FeISSN: 3062 - 1127

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: XXII, Sayı: 2
Vol. XXII, No. 2
Yıl / Year: 2025

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / *Publisher*
Prof. Dr. Mehmet Durman (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına / *On Behalf of Yeditepe University*
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - *Responsible Manager / Editor*
Prof. Dr. Mehmet Rıfat Tınç
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*
Editör Yardımcıları */ Associate Editors*
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Teknik Hazırlık / *Layout and Page Design*
Dr. Ecrin Baydak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Fatmagül Yazıcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Simge Anaklı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Sena Togaç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yönetim Yeri / *Place of Management*
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul
Tel.: (0216) 578 07 67
İnternet Adresi / *Web Address*
http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/
Yayının Türü / *Type of Publication*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş elektronik ortamda çevrimiçi olarak yayınlanan hakemli dergidir.
*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published online in electronic format, issued twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBIM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Elektronik ISSN: 3062 - 1127

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to

E-posta / *E-mail*: yuhfd@yeditepe.edu.tr
Telefon / *Phone*: (0216) 578 07 05
Editör / *Editor* : (Mehmet Rıfat Tınç) mehmet.tinc@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcıları / *Associate Editors* :
(Tevfik Sönmez Küçük) tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr
(Erhan Kanışlı) erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr

Posta Adresi / *Postal Address*:
Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.
Copyright © 2025

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.
All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda **"YÜHFD"** kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: **"YUHFD"**

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD) 2004 yılından bu yana, geniş ilgi gören ve hukuk bilimine katkı sağlayan köklü, kaliteli, hakemli bir hukuk dergisidir. Yılda iki sayı olarak çıkar ve 2023'ten beri yalnızca elektronik ortamda çevirim içi yayımlanmaktadır. Türkçe ve Avrupa dillerinde yazılmış saygın akademik makaleler, karar, mevzuat ya da eser incelemeleri ile alanlarında yetkin Türk ve yabancı hukukçuların değerli çalışmalarıyla okuyucuyu buluşturan dergimizin amacı hukuk biliminin gelişmesine destek vermek, akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının deneyimlerini ve araştırmalarını paylaşabilecekleri kaliteli bilimsel bir mecra oluşturmaktır. Bu nedenle dergimiz, işleyişinde ve içeriğinin oluşumunda etik ilkeleri temel almakta, faaliyetlerini bilimsellik, nesnellik, şeffaflık gibi akademik ilkelerin yanında özgürlük, eşitlik gibi evrensel insani değerler ve ulusal basım-yayın kurallarına dayandırmaktadır. Bu şekilde dergimizin güvenilirliğini hep en yüksek seviyede tutmak ve yayımlanan makalelerin hukuk camiasında geniş okur kitlesine ulaşmasını arzulamaktayız.

Umarız YÜHFD'nin her sayısında özenle seçerek yayıma hazırladığımız makale ve yazılar bizim olduğu kadar sizin de çalışmalarınıza destek sağlar ve ülkemizdeki bilimsel düşünce ve araştırma şevkine katkı vermeye devam eder.

About Our Journal

Yeditepe University Law Faculty Journal (YÜHFD) is a well-established, high quality, widely acclaimed and refereed peer-reviewed journal contributing to the scientific legal research since 2004. Since 2023 it is published exclusively online in two issues per year. Our journal contains and look forward for reputable academic articles written in Turkish and European languages, reviews of decisions, legislation or legal works, and valuable chronicles by competent Turkish and foreign jurists. We are aiming to support the development of academic research on legal science and to create a valuable platform where academics and legal practitioners can share their experiences and research. For this reason, our work is based not only on ethical values but also on academic principles such as scientificity, objectivity, transparency, as well as universal human values such as freedom, equality and national editing and publishing rules. In this way, we wish to keep the credibility of our journal at the highest level and to ensure that the articles published reach a wide readership in the legal community.

We hope that the articles and essays that we have carefully selected and prepared in each issue of YÜHFD will support your studies as well as ours and will continue to contribute more and more to the enthusiasm for scientific thought and research in our country.

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Rıfat Tınç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim Güngör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Handan Yokuş Sevük, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ercan Akyiğit, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Atay, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Necla Öztürk, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar Akan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vesile Sonay Evik, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN VE YAZIM KURALLARI

PUBLISHING AND WRITING GUIDELINES OF JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere elektronik ortamda çevrimiçi olarak yılda iki kez yayımlanan hakemli dergidir.
The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published online in electronic format, issued twice a year in January and June.

2) Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:
Kağıt boyutu: A4
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:
Paper size: A4
Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm
Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.
Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor **(**yuhfd@yeditepe.edu.tr**).** *There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.
The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.
Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English ***Title****, as well as a structured* ***Abstract*** *in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.
All articles should be accompanied by a sufficient number of ***keywords*** *in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.
All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged ***bibliography*** *as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.
The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayım Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir. Hakemlerden birinden ret gelmesi durumunda üçüncü hakemin görüşüne başvurulur.
In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again. In the event that one reviewer issues a rejection, the opinion of a third reviewer shall be sought.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.
*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.
*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBIM** (Turkish*

Academic Network and Information Center) ***Law Database Committee*** *whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir.
Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the ***Online Journal Watch System of ULAKBIM (ODIS) and Faculty of Law website.***

16) Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.
The final submission deadline for the January issue of our journal is November 1, and the final submission deadline for the June issue is April 1. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XXII, Sayı: 2, Yıl: 2025

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

1924 ANAYASASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ HÜKÜMET SİSTEMİ VE YAŞANAN SİYASAL GELİŞMELERİN HÜKÜMET SİSTEMİNE ETKİLERİ
Prof. Dr.Ekrem Ali AKARTÜRK.....429
e-posta: ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr

1961 ANAYASASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ HÜKÜMET SİSTEMİ VE 1961-1980 DÖNEMİNDE YAŞANAN SİYASAL GELİŞMELER
Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....….….451
e-posta: ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr

OKYANUS ALKALİLEŞMESİ: ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ
Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ.....…….469
e-posta: berkantakkus91@gmail.com

ÜRETKEN YAPAY ZEKA İLE İŞE ALIM SÜRECİNDE ADAY İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN ÖRNEKLERLE DEĞERLENDİRİLMESİ
Mihri Ceren AKTAN.....…..507
e-posta: mihricerenaktan@gmail.com

TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA BİR İHTİYAÇ: KISMİ ANLAŞMALI BOŞANMA
Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR.....….....551
e-posta: erayaksinatar@gmail.com

ULUSLARARASI HUKUKA GÖRE "EVE NE ZAMAN DÖNMELİ?
Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR……...……607
e-posta: ebrudmr89@gmail.com

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNE TARAF OLMAYAN DEVLETLER BAKIMINDAN DEVLET VE HÜKÜMET BAŞKANLARININ YARGILANABİLMESİ
Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER.....633
e-posta: kenandulger@beykent.edu.tr

ELEKTRONİK DELİLLER IŞIĞINDA DELİL BAŞLANGICI VE UYGULAMA ALANI
Dr. Öğr. Üyesi Nihat GÜMAN.....685
e-posta: nihat.guman@icloud.com

FORUM PROROGATUM BAĞLAMINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ: HUKUKİ TEMELLER VE TARTIŞMALAR
Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM.....723
e-posta: eray_kirdim@hotmail.com

MÜLTECİLERİN DENİZDE KURTARILMA HAKKI VE GERİ GÖNDERMEME İLKESİ
Dr. Öğr. Üyesi Kayser (Qaisar) NASRAT……...……777
e-posta: qaisar.nasrat@ihu.edu.tr

HAPİS CEZASININ ERTELENMESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ
Av. Emin Berathan SAKIN…….795
e-posta: berathansakin@gmail.com

DURKHEİM'İN SOSYOLOJİ DÜŞÜNCESİNDE HUKUKUN ÖZÜ OLARAK TOPLUM
Sabanur GÜMÜŞ ŞİMŞEK & Dr. Öğr. Üyesi Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN.....823
e-posta: sabanur.gumus@istanbulticaret.edu.tr

ROMA USÛL HUKUKUNDA UYGULANAN *BONA FIDES* İLKESİNİN GÜNÜMÜZ MEDENÎ USÛL HUKUKUNA YANSIMALARI
Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK & Dr. Öğr. Üyesi Mehmet YEŞİLLER…….....…….851

e-posta: myesiller@karatekin.edu.tr

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ
Dr. Öğr. Üyesi Sevde BULUN TOKKAŞ & Arş. Gör. Ecenur SARIKAYA…….....…….899

e-posta: ecenur.ertus@karatay.edu.tr

YOLCU GEMİLERINDEN KAYNAKLANAN ATIK SU KİRLİLİĞİNİN ÖNLENMESİ METHODLARI: ULUSLARARASI VE TÜRK DÜZENLEMELERI ARASİNDAKİ KARŞILAŞTIRMALAR. YAPAY ZEKA (YZ) GEMİLERDEN KAYNAKLI ATIK SU KIRLILIĞI KONUSUNDA KARŞILAŞILAN EN YAYGIN SORUNLARA ÇÖZÜM OLABİLİR Mİ?
Dr. Ayça UÇAR…….……...…….921

e-posta: aycaucar@hotmail.co.uk

AYNI SUÇUN İŞLENMESİ KOŞULU BAĞLAMINDA ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN ÇOCUKLARIN NİTELİKLİ CİNSEL İSTİSMARI VE NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇLARI BAKIMINDAN TATBİKİNE İLİŞKİN YARGITAY KARAR İNCELEMESİ
Arş. Gör. Rabia Bilgenur ELMAS…….……...…….957

e-posta: bilgenur.elmas@yeditepe.edu.tr

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XXII, No: 2, Year: 2025

CONTENTS

ARTICLES

THE GOVERNMENT SYSTEM ENVISAGED BY THE 1924 CONSTITUTION AND THE IMPACT OF POLITICAL DEVELOPMENTS ON THE GOVERNMENT SYSTEM
Prof. Dr.Ekrem Ali AKARTÜRK.....429
e-mail: ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr

THE GOVERNMENT SYSTEM ENVISAGED BY THE 1961 CONSTITUTION AND POLITICAL DEVELOPMENTS IN THE PERIOD 1961-1980
Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....….…451
e-mail: ekrem.akarturk@yeditepe.edu.tr

OCEAN ALKALINIZATION: RIGHTS AND OBLIGATIONS OF STATES UNDER INTERNATIONAL LAW
Asst. Prof. Berkant AKKUŞ.....…….469
e-mail: berkantakkus91@gmail.com

EVALUATION OF JOB CANDIDATES' PERSONAL DATA THROUGH GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE WITH EXAMPLES IN THE RECRUITMENT PROCESS
Mihri Ceren AKTAN.....…...507
e-mail: mihricerenaktan@gmail.com

A NEED IN TURKISH DIVORCE LAW: PARTIAL CONSENSUAL DIVORCE
Asst. Prof. Eray Aksın ATAR.....….....551
e-mail: erayaksinatar@gmail.com

"WHEN TO RETURN HOME" UNDER INTERNATIONAL LAW
Asst. Prof. Ebru DEMİR……..……...……607
e-mail: ebrudmr89@gmail.com

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNE TARAF OLMAYAN DEVLETLER BAKIMINDAN DEVLET VE HÜKÜMET BAŞKANLARININ YARGILANABİLMESİ
Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER.....633
e-mail: kenandulger@beykent.edu.tr

THE INITIAL EVIDENCE AND ITS SCOPE OF APPLICATION IN THE LIGHT OF ELECTRONIC EVIDENCE
Asst. Prof. Nihat GÜMAN.....685
e-mail: nihat.guman@icloud.com

THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CONTEXT OF FORUM PROROGATUM: LEGAL FOUNDATIONS AND DEBATES
Asst. Prof. Şahin Eray KIRDIM.....723
e-mail: eray_kirdim@hotmail.com

RIGHT TO BE RESCUED AND NON-REFOULEMENT OF REFUGEES AT SEA
Asst. Prof. Kayser (Qaisar) NASRAT……...……777
e-mail: qaisar.nasrat@ihu.edu.tr

CERTAIN ISSUES RELATING TO THE SUSPENSION OF IMPRISONMENT SENTENCES AND PROPOSED SOLUTIONS
Atty. Emin Berathan SAKIN…….795
e-mail:berathansakin@gmail.com

THE ESSENCE OF LAW AS SOCIETY IN DURKHEIM'S SOCIOLOGICAL THOUGHT
Sabanur GÜMÜŞ ŞİMŞEK & Asst. Prof. Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN.....823
e-mail:sabanur.gumus@istanbulticaret.edu.tr

REFLECTIONS OF THE PRINCIPLE OF BONA FIDES APPLIED IN ROMAN PROCEDURAL LAW ON MODERN CIVIL PROCEDURAL LAW
Asst. Prof. Fikret Sami TİYEK & Asst. Prof. Mehmet YEŞİLLER……...…….851
e-mail: myesiller@karatekin.edu.tr

EVALUATION OF SHORT-TIME WORKING PRACTİCE AND SHORT-TIME WORKİNG ALLOWANCE IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS
Asst. Prof. Sevde BULUN TOKKAŞ & Res. Asst. Ecenur SARIKAYA……...…….899
e-mail: ecenur.ertus@karatay.edu.tr

PREVENTION OF POLLUTION FROM SEWAGE ON PASSENGER SHIPS: A COMPARISON BETWEEN INTERNATIONAL AND TURKISH REGULATIONS. HOW CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) HELP TO IMPROVE THE MOST COMMON ISSUES WITH SEWAGE SYSTEMS?
Dr. Ayça UÇAR…….……...…….921
e-mail: aycaucar@hotmail.co.uk

CASE LAW ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE PROVISIONS ON SUCCESSIVE CRIME IN THE CONTEXT OF THE CONDITION OF COMMITTING THE SAME OFFENSE REGARDING THE CRIMES OF AGGRAVATED SEXUAL ABUSE AND AGGRAVATED SEXUAL ASSAULT
Res. Asst. Rabia Bilgenur ELMAS…….……...…….957
e-mail: bilgenur.elmas@yeditepe.edu.tr

[1H] 1924 ANAYASASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ HÜKÜMET SİSTEMİ VE YAŞANAN SİYASAL GELİŞMELERİN HÜKÜMET SİSTEMİNE ETKİLERİ

(THE GOVERNMENT SYSTEM ENVISAGED BY THE 1924 CONSTITUTION AND THE IMPACT OF POLITICAL DEVELOPMENTS ON THE GOVERNMENT SYSTEM)

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK [2*] [3**]

ÖZ

1924 Anayasası'nda meclis hükümetinden parlamenter hükümet sistemine geçişin izlerini sürmek mümkündür. Bu nedenle karma bir rejim olarak kabul edilmekte ve kuvvetler birliği görevler ayrılığı şeklinde nitelendirilmektedir.

Yasama ve yürütme ilişkilerini düzenleyen anayasal hükümler değişmese bile, parti sisteminde meydana gelen değişiklikler anayasada öngörülenden çok farklı parlamenter sistem uygulamalarına yol açabilir. Bu bağlamda, anayasa ile kurgulanmış bir parlamenter hükümet modelinin tek-parti sistemindeki sonuçları, klasik parlamenter rejim uygulamaları açısından a-tipik olacaktır. Nitekim 1924 Anayasası, 27 Mayıs 1960 tarihine kadar gerek tek-parti sisteminde, gerekse çok-parti sisteminde uygulanmış bir Anayasa olarak, hükümet sistemi uygulamalarında çok farklı sonuçlar doğurmuştur. Meclis hükümetinden parlamenter hükümet sistemine geçişi öngören 1924 Anayasası, 1946 yılına kadar tek-partili dönemde uygulanmıştır. İktidar-muhalefet işleyişinin olmadığı bu tek-parti sistemi a-tipik bir parlamenter sistem uygulamasına yol açmıştır. Bu Anayasa, 1946-1960 arası dönemde ise çok-partili rejime tanıklık etmiştir. 1946 yılında Demokrat Parti'nin kurulması ve 1950, 1954 ve 1957 seçimlerinde elde ettiği oylar ve uygulanan seçim sisteminin sayesinde dönemin tek-partisi olan CHP'den hükümeti devralmış böylece parlamentoda iktidar-muhalefet ilişkilerine dayalı iki partili bir yapı ortaya çıkmıştır.

[1H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 13.03.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 27.03.2025. Onaylanma Tarihi: 27.03.2025.

[2*] Profesör Doktor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
[3**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4616-1144.

Esere Atıf Şekli: Ekrem Ali Akartürk, "*1924 Anayasası'nın Öngördüğü Hükümet Sistemi ve Yaşanan Siyasal Gelişmelerin Hükümet Sistemine Etkileri*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s. 429-450.

Böylece, 1924 Anayasası'nın tek parti dönemindeki uygulamaları ile çok partili süreçteki uygulamaları siyasal gelişmeleri de içinde alacak şekilde öngörülen hükümet sisteminin işleyişini de değişime uğratmıştır.

Anahtar Kelimeler: *1924 Anayasası; hükümet sistemi; parlamenter sistem; parti sistemi.*

ABSTRACT

In the 1924 Constitution, it is possible to trace the transition from a government based on the assembly government to a parliamentary government system. For this reason, it is considered a mixed regime and is characterized as a unity of powers with a separation of functions.

Even if the constitutional provisions regulating legislative and executive relations do not change, the modifications in the party system can lead to parliamentary system practices that are very different from those envisioned in the constitution. In this context, the results of a parliamentary government model designed by the constitution within a single-party system will be atypical in terms of classical parliamentary regime practices. Indeed, the 1924 Constitution, which was applied until May 27, 1960, both during the single-party system and the multi-party system, produced very different outcomes in the practice of government systems. The 1924 Constitution, which envisioned a transition from an assembly government to a parliamentary government system, was applied during the single-party period until 1946. This single-party system, in which there was no functioning government-opposition dynamic, led to an atypical parliamentary system practice. However, this constitution witnessed a multi-party regime between 1946 and 1960. With the establishment of the Democrat Party in 1946 and its electoral victories in 1950, 1954, and 1957, coupled with the electoral system in place, the government was transferred from the Republican People's Party (CHP), which was the single ruling party of the period, to the Democrat Party. This led to the emergence of a two-party structure in parliament based on government-opposition relations. Thus, the practices of the 1924 Constitution during the single-party period and those during the multi-party process, including political developments, brought about changes in the operation of the envisioned government system.

Keywords: *1924 Constitution; government system; parliamentary system; party system.*

***

I. 1924 Anayasası'nın Kurgusu: Meclis Hükümetinden Parlamenter Sisteme Geçiş

A) Genel Olarak

Meclis hükümeti sistemini öngören 1921 Anayasası, hem olağanüstü bir dönemin koşullarında uygulanması hem de çağının anlayışını yansıtması açısından özel bir yere sahiptir. Aslında, Kurtuluş Savaşının yürütüldüğü bir dönemde, başkanlık sisteminin değil de meclis hükümeti sisteminin benimsenmesi şaşırtıcı bir görüntü verebilir. Ancak, kişisel iktidara dayanan monarşik rejimlere karşı tepki olarak meclis egemenliğine dayalı sistemin benimsenmesi anlamlıdır. O dönemde, yürütmenin başı sıfatıyla parlamentolar karşısında ezici ve baskıcı bir ağırlığa sahip hükümdarlar, parlamentoları işlevsiz bıraktıklarından dolayı meclis hükümeti modelinde yürütme bir kâbus olarak görülmüş ve devlet başkanlığı kurumuna yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 1921 Anayasası'nda devlet başkanına yer verilmemesinin nedeni, meclis hükümeti modelinin bütün özelliklerini taşıma gibi teorik bir tasadan çok, o dönemin pratik zorunluluklarından kaynaklanıyor. Gerçekten de, İstanbul'da devlet başkanı olarak bir Padişah varken, Ankara'da ikinci bir devlet başkanlığı yaratılması, daha baştan saltanatçıların tepkisine yol açabilir ve ihtiyaç duyulan ulusal birlik zarar görebilirdi[4]. Bütün bunların da ötesinde, Kurtuluş Savaşı gibi topyekûn bir savaşı yönetmek, kişisel iktidarın yaratılmasına uygun bir zemin oluşturduğu halde, tercihin meclisin üstünlüğüne dayalı bir rejim yönünde konulması demokratik meşruiyetin sağlanması amacına yöneliktir[5].

Meclis hükümeti rejiminin en temel özelliği, yasama ve yürütme kuvvetlerinin tek bir mecliste toplanmasından kaynaklanıyor. Nitekim 1921 Anayasası'nın 2. maddesi, "İcra kudreti ve teşri selahiyeti milletin yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisi'nde tecelli ve temerküz eder" diyerek, meclis hükümeti rejimini gayet özlü bir biçimde

[4] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY yayını I. Bası, İstanbul, 1998, s. 260 ; Ergun ÖZBUDUN, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992, s. 53, 66-67.

[5] Meclisin üstünlüğü fikri, Mustafa Kemal karşıtları tarafından da benimsenmiştir. Çünkü, onlar da bu yolla Mustafa Kemal'in gücünü frenlemek ve diktatörleşmesini engellemek olanağına kavuşacaklarını düşünüyorlardı. Bkz. Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 262; S. J. SHAW- E. K. SHAW, **Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye**, Çeviren: M. Harmancı, 2 cilt, İstanbul 1982-1983, s, 417-418.

tanımlamıştır. Meclisi, yürütme yetkisi ile donatan 3. maddeye göre ise, "Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti 'Büyük Millet Meclisi Hükümeti' ünvanını taşır". Dolayısıyla, yürütme, meclisten ayrı ve bağımsız hukuksal bir kimliğe sahip değildir; bizzat meclisten doğar ve onun yönetim ve denetimi altındadır.

Görüldüğü gibi, 1921 Anayasası, devlet başkanlığı kurumuna yer vermemesi, meclisin yürütme gücünü kendi içinden seçtiği bakanlar aracılığı ile yürütmesi, onları yönlendirmesi, denetlemesi ve gerektiğinde azledip yerlerine yenilerini seçmesi; buna karşılık yürütmeye meclisi fesih yetkisini tanınmamış olması nedeniyle, kuvvetler birliğine dayalı meclis hükümetinin bütün karakteristik özelliklerini yansıtmaktadır[6].

Meclis hükümetinden parlamenter rejime kayış, ilk olarak Cumhuriyetin ilanıyla yani, henüz 1924 Anayasası yürürlüğe girmeden 29 Ekim 1923 tarihli Anayasa değişikliği ile gerçekleşmiş ve doğal olarak Cumhurbaşkanlığı makamı da kurulmuştur. Buna göre; Cumhurbaşkanı, Meclis üyeleri arasından ve Meclis tarafından bir seçim dönemi için seçilir ve yeniden seçilmesi mümkündür. Başbakanın, Cumhurbaşkanı tarafından ve Meclis üyeleri arasından seçilmesi, bakanların da Başbakan tarafından yine Meclis üyeleri arasından seçilmesi ve tümünün Cumhurbaşkanı tarafından Meclisin onayına sunulması esası getirilmiştir. Böylece, Cumhurbaşkanlığı makamının kurulması; Bakanların Meclis tarafından teker teker seçiminden vazgeçilerek; Başbakanın başkanlığında kurul olarak onaylanması parlamenter rejime kayışın ilk sinyalleri olmuştur.

B) Karma Rejim: Kuvvetler Birliği Görevler Ayrılığı

1924 Anayasası'nda meclis hükümetinden parlamenter rejime geçişin izlerini sürmek mümkündür. Bu nedenle *karma bir rejim* olarak kabul edilmekte ve *kuvvetler birliği görevler ayrılığı* şeklinde nitelendirilmektedir[7]. Bir kere, yürütme organı Cumhurbaşkanı ve Bakanlar kurulundan oluşmakta ve Cumhurbaşkanı bir seçim dönemi için Meclis üyeleri arasından seçilmektedir. Bakanlar Kurulu üyeleri, Meclis üyeleri arasından Başbakan tarafından seçilmekte ve Cumhurbaşkanının onayından sonra güven oyu için Meclise sunulmaktadır. Hükümet, yapacağı icraatları ve siyasal görüşünü en geç bir hafta içinde Meclise bildirir ve güven oyu talep eder (md. 44). 1923 değişikliğinde, Bakanlar Kurulunun Meclis

[6] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 258-260; Ergun ÖZBUDUN, **1921 Anayasası**, s. 51-57.
[7] Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020. s, 29. Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 304-305.

tarafından "onaylanması" söz konusuyken; 1924 Anayasası, "güvenoyu"ndan söz etmektedir. Dolayısıyla, 1923 değişikliğinde Başbakanlık ve bakanlık sıfatları Meclisin onayından sonra kazanıldığı halde, 1924 Anayasası'nda bu sıfatlar Cumhurbaşkanının onayından itibaren kazanılmakta; güven oylaması ise Cumhurbaşkanının onayı ile kurulan hükümetin devam edip etmeyeceği noktasında gündeme gelmektedir.

Öte yandan, siyasal sorumluluk ilkesi gereği, her Bakan kendi Bakanlığına ait işlerden dolayı bireysel olarak, Bakanlar Kurulu da kendi izlediği genel siyasetten dolayı kolektif olarak sorumludur (md. 46). Üstelik, 1921 Anayasası'ndan farklı olarak, Meclisin bakanlara "veçhe tayin etme" (yön belirleme) yetkisi artık bulunmamaktadır. Anılan yönleriyle 1924 Anayasası, parlamenter hükümet sisteminin karakteristik özelliklerini yansıtmaktadır. Bununla birlikte, Meclisin hükümeti her an denetleyebilmesi ve düşürebilmesi olanaklı iken; hükümetin Meclisi fesih olanağından yoksun oluşu ve Cumhurbaşkanının tarafsız konuma sahip olmayışı parlamenter sistem anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 1924 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sisteminde hem meclis hükümetinden kalan izleri hem de parlamenter sistemi andıran özellikleri bir arada görmek mümkündür. Bu açıklamalar doğrultusunda 1924 Anayasası'nın öngördüğü sistemin meclis hükümetini andıran yönleri şunlardır[8]: (a) Anayasa'ya göre; "Türk Milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve Millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır." (md.4). "Yasama yetkisi ve yürütme erki Büyük Millet Meclisinde belirir ve onda toplanır" (md.5). (b) Meclis, Hükümeti her zaman denetleyebileceği ve düşürebileceği halde (md.7), Hükümetin Meclisi feshetme yetkisi yoktur.

Öte yandan, 1924 Anayasası'nda öngörülen hükümet sistemi bazı yönlerden parlamenter sistemin işleyişi ile benzerlikler göstermektedir[9]: (a) Meclis yasama yetkisini kendi kullandığı halde (md.6), yürütme yetkisini ancak Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu eliyle kullanabilir (md.7). (b) Hükümetin kurulması konusunda parlamenter sisteme uygun bir model kabul edilmiştir: "Başbakan Cumhurbaşkanınca Meclis üyeleri arasından tayin olunur. Öteki bakanlar Başbakanca seçilip tamamı Cumhurbaşkanınca onandıktan sonra Meclise sunulur. Meclis toplanık değilse sunma işi Meclisin toplanmasına bırakılır. Hükümet tutacağı yolu ve siyasi görüşünü

[8] Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s.29.
[9] Ibid. S. 29.

en geç bir hafta içinde Meclise bildirir ve ondan güven ister" (md.44). 1924 Anayasası'nın 46. maddesinde "Bakanlar Kurulu Hükümetin genel politikasından birlikte sorumludur" denilmek suretiyle "hükümetin kolektif sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir.

Sonuç olarak, 1924 Anayasası'nın öngördüğü hükmet sisteminde yasama ve yürütme teorik olarak birleşmiştir ve Mecliste toplanmıştır. Ancak Meclis sahip olduğu yürütme yetkisini bizzat değil; Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu vasıtasıyla kullanabilmektedir. Yani yürütme görevi veya işlevi Meclise değil Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna aittir[10].

II. 1924 Anayasası Döneminde Yaşanan Siyasal Gelişmeler ve Hükümet Sistemine Yansımaları[11]

A) Genel Olarak

Aslında, 1924 Anayasası'nın öngördüğü hükümet modeli meclisin üstünlüğü ilkesine dayansa da, uygulamada hukuk ötesi faktörler sistemin ters yönde işlemesine yol açmıştır. Bunda, siyasal aktörlerin ve siyasal parti sisteminin önemli bir payı bulunmaktadır. Bir kere, 1946'ya kadar süren tek parti olgusu, parti disiplini ve Atatürk, İnönü gibi güçlü, karizmatik liderlerin de etkisiyle hükümet, meclis karşısında üstün bir konuma gelmiş ve sonuçta meclis, hem hükümeti denetleme işlevini yerine getirememiş, hem de hükümete ve liderlere bağımlı bir çalışma düzeni içinde kalmıştır.

1924 Anayasası, 1946'dan itibaren çok partili rejim döneminde de uygulanmıştır. Ancak, burada hükümet sistemini belirleyici unsur, yasama-yürütme ilişkisinden çok iktidar- muhalefet ilişkisidir. Oysa, 1924 Anayasası iktidar-muhalefet ilişkileri açısından sağlıklı ve dengeli bir siyasal demokrasiyi işletecek kurum ve araçlardan yoksundu[12]. Nitekim, Demokrat Parti'nin, seçim sisteminin de desteğiyle parlamentoda ezici bir çoğunluğa sahip olması karşısında, hükümeti dengeleyecek ya da frenleyecek siyasal ya da yargısal bir mekanizma bulunmuyordu. Bir yasama dönemi için seçilen, milletvekili sıfatı ve partisi ile ilişkisi devam eden ve dolayısıyla tarafsız konumda olmayan Cumhurbaşkanı, hükümeti frenleyici olamazdı ve olmamıştır. Bununla birlikte, 1924 Anayasası, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyebilen bir Anayasa Mahkemesine

[10] Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi 27. Baskı, Bursa, Şubat 2023, s. 31-32.
[11] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010, s.180-197.
[12]

yer vermiş olsaydı; iktidarı, Anayasa'da öngörülen rejimi içinde tutmak yine de mümkün olabilirdi.

1924 Anayasası döneminde yaşanan siyasal gelişmelerin ana ekseni tek parti dönemi ve çok partili dönem olarak ikiye ayrılabilir. Gerçekten de 1924 Anayasası, hem tek- parti döneminde hem de çok partili süreçte yürürlükte olan bir Anayasa olarak parti sistemi ve hükümet sistemi arasındaki etkileşimi görünür kılmıştır. 1924 Anayasasının öngördüğü hükümet sisteminin tek-parti dönemindeki işleyişi ile çok partili rejim sürecindeki işleyişi, tek-parti sistemi ile çok-parti sisteminin parlamenter rejim uygulamaları üzerindeki etkilerini ortaya koymak açısından kayda değer bir öneme sahiptir. 1946 seçimlerinde Demokrat Parti'nin (DP) kısmi de olsa parlamentoda temsil olanağı elde etmesi, parlamentoda iktidar-muhalefet ilişkilerine dayalı iki partili bir yapı ortaya çıkarmıştır. 1950 seçimleri ise, DP'nin ezici bir çoğunlukla parlamentoda temsil olanağı elde etmesi ile sonuçlanmış ve 27 yıllık tek-parti iktidarı demokratik yollarla el değiştirmiştir. Dolayısıyla, 1946 ve özellikle 1950 seçimlerinden sonraki dönemde -Anayasa değiştirilmediği halde- parti sisteminin değişmesiyle yasama-yürütme ilişkileri, iktidar-muhalefet ilişkileri olarak işlemeye başlamış ve öncekine göre bambaşka bir parlamenter rejim uygulaması devreye girmiştir. Gerçekten de 1924 Anayasası'nın öngördüğü kurumlar sisteminde değişiklik olmadığı halde, tek-parti dönemindeki parlamenter sistem uygulaması ile çok parti dönemindeki uygulama yasama-yürütme ilişkilerinde köklü değişikliklere yol açmıştır. Bu nedenle, 1924 Anayasası dönemi, parti sistemlerinde meydana gelen değişikliklerin hükümet sistemi uygulamalarında nasıl bir değişikliğe yol açtığını göstermesi açısından önemli bir süreci ifade etmektedir.

Türkiye, 1923–1946 yılları arasındaki dönemde geçerli olan tek-partili süreçte, demokratik olmayan a-tipik bir parlamenter sistem uygulamasına sahne olmuştur. 1946'dan itibaren ise herhangi bir anayasa değişikliği yapılmaksızın, çok-parti sisteminin geçerli olduğu bir süreç yaşandı. Bu süreçte, 1924 Anayasası'nın iktidar ve muhalefet ilişkilerini kurumsal bir dengeye oturtacak mekanizmalardan yoksun olması ve çoğunluk usulü seçim sisteminin de etkisiyle demokratik istikrar yönünden zayıf, hükümet istikrarı yönünden güçlü bir siyasal rejim gündeme gelmiştir.

B) Hükümet Sisteminin Tek-Parti Dönemindeki İşleyişi

Türkiye'de 1923'ten itibaren 23 yıl süreyle tek-parti rejimi geçerli olmuştur. Bu dönem, tek-parti rejiminin tipik özelliği sayılan parti-devlet

bütünleşmesinin yaşandığı bir süreci ifade etmektedir. Bu sürecin özellikle ilk on yılında her ne kadar çok partili rejime geçilmesi için girişimler olmuşsa da başarı sağlanamamıştır.

CHP'nin kökeni, Eylül 1919'da Sivas Kongresi'nde Mustafa Kemal'in önderliğinde kurulan Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyetine dayanır. Ekim 1923'te Halk Fırkası, Kasım 1924'te ise Cumhuriyet Halk Partisi adını alacak olan bu kurum, ulus-devletin inşasında kurucu bir rol üstlenmiştir[13]. Gerçi, CHP 1923'te kurulduğunda tek-partili bir rejim kurma niyeti ön planda değildi. O nedenle, özellikle ilk dönemlerde geliştirilmiş bir "tek parti ideolojisi"nden söz etmek için çok erkendi. Nitekim bu süreçte, çok partili hayata geçiş denemeleri yapıldıysa da gerek hukuksal düzenlemeler gerekse siyasal gelişmeler, tek partili yönetimin kurulmasına ve 1946'ya kadar devam etmesine uygun bir ortam hazırlamıştır.

Örneğin, Mustafa Kemal ile daha sonra görüş ayrılığı yaşayan bir grup (Rauf Orbay, Adnan Adıvar, Kazım Karabekir, Ali Fuat Cebesoy) 17 Kasım 1924'te "Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası"nı kurmuşlardır[14]. Ancak, Şubat 1925'te Doğu Anadolu' da "Şeyh Sait İsyanı"nın çıkması, Hükümete son derece sert önlemler alabilme yetkisi tanıyan "Takrir-i Sükûn" Yasası'nın kabul edilmesine yol açmıştır. Gerek isyan bölgesi gerekse Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası'nın üyelerinin bu isyandaki rolü, 3 Haziran 1925 tarihinde Hükümet tarafından Takrir-i Sükûn Yasası'na dayanılarak bu Fırka'nın kapatılmasına yol açmıştır[15]. Takrir-i Sükûn Yasası 1929 yılına kadar yürürlükte kalmış ve CHP bu dönemde her açıdan bir iktidar tekeli kurmuştur[16].

Ancak tek-parti rejimi sürecinde, çok partili rejime geçiş yönünde yapılan girişimlerden biri de 12 Ağustos 1930'da Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın (SCF) kuruluşu ile olmuştur. Bir yandan, 1929 dünya ekonomik bunalımının olumsuz etkileri, öte yandan, tek-parti yönetiminin eleştiriden uzak ve sorumsuz konumu ve Devrime duyulan tepki, Mustafa Kemal'in bir çeşit "güvenlik sübabı" işlevi görecek güdümlü bir muhalefet partisi kurdurmaya itmiştir. Bu amaçla Mustafa Kemal, eski arkadaşı Fethi Okyar'a cumhuriyet ve laiklik ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla yeni bir parti kurma

[13] Feroz AHMAD, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980)**, (çev. A. Fethi Yıldırım) Hil Yayını, 3. bası, İstanbul, 2007, s.16.

[14] Mete TUNÇAY, **Tek Parti Yönetiminin Kurulması**, Cem Yayınevi, 3. bası, İstanbul, 1992, s. 99-109.

[15] Mete TUNÇAY, **Tek Parti Yönetiminin Kurulması,** s. 146-148; Tarık Zafer TUNAYA, **Türkiye'de Siyasi Partiler,** İstanbul, 1952, s. 614

[16] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, (çev. Yasemin Saner) İletişim Yayınları, 24. bası, İstanbul, 2009, s. 261.

teklifinde bulunmuş, Fethi Okyar da bu teklifi hükümetin yeni parti çalışmalarına engel olmaması kaydıyla kabul etmiştir. Bu koşullar altında Ağustos 1930'da kurulan SCF ilgi ve heyecanla karşılanmış, Partinin şubeleri yoğun üyelik başvuruları ile karşılaşmıştır. Hatta Ekim 1930'da yapılan belediye seçimlerinde; SCF 502 belediyeden 30'unu kazanabilmiştir. Ancak, SCF'nin seçimlerde gösterdiği bu mütevazı başarı dahi CHP yönetimini rahatsız etmiştir. Fethi Bey ise, CHP'yi seçimlerde usulsüzlük yapmak ve seçimlere hile karıştırmakla suçlamıştır. Öte yandan, Cumhuriyet düşmanı, halife yanlısı ve dinci çevrelerin SCF'yi muhalif bir kalkan olarak kullanma eğiliminde olduklarının sezilmesi gerginliğin dozunu artırmış ve SCF'ye şüphe ile yaklaşılmasına ve yöneticilerinin de vatan hainliği ile suçlanmasına neden olmuştur. Bu ortamda Mustafa Kemal daha fazla tarafsız kalamayacağını Fethi Bey'e bildirmiş, Fethi Bey de Cumhurbaşkanının şahsına karşı siyasal bir muhalefet yürütmek istemediği ve başka da seçeneği kalmadığı için 16 Kasım 1930'da SCF'yi feshetmiştir[17] . Bu süreçte, SCF dışında başka partilerin kurulması da hükümet tarafından hoş karşılanmamıştır[18]. Özellikle 1930'dan sonra, tek-parti yönetimi kendi ideolojisini daha kesin çizgilerle belirlemeye başlamıştır. 1936'da yapılan CHP Kongresi'nde ise, parti-devlet özdeşliği kurulmuştur. Buna göre; İçişleri Bakanı Parti'nin genel sekreteri, valiler de Parti'nin il başkanı sayılmışlardır.1937'de yapılan Anayasa değişiklikleriyle CHP'nin altı ilkesine anayasallık kazandırılmıştır[19]. Atatürk'ün ölümünden hemen sonra İsmet İnönü Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Aralık 1938'de yapılan olağanüstü Kongreyle Parti tüzüğü değiştirilerek, Atatürk partinin kurucusu ve ebedi başkanı olarak ilan edilmiş, İsmet İnönü de "Milli Şef" ünvanı alarak parti

[17] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 264-265. Mümtaz SOYSAL, **Anayasaya Giriş**, AÜSBF yayını, Ankara 1968, s. 136-137.

[18] Bu dönemde kurulan ve Hükümet tarafından kapatılan başka partiler de olmuştur. Bunlardan biri Abdülkadir Kemali Bey tarafından 26 Eylül 1930'da kurulan "Ahali Cumhuriyet Fırkası"dır. Bu Fırka, kuruluşundan üç ay sonra (21 Aralık 1930) Hükümet tarafından kapatılmıştır. Diğer kurulan bir parti ise, "Türk Cumhuriyet Amele Partisi"dir. 29 Eylül 1930'da Mimar Kazım Tahsin Bey tarafından kurulan bu parti, resmi kayıtlara göre komünist eğilimli sayıldığından, Hükümet tarafından faaliyetine izin verilmemiştir. Haziran 1931'de de Arif Oruç tarafından kurulmak istenen "Layık Cumhuriyetçi İşçi ve Çiftçi Fırkası"na Hükümet izin vermemiştir. Bkz. Mete TUNÇAY, **Tek Parti Yönetiminin Kurulması,** s. 273-282.

[19] Ahmet N. YÜCEKÖK, **Türkiye'de Parlamentonun Evrimi**, AÜSBF yayını, Ankara 1983, s. 113-116.

genel başkanı olmuştur[20]. Böylece, 1923 yılından 1946'ya kadar toplam 23 yıl boyunca CHP tek parti olarak yönetimi elinde tutmuştur. Çok partili rejim girişimlerinin başarısızlıkla sonuçlanması ve gelişen süreçte tek parti ile devletin özdeşleşmesi CHP'yi "parti devleti"ne[21] ya da "devlet partisi"ne[22] dönüştürmüştür.

Buna karşın, Türkiye'deki tek-parti uygulaması çağdaşlarına nazaran hiçbir zaman totaliter bir nitelik taşımamıştır[23]. Nitekim Duverger, Türkiye'deki tek-parti uygulamasının Mussolini'nin İtalyası ve Hitler'in Almanyası ile karşılaştırıldığında; Faşist ve Komünist çağdaşlarından farklı olduğunu, Parti'nin batılılaşma hedefi doğrultusunda modernleşmeci bir programa sahip olduğunu ve her şeye rağmen, egemenlik anlayışı ile demokratik özü kavrayan bir yaklaşım içinde olduğunu ifade etmektedir [24]:

> "Bu partinin (CHP) başta gelen özelliği, demokratik ideolojisindedir. Bu ideoloji, hiçbir zaman, Faşist ya da Komünist kardeşleri gibi, bir Tarikat ya da Kilise niteliği taşımamış; üyelerine bir iman ya da mistik empoze etmemiştir; Kemalist Devrim, özü bakımından programatiktir. Ödevi, Orta Doğu uluslarının modernleşmesini önleyen başlıca engele yani İslamiyete karşı mücadele ederek, Türkiye'yi "Batılılaştırmak" olmuştur. (…) Cumhuriyet Halk Partisi'nin tutumu, zaman zaman, Fransız Radikal Sosyalist Partisi'nin altın çağındaki tutumuyla kıyaslanmıştır; böyle

[20] Feroz AHMAD, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945–1980)**, s. 21-22; Taha PARLA, **Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye'nin Siyasal Rejimi**, Onur Yayınları, İstanbul, 1986, s. 137-146.

[21] Mahmut GOLOĞLU, **Tek Partili Cumhuriyet**, Ankara 1974, s. 189-193.

[22] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri,** s. 316; Taha PARLA, **Türkiye'nin Siyasal Rejimi**, s. 143.

[23] Özbudun, tek parti döneminin totaliter değil buna karşı otoriter nitelik taşıdığı görüşündedir: "*Türkiye'nin totaliter geçmişi yoktur. Türkiye'yi 1923'ten 1946'ya kadar yöneten CHP'nin tek parti rejimi totaliter bir rejimden ziyade otoriterdi; dolayısıyla bu rejim sınırlı bir çoğulculuğa izin vermiştir ve siyasal olmayan alanlardaki sivil toplumun ifadelerinin hepsini bastırmaya çalışmamıştır*." Bkz. Ergun ÖZBUDUN**, Çağdaş Türk Politikası** -Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller-, (çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitap, 2. Bası, İstanbul, Eylül 2007, s.11. Bülent Tanör de, Türkiye'deki tek parti modelinin çağdaşlarına göre daha özgün bir nitelik taşıdığını ifade etmektedir: "*Türkiye'de tek parti model, faşist modelden farklı olarak sürekli değil geçici, faşist ve komünist tek partili düzenlerden farklı olarak da totaliter değil otoriter nitelikteydi; bir vesayet partisi modeliydi. Aydınlanma düşüncesi, ulusal-demokratik egemenliğe dayalı cumhuriyet ilkesi ve çok partililik denemeleri (1924–1930), Devrim'i Demokrasi'yle tamamlamak hedefini sürekli gündemde tutmuştu*." Bkz. Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)**, s. 338.

[24] Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, Bilgi Yayınevi, 4. bası, Ankara, 1993, .s. 359-360.

> bir kıyaslama hiç de saçma değildir. Adının "Cumhuriyetçi" oluşu bile, bu partiyi, yirminci yüzyılın otoriter rejimlerinden çok, Fransız Devrimine ve 19. yüzyıl terminolojisine yaklaştırmaktadır. Konvansiyon örneğine uygun olarak bütün iktidarı Büyük Millet Meclisine veren ve ayrı bir yürütme organı kurmayı reddeden Türk Anayasası da bu benzerliği doğrulamaktadır. Sözü geçen Anayasanın tümü, onda kuvvetle ifade olunan ulusal egemenlik ilkesine dayanır."
>
> "(…) Türk tek-parti sistemi hiçbir zaman bir tek parti doktrinin dayanmamış; tekele resmi bir nitelik vermemiş; onu sınıfsız bir toplumun varlığıyla ya da parlamenter çekişmeleri ve liberal demokrasiyi ortadan kaldırma arzusuyla meşrulaştırmaya çalışmamıştır. (..) Kemal çeşitli fırsatlarda bu tekele son vermeye çalışmıştır ki, bu olgu tek başına bile derin bir anlam taşımaktadır."

Atatürk'ün Serbest Cumhuriyet Fırkası'nın kuruluş çalışmaları esnasında Fethi Okyar'a söylediği sözler, Duverger'in yukarıdaki saptamalarını doğrular niteliktedir[25]:

> "Bugünkü manzaramız aşağı yukarı bir diktatör manzarasıdır. Vakıa bir meclis vardır. Fakat dâhilde ve hariçte bize diktatör nazarıyla bakıyorlar… Hâlbuki ben Cumhuriyet'i şahsi menfaatlerim için yapmadım. Hepimiz faniyiz. Ben öldükten sonra arkamda kalacak müessese bir istibdat müessesesidir. Ben ise millete miras olarak bir istibdat müessesesi bırakmak ve tarihe o suretle geçmek istemiyorum."

Türkiye'de uygulanan tek-parti sistemi acaba 1924 Anayasası'nda öngörülen hükümet sistemi ile ne denli örtüşmekteydi? Ya da CHP'nin tek-parti iktidarı parlamenter rejim uygulamasını ne ölçüde mümkün kılmıştır?

Aslında, 1924 Anayasası'nın öngördüğü parlamenter hükümet modeli her ne kadar meclisin üstünlüğü fikrine dayansa da, tek-parti sistemi uygulamada farklı hatta zıt sonuçlar yaratmıştır. Parlamenter rejim her şeyden önce iktidar-muhalefet ilişkileri biçiminde doğup gelişmiş bir hükümet sistemidir. Bu nedenle, anayasa ile kurgulanmış bir parlamenter hükümet modelinin tek-parti sistemindeki sonuçları, klasik parlamenter rejim uygulamaları açısından a-tipiktir. Teorik olarak bakıldığında; anayasa ile kurgulanmış bir parlamenter hükümet sisteminin herhangi bir parti sisteminde işlemesi mümkün görünmektedir. Bununla birlikte, tek-parti sisteminde, parlamenter hükümet modeline ilişkin anayasal çerçeve,

[25] Fethi OKYAR, **Üç Devirde Bir Adam**, Tercüman Yayınları, İstanbul, 1980, s. 392-393; akt., Ergun ÖZBUDUN**, Çağdaş Türk Politikası**, s. 28.

tek-parti tarafından içi boşaltılmış ve anlamını yitirmiş bir anayasal kılıftan öteye geçmez. Tek-partinin otoriter yapısı parlamenter muhalefete izin vermeyeceği gibi, parti-devlet kaynaşması nedeniyle parlamento, hükümet gibi siyasal kurumları da kendisinin bir uzvu olarak görür.

Tek-parti sisteminin parlamenter rejim üzerindeki etkilerine gelince; iki-parti ve çok-parti sisteminden oldukça farklı bir nitelik taşıyan tek-parti sistemi, demokratik olmayan bir a-tipik parlamenter hükümet uygulamasına yol açar. Her şeyden önce, tek-parti sisteminde her seçim çevresinde tek aday söz konusu olduğundan, seçimler gerçek bir seçim olmaktan öte plebisit niteliğindedir. Duverger'nin ifade ettiği gibi[26]; "tek-parti aynı zamanda parlamentoda muhalefetin bulunmaması anlamına gelir, parlamentoda hükümet lehine oybirliği vardır: Şu halde, parlamenter sistem boş bir biçimden, içi boşaltılmış kabuktan başka bir şey değildir."

Türkiye'deki tek parti rejiminin klasik parlamenter hükümet sisteminden ayrılan tek yönü, iktidar-muhalefet ilişkilerinin yokluğu değildir. Yürütme içinde de güçlü unsur hükümet değil, Cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanının tek-partinin genel başkanı olması ve istediği kişiyi Başbakan olarak atama yetkisine sahip oluşu, onun Başbakan ve hükümet üzerinde siyasal bir otorite kurmasını olanaklı hale getirmiştir. Tek-parti dönemi boyunca başbakanlar cumhurbaşkanı ile ters düşmemeye özen göstermiş ve onun tarafından kararlaştırılan politikaları uygulamışlardır[27]. Bu anlamda 1923'ten 1938'e kadar parti genel başkanlığı ve cumhurbaşkanlığı görevini yürüten Atatürk ve Atatürk'ün ölümünden sonra Cumhurbaşkanı seçilen ve 1950'ye kadar bu görevi sürdüren İsmet İnönü tartışmasız lider konumlarıyla hükümet ve parlamento üzerinde baskın ve yönlendirici bir rol oynamışlardır.

Bu değerlendirmeler ışığında, Türkiye'de 1946'ya kadar süren tek parti olgusu, meclisin değil hükümetin ve özellikle tek-partinin de lideri olan Cumhurbaşkanının güçlü bir konum kazanmasını sağlamıştır. Atatürk, İnönü gibi karizmatik liderlerin hem parti lideri olarak hem de cumhurbaşkanı olarak sahip oldukları siyasal güç, yürütmeyi meclis karşısında üstün bir konuma getirmiştir. Tek parti dönemi boyunca dört yılda bir yapılan milletvekilleri seçimleri ise, biçimsel bir işlevle sınırlı kalmıştır[28]. Sonuçta

[26] Maurice DUVERGER**, Siyasal Rejimler**, s. 119.

[27] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 263; Selim DERİNGİL, **Turkish Foreign Policy During the Second World War: Active Neutrality**, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p.56-57.

[28] Bu dönemde yapılan seçimlerin sınırlı işlevine dikkat çeken Zürcher'e göre; "Meclisteki sandalyeler için aday listeleri, parti genel başkanı, fiili genel başkan ve genel sekreter

Meclis, hem hükümeti denetleme işlevini yerine getirememiş, hem de hükümete ve liderlere bağımlı bir çalışma düzeni içinde kalmıştır.

C) Hükümet Sisteminin Çok Partili Dönemdeki (1946–1960) İşleyişi

Türkiye'de tek-parti rejiminden çok parti rejimine geçiş, ulusal ve uluslararası konjonktürün etkisi ile tek parti liderliği tarafından başlatılan ve kontrol edilen bir süreci ifade etmektedir[29]. Bu nedenle, otoritarizmden yarışmalı siyasete geçiş anlamına gelen bu süreç, bir "kopma" (ruptura) olmadan *reforma* biçiminde gerçekleşmiştir[30]. II. Dünya Savaşı sonrasında, anti-demokratik rejimlerin yıkılıp yerini çok partili demokratik rejimlerin alması, Türkiye'de de çok partili rejime geçmek konusunda olumlu bir etki yaratmıştır. 1923'ten 1946'ya kadar süren tek-parti uygulaması sırasında, devrim niteliğindeki yeni düzenlemeler geleneksel toplum kesimlerinde hoşnutsuzluk yaratmış ve tek parti iktidarı da bu gelişmeler sonucu ister istemez yıpranmıştır. Böylece, 1945'ten sonra değişen dünya koşulları Türkiye'ye de yansımış giderek gelişen ticaret ve tarım burjuvazisi tek-partinin dar kalıplarından kurtulma arayışına girmiştir[31].

Bu süreçte, CHP lideri ve Cumhurbaşkanı İsmet İnönü'nün 1 Kasım 1944 ve 19 Mayıs 1945'te demokrasi ve liberalleşme vurgulu konuşmaları, çok partili rejime geçişin ilk işareti olarak algılanmıştır[32]. Ancak bu süreç, öncelikle CHP içindeki muhalefetin gelişmesi ve harekete geçmesi ile hız ve taban kazanmıştır. Bu muhalefetin doğuşunda ise, özellikle toprak reformu yasa tasarısına karşı CHP içinde baş gösteren direnmeler etkili olmuştur. CHP içinde bu muhalefete öncülük eden dört milletvekili (Celal Bayar, Adnan Menderes, Fuat Köprülü, Refik Koraltan) bu Yasa'nın görüşülmesi aşamasında meclis grubuna bir önerge verdiler (7 Haziran 1945). "Dörtlü Takrir" diye anılan bu önergede; Meclis denetiminin etkinleştirilmesi, yasalardaki ve parti tüzüğündeki anti-demokratik düzenlemelerin

tarafından belirleniyor, sonra da parti kongresinde onaylanıyordu. Etkin parti üyesi bile olsalar yurttaşların kendi inisiyatifleriyle meclise seçilme ihtimalleri yoktu. Seçimler sıkı şekilde kontrol altında tutulsa bile, 5 Aralık 1934'te kadınlara oy kullanma ve seçilme hakkının tanınmış olması, Türk kadınlarının erkeklerle eşit haklar kazanması yolunda yine de önemli bir adımdı. Mart 1935'ten itibaren Büyük Millet Meclisi'nde 18 kadın milletvekili yer aldı. En azından bu açıdan Türkiye Avrupa'nın en gelişmiş üyelerini yakalamıştı." Bkz. Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 263.

[29] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 303-315.

[30] Ergun ÖZBUDUN**, Çağdaş Türk Politikası**, s.20.

[31] Ahmet N. YÜCEKÖK, **Türkiye'de Parlamentonun Evrimi,** s. 126.

[32] Ergun ÖZBUDUN**, Çağdaş Türk Politikası**, s. 20-21.

kaldırılması ve demokratik bir düzene geçilmesi isteniyordu. Ancak yasa değişikliği, meclisi, tüzük değişikliği ise, parti kurultayını ilgilendirdiği gerekçesi ile bu önerge reddedilmiştir. Bu önergede imzası olan dört milletvekili eleştirilerini basın yoluyla da sürdürünce bunlardan üçü partiden ihraç edildiler ve dördüncüsü Celal Bayar da hem partiden hem de milletvekilliğinden istifa etti[33].

İnönü, parti içinde bir hizip olarak muhalefet etmek yerine, açık bir şekilde ortaya çıkarak muhalefet etme konusunda muhalifleri teşvik etmiştir. Hatta yeni partinin kuruluş hazırlıklarında Bayar ve İnönü birlikte çalıştılar. Bayar'ın eski bir Jön Türk oluşu ve laikliği temel ilke olarak kabul ettiğine inanılması, yeni kurulacak olan partinin CHP yönetimi tarafından hoş karşılanmasını kolaylaştırdı. Bu gelişmeler doğrultusunda Demokrat Parti (DP) 7 Ocak 1946'da kuruldu[34]. Aslında başka bir muhalefet partisi, varlıklı bir sanayici olan Nuri Demirağ tarafından daha önce kurulmuştu (Milli Kalkınma Partisi -18 Eylül 1945). Ancak, bu partinin içinde deneyimli hiçbir siyasetçi yoktu ve Millet Meclisi'nde de temsilcisi bulunmuyordu. Bu nedenle, parti yeterince etkili değildi ve az desteğe sahipti. Siyasal yaşamda yeterince etkili olamayan Milli Kalkınma Partisi'ni saymazsak; CHP karşısında ilk etkili muhalefet "Dörtlü Takrir" metnini imzalayanların kurduğu Demokrat Parti (DP) tarafından yapılmıştır[35]. DP'nin halk tarafından yoğun ilgiyle karşılanması CHP'yi rahatsız etti ve DP'yi hazırlıksız yakalamak amacıyla, Temmuz 1947'de yapılması gereken seçimlerin, bir yıl erkene alınması kararlaştırıldı. 20 Temmuz 1947'de ise, DP içindeki muhalif sertlik yanlıları bu partiden koparak, dini eğilimleri kuvvetli olan Millet Partisini kurdular.

DP, henüz gizli oy ve açık sayımın geçerli olmadığı ve liste usulü çoğunluk seçim sisteminin geçerli olduğu 21 Temmuz 1946 seçimlerinde 61 sandalye elde ederken; CHP 397 sandalye elde etti. İnönü Ağustos 1946'da tek parti devletinin koyu taraftarı sayılan Recep Peker'i başbakan olarak atadı. Peker Hükümeti ile DP arasında yaşanan yüksek gerilimli mücadele iki tarafı kopma noktasına getirirken, Cumhurbaşkanı İnönü araya girerek Peker ve Bayar ile ayrı ayrı görüştü ve sonra da "12 Temmuz

[33] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 340.
[34] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 311.
[35] Partiler için serbest kuruluş ilkesi, DP'nin kuruluşundan beş ay sonra kabul edilmiştir. 1938 yılında çıkarılan 3512 sayılı "Cemiyetler Kanunu", önceden izin alma koşulu yanında dernek ve partiler üzerinde Hükümete çok sıkı denetim yapma ve hatta kapatma yetkisi tanıyordu. Bu düzenleme, 5 Haziran 1946 tarihli ve 4919 sayılı Yasa ile değiştirilerek ilk defa dernek- parti ayrımı yapıldı ve kuruluşta serbestlik ilkesi tanındı.

Beyannamesi"ni yayınladı. Bu Beyanname ile klasik parlamenter demokrasinin iktidar-muhalefet ilişkileri rayına oturtuluyor ve devlet aygıtının her iki partiye de tarafsız ve adil davranması isteniyordu[36]:

> "Devrimci değil yasal yöntemler kullanan bir muhalefet partisi iktidardaki partinin sahip olduğu imtiyazlara sahip olmalıdır. Dolayısıyla, devlet başkanı olarak, ben kendimi bu iki partiye de aynı derecede sorumlu görmekteyim… İdarenin hukuk ve düzeni sağlaması konusundaki sorumluluğu bir gerçektir … Muhalefet, iktidardaki partiden korkmadan güven içinde çalışacaktır… Yönetim, muhalefetin yalnızca kendisine yasal olarak verilmiş olan hakları istediğini düşünecek ve vatandaşlar da güven ve huzur içinde idare yetkilerine bir partinin ya da diğerinin sahip olma olasılığını görecektir. Bu hedefin önündeki engeller temel olarak psikolojiktir ve bu engelleri aşmak için muhalefet ve iktidar liderlerinden gerçek anlamda iş birliği yapmalarını istiyorum."

Bunun üzerine, İnönü ile olan ayrılıkları yüzünden Recep Peker İstifa etti ve yerine 10 Eylül 1947'de daha ılımlı olan Hasan Saka atandı. 1949'da ise Hasan Saka'nın yerine daha uzlaşmacı bir kişi olan ve liberal eğilimleriyle bilinen Prof. Dr. Şemsettin Günaltay getirildi.

Ancak, tüm bu süreç boyunca seçimlere hile karıştırıldığını ileri süren DP, seçim yasasının değiştirilmesini, idarenin tarafsızlığının sağlanmasını, cumhurbaşkanlığı ile parti genel başkanlığının birbirinden ayrılmasını savundu. CHP ile DP birbirlerini komünizme karşı müsamaha göstermekle de suçluyorlardı. Ayrıca, DP 1950'de yapılacak seçimlerin serbest, adil ve tarafsızlığını sağlayan bir yasa değişikliği yapılmadığı takdirde seçimleri boykot etmekle tehdit ediyordu. Yaşanan olaylar, DP ile CHP Hükümeti arasındaki gerilimin artmasına neden oldu. Ancak, Cumhurbaşkanı İsmet İnönü'nün ılımlı ve uzlaştırmacı tutumu, yaşanan gerginliği kısmen de olsa yatıştırdı. Sonunda yeni seçim yasası yapılarak "gizli oy", "açık sayım", "bağımsız yargı denetimi" esası getirildi ve 14 Mayıs 1950 seçimleri bu koşullar altında gerçekleştirildi[37].

Yapılan seçimde, DP %52,7'lik oy oranı ile toplam sandalye sayısının %85,2'sini elde ederek 27 yıllık CHP iktidarına son verdi. Toplam oyların %39,4'ünü elde eden CHP ise, seçim sisteminin de etkisiyle Mecliste ancak

---

[36] Kemal KARPAT, **Turkey's Politics: The Transition to a Multi-Party System**, Princeton University Press, Princeton, 1959, s. 191-192; akt., Ergun ÖZBUDUN**, Çağdaş Türk Politikası**, s. 22.

[37] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 341-343; Tevfik ÇAVDAR, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, İmge kitabevi, 4. bası, Ankara 2008, s. 13-15.

%14,2'lik bir temsil olanağı bulabildi[38]. Böylece DP, Meclisteçoğunluğu elde ederek 415 milletvekili ile iktidar partisi olurken 27 yıldır aralıksız iktidarda olan CHP ilk kez 69 milletvekiliyle muhalefet partisi rolünü üstlenmiştir. İsmet İnönü ise, 14 yıllık başbakanlık ve 12 yıllık cumhurbaşkanlığından sonra, iktidarı büyük bir nezaketle devrederek, muhalefet liderliği görevini üstlenmiştir. 1950'de iktidarı DP'ye devreden CHP, bugüne kadar geçen altmış yıllık süre boyunca, hiçbir zaman tek başına hükümet etme olanağı elde edemeyecektir.

1950 seçimleri sonucu oluşan meclisin yaptığı ilk işlerden biri DP'nin kurucusu Celal Bayar'ı Cumhurbaşkanı seçmek oldu. Bayar başbakanlık görevini ise halkın desteğini aldığı için Adnan Menderes'e verdi. Menderes başbakanlık görevinin yanı sıra DP'nin genel başkanlığı görevini de üstlendi[39]. Böylece parti başkanı cumhurbaşkanı geleneği terk ediliyor, parti başkanı başbakan modeli benimsenmiş oluyordu.

Her iki parti, üstlendikleri yeni rollerine uyum sağlamakta güçlük çekiyorlardı. CHP'nin 27 yıllık iktidarı son bulmuş, DP ise dört yıllık muhalefetin ardından iktidar olmuştu. 1924 Anayasası da, iktidar-muhalefet ilişkilerini dengeleyecek ikinci meclis ya da anayasa mahkemesi gibi anayasal mekanizmaları içermiyordu. Aynı biçimde, 1927 tarihli Meclis içtüzüğü de demokratik parlamenter sisteme uygun bir iktidar-muhalefet ilişkisine yabancıydı[40]. Mecliste ezici çoğunluğa sahip olan DP muhalefeti sindirmeye kararlıydı. Aralık 1953'te CHP'nin bütün malvarlığına el koyarak Hazineye devretti. CHP ile bağlantılı olan ve 1951'de kapatılan Halkevleriyle Halk Odalarının mallarına da el konarak Hazineye devredildi[41].

1954'te yapılan seçimler DP'nin gücünü daha da artırmış ve cılız bir parlamenter muhalefet yaratmıştı. DP %58,4'lük oy oranı ile 503 milletvekili çıkarırken CHP %35,1'lik oy oranına karşın yalnızca 31 milletvekili çıkarabilmiştir. Ancak 1957 seçimlerine gelindiğinde ekonomik durgunlaşma baş göstermişti. Kırsal kesimde köylü ve çiftçinin durumunda liberalleşme çabalarının bir sonucu olarak iyileşme olmuştu; ama yine de bu kesimlerin desteğinde azalma görülüyordu. Esas sorun ise, aydınların,

[38] Emine YAVAŞGEL,… **Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 159.
[39] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 323-324.
[40] Necmi YÜZBAŞIOĞLU- Ekrem Ali AKARTÜRK, "*Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Modeli Üzerine Düşünceler"*, **Maltepe Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 2005/2, İstanbul, s. 217.
[41] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 326. Tevfik ÇAVDAR, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, s. 43-44.

bürokrasinin ve ordu mensuplarının Hükümete desteğinin eksilmesiydi. Hükümetin artan otoriter eğilimleri ve ekonomik sıkıntılar memur, öğretmen, öğretim üyesi ve subay gibi toplumun maaşlı ve eğitimli kesimlerinde memnuniyetsizlik yaratıyordu[42].

1957'de yapılan genel seçimlerde de yine seçim sisteminin etkisiyle DP elde ettiği oy oranının çok üstünde ve birinci parti olarak iktidarını korudu; ancak oy oranları geçen döneme göre düştü. Bu seçimlerde DP %47,9'luk oy oranı ile mecliste %69,6 ile temsil imkânı kazandı. Buna karşı, CHP %41,1'lik oy oranı elde etmesine karşın mecliste %29,2 oranında temsil ediliyordu. Böylece, 1957 seçimlerinde de liste usulü çoğunluk sistemi DP lehine aşkın temsil yaratmıştı. DP, 424 milletvekili çıkarmasına karşılık; CHP, 178 milletvekili çıkarabildi[43]. Liste usulü çoğunluk yöntemi mecliste toplumdaki değişik görüşlerin temsil edilmesine olanak vermediğinden ve iktidar-muhalefet dengesini saptırdığından, meclisin demokratik meşruiyeti ve temsil yeteneği sınırlıydı. Bu durum, iktidar ile muhalefet arasında yaşanan siyasal gerilimin nedenlerinden biriydi. Son seçimlerle birlikte Adnan Menderes parti içindeki konumunu daha da güçlendirdi. Seçimlerden sonra birçok muhalifi partiden ihraç etti. Zaten seçilen milletvekillerinin çoğunu kendisi belirlemişti. Bu güçlü konumu Menderes'in tavırlarına da yansımıştı; eleştirilere karşı daha tahammülsüzdü ve otoriter eğilimler gösteriyordu. Ayrıca, DP'nin devletin laik niteliğini saptırdığı dini inanç ve duyguları siyasal istismar konusu yaptığı yönünde muhalif eleştiriler yapılıyordu.

Öte yandan, sosyal ve ekonomik alanda ortaya çıkan ağır sorunlar, DP'ye karşı etkili bir muhalefetin gelişmesine neden oldu. DP iktidarı, toplumsal sorunların çözümünde zorlanınca anti-demokratik ve hukuk dışı yöntemlerle muhalefeti sindirmeye yöneldi. Öncelikle üniversitelerden yükselen demokrasi isteklerini bastırmak üzere, öğretim üyelerinin siyasal

[42] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 335.

[43] 1946 seçimleri 5 Haziran 1946 tarih ve 4918 sayılı Mebus Seçimi Kanununa göre, 1950, 1954 ve 1957 seçimleri ise 16 Şubat 1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu'na göre yapılmıştır. Bu dönem yapılan seçimler temsilde adaletle bağdaşmayan çoğunluk liste usulüne göre yapılmıştır. Bu usulde, bir seçim çevresinde birden çok milletvekili seçilmekte ve siyasal partiler, seçilecek milletvekili sayısı kadar aday belirleyerek listelerini oluşturmaktadırlar. Bir seçim çevresinde milletvekillerinin tümü en fazla oy alan parti tarafından kazanılmakta, diğer partiler milletvekili çıkaramamaktadır. Bkz. Erol TUNCER**, Osmanlı'dan Günümüze Seçimler (1877-2002)**, TESAV Yayını, Ankara, 2003, s. 111; Emine YAVAŞGEL,… **Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum**, s. 161.

kuruluşlarda görev almaları, siyasal yayın ve açıklamada bulunmaları 21.07.1953 tarihli ve 6185 sayılı Yasa ile yasaklandı. Bundan beş ay sonra, "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi"ne ilişkin 6195 sayılı Yasa ile Parti'nin malvarlığına el kondu. 1954 seçimlerinden kısa bir süre önce, Millet Partisi, "din, mezhep ve tarikat esaslarına dayanan bir dernek" olduğu gerekçesiyle, Ankara 4.Sulh Ceza Mahkemesi tarafından kapatıldı[44].

Ancak, bardağı taşıran en son gelişme, "muhalefetin ve bir kısım basının yıkıcı faaliyetleri hakkında tahkikat icra etmek", üzere "Meclis Tahkikat Komisyonu" kurulmasına ilişkin DP çoğunluğunun oluşturduğu Meclis kararı oldu (18 Nisan 1960). Buna göre; Komisyon, basın kuruluşları ve partilerin faaliyetleri ile ilgili olarak sınırlayıcı ve yasaklayıcı bir dizi yetki ile donatıldı. Bununla da yetinilmedi ve Komisyona yasama, yürütme ve yargı yetkileri tanıyan bir Yasa[45] çıkarıldı. Böylece Meclis'te ezici çoğunluğa sahip DP iktidarı ile CHP'nin öncülüğünü yaptığı muhalefet arasındaki gerginlik iyice tırmandı[46].

Bu gerginlik, değişik toplum kesimlerine olduğu gibi Türk Silahlı Kuvvetlerine de yansıdı. Zaten ordu ile hükümet arasında bir güvensizlik havası daha önceden doğmuştu. Aralık 1957'de dokuz subay hükümete karşı bir gizli tertip hazırlamaktan dolayı tutuklanmıştı. DP yönetimi, ordunun önde gelen subaylarının eski CHP yönetimiyle ve özellikle İsmet Paşa ile yakın ilişkilerinden dolayı orduya karşı hep güvensizlik duymuşlardı[47]. Nihayet, 27 Mayıs 1960'ta "kardeş kavgasına meydan vermemek" ve demokrasiyi içine düştüğü buhrandan" kurtarmak amacıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinin ülke yönetimine el koyduğu ilan edildi.

III. Sonuç ve Değerlendirme

Yukarıda ifade edildiği gibi, 1924 Anayasası ve onun öngördüğü hükümet modeli 1924'ten 1946'ya kadar tek-parti rejiminde, 1946'dan 27 Mayıs 1960'a kadar da çok partili rejimde geçerli olmuştur. Parlamenter sistemin 1946–1960 yılları arasında geçen çok partili görünümü, kuşkusuz tek parti döneminden oldukça farklı nitelikler sergilemiştir. Bu farklılıkları, özellikle parti sistemini baz alarak değerlendirdiğimizde bazı sonuçlara

[44] Nermin ABADAN, **1965 Seçimlerinin Tahlili**, AÜSBF Yayını, Ankara 1966, s. 23; Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 352.

[45] 27.04.1960 tarihli 7468 sayılı "TBMM Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun".

[46] Tevfik ÇAVDAR, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, s. 74-75; Nermin ABADAN, **1965 Seçimlerinin Tahlili**, s. 24-25; Mümtaz SOYSAL, **Anayasaya Giriş**, s. 141; Bülent TANÖR, **İki Anayasa 1961 ve 1982**, Beta yayını, 2. Baskı, İstanbul, 1991, s. 14.

[47] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 347.

ulaşmak mümkündür: Her şeyden önce, 1946'da çok partili rejime geçtikten sonra, 1960'a kadar uzanan süreçte iki-parti sisteminin egemen olduğunu görüyoruz. Başka bir deyişle, söz konusu dönemde başka küçük partiler de yer almakla birlikte siyasal mücadele CHP ile DP arasında yaşandığından, iki-parti sisteminin geçerli olduğu kabul edilmektedir[48]. Bununla birlikte, her iki parti arasında politik alternansın gerçekleşme olasılığı oldukça zayıftır; bu nedenle, söz konusu dönem için gerçek bir iki-parti sisteminden değil; belki hâkim-parti sisteminden[49] söz etmek daha doğru olabilir. İki-parti sistemi, hükümetin iki parti arasında el değiştirmesi olasılığı yüksek olduğu bir siyasal yapıyı gerektirir. Oysa DP, 1950, 1954 ve 1957 seçimlerinde üst üste parlamentoda ezici çoğunluklarla temsil edilmiş ve hükümet etme sırasını CHP'ye kaptırmamıştır.

Öte yandan, tek parti döneminde Cumhurbaşkanı yürütmenin hâkim unsuruyken, özellikle 1950'de Adnan Menderes'in Başbakan olmasıyla birlikte, yürütmenin hâkim unsuru Başbakan olmuştur. Yürütme içinde Başbakanın devlet başkanı karşısında güçlenmesi, özünde anayasal düzenlemelerin değil, siyasal güç dengelerinin ürünüdür. Çünkü tek-parti döneminde, Cumhurbaşkanları (Atatürk ve İnönü) aynı zamanda CHP'nin de genel başkanlığını yürütüyorlardı. Parti liderliği, cumhurbaşkanlarına, başbakan ve hükümet üzerinde siyasal bir otorite kurmasını sağlıyordu. Buna karşın, 1950'den itibaren yürütmenin ağırlık merkezi Cumhurbaşkanı Celal Bayar değil; Başbakan Menderes'tir. Çünkü Bayar, 1950'de Cumhurbaşkanı seçildiğinde DP'nin Genel Başkanlığını da bırakmıştır; Menderes başbakanlık görevi ile birlikte parti başkanlığı görevini de üstlenmiştir. Menderes'in başbakanlık görevi ile parti başkanlığı görevini birlikte yürütmesi ve giderek milletvekili adaylarının belirlenmesinde baskın bir rol oynaması, parti içindeki konumunu iyice güçlendirmiştir. Böylece,

[48] Özbudun, bu görüşü şu gerekçelere dayandırmaktadır: "Memleketimizde de, 1950-60 yılları arasında bir iki-parti sistemi mevcut olmuştur. Bu dönem de DP ve CHP dışında TBMM'de temsil edilen küçük partiler (MP ve HP), iki büyük partiden birini, tek başına hükümet etme olanağından yoksun bırakacak güce, yani pazarlık potansiyeline sahip bulunmadıklarından, sistemin iki partili niteliğini değiştirmemişlerdir." Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Siyasal Partiler**, s.129.

[49] İki-parti sistemini "hâkim parti sistemi"nden ayıran unsur hükümetin iki parti arasında el değiştirmesi olasılığının yüksek olmasıdır. Çünkü sistemde gerçekten iki parti olsa dahi; eğer partilerden biri diğerine oranla sürekli çok güçlüyse, ikinci partinin hükümeti elde etme olasılığı çok düşükse, yani makul aralıklarla ve dengeli bir biçimde iki parti arasında hükümetin el değiştirmesi söz konusu değilse iki-parti sistemi değil hâkim parti sistemi geçerlidir.

sistem parlamenter sistemin özü ile bağdaşan çoğunluk partisinin lideri ve hükümetin başkanı olan güçlü bir başbakan ortaya çıkarmıştır.

Ancak, DP ile CHP arasında iktidar-muhalefet ilişkilerinin belirli bir dengeden yoksun olması, parlamenter sistemin işleyişinde sorunlar yaratmıştır. İktidar-muhalefet ilişkilerinin sağlıklı bir dengeden yoksun oluşu değişik nedenlere dayandırılabilir. Tek-parti döneminin belirli alışkanlıkları ve siyasal kültür, çoğunlukçu demokrasi anlayışına daha yatkındı. Üstelik yasal ya da anayasal herhangi bir hazırlık yapılmadan, gerekli alt yapı sağlanmadan çok partili yaşama geçilmişti[50].

Parlamenter sistemde iktidar-muhalefet ilişkilerini demokratik raya oturtacak bir iç tüzük henüz çıkarılmamıştı; Meclisin çalışma düzeni halen tek-parti döneminden kalma 1927 tarihli Dâhili Nizamname ile belirleniyordu. Uygulanan seçim sitemi de çoğunlukçu demokrasinin zaaflarını besleyen bir niteliğe sahipti. Gerçekten de bu dönemde uygulanan seçim sistemi liste usulü çoğunluk sistemi olduğundan, 1950–1960 arası yapılan seçimlerde DP mecliste aldığı oy oranın çok üstünde temsil edilmiş (aşkın temsil); buna karşın CHP ise aldığı oy oranının çok altında temsilci çıkarmıştır. Bu dönemde gensoru kurumu hiç işletilemediği gibi Cumhurbaşkanı da kanunları geri gönderme yetkisini kullanmamıştır.

Nihayet, tek-parti döneminin ürünü olan 1924 Anayasası da, iktidar-muhalefet ilişkileri açısından sağlıklı ve dengeli bir siyasal demokrasiyi işletecek kurum ve araçlardan yoksundu[51]. DP'nin, seçim sisteminin de desteğiyle parlamentoda ezici bir çoğunluğa sahip olması karşısında, hükümeti dengeleyecek ya da frenleyecek siyasal ya da yargısal bir mekanizma bulunmuyordu. Öncelikle anayasal sistem, iktidar ve muhalefet ilişkilerinde hakem rolü oynayacak tarafsız bir cumhurbaşkanı kurgulamış değildi. Bir yasama dönemi için seçilen, milletvekili sıfatı ve partisi ile ilişkisi devam eden ve dolayısıyla tarafsız konumda olmayan Cumhurbaşkanı, hükümet için frenleyici olamazdı ve olmamıştır. Parlamento çoğunluğunun iradesini ikinci bir süzgeçten geçirecek bir ikinci meclis de söz konusu değildir. Daha da önemlisi, 1924 Anayasası, iktidarın anayasaya aykırı olabilecek tutum ve işlemlerini denetleyebilen bir Anayasa Mahkemesine de yer vermiş değildi.

---

[50] Bu konuda yasal olarak atılan tek adım, siyasal parti özgürlüğü konusunda oldu. 5.06.1946 tarihli ve 4919 sayılı Yasa ile Cemiyetler Kanunu değiştirilerek partiler hakkında "izin" koşulu kaldırılarak serbestlik ilkesi kabul edildi.

[51] Bülent TANÖR, **İki Anayasa 1961 ve 1982**, s. 14-15; Necmi YÜZBAŞIOĞLU- Ekrem Ali AKARTÜRK, "*Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Modeli Üzerine Düşünceler"*, s. 217.

Sonuç olarak, siyasal hayatı etkileyen bütün bu gelişmeler ve özellikle tek parti ve çok parti sisteminin anayasal kurumların işleyişine olan yansımaları 1924 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sisteminin uygulanmasını da doğrudan etkilemiştir.

KAYNAKÇA

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üniversitesi Yayını, İstanbul 2010.

ABADAN Nermin, **1965 Seçimlerinin Tahlili**, AÜSBF Yayını, Ankara 1966.

AHMAD Feroz, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980)**, (çev. A. Fethi Yıldırım) Hil Yayını, 3. bası, İstanbul, 2007.

ÇAVDAR Tevfik, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, İmge kitabevi, 4. bası, Ankara 2008.

DERİNGİL Selim, **Turkish Foreign Policy During the Second World War: Active Neutrality**, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

DUVERGER Maurice, **Siyasi Partiler**, Bilgi Yayınevi, 4. bası, Ankara, 1993.

DUVERGER Maurice**, Siyasal Rejimler**, Sosyal Yayınlar, (çev.Teoman Tunçdoğan), İstanbul, 1986.

GOLOĞLU Mahmut, **Tek Partili Cumhuriyet**, Ankara 1974.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi 27. Baskı, Bursa, Şubat 2023.

KARPAT Kemal, **Turkey's Politics: The Transition to a Multi-Party System**, Princeton University Press, Princeton, 1959.

OKYAR Fethi, **Üç Devirde Bir Adam**, Tercüman Yayınları, İstanbul, 1980.

ÖZBUDUN Ergun, **Çağdaş Türk Politikası** -Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller-, (çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitap, 2. Bası, İstanbul, Eylül 2007,

ÖZBUDUN Ergun, **1921 Anayasası**, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

PARLA Taha, **Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye'nin Siyasal Rejimi**, Onur Yayınları, İstanbul, 1986.

SHAW S. J.- SHAW E. K., **Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye**, Çeviren: M. Harmancı, 2 cilt, İstanbul 1982-1983.

SOYSAL Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, AÜSBF yayını, Ankara 1968.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa 1961 ve 1982**, Beta yayını, 2. baskı, İstanbul 1991.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, YKY yayını I. Bası, İstanbul, 1998.

TUNAYA Tarık Zafer, **Türkiye'de Siyasi Partiler,** İstanbul, 1952,

TUNCER Erol**, Osmanlı'dan Günümüze Seçimler (1877-2002)**, TESAV Yayını, Ankara, 2003.

TUNÇAY Mete, **Tek Parti Yönetiminin Kurulması**, Cem Yayınevi, 3. bası, İstanbul, 1992.

YAVAŞGEL Emine, **Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2004.

YÜCEKÖK Ahmet N., **Türkiye'de Parlamentonun Evrimi**, AÜSBF yayını, Ankara 1983.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi- AKARTÜRK Ekrem Ali, "*Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Modeli Üzerine Düşünceler"*, **Maltepe Üni. Hukuk Fak. Dergisi**, 2005/2, İstanbul.

ZÜRCHER Erik Jan, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, (çev. Yasemin Saner) İletişim Yayınları, 24. bası, İstanbul, 2009.

[52H] 1961 ANAYASASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ HÜKÜMET SİSTEMİ VE 1961-1980 DÖNEMİNDE YAŞANAN SİYASAL GELİŞMELER

(THE GOVERNMENT SYSTEM ENVISAGED BY THE 1961 CONSTITUTION AND POLITICAL DEVELOPMENTS IN THE PERIOD 1961-1980)

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK[53*] [54]**

ÖZ

1961 Anayasası normatif planda hak ve özgürlük eksenli, çoğulcu demokrasi anlayışına uygun bir düzen yaratmayı amaçlamıştır. Devlet iktidarını da parlamenter hükümet sistemi ekseninde çift meclisli bir yasama ile yürütme ve yargı arasında paylaştırmıştır.

1961- 1980 döneminde yaşanan hükümet istikrarsızlıkları 1961 Anayasası'nın "zayıf yürütmeye yol açtığı" şeklinde yorumlara sebep olmuştur. Peki, bu süreçte yaşanan ve azınlık ya da koalisyon hükümetlerinin istikrarsızlığı şeklinde tezahür eden gelişmelerin doğrudan yürürlükteki 1961 Anayasası'ndan kaynaklandığı ileri sürülebilir mi? Bu dönemde ortaya çıkan İstikrarsız koalisyon hükümetlerinin kaynağı Anayasadan ziyade 1961-1980 döneminde geçerli olan siyasal parti sistemi, seçim sistemi ve siyasal gelişmelere eşlik eden ve hükümet sisteminin işleyişini etkileyen yetersiz koalisyon kültürüdür.

***Anahtar sözcükler**: 1961 Anayasası, çoğulcu demokrasi, parlamenter sistem, parti sistemi, koalisyon hükümetleri, hükümet istikrarsızlıkları.*

ABSTRACT

The 1961 Constitution, at the normative level, aimed to establish a legal framework centered on rights and freedoms, in line with the principles of pluralist democracy. It distributed state power within the framework of a parliamentary government system, allocating authority between a bicameral

---

[52H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.04.2025. İlk hakem raporu tarihi: 11.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 14.04.2025. Onaylanma Tarihi: 14.04.2025.

[53*] Profesör Doktor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

[54**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4616-1144.

Esere Atıf Şekli: Ekrem Ali Akartürk, "*1961 Anayasası'nın Öngördüğü Hükümet Sistemi ve 1961-1980 Döneminde Yaşanan Siyasal Gelişmeler*", YÜHFD, C.XXIII, 2025/2, s.451-468.

legislature, the executive, and the judiciary. The governmental instability experienced during the 1961-1980 period led to interpretations suggesting that the 1961 Constitution resulted in a "weak executive." However, can the instability of minority and coalition governments observed during this period be directly attributed to the provisions of the 1961 Constitution? The source of unstable coalition governments during this era lies not primarily in the Constitution itself but rather in the party system, the electoral system, and the insufficient coalition culture that accompanied the political developments of the period, all of which affected the functioning of the government system.

Keywords: *1961 Constitution, pluralist democracy, parliamentary system, party system, coalition governments, government instability.*

***

I) 1961 Anayasası'nın Parlamenter Hükümet Sistemi Kurgusu

1) Çoğulcu Demokrasiye Geçiş ve Parlamenter Hükümet Sistemi

1960 öncesinde yaşanan siyasal olaylar, 1961 Anayasası'nın öngördüğü parlamenter hükümet sistemi tasarımını etkilemiştir. Tek-parti rejiminin ihtiyaçlarına göre kurgulanmış ve yasama-yürütme ilişkilerini karşılıklı denge ve denetim mekanizmalarına bağlamamış olan 1924 Anayasası'nın, iktidar-muhalefet ilişkilerini düzenleme konusunda da eksik kaldığı söylenebilir[55]. Bu nedenle, 1961 Anayasası'nda Meclisteki hükümet çoğunluğunun ikinci bir meclis ile (Cumhuriyet Senatosu) dengelenmesi, belirli idari kurumlara özerklik tanınması ve yargı bağımsızlığını güvence altına alacak hükümler öngörülmesi yoluna gidilmiştir. Özellikle 1924 Anayasası'nda yer verilmeyen Anayasa Mahkemesi'ne 1961 Anayasası ile yer verilmiş olması[56], parlamenter çoğunluğun mutlak iktidarını sınırlamaya ve Anayasanın üstünlüğünü etkin kılmaya dönük bir düzenleme

[55] Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayını, Ankara 2025, s. 35-37.

[56] Dünyada ve Türkiye'de anayasa yargısının doğuşu konusunda bkz. Osman Korkut KANADOĞLU- Ahmet Mert DUYGUN, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, On iki Levha, İstanbul 2020, s. 418.419.

niteliğindeydi[57]. Bu düzenlemeler ile 1961 Anayasası hak ve özgürlük eksenli, çoğulcu demokrasi anlayışına uygun normatif bir düzen yaratmayı amaçlıyordu.

1961 Anayasası, parlamenter hükümet kurgusunu belirlerken, yalnızca yasama-yürütme ilişkilerini belirleyen düzenlemelerle yetinmemiştir. Siyasal partilerin parlamenter sistem içinde oynadıkları "iktidar" ve "muhalefet" rollerini de vurgulamış; parti gruplarına anayasal bir nitelik ve işlev kazandırmıştır. 1924 Anayasası'nın siyasal partilere yer vermemiş olması ve bu eksikliğin demokratik parlamenter sisteme olumsuz yansımaları ve partilerin anayasal statü kazanmaları yönünde Batıdaki anayasal gelişmeler (özellikle 1949 Bonn Anayasası), 1961 Anayasası'na da yön vermiştir[58]. Ayrıca, 1961 Anayasasıyla iktidar-muhalefet ayrımı yapılmaksızın, bütün partilerin "demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları" oldukları anayasal düzeyde kabul edilmiştir (md.56/3). Anayasa, demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsuru olarak gördüğü partilerin, kendilerinin de iç çalışmaları ve faaliyetleri konusunda demokratik olmasını öngörmüştür (md57/2).

Anayasa, partilere, hem önceden izin almaksızın serbestçe kurulma ve hem de serbestçe faaliyette bulunma olanağı tanımıştır (md. 56/2). Kurumsal güvence kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir hüküm ise, parti kapatma davalarına ancak Anayasa Mahkemesi tarafından bakılacağı ve kapatma kararının yalnızca bu Yüksek Mahkeme tarafından verilebileceğini (md.57/son) öngören hükümdür. Önceki dönemde siyasal dernek sayılan partiler, adli mahkemeler tarafından kapatılabiliyordu

[57] Gerçekten, Zürcher'in de ifade ettiği gibi; "Yeni Anayasanın yazarlarının esas amacı, Millet Meclisi'ni başka kurumlarla dengelemek suretiyle, DP'nin (ve ondan önce CHP'nin) sahip olduğu türden bir iktidar tekelini engellemekti. Eski yapıda, Millet Meclisi'nde çoğunluğa sahip olan parti neredeyse sınırsız bir hareket özgürlüğüne sahipti. Cumhuriyet Senatosu adı altında bir ikinci meclis oluşturuldu. Bütün yasalar her iki meclisten geçmek zorundaydı (Senatonun vetosu Millet Meclisinin üçte iki çoğunluğuyla reddedilebiliyordu). Senato üyeleri cumhurbaşkanı tarafından atanacak kontenjan üyeleri haricinde seçimle geleceklerdi. Anayasaya aykırı gördüğü yasaları reddedebilen bağımsız bir Anayasa Mahkemesi getirilmiş, yargı kurumu, üniversiteler ve kitle iletişim örgütlerinin tam özerklikleri güvence altına alınmıştı. Ayrıca, tek bir partinin Millet Meclisi'nde ezici çoğunluk elde etme olanağını azaltmak için nispi temsil sistemi getirilmişti. Anayasaya temel hak ve özgürlükler konulmuştu." Bkz. Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, (çev. Yasemin Saner) İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s. 356.

[58] 1961 Anayasası yürürlüğe girmeden önce ülkemizde partiler siyasi dernek statüsünde değerlendirilmekteydi. Bkz. Osman Korkut KANADOĞLU- Ahmet Mert DUYGUN, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, s. 181.

(Örneğin, Demokrat Parti ve Millet Partisi). Bu açıdan yüksek mahkeme niteliğinde olan ve 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, partilere en üst düzeyde yargısal güvence getirmiş ve bu yönüyle de Anayasa onları derneklerden ayırmıştır. 1961 Anayasası, siyasal partilere Anayasa Mahkemesinde dava açma hakkı da tanımıştır. Buna göre, geçerli oyların en az yüzde onunu alan veya TBMM'de temsilcisi bulunan siyasal partiler veya bunların meclis grupları Anayasa Mahkemesine iptal davası açma hakkına sahiptiler. Ancak, 1971 Anayasa değişikliği ile dava açma hakkı bir ölçüde sınırlanmış; TBMM'de temsilcisi bulunan siyasal partiler yerine, bu hak yasama meclislerindeki siyasal parti gruplarına ve TBMM'de grubu bulunan siyasal partilere tanınmıştır.

1961 Anayasası, bir tepki Anayasası olmanın ürünü olarak, 1924 Anayasası'nın yetersiz kaldığı noktaları düzenleme kapsamına almıştır. Bir kere, iktidar-muhalefet ilişkilerini bir dengeye oturtmak açısından, siyasal parti olgusu ilk defa anayasal düzeyde ele alınmış ve iki meclisli bir parlamento yapısı öngörülmüştür. İkincisi, temel hak ve özgürlükler anayasal düzeyde genişletilmiş, derinleştirilmiş ve yargısal güvence ile donatılarak yasama ve yürütmeye karşı korunmuştur. Üçüncüsü, nitelikleri gereği bağımsız ve tarafsız olması gereken bazı kamu kuruluşları, Anayasa eliyle idari özerk kurumlara dönüştürülerek, iktidarın olası partizan politikalarından korunmuşlardır. Dördüncüsü ve belki de en önemlisi, Anayasa Mahkemesinin kurulması ile yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıdır[59].

2) 1961 Anayasası'nda Kuvvetler Ayrılığı ve Parlamenter Hükümet Sistemi

1961 Anayasası, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak, egemenliğin kullanılmasını bir tek organa değil; birden çok organa ait bir yetki ve görev olarak düzenlemiştir[60]. Buna göre, Yasama yetkisi TBMM'ye ait olup bu yetki devredilemez (md. 5). İki kanatlı olan yasama organı Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu'ndan oluşur. Millet Meclisi üyeliğine seçilmek için 30 yaş sınırı ve okur-yazarlık yeterli görülürken; Senato üyesi seçilmek 40 yaşını doldurma ve yüksek öğrenim görmüş olma koşuluna bağlanmıştır. Ayrıca, milletvekilleri 4 yıl için, senatörler ise 6 yıl için seçilirler; Senato'nun üçte biri her iki yılda bir yenilenir. Üyelerinin bir kısmı atama

[59] Bkz. Bülent TANÖR, **İki Anayasa 1961- 1982**, Beta Yayını, İstanbul 1991, s.19-28; Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 42-47.

[60] Bülent YÜCEL, **Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 230.

gibi seçim dışı yöntemlerle belirlenen Senato, seçkinci yapısı ile bir denge ve denetim mekanizması olmakla birlikte Anayasa'da yetki ağırlığı Millet Meclisi'nde bırakılmıştır[61].

Yürütme organı ise, klasik parlamenter sistemin karakteristik yapısına uygun biçimde iki başlı olarak yapılandırılmıştır: Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu. Yürütmenin sorumsuz kanadı olarak Cumhurbaşkanının, 40 yaşını doldurmuş, yüksek öğrenim yapmış TBMM üyeleri arasından seçilmesi uygun görülmüştür[62]. Ayrıca, görev süresi 7 yıl olarak belirlenmiş ve iki defa üst üste bu göreve seçilmesi yasaklanmıştır. Görev süresinin 4 yıllık yasama dönemi ile sınırlanmayıp, 7 yıl olarak belirlenmesi, üst üste iki defa seçilme yasağı ve anayasal görevlerini tarafsızlıkla yerine getireceğine dair Meclis huzurunda andiçmesi (md.103) cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir. Yine, Cumhurbaşkanı seçiminde, ilk iki oylamada Meclis üye tamsayısının en az üçte ikisinin oyunun aranması; seçimle birlikte TBMM üyeliğinin sona ermesi ve partisi ile ilişiğinin kesilmesi de tarafsızlığını sağlamaya yönelik anayasal hükümlerdendir (md.95). Cumhurbaşkanının yetkileri de tarafsızlığının ve sorumsuzluğunun gereği olarak sembolik düzeyde tutulmuştur (md.97). Hatta, hükümet krizi durumunda, parlamenter sistemin Cumhurbaşkanına tanıdığı en önemli yetki sayılan meclisi fesih yetkisi (md.108) bile, seçimlerin yenilenmesi başlığı altında oldukça zor koşullara bağlanmıştır[63].

Yürütmenin siyasal sorumluluk taşıyan kanadı ise, Bakanlar Kuruludur. Bakanlar Kurulu, hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden dolayı kollektif olarak; bakanlar ise kendi yetki alanına giren işlem ve eylemlerden dolayı bireysel olarak sorumludur (md.105). Ancak, yasama ve yargı kuvvetini "*yetki"* olarak düzenleyen 1961 Anayasası, yürütmeyi "*görev*" olarak düzenlemiştir (md.6): "*Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde (...) yerine getirilir."* Bu düzenleme biçiminin ardında hem meclisin üstünlüğüne dayalı geleneğin hem de yürütmeye duyulan güvensizliğin izlerini görmek mümkündür. Ayrıca, *kanunlar çerçevesinde* biçimindeki vurgulama, yasamanın "asli, genel, ilk-el" yürütmenin ise, "tali ve türev" bir yetki

[61] Zafer GÖREN, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 63-65; Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)**, YKY Yayınları, İstanbul 1998, s. 394-395.

[62] Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa 2023, s. 39.

[63] Necmi YÜZBAŞIOĞLU- Ekrem Ali AKARTÜRK, "Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Sistemi Üzerine Düşünceler" **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005/2, İstanbul, s.218.

olduğunu; yürütmenin kaynağını yasadan almayan herhangi bir işlem yapamayacağını ifade eder[64] .

1961 Anayasası, parlamenter sistem ilkelerine uygun olarak, Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından TBMM üyeleri arasından atanması; bakanların da Başbakan tarafından seçilerek, Cumhurbaşkanınca atanması usulünü benimsemiştir. Bakanların milletvekili seçilme yeterliğine sahip olmak koşulu ile TBMM dışından da seçilebilmesi mümkündür (md.102). Hükümetin kurulması ve göreve başlayabilmesi için, Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulunu ataması yeterlidir[65]. Ancak, görevde kalacak hükümetin aynı zamanda parlamentonun da güvenini kazanmış olması gerekir. Bu nedenle, cumhurbaşkanının, hükümet istikrarsızlığına yol açmamak için, Meclisten güvenoyu alabilecek birini Başbakan olarak ataması parlamenter sistemin yazılı olmayan kurallarındandır. Hükümetin güvenoyu almış sayılabilmesi için, *toplantıya katılanların* salt çoğunluğunun güvenoyu yeterli görülmüştür. Buna karşın, hükümetin görev sırasında güven isteminde bulunması ya da gensoru nedeniyle güven oylaması durumunda hükümetin düşürülebilmesi, *üye tam sayısının* salt çoğunluğunun güvensizlik oyu koşuluna bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin mantığına uygun olarak; hükümet istikrarını sağlamak açısından, Bakanlar Kurulunun göreve devamı kolaylaştırılmış, düşürülmesi ise zorlaştırılmıştır[66].

1961 Anayasası döneminde parlamenter sistem uygulamalarının hükümet istikrarsızlıklarını üretmesi, yalnızca -seçim sitemine bağlı olarak- parti sisteminin eseri değildir; bunda anayasal düzenlemelerin de etkisi göz ardı edilemez. Hükümet sisteminin işleyişinde yaşanan sıkıntıların bir kısmı doğrudan anayasal kaynaklıdır: Bir kere, Cumhurbaşkanının meclisi fesih yetkisi "seçimlerin yenilenmesi"ne indirgenmiş[67], uygulanması oldukça güç koşullara bağlanmıştır. Öyle ki, bu yetkinin kullanılabilmesi için; Bakanlar

[64] Necmi YÜZBAŞIOĞLU- Ekrem Ali AKARTÜRK, "**Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Sistemi Üzerine Düşünceler**"**,** s.218-219. Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)**, s. 396-397.

[65] Zafer GÖREN, **Anayasa Hukuku**, s. 65-69.

[66] Necmi YÜZBAŞIOĞLU- Ekrem Ali AKARTÜRK, "**Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Sistemi Üzerine Düşünceler**"**,** s.219.

[67] "Meclisi fesih yetkisi» ile "seçimlerin yenilenmesi» arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Fesih kararı ile birlikte meclis derhal dağılır ve milletvekilleri bu sıfatlarını kaybederler. Oysa seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi durumunda; milletvekilleri, yeni seçimler yapılıp meclis oluşuncaya kadar görevlerini sürdürür ve hatta Bakanlar Kurulunu denetlemeye devam edebilirler. Bkz. Orhan ALDIKAÇTI, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 340.

Kurulunun güvensizlik oyu ile iki defa düşmüş ve üçüncü defa güvensizlik oyu ile karşılaşmış olması, Başbakanın Cumhurbaşkanından seçimlerin yenilenmesini istemesi, Cumhurbaşkanının da her iki meclisin başkanlarına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar vermesi gerekmektedir (md.108). Parlamenter sistemin mantığına aykırı olarak, fesih yetkisinin böylesine güç koşullara bağlanması nedeniyle, yürütme adeta bu yetkiden yoksun bırakılmıştır. Nitekim, uygulamada ortaya çıkan hükümet istikrarsızlıklarına rağmen, bu yetki hiçbir zaman kullanılamamıştır. Dolayısıyla, yasamaya tanınan hükümeti denetleme ve güvensizlik oyu ile düşürme silahı karşısında, yürütmenin gerçek bir fesih yetkisinden yoksun bırakılmış olması, parlamenter sistemlerde denge mekanizması olarak öngörülen silahların eşitliği ilkesini zedelemiştir.

İkincisi, 1961 Anayasası'nın getirdiği çift meclis sistemi, kendisinden umulan yararı sağlamamış ve yasama faaliyetinin hantallaşmasına neden olmuştur[68]. Üçüncü sorun, Anayasa'nın öngördüğü olağanüstü hal kategorisi ile ilgilidir. 1961 Anayasası, olağan yöntemlerle olağanüstü olayların bastırılamaması durumunda sıkıyönetim ilanından başka bir olanak tanımıyordu. Gerçi 123. madde, sivil yönetim altında olağanüstü hal idaresi öngörse de; bu, doğal afet ya da ekonomik bunalımla ilgili olup, şiddet olaylarının önlenmesine yönelik değildi. Oysa, şiddet olaylarının yaygınlaşması da 123. madde kapsamına alınmış olsaydı; hem sıkıyönetim rejimlerine bu kadar ihtiyaç duyulmaz hem de alınan önlemler, olağanüstü hal ilanını gerektiren tehlike ile orantılı olurdu[69].

II) (1961-1980) Döneminde Yaşanan Siyasal Gelişmeler: Koalisyon Hükümetleri[70]

1960 sonrası yaşanan siyasal gelişmelerin anahtar kavramının siyasal istikrarsızlık olduğu söylenebilir. Ancak bu siyasal istikrarsızlık olgusunun tek nedenini hükümet istikrarsızlığına ya da güçsüz yürütme tezlerine dayandırmak yeterli değildir. Sosyo-ekonomik değişimler, merkez-çevre ilişkileri ve özellikle seçim sisteminin de etkisiyle ortaya çıkan çok-parti sistemi yeni bir siyasal paradigma yaratmıştır[71].

---

[68] Bkz. Cem EROĞUL, **Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri**, AÜSBF Yayını, Ankara 1977.

[69] Bülent TANÖR, **İki Anayasa 1961 ve 1982**, s. 93-94.

[70] Ayrıntılı Bilgi için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üni. Yayını, İstanbul 2010, s. 197-206.

[71] Bu konuda bkz. Ersin KALAYCIOĞLU, "1960 Sonrası Türk Politik Hayatına Bir Bakış: Demokrasi Neo-Patrimonyalizm ve İstikrar", **Türk Siyasal Hayatı** (Editörler Ersin Kalaycıoğlu – Ali Yaşar Sarıbay), Ankara 2014, s. 516-532.

"27 Mayıs Müdahalesi"nden sonra gelişen süreçte ise parti sisteminin iki-parti sisteminden çok-parti sistemine doğru evrildiği görülmektedir. DP'nin kapatılması ve yöneticilerinin siyasal yaşamdan izole edilmeleri sonucunda ortaya çıkan siyasal boşluk ve farklı ideolojik akımların partileşme çabaları, 1960'tan itibaren yeni ve farklı partilerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Hukuksal planda ise, 1961 Anayasası'nın öngördüğü iktidar-muhalefet dengesi ve uygulanan nispi temsil seçim sistemi çok-parti sistemini beslemiş, parlamenter sistemin işleyişi ağırlıklı olarak koalisyon ve azınlık hükümetleri biçiminde gerçekleşmiştir.

CHP ve CKMP gibi eski partilerin dışında, kapatılan DP'nin tabanına hitap edecek Adalet Partisi (AP), Yeni Türkiye Partisi (YTP) gibi yeni partilerin kurulması, iki-parti ya da hakim parti sisteminden ılımlı çok-parti sistemine geçişin göstergesidir. AP dışında yeni kurulan partilerin çoğu kısa ömürlüydü ve siyasal hayatta etkili olamadılar. AP'nin başlıca amacı emekli subayların ve Demokratların eski konumlarına tam iadesini sağlamaktı ve bu parti hem taraftarları hem de rakipleri tarafından DP'nin devamı olarak görülüyordu. Parti'nin kurucusu ve 1964'te ölene dek başkanı, emekliye sevk edilmiş generallerden biri olan Ragıp Gümüşpala idi. Gümüşpala, partinin radikal taraftarları ile ordu arasındaki gerginliği gidermede ılımlı tavırlarıyla başarılı oldu[72].

