, s. 398; BGH, Urt.v. 19.01.2017-VII ZR 193/15, (Terasse) BeckRS 2017, 102864, Rn. 20; BGH, Urt. v. 19.01.2017-VII ZR 235/15 (Anbau) BeckRS 2017, 103136, Rn. 27, NJW 2017, 1607 (1609); **Temming**, s. 34; Martin **Schwab**, "Die Ablehnungserklärung im Werkvertragsrecht" in: JuS 2017, s. 964.

96 **Zevkliler/Gökyayla**, s. 563.

yerel gerekse uluslararası enerji şirketlerinin dikkatini çekmektedir. Fotovoltaik Enerji Sisteminin kurulumunda, işletilmesinde, elektrik üretiminde karşılaşılan problemler eser sözleşmesi hükümlerince çözüme kavuşturulacaktır. Alman Borçlar Kanunu ayıp kavramını satış sözleşmesinden bağımsız olarak eser sözleşmesi için ayrıca ve özel olarak düzenlemiş ve tanımlamıştır. Fakat Türk Borçlar Kanunu eser sözleşmesine münhasır bir ayıp kavramı düzenlenmemiş ve tanımlamamıştır. Doktrin ayıp kavramını “teslim edilen eserde sözleşme ile kararlaştırılmış olan veya dürüstlük kuralına göre olması gereken ya da kanunun öngördüğü niteliklerin bulunmaması” olarak tanımlamaktadır. Eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinde hem iş sahibinin hem de yüklenicinin hak ve yükümlülükleri vardır. Söz konusu hak ve yükümlülüklerin oluşumunda ayıbın tür ve şeklinin tespiti, eserin teslim edilip edilmemiş olması, kusurun varlığı ve ayıp ihbarı merkezi öneme sahiptir. Türk Borçlar Kanunu’nun aksine Alman Borçlar Kanunu iş sahibine ihtirazı kayıt ile eseri teslim alma imkânı tanımıştır. Ülkemizde Fotovoltaik enerjisi üretim sistemlerinin sayısının giderek artması, kurulacak santrallerin arazi koşulları, meteorolojik değişiklikler, panellerin çok hassas bir üretimden ve nakilden geçmesi, bürokratik izin ve plan süreçleri gibi birçok faktörün rol oynamasından dolayı eserin ayıplı üretilmiş veya kurulmuş olması muhtemeldir. Ayıbın ortaya çıkmasında ve giderilmesinde hem iş sahibinin hem de yüklenicinin hak ve yükümlülüklerinin hakkaniyete uygun şekilde düzenlenmesini sağlayacak ve Fotovoltaik santrallerinin sayısının artırılması ve yenilenebilir enerjinin ülkemizde daha yaygın hale getirilmesine katkıda bulunacak Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hükümlerine iş sahibine ihtirazı kayıt ile eseri teslim alma hakkı tanıyan bir düzenleme eklenmesi faydalı olacaktır.



**KAYNAKÇA**

- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş Kahraman**, Derya. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri. 28. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Akıncı**, Şahin. Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması. Cemre Yayınları, Konya 1998.
- Ayan** Serkan. İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Aydoğdu**, Murat. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 15, S. 2, 2014, s. 1-62.
- Bachem**, Eberhard/**Bürger**, Andreas. “Die Neuregelung zur Abnahmefiktion im Werkvertragsrecht”. NJW 2018, s. 118- 122.
- Bauer**, Günter. “Rechtsentwicklung bei den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung bis Anfang 2012”. NJW 2012, s. 1698-1702.
- Baygın**, Cem. Türk Hukuku’na Göre İstisna Sözleşmesince Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler. Beta Basım, İstanbul 1999.
- Breitling**, Tobias. “Abnahme und Zustandsfeststellung nach neuem Recht”. NZBau 2017, s. 393- 396.
- Brox**, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich. Besonderes Schuldrecht. 28. Auflage, C. H. Beck, München 2003.
- Busche**, Jan. Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, Schuldrecht- Besonderer Teil III, §§ 631-704, 8. Auflage, C. H. Beck, München 2020, § Rn.
- Büyükcay**, Yusuf. Eser Sözleşmesi. 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Cebeci**, Seda. “Türkiye’de Güneş Enerjisinden Elektrik Üretim Potansiyelinin Değerlendirilmesi, Planlama Uzmanlığı Tezi”. İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü (Ankara 2017). s. 23, <https://www.sbb.gov.tr/wpcontent/uploads/2021/03/Turkiyed>, E. T. 26.08.2023.
- Dögerlioğlu Işıksungur**, Özlem. “Avrupa Birliği Elektrik Piyasasında Tüketicinin Ayıba Karşı Korunması”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”. C. 13, S. 1, 2012, s. 95-125.
- Dubvovitskaya**, Elena. “Lange Verjährungsfrist bei Mängeln einer Photovoltaikanlage”. NJOZ H. 41, 2016, s. 1513-1515.