15 Ekim 1961'de yapılan genel seçimlerde askeri rejim tarafından yasaklanan DP'nin oyları ardılları olan üç yeni parti arasında dağıldı ve nispi temsil sisteminin de etkisiyle hiçbir parti tek başına hükümeti kuracak çoğunluk elde edemedi. Bu seçimde sırasıyla CHP, %36,7 oy oranı ile 173; AP, %34,7 oy oranı ile 158; YTP, %13,7 oy oranı ile 65 ve CKMP %13,9 oy oranı ile 54 sandalye kazandı. Siyasal iktidar mücadelesi artık ikiden fazla parti arasında yaşanıyordu; böylece 1961 seçimleri, çok-parti sisteminin ılımlı versiyonunu gündeme getirmişti. 1965 seçimlerinden itibaren de Türkiye aşırı çok-parti sistemine savrulacaktı.

Ilımlı çok-parti sisteminde ülkenin temel sorunları konusunda partiler arasında çok derin ideolojik ayrılıklar bulunmaz; mevcut rejime karşı olan aşırı uçtaki partiler büyüme potansiyeline sahip değildirler. Bu sistemde, partiler, temel sorunlar konusunda iki ana eğilim biçiminde blok oluşturduklarından, iktidarın kullanılması ya da el değiştirmesi de bu iki partiler bloku arasında gerçekleşir[73]. Nitekim 1960 sonrasında, CHP'nin

[72] Erik Jan ZÜRCHER, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi**, s. 357.

[73] "Ancak, iki parti sisteminden farklı olarak ılımlı çok-parti sisteminde hükümet, tek bir parti tarafından değil, birden fazla partinin oluşturduğu koalisyon sonucu kurulabilmektedir. Bu sistemde hiçbir parti tek başına hükümeti kuracak ölçüde parlamenter desteğe sahip

karşısında birbirleriyle aynı eğilimi paylaşan AP, YTP ve CKMP ayrı bir blok oluşturmuştur. Ancak, iki-parti sisteminden farklı olarak ılımlı çok-parti sisteminde hükümet, tek bir parti tarafından değil, birden fazla partinin oluşturduğu koalisyon sonucu kurulabilmektedir. Aşağıdaki tabloda görüldüğü gibi; 1961/1965 seçimleri de parlamentoda yer alan partileri koalisyon hükümetleri kurmaya itmiştir.

(Tablo-1) 1961-1965 Dönemi Koalisyon Hükümetleri

Koalisyonlar	Hükümet Partileri	Koalisyon Dönemi	Başbakan
I. Koalisyon	CHP-AP	20.11.1961-30.5.1962	İ. İnönü
II. Koalisyon	CHP-YTP-CKMP-Bağımsızlar	25.06.1962-2.12.1963	İ. İnönü
III. Koalisyon	CHP-Bağımsızlar	25.12.1963-13.2.1965	İ. İnönü
IV. Koalisyon	AP-YTP-CKMP-MP-Bağımsızlar	20.2.1965-22.10.1965	Suat H. Ürgüplü

Ekim 1961 seçimleri CHP'nin tek başına hükümet kurmasına olanak vermeyince; askerlerin de baskısıyla İnönü'nün başbakanlığında CHP ile AP'nin ortak bir koalisyon hükümeti kurması gündeme geldi[74]. Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel, hükümeti kurma görevini İnönü'ye verdi. 20 Kasım 1961'de İnönü Türkiye'nin ilk koalisyon hükümetinin listesini açıkladı. Koalisyon hükümetinin özelliği her partiye bakanlıkların on bir adet olmak üzere paylaştırılması ve AP Genel Başkanı Ragıp Gümüşpala'nın ısrarlara rağmen hükümette görev almamasıdır. Bu tavır,

olmadığından ya koalisyon hükümetleri ya da dışarıdan destekli azınlık hükümetleri gündeme gelir. Azınlık hükümetlerinin ömrü ise, diğer partilerin hükümet desteğini sürdürmesine bağlıdır." bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 99; Ergun ÖZBUDUN, **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayını:440, 4. bası, Ankara, 1983, s. 133-134.

[74] "İlk koalisyonu kurma görevi de İsmet İnönü'ye verildi. Zor bir görevdi; zira hiçbir parti, İnönü'nün yönetiminde çalışmak istemiyordu." Bkz. Feroz AHMAD, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980)**, Hil Yayın, İstanbul 2007, s. 262.

AP'nin kendi tabanına "zorunlu olarak" koalisyona girdikleri mesajını veriyordu[75].

27 Mayıs Müdahalesinin, DP yönetimine karşı yapılmış olması, bu partinin yöneticilerinin yasaklanması ve cezalandırılması, ayrıca bu gelişmelerin yaşanmasında ordu ile CHP arasında gizli bir ittifaktan şüphelenilmesi, DP geleneğini temsil eden ve onun tabanına sahip çıkan AP temsilcilerini sıkıntıya sokuyordu. Hatta 1961 Anayasası için yapılan referandumun umulandan az kabul görmesi (%61,7) ve sonrasında bu Anayasa'ya karşı mesafeli bir tutum takınılması, AP'nin gerek hükümette gerekse muhalefette iken tutumunu belirleyen temel referans noktası olmuştur. Nitekim CHP ile AP'nin kurduğu koalisyonda da *27 Mayıs Gölgesi* bulunuyordu; zaten çok geçmeden koalisyon hükümeti içinde iki önemli konuda sorun yaşandı. Bunlardan ilki eski DP siyasetçilerine genel af getirilmesi sorunuyla ilgiliydi. Ötekisi ise planlı ekonomi projesiydi. Planlı ekonomi projesini CHP ve Ordu destekliyor AP ise karşı çıkıyordu. Genel af konusunda ise, Mayıs 1962'de hapisteki eski DP'lilerin cezalarını indiren teklif AP tarafından yetersiz bulunmuştu. AP'nin "siyasi af" ısrarı üzerine Başbakan İnönü "*Af, bütün memleket meselelerinin üstünde sayılarak, memleket meflüç hale getirilmiştir. Ben bu şartlar altında çalışamam*." diyerek istifa etmiş ve 30 Mayıs 1962'de Hükümet düşmüştür. Cumhurbaşkanı Gürsel, 2 Haziran 1962'de hükümeti kurma görevini yeniden İnönü'ye verdi. İnönü bu kez iki küçük parti ile (CKMP ve YTP) 25.06.1962'de koalisyon kurdu. Ancak, "siyasi af" konusunun müzminleşmesi, zam ve vergi politikaları konusunda yaşanan anlaşmazlıklar bu hükümetin de sonunu getirdi. YTP ve CKMP'nin koalisyondan çekildiklerini bildirmesi üzerine, 2 Aralık 1963'te İnönü de başbakanlıktan istifa etti ve hükümet düşmüş oldu. Bu defa Cumhurbaşkanı Gürsel, ilk defa AP lideri Gümüşpala'dan hükümeti kurmasını istedi. Bu teklif, Ordunun AP'yi siyaset sahnesinin normal ve kabul edilebilir bir unsuru olarak gördüğünü, İnönü'nün vesayetinin zorunlu olmadığını göstermek açısından önemli bir mesaj içeriyordu. Ancak, Gümüşpala'nın koalisyon girişimleri başarılı olamadı ve Cumhurbaşkanı Gürsel bir kez daha İnönü'yü hükümeti kurmakla görevlendirdi. 25 Aralık 1963'te CHP ve bağımsızlardan oluşan zayıf bir koalisyon hükümeti kuruldu. 1964'te Kıbrıs konusundaki uluslararası bunalımın ağırlaşması nedeniyle, koalisyon o yıl görevde kaldı. Ama bunalım geçince; AP koalisyonu devirmek için harekete geçti. İnönü bütçesini kabul ettiremeyince hükümet 13 Şubat 1965'te istifa etti.

[75] Nedim YALANSIZ, **Türkiye'de Koalisyon Hükümetleri 1961-2002**, Büke Kitapları, İstanbul 2006, s. 70.

CHP- Bağımsızlar koalisyonunu bütçe görüşmeleri sonunda düşüren AP, daha önce anlaşmaya vardığı YTP, CKMP ve MP ile koalisyon görüşmelerine başladı. Koalisyon hükümetine başbakanlık edebilecek tarafsız bir başbakan aranıyordu. Bu arada 1964'te Gümüşpala'nın ani ölümü AP içinde genel başkanlık mücadelesine yol açmış ve Kasım 1964'te bu mücadeleyi Süleyman Demirel kazanmıştı. Demirel'in başbakanlığı gündeme gelse de kendisi milletvekili olmadığı için başbakan olamıyor; cumhurbaşkanlığı kontenjanından Senato'ya katılıp başbakanlığa getirilmeye de sıcak bakmıyordu. Demirel, asıl seçimlerden sonra başbakan olmayı tercih ediyordu. Nihayet, bu dört parti AP listesinden bağımsız senatör seçilen Suat Hayri Ürgüplü üzerinde uzlaştılar. 16 Şubat 1965'te ise Cumhurbaşkanı Gürsel, Ürgüplü'yü hükümeti kurmakla görevlendirdi. Ürgüplü Hükümeti, 20 Şubat'ta bir seçim hükümeti olarak kuruldu. Parti liderleri de hükümette yer almıyordu; ancak koalisyon ortakları arasında koordinasyonun sağlanması amacıyla dört parti liderinden oluşan bir komite kuruldu.1961–1965 döneminin son koalisyon hükümeti 8 ay süren görev süresi sonunda yani 10 Ekim'de yapılan genel seçimlerden 12 gün sonra Cumhurbaşkanına istifasını verdi[76].

10 Ekim 1965'te yapılan seçimler de çok parçalı bir parlamenter temsil tablosu yarattı. Parlamentoda temsil edilen partilerin sayısı, Türkiye İşçi Partisi (TİP) ile birlikte altıya çıktı. Buna karşın, AP oyların %52,9'unu alarak beklenmedik büyük bir seçim zaferi kazandı. CHP dışındaki dört partinin oyları %7'nin altındaydı. CHP'nin oyları da %28,7'ye düşmüştü.

(Tablo–2) 10 Ekim 1965 Milletvekili Genel Seçimleri[77]

Partiler	Oy Oranı %	Sandalye Sayısı	Temsil Oranı %
AP	52,9	240	53,3
CHP	28,7	134	29,8
CKMP	2,2	11	2,5
MP	6,3	31	6,9
TİP	3	15	3,3
YTP	3,7	19	4,2
Bağımsız	3,2	0	0

[76] Nedim YALANSIZ, **Türkiye'de Koalisyon Hükümetleri 1961-2002**, s. 222-237; Feroz AHMAD, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980)**, s. 280.

[77] Emine YAVAŞGEL, **Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum**, Nobel Yayıncılık, Ankara 2004, s. 166.

AP'nin elde ettiği oylar ona tek başına hükümet etme yolunu açmıştı. Eğer, 1960'tan önce uygulanan liste usulü çoğunluk sistemi ile seçime gidilmiş olsaydı; AP 240'ın çok üzerinde sandalye elde edebilirdi. Ancak, 1965 seçimlerine yeni Siyasi Partiler Kanunu ve seçim sistemi (milli bakiye) ile girilmişti. Milletvekili adaylarının belirlenmesinde ön seçimin de uygulandığı bu seçimlerde temsilde adalet ilkesi gerçek anlamıyla sağlanabilmişti[78]. Demirel'in başbakanlığındaki hükümet Meclis'ten güvenoyu almakta zorluk çekmedi.

AP, parti içinde baş gösteren muhalefete ve yeni kurulan rakip partilere rağmen, 12 Ekim 1969 seçimlerinde de kesin bir zafer kazanarak, tek başına iktidar olma konumunu sürdürdü. AP %46,5'lik oy oranı ile 256 milletvekili çıkarmayı başardı, rakibi CHP ise %27,4'lük oy oranıyla 143 milletvekili elde ederek, ana muhalefet konumunu korudu. Parlamentoda temsil imkânı elde eden diğer altı parti ise %7'nin altında oy oranlarına sahipti. Demirel, seçimlerden sonra da parti içi muhalefet ile uğraşmak durumunda kaldı. Hükümetin "siyasi af" konusunda sonuç alamaması, Demirel karşısında parti içi muhalif bir kesim yaratmıştı. Demirel'in muhalif milletvekillerinden 26'sını ihraç etmesi üzerine 18 Aralık 1970'te Demokratik Parti Kuruldu; yeni partinin genel başkanı ise AP'den istifa eden Ferruh Bozbeyli idi. Benzer kopmalar CHP içinde de yaşandı. "Ortanın solu" söylemlerine şüpheyle yaklaşan Turhan Feyzioğlu ve kırk sekiz arkadaşı haklarında ihraç kararı verilmeden istifa ederek, 12 Mayıs 1967'de Güven Partisi'ni kurdular. Güven Partisi daha sonra yeni birleşmelerle Milli Güven Partisi adını aldı.

CHP içinde yaşanan diğer bölünme İnönü ile Ecevit arasında yaşanan genel başkanlık mücadelesinde oldu. Bülent Ecevit parti meclisinde çoğunluğu elde ederek, 14 Mayıs 1972'de CHP'nin üçüncü genel başkanı

[78] Partiler için ön seçimi bir aday belirleme yöntemi olarak zorunlu kılan ilk ve doğrudan düzenleme, 13.07.1965 tarihli ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 29.maddesinde yer almıştır: *"Siyasi partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği için yapılacak seçimlerde gösterecekleri adayların, her seçim çevresinde parti seçmen kütüğüne kayıtlı bulunan bütün parti üyelerinin katılabilecekleri bir ön seçimle tespit edilir."*

Söz konusu düzenlemeyle; partilerin aday belirlemeleri esas olarak seçim çevresi örgütlerine tanınmış ve o çevredeki bütün parti üyelerinin aday belirleme sürecine katılımı sağlanmıştır. Partilerin merkez organlarının aday belirleme yetkisi ise gösterilecek adayların yüzde beşi ile sınırlanmıştır.

Nitekim, 1965 seçimlerinde CHP, AP, CKMP, YTP, MP ve TİP adaylarını ön seçimle belirlediler. Bu altı partiden ön seçime katılan aday sayısı 2357'yi buldu. AP ve CHP 67; TİP 51; YTP ve CKMP 48; MP ise 34 ilde ön seçim yapmıştır.

oldu. 1961 öncesinde kurulan CKMP'nin genel başkanlığına 1965'te Alpaslan Türkeş getirildi ve bu parti 1969'da Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) adını aldı. 26 Ocak 1970'te ise Necmettin Erbakan tarafından Milli Nizam Partisi kuruldu. 1971'de Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bu parti daha sonra Milli Selamet Partisi adı ile Erbakan'ın liderliğinde faaliyetine devam etti.

Ekonomik sıkıntılar, radikal sağ ve sol eğilimli şiddet eylemleri, hükümetin bu şiddet olaylarını önlemedeki yetersizliği ve radikal bir askeri darbe olasılığı 12 Mart 1971 Muhtırası ile sonuçlandı[79]. Aynı gün Demirel Hükümeti de istifa etmek zorunda bırakıldı. Aslında 12 Mart Muhtırası daha ağır sonuçları olacak bir askeri darbeyi de önlemişti. Ordunun üst komuta kademesi muhtıra yoluyla darbe olasılığını devre dışı bıraktı. İzleyen süreçte birçok radikal subay ya emekli edildi ya da süratle ordudan ihraç edildi. Parlamento 27 Mayıs'ta olduğu gibi kapatılmadı ve parlamento içinden yeni bir hükümet arayışına girişildi. Partiler üstü hükümetin başbakanı olarak CHP Milletvekili Nihat Erim uygun görüldü[80]. Erim Hükümeti, 26 Mart 1972 tarihinde Cumhurbaşkanı Cevdet Sunay tarafından onaylandı.

1971 ve 1973'te gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri askerin desteği ve AP'nin muhafazakâr felsefesi doğrultusunda gerçekleştirildi. Bu değişiklikler üç grupta toplanıyordu: Birincisi, mahkemelerin denetim yetkilerinin ve bazı temel hakların kısıtlanmasına ilişkindi. İkinci grup değişiklikler, yürütmenin güçlendirilmesine ve özellikle kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesine ilişkindi. Üçüncü grup değişiklikler de, askerlerin kurumsal özerkliklerinin artırılması yönündeydi[81].

14 Ekim 1973 seçimleri parlamentoda dağınık bir tabloya neden oldu. CHP, birinci parti olarak gözükse de oyların %33,3'ünü alarak, 185 milletvekili çıkardı. Oy kaybına uğrayan AP ise %29,8 oy oranıyla 149 milletvekili çıkardı. Bu seçimlerde öne çıkan diğer parti ise MNP'nin devamı sayılan İslami eğilimli MSP idi. Bu parti %11,8 oy oranı ile 48

[79] "12 Mart Muhtırasına kadar ki geçen süreçte 'sağ' partilerin ve iktidarların yürütmenin yetkisizliği konusunda yakındıkları bir diğer konu da yeni anayasanın birey haklarına yönelik özgürlükçü tutumudur. Çünkü bu partiler, 1961 Anayasası'nın geniş özgürlükler alanından yararlanan ve güç alan 'sol' muhalefetin, sendikaların, derneklerin ve meslek kuruluşlarının etkinlikleri karşısında, ülke ve toplum yönetimi açısından, hükümetin rahat çalışamadığı inancındaydılar." Bkz. YÜCEL Bülent, **Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği**, 234.

[80] Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.40.

[81] Ergun ÖZBUDUN, **Çağdaş Türk Politikası** -Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller- (Çev. Ali Resul Usul) Doğan kitap, İstanbul 2007, s. 56.

milletvekili elde etmeyi başardı. Seçimlerden sonra uzunca bir süre uygun bir koalisyon formülü üretilemedi. Mevcut Başbakan Naim Talu hükümet kurulamaması nedeniyle görevini sürdürmek durumunda kaldı. Partiler koalisyon konusunda anlaşamayınca, Türkiye ilk defa yüz günden fazla sürecek olan bir hükümet bunalımı yaşadı. Talu Hükümeti, 26 Ocak 1974'te Ecevit'in başkanlığında kurulan CHP-MSP koalisyonu kuruluncaya kadar görevde kaldı. Ecevit Hükümeti, henüz iktidarda birkaç ayını doldurmadan Kıbrıs bunalımı patlak verdi. Ecevit, bu bunalımın üstesinden gelmesi ve "Barış Harekâtı" sayesinde halkın gözünde bir anda ulusal kahraman haline geldi. Ecevit bu itibarını oya dönüştürmek ve mecliste salt çoğunluk elde etmek amacıyla erken seçim yolunun açılması için istifa etti. Ancak, Ecevit'in bu niyetinin farkında olan diğer partiler, erken seçim olasılığını önlemek için "milliyetçi cephe" formülü geliştirmeye başladılar. Bunun sonucunda Demirel 31 Mart 1975'te AP, MSP, CGP ve MHP'den oluşan bir "Milliyetçi Cephe Hükümeti" kurmayı başardı. Bu koalisyon 1977 seçimlerine kadar görevde kalmayı sürdürdü.

5 Haziran 1977 seçimlerinde ise CHP oylarını biraz daha artırarak (%41,4) birinci parti oldu ve 213 milletvekili çıkardı. Bu seçimlerde AP de ikinci konumda olmakla birlikte oylarını artırdı (%36,9) ve 189 milletvekili çıkardı. Hükümeti kurma görevini üstlenen Ecevit'in kurduğu azınlık hükümeti "milliyetçi cephe"nin olumsuz oylarıyla güvenoyu alamadı. Bunun üzerine tekrar "milliyetçi cephe koalisyonu" gündeme geldi. Demirel'in başkanlığında 21 Temmuz 1977'de AP, MSP ve MHP'den oluşan II. Milliyetçi Cephe Koalisyonu kuruldu. Ancak, bu koalisyon hükümeti de artan kargaşa ortamı içinde altı aydan az görev yapabildi[82]. Bazı AP milletvekillerinin partiden ayrılması ve CHP tarafından verilen gensoru önergesine destek olmaları sonucunda hükümet düşürüldü. 31 Aralık 1977'de yapılan gensoru oylamasında II. Milliyetçi Cephe Koalisyonu 218'e karşı 228 güvensizlik oyu ile karşılaşınca, bu Hükümet Cumhuriyet tarihinin güvensizlik oyu ile düşürülen ilk hükümeti oldu.

Yeni hükümeti kurma görevi Ecevit'e verildi. Ecevit AP'den kopan Bağımsızlar (11'ler), CGP ve DP ile yoğun koalisyon pazarlıkları sonucunda anlaşmaya vararak, 5 Ocak 1978'de koalisyon hükümetini kurdu. Ecevit'in özellikle 11'ler ile koalisyon pazarlığı yapması kamuoyunun tepkisini çekti. Ecevit, Güneş Motel'de yapılan toplantıda AP'den kopan 11 milletvekilinden 10'una bakanlık sözü vererek, hükümetin güvenoyu alabilmesini güvenceye almak istemişti. Ecevit Hükümeti güvenoyu alabildi

[82] Tevfik ÇAVDAR, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, İmge Kitabevi, Ankara 2008, s. 243-253.

ancak Ekim 1979'a kadar ayakta kalabildi. Artan şiddet olayları, ekonomik sıkıntılar ve muhalefetle yaşanan gerginlikler Hükümetin kamuoyu desteğini de olumsuz etkiledi. Özellikle Ekim 1979'daki Cumhuriyet Senatosu seçimleri, CHP'ye desteğin çok azaldığını göstermişti. Bunun üzerine, Ecevit istifa etti. Demirel, 12 Kasım 1979'da sadece "Bağımsızlar" tarafından desteklenen bir azınlık hükümeti kurarak başbakanlık görevini üstlendi. Ancak, bu azınlık hükümeti de başta şiddet olayları ve ekonomik kriz olmak üzere sosyo-ekonomik sorunları çözmekte yetersiz kaldı. İktidar ve muhalefet partileri arasındaki uzlaşmazlıklar ve sert rekabet sık sık yaşanan hükümet istikrarsızlıkları, giderek siyasal ve ekonomik istikrarsızlığı körükledi. Demokratik rejimi belirleyen parti ve hükümet sistemi 12 Eylül 1980'de bir kez daha askeri müdahaleyle kesintiye uğradı.

III. Değerlendirme ve Sonuç

1961-1980 döneminde yaşanan hükümet istikrarsızlıkları 1961 Anayasası'nın "zayıf yürütmeye yol açtığı" şeklinde yorumlara sebep olmuştur[83]. Peki, bu süreçte yaşanan ve azınlık ya da koalisyon hükümetlerinin istikrarsızlığı şeklinde tezahür eden gelişmelerin doğrudan yürürlükteki 1961 Anayasası'ndan kaynaklandığı ileri sürülebilir mi? Bu dönemde ortaya çıkan İstikrarsız koalisyon hükümetlerinin kaynağı Anayasadan ziyade 1961-1980 döneminde geçerli olan siyasal parti sistemi, seçim sistemi ve siyasal gelişmelere eşlik eden ve hükümet sisteminin işleyişini etkileyen yetersiz koalisyon kültürüdür[84].

Öte yandan, dağınık ve çok parçalı partiler sistemi, ideolojik kutuplaşmalar ve hükümet etkinliğinin ve istikrarının sağlanamaması 1960 ile 1980 arasındaki dönemin siyasal karakterini yansıtmaktadır. Her iki askeri müdahale de parti sistemini daha kırılgan, köksüz ve oynak hale getirmiştir. İdeolojik kutuplaşmanın yanında parti liderleri arasındaki kişisel

[83] "1975'ten itibaren siyasal şiddet ve terör olayları tekrar tırmanmıştır. Bunların önüne de geçilememiştir. Üstelik siyasal sistemde de ciddi tıkanıklıklar oluşmuştur. Örneğin TBMM yeni Cumhurbaşkanını 6 ay süreyle seçememiştir. Bu dönemde hükümetler karar alamaz ve meclisler kanun çıkartamaz hale gelmiştir. Bu krizin sorumlusu olarak yürütmeyi ve devlet otoritesini zayıf bıraktığı düşünülen 1961 Anayasası görülmüştür." Bkz. Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.41-42.

[84] Tanör'ün haklı olarak ifade ettiği gibi; "1961 Anayasası döneminde ise 1965-1971 arası dışında, cılız ve oynak meclis çoğunluklarına dayanan hükümetler siyasi bakımdan zayıflamışlardı. Karma hükümetler, azınlık hükümetleri, sık sık değişen hükümetler, bu zayıflığın hem göstergesi hem de sebebiydiler. Ancak bu durum Anayasadan çok seçim ve parti sisteminden, ülkedeki oy dağılımının aldığı biçimden kaynaklanıyordu." Bkz. Bülent TANÖR, **İki Anayasa**, s. 92.

çekişmeler de bu süreçte olumsuz rol oynamıştır. Parti liderleri uzlaşma ve iş birliğinde bulunmaları halinde partinin bütünlüğünün bozulacağına ve oy kaybedeceklerine inandıkları için, uzlaşmaz ve rekabetçi duygularla hareket etmişlerdir. Özellikle 1970'li yıllarda, dağınık ve parçalanmış siyasal yapı, uygulanan nispi seçim sistemi ile meclise taşınmış; istikrarlı bir meclis çoğunluğuna dayanmayan kısa ömürlü hükümetler kurulmuştur. Örneğin, 27 Mayıs 1960'tan 12 Eylül 1980'e kadar geçen 20 yıllık süreçte 20 hükümet kurulmuştur. 1965–1969 dönemi boyunca kesintisiz iktidarda kalmayı başaran I. Demirel Hükümeti dışında, diğer hükümetlerin ortalama ömrü bir yıldan az olmuştur.

Sonuç itibariyle, 1960 sonrası siyasal yaşamın özelliği kutuplaşma ve istikrarsızlıktır. Burada siyasal istikrarsızlığın iki ana görünümünde tezahür ettiğini görüyoruz: Birincisi, parçalanmış ve kutuplaşmış parti sisteminin yol açtığı koalisyon hükümetleri olgusudur. Bu açıdan, 1961–1965 ve 1974–1980 dönemleri kısa ömürlü koalisyon ve azınlık hükümetleri ile siyasal istikrarsızlık olgusunun yaşandığı dönemlerdir. Gerek uzlaşma kültürünün yetersizliği nedeniyle gerekse farklı hatta zıt ideolojik tabanlara dayalı partilerin oluşturdukları koalisyonlar uzun ömürlü olamadıkları gibi yönetimde de etkinlik sağlayamamışlardır. Siyasal istikrarsızlığın ikinci görünümü; askeri müdahale girişimleri ve askeri rejim dönemleridir. Bu dönemlerde parti ve hükümet sisteminin kesintiye uğratılması, parti sisteminin yeniden şekillendirilmesi ve kontrol altında tutulması söz konusudur. Kutuplaşma olgusuna gelince; özellikle aşırı sağ ve sol uçtaki partiler arasında ideolojik çatışmaların artması, diyalogdan uzak sert siyasi söylemler, parlamento ve hükümet kanadında da gerilim yaratmıştır. S. Demirel'in başkanlığında kurulan milliyetçi cephe hükümetleri ise bu gerilimi doruk noktasına taşımıştır. Siyasal hayata etkili iki büyük parti (AP ve CHP), demokratik anayasal rejimin ortak paydalarında birleşemeyince, siyasal uzlaşmanın yerini siyasal çatışma yöntemi almış ve böylece hükümet istikrasızlıkları siyasal istikrarsızlıkların fitilini ateşlemiş ve 12 Eylül 1980 Askeri Rejiminin yolunu açmıştır[85].

[85] Bülent TANÖR, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)**, s. 406.

KAYNAKLAR

AHMAD Feroz, **Demokrasi Sürecinde Türkiye (1945-1980**), Hil Yayın, İstanbul 2007.

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üni. Yayını, İstanbul 2010.

ALDIKAÇTI Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

ÇAVDAR Tevfik, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi**, İmge Kitabevi, Ankara 2008.

EROĞUL Cem, **Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri**, AÜSBF Yayını, Ankara 1977.

GÖREN Zafer, **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa 2023.

KALAYCIOĞLU Ersin, "1960 Sonrası Türk Politik Hayatına Bir Bakış: Demokrasi Neo-Patrimonyalizm ve İstikrar", **Türk Siyasal Hayatı** (Editörler Ersin Kalaycıoğlu – Ali Yaşar Sarıbay), Ankara 2014.

KANADOĞLU Osman Korkut- DUYGUN Ahmet Mert, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, On iki Levha, İstanbul 2020.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayını, Ankara 2025.

ÖZBUDUN Ergun, **Çağdaş Türk Politikası -**Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller-, (Çev. Ali Resul Usul) Doğan kitap, İstanbul 2007.

ÖZBUDUN Ergun, **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayını:440, 4. bası, Ankara, 1983.

TANÖR Bülent, **İki Anayasa 1961- 1982**, Beta Yayını, İstanbul 1991.

TANÖR Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789–1980)**, YKY Yayınları, İstanbul 1998.

YALANSIZ Nedim, **Türkiye'de Koalisyon Hükümetleri 1961-2002**, Büke Kitapları, İstanbul 2006.

YAVAŞGEL Emine, **Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum,** Nobel Yayıncılık, Ankara 2004.

YÜCEL Bülent, **Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi- AKARTÜRK Ekrem Ali, "Türkiye'de Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Başkanlık Sistemi Üzerine Düşünceler" **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005/2, İstanbul.

ZÜRCHER Erik Jan, **Modernleşen Türkiye'nin Tarihi,** (çev. Yasemin Saner) İletişim Yayınları, İstanbul 2009.

K ı s a l t m a l a r

AP	Adalet Partisi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bkz.	Bakınız
CGP	Cumhuriyetçi Güven Partisi
CHP	Cumhuriyet Halk Partisi
CKMP	Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi
DP	Demokrat Parti
MHP	Milliyetçi Hareket Partisi
MNP	Milli Nizam Partisi
MP	Millet Partisi
MSP	Milli Selamet Partisi
s	sayfa
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİP	Türkiye İşçi Partisi
YTP	Yeni Türkiye Partisi

.

[86H] OCEAN ALKALINIZATION: RIGHTS AND OBLIGATIONS OF STATES UNDER INTERNATIONAL LAW

(OKYANUS ALKALİLEŞMESİ: ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETLERİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ)

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ [87*] [88]**

ABSTRACT

Ocean alkalinization, a geoengineering technique aimed at enhancing the ocean's capacity to absorb carbon dioxide and mitigate climate change, raises significant legal and ethical considerations under international law. This article explores the rights and obligations of states regarding ocean alkalinization within the frameworks of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), international environmental law, and customary international law. It examines the principles of state sovereignty, the duty to prevent transboundary harm, and the obligation to protect the marine environment. The study also addresses the potential conflicts between states' rights to utilise marine resources and their responsibilities to ensure environmental sustainability. By analysing legal precedents, treaties, and international agreements, this research aims to clarify the legal status of ocean alkalinization and propose guidelines for its responsible governance, ensuring that its implementation aligns with international legal standards and promotes global environmental justice.

Keywords: *Ocean Alkalinization, Geoengineering, Environmental Governance, Marine Environment, Climate Change Mitigation.*

ÖZ

Okyanus alkalileşmesi, okyanusun karbon dioksit emme kapasitesini artırmayı ve iklim değişikliğini hafifletmeyi amaçlayan bir jeomühendislik tekniğidir ve uluslararası hukuk çerçevesinde önemli hukuki ve etik değerlendirmeleri gündeme getirmektedir. Bu makale, Birleşmiş Milletler

---

[86H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.02.2025. İlk hakem raporu tarihi: 02.03.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 04.03.2025; Onaylanma tarihi: 06.03.2025.

[87*] Doktor Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

[88**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6652-2512.

Esere Atıf Şekli: Berkant Akkuş, "*Ocean Alkalinization Rights And Obligations Under International Law*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.469-506.

Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), uluslararası çevre hukuku ve uluslararası teamül hukuku bağlamında devletlerin okyanus alkalileşmesi konusundaki hak ve yükümlülüklerini incelemektedir. Devlet egemenliği ilkesi, sınır ötesi zararı önleme yükümlülüğü ve deniz çevresini koruma sorumluluğu ele alınarak, devletlerin deniz kaynaklarını kullanma hakları ile çevresel sürdürülebilirliği sağlama yükümlülükleri arasındaki olası çatışmalar değerlendirilmektedir. Hukuki emsaller, antlaşmalar ve uluslararası anlaşmalar incelenerek, bu araştırma okyanus alkalileşmesinin hukuki statüsünü netleştirmeyi ve sorumlu yönetişim için rehber ilkeler sunmayı amaçlamaktadır. Böylece, bu yöntemin uygulanmasının uluslararası hukuki standartlara uygunluğu sağlanarak küresel çevresel adaletin teşvik edilmesi hedeflenmektedir.

***Anahtar Kelimeler**: Okyanus Alkalileşmesi**,** Jeomühendislik, Çevresel Yönetişim, Deniz Çevresi, İklim Değişikliğinin Azaltılması.*

***

INTRODUCTION

Climate change has become both an urgent and a serious threat to humanity. Finding a solution to climate change, in both the short and long-term, is therefore of paramount importance. In the long-term, the solution is clear, albeit practically and politically difficult to navigate, there must be a reduction in the carbon emissions which have driven climate change.[89] In the short-term, stopgap measures aimed at mitigating the effects of carbon pollution have become more and more important, especially since efforts to reduce carbon emissions have faltered. Indeed, regardless of whether emissions targets are met or not, measures which help to repair the damage which has already been done are in high demand.[90] Carbon capture is one such measure.

Whilst it is artificial carbon capture which often comes to mind when the subject is discussed,[91] carbon capture is also a process which occurs naturally. Most well-known is uptake by plant life, but absorption by the ocean also plays an important role. Indeed, ocean uptake removes roughly a

[89] P Friedlingstein, S Solomon, GK Plattner, R Knutti, P Ciais, MR Raupach, 'Long-term climate implications of twenty-first century options for carbon dioxide emission mitigation' (2011) 1(9) Nature Climate Change 457, 457.

[90] G Chichilnisky, P Bal, *Reversing climate change: How carbon removals can resolve climate change and fix the economy* (World Scientific, 2020) 4.

[91] T Wilberforce, AG Olabi, ET Sayed, K Elsaid, M Abdelkareem, 'Progress in carbon capture technologies' (2021) 761 STE 143, 203.

quarter[92] to a third[93] of human-generated CO_2 from the atmosphere - roughly the same as plant life[94] – and so the ocean's importance in countering climate change is difficult to overstate. However, ocean carbon absorption comes at a cost. Absorbed CO_2 reacts with seawater to form carbonic acid, which then decomposes in the naturally alkaline water of the oceans, leading to ocean acidification.[95] This acidification is not a benign process. Amongst other effects, acid dissolves calcium carbonate, and thus acidification is highly detrimental for those creatures which rely on it to form their bodies – shellfish, molluscs, corals,[96] and perhaps most importantly, certain types of phytoplankton which themselves act as carbon stores, both because their bodies bind up carbon(ate) and because they engage in photosynthesis.[97] As a result of this, acidification threatens both the marine food chain and the ability of ocean life to absorb and lock away carbon.[98] Further, as the oceans become acidified, the chemical processes which break down dissolved carbon dioxide slow, increasing CO_2 saturation in the water, thereby also slowing the rate at which the oceans remove CO_2 from the atmosphere.[99] This is obviously detrimental given the oceans' importance as a carbon store.

A variety of other detrimental effects can also be associated with acidification. When the aforementioned calcium-carbonate-based creatures die, their shells sink, thereby locking away carbon at lower depths.[100] Acidification disrupts this process, dissolving those shells at higher depths

[92] P Landschützer, N Gruber, DC Bakker, U Schuster, 'Recent variability of the global ocean carbon sink' (2014) 28 GBC 927, 927.
[93] SC Doney, V Fabry, R Feely, J Kleypas, 'Ocean Acidification: The Other CO_2 Problem' (2016) 6 WJELP 212, 213.
[94] P Friedlingstein et al, 'Global Carbon Budget 2022' (2022) 14(11) ESSD 4811.
[95] SC Doney, V Fabry, R Feely, J Kleypas, 'Ocean Acidification: The Other CO_2 Problem' (2016) 6 WJELP 212, 217.
[96] *Ibid* 235.
[97] L Schlüter, K Lohbeck, M Gutowska, J Gröger, U Riebesell, T Reusch, 'Adaptation of a globally important coccolithophore to ocean warming and acidification' (2014) 4 Nature Climate Change 1024.
[98] JM Guinotte, VJ Fabry, 'Ocean Acidification and Its Potential Effects on Marine Ecosystems' (2008) 1134 ANYAS 320, 320.
[99] M Cuff, 'Geoengineering the seas could be catastrophic for marine life' (New Scientist, 2023) <https://www.newscientist.com/article/2369221-geoengineering-the-seas-could-be-catastrophic-for-marine-life/> Accessed 12 December 2024.
[100] RA Feely, SC Doney, SR Cooley, 'Ocean Acidification' (2009) 22(4) Oceanography 37, 39.

than would ordinarily occur, again decreasing the ability of the ocean to act as a carbon sink.[101] Additionally, since the chemical reactions which sustain life in any given creature tend to be tailored to the pH of its long-term environment, those reactions require more energy in an acidified environment. Acidification then essentially acts as an energy drain on ocean biomasses.[102] Acidification also impacts the chemical reactions which occur within the ocean itself, with effects which are only slowly being understood. For instance, acidification can impact the composition of seawater and alter how far noise can travel through the ocean, thereby having an impact marine mammals' use of sonar.[103]

In short, acidification is directly and indirectly detrimental in a variety of ways, many of which are only beginning to be understood. A short-term solution to acidification is then a high priority. One such solution is ocean alkalinization – quite simply, the addition of alkaline substances as a way of combatting the excessive acidification described above. However, ocean alkalinization is not without its drawbacks and therefore raises a variety of complex legal questions. On the one hand, it appears to be a way in which nations might meet their environmental obligations whilst combatting human-led damage at the same time. On the other hand, the repercussions of alkalinization techniques are not yet fully understood, and introducing any substance to the oceans in large volumes inevitably involves a variety of international treaties.[104]

This article will seek to answer the questions raised by ocean alkalinization, examining the rights and obligations of states under major international legal frameworks with regards to ocean alkalinization.[105]

---

[101] *Ibid*.

[102]Y Shang,X Wang, Y Shi, W Huang, I Sokolova, X Chang, D Chen, S Wei, F Khan, M Hu, Y Wang, 'Ocean acidification affects the bioenergetics of marine mussels as revealed by high-coverage quantitative metabolomics' (2023) 858(3) STE 160090.

[103] T Ilyina, R Zeebe, P Brewer, 'Changes in underwater sound propagation caused by ocean acidification' (2009) 6(46) IOP CSEER <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1307/6/46/462007/meta> Accessed 7 December 2024.

[104] KN Scott, 'Mind the Gap: Marine Geoengineering and the Law of the Sea: Gaps and Challenges' in RC Beckman, M McCreath, J Roach, Z Sun (Eds), *High Seas Governance: Gaps and Challenges* (Brill Nijhoff, 2018) 34.

[105] For a similar study on this topic: Ocean alkalinization has the potential to negatively impact the marine environment. Under the precautionary principle, which aims to prevent environmental harm, only marine scientific research is currently permitted until the possible risks of ocean alkalinization are fully identified and mitigated. A similar approach has been applied to ocean fertilization, where the precautionary principle has led to the conclusion

The aims of this article are threefold: to analyse the law, to identify any notable gaps therein, and to propose changes to law and policy which will deal with the gaps that have been identified.

In service of these aims, three research questions will be answered:

1. What rights and obligations do states have under international law regarding ocean alkalinization activities?
2. How can the precautionary principle be applied to balance environmental risks and potential benefits?
3. What mechanisms exist, or should be developed, to regulate the transboundary impacts of ocean alkalinization?

By pursing these aims and answering these questions, it is intended that this article will be a worthy addition to contemporary discourse around ocean alkalinization, engaging with the rapidly developing and ever-important field of environmental law.

In addition to this introductory chapter, this article consists of three more chapters. In chapter one, the precise nature of ocean alkalinization and its potential impacts will be briefly outlined. Chapter two will concentrate on identifying the substantive law around ocean alkalinization by reviewing treaties, conventions, customary international law and advisory opinions. Chapter three will ask whether the existing law is adequately comprehensive, whether it balances potential risks and potential benefits in

that States should only allow such activities for research purposes. In particular, there is a strong assumption that ocean iron fertilization poses environmental risks. From a law of the sea perspective, this means large-scale implementation cannot proceed until its environmental consequences are well understood. Although ocean alkalinization shares similarities with ocean iron fertilization, it also presents the potential benefit of counteracting ocean acidification. By increasing ocean alkalinity, this technology could help reduce atmospheric carbon dioxide levels and mitigate climate change. Given this potential, a different interpretation of the precautionary principle might be justifiable—one that supports large-scale implementation of ocean alkalinization to combat climate change. However, a direct comparison between the potential negative impacts of ocean alkalinization and those of climate change is not possible, as the effects of alkalinization on the marine environment remain uncertain. Despite the urgent need for effective emission-reduction methods, technologies that have not been thoroughly researched should not be deployed prematurely, as they could lead to irreversible environmental damage, potentially worsening the effects of climate change. To fulfill their environmental obligations, States must apply the precautionary principle, ensuring that ocean alkalinization is studied further before considering large-scale implementation. If research confirms its safety and effectiveness, broader measures may be justified in the future. At present, however, only small-scale experiments should be permitted to explore the potential benefits of ocean alkalinization. T Scherer, 'Ocean Alkalinization: The Rights and Obligations under International Law' (The Arctic University of Norway 2021) 45.

a satisfactory manner, and whether the precautionary principle is applied in an appropriate manner to novel techniques like ocean alkalinization. Chapter four will make recommendations for additions and alterations to the law.

Three main methodologies have been applied in the creation of this article. First, a black letter legal analysis approach has been applied in order to ascertain the content of relevant laws and how those laws have been applied in the courts. Second, comparative techniques have been used to ask whether international law's approach to ocean alkalinization is consistent with the approach towards other comparable geoengineering techniques. Third, an interdisciplinary approach has been used so that scientific findings might be integrated into this piece.

These three methods have been applied in the context of a desk-based, secondary research approach. This has enabled the piece to make efficient use of existing resources and allowed it to engage with the ongoing debate surrounding ocean alkalinization.

Although this piece engages with the science of climate change, it does not purport to directly engage in scientific analysis. As a result, certain assumptions will have to be made; namely that current studies into alkalinization are valid and that it will indeed form a valuable tactic in the fight against climate change. That said, this piece will certainly not proceed on a basis of absolute faith. To the contrary, the fact that there is still much to be learned about ocean alkalinization is a key premise of the below analysis.

Further, this piece will largely focus on ocean alkalinization as a standalone phenomenon. In reality, the fight against climate change will more than likely require a 'toolbox approach'[106] consisting of many interlocking techniques. Therefore, the complete picture of ocean alkalinization's benefits and drawbacks will likely be an extremely complex one, beyond the scope of this article.

Finally, a discussion of ocean alkalinization or any other technique aimed at dealing with the short-term impacts of climate change should be viewed in context. The 'true' solution to climate change is likely to be a reduction in emissions in the first place. Alkalinization should then, first and foremost, be viewed as a remedial measure and a stopgap, rather than as an excuse for excessive carbon generation.

[106] DN Cole, CI Millar, NL Stephenson, 'Responding to Climate Change: A Toolbox of Management Strategies' in DN Cole, L Yang (Eds), *Beyond Naturalness: Rethinking Park and Wilderness Stewardship in an Era of Rapid Change* (Island Press, 2012) 180.

I: THE OCEAN ALKALINIZATION SOLUTION

In order to ask what laws might apply to ocean alkalinization, it is first necessary to establish its nature, purported benefits and potential drawbacks.

A. The Nature of Ocean Alkalinization

As noted above, an intuitive solution to acidification is alkalinization: the addition of alkaline substances to the ocean. This can take a number of different forms.

First, alkaline substances might be directly added to the ocean. This typically involves the addition of finely ground carbonate-containing substances or silicates, like limestone, basalt or olivine, to the ocean. Indeed, this is a process which occurs naturally, albeit slowly, as submerged or coastal rockfaces are weathered.[107] Matter which contain these substances – like recycled concrete – might also be used for this purpose.[108] Additionally, alkalinization techniques are regularly applied in an agricultural context as a way to manage soil acidity. Run-off then leads to a proportion of these alkalinizing substances making their way to the ocean. This phenomenon might be taken advantage of by altering the makeup of the alkalinization substances that farmers use (for instance by increasing the proportion of basalt in the mix).[109]

Second, water can be pumped out of the ocean, treated to create an alkaline solution, and then pumped back in. Notably, this is a process which can be paired with certain forms of desalination,[110] which itself can be combined with hydrogen production (since this requires pure, desalinated

[107] CM Scott-Buechler, CH Greene, 'Role of the ocean in climate stabilization' in JCM Peres, ALDC Gonçalves (Eds), *Bioenergy with Carbon Capture and Storage: Using Natural Resources for Sustainable Development* (Academic Press, 2019) 109.

[108] S Rackley, 'Overview of Negative Emissions Technologies' in S Rackley, A Sewel, D Clery, G Dowson, P Styring, G Andrews, S McCord, P Knops, R Richter, T Ming, W Li, M Tyka (Eds), *Negative Emissions Technologies for Climate Change Mitigation* (Elsevier, 2023) 23.

[109] CM Scott-Buechler, CH Greene, 'Role of the ocean in climate stabilization' in JCM Peres, ALDC Gonçalves (Eds), *Bioenergy with Carbon Capture and Storage: Using Natural Resources for Sustainable Development* (Academic Press, 2019) 109.

[110] C de Lannoy, M Eisaman, A Jose, S Karnitz, R DeVaul, K Hannun, J Rivest, 'Indirect ocean capture of atmospheric CO2: Part I. Prototype of a negative emissions technology' (2018) 70 IJGGC 243.

water as a precursor).[111] There then exists the possibility that alkalinization can be integrated with other environmental management techniques, although both desalination and hydrogen production are both still undergoing refinement and development.[112]

In both cases, acidification in the immediate area of release is reduced, and natural processes then distribute the released material around coastal areas and into the open ocean, lowering acidification as a whole.[113] However, neither of the methods described above are without their drawbacks.

B. Potential Risks of Ocean Alkalinization

The dumping of alkalinizing materials into the ocean is itself a relatively energy intensive process – those materials must be mined, processed and then transported across land and sea until they arrive at their destination. This then gives rise to a carbon cost (and a financial cost), unless renewable forms of energy are used for these purposes.[114] The harms of mining and processing are also not negligible, depending on the nature of the processes being used. That said, infrastructure already exists for these purposes – limestone, for example is relatively abundant and heavily mined due to its use in a variety of industrial processes (most notably in cement production and agriculture).[115]

Additionally, the produced products are unlikely to be pure. As a result, dumping large amounts of material into the ocean will often result in the inadvertent introduction of trace amounts of heavy metals and other substances with an undesirable impact.[116]

---

[111] GH Rau, JR Baird, 'Negative-CO2-emissions ocean thermal energy conversion' (2018) 95 RSER 265.

[112] S Rackley, 'Overview of Negative Emissions Technologies' in S Rackley, A Sewel, D Clery, G Dowson, P Styring, G Andrews, S McCord, P Knops, R Richter, T Ming, W Li, M Tyka (Eds), *Negative Emissions Technologies for Climate Change Mitigation* (Elsevier, 2023) 25.

[113] CM Scott-Buechler, CH Greene, 'Role of the ocean in climate stabilization' in JCM Peres, ALDC Gonçalves (Eds), *Bioenergy with Carbon Capture and Storage: Using Natural Resources for Sustainable Development* (Academic Press, 2019) 109.

[114] LDD Harvey, 'Mitigating the atmospheric CO 2 increase and ocean acidification by adding limestone powder to upwelling regions' (2008) 113 JGR 1, 2.

[115] *Ibid* 16.

[116] E Lydersen, SL Löfgren, RT Arnesen, 'Metals in Scandinavian Surface Waters: Effects of Acidification, Liming, and Potential Reacidification' (2010) 32(2) CREST 73.

There will also be an impact on the marine environment of the target site – the dumping of huge amounts of pulverised rock is hardly something that ocean flora and fauna are adapted to deal with. Ideally, dump sites will be out to sea (whilst balancing for the time/energy cost associated with shipping), but there is no guarantee that dumping will not have a knock-on effect on coastal areas.[117]

When it comes to directly processing sea water, this is perhaps a little less labour intensive but is more complex, has far higher startup costs, has its own energy burden, and can give rise to waste products. For example, if alkalinization is paired with desalination, then an issue of localised over-salination can arise.[118] Since there is a tendency to tie direct alkalinization methods into other industrial processes (like desalination or hydrogen production), the economics surrounding it can be quite complex. Cost effectiveness, for example, will depend on the efficiency of these processes and/or market forces – such as the underlying demand for hydrogen.[119]

In the case of both marine dumping and seawater processing, they will result in a sharp rise in alkalinization in the immediate area of the target site. The impact of this process on ecosystems local to the target site is not yet fully understood,[120] although one potential unintended outcome might be the creation of detrimental algae blooms around the target site.[121]

Although many of the above effects are the subject of research, there is still much to be done,[122] especially when it comes to longitudinal studies. This is particularly important given that longitudinal effects are the ultimate intention behind alkalinization.

---

[117] SC Doney, H Buck, K Buesseler, MD Iglesias-Rodriguez, K Moran, A Oschlies, P Renforth, J Roman, GN Sant, D Siegel, R Webb, A White, 'A Research Strategy for Ocean-based Carbon Dioxide Removal and Sequestration' (National Academies Press, 2022) 196 <https://nap.nationalacademies.org/read/26278/> Accessed 13 December 2024.

[118] M Ahmed, W Shayya, D Hoey, J Al-Handaly, 'Brine disposal from reverse osmosis desalination plants in Oman and the United Arab Emirates' (2001) 133 Desalination 135.

[119] GH Rau, JR Baird, 'Negative-CO2-emissions ocean thermal energy conversion' (2018) 95 RSER 265.

[120] SC Doney, H Buck, K Buesseler, MD Iglesias-Rodriguez, K Moran, A Oschlies, P Renforth, J Roman, GN Sant, D Siegel, R Webb, A White, 'A Research Strategy for Ocean-based Carbon Dioxide Removal and Sequestration' (National Academies Press, 2022) 196 <https://nap.nationalacademies.org/read/26278/> Accessed 13 December 2024.

[121] K Brent, 'Marine Geoengineering Governance and the Importance of Compatibility with the Law of the Sea' in J McDonald, J McGee, R Barnes (Eds), *Research Handbook on Climate Change, Oceans and Coasts* (Edward Elgar, 2020) 448.

[122] *Ibid* 199.

A mixed picture of ocean alkalinization then emerges. It is clear that it may well have an important role in reversing anthropogenic acidification, but it is not without its costs. The logistics around alkalinization techniques are relatively complex and have their own associated energy burden. The impact of alkalinization methods at and around target sites is also not entirely understood and this point, giving rise to a variety of legal gaps which have not yet been answered.

How these issues will be dealt with will be determined by individual States, but their conduct will also be guided by international law, to which this article will now analyse.

II: RIGHTS AND OBLIGATIONS OF STATES RELATED TO OCEAN ALKALINIZATION UNDER INTERNATIONAL LAW

Although ocean alkalinization shows great promise, as is mentioned above, it is not without its drawbacks. This then leaves it in a precarious legal position. On the one hand, a series of laws emphasise the importance of dealing with climate change, indicating that this is a top priority. On the other hand, the law also indicates that the methods used to combat climate change must themselves not be overly destructive. It is these contrasting sets of laws that this chapter will detail.

A. International Environmental Law - United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)

The UNFCCC[123] and its associated instruments (e.g. the Kyoto Protocol,[124] the Paris Agreement[125]) form the primary source of international carbon regulation. Art.2 UNFCCC explicitly states that the objective of the Treaty Parties will be to stabilise greenhouse gas concentrations. This then implicitly covers ocean alkalinization, since it would support the ocean's natural carbon capture capabilities. Indeed, Art.4(1)(d) explicitly highlights the need to promote the conservation and enhancement of greenhouse gas sinks, naming both oceans and marine ecosystems directly. Beyond these provisions, the need to protect coastal communities – especially those who

[123] UNGA, United Nations Framework Convention on Climate Change (Signed 4 June 1992) 1771 UNTS (Entered into Force 20 January 1994) 107.

[124] UNFCCC, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (Signed 11 December 1997) 2303 UNTS (Entered into Force 16 February 2005) 162.

[125] UNFCCC, Paris Agreement (Signed 22 April 2016) 3156 UNTS (Entered into Force 4 November 2016) 79.

rely on the sea for their wellbeing – is emphasised by the Convention. This then indicates that protection of the ocean is not just a matter of environmental protection *per se*, but instead takes on a human rights quality[126] – to damage the oceans is to harm those who rely upon them. The need for marine conservation is also highlighted, as is the need for cooperative approaches to combatting climate change. Once more, these are functions associated with ocean alkalinization.

As the most recent 'tentpole' agreement under the UNFCCC, the Paris Agreement bears highlighting. Most notably, the Agreement implements an obligation to keep global warming under 2 °c – preferably 1.5 °c – under Art.2(1)(a), and as with the UNFCCC the importance of carbon sinks as a mitigation method is highlighted under Art.4(1) and Art.5(1). The Agreement also builds upon the idea of carbon targets, implemented in the prior Kyoto Protocol. Environmental protection and cooperation are also reemphasised in the Agreement. Whilst the Agreement does not explicitly discuss marine carbon sinks – indeed, oceans are mentioned just once, in the preamble – it might still be argued that the Agreement covers ocean carbon sinks, given that they are a key component of natural carbon capture processes. Additionally, marine ecosystems are naturally included in any broader discussion of environmental protection.

On a practical level, it is also apparent that there is at least some consideration of ocean management under the UNFCCC. The so-called 'Ocean and Climate Change Dialogue' was launched during the 25th UNFCCC Conference of Parties (COP) and has featured at each COP since.[127]

It might then be concluded that international environmental law provides a strong mandate to mitigate carbon pollution and the effects of climate change. Given that combatting ocean acidification fulfils both of these mandates, there is arguably a legal basis for ocean alkalinization, albeit in a broad sense. However, just because a practice or technique happens to help combat climate change, this does not mean that it is automatically legitimised. Much to the contrary, other aspects of international law indicate that geoengineering techniques like ocean alkalinization are generally prohibited, as discussed below.

---

[126] S Humphreys, 'Introduction' in S Humphreys (Ed), *Human Rights and Climate Change* (CUP, 2010) 7.

[127] B Dobush, N Gallob, M Guerra, B Guilloux, E Holland, S Seabrook, L Levin, 'A new way forward for ocean-climate policy as reflected in the UNFCCC Ocean and Climate Change Dialogue submissions' (2022) 22(2) Climate Policy 254, 255.

B. The Convention on Biological Diversity (CBD)

The CBD,[128] stemming from the United Nations Environmental Programme, emphasises both the importance of biodiversity and conservation thereof. Of more specific interest are certain decisions that have been rendered under the Convention.

Decision X/33[129] para.8(a) highlights the threat posed by acidification to marine ecosystems. However, at the same time, para.8(w) emphasises the precautionary approach and that geo-engineering techniques should be prohibited until there is an adequate scientific basis to justify them, taking into account the potential harm that they might do to both biodiversity and the environment, with the exception of small-scale research studies.

Decision XI/20[130] homes in on geoengineering specifically, noting that no such technique yet exhibits accepted levels of effectiveness, safety and affordability (para.6). Nonetheless, it also calls for Convention Parties to address the research gap associated with geoengineering (para.9).

---

[128] Convention on Biological Diversity (Signed 5 June 1992) 1760 UNTS (Entered into Force 29 December 1993) 79.

[129] United Nations Environmental Programme, 'Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity X/33: Biodiversity and Climate Change' (UNEP, 2010) UNEP/CBD/COP/DEC/X/33.

[130] United Nations Environmental Programme, 'Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity XI/20: Climate-related Geoengineering' (UNEP, 2012) UNEP/CBD/COP/DEC/XI/20. The Convention on Biological Diversity (CBD) is a legally binding treaty, but COP decisions do not automatically have the same status as the treaty itself. Article 23 of the CBD establishes the COP as the governing body, responsible for reviewing implementation and adopting decisions to guide future action. However, unless a COP decision explicitly creates binding obligations (which would typically require consensus and legal justification under the treaty), it is usually considered a soft law instrument. COP decisions are generally non-binding unless they interpret existing legal obligations under the treaty or create binding rules through mechanisms such as protocols or amendments. Decision X/33 (2010) on Biodiversity and Climate Change and Decision XI/20 (2012) on Climate-related Geoengineering primarily contain recommendations, guidance, and expressions of concern rather than legally enforceable obligations. For example, Decision XI/20 calls for precaution regarding geoengineering, but it does not prohibit states from engaging in such activities under international law. While not binding, these decisions can influence international environmental law and state behavior by shaping customary law, guiding national policies, and influencing other international agreements. They can also be cited in legal arguments before international courts and tribunals as evidence of state practice and *opinio juris*. Decisions X/33 and XI/20 are best understood as non-binding recommendations rather than legally binding obligations. However, they carry significant political and normative weight, influencing international environmental governance, national policies, and future treaty developments.

This then paints a mixed picture. It is clear that geoengineering is viewed with some suspicion under the CBD. This is perhaps to be expected. Humanity has caused a great deal of harm to biodiversity, and so caution is warranted, especially in the context of aggressive, wide-reaching techniques like geoengineering. At the same time, it is apparent that the CBD is not intended to operate as an instrument of outward technophobia, and therefore research into geoengineering techniques – like ocean alkalinization - has been endorsed.

C. The Precautionary Principle

Another aspect of environmental law that bears highlighting is the precautionary principle. The precautionary principle is, of course, not an invention of environmental law. In its most basic form, the principle stipulates that in times of scientific uncertainty, a cautious approach should be taken.[131]

However, where environmental law is concerned, it has a more specific formulation. A generalised version of the principle can be found in Principle 15 of the Rio Convention on Environment and Development.[132] In short, States are to avoid risky actions, but also to avoid making risky omissions – that is, they must not use scientific uncertainty as an excuse to avoid mitigating an environmental harm, especially where the cost/benefit ratio of any proposal is favourable.

Versions of the principle can be found in many of the instruments discussed above and below. Art.3(3) UNFCCC applies the principle specifically to climate change and it appears in the preamble of the CBD, for instance. Whilst the exact status of the precautionary principle within environmental law remains a matter of some debate – especially over whether it might be considered a customary principle – its prevalence and thus applicability are undoubtable.[133]

As will be discussed further in the next chapter, when it comes to applying the principle to ocean alkalinization, the principle arguably indicates that alkalinization is to be approached cautiously given a lack of

[131] D Kriebel, J Tickner, P Epstein, J Lemons, R Levins, EL Loechler, M Quinn, R Rudel, T Schettler, M Stoto, 'The Precautionary Principle in Environmental Science' (2001) 109(9) EHP 871, 871.

[132] Rio Convention on Environment and Development (Adopted 14 June 1992) A/CONF.151/26.

[133] J Friedrich, 'Carbon Capture and Storage: A New Challenge for International Environmental Law' (2007) 67 ZRV 211, 217.

sufficient information on its impacts. Of course, this must also be balanced against the ongoing harms of climate change.

With international environmental law considered, discussion might now move on to identifying relevant aspects of marine law.

D. International Marine Law - United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)

There has long been a body of law dealing with maritime issues. Indeed, many customary principles of marine law are centuries old.[134] In a contemporary setting, it is UNCLOS[135] and associated instruments which govern maritime matters.[136] Part XII UNCLOS is particularly pertinent, given that it regulates protection and preservation of the marine environment. Additionally, Part XIII regulates the scientific research which will be required to develop ocean alkalinization.

Specifically, Art.192 UNCLOS imposes a general obligation to avoid marine pollution, and Art.194 UNCLOS is especially notable, given that it dictates that states will take measures to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source. This can be examined in two ways. A pro-alkalinization reading would indicate that UNCLOS endorses such activities since they help to reduce and control the pollution associated with carbon emissions. However, an inverse interpretation might also apply given the methods inherent to alkalinization: dumping alkalinizing substances into the ocean. Indeed, Art.210 prohibits any activity that involves pollution by dumping.

The definitions applied to relevant terms under Art.1(1) UNCLOS introduce a similar level of uncertainty regarding the exact legal status of

[134] M Shaw, *International Law* (9th Edn, OUP, 2021) 473.

[135] United Nations Convention on the Law of the Sea (Signed 10 December 1982) 1833 UNTS (Entered into Force 16 November 1994) 3.

[136] The United Nations General Assembly has agreed to develop a treaty to complement the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) regarding the conservation and sustainable use of marine biological diversity in areas beyond national jurisdiction. Accordingly, the Agreement on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea was adopted on June 19, 2023. Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, UNGAOR, Further resumed 5th Sess, UN Doc A/CONF.232/2023/4 (19 June 2023).

alkalinization. 'Pollution' includes introduction, directly or indirectly, of substances into the marine environment that might be harmful to it. This would likely encompass carbon.[137] However, 'dumping' is defined as the deliberate introduction of any potentially deleterious matter into the ocean, with a narrow exception under Art.1(1)(5)(b)(ii) for matter introduced for reasons other than disposal. Whilst the intention behind ocean alkalinization is obviously benevolent, it is impossible to rule out that it might have certain harmful effects, especially around the target site. It is then difficult to argue that alkalinization would be immediately permissible under UNCLOS, even if the intent behind it would be to counteract carbon-based pollution which is itself prohibited under the Convention.

E. The Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London Convention)

In addition to UNCLOS, a number of specific instruments govern ocean dumping. The London Convention[138] and associated Protocol[139] are perhaps the most important of these instruments. In addition to replicating the rules against dumping found in instruments like UNCLOS, the London Convention also emphasises the application of the precautionary principle: where debate exists as to the impact of dumping a certain substance into the ocean, the practice is to be avoided. Indeed, a presumption of illegitimacy appears to exist under the London Convention: unless material is explicitly listed as a 'safe' material (usually inert substances or natural substances already found at sea, as under Annex I of the Convention) then it must not be dumped.

A number of amendments have also been made to the Protocol to deal with geoengineering techniques – including alkalinization. Most notably, the 2013 amendment (LP.4(8))[140] indicates that geoengineering activities are generally prohibited unless expressly authorised under the Convention. It should be noted, however, that the amendment carves out a narrow exception for research into ocean fertilisation – a technique not too

[137] P Boyd, C Vivian, *High Level Review of a Wide Range of Proposed Marine Geoengineering Techniques* (IMO, 2019) 90.

[138] Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (Signed 29 December 1972) 1046 UNTS (Entered into Force 30 August 1975) 120.

[139] 1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (Signed 7 November 1996) UKTS No 21 (2016).

[140] Resolution LP.4(8) on the Amendment to the London Protocol to Regulate the Placement of Matter for Ocean Fertilization and Other Marine Geoengineering Activities (Adopted 18 October 2013) UKTS Misc No 9 (2014).

dissimilar from alkalinization, whereby substances required by phytoplankton (e.g. nitrogen, phosphorus, iron) are distributed to encourage artificial algae blooms, with an associated uptick in carbon-mitigating photosynthesis.[141] This then perhaps indicates a willingness to investigate the viability of techniques akin to alkalinization, even if this has not yet occurred. Indeed, Parties to the Convention and Protocol have made statements mirroring the 2013 amendment, expressly acknowledging that there is growing interest in geoengineering as a way of combatting climate change, highlighting it as a topic for further investigation.[142] At the same time, they have also issued statements indicating that alkalinization is considered to have potentially harmful effects, or at best, unknown effects.[143]

It is also notable that under Art.210 UNCLOS, parties are obligated to keep their own anti-dumping regulations in line with minimum international standards – that is to say those set by the London Convention. Although there is some discussion around whether the minimum international standard includes the more comprehensive Protocol (especially the amended version),[144] it can still be concluded that the London Convention effectively governs all UNCLOS signatories, at least indirectly.

Therefore, in the context of ocean alkalinization, it is then unlikely that any single nation could take matters into its own hands and proceed with such alkalinization legitimately. There is nonetheless some hope that alkalinization techniques will one day be generally permitted under the London Convention, especially after further research into its potential has taken place.

---

[141] P Williamson, D Wallace, C Law, P Boyd, Y Collos, P Croot, K Denman, U Riebesell, S Takeda, C Vivian, 'Ocean fertilization for geoengineering: A review of effectiveness, environmental impacts and emerging governance' (2012) 90 PSEP 475, 476.

[142] International Maritime Organization, 'Statement on Marine Geoengineering' (IMO, 2022) <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/LC_LP/LP%20LC%20Statement%20on%20Marine%20Geoengineering_%20LC%2044-17%20annex%202.pdf>

[143] International Maritime Organization, '45th Consultative Meeting of Contracting Parties to the London Convention and the 18th Meeting of Contracting Parties to the London Protocol (LC 45/LP 18)' (IMO, 2023) <https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/LC-45-LP-18.aspx> Accessed 30 December 2024.

[144] A Birchenough, F Haag, 'The London Convention and London Protocol and Their Expanding Mandate' (2020) 34 OY 255, 258.

F. Customary Law

Although UNCLOS is already widely accepted, many of its basic tenets are also considered to be components of customary international law, thereby binding even those who have not ratified the Convention except for persistent objectors.[145]

First, although UNCLOS is only some four decades old, it replicates long-held aspects of maritime law,[146] and so it is safe to assume that at least some of its content will be considered customary law. Whilst this assertion does not provide any direct guidance on what aspects of UNCLOS are considered to be customary law principles, it is undeniable that certain aspects of it exhibit the necessary characteristics of customary law: they have been repeatedly and widely accepted and implemented, not incidentally, but instead on the basis of legal obligation (in line with the criteria laid down in the *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*[147]). Basic obligations like avoiding pollution and refraining from marine dumping arguably fit these criteria.

Second, there is good precedent to assert that transboundary pollution is governed by customary law. *Costa Rica v Nicaragua*[148] is particularly informative, indicating that accounting for transboundary harm is a customary legal principle of international environmental law. Ocean pollution obviously constitutes one such form of transboundary harm.[149]

Third, in practical terms, it would be relatively nonsensical to apply a non-pollution obligation or anti-dumping obligation to a nation upon ratification of UNCLOS. Oceans do not stop at national borders, and thus

---

[145] J Van Dyke, 'Giving Teeth to the Environmental Obligations in the LOS Convention' in AO Elferink, D Rothwell (Eds), *Ocean Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses* (Brill, 2004) 167.

[146] M Shaw, *International Law* (9th Edn, OUP, 2021) 473.

[147] ICJ, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* [1996] ICJ 3.

[148] ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)* [2015] ICJ Rep 665.

[149] The Trail Smelter case (United States v. Canada, 1938 & 1941) was an international arbitration dispute concerning transboundary pollution. A Canadian smelter in Trail, British Columbia, caused sulfur dioxide emissions that damaged crops and forests in Washington, USA. The tribunal ruled that no state has the right to use its territory to cause harm to another state. This case established the foundational principle of transboundary environmental harm in international law, influencing later environmental agreements and norms. *Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada)* (1938 and 1941) 3 R.I.A.A. 1905.

allowing just one nation of hundreds to freely pollute shared waters would undermine the actions of all others. This is then another reason to regard both pollution and dumping to be contrary to customary law – it is the only sensible way in which such laws can operate.

Therefore, it might be concluded that customary environmental law prohibits pollution in much the same way as UNCLOS and similar instruments. Of course, the exact content and limitations of customary environmental law remains a matter of much discussion.[150] It should also be noted that whilst customary law extends the obligations described above to all nations, that it does not provide decisive guidance on ocean alkalinization. There might be a customary legal principle prohibiting pollution and favouring remedial actions to combat that pollution, but then there is also likely a principle stating that dumping matter in the ocean is illegitimate.

G. International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) Advisory Opinions

Supporting the above reading of the law is the recent publication of the *Advisory Opinion on Climate Change and International Law*[151] from the ITLOS.

First, it is indicated that carbon emissions do indeed constitute a form of marine pollution under Art.194 UNCLOS.[152] This is arguably unsurprising: it is an anthropogenic substance which causes harm within the ocean, especially in the excessive quantities which are currently being introduced. At the same time, the ITLOS emphasises emission reduction as the primary obligation held by States under UNCLOS. This is also unsurprising: were a State regularly dumping any other waste into the ocean, their primary obligation would first and foremost be to stop dumping that waste, even if removal of that waste would be a natural secondary obligation. Ocean acidification is also highlighted as a long-term harm tied to ocean pollution.[153]

---

[150] P Dupuy, G Le Moli, JE Viñuales, 'Customary International Law and the Environment' (2018) C-EENRG Working Papers 2018-2, 6 <https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/system/files/documents/CEENRG_WP_19_CustomaryInternationalLawandtheEnvironment.pdf> Accessed 1 January 2025.

[151] ITLOS, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law: Advisory Opinion* [2024] Case No 31.

[152] *Ibid* [173].

[153] *Ibid* [398].

Second, the ITLOS affirms that the obligation to protect and preserve the marine environment under Art.192 UNCLOS an obligation of restoration where damage has been caused.[154] This then reiterates the conclusion found in *The South China Sea Arbitration (Philippines v People's Republic of China):*[155] where an obligation of preservation exists, this includes both maintaining and improving the relevant environment. The ITLOS also confirms that State responses should be proportional to the harm caused.[156]

Third, on geoengineering itself, the ITLOS indicates that geoengineering techniques are a double-edged sword: they are both a proposition to deal with pollution and its effects, but they are also often a form of pollution in many respects.[157] This then contravenes Art.195 UNCLOS – which prohibits pollution 'transformation' – preventative acts which simply change one form of pollution into another and/or move it elsewhere.

This then cements the assertion made at the top of this chapter that international law both discourages carbon pollution and encourages remedial action, whilst still prohibiting the methods inherent to ocean alkalinization: the illness is illegitimate, but so too is the cure.

Also of note is the fact that the ITLOS has confirmed the application of the precautionary principle in the context of UNCLOS, in the *Bluefin Tuna Cases (New Zealand v Japan, Australia v Japan).*[158] This emphasises the importance of the precautionary principle. It can be found in both general environmental law, and also applies in the specific context of marine environmental law.

It is therefore apparent that international law has much to say about ocean alkalinization. The UNFCCC provides a mandate to fight climate change and might therefore be regarded as taking on an implicitly pro-alkalinization stance. The CBD prohibits geo-engineering generally but encourages further research into its potential. UNCLOS indicates that carbon-based pollution should be mitigated, but warns against techniques inherent to ocean alkalinization, like material dumping. Such techniques are further forbidden by the London Convention and its Protocol. Nonetheless,

[154] *Ibid* [386].
[155] Permanent Court of Arbitration, *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v The People's Republic of China)* [2016] Case No 2013-19.
[156] ITLOS, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law: Advisory Opinion* [2024] Case No 31, [399].
[157] *Ibid* [231].
[158] ITLOS, *Bluefin Tuna Cases (New Zealand v Japan, Australia v Japan)* [1999] Case Nos 3, 4.

amendments to the Convention highlight ocean acidification as a threat, and geoengineering techniques have been highlighted as having future potential. An examination of customary law supports this reading of international law. It is likely that anti-pollution and dumping provisions are, in their base forms, matters of customary law. Decisions from the ITLOS also support the assertion that there is an obligation to remedy carbon-based pollution, but also a general prohibition against novel techniques like ocean alkalinization.

Of course, these are the 'headline' elements of international law that govern ocean alkalinization. In reality, geoengineering techniques interact with dozens, if not hundreds of laws at an international, regional and national level.[159] Any regulation on the matters of climate change, the environment, or biodiversity, are likely to have some bearing on the legitimacy of geoengineering techniques like ocean alkalinization, and where the oceans are mentioned, alkalinization techniques will be implicated. At any rate, the broad themes of the law remain the same: climate change is a problem, and a problem that needs fixing post-haste, but ocean alkalinization is a technique which is not yet fully understood and therefore remains prohibited.

Although the law is somewhat contradictory in its approach towards ocean alkalinization, the *lex specialis* principle[160] should also be kept in mind - that specific laws will take priority over general laws. It is certainly true that a variety of general environmental law principles indicate that States should act to mitigate and remedy carbon pollution, but it must be concluded that this does not outweigh the variety of laws indicating that geoengineering techniques are prohibited.

With law's approach to ocean alkalinization identified, it is possible to examine where the law falters and why this is the case.

III: GAPS AND CHALLENGES IN REGULATING OCEAN ALKALINIZATION

As identified in the chapter above, ocean alkalinization finds itself in a position which is certain some ways and uncertain in others. It is certain that States have an obligation to prevent and remedy ongoing carbon-based pollution and its effects. It is also certain that, at present, ocean alkalinization would contravene the law on both marine pollution and marine dumping. Uncertain is the role that ocean alkalinization might have

[159] *Ibid* 529.
[160] M Shaw, *International Law* (9th Edn, OUP, 2021) 55.

in the future, and whether it might one day be considered a legitimate means for States to meet their obligations to combat the effects of carbon-based pollution.

Unfortunately, it can be argued that environmental law, as it stands, is not well equipped to deal with ocean alkalinization or similar techniques. This deficiency is driven by three tendencies of environmental law. First, it can be argued that the precautionary principle often struggles to deal with novel scientific developments. Second, it can be argued that environmental law has not yet developed a framework to impose communal solutions to communal problems (like carbon pollution). Third, it can be asserted that environmental law concentrates on acute and localised forms of environmental harm, but ignores chronic, distributed forms of harm.

A. The Precautionary Principle

As discussed above, the precautionary principle features heavily within environmental law. There is little doubt that the precautionary principle is, overall, a beneficial thing. Where an activity might cause damage to the environment - especially long-term, severe damage - it is sensible to curtail that activity until more is known about it.

The principle does not cease to be effective even when the proposed activity aims to mitigate a greater ongoing harm, like climate change. Indeed, ocean alkalinization and other forms of marine geoengineering should be approached with an abundance of caution. The oceans are both a vital natural resource and easily damaged: the application of a flawed technique in one place has the potential to impact oceans of the world over, and whilst marine geoengineering techniques can be trialled in a particular locality, they can never truly be contained.[161] Indeed, this is an issue that arises with most forms of geoengineering, be it ocean-based techniques like alkalinization or fertilisation, or atmospheric-based techniques like solar radiation management:[162] their potential benefit tends to scale in line with their potential risks.[163]

[161] JG Sheppard, 'Geoengineering the climate: an overview and update' (2012) 370 PTRS 4166, 4171.

[162] T Ming, R_Richter, W Liu, S Caillol, 'Fighting global warming by climate engineering: Is the Earth radiation management and the solar radiation management any option for fighting climate change?' (2014) 31 RSER 792, 793.

[163] BK Sovacool, 'Reckless or righteous? Reviewing the sociotechnical benefits and risks of climate change geoengineering' (2021) 35 ESR 100656.

Nevertheless, overzealous application of the precautionary principal risks introducing an overabundance of caution when it might not be merited.

B. The Precautionary Principle and Innovation

Over-emphasis of the precautionary principle arguably limits innovation since, by definition, it warns against engaging in techniques with unknown effects. The precautionary principle is triggered when scientific uncertainty arises. The way to deal with that scientific uncertainty is through research. However, where the research itself carries a certain level of risk, the precautionary principle discourages it from occurring in the first place. This arguably indicates that the principle can give rise to circular logic: unknown risks are to be avoided, but resolving uncertainty may itself be risky.[164] Indeed, this phenomenon is apparent in the case of alkalinization. As noted above, the ITLOS has indicated that techniques like alkalinization are generally contrary to environmental law given a lack of scientific certainty regarding their impacts.

However, this does not necessarily mean that the precautionary principle limits any and all research, even if that research can be risky. Indeed, the 2013 amendment to the London Convention which places a general moratorium on geoengineering carves out a narrow exception for research into ocean fertilisation. This then perhaps indicates that the precautionary principle can be put to one side in limited circumstances so that new techniques can be considered and researched. At the same time, it is clear that regulators are approaching geoengineering in a piecemeal fashion – by concentrating on very specific techniques rather than putting into place a general framework for research. There is then no indication when alkalinization will be considered fit for testing, if ever – the precautionary principle might mean that it will always be regarded as being too risky.

C. The Precautionary Principle and Balancing Harms

The precautionary principle arguably incentivises an approach towards environmental protection which does not properly balance known harms and unknown harms.

There is no doubt that the effects of carbon pollution are detrimental. Indeed, with each passing year it becomes more and more apparent that carbon-related damage is more extensive than previously thought, in both

[164] A Trouborst, 'Prevention, Precaution, Logic and Law' (2009) 2(2) ELR 105, 118.

scope and scale.[165] This might be contrasted with the risks associated with ocean alkalinization. They are not yet fully understood in either scale or scope, although it is apparent that they would likely cause some level of local damage, even if this occurs in service of the greater good. The precautionary principle would then, at first glance, dictate that ocean alkalinization should not occur – it is potentially too risky. However, this approach can be questioned.

Although the precautionary principle warns against acting too hastily, it also indicates that uncertainty is not to be used as an excuse for inaction, especially where there is a threat of serious or irreversible damage (as per the Art.3(3) UNFCCC formulation of the principle). Applied to ocean alkalinization, it might be argued that this would provide a justification for engaging in the technique. The harms associated with climate change are both serious and irreversible (in the short-term, at least) and alkalinization might be used to ameliorate its worse effects. Indeed, alkalinization is arguably a prime candidate for this type of approach given its dual effects: not only does it augment the ability of the oceans to act as a carbon sink, but it helps to reverse acidification and therefore damage caused by carbon pollution.

The precautionary principle is of limited use when novel practices are concerned. It indicates that uncertainty is not to be used as a reason to avoid acting, but also dictates that actions should not be taken until sufficient information is available. It might operate well-enough when the potential risk associated with a new technique is low, but when more innovative and potentially more effective (and risky) techniques are concerned, it inevitably concludes that they should be avoided. In the context of climate change in particular, this may well be a detrimental phenomenon: the overwhelming message from regulators has been that action must be taken post-haste. It is then perhaps contradictory to act with excessive caution when new methods of combatting climate change are tabled.

D. Environmental Law and Communal Solutions to Communal Harms

It can also be argued that environmental law tends to falter when communal solutions are required. There is little doubt that States have an obligation to deal with anthropogenic carbon, as highlighted in prior

[165] J Nolt, 'Cumulative Harm as a Function of Carbon Emissions' in C Murphy, P Gardoni, R McKim (Eds), *Climate Change and Its Impacts* (Springer, 2018) 39.

chapters. However, the bulk of this law concentrates on negative obligations – things that States must stop doing or reduce in scale.[166] In comparison, obligations to undertake positive activities – like engaging in carbon capture activities or other remedial actions – are few and far between.

This tendency means that international environmental law is particularly weak when cooperative projects are concerned. This is, of course, not a new assertion.[167] Environmental advocates have, for decades now, argued that a communal effort must be made to mitigate carbon emissions and their effects. Whilst these calls for action have been somewhat successful, the international community has still struggled to agree on what exactly should be done, by who, and where – as evidenced by the fierce debate which arises at each and every COP.[168] All this occurs in the face of an increasingly urgent climate crisis - the stakes continue getting higher, but the willingness to engage in mitigation activities has not risen in tandem.[169]

Unfortunately, all of the above is likely to be a problem in the context of ocean alkalinization. At present, international law is not particularly well positioned to deal with positive obligations like carbon capture.[170] As with many other aspects of climate change mitigation, disputes are ongoing regarding who should be responsible for engaging in carbon capture, how carbon capture credits should be valued, and numerous monitoring and transparency issues have arisen.[171] There is little to indicate that ocean alkalinization would not be subject to these same challenges.

Indeed, alkalinization is likely to be more difficult to manage than existing methods of carbon capture. As discussed above, it is essentially a large-scale industrial process, requiring quarrying, transportation and dumping of mass quantities of matter, or alternatively requires the use of

[166] MJ Mace, C Hendriks, R Coenraads, 'Regulatory challenges to the implementation of carbon capture and geological storage within the European Union under EU and international law' (2007) 1 IJGGC 253, 254.
[167] ER DeSombre, 'The Evolution of International Environmental Cooperation' (2004) 1(1) JILIR 75, 76.
[168] L Lefstad, J Paavola, 'The evolution of climate justice claims in global climate change negotiations under the UNFCCC' (2024) 18(3) CPS 363, 367.
[169] R Kinley, M Cutajar, Y Boerc, C Figueres, 'Beyond good intentions, to urgent action: Former UNFCCC leaders take stock of thirty years of international climate change negotiations' (2020) 21(5) Climate Policy 593.
[170] NA Robinson, 'Enforcing Environmental Norms: Diplomatic and Judicial Approaches' (2003) 26 HICLR 387, 397.
[171] L Schneider, SH Theuer, 'Environmental integrity of international carbon market mechanisms under the Paris Agreement' (2019) 19(3) Climate Policy 368.

complex water treatment processes. This will be neither cheap or easy, and so will require a relatively complex regulatory framework to be put in place before it can occur. It would likely require cooperation from many different nations each engaging in alkalinization projects in order to have an impact, and distributing the 'alkalinization burden' would not be simple: available alkalinization material (e.g. limestone), infrastructure, and the availability of a suitable coastline would likely consider all factor into decision-making,[172] and issues like the damage associated with mining and dumping would need to be accounted for. Although these problems are not insurmountable, they do represent a substantial challenge to existing regulatory systems, which, it should be remembered, sometimes struggle to deal with relatively mundane activities like tree-farming.[173] In short, ocean alkalinization is a novel technique, but this certainly does not mean that it is immune from longstanding deficiencies in international environmental law's approach to climate change.

At the same time, the fact that ocean alkalinization would slot into existing climate change mitigation efforts would not be entirely detrimental. Once the science behind it is better understood, it may well be possible to treat alkalinization in the same way as any other carbon capture technique – as a way for States to meet their own carbon mitigation commitments, and further, as a way to generate carbon credits. Indeed, carbon certification organisations are already priming themselves for this eventuality.[174]

In short, although ocean alkalinization represents a unique logistical challenge, it will likely fit into existing environmental law frameworks to a certain extent. This is a double-edged sword. The groundwork has already been completed, but the efficacy of this groundwork is questionable, as exhibited by existing issues with the UNFCCC framework and other aspects of environmental law.

E. The Priorities of Environmental Law

A final issue can be identified in the way in which environmental law approaches different types of harm.

---

[172] S Caserini, N Storni, M Grosso, 'The Availability of Limestone and Other Raw Materials for Ocean Alkalinity Enhancement' (2022) 36(5) GBC 1, 1.

[173] MC Evans, 'Effective incentives for reforestation: lessons from Australia's carbon farming policies' (2018) 32 COES 38, 45.

[174] E Jubbawy, 'World first protocol for Ocean Alkalinity Enhancement' (Isometric, 2024) <https://isometric.com/writing-articles/world-first-protocol-for-ocean-alkalinity-enhancement> Accessed 3 January 2024.

In general, environmental law tends to treat acute, localised, short-term harm is a matter of priority. This is to be expected: many aspects of environmental law have been crafted in response to specific environmental disasters rather than ongoing crises,[175] and short, sharp types of harm are easier to regulate, detect and remedy. Conversely, chronic, distributed and long-term harms are very difficult to deal with. They are hard to detect or quantify,[176] it is often impossible to identify a single bad actor to blame, and it is often the case that harmful activities may have become so embedded in societal practices that it is difficult, if not impossible, to prevent them entirely.

This phenomenon can be seen in the context of ocean alkalinization and the problem it aims to remedy – carbon pollution. Carbon pollution is a typical form of chronic harm. It has been occurring since the Industrial Revolution, stems from a distributed network of actors and is clearly well-embedded within society. Despite more than one law indicating that carbon pollution must be abated, carbon-based pollution of the oceans is the worst that it has ever been, and emissions are at an all-time high.[177] Although enforceability has always been an issue within international law – especially environmental law[178] – treaties regarding carbon emissions are especially soft in nature, given the tendency for nations to ignore their long-term obligations to reduce carbon emissions, and that is if they sign treaties in the first place.[179]

In sharp contrast, ocean alkalinization is likely to give rise to the types of harm that environmental law is good at preventing. As a technique, it likely entails some level of localised damage. Dumping will cause physical harm, there is a decent chance that the dump site itself will experience excessive alkalinization, and the industry that would facilitate alkalinization, like mining, would itself be environmentally damaging. For these reasons, it is subject to a raft of heavily enforced legal provisions. As described above, it

[175] D Farber, 'Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law' (2011) 6 BYULR 1783.
[176] R White, *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective* (Policy Press, 2013) 34.
[177] World Meteorological Organization, 'Record carbon emissions highlight urgency of Global Greenhouse Gas Watch' (WMO, 2024) <https://wmo.int/media/news/record-carbon-emissions-highlight-urgency-of-global-greenhouse-gas-watch> Accessed 3 January 2024.
[178] ME O'Connell, 'Enforcement and the Success of International Environmental Law' (1995) 3(1) IJGLS 47, 48.
[179] S Li, K Hubacek, S Eskander, Y Li, P Chen, D Guan, 'Revisiting Copenhagen climate mitigation targets' (2024) 14 Nature: Climate Change 468.

contravenes numerous treaties on pollution and dumping and is contradictory to customary law.

This is then another way in which environmental law is not yet prepared to deal with ocean alkalinization. Since it concentrates on specific instances of pollution (like marine dumping), it ignores the big picture. Thus, even though alkalinization might give rise to a net benefit, it is unlikely that it will be regarded as legitimate, at least in the near future. There is perhaps a certain level of irony to this state of affairs: carbon emissions are not yet adequately regulated, but when a solution to those emissions comes along like alkalinization, regulators are quick to condemn it.

It can then be concluded that environmental law exhibits certain flaws which ultimately hamper attempts to mitigate the effects of carbon pollution.

Although the precautionary principle has a beneficial role to play, it has the side effect of discouraging innovation. Additionally, since it is very difficult to balance known harms and unknown harms, it tends to err on the side of caution. This means that potentially useful techniques like ocean alkalinization tend to be prohibited.

Environmental law also struggles to provide a framework which adequately prioritises positive obligations and cooperative projects. This would likely need to be in place before ocean alkalinization could be implemented properly.

Finally, it also tends to concentrate on preventing immediate environmental harm, regardless of whether this harm gives rise to a net benefit. This is also likely to get in the way of legitimising ocean alkalinization due to the short-term, localised harm that it can cause.

IV. PROPOSALS FOR A REGULATORY FRAMEWORK FOR OCEAN ALKALINIZATION

Finally, with the nature of ocean alkalinization described, the relevant legal principles identified and the challenges in regulating ocean alkalinization highlighted, it is possible to make recommendations for change. Three proposals are highlighted below: that the law around geoengineering research should be standardised, that the law on cooperation and carbon capture should be more robust, and that the law should acknowledge the need to undertake certain harmful actions in service of the greater good, when necessary.

A. A Framework for Research

First, it is evident that much more needs to be known about ocean alkalinization. As described above, one of the major obstacles to alkalinization is uncertainty. In turn, this uncertainty means that alkalinization contradicts the precautionary principle and means that it is impossible to properly balance the impacts of alkalinization against the ongoing harm of carbon pollution.

It is then fortunate that regulators have shown some willingness to allow research into geoengineering techniques. As noted above, Decision XI/20 regarding the CBD encourages such research, and the 2013 Amendment to the London Convention indicates that limited research into ocean fertilisation is permissible, providing a framework to regulate this research – dictating that projects must be justified, reasoned, transparent and risk-contained, as far as is possible.[180] This framework could arguably be used as a blueprint for regulating other forms of research in geoengineering. This is not to say that all research proposals would be accepted, but rather that environmental law would benefit from a set of principles that might be applied to all geoengineering proposals equally, rather than approaching each form of geoengineering independently.

Indeed, this is perhaps the most important step to be taken if the potential of ocean alkalinization is ever to be capitalised upon. Without sufficient knowledge about its effects, any other discussions are largely moot. Further, although there is an inherent risk when it comes to researching geoengineering techniques, it is arguably better to take on these risks now, rather than later. At present, research might occur at a cautious pace. This might not be the case should the climate change emergency worsen. It is then better to act with caution now, rather than haste, later.

B. A Framework for Cooperation and Carbon Capture

Second, international environmental law does not yet have an adequate framework for coordinating cooperative projects. This would be essential if ocean alkalinization were ever to be properly effective. As noted above, it would likely require mass coordination between many different States either engaging in a heavily industrialised process of mining and dumping or the mass construction of alkalinization plants. Whether this could be achieved is questionable given current attitudes towards emissions targets – as

[180] G Wilson, 'Murky Waters: Ambiguous International Law for Ocean Fertilization and Other Geoengineering' (2014) 49 TILJ 507, 537.

something to be aggressively negotiated, rather than as something to be enthusiastically worked towards.[181]

It will also be necessary to develop a way to deal with the negative effects of ocean alkalinization in an equitable manner. It is communities that rely on the oceans in a local sense – such as those engaging in subsistence fishing – who will be most acutely affected.[182] Any cooperative plan for alkalinization must then account for the fact that certain States and communities within those States will be more heavily impacted by alkalinization than others, despite the fact that the benefits will be widely distributed.

This is not to say that creating such a framework is beyond humanity's capabilities. The development of international environmental law in recent decades indicates that some progress is being made. Whether that progress will be fast enough to meet current climate goals, however, remains to be seen. Instead, it might be the case that good faith efforts to cooperate will ultimately be made out of necessity rather than desire, should the climate crisis worsen.

Additionally, as argued above, environmental law has tended to focus on negative obligations – like an obligation to reduce carbon emissions. This is natural given the obvious and immediate need to reduce such emissions. Nevertheless, it would arguably be beneficial to provide a far more robust legal framework around carbon capture and other positive obligations. This is not to say that legal frameworks around carbon capture are completely absent. Countries are able to use carbon capture as a means of meeting their own carbon mitigation obligations under the UNFCCC, and the Kyoto Protocol has given rise to a steadily growing carbon market, incentivising projects like afforestation and reforestation.[183] That said, these markets have

[181] HL van Soest, MGJ den Elzen, DP van Vuuren, 'Net-zero emission targets for major emitting countries consistent with the Paris Agreement' (2021) 12 Nature Communications 2140.

[182] R Donkersloot, 'Ocean Acidification and Alaska Fisheries: Views and Voices of Alaska's Fishermen, Marine Industries and Coastal Residents' (Alaska Marine Conservation Council, 2012)15 <https://www.cakex.org/sites/default/files/documents/Ocean-Acidification-and-Alaska-Fisheries.pdf> Accessed 5 January 2025.

[183] R Calel, 'Carbon Markets: A Historical Overview' (2013) 4 WIREs: Climate Change 107.

had their own issues with fraud and corruption, indicating that much work needs to be done before they are fit for purpose.[184]

The framework around carbon capture and other remedial activities would then need to be far more robust before ocean alkalinization could be effectively regulated. Research would need to be done to ascertain the value of alkalinization when compared to existing methods of carbon capture. Extremely robust accounting measures would also need to be in place if a market-based approach is to be used. For instance, it is relatively difficult to engage in carbon credit accounting fraud when it comes to afforestation - trees tend to stay in one place and can be counted. This would not be true of alkalinization given that checking how much pulverised limestone has been distributed into the ocean is not an easy task.

C. A Framework for Balancing Harms

Third and finally, environmental law approaches its subject matter in a relatively fragmented manner. Although it is possible to identify general principles which tend to apply across environmental law, it generally provides topic-specific law. This is well-demonstrated in the discussion above. In order to ascertain the status of ocean alkalinization, it is necessary examine the UNFCCC, the CBD, the UNCLOS, the London Convention and more. However, not only does each of these instruments have something slightly different to say about alkalinization, but, at times, they contradict each other. Climate change law indicates that carbon must be mitigated, but then marine law forbids techniques that might bring about this mitigation like ocean alkalinization. Applying the precautionary principle renders a similar result: it seems to dictate that caution should be applied, but not so much caution that effective measures are ignored.

Whilst a certain level of fragmentation and self-contradiction is almost inevitable in any system of law, in the case of environmental law this makes it nearly impossible to balance different types of harm against one another or to ascertain which type of environmental harm should be prioritised.[185] This then prevents certain practices which might be of net benefit. It is true that geoengineering techniques like alkalinization may have certain detrimental effects, but, logically, these must be balanced against potential

[184] L Schneider, SH Theuer, 'Environmental integrity of international carbon market mechanisms under the Paris Agreement' (2019) 19(3) Climate Policy 368.

[185] N Matz, 'Conflicts Between Environmental Agreements' in R Wolfrum, N Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (Springer, 2003) 4.

benefits – namely helping to prevent carbon pollution of the oceans and reverse the effects of acidification. Environmental law arguably lacks a way of engaging in this balancing act in a legitimate manner. This is then the final proposal of this article: that the law should acknowledge the fact that it may be necessary to engage in unpalatable practices – like geoengineering – on a temporary basis, in order to alleviate the threat of climate change. Indeed, in the absence of more proactive approaches to emissions reduction, the law might have to develop in this direction as a matter of necessity.

CONCLUSIONS

This article highlighted the problem that ocean alkalinization aims to solve: the acidification of the world's oceans via an excess of anthropogenic carbon. It was noted that this diminishes the ability of the oceans to act as a carbon store, impacts ecosystems and causes a variety of other negative effects which are only now being understood.

Two main forms of alkalinization were identified: the dumping of powdered matter at sea, and the treatment and return of seawater, often in combination with desalination. A variety of potential detrimental effects were also noted: energy and resource costs, damage associated with mining the required material, harm to ecosystems at and around alkalinization sites, and the introduction of other undesirable substances to the ocean.

In terms of general environmental law, it is the UNFCCC and the CBD which are most relevant, dictating that carbon pollution is to be mitigated and ecosystems protected. In terms of marine law, the UNCLOS and the London Convention dictate how marine pollution and dumping are to be managed. Additional aspects of the law were also highlighted, including the precautionary principle, customary law, and the work of the ITLOS. Overall, it was found that a contradictory picture emerges: general environmental law emphasises the importance of fighting climate change, but marine law essentially forbids the use of geoengineering techniques to aid in this battle.

The precautionary principle was found to discourage the use of innovative methods to combat known problems. It was found that environmental law concentrates on the negative obligations of individual

states, but fails to provide a truly communal solution to a communal problem like climate change. It was also found that environmental law tends to prioritise acute forms of environmental damage, ignoring long-lasting forms of damage as a result.

Three recommendations for change were made to better facilitate the use of geoengineering techniques like ocean alkalinization. It was recommended that a framework for geoengineering research should be provided, that a more robust framework for environmental cooperation and carbon capture needs to be put in place, and that environmental law should develop a mechanism to account for necessary harms, like those caused by alkalinization.

In final conclusion, ocean alkalinization is certainly a promising method. It combines two much needed qualities: it helps to reduce the ongoing effects of carbon pollution, whilst also potentially helping to repair the damage which has already been done. Unfortunately, these benefits come at a substantial cost, and the full ramifications of alkalinization are yet to be determined.

It is for this reason that environmental law remains cynical of ocean alkalinization and many other forms of geoengineering. The idea that the law will have to endorse certain types of harm in order to reverse the effects of climate change is certainly not appealing. Indeed, this is arguably why environmental law's first reaction to ocean alkalinization, or any other similar technique, is to prohibit it. At the same time, humanity may well have to come to terms with the fact that it might have to make some compromises to undo the harm which has already been done. There is a cost to everything, and over a century of excessive carbon pollution cannot be reversed in a way which will be appealing to everyone, especially if current attempts to mitigate carbon emissions are ineffective. Regardless of whether ocean alkalinization is seen as a positive or a negative proposal, the time to investigate how it might be regulated in the future is now. This is the reason that this article focuses on regulatory reform in its penultimate chapter: it is far more astute to plan around measures like geoengineering now than it is to wait until the last minute to do so. Of course, there remains an alternative to taking drastic measures in the future: taking reasonable measures in the present.

BIBLIOGRAPHY

Cases and Advisory Opinions

ICJ, Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons [1996] ICJ 3.

ICJ, Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica) [2015] ICJ Rep 665.

ITLOS, Bluefin Tuna Cases (New Zealand v Japan, Australia v Japan) [1999] Case Nos 3, 4.

ITLOS, Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law: Advisory Opinion [2024] Case No 31.

Permanent Court of Arbitration, The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v The People's Republic of China) [2016] Case No 2013-19.

Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada) (1938 and 1941) 3 R.I.A.A. 1905.

Legislation

1996 Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (Signed 7 November 1996) UKTS No 21 (2016).

Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, UNGAOR, Further resumed 5th Sess, UN Doc A/CONF.232/2023/4 (19 June 2023).

Convention on Biological Diversity (Signed 5 June 1992) 1760 UNTS 79.

Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (Signed 29 December 1972) 1046 UNTS 120.

Resolution LP.4(8) on the Amendment to the London Protocol to Regulate the Placement of Matter for Ocean Fertilization and Other Marine Geoengineering Activities (Adopted 18 October 2013) UKTS Misc No 9 (2014).

Rio Convention on Environment and Development (Adopted 14 June 1992) A/CONF.151/26.

UNFCCC, Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (Signed 11 December 1997) 2303 UNTS 162.

UNFCCC, Paris Agreement (Signed 22 April 2016) 3156 UNTS 79.

UNGA, United Nations Convention on the Law of the Sea (Signed 10 December 1982) 1833 UNTS 3.

UNGA, United Nations Framework Convention on Climate Change (Signed 4 June 1992) 1771 UNTS 107.

United Nations Environmental Programme, 'Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity XI/20: Climate-related Geoengineering' (UNEP, 2012) UNEP/CBD/COP/DEC/XI/20.

United Nations Environmental Programme, 'Decision Adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity X/33: Biodiversity and Climate Change' (UNEP, 2010) UNEP/CBD/COP/DEC/X/33.

Secondary Materials

Ahmed M, Shayya W, Hoey D, Al-Handal J, 'Brine disposal from reverse osmosis desalination plants in Oman and the United Arab Emirates' (2001) 133 Desalination 135.

Birchenough A, Haag F, 'The London Convention and London Protocol and Their Expanding Mandate' (2020) 34 OYO 255.

Boyd P, Vivian C, *High Level Review of a Wide Range of Proposed Marine Geoengineering Techniques* (IMO, 2019).

Brent K, 'Marine Geoengineering Governance and the Importance of Compatibility with the Law of the Sea' in J McDonald, J McGee, R Barnes (Eds), *Research Handbook on Climate Change, Oceans and Coasts* (Edward Elgar, 2020).

Calel R, 'Carbon Markets: A Historical Overview' (2013) 4 WIREs: Climate Change 107.

Caserini S, Storni N, Grosso M, 'The Availability of Limestone and Other Raw Materials for Ocean Alkalinity Enhancement' (2022) 36(5) GBC 1.

Chichilnisky G, Bal P, *Reversing climate change: How carbon removals can resolve climate change and fix the economy* (World Scientific, 2020).

Cole DN, Millar CI, Stephenson NL, 'Responding to Climate Change: A Toolbox of Management Strategies' in DN Cole, L Yang (Eds), *Beyond Naturalness: Rethinking Park and Wilderness Stewardship in an Era of Rapid Change* (Island Press, 2012).

Cuff M, 'Geoengineering the seas could be catastrophic for marine life' (New Scientist, 2023) <https://www.newscientist.com/article/2369221-geoengineering-the-seas-could-be-catastrophic-for-marine-life/> Accessed 12 December 2024.

de Lannoy C, Eisaman M, Jose A, Karnitz S, DeVaul R, Hannun K, Rivest J, 'Indirect ocean capture of atmospheric CO2: Part I. Prototype of a negative emissions technology' (2018) 70 IJGGC 243.

DeSombre ER, 'The Evolution of International Environmental Cooperation' (2004) 1(1) JILIR 75.

Dobush B, Gallob N, Guerra M, Guilloux B, Holland E, Seabrook S, Levin L, 'A new way forward for ocean-climate policy as reflected in the UNFCCC Ocean and Climate Change Dialogue submissions' (2022) 22(2) Climate Policy 254.

Doney SC, Buck H, Buesseler K, Iglesias-Rodriguez MD, Moran K, Oschlies A, Renforth P, Roman J, Sant GN, Siegel D, Webb R, White A, 'A Research Strategy for Ocean-based Carbon Dioxide Removal and Sequestration' (National Academies Press, 2022) <https://nap.nationalacademies.org/read/26278/> Accessed 13 December 2024.

Doney SC, Fabry V, Feely R, Kleypas J, 'Ocean Acidification: The Other CO_2 Problem' (2016) 6 WJELP 212.

Donkersloot R, 'Ocean Acidification and Alaska Fisheries: Views and Voices of Alaska's Fishermen, Marine Industries and Coastal Residents' (Alaska Marine Conservation Council, 2012)15 <https://www.cakex.org/sites/default/files/documents/Ocean-Acidification-and-Alaska-Fisheries.pdf> Accessed 5 January 2025.

Dupuy P, Le Moli G, Viñuales JE, 'Customary International Law and the Environment' (2018) C-EENRG Working Papers 2018-2 <https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/system/files/documents/CEENRG_WP_19_CustomaryInternationalLawandtheEnvironment.pdf> Accessed 1 January 2025.

Evans MC, 'Effective incentives for reforestation: lessons from Australia's carbon farming policies' (2018) 32 COES 38.

Farber D, 'Navigating the Intersection of Environmental Law and Disaster Law' (2011) 6 BYULR 1783.

Feely RA, Doney SC, Cooley SR, 'Ocean Acidification' 22(4) Oceanography 37.

Friedlingstein P et al, 'Global Carbon Budget 2022' (2022) 14(11) ESSD 4811.

Friedlingstein P, Solomon S, Plattner GK, Knutti R, Ciais P, Raupach MR, 'Long-term climate implications of twenty-first century options for carbon dioxide emission mitigation' (2011) 1(9) Nature: Climate Change 457.

Friedrich J, 'Carbon Capture and Storage: A New Challenge for International Environmental Law' (2007) 67 ZRV 211.

Guinotte JM, Fabry VJ, 'Ocean Acidification and Its Potential Effects on Marine Ecosystems' (2008) 1134 ANYAS 320.

Harvey LDD, 'Mitigating the atmospheric CO 2 increase and ocean acidification by adding limestone powder to upwelling regions' (2008) 113 JGR 1.

Humphreys S, 'Introduction' in S Humphreys (Ed), *Human Rights and Climate Change* (CUP, 2010).

Ilyina T, Zeebe R, Brewer P, 'Changes in underwater sound propagation caused by ocean acidification' (2009) 6(46) IOP CSEER <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1307/6/46/462007/meta> Accessed 7 December 2024.

International Maritime Organization, '45th Consultative Meeting of Contracting Parties to the London Convention and the 18th Meeting of Contracting Parties to the London Protocol (LC 45/LP 18)' (IMO, 2023) <https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/LC-45-LP-18.aspx> Accessed 30 December 2024.

International Maritime Organization, 'Statement on Marine Geoengineering' (IMO, 2022) <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/LC_LP/LP%20LC%20Statement%20on%20Marine%20Geoengineering_%20LC%2044-17%20annex%202.pdf>

Jubbawy E, 'World first protocol for Ocean Alkalinity Enhancement' (Isometric, 2024) <https://isometric.com/writing-articles/world-first-protocol-for-ocean-alkalinity-enhancement> Accessed 3 January 2024.

Kinley R, Cutajar M, Boerc Y, Figueres C, 'Beyond good intentions, to urgent action: Former UNFCCC leaders take stock of thirty years of international climate change negotiations' (2020) 21(5) Climate Policy 593.

Kriebel D, Tickner J, Epstein P, Lemons J, Levins R, Loechler EL, Quinn M, Rudel R, Schettler T, Stoto M, 'The Precautionary Principle in Environmental Science' (2001) 109(9) EHP 871.

Landschützer P, Gruber N, Bakker DC, Schuster U, 'Recent variability of the global ocean carbon sink' (2014) 28 GBC 927.

Lefstad L, Paavola J, 'The evolution of climate justice claims in global climate change negotiations under the UNFCCC' (2024) 18(3) CPS 363.

Li S, Hubacek K, Eskander S, Li Y, Chen P, Guan D, 'Revisiting Copenhagen climate mitigation targets' (2024) 14 Nature: Climate Change 468.

Lydersen E, Löfgren SL, Arnesen RT, 'Metals in Scandinavian Surface Waters: Effects of Acidification, Liming, and Potential Reacidification' (2010) 32(2) CREST 73.

Mace MJ, Hendriks C, Coenraads R, 'Regulatory challenges to the implementation of carbon capture and geological storage within the European Union under EU and international law' (2007) 1 IJGGC 253.

Matz N, 'Conflicts Between Environmental Agreements' in R Wolfrum, N Matz, *Conflicts in International Environmental Law* (Springer, 2003).

Ming T,_Richter R, Liu W, Caillol S, 'Fighting global warming by climate engineering: Is the Earth radiation management and the solar radiation management any option for fighting climate change?' (2014) 31 RSER 792.

Nolt J, 'Cumulative Harm as a Function of Carbon Emissions' in C Murphy, P Gardoni, R McKim (Eds), *Climate Change and Its Impacts* (Springer, 2018).

O'Connell ME, 'Enforcement and the Success of International Environmental Law' (1995) 3(1) IJGLS 47.

Rackley S, 'Overview of Negative Emissions Technologies' in S Rackley, A Sewel, D Clery, G Dowson, P Styring, G Andrews, S McCord, P Knops, R Richter, T Ming, W Li, M Tyka (Eds), *Negative Emissions Technologies for Climate Change Mitigation* (Elsevier, 2023).

Rau GH, Baird JR, 'Negative-CO2-emissions ocean thermal energy conversion' (2018) 95 RSER 265.

Robinson NA, 'Enforcing Environmental Norms: Diplomatic and Judicial Approaches' (2003) 26 HICLR 387.

Scherer T, 'Ocean Alkalinization: The Rights and Obligations under International Law' (The Arctic University of Norway 2021).

Schlüter L, Lohbeck K, Gutowska M, Gröger J, Riebesell U, Reusch T, 'Adaptation of a globally important coccolithophore to ocean warming and acidification' (2014) 4 Nature: Climate Change 1024.

Schneider L, Theuer SH, 'Environmental integrity of international carbon market mechanisms under the Paris Agreement' (2019) 19(3) Climate Policy 368.

Scott KN, 'Mind the Gap: Marine Geoengineering and the Law of the Sea: Gaps and Challenges' in RC Beckman, M McCreath, J Roach, Z Sun (Eds), *High Seas Governance: Gaps and Challenges* (Brill Nijhoff, 2018).

Scott-Buechler CM, Greene CH, 'Role of the ocean in climate stabilization' in JCM Peres, ALDC Gonçalves (Eds), *Bioenergy with Carbon Capture and Storage: Using Natural Resources for Sustainable Development* (Academic Press, 2019).

Shang Y, Wang X, Shi Y, Huang W, Sokolova I, Chang X, Chen D, Wei S, Khan F, Hu M, Wang Y, 'Ocean acidification affects the bioenergetics of marine mussels as revealed by high-coverage quantitative metabolomics' (2023) 858(3) STE 160090.

Shaw M, *International Law* (9th Edn, OUP, 2021).

Sheppard JG, 'Geoengineering the climate: an overview and update' (2012) 370 PTRS 4166.

Sovacool BK, 'Reckless or righteous? Reviewing the sociotechnical benefits and risks of climate change geoengineering' (2021) 35 ESR 100656.

Trouborst A, 'Prevention, Precaution, Logic and Law' (2009) 2(2) ELR 105.

Van Dyke J, 'Giving Teeth to the Environmental Obligations in the LOS Convention' in AO Elferink, D Rothwell (Eds), *Ocean Management in the 21st Century: Institutional Frameworks and Responses* (Brill, 2004).

van Soest HL, den Elzen MGJ, van Vuuren DP, 'Net-zero emission targets for major emitting countries consistent with the Paris Agreement' (2021) 12 Nature: Communications 2140.

White R, *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective* (Policy Press, 2013).

Wilberforce T, Olabi AG, Sayed ET, Elsaid K, Abdelkareem M, 'Progress in carbon capture technologies' (2021) 761 STE 143203.

Williamson P, Wallace D, Law C, Boyd P, Collos Y, Croot P, Denman K, Riebesell U, Takeda S, Vivian C, 'Ocean fertilization for geoengineering: A review of effectiveness, environmental impacts and emerging governance' (2012) 90 PSEP 475.

Wilson G, 'Murky Waters: Ambiguous International Law for Ocean Fertilization and Other Geoengineering' (2014) 49 TILJ 507.

World Meteorological Organization, 'Record carbon emissions highlight urgency of Global Greenhouse Gas Watch' (WMO, 2024) <https://wmo.int/media/news/record-carbon-emissions-highlight-urgency-of-global-greenhouse-gas-watch> Accessed 3 January 2024.

[186H] ÜRETKEN YAPAY ZEKA İLE İŞE ALIM SÜRECİNDE ADAY İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN ÖRNEKLERLE DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF JOB CANDIDATES' PERSONAL DATA THROUGH GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE WITH EXAMPLES IN THE RECRUITMENT PROCESS)

Mihri Ceren AKTAN [187*] [188**]

ÖZ

Teknolojik gelişmeler neticesinde kişisel verilerin işlenmesinin yaygınlaşması ile kişisel verilerin korunmasının önemi gittikçe artmaktadır. İş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliği ve yeteneklerinin ön planda olması nedeniyle, aday işçinin kişisel verilerinin veri koruma hukukunun ilkelerine aykırı biçimde işlenmesi faaliyeti, aday işçinin kişilik hakkı değeri olan özel hayatın gizliliğinin ihlali anlamına gelmekte ve aday işçinin kişisel verilerine müdahale niteliği taşımaktadır. Bu durum, işverenin işe ve işyerine yönelik ekonomik menfaatleri ile aday işçinin hakları arasında önemli çatışmalar yaratmaktadır. İşverenin işe alım sürecinde aday işçiye ait elde ettiği kişisel verilerin işlenmesi, adayın özel hayatına saygı gösterme yükümlülüğü ile dengelenmelidir. İşe alımlarda kullanılan üretken yapay zeka modelleriyle aday işçinin verilerinin işlenme sınırının ne olduğuna ilişkin uygulamada sorun yaşanmaktadır. Bu çalışmada, iş hukuku ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat çerçevesinde, aday işçiye yöneltilen sorular ile toplanan kişisel veriler arasındaki ilişki, kişisel verilerin korunması hakkı ve insan onuru kavramları ışığında ele alınarak, işe alım süreçlerinde üretken yapay zeka sistemlerinin kullanımı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *İşe Alım, Mülakat, İş İlişkisi, Aday İşçi, Kişisel Veri, Üretken Yapay Zeka, Algoritmik Ayrımcılık*

ABSTRACT

[186H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.04.2025. İlk hakem raporu tarihi: 21.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 22.04.2025. Onaylanma tarihi: 08.05.2025.

[187*] Avukat, Yüksek Lisans Öğrencisi, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

[188**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0009-0006-9368-9637.

Esere Atıf Şekli: Mihri Ceren Aktan, "*Üretken Yapay Zeka ile İşe Alım Sürecinde Aday İşçinin Kişisel Verilerinin Örneklerle Değerlendirilmesi*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.507-550.

With the widespread processing of personal data as a result of technological advancements, the importance of protecting personal data has significantly increased. Considering that employment contracts are fundamentally predicated upon the personality and competencies of employees, any processing of a candidate's personal data in violation of data protection law principles constitutes an infringement of the candidate's right to privacy, which is a fundamental aspect of personality rights, and amounts to an unlawful interference with their personal data. This situation creates a significant conflict between the employer's economic interests in recruiment and workplace management and the rights of the candidate. The employer's processing of a candidate's personal data during the recruiment process must be balanced with the obligation to respect the candidate's right to privacy. In practice, challenges arise in determining the limits of processing candidates' personal data when using generative artificial intelligence models in recruiment. This study examines the relationship between the questions posed to job candidates and the personal data collected within the framework of labor law and data protection legislation. It analyzes the right to personal data protection and human dignity in the context of recruiment processes involving generative artificial intelligence systems.

Keywords: *Recruiment, Interview, Labor Relationship, Job Candidate, Personal Data, Generative Artificial Intelligence, Algorithmic Discrimination.*

***

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler, yeni tüketim ihtiyaçları doğurarak yeni çalışma alanları ortaya çıkarmakta ve yeni üretim tekniklerini gündeme getirmektedir. Hayatımızın büyük çoğunluğunu oluşturan iş hayatının ve dolayısıyla iş hukukunun bu gelişmelerden etkilenmemesi imkansız hale gelmekte olup,[189] bireysel mahremiyet üzerindeki etkileri de inkar edilemezdir[190]. Bilişim çağının en önemli öğesi veridir. İşe alım süreçlerinde en önemli araç, işe başvuran adayın kişisel verileri olmaktadır. Bu durum bireylerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını zedeleyebilecek bazı

[189] **Mihri Ceren Aktan / Yunus Emre Baş,** *İş Sözleşmelerindeki Değişiklik Kayıtları ve İşverenin Genişletilmiş Yönetim Hakkı*, GSI Articletter Dergisi, 2023 Winter, s. 201.
[190]https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/77b8ccca-1748-46ad-a252-849120a7766a.pdf, e.t. 27.03.2024. s. 12.

durumları bünyesinde barındırmakta olup, işverenlerin elde edeceği fayda azalmaksızın veri kullanımının sağlanması ancak kişisel verilerin korunması hakkını temel alarak düzenlenmesi ile mümkün olabilecektir[191].

Felsefi açıdan bakıldığında Herakleitos'un "*değişmeyen tek şey değişimin kendisidir.*" ifadesini kanıtlar biçimde her an gelişmeye devam eden üretken yapay zeka, hem teknolojide bir kuantum sıçramasına ilişkin merak duygusu barındırırken hem de mahremiyete ilişkin endişelerle doludur. Böylece üretken yapay zeka insanlığın hem merakını hem korkularını içinde barındıran mitolojik bir hikaye olan "Pandora'nın Kutusu"nu temsil ediyor. Günlük hayatımızda tüm sektörlerde ilerleme sağlama potansiyeli inkar edilemez olsa da özellikle çalışma hayatında gerçekleşen bireysel mahremiyet üzerindeki etkileri de inkar edilemezdir[192]. Verilerin otomatize edilmiş sistemler vasıtasıyla hızlı ve etkin bir şekilde işlenmesi ve yüksek kapasiteli sistemlerde uzun süreli saklanması mümkün hale gelmiştir[193]. İşe alım süreçlerinde üretken yapay zeka sistemlerinin kullanılmasında en önemli araç, işe başvuran adayın veya iş ilanının gösterileceği bireyin kişisel verileri olmaktadır. Üretken yapay zeka modelleri, doyumsuz bir veri ihtiyacına dayanması neticesinde bireylerin temel hak ve özgürlükleri kapsamında kişisel verilerin korunması hakkını zedeleyebilecek bazı durumları bünyesinde barındırmaktadır. İşte bu çok konuşulan "Kutuyu açıp, yapay zekanın getirebileceği tüm potansiyel kötülükleri serbest mi bırakacağız, yoksa kutuyu kapalı tutup potansiyel faydaları kaçırma riskine mi gireceğiz?" sorusuna aşağıda cevap arayacağız.

Çalışmamız kapsamında ilk olarak işe alım sürecinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin mevcut ulusal hukuk düzenlemelerinden bazıları incelenmiştir. Sonrasında ise işe alım sürecindeki işverenin üretken yapay zeka teknolojileri kullanılarak gerçekleştirilen aday işçinin kişisel veri uygulamalarına değinilmiştir. Çalışmanın izleyen bölümünde bu uygulamalarla ilgili olarak doğabilecek olası algoritmik ayrımcılık ve algoritmik ön yargı hususları kısaca irdelenmiştir. Son olarak ise veri

[191]https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/77b8ccca-1748-46ad-a252-849120a7766a.pdf, e.t. 27.03.2024. s. 14.
[192]https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/77b8ccca-1748-46ad-a252-849120a7766a.pdf, e.t. 27.03.2024. s. 12.
[193] **Mehmet Bedii Kaya,** Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-1 On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 34.

sorumlusunun yükümlülükleri ile kişisel verilerin işlenmesinde üretken yapay zeka kullanımının temini için hassasiyetle benimsenmesi gerekli olan ilkelere ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

I. İŞE ALIM SÜRECİNDE ADAY İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. İşe Alım Sürecinde Kişisel Verilerinin Korunması Konusunda Bazı Yasal Dayanaklar

1. İnsan Onuru Kavramı

Akıllı, düşünen ve vicdan sahibi bir varlık olan insan, diğer canlılarda görülmeyen bazı davranışlara sahiptir[194] ve bu davranışları gerçekleştirebilmesi için özgür olması gerekir. Dolayısıyla, insan haklarının kişiye kendi olanaklarını gerçekleştirebilmesi için sağladığı özgürlük, refah ve güvenlik ortamı, insanı insan yapan özelliklerin korunması açısından önem arz etmektedir.

Hem devlet iktidarını sınırlandırmak hem devletin varlık nedenini ve amaçlarını belirlemek açısından insan hakları öğretisinin önemi kuşkusuzdur[195]. Tarihsel süreç boyunca birey ile devlet arasındaki çatışmalarda genellikle üstün gelen taraf devlet olmuş olsa da insan haklarını dikkate almadan devlet iktidarının gerçek niteliğini ortaya koyamayız[196]. Zira bir devletin gerçek niteliği, bireyin temel hak ve özgürlüklerine ne ölçüde saygı göstererek kullandığıyla anlaşılabilir. Bu bağlamda, devlet iktidarının insan hakları temelinde sorgulanması, çağdaş hukuk devleti anlayışının da vazgeçilmez bir unsurudur. İnsan hakları, devlet tarafından verilen haklar değildir; kişinin salt insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu haklardır ve devletin var olma nedenidir[197]. 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen ve etik bir belge olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde

---

[194] **İonna Kuçuradi,** Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları, **İnsan Hakları, Kavramları ve Sorunları,** İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 158.

[195] **Kuçuradi,** Etik İlkeler, s. 169.

[196] **Oktay Uygun**, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskıdan 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 477.

[197] **Hasan Tahsin Fendoğlu,** İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2024, s. 29.

(“**İHEB”**) de insan haklarına insan olduğumuz için sahip olduğumuz varsayılmaktadır. İnsan, onur sahibi bir varlık olarak her koşulda insan haklarının korunmasına ihtiyaç duyar.

İHEB’de insanın nasıl bir muamele görmesi gerektiğine dair genel ilkelerin saptanması amaçlanmıştır[198]. İHEB’in 1. Maddesinde insan haklarının kaynağı ve varlık nedeni olarak gösterilen, koruduğu en temel değer olan insan onuru kavramı, devlet tarafından korunması bakımından ödev; kişi bakımından ise hak olduğu için madalyonun iki yüzü gibidir. İnsan, insan hakları güvence altına alındığı takdirde onurlu şekilde hayatını sürdürebilir[199].

İnsanın insanca yaşam sürdürebilmesi için gerekli olan hakları kuşaklara ayırarak incelediğimizde, bu çalışmanın konusunu yakından ilgilendiren dördüncü kuşak haklar, bilim ve teknolojinin ulaştığı düzeyin insan onurunun korunması bakımından yarattığı riskler nedeniyle ortaya çıkmıştır[200]. Kişisel verilerin korunması hakkı dördüncü kuşak haklar arasında en kapsamlı şekilde düzenlenmiş örneklerden biri olma niteliği taşımaktadır. Çağdaş teknoloji, avantajları olduğu kadar onurlu bir yaşam sürdürmeyi güçleştirecek riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu teknolojik gelişimin insan onurunu zedelemeden gerçekleşmesini sağlamak gerekmektedir[201]. Teknolojik gelişmeler sayesinde bireylerin kişisel verilerinin toplanması, işlenmesi ve paylaşılması oldukça kolaylaşmıştır. Ancak bu durum, bireyin mahremiyet hakkını ve insan onurunu tehdit edebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. Bu nedenle devletin, bireyleri yalnızca klasik anlamda fiziksel tehditlere karşı değil, aynı zamanda dijital ortamda maruz kalabilecekleri veri ihlallerine karşı da koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

2. Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı Bir Temel Hak mıdır?

Temel haklar, her bireyin sahip olduğu en temel ve haklı talepleri temsil eder. Temel haklar, bireyi, hayatını tehdit eden ve geniş çapta yayılabilen ekonomik ve güvenliğe sorunlara karşı koruyan bir tür kalkan

[198] **İonna Kuçuradi,** Adaletin Gerektirdiği Hukuk, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 196.
[199] **Uygun**, Devlet Teorisi, s. 479
[200] **Uygun**, Devlet Teorisi, s. 506.
[201] **Uygun**, Devlet Teorisi, s. 579.

işlevi görür[202]. Aynı zamanda, bu haklar, ekonomik ve siyasal güçlerin aşırı büyümesini engelleyen bir sınırlama niteliğinde olup bu güçlerin kontrol edilmez hale gelmesini engellemektedir. Temel haklar, güçsüzleri, güçlü olanlara karşı bir tür denetim hakkı tanımayı amaçlayan bir koruma mekanizmasıdır[203]. Bu bağlamda, bireyin devlete, işçinin işverene karşı korunması temel hakların işlevsel sonucudur. Kendine saygı duyan bir birey, bu hakların ihlalini veya reddedilmesini kabul edemez. Bu haklar, bireyin hakkını ararken dayandığı akılcı ve rasyonel temelleri oluşturur. Diğer tüm haklardan yararlanabilmek için öncelikle temel hakların güvence altına alınması gereklidir[204].

1982 Anayasası'nın ikinci kısmında kişinin temel hakları ve ödevleri düzenlenmiş olup ikinci bölümünde ise kişinin hakları ve ödevleri düzenlenmiştir. Özel s gizliliği de kişinin temel haklarından biri olup Anayasa'nın 20. Maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu maddenin üçüncü fıkrası ile herkesin, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır[205]. Söz konusu anayasal güvence, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("**AİHS**") m. 8'de koruma altına alınan özel hayata saygı hakkına karşılık gelmektedir. Bu hüküm, kamusal otoritelerin bireyin özel ve aile yaşamına yönelik keyfi müdahalelerine karşı bir koruma sağlamayı amaçlamakta; aynı zamanda Sözleşmeci Devletlere, belirli durumlarda bu hakkı aktif olarak güvence altına alma yükümlülüğü de yüklemektedir[206].

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirilebilmesi hakkının özel bir biçimidir[207]. Kişisel verilerin korunması hakkı, bireylerin insan onuruna

---

[202] **Henry Shue,** İnsan Hakları Kavramı ve Temelleri, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, Yay. Haz. Ioanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2016, s. 46.

[203] **Shue,** İnsan Hakları Kavramı, s. 46.

[204] **Shue,** İnsan Hakları Kavramı, s. 47.

[205]Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4184/Anayasal-Bir-Hak-Olarak-Kisisel-Verilerin-Korunmasini-Isteme-, e.t. 16.11.2024, s. 4.

[206] **Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara 2018, s. 639.

[207] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/122, K. 2015/123, 30.12.2015 tarihli kararı; "*Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı*

yakışır biçimde, endişe ve korku duymadan özgürce kişiliklerini geliştirmelerine olanak tanır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ("**KVKK**") 1. Maddesinde KVKK'nın amacı belirtilmiş olup bu amaçlardan biri kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Temel haklar aday işçinin kişiliği ve onuru ile sıkı bir bağlantı içerisinde olması sebebiyle aday işçinin, işyeri kapısından girerken temel haklarını bırakarak çalışmaya başlaması beklenemez[208].

B. Diğer Hukuki Dayanaklar

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, "*İş hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci karaktere sahiptir, bunun sonucu olarak işçi haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi iş hukukunun temel araçlarındandır.*" şeklindeki kararından[209] anlaşılacağı üzere, iş hukuku dinamik ve gelişimci bir yapıya sahiptir. Bu nedenle iş ilişkisinde çalışan haklarının her zaman daha ileriye götürülmesini hedeflemelidir. Bu gelişimci yaklaşım, işe alım sürecinde de aday işçilerin haklarının korunması gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla, iş hukukuna ilişkin mevzuatta kişisel veriye dair özel bir düzenleme olmasa bile, var olan kuralları yorumlarken bunların daha ileriye götürülmesi için bir yorum yöntemi seçebileceğimizi de göstermektedir.

Ayrıca, aday işçinin kişisel verileri tamamen korumasız değildir. Anayasa m. 20'de güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bu sürece yön vermektedir. Bunun yanı sıra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("**TBK**") m. 419, 4857 sayılı İş Kanunu ("**İşK**") m. 75 ve KVKK'da yer alan diğer hükümler iş hukukuna ilişkin uygulamalarda dikkate alınması gereken düzenlemeler arasındadır[210]. Ancak burada önemli bir ayrım yapılması gerekmektedir. Bahsi geçen düzenlemeler esas itibarıyla mevcut iş ilişkisi çerçevesinde uygulanmakta olup, iş ilişkisinin kurulmasına yönelik olan işe alım

---

amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.".

[208] **İlke Gürsel**, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 159.

[209] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2017/6626, K. 2017/17352, 02.11.2017 tarihli kararı.

[210] **Hazar Can Kıpçak,** Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 90.

sürecine doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Bu bağlamda, işe alım sürecinde kişisel verilerin korunması hususunda, mevcut yasal çerçevenin yorum yoluyla genişletilmesi veya özel düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.

Bu çerçevede, hangi bilgilerin kişisel veri sayıldığı, işe alım sürecinde hukuki belirlilik açısından kritik hale gelmektedir. KVKK m. 3-d uyarınca kişisel veri, "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" şeklinde ifade edilmektedir. Kişisel veriden söz edebilmek için, verinin bir kişiye ilişkin olması ve bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin, yaygın bir ad ve soyad taşıyan bir kişiye yalnızca bu bilgilerle yer verilmesi, o kişiyi belirlenebilir bir hale getirmez[211]. Anayasa Mahkemesi ("**AYM**") bir kararında[212], bireyin telefon numarası, sosyal güvenlik numarası, e-posta adresi, sağlık bilgileri, parmak izleri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri kapsamında olduğunu vurgulanmıştır. Ses kayıtları, resim ve görüntü de belirtilen koşullara uyduğu sürece kişisel veri olarak kabul edilecektir[213].

Aday işçi, özgeçmişinde veya iş başvuru formunda kendisinden istenen bilgileri doldurarak ya da kendisinden istenen belgeleri teslim ederek kişisel verilerini paylaşmaktadır. Bu bilgiler arasında adayın adı, soyadı, ikametgah adresi, daha önce çalıştığı yerler ve bu yerlerden aldığı referanslar yer alabilmektedir[214]. Daha sonra iş görüşmesinde kendisine yönetilen sorularla da kişisel verileri işveren tarafından toplanmaya devam etmektedir[215]. Dolayısıyla, aday işçi, işe alım sürecinde dahi müstakbel işverenin veri işleme faaliyetine maruz kalmaktadır.

İşveren, özgeçmiş/iş başvuru formu dışında adayı daha yakından tanımak ve pozisyona uygunluğunu ölçmek için adaydan bazı bilgiler talep etmektedir. İşveren, aday işçinin kişisel durumu, eğitim bilgileri, hamileliği, sağlık bilgisi, sabıkası, dini inancı, siyasi görüşü, sendika üyeliği gibi konularda da soru yöneltmekte ve böylece kişisel veri niteliğinde bilgi toplamaktadır[216]. Fakat burada sorun yaratan husus, işe

[211] **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2021, s. 10.
[212] Anayasa Mahkemesi, E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014 tarihli kararı.
[213] **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 360.
[214] **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 455.
[215] **Gürsel**, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, s. 180.
[216] **Helin Karakuş**, İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2024, s. 74.

alım sürecinde aday işçiye yöneltilen soruların niteliğinden kaynaklanmaktadır. İşverenin merak duygusunu gidermeye yönelik sorular yerine işin niteliğine ilişkin soruları adaya yöneltmesi gerekmektedir.

Bu veriler, aday işçi işe alındığında özlük dosyasının oluşturulmasında kullanılacak bilgiler olduğundan, kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir hüküm içeren İşK m. 75 değinmek gerekmektedir. Anılan madde, işverenin işçiye ilişkin belirli bilgileri toplama ve bu bilgileri saklama yükümlülüğünü düzenlemekte olup, işçi hakkında toplanan kişisel verilerin yalnızca iş ilişkisiyle doğrudan ilgili olanlarla sınırlı kalması gerektiğini vurgulamaktadır.

Türk hukukunda işe alım sürecinde aday işçinin kişisel verilerinin korunması ve işlenmesi konusuyla ilgili olarak Anayasa ve KVKK'dan başka TBK m. 419'da da önem arz eden düzenlemelere yer verilmiş olup çerçeve çizilmiştir[217]. Söz konusu hükümde, işverenin çalışanı gözetme borcu kapsamında, çalışanın kişisel verilerinin kullanımıyla ilgili belirli sınırlamalara yer verilmiştir. Dikkat çekici bir nokta olarak, bu maddede doğrudan "kişisel verilerin işlenmesi" kavramı yerine "kişisel verilerin kullanılması" ifadesine yer verilmiştir. Bu terminolojik tercih, veri koruma hukukunda teknik bir anlam taşıyan "veri işleme" kavramından daha dar bir çerçeve çizebilir. Ancak, burada "kullanma" kavramının yalnızca verilerin doğrudan faydaya dönüştürülmesiyle sınırlı olmadığı; aynı zamanda verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, saklanması ve paylaşılması gibi fiilleri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Nitekim TBK m. 419 hükmünün uygulama alanını yalnızca "verilerin korunması" işlemiyle sınırlı tutmak, hükmün amacıyla çelişmekle birlikte işleme türü olan kullanmaya ilişkin düzenleme yapılması korumayı sınırlandırmaktadır[218]. Ayrıca bu yaklaşım, Anayasa m. 20 ve KVKK'daki düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde, işverenin kişisel verilere dair tüm işlemlerinde ölçülülük, amaçla sınırlılık ve açık rıza ilkelerine uygun hareket etmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Verilerin korunması, verilerden ziyade, bu verilerle ilişkili gerçek kişilerin korunmasını amaçlamaktadır[219]. TBK m. 419 uyarınca, işverenin

---

[217] **Sencer Metin Ses ve M. Refik Korkusuz**, "*İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Yapay Zeka Destekli Sistemler Yardımıyla İşlenmesi.*" ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 2, 2024, s. 1015.

[218] **Gürsel**, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, s. 172.

[219] **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 14.

işçiye ait kişisel verileri işleme yetkisi, yalnızca işçinin işe yatkınlığıyla veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu haller ile sınırlandırılmıştır[220]. Bu bağlamda işveren, sayılan bu iki halden en az birinin varlığı ile işçinin kişisel verilerini işleyebilecektir. İşe yatkınlık ile kastedilen durum, işçinin işe uygunluğu, yeterliliği, yetenekleri ve becerileri gibi unsurları içermektedir[221]. İşçiye ait kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan ikinci hal, hizmet sözleşmesinin ifasıyla ilgili zorunluluktur. Bu bağlamda, ilgili kişinin taraf olduğu sözleşmenin oluşturulması, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve sözleşmenin sürdürülmesi için kişisel verilerin işlenmesi zorunlu hale gelebilir[222]. Adaya ait kişisel veriler başta TBK m. 419 ve İşK olmak üzere veri koruma hukukunun temel ilkelerine ve iş ilişkisinin özgün niteliklerine uygun olarak işlenmelidir. Aksi takdirde, işverenin adaya ilişkin elde ettiği kişisel veriler olası bir uyuşmazlıkta hukuka aykırı delil oluşturacaktır[223].

II. İŞE ALIM SÜRECİNDE ÜRETKEN YAPAY ZEKA KULLANIMI

A. Konunun Önemi ve Genel Çerçevesi

Uzun ve çok aşamalı bir süreçten oluşan işe alım, iş ilanlarının kariyer sayfalarında, sosyal medyada veya şirketlerin kendi web sayfaları gibi çeşitli mecralarda yayınlanmasından başlayarak, ilanı görenler arasından yapılan bir ön değerlendirme sonucu adayların belirlenmesini, iş görüşmesi yapılmasını ve iş görüşme sonuçlarının değerlendirilmesini kapsayan ve en nihayetinde işe alınacak bireyin tespitini içeren aşamalardan oluşmaktadır. Teknolojik gelişmelerin yaygınlaşmasından önce bireyler, iş ilanlarına çoğunlukla gazeteler, iş yerlerine asılan duyurular ya da kişisel bağlantılar aracılığıyla ulaşmaktaydı. Ancak teknolojik gelişmelerin etkisiyle birlikte çevrim içi mülakat uygulamalarının yaygınlaşması, işe alım süreçlerinde daha hızlı, düşük

---

[220] **Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Emine Tuncay Senyen Kaplan,** İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 150.

[221] **Kamil Ahmet Sevimli,** *Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 24, 2011, s. 134.

[222] **Sevimli,** Veri Koruma Hukuku, s. 135.

[223] **Selen Uncular,** *Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 66, 2020, s. 1694.

maliyetli ve pratik yöntemlerin benimsenmesini mümkün kılmıştır[224]. Günümüzde ise işe alım sürecinin her aşamasında üretken yapay zeka teknolojilerinden yararlanmak mümkün hale gelmiş, bu durum insan kaynakları yönetiminde önemli bir dönüşüm yaratmıştır[225]. Başvuruları inceleme, özgeçmiş eleme, aday tespit etme, aday veri tabanı tarama, kişilik testlerinin yapılması, uygun pozisyonla eşleştirme[226] ve ön mülakat aşamalarının tümünde üretken yapay zeka sistemleri giderek artan şekilde kullanılmaya başlanmıştır[227]. İnsan kaynaklarında görev alan çalışanlar, makine öğrenmesi temelli üretken yapay zeka sistemleri sayesinde, yüzlerce adaya ait özgeçmişi yalnızca birkaç dakika içerisinde tarayarak ön eleme süreçlerini çok daha verimli biçimde yürütebilmektedir[228]. İşe alım süreçlerinin verimliliği, özellikle büyük ölçekli şirketlerde, gelen başvuru sayısının yüksekliği nedeniyle önemli bir zorluk teşkil etmektedir. Örneğin, Google, her yıl yalnızca ABD'de 2 milyondan fazla iş başvurusu almaktadır[229]. Ancak bu başvuruların yalnızca yaklaşık 130'u, yani %0,006'lık bir dilimi, şirketten nihai bir iş teklifi alabilmektedir[230]. Bu denli yüksek başvuru hacmi, geleneksel insan kaynakları yöntemleriyle yönetilemeyecek kadar büyüktür[231]. Dolayısıyla, başvuruların etkin bir şekilde değerlendirilmesi için üretken yapay zeka kaçınılmaz hale gelmektedir. Örneğin, adayların ön seçimini

---

[224] **Ezgi Sima Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları,* Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 6(1), 2024, s. 2.

[225] **Yunus Emre Gür, Cem Ayden, Atilla Yücel,** *Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi*, Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi Cilt: 3 Sayı: 2, 2019, s. 151-152.

[226] **Selma Kılıç Kırılmaz / Çağdaş Ateş,** *İşe Alımlarda Yapay Zekâ Kullanımı: Kavramsal Bir Değerlendirme*, Journal of Business and Trade (JOINBAT), 2(1), 2021, s. 39.

[227] **Başak Ozan Özparlak ve Murat Engin,** İşe Girişte Yapay Zeka ve Ayrımcılık, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 236, 24.3.2024 çevrimiçi erişim: https://www-lexpera-com-tr.ap2.proxy.openathens.net/

[228] **Emine Kambur,** *Yapay Zeka Çağında İnsan Kaynakları Yönetimi Konusunda Yazılmış Türkçe Makaleler Üzerine Bir Araştırma*, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 48, Denizli 2022, s. 141. Ayrıca bkz. **Kırılmaz / Ateş,** *İşe Alımlarda Yapay Zekâ,* 2021, s. 41.

[229] https://www.inkl.com/news/google-received-3-3-million-job-applications-in-2019-despite-employee-backlash, e.t. 01.05.2025.

[230] **Monica Torres,** 2 million job candidates are desperate to work for Google. Why?, https://www.theladders.com/career-advice/2-million-job-candidates-google, 2017, e.t. 01.05.2025.

[231] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 2.

gerçekleştirmek üzere bireysel analiz yazılımları kullanılabilir; iş görüşmeleri chatbotlar tarafından yürütülebilir; hatta adayın psikolojik ve iletişimsel yetkinlikleri konuşma analizi gibi yöntemlerle değerlendirilebilir. Bu tür teknolojiler, işe alım süreçlerinde insan faktörünü tamamen ortadan kaldırmadan, karar destek unsuru olarak önemli avantajlar sunmaktadır[232].

COVID-19 pandemisiyle birlikte hız kazanan teknoloji ve dijitalleşme süreci, Türkiye'de de pek çok şirketin, işe alım süreçlerinin büyük bir kısmını dijital ortamlarda gerçekleştirmesine neden olmuştur. Örneğin, ayda üç milyona yakın iş başvurusu aldığını belirten Koç Topluluğu[233], işe alım süreçlerini adayların sisteme yükleyeceği özgeçmişlerin analizi ile adayları açık iş pozisyonlarına eşleştirmek üzere geliştirdikleri yapay zeka teknolojisi ile birleştirileceğini duyurmuştur[234]. Bu uygulamalar, başvuru sayılarının binlerle ifade edildiği büyük ölçekli şirketlerde, üretken yapay zeka sistemlerinin işe alım süreçlerine entegrasyonunu daha da kritik hale getirmiştir. Bu sistemlerin kullanımı, insan kaynakları departmanının iş yükünü hafifletmeyi, süreçleri hızlandırmayı, verimliliği artırmayı, maliyet ve zaman tasarrufu sağlamayı ve doğru adayın doğru pozisyona yerleştirilmesini sağlamayı hedeflenmektedir[235].

B. İşe Alım Sürecinde Kullanılan Chatbot ve Video Mülakatla

Teknolojinin gündelik yaşama kazandırdığı en temel uygulamalardan biri olan yapay zeka teknolojileri, her geçen gün yaygın biçimde kullanılmaktadır. Üretken yapay zeka; insana özgü özelliklerin analiz edilerek makinelere kazandırılması olup, insan gibi düşünebilen, yorumlayabilen ve kararlar verebilen algoritmaların ve bilgisayar yazılımlarının geliştirilmesi ile ilgilenmektedir[236]. Üretken yapay zeka

---

[232] **Gülsevil Alpagut ve Aybüke Karaca Yağcı**, *İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 49, İstanbul 2023, s. 15.

[233] **Koç Holding,** Koç Holding İşe Alım Süreçlerinde Kendi Tasarladığı Yapay Zeka Teknolojisini Kullanacak, https://www.koc.com.tr/medya-merkezi/haberler/2022/koc-holding-ise-alim-sureclerinde-yapay-zekayi-kullanacak, e.t. 24.3.2024.

[234] **Özparlak ve Engin,** İşe Girişte Yapay Zeka, s. 236. Ayrıca bkz. **Alpagut ve Yağcı**, İşyerinde Yapay Zeka, s. 14.

[235] **Başak Ozan Özparlak**, Büyük Veri Çağında Yapay Zeka Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı: Hukuki Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 132.

[236]https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7048/Yapay-Zeka-Alaninda-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Dair-Tavsiyeler, e.t. 27.03.2024. s. 7.

sistemleri, sadece iş ilanlarının kimlere gösterileceğine değil, aynı zamanda ilan için başvuran adayların ön değerlendirmesine ve iş mülakatlarının kimlerle yapılacağına dair bilgileri de içerir[237]. Yapay zekanın anlaşılmasında önem arz eden bir diğer kavram ise algoritmadır. Algoritma, bir formül olarak ifade edilir ve belli bir problemi çözmek veya belirli bir amaca ulaşmak için tasarlanan bilgisayarda uygulanabilir bir dizi karmaşık matematiksel işlemden oluşan talimatlar dizisidir[238]. İşe alım süreçlerinde üretken yapay zeka destekli çeşitli uygulamalara yer verilmektedir. Uygulamada en yaygın kullanılan yöntemler arasında yer alan video mülakat analizleri ile chatbot teknolojilerine, konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla aşağıda kısaca değinilecektir.

Chatbotlar, işe alım sürecinde adayların sorularını yanıtlayan, hızlı bir şekilde adaylara geri dönüş yapabilen, aday bulma ve seçme sürecinde destek veren sanal asistanlar olarak hizmet vermektedir[239]. Chatbotlar, çoğunlukla adaylarla ilk temasın sağlanmasında kullanılmakta olup, genellikle işverenin kariyer sayfasına ya da çeşitli iş ilanı platformlarına entegre edilmektedir[240]. Chatbotlar, işe alım sürecinde görevli kişilere, adaylar hakkında hızlıca rapor sunabilme yetenekleri sayesinde giderek daha fazla tercih edilmeye başlanmıştır[241]. Adaylar, ilanların yayınlandığı platformlara girdiklerinde, sohbet başlatan bir chatbot ile karşılaşırlar. Chatbotlar, işe alım süreciyle ilgili sık sorulan sorulara yanıt verecek şekilde programlanarak adayların temel sorulara yanıt bulmasına yardımcı olur[242]. Bu doğrultuda öne çıkan örneklerden biri olan Mya, işe alım sürecinin yaklaşık %75'ini otomatikleştirme kapasitesine sahip bir yapay zeka uygulaması olarak, aday profillerini analiz etmekte, gerçek zamanlı geri bildirim sunmakta ve adayların yönelttiği sorulara yanıt verebilmektedir[243]. Örneğin, L'Oréal Paris, işe alım süreçlerinde Mya'dan

---

[237] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 145.

[238] **Alpagut ve Yağcı**, İşyerinde Yapay Zeka, s. 13.

[239] **Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gülnihal Ahter Yakacak,** *Yapay Zekanın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 4, 2023, s. 1712.

[240] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1713.

[241] ABD'de birçok şirket Facebook Messenger uygulamasının sohbet botlarını işe alım sürecinde kullanmaktadır. Bunun yanı sıra (Microsoft, Azure Bot Service, https://azure.microsoft.com/en-us/products/ai-services/ai-bot-service, e.t. 01.05.2025, Amazon, Amazon Lex, https://aws.amazon.com/tr/lex/, e.t. 01.05.2025.) sıklıkla şirketler tarafından işe alım süreçlerinde kullanılan sohbet botlarıdır.

[242] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1713.

[243] **Kırılmaz / Ateş,** *İşe Alımlarda Yapay Zekâ* s. 43. Ayrıca bkz. **Gülbeniz Akduman,** *Dijital İşe Alım: Dijital Dünya'nın İnsan Kaynakları İşe Alım Fonksiyonuna Etkisinin*

yararlanmakta ve bu sistem aracılığıyla adayların pozisyona uygunluklarını değerlendirmektedir[244]. Ayrıca Mya, şirket kültürü, pozisyonun detayları ya da başvuru süreci hakkında adayların soru sormasına da imkan tanıyarak veri toplamaktadır[245]. Konuşmanın başında kendisini bir sohbet robotu olarak tanıtan Mya, son aşamada uygun bulunan adayları insan kaynakları uzmanlarıyla eşleştirerek süreci tamamlamaktadır.

Chatbotlar, erişim tabanlı model ve üretken model olmak üzere iki şekilde sınıflandırılabilir[246]. Adaylar, erişim tabanlı model ile sık sorulan sorular üzerinden önceden oluşturulmuş kutucukların yer aldığı formatlardan konuşma seçerek iletişim kurabilir. Turkcell, üretken yapay zeka teknolojilerini işe alım süreçlerine entegre eden öncü şirketlerden biri olarak öne çıkmaktadır. Şirket, başvuruları yerli iletişim ve yaşam platformu BiP üzerinden toplayarak, adayların özgeçmişlerini yapay zeka destekli sistemlerle hızlı ve sistematik biçimde değerlendirmektedir[247]. Üretken model ise derin öğrenmeye benzetilebilir; girdiyi çıktıya dönüştürmeye çalışır, örneğin, geçmiş sohbetlerden yararlanarak daha etkili bir yöntem kullanmaktadır. Derin öğrenme (deep learning) teknolojisinden yararlanmak için daha güçlü işlemcilere sahip cihazlara gereksinim duyulmaktadır[248]. Bu sayede daha karmaşık problemler daha kısa sürede ve daha yüksek doğruluk oranları ile çözülebilmektedir. Sistem önce genel daha sonra özel problemleri çözmeye başlayarak daha doğru sonuçlar üretmeye başlar ve bu süreçte sistem, otomatik olarak öğrenmektedir. Yüz tanıma sistemlerinde, ses tanıma sistemlerinde, sürücüsüz araçlarda, alarm sistemlerinde, sağlık sektöründe, görüntü iyileştirmesinde, tavsiye sistemlerinde, siber tehdit analizlerinde derin öğrenme kullanılmaktadır.

Kavramsal ve Uygulama Örnekleriyle Değerlendirilmesi, International Journal of Arts and Social Studies, Cilt: 2 Sayı: 3, 2019, s. 32.

[244] **Nell Lewis, Jenny Marc**, CNN Business, https://edition.cnn.com/2019/04/29/tech/ai-recruitment-loreal/index.html, e.t. 03.05.2025.

[245] **Akduman,** *Dijital İşe Alım,* s. 33.

[246] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1713.

[247] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1713-17.14.

[248] **Zeynep Öğretmen Kotil**, Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 33.

Fransız Veri Koruma Otoritesi, chatbotların veri koruma açısından kullanımına dair önemli bir kılavuz yayımlamıştır[249]. Fransız Veri Koruma Otoritesi bu kılavuzda, chatbotlar aracılığıyla gerçekleştirilen görüşmelerin, bireylerin işe alımı gibi mühim kararlar alınmasında kullanılıp kullanılamayacağına dair, "*Chatbot ile yapılan görüşme, bir kişinin işe alımına karar verip vermeme gibi önemli bir kararı vermek için kullanılabilir mi?*" şeklinde bir soru yöneltmiştir. Bir insan müdahalesi olmaksızın chatbot ile yapılan bir konuşmanın, ilgili bireyler için öneme sahip kararlara tek başına yön veremeyeceği sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak, chatbotun insan müdahalesini içerecek bir sürecin parçası olabileceği ve tek başına chatbot ile gerçekleştirilen bir konuşmaya dayanarak karar alınamayacağı yönünde kararlaştırılmıştır. Özetle, insan faktörü mutlaka bu sürecin herhangi bir aşamasında yer almalıdır; özellikle işin esaslı noktalarında yapay zeka sistemleri ile alınan kararlar hukuka uygun sonuçlar yaratmayacaktır ve çalışanların haklarının risk altına girmesine yol açabilecektir.

Günümüzde iş hayatında giderek yaygınlaşan video mülakatlar, işe alım süreçlerinin önemli bir parçası haline gelmiştir[250]. Video mülakatlarda, adayların iletişim becerileri ve davranışları, pozisyon için uygunluklarını değerlendirmek amacıyla uygunlukları test edilmektedir. Video mülakatlar, asenkron olabileceği gibi canlı olarak da gerçekleştirilebilir[251]. Video mülakatlarda, adayların mimikleri, yüz ifadeleri, ses tonu, göz teması, konuşma hızı ve beden dili gibi biyometrik veriler analiz edilerek adayın duygusal durumları (mutluluk, güven, gerginlik, hayal kırıklığı gibi) değerlendirilmektedir[252]. Bunun yanı sıra, üretken yapay zeka sistemleri, adayların sözlü yanıtlarını metne dönüştürerek adayın dil yeterliliğini, akıcılığını ve iletişim netliğini değerlendirebilmektedir[253]. Bu tür analizlerin temelini oluşturan doğal dil işleme modeli, metin çevirisi, soru cevaplama, metin veya ses girdilerinin işlenmesi, metnin anlamlandırılması gibi dile ilişkin işlemlerin makineler aracılığıyla gerçekleştirilmesini sağlamaktadır[254]. Doğal dil işleme

[249] France CNIL, Chatbots: les conseils de la CNIL pour respecter les droits des personnes, https://www.cnil.fr/fr/chatbots-les-conseils-de-la-cnil-pour-respecter-les-droits-des-personnes, e.t. 03.05.2025.
[250] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 3.
[251] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1715.
[252] **Kırılmaz / Ateş,** İşe Alımlarda Yapay Zekâ, s. 46.
[253] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1716.
[254] **Kotil**, Yapay Zeka, s. 44.

modeli ile başvuru sahiplerinin özgeçmişlerini incelemeye yarayan yapay zeka sistemleri, yalnızca teknik uygunluklarını değil, aynı zamanda verdikleri yanıtlar, ses tonları ve duygu durumlarına dayalı olarak kişilik özelliklerini de değerlendirebilmekte; böylece işe alım kararlarına bütüncül bir bakış sunabilmektedir[255]. Çevrimiçi video ve chatbot görüşmeleri, adayın aksanı, konuşması, kelime seçimleri ve ifadeleri üzerinden de değerlendirme yapmasına olanak tanır. Örneğin, insan kaynakları uzmanı, adayın "ben" yerine "biz" kelimesini ne kadar kullandığını çok seçemeyebilir fakat üretken yapay zeka bu ayrımı yaparak, adayın takım çalışmasına ne derece yatkın olduğunu yorumlayabilmektedir. Bu üretken yapay zeka, adayın jest, mimik, ses tonu ve karakteristik özellikleri gibi 25.000'e kadar farklı veriyi analiz edebilir[256]. Daha da ileriye gidildiğinde, video mülakatlarda adayların performansları, yapay zeka algoritmaları kullanılarak değerlendirilmekte ve bir performans skoru oluşturulmaktadır. Son olarak adaylar skorlarına göre sıralanarak insan kaynakları ile analiz sonucu paylaşılmaktadır[257].

Makine öğrenmesi, yapay zeka sistemlerinin yüksek miktarda algoritma örneğini inceleyerek bu örnekler üzerindeki örüntüleri tanımlayabilmesine, bir öğrenme algoritması oluşturabilmesine ve bu sayede öğrenmeye dayalı bir model oluşturabilmesine olanak tanır[258]. Makine öğrenmesinde, belirli bir pozisyon için istenilen adayların özellikleri (örneğin, yaşadıkları yer gibi) verildiğinde, yapay zeka bu verileri kullanarak bir sonuç çıkarabilir ve uygun adayı belirleyebilir. Ayrıca, daha önce aynı departmanda çalışmış kişilerin özellikleri ve davranışlarıyla ilgili veriler yapay zekaya aktarılabilir, böylece benzer niteliklere sahip yeni adaylar tespit edilebilir. Makine öğrenmesinde, bilgi işleme süreci sabit kurallar yerine veri setlerine dayanır. Bu metodoloji, bir balığı doğrudan vermek yerine balık tutma becerisini öğretmeye benzer şekilde çalışır[259]. Kısacası makine öğrenmesinde yapay zeka, belirli kurallar ve talimatlar yerine, örnek veriler üzerinden öğrenir ve tahminlerde bulunur. Günümüzde, yapay zeka ve makine öğrenmesi teknolojilerinin gelişmesiyle birlikte, bireylerin biyometrik verileri

[255] **Kotil**, Yapay Zeka, s. 72.
[256] **Emine Kambur,** *İş Görüşmelerinde Yapay Zeka*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20 Sayı: 1, 2022, s. 516. Ayrıca bkz. **Sencer Metin Ses ve M. Refik Korkusuz**, *Yapay Zeka Destekli Sistemler,* s. 1025.
[257] **Kambur,** *İş Görüşmelerinde Yapay Zeka*, s. 516.
[258] **Kotil**, Yapay Zeka, s. 28.
[259] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 3.

üzerinden kişisel özelliklerinin tahmin edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Örneğin, Stanford Üniversitesi'nde gerçekleştirilen bir araştırma, yalnızca bireylerin fotoğraflarından cinsel yönelimlerinin tahmin edilebileceğini ortaya koymuştur[260]. Bununla birlikte, yapay zeka temelli analizlerin yalnızca cinsel yönelimle sınırlı kalmadığı, bireylerin ırkı, etnik kökeni, siyasi görüş eğilimleri ve sağlık durumları gibi çeşitli kişisel özelliklerinin de benzer sistemler aracılığıyla tahmin edilebildiğine ilişkin çalışmalar literatürde yer almaktadır[261].

Turkcell'in yeni mezunlara özel işe alım programı GNÇYTNK ile başlattığı işe alım sürecinin aşamalarında genel yetenek testi ve video mülakat olduğu görülmektedir[262]. İşe alım sürecinde video mülakat aşamasında yaklaşık 2 bin adayın değerlendirmesinde yapay zeka algoritması kullanılmıştır ve program sonunda başarılı olan adaylara iş teklifi de yapay zeka aracılığıyla yapılmıştır[263]. Turkcell'in yapay zeka destekli işe alım uygulamaları, diğer şirketler için de dijitalleşme ve verimlilik açısından örnek teşkil etmektedir. KVKK m. 11/1 (g) uyarınca, bireylerin otomatik sistemler aracılığıyla işlenen verilerinin analiz sonuçlarına itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu itiraz hakkının, KVKK m. 1'de belirtilen amaçla uyumlu bir çözüm olmadığı görülmektedir[264]. Profilleme sonucu çıkarılan sonuçlara itiraz etme hakkı olsa bile, burada yalnızca otomatik işleme faaliyetine dair bir karara tabi olmama hakkının önemi vurgulanmaktadır. Bu durum, KVKK'nın otomatik veri işleme faaliyetleri karşısında, bireylerin haklarını nasıl koruduğu ve bu hakların sınırları konusunda boşluk yaratmıştır. Sonuç olarak, kişilik testleri, oyunlar ve bunların sonuçları, adaylara bildirilmediği takdirde, adayların buradan çıkan sonuçlara, örneğin

---

[260] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 4.

[261] **Michal Kosinski,** *Facial recognition technology can expose political orientation from naturalistic facial images*, Scientific Reports, 11: 100, 2021, https://www.researchgate.net/publication/348398190_Facial_recognition_technology_can_expose_political_orientation_from_naturalistic_facial_images, e.t. 01.05.2025.

[262] https://kariyerim.turkcell.com.tr/Documents/genc-yetenek-surec-haritasi.png, e.t. 11.05.2024.

[263] https://www.dha.com.tr/teknoloji/dijital-operatorde-yapay-zeka-ile-ise-alim-sureci-1836588, e.t. 01.05.2025.

[264] **Erdem Büyüksağiş,** Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18 Sayı: 2, İstanbul 2021, s. 535.

psikolojik suç işlemeye eğilimli sonucunun işlenmesine, itiraz etme hakları bulunmaktadır.

C. Üretken Yapay Zeka ile İşe Alımlarda Algoritmik Ayrımcılık ve Algoritmik Önyargı Riski

Günümüzde yapay zeka, işe alım süreçlerinde ayrımcılığı azaltmak ve işyerinde şeffaflığı arttırmak artırmak amacıyla kullanılmakta olup, insan kaynakları uygulamalarında çeşitli faydalar sağlama potansiyeli taşımaktadır[265]. Ancak uygulamada bu teknolojilerin önyargısız ve adil kararlar verdiği varsayımı her zaman geçerli olmamaktadır. Aksine, birçok örnek, üretken yapay zekanın ayrımcı sonuçlara yol açabileceğini ortaya koymaktadır.

İşverenler, adayların isimleri, doğum tarihleri, medeni halleri veya askerlik durumları gibi bazı kişisel bilgilerini değerlendirme sürecine dahil ederek adayın işe uygunluğunu ölçmeye çalışsa da, bu tür bilgiler ayrımcılık yasağını ihlal edebilecek nitelikte sonuçlar doğurabilir. Özellikle algoritmik platformlar aracılığıyla işe alım süreçlerinin yürütüldüğü durumlarda, işverenler ilanların kimlere gösterileceğini belirleme yetisine sahip olabilmektedir[266]. Sosyal medya paylaşımları, sosyal medya beğenileri, seyahat tercihleri, tüketim alışkanlıkları gibi veri setlerinin işe alım algoritmaları tarafından analiz edilmesi halinde, bazı adaylara iş ilanları hiç gösterilmemekte ya da adaylar, mülakat aşamasına dahi geçemeden elenebilmektedir[267]. Örneğin, adayın müzik uygulamasında çok fazla Justin Bieber şarkıları dinlediği verisine sahip olan üretken yapay zeka sistemi, yeterli entelektüel düzeye sahip olmadığı yönünde sonuçlara varabilir. Aynı şekilde, adayın çok fazla macera filmi izlediğini fark eden üretken yapay zeka sistemi, masa başı iş olan ilanın, adaya uygun olmadığı sonucuna varabilir. İşe alım süreçlerinde işverenlerin, adayların eğitim ve iş geçmişi gibi profesyonel bilgilerini internet ve sosyal medya platformlarından araştırması genel olarak kabul edilebilir bir uygulama olsa da, adayların kamuya kapalı sosyal medya hesaplarına izinsiz ve gizli bir şekilde erişmek hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, adayların kamuya açık profillerinde dahi yer alan kişisel yaşam tarzları, politik görüşleri, cinsel tercihleri ve inançları gibi mesleki nitelikte olmayan kişisel verilerin, önyargılı değerlendirmeler ile

[265] **Gür, Ayden, Yücel,** *İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi*, s. 152.
[266] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1708.
[267] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 138.

analiz edilmesi ayrımcı uygulamalara neden olabilir[268]. Angwin ve Parris tarafından 28.10.2016 tarihinde gerçekleştirilen detaylı araştırmada, Facebook'un, kullanıcıların profillerini değerlendirerek iş ilanlarının hangi kullanıcılara gösterileceğini belirleyen algoritmalar kullandığını ortaya koymuştur[269]. Bu algoritmaların uygulaması, farklı etnik kökenden olan bireylerin, pek çok iş ilanını görememelerine neden olmaktadır[270]. Üretken yapay zeka sistemleri ile otomatikleştirilen işe alımda bireyler, çoğu zaman hangi nedenle ayrımcılığa uğradıklarını bilmemektedirler. Bu ise, zaten işe alımda ayrımcılığa dair zayıf ve yetersiz olan hukuki korumanın tamamen devre dışı kalmasına neden olmaktadır.

Makine öğrenmesinde, işverenin belirli bir cinsiyet ya da belirli bir yaş aralığı vb. belirli demografik özelliklere sahip adayları hedefleyebilecek şekilde veri setlerini oluşturmasının mümkün olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu kapsamda, işverenler algoritmik platformlar aracılığıyla ilanların yayımlanması aşamasında, ilana en yüksek etkileşim göstereceği öngörülen adayları belirlemek amacıyla geçmiş verilerle yapay zeka sistemlerini eğitebilmektedir. Ancak bu süreçte, daha önceki istihdam kalıplarında yer alan cinsiyet ve ırk gibi sosyokültürel stereotiplerin algoritmalar tarafından yeniden üretilebilmesi riski söz konusudur[271]. İşe alımda kullanılacak yapay zeka algoritmalarının, toplumda mevcut olan ayrımcılık önyargılarını yansıtan verilerle beslenmesi halinde, toplumsal ayrımcılık üstesinden gelme çabalarını güçleştirecektir. İnsan tarafından verilecek kararlar yerine algoritmalar tarafından verilen kararlara güvenilmesi, ayrımcılığın toplumsal yapı içerisinde daha derin kök salmasına neden olabilecektir.

Bu durum yalnızca işverenin bilinçli bir tercihiyle değil, algoritmaların geçmiş verilerden öğrenme biçimiyle de ortaya çıkabilmektedir[272]. Nitekim algoritmik hedefleme, özellikle toplumsal cinsiyet gibi faktörler üzerinden ayrımcılığa yol açabilecek sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, Facebook platformu üzerinden aynı kapsam ve içerikte hazırlanan işe alım ilanlarında, kereste endüstrisine ilişkin ilanlar %90 oranında erkekleri, kasiyer pozisyonlarına ilişkin ilanlar ise

---

[268] **Uncular,** Teknoloji, s. 1688.

[269] https://www.propublica.org/article/breaking-the-black-box-what-facebook-knows-about-you, e.t. 31.03.2025.

[270] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 140.

[271] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1709.

[272] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1709.

%85 oranında kadınları hedeflediği tespit edilmiştir[273]. Benzer şekilde Amazon, 2014 yılında işe alım süreçlerinde yapay zeka tabanlı bir yazılım sistemini devreye sokmuştur. Ancak bu sistemin zamanla cinsiyet temelli bir önyargı geliştirdiği ve "kadın" adayların başvurularını otomatik olarak elediği gözlemlenmiştir. Bu durumun fark edildiğinde yapay zeka sisteminin algoritmasında düzenlemeler yapılmaya çalışılmışsa da sistemin kadın adaylara yönelik olumsuz tutumunun sürmesi üzerine Amazon 2018 yılında bu yapay zeka sisteminin kullanımını sonlandırmıştır[274]. Sonuç olarak, çok sayıda işçi almayı planlayan bir işyerinde, beklenen niteliklere sahip başvuru yapan kadın adaylar olmasına rağmen işe alınanların sadece erkekler arasından seçilmesi durumunda cinsiyete dayalı bir ayrım söz konusudur[275].

Bunun yanında, adayların özgeçmişlerinde ikamet ettikleri semtlerin yer alması da algoritmalar tarafından olumsuz bir faktör olarak değerlendirilebilmekte; dezavantajlı bölgelerde yaşayan bireylerin başvuruları daha mülakat aşamasına gelmeden elenebilmektedir[276]. Bu bağlamda, örneğin Romanların ağırlıklı olarak ikamet ettiği bölgelerden gelen başvuruların sistematik biçimde dışlanması, görünüşte coğrafi temelli bir işe alım politikası izleniyormuş gibi görünse de, gerçekte ırksal ayrımcılığı örtük biçimde yeniden üretmektedir[277]. Başvuran adayların özgeçmişlerini algoritmalar vasıtasıyla otomatik olarak filtre eden başka işyerleri, adayların tüm özelliklerini değerlendirmeden önce olumsuz sonuçlanan kişisel verilerini dikkate alarak adayın iş için yetersiz olduğu sonucuna varmaktadırlar[278]. 2015 yılında Google'ın fotoğraf uygulaması, koyu cilt tonlarına sahip bireylerin yetersiz veri setlerine dayanması nedeniyle, iki siyah bireyin fotoğrafını hatalı biçimde "goril" etiketiyle sınıflandırmıştır[279]. Yüz tanıma sistemlerinin koyu tenli

---

[273] **Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper,** *İş Hukukunun Yapay Zeka ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi,* Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Özel Sayı, 2023, s. 70.

[274] https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs, e.t. 28.03.2024.

[275] **Ertuğrul Yuvalı,** İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 171.

[276] **Büyüksağiş,** Yapay Zeka, s. 535.

[277] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1721. Ayrıca bkz. **Erdem Dirimeşe, Betül Gök**, *İşverenlerin Gözünden Romanların İstihdam Edilmesinde Karşılaşılan Problemler*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi Cilt: 18 Sayı: 59, 2023, s. 87-109.

[278] **Büyüksağiş,** Yapay Zeka, s. 535.

[279] BBC News, https://www.bbc.com/news/technology-33347866, e.t. 01.05.2025.

bireylerde yüksek hata oranına sahip olması ayrımcılık riskini daha da artırmaktadır[280]. Bu tür hatalar aynı zamanda insan onurunu zedeleyen yapay zeka uygulamalarının ne denli ciddi sonuçlar doğurabileceğinin de göstergesidir. Bu durumlarda işveren, işin niteliğiyle doğrudan ilgisi olmayan bu tür ayrımları gerekçelendiremediği takdirde, Anayasa'nın 20. maddesiyle güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesini de ihlal etmiş olacaktır[281]. İşe alım sürecinde üretken yapay zeka sistemleri kullanılarak pek çok kişisel veri işlenmektedir ve bu uygulama sonucunda, başvuran adaylar arasında ayrımcılık yaratan sonuçlarla karşılaşılmaktadır.

İşe alım sürecinde algoritmik kararlar sonucunda meydana gelen ayrımcılığın ispatı, hukuki açıdan sorun teşkil eden hassas bir konudur. Bu durum, ayrımcılığa maruz kalan bireylerin hukuki yollara başvurma olanaklarını sınırlayabilir. Üretken yapay zeka sistemlerinin kullanıldığı işe alım süreçlerinde ortaya çıkan ayrımcılığın, mağdur tarafından nasıl ispat edileceği, çözüm bekleyen kritik bir sorundur[282]. Otomatik karar alma mekanizmalarının kullanımı, bu yazılımların ulaştığı sonuçların nedenlerini tam olarak açıklanamaz kılmaktadır[283]. İspat sorunu ile ortaya çıkan kara kutu kavramı, karmaşık bir yapıda olan otomatik karar alma sistemleri hakkında bu sistemden etkilenenlerin tam olarak bilgi sahibi olamamasını ifade etmek için kullanılmaktadır[284]. Kara kutu (black-box) sistemlerinin bir diğer güvensizlik kaynağı; ırkçılık, cinsiyetçilik veya diğer ayrımcılık gibi bu sistemlerin geliştirebileceği potansiyel önyargılardır[285]. Yapay zeka algoritmalarının, verilerle sonuçlar arasında kurduğu ilişkinin karmaşıklığı, adayların bu sistemler hakkında yeterli bilgiye sahip olamamasına yol açmaktadır. Bu nedenle, işe alım sürecinde kullanılacak algoritmaların ortaya çıkaracağı güvenlik, önyargı, eşitlik ve ayrımcılık ihtimallerine karşı denetlenmesi zorunludur. Ek olarak, işe alım sürecinde kullanılacak algoritmaların işe alımda görevli olan insan kaynaklarına destek olacak şekilde tasarlanması ve kullanılması işveren açısından tercih sebebi olmalıdır[286]. Uluslararası

[280] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1720.
[281] **Yuvalı,** Eşit Davranma Borcu, s. 171.
[282] **Özparlak ve Engin,** İşe Girişte Yapay Zeka, s. 255.
[283] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 154.
[284] **Özparlak ve Engin,** İşe Girişte Yapay Zeka, s. 259.
[285] **Ayyüce Kızrak,** "Açıklanabilir, Sorumlu ve Güvenilir Yapay Zekâ", https://ayyucekizrak.medium.com/açıklanabilir-sorumlu-ve-güvenilir-yapay-zeka-bece897c5ea9, e.t. 25.03.2024.
[286] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 155.

Çalışma Örgütü (ILO) Çalışmanın Geleceği Raporu'nda, işi etkileyen nihai kararların algoritmalar yerine insanlar tarafından alınması gerektiğini öneren, insan merkezli yapay zeka kullanımı yaklaşımı benimsediğini vurgulamıştır[287]. İnsan faktörünü tamamen işe alım kararlarının alınma sürecinden çıkararak otomatik işe alım kararlarına geçiş yapıldığında, hak ihlallerinin daha sık meydana geldiği gözlemlenmektedir.

Dolayısıyla, işe alım süreçlerinde üretken yapay zeka ve algoritmik sistemlerin kullanımı, insan hatasını minimize etmeye yönelik önemli bir araç olsa da, bu sistemlerin şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkeleri doğrultusunda tasarlanması ve sürekli denetlenmesi gerekmektedir. Algoritmik şeffaflık, kullanılan veri setlerinin içeriğinin ve kullanım amacının üçüncü taraflarca anlaşılabilir ve erişilebilir olmasını hedeflemektedir[288]. Bu bağlamda, işe alım ve mülakat süreçlerinde adayların, algoritmaların hangi amaçlarla, hangi tür verileri kullanarak karar verdiği konusunda önceden bilgilendirilmesi; ayrıca sürecin mümkün olduğunca anonim şekilde yürütülmesi olarak ortaya çıkmaktadır[289]. Kararların nesnelliğini ve güvenilirliğini artırmak amacıyla, tüm adaylara standartlaştırılmış sorular yöneltilmesi gibi uygulamalar da şeffaflığı destekleyen yöntemler arasında yer almaktadır[290]. Öte yandan, algoritmik hesap verebilirlik ilkesi, bu sistemleri geliştiren ya da kullanan kurumların kararların sonuçlarından sorumlu tutulmasını zorunlu kılar[291]. Ayrıca üretken yapay zeka uygulamalarının çalışma yaşamına entegrasyonunda bireylerin haklarını güvence altına alan belirli standartların oluşturulması ve etkili hukuki başvuru mekanizmalarının tesis edilmesi gereklidir[292]. Dolayısıyla bu minvalde KVKK hükümlerine değinmek faydalı olacaktır.

[287] ILO, Çalışmanın Geleceği Raporu, 2019, s. 43.
[288] **Ses ve Korkusuz**, *Yapay Zeka Destekli Sistemler*, s. 1036.
[289] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1726.
[290] **Zhisheng Chen**, *Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices*, Humanities and Social Sciences Communications, Cilt: 10 Sayı: 1, 2023, s. 9.
[291] **Gümrükçüoğlu / Yakacak,** Algoritmik Ayrımcılık, s. 1726.
[292] **Özparlak ve Engin,** İşe Girişte Yapay Zeka, s. 250.

III. İŞE ALIM SÜRECİNDE ÜRETKEN YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNİN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA ETKİSİ

İşe alım süreçlerinde yanlış, önyargılı ve ayrımcı etiketlemeler yapan üretken yapay zeka sistemlerinin kullanılması, işi hak eden uygun adayların göz ardı edilmesine yol açabilir. Bu tür ayrımcı sonuçları önlemek için, iş hukuku çerçevesindeki mevcut yasal düzenlemelerin tek başına yeterli olmadığı görülmektedir. Kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki düzenlemelerin, çalışma ilişkileri açısından iş hukuku ile uyumlu ve bütüncül bir yaklaşımla ele alınması faydalı olacaktır[293]. Fakat bu hükümlerin aday işçinin kişisel verilerinin korunması açısından yetersiz olduğu aşikardır[294].

A. KVKK Bağlamında Genel İlkeler

Daha önce de değinildiği üzere, işe alım sürecinde adaya yöneltilen soruların temel amacı, işverenin adayın niteliklerini, yetkinliklerini ve pozisyona uygunluğunu değerlendirebilmesidir. Bu bağlamda, işe alım sürecinde işverenin aday hakkında bilgi edinmek amacıyla toplanan verilerin işlemesi mümkün olmakla birlikte, bu işlemenin KVKK m. 4'te öngörülen usul ve esaslara uygun olması gerekir[295]. Üretken yapay zeka sistemleri, veri koruma düzenlemeleri ile güvenlik, hesap verilebilirlik, şeffaflık, veri sınırlaması, meşru amaç belirleme ve veri kalitesi gibi mahremiyet ilkelerine tabidir[296].

Genel olarak üretken yapay zeka sistemlerinin karar alma süreçlerinde şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlanmalı; adaylara, yapay zeka sistemlerinin nasıl çalıştığı ve kararlarını nasıl verdiği konusunda bilgi verilmelidir. KVKK m. 4-ç hükmünde, yapılan işlemin verilerin işlenme amacıyla doğrudan ilişkili olması gerektiği vurgulanmıştır. KVKK m. 4-d hükmünde ise, kişisel verilerin ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu hükümler, veri işleme faaliyetlerinin amaca uygunluk, orantılılık ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Genel olarak KVKK m. 4 hükmünden, işe alımlarda toplanacak bilgilerin amaca uygunluk esası

---

[293] **Özparlak**, Büyük Veri, s. 136.
[294] Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, s. 455.
[295] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 5.
[296]https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/77b8ccca-1748-46ad-a252-849120a7766a.pdf, e.t. 27.03.2024. s. 7.

çerçevesinde kullanılabileceği, amaca uygunluk sınırlarının aşılması halinde ise, işçinin kişisel haklarına haksız bir müdahale oluşturacağı sonucuna ulaşılmaktadır[297]. İşverenin, aday işçiye ait kişisel verileri işlemesi bazı hukuka uygunluk nedenlerine dayanarak mümkün olabilir. Örneğin, ilgili verinin iş ilişkisinin kurulması amacıyla işlenmesi veya adayın açık rızasının bulunması, KVKK kapsamında hukuka uygunluk sağlayan nedenler arasında yer almaktadır. Ancak işveren, aday işçinin kişisel verilerini işlemek için hukuki dayanağa sahip olsa dahi, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, veri işleme faaliyeti yine de veri koruma hukuku kurallarına aykırılık teşkil eder[298].

B. KVKK Kapsamında Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri

İşe alım süreçlerinde üretken yapay zekanın kullanımı, adayların değerlendirilmesinde verimliliği artırırken, kişisel verilerin korunması açısından da önemli sorumluluklar doğurmaktadır. Adayların video mülakat kayıtları, chatbotlar, başvuru formlarında yer alan veriler, kişilik ve yetkinlik testlerinden elde edilen veriler gibi unsurların üretken yapay zeka aracılığıyla analiz edilmesi, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesini beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, işverenlerin veri sorumlusu olarak KVKK çerçevesinde yerine getirmeleri gereken yükümlülükler bulunmaktadır. Dolayısıyla, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi artık yalnızca insan kaynakları departmanlarının manuel faaliyetleriyle sınırlı değildir. Bu bağlamda, işverenin veri sorumlusu olarak KVKK kapsamındaki yükümlülüklerinin hem kapsam hem de içerik bakımından yeniden ele alınması gerekmektedir. Yapay zekanın modern iş yaşamındaki yeri göz ardı edilemeyecek düzeydedir. Bu nedenle çözüm, yapay zeka teknolojilerinden tamamen vazgeçmek değil; aksine, bu teknolojilerin gelişen bilişsel kapasiteleri karşısında kişisel verilerin güvenliğini sağlayacak hukuki ve teknik mekanizmaların nasıl oluşturulacağına odaklanmak olmalıdır[299]. Keza, iş başvurusunda bulunan adaylar hakkındaki bilgiler veri sorumlusu ve veri işleyen sıfatını haiz işveren tarafından işlenmektedir. Örneğin, iş başvurusunda bulunan adayın mülakat öncesinde iş tecrübelerine ilişkin doldurulması talep

[297] **Cevat Gökhan Erbaş,** *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi,* Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7 Sayı: 1, 2017, s. 104.
[298] **Sevimli,** Veri Koruma Hukuku, s. 130.
[299] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 4.

edilen formda yer alan kişisel veriler dolayısıyla veri sorumlusu işveren olacaktır. Bu verilerin işlenmesinde veri sorumlusu ile veri işleyenin ayrımının yapılması gerekmektedir.

Veri sorumlusunun tanımı KVKK'nın 3-ı maddesinde yer almaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından veri sorumlusunun tanımı "*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi"* şeklindedir.

Veri işleyen tanımı KVKK'nın 3-ğ maddesinde yer almaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, veri işleyen "*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen, veri sorumlusunun organizasyonu dışındaki gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmaktadır.

Günümüzde işçiyi koruma amacını güden birçok hukuki düzenleme mevcut olmakla birlikte, üzerinde durulması gereken esas mesele, KVKK bağlamında veri sorumlusu işverenin, işçi adayını koruma sorumluluğunun dayanağının ne olduğudur[300]. KVKK, veri işleme sürecinin kapsamını belirleyen veri sorumlusuna bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülüklere aykırı davranılması halinde KVKK m. 18'de veri sorumlusu aleyhine KVKK ihlali dolayısıyla idari yaptırım söz konusu olacaktır. Bu idari yaptırımlar, Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından veri sorumlularına uygulanmaktadır. Son yasa değişikliği ile bu idari yaptırımlara karşı idari dava yoluna gidilebilmektedir.

a. KVKK'nın 10. Maddesinde veri sorumlusunun verilerin elde edilmesi sırasında ilgili kişiyi **aydınlatma yükümlülüğü** hüküm altına alınmıştır. Bu yükümlülük, kişisel verisi işlenen gerçek kişi yani ilgili kişinin işlenen kişisel verileri ile ilgili bilgilendirilmesi anlamına gelmekte olup işbu yükümlülük, veri işleme faaliyetinin başlamasından silinmesine kadar olan süreçleri kapsamalıdır. Veri sorumlusu bu kapsamda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getireceği en pratik yol, internet sitesinde aydınlatma metinlerine yer verilmesidir. Aydınlatma metinleri asgari olarak veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebini ve ilgili kişinin KVKK m. 11 çerçevesinde sahip olduğu haklarını içermelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine

[300] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 6.

getirilmesi ilgili kişinin onayına tabi değildir. Açık rıza ve diğer veri işleme şartları kapsamında kişisel veri işlenmeden önce ilgili kişilerin aydınlatılması gerekmektedir. Öte yandan, Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 10.03.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan "*Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*" ("**Tebliğ**") ile veri sorumlularının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken uyması gereken usul ve esaslar düzenlenmiştir. Veri sorumluları, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken bu kurallara da dikkat etmelidir[301]. Aydınlatma yükümlülüğü, ilgili kişinin talebine bağlı olmaksızın tek taraflı bir beyanla yerine getirilebilir ve bu yükümlülüğün yerine getirildiğini ispat etme sorumluluğu veri sorumlusuna aittir[302].

Önceki bölümlerde de değinildiği üzere, üretken yapay zeka tabanlı chatbot veya video mülakat sistemlerinde adayın yüz ifadeleri, ses tonu ve konuşma tarzı gibi kişisel verileri işlenebilmektedir. Bu sistemlerin kullanımından önce adayın hangi tür verilerin, hangi amaçla işleneceği konusunda adayın aydınlatılması, yalnızca algoritmik şeffaflık ilkesi gereği değil, veri koruma mevzuatının da bir gereğidir. Aksi takdirde, aday yalnızca mülakat sürecine katıldığını sanarken, biyometrik verilerinin arka planda analiz edilmekte olduğunu bilmeden kişisel veri işleme faaliyetine maruz kalabilir.

AİHM'nin önüne gelen bir başka "*S. Marper / Birleşik Krallık*" davasında, kişisel sağlık verilerinin uzun süre tutulmasının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Başvurucular,

---

[301] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 20/05/2020 tarihli ve 2020/404 sayılı Karar*, "…Aydınlatma yükümlülüğünün gerek açık rıza alınacağı durumlarda gerek Kanundaki diğer kişisel veri işleme şartlarından bağımsız olarak yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin (Tebliğ) 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin ispatının veri sorumlusuna ait bulunduğu, veri sorumlusu tarafından aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken; öncelikle veri sorumlusunun kimliğine, kişisel verilerin hangi amaçlarla işlendiğine, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçlarla aktarılabileceğine, elde edilecek kişisel verilerin toplanma yöntemlerine, işlemenin hukuki sebeplerine ve ilgili kişinin Kanunun 11 inci maddesindeki haklarına aydınlatma metninde yer verilmesi gerektiği,…"*

[302]Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kanun Kapsamında Hak ve Yükümlülükler, https://osbuk.org/wp-content/uploads/KVKK/KANUN-KAPSAMINDAKI-HAK-VE-YUKUMLULUKLER.pdf, e.t. 26.10.2024, s. 3.

biyometrik verilerinin silinmesini talep etse de ilgili mevzuatın süresiz şekilde verilerin saklanmasına izin vermesi sebebiyle talepleri reddedilmiştir. İhlal edilen hak ile amaç arasında adil bir denge bulunmadığı ve bu uygulamanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı vurgulanmış olup sağlık verilerinin süresiz saklanmasının AİHS m. 8 ihlali olduğuna karar vermiştir[303].

Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun ("**Kurul**") verdiği bir kararda[304], veri sorumlusunun çalışanlarına ve aday çalışanlarına KVKK Aydınlatma Metni ve Açık Rıza Metnini tebliğ ettiği ve bu metinlerin imza karşılığı olarak veri sorumlusuna teslim edildiği ifade edilmiştir. Ancak, bu yazıya eklenen belgelerde aydınlatma metnine yer verilmediği görülmüştür. Bununla birlikte, şikayet dilekçesi ekinde bulunan "Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Çalışan Muvafakatnamesi" belgesinin, hem aydınlatma metni hem de açık rıza metni olarak düzenlendiği belirtilmiştir. İşbu kararda, KVKK'nın 10. maddesi gereğince, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve açık rıza alınması işlemlerinin ayrı ayrı yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, Tebliğ'in 5. maddenin 1. fıkrasının (f) bendinde yer alan hükme göre, kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, her iki yükümlülüğün de usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu sebeple, hem aydınlatma hem de açık rıza metinlerinin aynı belge içerisinde birleştirilmesi, KVKK'nın öngördüğü düzenlemelere aykırı bulunmuştur. Sonuç olarak, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatine varılan veri sorumlusu hakkında, KVKK'nın 18. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Bu karar, veri sorumlularının kişisel veri işleme süreçlerinde belirli yasal yükümlülüklere uygun hareket etmelerinin önemini bir kez daha gözler önüne sermektedir.

Nitekim, işe alım sürecinde kullanılan kişilik testleri, dijital oyunlar veya yapay zeka analizleri sonucu elde edilen verilerin adaylara açıklanmaması durumunda, adayların örneğin "suç işlemeye psikolojik eğilimli" gibi ağır profillemelere karşı

[303] S. ve Marper / Birleşik Krallık, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, Karar Tarihi 4.12.2008.

[304] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 20/05/2020 tarihli ve 2020/404 sayılı Kararı.

korunmasız kalmaları söz konusu olabilmektedir. Bu türden kişisel çıkarımların hem adayın mesleki geleceğini etkileyebileceği hem de ayrımcılığa yol açabileceği dikkate alındığında, şeffaflık, bilgilendirme ve itiraz hakkı gibi temel güvencelerin güçlendirilmesi gerektiği açıktır.

b. KVKK'nın 12. Maddesinde veri sorumlusunun **veri güvenliğine ilişkin yükümlülüğü** hüküm altına alınmıştır. KVKK m. 12 uyarınca veri sorumlusu, veri güvenliğini sağlamak üzere kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. Veri sorumlusunun Log kayıtlarının tutulması, yedeklenmesi, verilerin maskelenmesi, yetki matrisi yapılması gibi tedbirleri bulunmaktadır. İdari tedbirler arasında veri envanteri hazırlanması, verilerin korunmasına ilişkin politikaların oluşturulması, gerek çalışanlarla gerek 3. kişilerinin taahhütlerin imza altına alınması vs. örnek olarak verilebilir. Veri sorumlusu, adaya ilişkin kayıtları ayrı bir muhasebe şirketi tarafından tutuyorsa, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması hususunda veri sorumlusu muhasebe şirketiyle birlikte müştereken sorumludur. Veri sorumlusu kendi kurum veya kuruluşunda KVKK hükümlerini uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır. Veri sorumlusu denetimi kendi yapabileceği gibi dışardan 3. kişi aracılığıyla da yapabilir. Veri sorumlusu ve veri işleyenler öğrendikleri kişisel verileri KVKK hükümlerine aykırı olarak başkalarına açıklayamaz ve işleme amaçları dışında kullanamaz. Bu yükümlülük görevden ayrılmadan sonra da devam eder. Dolayısıyla bu yükümlülük aynı zamanda KVKK m. 4'te sayılan genel ilkelerden olan "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesine de vurgu yapmaktadır. Veri sorumlusu kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla 3. Kişiler tarafından elde edilmesi hakinde ilgilisine ve Kişisel Verilerin Korunması Kurumu'na bildirme yükümlülüğü de vardır[305].

[305] https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2040/Veri-Guvenligine-Iliskin-Yukumlulukler, e.t. 27.10.2024.

Kurul'un verdiği kararlar incelendiğinde[306], genellikle veri sorumlusunun, ilgili kişinin kişisel verisine yönelik önleyici gerekli idari ve teknik tedbirleri almadığı dikkate alınarak KVKK'nın 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında idari para cezası uygulanmasına karar verdiği görülmektedir.

Kurul'un başka bir kararında ise, işveren ile aday işçi arasında bir iş ilişkisinin kurulmaması halinde, adayın kişisel verilerinin işlenmeye devam edilmesinin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmiştir[307]. Bu kararda, işe alınmayan aday işçinin işe

[306]Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 29/06/2022 tarihli ve 2022/630 sayılı Karar, https://kvkk.gov.tr/Icerik/7567/2022-630, e.t. 27.10.2024. *Örneğin, "İlgili kişinin, veri sorumlusu bünyesinde çalışan doktor tarafından burun estetiği ameliyatında baygın olduğu sırada çekilen görsellerinin açık rızası alınmaksızın sosyal medya hesabında paylaşıldığı iddiasına ilişkin olarak, ilgili kişinin açık rıza gösterdiği tarafın veri sorumlusu hastane olduğu, baygın olduğu esnada çekilen görsellerinin bahsi geçen doktor tarafından paylaşılması konusunda açık rıza beyanının bulunmadığı, bununla birlikte veri sorumlusu hastanenin söz konusu fotoğrafların adı geçen doktor tarafından sosyal medya hesabında paylaşıldığı hususunda bilgisinin bulunduğu, bu itibarla veri sorumlusunun ilgili kişinin kişisel verisi olan görselin adı geçen doktor tarafından sosyal medya hesabında paylaşılmasını önleyici gerekli idari ve teknik tedbirleri almadığı dikkate alındığında; Kanun'un 12'nci maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik teknik ve idari tedbirleri yeterli düzeyde almadığı kanaatine varılması nedeniyle veri sorumlusu hastane hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi kapsamında 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına…,"*

[307] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 06/07/2021 tarih ve 2021/670 sayılı Kararı, Erişim Adresi: https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7136/2021-670 (E.T.: 03/11/2024). *"…İlgili kişinin veri sorumlusuna yaptığı iş müracaatının olumsuz sonuçlanması üzerine veri sorumlusu tarafından işlenen kişisel verilerinin silinmesi talebinin veri sorumlusu tarafından önce kısmen kabul görerek ad, soyadı ve kimlik bilgilerinin işlenmesine devam edilmesi, sonrasında ise ilgili kişinin veri sorumlusuna aynı bağlamda yapılan ikinci başvurusu sonucunda yapılan değerlendirmede, söz konusu verilerin veri sorumlusunun imha politikası çerçevesinde gerçekleştirilecek ilk periyodik imha sürecinde imha edileceği kararının alındığının bildirilmesi dolayısıyla ilgili kişinin talebine karşın kişisel verilerinin Kişisel Verilerin Silinmesi Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 12 inci maddesi gereğince 30 gün içerisinde silinmemiş olmasının ve Kanunun 5 inci maddesinde yer alan herhangi bir işleme şartına dayanmaksızın ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmeye devam edilmesinin veri sorumlusunun Kanunun 12 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri almadığını gösterdiği kanaatine*

alım sürecinde toplanan kişisel verilerinin işlenmeye devam edilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda, işe alınmayan adayın başvuru sürecinde elde edilen kişisel verilerinin, işleme amacının sona erdiği dikkate alınarak silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gerekmektedir.

Kurul'a yapılan başka bir başvuru içeriğine bakıldığında[308], işverenin COVID-19 pandemisi nedeniyle ücretsiz izne çıkarılan bir çalışana gönderdiği ihtarnamede, aynı grup şirketinde çalışan diğer 7 (yedi) kişinin T.C. kimlik numaraları, adresleri ve diğer kişisel bilgilerinin de yer aldığı görülmektedir. Bu ihtarname noter aracılığıyla tüm çalışanlara iletilerek çalışanların kişisel verilerinin birbirleriyle paylaşılmasına neden olmuştur. Çalışan, ihtarnamede yer alan T.C. kimlik numarası ve adres bilgilerinin diğer çalışanlarla paylaşılmasını gerekçe göstererek Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na başvurmuştur. Kurul ise ihtarnamede 7 (yedi) çalışanın T.C. kimlik numaraları, adresleri ve iletişim bilgilerinin yer almasının, kişisel verilerin diğer çalışanlarla ifşa edilmesine neden olduğunu ve bu durumun, KVKK'nın 4. maddesindeki ölçülülük ilkesine ve 12. maddesindeki veri güvenliği yükümlülüklerine aykırı olduğunu belirtmiştir[309]. Sonuç olarak çalışanların T.C. kimlik numaralarının ve diğer kişisel bilgilerinin ifşa edilmesi nedeniyle veri sorumlusu işverene 100.000 TL idari para cezası uygulanmıştır. İşbu karar her ne kadar iş ilişkisi devam ederken meydana gelen bir ihlale dayansa da işe alım sürecinde aday işçilerin veri güvenliğinin sağlanmasının önemini de hatırlatmaktadır.

---

varıldığından veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca idari para cezası uygulanmasına,…"

[308] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/04/2022 tarih ve 2022/328 sayılı Kararı.

[309] Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 07/04/2022 tarih ve 2022/328 sayılı Kararı, "*İlgili kişinin kişisel verilerinin yer aldığı ihtarnamenin veri sorumlusu tarafından yedi kişiye daha gönderildiği iddiasına ilişkin olarak; diğer yedi çalışanla birlikte ilgili kişinin kimlik ve iletişim verisinin aynı ihtarnamede yer alması ve söz konusu ihtarname keşide edilirken de herhangi bir şekilde karartma, muhataplara ayrı ayrı keşide etme vb. işlemin yapılmaması nedeniyle ilgili kişinin kişisel verilerinin diğer çalışanlarla paylaşıldığı, bu çerçevede Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan herhangi bir işleme şartına dayanmaksızın gerçekleşen kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'un 12'nci maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmüne aykırı olduğu değerlendirildiğinden veri sorumlusu hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 100.000 TL idari para cezası uygulanmasına…*"

İşe alım süreci, henüz iş sözleşmesinin kurulmadığı bir dönem olsa da, taraflar arasında belirli yükümlülüklerin doğmasına engel teşkil etmez. Bir sözleşme görüşmesine giren taraflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler[310]. Bir taraf sözleşmenin görüşülmesi aşamasında yükümlülüklerine aykırı davranırsa sözleşme kurulmuş olsun ya da olmasın bu durum karşı tarafın zararını tazmini gerektirir[311]. Bu çerçevede, işveren ile aday işçi arasında bu süreçte sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) bulunduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, işe alım sürecinde işverenin, işçi adayına ait kişisel verilerin güvenliğini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır[312]. İşverenin, adayın kişisel verilerini hukuka aykırı biçimde elde etmesi ya da işlemesi, yalnızca özen yükümlülüğünün ihlali olmakla kalmayıp, aynı zamanda veri koruma mevzuatına aykırılık anlamına da gelir. Böyle bir durumda işverenin, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu davranması nedeniyle doğabilecek zararlardan sorumluluğu gündeme gelir ve işveren karşı tarafın uğradığı zarardan sorumlu olur[313]. Zira sözleşme öncesi müzakerelerde tarafların birbirlerine karşı güveni zedelemeyecek biçimde hareket etmeleri, hukuki bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir.

c. KVKK'nın 13. Maddesinde **İlgili Kişiler Tarafından Yapılan Başvuruların Cevaplanması ve Kurul Kararlarının Yerine Getirilmesi Yükümlülüğü** hüküm altına alınmıştır[314]. İlgili kişinin veri sorumlusuna başvurması halinde veri sorumlusu ilgili

---

[310] **M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, Cilt 1, İstanbul 2018, s. 77.

[311] **M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, Cilt 1, İstanbul 2018, s. 78.

[312] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 6.

[313] **Sabahattin Yürekli,** *İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo),* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, s. 545.

[314] *10.03.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğe göre veri sorumluları, ilgili kişiler tarafından yazılı olarak veya bahse konu Tebliğde yer verilen kayıtlı elektronik posta (KEP) adresi, güvenli elektronik imza, mobil imza ya da ilgili kişi tarafından veri sorumlusuna daha önce bildirilen ve veri sorumlusunun sisteminde kayıtlı bulunan elektronik posta adresini kullanmak suretiyle veya başvuru amacına yönelik geliştirilmiş bir yazılım ya da uygulama vasıtasıyla yapılan başvuruları niteliklerine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırmalıdır.*

kişinin talebini talebin niteliğine göre en geç 30 gün içinde kabul etmeli veya gerekçesini açıklayarak reddetmelidir. İlgili kişi veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren 30 gün ve her halde veri sorumlusuna başvuru tarihinden itibaren 60 gün içerisinde verilen cevaptan tatmin olmamış veya hukuka aykırılık olduğu kanaatindeyse kurula şikayet hakkını kullanabilir. Kurul gerek şikayet üzerine gerekse re'sen yaptığı incelemeler sonucunda ihlal varlığı tespit etmesi halinde aykırılıklarının veri sorumlusu tarafından incelenmesine karar verebilir ve karar ilgililere tebliğ edilir. Bu kararın tebliğinden itibaren en geç 30 gün içerisinde gecikmeksizin yerine getirilmelidir. Kurul kararının yerine getirilmemesi halinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından veri sorumlularına KVKK m.18 gereği idari para cezası verilebilmektedir.

KVKK m. 11 uyarınca, aday işçi, işverene başvurarak kendisine ait kişisel verilerin işlenip işlenmediğini öğrenme hakkına sahiptir. Bu kapsamda, üretken yapay zekâ aracılığıyla gerçekleştirilen değerlendirme süreçlerine ilişkin olarak, adayın hangi verilerinin işlendiğini, bu verilerin hangi kaynaklardan elde edildiğini ve nasıl bir algoritmik işlemeye tabi tutulduğunu öğrenme talebinde bulunması mümkündür. KVKK m. 13 kapsamında işveren, adayın bu tür taleplerini talebin niteliğine göre cevaplandırması gerekmektedir. Aksi halde, adayın kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin etkili bir başvuru yapma kısıtlanmış olur.

KVKK m. 11/1-(g) uyarınca, bireylerin münhasıran otomatik sistemlerle yapılan veri işleme faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan verilere itiraz etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu itiraz hakkı, KVKK m. 1'de belirtilen kişisel verilerin korunmasına yönelik sistematik ve etkin koruma amacını karşılamaktan uzaktır. Her ne kadar profilleme faaliyetleri sonucunda elde edilen verilere itiraz etme hakkı bulunsa da, bu hak esasen yalnızca bireyin münhasıran otomatik işleme faaliyetleri sonucu alınan kararlara tabi olmama hakkını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, aday yalnızca "otomatik sistemlerle değerlendirilmek istemiyorum" diyebilmektedir; ancak adayın değerlendirme sonuçlarına nasıl ulaşıldığını bilmeden anlamlı bir şekilde itiraz edebilmesi güçleşmektedir.

d. KVKK'nın 16. Maddesinde **Veri Sorumluları Siciline Kaydolma Yükümlülüğü** hüküm altına alınmıştır. Veri sorumluların verbise kayıt olma zorunluluğu veri işleme faaliyetine başladığı andan itibaren gerçekleşmektedir. Verbis sistemiyle kişisel verilerin korunması hakkının daha etkin şekilde kullanılması ve kişisel veri envanterinin ortaya çıkması hedeflenmektedir. Herhangi bir kişi internetten sicile erişerek işverene gittiğinde hangi kişisel verisinin işlendiğinin ve işlenen kişisel verilerinin kimlere aktarılabileceğini, bu bilgileri korumaya yönelik veri sorumlusu tarafından alınan önlemleri ve kişisel verilerinin ne zaman silineceğini öğrenmiş olacaktır[315].
Sonuç olarak işveren, üretken yapay zeka sistemlerini kullandığı tüm süreçleri VERBİS kaydında açıkça belirtmeli; bu sistemlerle işlenen kişisel veri kategorileri, veri aktarımı yapılan taraflar ve saklama süreleri gibi bilgiler şeffaf şekilde kamuya açık hale getirilmelidir.

C. Adayların Kişisel Verilerinin Hukuka Uygun Şekilde İşlenmesi

KVKK m. 6'da, özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddeyi konu özelinde ele alırken öncelikle ilgili kişinin açık rızasının özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarından biri olduğunu belirtmek gerekir. Adayın bu hususta bilgilendirilmesi ve açık rızasının alınması halinde verilerinin işlenmesi hukuka uygun hale gelecektir. Ancak uygulamada, özellikle iş ilişkisine giriş aşamasında, adayın açık rıza beyanının ne derece özgür iradeye dayandığı tartışmaya açık olacaktır[316].

KVKK m. 3/1(a) hükmünde açık rızanın tanımı, "*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür irade ile açıklanan rıza*" şeklinde yapılmıştır. Dolayısıyla, işçinin açık rızası, kendisi hakkında

---

[315] *Kurul tarafından söz konusu kriterler belirlenmiş ve 30.12.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelikte bu kriterler sayılmıştır. Söz konusu kriterler: a) Kişisel verinin niteliği. b) Kişisel verinin sayısı. c) Kişisel verinin işlenme amacı. ç) Kişisel verinin işlendiği faaliyet alanı. d) Kişisel verinin üçüncü kişilere aktarılma durumu. e) Kişisel veri işleme faaliyetinin kanunlardan kaynaklanması. f) Kişisel verilerin muhafaza edilmesi süresi. g) Veri konusu kişi grubu veya veri kategorileri. ğ) Veri sorumlusunun yıllık çalışan sayısı veya yıllık mali bilanço toplamı bilgisi.*

[316] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 5.

işlenecek kişisel verilere yönelik kabulünü ifade etmek suretiyle işçinin bu yönde belirli ve bilinçli isteğini özgür şekilde göstermesidir[317].

Kurul'un 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 sayılı kararında[318] işçi-işveren gibi taraflar arasında eşitlik bulunmadığı ya da bir tarafın diğerine etkili olduğu durumlarda, rızanın gerçekten özgür iradeye dayanıp dayanmadığının dikkatlice değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmış olup açık rızanın geçerli olabilmesi için gereken "özgür irade" çalışma ilişkileri açısından ele alınarak altı çizilmiştir. İşçi ve işveren ilişkisi gibi taraflar arasında hiyerarşi bulunan durumlarda, rızanın özgürce verildiği konusunda şüphe oluşabilmektedir[319]. İşçinin rızasına şüpheli yaklaşım sergilendiğinden, veri işleme faaliyetine rıza veren işçinin rızasının gerçek iradesine dayanıp dayanmadığını incelerken birkaç noktaya dikkat edilebilir. Bunlar:

- Ayrımcılık yönünden bağımsız denetimin varlığı.
- Şeffaflık ve gerekli bilgilendirmelerin yapılması: İşçiye ilişkin işlenecek olan veriler hakkında işçiye yeterli bilgilendirme yapılması esastır. Bu verinin ne şekilde işleneceğine dair işveren tarafından işçiye yeterli bilgi sağlanması beklenmektedir. KVKK m. 10'da öngörülen aydınlatma yükümlülüğüne göre, kişisel veri toplama yönteminin açıkça ifade edilmesi gerekmektedir.
- Alternatif seçim süreci sağlamak: İşçinin, gerçek anlamda bir seçim yapma hakkına ve işverenin sunduğu teklifi reddetme özgürlüğüne sahip olmaması durumunda, işçinin iradesinin özgür iradeye dayanmadığı varsayılır. Bu nedenle, işçi tarafından bu şekilde verilen rıza, gerçek bir rıza olarak kabul edilmemelidir.

---

[317] **Gürsel**, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, s. 194.

[318] Kişisel Verileri Koruma Kurulu 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 sayılı kararında, *"…tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilip verilmediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği, örneğin işçi-işveren ilişkisinde, işçiye rıza göstermeme imkanının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın özgür iradeye dayandığının kabul edilemeyeceği…*" şeklinde karar vermiştir.

[319] Veri koruma hukuku açısından işçi ve aday arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Zira gerek işe alınırken, gerekse iş sözleşmesi kapsamında çalışırken adayın ve işçinin zarara uğrayan menfaatleri aynı olup örneğin izleme uygulamalarını reddetmesi nedeniyle işçi işini kaybederken, aday da işe alınmamaktadır. (Aynı yönde bkz. **Kamil Ahmet Sevimli,** *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 146).

Dolayısıyla işçiye, işçinin hakları zarar görmeden rızayı geri alma hakkı tanınmalıdır[320].

Örneğin aday işçiye sigara veya alkol kullanıp kullanmadığı, önceki işinden neden ayrıldığı, malvarlığı olup olmadığı hakkında soru sorulması işin niteliği ile ilgili sorular olmayacağı için hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla bu soruları cevaplamak istemeyen aday işçilerin dezavantajlı konuma düşmemeleri gerekir[321].

İşe alım sürecinde aday tarafından başvuru formuna yazılan kimlik bilgileri, kişinin işe alınması hâlinde işveren tarafından tutulması gereken özlük dosyasına dahil edilir. Bu durum, İşK m. 75 uyarınca işverenin yasal yükümlülüğü kapsamında KVKK m. 5/2-a uyarınca, "kanunlarda açıkça öngörülme" hali olarak değerlendirileceğinden adayın bu verilerin işlenmesine ilişkin açık rızası aranmaz[322]. Zira söz konusu veri işleme faaliyeti, işverenin hukuki bir yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir. Kişisel veri güvenliği bakımından battaniye rıza olarak tabir edilen genel ve belirtsiz nitelikte verilen bir rıza KVKK'nın öngördüğü açık rıza kavramına uymayacağından geçerlilik kazanmaz. Zira KVKK m. 4'te ifade edilen genel ilkeler kapsamında kişisel veriler belirli, açık ve meşru amaçlar doğrultusunda işlenmeli; ilgili kişinin verdiği açık rıza da bu amaçlarla sınırlı olmalıdır. Bu doğrultuda, işe alım sürecinde adaydan açık rıza alınmış ve değerlendirme sürecinin nasıl gerçekleşeceği hususunda bilgi verilmiş ise veri işleme faaliyeti genel ilkelere uygun sayılabilir[323]. Ancak, yukarıda da bahsettiğimiz üzere yapay zeka sistemlerinin görseller aracılığıyla adayı analiz ederek dolaylı biçimde cinsel yönelim, siyasi düşünce gibi özel nitelikli kişisel verilere ulaşma potansiyeli göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir durumda, adayın başta işlenmesine onay verdiği biyometrik verisi dışında başka verilerin de işlenmesi söz konusu olacaktır. İlgili kişinin bu yöndeki işleme faaliyetinden haberdar olmaması ve bu veri türlerine ilişkin açık rızasının bulunmaması halinde, veri işleme faaliyeti hukuka aykırılık teşkil edecektir[324].

Aday işçiye evlenip evlenmeyeceğinin sorulması, aday işçinin kişilik hakkını ihlal edebilecek konulardan birisidir. Evlenmek kişiye sıkı sıkıya

---

[320] **Gürsel**, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, s. 199.
[321] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 77.
[322] **Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca,** İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 36. Bası, İstanbul 2023, s. 386.
[323] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 7.
[324] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 7.

bağlı haklardan olduğu için buna yönelik soru yöneltilmesi kişilik hakkını ihlal eder. İşveren, işin niteliğine uygun olduğu ölçüde aday işçinin sağlığıyla ilgili sorular sorabilir[325]. Ancak aday işçiye işin niteliğine uygun sorular olması halinde işbu kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun sayılabilecektir. Örneğin, işin gerekliliği dışında adayın hamile olup olmadığının sorulması da doğru değildir. Fakat sorulduğu varsayıldığında ise, adayın doğru yanıt vermeme hakkı olduğu kabul edilebilir[326]. İşçinin hamileliğe ilişkin verisi, ancak KVKK'nın 6/3-b maddesinde açıkça öngörülmesi (İşK m. 74) veya KVKK'nın 6/3-d maddesi uyarınca hakkın tesisi için zorunlu olması durumunda işlenebilir. Benzer şekilde, aday işçinin engelliliğiyle ilgili verisi de, KVKK 6/3-b maddesinde açıkça öngörülmesi, KVKK 6/3-d maddesi gereği hakkın tesisi için zorunlu olması veya iş sağlığı ve güvenliği amacıyla işlenmesi mümkün olabilir. Ne var ki, KVKK m.6/b hükmü, yapay zeka teknolojilerinin işe alım süreçlerinde kullanımını doğrudan düzenleyen bir normatif çerçeve sunmamakta; bu nedenle söz konusu hükmün bu alana doğrudan uygulanabilirliğinden söz etmek mümkün değildir[327]. İşveren, işin niteliğiyle ilgili geçerli bir gerekçe sunmadığı takdirde, Anayasa m. 20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesini ihlal etmiş olur ve işçi adayı, sadece hamileliği nedeniyle işe alınmaktan kaçınamaz[328]. Ayrıca İşK m. 5/3'te iş sözleşmesinin şartlarının oluşturulmasında cinsiyet veya gebelik hallerine özel bir düzenleme yer almaktadır. Böylece işe alım sürecinde cinsiyet veya gebelik temelinde ayrımcılık yapılması açıkça yasaklanmıştır.