**Eren**, Fikret. Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

**Filthaut**, Werner/**Piontek**, Sascha/**Kayser**, Alke. Haftpflichtgesetz. 10. Auflage, C. H. Beck, München 2019.

**Glöckner**, Jochen. “BGB – Novelle zur Reform des Bauvertragsrechts als Bauvertragsrechts als Grundlage effektiven Verbraucherschutzes- Teil 2”. VuR 2016, s. 163-169.

**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir. Borçlar Hukuku Özel Bölüm. Filiz Kitapevi, İstanbul 1999.

**Hirsch**, Christoph. Schuldrecht Besonderer Teil. 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2016.

**Kleefisch**, Andreas/**Meyer**, Petra. “klare Verhältnisse für Aufdach-Photovoltaikanlagen? Nun doch Werkvertrag, nun doch Bauvertrag- nun doch 5 Jahre Gewährleistungsverjährung?”. NZBau 2016, s. 684- 688.

**Kleefisch**, Andreas/**Durynek**, Jürgen. “Der Mangelverdacht im Werkvertragsrecht Erläutert im Lichte der Rechtsprechung zur Lieferung und Montage einer Photovoltaikanlage”. NJOZ 2018, s. 121- 131.

**Kılıçoğlu**, Ahmet M.. Borçlar Hukuku -Özel Hükümler. 5. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2023.

**Lakkis**, Panajotta. “Photovoltaikanlagen – die tickenden Verjährungszeitbomben auf dem Dach”. NJW S. 12, 2014, s. 829-832.

**Lutzenberger**, Manfred. § 631 BGB Beckonline Grosskommentar- Gesamtherausgeber: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reyman, Herausgeber: Harald Reiter, Stand 1.1.2021, Rn.

**Merkle**, Barbara. BGB § 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag, beck-online.GROSSKOMMENTAR- GesamtHrsg: Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann Hrsg: Harald Reiter Stand: 01.10.2020, Rn.

**Obarowski**, Rüdiger/**Harbauer**, Walter. Privat- Rechtsschutzversicherung für Selbständige, 9. Auflage, C. H. Beck, München 2018, ARB 2010 § 23 Rn.

**Oetker**, Hartmut/**Maultzsch**, Feflix. Vertragliche Schuldverhältnisse. 5. Auflage, Springer, Heidelberg 2018, § 8.

**Öz**, M. Turgut. “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 13, S. 16, 1996, s. 131-172.

**Özkan**, Sema Deniz. “Eser Sözleşmesinde Eksik İfa”. İstanbul Barosu Dergisi. C. 89, S. 6, 2015, s. 119-244.

- Paket**, Sabure. Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019.
- Raab**, Thomas. BGB Schuldrecht- Hrsg. Barbara Dauner-Lieb, Werner Langen, Band 2/2 §§ 611-853 BGB, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2016 § 637 Rn.
- Seçer**, Öz. Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi. 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Seliçi**, Özer. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1978.
- Selimoğlu**, Yaşar Engin. Eser Sözleşmesi. 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Schwab**, Martin. “Die Ablehnungserklärung im Werkvertragsrecht”. JuS 2017, s. 964- 969.
- Schwenker**, Hans Christian. “Keine Mängelrechte vor Abnahme”. NJW 2017, s. 1579- 1581.
- Tandoğan**, Haluk. “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi: İmran Öktem’e Armağan”. AÜHF. Ankara 1970, s. 311-332.
- Tandoğan**, Haluk. Özel Borç İlişkileri. C. II, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Özel Borç İlişkileri)
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla. Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Filiz Kitapevi, İstanbul 1993.
- Temming**, Felipe. “Die Abnahme im Werkvertragsrecht”. AcP (215) 2015, s. 17-34.
- Tutar**, Elce. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 5, S. 2, 2018, s. 293-311.
- Tunçomağ**, Kenan. Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler. 6. Baskı, İstanbul 1976.
- Türker**, Güray. “İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”. İnÜHFD. C. 13, S. 2, 2022, s. 306-322.
- Weller**, Wolfgang. “Die strikte Alternativität zwischen Erfüllung und Mängelrechten als Verjährungsfalle für den Besteller”. NZBau 2018, s. 398- 403.
- Wittkowski**, Ansa. “Aktuelle Entwicklungen der Besteuerung von Photovoltaik- Anlagen und Batteriesystemen”. BC, 4/2020, s. 177-180.
- Yavuz**, Cevdet. Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Cilt. 11. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022.

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre.** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 13. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2013 (kıs. **Zevkliler/Gökyayla, Borçlar Özel**).

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre.** Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri. 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.

### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

Google. “Google Gizlilik Politikası”, <https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/TEG>, E. T. 26.08.2023.

Google. “Google Gizlilik, Politikası”, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2021/03/Turkiyed>, E. T. 26.08.2023.

<https://legalbank.net/> E. T. 26.08.2023.