İşe alım sürecinde işverenin aday işçiden adli sicil kaydı talep etmesi veya daha önce herhangi bir suçtan mahkûmiyet alıp almadığına ilişkin sorular yöneltmesi, kişisel verilerin korunması hukuku bakımından oldukça hassas bir alanı teşkil etmektedir. Bu nedenle, söz konusu bilgi taleplerinin işin niteliğiyle doğrudan ilişkili olması ve işverenin bu verileri istemekte haklı ve meşru bir menfaate sahip olması gereklidir[329]. Örneğin, işverenin, bir perakende işletmesinin kasa ve reyon gibi doğrudan malvarlığı ile ilişkili pozisyonlar için personel arayışında

[325] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 7.
[326] **Kamil Ahmet Sevimli,** *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 180.
[327] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 5.
[328] **Yuvalı,** Eşit Davranma Borcu, s. 171.
[329] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 80.

olması halinde, daha önce mala karşı işlenen suçlar (örneğin hırsızlık, zimmet, dolandırıcılık, kaçakçılık) ya da güven ilişkisini zedeleyebilecek suçlar (örneğin cinsel saldırı) nedeniyle mahkumiyeti bulunan bir kişinin işe alınmaması yönünde bir tercih yapması, işverenin haklı bir menfaati olarak değerlendirilebilir[330]. Fakat bir yandan da bu durum, ceza hukukunun topluma kazandırıcı ve ıslah edici yönünü ortadan kaldırmaktadır[331]. Aday işçinin başvurduğu pozisyonun niteliği ile ceza mahkumiyeti arasında bağlantı bulunması halinde işverenin adaydan bu bilgiyi istemesine gerek kalmaksızın aday işçinin kendiliğinden bu hususu açıklaması gerektiği kabul edilmektedir[332]. Dolayısıyla işverenin aday işçiye sabıka kaydına ilişkin sorduğu sorulara dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun şekilde doğru cevap vermesi beklenerek, işe alındığı takdirde daha sonra bu hususun gizlendiği öğrenilirse işveren bakımından haklı bir fesih mümkün olabilecektir[333]. Bununla birlikte, adayın işe alım sürecinde bu yükümlülüğüne aykırı davranması, sözleşme kurulmuş olsun ya da olmasın, karşı tarafın zarara uğraması durumunda tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir. Başvurulan pozisyon itibariyle adli sicil kaydının alınmasına olanak tanıyan bir kısım düzenlemeler mevzuatlarımızda yer almaktadır. Ancak bu düzenlemeler istisna niteliğinde kalıp, kural olarak işverenler işçilerinin adli sicil kayıtlarını açık rıza hukuki sebebine dayalı olarak işlemelidir. Aksi takdirde bu işleme hukuka aykırı bir faaliyet olacaktır. Aday işçinin adli sicil kaydı değerlendirilmesi sonucunda işverence aday işçi hakkında yargıya varılması ve adli sicil kaydında sabıkası bulunan kişinin iş hayatından uzak kalmasına sebebiyet verecek şekilde ayrımcılığa uğraması söz konusu olabilecektir. Kanunda öngörülen bir durum haricinde ceza mahkumiyetine ilişkin kişisel veri, o işin niteliği gereği önem arz ediyorsa KVKK m. 6/3-a kapsamında ilgili kişinin açık rıza ile işlenmesi gerekecektir.

Anayasa'nın 24 ve 25. Maddeleri gereğince işveren tarafından aday işçiye dini inancı veya siyasi düşüncesi ile ilgili soru sorulamayacaktır. Ayrıca işverenin, adayın işe uygunluğunu değerlendirirken sendika üyeliğine ilişkin sorular yöneltemeyeceği Anayasa m. 51/5, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 31 ve İşK m. 20 ile m.

[330] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 81.
[331] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 81.
[332] **Tuğçe Kaya**, *İş Görüşmeleri Sürecinde İşçi Adayının Kişisel Verilerinin Korunması*, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 4(2), 2022, s. 41.
[333] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması, s. 81.

21'de güvence altına alınmıştır. Ancak başvurulan iş pozisyonuna göre ayrımcılık yasağının uygulanmayacağı ve dini inancı, siyasi düşüncesi veya sendikasına ilişkin soru sorulabileceği kabul edilmektedir[334]. Örneğin, camiye alınacak personelin Müslüman olması veya kiliseye alınacak kişinin rahip olmasının aranması ayrımcılık olarak sayılmayacaktır.

Yeni değişiklik ile eklenen KVKK m. 6/f hükmü ile işverenin bazı durumlarda söz konusu verileri işlemesi hukuken mümkün olabilmektedir. Bu durumda, sendika üyeliği, ceza mahkumiyeti, inancı, siyasi düşüncesi, hamilelik veya engellik gibi özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, KVKK m. 6/f kapsamında hukuka uygun sayılacaktır. Örneğin, işe alınacak adayın tabi olacağı bir toplu iş sözleşmesinin varlığı halinde, işverenin adayın sendika üyeliğine ilişkin bilgi edinmesi kaçınılmaz olabilir[335]. Ancak, her özel nitelikli veri türü bakımından aynı değerlendirme yapılamaz. Bu nedenle, işverenin özel nitelikli verileri işlerken "gereklilik", "ölçülülük", "meşru" ve "amaçla bağlantılılık" ilkelerini gözetmesi zorunludur. Aksi takdirde işlenen bu veriler hukuki dayanaktan yoksun kalacaktır.

SONUÇ

İşe alım sürecinde temel amaç, pozisyona en uygun ve en doğru adayın seçilmesidir. Geçmişte iş ilanları gazete, dergi gibi sınırlı yollarla yapılıyorken günümüzde sosyal medya platformları gibi ditijal ortamlar üzerinden de yapılabilmektedir. Bu durum, değerlendirmesi gereken başvuru sayısını önemli ölçüde artırmaktadır. Ancak, işe alım süreçlerinde adayların özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesi, bu verilerin mahremiyetini ve güvenliğini riske atabilecek önemli tehditler barındırmaktadır. Veri toplama aşamasında, veri minimizasyonu ilkesine dikkat edilmeden, yalnızca "bir gün lazım olur" düşüncesiyle adayların kişisel bilgilerinin toplanması, ölçülülük ilkesine aykırı bir durum yaratmaktadır. Bu çalışma, üretken yapay zeka sistemlerinin işe alım süreçlerinde aday işçilerin kişisel verilerinin nasıl değerlendirildiğini kavramsal bir çerçevede incelemeyi amaçlamıştır. Yapay zeka destekli algoritmalar, adayların başvurularını değerlendirirken kullandıkları kişisel verilerle ayrımcılık ve önyargılarla ilgili önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Bu tür algoritmalar, adayların deneyim ve yetkinliklerini doğru bir şekilde analiz etme potansiyeline sahipken, aynı

[334] **Karakuş**, Kişisel Verilerin Korunması,s. 82.
[335] **Çelik,** *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği,* s. 6.

zamanda veri setlerinin ve algoritmaların içerdiği önyargılar, adaletsiz kararların alınmasına yol açabilir. Üstün konuma sahip işverenin, sahip olduğu gücü kötüye kullanmaması, ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi ve adayların kişilik haklarına zarar vermemesi büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, başta KVKK olmak üzere, ilgili yasal düzenlemelere uygun hareket etmek, işverenlerin sorumluluğudur. Aksi takdirde, bireylerin kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi, insan onurunu zedeleyecek ve insanın özgürce yaşam hakkını engelleyecektir. İnsan haklarının tam olarak korunması belki de ütopik bir hedef gibi gözükse de, insan onurunu savunmak ve korumak, yeni dünya düzeni için kaçınılmaz bir gereklilik haline gelmiştir. Dijital çağda, iş ilişkilerinin dönüşümünü gözlemlediğimiz bu dönemde, adayların kişisel verilerinin korunmasına yönelik daha etkin, adil ve kapsamlı güvence mekanizmalarının oluşturulması büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR ve MAKALELER

Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper, *İş Hukukunun Yapay Zeka ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi,* Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Özel Sayı, 2023, s. 25-111.

Başak Ozan Özparlak, Büyük Veri Çağında Yapay Zeka Sistemlerinin Çalışma İlişkilerinde Kullanımı: Hukuki Bir Değerlendirme, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2021.

Başak Ozan Özparlak ve Murat Engin, İşe Girişte Yapay Zeka ve Ayrımcılık, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Cevat Gökhan Erbaş, *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7 Sayı: 1, 2017, s. 97-108.

Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara 2018.

Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2021.

Ezgi Sima Çelik, *İşe Alımda Adayın Kişisel Veri Güvenliği: Yapay Zekâ Destekli Video Mülakat Uygulamaları,* Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 6(1), 2024, 1-13.

Emine Kambur, *Yapay Zeka Çağında İnsan Kaynakları Yönetimi Konusunda Yazılmış Türkçe Makaleler Üzerine Bir Araştırma*, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 48, 2022, s. 139-152.

Emine Kambur, *İş Görüşmelerinde Yapay Zeka*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20 Sayı: 1, 2022, s. 513-529.

Erdem Büyüksağiş, *Yapay Zeka Karşısında Kişisel Verilerin Korunması ve Revizyon İhtiyacı*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18 Sayı: 2, 2021, s. 529-541.

Erdem Dirimeşe, Betül Gök, *İşverenlerin Gözünden Romanların İstihdam Edilmesinde Karşılaşılan Problemler*, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi Cilt: 18 Sayı: 59, 2023, s. 87-109.

Ertuğrul Yuvalı, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Gülbeniz Akduman, *Dijital İşe Alım: Dijital Dünya'nın İnsan Kaynakları İşe Alım Fonksiyonuna Etkisinin Kavramsal ve Uygulama Örnekleriyle Değerlendirilmesi*, International Journal of Arts and Social Studies, Cilt: 2 Sayı: 3, 2019, s. 24-44.

Gülsevil Alpagut ve Aybüke Karaca Yağcı, *İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 49, İstanbul 2023, s. 11-44.

Hasan Tahsin Fendoğlu, İnsan Hakları Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2024.

Hazar Can Kıpçak, Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2023.

Helin Karakuş, İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2024.

Henry Shue, İnsan Hakları Kavramı ve Temelleri, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, Yay. Haz. Ioanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2016.

İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

İonna Kuçuradi, Adaletin Gerektirdiği Hukuk, İnsan Hakları Düşüncesi Işığında İnsan Hakları Belgeleri, İnsan Hakları, Kavramları ve Sorunları, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009.

İonna Kuçuradi, İnsan Hakları, Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009.

Kamil Ahmet Sevimli, *Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419*, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 24, 2011, s. 122-141.

Kamil Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006.

M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, Cilt 1, İstanbul 2018.

Mehmet Bedii Kaya, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Leyla Keser Berber / Ali Cem Bilgin, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-1, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2020.

Mihri Ceren Aktan / Yunus Emre Baş, *İş Sözleşmelerindeki Değişiklik Kayıtları ve İşverenin Genişletilmiş Yönetim Hakkı*, GSI Articletter Dergisi, 2023 Winter, s. 200-221.

Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı, Emine Tuncay Senyen Kaplan, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2013.

Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 36. Bası, İstanbul 2023.

Oktay Uygun, Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskıdan 4. Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Sabahattin Yürekli, *İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo),* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 2, 2014, s. 541-579.

Selen Uncular, *Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme*, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3 Sayı: 66, 2020, s. 1673-1700.

Selma Kılıç Kırılmaz / Çağdaş Ateş, *İşe Alımlarda Yapay Zekâ Kullanımı: Kavramsal Bir Değerlendirme*, Journal of Business and Trade (JOINBAT), 2(1), 2021, s. 37-48.

Sencer Metin Ses ve M. Refik Korkusuz, *İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Yapay Zeka Destekli Sistemler Yardımıyla İşlenmesi,* ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 2, 2024, s. 1000-1050.

Tuğçe Kaya, *İş Görüşmeleri Sürecinde İşçi Adayının Kişisel Verilerinin Korunması*, Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 4(2), 2022, s. 34-47.

Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu / Gülnihal Ahter Yakacak, *Yapay Zekanın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 4, 2023, s. 1701-1757.

Yunus Emre Gür, Cem Ayden, Atilla Yücel, *Yapay Zekâ Alanındaki Gelişmelerin İnsan Kaynakları Yönetimine Etkisi*, Fırat Üniversitesi İİBF Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi Cilt: 3 Sayı: 2, 2019, s. 137-158.

Zeynep Öğretmen Kotil, Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2022.

Zhisheng Chen, *Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices*, Humanities and Social Sciences Communications, Cilt: 10 Sayı: 1, 2023, s. 1-12.

LİNKLER

Amazon, Amazon Lex, https://aws.amazon.com/tr/lex/, e.t. 01.05.2025.

Ayyüce Kızrak, "Açıklanabilir, Sorumlu ve Güvenilir Yapay Zekâ", https://ayyucekizrak.medium.com/açıklanabilir-sorumlu-ve-güvenilir-yapay-zeka-bece897c5ea9 , e.t. 25.03.2024.

BBC News, https://www.bbc.com/news/technology-33347866, e.t. 01.05.2025.

France CNIL, Chatbots: les conseils de la CNIL pour respecter les droits des personnes, https://www.cnil.fr/fr/chatbots-les-conseils-de-la-cnil-pour-respecter-les-droits-des-personnes, e.t. 03.05.2025.

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 06/07/2021 tarih ve 2021/670 sayılı Kararı, Erişim Adresi:

https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7136/2021-670, e.t. 03.11.2024.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4184/Anayasal-Bir-Hak-Olarak-Kisisel-Verilerin-Korunmasini-Isteme-, e.t. 16.11.2024.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kanun Kapsamında Hak ve Yükümlülükler, https://osbuk.org/wp-content/uploads/KVKK/KANUN-KAPSAMINDAKI-HAK-VE-YUKUMLULUKLER.pdf, e.t. 26.10.2024.

Michal Kosinski, *Facial recognition technology can expose political orientation from naturalistic facial images*, Scientific Reports, 11: 100, 2021, https://www.researchgate.net/publication/348398190_Facial_recognition_technology_can_expose_political_orientation_from_naturalistic_facial_images, e.t. 01.05.2025.

Microsoft, Azure Bot Service, https://azure.microsoft.com/en-us/products/ai-services/ai-bot-service, e.t. 01.05.2025.

Monica Torres, 2 million job candidates are desperate to work for Google. Why?,

https://www.theladders.com/career-advice/2-million-job-candidates-google, 2017, e.t. 01.05.2024.

Nell Lewis, Jenny Marc, CNN Business, https://edition.cnn.com/2019/04/29/tech/ai-recruitment-loreal/index.html, e.t. 03.05.2025.

https://www.dha.com.tr/teknoloji/dijital-operatorde-yapay-zeka-ile-ise-alim-sureci-1836588, e.t. 01.05.2025.

https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/77b8ccca-1748-46ad-a252-849120a7766a.pdf, e.t. 27.03.2024.

https://www.koc.com.tr/medya-merkezi/haberler/2022/koc-holding-ise-alim-sureclerinde-yapay-zekayi-kullanacak, e.t. 24.03.2024.

https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs, e.t. 28.03.2024.

https://kariyerim.turkcell.com.tr/Documents/genc-yetenek-surec-haritasi.png, e.t. 11.05.2024.

https://www.propublica.org/article/breaking-the-black-box-what-facebook-knows-about-you, e.t. 31.03.2025.

https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2040/Veri-Guvenligine-Iliskin-Yukumlulukler, e.t. 27.10.2024.

https://www.inkl.com/news/google-received-3-3-million-job-applications-in-2019-despite-employee-backlash, e.t. 01.05.2025.

[336H] TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA BİR İHTİYAÇ: KISMİ ANLAŞMALI BOŞANMA

(A NEED IN TURKISH DIVORCE LAW: PARTIAL CONSENSUAL DIVORCE)

Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR [337*] [338**]

ÖZ

Pozitif hukukumuzda anlaşmalı boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin hem boşanma iradesinde hem de boşanmanın yan sonuçları üzerinde anlaşmış olmalarını gerektirmektedir. Ancak bazen yan sonuçlarda ortaya çıkan anlaşmazlıklar sebebiyle anlaşmalı boşanma süreci başarısızlıkla sonuçlanmaktadır.

Çalışmamızda Roma, İslam, Alman ve İsviçre hukukundaki anlaşmalı boşanma düzenlemeleri incelenmiş; özellikle İsviçre hukukunda yer alan kısmi anlaşmalı boşanma kurumu Türk hukuk sistemi için "de lege ferenda" kapsamında örnek olarak ele alınmıştır.

Kısmi anlaşmalı boşanma imkânı sayesinde, tarafların yalnızca boşanma iradesinde anlaşmaları durumunda dahi evliliğin sona erdirilmesi mümkün hale gelebilecek; boşanmanın yan sonuçları ise hâkimin müdahalesine açık bırakılarak boşanma süreci sekteye uğratılmamış olacaktır. Böyle bir düzenleme hem tarafların iradelerine saygı gösterilmesini hem de yargılamanın daha etkin ve adil bir biçimde sürdürülmesini sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Boşanma, Anlaşmalı Boşanma, Kısmi Anlaşmalı Boşanma, Boşanma Protokolü, Boşanma Protokolünün Bağlayıcılığı.*

ABSTRACT

Under the prevailing framework of Turkish positive law, consensual divorce requires that spouses not only agree on the intention to dissolve the marriage but also reach a full accord on all ancillary consequences thereof.

[336H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 19.04.2025. İlk hakem raporu tarihi: 06.05.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 07.05.2025. Üçüncü hakem raporu tarihi: 13.05.2025. Onaylanma Tarihi: 16.05.2025.

[337*] Doktor Öğretim Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

[338**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8652-3843.

Esere Atıf Şekli: Eray Aksın Atar, "*Türk Boşanma Hukukunda Bir İhtiyaç: Kısmi Anlaşmalı Boşanma*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.551-606.

However, in practice, disputes concerning these subsidiary matters frequently obstruct the realization of a consensual divorce.

This study undertakes a comparative analysis of consensual divorce mechanisms within Roman, Islamic, German, and Swiss legal systems. Particular emphasis is placed on the partially consensual divorce model recognized in Swiss law, which is proposed as a normative reference for Turkish law in a de lege ferenda context.

By introducing the possibility of partially consensual divorce, it would be legally feasible to terminate the marital union based solely on the parties' shared intent to divorce, while delegating unresolved ancillary issues to judicial determination. Such a legal arrangement would not only uphold party autonomy but also enhance the efficiency and fairness of divorce proceedings.

Keywords: *Divorce, Consensual Divorce, Partially Consensual Divorce, Divorce Agreement, Binding Nature of Divorce Protocol.*

***

GİRİŞ

Evlilik ve boşanma hem bireysel hem de toplumsal yaşamın temel yapı taşları arasında yer almakta, bu alanlardaki hukuki düzenlemeler ise toplumsal değişimlere paralel olarak evrilmektedir. Evlilik kurumuna yüklenen anlamlar tarihsel süreç içerisinde önemli değişiklikler göstermiştir. Günümüzde evliliğin yalnızca bir aile bağı olmanın ötesinde, bireysel tatmin ve duygusal birliktelik beklentileriyle şekillenmesi, boşanmanın, toplumsal olarak büyük ölçüde kabul gören bir olgu haline gelmesine ve boşanma oranlarının artmasına neden olmuştur.

Boşanmanın mali sonuçları ise hem boşanma sonrası hukuki düzenlemeler hem de sosyal devlet politikaları aracılığıyla özellikle ekonomik olarak zayıf durumda bulunan eş için daha katlanılabilir hale getirilmiştir. Boşanma oranlarındaki artış, birçok faktörün birleşimiyle açıklanabilir. Bunlar arasında bireysel özgürlük arayışı, kadınların ekonomik bağımsızlığı, doğum kontrolünün yaygınlaşması ve evlilikten beklenen duygusal tatminin gerçekleşmemesi sayılabilir.

Bu bağlamda, kanun koyucunun boşanma hukukundaki düzenleme çabaları her zaman toplumsal gerçeklik ile tam uyum içinde olmamıştır. Hukukun yalnızca değişen toplumsal gerçekliği yansıtması değil, aynı zamanda evlilik kurumunu koruyarak insan onuru ve bireysel özerkliği güvence altına alması beklenmektedir. Bu çerçevede, anlaşmalı boşanma kurumunun gelişimi önemli bir dönüşümün yansımasıdır.

Anlaşmalı boşanma, tarafların evlilik birliğini sona erdirme iradesinde uzlaştıkları ve boşanmanın mali ve kişisel sonuçlarını birlikte belirledikleri bir süreçtir. Anlaşmalı boşanma düzenlemeleri, hukukun boşanma süreçlerine daha esnek, birey odaklı ve uzlaşıya dayalı bir yaklaşımı benimsemesini sağlamaktadır. Bu bağlamda, modern boşanma hukuku, yalnızca evlilik birliğinin sona erdirilmesiyle değil, aynı zamanda çocukların korunması, mali dengenin sağlanması ve bireylerin yeni bir yaşama geçiş sürecinde desteklenmesiyle ilgilidir.

Evlilik dışı birlikteliklerin ve yaşam ortaklıklarının yaygınlaşması, boşanma sonrası aile yapılarında artan çeşitlilik ve toplumun evliliğe yüklediği anlamların dönüşmesi göz önüne alındığında, anlaşmalı boşanma kurumunun önemi daha da belirgin hale gelmektedir. Özellikle çocukların ve ebeveynlerin psikolojik, sosyal ve ekonomik yüklerinin hafifletilmesi açısından, çatışmasız bir boşanma süreci sağlayan anlaşmalı boşanmanın, modern aile hukukunun merkezinde yer alması kaçınılmazdır.

I. ANLAŞMALI BOŞANMANIN BOŞANMA HUKUKUNDAKİ YERİ

A. Boşanma Sistemleri İçerisinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri

Mukayeseli hukuk incelendiğinde boşanma yasağının hâkim olduğu ve boşanmanın serbest olduğu hukuk sistemlerinin tarihsel süreç içerisinde mevcut olduğu görülmektedir. Boşanmaya izin vermeyen veya boşanmayı ciddi şekilde kısıtlayan sistemlerde, boşanmaya izin verilmemesinin arkasında çeşitli olgular bulunabilir. Örneğin, bazı dini inanışlar boşanmayı yasaklar veya sadece çok özel durumlarda mümkün kılar. Katolik inancında evlilik tanrısal bir bağ olarak görüldüğünden boşanma mümkün değildir. Ancak evliliğin geçersiz olduğu kanıtlanabilirse, kilise tarafından iptal edilebilmektedir[339].

Geleneksel Hindu inancında da evlilik kutsal ve ömür boyu süren bir bağ olarak görülür. Hindistan'da modern hukukla boşanma mümkün olsa da bazı

[339] VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1976, s. 136; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1990, s. 166. Hristiyanlıktaki reform yanlısı görüş, evliliğin zina ve itimatsızlık gibi durumlarda boşanma yoluyla sona erdirilebileceğini kabul etmektedir. Daha sonra 16. yy.dan itibaren, reform hareketiyle Protestanlıkta, evliliğin kutsal bir bağ olduğu düşüncesi reddedilmiş ve evliliğin mahkeme kararıyla sona erdirilmesi mümkün hale gelmiştir. ÖZDEMİR Nevzat, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, 1. Baskı, İstanbul, 2003, s. 5.

geleneksel topluluklarda sosyal baskılar nedeniyle boşanmak çok daha zordur. Bazı ülkelerde ise yasal olarak boşanmanın mümkün olmadığı görülmektedir. Örneğin, Filipinler resmi olarak boşanmanın yasak olduğu nadir ülkelerden biridir. Filipinler'de boşanma hakkı yalnızca Müslüman azınlık için tanınmıştır. Diğerleri için uzun ve maliyetli bir süreç olan evliliğin iptali tek seçenektir[340]. Benzer bir düzenlemenin 2011 yılına kadar Malta için de geçerli olduğu görülmektedir.

Boşanmanın serbest olduğu sistemlerde, kişiler serbest şekilde evlenebildikleri gibi serbest ve özgür iradeleriyle boşanabilmektedirler. Sözleşme serbestisini evlenme sözleşmesi için de benimseyen bu sistemde eşler tek taraflı olarak ya da karşılıklı anlaşmak suretiyle herhangi bir neden göstermeden istedikleri zaman evlilik birliğini sona erdirebilmektedirler. Boşanmanın serbest olduğu bu sistemler, eski Babil, İbrani, Roma ve Cermen ile Sovyet Rusya hukuklarında görülmektedir[341].

Dini ve yasal sebeplerin dışında kültürel ve toplumsal engeller de boşanmanın hoş görülmemesine sebebiyet verebilir. Bazı toplumlarda boşanma hukuken mümkün olsa da kültürel ve toplumsal baskılar nedeniyle neredeyse imkânsız hale gelebilir. Bu tip toplumlarda özellikle boşanmış kadınlara yönelik damgalama yaygındır. Ailelerin boşanmayı engellemek için baskı yapması sık görülür. Ayrıca kadınların ekonomik bağımsızlığa sahip olmaması da boşanmayı zor bir hale getirmektedir. Evlilik eski toplumlarda korunması gereken bir kurum olarak görülmekteydi. Örneğin, Platon "*Yasalar*" isimli eserinde aile düzeni ve evliliğin toplumun temeli

---

[340] Konuya ilişkin bir haber için bkz. https://www.bbc.com/turkce/izlenim/2011/06/110617_fooc_philippines#:~:text=Filipinler'de%20boşanmaya%20izin%20yok,karısı%20veya%20eski%20kocası%20var.&text=Bu%20konudan%20genellikle%20açık%20bir,yapmış%20olması%20son%20derece%20muhtemel , (E.T: 12.02.2025).

[341] Bu konuda, *Velidedeoğlu*'nun Sovyet Rusya'da eşlerin anlaşarak serbest şekilde boşanabildikleri sistemin kaldırılmasına ilişkin açıklamalarına bakılabilir. Yazar, eski yöntemin kaldırılmasının sebebi olarak kendisine verilen şu cevabı nakletmektedir; "*Eski yöntemde, evde çıkan küçük bir tartışma sonucunda öfkeye kapılan karı veya koca hemen kamu görevlisine başvurarak evlilik kaydını kütükten sildiriyor, yani boşanıyordu. İki gün geçince barışıyorlar ve yeniden gelip evleniyorlardı. Böylece evlenme ve boşanma kütüklerinde büyük bir karışıklık oluyordu. İşte böyle uzun boylu düşünmeden yapılan fevri boşanmalara ve kütük kayıtlarında karışıklığa meydan vermemek için yasada bu değişiklik yapıldı. Kimi zaman boşanmayı isteyen eş bu süre içinde, yaptığına pişman oluyor, kimi zaman da kendisine bildirim yapıp çağırdığımız öbür eş, girerek karı veya kocasıyla barışıyor ve böylece birçok boşanmaların önü alınmış oluyor.*". VELİDEDEOĞLU, s. 145.

olduğu fikrini tartışarak kişinin otuz ile otuz beş yaş arasında mutlaka evlenmesi gerektiğini ifade eder[342].

Boşanmanın kolaylaştırılmasına rağbet dönemsel olarak değişkenlik göstermiştir. Anlaşmalı boşanma gibi boşanmayı görece kolaylaştırıcı düzenlemelere karşı olanlar, evliliğin yalnızca zevk ve sefa için kurulmadığı fikrini savunuyordu. Bu görüşe göre, evlilik, eşler açısından önemli yükümlülükler getiren kamu hukuku karakteri olan hukuki bir kurumdur. Bu yükümlülükler; eşlerin birbirlerine, çocuklarına ve topluma karşı sorumluluklarının bir parçası olarak görülüyordu. Eşlerin anlaşması yoluyla boşanma imkanının kabulü halinde, söz konusu bu yükümlülüklerin eşlere ağır gelmesiyle birlikte eşlerin boşanma yoluna başvuracağı ve bu durumun başta çocuklar olmak üzere toplumu büyük bir zarara uğratacağı düşünülüyordu[343]. 17. ve 18. yy.da hakim olan tabii hukuk düşüncesinde, boşanma konusunda kilisenin engelleyici ve katı tutumunun ortadan kaldırılması hedeflenmiştir. Tabii hukuk görüşüne göre, tamamen eşlerin iradeleri ile kurulan bir sözleşme olan evlilik yine eşlerin iradeleri ile ortadan kaldırılabilmelidir[344].

B. Mukayeseli Hukukta Anlaşmalı Boşanmanın Yeri

a. Roma Hukukunda

Roma hukuku, Batı hukuk sistemlerinin temel taşlarından biri olarak yalnızca özel hukukun değil, aile hukukunun da önemli ilkelerini barındırmaktadır. Bu bağlamda, evlilik ve evliliğin sona ermesi, Roma toplumunun sosyal yapısıyla doğrudan ilişkili kurumlardır. Boşanma (*divortium*), özellikle Cumhuriyet ve İmparatorluk dönemlerinde gelişen hukuki yapılar çerçevesinde hem bireysel özgürlük hem de kamusal ahlakın denetimi açısından önemli bir uygulama alanı bulmuştur. Zira Roma Hukukunda, aile hukukuna ilişkin meseleler hem dini hem de siyasi otoritenin müdahaleleriyle şekillenmiştir.

---

[342] PLATON, Yasalar, Say Yayınları, İstanbul, 2021, 721b-d; 774a-b.

[343] CİN HALİL, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 2. Baskı, Konya, 1988, s. 338; VELİDEDEOĞLU, s. 151. Boşanmanın kolaylaştırılmasının boşanma sayılarında artışa sebebiyet vereceği düşüncesine de katılmamaktayız. 1943 yılında gerçekleştirilen bir konferansta, boşanma sayılarının arttığından dem vurulmakta, kanunda yeni boşanma sebeplerine yer verilmesinin bu artışı hızlandıracağından bahsedilmektedir. Söz konusu konferansta anlaşmalı boşanmaya ilişkin, geçinmeye gönlü olmayan ve her ikisi de boşanma yanlısı olan eşlerin geçimsizlik sebebine dayalı olarak boşanmalarının mümkün olduğu ve karşılıklı anlaşmaya dayalı boşanmaya izin verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. VELİDEDEOĞLU, s. 192.

[344] ÖZDEMİR, s. 6.

Roma Hukukunda boşanmadan söz edebilmek için öncelikle geçerli bir evliliğin varlığı gerekirdi. Roma toplumunda evlilik (*matrimonium*), yalnızca bireyler arası bir sözleşme değil, aynı zamanda toplumsal bir kurum olarak değerlendirilmiştir. Roma Hukukunda evliliği diğer birlikteliklerden ayıran temel unsur, eşlerin karı ve koca olarak yaşamak şeklindeki devamlılık arz eden (*affectio maritalis*) düşüncesi ile bir erkekle kadının toplumda karı ve koca olarak yer alma (*honor matrimonii*) düşüncesidir[345].

Roma Hukukunda evlilik manuslu evlilik ve sine manu (manussuz) evlilik olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmekteydi[346]. Bu farklılığın etkileri boşanmaya da sirayet etmiştir. Manuslu evlilikte boşanma daha sınırlı bir özgürlük içerirken, manussuz evliliklerde eşlerin birbirinden ayrılması, karşılıklı veya tek taraflı bir irade beyanıyla mümkündü. Roma'da, evli kadın üzerinde hakimiyet kurulmasının önemi azaldığından manussuz evlilikler artmıştır. Manussuz evliliklerde, karı ve kocanın birlikte arzusu ile (*divortium communi cosensu*) veya taraflardan yalnız birinin isteği ile evlilik birliğini sona erdirmek mümkündür[347]. Eşlerden birinin, evlilik birliğini devam ettirme konusundaki iradesinin ortadan kalktığının diğer eş tarafından açık bir şekilde anlaşılabilir olması gerekir. Eşlerin boşanma yönünde beyanlarını (*repudium*) diğer eşe açık bir sözle, davranışlarla veya bir elçi aracılığıyla bildirmeleri mümkündür[348].

Roma Hukukunda boşanma, toplumsal yapının dinamiklerine paralel biçimde gelişmiştir. Başlangıçtaki bireysel özgürlük temelli anlayış özellikle

---

[345] KOSCHAKER Paul/AYİTER Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, 1. Baskı, İzmir, 1993, s. 303; Dİ MARZO Salvatore, Roma Hukuku, (Çev. UMUR Ziya), 1. Baskı, İstanbul, 1959, s. 177; GÖNENÇ Fulya İlçin, "Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)", AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 646.

[346] Manuslu evliliklerde kadın, kocanın ailesine ve potestas'ına geçerken; sine manu evliliklerde kadın kendi ailesinin hukuki denetiminde kalmaktaydı. Manuslu evlilikler; coemptio, conferreatio ve usus adı verilen üç işlemden biriyle yapılabiliyordu. *Coemptio*, sembolik bir "satım alma" işlemiyle kadının kocanın otoritesine geçmesini sağlayan evlilik biçimidir. Burada gerçek bir mal alışverişi değil, hukuki bir ritüel söz konusudur. Kadın, adeta çeyiziyle birlikte "alınır" gibi sembolik bir işlemle evlenirdi. *Confarreatio*, yüksek sınıflara özgü, dini ritüeller içeren en eski evlilik biçimidir. Kadın, kocanın *manus*u altına bir kutsal evlenme töreni ile girerdi. *Usus*, kadının belirli bir süre boyunca aralıksız olarak bir erkekle birlikte yaşaması sonucu, erkeğin onun üzerinde *manus* kazanmasıyla oluşan evliliktir. ARAS Bahattin, Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma (Divortium), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2., 2010, s. 222 vd. (215-242); GÖNENÇ, s. 648 vd.

[347] ARAS, 231.

[348] GÖNENÇ, s. 647.

Hristiyanlığın kabulüyle birlikte kamusal denetimle dengelenmiştir. Bu gelişim süreci, yalnızca boşanmanın şekli ve gerekçeleri açısından değil, aynı zamanda kadının sosyal ve ekonomik statüsü üzerinde de belirleyici olmuştur.

İlk dönem Roma hukukunda boşanmanın herhangi bir sebebe dayanması gerekmiyorken, *Iustinianus* döneminde boşanma sebepleri dört ana başlık altında toplanmıştır[349]. Roma hukuk sisteminde boşanma, uzun süre boyunca tarafların karşılıklı rızasına dayanan bir kurum olarak varlığını sürdürmüştür. Özellikle *consensus facit nuptias* (evliliği tarafların rızası oluşturur) ilkesi doğrultusunda, evliliğin sona erdirilmesi de aynı şekilde tarafların ortak iradesine bağlanmıştır. Bu anlayış, klasik Roma hukukunun temel yapı taşlarından biri haline gelmiş ve boşanma, toplumsal hayatta geniş kabul gören bir uygulama olmuştur. *Iustinianus* döneminde başlangıçta eşlerin anlaşmasıyla boşanmalar serbest bırakılmışken, ilerleyen süreçte bu serbestliğin toplumda aile kurumunu zayıflatabileceği endişesiyle bazı sınırlamalar getirilmiştir. *Iustinianus,* boşanmaların yaygınlaşmasının önüne geçmek amacıyla karşılıklı rızaya dayanan boşanmaları yasaklamaya yönelik girişimlerde bulunmuştur. Ancak bu sınırlama çabaları, Roma toplumunda yüzyıllar boyunca yerleşmiş olan boşanma serbestisi anlayışı karşısında etkisiz kalmıştır. Nitekim getirilen sınırlamaların arzu edilen sonuçları doğurmadığı açıkça görülünce, MS. 566 yılında boşanmayı sınırlayan düzenlemelerin büyük bir kısmı yürürlükten kaldırılmıştır. Bu gelişme, Roma'da Hristiyanlığın kabulüne kadar boşanma konusunda görece bir serbesti ortamının mevcut olduğunu ve Hristiyanlığın etkisiyle getirilmek istenen kısıtlamaların kalıcı olamadığını göstermektedir. Boşanmayı sınırlama yönündeki yasal müdahaleler, toplumda yerleşmiş olan manussuz ve yalnızca tarafların rızasına dayalı evlilik anlayışıyla çelişmiş ve bu nedenle de uygulamada başarıya ulaşamamıştır[350].

[349] *Divortium bona grita*, Iustinianus döneminde, eşlerden bir tanesinin, taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı evlilik birliğini sona erdirmesi durumudur. *Divortium ex iusta causa*, taraflardan birinin kusurlu davranışına dayanan boşanma sebebidir. *Divortium sine iusta causa*, hukuki bir sebebe dayanmaksızın yapılan boşanmalardır. *Consensus*, karşılıklı rızaya dayanan boşanmalardır. GÖNENÇ, s. 653, 654.

[350] Dİ MARZO, s. 201. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. MCGINN Thomas, "The Law of Roman Divorce in the Time of Christ", The Historical Jesus in Context, (Ed. LOPEZ Donald), Princeton University Press, Oxford, 2006, s. 309-323.

b. İslam Hukukunda

İslam hukukunda[351] Kuran-ı Kerim'de boşanmaya ilişkin konular doğrudan veya dolaylı olarak, Talâk 2/1-7, Bakara 2/226-241, Nisa 4/20, 21 ve 35, Ahzâb 33/28, 49 ve 52 ve Tahrim 66/5. Ayetinde yer almaktadır. Bu Ayetler içerisinde anlaşmalı boşanmanın dayanağı olarak Talâk 65/2[352] ile Bakara 2/229 Ayetleri gösterilmektedir[353]. Hem Bakara 2/228[354] ve Bakara

[351] İslam Hukukunda boşanma kelimesini karşılayan doğrudan bir terim bulunmamakla birlikte müfârakât teriminin bu manaya geldiği kabul edilmektedir. ÇEVİK Naci, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Tefrik", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2013, s. 25.

[352] "*(Bekleme) sürelerini doldurduklarında onları ya uygun bir şekilde (nikâhınızda) tutun veya onlardan uygun bir şekilde ayrılın! İçinizden adil iki kişiyi de şahit tutun! Şahitliği Allah için yapın! İşte bu, Allah'a ve ahiret gününe inananlara verilen öğüttür. Kim Allah'a karşı takvâlı (duyarlı) olursa (Allah) ona çıkış yolu yaratır.*" https://www.kuranokuyan.com/65-talak-suresi-2-ayet, (E.T: 12.02.2025).

[353] "*Boşama iki kezdir. (Bundan sonrası) ya iyilikle tutmak ya da güzellikle bırakmaktır Kadınlara verdiklerinizden (boşanmada) bir şey almanız size helal olmaz. Ancak (eşler) Allah'ın sınırlarında kalıp evlilik haklarını tam uygulayamamaktan korkarlarsa bu durum istisnadır. Siz de onların (eşlerin), Allah'ın sınırlarını koruyamayacaklarından korkarsanız, kadının (erkeğe) fidye vermesinde her iki taraf için de vebal yoktur. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır; onları aşmayın! Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa işte onlar zalimlerin ta kendileridir.*" https://www.kuranokuyan.com/2-bakara-suresi-229-ayet. Söz konusu bu Ayette, Yüce Allah beyanı gereği iddetin sayılmasını, bu sürenin çok iyi hesaplanmasını emretmektedir ki bu da iddet süresinin her bir talak için sayılıp tamamlanmasını hükme bağlamaktadır. Boşamanın ilk iki aşaması demek olan ve dönüşün mümkün olduğu ric'î talak'ta iki defa irade beyanı ve kararlılık gerekmektedir. Burada sayılıp iyice hesaplanması istenen süre her bir talak için geçerlidir ve Bakara 2/229'da belirtildiği gibi talâk iki keredir; üçüncünün sonunda artık karar verilmesi gerekmektedir. Bakara 2/231 ve 232'de verilen bilgilere göre, kadınların boşanma süreçlerinde "sürenin sonuna ulaşmaları"ndan söz edilmektedir ki burada beklenmesi gereken bir sürenin olduğu açıkça ortadadır. Ahzâb 33/49'da verilen bilgiye göre, nikahlanıp da cinsel birliktelik yaşamayan ve bu esnada boşanan kadınlar için sayılması gereken herhangi bir iddet süresinin olmadığı ifade edilmektedir. https://www.kuranokuyan.com/65-talak-suresi-2-ayet, (E.T: 12.02.2025). Konuya ilişkin çeşitli hadisler için bkz. ATEŞ Süleyman, "Kur'an-ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma ile İlgili Ayetlerin Tefsiri", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. XXIII, (1978), s. 266, 267.

[354] "*Boşanmış kadınlar, kendi kendilerine (evlenmeden) üç âdet hâli beklerler. Onlar Allah'a ve ahiret gününe inanmışlarsa, rahimlerinde Allah'ın yarattığını gizlemeleri kendilerine helal olmaz. (Kocaları) barışmak isterlerse, bu durumda onları (boşanma sürecindeki eşlerini) geri almaya daha fazla hak sahibidir. (Erkeklerin) kadınlar üzerindeki (hakları gibi), kadınların da (erkekler üzerinde) belirli (hakları) vardır. O (boşanma sürecindeki) erkeklerin, onlara (boşanma sürecindeki kadınlara dönmede) bir derece (önceliği) vardır. Allah güçlüdür, doğru hüküm verendir.*" https://www.kuranokuyan.com/2-bakara-suresi-228-ayet, (E.T: 12.02.2025).

2/231[355], hem de Talâk 65/2'de ilk seçenek olarak "*eşleri nikahta tutma*"dan bahsedilmesi, öncelikli olarak evliliklerin sürdürülmesinin gerektiğini dolaylı olarak ortaya koymaktadır. Ayette geçen "*(Kocaları) barışmak isterlerse, bu durumda onları (boşanma sürecindeki eşlerini) geri almaya daha fazla hak sahibidir."* ibaresinde de bu durum anlaşılmaktadır[356].

İslam hukukunda boşanma talâk, tefviz-i talâk, muhâlea ve tefrik yolu olmak üzere dört şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Kocaya tek yanlı irade beyanıyla dilediği zaman ve resmi makamlara başvurmaksızın evlilik birliğini sona erdirebilme imkânı verilmiştir. Talâk olarak adlandırılan bu imkân yalnızca erkeklere tanınmakla birlikte, tefviz-i talâk durumunda erkeğin kadına boşanma yetkisini verebileceği ve kadının bu durumda kocasını boşayabileceği kabul edilmektedir. İslam hukukunda erkeğe tanınmış olan bu boşanma serbestisinin kadın lehine öngörülmüş olan mehir düzenlemesi ile dengelendiği söylenmektedir. Boşanma, İslam dininde mubah olan işlemler içerisinde hoş görülmeyen bir durum olarak görülmektedir. Zaruret ilkesi çerçevesinde boşanmaya izin verilmekte ve boşanma işleminin geçerli olabilmesi için önce erkeğin bir süre beklemesi gerekmektedir. Daha sonra sulh teşebbüsünün sonuçsuz kalması ve iki adil şahit huzurunda, talak sıygası telaffuz edilerek talak işleminin gerçekleştirilmesi gereklidir[357]. Kendisine böyle bir yetki verilmemiş olan kadının boşanabilmesi ise ancak muhâlea veya tefrik yoluyla mümkün kılınmıştır.

Tefrik, meşru ve muteber sebeplerin varlığı halinde evlilik birliğinin kadının talebi üzerine hâkim tarafından sona erdirilmesidir. Mezheplere göre tefrik sebepleri farklılık göstermekle birlikte evliliğe engel derecede fizyolojik bir kusur veya hastalık, nafaka yükümlülüğünün yerine

---

[355] "*Kadınları boşadığınız ve onlar da (üç aylık bekleme) süresinin sonuna geldiklerinde onları iyilikle tutun veya iyilikle bırakın! Haksızlık ederek ve (kendilerine) zarar vermek için onları (zorla) tutmayın! Kim bunu yaparsa elbette (öncelikle) kendine kötülük etmiş olur. Allah'ın ayetlerini eğlence edinmeyin! Allah'ın sizin üzerinizdeki nimetini (size verdiği hidayeti), size öğüt vermek üzere indirdiği Kitabı ve hikmeti (doğru hüküm verme yeteneğini) hatırlayın! Allah'a karşı takvâlı (duyarlı) olun! Bilin ki şüphesiz Allah her şeyi bilendir.*" https://www.kuranokuyan.com/2-bakara-suresi-231-ayet, (E.T: 12.02.2025).

[356] Çeviride her ne kadar "kocalar" kelimesine yer veriliyor olsa da bu kelime "eşler" arasında kullanıldığı için muhatabın durumuna gereği kadına göre kocası, kocasına göre hanımı anlamını da içermektedir. https://www.kuranokuyan.com/2-bakara-suresi-228-ayet, (E.T: 12.02.2025).

[357] HATEMİ Hüseyin, İslam Hukuku Dersleri, Sümer Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2012, § 14 N. 6, 9.

getirilmemesi, gaiplik veya fena muamele ya da geçimsizlik sebeplerine 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde yer verilmiştir[358].

Anlaşmalı boşanmaya benzer nitelikte bir yol olan muhâlea, kadının talebiyle, belirli bir bedel karşılığında[359], (mehirin geri verilmesi veya başkaca bir mali karşılık olabilir) kocasından boşanması anlamına gelir. Muhâlea'nın dayanağı Bakara 2/229'da geçen "*Siz de onların (eşlerin), Allah'ın sınırlarını koruyamayacaklarından korkarsanız, kadının (erkeğe) fidye vermesinde her iki taraf için de vebal yoktur. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır; onları aşmayın!"* ifadesidir[360]. Âyetten, Allah'ın belirlediği sınırlara riayet edememe endişesinin söz konusu olduğu durumlarda, evliliğin bedel karşılığında sona erdirilmesi fiilinin öznesinin çoğunlukla kadın olduğu anlaşılmaktadır. Muhâlea üzerine yapılan çalışmalarda, bu yöndeki taleplerin yer aldığı sicil kayıtları incelendiğinde, başvurunun çoğunlukla kadın tarafından yapıldığı görülmektedir. Talep erkekten geldiğinde ise muhâleanın geçerlilik kazanabilmesi, kadının rızasına bağlıdır[361].

Muhâlea için aranan şartlardan ilki karı ve kocanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmuş olmalarıdır. Ebu Hanefi'ye göre öneri koca tarafından yapılmışsa bu durum talâkı karısının kabulüne bağladığı anlamına gelir. Kadın tarafından yapılan öneri kocasının kabulünden önce geri alınabilir[362]. Kadının muhâlea talebinin erkek tarafından kabul edilip

---

[358] ÇEVİK, s. 28.

[359] Mehirin, TMK ve TBK bağlamında hukuki nitelendirmesi için bkz. TÜRKMEN Ahmet, "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehirin Geri Alınması", DEÜHFD, C. 22, S. 2, (2020), s. 549-554; ÇAKIRCA Seda İrem, "Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/121- 122 (2019), s. 104-108.

[360] YILMAZ-BİLGİN Esra, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 11. Muhâlea ile ilgili olarak Hz. Peygamber'in uygulaması da bu boşanma türünün meşruiyetini destekleyen önemli bir kaynak olarak kabul edilmektedir. İslam tarihinde ilk muhâlea örneği olarak aktarılan rivayette, Sâbit b. Kays'ın eşi Hz. Peygamber'e başvurarak eşinden ayrılmak istediğini ifade eder. Rivayetlerde bu talebin gerekçesi olarak, kadının eşine karşı fiziksel bir çekim hissetmemesi, ona karşı soğukluk ve nefret duyması ya da eşinin kendisine kötü davranması gibi çeşitli nedenler belirtilmiştir. Bu başvurunun ardından Hz. Peygamber, kadına kocasından mehir olarak aldığı bahçeyi geri verip veremeyeceğini sorar. Kadının olumlu cevap vermesi üzerine Hz. Peygamber, Sâbit b. Kays'a eşini boşamasını emreder. ALSAÇ Hatice, "İslam Hukukunda Muhâlea ve TMK Anlaşmalı Boşanma ile Mukayesesi", ESOGÜİFD, C. 9, S. 2, 2022, s. 1170; ATEŞ, s. 275.

[361] ALSAÇ, s. 1169.

[362] ATAR Fahrettin, "Muhâlea", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 30, Türkiye Diyanet Vakfı Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2020, s. 397-401.

edilmemesi gerektiği konusu tartışma konusu olmuşsa da esasen bu talebin reddedilmesi, kadının istemediği bir evliliği sürdürmek zorunda kalması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir durumun yalnızca kadına değil, erkeğe de zarar vereceği açıktır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi m. 130'da tarafların evliliğinin sürdürülmesinin mümkün olmadığı durumlarda, kusurun kocada olması hâlinde hâkimin ayrılığa (tefrik), kusurun kadında olması durumunda ise muhâleaya hükmedebileceğini belirtmektedir[363]. Muhâlea için her ne kadar hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulmasa da bu düzenlemeden muhâlea sürecinde hâkimin üstlendiği rolün önemi ortaya çıkmaktadır[364]. Muhâlea ile ilgili sicil kayıtları çerçevesinde yapılan araştırmalarda yer alan örnek olaylarda, kadının boşanma talebini kabul etmeyen erkeğin toplum tarafından kınandığına dair ifadelere rastlanmakta, bu durum erkeğe yönelik sosyal bir baskı oluşturduğu ve kadının talebine toplumun destek verdiği biçiminde değerlendirilmektedir[365].

Muhâleanın söz konusu olabilmesi için geçerli bir evliliğin mevcut olması gereklidir. Kadının sürdürmek istemediği nikah bağından kurtulması karşılığında kocasına muayyen maddi değer vermelidir[366]. Nikâh akdinin sonucunda alınan veya hak edilen mehir, birikmiş nafaka alacağı, iddet nafakası muhâlea bedeli olabileceği gibi mehir verilebilen her mal ve menfaat, hatta mehir olup olmayacağı tartışmalı bir kısım mal ve menfaatler de muhâlea bedeli olarak belirlenebilir[367]. Eğer muhâlea, talâk kelimesiyle

---

[363] *"Zevceyn beyninde niza' ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkîk ile beynlerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûretde kusur zevcde ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımeyi hâiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hüküm kat'i ve nâ-kâbil-i îtirazdır*.".

[364] İbn Sîrîn ve Hasen el-Basrî gibi bazı âlimler, muhâleanın ancak bir idarecinin huzurunda gerçekleşebileceği kanaatindedir. Bu görüş, günümüz çalışmalarda da özellikle vurgulanmaktadır. Bu yaklaşıma göre, muhâleanın meşruiyetine dayanak teşkil eden âyette geçen "*Eğer Allah'ın koyduğu sınırlara uymalarından korkarsanız*" ifadesindeki hitap, doğrudan karı kocaya değil, arabulucu ya da yetkili merci konumundaki idareciye yöneliktir. ALSAÇ, s. 1175.

[365] ALSAÇ, s. 1174.

[366] Kocanın eşinden bir bedel alması karşılığında evlilik birliğine son verirken muhâlea, hul' veya iftidâ gibi özel sözlerle değil de talâk kelimesini kullanması halinde yapılan işlem muhâlea değil, talâk sayılmaktadır. YARGI Mehmet Ali, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", MÜİFD, 42 (2012/1), s. 144.

[367] ATAR, s. 399.

veya talâk niyetiyle yapılmışsa buna talâk hükümlerinin uygulanacağında ihtilâf yoktur. Talâk kelimesi kullanılmadan ve sarih olarak yahut kinaye yoluyla talâka niyet edilmeden yapılan muhâleanın ise talâk mı yoksa fesih mi sayılacağı tartışmalıdır[368].

Özellikle evlilik gerçekleştikten sonra boşanabilmek için geçmesi gereken belirli süre şartının İslam hukukunda da var olduğu görülmektedir. Bir evliliğin sona erebilmesi için en az üç ayın geçmiş olması gerekmektedir. Hiçbir şekilde bu süre kısaltılamaz. Talâk 65/1'de hanımların boşanmasıyla ilgili olarak onların iddetleri içerisinde boşanması ve bu sürenin sayılması gerektiği bildirilmektedir. Aynı şekilde Bakara 2/231, 232 ve Talâk 65/2'de de belirtildiği gibi, boşanmadan söz edilirken "*sürelerinin sonuna ulaştıklarında*" buyurulmakta, böylece boşanmanın bir anda yapılamayacağı, bir sürenin belirlendiği bildirilmiş olmaktadır. Boşanmanın zamana yayılmasının gerekçesi Talâk 65/1'de "*Bilmezsin belki de Allah bundan sonra (bu süreçte) yeni bir şey ortaya çıkartır*" şeklinde dile getirilmektedir. Bakara 2/229'da da boşanmanın iki defa olduğu belirtilerek aynı gerçeğe dikkat çekilmektedir. İnsanların boşanmayı bir anlık verecekleri kararla değil de bir süreç halinde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu süreçte yeni bir gelişme olabilir, insanlar daha sağlıklı düşünebilir, Nisâ 4/35'te de belirtildiği gibi, başkaları, hakemler devreye girebilir, böylece evliliğin sona erdirilmesi engellenmiş olabilir[369].

Eşlerden biri bedel karşılığında evlilik birliğini sonlandırmaya yanaşmıyorsa veya muhâlea yapmak isteyen taraflar ayrıntılarda anlaşamamışlar ise taraflardan birinin Genel Mahkemede evlenme akdinin feshedilmesi talebiyle ya da karşı tarafın evlilikten kaynaklanan

---

[368] ATAR, 400. Koca eşinden bir bedel alması karşılığında evlilik birliğine son verirken talâk niyet etmeksizin muhâlea, hul', fesh ve mufâdât (fidye alma, iftidâ) kelimelerini kullanırsa yapılan işlem fesih sayılmakta ve kocanın kalan boşama sayısı eksilmemektedir. Koca, talâk sözünü kullanarak evliliğe son verirse boşama sayısından düşülmektedir. YARGI, s. 145.

[369] Söz konusu Ayetin hamilelik durumunun belirlenmesi açısından da o günün şartlarında çok daha fazla önemlilik arz ettiği söylenebilir. Ahzâb 33/49'da ise, nikâhlanıp da cinsel birleşme gerçekleştirilmemişse "*beklenmesi gereken bir süre olmadığı*" buyurulmaktadır. Talâk 65/4'te ise regl dönemi bitmiş yaşlı kadınlarla bir sebeple regl olamayan kadınların bekleme süresinin aynı şekilde üç ay olacağı buyurulmaktadır. https://www.kuranokuyan.com/2-bakara-suresi-228-ayet, (E.T: 12.02.2025). Bu Ayetler göz önünde bulundurulduğunda böyle bir farklılığın sebebi olarak kanaatimizce herhangi bir şekilde cinsel birliktelik yaşamadığı anlaşılabilir olan eşlerin nikâhlanmasının gerçek bir evlenme olarak görülmediği sonucuna da varılabilir.

sorumluluğunu yerine getirmeye ilzam edilmesi talebiyle dava açması gerekmektedir[370].

c. Alman Hukukunda

Alman hukukunda, evliliğin tamamen serbestçe sona erdirilebilmesinden, boşanmanın yasaklanmasına kadar uzanan çok çeşitli düzenlemeler görülmektedir. Cermen hukukunda erkeğin tek taraflı boşanma beyanı tanınırken, Hristiyanlığın kabulünden itibaren kanonik hukuk giderek daha fazla etkili olmuş ve evliliğin ancak ölümle sona erdirilebileceği görüşü ön plana çıkmıştır. İlerleyen dönemlerde boşanmalara kilise mahkemelerinin karar vereceği yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır. Almanya'da boşanmanın, eyaletlere ve mezheplere göre farklı değerlendirildiği bir dönem de yaşanmıştır. Reformcular, zina veya benzeri derecede ağır bir kusur nedeniyle devlet yetkisiyle boşanmayı mümkün kılmışlardır. Katolik bölgelerin hâkim olduğu yerlerde ise boşanma esasen yasak olmaya devam etmiştir. Aydınlanma dönemiyle birlikte, doğal hukuk öğretisinden etkilenen bazı yöneticiler, boşanma hakkını kilisenin yetkisinden alarak, boşanma hukukuna ilişkin devlet düzenlemelerini kabul etmişlerdir. Bu dönemde evlilik, önemli bir sebebe dayanarak tek taraflı ya da karşılıklı anlaşmayla sona erdirilebilen bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir[371].

BGB'nin hazırlayıcıları Protestan evlilik hukukuna bağlı kalmışlardır. Bu yaklaşımla evlilik kavramı, özü gereği bozulamaz olarak kabul edilmiş ve boşanma her zaman anormal bir durum olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda boşanmanın, yalnızca davacı eşin diğer eşten korunması amacıyla ve ancak diğer eşin evlilik yükümlülüklerini kusurlu şekilde ihlal ettiği durumlarda mümkün olması gerektiği anlayışı hâkim olmuştur. Eşlerin karşılıklı rızasına dayalı boşanmalar tamamen reddedilmiştir. Kusursuz olarak ortaya çıkan nedenlere, özellikle fiziksel sakatlık gibi durumlara dayalı boşanma talepleri de kabul edilmemiştir. 1938 yılına kadar BGB'de, boşanma gerekçesi olarak; zina, hayata kast ve kötü niyetle terke yer verilmiştir. Buna ek olarak, eğer bir eş, evlilikten doğan yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmiş ya da onur kırıcı veya ahlaka aykırı davranışlar sergilemişse ve bu durum evliliği derinden sarsarak diğer eş için evliliği sürdürmeyi katlanılamaz hale getirmişse BGB § 1568'de yer alan genel

[370] YARGI, s. 152.

[371] WEBER Albrecht, MüKo-Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I, §§ 1297-1588, (Hrsg. Säcker Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina), C.H Beck, 9. Auflage, München, 2022, BGB Vorbem. § 1564 N 6.

hükmüne göre boşanma davası açılabileceği kabul edilmekteydi. Kusur ilkesinden tek istisna ise BGB § 1569'da düzenlenmiş olan "akıl hastalığı" nedeniyle boşanma gerekçesi olarak kabul edilmekteydi[372]. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, boşanmanın daha serbest hale getirilmesi yönündeki talepler geniş kitlelerce savunulur hale gelmiştir. Ancak bu talepler, Katolik ve Protestan kiliselerinin direnciyle karşılaştı. 1922 yılında Adalet Bakanı Dr. Gustav Radbruch bir taslak hazırladı. Bu taslakta, davacı eş için evliliğin devam ettirilmesi artık beklenemez hale gelen her evliliğin boşanmayla sonlandırılmasına olanak tanınması öneriliyordu. Nasyonel sosyalizmin Almanya'da yükselişe geçmesiyle birlikte kusura dayalı boşanma sebepleri tekrar düzenlendi. 1938 tarihli Ehegesetz (Evlilik Kanunu), üremeyi reddetme ve kısırlık gibi yeni boşanma sebepleri öngörüyordu. İkinci Dünya Savaşı sonrasında 1946 tarihli Ehegesetz yürürlüğe girmiş ve nasyonel sosyalist düşüncenin ürünü olan boşanma sebepleri kaldırılmıştır[373].

Boşanma hukukuna yönelik revizyon neticesinde Alman hukukunda kusur ilkesi yerini evliliğin objektif olarak sona erdiği anlamına gelen "sarsılma (zedelenme) ilkesi" (*Zerrüttungsprinzip*)ne bırakmıştır. Ancak kanun koyucu bu noktada eşlere tam bir serbesti tanımamıştır. Diğer bir deyişle evliliğini boşanma yoluyla sona erdirmek isteyen eşlerin sadece bu yönde arzularını yeterli görmemiş eşlerin boşanabilmeleri için boşanma arzularının yanı sıra ayrılık süresi gibi bazı ek bazı şartlar aramıştır. Kural olarak eşlerin boşanabilmesi için kanunda öngörülen istisnai durumlar haricinde en az bir yıl evli kalmış olmaları gerekmektedir[374].

Alman hukukunda da önceki dönemlerde boşanmaların %90 oranında kusura dayalı olarak gerçekleştiği ifade edilmektedir. EheG (Ehegesetz) § 43 uyarınca eşlerin davalı ve davacı olarak karşı kaşıya geldiği kusura dayalı dayalı boşanmalar toplumsal huzurun sağlanması bakımından bir sorun olarak görüldüğünden anlaşmalı boşanmalara yönelik bir düzenleme ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu kapsamda BGB § 1565 (1) ile bağlantılı olarak § 1566 (1) düzenlemesiyle anlaşmalı boşanma kurumu Alman hukukunda kabul edilmiştir[375].

Alman hukukunda boşanma sebeplerine ilişkin düzenlemeler BGB § 1564 vd. yer almaktadır. Bu düzenlemeler incelendiğinde BGB § 1564'te bir evliliğin eşlerden birinin veya her ikisinin başvurusu üzerine ancak mahkeme kararıyla sona erdirilebileceğine yer verilmiştir. Mahkeme

[372] MüKo-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N 7.
[373] MüKo-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N 8-11.
[374] MüKo-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N 15.
[375] MüKo-WEBER, BGB § 1566 N. 1.

kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik de sona ermiş sayılacaktır. Hangi durumlarda boşanmanın talep edilebileceği ise devamında yer alan düzenlemelerden anlaşılmaktadır. BGB § 1565'e göre bir evlilik başarısız olmuşsa eşler boşanabilir. Evliliğin başarısızlığından anlaşılması gereken, eşler arasında ortak hayat birliği artık mevcut olmaması ve bu birliğin yeniden kurulması beklenememesidir. Kural olarak eşlerin bir yıldır ortak hayatı kuramaması boşanmanın ön şartı olarak aranıyor olsa da BGB 1565 (2)'ye göre diğer eşin kişisel durumlarından kaynaklanan nedenlerle evliliğin devamı başvuran eş için katlanılamaz bir zorluk oluşturuyorsa bu süre dolmadan da boşanmak mümkündür.

Alman hukukunda boşanabilmek için evliliğin başarılı olmadığının ispatlanması gerekmektedir. BGB § 1566'da evliliğin başarısız olduğuna yönelik iki karine öngörülmüştür. Bu karinelerden BGB § 1566 (1)'de anlaşmalı boşanmaya, § 1566 (2)'de ise fiili ayrılığa yer verilmiştir. Bu karinelerin söz konusu olabilmesi için eşlerden belirli bir süreyle ayrı yaşamaları beklenir. Ayrı yaşamadan ne anlaşılması gerektiği ise BGB § 1567 (1)'de şu şekilde ifade edilmiştir; "*Eşler arasında artık ortak bir ev hayatı yoksa ve eşlerden biri evliliğin birlikteliğini açıkça reddederek bu birliği yeniden kurmak istemiyorsa, eşler ayrı yaşıyor kabul edilir. Aynı evde yaşamaya devam edilse bile, eşler ayrı olarak yaşıyorsa ortak ev hayatı mevcut değildir.*". Söz konusu düzenlemenin devamında ise hangi durumların ayrı yaşama olarak değerlendirilemeyeceğine yer verilmiştir.

BGB § 1568'de ise evlilik başarısız olmuş olsa bile boşanma kararı verilmemesi gereken durumlara yer verilmektedir. Bu düzenlemeler, Almanya'da boşanma hukukunun temelini oluşturur ve "*kusur*" temeline değil, evliliğin objektif olarak sona erip ermediğine ve ortak hayat birlikteliğinin fiilen bitip bitmediğine dayanır.

C. Türk Hukukundaki Boşanma Sebepleri İçerisinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri

Boşanmanın söz konusu olabilmesi için öncelikle hukuken geçerli ve varlığı devam eden bir evlilik bulunmalıdır. Bir evliliğin geçersizliğine sebebiyet veren olgular, evlenme sözleşmesinin yapılmasından önce veya yapıldığı sırada mevcut olabilir. Evliliğin kurucu unsurlarındaki eksikliğin yaptırımı yokluktur ve yok evlilik sebebiyle boşanma davası açılması söz konusu olmaz. Yok hükmündeki bir evliliğinin yokluğunun tespitine yönelik bir karar ise mahkemeden talep edilebilir. Mutlak veya nisbi butlanla sakat evliliklerde ise mahkeme tarafından verilen karar kesinleşene kadar, evlilik hukuken geçerli sayıldığından, evlilik birliğinden doğan tüm hukuki

sonuçlar geçerliliğini korur ve bu evlilikler hakkında boşanma davası açmak mümkündür[376]. Eşlerden birinin ölmesi nedeniyle sona eren evlilikler hakkında da boşanma davası açılmasından bahsedilemeyecektir[377].

Boşanma sebepleri esas itibarıyla evlenmenin kurulmasından sonra ortaya çıkar. Evlenmeden önceki olaylar bir boşanma sebebi olmamakla birlikte evliliğin devamı sırasında evlilik birliğinin temelinden sarsılması bakımından dikkate alınır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma sebepleri, m. 161-166 arasında düzenlenmiş olup öğretide genel ve özel boşanma sebepleri şeklinde ikili bir ayrım altında incelenmektedir[378].

---

[376] Hem mevcut evlenmenin geçersizliği hususunda hem boşanma hususunda dava açabilmek imkânı bulunduğu takdirde geçersizliğe ilişkin iddianın araştırılması ve hükme bağlanması gerekir. ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 643. Alman Hukukuna göre, BGB § 1353 (1)'e göre ömür boyu sürmesi amacıyla kurulan bir evlilik, eşlerden birinin ölümü, BGB 1319 (2) gereği gaiplik kararı sonrası yeniden evlenme imkânı, BGB § 1313 gereği evliliğin butlanı ve boşanma yoluyla hukuken sona erdirilebilir. Boşanma, medeni evlilik hukukunun vazgeçilmez, zorunlu ve GG (Grundgesetz) § 6 (1) ile anayasal olarak güvence altına alınmış bir unsurudur. Müko-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N. 1.

[377] Ölüm karinesi olarak adlandırılan, eşlerden birisinin, kendisinin ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durumda kaybolması halinde de boşanma davası açılamayacaktır. Eşlerden birinden uzun zamandan beri haber alınamıyor olduğu veya eşlerden birinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması hallerinde ise alınan gaiplik kararı evliliği kendiliğinden sona erdirmeye yeterli olmayıp gaiplik kararına yönelik talep yanında, evliliğin feshi de istenebilir. Şayet gaiplik kararını talep ederken evliliğin feshi talep edilmemişse, daha sonra da evliliğin feshi açılacak ayrı bir dava ile davacının yerleşim yeri mahkemesinden istenebilecektir.

[378] DURAL Mustafa/ÖĞÜZ TUFAN/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, İstanbul, 2025, N 562. İsviçre hukukunda 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), dönemin aile hukukuna hâkim olan kurumsal anlayış çerçevesinde şekillenmiştir. Özellikle evliliğe dayalı aile liberal devletin toplumsal düzeninin temel taşı olarak görülmüş ve birey üstü bir kurum olarak korunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu anlayışa göre aile, topluma kazandırılması gereken değerlerin ve yeteneklerin aktarıldığı bir yapı olarak değerlendirilmiş ve güçlü, sıkı bir aile birliğinin toplum için bir savunma mekanizması olduğu düşünülmüştür. Bu bakış açısı boşanma hukukuna da doğrudan yansımıştır. 1907 tarihli ZGB'de boşanma büyük ölçüde kusur ilkesine dayandırılmıştır. Özel boşanma sebepleri, eşlerden birinin kusurlu davranışına bağlanmış, hatta evlilik birliğinin temelden sarsılması durumunda bile, kusursuz eşin rızası olmadan boşanma mümkün kılınmamıştır. Keza boşanmanın mali ve sosyal sonuçları da büyük ölçüde kusur ilkesine dayalı olarak düzenlenmiştir. 1960'lı yıllardan itibaren İsviçre yargı uygulamasında boşanmada kusurun rolüne verilen önem giderek azalmıştır. Eşleri bir arada tutmaya çalışan görüş yerini eşlerin istek ve arzularını ön plana çıkaran görüşe bırakmıştır. Boşanma sebepleri alanında, birçok ilk derece mahkemesinin revizyon öncesinde bile karşılıklı anlaşmalı boşanmayı fiilen kabul eden kararlar verdiği görülmektedir. Bu, ortak boşanma başvurusunun, evliliğin onarılamaz şekilde bozulduğuna dair bir dolaylı gösterge olarak değerlendirilmesiyle mümkün oluyordu. Bu gelişmeler doğrultusunda İsviçre'de boşanma

Özel boşanma sebepleri, kanunda açıkça belirtilmiş ve belirli olaylara dayanan boşanma nedenleridir. Genel boşanma sebebi ise evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır.

Boşanma sebepleri için diğer bir ayrım ise mutlak ve nisbi boşanma sebebi ayrımıdır. Mutlak boşanma sebepleri söz konusu olduğunda hâkim ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini incelemeksizin boşanmaya karar verecektir. Nisbi boşanma sebeplerinde ise Kanun'da boşanma nedeni olarak öngörülen olgunun veya olayın gerçekleşmiş ve ispatlanmış olması boşanma için yeterli değildir. Hâkimin ayrıca ortaya çıkan ve ispatlanan durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırması ve bu şart da gerçekleşmişse boşanmaya karar vermesi gerekir[379].

Özel boşanma sebepleri olarak Kanun'da zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı sayılmıştır. Bunlardan haysiyetsiz hayat sürme ve akıl hastalığı nisbi boşanma sebebi olarak kabul edilirken diğerleri mutlak boşanma sebepleridir[380].

Türk hukuk yargılamasında en sık başvurulan boşanma sebebi ise m. 166'da evlilik birliğinin sarsılması başlığı altında düzenlenen genel boşanma sebebidir. Genel boşanma sebebinde boşanmaya sebebiyet veren olgular sınırlayıcı şekilde belirlenmemiştir. Eşler arasında ortaya çıkan ve

---

oranlarında ciddi artışlar kaydedildi. FANKHAUSER Roland, FamKomm-Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB, (Hrsg. SCHWENZER Ingeborg/FANKHAUSER Roland), 4. Auflage Stämpfli Verlag AG, Bern 2022, Allg. Ein. N. 1-4; Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I s. 20. İsviçre'de yıldan yıla boşanma sayılarına ilişkin değişimler için bkz. https://www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/18092_96_93_70/27972.html. Benzer nitelikte verilerin Türkiye karşılıkları için bkz. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2024-54194, (E.T: 12.02.2025). İsviçre hukukunda eşlerin kusurlu olup olmadıkları günümüzde yalnızca ZGB Art. 115 kapsamında katlanılamazlık sebebiyle boşanmada dikkate alınmaktadır. Diğer iki boşanma sebebi olan anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılıkta kusurun önemi yoktur. JUNGO Alexander, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, (Hrsg. RUTH Arnet/BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra), 4. Auflage, Schulthess, 2023, Vorbem. ZGB 111-118, N 2.

[379] BAYGIN Cem/NAR Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri – II, Yetkin, 1. Baskı, Ankara, 2025, s. 295.

[380] Öğretide yapılan diğer bir ayrım da kusura dayanan ve kusura dayanmayan boşanma sebepleri ayrımıdır. Kusura dayanan boşanma sebepleri, zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk olarak kabul edilmektedir. BAYGIN/NAR, s. 294.

ortak hayatı sürdürülemez hale getiren her türlü olay, bu kapsamda değerlendirilebilir. TMK m. 166'da üç farklı genel boşanma sebebi öngörülmüştür. Düzenlemenin bir ve ikinci fıkrası evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını, üçüncü fıkrası eşlerin boşanma hususunda anlaşmalarını dördüncü fıkrası ise ortak hayatın yeniden kurulamaması haline ilişkindir[381].

Anlaşmalı boşanma, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yer almamıştır. O dönemde evlilik birliğinin sona erdirilmesinde tarafların serbest iradelerine dayalı bir yol öngörülmemiş, boşanma ancak belirli sebeplerin ispatına bağlı tutulmuştur. Avrupa'da anlaşmalı boşanma, örneğin Fransa'da 1975 yılında yürürlüğe girmişken, Türkiye'de bu yöndeki talepler çok daha erken bir tarihte gündeme gelmesine rağmen ancak 1988 yılında kabul edilmiştir. Anlaşmalı boşanmanın gerekliliğine ilişkin ilk öneri 1936 yılında Avukat GadFranko Milaslı tarafından dile getirilmiştir. Yazara göre, her iki tarafın evliliği sona erdirmek istediği bir durumda, boşanma için ayrıca başka bir delil aranması hukuken gereksizdi ve bu yaklaşım, tarafların kanunu dolanmasına neden olabilecek tehlikeli sonuçlar doğurabilirdi. Toplumsal koşullar da anlaşmalı boşanma ihtiyacını artırmıştır. Özellikle resmi olmayan evlilik birlikteliklerinden doğan çocukların nesebî statüsü gibi hukuki sorunlar, bu kuruma olan ihtiyacı daha da belirgin hale getirmiştir. 1937 yılında "Kurun Gazetesi" tarafından düzenlenen bir ankette, kamuoyunun çoğunluğunun anlaşmalı boşanma lehine görüş bildirdiği görülmüştür. Ancak hukukçuların büyük bir kısmı, anlaşmalı boşanmanın aile kurumunu zayıflatacağı ve genç çiftler arasında evliliğin ciddiyetini azaltacağı gibi gerekçelerle kuruma mesafeli yaklaşmıştır. 1971 tarihli Öntasarı'da anlaşmalı boşanma düzenlemesine yer verilmemiş, bunun doğurabileceği olası zararlar gerekçe

[381] CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 25. İsviçre hukukunda boşanma hukukuna ilişkin en önemli gelişme 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukukuna ilişkin revizyon olmuştur. Bu revizyon yaklaşık kırk yıllık bir sürecin sonucudur. Revizyon neticesinde öncelikle boşanma hukukunun gerçeklikle uyumlu hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucu, şu temel ilkeleri belirlemiştir: Boşanma sebepleri ve mali sonuçları açısından kusur ilkesinden vazgeçilmesi; boşanma ve boşanmanın hukuki sonuçları üzerinde eşlerin anlaşmasını teşvik edilmesi; boşanma davası sırasında ve sonrasında çocukların menfaatin korunması; boşanmanın ekonomik sonuçlarının menfaatler dengesini gözetecek şekilde düzenlenmesi. Botschaft Scheidungsrecht, BBl 1996 I s. 27 vd. Bizim açımızdan çok önemli bir revizyon olarak kabul edilebilecek bu gelişmeler, İsviçre hukuk öğretisince "küçük reform" olarak adlandırılmış ve ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu konu hakkında bilgi almak için bkz. FamKomm-FANKHAUSER, Allg. Ein. N. 27-30; AmtlBull StR 1996, s. 742.

gösterilmiştir. Bu kaygılar arasında kolay boşanmanın toplum yapısını tehdit edeceği, evliliğin "geçici birliktelik" olarak algılanabileceği ve sahte evlilikleri teşvik edebileceği yönündeki endişeler öne çıkmıştır. 1972 yılında düzenlenen I. Hukuk Kongresi'nde ve 1975'teki Ankara Üniversitesi Boşanma Hukuku Haftası'nda konu yeniden ele alınsa da anlaşmalı boşanma yine kabul edilmemiştir. Mevcut sistemde eşlerin anlaşarak boşanmak istedikleri durumlarda bile, boşanmanın gerçekleşebilmesi için evlilik birliğinin temelden sarsıldığına dair bir sebep yaratılması gerekmiştir. Bu da uygulamada mahkemelerin formel gerekçeler uydurmasına ve yargının itibarının zedelenmesine yol açmıştır. Nihayet, 01.06.1981 tarihli ve 2467 sayılı Kanunla kurulan komisyon tarafından hazırlanan 1984 tarihli Öntasarı'da ilk kez anlaşmalı boşanmaya açıkça yer verilmiştir. Bu tasarıda, eşlerin evliliği sürdürme iradesinin kalmadığı durumlarda, yalnızca karşılıklı irade beyanı ile boşanma imkânı tanınmıştır. Ancak tasarı, kusurlu eşe dava hakkı tanınmaması gibi sebeplerle eleştirilmiştir. Devam eden tartışmalar sonucu madde yeniden düzenlenmiş; kusur itirazının ancak kötüye kullanıldığı ya da evliliğin korunmaya değer bir yönünün kalmadığı hallerde dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. 1984 tarihli Öntasarı 1985'te Başbakanlığa sunulmuş, fakat yasalaşmamıştır. Nihayetinde, 3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un 134. maddesine eklenen üçüncü fıkra sayesinde, 1988 yılında anlaşmalı boşanma hukuken kabul edilmiştir[382].

D. Türk Hukukundaki Boşanmaya Hâkim İlkeler Işığında Anlaşmalı Boşanma Kavramının Değerlendirilmesi

Boşanma sistemlerinde boşanma, belirli sebeplere dayanmaktadır. Bu sebepler beş temel ilke esas alınarak düzenlenmiştir. Bu ilkeler; kusur ilkesi, elverişsizlik ilkesi, sarsılma ilkesi, fiili ayrılık ilkesi ve irade ilkesidir. TMK'da öngörülen boşanma sebepleri de bu ilkeler esas alınarak şekillenmiştir[383].

Kusur ilkesi, boşanmada kusuru olmayan eşin korunması esasına dayanır. Katolik inancın etkisi altında boşanmayı yasaklayan sistemlerden çıkış noktası olarak kusura başvurulmuştur. Ayırt etme gücüne sahip eşlerin, evlilik birliğinin beraberinde getirdiği yükümlülükleri ihlali kusur olarak değerlendirilir. Boşanma davası evlilik birliğinden doğan bu yükümlülüklerini ihlal eden kusurlu eşe karşı açılabilir. Bu ilkeye göre, kimse kendi kusuruna dayanarak hukuken korunan bir menfaat elde

[382] Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. YILMAZ-BİLGİN, s. 24-29.
[383] BAYGIN/NAR, s. 291.

edememelidir. Aynı zamanda hiç kimse, kendi yararına da olsa, dava açmaya zorlanamayacağından, kusursuz eş tarafından dava hakkının kullanılmaması da mümkündür[384]. Kusur ilkesinin geçerli olduğu boşanma sebepleri olarak karşımıza TMK m. 161'de zina, TMK m. 162'de hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, TMK m. 163'te suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile TMK m. 164'te terk yer almaktadır[385]. Boşanmada kusur ilkesinin kabulü, her iki eşe de kusur atfının mümkün olmadığı ancak evlilik birliğinin devamının imkânsız olduğu hallerde, bu birliği sona erdirmenin mümkün olmaması sebebiyle eleştiriye uğramıştır[386]. Ayrıca bu ilkenin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde eşlerin boşanabilmek için birbirlerini kötülemesi gerekeceğinden, eşler arasında bir barışma imkânı da daha en baştan ortadan kalkmaktadır. Kusur araştırması boşanma sonrası ilişkilere yansıdığından çocukların bundan zarar görmesi de kaçınılmaz olacaktır[387].

Elverişsizlik ilkesi, eşlerden biri bedensel veya ruhsal sakatlıklar nedeniyle evlilikteki yükümlülüklerini ifa edemeyecek hale gelmesi halinde diğer eşe boşanma imkânı tanınmasını öngörür. Elverişsizlik ilkesi, evliliği toplumun amaçlarına yarayan, gelecek kuşakların iyi yetişmesi için gerekli gören bir düşüncenin ürünüdür. Elverişsizlik ilkesinin geçerli olduğu boşanma sebepleri olarak karşımıza TMK m. 165'te yer alan akıl hastalığı ile cinsel sapkınlık, iktidarsızlık, diğer eş ve çocuklar için tehlikeli olabilecek diğer hastalıklar çıkmaktadır. Elverişsizlik ilkesi üzerine kurulu bir davada ispat edilen olgu veya olaylar karşısında objektif ölçütlere göre eşlerin ikisi de kusurlu olmasa da davacıdan evlilik birliğini sürdürmesi beklenemez[388].

Sarsılma ilkesi, evlilikte gerçekleşen olaylar yüzünden ortak hayat eşler için çekilmez hale geldiğinde eşlerin kusurundan bağımsız olarak

[384] ÖZTAN, s. 639.

[385] Kusura dayanan boşanma sebeplerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. YÜCEL Özge, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2023, s. 100-102.

[386] OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Public and Private International Law Bulletin, Vol. 35, Iss. 1, s. 34; AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2024, s. 242.

[387] OKTAY-ÖZDEMİR, s. 34; ÖZTAN, s. 640; BAYGIN/NAR, s. 292; ŞAHİN-ŞENGÜL, s. 19. Kusur ilkesinin terk edilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. DURGUN ARSLAN Çisil, "Boşanma Sebeplerinden Kusur Esasının Kaldırılmasına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yaklaşımlar,", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 121-139.

[388] ÖZTAN, s. 642, BAYGIN/NAR, s. 292; ŞAHİN-ŞENGÜL, s. 21.

boşanmaya karar verilebilmesidir. Evlilik birliğini, eşlerin kusurlu olmasına rağmen devam ettirmek mümkünse, evlilik bağı temelinden sarsılmamışsa, boşanma yoluna gidilememelidir. Bazen de kusur olmasa da evlilik birliği sarsılmış olabilir[389]. İşte bu gibi durumlarda da boşanma imkân verilebilmelidir. Sarsılma ilkesi, hâkime boşanma konusunda geniş bir takdir yetkisi tanır. TMK m. 164'te yer verilen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin düzenlemeyle bu ilke kabul edilmiştir. Taraflardan birinin evliliği devam ettirmesi kendisinden artık istenemeyecek ve diğer tarafın da boşanmayı istemesi kendisinden beklenilebilecekse evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı söylenebilecektir. Temelinden sarsılan bir evliliğin devamında toplum için bir yarar da bulunmamaktadır. Mutlak boşanma sebeplerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kesin bir kanuni karine olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla mutlak boşanma sebeplerinden biri olan anlaşmalı boşanmada da evlilik birliği temelinden sarsılmıştır[390].

Fiili ayrılık ilkesi, evlilik birliğinin eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklere uygun biçimde birlikte yaşamalarını ve ortak bir hayatı sürdürmelerini zorunlu kılması karşısında eşlerin sürekli ve fiilen birbirlerinden ayrı yaşaması, bir araya gelmemesi ve ortak yaşamı devam ettirme yönünde herhangi bir irade, inanç ya da istek sergilememesi durumlarında evliliğin artık eşler açısından anlam ve yarar taşımamasından kaynaklı boşanmaya karar verilebilmesidir. Bu ilke doğrultusunda, zorunlu,

[389] ŞAHİN-ŞENGÜL, s. 21.

[390] Kanaatimizce burada kesin bir kanuni karinenin varlığını kabul etmek gerekir. Kanuni karineler, varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmamızı sağlayan, kanunda öngörülmüş olan işaretler, belirtilerdir. Bu belirtinin varlığı somut olayda ispatlandığında, hâkim, yasa hükmünde öngörülen ve karine ile ulaşılan sonucun gerçekleştiğini kabul eder. TMK m. 166/III'e göre, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, hâkim, evlilik birliği temelinden sarsıldığını kabul etmek zorundadır. Varsayım ve kesin kanuni karinenin ayırt edilebilmesinde öğreti iki ölçütten yararlanılmaktadır. Bunlardan ilki, varsayımlarda varsayılan sonucun gerçeklikle bağlantısının olmamasına karşın, kesin kanuni karinelerde karineden hareketle ulaşılan sonucun çoğu kez gerçek hayata uygun olmasıdır. Diğeri ise varsayımlarda, kanun koyucu tarafından belirli bir sonucun varsayıldığı kurallarda bir belirtinin (karinenin) bulunmamasıdır. Karinelerde aynı hukuki sonuca bağlanan olgular arasında bir yakınlık, benzerlik söz konusuyken varsayımlarda böyle bir benzerlikten bahsetmek mümkün değildir. KARAKAŞ Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", AÜHFD, 62 (3), 2013, s. 736, 754. Bu düzenlemede bir varsayım öngörüldüğü şeklindeki görüş için bkz. ÖZTAN, s. 641, 693. Düzenlemede bir varsayım öngörüldüğüne yönelik görüş için bkz. OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1998, s. 127.

geçici ve meşru gerekçelere dayanmayan ayrılıklar dışında, eşlerin bilinçli bir şekilde bir araya gelmek istememeleri ve fiilen ayrı yaşamayı sürdürmeleri, evlilik bağının çözülmüş olduğunun açık bir göstergesi olarak kabul edilir. Fiili ayrılık temelinde boşanmaya hükmedilebilmesi için, eşler arasındaki kusur ilişkisi ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığına dair bir inceleme yapılmasına gerek yoktur. Burada esas olan; eşlerin bir arada yaşamamaları, ortak hayatı yeniden kurmak için hiçbir somut çaba ya da niyet göstermemeleridir. Fiili ayrılık süresine ilişkin ölçütler, her ülkenin kendi sosyal yapısı, aile kurumuna bakış açısı ve hukuk politikası tercihleri doğrultusunda farklılık gösterebilir. Bu nedenle, oldukça hassas bir mesele olan bu konuda, ayrılık süresinin çok kısa tutulması durumunda kolay ve tek taraflı boşanma ihtimali doğabileceği, buna karşılık sürenin fazlaca uzun belirlenmesi hâlinde ise eşlerin evlilikten ve birbirlerinden uzaklaşarak yeni bir hayat kurma umutlarını kaybedebileceği ifade edilmektedir[391]. Fiili ayrılık sebebiyle boşanma, TMK m. 166 (4)'te düzenlenmektedir[392].

İrade ilkesi, eşlerin iradeleri doğrultusunda boşanmanın gerçekleştirilmesidir. Eşlerden birinin veya her ikisinin iradesinin evliliği sona erdirebilmesi bazı hukuk sistemlerinde ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın bazılarında ise ayrıca bir mahkeme kararı veya yetkili makamın onayıyla mümkün kılınmıştır. Anlaşmalı boşanmanın temel hukuki dayanağı, evlilik birliğinin ilgililerin ortak iradesiyle sonlandırılabilmesi ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, eşler birlikte başvurdukları takdirde mahkeme veya yetkili makamın boşanmaya hükmetmesi gerekir[393]. Türk Hukukunda anlaşmalı boşanma bakımından irade ilkesi geçerli olmakla birlikte kanun koyucu, ilgililerin anlaşmalı boşanma iradesinin geçerliliğini sağlamak ve kamu düzenini korumak adına bazı şekli ve maddi şartlar öngörmüştür. Mukayeseli hukukta özellikle Avrupa ülkelerinde önceki dönemlerde geçerli olan boşanma sisteminde, kusur ilkesinin ön plana çıkarıldığı, boşanmanın gerçekleşebilmesi için özel sebeplerin arandığı, eşlerin iradelerinin etkili olmadığı görülmektedir. Bugün geçerli olan boşanma sisteminde ise genel boşanma sebebi olarak

[391] ŞAHİN-ŞENGÜL, s. 24.
[392] Söz konusu düzenlemede üç yıl olarak öngörülen fiili ayrılık süresi Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar sonrasında bir yıl şeklinde değiştirilmiştir. Karar için bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf, (E.T: 12.02.2025).
[393] BAYGIN/NAR, s. 293.

evliliğin temelinden sarsılmasının kabul edilmesi, eşlerin kusuruna boşanma sebepleri ve sonuçları bakımından önem atfedilmemesi ve eşlere iradi olarak boşanma imkânı tanınması ön plana çıkmaktadır[394]. Eşlerin boşanma yönündeki ortak iradeleri, kanun koyucu tarafından evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak kabul edildiğinden, bir boşanma sebebi olarak anlaşmalı boşanma için hem irade hem de sarsılma ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkündür[395]. Öğretide irade ilkesine yönelik getirilen en önemli eleştiri, eşlerden birinin iradesiyle boşanmayı mümkün kılmanın, boşanma sistemleri bakımından sebebe dayalı boşanma görüşünden uzaklaşarak serbest boşanma görüşüne yaklaşılmasına neden olacağına yöneliktir. Bu görüşe göre, evlenme tarafların ortak iradesiyle kurulsa da, kurulduktan sonra artık alelade bir sözleşme olmaktan çıkmakta ve tarafların kişiliklerini birleştiren bir bağ halini almaktadır[396].

Boşanma hukukunda kanun koyucu, hukuken düzenlemesi her zaman zor olan bir olguyu kendi anlayışına göre şekillendirmeye çalışmaktadır. İki kişinin ortak hayat birliği, başlangıçta hukukun dışında kalan toplumsal bir yapıdır ve bu birlik, ancak hukuk düzeni ona hukuki sonuçlar atfettiğinde hukuki anlamda evlilik halini alır. Hukuk yalnızca bu sonuçların içeriği ve süresi üzerinde düzenlemelerde bulunabilir. Ancak, evliliğin hukuki sonuçlarını sürdürerek, eşlerin arasındaki ortak hayat birliğinin devamını sağlamak veya bunu zorunlu kılmak, hukukun sınırlarını aşar. Evlilik ve aile, tüm insan varoluşunu kapsayan yaşam ilişkileridir ve onların özünü oluşturan kişisel karşılaşma ve bağ, devletin hukuk düzenlemesine büyük ölçüde kapalıdır. Boşanma, evlilik yoluyla kurulan ortak hayat birliğini hukuken sona erdirir. Eşleri, o zamana kadar sahip oldukları evlilik yükümlülüklerinden serbest hale getirir. Ancak bu yükümlülükler, çocukların yararı ve evliliğin birlik yapısı çerçevesinde duyulan güven göz önünde bulundurularak, bir dereceye kadar etkisini sürdürebilir. Aynı zamanda boşanma, bireylere yeni bir evlilik yapma imkânı tanır. Boşanma hukuku, anayasal olarak korunan evliliğin devamı ile bireylerin evlenme ve boşanma özgürlüğü arasındaki gerilimli alanda yer almakta ve Avrupa'daki birçok hukuk sisteminin evliliğin sona ermesini eşlerin iradesine bırakma yönündeki eğilimine rağmen Almanya ve Türkiye gibi bazı ülkelerde hâlâ evliliği korumaya yönelik birçok öğe içermektedir[397].

[394] OKTAY-ÖZDEMİR, s. 32.
[395] ÖZDEMİR, s. 9.
[396] AKINTÜRK/ATEŞ, s. 243.
[397] MüKo-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N. 2.

Anlaşmalı boşanma bu anlayışıyla birçok olumlu özelliği bünyesinde barındırmaktadır. Anlaşmalı boşanma, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yakın bir anlayışla öngörülmüş bir dava yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, anlaşmalı boşanma müessesesi ile taraflara evliliklerini daha kısa sürede sonlandırma imkânı tanımaktadır. İlgililerin boşanma, nafaka, tazminat, mal paylaşımı ve varsa çocukların velayeti gibi konularda önceden anlaşması sayesinde mahkemede uzun süren çekişmelere gerek kalmaz ve uzayan celseler söz konusu olmaz. Çekişmeli boşanma davalarında taraflar arasındaki gerginlik ve suçlamalar artabilir. Anlaşmalı boşanmada ise uzlaşma ön planda olduğundan ilgiler arasındaki duygusal yükler azalmaktadır. Uzun süren çekişmeli davalara kıyasla anlaşmalı boşanmada avukat ve mahkeme masrafları daha düşüktür. Taraflar, süreci hızlıca tamamlayarak maddi açıdan tasarruf edebilecektir. Anlaşmalı boşanmada her ne kadar hâkimin onayı bir şart olarak aranıyor olsa da esas olan eşlerin kendi iradeleriyle belirledikleri şartların geçerli olmasıdır. Bu, ilgililere daha fazla özgürlük ve esneklik imkânı tanır[398].

Anlaşmalı boşanmanın olumsuz bazı özellikleri de söz konusu olabilir. Eşlerden birinin, uzlaşma baskısı altında haklarından feragat edebilir. Özellikle nafaka, mal paylaşımı veya velayet gibi konularda yeterli bilgi düzeyini haiz olmayan eşin, uzun vadede mağduriyet yaşaması muhtemeldir. İleride de değineceğimiz üzere anlaşmalı boşanma protokolü bağlayıcı niteliği haiz bir sözleşmedir. Anlaşma sonrası alınan kararlardan geri dönüş belli bir aşamadan sonra kolay değildir. Ekonomik anlamda güç dengesi eşit olmayan eşlerde, uzlaşma süreci çoğu zaman bir eşin lehine, diğerinin aleyhine sonuçlanacaktır. Her ne kadar "*anlaşmalı*" olarak adlandırsa da özellikle kısmi anlaşmalı boşanmanın mümkün olduğu hukuk sistemlerinde eşler arasında tam bir mutabakat sağlanamaz ve bu durum ileride yeni hukuki sorunlara yol açabilir[399].

Anlaşmalı boşanma, doğru koşullarda ve bilinçli bir şekilde uygulandığında hem zamandan hem de enerjiden tasarruf sağlayan bir seçenektir. Taraflar kararlarını aceleye getirmemeli, değerlendirme sürecinde bir avukattan destek almalıdır. Bu durum, haklarını korumaları

[398] ŞIPKA Şükran, "Karşılaştırmalı Hukukta Evliliğin Sona Erme Nedenleri ve Sonuçlarına Toplu Bakış", Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 35.
[399] ŞIPKA, s. 35.

açısından önemlidir. Her iki tarafın da adil bir uzlaşmaya vardığından emin olması, ileride oluşabilecek olumsuzlukları en aza indirecektir[400].

II. ANLAŞMALI BOŞANMA KAVRAMI VE KISMİ ANLAŞMALI BOŞANMA İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A. Mukayeseli Hukukta Anlaşmalı Boşanmaya İlişkin Kanuni Düzenlemelere Genel Bakış

Anlaşmalı boşanma en basit tanımıyla eşlerin serbest iradeleriyle evliliği sona erdirilebilmelidir[401].

Türk hukukunda boşanma ancak mahkemenin vereceği bir karar neticesinde gerçekleşebilmektedir. Eşlerin boşanmaya ilişkin bir sözleşme yapması ve bu sözleşme neticesinde kendilerinin boşanmış sayılacağı yönünde bir anlaşma yapmaları mümkün değildir. Anlaşmalı boşanma, evlilik birliğinin sona erdirilmesine yönelik ilgililerin karşılıklı ve özgür iradeleri doğrultusunda vardıkları mutabakatın mahkeme tarafından onaylanması suretiyle gerçekleşen bir boşanma türüdür. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme 04.05.1988 tarihinde ve 3444 sayılı Kanunla getirilmiş değişiklikler sonucunda TMK'ya eklenmiştir. Anlaşmalı boşanma, TMK m. 166 (3)'te düzenlenmektedir[402].

Anlaşmalı boşanma İsviçre hukukunda, ZGB Art. 111 ve Art. 112'de düzenlenmektedir. ZGB Art. 111'de kapsamlı anlaşmaya ilişkin "*(1) Eşler,*

---

[400] TÜİK verileri incelendiğinde bu tarihe kadar boşanma sayılarında artışın halihazırda devam ettiği yıllar ilerledikçe de bu sayılardaki artışın önlenemez biçimde yükseldiği görülmüştür. Örneğin, 1930 yılında boşanma sayısı 2127 iken, 1971 yılında bu sayı 11022'ye yükselmiştir. 2023 yılında bu sayı 173 bin 342 iken 2024 yılında 187 bin 343 olmuştur. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2024-54194, (E.T: 12.02.2025). Kanaatimizce, eşlerin boşanmasını engellemeye çalışarak aileyi ve dolayısıyla toplumu korumak düşüncesi günümüzde terk edilmesi gereken bir düşüncedir. Atasözünde de ifade edildiği üzere "*zorla güzellik olmaz*". Bugün boşanma hukukunda amaç, eşlere sağlıklı ve huzurlu bir şekilde evliliklerini sona erdirebilmeleri için gerekli özgürlüğün sağlanmasıdır. Başta boşanma sebepleri olmak üzere kanun koyucu tarafından öngörülen engellerin amacı başlangıçta evlilik kurumunun korunması olmasına karşın bu anlayış modern hukuk düzeninde değişmiştir. Birçok ülkede pozitif hukuk bağlamında boşanma karşısında öngörülen engeller, boşanma şartları ve usul kuralları olarak işlevselliğini sürdürmekle birlikte artık korunması gereken değer anlayışı evlilik kurumundan ziyade eşler üzerine yönelmiştir. FamKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N. 4.

[401] GÜRSOY Kemal Tahir, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası Cilt II, Ankara, 1977, s. 127.

[402] AKINTÜRK/ATEŞ, s. 271.

boşanmayı ortak olarak talep eder ve boşanmanın sonuçlarına dair kapsamlı bir anlaşma ile gerekli belgeleri ve çocuklarla ilgili vuruları sunarlarsa, mahkeme eşleri ayrı ayrı ve birlikte dinler. Dinleme birden fazla oturumdan oluşabilir. (2) Mahkeme, boşanma talebinin ve anlaşmanın özgür irade ve dikkatli bir değerlendirme sonucu olduğunu ve çocuklarla ilgili başvurularla birlikte anlaşmanın onaylanabileceğine kanaat getirirse, boşanma kararını verir." düzenlemesine yer verilmişken, Art. 112'de ise kısmi anlaşmaya ilişkin "*(1) Eşler, boşanmayı ortak olarak talep edebilir ve mahkemeden, üzerinde anlaşamadıkları hususları karara bağlamasını isteyebilirler. (2) Kapsamlı anlaşma durumunda olduğu gibi, mahkeme, tarafları, üzerinde anlaşmaya vardıkları boşanma sonuçları hakkında ve geri kalan sonuçların mahkeme tarafından karara bağlanması talebi hakkında dinler.*" düzenlemesi yer almıştır.

Anlaşmalı boşanma Alman hukukunda ise BGB § 1566 (1)'de "*Eşlerin bir yıldır ayrı yaşıyor olmaları ve her iki eşin boşanma talebinde bulunması ya da davalı eşin boşanmayı kabul etmesi durumunda, evliliğin sona erdiği kesin ve itiraz edilemez bir şekilde varsayılır.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yanı sıra boşanma davasının yürütülmesine ilişkin süreç hakkında ise FamFG § 133 vd. yer alan hükümlere gidilecektir.

B. Kısmi Anlaşmalı Boşanma

a. Genel Olarak

Anlaşmalı boşanma, Türk Hukukunda TMK m. 166 (3)'te düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede, tam (kapsamlı) anlaşmalı boşanma olarak adlandırılan, eşlerin hem boşanma hem de boşanmanın yan sonuçları hakkında anlaşmış olmalarını arayan bir boşanma sebebi öngörülmüştür. Anlaşmalı boşanmada önemli olan her iki eşin ciddiyetle boşanmak istediği ve bunun belirli şekli bir prosedürle incelendiği iradenin varlığıdır[403].

Türk Hukuku bakımından anlaşmalı boşanmanın şartları;

- Eşlerin ortak boşanma başvurusunda bulunması veya eşlerden birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi,
- Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması,
- Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi,

[403] SCHWANDER Ivo, OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. KOSTKIEWICZ J. Kren/WOLF Stephan/**A**MSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), 4. Auflage, Zürich, 2021, ZGB 111 N 1.

- Boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tarafların yapmış oldukları anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunmasıdır[404].

Bu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda Türk Hukukunda kısmi anlaşmalı boşanmanın mümkün olmadığı söylenebilir[405]. Ancak bazı mahkeme kararları incelendiğinde aksi yönde hükümler verildiği de görülmektedir[406]. Aksi yönde verilen bu kararlara bakıldığında tarafların boşanmak istedikleri ancak boşanmanın fer'i (yan) sonuçlarından bazıları veya tamamı üzerinde uzlaşamadıkları, bu kararı mahkemeye bırakmak istedikleri[407] görülmektedir. Tarafların boşanma yönünde ortak iradelerinin olduğu ancak boşanmanın yan sonuçları dediğimiz boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda anlaşamadıkları durumda boşanmaya ilişkin ortak irade de anlamını yitirmektedir. Oysa tarafların

---

[404] CEYLAN, s. 25. Bu şartlara bazı yazarlar, hakimin tarafları dinledikten sonra, boşanmak hususunda taraf iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi şartını da eklemektedir. OĞUZMAN/DURAL, s. 129.

[405] "*Anlaşmalı boşanma kararında, hâkim tarafından onaylanan anlaşmalar tarafları ve hâkimi bağlar. Bu nedenle, hâkim onayından itibaren taraflar tek başına anlaşmadan vazgeçemez, ancak davacı davasından feragat edebilir*", İzmir BAM, 2. HD., E. 2017/42 K. 2017/122, T. 26.01.2017; "*Eğer taraflar arasında tam bir mutabakat yoksa veya anlaşma şartları yerine getirilmemişse, mahkeme anlaşmalı boşanma kararı veremez ve davayı çekişmeli dava olarak sürdürmek zorundadır*", Y., 2. HD., E. 2009/2794 K. 2010/5142, T. 17.03.2010, (Lexpera), (E.T: 15.04.2025).

[406] "*Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm kişisel ilişki yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayalı boşanma davasında hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflarca hazırlanan protokolde belirlenen çocukla kişisel ilişki süreleri değiştirildiği halde bu hususta tarafların onayı alınmamıştır. Anlaşma protokolünde mahkemece yapılan değişiklik hakkında tarafların görüşü sorulmalı, uygun bulmaları halinde Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesi çerçevesinde bir hüküm oluşturulması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*" şeklinde hüküm verilmiş ve karşı oy yazısında yine haklı olarak "*Bir yandan kişisel ilişki konusunda anlaşma olmadığını söyleyip diğer yandan anlaşmalı boşanmanın kesinleştiğini söylemek açık bir çelişki oluşturur.*" denilmektedir. Y., 2. HD., E. 2010/1734, K. 2011/2900, T. 21.02.2011. Konu hakkında açıklamalar için bkz. GENÇCAN Ömer Uğur, "Anlaşmalı Boşanma Davalarında "Anlaşma" Aldatmacası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, 2012, s. 303-310.

[407] Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın karşı oy yazısında haklı olarak "*Fer'i sonuçların takdiri mahkemeye bırakılamaz; bu durum, anlaşmalı boşanma kavramına aykırıdır*" denilmektedir. Y., 2. HD., E. 2010/7729 K. 2010/10145, T. 25.05.2010, (Lexpera), (E.T: 15.04.2025).

boşanma hususunda anlaşmış olmaları ve bu yönde iradelerini beyan etmiş olmaları, boşanmanın yan sonuçlarında anlaşamadıklarında kenara atılabilecek kadar değersiz bir durum olarak görülmemelidir. İsviçre hukukunda boşanma sebeplerinden biri olarak uygulanmakta olan kısmi anlaşmalı boşanma, bu gibi durumlar bakımdan bir çözüm getirmekte ve tarafların boşanma yönündeki ortak iradelerini boşa çıkarmamaktadır.

Bu açıklamalarımız doğrultusunda kısmi anlaşmaya ilişkin bir düzenlemeye Türk Hukukunda olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Anlaşmalı boşanma davalarında eşler, özellikle mali konularda hâkimin müdahalesine açık olabilir. Bu durumda, taraflar objektif bir kişinin değerlendirmesini tercih edebilir. Hâkimin önerisini kabul etmeye daha istekli davranabilirler. Yalnızca mali konularda değil zedelenmiş bir ilişki sonrasında çocuğun durumu ile ilgili de doğru kararı veremeyeceklerini düşünüyor olabilirler.

b. İsviçre Hukukunda Kısmi Anlaşmalı Boşanma Uygulaması

İsviçre hukukunda Kanun, eşlerin anlaşarak boşanmalarını teşvik eder. Bir evliliğin devam etmeyeceği anlaşılıyorsa, tercihen anlaşmalı boşanma yoluyla sona erdirilmelidir. Anlaşmalı boşanma diğer boşanma sebeplerine nazaran öncelikli kabul edilmektedir. Anlaşmalı boşanma içerisinde de tam anlaşmalı boşanma, kısmi anlaşmalı boşanmadan önce gelmektedir. Çekişmeli boşanma durumlarında ise, ZGB Art. 115, ZGB Art. 114'e nazaran ikincil niteliktedir. Diğer bir deyişle çekişmeli boşanmalarda ise öncelikle fiili ayrılık yoluna başvurulmalıdır[408].

İsviçre hukukunda tam ve kısmi anlaşmalı boşanma ayrımı mevcuttur[409]. ZGB Art. 111, her iki eşin birlikte evliliklerinin sona erdirilmesi için başvuruda bulunması ve boşanmanın yan sonuçları hakkında tam bir

---

[408] FammKomm-FANKHAUSER, ZGB Vorbem. 111-115 N 9. "*Boşanma sebebi*" **(***Scheidungsgrund*) terimi yasada artık açıkça yer almasa da bu kavram hâlâ hukuken kullanılmaktadır. Zira bir boşanma davasında esas alınması gereken maddi bir gerekçe bulunmaktadır. Kanunda kullanılan "*boşanma şartları*" **(***Scheidungsvoraussetzungen*) terimi ise hem boşanma sebeplerini hem de usule ilişkin kuralları kapsamaktadır. CHK-JUNGO, Vorbem. ZGB 111-118 N 3-4a.

[409] İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanma, "ortak başvuru yoluyla boşanma veya ortak boşanma talebine dayalı boşanma" (*Scheidung auf gemeinsames Begehren*) olarak adlandırılmaktadır. Ortak boşanma talebine dayalı boşanma, "*tam veya kapsamlı*" (*Umfassende Einigung*) ya da "*kısmi*" (*Teileinigung*) anlaşma yoluyla gerçekleşebilir. Çalışmanın devamında anlaşılabilir olması adına kapsamlı ortak boşanma talebine dayalı boşanma için tam anlaşmalı boşanma, kısmi ortak boşanma talebine dayalı boşanma için kısmi anlaşmalı boşanma terimlerini kullanmayı tercih edeceğiz.

anlaşmaya varmaları durumunda uygulanır. Bu şartlar baştan itibaren karşılanmış olabilir; bu durumda süreç ZGB Art. 111 ve ZPO Art. 285 temelinde başlatılır. ZPO Art. 285'e göre eşlerin ortak başvurusunda; eşlerin ad ve soyadı, adresleri ve varsa temsilcilerine ilişkin bilgilerin belirtilmesi, ortak boşanma talebi, boşanmanın sonuçlarına ilişkin kapsamlı anlaşma, çocuklara ilişkin ortak talepler, gerekli belgeler[410], başvuru tarihi ve imzalar bulunmalıdır[411]. Mahkeme, ZPO Art. 287 uyarınca tarafların dinlenmesinde tüm şartların karşılandığını tespit ederse, ZPO Art. 288 (1) uyarınca hâkim anlaşmayı onaylar ve boşanmayı ilan eder[412].

Taraflar baştan itibaren ortak boşanma iradesini beyan etmiş, ancak yan sonuçlarda kısmi bir anlaşmaya varmışlarsa, süreç ZGB Art. 112 temelinde devam eder ve ZPO Art. 286 uyarınca bu kısmi anlaşmanın sunulmasıyla başlar. Daha sonra ZPO Art. 287 uyarınca tarafların dinlenmesiyle devam eder. Bu süreçte taraflar ilk veya daha sonraki duruşmalarda boşanmanın tüm yan sonuçlarında hâkim tarafından onaylanabilir tam bir anlaşmaya varırlarsa, süreç yine ZPO Art. 288 (1) uyarınca hâkim anlaşmayı onaylar ve boşanmayı ilan eder[413].

---

[410] Bu belgeler; aile cüzdanı, ikamet belgesi veya yabancı uyruklular için medeni durum kaydı belgesi, evlilik sözleşmesi, maaş bordroları, kira sözleşmeleri, banka ve posta hesabı dökümleri, boşanma başvurusunun yapıldığı tarih itibarıyla mevcut olan tasarruflara ilişkin belgeler, emeklilik kuruluşlarının evlilik tarihinden boşanma başvurusunun yapıldığı tarihe kadar birikmiş olan serbest tasarruf haklarını gösteren aktarıma elverişlilik belgeleri, sağlık sigortası ve diğer sigorta poliçeleri, menkul kıymet ve borç listeleriyle birlikte vergi beyannameleri ile vergi değerlendirme belgeleri, çocukların eğitim masraflarına veya yatılı kalmalarına ilişkin belgeler, tapu kayıt örnekleri ve benzeri belgelerdir. Bu belgeler olmadan mahkeme, ZPO Art. 279 ve 280 gereğince anlaşmanın içeriğini denetleme görevini yerine getiremez. Ancak bazı bilgilerin veya belgelerin eksik olması durumunda, bu belgelerin başvurunun alınmasının hemen ardından mı isteneceği yoksa tarafların önce ilk duruşmaya mı çağrılacağı konusunda bir kesinlik yoktur. Tarafların önce dinlenmesi, mahkemenin hangi bilgilere hâlâ ihtiyaç duyulduğunu daha sağlıklı bir şekilde tespit edebilmesine imkân tanıyacağından, bu yaklaşım bazı durumlarda daha uygun olabilir. OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 6.

[411] Bu son unsurdan, başvurunun yazılı biçimde yapılması zorunluluğu anlaşılmaktadır. Ortak bir boşanma talebi, her eşin ayrı ayrı ama içerik bakımından uyumlu dilekçeler sunması hâlinde de mevcut sayılır. Yazılı şekil şartı, tarafların mahkeme tutanağına geçirilmek üzere birlikte beyan vermeleriyle de yerine getirilmiş olur. GLOOR Urs, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana), Helbing & Lichtenhahn, 7. Auflage, Basel, 2022, ZGB 111 N 3; OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 2.

[412] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 2.

[413] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 3.

Eşlerden birinin açtığı boşanma davası sürecinde eşler, boşanma ve yan sonuçları konusunda sonradan anlaşmaya varırlarsa, mahkeme, boşanmayı ZPO Art. 291 uyarınca karara bağlar. ZGB 114 veya ZGB 115'e dayanarak ileri sürülen boşanma gerekçesi sabit değilse diğer bir deyişle ispatlanamıyorsa, eşler iki yıldan kısa süredir ayrı yaşıyor ve boşanma konusunda sonradan anlaşmışlarsa ZPO Art. 292 uyarınca, tek taraflı açılan boşanma davasından anlaşmalı boşanma sürecine geçiş mümkündür. Ancak ZPO Art. 292 (2) uyarınca, ileri sürülen boşanma gerekçesinin sabit olduğu durumlarda tek taraflı açılan boşanma davasından anlaşmalı boşanma sürecine geçilemez[414].

Kısmi anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir düzenleme hazırlanırken ZGB Art. 112 hükmü göz önünde bulundurulabilir. Ancak bu düzenlemenin kanuna, doğrudan alınması da kanaatimizce uygun olmayacaktır. Çalışmanın devamında olası bir kanuni düzenlemede kısmi anlaşmalı boşanmanın şartlarının neler olması gerektiği, İsviçre hukukunda yer alan düzenlemeler de göz önünde bulundurularak belirlenmeye çalışılacaktır.

c. *De Lege Ferenda* Açısından Kısmi Anlaşmalı Boşanmanın Şartları

aa. Eşlerin Ortak Boşanma Arzusu

Anlaşmalı boşanmanın temel unsuru eşlerin boşanma yönündeki ortak iradeleridir. Eşlerin boşanmaya ilişkin ortak arzusu anlaşmalı boşanmayı diğer boşanma sebeplerinden ayıran bir özelliktir. Eşlerin her ikisinin boşanmak istediğini beyan etmeleri yeterlidir ayrıca bir gerekçe sunmaları gerekmez. Bu ortak boşanma iradesinin bir ifadesi olarak, boşanma talebi boşanma sebebinin bir parçası sayılır[415].

Ortak boşanma arzusu görünümü iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki eşlerin boşanma taleplerini birlikte sunmalarıyken diğeri eşler tarafından açılan bir boşanma davasının diğer eş tarafından kabul edilmesidir. TMK m. 166 (3)'te bu durum "*eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi*" şeklinde ifade edilmektedir[416]. İsviçre hukukunda da ZGB Art. 111 uyarınca anlaşmalı boşanmanın ilk koşulu, eşlerin birlikte ve açık bir şekilde boşanma talebinde bulunmalarıdır.

[414] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 4.
[415] CHK-JUNGO, ZGB 111 N 5.
[416] SEÇER Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşmalar", İNUHFD, C. 7, S. 2, 2016, s. 261.

Bu talep doğrudan mahkemeye yöneltilir. ZPO Art. 198 (1/c) uyarınca herhangi bir uzlaştırma süreci öngörülmemiştir[417].

Eşlerin birlikte başvurması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kabul edilir. Usul hukuku bakımından eşlerin birlikte başvurmasından ne anlaşılması gerektiği Türk Hukukunda tartışmalıdır[418]. Kısmi anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kadar boşanma davalarına ilişkin özel usul hukuku düzenlemelerine de ihtiyaç olduğu aşikardır.

Bu düzenlemelerin karşılığı İsviçre hukukunda ZPO Art. 271-295 arasında yer almaktadır. Çocuklara ilişkin düzenlemeler ise ZPO Art. 296-301 arasında yer almaktadır. Özellikle doğrudan anlaşmalı boşanmaya ilişkin ZPO Art. 278-289 arasında yer alan düzenlemeler konunun yargılama süreci hakkında aydınlatıcıdır. Kısmi anlaşmalı boşanma anlaşması içeren ortak boşanma başvurusu ZPO Art. 130 gereğince yazılı olarak sunulmalıdır. Bu başvuru, ZPO Art. 286 (1) gereğince ortak boşanma talebini ve tarafların üzerinde anlaşamadığı boşanma sonuçları hakkında mahkemenin karar vermesi talebini içermelidir. Her bir eş, ZPO Art. 286 (2) gereğince uyuşmazlık konusu boşanma sonuçları hakkında gerekçeli taleplerde bulunabilir[419]. ZPO Art. 285'e göre tam bir anlaşmalı boşanma söz konusuysa eşlerin ortak başvurusu;

- Eşlerin adları, adresleri ve varsa temsilcilerinin bilgileri,
- Ortak boşanma talebi,
- Boşanmanın sonuçlarına ilişkin kapsamlı anlaşma,
- Çocuklara ilişkin ortak talepler,
- Gerekli belgeler,
- Tarih ve imzalarını içermelidir.

ZPO Art. 286'da ise kısmi anlaşmalı boşanma halinde eşlerin ortak başvurusunda yer alması gereken hususlar şu şekilde ifade edilmektedir; "*Eşler, üzerinde anlaşamadıkları boşanma sonuçlarına ilişkin mahkemeden karar talebinde bulunmalıdır.*

Her eş, üzerinde mutabık kalınmayan sonuçlara ilişkin gerekçeli talebini sunabilir.

Madde 285, kıyas yoluyla uygulanır.".

---

[417] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 5.

[418] *Kılıçoğlu*, eşlerin birlikte başvurması şeklinde bir imkânın usul hukukunda bir karşılığı olmadığı yönünde görüş bildirmektedir. KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Yayınevi, 7. Baskı Ankara, 2024, s. 113.

[419] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 4. Sözlü de olabileceği yönünde bir görüş için bkz. CHK-JUNGO, ZGB 112 N 3.

Benzer şekilde özel bir usul hukuku düzenlemesi, HMK m. 119 hükmünde yer alan dava dilekçesinde bulunması gereken hususlardan hangilerinin anlaşmalı boşanma kapsamında aranmasına gerek olmadığı konusundaki belirsizliği de ortadan kaldıracaktır[420]. Kısmi anlaşmalı boşanmada eşlerin birlikte başvuruda bulunması halinde bu davada davacı ve davalının kimin olacağı belirsizdir. Öğreti ve uygulamada, eşlerden birinin "*davacı-davalı*", diğerinin ise "*davalı-davacı*" biçiminde gösterilmelerinin uygun olacağı ifade edilmektedir[421]. Her ne kadar anlaşmalı boşanmaya ilişkin Kanun'da yer alan düzenlemede "*taraf*" terimine yer verilmiş olsa da kanaatimizce burada çekişmesiz bir yargı söz konusu olduğundan bu ibarenin "*ilgili*" veya "*başvuran*" olarak anlaşılması ve konuya ilişkin ileride yapılacak bir düzenleme de "*taraf*" terimine yer verilmemesi yerinde olacaktır[422]. Kanun koyucu, anlaşmalı boşanma müessesesi ile eşlere evliliklerini çekişmesiz ve daha kısa sürede sonlandırma imkânı tanımaktadır[423]. Alman hukukunda boşanma süreci dava

---

[420] "*Davalı ile boşanma ve fer'i sonuçlarında anlaştıklarını belirterek boşanma davası açan davacının, dava dilekçesinde, boşanma sebebini göstermesi ve geçimsizliğin dayandığı vakıaları bildirmesi gerekmediği gibi, böyle bir sebep bildirmiş olsa bile bunun hangi delillerle ispat edileceğine ilişkin bir delil bildirmesi de gerekmez. Çünkü davayı açarken anlaşmalı boşanma kararı verileceğine ilişkin bir beklentisi vardır. Bu beklenti sebebiyle boşanma sebebini göstermemiş ve uyuşmazlık çıkmayacağı inancıyla delil bildirmemiştir. Bu bakımdan, "anlaşmalı boşanma" talebiyle yapılan bir başvuru dilekçesinin içeriğinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 119. maddesinin (1.) fıkrasının (e) ve (f) bentlerindeki hususların aranması doğru ve gerçekçi bir yaklaşım değildir. Açıklanan hususlardaki gereklilik, anlaşmalı boşanma kararı verilmesinin mümkün bulunmadığının anlaşılmasından sonra söz konusu olabilir*", Y. 2. HD 8.5.2014, E. 2013/26237, K. 2014/10618, (Kazancı), (E.T: 15.04.2025).

[421] AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273. "*Taraflar boşanma ve ferileri konusunda anlaştıklarını belirterek anlaşmaları gibi boşanma kararı verilmesi talebiyle mahkemeye birlikte başvurmuşlardır. Dava dilekçesinde; Aysel, "davacı-davalı" olarak; Muharrem de "davalı-davacı" olarak gösterilmiş, dilekçe her ikisi tarafından bu sıfatla imzalanmış, başvurma ve peşin harç ise, tek bir davaya ilişkin olarak yatırılmıştır. Harcı verilmeyen dava açılmış sayılamaz. (Harçlar K. md. 127) O halde, ortada iki dava değil, tek bir dava vardır. Bu da kadın tarafından açılan davadır. ...*", Y. 2. HD., E. 2009/6634, K. 2009/9059, T. 08.05.2009; GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku 2. Cilt, Yetkin, 12. Baskı, Ankara, 2023, s. 1160.

[422] Taraf ve ilgili kavramları hakkında detaylı bilgi almak için bkz. DEVECİ Zeynep Sümeyra, Çekişmesiz Yargıda İlgili Kavramı ve Hukuki Durumu, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2025, s. 95 vd.; YARGIÇ Zeynep, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 25.

[423] Bir yargılamanın çekişmesiz yargı olarak değerlendirilebilmesi için öğretide çeşitli ölçütler ileri sürülmektedir. HMK m. 382 (1)'de bu ölçütlerden ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller ve

yerine başvuru ile başlatılmaktadır. Yalnızca bu isim değişikliğiyle dahi dava atmosferinin psikolojik olarak etkisinin azaltılabileceği ifade edilmektedir. Aile hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklarda ve aile içi anlaşmazlıkları düzenleyen maddelerde, sürecin daha anlaşılır hale gelmesi amacıyla "*dava*" ya da "*hukuki uyuşmazlık*" yerine "*işlem*" terimi kullanılmasına yönelik belirgin bir eğilim olduğu da görülmektedir. Eşler ise başvuran ve karşı başvuran olarak tanımlanmaktadır[424]. Yargıtay'ın farklı yönde kararları olmakla birlikte kanaatimizce aynı dilekçe ile anlaşmalı boşanmak isteyen eşlerin iki ayrı başvuru harcı da yatırmasına gerek bulunmamaktadır[425].

---

hâkimin resen harekete geçtiği hâller olmak üzere üç tanesine yer verilmektedir. Bu ölçütlere ilave olarak öğretide "*inşai*/*önleyici*" etki ölçütü adı verilen bir ölçüte daha yer verilmektedir. Bu ölçüte göre; "*hususi hukuki münasebetlerinin yeni şekil alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuk münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat istikbalde vukuu muhtemel olan tecavüzlerin önlenmesinde, alakadarların mahkemece himaye edilmesi icap eden haller*" de çekişmesiz yargı işleridir. KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1961, s. 39; BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2022, § 21 N 8. Anlaşmalı boşanma olarak bilinen usul, ihtilaf yokluğu ve yenilik doğuran etki ölçütlerine göre bir çekişmesiz yargı işidir. BASIM Aybüke, "Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Bir Yargı İşi Midir?", Adalet Dergisi, Sayı 69, 2022/2, s. 513-554; AKİL Cenk, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", AÜHFD, 62 (4), 2013, s. 955. Anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli yargıya tabi olması gerektiği hakkında bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273.

[424] MüKo-WEBER, BGB Vorbem. § 1564 N. 36.

[425] Aynı yönde bir görüş için bkz. GENÇCAN, Boşanma, s. 1161. Yargıtay'ın vermiş olduğu benzer yönde bir karar için bkz. "*... eşlerin birlikte kaleme alacakları dilekçe ile de boşanma davası açabilecekleri kabul edilmiştir. Karı-koca boşanmaya ilişkin dilekçelerini birlikte kaleme almışlardır. Harçlar Yasasının bir sayılı tarifesi uyarınca da tek bir başvurma harcı yatırılmıştır. Koca tarafından ikinci bir başvurma harcının yatırılmamış olması onun davasının bulunmadığı anlamını taşımaz. Dava kadının ve kocanın boşanma isteklerini içermektedir.*", Y. 2. HD., E. 2002/4194, K. 2002/4994. T. 09.04.2002. Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu kararlar için bkz. "*Davalının harcı verilerek açılmış bağımsız bir boşanma davası yoktur. Davalının davacı kadın tarafından açılan boşanma dava dilekçesini davalı olarak imzalamış olması ayrı bir harç yatırılmadığından davalı açısından bu dilekçeyi dava dilekçesi niteliğine dönüştürmez. Açıklanan bu durum karşısında kadının davasının feragat nedeniyle reddi ile yetinilmesi gerekirken, kocasının da davası varmış gibi kesin hüküm oluşturacak şekilde davalının boşanma davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.*", Y. 2. HD., E. 2008/4531, K. 2008/1409, T. 12.02.2008; "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle harcın kadın tarafından yatırılmış olması karşısında davanın kadın tarafından açıldığının kabulü gerektiğine göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA*", Y. 2. HD., E. 2009/21316 K. 2010/1816 T. 4.2.2010 (Lexpera). Yargıtay'ın vermiş olduğu son kararlarda ise anlaşmalı boşanma davası

Davacı eşin, herhangi bir boşanma nedenine dayalı olarak açtığı boşanma davasında, diğer eşin de boşanmayı kabul ettiğini bildirmesi yeterlidir[426]. Bununla birlikte, bu durum, açılmış olan bir boşanma davasında, iddia

tek bir dava olarak kabul edildiğinden yine iki ayrı harç yatırmaya gerek olmadığı söylenebilir. "*Taraflar boşanma ve ferileri konusunda anlaştıklarını belirterek anlaşmaları gibi boşanma kararı verilmesi talebiyle mahkemeye birlikte başvurmuşlardır. Dava dilekçesinde; Aysel, "davacı-davalı" olarak; Muharrem de "davalı-davacı" olarak gösterilmiş, dilekçe her ikisi tarafından bu sıfatla imzalanmış, başvurma ve peşin harç ise, tek bir davaya ilişkin olarak yatırılmıştır. Harcı verilmeyen dava açılmış sayılamaz. (Harçlar K. md. 127) O halde, ortada iki dava değil, tek bir dava vardır. Bu da kadın tarafından açılan davadır. Davalının da dava dilekçesini imzalamış olması, boşanmayı kabul edeceği anlamında olup, kendisi tarafından da dava açılmış olduğunu göstermez. Mahkemece, davanın kabulüne tarafların Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiş, kararı davacı kadın temyiz etmiştir. Davacının 20.3.2008 tarihli temyiz dilekçesinin davadan feragat niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu hususta bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.*", Y. 2. HD., E. 2009/6634, K. 2009/9059, T. 08.05.2009. Konu hakkında başkaca mahkeme kararları ve açıklamalar için bkz. GENÇCAN, "Anlaşma" Aldatmacası, s. 305, 306.

[426] İsviçre hukukunda ZGB Art. 116'da yer verilen benzer nitelikteki düzenleme 9 Aralık 2008 tarihli Medeni Usul Kanunu (ZPO) Ek 1, Bölüm II, bent 3'ü uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldırılan düzenlemenin karşılığı ZPO Art. 292'de anlaşmalı (ortak başvuru ile) boşanma usulüne geçiş başlığı altında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, Eşler, davanın derdest hâle geldiği anda iki yıldan daha az süredir ayrı yaşıyorsa ve boşanma konusunda mutabık kalmışlarsa dava anlaşmalı boşanma hükümleri uyarınca yürütülür. Eğer ileri sürülen boşanma sebebi sabit hâle gelmişse, artık anlaşmalı boşanma usulüne geçiş yapılamaz. Öğretide, anlaşmalı boşanma için ZGB'de yer alan iki aylık düşünme süresinin 01.02.2010 tarihinde kaldırılmasıyla birlikte ZPO Art. 292'de ki işlevlerden birinin boşa düştüğü ve düşünme süresi kaldırıldığında ZPO Art. 292'nin de değiştirilip**,** eşlerin boşanma konusunda anlaşması hâlinde her zaman usul değişikliğine gidileceğinin düzenlenmesinin daha uygun olacağı ifade edilmektedir. BÄHLER Daniel, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Hrsg. BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo), Dike Varlag, 2. Auflage, Zürich, 2016, ZPO 292 N 4. Düzenlemede, davalı tarafın boşanma konusunda açıkça onay vermesi durumunda, taraflar arasında boşanma konusunda bir anlaşma olduğu kabul edilmekte ve bu nedenle davanın, anlaşmalı boşanma usullerine göre devam etmesi öngörülmektedir. SUTTER-SOMM Thomas /LAZIC Milan, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), (Hrsg. SUTTER-SOMM Thomas, HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph), Schulthess, 3. Auflage, Zürich, 2016, ZPO 292 N 1. ZGB Art. 115 uyarınca boşanma sebebinin ispatı gibi çekişmeli bir dava, eğer taraflar boşanmanın yapılması konusunda uzlaşmışsa, anlamlı olmayacak ve boşanma sonuçları üzerinde olası bir uzlaşma için ters bir etki yaratacaktır. ZPO Art. 292 (1)'in amacı bu durumun önüne geçilmesidir. ZPO Art. 292 (2) ise ZGB Art. 114 uyarınca boşanma sebebinin netleşmiş olduğu durumlarda, boşanma için sonradan onay verme yoluyla usul manipülasyonlarını dışlamayı amaçlamaktadır. SUTTER-SOMM/LAZIC, ZPO 292 N 3.

edilen olguların ikrar edilmesi ile karıştırılmamalıdır. Açılmış olan bir boşanma davasında, davalı eşin de boşanmayı istemesi halinde, dava nitelik değiştirerek anlaşmalı boşanmaya dönüşür. Salt boşanmayı istemek ise açılmış olan boşanma davasında ileri sürülmüş olan olguların ikrar edildiği anlamına gelmez[427]. Eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasının diğer eş tarafından kabul edilmesi durumunda da çekişmeli olan davanın anlaşmalı boşanmaya diğer bir deyişle çekişmesiz yargılama işine döneceği söylenebilir[428]. Taraflardan birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin davanın başında ve yasal cevap süresi içinde kabul ettiğini açıklaması zorunlu değildir. Davanın ve yargılamanın her aşamasında kabul beyanı ileri sürülebilir[429].

Kısmi anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir düzenleme getirilecekse ortak boşanma arzusunun varlığının kabulünü eşlerden birinin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesiyle sınırlamak doğru olmayacaktır. İsviçre hukukunda yer alan düzenlemeye benzer şekilde düzenleme, boşanmanın kabul edilmesi şeklinde kaleme alınmalıdır. Önemli olan, taraflar arasında sadece boşanma noktası ile ilgili bir anlaşmanın bulunmasıdır. Diğer bir deyişle eşler arasında boşanmanın yapılması gerektiği konusunda bir uzlaşma vardır. O halde boşanmayı kabul etme yalnızca davayı kabul etmekle sınırlı değildir.

---

[427] ERDEM Mehmet/MAKARACI-BAŞAK Aslı, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2024, s. 135.

[428] "*Terk sebebine dayanan boşanma davasında, davalının "davayı kabul" beyanı sonuç doğurmaz (TMK 184/1- 3). Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılarak açılmış bir davada TMK'nın 166/3. maddesindeki şartların varlığı halinde kabulün hukuki değeri vardır*". Yargıtay 2. HD 8.12.2004, E. 2004/13745, K. 2004/14686 (Kazancı), (E.T: 15.04.2025).

[429] SEÇER, s. 261. Yargıtay'a göre karar verildikten sonra, kararın uzun bir süre tebliğ ettirilmemesi dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. "*Tarafların anlaşmalı boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, davacının hukuki ve fiili bir engeli olmadığı halde; iki yıl sekiz ay evliliği sürdürdükten sonra davalıya kararın tebliğini istemesi davacı için bir "hak" olmakla birlikte; TMK'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı ve "hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir. TMK'nın 2/2. maddesinde belirtildiği gibi bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanma iradelerinin samimi olmadığı anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir*", Y. 2. HD., E. 2009/16037, K. 2010/17586, T. 25.10.2010, (Lexpera), (E.T: 24.04.2025). HMK m. 302 (3)'e göre "*Gerekçeli karar, hazır olmayan taraflara tebliğ olunur.*", kararın tebliğ edilmesi, taraflar için bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş bilakis mahkeme tarafından yerine getirilmesi bir görev olarak Kanunda yer almaktadır. Kanaatimizce eşlerden birinin kararın tebliğini uzun bir süre istememesi sebebiyle boşanma kararının ortadan kalkması, dürüstlük kuralı veya hakkın kötüye kullanılmasıyla açıklanamaz.

Karşı dava açılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira her iki durumda da eşlerin boşanmak istedikleri sonucuna varılabilir[430].

Eşlerden birinin boşanmayı istemediğini açık bir şekilde beyan etmesi durumunda artık kısmi anlaşmalı boşanmadan da bahsedilemeyecektir. Kısmi anlaşmalı boşanmadaki uyuşmazlık ancak boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin olabilir. Boşanmanın kendisi konusunda bir uyuşmazlık söz konusu olması halinde dava anlaşmalı boşanma olmaktan çıkarak kendiliğinden çekişmeli boşanma davasına dönüşecektir[431]. Türk Hukuku'ndan farklı olarak İsviçre Federal Mahkemesi, eşlerden birinin açmış olduğu boşanma davasına karşılık diğer eşin de boşanma davası açması halinde anlaşmalı boşanmaya ilişkin usul kurallarının uygulanacağına karar vermiştir[432].

ZGB Art. 112 düzenlemesinde geçen "*eşler boşanmayı ortak olarak talep edebilir"* cümlesi lafzen yorumlandığında başvurunun mutlaka birlikte yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. İsviçre öğretisinde bu durum tartışmalı olmakla birlikte[433] *de lege ferenda* açısından Türk Hukukunda

---

[430] SUTTER-SOMM/LAZIC, ZPO 292 N 6. Bu durumun bir istisnasına ZPO Art 292 (2)'de yer verilmektedir. Eğer öne sürülen boşanma sebebi kesinleşmişse, ZGB Art. 114'ye göre boşanma davası kabul de edilse, karşı dava açılsa da anlaşmalı boşanma usulüne geçiş yapılmaz. Bu durumda, dava ZPO Art. 291 (3)'e göre devam edecektir. SUTTER-SOMM/LAZIC, ZPO 292 N 10.

[431] "*Dava, erkek tarafından anlaşmalı boşanma talebiyle açılmış, ön inceleme duruşmasında davalı, boşanmak istemediğini beyan ederek davaya karşı çıkmıştır. ... dava anlaşmalı boşanma olmaktan çıkmış, kendiliğinden çekişmeli boşanma davasına dönüşmüştür. Bu halde anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli boşanma (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir. ...*", Y. 2. HD., E. 2015/11837, K. 2015/13635, T. 26.06.2015, (Lexpera), (E.T: 15.04.2025).

[432] İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan olayda, İsviçre'de yaşayan eş, iki yılın dolmasından önce boşanma davası açmıştır. Yurt dışında yaşayan diğer eş, boşanma davasını İsviçre'de reddetmiştir. Diğer eş daha sonra yurt dışında bir boşanma davası açmıştır. Yüksek Mahkeme, bunu boşanmaya onay olarak değerlendirerek usul değişikliği için temel olarak kabul etmiştir. Mahkeme, böyle bir durumda anlaşmalı boşanma usulüne ilişkin prosedürlerin davaya özel olarak uygulanabileceğini belirtmiştir. BGE 137 III 421.Benzer yönde farklı bir karara konu olan olayda ise koca, eşinin ZGB Art. 114 uyarınca açtığı boşanma davasına iki yıllık ayrılık süresinin dolmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Ancak kısa bir süre sonra, başka bir mahkemede boşanma davası açmıştır. Federal Mahkeme, bunu boşanma konusunda bir onay olarak kabul ederek ZPO Art. 292 (1)'in uygulanması ve eşinin başlattığı davanın anlaşmalı boşanma usullerine göre devam etmesine gerektiği yönünde karar vermiştir. BGE 139 III 482.

[433] Jungo'ya göre her ne kadar ZPO Art. 285 açıkça ortak bir başvurudan söz etse de eşlerin boşanma taleplerini ayrı ayrı sunmaları da kabul edilebilir olmalıdır. Esas olan, boşanma iradelerinin birlikte imzaladıkları protokolden açık ve tereddütsüz biçimde anlaşılabilir olmasıdır. Bununla birlikte, iradenin açıklığı ve ispat edilebilirliği açısından, her iki eş

yapılacak bir düzenlemede TMK m. 166 (3)'te yer verilen "*bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi*" cümlesine de yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Kısmi anlaşmalı boşanmanın söz konusu olabilmesi eşlerin boşanmak için birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi ve eşlerin mahkemeden, üzerinde anlaşamadıkları yan sonuçları karara bağlamasını talep etmesi gerekir.

Kısmi anlaşmalı boşanmada eşlerin, boşanmayı, mahkemenin boşanma sonuçlarını nasıl düzenleyeceğinden bağımsız olarak talep ettiklerini beyan etmeleri esastır. Ancak eşler, boşanmaya sadece, mahkemenin ihtilaflı konuları önceden aralarında üzerinde uzlaştıkları bir çerçevede karara bağlaması hâlinde onay verdiklerini belirten bir açıklama sunabilirler. Böylece eşler mahkemenin kararının bu uzlaşılmış çerçevenin dışına çıkması durumunda boşanma taleplerine bağlı kalmama olasılığını kendilerine açık bırakmış olurlar[434].

Kısmi anlaşmalı boşanmanın, tam anlaşmalı boşanmadan farklılık arz ettiği diğer bir durumda çifte vekalet durumudur. Tek bir avukat, tam anlaşmalı boşanma davalarında eşlere danışmanlık sağlayabilir. Maliyet tasarrufu ve mahkeme tarafından anlaşmanın sonradan incelenmesi gerekçesiyle, bu tür danışmanlık kabul edilebilir. Ana hatlarıyla anlaşmanın hazırlanması için ortak danışmanlığa izin verilmesi ve bunun dava sürecine dahil edilebilmesi gerekir. Ancak, kısmi anlaşmalı boşanmalarda olduğu gibi davada menfaat farklılıkları söz konusuysa çıkar çatışması riski çifte vekalet yasağını da beraberinde getirecektir[435].

bb. Belirli Bir Süre Geçmesi

TMK m. 166 (3) gereğince anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için evliliğin üzerinden en az bir yıl geçmiş olması gerekmektedir. Kanun koyucu, eşlerin henüz birbirlerini tam anlamıyla tanımalarına fırsat olmadan, evlilik birliğini yürütüp yürütemeyeceklerini anlayamadan, boşanmalarına engel olmak istemektedir. Hâkim bir yıllık süreyi resen

tarafından imzalanmış ortak bir boşanma talebinin mahkemeye sunulması özellikle tavsiye edilir. Söz konusu başvuru, eşlerin ortak bir vekili ya da ayrı vekilleri aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. CHK-JUNGO, ZGB 111 N 11. Benzer yönde bir görüş için bkz. FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 10.

[434] CHK-JUNGO, ZGB 112 N 4.

[435] FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 47. Benzer yönde bir düzenlemeye Türk Hukukunda Avukatlık Kanunu m. 38'de yer verildiğinden bir avukatın aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmesi mümkün olmayacaktır.

araştırmalıdır[436]. İsviçre hukukunda düşünme süresi olarak adlandırılan bu süre kaldırılmıştır[437].

Anayasa m. 41 "Ailenin Korunması" başlığını taşımaktadır. Söz konusu düzenlemenin ilk fıkrasında "*Aile toplumun temelidir*" şeklinde tanımlanmaktadır. İkinci fıkrasında ise "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*" denilmektedir. Anlaşmalı boşanma için öngörülen bir yıllık süre ailenin korunmasına hizmet etmektedir. Kanaatimizce kısmi anlaşmalı boşanma bakımından da böyle bir sürenin aranmasına devam edilmelidir.

Bir yıllık sürenin uzunluğu ise ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bir yıllık süre makuldür ve bu sürenin kısaltılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda anlaşmalı boşanma davasında davanın kabul edilebilmesi için bir yıllık sürenin dava tarihinde dolmuş olması gerektiği ifade edilmektedir. Anlaşmalı boşanma davasında dava tarihi itibarıyla evlilik süresinin bir yılı doldurmadığının anlaşılması durumunda davaya çekişmeli boşanma hükümlerine göre devam edilmesi gerekmektedir[438]. Dava tarihinden sonra bir yıllık sürenin dolmuş olması anlaşmalı boşanma kararı verilmesine olanak vermemektedir[439]. Bizim de

---

[436] ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, s. 134.

[437] Milletvekili *Jutzet*'in önerisi ile başlatılan yasa değişikliği sonucunda 1 Şubat 2010 itibarıyla ZGB Art. 111 yenilenmiş ve iki aylık düşünme süresi yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı revizyon kapsamında, ZPO Art. 288 (2 ve 3) ZGB Art. 111'e uyarlanmıştır. Ulusal Meclis bu değişikliği büyük çoğunlukla kabul etmiş, Eyaletler Meclisi ise oybirliği ile onaylamıştır. İstişare sürecinde dile getirilen bazı çekincelere ve alternatif önerilere itibar edilmemiştir. Parlamentodaki görüşmelerde, bekleme süresinin kaldırılmış olmasına rağmen, eşlerin mahkemece dinlenmesi aracılığıyla, herhangi bir tarafın baskı altında veya düşünmeden boşanmaya ya da anlaşmaya onay vermesinin hâlâ engellenebileceği sıklıkla vurgulanmıştır. FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 3.

[438] "*Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 11/01/2012 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin bir ve ikinci fıkrasındaki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden davanın kabulüyle boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.*", Y. 2. HD., E. 2013/24061, K. 2014/275, T. 13.01.2024; benzer yönde diğer kararlar için bkz. Y. 2. HD., E. 2008/5277, K. 2008/2323, T. 26.02.2008; Y. 2. HD., E. 2007/1911, K. 2007/15180, T. 07.11.2007, GENÇCAN, Boşanma, s. 1158.

[439] "*... Dava tarihi itibarıyla evlilik en az bir yılını doldurmamış ise, bu maddelerin uygulanması bakımından "evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına" ilişkin karine geçerliliğini yitirir. Böyle bir durumda da Yasanın 166/3. Maddesi çerçevesi dahilinde*

katıldığımız görüşe göre dava açıldığı tarihte henüz bir yıllık süre dolmamış olsa da duruşma günü itibarıyla bu süre tamamlanmışsa, davanın sırf bu nedenle reddedilmesi doğru değildir. Aynı şekilde, dava sürenin dolmasından önce açılmış ancak sürenin tamamlanmasına az bir zaman kalmışsa, hâkimin davayı doğrudan reddetmek yerine, duruşmayı bir yıllık sürenin dolmasından sonraki bir tarihe ertelemesi ve yalnızca süre nedeniyle reddetme yoluna gitmemesi gerekir. Bu yaklaşım, usul ekonomisinin de bir gereğidir[440].

Bir yıllık sürenin nasıl geçirilmesi gerektiği bakımından Alman hukukuna benzer şekilde ayrı yaşama şartının yararlı olacağı kanaatinde değiliz. Alman hukukunda da anlaşmalı boşanma için BGB § 1566 (1) gereğince bir yıllık süre aranmakla birlikte bu süre eşlerin ayrı yaşıyor olmaları şartına bağlanmıştır. Ayrı yaşamadan ne anlaşılması gerektiği ise BGB § 1567 (1), eşler arasında artık ortak bir ev hayatı yoksa ve eşlerden biri evliliğin birlikteliğini açıkça reddederek bu birliği yeniden kurmak istemiyorsa şeklinde tanımlanmıştır. Halihazırda anlaşmalı boşanma için geçerli olan eşlerin bu bir yıllık süreyi birlikte geçirmiş olmaları veya olmamalarının dikkate alınmaması prensibi korunmalıdır[441].

cc. Hâkimin Eşleri Dinlemesi

Mahkeme, bir veya birkaç duruşmada eşlerin her birinin boşanmayı özgür ve dış etkilerden bağımsız, özellikle de diğer eşin baskısı olmaksızın, ciddi ve bilinçli biçimde diğer bir deyişle, kişisel ve maddi sonuçlarını dikkate alarak isteyip istemediğini ve irade sakatlıklarının bulunmadığını kontrol eder[442]. Bu dinleme yetkisi devredilemez, hâkimin eşleri bizzat dinlemesi gerekmektedir[443].

---

boşanma kararı verilemez, ...", Y. 2. HD., E. 2014/2605, K. 2014/13905, T. 19.06.2014, (Lexpera). (E.T: 15.04.2025).

[440] ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, s. 134.

[441] Öğretide yer aksi yönde bir görüşe göre, kanunun belirli süre birlikte yaşamayı aramaması bir çelişki oluşturmamaktadır. Zira, eşler evlendikleri andan itibaren ayrı yaşamaya başlarlar ve hiçbir şekilde bir araya gelmeden bir yıl sonra boşanmak için başvururlarsa, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından ortak hayatın çekilmez hale geldiğinden bahsedilemeyecektir. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 649; OĞUZMAN/DURAL, s. 128.

[442] CHK-JUNGO, ZGB 111 N 15. İsviçre hukukunda "*mahkeme*" ile, ZPO Art. 3'e göre kantonun yargı teşkilatına uygun biçimde belirlenmiş kurul hâlinde ya da tek hâkimli organ kastedilmektedir. OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 7.

[443] "*... davacı ve davalı asil dinlenilmeksizin, taraf vekillerinin beyanına dayanılarak boşanma hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*", Y. 2. HD., E. 2005/1637, K. 2005/3656, T. 10.03.2005, (Lexpera). (E.T: 15.04.2025).

Sorgulamanın temel amacı, irade sakatlıklarının olup olmadığını araştırmak ve tarafların ehliyetini değerlendirmektir. Anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin gerçekten temelinden sarsılıp sarsılmadığıyla ilgilenilmez[444].

Eşlerin ayrı ayrı mı yoksa birlikte mi dinleneceği konusunda TMK m. 166'da açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir[445]. Öğretide hâkimin eşleri birlikte dinleyebileceği gibi ayrı ayrı da dinleyebileceği, eşlerin dinlendiği hususunun tutanağa geçirilmesinin yeterli olduğu ifade edilmektedir[446].

---

[444] FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 2.

[445] *Kılıçoğlu*, düzenlemede eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenilmesi koşuluna yer verilmesinin sebebinin, eşlerin her türlü baskı ve tehditten uzak olarak anlaşmalı boşanmaya kendi özgür iradeleri ile karar verdiklerinin anlaşılması ve kadınların baskı, korku ve tehdit altında kalarak boşanmayı kabul etmelerinin önüne geçilmesi olduğunu ifade etmektedir. KILIÇOĞLU, s. 114. Bu görüşe katılmanın yanı sıra hâkimin eşleri hem birlikte hem de ayrı ayrı bizzat dinlemesinin bu endişeleri gidermek konusunda daha da etkili olacağı düşüncesindeyiz.

[446] ÖZTAN, s. 693. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda ise hâkimin iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirebilmesi için hem davacıyı hem de davalıyı aynı anda bizzat dinlemesi gerektiği ifade edilmektedir. "*... Uygulamada anlaşmalı boşanma adı verilen ve yukarıya alıntılanan fıkra uyarınca boşanma kararı verilebilmesi için ilk koşul; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesidir. Aksi takdirde hâkim diğer şartları incelemeden boşanma davasını reddetmelidir. İkinci koşul, eşlerin mahkemeye birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesidir. Burada önemli olan tarafların boşanma iradelerini aynı anda ve duruşmada hâkime beyan etmesidir. Üçüncü koşul, eşlerin iradelerini hâkime bizzat açıklamalarıdır. Hâkimin eşleri dinleyerek serbest iradelerinin oluşup oluşmadığına karar vermesi gerekir. Madde hükmü, duruşmada tarafların her türlü baskı ve tehditten uzak olarak özgür iradeleri ile beyanda bulunduklarının denetlenmesini amaçladığından, hâkimin bu hususta her türlü özeni göstermesi gerekmektedir (Kılıçoğlu A: Aile Hukuku, Ocak 2019, s.113). Son koşul ise; anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda da anlaşmış olmaları ve buna ilişkin düzenlemeyi hâkimin onayına sunmaları gerekir. Taraflar bu hususta mahkemeye bir protokol sunabilecekleri gibi, belirtilen tüm bu hususlarda mahkemeye sözlü olarak da beyanda bulunabilirler. Ancak ikinci durumda sözlü beyanın zapta geçirilmesi ve taraflarca imzalanması gerekir (Akıntürk T: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Ocak 2019, s.271). ...*", Y. HGK., E. 2017/2-2643, K. 2019/484, T. 18.04.2019, (Lexpera). Yargıtay bir kararında görüntülü görüşmenin bizzat dinlenilme şartını sağlamayacağı yönünde karar vermiştir. "*... Somut olayda dosyanın incelenmesinden; tarafların dosyaya sunduğu 05.02.2018 tarihli anlaşmalı boşanma protokolünün taraflarca değil, taraf vekilleri tarafından imzalandığı, ayrıca 06.02.2018 tarihli duruşmada davacı erkeğin hazır bulunmadığı, davacı erkeğin Fransa`da bulunması sebebi ile oğlu Yasin Öztürk`ün cep telefonundan davacı erkeğin görüntülü olarak aranarak beyanının tutanağa geçirildiği ve bu şekilde tarafların boşanmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda bahsedilen kanun hükmü gereğince davacı ve davalı asıl tarafından imzalanmış anlaşma protokolü olmadan ve davacı erkek duruşmada hazır olup*

Hâkimin verdiği kararda açıklanan irade beyanlarının sağlıklı herhangi bir etki altında kalmadan verildiğini belirtmesi kamu düzenindendir ve görev sorumluluğu kapsamındadır[447].

İsviçre hukukunda ZGB Art.111 (1)'de açıkça öngörüldüğü üzere, eşler hem birlikte hem de ayrı ayrı dinlenmelidir[448]. ZPO Art. 287'ye göre başvuru eksiksiz ise mahkeme tarafları dinlemek üzere duruşmaya davet eder. Eşlerin ayrı ayrı dinlenmesindeki amaç her bir eşin boşanma konusundaki motivasyonu ve serbest iradesi hakkında doğrudan bir kanaate varılabilmesidir. Bu dinlemelerden önce eşlerle bireysel görüşmelerin yapılması daha sonrasında eşlerin birlikte dinlenilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Tarafların kendi avukatlarının kişisel görüşmelere katılması engellenemez[449]. Ancak diğer eşin avukatının dinlemeye katılması, kuralın amacına aykırıdır. Ayrıca mahkeme, tarafların boşanmanın kendi yaşam koşulları üzerindeki somut etkilerini düşünüp düşünmediklerini de güvence altına almalıdır. Uygun sorularla, her bir tarafın bu konuda düşünce geliştirip geliştirmediği araştırılmalıdır. Boşanma talebinin serbest ve bilinçli şekilde yapılmış olması gerektiğinden, mahkemenin bu dinlemeleri dikkatli, yeterli zaman ayırarak ve şablonlara bağlı kalmadan yapması gerekmektedir. Bu nedenle ZGB Art. 111 (1)'in son cümlesinde, bu görüşmelerin birden fazla oturumdan oluşabileceği açıkça belirtilmiştir. Buna karşın, evliliğin bozulma nedenlerine veya kusur araştırmalarına ilişkin sorular ZGB Art. 111 veya 112'ye göre yapılan boşanma prosedüründe yer almaz[450].

---

mahkeme hakimince bizzat dinlenilmeden Türk Medeni Kanunu`nun 166/3. maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. ...", Y. 2. HD., E. 2021/7601 K. 2021/6759 T. 4.10.2021, (Lexpera). Vekil veya vasinin dinlenilmesi de eşlerin bizzat dinlenilmesi şartını sağlamamaktadır. "*... davacı kendisini vekil ile temsil ettirmiş, bizzat mahkeme huzurunda hazır bulunarak boşanma ve sonuçları hakkında bir irade açıklamasında bulunmamıştır. Vekaletnamesinde özet yetki bulunsa bile vekilin beyanı sonuç doğurmaz. ...*", Y. 2. HD., E. 2014/20562, K. 2015/4949, T. 19.03.2015, (Lexpera), (E.T: 15.04.2025).

[447] GENÇCAN, Boşanma, s. 1169.

[448] Mahkemenin dinlemede odaklanması gereken unsurlar: Eşlerin boşanma ve anlaşma yönündeki iradelerinin özgür iradeyle oluşmuş olması, bu iradenin olgun ve yeterince düşünülmüş olması, sunulan anlaşmanın onaylanabilir olup olmadığıdır. CHK-JUNGO, ZGB 111 N 16.

[449] CHK-JUNGO, ZGB 111 N 19. İsviçre Federal Mahkemesi ise anayasal bir şikâyet karşısında, kantonal usul hukukunun ayrı dinleme sırasında kişinin kendi avukatını da dışlamasına olanak tanıyabileceğini ifade etmiştir. BGE 5P.55/2002.

[450] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 8; CHK-JUNGO, ZGB 111 N 16.

Dinleme sırasında taraflara yönelik bazı sorular ve hatırlatmalar yapılır. Hâkim, tarafları anlaşmada eksiklikler veya belirsizlikler konusunda uyarır ve onlara yardımcı olur. Hâkim, hala belirsiz veya eksik olan noktalarda karşılıklı anlaşma önerileri sunabilir, ayrıca tarafların talep ettiği anlaşmanın kendisine uygun olmadığı düşünülen noktalarda da benzer şekilde önerilerde bulunabilir[451]. Eşlerin dinlenilmesinde bizzat katılımları zorunludur. Ancak ZPO Art. 278 gereğince "*Taraflar, mahkeme tarafından hastalık, yaşlılık veya başka haklı bir sebep nedeniyle muaf tutulmadıkları sürece, duruşmaya şahsen katılmak zorundadır.*". Eşlerden birinin, örneğin mesafe ya da sağlık sorunları nedeniyle uzun süreli yurtdışında bulunması durumunda ve kişisel duruşma için İsviçre'ye gelmesi kendisinden makul olarak beklenemiyorsa bu eşin dinlemesi, yabancı bir mahkeme aracılığıyla adli yardımla veya video konferans gibi başka yollarla gerçekleştirilmelidir. İsviçre içindeki seyahat engelleri de örneğin hastanede yapılacak bir mahkeme sorgusunu mümkün kılabilir. Eğer eşlerden biri ayırt etme gücünden daimî olarak yoksunluk (bilinçsizlik veya tepki verememe hali) nedeniyle kişisel olarak sorgulanamıyorsa, diğer eş için ZGB Art. 111'e dayalı boşanma yolu kapalıdır. Bu durumda ancak ZGB Art. 114 veya 115 uyarınca bir boşanma davası açılabilir. Taraflardan birinin dinlenmesinden tamamen feragat edilmesi ise sadece istisnai hallerde düşünülebilir[452].

Kısmi anlaşmalı boşanmada eşlerin dinlenilmesi bakımından her bir eşin, diğer uyuşmazlıkların nasıl karara bağlanacağından bağımsız olarak boşanmayı kabul etme iradesinin serbestçe oluşmuş ve iyi düşünülmüş olması gerektiğine ayrıca dikkat edilmelidir. Eşlere hukuki başvuru yolları hakkında bilgilendirme yapılmalıdır. Tarafların üzerinde anlaşamadığı konu sayısı ve bu konuların önem derecesi arttıkça, duruşmanın da daha ayrıntılı yapılması gerekir[453].

Boşanmadan etkilenecek bir çocuğun bulunması durumunda çocuğun da dinlenmesi gerekebilir. ZGB Art. 133 (2)'de bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre "*Mahkeme, çocuğun yararına olan tüm önemli koşulları dikkate alır. Ebeveynlerin ortak başvurusunu ve mümkün olduğunca çocuğun görüşünü de göz önünde bulundurur.*". Ayrıca ZPO Art. 298 (1)'de de "*çocuk, yaşı veya başka geçerli bir sebep dinlenmesini engellemediği sürece, mahkeme ya da bu amaçla*

[451] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 9.
[452] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 10; CHK-JUNGO, ZGB 111 N 18; FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 16.
[453] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 4.

görevlendirilen üçüncü bir kişi tarafından bizzat ve uygun bir şekilde dinlenir." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmektedir[454].

Kanaatimizce yapılacak olası bir kanuni düzenlemede kısmi anlaşmalı boşanma bakımından eşlerin ayrı ayrı ve birlikte dinlenmesi gerektiğine kanunda açık bir şekilde yer verilmelidir.

dd. Hâkimin Anlaşmayı Uygun Bulması

aaa. Genel Olarak

Türk hukukunda anlaşmalı boşanmaya ilişkin karar verilebilmesi için boşanmanın mali sonuçları ve çocuğun durumu üzerinde de anlaşılmış olması ve bu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanmış olması gerekmektedir. Eşlerce hâkime sunulan bu anlaşma uygulama ve öğretide, boşanma anlaşması, boşanma sözleşmesi, boşanma protokolü, anlaşma protokolü gibi farklı isimlerle anılmaktadır[455].

Boşanmanın mali sonuçları, TMK m. 174 (1)'de düzenlenen maddi tazminat, TMK m. 174 (2)'de düzenlenen manevi tazminat ve TMK m. 175'te düzenlenen yoksulluk nafakasıdır. Eşler söz konusu bu mali sonuçları talep ediyorsa neyi talep ettiğini, talep etmiyorsa neyi talep etmediğini protokolde açıklamalıdır[456]. Tarafların mali konularda anlaşamaması halinde hâkim tarafından anlaşmalı boşanmaya hükmedilmesi mümkün değildir. Tarafların yaptıkları anlaşmada tazminat haklarını veya nafaka talebini saklı tuttuklarını belirtmeleri halinde de anlaşmalı boşanmaya hükmedilemez[457]. Türk hukukunda kısmi anlaşmalı boşanma imkânı söz konusu olmadığından mali sonuçlar üzerinde anlaşamama durumunda boşanma, eşler arasında çekişmeli şekilde devam eder[458].

---

[454] FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 17. Düzenlemenin devamında çocukların dilenilmesinde sesli ya da görüntülü elektronik iletişim cihazlarının kullanılamayacağına yer verilmektedir. OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 8.

[455] ÖZDEMİR, s. 157.

[456] ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, s. 137; SEÇER, s. 268. "… Taraflar tanzim ettikleri protokolü mahkemeye sunarak boşanmaya karar verilmesini istemiş iseler de davacı kadın ve çocuklar için belirtilen nafakaların ve kadın için tazminatın niteliği açıklanmamıştır. Bu durumda mahkemece nafakalar ile tazminatın niteliğinin taraflardan açıklattırılması, uyuşmaları halinde buna göre nafaka ve tazminat taktiri ile boşanmaya karar verilmesi aksi halde taraflardan delillerinin sorularak, toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. …", Y. 2. HD., E. 2002/2106, K. 2002/2558, T. 28.02.2002, GENÇCAN, Boşanma, s. 1181.

[457] SEÇER, s. 268.

[458] "*... Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Türk Medeni Kanununun 166. Maddesinin 1., 2. Ve 4. Fırkalarına göre değerlendirme yapılmalıdır. ...*", Y. 2. HD., E. 2004/1717, K.

Anlaşılacak diğer bir husus olan çocuğun durumu ise TMK m. 182 (2)'de düzenlenen iştirak nafakası, TMK m. 182 (1 ve 2)'de düzenlenen kişisel ilişki kurulması ve TMK m. 336 (3)'te düzenlenen velayettir[459].

İsviçre hukukunda da tam anlaşmanın, boşanmanın mali sonuçlarından her biri ve tamamının açıkça uygunsuz olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. ZGB Art. 111 (2), mahkeme ön incelemesinin, özellikle tarafların ortak talepleriyle ilgili çocuklarla ilgili velayet düzenlemesi, kişisel ilişki düzenlenmesi ve nafaka açısından olumlu sonuçlanması gerektiğini vurgular. Bu bağlamda, ZGB Art. 133 (2) uyarınca gerektiğinde çocuklar da dinlenebilir. Mahkeme, sunulan belgeler tamamlanmamışsa, tarafların gelir, mal varlığı ve yaşam giderlerine dair daha fazla belge talep edilmesi gerekiyorsa anlaşmanın muhtemel onaylanabilir olup olmadığını değerlendiremez[460].

Anlaşmalı boşanma davasının başlatılması için her zaman eksiksiz bir anlaşma şart koşulacak olsaydı, birçok çift anlaşmalı boşanma prosedüründen dışlanmış olurdu[461]. Kısmi anlaşmalı boşanmada, eşler ortak boşanma arzusuna sahipken boşanmanın yan sonuçları üzerinde anlaşamamaktadır. Öğretide yer alan bizim de katıldığımız bir görüşe göre

---

2004/2494, T. 01.03.2004, GENÇCAN, Boşanma, s. 1178. "*... mahkemece, tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında düzenlemelere ilişkin olarak tarafların beyanlarının alınması, bu beyanların özgür iradeleri ile açıklandığı sonucuna varılırsa ve düzenleme uygun bulunur ise bu doğrultuda boşanma kararı verilmesi; düzenlemenin uygun bulunmaması hâlinde ise anlaşmada gerekli görülen değişikliğin yapılarak, değişiklik yapılan hususlarda madde hükmünün öngördüğü şekilde taraflara bir öneride bulunulması, öneri kabul edildiği taktirde buna göre karar verilmesi, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak mahkemenin de uygun bulacağı yeni bir düzenleme de yapılmadığı taktirde, davanın Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma olarak sürdürülüp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. ...*", Y. HGK., E. 2017/2-2643, K. 2019/484, T. 18.04.2019, (Lexpera), (E.T: 15.04.2025).

[459] ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, s. 138.

[460] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 9. Kanunun teknik olmayan anlamda kullandığı "onaylanabilirlik" kavramı, eşlerin çocuklarla ilgili sundukları ortak taleplerin de kabul edilebilir olması gerektiği anlamına gelir. Çocuklarla ilgili konular, ebeveynlerin serbest tasarrufuna bırakılmamıştır. Çünkü bu konularda ZPO Art. 296 (3) uyarınca resen inceleme ilkesi (*Offizialmaxime*) geçerlidir. Bu nedenle eşler çocuklar hakkında bir anlaşma yapamaz, mahkemeye yönelik ortak başvurularda bulunabilirler. Ortak başvurunun mahkeme tarafından serbestçe incelenip onaylanması gerekir. Çocukların dinlenilmesi, eşlerin dinlenilmesinden önce tamamlanmalıdır. CHK-JUNGO, ZGB 111 N 12, 16.

[461] FammKomm-FANKHAUSER, ZGB 111 N 6.

yan sonuçların tamamı veya bir kısmı üzerinde anlaşamama durumlarında kısmi anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilir[462].

Kısmi anlaşmalı boşanmada, eşler boşanmanın yan sonuçlarının hâkim tarafından karara bağlanmasını isteyebilecekleri gibi bazı yan sonuçlar konusunda anlaşarak yalnızca anlaşamadıkları sonuçların hâkim tarafından karara bağlanmasını da talep edebilirler. Kısmi anlaşmalı boşanmanın diğer örnekleri olarak karşımıza, ZGB Art. 114 uyarınca öngörülen iki yıllık ayrılık süresi henüz dolmamış olmasına rağmen, diğer eşin boşanma davasını açıkça kabul etmesi, eşlerin daha önce tam bir anlaşma sunmasına rağmen bu anlaşmanın yargılama sürecinde kısmen kabul edilemez bulunması ve eşlerin açıkta kalan konularda anlaşamamış olması gösterilebilir[463].

Anlaşmalı boşanmalarda, kısmi anlaşma içeren yargılama süreci ZPO Art. 286–288 arasında düzenlenmiştir. Taraflar başta yalnızca kısmi bir anlaşma içeren anlaşmalı boşanma talebinde bulunup sonrasında özellikle ZPO Art. 287 uyarınca yapılacak duruşmada tüm boşanma sonuçları üzerinde anlaşma sağlanmışlarsa, mahkeme ZGB Art. 111 koşullarının mevcut olduğuna karar vererek anlaşmayı onaylayabilir. Böyle bir durumda mahkeme ZPO Art. 288 (1) uyarınca boşanmaya hükmedebilir. Ancak, duruşma sırasında yeni anlaşmazlıklar ortaya çıkarsa veya eşler mahkemenin anlaşmaya ilişkin talep ettiği değişikliklerde anlaşamazlarsa, dava ZPO Art. 288 (2) uyarınca yalnızca uyuşmazlık konusu olan boşanma sonuçları bakımından çekişmeli şekilde devam eder. Bu süreçte eğer boşanmanın kendisi hakkında da anlaşmazlık ortaya çıkarsa, süreç ZPO Art. 288 (3) uyarınca ilerler. Mahkeme, ZPO Art. 288 (3) uyarınca anlaşmalı boşanma talebini reddeder ve her iki tarafa da bir boşanma davası açmak için bir süre belirler[464].

Boşanmanın sonuçlarına ilişkin hususlar ihtilaflı kalırsa veya eşlerin yaptığı tüm anlaşmalar mahkeme tarafından onaylanamazsa, mahkeme süreci yönlendiren bir karar verir ve bu kararla birlikte kısmi anlaşmalı boşanma koşullarının gerçekleştiğini kabul eder. Bu durumda, artık boşanmanın kendisi ve eşlerin anlaşarak düzenledikleri boşanma sonuçları

[462] CHK-JUNGO, ZGB 112 N 1; FammKom-FANKHAUSER, ZGB 112 N 5. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise böyle bir sonucu isteyen eşler en azından yargılama giderlerinin paylaşılması gibi daha az önemli konularda anlaşma sağlamış olmalıdır. BSK-GLOOR, ZGB 112 N 2.

[463] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 1.

[464] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 2.

bu dava kapsamında tartışılamaz[465]. Bu kararla birlikte, boşanma süreci ZPO Art. 288 (2) uyarınca "*ek dava*" (*Annexverfahren*) olarak adlandırılan ve çekişmeli şekilde yürütülen usulde devam eder. Bu ek davada, artık eşlere taraf sıfatlarının da verilmesi gereklidir[466].

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız kısmi anlaşmalı boşanmalarda da eşler arasında bir boşanma anlaşması (protokolü) yapılması muhtemeldir. Dolayısıyla son olarak bu protokolün hukuki niteliği ve bağlayıcılığı hakkında da bilgi vermek isteriz.

bbb. Boşanma Protokolünün Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı

Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun sözleşmelerin kurulması, geçerliliği ve hükümlerine ilişkin hükümleri, boşanma hukukunda aksine bir hüküm olmadıkça boşanma protokolü olarak adlandırılan sözleşme için de uygulanır[467].

Sözleşme kavramı, TBK m. 1'de "*tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir*" şeklinde tanımlanmıştır[468]. Sözleşmenin kurucu unsurları; irade beyanları, irade beyanlarının karşılıklı olması ve karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır. Sözleşmenin gerçekleştirdiği iki temel sonuç ise bir sözleşme ilişkisinin kurulması ve kurulan sözleşmenin tarafları bağlamasıdır[469]. Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşması gerekmektedir. Aksine bir düzenleme söz konusu olmadıkça sözleşmelerin kurulmasına herhangi bir şekle tabi olmamakla

---

[465] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 5; BSK-GLOOR, ZGB 112 N 7.

[466] OFK-SCHWANDER, ZGB 112 N 5.

[467] NOMER Haluk Nami, "Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir Mi?", YÜHFD, C. XVIII, 2021/2, s. 584; SEÇER, s. 264.

[468] Öğretide sözleşme deyimi çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda sözleşme, iki veya daha fazla tarafın hukuki bir sonuca ulaşmayı amaç edinen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir. Geniş anlamda sözleşme, söz konusu bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi ifade eder. En dar anlamı ile sözleşme ise sözleşmede yer alan tarafların mutabık kalmış oldukları metnin üzerinde yer aldığı belgeyi ifade etmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2017, §16 N 1; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 22. Baskı, İstanbul, 2025, N 148; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2020, N 238, 239; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Legem, Ankara, 2024, N. 555.

[469] ANTALYA Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/I 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, N 1090, 1091.

birlikte boşanma protokolünün nihayetinde hâkim tarafından onaylanması gerektiğinden örtülü irade beyanıyla veya sözlü olarak yapılması anlamlı değildir. Kanaatimizce anlaşma protokolü eksik iki tarafa borç yükleyen hâkimin onayı şartına bağlı bir borçlar hukuku sözleşmedir[470].

Boşanmak isteyen eşler bu anlaşmayı yaparak hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar vermesi için gerekli ön şartı gerçekleştirmeyi amaçlarlar. Ancak tarafların anlaşması bu sonucu sağlamaya yetmez. Ayrıca hâkimin bu anlaşmayı "uygun bulması" gerekir. Burada eşlerin yapmış oldukları anlaşmanın hüküm doğurması ilave bir şarta bağlanmıştır. Tarafların iradesine değil, kanuna dayanan bu tür şartlara kanuni şart denir. Kanuni şartın öngörüldüğü hallerde, hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanları tamam olduğu halde, yani hukuki işlem kurulduğu halde, onun ilave bir unsur ile tamamlanması gerekir. Bunu ifade etmek üzere öğretide "*noksanlık*" tabiri kullanılmaktadır. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesinden önceki dönemde hukuki işlemin akıbeti askıdadır. Hâkimin anlaşmayı uygun bulmasıyla işlem tamamlanır ve geçerli hale gelir. Eğer hâkim anlaşmayı uygun bulmazsa veya işlemin gerçekleşmeyeceği anlaşıldığı takdirde işlem kesin olarak hükümsüzleşir[471].

Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında hâkimin eşler arasındaki protokole dayalı olarak boşanma kararını vereceği ve tarafların anlaşmasını boşanma kararının hüküm fıkrasına geçireceği ifade edilmektedir. Boşanma kararı ile eşlerin yapmış oldukları protokol artık sözleşme karakterini kaybederek mahkeme kararının bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, hâkimin onayından sonra anlaşmanın iptali ancak kanun yoluyla olabilir[472].

İsviçre öğretisinde boşanma iradesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ve TMK m. 23 kapsamında özel bir koruma altında bulunduğundan, eşlerden her biri, boşanma ve boşanma anlaşmasına dair rızasını hem duruşmadan önce hem de duruşma sırasında veya birden fazla duruşma yapılmışsa sonuncusunda tek taraflı olarak geri çekebileceği ifade

---

[470] Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme, tarafların her ikisinin de borç altına girdiği ancak tarafların yüklendikleri edimlerin birbiriyle değişim ilişkisi içinde olmadığı ya da taraflardan birinin her zaman borç altına girdiği ancak diğer tarafın bazı şartların gerçekleşmesi durumunda borç altına girdiği sözleşmelerdir. EREN, N. 607; OĞUZMAN/ÖZ, N. 160, 161; ANTALYA, N. 1141. Aile hukukuna özgü bir sözleşme olarak nitelendiren görüş için bkz. DOĞAN Burak, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma (TMK m. 166/III), ERÜHFD, C. XIX, S. 2, 2024, s. 771.

[471] NOMER, s. 585.

[472] NOMER, s. 585; Y., 2. HD., E. 2009/17648, K. 2010/19842, T. 29.11.2010, YKD 2011/3, 402. Aksi takdirde protokolün yok hükmünde olduğu görüşünde: Y., HGK., E. 2013/8-1542, K. 2015/1110, T. 27.03.2015 (Lexpera), (E.T: 24.04.2025).

edilmektedir[473]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, yargılamanın tek hâkim tarafından yapıldığı durumlarda, "*karar değerlendirmesi*" (*Urteilsberatung*) anı, hâkimin boşanma anlaşmasını onaylamaya ve irade bozukluğu olmaksızın verilmiş boşanma onayını kabul etmeye karar verdiği an diğer bir deyişle duruşmaların sonu olarak değerlendirilmelidir[474]. "*Karar sonuç*" kısmının (*Urteilsdispositiv*) tebliğinden sonra, eşler yalnızca boşanma iradesi veya boşanmanın feri sonuçları açısından irade sakatlığı iddiasında bulunabilir[475]. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu son kararlarda önceden hazırlanmış boşanma protokolünün kişilik hakkını sınırlandırmadığı ve kişilik hakkını ihlal etmediği ifade edilmektedir. Bu nedenle boşanma protokolünde de bağlayıcılığın başlangıç anının diğer sözleşmelerden farklı olmadığı ve karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunulmasıyla birlikte diğer bir deyişle mahkemenin vereceği karardan önce başlayacağı kabul edilmektedir[476].

Bir boşanma davasının açılmasıyla başlayan süreçte, taraflar mahkemeye, kendileri açısından bağlayıcı olsa da henüz hukuken geçerli olmayan anlaşmanın onaylanmamasını talep etme imkânına sahiptir[477]. Eşlerden biri, örneğin anlaşmanın bir irade sakatlığı içerdiğini ya da kendisi açısından ZGB Art. 27 (2) anlamında aşırı bağlılıktan kişilik hakkı ihlali doğurduğunu özellikle de şartların bu arada öngörülemeyecek şekilde değişmiş olduğunu ileri sürerek, onay verilmemesi talebini gerekçelendirebilir[478].

Mahkemenin, ZPO Art. 279 (1) uyarınca bir boşanma protokolünün onaylanabilir olup olmadığının incelemesinde esas alınan an, tarafların anlaşmayı yaptıkları zaman değil, mahkemenin onay anıdır. Bu nedenle sözleşme içeriğinin denetimi açısından belirleyici olan an, mahkemenin onay verdiği zamandır. Mahkeme protokolün yapılmasından bu yana ortaya çıkan değişiklikleri de dikkate almakla yükümlüdür[479].

---

[473] BGE 135 III 193 E. 2.2 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[474] BGer 5A_721/2012, 17.01.2013, E. 3.2.2 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[475] OFK-SCHWANDER, ZGB 111 N 11.
[476] BGE 145 III 474 E 5.5 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025). Nafaka anlaşmaları **ve** mal rejimi anlaşmalarının ZPO Art. 279 uyarınca mahkeme onayına tabi olduğu kabul edilmektedir. BGE 121 III 393 E 5b; BGE 5C.114/2003 E 3.2.2 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[477] BGE 5A_772/2014 E 3; BGE 5A_688/2013 E 7.2.1; BGE 5A_599/2007 E 6.3.1 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[478] BGE 145 III 474 E 5.6; BGE 122 III 97 E 3a; BGE 5A_121/2016 E 4 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[479] CHK-JUNGO, ZGB 111 N 24.

Boşanma protokolünün yorumu, borçlar hukukunda öngörülen yorum kurallarına göre yapılır. Öncelikle belirleyici olan, tarafların örtüşen gerçek iradesidir[480]. Eğer bu irade tespit edilemiyorsa, tarafların iradesi, güven ilkesi uyarınca belirlenmelidir[481]. Tarafların iradelerinin gerçekten bağımsız biçimde oluşarak beyan edilip edilmediği, bir duruşma sırasında araştırılmalıdır. Boşanma protokolünün iyice düşünülerek, özgür iradeyle ve tüm seçeneklerin tam farkında olunarak akdedilip edilmediği sorusu mahkemenin ZPO Art. 279 kapsamında denetlemesi gereken en önemli husustur. Tarafların özgür iradesi ve olgun, bilinçli düşünme süreci, anlaşmanın yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Ancak boşanma protokolünün içeriğinin bariz şekilde hakkaniyetsiz olup olmadığı yönündeki denetim farklıdır. Bu denetim açısından belirleyici an mahkemenin karar anıdır. Boşanma protokolünün onaylanmamasını isteyen eş, onayın koşullarının bulunmadığını diğer bir deyişle özgür irade, olgun düşünme süreci ve bariz şekilde hakkaniyetsiz olmayan içerik iddiasını somutlaştırmak ve ispatlamakla yükümlüdür[482]. Belirli bir zaman baskısı, eşlerden birinin şikayetleriyle protokolün uyum göstermesi, irade oluşum sürecinin yetersiz olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz[483].

III. KISMİ ANLAŞMALI BOŞANMA KARARININ SONUÇLARI

Boşanmanın anlaşmaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi için gereken koşullar yerine getirilmişse, mahkeme boşanma anlaşmasını onaylar ve boşanmaya hükmeder. Ancak bu noktadan sonra, anlaşılamamış boşanma sonuçlarına ilişkin yargılama çekişmeli usulde devam eder. Bu nedenle, kısmi anlaşma ile yapılan anlaşmalı boşanma başvurusu hem rızaya dayalı hem de çekişmeli yargılamayı kapsayan karma bir prosedürdür. Bu prosedür, anlaşmalı boşanmanın avantajlarını, kalan boşanma sonuçları üzerindeki anlaşmazlıktan kaynaklanan yasal çatışma unsurlarıyla birleştirir[484]. Çekişmeli boşanma sonuçlarıyla ilgili olarak her bir eş talepte bulunur. Eşler taraf rolleri konusunda anlaşabilirler veya mahkeme eşler için taraf rollerini davacı ve davalı olarak belirler. Bu ek dava (Annexverfahren) normal bir dava olup, kural olarak ZPO Art. 220 vd. hükümleri uygulanır. Mahkeme, çekişmeli boşanma sonuçlarını daha önce taraflar arasında

[480] BGE 5A_550/2019 E 5.1; BGE 140 III 134 E 3.2 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[481] BGE 143 III 520 E 8.6; BGE 5A_550/2019 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[482] CHK-JUNGO, ZGB 111 N 23 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[483] BGE 5A_96/2018 E 2.2.6 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[484] Fammkomm-FANKHAUSER, ZGB 112 N 2.

kararlaştırılmış hususlarla uyumlu şekilde karara bağlamaya çalışır. Bu mümkün değilse, anlaşmanın değiştirilmesi için taraflara süre verir.

Boşanma kararlarında birlik ilkesi (*Einheit des Scheidungsurteils*) geçerlidir. Bu ilke yalnızca anlaşmayla karara bağlanmış sonuçların onayı için değil, aynı zamanda çekişmeli sonuçlara dair yargı kararı için de geçerlidir. Mahkeme, boşanma ve boşanmanın yan sonuçları hakkında bir bütün karar vermelidir. Ancak mahkeme, belirli koşullar altında boşanma konusunda kısmi bir karar (*Teilentscheid*) verebilir. Kısmi kesinleşme (*Teilrechtskraft*) ilkesi boşanma kararlarının birliği ilkesine istisna oluşturur. Bunun için ya eşlerin rızası ya da bir eşin haklı menfaati gereklidir[485]. Mal rejiminin tasfiyesi diğer boşanma sonuçlarının değerlendirilmesini etkilemiyorsa, önemli nedenler bulunması halinde ayrık şekilde yürütülebilir. Önemli nedenler, kapsamlı, karmaşık ve çekişmeli bir mal rejimi tasfiyesinin, anlaşılmış noktaların düzenlenmesini geciktireceği ve bu tasfiyenin nafaka tutarını etkilemediği durumlarda mevcuttur. Boşanma, gerekli koşullar sağlanmadığı için gerçekleştirilemiyorsa, mahkeme her bir eşe, boşanma davası açması için bir süre verir. Bu süre içinde dava derdest kalır ve alınmış olan olası geçici önlemler yürürlükte kalmaya devam eder[486].

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan anlaşmalı boşanma kurumu, evliliğin sona erdirilmesinde taraf iradelerine öncelik tanıyan bir yaklaşım sergilese de mevcut düzenleme yalnızca eşlerin ortak boşanma iradesiyle birlikte boşanmanın tüm yan sonuçları üzerinde tam mutabakatı halinde boşanmanın mümkün olabileceğini öngörmektedir. Bu durum, uygulamada kimi zaman boşanma iradesi bakımından tam bir uyum içinde olan eşlerin, sadece yan sonuçlara dair sınırlı uyuşmazlıklar sebebiyle boşanma konusunda da çekişmeli yargı yoluna zorlanmalarına neden olmakta; bu da hem taraflar bakımından mağduriyet yaratmakta hem de yargı sisteminde gereksiz iş yükü doğurmaktadır.

Özellikle İsviçre hukukunda yer alan kısmi anlaşmalı boşanma modeli, Türk hukuk sistemi açısından *de lege ferenda* bağlamında örnek teşkil edebilecek niteliktedir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca, eşlerin yalnızca boşanma hususunda uzlaşmış olmaları durumunda, evlilik

[485] Eşlerden birinin yeniden evlenmek istemesi veya zina gibi açık bir boşanma gerekçesinin bulunması olabilir. BGE 144 III 298 E 6.4; BGE 5A_689/2019 E 3.1 (Swisslex), (E.T: 24.04.2025).
[486] CHK-JUNGO, ZGB 112 N 10.

sona erdirilmekte; yan sonuçlar ise mahkemece çözümlenmektedir. Bu model, bireysel özerkliğe dayanan modern aile hukuku anlayışının bir uzantısıdır.

Literatürde, anlaşmalı boşanmanın evlilik kurumunun ciddiyetini zedeleyebileceği, özellikle genç çiftler açısından boşanmayı kolaylaştıracağı yönündeki geleneksel yaklaşımlar halen yer bulmaya devam etse de modern hukuk sistemlerinde giderek artan biçimde, boşanmanın bir gerçeklik olarak kabul edilmesi ve birey özerkliğine uygun çözümler geliştirilmesi gerektiği görüşü ağır basmaktadır. Bu bağlamda, kısmi anlaşmalı boşanmanın, yalnızca tarafların boşanma iradelerini dikkate alan, yan sonuçlar bakımından ise yargısal değerlendirmeye açık bir boşanma modeli olarak hukuk sistemimize kazandırılması hem bireysel hak ve özgürlüklerin hem de yargılamanın etkinliğinin korunmasına katkı sağlayacaktır.

Kanaatimizce, kısmi anlaşmalı boşanma kurumunun Türk Medeni Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmesi gerek öğretide gerek uygulamada yaşanan tereddütleri giderecek ve mevcut normatif yapıyı daha esnek ve işlevsel kılacaktır. Nitekim, bazı mahkeme kararlarında yargının zaman zaman kısmi anlaşmalı boşanma modeline fiilen yaklaşmakta olduğunu göstermektedir. Ancak bu yaklaşım, açık bir yasal dayanağa sahip olmaksızın uygulandığında hukuki öngörülebilirliği zedeleme riskini de beraberinde taşımaktadır.

Sonuç olarak, tarafların yalnızca boşanma iradesinde anlaşmaları hâlinde dahi evliliğin sona erdirilebilmesine olanak tanıyan, yan sonuçların ise mahkemece karara bağlandığı bir kısmi anlaşmalı boşanma rejiminin, Türk hukuk sistemine kazandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yönde yapılacak bir düzenleme, hem bireysel özerkliği ve irade serbestisini güvence altına alacak hem de aile hukukunun temel hedeflerinden biri olan barışçıl ve uzlaşmaya dayalı çözüm yollarının önünü açacaktır.

De lege ferenda açısından muhtemel bir düzenlemede kısmi anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için *eşlerin boşanmak için birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi, boşanmak isteyen eşlerin evlendikten sonra en az bir yıl geçmiş olması, hâkimin eşleri bizzat ayrı ayrı ve birlikte dinlemesi şartlarına yer verilmelidir. Kısmi anlaşmalı boşanma, boşanmanın yan sonuçlarının tamamı veya bir kısmında anlaşmazlık veya eşlerin anlaşmasının mahkeme tarafından onaylanmaması halinde mümkün görülmelidir. Eşlerin boşanmanın yan sonuçlarının bir kısmı üzerinde anlaşmaya varması halinde bu anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanması gerekmektedir. Yapılan bu anlaşma bağlayıcı niteliği haiz olacaktır.*

Mahkeme, boşanma ve boşanmanın yan sonuçları hakkında bütün halinde bir karar vermelidir. Ancak mahkeme, eşlerin rızası ya da bir eşin haklı menfaati söz konusu olması durumunda boşanma konusunda kısmi bir karar verebilir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2024.

AKİL Cenk, "Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri", AÜHFD, 62 (4), 2013, s. 923-969.

ALSAÇ Hatice, "İslam Hukukunda Muhâlea ve TMK Anlaşmalı Boşanma ile Mukayesesi", ESOGÜİFD, C. 9, S. 2, 2022, s. 1166-1196.

ANTALYA Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019.

ATAR Fahrettin, "Muhâlea", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C. 30, Türkiye Diyanet Vakfı Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2020.

ATEŞ Süleyman, "Kur'an-ı Kerim'de Evlenme ve Boşanma ile İlgili Ayetlerin Tefsiri", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. XXIII, (1978), s. 221-286.

BÄHLER Daniel, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, (Hrsg. BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo), Dike Varlag, 2. Auflage, Zürich, 2016.

BASIM Aybüke, "Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Bir Yargı İşi Midir?", Adalet Dergisi, Sayı 69, 2022/2, s. 513-554.

BAYGIN Cem/NAR Ahmet, Medeni Hukuk Dersleri – II, Yetkin, 1. Bası, Ankara, 2025.

BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol, Medeni Usul Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul, 2022.

CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

ÇAKIRCA Seda İrem, "Mehir Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/121- 122 (2019), s. 104-108.

ÇEVİK Naci, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Tefrik", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2013, s. 23-42.

CİN HALİL, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Basımevi, 2. Baskı, Konya, 1988.

DEVECİ Zeynep Sümeyra, Çekişmesiz Yargıda İlgili Kavramı ve Hukuki Durumu, Adalet, 1. Baskı, Ankara, 2025.

Dİ MARZO Salvatore, Roma Hukuku, (Çev. UMUR Ziya), 1. Baskı, İstanbul, 1959.

DOĞAN Burak, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma (TMK m. 166/III), ERÜHFD, C. XIX, S. 2, 2024, s. 755-787.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ TUFAN/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, İstanbul, 2025.

DURGUN ARSLAN Çisil, "Boşanma Sebeplerinden Kusur Esasının Kaldırılmasına İlişkin Karşılaştırmalı Hukuktaki Yaklaşımlar,", Türk Medeni Hukuk Reformunun 95. Yılı Sempozyumu, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021.

ERDEM Mehmet/MAKARACI-BAŞAK Aslı, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2024.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Legem, Ankara, 2024.

FANKHAUSER Roland, FamKomm-Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB, (Hrsg. SCHWENZER Ingeborg/FANKHAUSER Roland), 4. Auflage Stämpfli Verlag AG, Bern 2022.

GENÇCAN Ömer Uğur, "Anlaşmalı Boşanma Davalarında "Anlaşma" Aldatmacası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, 2012, s. 303-310. ("Anlaşma" Aldatmacası)

GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku 2. Cilt, Yetkin, 12. Baskı, Ankara, 2023. (Boşanma)

GLOOR Urs, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. GEISER Thomas/FOUNTOULAKIS Christiana), Helbing & Lichtenhahn, 7. Auflage, Basel, 2022.

GÖNENÇ Fulya İlçin, "Roma Hukukunda Boşanma (Divortium)", AÜEHFD, C. VII, S. 1-2, 2003, s. 645-654.

GÜRSOY Kemal Tahir, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası Cilt II, Ankara, 1977.

HATEMİ Hüseyin, İslam Hukuku Dersleri, Sümer Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2012.

JUNGO Alexander, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht Art. 1–456 ZGB – Partnerschaftsgesetz, (Hrsg. RUTHArnet/BREITSCHMID Peter/JUNGO Alexandra), 4. Auflage, Schulthess, 2023.

KARAKAŞ Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", AÜHFD, 62 (3), 2013, s. 729-759.

KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Yayınevi, 7. Baskı Ankara, 2024.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 2017.

KOSCHAKER Paul/AYİTER Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, 1. Baskı, İzmir, 1993.

KURU Baki, Nizasız Kaza, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 1961.

MCGINN Thomas, "The Law of Roman Divorce in the Time of Christ", The Historical Jesus in Context, (Ed. LOPEZ Donald), Princeton University Press, Oxford, 2006.

NOMER Haluk Nami, "Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir Mi?", YÜHFD, C. XVIII, 2021/2, s. 584 (583-591).

OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1998.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 22. Baskı, İstanbul, 2024.

OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Public and Private International Law Bulletin, Vol. 35, Iss. 1, s. 29-46.

ÖZDEMİR Nevzat, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, 1. Baskı, İstanbul, 2003.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2015.

PLATON, Yasalar, Say Yayınları, İstanbul, 2021.

SCHWANDER Ivo, OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. KOSTKIEWICZ J. Kren/WOLF Stephan/**A**MSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), 4. Auflage, Zürich, 2021.

SEÇER Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşmalar", İNUHFD, C. 7, S. 2, 2016, s. 259-286.

SUTTER-SOMM Thomas /LAZIC Milan, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), (Hrsg. SUTTER-SOMM Thomas, HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph), Schulthess, 3. Auflage, Zürich, 2016.

ŞIPKA Şükran, "Karşılaştırmalı Hukukta Evliliğin Sona Erme Nedenleri ve Sonuçlarına Toplu Bakış", Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1990.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2020.

TÜRKMEN Ahmet, "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehirin Geri Alınması", DEÜHFD, C. 22, S. 2, (2020), s. 541-576.

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1976.

WEBER Albrecht, MüKo-Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I, §§ 1297-1588, (Hrsg. Säcker Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina), C.H Beck, 9. Auflage, München, 2022.

YARGI Mehmet Ali, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", MÜİFD, 42 (2012/1), s. 141-172.

YARGIÇ Zeynep, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2021.

YILMAZ-BİLGİN Esra, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

YÜCEL Özge, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinden Kusurdan Bağımsızlığa Geçiş, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2023.

https://data.tuik.gov.tr/

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

https://www.atlas.bfs.admin.ch/

https://www.kuranokuyan.com/

https://www.lexpera.com.tr/

https://www.swisslex.ch/de/

https://kazanci.com.tr/

[487H] "WHEN TO RETURN HOME" UNDER INTERNATIONAL LAW

(ULUSLARARASI HUKUKA GÖRE "EVE NE ZAMAN DÖNMELİ?)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR [488*] [489]**

ABSTRACT

This article examines the challenges of refugee repatriation in post-conflict settings and essentially focuses on the principle of non-refoulement. While the end of armed conflict is often expected to facilitate refugee return, legal frameworks—including refugee law, international humanitarian law (IHL), and international human rights law (IHRL)—offer differing interpretations of when and how repatriation should occur. Through case studies of Burundi and Bosnia and Herzegovina, the article highlights the complexities of voluntary return, state legitimacy, and peacebuilding efforts. The examined cases show the need for a rights-based approach in order to ensure safe and sustainable refugee return. Using IHRL and refugee law, the study argues that repatriation should be voluntary and accompanied by legal protections. The article underscores the need for rights-based repatriation policies to ensure sustainable peace and stability for both sending and home countries.

Keywords: *non-refoulement principle; refugees; repatriation; International Humanitarian Law; International Human Rights Law; International Refugee Law.*

ÖZ

Eldeki çalışma, silahlı çatışmaların sona ermesinin ardından mültecilerin geri dönüşüne ilişkin zorlukları ele almakta ve özellikle geri göndermeme ilkesini (non-refoulement principle) incelemektedir. Her ne kadar silahlı çatışmaların sona ermesi ile birlikte mültecilerin geri döneceğine dair bir beklenti doğsa da, uluslararası mülteci hukuku, uluslararası insancıl hukuk

---

[487H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 22.03.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 02.04.2025. Onaylanma Tarihi:10.04.2025.

[488*] Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

[489**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2529-3383.

Esere Atıf Şekli: Ebru Demir, *"When to Return Home?" Under Internatıonal Law"*, YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.607-632.

ve insan hakları hukuku bu geri dönüşün nasıl ve ne zaman gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin farklı yasal çerçeveler ortaya koymaktadır. Çalışma, Burundi ve Bosna-Hersek örnekleri üzerinden, gönüllü geri dönüş, devlet meşruiyeti ve barış inşa süreci kavramlarını ele almaktadır. İncelenen Burundi ve Bosna-Hersek örnekleri, mültecilerin güvenli ve sürdürülebilir bir şekilde geri dönüşü için hak temelli bir yaklaşımın ehemmiyetine işaret etmektedir. Uluslararası insan hakları hukuku ve mülteci hukuku, mültecilerin geri dönüşünün gönüllü ve yasal bir koruma çerçevesinde olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Çalışma genel olarak hak temelli bir dönüşün sağlanmasının hem gönderen hem de ev sahibi devlet için uzun vadeli barış ve istikrar anlamına geleceğini öne sürmektedir.

***Anahtar Kelimeler**: geri göndermeme ilkesi; mülteciler; geri gönderme; uluslararası insancıl hukuk; uluslararası insan hakları hukuku; uluslararası mülteci hukuku.*

***

I. INTRODUCTION

A large number of the world's refugees have left their countries because of war or violent conflict.[490] After conflicts come to an end, the return of refugees is the most preferred option among states.[491] However, significant obstacles ranging from discrimination to imprisonment often hinder their return,[492] and even after the conflict has ended, enforcing the principle of non-refoulement can remain challenging. This article seeks to examine the tensions between the objectives of a post-conflict context and the principle of non-refoulement. Although the conditions under which refugees *can* return to their country of origin have been extensively examined in the literature; the conditions under which they *can* be returned by states have received less attention.[493] This article aims to fill this gap in the literature. By drawing on case studies from two different countries – Burundi and Bosnia and Herzegovina, the article illustrates how post-conflict conditions can complicate the application of this principle.

---

[490] Karen Hulme, 'Armed Conflict and the Displaced', (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 91, 91.

[491] Richard Black, 'Return of Refugees: Retrospect and Prospect', in Michael Dumper (ed.), Palestinian Refugee Repatriation: Global Perspectives (Routledge, New York 2006), 27.

[492] Giulia Scalettaris and Flore Gubert, 'Return Schemes from European Countries: Assessing the Challenges', (2018) 57 *International Migration* 91, 95.

[493] Lori Beaman, Harun Onder and Stephanie Onder, 'When do Refugees Return Home? Evidence from Syrian Displacement in Mashreq', (2022) 155 *Journal of Development Economics* 1, 1.

Although the global community largely acknowledges the importance of refugees returning to their home countries, there is no uniform agreement on the precise circumstances under which return should occur.[494] A key issue of contention is whether the duty of non-refoulement ends as soon as hostilities come to an end. This prompts another critical inquiry: does the mere cessation of conflict automatically create conditions suitable for refugees to go back safely? More fundamentally, what constitutes a safe return? There is no set-in-stone response, as international refugee law, humanitarian law, and human rights law each offer unique interpretations.[495] These legal frameworks also vary in their understanding of what qualifies as a post-conflict state,[496] which creates differing criteria for repatriation. They propose distinct views on when a state's obligations under non-refoulement should be considered fulfilled. [497]

In the scope of this article, return means that a migrant, after spending some time abroad, returns to her/his country of origin.[498] The key issue rests on the conditions and timing of the return. Repatriation, on the other hand, is organized and carried out by states. International human rights instruments refer to 'the right to return', whereas international refugee law and international humanitarian law refers to the term as 'repatriation'.[499] Repatriation can be voluntary (voluntary repatriation) or not (involuntary repatriation). Involuntary repatriation, from a legal standpoint, should only be permitted if and when the circumstances that necessitated international protection no longer exist.[500] While this appears straightforward, different

[494] Jenny Poon, 'Non-Refoulement in the International Refugee Law: A Lex Specialis?', Cornell International Law Journal Blog, 7 August 2017, <https://cornellilj.org/2017/08/07/non-refoulement-in-the-international-refugee-law-regime-a-lex-specialis/> accessed 7 April 2025.

[495] ibid.

[496] Kirsten J. Fisher, 'Defining Relationship between Transitional Justice and *Jus Post Bellum*: A Call and an Opportunity for Post-conflict Justice', (2018) 16 *Journal of International Political Theory* 1.

[497] Tamás Molnár, 'The Principle of Non-Refoulement Under International Law: Its Inception and Evolution in a Nutshell', (2016) 1 *COJOURN* 51, 51.

[498] Stephan Dünnwald, 'Voluntary Return: The Practical Failure of a Benevolent Concept', in Martin Geiger and Antonine Pecoud (eds), Disciplining the Transnational Mobility of People (Palgrave Macmillan, London 2013) 228, 228.

[499] Kathleen Lawand, 'The Right to Return of Palestinians in International Law', (1996) 8 *International Journal of Refugee Law* 532, 539.

[500] Michael Barutciski, 'Involuntary Repatriation when Refugee Protection is No Longer Necessary: Moving Forward after the 48th Session of the Executive Committee', (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 236, 251.

branches of international law offer different - and at times conflicting – interpretations of when international protection should come to an end. The article contributes to the literature by identifying these divergent approaches on the issue of return within international law.

The first section will clarify the post-conflict situations and the main goals of post-conflict justice. In the section, different approaches within the branches of international law (mainly international human rights law (IHRL), international humanitarian law (IHL), and international refugee law) regarding the repatriation of refugees will be scrutinised. In the second section, this issue will be analysed in greater depth through two case studies – Burundi and Bosnia and Herzegovina. The significance of voluntary repatriation for both the principle of non-refoulement and the post-conflict state will be highlighted.

II. Transition from Conflict to Post-conflict: When to Return Refugees?

Different legal frameworks—refugee law, IHL, and IHRL—approach the principle of non-refoulement in different ways. Consequently, each legal field holds different views on when it is appropriate for refugees to return to their home country. Ensuring the conditions necessary for refugees to return home has become a central concern in most post-conflict peacebuilding efforts.[501] One of the key reasons for this is that the continued presence of refugees poses a legitimacy challenge for post-conflict states.[502] From the standpoint of international law theory, a state's legitimacy and credibility are called into question when a portion of its population remains outside its borders. Another major reason is the political and symbolic importance of refugee return for both transitional governments and peacebuilding operations. States must demonstrate to the international community that they are capable of managing the post-conflict period effectively.[503] Furthermore, refugee repatriation is often regarded as a political necessity in

[501] Dominik Zaum, 'Post-Conflict Statebuilding and Forced Migration', in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), *Refugees in International Relations* (OUP, Oxford 2011) 285, 287.
[502] Richard Black and Saskia Gent, 'Sustainable Return in Post-conflict Contexts', (2006) 44 *International Migration* 15, 17.
[503] Sarah Petrin, 'Refugee Return and State Reconstruction: A Comparative Analysis', UN High Commissioner for Refugees New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 66, (2002), 5.

peacebuilding processes and the issue points out an important indicator for the success of such operations.[504]

This measure of success is frequently referenced in United Nations (UN) documents. For instance, An Agenda for Peace of the UN describes refugee repatriation as a factor that can "consolidate peace and advance a sense of confidence and well-being among people."[505] As known, the UN has a dedicated agency for refugee matters: the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). According to UNHCR's Statute, promoting voluntary repatriation is one of UNHCR's key objectives.[506] On multiple occasions, UN High Commissioners emphasized that addressing refugee issue is essential for ensuring lasting peace and stability.[507] As a result, it is evident that refugee return is viewed as an integral component of the broader peacebuilding process. As a result of the expectation of return, the concept of the "temporary refugee" emerged.[508] Under this concept, refugee status is granted for a limited period and is expected to end once the circumstances necessitating protection no longer exist.[509]

While the international community broadly agrees on the necessity of refugee return, there is no consensus on the specific conditions under which refugees should be repatriated. A central point of debate is whether the non-refoulement obligation ceases immediately after a conflict ends or not. This raises a further question: does a post-conflict environment necessarily fulfil the requirements needed for safe refugee repatriation? More importantly, what are those requirements? There is no single answer to these questions, since refugee law, IHL, and IHRL provide different perspectives. These legal frameworks also diverge on how a post-conflict state should be defined and this leads to differing conditions for refugee return. They hold distinct positions on when a state's non-refoulement obligations should come to an end.

---

[504] Zaum (n 12) 287-288.

[505] Report of the Secretary-General, 'An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping' UN Doc A/47/277-S/24111, (1992), para 55.

[506] United Nations General Assembly Resolution, A/RES/428(V) (14 December 1950) article 8(c).

[507] See, for example, Sadaka Ogata, 'Opening Statement', (Healing the Wounds: Refugees, Reconstruction, Reconciliation, Princeton, 1996).

[508] Guy S. Goodwin-Gill, 'Non-Refoulement, Temporary Refuge, and the 'New' Asylum Seekers', in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law (Brill, Leiden 2014), 441.

[509] ibid.

It is important to note that the legal status of the non-refoulement principle remains widely debated. While some scholars argue that it has attained jus cogens status,[510] this claim for some scholars is less than convincing.[511] However, what is indisputable is that non-refoulement is a fundamental tenet of refugee law.[512] Enshrined in the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees (hereafter referred to as "the 1951 Convention" or "the Convention"), the principle is a cornerstone of international refugee protection. According to the Convention, as long as an individual's life or freedom is at risk, the host state is prohibited from returning them under any circumstances.[513] The Convention defines the threshold for such a threat as the presence of persecution.[514] In contrast, under IHRL, this threshold is lower and extends to the risk of "torture, inhuman, or degrading treatment or punishment." Major IHRL treaties—including the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),[515] the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT),[516] and the European Convention on Human Rights (ECHR)[517]—prohibit returning individuals to situations where they would face torture, inhuman, or degrading treatment or punishment.

Moreover, the exceptions to the non-refoulement principle are stricter under IHRL than under refugee law. In international refugee law, a person may be returned to their home country if they are deemed "a danger to the security of the [host] country."[518] By contrast, IHRL does not allow for any

[510] Jean Allain, 'The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement', (2001) 13 *International Journal of Refugee Law* 533, 534.
[511] Aoife Duffy, 'Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law', (2008) 20 *International Journal of Refugee Law* 373, 373.
[512] James C. Simeon, 'What is the Future of Non-Refoulement in International Refugee Law?', in Satvinder Singh Juss (ed.), Research Handbook on International Refugee Law (Edward Elgar, Cheltenham 2019) 183, 183.
[513] Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137, article 33(1) (hereinafter 1951 Convention).
[514] ibid article 1(A)(2).
[515] International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171, article 7 (hereinafter ICCPR).
[516] Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85, article 3 (hereinafter CAT).
[517] European Convention on Human Rights (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953) (hereinafter ECHR).
[518] The 1951 Convention (n 24) article 33(2).

exceptions to the non-refoulement principle. This was made clear in *Chahal v. the United Kingdom*, where the European Court of Human Rights (ECtHR) ruled that repatriating Mr. Chahal, despite the UK Home Secretary's refusal to grant him asylum, would violate Article 3 of the ECHR (prohibition of torture or inhuman or degrading treatment).[519] The Court held that the ECHR provides absolute protection against torture, inhuman, or degrading treatment, regardless of the individual's conduct.[520] Similarly, in *N. A. v. Finland*, the ECtHR found that Finland had violated Article 2 (right to life) and Article 3 by deporting an Iraqi asylum seeker who was allegedly killed shortly after returning to Iraq.[521] The ruling was based on the principle of non-refoulement and in this case the Court held that Finland had failed to properly assess the risk of serious harm to the individual upon return.[522]

The ECtHR went even further and affirmed that there are no exceptions or derogations from this right—even in cases where the individual is considered a threat to society.[523] Similar cases have been brought before the Committee Against Torture, including *K.H. v. Denmark*, where the Committee ruled that an individual cannot be repatriated if they face a "consistent pattern of gross, flagrant, or mass violations of human rights."[524] This decision effectively broadened the definition of torture, suggesting that any serious threat to human rights should prevent refugee repatriation under IHRL. As a result, IHRL offers the most protective framework, ensuring that refugees can fully exercise their fundamental rights and freedoms. In this sense, non-refoulement under IHRL provides absolute protection.

On the other hand, IHL's primary aim is to prevent civilians from becoming refugees in the first place.[525] When displacement occurs, IHL underscores the importance of voluntary repatriation during the conflict

[519] *Chahal v UK*, App. No 22414/93, (ECHR, 15 November 1996), para. 26.
[520] ibid para. 79.
[521] *N. A. v Finland*, App. No 25244/18, (ECHR, 13 October 2021).
[522] ibid.
[523] *Chahal v UK* (n 30) para. 80.
[524] *K.H v Denmark*, Communication no 464/2011, (Committee against Torture, 3 December 2012), para. 8.3.
[525] Vincent Chetail, 'Armed Conflict and Forced Migration: A Systemic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law and Human Rights Law' in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (OUP, Oxford 2013) 700, 704.

itself.[526] However, after the conflict ends, the legal situation becomes less clear. The Fourth Geneva Convention states that once hostilities have ceased, internees must be repatriated.[527] According to Chetail, the legal gap concerning civilians can be addressed through the combined application of the 1951 Convention and IHRL.[528] While this interpretation aligns with a human rights-oriented approach to IHL, it is evident that IHL alone does not provide strong protections for refugees. Another possible interpretation of IHL suggests that, since IHL primarily governs situations of armed conflict, it does not extend to post-conflict scenarios; thus, IHL implicitly assumes that once a conflict ends, peace is restored.[529] In this view, refugee status may automatically terminate once hostilities cease, as the risk of persecution is presumed to have ended. Under both of these perspectives, the threshold for repatriation is relatively low.

Both IHL and refugee law provide protection in situations characterised by extreme violence, suffering and lawlessness and their criteria for protection remain very high.[530] Compared to IHL and refugee law, IHRL provides a more comprehensive framework for refugee protection. Under refugee law, protection ceases when the conditions that initially forced refugees to flee no longer exist.[531] However, this approach poses potential risks in post-conflict settings. Premature repatriation, based solely on the absence of ongoing persecution, may undermine long-term peace and stability.[532] Historically, refugee repatriation has often been linked to renewed instability, whether immediately after a conflict or even long after a

[526] Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287, article 49(1) (hereinafter Fourth Geneva Convention).
[527] ibid article 134.
[528] Vincent Chetail, 'Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents', (2004) 23 *Refugee Survey Quarterly* 1, 10.
[529] Elizabeth Salmon, 'Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to be Learnt from the Latin American Experience', (2006) 88 *International Review of the Red Cross* 327, 327.
[530] Jennifer Moore, 'Protection against the Forced Return of War Refugees: An Interdisciplinary Consensus on Humanitarian Non-Refoulement', in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law (Brill, Leiden 2014), 413.
[531] The 1951 Convention (n 24) article 1(C)(5).
[532] Patrick Johansson, 'Refugee Repatriation as a Necessary Condition for Peace', in Ashok Swain *et al*. (eds), *Globalization and Challenges to Building Peace* (Anthem Press, London 2007) 91, 94.

peace agreement has been reached.[533] This is because returning refugee populations often include "spoilers"—individuals or groups who oppose the post-conflict settlement. Additionally, prolonged exile can lead to the politicization of refugee communities.[534] However, the approach of IHRL—and to some extent refugee law—seeks to establish minimum human rights standards that can prevent future conflicts arising from the failure to uphold refugees' rights. Without the assurance that returnees will enjoy their fundamental rights, they cannot contribute to the peacebuilding process and may instead become a source of renewed conflict.

The differing perspectives of refugee law, IHL, and IHRL also have direct implications for how the transition from conflict to post-conflict is understood. As each legal system interprets the non-refoulement principle differently, they also conceptualize the distinction between conflict and post-conflict in distinct ways. Under IHL, the transition from conflict to post-conflict is typically marked by the cessation of hostilities and the signing of a peace agreement. However, in practice, clear-cut distinctions between war and peace, especially after the end of the Cold War, are often rare, as noted by Sadaka Ogata.[535]

Similarly, under refugee law, the end of persecution signals the beginning of a post-conflict period and the termination of non-refoulement obligations. In contrast, IHRL takes a broader approach. For a state to transition into a genuine post-conflict phase and no longer be bound by non-refoulement obligations, it must ensure that returning refugees are not subjected to torture, inhuman, or degrading treatment.[536] If these conditions are not met, the state cannot be considered post-conflict and remains in a state of ongoing instability. In sum, each legal framework defines post-conflict differently and this makes it difficult to draw a clear line between conflict and post-conflict situations.

III. Challenges of Refugee Return to Post-conflict States: Lessons Learnt

[533] Sonja Fransen, 'The Socio-Economic Sustainability of Refugee Return: Insights from Burundi', (2017) 23 *Population, Space and Place* 1.
[534] James Milner, 'Refugees and the Regional Dynamics of Peacebuilding', (2009) 28 *Refugee Survey Quarterly* 13, 15.
[535] Ogata (n 18).
[536] Eman Hamdan, The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (Brill, Leiden 2016).

Distinguishing between a conflict and a post-conflict situation is not always straightforward. Different legal frameworks define post-conflict status in different ways. The article continues with an analysis of refugee repatriation in Burundi and Bosnia and Herzegovina, highlights key challenges, and proposes solutions based on IHRL. Post-conflict situations are often viewed as processes to restore a country to its pre-war state, following the principle of *status quo ante bellum*.[537] However, this perspective overlooks the lasting effects of conflicts. At times, returning refugees may intensify existing problems rather than resolving them. This issue is particularly evident in Burundi, where the failure to reintegrate refugees has been a persistent problem for decades.

a) Burundi: A Case of Premature Repatriation

The Burundian refugee crisis began in 1972, with approximately 300,000 Hutu refugees fleeing to Tanzania.[538] By the 1990s, this number had risen to nearly one million.[539] Over time, tensions between Burundian refugees and the Tanzanian population escalated and this eventually led to security concerns, cross-border attacks, and assaults on humanitarian workers.[540] After the Arusha Peace and Reconciliation Agreement (APRA) was signed on 28 August 2000, Tanzania adopted a policy of repatriating Burundian refugees to their home country.[541]

Initially, the APRA seemed to provide a strong foundation for the reintegration of returning refugees. Like many other peace agreements, it included various provisions aimed at ensuring refugees' successful return.[542] Moreover, it promised assistance in reclaiming lost property[543] and ensured

[537] Samir Elhawary and Sara Pantuilano, 'Land Issues in Post-conflict Return and Recovery', in Jon Unruh and Rhodri C. Williams (eds), *Land and Postconflict Peacebuilding* (Earthscan, London 2013) 115, 116.
[538] Sonja Fransen and Katie Kuschminder, 'Back to the Land: the Long Term Challenges of Refugee Return and Reintegration in Burundi', UN High Commissioner for Refugees New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 242, (2012), 6.
[539] ibid.
[540] Clayton Boeyink, 'Tanzania's Threat to Expel Burundians Sets a Dangerous Precedent', *Foreign Policy* (15 November 2023).
[541] USCRI Situation Report, 'Returning to Partial Peace: Refugee Repatriation to Burundi', 13 June 2002, <https://reliefweb.int/report/burundi/returning-partial-peace-refugee-repatriation-burundi> accessed 4 April 2025.
[542] Arusha Peace Agreement and Reconciliation Agreement for Burundi Protocol IV, Chapter 1, (28 August 2000), article 4(b).
[543] ibid 4(h).

the fair distribution of resources.[544] However, the reality was much different. The repatriation process encountered several major challenges: One key issue was that the repatriation of Burundian refugees was not always voluntary. In certain instances, the Tanzanian government forcibly closed refugee camps and thus effectively forced refugees to return.[545] This reflects a common assumption that once a conflict ends, states are no longer bound by their non-refoulement obligations. However, this assumption proved problematic in Burundi, since the peace agreement did not put an end to violence. In 2002, ongoing clashes in certain provinces triggered a new wave of refugees fleeing back to Tanzania.[546]

Additionally, other serious concerns emerged in Burundi, including rising crime rates, reductions in food aid, and restrictions on refugees' freedom of movement.[547] The return process also heightened land tenure disputes and exacerbated pre-existing tensions over land ownership.[548] In countries with limited economic resources, land is often the primary means of survival, and this makes disputes over land allocation particularly dangerous in such contexts.[549] Without proper legal frameworks and structural preparations, refugee repatriation can pose a serious threat to the stability of the post-conflict country. Stephanie Schwartz's ethnographic research shows that early repatriation to Burundi in 2003 and 2004 resulted in violent rivalries between returnees and non-migrants from 2014 to 2016.[550] One of the major problems was land dispute between *repatriés* and *résidents*; due to the land conflict, returnees faced harassment, violence, physical assault, and murder on a daily basis in Burundi.[551]

The case of Burundi challenges the assumption that the end of an armed conflict marks the beginning of stability and peace. Barbra N. Lukunka's research shows that Burundian returnees faced exploitation and exclusion

[544] ibid 4(f).
[545] Fransen and Kuschminder (n 49) 9.
[546] ibid 8.
[547] Human Rights Watch, 'Tanzania: Burundians Pressured into Leaving', 12 December 2019, < https://www.hrw.org/news/2019/12/12/tanzania-burundians-pressured-leaving> accessed 4 April 2025.
[548] Fransen and Kuschminder (n 49) 9.
[549] Elhawary and Pantuilano (n 48) 117.
[550] Stephanie Schwartz, 'Home, Again: Refugee Return and Post-Conflict Violence in Burundi', (2019) 44 *International Security* 110, 110.
[551] ibid 130.

upon return.[552] They were stigmatised by fellow citizens for having "left the home" during the war.[553] Many returnees stressed that staying in Tanzania or returning to Burundi made little difference, as in both places they were deprived of their human rights and freedoms.[554] From an IHL standpoint, Burundi could be classified as a post-conflict state since there was an official peace agreement. A similar conclusion might be reached under refugee law, since there was no immediate threat of persecution. However, from an IHRL perspective, the situation was a case of premature repatriation. Although there was a ceasefire in Burundi, in some regions intense fighting persisted.[555] UNHCR reported in 2003 that there was fighting between rebels and government troops in Gitega (capital of Burundi).[556] However, the Tanzanian Government stated that Burundian refugees were aware of the firefight and they chose to leave.[557] Human Rights Watch's interviews with the Burundian refugees showed that the refugees left since the conditions of life had deteriorated in Tanzania for them.[558] The Tanzanian Government had forbidden the Burundian refugees to leave the camps, "a measure to cut the supplementary income that many had earned by cultivating fields for local farmers or by trading in local markets."[559] This renders the "voluntary repatriation programme" open to debate. Tanzania should have upheld its non-refoulement obligation and should have ensured that refugees were not forcibly returned to unsafe conditions. Even if Burundian refugees were perceived as a security risk, as noted in the *Chahal v. the United Kingdom* case, this did not justify their forced expulsion. Furthermore, as established in the *K.H. v. Denmark* case, repatriating individuals without safeguarding their basic human rights amounts to inhumane treatment. Consequently, Burundi's refugee

[552] Barbra N. Lukunka, '"They call us witches": Exclusion and Invisibility in the Burundian Returnee Reintegration', (2018) 24 *Journal of Peace Psychology* 315.
[553] ibid.
[554] Theodore Mbazumutima, '"Staying in Tanzania or retuning to Burundi is all the Same": Re-imagining the Reintegration of Burundian Returnees', (2023) 42 *Refugee Survey Quarterly* 336.
[555] UN High Commissioner for Refugees Briefing Notes, 'Burundi: Refugees Return Despite Reports on Intense Fighting', 23 January 2003, <https://www.unhcr.org/africa/news/briefing-notes/burundi-refugees-return-despite-reports-intense-fighting> accessed 6 April 2025.
[556] ibid.
[557] ibid.
[558] Human Rights Watch, 'The Return of Refugees from Tanzania', <https://www.hrw.org/reports/2003/burundi1203/11.htm > accessed 6 April 2025.
[559] ibid.

repatriation process violated both human rights principles and the non-refoulement doctrine. In summary, in the Burundian case, the principle of voluntary return was a major issue. This principle is closely linked to the right to freedom of movement, which guarantees individuals the ability to travel and choose their place of residence.[560] In IHRL, the right of refugees to return voluntarily is recognized as an extension of this fundamental freedom.[561] Moreover, voluntary repatriation is seen as an essential component of human dignity, as forced returns contradict the principle of individual autonomy.[562] Thus, under IHRL, voluntary repatriation is considered an absolute right.

Interestingly, the 1951 Refugee Convention does not explicitly grant refugees an absolute right to voluntary repatriation.[563] However, the principle of non-refoulement has been interpreted by some scholars to encompass the right to voluntary return. For instance, as noted by Chetail, there is and there should be a clear connection between the concepts of voluntary repatriation and non-refoulement.[564] Essentially, if the 1951 Convention prohibits forced repatriation, it implicitly affirms that refugees cannot be returned without their consent.[565] This interpretation aligns with a human rights-oriented approach to non-refoulement principle. While voluntary repatriation is recognized by the UNHCR, in practice, the scope of voluntary return and non-refoulement may vary under different fields of international law.[566]

The UNHCR's 1996 Handbook provides further clarification on voluntary repatriation, and states that returns should only take place when conditions in the country of origin are safe and return is dignified.[567] However, this definition weakens the importance of voluntariness, as it implies that once safety and dignity are ensured, repatriation—whether voluntary or involuntary—is permissible. The UNHCR Executive Committee has also emphasized the requirement of safety in its

[560] ICCPR article 12, Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10 December 1948) (hereinafter UDHR), article 13.
[561] The Human Rights Committee General Comment 27 on freedom of movement, Article 12 ICCPR (1999), para. 4.
[562] ibid para 19.
[563] The 1951 Convention (n 24) article 33(2).
[564] Chetail (n 39) 19.
[565] ibid.
[566] The Statute of UN High Commissioner for Refugees, A/RES/428(V), (1950), article 1.
[567] UN High Commissioner for Refugees Handbook 'Voluntary Repatriation: International Protection' (1 January 1996), para. 3(1).

recommendations,[568] but as Chimni points out, prioritizing "safe return" can diminish the emphasis on refugees' free will.[569] This shift creates a legal loophole and potentially allows states to force refugees to return under the pretext of safety, even when substantial risks remain.[570] This, in turn, can lead to forced repatriation and might violate both the principle of non-refoulement and the right to freedom of movement.

A key issue in refugee law is whether individuals can voluntarily relinquish their refugee status.[571] The 1951 Convention states that refugee status ceases when a refugee voluntarily seeks the protection of their home country.[572] However, under IHL, it is uncertain when there is a 'cessation of hostilities' and whether this requires a peace agreement or a lack of violence.[573] While refugee law permits refugees to renounce their status, IHRL adopts a stricter approach. According to IHRL, voluntary repatriation does not justify the withdrawal of refugee status.[574] The appropriate time for repatriation is not determined by refugees' willingness to return but by whether their fundamental rights can be guaranteed upon return.[575]

Based on this discussion, it can be concluded that Burundi's reintegration process was unsuccessful. An IHRL analysis suggests that Tanzania's non-refoulement obligation did not end with the signing of the peace agreement. At that time, Burundi was still unable to provide returning refugees with their fundamental rights and freedoms. Additionally, many Burundian refugees did not repatriate voluntarily; they essentially faced significant difficulties in Tanzania and therefore they were pressured to leave. Consequently, their freedom of movement was violated, and this led to an overall disregard for their dignity.

---

[568] See, for example, UN High Commissioner for Refugees EXCOM Conclusion No 40 (XXXVI) 'Refugee Repatriation' (1985).
[569] B. S. Chimni, 'The Meaning of Words and the Role of UNHCR in Voluntary Repatriation', (1993) 5 *International Journal of Refugee Law* 442, 454.
[570] ibid.
[571] The Fourth Geneva Convention (n 37) article 1(C).
[572] The Fourth Geneva Convention (n 37) article 1(C)(1).
[573] Eman Amad, 'International Refugee Law and International Humanitarian Law: Regime Interaction and Overlap', Diplomacy, Law and Policy (DLP) Forum, 9 March 2023, <https://www.dlpforum.org/2023/03/09/international-refugee-law-and-international-humanitarian-law-regime-interaction-and-overlap/> accessed 5 April 2025.
[574] Berna Gündüz, 'Non-refoulement Principle in the 1951 Refugee Convention and Human Rights Law', (2018) 10 *ASSAM UHAD* 13, 17.
[575] ibid.

Ignoring the voluntary nature of repatriation also complicates the distinction between conflict and post-conflict situations. As the Burundian case demonstrates, cyclical conflict may arise both during and after armed conflicts.[576] The transition from conflict to post-conflict is a complex process that requires structural changes.[577] If these changes do not occur, the peace process remains fragile.[578] The first step toward a stable transition is ensuring that returning refugees receive fundamental human rights, particularly property and land rights.[579] IHRL has played a crucial role in securing such rights, as evidenced by legal developments in the case of Bosnia and Herzegovina.

b) Bosnia and Herzegovina: A Case of Problematic Repatriation

At the conclusion of the ethnic war in the Balkans, the Dayton Peace Agreement (DPA) was signed by representatives of Bosnia and Herzegovina, Croatia, and the Federal Republic of Yugoslavia. Like the APRA and many other peace treaties, the DPA included provisions aimed at protecting around one million refugees. Annex 7 of the DPA established the 'right to return' for all displaced persons.[580] However, the DPA uniquely granted refugees the specific right to return to their original houses. Furthermore, it recognized the refugees' right to have their property reinstated, and if restoration was not possible, to receive financial compensation.[581]

Difficulties also occurred during the implementation of the DPA. Premature and involuntary repatriation posed a significant threat to the fragile peace process in Bosnia and Herzegovina, just as it did in Burundi. While the Bosnian repatriation process was comparatively more aligned with human rights principles than the Burundian case, certain fundamental challenges led to a failure to respect refugees' right to

[576] Janvier D. Nkurunziza, 'Timing and Sequencing of Post-conflict Reconstruction and Peacebuilding in Burundi', Political Economy Research Institute, Working Paper No. 406, (2015), 3.
[577] Graham Brown, Arnim Langer and Frances Stewart, 'A Typology of Post-Conflict Environments', Center for Research on Peace and Development (CRPD), Working Paper No. 1, (2011), 5.
[578] ibid.
[579] Jon Unruh and Rhodri C. Williams, Land and Post-Conflict Recovery, (Routledge, New York 2013).
[580] General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Dayton Peace Agreement) Annex 7, (14 December 1995), article 1 (hereinafter DPA).
[581] ibid.

voluntary return. Following the signing of the DPA on 14 December 1995, a specialized body was established to handle property disputes: the Commission on Real Property Claims of Refugees and Displaced Persons (CRPC).[582] The overall success of the repatriation process was heavily reliant on securing property rights and prompted significant efforts to facilitate the return of properties to displaced persons.[583] However, despite these efforts, within the first five years, only 120,000 refugees managed to return to their original homes in Bosnia and Herzegovina.[584]

One major obstacle to return was the predicament of minority refugees, who faced the possibility of becoming an ethnic minority in their former communities. While those belonging to the majority ethnic group were generally willing to return, minority returnees hesitated due to concerns over economic and social security, as well as fears of physical violence.[585] Moreover, local authorities actively resisted the return of minority refugees, and they believed that allowing them back would undermine their legitimacy among the local population.[586] However, the core objective of the DPA was to reverse the consequences of ethnic cleansing and restore the pre-war multi-ethnic demographic structure. Therefore, ensuring the return of minority groups was in fact essential for sustainable peace. To address this issue, international organizations attempted to facilitate the return of Serbs to the Federation (where Bosnians and Croats are the majority) and Muslims and Croats to Republika Srpska (where the Serbs are the majority).[587] However, these efforts, combined with the reluctance of host states to continue accommodating refugees for an extended period, led to critical problems.

The DPA contained detailed provisions on refugee repatriation. The framework, that aimed to ensure a safe and voluntary return, appeared even

[582] Hans van Houtte, 'Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees', Max Planck Encyclopaedias of International Law, 2019, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1320.013.1320/law-mpeipro-e1320 > accessed 6 April 2025.

[583] Catherine Phuong, 'At the Heart of the Return Process: Solving Property Issues in Bosnia and Herzegovina', (2000) 7 *Forced Migration* 5, 6.

[584] ibid 7.

[585] Lene Madsen, 'Homes of Origin: Return and Property Rights in Post-Dayton Bosnia and Herzegovina', (2001) 19 *Refuge* 8, 9.

[586] ibid.

[587] Catherine Phuong, 'Freely to Return: Reversing Ethnic Cleansing in Bosnia-Herzegovina', (2000) 13 *Journal of Refugee Studies* 165, 173.

more protective than the 1951 Refugee Convention.[588] The DPA specified that returns should occur 'without risk of harassment, intimidation, persecution or discrimination'[589] and with 'full respect for the human rights and fundamental freedoms' of returnees.[590] These provisions seemed highly aligned with IHRL. However, the agreement also contained clauses that allowed host countries to push for early repatriation. For instance, the DPA identified 'early return' as a central objective of the settlement and instructed the UNHCR to prioritize early repatriation.[591] The DPA mandated the UNHCR to carry out, inter alia, an early repatriation.[592] As a result, rather than emphasizing voluntariness, the focus shifted to ensuring a safe return. Under these conditions, repatriation would be considered lawful if safety was guaranteed; this is because refugee status would cease and the non-refoulement obligation would no longer apply.

In practice, once conditions were deemed sufficiently safe, host countries began pressuring the UNHCR to accelerate repatriation efforts. This created tensions between the UNHCR and host states (mainly Croatia, Serbia, Montenegro), as the UNHCR argued that Bosnia and Herzegovina was not yet equipped to accommodate returning refugees.[593] One of the key concerns was the challenge of resolving property disputes within a short timeframe. If repatriation occurred too soon, returnees would be unable to reclaim their properties, thereby their ability to exercise their property rights would be threatened. The UNHCR's concerns materialized when, within a few years, some host countries repatriated approximately 800,000 refugees back to Bosnia and Herzegovina.[594] This mass repatriation led to critical issues, as many returnees were unable to reclaim their homes and were instead forced into internal displacement. As a result, they were deprived of their fundamental human rights and freedoms due to forced repatriation. This situation not only created humanitarian concerns but also complicated the peacebuilding process and weakened the prospects for long-term stability and peace in the country.

[588] The DPA (n 91) article 1(3).
[589] ibid article 1(2).
[590] ibid article 1(3).
[591] ibid article 1(1).
[592] ibid article 1(5).
[593] Elizabeth Andersen, 'The Role of Asylum States in Promoting Safe and Peaceful Repatriation under the Dayton Agreements', (1996) 7 *European Journal of International Law* 193, 203.
[594] Madsen (n 96) 7.

Between 1995 and 2001, returnees in Bosnia and Herzegovina faced ethnically based violence and intimidation on a daily basis in Bosnia and Herzegovina.[595]The attacks against the returnees varied in severity, ranging from murder and arson to property destruction, including bombings and landmines.[596] This was particularly pronounced in the Repuklika Srpska, where the genocide had taken place. Returnees - mostly Bosniaks - returned as minorities and often found their properties damaged.[597] In addition, they faced violent demonstrations, physical assaults, and even killings.[598] Wartime violence thus transformed into post-war violence, manifesting as daily physical attacks against Bosniaks.[599] Therefore, research shows that return to Bosnia and Herzegovina during this period was not yet safe for returnees.

Another significant challenge in Bosnia and Herzegovina was that the exercise of property rights was tied to physical return. Although the DPA did include provisions for 'just compensation'[600] and established the CRPC to handle compensation claims, in practice, the CRPC primarily facilitated the buying, selling, leasing, and mortgaging of properties rather than providing direct financial compensation.[601] This approach aligned with the broader peacebuilding strategy, which aimed to reverse the effects of ethnic cleansing. However, it also meant that refugees who chose not to return were denied their property rights. For many, particularly those from minority groups, there were legitimate reasons to refuse return. If they returned voluntarily, they faced potential persecution from majority returnees. Moreover, some were forced into internal displacement because conditions did not allow for the restoration of their homes. For this reason, compensation should not be treated as a mere consequence of return but rather as a mechanism for ensuring refugees' fundamental rights. The

[595] Mats Berdal, Gemma Collantes-Celador and Merima Zupcevic, 'Post-War Violence in Bosnia and Herzegovina', in Astri Suhrke and Mats Berdal (eds.), The Peace in Between: Post-War Violence and Peacebuilding, (Routledge, London 2012), 9.
[596] ibid.
[597] Walpurga Englbrecht, 'Bosnia and Herzegovina, Croatia and Kosovo: Voluntary Return in Safety and Dignity?', (2004) 23 *Refugee Survey Quarterly* 100, 104.
[598] ibid.
[599] Hamza Preljevic and Ibrahim Fevzi Guven, 'The Continued Challenges of the Bosniak Returnees in Republika Srpska and the Threat of Secessionism', (2024) 24 *Romanian Political Science Review* 41, 73.
[600] The DPA (n 91) arts 11 and 12.
[601] Miriam Anderson, 'The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability', (2011) 24 *Journal of Refugee Studies* 304, 309.

principle of voluntary return in international human rights law means that repatriation is a right, not an obligation.[602]

Over time, this approach has evolved, largely due to the adoption of the United Nations Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons, commonly referred to as the Pinheiro Principles.[603] These principles establish that return and compensation should be treated as separate entitlements.[604] Although some challenges remain in their implementation, this shift represents a significant advancement in human rights. By separating compensation from return, the Pinheiro Principles have the potential to eliminate the discriminatory treatment towards minority refugees. Under this framework, the bias favouring majority returnees over minority returnees can be addressed and rectified.

Whereas the situations in Burundi and Bosnia and Herzegovina share notable similarities, they also share differences as well. One key difference was the level of international involvement. Bosnia and Herzegovina received substantial financial support, and over a hundred international organizations participated in monitoring and assisting the repatriation process. By contrast, Tanzania—where many Burundian refugees were hosted—remains one of the poorest countries in the world. This economic disparity played a significant role in shaping the Burundian repatriation process. As Chimni has argued, the repatriation policies of Western countries are often driven by a lack of burden-sharing rather than economic constraints alone.[605] In both cases, however, the principle of non-refoulement was violated. This is because, in both contexts, the risk of persecution persisted. This article has showed that populations were still recovering from the impact of violent conflict and slowly transitioning into post-war reconstruction. As a result, human rights violations continued, and in some cases, conditions deteriorated further after repatriation.

The principle of non-refoulement has evolved under IHRL and expanded its scope beyond protection from persecution to include safeguards against torture and inhuman or degrading treatment. Therefore, any decision to

[602] UDHR article 13, ICCPR article 12(4).
[603] United Nations Economic and Social Council, Housing and property restitution in the context of return of refugees and internally displaced persons, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 June 2005.
[604] Giulia Paglione, 'Individual Property Restitution: From Deng to Pinheiro – and the Challenges Ahead', (2008) 20 *International Journal of Refugee Law* 391,405.
[605] B. S. Chimni, 'From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems', (2004) 23 *Refugee Survey Quarterly* 55, 66.

repatriate refugees must consider these broader protections. A fundamental requirement for repatriation is an 'objective and impartial assessment of the human rights situation in the country of origin.'[606] In both Burundi and Bosnia and Herzegovina, it is questionable whether such assessments were conducted carefully and objectively. Property rights play a central role in return processes, but they cannot be viewed in isolation from other fundamental rights and freedoms. Whereas restoring property rights to returnees may create the appearance of a successful peace process, depriving them of broader human rights undermines long-term stability and peace.

IV. Conclusion

This article has argued that the principles of non-refoulement and post-conflict recovery depend on the legal and policy perspective taken. The article has shown that from the standpoint of IHL and refugee law, the threshold for defining a 'post-conflict situation' is relatively low. However, under IHRL, a state's transition out of conflict requires more extensive criteria. Therefore, from IHRL's perspective, the non-refoulement principle does not conflict with post-conflict objectives. If a state can guarantee the fundamental human rights of returning refugees, repatriation does not contradict non-refoulement, as the risks of persecution and rights violations are considerably eliminated. However, in situations where the risk of persecution and human rights abuses persist, the non-refoulement principle remains a crucial safeguard against premature repatriation.

The cases of Burundi and Bosnia and Herzegovina show that refugees' return is an essential component of the peacebuilding process. Whereas it is often assumed that the end of a conflict should mark the beginning of return, legal, political and economic frameworks are necessary to ensure a safe and sustainable repatriation. These cases highlight that the protection of refugees' fundamental rights and freedoms must serve as the foundation of any return process. The reluctance of host states to continue accommodating refugees might prompt premature repatriation. When and if return is carried out hastily and without adequate preparation, it might jeopardize the post-conflict situation and might threaten the broader peace process. The cases further demonstrate that refugees, belonging to a particular ethnicity, religion, or a race, might have a significant impact on the post-conflict

[606] Saul Takahashi, 'The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection', (1997) 9 *International Journal of Refugee Law* 593, 594.

state's dynamics. Therefore, their return should be conducted carefully, gradually, and vigilantly.

REFERENCES

Allain, J. 'The jus cogens Nature of non-refoulement', (2001) 13 International Journal of Refugee Law 553.

Eman Amad, 'International Refugee Law and International Humanitarian Law: Regime Interaction and Overlap', Diplomacy, Law and Policy (DLP) Forum, 9 March 2023, <https://www.dlpforum.org/2023/03/09/international-refugee-law-and-international-humanitarian-law-regime-interaction-and-overlap/> accessed 5 April 2025.

Andersen, E. 'The Role of Asylum States in Promoting Safe and Peaceful Repatriation under the Dayton Agreements', (1996) 7 European Journal of International Law 193.

Anderson, M. 'The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability', (2011) 24 Journal of Refugee Studies 304.

Barutciski, M. 'Involuntary Repatriation when Refugee Protection is No Longer Necessary: Moving Forward after the 48th Session of the Executive Committee', (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 236.

Beaman, L., Onder, H. and Onder, S. 'When do Refugees Return Home? Evidence from Syrian Displacement in Mashreq', (2022) 155 *Journal of Development Economics* 1.

Berdal, M., Collantes-Celador, G. and Zupcevic, M. 'Post-War Violence in Bosnia and Herzegovina', in Astri Suhrke and Mats Berdal (eds.), The Peace in Between: Post-War Violence and Peacebuilding, (Routledge, London 2012.

Black, R. 'Return of Refugees: Retrospect and Prospect', in Michael Dumper (ed.), Palestinian Refugee Repatriation: Global Perspectives (Routledge, New York 2006).

Black R. & Gent, S. 'Sustainable Return in Post-conflict Contexts', (2006) 44 International Migration 15.

Boeyink, C. 'Tanzania's Threat to Expel Burundians Sets a Dangerous Precedent', *Foreign Policy* (15 November 2023).

Brown, G., Langer, A. and Stewart, F. 'A Typology of Post-Conflict Environments', Center for Research on Peace and Development (CRPD), Working Paper No. 1, (2011).

Chetail, V. 'Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents', (2004) 23 Refugee Survey Quarterly 1.

---- 'Armed Conflict and Forced Migration: A Systemic Approach to International Humanitarian Law, Refugee Law and Human Rights Law' in Andrew Clapham and Paola Gaeta (eds), The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict (OUP, Oxford 2013) 700.

Chimni, B. S. 'The Meaning of Words and the Role of UNHCR in Voluntary Repatriation', (1993) 5 International Journal of Refugee Law 442.

---- 'From Resettlement to Involuntary Repatriation: Towards a Critical History of Durable Solutions to Refugee Problems', (2004) 23 Refugee Survey Quarterly 55.

Duffy, A. 'Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law', (2008) 20 *International Journal of Refugee Law* 373.

Dünnwald, S. 'Voluntary Return: The Practical Failure of a Benevolent Concept', in Martin Geiger and Antonine Pecoud (eds), Disciplining the Transnational Mobility of People (Palgrave Macmillan, London 2013) 228.

Elhawary, S. & Pantuilano, S. 'Land Issues in Post-conflict Return and Recovery', in Jon Unruh and Rhodri C. Williams (eds), Land and Postconflict Peacebuilding (Earthscan, London 2013) 115.

Englbrecht, W. 'Bosnia and Herzegovina, Croatia and Kosovo: Voluntary Return in Safety and Dignity?', (2004) 23 *Refugee Survey Quarterly* 100.

Fisher, K. J. 'Defining Relationship between Transitional Justice and *Jus Post Bellum*: A Call and an Opportunity for Post-conflict Justice', (2018) 16 *Journal of International Political Theory* 1.

Fransen, S. 'The Socio-Economic Sustainability of Refugee Return: Insights from Burundi', (2017) 23 *Population, Space and Place* 1.

---- and Kuschminder, K. 'Back to the Land: the Long Term Challenges of Refugee Return and Reintegration in Burundi', UN High Commissioner for Refugees New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 242, (2012).

Goodwin-Gill, G. S. 'Non-Refoulement, Temporary Refuge, and the 'New' Asylum Seekers', in David James Cantor and Jean-François Durieux

(eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law (Brill, Leiden 2014).

Gündüz, B. 'Non-refoulement Principle in the 1951 Refugee Convention and Human Rights Law', (2018) 10 *ASSAM UHAD* 13, 17.

Hulme, K. 'Armed Conflict and the Displaced', (2005) 17 *International Journal of Refugee Law* 91.

Human Rights Watch, 'Tanzania: Burundians Pressured into Leaving', 12 December 2019, < https://www.hrw.org/news/2019/12/12/tanzania-burundians-pressured-leaving> accessed 4 April 2025.

Johansson, P. 'Refugee Repatriation as a Necessary Condition for Peace', in Ashok Swain et al. (eds), Globalization and Challenges to Building Peace (Anthem Press, London 2007) 91.

Lukunka, B. N. '"They call us witches": Exclusion and Invisibility in the Burundian Returnee Reintegration', (2018) 24 *Journal of Peace Psychology* 315.

Madsen, L. 'Homes of Origin: Return and Property Rights in Post-Dayton Bosnia and Herzegovina', (2001) 19 Refuge 8.

Mbazumutima, T. '"Staying in Tanzania or retuning to Burundi is all the Same": Re-imagining the Reintegration of Burundian Returnees', (2023) 42 *Refugee Survey Quarterly* 336.

Milner, J. 'Refugees and the Regional Dynamics of Peacebuilding', (2009) 28 Refugee Survey Quarterly 13.

Molnár, T. 'The Principle of Non-Refoulement Under International Law: Its Inception and Evolution in a Nutshell', (2016) 1 *COJOURN* 51.

Moore, J. 'Protection against the Forced Return of War Refugees: An Interdisciplinary Consensus on Humanitarian Non-Refoulement', in David James Cantor and Jean-François Durieux (eds), Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law (Brill, Leiden 2014).

Nkurunziza, J. D. 'Timing and Sequencing of Post-conflict Reconstruction and Peacebuilding in Burundi', Political Economy Research Institute, Working Paper No. 406, (2015).

Ogata, S. 'Opening Statement', (Healing the Wounds: Refugees, Reconstruction, Reconciliation, Princeton, 1996).

Paglione, G. 'Individual Property Restitution: From Deng to Pinheiro – and the Challenges Ahead', (2008) 20 International Journal of Refugee Law 391.

Petrin, S. 'Refugee Return and State Reconstruction: A Comparative Analysis', UN High Commissioner for Refugees New Issues in Refugee Research, Working Paper No. 66, (2002).

Phuong, C. 'At the Heart of the Return Process: Solving Property Issues in Bosnia and Herzegovina', (2000) 7 Forced Migration 5.

---- 'Freely to Return: Reversing Ethnic Cleansing in Bosnia-Herzegovina', (2000) 13 Journal of Refugee Studies 165.

Poon, J. 'Non-Refoulement in the International Refugee Law: A Lex Specialis?', Cornell International Law Journal Blog, 7 August 2017, <https://cornellilj.org/2017/08/07/non-refoulement-in-the-international-refugee-law-regime-a-lex-specialis/> accessed 7 April 2025.

Preljevic, H. and Guven, I. F. 'The Continued Challenges of the Bosniak Returnees in Republika Srpska and the Threat of Secessionism', (2024) 24 *Romanian Political Science Review* 41.

Salmon, E. 'Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to be Learnt from the Latin American Experience', (2006) 88 International Review of the Red Cross 327.

Scalettaris, G. and Gubert, F. 'Return Schemes from European Countries: Assessing the Challenges', (2018) 57 *International Migration* 91.

Stephanie Schwartz, 'Home, Again: Refugee Return and Post-Conflict Violence in Burundi', (2019) 44 *International Security* 110.

Simeon, J. C. 'What is the Future of Non-Refoulement in International Refugee Law?', in Satvinder Singh Juss (eds.), Research Handbook on International Refugee Law (Edward Elgar, Cheltenham 2019) 183.

Takahashi, S. 'The UNHCR Handbook on Voluntary Repatriation: The Emphasis of Return over Protection', (1997) 9 International Journal of Refugee Law 593.

UN High Commissioner for Refugees Briefing Notes, 'Burundi: Refugees Return Despite Reports on Intense Fighting', 23 January 2003, <https://www.unhcr.org/africa/news/briefing-notes/burundi-refugees-return-despite-reports-intense-fighting> accessed 6 April 2025.

UN High Commissioner for Refugees Handbook 'Voluntary Repatriation: International Protection' (1 January 1996).

Unruh, J. and Williams, R.C., Land and Post-Conflict Recovery, (Routledge, New York 2013).

van Houtte, H. 'Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees', Max Planck Encyclopaedias of International Law, 2019, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1320.013.1320/law-mpeipro-e1320 > accessed 6 April 2025.

Zaum, D. 'Post-Conflict Statebuilding and Forced Migration', in Alexander Betts and Gil Loescher (eds), Refugees in International Relations (OUP, Oxford 2011) 285.

DOCUMENTS and CASES

Chahal v UK, App. No 22414/93, (ECHR, 15 November 1996).

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.

Convention Relating to the Status of Refugees (adopted 28 July 1951, entered into force 22 April 1954) 189 UNTS 137.

European Convention on Human Rights (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953).

General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Dayton Peace Agreement) Annex 7, (14 December 1995).

Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August 1949, 75 UNTS 287.

International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

K.H v Denmark, Communication no 464/2011, (Committee against Torture, 3 December 2012).

N. A. v Finland, App. No 25244/18, (ECHR, 13 October 2021).

The Human Rights Committee General Comment 27 on freedom of movement, Article 12 ICCPR (1999).

United Nations Economic and Social Council, Housing and property restitution in the context of return of refugees and internally displaced persons, E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 June 2005.

United Nations General Assembly Resolution, A/RES/428(V) (14 December 1950).

Universal Declaration of Human Rights (adopted on 10 December 1948).

[607H] ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ STATÜSÜNE TARAF OLMAYAN DEVLETLER BAKIMINDAN DEVLET VE HÜKÜMET BAŞKANLARININ YARGILANABİLMESİ

((PROSECUTION OF HEADS OF STATE AND GOVERNMENT FOR STATES NOT PARTY TO THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT)

Dr. Öğr. Üyesi Kenan DÜLGER [608*] [609]**

ÖZ

Uluslararası hukukta devletlerin sahip oldukları yargı bağışıklığı kavramının devlet ve hükümet başkanlarına da benzer şekilde uygulanıp uygulanmayacağı en fazla yöneltilen soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletler egemenlik yetkilerinden ötürü eşit olarak kabul gördükleri için birbirleri üzerinde yargı yetkisi kullanabilmelerinin imkânı bulunmamaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrası ortaya çıkan uygulama örneklerinde, devlet ve hükümet başkanlarına tanınan yargı bağışıklığının, insanlığa karşı suçlar veya savaş suçları gibi uluslararası suçların söz konusu olduğunda tanınmayacağı anlayışı ortaya çıkmıştır. 1998 yılında Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde bugüne kadar birçok devlet ve hükümet başkanı yargılanmıştır. Ancak daha tartışmalı olan husus ise Roma Statüsüne taraf olmayan devletler yönünden Mahkeme'nin yetkili olup olmadığıdır. Mahkeme bugüne kadar yargı yetkisini kabul etmeyen Sudan, Libya ve Rusya devlet başkanlarına yönelik bağışıklık tanımaksızın yargı yetkisini kullanmıştır. Benzer bir durumun, işgal altındaki Filistin topraklarında Ekim 2023'ten bugüne kadar işlenen ihlaller nedeniyle İsrailli devlet ve hükümet başkanları yönünden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalı hale gelmiştir. Bu çalışmada anılan soruya cevap aranmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Yargı bağışıklığı, devlet başkanı, hükümet başkanı, İsrail, Uluslararası Ceza Mahkemesi.*

ABSTRACT

[607H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 12.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 22.03.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 03.04.2025. Onaylanma Tarihi: 01.05.2025

[608*] Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

[609**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003- 2324-5476**.**

Esere Atıf Şekli: Kenan Dülger, "*Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne Taraf Olmayan Devletler Bakımından Devlet ve Hükümet Başkanlarının Yargılanabilmesi*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s. 633-684.

The most frequently asked question is whether the concept of judicial immunity enjoyed by states in international law will be applied to heads of state and government in a similar manner. Since states are recognised as equal due to their sovereign powers, it is not possible for them to exercise jurisdiction over each other. In the post-Second World War practices, the understanding emerged that the judicial immunity granted to heads of state and government would not be recognised in cases of international crimes such as crimes against humanity or war crimes. Many heads of state and government have been tried so far at the International Criminal Court, which was established with the Rome Statute in 1998. However, the more controversial issue is whether it has jurisdiction over states that are not parties to the Rome Statute. To date, the Court has exercised its jurisdiction without recognising immunity over the heads of state of Sudan, Libya and Russia, which have not accepted its jurisdiction. It has become highly controversial as to whether a similar situation can be realised with regard to Israeli heads of state and government for violations committed in the occupied Palestinian territories since October 2023. This study seeks to answer this important question.

Key-words: *Judicial immunity, heads of state, heads of government, Israel, International Criminal Court.*

***

GİRİŞ

Uluslararası hukukta çoğu zaman en hararetli tartışmaların yaşanmasına neden olan konuların başında yargı bağışıklığı gelmektedir. Devletlerin aralarındaki ilişkilerde fazlasıyla sorun yaşadıkları meselelerden biri olarak karşımıza çıkan bağışıklık kavramının kaynağı ve ortaya çıkışı, devlet kavramı ile paralellik göstermektedir. Devlet, uluslararası alanda mevcut hukuk düzeninin oluşturulmasında ve sürdürülmesinde asli kişilik olarak sahip olduğu bu temel rolü, kurucu unsurlarından biri olan egemenliği sayesinde elde etmektedir. Devletin uluslararası hukuk kuralları bağlamında bağışıklık kavramı ile ilişkilendirilmesi, 19. yüzyılın başlarına kadar geriye götürüldüğü ifade edilse de daha da eski olduğu kabul edilmektedir[610].

Uluslararası alanda günümüz şartlarına uygun modern devlet anlayışının henüz ortaya çıkmadığı döneme kadar geriye götürülebilecek bir geçmişe sahip olan bağışıklık kavramı, kaynağını devletin kişileştirilmiş hali olan hükümdardan almaktadır. Şöyle ki bahsi geçen klasik dönemde devletlerin

[610] Edip Çelik, *Milletlerarası Hukuk,* İkinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 36.

bugünkü yapısından uzak görülen yönetim örnekleri ile devleti temsil eden imparator, hükümdar, padişah ya da kral gibi en üst düzeydeki temsilcinin varlığı önem taşımaktadır. Devletin başındaki kişi, devleti var eden bir unsur olarak görülmektedir. Dolayısıyla o dönemde hükümdarlar, birbirlerini eşit statüde kabul ettiklerinden, karşılıklı olarak yargı yetkilerini kullanmadıkları görülmektedir. Bu durumun en çarpıcı görünümü ise yargılamadan muaf tutulmaktır. Zira bahsi geçen uygulamaya göre hiçbir devlet başkanı, bir diğer devlet tarafından yargılamamaktadır. Burada sözü edilen uygulamanın modern zamanlarda karşımıza çıkan hali ise devletin yargı bağışıklığıdır. Bilhassa Avrupa'da Otuz Yıl Savaşlarının sona erdiren Vestfalya Barışı denilen dönemde, modern devlet anlayışına uygun örneklerin ortaya çıktığı bilinmektedir. Modern devlet anlayışında hükümdar ikinci plana atılırken, devletin kişiliği önem arz etmektedir. Dolayısıyla devlet başkanlarının daha ziyade temsil etme vasfı bulunmaktadır.

Uluslararası hukukta devletin yargı bağışıklığı denildiğinde, emredici hukuk kuralı haline gelen egemen eşitlik ilkesinin belirleyici olduğu anlaşılmaktadır[611]. Bir diğer ifadeyle, uluslararası alanda bütün devletlerin egemen ve birbirlerine karşı eşit oldukları kabul gördüğünden, birbirlerini yargılama konusunda yetki sahibi olmadıklarına dair yerleşmiş bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Eşitin eşit üzerinde herhangi bir yetkisi olmadığından bir devletin başka bir devleti yargılama yetkisinin de bulunmadığı sonucu çıkmaktadır[612]. 19. yüzyılın başlarından itibaren ulusal ve uluslararası yargı organlarının bu doğrultuda aldığı karar örnekleri, teori ve uygulamanın birbiri ile tutarlılık içinde olduğunu göstermektedir. Devletin uluslararası alanda oynadığı egemen rol, işlevini arttırdıkça ticaret dahil birçok alanda faaliyet göstermeye başladığı görülmektedir. Yargı bağışıklığına sahip bir devletin özellikle ticaret hayatında oldukça aktif hale gelmesi karşısında birtakım hukuki uyuşmazlıkların doğmaması mümkün değildir. Ancak başlangıçta mutlak surette yargılamadan muaf tutulan devletin hem aktif ticari faaliyetlerde bulunması hem de yargılanamaması tartışmalara yol açtığından, giderek devletin sınırlı bir bağışıklıktan yararlanması gerektiği düşüncesi ağır basmıştır. Böylece bir devletin diğer bir devleti yargılama

[611] Yasin Öztürk, *"Uluslararası Hukukta Devletlerin Egemen Eşitliği Kavramının Jus Cogens Niteliği,"* Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 42, S. 1, 2017, s. 43-47.

[612] Esra Ata, *"Uluslararası Hukukta Yabancı Devlet Başkanlarının Haysiyetinin Korunması,"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 8, S. 31, 2017, s. 593-594.

yetkisinin kullanılıp kullanılamayacağını belirleyen hususun devletin egemenlik yetkisi olduğu kabul edilecektir[613].

Devlet başkanlarında olduğu gibi benzer bir hukuki rejimin uygulandığı hükümet başkanlarının da devletin sahip olduğu bağışıklığa benzer biçimde herhangi bir devletin yargı organında muaf tutulması geçerlidir. Devlet başkanlarına tanınan bağışıklığın, kişisel ve konu bakımından iki farklı görünümü bulunmaktadır. Gerek devlet uygulamaları gerekse Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararlarında devlet ve hükümet başkanlarının kişisel yargı bağışıklığının mutlak surette kabul edilmektedir. Hatta görevi devam eden devlet ve hükümet başkanlarının söz konusu bağışıklığının hiçbir surette ihlal edilemeyeceği Divan tarafından ifade edilmiştir. Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde yaşanan ihlaller[614] karşısında devlet başkanları ile birlikte üst düzey devlet görevlilerinin yargılanmasına ilişkin uygulama örnekleri başarılı olmasa da günümüzde geçerli olan sistem açısından bir süreç olarak görülmektedir. Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinde yapılan yargılamalarda devlet ve hükümet başkanlarına yönelik sınırlı bağışıklık konusundaki uygulamaların bir benzerini, 20. yüzyılın sonlarına doğru kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesinde görebilmekteyiz.

Bireysel cezai sorumluluğun kabul edildiği ve sürekli bir yargılama mekanizmasına sahip olan Mahkeme, bugüne dek birçok devlet ve hükümet başkanı ile birlikte üst düzey devlet görevlisinin yargılamasını gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede dikkat çekici husus, Mahkeme'nin yetkisini kabul etmeyen devletlerin devlet ve hükümet başkanlarını yargılayabilip yargılayamayacağıdır. Bugüne dek bu duruma örnek olarak Sudan, Libya ve Rusya devlet başkanlarının yargılanması gösterilebilir. Hiçbir surette yargı yetkisinden muaf tutulmayı kabul etmeyen bir anlayışa sahip Mahkeme'nin önünde güncel olarak yukarıdaki örneklere benzer şekilde dikkat çeken zor bir mesele bulunmaktadır. Ekim 2023 tarihinde Filistin topraklarının işgali ve İsrail'in hukuka aykırı yayılmacı yerleşim politikasına son vermek amacıyla gösterilen tepkinin bir örneği olarak İslami Direniş Hareketi

---

[613] James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law,* 8th Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 491, 499.

[614] Uluslararası hukukta devletin herhangi bir organı, resmi bir devlet görevlisi ya da devlet tarafından yönlendirilen bir kişinin fiilleri söz konusu devlete atfedilmektedir. Ancak böyle bir durum bulunmadığı takdirde devlet, sorumlu tutulmamaktadır. Devletin tüm vatandaşlarının fiilleri, o devlete atfedilemez. Bilgi için bkz. Kenan Dülger, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu,* İstanbul, Beta Yayınları, 2015, s. 56-57.

(Hamas)[615] tarafından gerçekleştirilen saldırılar sonrasında İsrail'in ağır sonuçlar doğuran top yekûn saldırıları başlamıştır. Bugüne dek devam eden saldırılar sonucunda yaşanan sistematik, ağır ve ciddi insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle Mahkeme'nin İsrailli üst düzey devlet temsilcileri hakkında yargı yetkisini kullanıp kullanmayacağı ihtimalleri çalışmamızın inceleme alanını oluşturmaktadır.

I- ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE DEVLET BAŞKANLARININ YARGILANABİLMESİ

A- Yargı Bağışıklığı Kavramı

Devletlerin ülkeleri üzerinde sahip oldukları söz konusu yetkilerinin tam ve münhasır olduğu ifade edilerek, bu ilkelerin karakteristik özelliklerini yansıttığı ileri sürülmektedir. Bununla beraber, uluslararası hukukun mevcut kuralları bağlamında devletin ülkesel yetkisinin aynı zamanda mutlak bir anlam ifade etmediğinin de altı çizilmektedir. Buna göre uygulanan uluslararası hukuk kurallarından kaynaklanan belirli sınırlandırmalar bulunduğu ve bu sınırlandırmaların başında da devletin yargı bağışıklığının geldiği söylenebilir[616]. Doktrinde yargı bağışıklığının, uluslararası toplumda herhangi bir devletin bir diğer devlet üzerinde yargı yetkisini kullanamaması biçiminde tanımlandığı görülmektedir[617]. Tarihsel olarak yargı bağışıklığının dayanağının, devlet başkanlarının kişisel bağışıklığından yola çıkılarak geliştirildiği iddia edilmektedir. Şöyle ki, Orta Çağ Döneminde hükümdarlar ile devletler eş anlamlı olarak kabul edildiğinden, egemenliğin de kişiselleştirilmiş bir kavram olduğu kabul görmekteydi[618]. Teorik olarak sözü edilen kişiselleştirme, zaman içerisinde etkisini kaybetmiştir. Buna

[615] İsrail'in 2005 yılında Gazze'den çekilmesinin ardından Ocak 2006'da yapılan Parlamento seçimlerinde çoğunluğu sağlayarak hükümeti kuran Hamas, daha önce iktidar sahibi olan El-Fetih ile anlaşmazlığa düşmüştür. Bu nedenle Filistin'de Batı Şeria'yı kontrol eden merkezi hükümet ve Gazze'yi kontrol eden Hamas hükümeti şeklinde de facto bir ikili yönetim ortaya çıkmıştır. Daha sonra taraflar arasında yaşanan çatışmaların sonucunda bu ayrım resmi olarak bugüne kadar devam etmektedir. Bilgi için bkz. Talha İsmail Duman, *"Ortadoğu'daki İslami Hareketlerin Siyasal Entegrasyonu: Mısır İhvanı, Hizbullah ve Hamas Örnekleri,"* Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2023, s. 136-137.

[616] Yücel Acer/İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk-Temel Ders Kitabı,* 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 176-178.

[617] Aslan Gündüz, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk,* İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1984, s. 24-25.

[618] Tim Hillier, *Sourcebook on Public International Law,* London, Cavendish Publishing, 1998, s. 288; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law,* 7th Ed., New York, Routledge, 1997, s. 119.

bağlı olarak, günümüz anlayışına uygun bir egemenlik ve bağımsızlık kavramının yerleştiği söylenebilir. Aynı zamanda devletlerin egemen eşitliği ile bağımsızlığı ilkelerinin, herhangi bir devletin ulusal mahkemeleri önünde rızası dışında yargı yetkisini kullanabilmesine engel teşkil ettiği ifade edilmektedir[619].

Uluslararası hukukta herhangi bir devletin veya resmi temsilcisinin statüsüne ve yerine getirdiği işlevine bağlı olarak ortaya çıkan usule ilişkin bir engel şeklindeki yargı bağışıklığı ilkesinin gerek doktrinde gerekse içtihatlarda örf ve adet kuralı niteliğinde kabul edildiği anlaşılmaktadır[620]. Uluslararası alanda yargı bağışıklığının uygulandığı durumlarda devletin ulusal mahkemeleri, yargı yetkisini bir diğer devlet üzerinde kullanamamaktadır. Bu sonuç, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülük gereği ortaya çıkmaktadır. Aksi durumda devletin yargısal işlemleri sonucunda uluslararası hukukun ihlali gerçekleşebilecektir[621]. Yargı bağışıklığı ilkesinin temelinde devletlerin bağımsızlığı ve egemen eşitliği ilkesinin bulunduğu kabul edilmektedir. Egemen eşitlik ilkesinin, Latince *par in parem non habet imperium* şeklinde ifade edilen kuraldan kaynaklandığı belirtilmektedir. Buna göre yargı yetkisinin, ast üst ilişkisi bulunanlar arasında konu edilebileceği, eşitler arasında kullanılamayacağı ileri sürülmektedir[622]. Bu hususta örnek olarak Almanya ile İtalya arasındaki Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Davada verilen Divan kararı gösterilebilir. 2012 tarihli karara göre Divan, devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklanan yargı bağışıklığı kuralının uluslararası hukukta önemli bir yere sahip olduğunu vurgulamaktadır. Egemen eşitlik ilkesinin de Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın m. 2/1'de yer alan temel bir ilke olduğu ifade edilmektedir[623].

---

[619] Malcolm N. Shaw, *International Law,* 6th Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, s. 698.

[620] Ashkan Famil Modaberan/Masoud Vazini, *"The Immunity of Heads of State and the Approach of International and Domestic Courts in its Application,"* Palarch's Journal of Archaeology of Egypt/Egyptology, C. 18, S. 4, 2021, s. 7876; Arrest Warrant of 11 April 2000, Democratic Republic of Congo v. Belgium, Judgment, ICJ Reports, 2002, para. 21, 48, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf, (ET: 10.12.2024).

[621] Martin Dixon, *Textbook on International Law,* 6th Ed., New York, Oxford University Press, 2007, s. 174-175.

[622] Albert Brown Lyons, *"The Avoidance of Hardships Resulting from the Doctrine of Sovereign Immunity,"* Transactions of the Grotius Society, C. 42, 1956, s. 61.

[623] Söz konusu dava Almanya tarafından İtalya'ya karşı, İtalyan mahkemelerinin Almanya'nın uluslararası hukuktan doğan yargı bağışıklığını ihlal ettiği gerekçesiyle

Devletin yargı bağışıklığının kapsamına dair 20. yüzyılın ikinci yarısına kadar uluslararası alanda hâkim olan anlayış, devletin tüm faaliyetlerinde mutlak yargı bağışıklığına sahip olduğudur. Bir diğer deyişle, uyuşmazlığın konusuna bakılmaksızın herhangi bir devletin, başka bir devletin ulusal mahkemelerinde yargılanamayacağı esası geçerli olmaktadır[624]. Ancak ticari alanda fazlasıyla aktifleşen devletler açısından mutlak bağışıklığın verimsiz hale gelmesi ve özel kişilerin haklarının korunması düşüncesiyle yargı bağışıklığının sınırlanması gerektiği kabul edilmiştir. Bu doğrultuda devletin tüm işlemlerinde ve faaliyetlerinde bağışıklık tanımanın bir gereği olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yerine bağışıklık, egemenlikten kaynaklanan işlemlerle sınırlı olmak üzere devletin varlığı ile bağdaştırılmalıdır[625].

B. Devlet Başkanının Yargı Bağışıklığı

Her şeyden önce, devlet başkanlarının yargı bağışıklığına sahip olduğu uluslararası alanda kabul görmektedir. Buna gerekçe olarak, devlet başkanlarının resmi sıfatı bulunduğu ve devlet adına hareket ettiği ifade edilmektedir[626]. Doktrinde buna farklı bir bakış açısıyla yaklaşan görüşe göre, devlet adına hareket eden resmi sıfata sahip kişilerin eylem ve işlemleri, devletin eylem ve işlemleri olarak kabul edilmelidir. Böylece burada devlet adına hareket ederek devlet eylem ve işlemlerinin gerçekleşmesi söz konusu olduğuna göre bireysel sorumluluk yerine kolektif sorumluluğun doğması gerekmektedir. Bu nedenle resmi sıfata sahip kişiler değil devlet sorumlu olacaktır[627].

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığına sahip olmasının uluslararası hukukta yerleşik bir ilke olmasının, doktrinde çok daha eski bir teoriye

açılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece Intervening, Judgment, ICJ Reports, 2012, para. 57, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf, (ET: 15.12.2024). Bahsi geçen kararın içeriğinin Türkçe çevirisi için bkz. Yusuf Aksar, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk,* 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 335-349.

[624] Füsun Arsava, *"Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı,"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 3, 2012, s. 5; Berat Lale Akkutay, *"Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı,"* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 113, 2014, s. 100.

[625] Gündüz, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk*, s. 171.

[626] Uğur Bayıllıoğlu, *"Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme,"* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 2, 2006, s. 34.

[627] İlhan Lütem, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk,* Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951, s. 116.

dayandığı iddia edilmektedir. Şöyle ki, devlet başkanları bizzat devleti temsil etmektedir. Devlet başkanlarının ihtişamı, haysiyeti ve yakın bir ilişki içerisinde devletin kişisel olarak tanımlanmasından kaynaklanan bir görüşe dayandığı ileri sürülmektedir[628]. Bir başka deyişle, tarihsel olarak yargı bağışıklığı hükümdarın kişiliğinden kaynaklandığı ve bu anlayışın da Latince *par in parem non habet imperium* olarak ifadesini bulan eşitin eşit üzerinde herhangi bir yetkisi olamaz kuralını yansıttığı savunulmaktadır. Zira kişisel olarak yargı bağışıklığının en önemli tezahürünü devlet başkanı hakkında görmek mümkündür. Devlet başkanı, devletin kişileştirilmiş hali olarak görülebilen bir konumdadır[629]. Bu çerçevede devlet ile devlet başkanının eş anlamlı olarak değerlendirildiği de söylenebilir[630]. Ancak doktrinde, yukarıda zikredilen kuralın kişisel yargı bağışıklığının temelini teşkil etmediğini öne süren görüşler de yer almaktadır. Kişisel yargı bağışıklığının yalnızca gönderen devletin rızası olmaksızın üst düzey temsilcilere müdahale etmeyi engelleyerek uluslararası ilişkileri korumak için var olduğu ileri sürülmektedir[631].

Görevde bulunan devlet başkanının kişisel anlamda mutlak, konu bakımından ise sınırlı bir yargı bağışıklığına sahip olduğu kabul edilmektedir. Bahsi geçen çifte bağışıklık durumunun, devlet başkanlığı görevinin devam ettiği sürece varlığını koruyacağı açıktır. Devlet başkanlığı görevi sona erdiği takdirde kişisel bağışıklığın da buna bağlı olarak sona ereceği, fakat görevi sırasında yaptığı resmi işlemler nedeniyle konu bakımından bağışıklığın devam edeceğini söylemek mümkündür[632].

Son olarak devlet başkanlarına yönelik yapılan açıklamalar ve kabul gören kuralların benzer şekilde hükümet başkanları bakımından da geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira uluslararası hukukta belirgin bir şekilde ifade edilmese de hükümet başkanları ile devlet başkanları arasında bir farklılık görülmemektedir. Aslında uluslararası alanda hükümet başkanlarının, devlet başkanlarına benzer işlevleri yerine getirdiği bir gerçektir. Devlet başkanlarının sembolik bir konuma sahip olduğu

---

628 Arthur Watts, *"The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law,"* The British Institute of International and Comparative Law, 2014, s. 2-3.

629 Remy Prouveze, "Immunities," in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. William A. Schabas/Nadia Bernaz, New York, Routledge, 2011, s. 356; Crawford, s. 488-489.

630 Wallace, s. 121.

631 Robert Cryer/Hakan Friman/Darryl Robinson vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure,* 2nd Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 551.

632 Prouveze, s. 359.

devletlerde ya da gerçek anlamda yetkilerin hükümet başkanlarında toplandığı devlet örneklerinde bu durum daha rahat bir şekilde anlaşılabilmektedir. Bu nedenle benzer işlevlerin yerine getirilmesinden yola çıkılarak devlet başkanlarının sahip oldukları yargı bağışıklığının, hükümet başkanlarına da tanınması gerektiği ifade edilmektedir[633].

C. Devlet Başkanının Yargılanabileceği Durumlar

Devlet başkanlarının görevi devam ettiği sürece sahip oldukları kişisel yargı bağışıklığından mutlak derecede yararlanabileceği daha önce ifade edilmişti. Devlet başkanı başta olmak üzere en üst düzeyde temsilcilerin mutlak bağışıklığı, işlevlerinin yerine getirilmesi bakımından devletlerin sahip oldukları yargı bağışıklığının en önemli görünümünü oluşturduğu vurgulanmaktadır. Görevde bulunduğu sürece devlet başkanlarının kişisel bağışıklığa sahip olduğu, görevi sona erdikten sonra ise yalnızca konu ya da işlevsel olarak yaptığı resmi işlemler nedeniyle yargı bağışıklığından yararlanacağı uluslararası hukukta yerleşmiş bir uygulama olarak kabul edilmektedir[634]. Bu noktada görevde olup olmamasına bağlı olarak bir ayrım gözetilmiş olduğu görülmektedir. Ancak bunun, uluslararası ya da ulusal herhangi bir yargı organında yargılanamayacağı anlamına gelmediği ileri sürülmektedir. Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi'nin uluslararası suçları devletlerin değil bireylerin işlediği gerekçesiyle devletlerin değil bireylerin cezai sorumluluğu olduğuna dair kararının hala geçerliliğini koruduğundan bahisle, özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)'nin yargılama yetkisine engel teşkil etmediği ifade edilmektedir[635].

Devlet başkanları başta olmak üzere üst düzey devlet görevlilerinin bireysel olarak cezai sorumluluklarının kabul görmeye başladığı anlayışın göstergesi olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemeleri gösterilebilir. Savaş sırasında işlenen suçlar nedeniyle Alman ve Japon suçluların yargılamaları için ad hoc nitelikte kurulan söz konusu Mahkemelerin uygulamaları, devlet başkanları başta olmak üzere herhangi bir kişiye bağışıklık tanınmaması anlamında

---

[633] Prouveze, s. 359, Bayıllıoğlu, s. 34; Watts, s. 3.

[634] Gazi Murat Peker, *"Uluslararası Hukuk ve Diplomatik Statü: 1961 ve 1963 Tarihli Viyana Sözleşmelerinin Hukuki Çerçevesi,"* International Marmara Social Sciences Congress, 21-22 May 2021, s. 196.

[635] Hazel Fox, *"The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government,"* The International and Comparative Law Quarterly, C. 51, S. 1, 2002, s. 120.

önem arz etmektedir[636]. Nürnberg Askeri Mahkemesi Statüsü m. 7 hükmüne göre suç işleyen kişinin devlet başkanı olması, cezanın hafifletilmesine ya da bağışıklık tanınmasına imkân vermemektedir[637]. Ancak Savaş sonrası yargılanması muhtemel iki önemli devlet başkanı olan Adolf Hitler ile Benito Mussolini'nin ölümü nedeniyle devlet başkanlarının yargılanmasına örnek teşkil edecek bir uygulama gerçekleşememiştir[638].

Yine 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme ile benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre Sözleşme'nin 4. maddesi ile soykırım suçu teşkil eden fiilleri işleyen kişilerin devlet görevlisi, özel ya da resmi sıfatı bulunmasının cezalandırılmalarında bir engel olarak görülmemektedir[639]. Burada da açıkça soykırım suçu işleyen devlet başkanlarının herhangi bir yargı bağışıklığından yararlanamayacağı anlaşılabilmektedir[640].

1993 yılında kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsünde, Nürnberg Askeri Mahkemesinde benimsenen anlayış sürdürülmektedir. Şöyle ki, her iki Mahkemenin yargı yetkisine giren suçların soyut birimler tarafından değil somut bireyler tarafından işlenmesi nedeniyle açıkça bireysel cezai sorumluluk kabul edilmiştir. Statü'nün m. 7/2 hükmü gereğince suç isnat edilen kimsenin devlet başkanı olması, kendisini sorumluluktan kurtarmadığı gibi hakkında verilecek cezanın hafifletilmesini de sağlamayacaktır[641]. Bahsi geçen Mahkemede yargılanan

---

[636] Rabia Beyza İnan, *"Uluslararası Ceza Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu,"* Eskişehir Barosu Dergisi, C. 8, S. 1, 2023, s. 71-72.

[637] Mahkeme Statüsü için bkz. Charter of the International Military Tribunal, The United Nations Treaty Series, 1951, art. 7, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, (ET: 19.12.2024). Nürnberg Askeri Mahkemesinin yargılamaları ve maddeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nazım Poroy, *Nüremberg Davası,* Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1948, s. 15, 61.

[638] Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 466.

[639] Sözleşme metni için bkz. Selami Kuran/Derya Aydın Okur/Meltem Sarıbeyoğlu vd., *Uluslararası Hukuk Temel Metinler,* 2. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2011, s. 236.

[640] Verda Neslihan Akün, *"Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid"*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2003, s. 87.

[641] Mahkeme Statüsü için bkz. The Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, art. 7/2, 1993, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, (ET: 23.12.2024).

Sırbistan devlet başkanı Slobodan Miloseviç, 2006 yılında hayatını kaybettiği için yargılaması tamamlanamamıştır[642].

Yukarıda belirtilen düzenlemenin aynısı, 1994 yılında kurulan Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü m. 6/2 hükmünde tekrar edilmiştir[643]. Ülkede soykırım başta olmak üzere diğer tüm uluslararası suçları işleyen herkesi yargılama yetkisine sahip Mahkeme'nin, aslında söz konusu suçların işlenmesinde kritik rol oynayan karar verici kadroyu yargılama amacını taşıdığı öne sürülmektedir[644]. Ruanda'da işlenen suçlardan ötürü yargılanan dönemin hükümet başkanı Jean Kambanda, Tutsi'lerin kısmen ya da tamamen yok edilmesine yönelik olarak çok sayıda kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebep olduğu gerekçesiyle sorumlu tutulmuştur. Mahkeme, 1998 yılında verdiği kararda Kambanda'nın, soykırımı planlama ile doğrudan ve aleni bir şekilde soykırımı işleme gerekçesiyle suçlu olduğuna hükmetmiştir[645].

Devlet başkanlarının yargı bağışıklığının kabul edilmemesine gösterilebilecek bir başka örnek ise 1998 yılında kurulan UCM'dir. Yargı yetkisine giren suçlar bakımından Mahkemenin kurucu anlaşması olan Roma Statüsü'nün 27. maddesine göre resmi görevine bakılmaksızın herhangi bir ayrım gözetilmeden herkese eşit bir şekilde muamele edileceği öngörülmektedir. Ardından açıkça devlet başkanları başta olmak üzere hiçbir devlet temsilcisi ya da hükümet görevlisinin sorumluluktan bağışık tutulmayacağı veya ceza indiriminden yararlanamayacağı ifade edilmektedir[646]. Doktrinde, Statü'nün hiçbir şekilde yargı bağışıklığının tanınmayacağına dair düzenlemesinin, uluslararası hukukun yerleşmiş örf ve adet hukuku kurallarını teyit ettiği ileri sürülmektedir[647]. Zikredilen görüşün

---

[642] Bayıllıoğlu, s. 42.

[643] Mahkeme Statüsü için bkz. The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, art. 6/2, 1994, https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf, (ET: 23.12.2024).

[644] Selin Başer, *"Ruanda Soykırımı'nın Uluslararası Hukuktaki Soykırım Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi,"* Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 18, S. 41, 2022, s. 236-237.

[645] The Prosecutor v. Jean Kambanda, The International Criminal Tribunal for Rwanda, Judgment and Sentence, ICTR 97-23-S, 1998, para. 40, https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgment/NotIndexable/ICTR-97-23/MSC14050R0000529818.PDF, (ET: 24.12.2024).

[646] Mahkeme Statüsü için bkz. İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler,* Ankara, Seçkin Yayınları, 2013, s. 432.

[647] Geert Jan Alexander Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law,* 2nd Ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 128.

benzerine, 2002 yılında kurulan Sierra Leone için Özel Mahkeme'nin yargı bağışıklığına dair 2004 yılında aldığı bir kararda rastlanılmaktadır. Liberya devlet başkanı Charles Taylor'un, ülkesinde 1991-2002 yılları arasında işlenen suçlar nedeniyle görevdeyken çıkarılan tutuklama kararı ile başlayan yargılamasında Özel Mahkeme, yargı bağışıklığına sahip olmadığına hükmetmiştir. Özel Mahkeme, devlet başkanlarının uluslararası yargı organlarında yargılanabileceğini ve bu hususun devletlerin egemen eşitliğini ihlal etmeyen yerleşmiş bir ilke olduğunu vurgulamaktadır[648]. Bu konuda bahse değer bir başka örnek ise Şili eski devlet başkanı Pinochet'nin İngiltere'de tutuklanmasına ilişkin davadır[649]. Devlet başkanı olarak yargı bağışıklığına sahip olup olmadığına dair tartışmaların yaşandığı Lordlar Kamarasındaki yargılamalarda Pinochet'nin sahip olduğu yargı bağışıklığının görevini yerine getirdiği sıradaki eylemlerini kapsadığı ve iddia edilen suçların bir devlet başkanının işlevi olarak görülemeyeceği gerekçesiyle bağışıklığa sahip olmadığı kararı verilmiştir[650].

Buraya kadar aktarılan uluslararası yargı organlarının kurucu anlaşmalarından alıntılar dikkate alındığında, üst düzey devlet görevi başta olmak üzere resmi sıfata ve göreve sahip olmanın kişileri bireysel sorumluluktan kurtarmadığı görülmektedir. Bilhassa kişisel yargı bağışıklığı denildiğinde ilk akla gelenin devlet başkanları olmasına rağmen yukarıdaki örnekler doğrultusunda yargı yetkisine tabi tutulabilecekleri görülmektedir[651]. Bir başka deyişle, sözü edilen uluslararası yargı organlarının aslında yargı yetkisine giren uluslararası suçların işlenmesinde en fazla sorumluluk sahibi olduğunu kabul ettiği devlet başkanı vb. gibi üst

---

[648] Mahkeme, nihai kararını 2012 yılında vererek isnat edilen suçlar nedeniyle Charles Taylor'u 50 yıl hapse mahkûm etmiştir. Bkz. The Prosecutor v. Charles Taylor, Special Court for Sierra Leone, Decision on Immunity From Jurisdiction, SCSL-03-01-0059, 2004, para. 52, https://docs.rscsl.org/document/SCSL-03-01-0059, (ET: 27.12.2024).

[649] Görevde olduğu süre boyunca başta Şili'de bulunan İspanyol vatandaşlarının öldürülmesi, işkence ve rehin alma vb. gibi birçok iddia nedeniyle Ekim 1998 tarihinde İspanyol yargıç Garzon tarafından çıkarılan tutuklama emri gereği, tedavi için geldiği Londra'da Pinochet, tutuklanmıştı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andrea Bianchi, *"Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case,"* European Journal of International Law, C. 10, S. 2, 1999, s. 239.

[650] Rosanne Van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials*, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 226; Ernest Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law*, Berlin, Springer, 2005, s. 226.

[651] Shaw, s. 735. Devlet ve hükümet başkanlarına yönelik diğer yargı kararlarından örnekler için bkz. Handar Subhandi Bakhtiar, *"Head of State, Head of Goverment and Foreign Ministers Immunity in International Law,"*, Journal of Law, Policy and Globalization, C. 72, 2018, s. 2-5.

düzey görevlilerini yargılamak amacıyla kurulduğu söylenebilir. Dolayısıyla güncel uygulamada, özellikle uluslararası hukukun emredici hukuk kurallarının ihlalini teşkil eden eylemlerde bulunan bireylerin, devlet teşkilatlanması içerisinde hangi düzeyde ya da hiyerarşide olduğuna bakılmaksızın cezai sorumluluklarının bulunduğu görülmektedir[652].

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNİN TARAF OLMAYAN DEVLET BAKIMINDAN YARGI YETKİSİ

A. Uluslararası Hukuk Kuralları Bakımından Yargı Yetkisinin Kullanılabilirliği

Uluslararası alanda UCM'nin sahip olduğu yargı yetkisinin, devletlerin ulusal yargı mekanizmaları karşısında tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, Statü'ye taraf devletlerin, yargı yetkisini kullanma bağlamında isteksiz olduğunun ya da etkin bir yargılama yapabilecek kapasiteye sahip olmadığının anlaşılması haricinde, yargı yetkisini kullandığı sürece Mahkeme'nin devreye girmesi mevzu bahis olmamaktadır[653]. Mahkeme'nin yargı yetkisi Statü'ye taraf olan ve olmayan devletler bakımından ayrı ayrı ele alınarak düzenlenmiştir. Buna göre yargı yetkisini kabul etmiş olan devletler için iki farklı durumda Mahkeme'nin yetkisi ortaya çıkabilmektedir. İlki, taraf devletlerden herhangi biri tarafından Statü'de kabul edilmiş suçların işlendiğine dair bir başvuru yapılmasıdır. Diğer ise Mahkeme Savcılığının böyle bir gerekçeyle kendiliğinden soruşturma başlatmasıdır[654].

Buna karşılık, Mahkeme'nin Statü'ye taraf olmayan bir devlete yönelik yargı yetkisini kullanabilme imkânı iki farklı durumda karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölümüne göre sahip olduğu yetkilere dayanarak meseleyi Mahkeme

---

[652] Wladyslaw Czaplinski, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility," in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, ed. Jose Doria, Hnas Peter Gasser/M. Cherif Bassiouni, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 413.

[653] Yasin Poyraz/Ömer Vehip Önen, *"Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü,"* Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 4, S. 1, 2019, s. 195-196; Yusuf Aksar, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD),"* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, 2003, s. 129.

[654] Ilias Bantekas/Susan Nash, *International Criminal Law,* 2nd Ed., London, Cavendish Publishing, 2003, s. 377-378.

Savcılığına havale etmesidir[655]. İkincisi ise Statü'ye taraf olmayan devletin, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiğini tek taraflı olarak beyan etmesidir. Böyle bir ihtimalde taraf olmayan devlet bakımından Mahkeme, geçici nitelikte somut ve belirli bir durum hakkında yetki sahibi olacaktır[656].

Uluslararası ceza hukuku alanında özellikle adaleti gerçekleştirme amacı güden en kritik yargı organlarından biri olan UCM, devlet başkanı dâhil herhangi bir üst düzey devlet görevlisine, cezai sorumluluktan muafiyeti reddeden bir yargı yetkisine sahiptir. Mahkeme'nin sözü edilen yargı yetkisinin her şeyden evvel Statü'ye taraf devletler bakımından geçerli olduğu aşikârdır. Taraf devletlerin Statü'den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranmaları halinde uluslararası alanda adaletin yerine gelmesi engellendiği gibi uluslararası hukukun genel kurallarına da aykırı hareket edilmiş olunacaktır. Ahde vefa ilkesi ile iyi niyet ilkesi bu hususa güzel bir örnek olarak gösterilebilmektedir[657].

Ancak burada önem arz eden husus ise Statü'ye taraf olmayan bir devlet vatandaşı açısından UCM'nin yargı yetkisini kullanabilip kullanamayacağıdır. Evrensel yargı yetkisinin kabulünü haklı gösterecek şekilde, Statü'ye taraf olmayan bir devlet vatandaşının yargı yetkisine tabi olduğuna ve Mahkeme ile işbirliği kapsamında teslim edilmesine ilişkin olarak bir devlet uygulamasının bulunmaması dikkate değer bir unsurdur. Ancak ceza sorumluluğu meselesinin uluslararası hukukta sıradan bir teamül olarak değerlendirilemeyeceği düşünüldüğünde, devlet uygulaması görüşünün doğruyu yansıtmadığı ileri sürülmektedir. Zira devlet uygulamalarının ikincil derecede önemi bulunmasına karşın, UCM Statüsü'nde yer alan düzenlemelerin tüm uluslararası toplumu ilgilendiren emredici hukuk kuralı niteliğinin önceliği tartışılmaz bir gerçektir[658].

Bunun yanında uluslararası hukukta anlaşmaların yalnızca tarafları arasında hak ve yükümlülük doğurması, tarafı olmayan devletler açısından hüküm ifade etmemesi genel ve yerleşmiş bir kuraldır. Bir başka deyişle, nispi etki ilkesinin, devletlerin egemen eşitliği ilkesinin de bir gereği olduğu

---

[655] Andrew Novak, *The International Criminal Court: An Introduction,* Dordrecht, Springer, 2015, s. 51-52.

[656] Elif Uzun, *"Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü,"* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, 2003, s. 38-39.

[657] Przemysław Krawczyk, *"Individual Responsibility of the Heads of State, Head of Government and the Senior Government Officials for International Crime,"* Voice in Discussion, Studia Iuridica Toruniensia, C. 26, 2020, s. 221.

[658] Madeline Morris, *"High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States,"* Law and Contemporary Problems, C. 64, S. 1, 2001, s. 45.

söylenebilir[659]. Uluslararası hukukun temelinde uzlaşma ilkesinin bulunması ve bir devlete uluslararası yükümlülük getirmenin söz konusu devletin rızasına bağlı olması dikkate alındığında, bir yargı organının kurucu anlaşması ile kendisine tanınan yetkilerin dışında kapsamını genişletmesi pek mümkün görünmemektedir. Doktrinde bu düşüncenin ilk bakışta doğru gibi göründüğü, fakat doğruyu yansıtmadığı öne sürülmektedir. Buna gerekçe olarak, Statü'de yer alan yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin şartların oluştuğu herhangi bir durumda, uluslararası suçları işleyen kişilerin vatandaşlığına ve devletlerine bakılmaksızın UCM'nin evrensel nitelikte yargı yetkisine sahip olması gösterilmektedir. Ancak Mahkeme'nin, yine de yargı yetkisine sahip olup olmadığını ve davanın kabul edilebilirliğini her somut olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirmesi gerektiği de eklenmektedir[660]. Yine de bu görüşün doğruluğu ve uygulanabilirliğinin tartışmalı olduğu kanaatindeyiz. Zira gerek anlaşmalar hukukunun yukarıda zikredilen nispi etki ilkesi gerekse UCM'nin yargı yetkisinin kabul edilebilirliği birlikte düşünüldüğünde, uygulamada geçerliliği açısından tereddüt uyandırmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, bu hususu destekler şekilde görüş bildirmişlerdir. Örneğin Morris, Statü içeriğinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeyen devletler hakkında bir yükümlülük getirilmediğini savunmaktadır. Bu nedenle Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşlarına yönelik uluslararası hukukun kabul etmediği bir yargı yetkisini kullanmak suretiyle haklarını hukuka aykırı bir şekilde ihlal ettiğini düşünmektedir. Ardından ABD gibi bazı devletlerin de benzer yönde açıklama yaptıklarını ve UCM'nin, Roma Statüsü'ne taraf olmayan devlet vatandaşlarına yönelik yargı yetkisini kullanması durumunda bunun aşırı bir zorlama olacağını ifade etmektedir[661]. Yine benzer şekilde Wedgwood, Mahkeme'nin, yargı yetkisini kabul etmeyen devletlerin vatandaşlarına yönelik kullandığı takdirde hukuka aykırı hareket etmiş olacağını belirtmektedir[662].

Buna ek olarak, Akande, UCM'nin yargı yetkisi bağlamında yaptığı değerlendirmede devlet başkanlarının bağışıklığı konusunda iki farklı sorunun ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bunlardan ilki, halen görevine devam eden bir devlet başkanının Mahkeme'nin yargı yetkisine tabi olup

[659] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları,* 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2022, s. 58.
[660] Krawczyk, s. 222.
[661] Morris, s. 26-27.
[662] Ruth Wedgwood, *"The Irresolution of Rome,"* Law and Contemporary Problems, C. 64, S. 1, 2001, s. 199.

olmadığıdır. İkincisi ise böyle bir devlet başkanına karşı Mahkeme'nin çıkardığı tutuklama emrinin yerine getirilmesinde, söz konusu devlet başkanının başka bir devletin tutuklama emrini yerine getirmesinden muaf olup olamayacağıdır. İlk aktarılan sorun, UCM ile muhatap devlet arasındaki dikey bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmekteyken, diğeri devletlerin arasındaki yatay ilişki olarak nitelendirilmektedir[663]. Yatay ilişki çerçevesinde Statü'nün 98. maddesi önem taşımaktadır. Herhangi bir devletin Mahkeme'nin kararına istinaden tutuklama ve teslim etme talebini karşılaması halinde, uluslararası hukuktan kaynaklanan başka bir yükümlülüğü ihlal edileceği durumlarda Mahkeme'nin talebi yerine getirilmez[664]. Akande bu noktada, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeyen bir devletin başkanı olan Ömer El-Beşir hakkında çıkarılan tutuklama kararına atıfta bulunarak, Ön Yargılama Dairesinin yukarıda bahsedilen bağışıklığa dair yatay ve dikey ilişki ayrımını pek dikkate almadığını öne sürmektedir. Zira söz konusu tutuklama kararında Ön Yargılama Dairesi, Ömer El-Beşir'in mevcut konumunun Mahkeme'nin yargı yetkisine bir etkisinin olmadığını açıklamıştır[665]. Bu nedenle Statü'ye göre hareket ettiğini ifade eden Ön Yargılama Dairesi'nin, 98. maddeyi göz ardı ederek karar vermesini dikkat çekici bulmuştur[666]. Çünkü tutuklama kararının gereğini yerine getirmeyen Malavi ve Çad devletlerinin yükümlülüklerine aykırı hareket ettiğini belirttiği kararlarında Ön Yargılama Dairesi, uluslararası örf ve adet hukukunun devlet başkanlarının uluslararası mahkemeler önündeki bağışıklığına dair genel bir istisna getirdiğini öne sürmüştür. Dolayısıyla Mahkeme ve uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan yükümlülükler ile Statü'ye taraf devletlerin yükümlülükleri arasında bir çelişki olmadığını, Statü'nün 98. maddesinin burada uygulanmaması gerektiğini savunmuştur[667].

---

[663] Dapo Akande, *"The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC,"* American Journal of International Law, C. 112, 2018, s. 173.

[664] Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi,* Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 193.

[665] The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 04 March 2009, ICC-02/05-01/09, para. 41, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, (ET: 30.12.2024).

[666] Akande, *"The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC,"* s. 173-174.

[667] Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 12 December 2011, ICC-02/05-01/09, para. 43, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_21722.PDF, (ET:

Bununla beraber, Mahkeme'nin Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından yargı yetkisini kullanabilmesini sağlayan Güvenlik Konseyi kararı sayesinde, söz konusu taraf olmayan devlet hakkında Mahkeme'nin vereceği kararların bağlayıcı nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. BM Şartı'nın 25. maddesine göre Konseyin alacağı kararların tüm üye devletlere yönelik bağlayıcı olduğundan hareketle, Statü'ye taraf olsun ya da olmasın tüm BM üyesi devletler, Güvenlik Konseyi'nin Mahkeme'ye bir olayı havale etmesi kararı ile bağlı durumdadır. Doktrinde buradan yola çıkarak, taraf olmayan devletlerin de Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğüne tabi oldukları ifade edilmektedir[668]. Ancak Roma Statüsü 86. madde çerçevesinde yalnızca taraf devletlerin Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmaktadır[669]. Dolayısıyla taraf olmayan devletlerin Mahkeme'ye karşı ortaya çıkan yükümlülüğü doğrudan Statü'den değil, BM Şartı ve Güvenlik Konseyi kararından kaynaklanmaktadır. Eğer yargı yetkisini kabul etmeyen devlet buna rağmen Mahkeme ile işbirliği yapmaktan kaçındığı takdirde, Güvenlik Konseyi kararlarına aykırı hareket etmiş olacağından BM Şartı'nın ilgili hükümleri bağlamında gerekli adımların atılabileceği söylenebilir[670]. Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir hakkında alınan karar ve devletlerin tutumları bu duruma örnek gösterilebilir. İleride daha ayrıntılı ele alınacak olan olayda, Güvenlik Konseyi yargı yetkisini kabul etmeyen bir devlet olan Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir hakkında Statü'de yer alan birden fazla suçun işlendiği iddiasıyla 2005 yılında Mahkeme'ye sevk kararı almıştır. Bu karara istinaden Mahkeme Savcılığının çıkardığı iki ayrı tutuklama kararı, gerek Sudan gerekse diğer devletler tarafından yerine getirilmemiştir. Bu hususta UCM'nin tutuklama kararının yerine getirilmemesine ilişkin olarak doktrinde de farklı görüşler öne sürülmüştür. Örneğin Happold tarafından Konseyin aldığı kararın yalnızca Sudan devletini bağladığı, Statü'ye taraf

02.01.2025). Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 13 December 2011, ICC-02/05-01/09, para. 13, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_04203.PDF, (ET: 02.01.2025).

[668] Zhu Wenqi, *"On Co-operation by States Not Party to the International Criminal Court,"* International Review of the Red Cross, C. 88, S. 861, 2006, s. 90.

[669] Şen, s. 184.

[670] Murat Şimşek, *"Uluslararası Ceza Mahkemesinin Taraf Olmayan Devletler ve Devlet Başkanları Üzerindeki Yargı Yetkisi: Sudan Örneği,"* IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi - Bildiriler Kitabı II, Kütahya, 14-17 Mayıs 2015, s. 156-157.

olmayan devletleri bağlamadığı iddia edilmektedir. Her ne kadar uluslararası toplumda yer alan tüm devletler ve uluslararası kuruluşlar Mahkeme ile tam bir işbirliği içerisinde olmaya davet edilse de ilgili karar, Roma Statüsüne taraf olmayan diğer devletlerin bu kapsamda hiçbir yükümlülük altında olmadığını açıkça ifade etmektedir. Yazar, bu hususun tartışmasız bir şekilde doğru olduğunu ve herhangi bir anlaşmanın taraf olmayan bir devlete rızası dışında yükümlülük getiremeyeceğine dair anlaşmalar hukukunun temel kuralına[671] dayandığını öne sürmektedir[672]. Yine UCM ile işbirliği içerisinde olma yükümlülüğünün en başta yargı yetkisini kabul eden devletler hakkında hüküm ifade ettiği; UCM Statüsü'ne taraf olmayan devletlerin ise işbirliği konusunda farklı türde yöntemler arasından tercih yapabilme imkânına sahip oldukları da iddia edilmektedir[673]. Buna karşılık Heyder ise uluslararası toplumun UCM'ye yargı yetkisi tanımasına karşın Sudan haricinde Statü'ye taraf olmayan devletlerin işbirliği yapma yükümlülüğü altında olmadıklarını ortaya koymuştur. Ancak bu durumun Güvenlik Konseyi'nin sistematiğine uymayan ve anlaşılması zor bir çelişki olduğunu ifade etmektedir. Zira Statü'ye taraf olmayan devletler açısından yalnızca sınırlı bir işbirliğine teşvik etmenin söz konusu olabileceğini, fakat böyle bir ayrımın Mahkeme'nin konumunu zayıflattığını öne sürmektedir. Bu nedenle Mahkeme'nin yargı yetkisi ve konumu dikkate alındığında uluslararası toplumun birlikte hareket ederek baskı yapması gerektiği ve sınırlı da olsa Sudan dışındaki Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından işbirliği yapma yükümlülüğünün devam ettiği ileri sürülmektedir[674].

Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından işbirliği yapma yükümlülüğünün doğduğu bir diğer durum ise uluslararası insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğüdür. Örf ve adet hukuku niteliğindeki 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin ortak m. 1 ve 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I No'lu Protokol m. 1/1 hükümlerinde yer alan düzenlemelerin geçerli olabilmesi için herhangi bir

---

[671] 1969 tarihli Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesi için bkz. Kaya, s. 82-83.

[672] Matthew Happold, *"Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court,"* The International and Comparative Law Quarterly, C. 55, S. 1, 2006, s. 230.

[673] Karen Sokol, *"The International Court of Justice and the International Criminal Court: A Primer,"* Congressional Research Service Report, 04 April 2024, s. 17, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R48004/2, (ET: 12.01.2025).

[674] Corrina Heyder, *"The U.N. Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status,"* Berkeley Journal of International Law, C. 24, Issue 2, 2006, s. 655-656.

savaş ya da silahlı çatışmanın yaşanması da gerekmemektedir[675]. Statü'nün m. 8/2-a hükmüne göre 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin çok ciddi şekilde ihlalinin savaş suçu teşkil edeceği belirtilmektedir[676]. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren savaş suçu teşkil eden bir durumun varlığı anlamına gelen yukarıda sözü edilen ihlal nedeniyle aynı zamanda insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı göstermeyi sağlama yükümlülüğünün de ortaya çıktığı aşikârdır. Bu nedenle Statü'ye taraf olmayan devletler, insancıl hukuka saygı gösterme ve saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü gereği Mahkeme ile işbirliği yapmak durumunda olacaktır[677]. Statü'ye taraf olmayan devletler nezdinde ortaya çıkan söz konusu yükümlülüğün kaynağının örf ve adet hukukundan doğduğu kabul edilmektedir. Zira insancıl hukuka saygı göstermenin örf ve adet hukukundan kaynaklanan ihlal edilemez bir yükümlülük olarak tüm devletleri bağlayıcı nitelikte olduğu Güvenlik Konseyi[678] ve Divan içtihatlarında da teyit edilmektedir[679]. Doktrinde insancıl hukuka saygı gösterme yükümlülüğünün, diğer devletlere karşı her türlü tedbiri alma konusunda tam bir zorunluluk getirdiği ileri sürülmekte olup, bunun günümüzde tereddütsüz yaygın olarak kabul edildiği aktarılmaktadır[680]. Buna ek olarak, bahsi geçen yükümlülüğün gereğini yerine getirmek amacıyla devletlerin diplomatik görüşmelerin durdurulması, diplomatik baskı uygulanması, silah ticareti, askeri ve bilimsel işbirliğinin sınırlanması vb. gibi çeşitli önlemler alınabileceği belirtilmektedir[681].

---

[675] Saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü iki farklı şekilde ele alınmaktadır. İlkinde, devlet kontrolü altındaki her kişi açısından uluslararası insancıl hukuka riayeti sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. İkincisinde ise devlet, diğer devletlere karşı gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dülger, s. 206-210.

[676] Kaya, s. 406.

[677] Wenqi, s. 92-93.

[678] The United Nations Security Council Resolution, 01 June 1993, S/RES/834, 1993, para. 13, http://unscr.com/en/resolutions/doc/834, (ET: 20.04.2025); The United Nations Security Council Resolution, 13 April 1995, S/RES/985, 1995, para. 6, http://unscr.com/en/resolutions/doc/985, (ET: 20.04.2025).

[679] Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004, para. 158, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf, (ET: 20.04.2025).

[680] Carlo Focarelli, *"Common Article 1 of the Geneva Conventions: A Soap Bubble?"*, European Journal of International Law, C. 21, S. 1, 2010, s. 127.

[681] Umesh Palwankar, "Measures Available to States For Fulfilling Their Obligation to Ensure Respect For International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, C. 75, S. 298, 1994, s. 9.

B. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Taraf Olmayan Devletlerin Devlet ve Hükümet Başkanlarına Yönelik Yargılama Örnekleri

Devlet başkanlarının sahip oldukları yargı bağışıklığı kuralının, UCM Statüsü m. 27 hükmünün açık ifadesi karşısında uygulanamayacağı söylemek, uluslararası hukukta cezai sorumluluğun bir gereğidir. Bahsi geçen düzenlemenin, uluslararası yargı organlarında yasal bir çerçeve belirleyen standardı yansıttığı düşünülmektedir[682].

Bugüne kadar Mahkeme'de, UCM Statüsü'ne taraf olmayan devletler bağlamında Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir ve Libya devlet başkanı Muammer Kaddafi'ye karşı dava açıldığı görülmektedir. Son olarak, Ukrayna topraklarının işgali nedeniyle Rusya devlet başkanı Vladimir Putin hakkında da tutuklama kararı çıkartılmıştır. Söz konusu örnekler, Mahkeme'nin yargı yetkisini henüz kabul etmemiş devletlerin görevdeki devlet başkanlarına yönelik suçlamalar neticesinde ortaya çıkmıştır. Böyle bir durumda, bir yanda Statü'ye taraf olmayan devletlerin hak ve yükümlülükleri, diğer yanda ise Mahkeme'nin sahip olduğu herhangi bir bağışıklık kabul etmeyen yargı yetkisinin kullanılması karşı karşıya gelerek çözülmesi zor bir sorun haline gelmektedir[683].

Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir hakkında UCM'de açılan dava örneğine göz atmak gerekirse, 2003 yılında Darfur Bölgesinde isyancı muhalif grupların merkezi hükümete karşı silahlı saldırı başlatması üzerine yaşanan çatışmalarda yaklaşık 70.000 kişinin şiddet mağduru olduğu ve iki milyon kişinin de yerinden edildiği kaydedilmiştir[684]. Bunun üzerine harekete geçen Güvenlik Konseyi, 2004 yılında aldığı bir karar ile Darfur'da işlendiği iddia edilen suçların araştırılması amacıyla bir komisyon kurmuştur[685]. Komisyonun 2005 yılında hazırladığı rapora göre ciddi şekilde insanlığa karşı suç ile savaş suçlarının işlendiği ve durumun UCM'ye sevk

---

[682] Celestine Nchekwube Ezennia, *"Application of the State Immunity Rule in the International Criminal Justice System: Problems Arising and a Critique of Legal Response Mechanisms"*, Yüksek Lisans Tezi, Dalhousie University, 2014, s. 159.

[683] Dapo Akande, *"The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of NonParties: Legal Basis and Limits,"* Journal of International Criminal Justice, C. 1, S. 3, 2003, s. 620.

[684] Scott Straus, *"Darfur and the Genocide Debate,"* Foreign Affairs, C. 84, S. 1, 2005, s. 123.

[685] The United Nations Security Council Resolution, 18 September 2004, S/RES/1564, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/515/47/pdf/n0451547.pdf?token=tjyX1PF5ZgmPerpJal&fe=true, (ET: 25.01.2025).

edilmesi gerektiği ifade edilmiştir[686]. Bu gelişme üzerine Güvenlik Konseyi aldığı 1593 sayılı karar ile Darfur'da yaşanan ihlalleri, UCM Savcılığına havale etmiştir[687]. Böylece Güvenlik Konseyi kararı ile harekete geçilerek soruşturma açılan ilk devlet başkanı örneği olan El-Beşir hakkında 2009 ve 2010 yılında iki ayrı tutuklama kararı çıkartılmıştır[688].

Savcılığın talebi üzerine Ömer El-Beşir hakkında Ön Yargılama Dairesi tarafından çıkarılan tutuklama kararlarının uluslararası hukuka uygunluğu ve yerine getirilmesi tartışmalara sebep olmuştur. Zira Statü'ye taraf olmayan bir devletin görevdeki devlet başkanı hakkında yargı yetkisinin kullanılıp kullanılamayacağı hususunda karşılaşılan ilk durum olarak görünmektedir. Bu hususta Ön Yargılama Dairesi, Statü'ye taraf olmayan bir devlet olan Sudan'ın görevdeki devlet başkanı olarak Ömer El-Beşir'in mevcut durumunun söz konusu yargılamada, Mahkeme'nin yargı yetkisine herhangi bir etkisinin olmadığını beyan etmiştir. Daire bahsi geçen bu görüşüne gerekçe olarak da Statü'nün Önsözünde yer alan uluslararası topluma karşı işlenen en ağır ve ciddi suçların cezasız kalmamasına ilişkin ifade ile Statü'nün 27. maddesini göstermiştir[689]. Ancak doktrinde Mahkeme'nin yalnızca m. 27 hükmüne dayanarak hareket etmesi ve m. 98 hükmü ile bağlantı kurulmaması eleştiri konusu yapılmıştır. Statü'nün 98. maddesine göre dokunulmazlığın kaldırılması ve teslim etme işlemleri konusunda uluslararası hukuktan kaynaklanan başka bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olduğunda, işbirliğinde bulunmayan devlete Mahkeme'nin talebini sürdürmeyeceği hükme bağlanmıştır[690]. Buna göre devlet başkanının bağışıklığının bulunup bulunmadığı ve hakkında alınan kararın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda m. 98 hükmü dikkate alınmadan yorum yapılmasının hatalı olduğu dile getirilmektedir[691]. Yine benzer şekilde, UCM Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin bağışıklıktan feragat etmediği

---

[686] Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, https://www.legal-tools.org/doc/1480de/pdf/, (ET: 26.01.2025).

[687] The United Nations Security Council Resolution, 31 March 2005, S/RES/1593, para. 6, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/292/73/pdf/n0529273.pdf?token=TeE9TxiCv6weqS78Zq&fe=true, (ET: 27.01.2025).

[688] Figen Tabanlı, *"Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği,"* Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 1,2017, s. 97-98.

[689] The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, para. 41-43.

[690] Şen, s. 193.

[691] Akande, *"The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of NonParties: Legal Basis and Limits,"* s. 646.

sürece yargı yetkisini Mahkeme'ye devretmiş sayılmayacağı ve söz konusu devletlerin hakları göz ardı edilerek herhangi bir yükümlülük getirilemeyeceği de öne sürülmektedir. Zira bu noktada 98. maddeye atıfta bulunularak, Mahkeme tarafından çıkarılan tutuklama kararının yerine getirilmesine karşı çıkılabileceği savunulmaktadır[692].

Mahkeme'nin, aynı zamanda Ömer El-Beşir hakkında çıkardığı ikinci tutuklama kararına dayanak olarak soykırım suçunun işlendiği iddiasıyla 1948 tarihli Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmesine atıfta bulunduğu söylenebilir. Zira Statü'ye taraf olmayan bir devlet olarak Sudan'ın sözü edilen Sözleşmenin tarafı olduğu, uluslararası hukukta herkese karşı (*erga omnes*) ileri sürülebilen bir emredici hukuk kuralı (*jus cogens*) olduğu kabul edilen soykırım iddiası karşısında herhangi bir bağışıklığın söz konusu olamayacağı öne sürülmüştür[693].

Buna karşılık, Ön Yargılama Dairesinin zikredilen tutuklama kararları ve gerekçe olarak sunulan görüşlerin hukuka uygun olmadığı ileri sürülmektedir. Öncelikle Mahkeme'nin bağışıklık kabul etmeyen yargı yetkisinin, Statü'ye taraf olan devletler açısından geçerli olabileceği öne sürülmektedir. Bir başka deyişle, böyle bir durumda rızası olmaksızın taraf olmayan devletler bağlamında herhangi bir yükümlülüğün ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu noktada, uluslararası anlaşmalar hukukunda temel ilkelerden biri olan nispi etki ilkesinin dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Daha somut bir ifadeyle, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeyen devletler hakkında yetki sahibi olmayacağı ve kendisine tanınmamış bir yetkiyi kullanamayacağı anlamında yorum yapılmaktadır. Mahkeme'nin kendi yetkisinin kapsamını genişletme anlamına gelen bu yöntem sayesinde başta Sudan olmak üzere Statü'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşları üzerinde yargı yetkisinin kullanılamayacağı iddia edilmektedir[694].

UCM'nin yargı yetkisini kabul etmeyen devletlerin görevdeki devlet başkanlarına yönelik harekete geçtiği bir diğer örnek ise Libya devlet başkanı Muammer Kaddafi hakkındaki davadır. 2010 yılında başlayan Arap

---

[692] Leila Nadya Sadat, *"The Conferred Jurisdiction of the International Criminal Court,"* Washington University in St. Louis School of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 23-03-01, March 2023, s. 46-47.

[693] Mine Ezgi Çırak, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Perspektifinden Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı",* Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020, s. 88.

[694] Fred Nkusi, *"Immunity of State Officials Before the International Criminal Court (ICC): The Indictment of President Al-Bashir,"* Arizona Journal of International and Comparative Law, C. 1, S. 1, 2013, s. 4-5.

Baharı adı verilen gösterilerin, bir yıl sonra Libya'da baş göstermesi ile ülkede Hükümet güçleri ile muhalif göstericiler arasında yaşananlar giderek bir iç savaşa dönüşmüştür[695]. Bunun üzerine Güvenlik Konseyi, Libya'ya yönelik 2011 yılında oybirliği ile aldığı karar sayesinde ülkede yaşanan olayları UCM Savcılığına havale etmiştir[696]. Savcılık tarafından Mart 2011'de açılan soruşturmada, Ön Yargılama Dairesinden devlet başkanı Muammer Kaddafi, devletin fiili başbakanı olarak kabul gören oğlu Saif El-İslam Kaddafi ve üst düzey görevli Abdullah Senussi hakkında tutuklama kararı çıkartılması talep edilmiştir. Ön Yargılama Dairesi, ülkede yaşanan olaylarda sistematik bir şekilde ayrım gözetmeksizin adam öldürme, işkence ve tecavüz gibi insanlığa karşı suç teşkil eden birçok fiilin gerçekleşmesini gerekçe göstermek suretiyle yukarıda adı geçen kişiler hakkında tutuklama kararı almıştır[697]. Sözü edilen tutuklama kararının ardından kısa bir süre sonra ülkedeki gelişmelerin seyri değişmiş olup, muhaliflerin birçok yerde üstünlüğü ele geçirdiği görülmüştür. Aynı zamanda Ekim 2011 tarihinde Sirte şehrinde yakalanan devlet başkanı Muammer Kaddafi, ölü olarak ele geçirilmiştir. Bu nedenle UCM'de uzun sürmeyen bir yargılama sürecinde bağışıklık konusunda herhangi bir gelişme olmaksızın dava sona ermiştir[698].

Son olarak Şubat 2022'de Ukrayna topraklarını işgale başlayan Rusya devlet başkanı Vladimir Putin hakkında, işgal edilen bölgelerdeki Ukraynalı çocukların zorla alıkonularak Rusya topraklarına götürülmesi iddiaları çerçevesinde savaş suçu işlediği ileri sürülmüştür. Bir başka deyişle, çocukların zorla sınır dışı edilmesi, başka bir yere transfer edilmesi iddialarına dayanılarak tutuklama kararı alınmıştır[699]. Putin'in daha önce 2000-2008 yılları arasında ve daha sonra 2012 tarihinden itibaren günümüze dek devlet başkanlığı görevini sürdürdüğü ifade edilerek, kendisine karşı Ukrayna işgalinin başladığını günden itibaren Statü'nün m. 8/2 hükmünde düzenlenen ve yukarıda bahsi geçen suçları işlediğine ilişkin yeterli ve

---

[695] Novak, s. 81

[696] The United Nations Security Council Resolution, 26 February 2011, S/RES/1970, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n11/245/58/pdf/n1124558.pdf?token=vQ42XixNikEOjjKl9z&fe=true, (ET: 31.01.2025).

[697] John J. Liolos, *"Justice for Tyrants: International Criminal Court Warrants for Gaddafi Regime Crimes,"* Boston College International and Comparative Law Review, C. 35, S. 2, 2012, s. 595-596.

[698] Ezennia, s. 161-162.

[699] Abhinav Mehrotra/Biswanth Gupta, *"Vladimir Putin, the War Criminal Explained,"* International Policy Digest, 2023, s. 1-2.

makul gerekçelerin bulunduğu öne sürülmüştür[700]. Bunun üzerine Mahkeme'nin yaptığı açıklamaya göre mevcut durumun hala varlığını sürdürmesi karşısında suçların işlenmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla Savcılığın 22 Şubat 2023 tarihli başvurusuna istinaden devlet başkanı Putin hakkında tutuklama kararı alınmıştır[701]. Mahkeme'nin aldığı bu kararda, tek başına veya başka bir kişi ile birlikte bireysel cezai sorumluluğu düzenleyen Statü'nün m. 25/3(a) hükmü ve üstün bireysel cezai sorumluluğunu düzenleyen m. 28(b) hükmünü dikkate aldığı bilinmektedir. Ancak doktrinde, Putin açısından Rusya devleti silahlı kuvvetlerinin başkomutanı sıfatıyla askeri komutan gibi etkin otorite sahibi olmasından yola çıkılarak, askeri komutanların ve bu şekilde etkin hareket edenlerin bireysel cezai sorumluluklarını düzenleyen m. 28/(a) hükmüne de uygun olduğu öne sürülmektedir[702]. Başlangıçta Statü'ye taraf olmayan bir devlet olarak Ukrayna, 2013 yılında ülkesinde 2013-2014 yılları arasında işlendiğini iddia ettiği suçlar açısından Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiştir. Daha sonra bu yetkiyi uzatmak suretiyle 2014'ten bu yana ülkesinde işlenen suçlar nedeniyle Rus üst düzey devlet yetkililerinin yargılanması amacıyla süresiz olarak yargı yetkisini tanımıştır[703]. Rusya, Statü'ye taraf bir devlet olmasa da Ukrayna'nın yargı yetkisini tanıması karşısında ülkesinde işlenen suçlar açısından yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak tutuklama kararında belirtilen 25. maddeye göre işlem yapılabilmesi için suç işlediği iddia edilen kişilerin Ukrayna'nın topraklarında fiilen bulunması

[700] Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the Issuance of Arrest Warrants Against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova, The International Criminal Court News, 17 March 2023, https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin#:~:text=On, (ET: 05.02.2025).

[701] Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants Against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, The International Criminal Court News, 17 March 2023, https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and, (ET: 10.02.2025).

[702] Derya Nur Kayacan, *"ICC's Jurisdiction and Individual Criminal Responsibility Regarding the Russian-Ukrainian War,"* Legal Hukuk Dergisi, C. 21, S. 247, 2023, s. 2603-2608; Ceren Zeynep Pirim, *"Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkardığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu,"* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2023, s. 1042-1043.

[703] Ukraine Accepts ICC Jurisdiction Over Alleged Crimes Committed Since 20 February 2014, The International Criminal Court News, 8 September 2015, https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-20-february-2014, (ET: 13.02.2025).

gerekip gerekmediği net değildir. Bu konuda doktrinde bazı görüşler öne sürülmektedir. Örneğin "ayrıklaştırıcı yaklaşım (*isolating approach*)" görüşüne göre bir ceza mahkemesi yalnızca yetki sahibi olduğu ülke topraklarında suç işleyen kişileri yargılayabilecektir. Bu durumda Putin'in yargılanabilmesi için Ukrayna topraklarında fiilen bulunarak suç işlemiş olması gerekecektir. Buna karşılık "birleşik yaklaşım (*combined approach*)" görüşüne göre ise Statü'ye taraf olmayan Rusya'nın ülkesinde suç emrinin verilmiş olması olmasına rağmen sonuçları Ukrayna topraklarında doğduğundan UCM yetkili kabul edilmektedir. Pirim'e göre birleşik yaklaşım görüşü doğrultusunda, Ukrayna topraklarında işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin Rusya'da bulunarak iştirak eden, yardım eden veya işlenmesine göz yuman devlet başkanı Putin dahil olmak üzere ilgili kişilerin yargılanabileceği yönünde yorum yapmak yerinde olacaktır[704].

Burada devlet başkanlarının görevde oldukları süre içerisinde işledikleri suçlar nedeniyle yargı bağışıklığına sahip olmadıklarına ilişkin UCM Statüsü'nün m. 27 ve 98 hükümlerinin, taraf olmayan bir devlet olarak Rusya'ya karşı uygulanabilirliği tartışma konusu olmuştur. Zira Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir örneğinin bir benzeri olarak Vladimir Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararının, uluslararası toplumun işbirliği olmaksızın yerine getirilmesi zor bir durum olduğu düşünülmektedir[705]. Sonuçta uluslararası toplumu oluşturan tüm devletlerin Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmemesi nedeniyle siyasi ve askeri anlamda oldukça güçlü durumda olan devletlerin başındaki devlet başkanlarına yönelik alınan bu tarz tutuklama kararlarının uygulanmasını sağlamanın neredeyse imkânsız gibi göründüğü söylenebilir. Burada yapılması gerekenin Statü'ye taraf olmayan devletlerin yargı yetkisini kabul etmelerini sağlamak için çaba göstermek veya en azından Mahkeme ile işbirliği yapmalarını sağlamak olduğu savunulmaktadır[706]. Daha önce ifade edildiği üzere, UCM'nin yargı yetkisine giren suçların işlenmesi durumunda devlet başkanlarının sahip oldukları bağışıklığın, uluslararası mahkemelerde ileri sürülemeyeceğine ilişkin uluslararası örf ve adet hukukunun yerleşik kuralı dikkate alındığında, Statü'ye taraf devletler bakımından Putin'in tutuklanması

[704] Yazar bu konuda Statü'nün farklı hükümlerini dikkate alarak birleştirici yaklaşım görüşünün yerinde olacağını savunmaktadır. Doktrindeki diğer görüşlerle beraber bkz. Pirim, s. 1040-1042.

[705] Aghem Hanson Ekori/Paul S. Masumbe, *"Putin on Trial: The Reality of Heads of State Immunity Before International Criminal Courts,"* Polit Journal, C. 2, S. 1, 2022, s. 31, 32.

[706] Paul S. Masumbe, *"The Travails of Prosecuting Serving Heads of State Before the ICC: The Case of Omar Al Bashir and Vladimir Putin,"* E-Journal of Humanities, Arts and Social Sciences, C. 4, Issue 1, 2023, s. 1328.

zorunluluğunun ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Ancak Ömer El-Beşir hakkındaki tutuklama kararının yerine getirilmesinde gerek Afrika Birliği'ne üye devletler gerekse Statü'ye taraf bazı devletler sessiz kalmayı tercih etmiştir. Sudan devlet başkanı hakkında çıkarılan tutuklama kararının Güvenlik Konseyi kararına dayandığı düşünüldüğünde, Güvenlik Konseyi sürekli üyesi olan Rusya devlet başkanı Putin açısından böyle bir durumun söz konusu olmaması tutuklamanın da mümkün olamayacağını düşündürmektedir. Buna rağmen uluslararası toplumun Ukrayna'yı desteklediği, Rusya'nın iddialarının meşru görülmediği anlamında sembolik bir değere sahip olduğu dile getirilmektedir[707]. Benzer şekilde, uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan devlet başkanlarının sahip olduğu bağışıklığın, herhangi bir Güvenlik Konseyi kararına dayanmaksızın yalnızca bir uluslararası anlaşma ile kurulan mahkemelerin yargı yetkisi ile o mahkemenin yargı yetkisini kabul etmeyen devletlere yönelik elinden alınması kabul görülmemektedir. Bu nedenle Pirim, UCM'nin Ukrayna topraklarında işlendiği iddia edilen suçlar açısından yargı yetkisine sahip olmasına rağmen Statü'ye taraf olmayan bir devlet olan Rusya'nın devlet başkanı Putin hakkında tutuklama kararı alamayacağını savunmaktadır[708].

UCM kurulduğu günden bu yana yargı yetkisini kullandığı kişiler ve devlet başkanları özelinde değerlendirme yapıldığında Afrika ülkelerinin ağırlıkta olduğu görülmektedir. Bugün için farklılık arz eden tek önemli örnek, Rusya devlet başkanı Putin hakkında alınan karar olarak görünmektedir. Bu örneklerin evrensel nitelikte bir dağılım göstermesi gerektiği ve herhangi bir ayrım gözetmeksizin her suç teşkil eden durum ve kişi hakkında gecikmeksizin karar alınması gerektiği düşünülmektedir. Mahkeme'nin, devletlerin ve Güvenlik Konseyi'nin son on yılda devlet başkanlarının bağışıklığı konusunu ele alış biçimleri Mahkeme'nin otoritesine zarar vermiştir. Mahkeme'nin El-Beşir'in tutuklanması ve teslim edilmesi talebine devletler tarafından saygı gösterilmediği gibi, Mahkeme'nin bu konudaki kendi eylemleri de tatmin edici olmamıştır. Her ne kadar Ön Yargılama Daireleri sürekli olarak sanığın devlet başkanı olmasının Mahkeme önündeki yargılamalardan veya taraf devletler

[707] Güvenlik Konseyi kararı olmaksızın görevdeki bir devlet başkanı hakkında çıkarılan ilk tutuklama kararı olma özelliği taşıyan Putin hakkındaki kararın, Rusya'nın sürekli üye sıfatına sahip olması ile birlikte değerlendirilmesiyle yerine getirilmesi imkânsız gibi görünmektedir. Bkz. Tolga Candan/Derya Nur Kayacan, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı,"* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, s. 989-990, 993.

[708] Pirim, s. 1057-1058.

tarafından tutuklanmasından muaf tutmadığı sonucuna varmış olsalar da, farklı ve tutarsız gerekçeler sunmuşlardır[709].

III. İSRAİL DEVLET VE HÜKÜMET BAŞKANLARININ ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİNDE YARGILANABİLMESİ

Filistin topraklarının batısında yer alan Gazze, yaklaşık 360 km2 büyüklüğünde olup, işgal edilen topraklar nedeniyle göç etmek zorunda bırakılan o dönemde 1.5 milyon kişinin yaşadığı bir şehirdir. 1967'de İsrail ile gerçekleşen savaşın ardından başlayan işgal, 38 yılın sonunda 2005 yılında İsrail'in bölgeden çekilmesinin ardından sona ermiştir. Bu gelişmeyi takiben yapılan seçimler sonucunda yönetimi devralan Hamas'ın saldırgan bir politika izlediğini ve kendisine tehdit olarak gördüğünü ifade eden İsrail, yeniden bölgeyi kuşatma altına alarak, baskılarını arttırmıştır. O dönemden itibaren başlayan İsrail saldırılarının ve neden olduğu insanlık dışı davranışların UCM Statüsü m. 6, 7 ve 8 hükümlerinde düzenlenen soykırım, savaş suçu ve insanlığa karşı suç teşkil ettiği ileri sürülmektedir[710]. İsrail tarafından gerçekleştirilen saldırılar karşısında harekete geçen Güvenlik Konseyi, Ocak 2009'da aldığı 1860 sayılı karar ile gecikmeksizin ateşkes ilan edilmesi ve işgal edilen yerlerin boşaltılması gerektiğini belirtmiştir[711]. Meydana gelen saldırılar sonucunda yaşanan insancıl hukuk ihlalleri ve işlendiği iddia edilen suçlar hakkında araştırma yapmak üzere BM İnsan Hakları Konseyi tarafından bir komisyon görevlendirilmiştir. Komisyon, özellikle Gazze ve Batı Şeria'da sivillere yönelik gerçekleşen olayları inceleyerek ayrıntılı bir rapor hazırlamıştır[712]. Sözü edilen raporda, ayrıca, her iki tarafa yönelik işlendiği iddia edilen suçların soruşturulması çağrısı yapılmıştır. Bu konuda bir yetersizlik ve/veya isteksizlik meydana geldiği takdirde UCM işaret edilerek uluslararası yargı organlarının harekete geçmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bahsi geçen hususun gereği olarak

---

[709] Akande, *"The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC,"* s. 172.

[710] Davut Ateş, *"Gazze ve Soykırım Tartışması,"* Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 1, 2011, s. 610-611.

[711] The United Nations Security Council Resolution, 08 January 2009, S/RES/1860, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/204/32/pdf/n0920432.pdf?token=v4n6vKtmjumH4kfdF5&fe=true, (ET: 15.02.2025).

[712] Ahmet Hamdi Topal, *"27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku,"* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, s. 1095-1096.

da durumun, Konsey tarafından gerektiğinde UCM Savcılığına soruşturma başlatılması amacıyla havale edilmesi gerektiği de vurgulanmıştır[713].

Bugüne dek bu ve benzeri şekilde devam eden İsrail ile Filistin arasındaki sorunun güncel olarak ivme kazanması, 07 Ekim 2023 tarihli saldırılar ile gerçekleşmiştir. Hamas'ın askeri kanadı olan Kassam Tugayları tarafından başlatılan saldırılarda, Filistin'e yönelik uluslararası hukuka aykırı abluka ve ihlallere karşı gösterilen tepki dile getirilerek sona erdirilmesi amaçlanmıştır[714]. Buna karşılık İsrail tarafından saldırıların hemen ardından ve özellikle 09 Ekim tarihinden itibaren adeta top yekûn bir saldırı harekâtı başlatıldığı duyurulmuştur. İsrail Savunma Bakanlığının yaptığı açıklamada, iki milyondan fazla kişinin yaşamak zorunda bırakıldığı Gazze'de elektrik ve su kesintisi yapıldığı, gıda, yakıt ve tıbbi malzeme gibi günlük temel ihtiyaçların bölgeye ulaşmasının engellendiği belirtilmiştir[715]. Bu husus, Güney Afrika tarafından İsrail'e karşı açılan Soykırım Sözleşmesinin Gazze Şeridine Uygulanmasına Dair Davada müdahil olan devletlerden Bolivya'nın başvurusunda da açıkça vurgulanmaktadır[716].

UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesi bağlamında daha önce Filistin ve İsrail devletlerinin Statü'ye taraf olmadıklarından Mahkeme'ye kendi topraklarında gerçekleşen ihlaller nedeniyle başvuru yapmaları imkânı bulunmamaktaydı. Aynı zamanda doğrudan Savcılık tarafından bir soruşturma başlatılması da mümkün görünmemektedir. Yalnızca taraf olmayan devletler bakımından Güvenlik Konseyi tarafından alınacak bir karar ile iddialar UCM Savcılığına havale edilebilecek ya da taraf olmayan

---

[713] Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Human Rights Council, 25 September 2009, A/HRC/12/48, para. 1963 ve 1969, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/a-hrc-12-48.pdf, (ET: 16.02.2025).

[714] Nadeen Ebrahim, *"What is Hamas and Why is It Attacking Israel Now?,"* CNN International, 11 October 2023, https://edition.cnn.com/2023/10/09/middleeast/hamas-attack-strategy-israel-mime-intl/index.html, (ET: 16.02.2025).

[715] Emanuel Fabian, *"Defense Minister Announces 'Complete Siege' of Gaza: No Power, Food or Fuel,"* The Times of Israel, 09 October 2023, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza-no-power-food-or-fuel/, (ET: 16.02.2025).

[716] Declaration of Intervention by the Plurinational State of Bolivia, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 08 October 2024, para. 9, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20241008-int-01-00-en.pdf, (ET: 16.04.2025).

devlet, kendi topraklarında belirli bir olay hakkında başvuru yaparak geçici bir şekilde yargı yetkisini kabul edebilecektir[717]. İşte bu çerçevede Filistin yönetiminin Statü'nün m. 12/3 hükmüne[718] göre 22 Ocak 2009 tarihinde Mahkeme'ye sunduğu bir bildiri ile yargı yetkisini kabul ettiği anlaşılmaktadır[719]. Bu gelişmeden sonra Mahkeme ile ilişkilerini sıklaştıran Filistin, 02 Ocak 2015 tarihinde UCM Statüsü'nü kabul etmiş olup, 01 Nisan 2015 tarihi itibariyle de Statü Filistin bakımından yürürlüğe girmiş bulunmaktadır[720]. Böylece İsrail tarafından bugüne kadar Filistin topraklarında gerçekleştirilen saldırılar sonucunda işlendiği iddia edilen soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçu bağlamında UCM'nin yargı yetkisi geçerlilik kazanmıştır. Buna dayanarak gerek Filistin devletinin yapabileceği bir başvuru gerekse Savcılığın resen başlatabileceği bir soruşturma ile yargı yetkisi kullanılabilecektir[721]. Bir başka açıdan bakıldığında, daha önce Güvenlik Konseyinin işlendiği iddia edilen suçlar nedeniyle ivedilikle soruşturma başlatılması amacıyla Mahkeme Savcılığına durumu havale etmesi gerektiğine ilişkin görüşlerin de artık bir anlamı kalmamıştır. Filistin'de yaşanan insanlık dramında güncel olarak yapılan açıklamalara göre toplam can kaybının büyük çoğunluğunu çocukların ve kadınların oluşturduğu 48 bin 453'e, yaralı sayısının ise 111 bin 860'a ulaştığı bildirilmiştir[722].

İsrail tarafından gerçekleştirilen saldırılarda insancıl hukuka göre koruma altında bulunduğu belirli olan kişi ve mallara yönelik kasten öldürme, vücut

[717] Uzun, s. 38-39.

[718] The Rome Statute of the International Criminal Court, The International Criminal Court, art. 12/3, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf, (ET: 13.04.2025).

[719] Yapılan açıklamada o döneme dek, Mahkeme'ye İsrail aleyhine 326 suç duyurusunda bulunulduğu ve bunların titizlikle incelendiği ifade edilmiştir. Bkz. Visit of the Palestinian National Authority Minister of Foreign Affairs, Mr. Riad al-Malki, and Minister of Justice, Mr. Ali Khashan, to the Prosecutor of the ICC, The International Criminal Court News, 13 February 2009, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/4CC08515-D0BA-454D-A594-446F30289EF2/280869/PNAMFA130209.pdf, (ET: 17.02.2025).

[720] State of Palestine, The States Parties to the Rome Statute, https://asp.icc-cpi.int/states-parties/asian-states/Palestine, (ET: 17.02.2025).

[721] The Rome Statute of the International Criminal Court, art. 13.

[722] Gazze'nin Refah kentinde bir milyondan fazla kişinin zorla yerlerinden edildiği ve son 48 saatte İsrail tarafından gerçekleştirilen saldırılarda yaklaşık 8 kişinin yaralandığı ve 6 kişinin daha yaşamını yitirdiği belirtilmektedir. Bkz. Nils Adler, *"Israel Keeps up Gaza Blockade; Muslim Nations Endorse Egypt-Led Plan,"* Al Jazeera, 08 March 2025, https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2025/3/8/live-israel-kills-two-in-north-gaza-maintains-blockade-on-all-aid, (ET: 08.03.2025).

bütünlüğüne karşı insanlık dışı davranış, mülklerin imha edilmesi, askeri gerekliliğin dışında orantısız saldırılar ile birçok farklı türde savaş suçu işlendiği ortaya konulmaktadır[723]. Buna ek olarak, Gazze'nin bazı bölgelerinde kişilere gereksiz acı verici savaş yöntem ve araçları bağlamında değerlendirilebilecek fosfor bombası kullanıldığına dair delillerin bulunduğu belirtilmektedir[724]. Nihayetinde 07 Ekim tarihinde başlayan savaşta yaşanan ihlallerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile savaş suçu, insanlığa karşı suç, soykırım ve saldırı suçunun işlendiği müdahil devletlerden Türkiye tarafından da kuvvetli bir şekilde dile getirilmektedir[725]. UCM Savcılığından yapılan açıklamada da söz konusu saldırıların Mahkeme'nin yargı yetkisine girdiği ve her iki taraf açısından soruşturma açılmasına dair taleplerin geldiği aktarılmıştır[726]. Mahkeme, Mart 2020 tarihinde yaptığı açıklamada ise Doğu Kudüs, Batı Şeria ve Gazze'nin, İsrail'in işgal ettiği ve Filistin'e ait topraklar olduğunu kabul etmektedir[727]. Dolayısıyla başından beri saldırı altında olan Filistin devletidir ve İsrail'in meşru savunmaya dayanarak hareket ettiği iddiası doğru değildir. Bu iddiasının kabul görmesi ihtimalinde bile meşru savunma hali içerisinde hareket eden devletin en hassas yerine gelmesi gereken

[723] Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measures, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 29 December 2023, para. 43-47, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf, (ET: 16.04.2025).

[724] Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measures, para. 51.

[725] Declaration of Intervention by the Republic of Türkiye, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 07 August 2024, para. 58-61, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240807-int-01-00-en.pdf, (ET: 17.04.2025).

[726] Konuya ilişkin olarak yakın tarihlerde başta devlet ve hükümet başkanları olmak üzere üst düzey devlet görevlilerini hedef alan bazı İsrailli yetkililere yönelik soruşturma başlatılması ve tutuklama kararları verilmesi beklenmektedir. Bilgi için bkz. Yücel Acer, *"GÖRÜŞ-İsrail'in Gazze'ye Saldırıları ve Uluslararası İnsancıl Hukuk,"* Analiz-Filistin, Anadolu Ajansı, 23 Kasım 2023, https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-israilin-gazzeye-saldirilari-ve-uluslararasi-insancil-hukuk/3062369#, (ET: 19.02.2025).

[727] Public Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence, Situation in the State of Palestine, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/18, 15 March 2020, https://www.legal-tools.org/doc/u9y4lh/pdf, (ET: 19.04.2025).

orantılı olma gerekliliğinin yerine geldiği söylenemez[728]. İsrail'in işgal altında tuttuğu Filistin topraklarına yönelik gerçekleştirdiği saldırıların UCM Statüsü çerçevesinde suç teşkil eden eylemler olduğu, BM Özel Raportörü tarafından da dile getirilmektedir. Şöyle ki, sistematik olarak ve kasten sivil yerleşim yerleri ile alt yapının tahrip edildiği, sivillerin yaşamlarını devam ettiremez hale getirebilmek amacıyla hareket edilmesinin savaş suçu teşkil ettiği ifade edilmiştir[729]. Farklı bir bakış açısı ile ele alındığında, Güney Afrika Cumhuriyeti'nin Soykırım Sözleşmesinin Gazze Şeridine Uygulanmasına Dair İsrail'e karşı açtığı davada Divan, 26 Ocak 2024'te konunun aciliyetine uygun bir biçimde yapılan başvuruyu reddetmeyerek İsrail'in soykırımı engellemek zorunda olduğuna hükmetmiştir[730]. Bu çerçevede birtakım önlemlere karar verilmesi sonucu soykırım tehlikesinin varlığından bahsedilebileceği ve ciddi bir şekilde dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Doktrinde buradan yola çıkarak, böyle bir durumda varlığı inkâr edilmeyen soykırımı işleyen bireylerin de bulunduğu sonucuna ulaşılabileceği yorumu yapılmaktadır. Her ne kadar iki uluslararası yargı organı birbirinden ayrı özelliklere sahip olsa da bu durumun UCM açısından bir soruşturma açılması, suç işleyen kişiler hakkında tutuklama kararları çıkartılması ve gerekli yargılamaların yapılmasına dair gerekliliği kuvvetlendirici bir etki edeceği düşünülmektedir[731].

---

[728] Hakkı Hakan Erkiner, *"Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi,"* TESAM Strateji, 08 Ocak 2024, https://tesamstrateji.com/yazi.php?link=filistin-israil-meselesinin-analizinde-uluslararasi-hukukun-metodolojisi, (ET: 20.02.2025).

[729] Balakrishnan Rajagopal, *"Gaza: Destroying Civilian Housing and Infrastructure is an International Crime, Warns UN Expert,"* The United Nations Special Procedures, 08 November 2023, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-destroying-civilian-housing-and-infrastructure-international-crime#:~:text=%E2%80%9CCarrying%20out%20hostilities%20with%20the,the%20right%20to%20adequate%20housing, (ET: 20.02.2025).

[730] Request for the Indication of Provisional Measures, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, Order of 26 January 2024, para. 86, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf, (ET: 12.04.2025).

[731] Hakkı Hakan Erkiner, *"GÖRÜŞ - UAD, UCM Davalarının Önünü Açar mı?,"* Analiz-Filistin, Anadolu Ajansı, 02 Şubat 2024, https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-uad-ucm-davalarinin-onunu-acar-mi/3125987, (ET: 21.02.2025).

Buraya kadar aktarılan hususlar çerçevesinde Filistin açısından UCM Statüsü'nün geçerli olduğu ve Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul ettiğine ilişkin herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte değinilen tüm bilgiler ışığında oldukça uzun bir zaman diliminde İsrail tarafından gerçekleştirilen ve Statü'de kabul edilmiş suç teşkil eden eylemlerin varlığı da inkâr edilemez bir gerçektir[732]. Bu doğrultuda hem Filistin hem de İsrail açısından yargılama yetkisine sahip olduğu anlaşılabilmektedir. Buna uygun olarak UCM Savcılığı, 03 Mart 2021 tarihinde bir soruşturma başlatıldığını duyurmuştur. Yakın tarihte başlatılan saldırılar da dahil olmak üzere Haziran 2014'ten itibaren işgal altındaki Filistin topraklarında suç teşkil eden eylemleri kapsayan bir soruşturmanın devam ettiği aktarılmıştır[733].

Savcılığın bu aşamadan sonra olağan bir süreçte yapması gereken işlemin İsrail devlet başkanı Yitzhak Herzog ile hükümet başkanı Binyamin Netanyahu başta olmak üzere işlendiği iddia edilen suçlara bulaşmış üst düzey devlet görevlileri hakkında tutuklama kararları almasıdır. Nitekim UCM Savcılığının 20 Mayıs 2024 tarihinde yaptığı açıklamaya göre Hamas Siyasi Büro Şefi İsmail Heniyye, Gazze'de bulunan lideri Yahya Sinvar ve Hamas askeri kanadı olan İzzeddin el-Kassam Tugaylarının lideri konumunda olan Muhammed Diab İbrahim Al-Masri hakkında tutuklama talebinde bulunulmuştur. Aynı doğrultuda İsrail Başbakanı Binyamin Netanyahu ile Savunma Bakanı Yoav Gallant hakkında da tutuklama kararı başvurusunda bulunulduğu belirtilmiştir. Tutuklama talebinin gerekçesi olarak Hamas yetkililerinin imha, cinayet, rehin alma, işkence, tecavüz ve diğer cinsel şiddet eylemleri gibi fiiller ile savaş suçu ve insanlığa karşı suç işledikleri ileri sürülmektedir. İsrail Başbakanı ve Savunma Bakanı hakkında talep edilen tutuklama kararının gerekçesi olarak ise bir savaş yöntemi olarak sivillerin açlığa mahkûm edilmesi, kasıtlı olarak öldürme, kasıtlı olarak sivil nüfusa yönelik doğrudan saldırıda bulunma gibi savaş

[732] Request for the modification of the Order of 28 March 2024, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 24 May 2024, p. 2-4, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-sum-01-00-enc.pdf, (ET: 11.04.2025).

[733] Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A.A. Khan KC, on the Situation in the State of Palestine: Receipt of a Referral From Five States Parties, The International Criminal Court News, 17 November 2023, https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-aa-khan-kc-situation-state-palestine, (ET: 22.02.2025).

suçu ve insanlığa karşı suç işledikleri ileri sürülmektedir[734]. Geçtiğimiz Kasım ayında Savcılığın talep ettiği söz konusu tutuklama taleplerini karara bağlayan Ön Yargılama Dairesi, yukarıda belirtilen gerekçelere dayanarak Binyamin Netanyahu ile Yoav Gallant hakkında tutuklama kararı çıkarmıştır[735]. Nitekim 7 Ekim 2023 tarihinde gerçekleşen saldırıların hemen ardından İsrail Cumhurbaşkanı ve Başbakanı tarafından resmi olarak yapılan açıklamalarda, Hamas'ın saldırılarının intikamının alınacağı ve tüm güçleriyle tamamen yok etmek amacıyla derhal harekete geçecekleri ifade edilmiştir[736].

Burada meseleyi tartışmalı hale getiren husus ise daha önce de değinildiği üzere, taraf olmayan bir devletin görevi devam eden devlet ve hükümet başkanlarına yönelik tutuklama ve yargılama yetkisini kullanıp kullanamayacağıdır. Zira her ne kadar Mahkeme'nin İsrail tarafından gerçekleştirilen eylemlere yönelik yargı yetkisine sahip olduğu kabul edilse de sonuç itibariyle İsrail devletinin Statü'ye taraf olmayan bir devlet olduğu da unutulmamalıdır. Geçmişte Libya devlet başkanı Kaddafi ve Sudan devlet başkanı El-Beşir ile güncel olarak da Rusya devlet başkanı Putin hakkında yapılan işlemlerde karşı karşıya kalınan zorlukların benzeri İsrailli üst düzey devlet yetkilileri açısından da yaşanabilme ihtimali bulunmaktadır. Zira sayılan örneklerde olduğu gibi Mahkeme, Statü'ye taraf bir devlet olup olmadığına bakmaksızın tüm devletlerin devlet başkanları dahil üst düzey devlet görevlileri hakkında yargı yetkisine sahip olduğunu ileri sürerek işlem yapabilir. Bu hususta Statü'nün yargı bağışıklığını kaldıran m. 27 hükmünün görevi devam eden kişiler bakımından da geçerli olduğuna dair uygulama ve Rusya devlet başkanı Putin hakkında çıkarılan tutuklama kararı birlikte düşünüldüğünde, İsrailli üst düzey devlet yetkililerine ilişkin olarak tutuklama kararı çıkartılmasında bir engel bulunmadığı açıktır. Nitekim Ön Yargılama Dairesi, Mahkeme'nin yargı

[734] Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, The International Criminal Court News, 20 May 2024, https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state, (ET: 22.02.2025).

[735] Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant, The International Criminal Court News, 21 November 2024, https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges, (ET: 23.02.2025).

[736] Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measures, para. 42.

yetkisine dair İsrail'in yaptığı itirazı reddederek, yetkili olduğunu tekrar belirtmiştir. Buna göre İsrail'in, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesine gerek olmadığı; daha önce Filistin devletinin yargı yetkisini kabul etmesi nedeniyle yargı yetkisini kullanabileceği vurgulanmıştır[737]. Ancak uygulamada karşılaşılan zorluklar, taraf olmayan bir devlete karşı kullanılan yargı yetkisinin uluslararası hukuka ve UCM Statüsü'ne uygun olup olmadığı tartışmasıdır. Mahkeme'nin sahip olduğu evrensel yargı yetkisi dikkate alındığında, uluslararası toplumun bir bütün olarak sözü edilen ağır insancıl hukuk ihlallerinin cezalandırılması hususunda sorumluluk sahibi olduğu ifade edilmektedir. Yakın zamanda alınan tutuklama kararı doğrultusunda öncelikle Statü'ye taraf devletlerden bu kararın gereğini yerine getirmesi beklenecektir. Bu beklentinin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün gereği olduğu öne sürülmektedir. Devletlerin bu yükümlülüğüne aykırı davranmaları halinde yalnızca Statü'ye göre değil, uluslararası hukuka aykırı eylemlerden ötürü genel sorumluluk kurallarına göre sorumlu tutulmaları gerektiği belirtilmektedir[738]. Mahkeme'nin çıkardığı tutuklama kararının yargı yetkisini kabul eden devletler bakımından bir tür çağrı niteliğinde olduğu ifade edilmektedir[739]. Bu konuda çıkarılan tutuklama kararının bir başka devlet tarafından yerine getirilmesine örnek teşkil etmesi açısından Bemba Davası gösterilebilir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde 2003-2006 yılları arasında başkan yardımcısı olarak görev yapan Jean-Pierre Bemba Gombo, adam öldürme, işkence, tecavüz ve yağma gibi savaş suçu ile insanlığa karşı suç teşkil eden fiiller nedeniyle yargılanmıştır. Hakkında çıkarılan tutuklama kararı nedeniyle 2008 yılında Belçika'da tutuklanarak Mahkeme'ye teslim edilmiştir[740]. 15 Haziran 2009 yılında Mahkeme'nin verdiği mahkûmiyet

[737] Decision on Israel's Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber I, Decision, ICC-01/18-374, 21 November 2024, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180a0ebd8.pdf, (ET: 23.02.2025).

[738] Krawczyk, s. 223.

[739] Mahkeme'nin aldığı tutuklama kararı sonrası birçok devletin söz konusu karara uyacağı ifade edilmektedir. bkz. Lejla Biogradlija, *"UCM'nin Netanyahu ve Gallant'ı Tutuklama Emrini Avrupa Ülkelerinin Büyük Çoğunluğu Uygulayacak",* Anadolu Ajansı, 26 Kasım 2024, https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ucmnin-netanyahu-ve-gallanti-tutuklama-emrini-avrupa-ulkelerinin-buyuk-cogunlugu-uygulayacak/3403377, (ET: 24.02.2025).

[740] The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Situtation in the Central African Republic," Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-CAR-01-020/18, March 2019, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf, (ET: 24.02.2025).

kararı sonucu Bemba, isnat edilen suçlar nedeniyle 18 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır[741].

Hala görevde bulunan bir devlet başkanının yargı bağışıklığına sahip olduğu, taraf olmadığı bir anlaşmadan kaynaklanan hiçbir yükümlülüğün doğmayacağı dikkate alındığında, uygulamada alınan kararların yerine getirilip getirilmeyeceği belirsizliğini korumaktadır. Uygulamada devletlerin bu konuda tam bir uzlaşı içerisinde görüş birliğine sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira Sudan devlet başkanı El-Beşir hakkında çıkarılan tutuklama kararının yerine getirilmesi gerek Sudan gerekse ziyarette bulunduğu diğer devletler tarafından kabul görmemişti. Diğer yandan Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların, genel olarak Statü'ye taraf bir devletin topraklarında işlenmesi halinde suç işlediği iddia edilen kişiler yetki kapsamında değerlendirilir. Bu noktada suç işlediği iddia edilen kişilerin Statü'ye taraf bir devlet vatandaşı olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır[742]. Dolayısıyla Filistin topraklarında işlenen suçlar açısından gerek Filistin gerekse İsrailli yetkililer hakkında yargı yetkisinin kullanılabileceği açıktır. Ancak doktrinde UCM'nin aldığı bir tutuklama kararını yalnızca yargı yetkisini kabul eden devletlere yönelik hüküm ifade ettiği, Statü'ye taraf olmayan devlet yetkilileri açısından herhangi bir talepte bulunulamayacağı ileri sürülmektedir. Bir diğer deyişle, Güvenlik Konseyi kararı olmadığı sürece yargı yetkisini kabul etmeyen bir devletin devlet ve hükümet başkanları açısından uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan bağışıklık hükümlerinin geçerli olduğu teyit edilmektedir[743]. Bu nedenle İsrail Başbakanı Netanyahu hakkındaki tutuklama kararının, Rusya devlet başkanı Putin hakkındaki tutuklama kararının benzeri şekilde yerinde olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme'nin, Filistin topraklarında işlendiği iddia edilen suçlar hakkında İsrailli yetkililer dahil olmak üzere yargılama yetkisine sahip olması ile Statü'ye taraf olmayan bir devletin görevdeki devlet ve hükümet başkanına yönelik yargı yetkisine sahip olması birbirinden farklı tutulmaktadır. Böyle bir durumda Statü'nün m. 98 hükmü ile birlikte düşünülmesi gerektiği, yargı yetkisini kabul etmeyen bir devletin devlet ve hükümet başkanına yönelik çıkarılan

[741] The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "The Case of Situtation in the Central African Republic," Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, 184-185, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF, (ET: 24.02.2025).

[742] Chimene I. Keitner, *"The ICC and Non-Party States: Consistency and Consensus Revisited,"* Georgia Journal of International & Comparative Law, C. 47, 2019, s. 630.

[743] Ozan Ercan Taşkın, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde "Dokunulmazlık" Düzenlemesi,"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 7, S. 20, 2017, s. 286.

tutuklama kararını diğer devletlerin yerine getirme yükümlülüğüne sahip olmadıkları ifade edilmektedir. Zira Statü'den kaynaklanan işbirliği yükümlülüğü ile genel uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan yükümlülükler karşı karşıya geldiğinde devletlerin, Statü'yü değil devlet ve hükümet başkanlarının bağışıklığına ilişkin hükümlerin uygulaması gerektiği belirtilmektedir[744]. Bu nedenle İsrail Başbakanı hakkında tutuklama kararının diğer devletler tarafından yerine getirilmemesi halinde uluslararası hukuka aykırı davrandıkları sonucuna ulaşılamayacaktır. Çünkü UCM'nin tutuklama, iade veya teslim talebini yalnızca yargı yetkisini kabul eden devletlere yöneltebileceği öne sürülerek, bağışıklık hususunda m. 98 hükmü ve uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının UCM Statüsü'nden daha üstün bir güce sahip olduğu ifade edilmektedir[745].

Mahkeme'nin uluslararası alanda bugüne dek ortaya koyduğu yerleşik uygulama ile birlikte değerlendirildiğinde, kendisine karşı devletler arasında bazı önyargıların bulunduğu ifade edilmektedir. Başta ABD olmak üzere ekonomik ve siyasi gücü üst düzeyde olan birtakım devletlerin UCM Statüsü'nü onaylamadıkları, kendi vatandaşlarına yönelik çekincelere sahip oldukları bilinmektedir. Ancak geçmişteki uluslararası yargı organlarının sonuca ulaşmalarında başta ABD olmak üzere söz konusu güçlü devletlerin desteğinin önemli bir yer tuttuğu, bu nedenle UCM açısından da benzer bir işbirliği ve desteğin elzem bir ihtiyaç olduğu düşünülmektedir[746]. Mahkeme'nin daha önce Putin hakkındaki çıkardığı tutuklama kararında oldukça hızlı hareket etmesi karşısında, Ukrayna'da işlenen suçlardan kat kat büyük bir bilançonun bulunduğu Gazze'de benzer bir durum için geciktiğini düşünenler bulunmaktadır. Ancak her durumda önemli olan nokta, UCM'nin devletlerin arasındaki siyasi ilişkilerden ve çıkar çatışmalarından etkilenmeksizin hareket etmesi gerektiğidir. Aksi takdirde evrensel cezai yargı yetkisine sahip olduğu belirtilen Mahkeme'nin güvenilirliği ile tarafsızlığından söz edilemeyecektir. Sonuç olarak, Savcılığın Putin hakkında işlem yaparken kimsenin işlediği suç nedeniyle cezasız kalmaması gerektiğine ilişkin görüşünü devam ettirerek, İsrailli devlet yetkililerine yönelik de işledikleri suçların cezasız kalmaması için benzer şekilde davranması gerektiği ifade edilmektedir[747]. Öte yandan İsrail

[744] Pirim, s. 1064.
[745] Victor Tsilonis, *The Jurisdiction of the International Criminal Court*, Switzerland, Springer, 2019, s. 171.
[746] Poyraz/Önen, s. 214-216.
[747] Hakkı Hakan Erkiner, *"Different Application of the International Criminal Court's (ICC) International Law Criteria for Israel,"* Bulletin on the Perspectives on Addressing the

hükümetine gerek uluslararası gerekse ulusal kamuoyunda başlangıçta gösterilen desteğin giderek azaldığı görülmektedir. Bilhassa olası bir hükümet değişikliği sonucunda sorumlu kişilerin kendi ülkesinde yargılanması ihtimali doğabilecektir. UCM Statüsü'ne göre Mahkeme'nin yargı yetkisinin tamamlayıcı özelliğe sahip olduğundan böyle bir gelişmede UCM'de yargılama sürecinin yapılmasına ihtiyaç kalmayacağı dile getirilmektedir[748].

SONUÇ

Devletlerin uluslararası alanda varlığı, inkâr edilemez bir öneme sahip olduğundan kendi varlıklarına fazlasıyla ayrıcalık tanıdıkları söylenebilir. Bir devletin bir diğer devlet hakkında yargı yetkisini kullanmasından muaf tutulması bunun en çarpıcı örneğini teşkil etmektedir. Uluslararası hukukta devletin yargı bağışıklığına sahip olması, aynı zamanda devletlerin aralarındaki ilişkilerinde çıkar çatışmalarını da engellemektedir. Ancak devletin egemenliğinden kaynaklanan sınırsız gücünü, uygulamada her anlamda ve her alanda göstermek istemesi beraberinde birtakım zorlukları da doğurmaktadır. Modern uluslararası hukuk sisteminde devletin, özel hukuk kişilerinde olduğu gibi ticari faaliyetlerde bulunması kabul görse de yargılamadan muaf tutulması kabul görmemiştir. Bununla beraber, devlet ve hükümet başkanları gibi üst düzey temsilcileri devletin sahip olduğu bağışıklığı devam ettirmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı kararlarında ifade edildiği üzere devlet ve hükümet başkanları başta olmak üzere bir devletin en üst düzeydeki temsilcilerinin sahip oldukları yargı bağışıklığı kişisel anlamda mutlaktır ve hiçbir surette ihlal edilememektedir. Bu hususta Belçika'nın, Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı aleyhine çıkardığı tutuklama kararına karşı Divanın söz konusu içtihadı örnek gösterilebilir. Ancak bireysel cezai sorumluluk esasının geçerli olduğu uluslararası yargı mekanizmalarında ise bu durumun aksi söylenebilir. Zira Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonrasında zayıf da olsa örneklerini görmeye başladığımız, devlet ve hükümet başkanlarının yargılanması hususunda herhangi bir bağışıklığın kabul edilmediği anlaşılabilmektedir. Bunun en kuvvetli görünümü, 1998

Situation in Gaza, Human Rights and Equality Institution of Türkiye, January 2024, s. 38-39.

[748] Muhammed Demirel, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Netanyahu için Yakalama Kararı Çıkarabilir,"* TRT Haber, 09 Kasım 2023, https://www.trthaber.com/haber/dunya/uluslararasi-ceza-mahkemesi-netanyahu-icin-yakalama-karari-cikarabilir-811304.html, (ET: 25.02.2025).

yılında kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde görülebilmektedir. Zira Mahkeme'nin yetkilerini belirleyen kurucu anlaşması ve bugüne dek verdiği kararlara bakıldığında, görevde dahi olsa devlet ve hükümet başkanları dâhil olmak üzere hiç kimsenin yargı yetkisinden muaf tutulamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Uluslararası alanda örf ve adet kuralı olarak herkese eşit bir şekilde uygulanması gerektiği de vurgulanan söz konusu mekanizmanın günümüze kadar çok da başarılı bir sınav verdiği söylenemez. Bilhassa Sudan devlet başkanı Ömer El-Beşir hakkında alınan tutuklama kararının gereği yerine getirilmediğinden tartışmalar hala geçerliliğini korumaktadır. Yargı yetkisini kabul etmeyen bir devlet olarak Sudan'ın, Güvenlik Konseyi kararıyla harekete geçen Mahkeme'nin kararı ile bağlı olduğu ve işbirliği yapma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir. Benzer bir durum güncel olarak Ukrayna'nın işgali neticesinde Rusya devlet başkanı Vladimir Putin hakkında devam etmektedir. Güvenlik Konseyi sürekli üyesi olan Rusya'nın sahip olduğu askeri ve siyasi anlamda güçlü konumu karşısında, görevdeki devlet başkanına karşı çıkarılan tutuklama kararının yerine getirilmesi birçok kişi tarafından beklenmemektedir. Zira Sudan örneğinden farklı olarak Rusya devlet başkanı açısından bir Güvenlik Konseyi kararı söz konusu değildir. Üstelik Güvenlik Konseyi sürekli üyesi olan Rusya, UCM Statüsü'ne de taraf değildir. Taraf olsun ya da olmasın uluslararası toplumda yer alan tüm devletler, tutuklama kararının gereğini yerine getirip getirmeme konusunda Rusya ile olan ilişkilerini göz önünde tutacaktır. Bunun yanında Sudan devlet başkanı El-Beşir'in durumundan farklı olarak Putin hakkındaki kararın, zorlayıcı bir şekilde yargı yetkisini genişletme anlamı taşıdığı ve devletlerin bu kararı yerine getirmek zorunda olmadıkları anlaşılmaktadır. Sudan devlet başkanı hakkında yetkisini kullanan Mahkeme'nin, Güvenlik Konseyi kararı sonrası harekete geçmesi karşısında Rusya devlet başkanı hakkında benzer bir Konsey kararı olmaksızın harekete geçmesi birbirinden farklı tutulmaktadır. Rusya'ya yönelik Konsey'den karar alma girişiminin, sürekli üye olarak sahip olduğu veto yetkisi sayesinde gerçekleşme ihtimali bulunmamaktadır. Bütün bu hususlar bir arada düşünüldüğünde Putin'e yönelik alınacak kararların yerine getirilmesi imkan dahilinde görülmemektedir. Zira devletler, hem uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanan devlet ve hükümet başkanlarının sahip olduğu bağışıklığın getirdiği ayrıcalık hem de Statü'nün 98. maddesi ile tanınan imkânı Mahkeme'nin kararına karşı kullanacaklardır.

Bu konuda somut bir ilerleme kaydedilmemiş iken 1967 yılındaki savaştan beri işgal altında bulunan Doğu Kudüs, Batı Şeria ve Gazze'den oluşan Filistin topraklarında Ekim 2023'ten itibaren Hamas tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı İsrail tarafından başlatılan kapsamlı saldırılar nedeniyle büyük bir insanlık dramı yaşanmaktadır. İsrail'in uzun yıllardır işgal ettiği topraklarda yaşayan Filistin halkının varlık mücadelesinde kasten ve sistematik olarak soykırım ve insanlığa karşı suç olarak nitelendirilebilecek ağır insancıl hukuk ihlalleri işlenmektedir. İsrail, bir toplumun tümden ya da kısmen yok olmasına yol açacak şartları hazırlamak, bunun için öldürme, yaralama, yok etme, yerinden etme vb. gibi ihlallerin yanında fosfor bombası kullanma, koruma altındaki ibadethane, hastane, baraj, köprü vb. gibi yerlere de saldırmak suretiyle hukuka aykırı savaş yöntem ve araçlarını uygulamaktadır. Uluslararası toplumda, evrensel yargı yetkisini temsil eden Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne karşı İsrail'in vicdanları derinden yaralayan söz konusu eylemleri nedeniyle harekete geçmesi yönünde beklenti oluşmuştur. Ukrayna devletinin toprakları işgal edildiğinde çocukların hukuka aykırı bir şekilde başka bir ülkeye götürülmesini gerekçe göstererek kısa bir süre içerisinde Putin hakkında tutuklama kararı veren Mahkeme'nin; benzer bir hassasiyeti, Netanyahu ve Gallant hakkında da göstermesi beklenen bir sonuç olmuştur. Bu doğrultuda Mahkeme, Savcılığın talebine binanen başta Netanyahu olmak üzere Hamas ve İsrailli üst düzey yetkililer hakkında tutuklama kararı almıştır. Ancak bu gelişmenin ardından geçmişte Mahkeme'ye en fazla destek veren devletlerden biri olan Amerika Birleşik Devletlerinden büyük tepki gelmiştir. Buna ek olarak, Almanya, İngiltere gibi batılı devletlerin de İsrail'in gerçekleştirdiği saldırılarda birçok kez desteklerini gösterdikleri ve haklı gördükleri bilinmektedir. Buna karşılık, birçok açıdan İsrail'in eylemlerinin uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil ettiği ortaya konulmuştur. Bu durumun son örneği, Divan'ın Doğu Kudüs de dahil olmak üzere, İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Toprakları'ndaki Politikaları ve Uygulamalarından Kaynaklanan Hukuki Sonuçlara İlişkin Danışma görüşünde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre İsrail'in, işgal ettiği Filistin topraklarındaki varlığının ve eylemlerinin süresiz olarak varlığını devam ettirmeye yönelik olduğu belirtilmektedir. Aynı zamanda söz konusu topraklarda önceki duruma geri dönülemeyecek kadar etkili, bilinçli hazırlanmış bir plan dahilinde hareket ettiği vurgulanmaktadır. Böylece Filistin halkının kendi kaderini tayin etme hakkının elinden alınmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla İsrail'in Filistin topraklarındaki

varlığının uluslararası hukuka aykırı olduğu açıkça ifade edilmektedir[749]. Sözü edilen güncel gelişme, gerek uluslararası alanda etkin bir yargı organının resmi görüşünü yansıtması gerekse buna dayanak olarak birçok devletin destekler nitelikte görüşünü bildirmesi itibariyle İsrail'in eylemlerinin meşru kabul edilmediği yönünde düşünceyi kuvvetlendirmektedir.

KAYNAKÇA

Acer Yücel, *"GÖRÜŞ-İsrail'in Gazze'ye Saldırıları ve Uluslararası İnsancıl Hukuk,"* Analiz-Filistin, Anadolu Ajansı, 23 Kasım 2023, https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-israilin-gazzeye-saldirilari-ve-uluslararasi-insancil-hukuk/3062369#, (ET: 19.02.2025).

Acer Yücel/Kaya İbrahim, *Uluslararası Hukuk-Temel Ders Kitabı,* 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

Adler Nils, *"Israel Keeps up Gaza Blockade; Muslim Nations Endorse Egypt-Led Plan,"* Al Jazeera, 08 March 2025, https://www.aljazeera.com/news/liveblog/2025/3/8/live-israel-kills-two-in-north-gaza-maintains-blockade-on-all-aid, (ET: 08.03.2025).

Akande Dapo, *"The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC,"* American Journal of International Law, C. 112, 2018, ss. 172-176.

Akande Dapo, *"The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of NonParties: Legal Basis and Limits,"* Journal of International Criminal Justice, C. 1, S. 3, 2003, ss. 618-650.

Akkutay Berat Lale, *"Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı,"* Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 113, 2014, ss. 99-125.

[749] Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, Advisory Opinion, ICJ Reports, 19 July 2024, para. 173, 237, 259, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf. (ET: 26.02.2025).

Aksar Yusuf, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)."* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 2, 2003, ss. 125-139.

Aksar Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk,* 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

Akün Verda Neslihan, *"Milletlerarası Mahkeme İçtihatlarında Jenosid,"* Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2003.

Application Instituting Proceedings Containing a Request for the Indication of Provisional Measures, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 29 December 2023, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf, (ET: 16.04.2025).

Arrest Warrant of 11 April 2000, Democratic Republic of Congo v. Belgium, The International Court of Justice, Judgement, 2002, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf, (ET: 10.12.2024).

Arsava Füsun, "*Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı,"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 3, 2012, ss. 1-20.

Ata Esra, *"Uluslararası Hukukta Yabancı Devlet Başkanlarının Haysiyetinin Korunması,"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 8, S. 31, 2017, ss. 591-618.

Ateş Davut, *"Gazze ve Soykırım Tartışması,"* Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 1, 2011, ss. 609-634.

Bakhtiar Handar Subhandi, *"Head of State, Head of Goverment and Foreign Ministers Immunity in International Law,"* Journal of Law, Policy and Globalization, C. 72, 2018, ss. 1-10.

Bankas Ernest, *The State Immunity Controversy in International Law*, Berlin, Springer, 2005.

Bantekas Ilias/Nash Susan, *International Criminal Law,* 2nd Ed., London, Cavendish Publishing, 2003.

Bassiouni Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

Başer Selin, *"Ruanda Soykırımı'nın Uluslararası Hukuktaki Soykırım Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi,"* Güvenlik Stratejileri Dergisi, C. 18, S. 41, 2022, ss. 225-256.

Bayıllıoğlu Uğur, *"Uluslararası Adalet Divanı'nın Tutuklama Müzekkeresi Davası Hakkındaki Kararına İlişkin Bir Değerlendirme,"* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 2, 2006, ss. 27-63.

Bianchi Andrea, *"Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case,"* European Journal of International Law, C. 10, S. 2, 1999, ss. 237-277.

Biogradlija Lejla, *"UCM'nin Netanyahu ve Gallant'ı Tutuklama Emrini Avrupa Ülkelerinin Büyük Çoğunluğu Uygulayacak",* Anadolu Ajansı, 26 Kasım 2024, https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ucmnin-netanyahu-ve-gallanti-tutuklama-emrini-avrupa-ulkelerinin-buyuk-cogunlugu-uygulayacak/3403377, (ET: 24.02.2025).

Candan Tolga/Kayacan Derya Nur, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Rusya Federasyonu Devlet Başkanı Vladimir Putin Hakkında Tutuklama Kararı,"* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, ss. 971-1006.

Charter of the International Military Tribunal, The United Nations Treaty Series, 1951, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf, (ET: 19.12.2024).

Crawford James, *Bronwlie's Principles of Public International Law,* 8th Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.

Cryer Robert/Friman Hakan/Robinson Darryl vd., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure,* 2nd Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Çelik Edip, *Milletlerarası Hukuk,* İkinci Kitap, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.

Çırak Mine Ezgi, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Perspektifinden Devlet Başkanlarının Yargı Bağışıklığı,"* Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2020.

Decision on Israel's Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber I, Decision, ICC-01/18-374, 21 November 2024,

https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180a0ebd8.pdf, (ET: 23.02.2025).

Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 12 December 2011, ICC-02/05-01/09, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_21722.PDF, (ET: 02.01.2025).

Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 13 December 2011, ICC-02/05-01/09, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2012_04203.PDF, (ET: 02.01.2025).

Declaration of Intervention by the Republic of Türkiye, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 07 August 2024, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240807-int-01-00-en.pdf, (ET: 17.04.2025).

Declaration of Intervention by the Plurinational State of Bolivia, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 08 October 2024, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20241008-int-01-00-en.pdf, (ET: 16.04.2025).

Demirel Muhammed, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Netanyahu için Yakalama Kararı Çıkarabilir,"* TRT Haber. 09 Kasım 2023, https://www.trthaber.com/haber/dunya/uluslararasi-ceza-mahkemesi-netanyahu-icin-yakalama-karari-cikarabilir-811304.html, (ET: 25.02.2025).

Dixon Martin, *Textbook on International Law,* 6th Ed., New York, Oxford University Press, 2007.

Duman Talha İsmail, *"Ortadoğu'daki İslami Hareketlerin Siyasal Entegrasyonu: Mısır İhvanı, Hizbullah ve Hamas Örnekleri,"* Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2023.

Dülger Kenan, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu,* İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

Ebrahim Nadeen, *"What is Hamas and Why is It Attacking Israel Now?."* CNN International. 11 October 2023, https://edition.cnn.com/2023/10/09/middleeast/hamas-attack-strategy-israel-mime-intl/index.html, (ET: 16.02.2025).

Ekori Aghem Hanson/Masumbe Paul S, *"Putin on Trial: The Reality of Heads of State Immunity Before International Criminal Courts,"* Polit Journal, C. 2, S. 1, 2022, ss. 29-36.

Erkiner Hakkı Hakan, *"Different Application of the International Criminal Court's (ICC) International Law Criteria for Israel,"* Bulletin on the Perspectives on Addressing the Situation in Gaza, Human Rights and Equality Institution of Türkiye, January 2024, ss. 38-42.

Erkiner Hakkı Hakan, *"Filistin İsrail Meselesinin Analizinde Uluslararası Hukukun Metodolojisi,"* TESAM Strateji. 08 Ocak 2024, https://tesamstrateji.com/yazi.php?link=filistin-israil-meselesinin-analizinde-uluslararasi-hukukun-metodolojisi, (ET: 20.02.2025).

Erkiner Hakkı Hakan, *"GÖRÜŞ - UAD, UCM Davalarının Önünü Açar mı?,"* Analiz-Filistin, Anadolu Ajansı, 02 Şubat 2024, https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-uad-ucm-davalarinin-onunu-acar-mi/3125987, (ET: 21.02.2025).

Ezennia Celestine Nchekwube, *"Application of the State Immunity Rule in the International Criminal Justice System: Problems Arising and a Critique of Legal Response Mechanisms,"* Yüksek Lisans Tezi, Dalhousie University, 2014.

Fabian Emanuel, *"Defense Minister Announces 'Complete Siege' of Gaza: No Power, Food or Fuel,"* The Times of Israel, 09 October 2023, https://www.timesofisrael.com/liveblog_entry/defense-minister-announces-complete-siege-of-gaza-no-power-food-or-fuel/, (ET: 16.02.2025).

Focarelli Carlo, *"Common Article 1 of the Geneva Conventions: A Soap Bubble?"*, European Journal of International Law, C. 21, S. 1, 2010, ss. 125-171.

Fox Hazel, *"The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government,"* The International and Comparative Law Quarterly, C. 51, S. 1, 2002, ss. 119-125.

Gündüz Aslan, *Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk,* İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1984.

Happold Matthew, *"Darfur, the Security Council, and the International Criminal Court."* The International and Comparative Law Quarterly, C. 55, S. 1, 2006, ss. 226-236.

Heyder Corrina, *"The U.N. Security Council's Referral of the Crimes in Darfur to the International Criminal Court in Light of U.S. Opposition to the Court: Implications for the International Criminal Court's Functions and Status,"* Berkeley Journal of International Law, C. 24, Issue 2, 2006, ss. 650-671.

Hillier Tim, *Sourcebook on Public International Law,* London, Cavendish Publishing, 1998.

Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict, Human Rights Council, 25 September 2009, A/HRC/12/48, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/a-hrc-12-48.pdf, (ET: 16.02.2025).

İnan Rabia Beyza, *"Uluslararası Ceza Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu,"* Eskişehir Barosu Dergisi, C. 8, S. 1, 2023, ss. 66-88.

Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy: Greece intervening, The International Court of Justice, Judgement, 2012, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf, (ET: 15.12.2024).

Kaya İbrahim, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler,* Ankara, Seçkin Yayınları, 2013.

Kayacan Derya Nur, *"ICC's Jurisdiction and Individual Criminal Responsibility Regarding the Russian-Ukrainian War,"* Legal Hukuk Dergisi, C. 21, S. 247, 2023, ss. 2569-2628.

Keitner Chimene I, *"The ICC and Non-Party States: Consistency and Consensus Revisited,"* Georgia Journal of International & Comparative Law, C. 47, 2019, ss. 629-634.

Knoops Geert Jan Alexander, *Defenses in Contemporary International Criminal Law,* 2nd Ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Krawczyk Przemysław, *"Individual Responsibility of the Heads of State, Head of Government and the Senior Government Officials for International Crime,"* Voice in Discussion, Studia Iuridica Toruniensia, C. 26, 2020, ss. 211-230.

Kuran Selami/Okur Derya Aydın/Sarıbeyoğlu Meltem vd., *Uluslararası Hukuk Temel Metinler,* 2. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2011.

Legal Consequences Arising From The Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, The International Court of Justice, Advisory Opinion, 19 July 2024, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf, (ET: 26.02.2025).

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports, 2004, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf, (ET: 20.04.2025).

Liolos John J, *"Justice for Tyrants: International Criminal Court Warrants for Gaddafi Regime Crimes,"* Boston College International and Comparative Law Review, C. 35, S. 2, 2012, ss. 589-602.

Lütem İlhan, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk,* Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1951.

Lyons Albert Brown, *"The Avoidance of Hardships Resulting from the Doctrine of Sovereign Immunity,"* Transactions of the Grotius Society, C. 42, 1956, ss. 61-81.

Malanczuk Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law,* 7th Ed., New York, Routledge, 1997.

Masumbe Paul S, *"The Travails of Prosecuting Serving Heads of State Before the ICC: The Case of Omar Al Bashir and Vladimir Putin,"* E-Journal of Humanities, Arts and Social Sciences, C. 4, Issue 1, 2023, ss. 1320-1329.

Mehrotra Abhinav/Gupta Biswanth, *"Vladimir Putin, the War Criminal Explained,"* International Policy Digest, 2023, ss. 1-6.

Modaberan Ashkan Famil/Vazini Masoud, *"The Immunity of Heads of State and the Approach of International and Domestic Courts in its Application,"* Palarch's Journal of Archaeology of Egypt/Egyptology, C. 18, S. 4, 2021, ss. 7871-7886.

Morris Madeline, *"High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States,"* Law and Contemporary Problems, C. 64, S. 1, 2001, ss. 219-279.

Nkusi Fred, *"Immunity of State Officials Before the International Criminal Court (ICC): The Indictment of President Al-Bashir,"* Arizona Journal of International and Comparative Law, C. 1, S. 1, 2013, ss. 1-18.

Novak Andrew, *The International Criminal Court: An Introduction,* Dordrecht, Springer, 2015.

Öztürk Yasin, *"Uluslararası Hukukta Devletlerin Egemen Eşitliği Kavramının Jus Cogens Niteliği,"* Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 42, S. 1, 2017, ss. 37-53.

Palwankar Umesh, "Measures Available to States For Fulfilling Their Obligation to Ensure Respect For International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, C. 75, S. 298, 1994, ss. 9-25.

Peker Gazi Murat, *"Uluslararası Hukuk ve Diplomatik Statü: 1961 ve 1963 Tarihli Viyana Sözleşmelerinin Hukuki Çerçevesi,"* International Marmara Social Sciences Congress, 21-22 May 2021, ss. 182-202.

Pirim Ceren Zeynep, *"Görevdeki Devlet Başkanlarının Dokunulmazlıkları ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Vladimir Putin Hakkında Çıkardığı Tutuklama Kararının Uluslararası Hukuka Uygunluğu,"* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2023, ss. 1035-1071.

Poroy Nazım, *Nüremberg Davası,* Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1948.

Poyraz Yasin/Önen Ömer Vehip, *"Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü,"* Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 4, S. 1, 2019, ss. 187-222.

Prouveze Remy, "Immunities." in *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Ed. William A. Schabas/Nadia Bernaz, New York, Routledge, 2011, ss. 355-367.

Public Opinion in Accordance with Article 103 of the Rules of Procedure and Evidence, Situation in the State of Palestine, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/18, 15 March 2020, https://www.legal-tools.org/doc/u9y4lh/pdf, (ET: 19.04.2025).

Rajagopal Balakrishnan, *"Gaza: Destroying Civilian Housing and Infrastructure is an International Crime, Warns UN Expert,"* The United Nations Special Procedures, 08 November 2023, https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-destroying-civilian-housing-and-infrastructure-international-crime#:~:text=%E2%80%9CCarrying%20out%20hostilities%20with%20the,the%20right%20to%20adequate%20housing, (ET: 20.02.2025).

Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, The United Nations, Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 25 January 2005, https://www.legal-tools.org/doc/1480de/pdf/, (ET: 26.01.2025).

Request for the Indication of Provisional Measures, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, Order of 26 January 2024, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf, (ET: 12.04.2025).

Request for the modification of the Order of 28 March 2024, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), ICJ Reports, 24 May 2024, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-sum-01-00-enc.pdf, (ET: 11.04.2025).

Ruth Wedgwood, *"The Irresolution of Rome,"* Law and Contemporary Problems, C. 64, S. 1, 2001, ss. 193-214.

Sadat Leila Nadya, *"The Conferred Jurisdiction of the International Criminal Court,"* Washington University in St. Louis School of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 23-03-01, March 2023, ss. 46-47.

Scott Straus, *"Darfur and the Genocide Debate,"* Foreign Affairs, C. 84, S. 1, 2005, ss. 123-133.

Security Council Resolution, The United Nations, 31 March 2005, S/RES/1593, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/292/73/pdf/n0529273.pdf?token=TeE9TxiCv6weqS78Zq&fe=true, (ET: 27.01.2025).

Security Council Resolution, The United Nations, 08 January 2009, S/RES/1860,

https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n09/204/32/pdf/n0920432.pdf?token=v4n6vKtmjumH4kfdF5&fe=true, (ET: 15.02.2025).

Security Council Resolution, The United Nations, 18 September 2004, S/RES/1564, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n04/515/47/pdf/n0451547.pdf?token=tjyX1PF5ZgmPerpJal&fe=true, (ET: 25.01.2025).

Security Council Resolution, The United Nations, 26 February 2011, S/RES/1970, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n11/245/58/pdf/n1124558.pdf?token=vQ42XixNikEOjjKl9z&fe=true, (ET: 31.01.2025).

Security Council Resolution, The United Nations, 01 June 1993, S/RES/834, 1993, http://unscr.com/en/resolutions/doc/834, (ET: 20.04.2025).

Security Council Resolution, The United Nations, 13 April 1995, S/RES/985, 1995, http://unscr.com/en/resolutions/doc/985, (ET: 20.04.2025).

Shaw Malcolm N, *International Law,* 6th Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Situation in the State of Palestine: ICC Pre-Trial Chamber I rejects the State of Israel's challenges to jurisdiction and issues warrants of arrest for Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant, The International Criminal Court News, 21 November 2024, https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges, (ET: 23.02.2025).

Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants Against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova, The International Criminal Court News, 17 March 2023, https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and, (ET: 10.02.2025).

Sokol Karen, *"The International Court of Justice and the International Criminal Court: A Primer," Congressional Research Service Report*, 04 April 2024, https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R48004/2, (ET: 12.01.2025).

State of Palestine, The International Criminal Court, The States Parties to the Rome Statute, https://asp.icc-cpi.int/states-parties/asian-states/Palestine, (ET: 17.02.2025).

Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the Issuance of Arrest Warrants Against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova, The International Criminal Court News, 17 March 2023, https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin#:~:text=On, (ET: 05.02.2025).

Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine, The International Criminal Court News, 20 May 2024, https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state, (ET: 22.02.2025).

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A.A. Khan KC, on the Situation in the State of Palestine: Receipt of a Referral From Five States Parties, The International Criminal Court News, 17 November 2023, https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-karim-aa-khan-kc-situation-state-palestine, (ET: 22.02.2025).

Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları,* 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2022.

Şen Ersan, *Uluslararası Ceza Mahkemesi,* Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.

Şimşek Murat, *"Uluslararası Ceza Mahkemesinin Taraf Olmayan Devletler ve Devlet Başkanları Üzerindeki Yargı Yetkisi: Sudan Örneği."* IV. Türkiye Lisansüstü Çalışmaları Kongresi - Bildiriler Kitabı II, Kütahya, 14-17 Mayıs 2015, ss. 151-163.

Tabanlı Figen, *"Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği,"* Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2017, ss. 79-104.

Taşkın Ozan Ercan, *"Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde "Dokunulmazlık" Düzenlemesi"* Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 7, S. 20, 2017, ss. 273-291.

The Prosecutor v. Charles Taylor, Special Court for Sierra Leone, Decision on Immunity From Jurisdiction, SCSL-03-01-0059, 2004, https://docs.rscsl.org/document/SCSL-03-01-0059, (ET: 27.12.2024).

The Prosecutor v. Jean Kambanda, Judgement and Sentence, The International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR 97-23-S, 1998, https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-97-23/MSC14050R0000529818.PDF, (ET: 24.12.2024).

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Situtation in the Central African Republic", The International Criminal Court, Case Information Sheet, ICC-PIDS-CIS-CAR-01-020/18, March 2019, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CaseInformationSheets/BembaEng.pdf, (ET: 24.02.2025).

The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "The Case of Situtation in the Central African Republic," The International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF, (ET: 24.02.2025).

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, The International Criminal Court, 04 March 2009, ICC-02/05-01/09, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_01517.PDF, (ET: 30.12.2024).

The Rome Statute of the International Criminal Court, The International Criminal Court, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf, (ET: 13.04.2025).

The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, The International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994, https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf, (ET: 23.12.2024).

The Statute of The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, The International Criminal Tribunal for The Former Yugoslavia, 1993, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, (ET: 23.12.2024).

Topal Ahmet Hamdi, *"27 Aralık 2008–18 Ocak 2009 Gazze Saldırısı ve Uluslararası Ceza Hukuku,"* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, ss. 1091-1112.

Tsilonis Victor, *The Jurisdiction of the International Criminal Court,* Switzerland, Springer, 2019.

Ukraine Accepts ICC Jurisdiction Over Alleged Crimes Committed Since 20 February 2014, The International Criminal Court News, 8 September 2015, https://www.icc-cpi.int/news/ukraine-accepts-icc-jurisdiction-over-alleged-crimes-committed-20-february-2014, (ET: 13.02.2025).

Uzun Elif, *"Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü,"* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, 2003, ss. 25-48.

Van Alebeek Rosanne, *The Immunity of States and Their Officials*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Visit of the Palestinian National Authority Minister of Foreign Affairs, Mr. Riad al-Malki, and Minister of Justice, Mr. Ali Khashan, to the Prosecutor of the ICC, The International Criminal Court News, 13 February 2009, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/4CC08515-D0BA-454D-A594-446F30289EF2/280869/PNAMFA130209.pdf, (ET: 17.02.2025).

Wallace Rebecca M.M, *International Law,* 4th Ed., London, Sweet&Maxwell Publishing, 2002.

Watts Arthur, *"The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law,"* The British Institute of International and Comparative Law, 2014, ss. 1-6.

Wenqi Zhu, *"On Co-operation by States Not Party to the International Criminal Court"* International Review of the Red Cross, C. 88, S. 861, 2006, ss. 87-110.

Wladyslaw Czaplinski, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility." in *The Legal Regime of the International Criminal Court*, Ed. Jose Doria ve Hnas Peter Gasser/M. Cherif Bassiouni, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 401-420.

[750H] ELEKTRONİK DELİLLER IŞIĞINDA DELİL BAŞLANGICI VE UYGULAMA ALANI

(THE INITIAL EVIDENCE AND ITS SCOPE OF APPLICATION IN THE LIGHT OF ELECTRONIC EVIDENCE)

Dr. Öğr. Üyesi Nihat GÜMAN [751*] [752**]

ÖZ

Delil başlangıcı kavramı, senetle ispat kuralının katı uygulandığı hukuk sistemlerinde, tanık ve takdirî delillerin kullanılabilmesi için oluşturulan özel bir kolaylık mekanizması olarak ele alınmıştır. Kökeni Fransız hukukuna dayanan bu kavram, hukuk sistemimize Cumhuriyet dönemindeki kanunlaştırma süreçleriyle girmiş; 1086 sayılı HUMK ve daha sonra 6100 sayılı HMK ile sistem modernize edilmiştir. Delil başlangıcı, iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatını sağlamamakla birlikte, o işlemin gerçekleşmiş olabileceğine dair olası bir kanaat oluşturabilecek belge niteliği taşır. Çalışmada delil başlangıcının hukukî niteliği üzerinde durulmuş; senetle ispat zorunluluğu kapsamında kesin delilin varlığı yerine, takdirî delillerin kullanılabileceği esnek bir yaklaşımın benimsendiği belirtilmiştir. Senetle ispat kuralının kamu düzeni olmaktan ziyade taraflar arasında anlaşma yoluyla aşılabileceği vurgulanmış, delil başlangıcının ise bu kuralı yumuşatan, takdirî delillerin önünü açan araçlardan biri olduğu ifade edilmiştir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, elektronik veri ve elektronik belgelerin de delil başlangıcı kapsamında değerlendirilmesi konusu tartışılmıştır. Çalışmada WhatsApp mesajları, elektronik posta, faks, ses kayıtları, video ve fotoğraf gibi elektronik verilerin, gerekli teknik ve hukukî şartları taşıması halinde delil başlangıcı vasfı kazanabileceği açıklanmış; bu belgelerin ispatta kullanılırken kaynak, içerik bütünlüğü ve veri bütünlüğünün bozulması risklerinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Delil başlangıcı kavramı hem klasik yazılı belgeler hem de modern elektronik veriler için esnek bir ispat aracıdır. Hukuk

---

[750H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.04.2025. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 06.05.2025. Onaylanma Tarihi: 21.05.2025.

[751*] Doktor Öğretim Üyesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

[752**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0019-9745**.**

Esere Atıf Şekli: Nihat Güman "*Elektronik Deliller Işığında Delil Başlangıcı ve Uygulama Alanı*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.723-758.

muhakemelerindeki değişen ihtiyaçlar ve teknolojik gelişmeler, delil başlangıcının kapsamının genişlemesine ve farklı belge türlerinin, belirli koşullar altında ispat gücüne sahip olmasına imkân tanımıştır. Böylece mahkemeler, somut olayların çözümünde daha geniş bir delil yelpazesi arasından gerçeğe ulaşmak için çeşitli ispat araçlarını değerlendirebilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Elektronik Delil, Delil Başlangıcı, Delil Niteliği, Elektronik Belge, Senetle İspat.*

ABSTRACT

The concept of "début de preuve" (preliminary evidence) has been regarded as a special facilitative mechanism in legal systems where the rule of proof by written document is applied strictly, enabling the use of testimonial and discretionary evidence. Originating from French law, this concept was incorporated into the Turkish legal system during the codification processes of the Republican era, initially under the former CCP No. 1086 and subsequently modernized with the current CCP No. 6100. Preliminary evidence does not fully establish the legal transaction in question but constitutes a document that provides an indication suggesting the possibility that such a transaction may have occurred. This study focuses on the legal nature of preliminary evidence and emphasizes that, within the framework of the rule of proof by document, a more flexible approach has been adopted whereby the existence of conclusive evidence is not strictly required, allowing for the use of discretionary means of proof. It is highlighted that the rule of proof by document is not a matter of public order and may be waived by agreement between the parties. Preliminary evidence, in this context, serves as one of the mechanisms that soften the rigidity of the rule and pave the way for the admissibility of discretionary evidence. With technological advancements, the inclusion of electronic data and electronic documents within the scope of preliminary evidence has also been discussed. The study explains that, if certain technical and legal conditions are met, electronic data such as WhatsApp messages, emails, faxes, audio recordings, videos, and photographs may qualify as preliminary evidence. It is emphasized, however, that while using such documents in legal proceedings, risks such as alteration of source, content integrity, and data integrity must be considered The concept of preliminary evidence functions as a flexible means of proof for both classical written documents and modern electronic data. The evolving needs of civil proceedings and technological progress have allowed the scope of preliminary evidence to

expand, enabling various types of documents to acquire probative value under specific conditions. Thus, courts are now able to consider a broader range of evidentiary tools to reach the truth in resolving concrete disputes.

Keywords: *Digital Evidence, Beginning of Evidence, Nature of Evidence, Electronic Document, Proof by Instrument.*

***

Giriş

Delil başlangıcı kavramı, hukuk yargılamalarında senetle ispat kuralının katı uygulandığı durumlarda, tarafların ileri sürdükleri vakıaların ispatı için alternatif ve esnek bir yöntem olarak ortaya çıkmıştır. Bu yöntem, esasen Fransız hukuk sistemine dayanmaktadır ve Cumhuriyet dönemindeki kanunlaştırma süreçleriyle Türk hukukuna uyarlanarak kendine yer bulmuştur. Geleneksel senetle ispat zorunluluğu, belgelerin kesin delil niteliği taşımasını şart koşarken, delil başlangıcı uygulaması bu katılığı yumuşatarak takdiri delillerin kullanılmasına olanak tanımaktadır. Böylece hukukî işlemlerin kesin olarak ispat edilemediği durumlarda, mahkemeler delil başlangıcı sayesinde olayın varlığına ilişkin olası göstergeleri değerlendirebilmektedir.

Osmanlı döneminde İslam hukukunun etkileriyle şekillenen delil uygulamaları, geniş bir tanık delili esasına dayalıdır. Ancak modern hukuk sistemine geçiş sürecinde, senetle ispat kuralı gibi kesin kurallar getirilmiş ve bunların katı yorumlanması istenmiştir. Bu bağlamda delil başlangıcı kavramı, senet zorunluluğunun aşılmasına yönelik istisnaî bir mekanizma olarak ortaya çıkmıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, delil başlangıcı kavramının temel unsurları yeniden düzenlenmiş ve kapsamı genişletilmiştir. Bu düzenleme, delilin sadece yazılı formda olması şartını ortadan kaldırarak, daha çeşitli nitelikteki belgelerin ispat sürecinde kullanılabilmesine imkân sağlamıştır. Teknolojinin ve elektronik iletişim araçlarının hızla gelişmesiyle birlikte, hukuk sistemi de bu dönüşüme ayak uydurmak durumunda kalmıştır. Elektronik posta, faks, ses kaydı, fotoğraf ve video gibi elektronik veriler, uygun şartları taşıdıkları takdirde artık delil başlangıcı özelliği kazanabilmektedir. Böylece mahkemeler elektronik belgeleri de değerlendirme olanağı bulmuş, ispat sürecinde modern teknolojinin sunduğu kolaylıklardan yararlanmıştır.

Delil başlangıcının hukukî nitelikleri, sadece bir belgenin varlığıyla sınırlı kalmayıp; belgenin, iddia edilen hukukî işlemi muhtemel kılma gücüne sahip olması, karşı tarafın veya temsilcisinin sunduğu kaynak olması gibi unsurları da kapsamaktadır. Bu çok boyutlu yaklaşım, hukukî işlemlerin

daha objektif ve esnek bir biçimde ortaya konulmasını sağlamaktadır. Elektronik delil kavramının hukuk sistemine entegrasyonu, özellikle veri güvenliği, belge bütünlüğü ve kaynağın tespiti gibi konuların yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Mahkemeler, elektronik belgelerin veri bütünlüğünün bozulması riskini ve teknik özelliklerini göz önünde bulundurarak, delil değerini belirlemede teknik bilirkişilerden destek alabilmektedir.

I. Delil Başlangıcı Kavramı ve Hukukî Niteliği

Delil başlangıcı, hukuk yargılamasında taraflarca ileri sürülen vakıaların ispatına yönelik, senetle ispat kuralının geçerli olduğu bir sistemde istisnaî imkânlar tanıyan oldukça önemli bir kavramdır. Bu kavram, Fransız hukukunda gelişmiş ve oradan da benimsenen ispat sistemi içerisinde kendine yer bulmuştur. Aşağıda öncelikle delil başlangıcının tanımına, tarihsel kökenine ve Türk hukukuna ne şekilde yansıdığına değinilecek; ardından bu kurumun hukukî niteliği açıklanacaktır.

A. Delil Başlangıcının Tanımı

Delil başlangıcı, tanıkla ispat yasağının benimsendiği ve senetle ispat zorunluluğunun geçerli olduğu hallerde uygulama alanı bulur. Fransız hukukundaki senetle ispat mecburiyeti, tanık delilinin kullanımını önemli ölçüde kısıtladığı için, bu sınırlamayı yumuşatacak bir ara formül olarak delil başlangıcı kavramı geliştirilmiştir. Dolayısıyla, bir vakıanın delil başlangıcına dayanılarak ispat edilebilmesi için, öncelikle senetle ispat kuralının egemen olduğu bir ispat rejiminde bulunmak gerekir[753].

Türk hukukunda ise delil başlangıcı kavramına, Cumhuriyet dönemindeki kanunlaştırma süreçlerinden sonra rastlanmaktadır. Osmanlı Devleti döneminde, İslam hukuku uygulanırken tanık delili esas delil olarak kabul edilirdi ve hem işlemlerin geçerliliği hem ispat vasıtaları bakımından geniş bir şekil serbestîsi söz konusuydu[754]. Bu geniş serbestî ortamında delil başlangıcına ihtiyaç duyulmamıştı. Örneğin, Mecelle'de delillere ilişkin hükümler yer alsa da delil başlangıcını düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Aynı şekilde, 1861 tarihli Usul-i Muhakeme-i Ticariye Nizamnamesi ve 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'nda da batı hukukundan esinlenen pek çok düzenleme bulunmasına karşın, delil

[753] Salih Keser, *Medenî Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, (On İki Levha 2016) 11.
[754] Keser (n 1) 12.

başlangıcına dair açık bir madde bulunmuyordu.[755] Nihayet, Delil başlangıcı kavramı Cumhuriyet döneminde kabul edilen mevzuatla birlikte "yazılı delil başlangıcı" kavramı hukuk sistemimize dahil olmuştur[756].

1927 yılında yürürlüğe konulan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), esas olarak İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Usul Kanunu'ndan tercüme edilmekle beraber, Fransız ve Alman hukukundan bazı noktalar da eklenerek oluşturulmuştur.[757] Burada özellikle hukukî işlemlerin ispatı bakımından getirilen düzenlemelerin ve eski metindeki "yazılı delil başlangıcına" ilişkin hükümler, Fransız Medenî Kanunu'ndan uyarlanmıştır[758]. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, delil başlangıcı kurumunda iki büyük farklılık göze çarpmıştır: Bunlardan ilki "yazılılık" şartının ortadan kaldırılması, ikincisi ise "belge" kavramına yer verilmesidir[759].

Bu bakımdan, HMK m. 202 hükmünde yer alan tanıma göre delil başlangıcı; iddia konusu hukukî işlemin bütünüyle ispatına elverişli olmayıp, ancak o işlemin gerçekleştiğini olası gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen taraf veya temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş bir belgedir. Belge kavramı ise HMK'nın 199. maddesinde; "uyuşmazlık konusu vakıaları ispat etmeye uygun yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamda bulunan veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları" olarak tanımlanmıştır.

Dolayısıyla, delil başlangıcının varlığından söz edebilmek için, her şeyden önce ispat konusu olan hukukî işlemin varlığı veya içeriği hakkında, HMK m. 199 çerçevesine giren bir "belge"nin mevcudiyeti zorunludur. Başka bir ifadeyle, bir belgenin taşıması gereken en önemli niteliklerden biri, HMK m. 199'da ifade edilen belge unsurlarını karşılıyor olmasıdır. Bununla beraber, yalnızca "belge" niteliğine sahip olmak delil başlangıcı olabilmek için tek başına yeterli değildir.[760] Söz konusu belgenin, ilgili hukukî işlemi muhtemel gösterecek yeterli bilgiyi içermesi ve ayrıca karşı tarafın veya onun temsilcisinin göndermesi ya da vermesi suretiyle delil

[755] Elif Futtu, *Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği,* (Seçkin 2021) 19.
[756] Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, (Yetkin 2009) 17 vd.
[757] Futtu (n 3) 19.
[758] Ozan Tok, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*, (Seçkin 2016) 18.
[759] Keser (n 1) 12 vd., Ayşe Kılınç, 'Belge ve Delil başlangıcının delil değeri' C (15) 187-188 (Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi Mart Nisan 2020) 198 vd.
[760] Futtu (n 3) 20.

olarak sunulması gerekir[761]. Bu unsurları barındıran belge, hukukî işlemle ilgili iddiayı destekleyen ispat aracı niteliğinde bir kanaat oluşturabilecek belge niteliğindedir .

Delil başlangıcının HMK'da ayrıntılı şekilde düzenlenmesinin nedeni, senetle ispat kuralının istisnalarla aşılmasına izin verilse bile, bu kuralın tamamen etkisiz kalmamasını sağlamaktır. Doktrinde *Alanyoya/Yıldırım/Deren Yıldırım*'a göre, delil başlangıcının en kritik fonksiyonu, belli bir parasal değerin üzerindeki hukukî işlemlerin veya senede karşı ileri sürülen iddiaların, kesin delil zorunluluğunu ortadan kaldırmaksızın, takdirî delillerle (örneğin tanık deliliyle) ispatına imkân tanımasıdır. Aynı zamanda delil başlangıcı, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin uygulama alanını genişletme amacıyla da kullanılabilir[762].

A. Delil Başlangıcının Hukukî Niteliği

Kesin delil esasını benimseyen sistemlerde, ispat yükü altında bulunan taraf, ileri sürdüğü vakıayı ancak bir kesin delil göstererek kanıtlayabilir. Bu durumlarda, hâkimin kesin delille ilgili takdir alanı oldukça sınırlı hale gelir. Türk hukukunun hem yazılı belgeye hem de tanıklığa sınırlı ölçüde izin verdiği karma ispat rejimi benimsendiğinden, bazı hukukî işlemler için kesin delile başvurma mecburiyeti öngörülürken, hukukî fiiller ya da başka tür hukukî işlemler için takdiri delillerle ispat olanağı mevcuttur. Bununla birlikte kesin delillerle ispat zorunluluğu da mutlak değildir; çeşitli istisnalar öngörülerek bu katı kuralın yumuşatılması sağlanmıştır[763]. Bu sistem, bazı durumlarda delillerin serbestçe değerlendirilmesine izin verirken, HMK m. 200 hükmünde yer aldığı üzere, belirli tutarın üzerindeki hukuki işlem gibi bazı işlemler için ise ispat aracı açısından senetle ispat zorunluluğu getirmiştir.

Öncelikle, senetle ispat kuralının niteliğini anlamak önem taşır. Hukukumuzda senetle ispat kuralı pek çok istisna içerdiğinden, bu kuralın kamu düzeninden sayılmasının güç olduğu kabul edilmektedir. 1959 tarihli içtihadı birleştirme kararı[764] ve onu izleyen kanun değişiklikleri de

---

[761] Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usul Hukuku*, (14. Baskı, Yetkin 2013) 752.

[762] Yavuz Alangoya, Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları,* (8. Baskı, Beta 2011) 379 ve 392.

[763] Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, (Turhan Kitabevi 2009) 303.

[764] Yargıtay İBGK, 18.3.1959, E. 1958/18, K. 1959/21.

göstermektedir ki, senetle ispat mecburiyetinin kamu düzeninden sayılması mümkün olmadığı gibi, tarafların da bu kuralı anlaşmayla aşabilecekleri öngörülmüştür[765]. Senetle ispat kuralının gerekçeleri arasında, dava süreçlerinin uzamasını engellemek, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek ve yazılı belgenin tanık beyanlarına kıyasla daha üstün bir kanıtlama gücüne sahip olması gibi hususlar bulunur. Ancak bu gerekçelerin hiçbiri, senetle ispat kuralına katı bir kamu düzeni niteliği tanımaya yetmemektedir. Nitekim HMK m. 203'te yer alan ve "senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş" ifadesiyle dile getirilen husus, kuralın kamu düzeni olmadığını göstermeye yeterlidir. Eğer kamu düzeni niteliği taşısaydı, bu kuralın teamülle bertaraf edilmesi mümkün olmazdı. Ayrıca HMK m. 193'te düzenlenen "delil sözleşmesi" de, kanunda belirli bir delille ispatı öngörülen hususların taraflarca başka delillerle ispatlanmasını olanaklı kılarak[766], senetle ispat zorunluluğunun katı bir kamu düzeni kuralı olmadığını teyit etmektedir.

Bu bağlamda *Postacıoğlu*'nun yorumu, delil başlangıcını senetle ispat kuralının tam bir istisnası olarak değil, sadece bu kuralı yumuşatan bir hukuksal araç olarak niteler[767]. *Postacıoğlu* ise delil başlangıcının, senetle ispat kuralını tamamen bertaraf ettiğini, çünkü takdir yetkisi tekrar devreye girdiğinden dolayı tam bir istisna teşkil ettiğini söylemektedir. Onlara göre, senetle ispat mecburiyeti geçerli olduğu halde, delil başlangıcına dayanıldığı takdirde hâkim delilleri serbestçe değerlendirme alanına döner ve böylece senetle ispat kuralının uygulanmasından bütünüyle uzaklaşılmış olur[768].

Öte yandan, doktrinde *Bilge/Önen,* delil başlangıcının bir karine olduğunu öne sürmektedir[769]. Bu yaklaşıma göre, pratikte ispatı son derece zor veya imkânsız olan kimi hususların doğruluğuna işaret eden belirli vakıa ve olayların varlığı, bunların doğruluğunu varsayan bir karine teşkil edebilir. Karine, kanıtlanmış bir vakıadan, henüz kanıtlanmamış başka bir vakıanın varlığının (ya da yokluğunun) çıkarılması demektir. Bu sebeple karine, ispat yükü dağılımını etkiler. Zira karineye dayanan taraf, iddiasını ayrıca ispat

---

[765] Mustafa Göksu, 'HMK Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bu Kuralın İstisnaları' 2011 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 55.
[766] Yavaş (n 11) 84 vd.
[767] İlhan E. Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, (Baha Matbaası 1964) 132.
[768] Tok (n 6) 18.
[769] Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, (Sevinç Matbaası 1978) 566.

etmek zorunda kalmazken, karşı taraf ise karinenin aksini ispat etmek zorundadır[770].

Karineler, kanunî karineler ve fiilî karineler olarak iki ana gruba ayrılır. Kanunî karine, yasa koyucu tarafından belirli bir olgudan başka bir olgunun varlığının sonuç olarak çıkartılmasıdır[771]. Hâlbuki fiilî karinede, hâkim, hayat tecrübelerinden ve ispat edilmiş olaylardan yola çıkarak ispat edilmesi gereken hususu belirli bir doğruluk derecesinde çıkarır[772]. Kanunî karineler ise kendi içinde kesin ve adi kanunî karine olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin kanunî karinenin aksine delil sunmak yasak olup, adi kanunî karinenin aksine delil getirilebilir[773].

Bilge / Önen de benzer bir yaklaşımla delil başlangıcını, kanunî karineye benzeyen bir yapıya sahip olarak görmüş ancak karinede ispat yükünün tersine döndüğünü, delil başlangıcı hallerinde ise ispat yükünün hâlen lehine olan tarafta kaldığını ifade etmişlerdir[774]. *Yavuz* ise delil başlangıcının, adi ve kanunî karineler arasında özel bir yere sahip olduğunu öne sürmüştür[775].

Bize göre de delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğunun geçerli olduğu çerçevede bir anlam kazanmaktadır; ancak bu özelliği, onu büsbütün ispat aracı olmaktan uzaklaştırmaz. Zira delil başlangıcı, özünde bir "belge"dir ve HMK m. 202 hükmünde yer alan ek şartları taşıması halinde takdirî delil olarak değerlendirilir.[776]. Netice olarak, delil başlangıcı, özel nitelikli bir belge türü olup, hukukî işlemlerin varlığını veya içeriğini ispat etmek maksadıyla kanunun tanıdığı bir kolaylık mekanizmasıdır.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Delil Başlangıcı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İspat ve Deliller" başlıklı dördüncü kısmında, "Belge ve Senet" başlığı altında 202. maddede delil başlangıcı düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasında şu ifade yer alır: "Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. Delil başlangıcı, iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve

[770] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku,* (19. Baskı, Beta 2024) 207.
[771] Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş,* (4. Baskı, Güryay Matbaası 1986) 397.
[772] Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, (Yetkin 2012) 50 ve 66.
[773] Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 18) 208 vd.
[774] Bilge ve Önen (n 17) 566 vd.
[775] Nihat Yavuz 'Yazılı Delil Başlangıcı' (1977) (3-4) Adalet Dergisi 293.
[776] Keser (n 1) 35.

kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir."

1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK), İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu'na ait 1925 tarihli Medenî Usul Kanunu'ndan çeviri yoluyla düzenlenirken, Fransız ve Alman hukukundan da bölümler alınmıştır[777]. Ancak Neuchâtel Usul Kanunu'nun uygulamaları dahi henüz oturmuş değilken getirilen HUMK, ülkemizde bazen yanlış anlaşılmış veya eksik uygulanmış; bu yüzden de yargılamada verimlilik kaygısı tam olarak karşılanamamıştır. Bu güçlükleri aşmak adına hazırlanan çeşitli tasarılar (1948, 1952, 1955, 1967, 1971 ve 1993) ise yasalaşamamıştır. Nihayet 2008 yılında hazırlanan Tasarı, 2011 yılında kanunlaşarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu adını almıştır.

6100 sayılı HMK, 1086 sayılı HUMK'taki bazı düzenlemeleri olduğu gibi korurken bazılarını yeniden tasarlamış, böylelikle sistemi güncelleyerek hem dilini hem de genel mantığını modern hukukun ihtiyaçlarına uyumlu hale getirmeye çalışmıştır. Esasen 6100 sayılı HMK ispat hukuku yönünden temel ilkelerden vazgeçmemiştir. Bununla beraber dilini daha açık ve sade hale getirmiş, sistematiğini çağdaş gerekliliklere göre düzenlemiştir. Böylece ispat hukukunun en katı alanlarından biri olarak görülen "senetle ispat zorunluluğuna" ilişkin düzenlemelere farklı bir yaklaşım getirilmiş; özellikle delil başlangıcı ve "belge" kavramı çerçevesinde ciddi değişiklikler yapılmıştır.[778] Türk Hukuk Yargılamasında 6100 sayılı HMK ile 2025 yılı itibariyle yapıldığı zamandaki miktar ve değeri 33.000.TL aşan hukukî işlemlerin veya miktar bu tutarın altında dahi olsa senede karşı ileri sürülen hususların ispatı için kabul edilmiş olan bu katı rejimi, pratik gereksinimlere cevap verebilecek şekilde esnetmek üzere delil başlangıcı müessesesi devreye sokulmuştur. Böylelikle, katılığıyla eleştirilen senetle ispat mecburiyeti, delil başlangıcı sayesinde, tanık gibi takdirî delillerin de yardımına başvurulmasını sağlar[779].

II. Elektronik Delil Kavramı ve Delil Başlangıcı Niteliği

Teknoloji ve iletişim araçlarındaki hızlı gelişim, uyuşmazlıkların çözümünde elektronik verilere daha sık başvurulmasına neden olmaktadır. Birçok işlem artık elektronik ortamda yapıldığı için, bu işlemlerden doğan ihtilaflarda da elektronik delil veya elektronik delil niteliğindeki kayıtlar öne

[777] Tülay Özer, *HUMK'tan HMK'ya Medenî Usul Kanunu Tasarıları*, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2012) 7 vd.
[778] 6100 sayılı HMK Genel gerekçesi; https://www.tbmm.gov.tr.
[779] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 9) 752.

çıkmaktadır. Elektronik delil kavramının genel çerçevesi ve özellikle delil başlangıcıyla olan ilişkisi, modern yargı sistemlerinde önem kazanmaktadır.[780]

A. Elektronik Verinin Elektronik Delile Dönüşmesi

Bilişim sistemleri, kullanıcılar tarafından oluşturulan ya da sistem tarafından otomatik üretilen verileri saklar ve bu verilerin tamamı elektronik veri olarak anılır. Söz konusu elektronik veriler bazen taraflar, bazen üçüncü kişiler tarafından yaratılır, bazen de sistem otomatik olarak kaydeder. İlgili verinin delil niteliğine dönüşebilmesi, onun ispat için kullanılacak ölçüde temsil yeteneğine sahip olmasına bağlıdır[781]. Yani, elektronik ortamda depolanan bilgi, uyuşmazlığa konu vakıanın meydana geldiğine dair kısmî veya tam bir kanaat uyandırabiliyorsa, delil gücüne erişebilir.[782]

Elektronik veriler; "elektronik, optik veya buna benzer teknolojik yöntemlerle elde edilen, aktarılan veya depolanan kayıtlar" şeklinde tanımlanmaktadır.[783] Burada "benzeri yollarla üretilen" ifadesi, teknolojinin çok hızlı ve sürekli ilerlemesi karşısında kanun koyucunun geniş bir bakış açısını benimsediğini göstermektedir[784].

Bilişim sistemlerinde kimi zaman uyuşmazlığın tarafı veya üçüncü bir kişi tarafından tutulan ve bir vakıayı ortaya koyan veriler bulunur. Bu durumda asıl amaç, uyuşmazlık konusunu aydınlatacak veriye ulaşmak ve bunları elektronik delil niteliğine dönüştürmektir. Dolayısıyla, her elektronik kayıt, kendiliğinden delil olmaz; ancak ispat amacıyla kullanılabildiği ve ilgili vakıayı aydınlatmaya elverişli olduğu ölçüde, "elektronik delil" vasfı kazanır[785].

Elektronik deliller; belge, ses kaydı, video gibi pek çok formda ortaya çıkabilir. Günümüzde hemen her alanda – örneğin sağlık hizmetleri, inşaat sektörü, eğitim, elektronik ticaret gibi – elektronik yöntemlerle veri üretilip saklandığı için, ortaya çıkan kayıtlar yargılamada kullanılabilir. Elektronik delil disiplinler arası bir konu niteliğindedir; bilgisayar bilimi, iletişim teknolojileri ve hukukun kesişim noktasında yer alır[786]. Tıpkı klasik kâğıt

[780] Göksu M, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil,* (Adalet 2011) 131.
[781] Göksu (n 13) 28.
[782] Futtu (n 3) 97.
[783] Mesut Orta, *Elektronik İmza ve Uygulaması*, (Seçkin 2005) 94.
[784] Orta (n 32) 94.
[785] İnci Biçkin, 'Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Kanunî Düzenlemeler' 2006 (63) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 118.
[786] Larry Daniel & Lars Daniel, *Digital Forensics for Legal Professionals: Understanding Digital Evidence from The Warrant to The Courtroom*, (USA Elsevier 2014) 116.

belgelerin ancak mahkemede ileri sürüldüğünde delil niteliği kazanması gibi, elektronik veriler de yargılama safhasında taraflardan biri tarafından ispat amacıyla sunulduğunda "delil" vasfına bürünür. Bu veriler, şartları sağlıyorsa yazılı belge veya delil başlangıcı şeklinde takdirî delil olarak da karşımıza çıkabilir[787].

Elektronik delili klasik delillerden ayıran en belirgin özellik, üzerinde değişiklik yapılma riskinin daha yüksek olmasıdır. Ayrıca elektronik delilin görsel olarak anlaşılıp incelenmesi için, ekran veya yazıcı gibi aracı cihazlara ihtiyaç duyulur. Oysa, asıl delil niteliğini taşıyan şey; ekrana veya kâğıda yansıyan görüntünün kendisi değil, elektronik sistemdeki kayıttır. Üstelik elektronik deliller, müdahalenin kim tarafından, ne zaman ve hangi cihazla yapıldığı gibi fazladan bilgileri de içerebilir. Bu ek veriler, uyuşmazlıkta gerçeğe daha geniş şekilde ulaşılmasını sağlayan kritik ayrıntılar içerir[788].

B. Delil Başlangıcının Unsurları Bakımından Elektronik Belge

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, senetle ispat mecburiyetinin bulunduğu durumlarda, bir belgenin delil başlangıcı sayılabilmesi için bazı koşulları aramıştır. Delil başlangıcının söz konusu olabilmesi, senetle ispat kuralını tamamen ortadan kaldırmaz; fakat bu katı kuralın aşılabilmesi için gereken istisnaî kapıyı açar. Ancak bir belgenin, bu istisnadan yararlanarak takdirî delillerle birlikte değerlendirilmesi için kanunun aradığı bütün unsurlara sahip olması şarttır. Bu unsurlar, hâkim tarafından takdir edilebilecek nitelikte olmayıp, objektif olarak gerçekleşmelidir. Diğer bir deyişle, kanunun aradığı koşullara uymayan bir belge, delil başlangıcına atfedilen özel işlevi yerine getiremez[789].

Delil başlangıcının ilk unsuru, ortada mutlaka "belge" niteliği taşıyan bir kaydın varlığıdır. HUMK döneminde belge denildiğinde akla gelen tek format yazılı şekilken, HMK m. 199 çerçevesinde, elektronik ortamda saklanan veriler de belge olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla günümüzde elektronik posta, kısa mesaj, çeşitli elektronik platform yazışmaları ya da ses ve görüntü kayıtları gibi verilerin tümü, gerekli şartları sağladıkları takdirde delil başlangıcı niteliğini kazanabilirler.[790] Ne var ki sadece "belge" vasfında olmak, tek başına delil başlangıcı olmak için yeterli değildir. Bu

[787] Göksu (n 13) 29.
[788] Yargıtay 15. HD, 4.11.2015, E. 2015/3631, K. 2015/5522, Yargıtay 15. HD, 13.06.2017, E. 2016/2310, K. 2017/2537 (http://www.legalbank.net/).
[789] Tok (n 6) 76.
[790] Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt* I, (11. Baskı, Yetkin 2024) 968.

belge, ayrıca iddia edilen hukukî işlemi muhtemel gösteren belirli içeriğe sahip olmalı ve karşı taraf veya temsilcisi tarafından gönderilmiş ya da verilmiş olmalıdır[791].

Elektronik belge veya kayıtlar da delil başlangıcı olarak kullanılabilir. Elektronik iletiler, kısa mesajlar, sosyal ağ yazışmaları, e-imzalı veya e-imzasız çeşitli veriler, senetle ispat kuralının kapsamına giren bir uyuşmazlıkta, eğer delil başlangıcının unsurlarını taşıyorsa, hâkime takdirî delillerle inceleme imkânı sunar. Bu suretle, modern teknolojinin yargı süreçlerine uyarlanması ve gerçekliğe daha kolay erişilmesi sağlanmış olur.

Belge kavramı ve elektronik belgelerde belge unsuru genellikle insan iradesinin ya da düşüncesinin dışa vurulup kaydedildiği bir araç olarak karşımıza çıkar. Örneğin, bir fotoğraf ya da video kaydında, her durumda açık bir irade beyanı olmamakla birlikte, bunların da bir tür düşünce veya olguyu somutlaştırıp aktardıkları kabul edilir. Tarihî süreç incelendiğinde, yazı ve kâğıt henüz icat edilmemişken mağara duvarlarına yapılan çizimlerin, insanların duygu ve düşüncelerini kaydetme işlevi gördüğü anlaşılmaktadır. Yani zaman içinde teknolojik gelişmelerin rehberliğinde, belge kavramının içeriği sürekli genişlemiştir. Mağara resimlerinden kâğıtla yazılan metinlere geçildiği gibi, artık elektronik formatlar da yazılı belgelerin yerini doldurmaya başlamıştır[792]. Bu değişim de elektronik veri niteliğindeki belgelerin hukuken tanınmasını bir zorunluluk haline getirmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), "belge" kavramına özel bir önem atfetmiş ve bunu "senet"ten ayırarak düzenlemiştir. Kanun, belgeyi üst bir kategori şeklinde tanımlamış ve senedi de bu kategorinin alt unsurlarından biri olarak kabul etmiştir. Bu ayrım, elektronik verilerin delil değerini doğru şekilde belirlemek açısından önemlidir. Özellikle de gelecekte karşımıza çıkması muhtemel yeni teknolojik araçların, delil değeri taşıyıp taşımayacağı hususu bu üst kavram sayesinde açıklığa kavuşabilecektir[793]. Aksi takdirde, her yenilik için ispat hukukunu baştan aşağı değiştirmek gerekecekti.

Günümüzdeki elektronik iletişim ve veri aktarımı yöntemlerine olan itimat, fizikî ortamda yer alan ıslak imzalı bir belgeye duyulan güvenle kıyaslandığında henüz aynı düzeyde değildir. Ancak dikkate almak gerekir ki, elektronik imzalı belgelerde karşılaşılabilecek sahtecilik veya tahrifat,

[791] Orta (n 32) 244.
[792] Keser (n 1) 59.
[793] Murat Yavaş 'Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin (m.203-242) Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, (Adalet Yayınevi 2009) 537.

klasik kâğıt belgelerdekinden daha yüksek bir risk taşımamaktadır. Aksine, gelişmiş şifreleme ve sertifika sistemleri sayesinde güven düzeyi yükseltilebilir. Bu da elektronik verilerdeki değişikliklerin kanunî ve teknik korumalarla saptanabilmesine olanak tanır.

Öte yandan, iletişim teknolojilerinde yaşanan sürekli ilerleme, özellikle belgenin "maddî unsur" yönünü farklı bir biçimde ele almayı gerektirmektedir. Artık birçok hukukî işlem, uzaktaki kişiler arasında anında ve elektronik yolla kurulmaktadır. Ses kayıtları, görüntüler, çevrimiçi formlar ve benzeri elektronik yöntemlerle yapılan işlemler, klasik ispat kurallarının yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Esasen elektronik belgelerin çoğunda ıslak imza bulunmamaktadır ve bu da ispat bakımından farklı yaklaşım yollarını gerekli kılmaktadır[794].

HMK m. 199 ile getirilen düzenlemede, her tür "bilgi taşıyıcı" belge kavramı içine dâhil edilmiştir. Kanunda sayılan örnekler sınırlayıcı değildir. Bu, henüz var olmayan ama ileride teknolojik açıdan karşımıza çıkabilecek yeniliklerin de belge niteliğinde kabul edilebileceği anlamına gelir. Dolayısıyla, hem sesli hem görüntülü kayıtlar hem de elektronik yazışmalar – dava konusu vakıaları aydınlatacak ölçüde içeriğe sahip oldukları sürece – belge sayılabilecektir[795].

HMK'nın gerekçesinde de vurgulandığı üzere, belgenin üst kavram olarak kabulü, ilerideki teknolojik gelişmelere hızlı uyum sağlayabilmek açısından önemlidir. Bugün bildiğimiz anlamda bir senetten daha güvenli ve daha ikna edici bir teknoloji geliştirilirse, sistemde köklü değişikliklere gerek kalmadan bu yeni aracın da kesin delil kabul edilmesi sağlanabilir. Bu şekilde kanunun bütünlüğü de korunmuş olur. Fotoğraf, video, ses kaydı ve benzeri materyallerin elektronik belge sayılmasıyla, bu araçların kullanımında büyük bir yaygınlaşma gözlenmiştir. Maliyetlerin son derece düşük olması sebebiyle bu tür elektronik içeriklerin kaydedilmesi ve saklanması kolaylaşmakta, ancak öte yandan bunların güvenilirliği noktasında soru işaretleri artmaktadır[796]. Bu tür belgelerin delil değerini incelerken, bunların kolaylıkla değiştirilebilir veya kopyalanabilir olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla, hâkimlerin bu içerikleri değerlendirirken her zaman olası sahtecilik ya da veri bütünlüğünün bozulması, içeriğin değiştirilmesi ve güvenilirliğin zedelenmesi gibi durumları dikkate alması gereklidir.

---

[794] İsmet Mazlum, 'Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2012) 19.
[795] Mazlum (n 43) 13.
[796] ibid 12.

Örneğin, güvenli elektronik imzalı bir belge, klasik anlamda senet kabul edilemese bile, el yazısıyla atılmış imzaya eşdeğer sonuçlar doğurmaktadır. Ancak sıradan bir elektronik imza kullanılan belgeler, delil başlangıcı niteliğinde kabul edilse de, kesin delil gücüne sahip olmayabilir. Dolayısıyla, bilgi taşıyıcı araç olarak elektronik ortamda oluşturulmuş verilerin tamamı aynı hukukî değere sahip değildir. İmza türü, kullanılan güvenlik sertifikaları ve kayıtların bütünlüğünü koruyan teknik önlemler bu bağlamda kritik önem taşımaktadır[797]. Nitekim adi senetteki imzanın inkârı halinde hakim tarafından HMK m.209 hükmü gereğince yapılacak inceleme sırasında belge işleme alınmayacağı gibi, HMK 210 madde hükmü de güvenli, elektronik imza yönünden benzer bir düzenleme taşımaktadır. "Güvenli, Elektronik imza ile oluşturulmuş verinin inkârı halinde, hakim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa bilirkişi incelemesine başvurulur." Böylece, inkâr edilen belge yapılacak teknik inceleme sonucunda ortaya çıkacak teknik tespitlere göre delil niteliği taşıyıp taşımadığı tespit edilecek ve neticeye göre adi senet olarak yargılamada ispat aracı olarak hakim tarafından kullanılabilecektir.

Güvenli elektronik imza dışındaki imza türlerine sahip olan elektronik belgeler, çoğunlukla delil başlangıcı niteliği taşırlar[798]. Bunun sebebi, kimden kaynaklandığı hususunda her zaman tam bir kesinlik sağlayamamaları ve içerik bütünlüğünü belirli seviyede garanti altına almakta zorlanmalarıdır. Zaten delil başlangıcında önemli olan, iddiayı destekleyecek kısmî bir ikna gücünün varlığıdır. Bu aşamada, karşı tarafla ilişkilendirme imkânı bulunamayan veya içerik bakımından hukukî işlemi yalnızca kısmen gösteren elektronik verilerin, salt elektronik imza taşısa dahi senet sayılması söz konusu olamaz.

Elektronik belgelerin delil başlangıcı olabilmesi bakımından, bu belgenin kaynağı ile "belge" niteliğinin birbirini doğrulayacak şekilde tespit edilebilmesi önemlidir. Eğer belgeyle ilişkilendirilen kişi belli değilse, onun karşı taraf veya temsilcisi tarafından verilip verilmediği de belirlenemeyecektir. HMK m. 211 çerçevesinde, yazılı belgelerde yer alan imza veya el yazısı gibi somut unsurlara dayanarak kimlik tespiti yapılabilirken, ses kaydı ya da görüntü kaydı gibi belgelerde benzer bir

[797] Hakan Pekcanıtez, 'Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirmesi' (2006) (V) Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı 24.

[798] Yargıtay 21. HD, 29.09.2014 E. 2013/17596, K. 2014/18828 (https://www.legalbank.net/).

inceleme daha karmaşık hale gelebilir[799]. Bununla birlikte bilirkişi incelemesi ya da elektronik iz sürme yöntemleriyle, söz konusu verinin hangi cihaza ve hangi kişiye ait olduğuna dair kanaat oluşturmak mümkün olmaktadır.

Netice itibarıyla, bir kısa mesaj (SMS), elektronik posta, ses kaydı veya görüntü gibi pek çok elektronik veri, hem hukukî işlemi olası gösterme hem de aleyhine delil ileri sürülen tarafın cihazından veya hesabından kaynaklanma şartlarını karşıladığında, "delil başlangıcı" fonksiyonu görebilir[800].

1. Elektronik Belgelerin "Karşı Taraftan Kaynaklanma" Unsuru

Elektronik belgelerin delil başlangıcı değeri taşımasında, bu belgenin aleyhine kullanılacak tarafa veya temsilcisine aidiyetinin tartışmasız olması büyük önem arz eder. Bir hukukî işlemin kesin delille ispatının gerektiği hallerde, iki taraf arasında gönderilip alındığı kanıtlanabilen ve kaynağı noktasında şüphe barındırmayan elektronik içerikler, delil başlangıcı olarak işlev görebilir[801].

HMK m. 202'nin ikinci fıkrasında, "verilme" ifadesinin yanına "gönderilmiş" ibaresinin de eklenmesi, özellikle teknoloji aracılığıyla yollanan her türlü metnin (örneğin faks, sms veya e-posta) delil başlangıcı sayılamayacağı yönündeki tereddütlere açıklık getirmek için yapılmıştır. Böylece bu tür araçlarla karşı tarafa ulaştırılmış metinler, aleyhine kullanılacak kişinin kaynağına ait olduğuna dair herhangi bir kuşku bulunmadığı takdirde delil başlangıcı niteliğini haiz olur[802].

Elektronik verilerin göndericiye ait olup olmadığı tartışmalarında, genellikle verinin kaydedildiği ya da gönderildiği cihazın sahibi kim ise, o cihazdaki verilerin de ona ait olduğu varsayılır. Fakat bu varsayım, o cihazın kullanım tekelinin ne düzeyde olduğuyla yakından ilişkilidir. Eğer cihazı birçok kişi paylaşıyor ya da izinsiz kullanımlara karşı hiçbir güvenlik önlemi alınmıyorsa, söz konusu verinin gerçekten kime ait olduğu hususunda belirsizlik doğabilir. Diğer yandan, eğer cihaz sahibinin bilgisi dâhilinde başkaları bu cihazı kullanıyorsa, bu kişinin sorumluluğu daha da netleşecektir; izinsiz kullanımlarda ise cihazın hangi ortamda bulunduğu,

[799] Tok (n 6) 48.
[800] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin 2024) 418.
[801] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 9) 753.
[802] ibid 752.

kimlerin erişim yetkisi olduğu ve ne tür güvenlik tedbirlerinin alındığı gibi detaylar göz önüne alınmalıdır[803].

Örnek vermek gerekirse, bir taraf diğerine mal satışı yapmak üzere e-posta göndermişse, gönderimde kullanılan IP adresiyle cihaz sahibinin kimliği ilişkilendirilebilir ve bu şekilde mektubun veya mesajın karşı taraftan kaynaklandığı ispat edilebilir. Ancak bu yol, her zaman kesin bir sonuç vermez. Örneğin, aynı bilgisayara birden fazla kişinin erişme imkânı varsa, ilgili elektronik mesajın gerçekten o kişinin iradesiyle mi oluşturulduğu, yoksa bir başkası tarafından mı düzenlendiği konusu su götürür hale gelir. Burada "temsilci" kavramının ne içerdiğini tespit etmek önemlidir[804].

Temsilcinin mutlaka yazılı bir vekâletnameye sahip olması gerekmediği kabul edilmektedir. Özellikle iş yerlerinde, patron veya şirket yetkilisinin haberi dâhilinde sekreterlerin veya diğer görevlilerin e-postalar ya da mesajlar gönderdiği durumlar söz konusu olabilir. Eğer bu kişi, daha önce benzer işlemleri yapmış ve itirazla karşılaşmamışsa, sırf sorumluluktan kaçınmak adına temsil ilişkisinin reddedilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Bir gerçek veya tüzel kişiye ait bilgisayar veya telefon üzerinden bir mesaj veya posta gönderilmişse, bu cihazın sahibinin gerekli güvenlik ve erişim denetimlerini yapması beklenir[805].

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 25.11.2015 tarih ve 2015/5399 E., 2015/15539 K. sayılı kararında, "davalı tarafın fesih bildiriminin faks ve elektronik posta yoluyla yapıldığına dair Türk Telekom kayıtlarının sunulması ve mahkemece ilgili kuruma yazı yazılarak söz konusu telefon hattının kimin üzerinde kayıtlı olduğunun sorulması sonucunda, hattın ... adına kayıtlı olduğu ve bu kişinin davacının çalışanı olduğu anlaşıldığı görülmektedir. Bu durumda davalı tarafından sunulan kayıtlar delil başlangıcı kabul edilerek…" denilmektedir[806].

Bunun yanı sıra, güvenli elektronik imza kullanıldığı halde, imza sahibinin sekreteri tarafından belgenin onaylandığı bir senaryoda, aslında gizli temsil ilişkisi oluşmuş sayılabilir. Çünkü imza sekreter tarafından atılsa da, hukuken o imza maliki adına yapılmış olup, asıl irade beyanı imza sahibine mal edilecektir[807].

---

[803] Göksu (n 13) 25.
[804] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 9) 753.
[805] ibid 754.
[806] Yargıtay 19. HD, 25.11.2015 E. 2015/5399, K. 2015/15539 (https://www.legalbank.net/).
[807] Mine Erturgut, *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi,* (Yetkin 2004) 247.

Elektronik imzası bulunmayan her türlü elektronik belge dahi, karşı taraf inkâr etmediği sürece aleyhe delil olarak kullanılabilir. Karşı taraf, bu tür bir belgenin kendisine ait olmadığı veya içeriğinin doğru olmadığı yönünde itirazda bulunursa, bilirkişi incelemesi gerekebilir. Metinde el yazısı, ıslak imza veya paraf gibi unsurlar olduğunda, HMK m. 211 kapsamındaki sahtelik incelemesi uygulanacaktır[808].

Delil başlangıcı olan belgeler yazılı nitelik taşıyorsa ve bu belge inkâr edilirse, 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemdeki uygulamaya benzer şekilde HMK m. 211 çerçevesinde sahtelik incelemesi yapılabilir. Ne var ki, delil başlangıcının mutlaka yazılı bir metin olması gerekmez. Yazılı olmayan elektronik belgelerde, örneğin ses kaydı veya salt görsel içerikte, imza ya da el yazısı gibi klasik yöntemlerle kimlik tespiti yapma olanağı bulunmadığından, kimden kaynaklandığını belirlemek için elektronik zaman damgası veya uzman analizleri kullanılır. Güvenli elektronik imzalı belge inkâr edilirse HMK m. 210 devreye girer; diğer yollarda ise bilirkişi veya teknik inceleme başvuruları gündeme gelir. Cep telefonu mesajlarının ya da internet tabanlı bir uygulama üzerinden gönderilmiş ileti kayıtlarının doğruluğunu saptamak yine benzer şekilde yapılabilir[809].

Elektronik belgenin delil başlangıcı niteliğini taşıması, belgenin muhatap taraftan veya onun temsilcisinden kaynaklanmış olduğunun makul bir kesinlikle gösterilmesini gerektirir. Elektronik iletişim araçlarının her birinin kendine özgü teknik özellikleri bulunduğundan, bunların inceleme yöntemleri de farklılık gösterir. Mühim olan, eldeki bulguların hakimde, söz konusu belgenin karşı tarafça veya onun yetkilendirdiği biri tarafından oluşturulmuş olduğuna dair kanaati sağlanmasıdır[810][811].

2. Elektronik Belgelerin "Hukukî İşlemi Muhtemel Gösterme" Unsuru

Delil başlangıcının unsurları arasında önemli bir yer tutan "hukukî işlemi muhtemel gösterme" koşulu, belgenin iddia konusundaki vakıanın tam ya da kısmî doğruluğuna işaret edecek bir nitelik taşımasını ifade eder. Elektronik veriler söz konusu olduğunda, hâkimin bu verilerin ispat

[808] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, (n 9) 753.
[809] Tok (n 6) 89.
[810] Kazım Emre Gökyayla 'Telefaks Metinleri ile İspat' Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, (Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları 2001) 163.
[811] Bersun Sarıgül Ata, 'Belge ve Belgenin Delil Kuvveti' (2020) 1 Ankara Barosu Dergisi 9.

kabiliyetine/gücüne bakarak, gerçekten iddia edilen hukukî işlemi muhtemel hale getirip getirmediğini tespit etmesi gerekir.

HMK m. 205, "usulüne uygun güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde" olduğunu belirtmektedir. Bu tarz belgeler, aksi ispat edilene kadar kesin delil değeri taşır. Kanun gerekçesinde, güvenli elektronik imza ile oluşturulan belgeler için "adî senet" ifadesi yerine "adi senet hükmündedir" tabirinin tercih edildiği belirtilmiştir. Çünkü güvenli elektronik imza, teknik olarak klasik anlamda adî senet değildir; inkârı durumunda farklı usuller uygulanır. Buna mukabil, Borçlar Kanunu m. 15 ve Elektronik İmza Kanunu (EİK) m. 5 de güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı sonucu doğurduğunu vurgular; ancak 5070 sayılı Elektronik imza Kanunu'nun 5. Maddesine göre, kanunlarda resmî şekil ya da özel merasim öngörülen işlemler ile banka teminat mektupları haricindeki teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyecektir[812].

"Senet" kavramı, kanunda özel bir anlam taşıyan ve kesin delil niteliğine sahip bir belge tipine işaret eder. Bu yüzden, her belge senet sayılmaz ve dolayısıyla ispat hukuku açısından aynı kuvvete sahip değildir. Delil başlangıcı ise içerik olarak senet hükmüne ulaşmayıp, "işlemin" gerçekleştiğini olası kılmaya yarayan tamamlayıcı nitelikte bir kanıtlama aracı sayılabilir. Nitekim bir metnin üzerinde imza bulunmuyorsa, sırf içindeki bilgilerin ispat gücü nedeniyle delil başlangıcı kabul edilebilir, ancak senet düzeyine erişemez.

Elektronik ortamda oluşturulan verilerin çeşitliliği, yalnızca bir kısmının "senet hükmü" taşıdığını gösterir. Kanun, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş belgelere, klasik adî senet düzeyinde bir ispat gücü tanırsa da aslında "adi senet" tabirini bizzat kullanmak yerine "adi senet hükmündedir" demeyi tercih etmiştir. Bunun sebebi, klasik adî senet prosedürlerinin tamamının elektronik belgeler için aynı şekilde uygulanamayacak olmasıdır. HMK m. 210, güvenli elektronik imzalı belgenin inkârı hâlinde farklı bir inceleme yönteminin gerekli olduğunu ortaya koyar; bilirkişi incelemesi burada önemli bir araçtır[813].

Diğer yandan, güvenli elektronik imza taşıyan her elektronik belge de otomatik olarak senet hükmünde değerlendirilemez. Eğer bu belge, iddia edilen hukukî işlemin tam içeriğini yansıtmıyor ve sadece bir kısmını teyit ediyorsa, senet niteliği kazanamaz. Bu tür belgeler, aynı zamanda güvenli

[812] Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, (On İki Levha 2014) 248.
[813] Mazlum (n 43) 94.

elektronik imza barındırsa bile işlemin bütün unsurlarını kapsamıyorsa, delil başlangıcı seviyesinde kalabilir[814].

Güvenli elektronik imza dışındaki imzalarla oluşturulan elektronik belgeler, örneğin basit elektronik imza kullanılarak imzalanmış dokümanlar, kanunun ifadesi uyarınca senet hükmü taşımaz. Oysa bu tür belgeler, çoğu zaman işlemin tamamını gösterebilir. Buna rağmen, kanun ancak güvenli elektronik imza ile atılmış imzayı senet kabul etmektedir. Dolayısıyla basit elektronik imzalı bir belge, diğer koşulları sağladığında delil başlangıcı olarak görev yapabilir ve hâkimin kanaatine göre takdirî delillerle desteklenerek ispat gücünü artırabilir[815].

Basit elektronik imzalı belgelerde, üç temel hususun ispatına ihtiyaç vardır: (i) Belge imzalandıktan sonra herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığı, (ii) imzanın gerçekten o imza anahtarının yetkili sahibi tarafından oluşturulmuş olup olmadığı ve (iii) belgenin, imza sahibinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığı. Bu üç aşama, belgenin gerçekte kimden kaynaklandığını ve içeriğin ne kadar güvenilir olduğunu ortaya çıkarır. Eğer bu unsurlar doğrulanırsa, basit elektronik imzalı belge de delil başlangıcı sıfatıyla ispat hukuku içinde kullanılabilir[816].

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bir kararında, "davacı, ödemenin tamamına dair herhangi bir yazılı delil sunamamıştır. Mahkeme, davacı ve davalının arasındaki uyuşmazlıkta elektronik posta içeriklerine ve davalı tarafından açılan dava dilekçesindeki ifadelere dayanarak sonuca gitmiştir. Ancak e-posta metni delil olamaz savunmasında bulunan davalının bu tutumuna ek olarak, dava dilekçesindeki anlatım da davacının iddia ettiği ödemeyi tam olarak teyit etmediğinden, mahkeme bunu yazılı delil başlangıcı sayıp tanık ifadeleriyle sonuca varmıştır. Ne var ki bu kayıtlar, davalının itirazını bertaraf edecek açıklıkta değildir; dolayısıyla yazılı delil başlangıcı kabul edilemezler" şeklinde bir değerlendirme yapmıştır[817].

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise başka bir kararında, "davacı, sözleşmenin faks yoluyla feshedildiği iddiasını, faks metninin içeriğinin açıkça anlaşılmaz olması nedeniyle ispat edememiştir. Bu durumda karşı tarafça teyit edilmeyen bir faks metni delil başlangıcının muhtemel gösterme

[814] Keser (n 1) 178.
[815] ibid 178.
[816] Erturgut (n 56) 340.
[817] Yargıtay 13. HD, 01.10.2014, E. 2013/29259, K. 2014/30324 (https://www.legalbank.net/).

unsurunu karşılamamaktadır ve davanın reddine karar verilmesi isabetli değildir" ifadeleriyle kararı bozmuştur[818].

Bu örnekler, elektronik iletilerin veya faks mesajlarının delil başlangıcı sayılması noktasında bir çekince bulunmadığını, ancak içerik olarak hukukî işlemi tam anlamıyla doğrulamadığı takdirde "muhtemel gösterme" fonksiyonunu yerine getiremeyeceğini göstermektedir. Dolayısıyla, elektronik metnin içeriği, iddia edilen işlemle ilgili kuvvetli bir uyum sağlamazsa, delil başlangıcının üçüncü koşulu olan "muhtemel gösterme" yerine gelmiş kabul edilemeyecektir.

C. Delil Başlangıcı Niteliğine Sahip Olan Elektronik Belge Örnekleri

HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte "yazılı delil" şartı ortadan kalkmış ve "belge" kavramı genişletilmiştir. Böylelikle ses kaydı, görüntü, fotoğraf gibi çeşitli elektronik araçların, hatta gelecekte ortaya çıkabilecek başka yenilikçi tekniklerin de delil başlangıcı vasfını kazanabileceği belirginleşmiştir[819]. Bu yaklaşım, hızla ilerleyen teknolojinin yargılama süreçlerinde doğurduğu ihtiyaçlara esnek bir çözüm sağlamaktadır.

Fotoğraf, video veya ses kaydı gibi içerdikleri veri itibariyle olguyu ispatlamaya elverişli elektronik belgelerin üretimi ve saklanması maliyet açısından neredeyse sıfıra yakındır. Bu veriler dijital ortamda üretildiğinde ve saklandığında elektronik belge sayılmaktadır.[820] Bu nedenle özellikle hukukî uyuşmazlıklarda, bu araçları kullanmak giderek yaygınlaşmaktadır. Bu tür veriler çoğu zaman tek başlarına kesin delil olarak kabul edilmese dahi, delil başlangıcını destekleyen ek kanıtlar veya tamamlayıcı unsurlar şeklinde sunulabilmektedir. Ancak bu kolaylığın bir sonucu olarak veri bütünlüğünün bozulması veya sahtecilik riski de artmıştır. Elektronik belgeler üzerinde yapılan düzenlemelerin tespiti teknik açıdan gittikçe güçleştiğinden, hâkimler bu verileri değerlendirirken çok daha dikkatli davranmalı; özellikle teknik karmaşıklığın yüksek olduğu durumlarda bilirkişi incelemesine başvurulması gerekmektedir[821]. Yazının ve kâğıdın egemen olduğu eski sistemden, elektronik ortamların çeşitliliğine hızlıca uyum sağlayan modern ispat hukukuna doğru bir geçiş yaşanmaktadır.

---

[818] Yargıtay 19. HD, 25.11.2015, E. 2015/5399, K. 2015/15539 (https://www.legalbank.net/).

[819] Yargıtay 16. HD, 7.6.2018, E. 2016/12900, K. 2018/6753 (https://www.legalbank.net/).

[820] Futtu (n 3) 96.

[821] Bülent Balkan ve Sezer Bozkuş Kahyaoğlu 'Türk Bankacılık Sektöründe Faks ve Hukukî Boyutu' (2017) (103) Bankacılar Dergisi.

HMK'da yer alan geniş "belge" tanımı, elektronik ortamlarda oluşturulan verilerin de delil başlangıcı dâhil farklı ispat araçlarına dönüşmesine imkân tanımıştır. Bu, teknolojinin yakaladığı her yeniliği, yargılamada da kullanarak gerçeğe ulaşmayı daha kolay hale getirmektedir. Aşağıda delil başlangıcı niteliğini haiz olarak değerlendirilebilen elektronik delillerden; faks, elektronik posta, WhatsApp yazışmaları, ses kaydı, video ve fotoğrafı gibi bazıları daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1. Faks

Faks, telefon hattı vasıtasıyla çalışarak, bir belgenin herhangi bir noktadan başka bir noktaya olduğu gibi aktarılmasını sağlayan bir iletişim yöntemidir. Aslında bu yöntem, orijinal metnin karşı tarafa fotokopi biçiminde ulaşmasına aracılık eder. Faks aracılığıyla gönderilen metnin, tarih ve saat bilgisi, toplam sayfa adedi, hangi numaraya gönderildiği ve karşı tarafın metni alıp almadığı gibi bilgileri içeren bir teyit belgesinin de oluşturulması, bu sistemin ayırt edici özelliklerindendir[822].

Bu süreçte faksı gönderen taraf metnin orijinaline sahip olurken, iletiyi alan taraf ise orijinal belgenin bir kopyasına ulaşmış olur. Bu nedenle temelde senetle ispat zorunluluğu bulunan bir hukukî işlemin, yalnızca kopya niteliğindeki bir belge ile ispat edilmesi kural olarak mümkün değildir. Fakat faks çıktısı, delil başlangıcı düzeyinde kullanılmaya elverişli bir belge niteliğini taşıyabilir. Hatta 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yer alan 202. maddenin ikinci fıkrasında, "verilmiş" kavramına "gönderilmiş" ifadesi eklenmiş olması dahi, özellikle faks ve benzeri araçlar yoluyla iletilen evrakın delil başlangıcı olarak kabulü meselesinde yaşanan tereddütleri gidermeye yöneliktir[823].

Faksın delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi tartışmaları doktrinde, özellikle faks metinleri üzerinde kolaylıkla ekleme-çıkarma veya montaj yapılma ihtimali sebebiyle, "aleyhine kullanılacak kişinin metni gerçekten gönderip göndermediğinin kesin olarak anlaşılamaması" biçiminde ele alınmıştır. Buna rağmen, hem gönderenin hem de alanın elindeki belgenin aynı içeriği paylaştığı, gönderim saati ve tarihiyle birlikte gönderici numarası, alıcı kimliği ve gönderiyi imzalayan kişi gibi detayların net şekilde belirlendiği hallerde, faksın delil başlangıcı vasfını taşımasına engel olmadığı kabul edilmektedir[824]. Yargıtay da faksla gönderilen yazılı

[822] Mazlum (n 43) 27.
[823] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 9) 752.
[824] Yavaş (n 11) 298.

metinlerin delil başlangıcı olabileceği yönünde kararlarıyla içtihat oluşturmuştur[825].

Faks ile aktarılan metnin ispat kuvveti, belirli varsayımlara göre farklılık gösterebilir. Şayet faks metni ilaveten imzalanmışsa, bu metin senet kabul edilebilir. Eğer faksla gönderilen metin, orijinal belgenin kendisi durumunda değilse bile, "tam bir belge" şeklinde kullanılma potansiyeline sahiptir. Faksın salt "fotokopi" olarak değerlendirilmesinin aksine, gönderilen metnin içeriği net ve kanıtlanabilir nitelikteyse, uyuşmazlığın çözümünde kesin delil niteliğinde ispat aracı olabilir. Örneklemek gerekirse, faksla yollanan asıl metin senetse, bu durumda fakstaki metin de senet niteliği taşır; eğer asıl metin yalnızca delil başlangıcı seviyesindeyse, fakstan alınan çıktı da aynı şekilde delil başlangıcı mahiyetindedir[826].

Faks metinlerinin ispat aracına dönüşmesi bakımından esas tartışma, "karşı taraftan kaynaklanma" unsurunun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir kişinin adına kayıtlı faks makinesinden veya o kişinin bilgisayarından, kullanıcının rızası olmadan da faks gönderilebilme ihtimali mevcuttur[827]. Hayatın olağan akışı uyarınca, cihazın maliki veya kullanıcısının bu tarz bir yetkisiz işlemi engellemekle yükümlü olduğu kabul edilse de, yine de delil başlangıcının temel dayanaklarından sayılan "kişiyle belge arasında objektif bir bağ"ın somut biçimde ortaya konması gerekir. Ayrıca faks makinesinin bağlı bulunduğu telefon hattının kimin adına kayıtlı olduğundan çok, fiilen kim tarafından kullanıldığı da önem arz edebilir[828].

Öte yandan, gönderilen faks metninde karşı tarafın el yazısını, imzasını ya da parafını içeren bir ibare varsa, faks makinesinin kime ait olduğu veya hangi hat üzerinden gönderildiği pek önem taşımaz. Zira ortada, kişiyle belgeyi objektif olarak bağlantılandıran somut bir işaret bulunması halinde "karşı taraftan kaynaklanma" unsuru gerçekleşmiş sayılır ve böylece faks metninin delil başlangıcı olarak kabulüne bir engel kalmaz[829].

Ancak kural olarak makineyle yazılmış veya matbu biçimde olup da altında kimden kaynaklandığını gösterir herhangi bir imza yahut ayırt edici işaret yer almayan metinlerin delil başlangıcı niteliğini taşıması

[825] Yargıtay 19. HD, 25.11.2015, E. 2015/5399, K. 2015/15539 (https://www.legalbank.net/).
[826] Balkan ve Kahyaoğlu, (n 70) 93.
[827] Gökyayla (n 59) 164.
[828] Tanrıver (n 39) 967.
[829] Keser (n 1) 137.

beklenmez[830]. Fakat faks yöntemine özgü teyit raporu, belgenin hangi hat üzerinden ve hangi numaraya gönderildiğini ortaya koyabildiğinden, makineyle yazılmış ve ayırt edici işaretten mahrum bir faks belgesi ile karşı taraf arasındaki bağlantı, en azından asgari seviyede de olsa kurulabiliyorsa, delil başlangıcı niteliği değerlendirilebilir. Buna karşılık, faksın anonim bir hat ya da başkasına ait bir cihaz üzerinden yollandığı anlaşılırsa, bu durumda "kaynaklanma" unsuru ispat edilemez ve metin delil başlangıcı kabul edilemez[831].

Faks belgesini delil olarak ileri süren taraf, bu faksın davaya taraf olmayan başka bir kişiye gönderilmiş hâlini de delil başlangıcı sayılmasını talep edebilir. Keza delil başlangıcı kavramı, mutlaka doğrudan uyuşmazlığa konu olan hususu ispatlamak amacıyla düzenlenmiş belgeyi değil; ona yakın veya onu destekleyen bilgi içerir nitelikteki belgeleri de kapsar. Doktrinde, (A) ile (B) arasında imzalandığı iddia edilen ve (B) tarafından inkâr edilen bir satış sözleşmesinin ispatı için, (B)'nin aynı konuya dair (C)'ye gönderdiği faks metninin delil başlangıcı olarak kullanılabileceğine dair örnekler verilmektedir[832].

2. Elektronik Posta ve WhatsApp yazışmaları

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), delil sisteminde "belge" kavramını genişletmiş ve dijital verilerin yargılamada delil olarak kabul edilebilmesinin önünü açmıştır. Bu bağlamda, özellikle elektronik posta (e-posta) ve WhatsApp gibi anlık mesajlaşma uygulamaları yoluyla yapılan yazışmalar, hukuk yargılamasında belge niteliği taşıyabilir. HMK m. 199 hükmü "Belge, davanın ispatı bakımından hukuki sonuç doğurabilecek yazılı, basılı veya elektronik ortamda oluşturulan veri ve kayıtları ifade eder." Bu hükümle, sadece fiziksel evraklar değil; Elektronik yazışmalar ile anlık mesajlaşmalar da belge kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla, e-posta ve WhatsApp mesajları da bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yargıtay, elektronik postaların delil değeriyle ilgili çeşitli kararlar vermiştir. İşçi tarafından sunulan e-posta yazışmaları, iş akdinin feshine neden olan olayların ispatında belge olarak dikkate alınmıştır[833]. Yine Yargıtay 23. HD'nin 15.06.2015 tarihli kararında "HMK'nun 199. maddesine göre, elektronik ortamdaki veriler belge olarak kabul

[830] Konuralp (n 4) 112.
[831] Balkan ve Kahyaoğlu (n 70) 96.
[832] Konuralp (n 4) 124 vd.
[833] Yargıtay 9. HD, 22.06.2016, E. 2016/13363, K. 2016/16403, Yargıtay 13. HD, 29.09.2014, E. 2013/17596, K. 2014/18828 (https://www.legalbank.net/).

edilmektedir. Aynı Kanun'un 205. maddesine bakıldığında, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde sayıldığı görülmektedir. Davacı tarafın ibraz ettiği e-posta çıktılarının elektronik imza taşımadığı anlaşıldığından, gönderenin şirketi temsil eden yetkili kişi olup olmadığı ikrar edilmedikçe, o e-postaların şirket temsilcisi tarafından gönderildiğinin kesin şekilde kabulü mümkün değildir" şeklinde karar verilmiştir[834].

Diğer bir kararda ise Yargıtay, elektronik postaların, güvenli elektronik imzadan yoksun olsalar dahi, HMK 199 ve 202 hükümlerine göre delil başlangıcı niteliğinde değerlendirilebileceğini açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme, sırf elektronik imza bulunmuyor diye e-posta çıktılarını reddetmek yerine, bu belgeleri delil başlangıcı olarak görmeli ve tanık dâhil tüm takdirî delilleri toplayarak gerçeğe ulaşmaya çalışmalıdır[835].

Gerçekte elektronik posta, farklı güvenlik açıkları barındırması sebebiyle, tek başına mutlak güvenirlik sunan bir kaynak değildir. Mesajın IP adresinin veya içeriğinin kolayca değiştirilmesi yahut gönderici kısmında veri içeriğinin (bütünlüğünün) bozulması yapılabilmesi, kritik risklerdendir. Ancak günümüz teknolojisinde, bu sorunlar da tamamen çözümsüz değildir. Şifreli mesajlaşmalar, açık kaynak kodlu güvenlik uygulamaları ve kayıtlı elektronik posta (KEP) sistemleri gibi yöntemler, elektronik postaların güvenilirlik düzeyini yükseltmekte, dolayısıyla delil kıymetini de artırmaktadır[836].

Elektronik posta sunucusunu, fiziksel ortamda evimize ya da iş yerimize kurduğumuz posta kutusuna benzetmek mümkündür. Nasıl ki bir mektup atıldığı anda göndericinin denetiminden çıkıyorsa, e-posta gönderimi de benzer şekilde geri dönüşsüz bir eylemdir. Alıcının bunu ne zaman okuyacağı ya da okuyup okumayacağı da kendi tercihine bağlıdır[837]. Elektronik sözleşmeler bağlamında da tarafların icap ve kabul beyanlarını e-posta yoluyla iletmesi, herhangi bir teknik engel bulunmadıkça meşrudur. Buna karşılık noterle yapılması zorunlu olan veya özel şekil şartı aranan sözleşmelerde, elektronik ortam tercih edilemeyeceği kanunda açıkça belirtilmiştir[838].

---

[834] Yargıtay 23. HD, 15.6.2015, E. 2014/6438, K. 2015/4588 (https://www.legalbank.net/).
[835] Yargıtay 23. HD, 12.6.2018, E. 2016/507, K. 2018/3649 (https://www.legalbank.net/).
[836] Göksu (n 13) 60.
[837] Ergun Özsunay E, 'Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları' Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (İzmir 2002) 131.
[838] Özsunay (n 88) 128.

1990'lı yılların sonundan itibaren dünya çapında büyük popülarite kazanan elektronik posta, bugün için hâlâ en yoğun kullanılan delil biçimleri arasında yer almaktadır. Çok kısa bir süre içerisinde, ücretsiz olarak bir hesap açabilmek ve aynı anda farklı ülkelere aynı içeriği iletebilmek, e-postaların hukukî uyuşmazlıklarda değerini daha da artırır. Üstelik bir e-postanın silinmesi, çoğu zaman tamamen yok olduğu anlamına da gelmez. Zira aynı mesaj birden fazla cihazda veya sunucuda saklanabiliyor; internet tarayıcısı üzerinden erişilen e-posta hesaplarında, önbellek kayıtları uzun süre muhafaza edilebiliyor. Bu durum elektronik izlerin takibine imkân tanır ve e-postanın "karşı taraftan kaynaklanma ve gönderilmiş olma" koşullarını destekler niteliktedir[839].

Uygulamada ise, genellikle e-postayı gönderen tarafın kimliğini belirleme noktasında IP kayıtları incelenir. Fakat bunun yararlı olabilmesi, sistemlerin düzenli kayıt altına alınmasına bağlıdır. Eğer böyle bir altyapı yoksa IP bilgisi pek işe yaramayabilir[840]. Buna karşın, kriptografik yöntemlerle imzalanmış e-postalar, klasik yazılı belgelere göre daha fazla güvenlik katmanı barındırabilir[841].

Karşı taraf, delil olarak sunulan elektronik postayı inkâr etmedikçe veya inkâr edilse bile HMK m. 211 doğrultusunda bilirkişi incelemesinden geçirilerek o tarafça gönderildiği tespit edilirse, söz konusu elektronik belge hukukî işlemin ispatında "delil başlangıcı" olabilir[842]. Yargıtay da çeşitli kararlarında, elektronik postaların delil başlangıcı özelliğini kabul etmiştir[843]. Mesela Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bir kararında, "Mail ve telefon mesajları HMK 199 ve 202 maddelerine göre belge sayılır. Dolayısıyla, bu araçlar yazılı delil başlangıcı niteliğindedir. Mahkeme, e-postaların güvenli elektronik imza içermediği gerekçesiyle bu delilleri reddetmemeli; aksine belirtilen çerçevede inceleyerek neticeye varmalıdır" diyerek, e-postanın delil başlangıcı karakterine vurgu yapmıştır[844]. Benzer şekilde, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de "…elektronik posta yoluyla sözleşmenin feshedildiği savunulmuş, ilgili kayıtlar Türk Telekom'dan getirtilmiş ve bu kayıtların delil başlangıcı olduğu kabul edilmiştir…" şeklinde karar vererek aynı yaklaşımı benimsemiştir[845].

---

[839] Yargıtay 9. HD, 5.4.2016, E. 2014/37491, K. 2016/8497 (https://www.legalbank.net/).
[840] Göksu (n 13) 60 vd.
[841] Erturgut (n 56) 36.
[842] Tok (n 6) 80 vd.
[843] Yargıtay 13. HD, 15.3.2018, E. 2017/10021, K. 2018/3126 (https://www.legalbank.net/).
[844] Yargıtay 13. HD, 19.2.2018, E. 2017/3033, K. 2018/1991 (https://www.legalbank.net/).
[845] Yargıtay 19. HD, 25.11.2015, E. 2015/5399, K. 2015/15539 (https://www.legalbank.net/).

Bununla birlikte elektronik postaların delil başlangıcı sıfatını kazanabilmesinde, diğer elektronik belgelerde olduğu gibi kaynağın aidiyeti mühim bir yer tutar. Örneğin Yargıtay, bir davada, "E-postaların davalıdan değil de davalının eşinden gelmiş olması, hem karşı taraftan kaynaklanma unsurunu, hem de eşin evlilik birliğini temsile yetkili olup olmadığını sorgulamayı gerektirir. Eğer eş, söz konusu sözleşme kapsamına giren işlemlerde davalı adına temsil yetkisine sahip değilse, e-mailler delil başlangıcı sayılamaz" sonucuna varmıştır[846]. Dolayısıyla e-postanın, tür olarak delil başlangıcı olma potansiyeli bulunsa da, somut olayda "karşı taraftan veya temsilcisinden kaynaklanma" unsuru ispat edilmezse bu vasfı kazanamaz.

Neticede elektronik posta, günümüzde yaygın biçimde kullanılan ve delil başlangıcı niteliği taşıyabilecek bir araçtır. Ancak kaynağın güvenilirliği, mesaj içeriğinin bütünlüğü ve gönderenin gerçek kimliği gibi hususlarda gerekli koşullar somut olayda sağlanmadığında, ispat değerine kavuşması güç olabilir.

Günümüzde bireyler arasındaki iletişimde en yaygın araçlardan biri olan WhatsApp uygulaması, mesajların hem yazılı hem de dijital olarak kaydedilmesi bakımından, elektronik ortamda delil başlangıcı yönünden önem arz eder. WhatsApp mesajları, her ne kadar resmi nitelikte bir belge veya noter tasdikli bir senet olmasa da, özellikle karşı tarafça inkâr edilmemiş ya da teknik yollarla doğruluğu teyit edilmişse, mahkemelerce "delil başlangıcı" olarak kabul edilebilmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bir kararında davacının sunduğu Facebook yazışmalarını, HMK m.199 kapsamında belge olarak kabul etmiş; bu yazışmaların hukuki ilişkiyi destekler nitelikte olduğunu belirtmiştir[847]. Benzer biçimde, WhatsApp mesajlaşmaları da taraflar arasında var olduğu iddia edilen bir hukuki işlemin gerçekten yapılmış olabileceğine dair kuvvetli emare teşkil ettiğinden, delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmektedir[848].

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 2020/1312 E., 2021/1582 K. sayılı ve 01.04.2021 tarihli kararında, davacı tarafından sunulan WhatsApp yazışmaları, taraflar arasında teknik hizmet sözleşmesi yapıldığına dair delil başlangıcı olarak kabul edilmiş; bu yazışmaların, tanık deliline

[846] Yargıtay 15. HD, 16.11.2017, E. 2016/2342, K. 2017/3987 (https://www.legalbank.net/).
[847] Yargıtay 13. HD, 9.11.2015, E. 2014/30357, K. 2015/24405 (https://www.legalbank.net/).
[848] Yargıtay 6. HD, 25.11.2024, E. 2023/1984, K. 2024/4323 (https://www.içtihatbulteni.com/).

başvurulmasına olanak tanıdığı belirtilmiştir[849]. Benzer şekilde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2020/1862 E., 2021/2317 K. sayılı kararında da, WhatsApp üzerinden gönderilen ve ödeme vaadi içeren bir mesajın, borç ilişkisini destekler nitelikte olduğu, bu nedenle delil başlangıcı oluşturabileceği kabul edilmiştir[850].

WhatsApp mesajlarının delil başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için bazı şartların sağlanması gerekir: Mesaj içeriği açık ve anlaşılır olmalıdır, mesaj tarih, saat ve taraf bilgilerini içermelidir, Mesajın kaynağı (telefon, ekran görüntüsü vs.) güvenilir biçimde sunulmalıdır, Varsa karşı tarafın inkârı dikkate alınmalı ve gerekirse bilirkişi incelemesine başvurulmalıdır. Yargılamada bu tür elektronik yazışmalar genellikle ekran görüntüsü veya çıktı şeklinde sunulmakta, bu görüntülerin doğruluğu muhatabın inkarı halinde teknik bilirkişilerce incelemeye konu yapılmakta ve açıklanan kriterler yönünden incelemeye tabi tutulmaktadır[851].

WhatsApp mesajları, özellikle ticari ilişki ve sözleşmesel işlemler bağlamında, taraflar arasında gerçekleştirilen irade açıklamalarını yansıtması nedeniyle önemlidir. Bu tür mesajlar, her zaman kesin delil teşkil etmese de, mahkemeye iddia edilen işlemin gerçekten vuku bulmuş olabileceğine dair makul bir kanaat verebilecek güçteyse, delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Böylece, normalde tanıkla ispatı mümkün olmayan bir hukuki işlem, tanık deliline başvurularak ispat edilebilir hale gelir. Bu durum, dijital çağda iletişimin hukukî sonuç doğurma kapasitesini açıkça göstermekte; yargı organlarının da bu yeni delil türlerini dikkatle değerlendirdiği görülmektedir.

3. Ses Kaydı

Hukukî bir işlemin varlığını ispat etmek üzere kullanılmak istenen ses kayıtlarının öncelikle hukuka uygun yöntemlerle elde edilip edilmediği hususunun netleştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira yalnızca hukuka uygun elde edilen kayıtlar, bir hukukî sürecin parçası olarak ispat fonksiyonu üstlenebilir. Ses kayıtlarının yasal çerçevede elde edilip edilmediği ve ceza hukuku açısından taşıdığı anlam oldukça geniş kapsamlıdır ve bu ayrıntılar mevcut incelemenin sınırlarını aşmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma içerisinde ses kayıtlarının hukukî bir işlemi kanıtlamadaki değerleri, özellikle delil başlangıcı yönüyle sınırlı olarak değerlendirilecektir.

---

[849] Yargıtay 15. HD, 01.04.2021, E. 2020/1312, K. 2021/1582 (https://www.legalbank.net/).
[850] Yargıtay 11. HD, 16.06.2021 E. 2020/1862, K. 2021/2317 (https://www.legalbank.net/).
[851] Yargıtay 11. HD, 08.11.2022 E. 2021/2427, K. 2022/7925 (https://www.e-uyar.com/).

1086 sayılı HUMK döneminde, delil başlangıcı kavramı "yazılılık" kriterine bağlı tutulduğundan dolayı, senetle ispatlanması gereken hukukî işlemlerde ses kayıtlarına ispat aracı olarak başvurmak mümkün değildi. Bununla birlikte 6100 sayılı HMK, delil başlangıcında aranılan yazılı olma zorunluluğunu ortadan kaldırmak suretiyle elektronik ve teknolojik kayıtların da delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmesinin önünü açmıştır[852]. Bu bağlamda delil başlangıcı olarak kabul edilen belgelerin mutlaka bir irade beyanı taşıması gerekmemekte, delilin muhatabı ile arasında nesnel bir bağlantının bulunması yeterli görülmektedir. Böylelikle, bu yeni düzenlemeler ışığında ses kayıtlarının hukukî işlemin varlığı konusunda delil başlangıcı teşkil etmemesi için herhangi bir engel kalmamıştır.

Buna karşın, *Umar*'a göre ses kayıtları, senetle ispat zorunluluğu bulunan işlemlerde hiçbir ispat değeri taşımamakta ve delil başlangıcı olarak dahi nitelendirilememektedir. *Umar*, HMK m. 199 hükmündeki "belge" tanımında ses kayıtlarının açıkça yer aldığını kabul etmekle birlikte, HMK m. 202 uyarınca söz konusu belgenin karşı taraftan kaynaklanması şartının ses kayıtlarında tam anlamıyla sağlanamayacağına dikkat çekmektedir. Ayrıca *Umar*, ses kayıtlarının teknik açıdan değiştirilip manipüle edilme riskinin yüksek olması nedeniyle hukuken değer verilebilecek bir delil olarak kullanılmasını reddetmektedir[853].

Ceza muhakemesi kapsamında değerlendirme yapan *Centel/Zafer* ise, teknik açıdan ses kayıtlarının kime ait olduğunun tespitinde yaşanan belirsizlik sebebiyle güvenilirliğin zayıf olduğunu savunmuştur. Bu nedenle, bu tür kayıtların ceza yargılamasında tek başına delil sayılamayacağı, ancak başka delillerle desteklenmesi durumunda değer kazanabileceği ifade edilmiştir[854].

Öte yandan, *Konuralp* ses kayıtlarının özel bir delil türü kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığını ileri sürmüş, bu kayıtların hukukî işlemi kanıtlamada sınırlı bir fonksiyona sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak bu görüşünü HUMK dönemindeki "yazılılık" şartının varlığı döneminde dile getirdiği gözden kaçırılmamalıdır. *Konuralp* ayrıca teknolojinin hukuk

[852] Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 9) 752., Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin 2024) 513., Özden Özkaya-Ferendeci Ö, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri' Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan 2015) 823., Futtu (n 3) 20.

[853] Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2014) 617.

[854] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (22. Baskı, Beta 2024) 250.

sisteminin önünde olduğunu ve dönemin teknik imkânlarının ses kayıtlarının doğruluğunu ortaya koymada yetersiz kaldığını vurgulamıştır[855].

Doktrinde *Erdönmez* ise, ses kayıtlarının delilden ziyade "keşif" kapsamına girebileceği yönündedir. Bu görüş, hâkimin söz konusu kaydı işitsel ve görsel olarak tekrar tekrar inceleyip olayın geçmişte nasıl gerçekleştiğine dair bir kanaat oluşturabilmesi nedeniyle ses kayıtlarının "keşif" objesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Yazılı olmayan bu tür elektronik materyallerin senet ya da belge tanımı içinde değil, keşfin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[856].

Kuru da benzer görüşü benimseyerek belgeleri senet ve senet dışı belgeler olarak ayırmış, delil başlangıcı olarak kabul edilecek belgelerin senet niteliğinde yazılı belgeler olması gerektiğini dile getirmiştir. *Kuru*'ya göre ses kayıtları, belge olarak tanımlanmış olsa bile HMK m. 200/1 kapsamındaki senet tanımına uymadığından dolayı, yüksek değerli hukukî işlemleri kanıtlamada yetersiz kalmaktadır[857].

Yargıtay 13. HD 22.02.2000 tarihli bir kararında, mahkemelerin ses kayıtlarını tek başına yeterli bulmadığı, ancak bilirkişinin teknik değerlendirmeleri ve raporlarıyla desteklenmesi halinde bunları delil başlangıcı olarak kabul ettiği görülmektedir[858].

Bizim de katıldığımız, Tok'a göre, HMK ile getirilen düzenlemeler ses kayıtlarının delil başlangıcı olarak kabulünü mümkün kılmaktadır. Zira yazılılık şartının kaldırılması ve teknolojik gelişmelerin ispat hukuku bağlamında değerlendirilmesi bu sonucunu doğurmaktadır.[859] Yasal düzenlemedeki yazılılık şartının kaldırılması ve teknolojik belge kavramının dâhil edilmesi, hukukî işlemleri ispat konusunda elektronik kayıtların kullanımını mümkün kılmaktadır. Ayrıca teknolojinin sunduğu olanaklar sayesinde, bir ses kaydının kim tarafından ve ne zaman oluşturulduğunun net bir şekilde ortaya çıkarılması mümkündür. Eğer kayda itiraz edilmemiş

---

[855] Konuralp (n 4) 93.

[856] Erdönmez (n 62) 237.

[857] Baki Kuru 'Yazılı Delil Başlangıcı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, (Yetkin 2014) 1391.

[858] Yargıtay 13. HD, 22.2.2000, E. 1999/9505, K. 2000/1439. aynı yönde, Yargıtay 13 HD, E 2016/26490 K 2019/2911, 05.03.2019, bu kararda, davalı tarafından dosyaya sunulan kamera kayıtlarının değerlendirilmesi gerektiği, gerekirse bilirkişi incelemesi yapılarak kayıtların belge niteliğinde olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece bu tür belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunun değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (https://www.legalbank.net/).

[859] Tok (n 6) 82.

ya da itiraz teknik inceleme ile kesin olarak giderilmişse, karşı taraftan kaynaklanma koşulu da gerçekleşmiş olacaktır[860].

Ses kayıtlarının değiştirilme riski, bunların delil olarak tamamen dışlanmasını haklı göstermez. Her türlü delilin sahtecilik riski altında olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle ses kayıtlarının güvenilirliğine ilişkin kuşkulara rağmen her olayın somut koşulları ve delilin elde edilme biçimi özel olarak değerlendirilmelidir[861]. Örneğin, telesekretere açıkça ve net bir şekilde bırakılan ve karşı tarafça oluşturulduğu belli olan kayıtlar, hukukî işlemin gerçekleştiğine dair güçlü bir delil başlangıcı teşkil edebilir.

4. Video ve Fotoğraf

HMK m. 199 hükmü kapsamında, belge kavramının içeriği açıklanırken sadece klasik anlamda yazılı evraklarla sınırlı kalınmamış; teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni veri taşıma yöntemleri de kapsama alınmıştır. Bu bağlamda gelecekte ortaya çıkması muhtemel ve henüz mevcut olmayan iletişim araçlarıyla elde edilen verilerin, ilgili uyuşmazlıkta delil değeri taşımaları durumunda belge olarak nitelendirilebileceği kabul edilmiştir. Bunların içine elektronik ortamda üretilmiş mesajlar, ses kayıtları, görüntüler ve benzeri tüm elektronik veriler girmektedir. Hukukî uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıaların ortaya konulmasında ve iddianın dayandırıldığı olguların doğrulanmasında yeterli görülmeleri durumunda, bu elektronik veriler hukuken belge sayılarak kullanılabileceklerdir. Elektronik olarak kodlanmış ve elektronik ortamda muhafaza edilen bilgiler "elektronik belge" olarak nitelendirilmekte olup, bunlar da hukukî anlamda delil başlangıcı oluşturabilir[862]. Bu bağlamda, video ve fotoğraf gibi elektronik veriler, hukuka uygun şekilde elde edilmiş ve güvenilirliği sağlanmışsa, delil başlangıcı olarak kabul edilebilir ve tanık dinlenmesine olanak tanıyabilir. Ancak, bu tür delillerin tek başına kesin delil teşkil etmeyebileceği ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Yargıtay 1. HD'nin 28.11.2012 tarihli kararında ATM'lerden yapılan para çekimlerinin tespiti için kamera kayıtlarının incelenmesi gerektiği, bu kayıtların bilirkişi incelemesiyle değerlendirilerek davalının iddialarının doğruluğunun belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.[863]

---

[860] ibid 82.
[861] Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım (n 10) 38.
[862] Mazlum (n 43) 13 ve 20.
[863] Yargıtay 13. HD, 28.11.2012, E. 2012/13298, K. 2012/13965 (https://www.legalbank.net/).

Tanımı itibariyle, bir görüntünün belirli araç ve maddeler vasıtasıyla herhangi bir yüzey üzerinde kalıcı olarak tutulmasını ifade eden fotoğraf kavramı açısından, sabitlendiği yüzeyin mutlaka kağıt olması zorunlu değildir. Bu noktada, fotoğrafın üzerine aktarıldığı yüzey kâğıt ise, bu belge fotokopi ile benzer bir özellik kazanmakta ve hukukî açıdan delil başlangıcı olabilmesi de fotokopi belgelerinde uygulanan şartlara benzer kriterlere tâbi tutulmaktadır[864]. Bir belge, elektronik yazışma veya imzalı bir evrakın fotoğrafı, şayet ileri sürülen hukukî işlemi gerçekleşmiş olabileceği izlenimini vermeye elverişli ise, delil başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Birbirini takip eden hareketli görüntüler bütünü şeklinde tanımlanabilecek video kayıtları ise, delil başlangıcının temel şartı olan belge niteliğini taşıma konusunda hiçbir tereddüt olmaksızın kabul edilmektedir. Bu tür kayıtlar yalnızca görüntüden oluşabileceği gibi, görüntü ile birlikte sesi de içerebilir. Ses içermeyen kayıtların söz konusu olduğu durumlarda dahi, irade beyanının belirlenmesi amacıyla dudak okuma yöntemine başvurulması mümkündür. Bazı durumlarda ise, hukukî işlemin varlığını ortaya koymak adına yalnızca belli olayların varlığının kanıtlanması yeterli sayılarak, konuşmanın ayrıca tespitine gerek duyulmayabilir[865]. Bu konuda ceza yargılaması yönünden Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28.02.2017 tarihli önemli bir kararı bulunmaktadır. Bu karar dudak okuma yönteminin delil olarak kullanılmasına ilişkin önemli bir örnektir. Bu kararda, ceza infaz kurumunda meydana gelen bir olayın aydınlatılması amacıyla, ses içermeyen kamera kayıtları üzerinde dudak okuma uzmanı tarafından yapılan analizler değerlendirilmiştir. Uzman, görüntülerdeki kişilerin dudak hareketlerini inceleyerek, konuşmaların içeriğini tespit etmiş ve bu bulgular mahkeme tarafından delil olarak kabul edilmiştir.[866] Bununla birlikte fotoğraf ve video kayıtları gibi elektronik verilerin güvenilirliği hususunda çekince yaratan temel nokta, bu belgelerin kolaylıkla değiştirilme veya veri bütünlüğünün bozulması riskini içermesidir. Bu nedenle taraflardan biri sunulan fotoğraf veya video kaydının doğruluğunu kabul etmişse, herhangi bir ihtilaf söz konusu olmaz. Ancak belgeye itiraz edilmesi hâlinde, bilirkişiler aracılığıyla bu belgelerin orijinal olup olmadığı veya herhangi bir müdahale yapılıp yapılmadığı kolayca belirlenebilir. Ayrıca elektronik ortamdaki fotoğraf veya video belgeleri üzerinde elektronik imza gibi güvenlik unsurlarının bulunması,

[864] Keser (n 1) 114.
[865] Umar (n 105) 628.
[866] Yargıtay CGK, 28.02.2017, E. 2014/269, K. 2017/108 (https://www.legalbank.net/).

belgelerin güvenilirliğini artırarak delil başlangıcı açısından daha güçlü bir konuma getirmektedir[867].

Yargıtay 21.HD 07.02.2014 tarihli kararında sayılı kararında, güvenlik kamerası görüntülerinin hukukî uyuşmazlıkta delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Kararda mahkemenin görev alanının dosyaya ibraz edilen kamera görüntülerini delil başlangıcı olarak değerlendirerek yargılamayı sürdürmek olduğu açıkça vurgulanmıştır.[868]

Benzer şekilde, Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2012 tarih ve 2012/13298 Esas, 2012/13965 Karar sayılı içtihadında da ATM kameralarının kayıtlarının delil başlangıcı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kararda, bankamatik kartı kullanılarak gerçekleştirilen işlemlerin gerçekten iddia edildiği gibi olup olmadığının, ancak ATM kamera görüntülerinin bilirkişi incelemesine tâbi tutulması ile belirlenebileceği belirtilmiştir. Mahkemenin bu noktada eksik inceleme yaparak hükme ulaşması Yargıtay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.5.2003 tarih ve 2003/1-374 Esas, 2003/370 Karar sayılı kararı da video görüntülerinin ispat gücüne ilişkin önemli bir değerlendirmeyi içermektedir. Karar konusu olayda video görüntüleri tek başına delil olarak ileri sürülmüş ve Yargıtay, bu görüntülerin hukuka aykırı bir yolla elde edilmediğini kabul etmekle birlikte, somut durumda görüntülerin delil olarak tek başına yeterli kanaat oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Bu, video görüntülerinin genel olarak delil olmayacağı anlamına gelmemekte, ancak tek başına yeterli olmayabilecekleri anlamını taşımaktadır.

Fotoğraf ve video kayıtları gibi elektronik belgeler, doğrudan bir hukukî işlemi ispat amacıyla üretilebileceği gibi, iddia edilen vakıanın unsurlarını aydınlatan yardımcı belgeler olarak da değerlendirilebilir. Örneğin, sözleşme evrakının fotoğraflanması ya da borcun ifasına ilişkin video kayıtları, fiilî karine niteliğinde belgeler olarak kabul edilebilir ve böylece delil başlangıcı oluşturabilir. Bu tür durumlarda hukukî işlemin ispatına ilişkin karşılaştırmaya elverişli nesnel unsurların varlığı önem kazanmaktadır. Özellikle görüntü ya da ses kayıtlarında, objektif karşılaştırma kriterleri olan kişinin görüntüsü ve sesi, belgeyi güçlü kılar. Ancak hâkim, bu belgelerden tek başına yeterli kanaate ulaşamazsa, durumu açıklığa kavuşturmak için keşif veya bilirkişi incelemesine de

[867] Keser (n 1) 132.

[868] Yargıtay 21. HD, 07.02.2014, E. 2013/17594, K. 2014/2401 (https://www.legalbank.net/).

başvurabilecektir. Bu şekilde delil başlangıcının tüm şartları yerine getirilmiş olacaktır[869].

Sonuç

Delil başlangıcı kurumu, klasik ispat hukuku anlayışının sınırlarını esneten ve özellikle senetle ispat zorunluluğunun geçerli olduğu hallerde takdirî delillerin devreye girmesini mümkün kılan özgün bir yapı sunmaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile bu kurumun kapsamı genişletilmiş; "belge" kavramı altında daha çeşitli kayıt türlerinin ispat sistemine dâhil edilmesi sağlanmıştır. Bu gelişme, özellikle teknolojik dönüşümün ivme kazandığı çağdaş hukuk yargılamasında büyük önem taşımaktadır. Çalışma kapsamında, farklı türdeki belgelerin delil başlangıcı niteliği açısından taşıdığı özellikler analiz edilmiş; her bir belge türünün HMK'nın 199 ve 202. maddeleri çerçevesinde taşıdığı delil değeri değerlendirilmiştir.

Çalışmada geleneksel yazılı belgelerden farklı olarak faks, elektronik posta, WhatsApp yazışmaları, ses kaydı, video ve fotoğraf gibi çeşitli elektronik verilerin de belirli şartları sağladıkları takdirde delil başlangıcı fonksiyonu görebileceği ortaya konmuştur. Bu tür verilerin tamamı, kanunda öngörülen "belge" tanımıyla uyumlu olduğu ve özellikle karşı taraftan veya temsilcisinden kaynaklandığı hususu ortaya konabildiği sürece, takdirî delil olarak hâkimin kanaat oluşturmasına katkı sağlamaktadır.

Faks metinleri bakımından, bu iletim aracının taşıdığı teknik özellikler ve belge üzerinde yer alan gönderici-alıcı bilgileri sayesinde delil başlangıcı sayılabileceğini göstermektedir. Gönderim saati, teyit raporu ve karşı tarafla ilişkilendirilebilen bir içerik söz konusu olduğunda, faks belgeleri HMK m. 202'de aranan "verilmiş veya gönderilmiş belge" tanımı içine girmekte ve tanıkla ispatın yolunu açan bir dayanak oluşturmaktadır. Ancak, belge ile gönderici arasında kurulacak bağın somutlaştırılamadığı, yani faksın anonim kaynaklı ya da çok kullanıcılı bir sistemden geldiği durumlarda, delil başlangıcı sayılmasının güçleşeceği değerlendirilmiştir.

Elektronik postaların, güvenli elektronik imza içermemeleri durumunda senet niteliği taşımadıkları açıktır; ancak içeriği itibarıyla ilgili hukukî işlemi muhtemel göstermesi ve karşı taraftan kaynaklandığı teknik incelemelerle ortaya konabilmesi hâlinde delil başlangıcı fonksiyonunu yerine getirebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda e-posta iletişiminde

[869] Umar (n 105) 625.

kullanılan sunucu bilgileri, IP adresleri ve iletişim kayıtları gibi unsurların, belgenin kaynağını teyit edici veriler sunduğu, dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini genişlettiği ifade edilmiştir. Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatları da elektronik postaların delil başlangıcı olarak kabulünü mümkün kılmakta ve mahkemelerin salt güvenli elektronik imza taşımadığı gerekçesiyle bu tür belgeleri delil olmaktan dışlamalarının isabetli olmadığını ortaya koymaktadır.

WhatsApp gibi çevrim içi anlık mesajlaşma uygulamaları üzerinden gerçekleştirilen yazışmaların da, içerik bütünlüğü korunmuş ve mesajın tarih-saat bilgisi ile tarafları açık biçimde gösterilmişse, delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle bu mesajların ekran görüntüsü, çıktı veya dijital log şeklinde dosyaya sunulması ve gerektiğinde bilirkişi incelemesiyle doğrulanması hâlinde, bu belgelerin ilgili hukukî işlemi kuvvetle muhtemel gösterdiği kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın WhatsApp yazışmalarına dayalı olarak sözleşme ilişkisini veya borç ikrarını destekleyen kararları, bu tür dijital içeriklerin delil başlangıcı fonksiyonunu yerine getirdiğini göstermektedir.

Ses kayıtları yazılı delil anlayışının dışında kalan fakat gelişen teknolojiyle birlikte ispat fonksiyonu kazanan veriler arasında yer almaktadır. Her ne kadar ses kaydının HMK m. 202 anlamında delil başlangıcı sayılabilmesi için karşı taraftan kaynaklandığının somut biçimde ispatı gerekse de, bu durum teknik yollarla mümkün hale gelmekte ve ses kaydının içerdiği ifade, sesin niteliği, kullanılan cihaz bilgileri ile kimlik tespiti yapılabilmektedir. Bu verilerin, hukukî işlemi tamamen ispatlamasa dahi, onun gerçekleşmiş olabileceğine dair güçlü bir kanaat oluşturabileceği ve bu nedenle takdirî delillerin kullanılmasına imkân tanıdığı sonucuna varılmıştır.

Fotoğraf ve video kayıtları ise, özellikle görsel olarak bir olayın, tarafların veya bir eylemin gerçekleştiğini gösteren unsurlar içermesi durumunda delil başlangıcı kabul edilebilmektedir. Bu belgelerin ispat gücünün belirlenmesinde, içerik bütünlüğünün korunması, zaman ve mekân bilgilerinin tespiti ve kaydın taraflardan hangisine ait olduğunun ortaya konması belirleyici olmaktadır. Söz konusu veriler, çoğu zaman tek başına bir hukukî işlemi ispata yetmemekle birlikte, işlemle ilgili olguların varlığını muhtemel kılmaları nedeniyle delil başlangıcı görevini başarıyla yerine getirmektedirler.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, 6100 sayılı HMK'nın 199 ve 202 madde hükümleri bağlamında, delil başlangıcı kavramı altında çok sayıda elektronik veri türünün takdiri deliller yönünden ispat aracı olarak hukukî

değer kazandığı, ispat sürecinin çağdaş iletişim teknolojileriyle bütünleştirildiği ve böylece hem usul ekonomisi hem de maddi gerçeğe ulaşma ilkesi açısından daha verimli bir yargılama sürecinin mümkün hale geldiği görülmektedir. Bu gelişmeler, hâkimin teknik bilgiye ulaşmasını gerektiren yeni sorumluluklar da doğurmakta; bilirkişi desteği ve teknik analiz araçları, elektronik verilerin delil niteliğinin tayininde kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu bağlamda, teknolojiye entegre olmuş bir ispat sistemi, yargılamada adaletin gerçekleşmesine katkı sağlamakta; fakat aynı zamanda sahtecilik, veri bütünlüğünün bozulması ve güvenlik açıklarına karşı daha dikkatli ve denetleyici bir yaklaşım geliştirilmesini de zorunlu kılmaktadır.

Kaynakça

Acar A.E, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, (On İki Levha 2013).

Akipek J, Akıntürk T ve Derya A, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (19. Baskı, Beta 2024).

Alangoya Y, Yıldırım K, Deren Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, (8. Baskı, Beta 2011).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (11. Baskı, Yetkin 2024).

Atalı M, Ermenek İ, Erdoğan E. *Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin 2024).

Balkan B ve Kahyaoğlu S.B, 'Türk Bankacılık Sektöründe Faks ve Hukukî Boyutu' (2017) 103(28) Bankacılar Dergisi 82-99.

Bilge N ve Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, (Sevinç Matbaası 1978).

Biçkin İ, 'Elektronik İmza ve Elektronik İmza ile İlgili Kanunî Düzenlemeler' 2006 (63) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 109-125.

Centel N, Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (22. Baskı, Beta 2024).

Daniel L & Daniel L, *Digital Forensics for Legal Professionals: Understanding Digital Evidence from The Warrant to The Courtroom*, (USA Elsevier 2014).

Erdönmez G, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, (On İki Levha 2014).

Erturgut M, *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*, (Yetkin 2004).

Futtu E, *Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği,* (Seçkin 2021).

Göksu M, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil,* (Adalet 2011).

Göksu, M. 'HMK Çerçevesinde Senetle İspat Kuralı ve Bu Kuralın İstisnaları' 2011 1(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 53-65.

Gökyayla K. E, 'Telefaks Metinleri ile İspat' Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, (Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları 2001) 155-172.

Keser S, *Medenî Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı*, (On İki Levha 2016).

Koç E, *Medeni Usul Hukukunda Belge Kavramı,* (Sümer Kitabevi 2021).

Kılınç A, 'Belge ve Delil başlangıcının delil değeri' C (15) 187-188 Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi, 197-220.

Konuralp H, *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, (Yetkin 2009).

Kuru, B, 'Yazılı Delil Başlangıcı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan C.II, (Yetkin 2014) 1383.

Mazlum İ, 'Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı', (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi 2012).

Orta M, *Elektronik İmza ve Uygulaması*, (Seçkin 2005).

Özer T, HUMK'tan HMK'ya Medenî Usul Kanunu Tasarıları, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 2012).

Özkaya-Ferendeci Ö, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri' (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan 2015) 813-830.

Özsunay E, 'Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları' Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (İzmir 2002).

Özsunay E, *Medenî Hukuka Giriş*, (4. Baskı, Güryay Matbaası 1986).

Pekcanıtez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usul Hukuku*, (14. Baskı, Yetkin 2013).

Pekcanıtez H, 'Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirmesi' (2006) (V) Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı 3- 33.

Postacıoğlu İ.E, *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları*, (Baha Matbaası 1964).

Sarıgül B.A, 'Belge ve Belgenin Delil Kuvveti' 2020/1 Ankara Barosu Dergisi 1-40.

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, (11. Baskı, Yetkin 2024).

Tok O, *Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı*, (Seçkin 2016).

Topuz G, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, (Yetkin 2012).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin 2014).

Yavaş M, 'Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin (m.203-242) Değerlendirilmesi' Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, (Adalet Yayınevi 2009) 531-554.

Yavaş M, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları*, (Turhan Kitabevi 2009).

Yavuz N, 'Yazılı Delil Başlangıcı' (1977) (3-4) Adalet Dergisi 290-295.

[870H] FORUM PROROGATUM BAĞLAMINDA ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİ: HUKUKİ TEMELLER VE TARTIŞMALAR

(THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CONTEXT OF FORUM PROROGATUM: LEGAL FOUNDATIONS AND DEBATES)

Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM [871*] [872]**

ÖZ

Bu makale, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) forum prorogatum ilkesine dayalı yargı yetkisini, UAD ve selefi Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) içtihatları ve usul kuralları çerçevesinde ele alarak, ilkenin tarihsel gelişimini, hukuki temellerini ve uygulamadaki yansımalarını incelemektedir. Ayrıca çalışmada, forum prorogatum ilkesine yöneltilen eleştiriler ve ilkenin uluslararası hukuk düzenine olan katkıları da değerlendirilmektedir.

Forum prorogatum, davalı devletin UAD'nin yargı yetkisini başlangıçta tanımamış olmasına rağmen, sonradan açık veya zımni rıza göstermesi yoluyla bu eksikliğin giderilmesini sağlayan bir mekanizma olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda forum prorogatum ilkesi, devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde esneklik sağlayarak uluslararası hukukta rızaya dayalı yargı yetkisi anlayışını genişletmektedir. Diğer taraftan, UAD'nin yargı yetkisinin tesis edilmesini sağlayan yollardan biri olarak forum prorogatum, ilkenin USAD tarafından ilk defa uygulandığı 1920'lerden bu yana, hem uluslararası hukukçular hem de uygulayıcılar arasında tartışmalara konu olmuştur.

Bu anlamda makale, forum prorogatum yolunun kavramsal çerçevesini, tarihsel gelişimini ve uygulanmasını inceleyerek doktrine katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaçla makale üç ana bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde, UAD'nin yargı yetkisi genel hatlarıyla ele alınarak, bu yetkinin tesis edilmesini sağlayan yöntemler UAD Statüsü esas alınarak incelenmektedir.

[870H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.01.2025. İlk hakem raporu tarihi: 17.01.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 20.01.2025. Onaylanma Tarihi: 21.02.2025.

[871*] Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü.

[872**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4207-6559.

Esere Atıf Şekli: Şahin Eray Kırdım, *"Forum Prorogatum Bağlamında Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi: Hukuki Temeller ve Tartışmalar*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.759-812.

İkinci bölümde, forum prorogatum ilkesinin kavramsal çerçevesi ve tarihsel arka planı açıklanmakta; ardından, USAD ve UAD'nin bu ilkeyi nasıl uyguladıkları, seçili içtihatlar ışığında değerlendirilmektedir. Üçüncü bölümde ise forum prorogatum ilkesinin, UAD Statüsü ve İç Tüzüğü ile olan uyumu hem normatif hem de pratik yönleriyle eleştirel bir perspektiften incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Forum Prorogatum, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümü, Yargı Yetkisi, Zımni Rıza.*

ABSTRACT

This article examines the jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ) based on the principle of forum prorogatum, analyzing the historical development, legal foundations, and practical implications of the principle within the framework of the case law and procedural rules of both the ICJ and its predecessor, the Permanent Court of International Justice (PCIJ). Furthermore, the study also evaluates the criticisms directed at the principle of forum prorogatum, as well as its contributions to the international legal order.

Forum prorogatum is defined as a mechanism that allows the rectification of the absence of the respondent state's initial recognition of the ICJ's jurisdiction through subsequent explicit or implicit consent. In this sense, the principle of forum prorogatum provides flexibility in the resolution of interstate disputes, thereby expanding the understanding of consent-based jurisdiction in international law. On the other hand, as one of the methods through which the ICJ establishes its jurisdiction, forum prorogatum has been a subject of debate among both international legal scholars and practitioners since its first application by the PCIJ in the 1920s.

In this regard, the article aims to contributeto the doctrine by examining the conceptual framework, historical development, and application of forum prorogatum. For this purpose, the article is divided into three main sections. In the first section, the jurisdiction of the ICJ is discussed in broad terms, and the methods for establishing this jurisdiction are examined based on the Statute of the ICJ. In the second section, the conceptual framework and historical background of the principle of forum prorogatum are explained; subsequently, the application of this principle by the PCIJ and ICJ is evaluated in the light of their case law. In the third section, the compatibility of the principle of forum prorogatum with the ICJ Statute and Rules of

Procedure is examined from a critical perspective, both in its normative and practical aspects.

Keywords: *Forum Prorogatum, International Court of Justice (ICJ), Judicial Dispute Resolution, Jurisdiction, Tacit Consent.*

***

GİRİŞ

Bu makalede Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) ve Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) çekişmeli yargılamalarda davanın esasına ilişkin yargı yetkisini tesis etmek amacıyla *forum prorogatum* müessesesini uygulama pratikleri incelenmekte ve ardından böyle bir uygulamanın UAD Statüsü[873] ve İç Tüzüğü ile uyumlu olup olmadığı eleştirel olarak değerlendirilmektedir. Uluslararası hukuk sisteminin temel kavramlarından biri olan yargı yetkisi, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünde ve devletler arasındaki ilişkilerin hukuki bir zemine oturtulmasında merkezi bir rol oynamaktadır.[874] Bu bağlamda UAD, Birleşmiş Milletler (BM) sistemi içerisinde uluslararası adaletin sağlanmasında başlıca organlardan biri olarak öne çıkmaktadır. Devletler arası uyuşmazlıkların UAD tarafından esastan görülmesi, uluslararası hukukun merkezi kavramlarından biri olduğu kabul edilen rızanın varlığına bağlanmıştır.[875] Ancak, UAD'ye yargı yetkisi tanınması konusunda teori ile pratik arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Divan'ın yargı yetkisini kullanabilmesi için gerekli olan rıza unsuru, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların karmaşıklığı ve dinamik yapısı karşısında zaman zaman esnek yorumlanabilmiştir.

Bu esneklik ihtiyacına yanıt olarak gelişen *forum prorogatum* ilkesi, UAD'nin yargı yetkisini tesis etmesinde esnek bir mekanizma sunmaktadır. UAD üyelerinden Hâkim Lauterpacht'in bir karara ilişkin ayrı görüşünde bu ilkenin temel bir tanımını bulmak mümkündür. Buna göre, "*forum prorogatum*, Devlet A'nın var olmayan veya kusurlu bir yargı yetkisi

---

[873] Statute of the International Court of Justice, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-3&chapter=1&clang=_en#1 (Erişim Tarihi: 25.10.2024). Türkiye BM Şartı'nı UAD Statüsü ile birlikte 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu için bkz. 24 Ağustos 1945 Tarih ve 6902 Sayılı Resmi Gazete, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2025).

[874] Hanqin Xue, *Jurisdiction of the International Court of Justice* (Leiden/Boston: Brill, 2017), s. 2.

[875] Cesare PR Romano, Karen J Alter, Yuval Shany, "Bodies, The Issues, and Players," içinde *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Editör, Cesare PR Romano vd. (Oxford: Oxford University Press, 2014), s. 12.

temelinde Devlet B'ye karşı dava açması durumunda, Devlet B'nin Divan'ın yargı yetkisine rıza gösterdiği anlamına gelen bir davranış sergileyerek eksikliği giderebilmesi olanağıdır."[876] Bu olanak, hem uyuşmazlıkların çözümünde pratik bir yol sunmakta hem de uluslararası hukukta rızaya dayalı yargı yetkisi anlayışını genişletmektedir. Ancak *forum prorogatum* ilkesi ile ilgili akademik tartışmalar, ilkenin USAD tarafından ilk defa uygulandığı 1920'lerden bu yana yaklaşık bir asırdır devam etmektedir.

Bu makale, *forum prorogatum* ilkesini USAD ve UAD içtihatları ve usul kuralları çerçevesinde ele alarak, ilkenin tarihsel gelişimini, hukuki temellerini ve uygulamadaki yansımalarını uluslararası hukuk doktrinine naçizane bir katkı sağlamak amacıyla incelemektedir. Ayrıca, bu ilkeye yöneltilen eleştiriler ve ilkenin uluslararası hukuk düzenine olan katkıları da değerlendirilmektedir. Bu amaçla çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, UAD'nin yargı yetkisi genel hatları ile ele alınmakta ve özellikle yargı yetkisinin kurulmasında kullanılan yöntemler üzerinde durulmaktadır. İkinci bölümde, *forum prorogatum* ilkesinin kavramsal çerçevesi ve tarihsel arka planı üzerinde durulmakta, ardından USAD ve UAD'nin *forum prorogatum* ilkesine yönelik uygulamaları içtihatlar üzerinden analiz edilmektedir. Böylece mahkemelerin ilkeyi nasıl yorumladığı ve bu yorumların UAD'nin yargı yetkisine etkileri tartışılmaktadır. Üçüncü bölümde, *forum prorogatum* ilkesinin UAD Statüsü ve İç Tüzüğü ile uyumu, normatif ve pratik boyutlarıyla eleştirel bir biçimde analiz edilmektedir. Böylece, *forum prorogatum* ilkesinin uluslararası hukuktaki mevcut konumu ve önemi kapsamlı bir şekilde ele alınmaktadır. Burada not edilmelidir ki çalışmanın sınırlılığı göz önüne alınarak, UAD'nin danışma görüşü kararları kapsam dışında bırakılmış ve yalnızca çekişmeli yargılamalarda *forum prorogatum* müessesesinin uygulanması üzerinde durulmuştur.[877]

[876] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Order of September 13, 1993, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, I.C.J. Reports 1993, 416, para. 24.

[877] Bu konudaki bir değerlendirme için bkz. Sienho Yee, "Forum Prorogatum and the Advisory Proceedings of the International Court," *The American Journal of International Law*, Cilt: 95, Sayı: 2 (2001), ss. 381-385.

I. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YETKİLERİ: GENEL BİR İNCELEME

Doktrinde UAD'nin yetkilerinin çekişmeli davalarda yargı yetkisi ve danışma görüşü verme yetkisi (istişarî yetki) şeklinde ikili bir sınıflandırma üzerinden incelendiği görülmektedir.[878] Buna göre ilk olarak Divan, UAD Statüsü'nün 36/1. ve 36/2. maddelerinde yer verilen çekişmeli davalardaki yargı yetkisi kapsamında, devletler tarafından kendisine sunulan hukuki uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözme yetkisine sahiptir. İkinci olarak, UAD Statüsü'nün 65/1. maddesinde "Divan, [BM] Antlaşması gereğince ya da bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir" denilerek mahkemeye danışma görüşü verme yetki ve görevi verilmiştir. Hemen fark edileceği üzere, söz konusu iki yetki çeşitli bakımlardan farklılıklar arz etmektedir. Danışma görüşü verme yetkisi, her ne kadar bir yargı organı faaliyeti olsa da yargısal bir faaliyet teşkil etmez; bu nedenle, çekişmeli davaların aksine, tarafları bulunmadığı gibi bir dava türü de değildir.

A. ÇEKİŞMELİ DAVALARDA YARGI YETKİSİ

1. Çekişmeli Davalarda Divan'ın Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Divan'ın çekişmeli davalarda kişi bakımından yargı yetkisi (*ratione personae*) konusunda neredeyse hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Zira Divan'ın çekişmeli davalarda yargı yetkisi kullanabileceği uyuşmazlıklardaki taraf ehliyeti, UAD Statüsü'nün hem 34/1. hem de 35/1. maddelerinde açık olarak hükme bağlanmıştır. Statü'nün 34/1. maddesinde "Divan önündeki davalarda yalnızca devletler taraf olabilirler" denildikten hemen sonra, 35/1. maddesinde de "Divan, işbu Statü'ye taraf olan devletlere açıktır" hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda, ne uluslararası örgütler ne de bireyler Divan'ın yargı yetkisinden faydalanabilirler; yalnızca devletler Divan'a başvurup taraf olabilirler.[879]

Burada hangi devletlerin UAD önündeki uyuşmazlıklarda taraf olabileceği hususu da açıklanmalıdır, zira devlet olmak, tek başına Divan

[878] Yahya Berkol Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 117 (2015), s. 380 ("UAD'nin yargı yetkisi bakımından çeşitli tasniflere gitmek mümkün olmakla birlikte temel olarak çekişmeli yargı yetkisi ('contentious jurisdiction') ve danışma görüşü verme yetkisi ('advisory opinion jurisdiction') olarak ikiye ayrıldığını söyleyebiliriz").

[879] Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. Baskı (İstanbul: Beta, 2008), s. 182; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 16. Baskı (Ankara: Turhan, 2017), s. 449.

huzurunda bir davaya taraf olma hakkı tanımamaktadır. İlk olarak, ilgili hukuk kişisinin egemen bir devlet olmasının yanı sıra, UAD Statüsü'nün de tarafı olması gerekmektedir. Yukarıda da aktarılan Statü'nün 35/1. maddesi hükmü gereğince, Divan'ın UAD Statüsü'ne taraf olan devletlere açık olduğu şüpheden uzaktır. Bu kapsamda BM Şartı'nın 93/1. maddesi[880] gereğince BM üyesi her devlet UAD Statüsü'nün de *per se* tarafı olacağından, Divan önündeki uyuşmazlıklarda taraf ehliyetleri bulunmaktadır.[881]

İkincisi, BM Şartı'nın 93/2. maddesinde de BM üyesi olmamakla birlikte UAD Statüsü'ne taraf olan devletlere de Divan önündeki uyuşmazlıklarda taraf olma hakkı tanınmıştır. Ancak yine aynı maddede bu haktan yararlanabilmenin koşullarının belirlenmesi yetkisi BM Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine BM Genel Kurulu'na bırakılmıştır.[882] İsviçre (1948), Lihtenştayn (1950), San Marino (1954), Japonya (1954) ve Nauru (1988), BM'ye üye olmadan önce bu kategoriye dâhil olmuşlardır. Söz konusu koşullar, ilk kez İsviçre'nin talebi üzerine 11 Aralık 1946 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen 91(I) sayılı Karar ile belirlenmiş ve getirilen koşullar bugüne kadar her devlet için aynı olmuştur.[883]

Üçüncüsü, ne BM'ye ne de UAD Statüsü'ne taraf olan devletlere de Divan önündeki davalarda taraf olma hakkı tanınmıştır. "Divan'ın hangi koşullarda öteki devletlere de açık olacağı, yürürlükteki antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere Güvenlik Konseyi'nce belirlenir; ancak bu

[880] United Nations, Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI, 24 October 1945, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2024) ("Birleşmiş Milletler'in tüm üyeleri, bu üyeliğin bir sonucu olarak, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraftırlar"). Türkiye BM Şartı'nı UAD Statüsü ile birlikte 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu için bkz. 24 Ağustos 1945 Tarih ve 6902 Sayılı Resmi Gazete, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2025).

[881] Anthony Vernana, "Judicial Means for the Peaceful Settlement of Disputes between Nations: Possibilities and Limitations," *Kentucky Law Journal*, Cilt: 53, Sayı: 1 (1964), s. 99.

[882] United Nations, Charter of the United Nations, art. 93/1 ("Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olabilme koşulları, her seferinde Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul'ca belirlenir").

[883] Bu şartlar şu şekilde belirlenmiştir: "(a) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü hükümlerinin kabulü; (b) Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 94. maddesi uyarınca bir Birleşmiş Milletler üyesinin tüm yükümlülüklerinin kabulü; (c) [İlgili devlet] ile istişare edilmesinin ardından Genel Kurul tarafından zaman zaman belirlenen adil bir miktarı Divan masraflarına katkı olarak üstlenme taahhüdü." Bkz. UN General Assembly, Conditions on which Switzerland may become a Party to the International Court of Justice, A/RES/91, 11 December 1946, https://digitallibrary.un.org/record/209868?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2024).

koşullar hiçbir durumda tarafları Divan önünde eşitsiz bir konuma sokmayacaktır" hükmünü ihtiva eden UAD Statüsü'nün 35/2. maddesinde bu hakka yer verildiği görülmektedir. Güvenlik Konseyi de bu yetki kapsamında 15 Ekim 1946 tarihinde kabul edilen 9 sayılı Karar ile UAD'nin yargı yetkisini bir bildirim ile kabul ettiğini beyan eden üçüncü devletlerin bu haktan yararlanacağını kabul etmiştir.[884] Pazarcı'nın aktardığı üzere, Federal Almanya BM üyesi olana kadar (1973) bu tür bildirimlerle Divan önündeki uyuşmazlıklarda taraf olabilmiştir.[885]

2. Çekişmeli Davalarda Divan'ın Konu Bakımından Yargı Yetkisi

Divan, uyuşmazlık taraflarının kendisine sunduğu istisnasız her sorunu çözme yetkisine sahip değildir. Her şeyden önce mevcut uyuşmazlığın somut ve güncel bir nitelik taşıması gerekmektedir.[886] Ayrıca, uyuşmazlık esas itibarıyla uluslararası kamu hukuku meselelerine dayanmalı ya da Divan'ın uluslararası hukuk temelinde bir karar vererek uyuşmazlığı çözmesini gerektirmelidir.[887] Bu bakımdan, uyuşmazlığın yargısal çözüme uygun ("justiciable")[888] olması; diğer bir deyişle özünde hukuki bir nitelik taşıması ve siyasi olmaması lazımdır.[889]

Divan'ın maddi yargı yetkisine ilişkin kuralların temelini, Divan Statüsü'nün 36. ve 38. maddelerinde bulmak mümkündür. 36. maddenin 2. fıkrası, Divan'ın bakabileceği dava kategorilerini düzenlemektedir. Buna göre Divan, "a. Bir antlaşmanın yorumlanması; b. Uluslararası hukuka ilişkin her konu; c. Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği; d. Uluslararası bir

[884] Resolution 9 (1946), adopted by the Security Council at its 76th meeting, 15 October 1946, https://digitallibrary.un.org/record/111947?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2024).
[885] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 449.
[886] Joseph W. Dellapenna, "The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia): The International Court of Justice Again Declines to Apply International Water Law,"*Wyoming Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 2 (2023), s. 76.
[887] Nicole L. Aeschleman, "The Vienna Convention on Consular Relations: Quo Vadis, America," *Santa Clara Law Review*, Cilt: 45, Sayı: 4 (2005), s. 937; Lilian del Castillo, "The Whaling in the Antarctic Case, Applying the International Convention for the Regulation of Whaling as a Self-Contained Regime," *China Oceans Law Review*, Cilt: 2017, Sayı: 2 (2017), s. 107.
[888] Hans Kelsen, "The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals," *American Journal of International Law*, Cilt: 39, Sayı: 1 (1945), s. 58.
[889] Francis O. Wilcox, "The United States Accepts Compulsory Jurisdiction," *American Journal of International Law*, Cilt: 40, Sayı: 4 (1946), s. 708; Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 183.

yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı" konularında yargı yetkisini icra edebilecektir.

3. Çekişmeli Davalarda Rızaya Dayalı Yargı Yetkisi

Divan'ın belli bir davaya ilişkin olarak yargı yetkisi, davanın konusu Divan'ın maddi yargı yetkisi kapsamında olsa bile, otomatik değildir. Diğer bir ifadeyle, Divan'ın bir uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesi, yalnızca uyuşmazlığa taraf tüm devletlerin rızalarının mevcut olması koşuluyla mümkündür;[890] ancak bu koşul bir defa sağlandığında, kendisine yöneltilen uluslararası hukuka ilişkin maddi uyuşmazlık ne olursa olsun, kural olarak yargı yetkisini kullanabilecektir.[891] Bu ilke UAD'nin *Monetary Gold* içtihadında da açık şekilde kabul edilmiştir.[892] Mezkûr davada Divan, "mevcut davada olduğu gibi, davada çözülmesi gereken can alıcı mesele üçüncü bir devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin olduğunda, Divan, üçüncü devletin rızası olmaksızın, ne üçüncü devlet ne de huzurdaki taraflardan herhangi biri üzerinde bağlayıcı bir karar verilebilir"[893] diyerek doktrinde "Monetary Gold İlkesi" olarak ifade edilen kuralı koymuştur.[894] Bu ilke Kamerun ile Nijerya arasındaki *Land and Maritime Boundary* davasında da teyit edilmiştir.[895]

Devletlerin yargılamanın başlaması için gerekli olan rızayı üç tanesi UAD Statüsü'nden, bir tanesi de USAD/UAD içtihatlarından kaynaklanan dört yolla açıklayabileceği genellikle kabul edilmektedir.[896] Bu yollardan ilki

---

[890] Vernana, "Judicial Means for the Peaceful Settlement of Disputes," s. 100.

[891] Hans Kelsen, *The Law of the United Nations* (London: Stevens & Sons Limited, 1951), s. 478.

[892] *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, Judgment of June 15, 1954, I.C.J. Reports 1954.

[893] *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, 33.

[894] M. H. Mustafa Bektaş ve Talip Alan, "ABD Büyükelçiliği'nin Taşınması Davası'nın Muhtemel Sonuçları," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 148 (2020), s. 362; Zachary Mollengarden ve Noam Zamir, "The Monetary Gold Principle: Back to Basics," *American Journal of International Law*, Cilt: 115, Sayı: 1 (2021), s. 43.

[895] *Land and Maritime Boundury between Cameroon and Nigeria* (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of October 10, 2002, I.C.J. Reports 2002, 421, para. 238 ("Divan'ın yargı yetkisi, tarafların rızasına dayanmaktadır. Bu nedenle Divan, yargılama sürecine taraf olmayan üçüncü devletlerin hukuki haklarına ilişkin bir karar veremez").

[896] Vinicius Portual, "Understanding the International Court of Justice: Part I: The History of the Court," *ILSA Quarterly*, Cilt: 16, Sayı: 1 (2007), s. 50 ("Uluslararası Adalet Divanı,

tahkimname olarak ifade edilen usuldür. Bu usulde somut uyuşmazlığın ve Divan'ın yargı yetkisinin sınırları belirlenmiş olduğundan, tahkimnamenin devletler arasındaki uyuşmazlıkların Divan önüne taşınması bakımından en sık uygulanan yöntem olduğu vurgulanmalıdır.[897] Tahkimname ("compromis") yolu, "Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle [BM] Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumları kapsar" hükmünü içeren Divan Statüsü'nün 36/1. maddesinde kabul edilmiştir. Madde hükmünde "tarafların kendisine sunacağı bütün işler" ifadesinin tahkimname yoluna işaret ettiği kabul edilmektedir.[898] Devletlerin tahkimname yoluna somut uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce başvurmalarının önünde bir engel olmasa da[899] genellikle uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra özel bir antlaşma yoluyla uyuşmazlığı Divan'a taşımaktadırlar. Örneğin *Gabčíkovo-Nagymaros Project*[900] davasında taraflar (Macaristan ve Slovakya), 7 Nisan 1993 tarihinde imzaladıkları özel bir antlaşmaya[901] dayanarak aralarında daha önce ortaya çıkan bir uyuşmazlığı UAD önüne getirmişlerdir. Yine Burkina Faso ile Nijer arasındaki *Frontier*

yalnızca ilgili ulus-devletlerin [Divan'ın] yargı yetkisini kabul etmesi durumunda çekişmeli bir davayı ele alabilir. Rıza, dört farklı şekilde verilebilir"); Mary George, "Jurisdiction of the International Court of Justice," *Asian Journal of International Law*, Cilt: 11, Sayı: 1 (2021), s. 215.

[897] Hakkı Hakan Erkiner ve Mehmet Emin Büyük, "Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 2 (2021), s. 1024.

[898] Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi," s. 383.

[899] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 449.

[900] *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment of September 25, 1997, I.C.J. Reports 1997, 7.

[901] Special Agreement Between the Republic of Hungary and the Slovak Republic for Submıssıon to the International Court of Justice of the Differences Between Them Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/10835.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

Dispute[902] davası da Divan huzuruna taraflar arasında 24 Şubat 2009 tarihinde imzalanan özel bir antlaşma[903] yoluyla getirilmiştir.[904]

UAD'nin yargılamaya başlaması için gerekli olan rızanın açıklanmasının ikinci yolu, taraflar arasında önceden yapılan bir antlaşmayla ileride ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığı Divan'a sunmayı yükümlenmeleridir.[905] Gerçekten de Divan Statüsü'nün 36/1. madde hükmünde yer verilen "yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün durumlar" ifadesi bu yola işaret etmektedir. Bu usulde taraflar Divan'a zorunlu yargı yetkisi tanımakta, ancak hemen aşağıda ele alınan Divan Statüsü'nün 36/2. maddesindeki zorunlu yargı yetkisinden farklı olarak, bu yetki taraflar arasında yapılan bir antlaşma ile sağlanmaktadır. İngilizce doktrinde "compromissory clause"[906] ve Türkçe doktrinde "zorunlu yargı anlaşması"[907] olarak ifade edilen bu usulde, devletler arasındaki bir uyuşmazlığın Divan'a sevk edilmesini öngören bir antlaşma hükmü zorunlu yargı yetkisini devreye sokmakta, dolayısıyla taraflardan herhangi birinin uyuşmazlık konusu meseleyi Divan huzuruna getirmesini mümkün

[902] *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Niger), Judgment of April 16, 2013, I.C.J. Reports 2013, 44

[903] Special Agreement Seising the International Court of Justice of the Boundary Dispute Between Burkina Faso and the Republic of Niger, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/149/15985.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

[904] Doktrinde tahkimnamenin uluslararası antlaşma şeklinde – ve dolayısıyla yazılı şekilde – yapılması gerektiği görüşü bulunmaktadır (bkz. "At Global Affairs Canada in 2021," *Canadian Yearbook of International Law*, Cilt: 59 (2021), s. 507; Perry L. Pickert, "Draft Articles for the Expansion of Authoritative Interpretation of United States Treaties," *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt: 2, Sayı: 2 (1976), s. 210). Diğer taraftan Yunanistan ile Türkiye arasındaki *Aegean Sea Continental Shelf* davasında bu konu gündeme gelmiştir. İki tarafın devlet başkanları 31 Mayıs 1975 tarihli Brüksel Bildirisi ile iki ülke arasındaki sorunların barışçıl yollarla çözümü konusunda ortak bir bildiri açıklamışlardır. Yunanistan bu bildirinin bir tahkimname olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüş, Türkiye ise bir ortak bildirinin uluslararası hukuk kapsamında bir antlaşma teşkil etmediği gerekçesiyle buna itiraz etmiştir. Her ne kadar Divan ortak bildirinin uyuşmazlığın kendisine sunulmasını kabul etme taahhüdü teşkil ettiği sonucuna nihai olarak varmamış olsa da ilginç bir tespit yapmıştır. Buna göre, "[şekil] meselesine ilişkin olarak Divan, bir ortak bildirinin, bir uyuşmazlığın tahkim ya da yargısal çözüm yoluna taşınmasını öngören bir uluslararası antlaşma oluşturmasını engelleyen herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığını belirtmekle yetinmektedir" Bkz. *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment of December 19, 1978, I.C.J. Reports 1978, para. 95.

[905] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 450.

[906] Marla C. Reichel, "Martime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain," *Denver Journal of International Law and Policy*, Cilt: 26, Sayı: 4 (1998), s. 729.

[907] Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, s. 182.

kılmaktadır.[908] Bu anlamda örneğin Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme'nin 14/1. maddesinde taraf devletler arasında Sözleşme'den kaynaklanan uyuşmazlıklar için seçimlik olarak Divan'a başvuru hakkı tanınmıştır.[909] UAD uygulamasına bakıldığında da uyuşmazlıkların Divan'a sevkinde sıklıkla bu yola başvurulduğu görülmektedir. Örneğin *Certain Iranian Assets* davasında UAD, yargı yetkisini ABD ile İran arasında 1955 yılında imzalanan Dostluk Antlaşması'nın 21/2. maddesindeki[910] zorunlu yargı hükmüne dayandırmıştır.[911] Çok taraflı uluslararası antlaşmalarda da zorunlu yargı hükmüne yer verildiği görülmektedir. Örneğin BM Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilip 1951 yılında yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 9. maddesi böyle bir hüküm içermektedir.[912]

UAD'nin bir hukuki uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisini icra edebilmesinin üçüncü yolu, devletlerin tek taraflı bildirimleri sonucunda

---

[908] W. Michael Reisman, "The Other Shoe Falls: The Future of Article 36(1): Jurisdiction in the Light of Nicaragua," *American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1 (1987), s. 170.

[909] Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, art. 14, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-english.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024) ("İki veya daha fazla Akit Devlet arasında, bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili olarak çıkan ve müzakere yoluyla halledilemeyen bir anlaşmazlık, bunlardan birinin isteği üzerine hakeme havale edilecektir. Tahkim için istekte bulunulan tarihten itibaren altı ay içinde taraflar hakem heyetinin kuruluşu konusunda anlaşmaya varamazlarsa, taraflardan herhangi biri, Divanin Statüsü uyarınca yapılacak bir müracaatla anlaşmazlığı Uluslararası Adalet Divanına götürebilir").

[910] Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights. Signed at Tehran, on 15 August 1955, art. 22, https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/Treaty-of-Amity-Economic-Relations-and-Consular-Rights-between-the-United-States-of-America-and-Iran-Aug.-15-1955.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024) ("Yüksek Akit Taraflar arasında, işbu Antlaşma'nın yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin olarak diplomasi yoluyla tatmin edici bir şekilde çözülemeyen herhangi bir uyuşmazlık, Yüksek Akit Tarafların başka bir barışçıl çözüm yönteminde anlaşmaya varmaması halinde, Uluslararası Adalet Divanı'na sunulacaktır").

[911] *Certain Iranian Assets* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 13 February 2019, I.C.J. Reports 2019, 7.

[912] UN General Assembly, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, United Nations, Treaty Series, Volume 78, 277, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4 (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul ettikleri usuldür.[913] Bu usul Divan Statüsü'nün 36/2. maddesinde tanımlanmaktadır.[914] Yine 36/3. maddede, mezkûr bildirimlerin hiçbir koşula bağlı olmadan veya birkaç devlet ya da belirli devletler bakımından karşılıklı olma koşuluna bağlı olarak ya da belirli bir süreliğine yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan Acer'in de tespit ettiği üzere, devletler bu tür bir bildirimi yapıp yapmamak konusunda serbest olmakla birlikte, aynı zamanda karşılıklılık çekincesi, süre ve zaman bakımından çekince, kişi bakımından çekince veya konu bakımından çekince koyarak zorunlu yargı yetkisinin uygulama alanını sınırlayabilirler.[915] 2024 yılı sonu itibarıyla 74 devlet – bildirimlerine farklı türde çekinceler iliştirerek – Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş durumdadır.[916] Ancak kanaatimizce bu tür bir usulü "zorunlu yargı yetkisi" teriminden ziyade, Vernana'nın[917] yaptığı gibi "quasi-zorunlu yargı yetkisi" terimiyle ifade etmek daha uygun olacaktır. Zira devletlerin 36/2. maddede belirtilen yargı yetkisini kabul etmeleri ihtiyaridir; ayrıca bu yetkiyi kime, neye karşı, hangi zaman aralığı için veya ne kadar süreliğine kabul edecekleri de tamamen devletlerin inisiyatifindedir. Böyle bir yargı yetkisini "zorunlu" olarak ifade etmek terimin tam karşılığı olmayacaktır. 36/2. madde kapsamında Divan'a getirilen ilk dava, Norveç ile Birleşik Krallık arasındaki *Fisheries* davası olmuştur. Birleşik Krallık'ın 1940'ta[918] ve sonra

[913] Gary L. Scott ve Craig L. Carr, "The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause," *The American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1 (1987), s. 57.

[914] "İşbu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirirler: a. Bir antlaşmanın yorumlanması; b. Uluslararası hukuka ilişkin her konu; c. Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği; d. Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı"

[915] Yücel Acer, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1 (2003), ss. 11-27.

[916] International Court of Justice, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory, https://www.icj-cij.org/declarations (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

[917] Vernana, "Judicial Means for the Peaceful Settlement of Disputes," s. 102.

[918] Denunciation of Clause and the Optional Further Acceptance Thereof under New Conditions by Several States, United Kingdom, London, 28 February, 1940, 200 LNTS 485, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20200/v200.pdf (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

1946'da[919] ve Norveç'in[920] 1946'da yaptığı bildirimler sonucunda, Norveç'in karasularını sınırlandırmasına ilişkin uyuşmazlık çözüm için Divan'a sunulmuştur.[921]

Son bir yol da USAD ve UAD'nin içtihatlarıyla ortaya çıkan ve doktrinde sıklıkla Divan Statüsü'nün 38/5. maddesine dayandırılan *forum prorogatum* usulüdür. Bu usul bir sonraki bölümde detaylı olarak açıklandığından burada sadece anılmakla yetinilmektedir.

B. DANIŞMA GÖRÜŞÜ YETKİSİ

Danışma görüşü, doktrin tarafından "BM organları ve diğer yetkili uluslararası hukuk kuruluşları tarafından Divan'a sunulan hukuki sorular hakkında verilen yargısal beyanlar" olarak tanımlanmaktadır.[922] Başka bir deyişle, BM'ye bağlı veya kurumsal olarak onunla ilişkili belirli uluslararası kuruluşlar, faaliyetleri sırasında ortaya çıkan ve uluslararası hukuka ilişkin bir sorun hakkında hukuki görüş talebiyle UAD'ye başvurabilirler. UAD'nin danışma görüşü verme yetkisi BM Şartı ve UAD Statüsü'nden kaynaklanmaktadır. BM Şartı'nın 96/1. maddesi, UAD'den danışma görüşü talep etme yetkisini BM Güvenlik Konseyi'ne ve Genel Kurul'a tanıdıktan sonra, 96/2. maddesi bu yetkinin Genel Kurul tarafından BM'nin diğer organları ile BM uzmanlık kuruluşlarına tanınabileceğini ifade etmektedir. Yine UAD Statüsü'nün 65/1. maddesinde "Divan, BM Antlaşması gereğince ya da bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir" denilerek bu durum açıklanmıştır.

---

[919] Declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court, in conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice. London, 13 February 1946, 1 UNTS 3, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201/v1.pdf (Erişim Tarihi: 20.2024).

[920] Declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court, in conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, New York, 16 November 1946, 1 UNTS 37, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201/v1.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2024).

[921] *Fisheries Case*, Judgment of December 18, 1951, I.C.J. Reports 1951, 118 ("Başvuru, Birleşik Krallık ve Norveç'in, UAD Statüsü'nün 36. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul ettikleri Bildirimlere atıfta bulunmaktadır").

[922] Karin Oellers-Frahm, "Article 96 of the UN Charter," içinde *The Statute of the International Court of Justice*, *A Commentary*, Editör, Andreas Zimmermann vd. (Oxford: Oxford University Press, 2006), s. 182.

C. DİVAN KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI MESELESİ

Divan'ın verdiği kararların bağlayıcılığı çekişmeli davalardaki kararları ve danışma görüşü talep edilmesi üzerine verdiği kararlar olarak ikili bir ayrım yapılarak incelenmektedir. Çekişmeli davalarda verilen kararlar bakımından, Divan kararları bağlayıcı olmakla birlikte, bu bağlayıcılık yalnızca somut uyuşmazlık ve somut uyuşmazlığın tarafları için geçerlidir.[923] Gerçekten de bu durum UAD Statüsü'nün 59. maddesinde "Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır" hükmüyle teyit edilmektedir. Uluslararası hukukta *stare decisis* ilkesi geçerli olmadığından, Divan daha önce verdiği kararlarla da bağlı değildir.[924] Uyuşmazlığın taraflarından birinin UAD kararına uymaması durumunda, kararın icrasını isteyen tarafın BM Şartı'nın 94/2. maddesi uyarınca BM Güvenlik Konseyi'ne başvurması mümkündür.

Diğer taraftan UAD'nin danışma görüşleri ise bağlayıcı değildir.[925] Divan'ın *Interpretation of Peace Treaties* davasında tespit ettiği üzere, "[ç]ekişmeli davalarda Divan'ın yargı yetkisinin temeli, uyuşmazlığa taraf olan devletlerin rızasına dayanır. Ancak, danışma görüşlerinde durum farklıdır; bu, talep edilen görüşün, devletler arasında fiilen mevcut bir hukuki soruna ilişkin olması durumunda dahi geçerlidir. Divan'ın yanıtı yalnızca danışma niteliğindedir ve bu nedenle bağlayıcı bir gücü yoktur."[926] Bununla birlikte, UAD tarafından verilen danışma görüşü kararları özel durumlarda hukuken bağlayıcı hale gelebilmektedir. Her ne kadar UAD Statüsü'nün 34/1. maddesi Divan önündeki uyuşmazlıklarda yalnızca devletlerin taraf olabileceğini öngörse de bir uluslararası kuruluşun bağlayıcı bir karar elde etmesini sağlamak amacıyla, antlaşmaların hazırlanması sırasında bu konuda özel hükümler eklenmektedir. Bu hüküm, ilgili kuruluşun Divan'dan hukuken bağlayıcı olan danışma görüşü talep edebilmesine imkân sağlamaktadır. Böyle bir hükme örneğin, 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin 8.

---

[923] R. Y. Jennings, "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law," *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 45, Sayı: 1 (1996), s. 8.

[924] Eoin Gubbins, "Precedent in the WTO: Advantages of De Jure Stare Decesis," *Trinity College Law Review*, Cilt: 9 (2006), s. 72.

[925] Yuan Zhuang, "On the Effectiveness of ICJ's Advisory Opinions in the Settlement of International Disputes: From the Perspective of the Mauritius/Maldives Case," *China Oceans Law Review*, Cilt: 2022, Sayı: 4 (2022), s. 160.

[926] *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion of 30 March 1950, I.C.J. Reports 1950, 71.

maddesinde[927] ve 1947 tarihli Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşme'nin 9. maddesinde[928] rastlanmaktadır.

II. ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN YARGI YETKİSİNİN MÜTEAKİP KABULÜ: *FORUM PROROGATUM*

A. KAVRAM

Önceki bölümde açıklandığı üzere, Divan'ın devletlerarasındaki bir uyuşmazlık üzerinde yargısal yetkisinin icra edilebilmesi için UAD Statüsü kapsamında üç yol bulunmakta ve bunların tamamında uyuşmazlığa taraf tüm devletlerin – uyuşmazlık öncesi veya sonrası gösterecekleri – açık rızası aranmaktadır.[929] Diğer taraftan Divan, hem selefi USAD'nin içtihadı hem de kendi içtihatları ile açık rızanın yanında zımni rıza temeline dayanan bir yargı yetkisi icra etmeye başlamıştır. Bu bağlamda, UAD Statüsü'nün 36. maddesi uyarınca açık rızaya dayalı bir yargı yetkisi bulunmaması durumunda, davalı tarafın bazı davranışları sonucunda Divan'ın somut uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisi tesis edilecektir.[930]*Forum prorogatum* olarak ifade edilen bu kavramın klasik formülasyonu uyarınca, bir mahkemenin olağan yargı yetkisi, tarafların anlaşmasıyla, aksi takdirde bu yetki kapsamı dışında kalacak uyuşmazlıklarının tamamını veya sadece belirli yönlerini kapsayacak şekilde genişletilmektedir.[931]

Forum prorogatum usulü İngilizce uluslararası hukuk doktrininde "prorogated jurisdiction" olarak da ifade edilmektedir.[932] Her ne kadar bu terim Türkçe doktrinde[933] "ertelenmiş yargı yetkisi" ile karşılanmaya

[927] UN General Assembly, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, art. VIII, 13 February 1946 (… Divan tarafından verilen [danışma] görüşü, taraflarca nihai olarak kabul edilecektir").

[928] UN General Assembly, Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, art. IX, 21 November 1947 (... Divan tarafından verilen [danışma] görüşü, taraflarca nihai olarak kabul edilecektir).

[929] Andrew L. Mollel, "Judicial Settlement of Armed Conflicts in International Law: Reflecting the 2005 International Court of Justice Decision in the Democratic Republic of Congo," *Nordic Journal of International Law*, Cilt: 76, Sayı: 4 (2007), s. 413.

[930] Andrew Strauss, "Cutting the Gordian Knot: How and Why the United Nations Should Vest the International Court of Justice with Referral Jurisdiction," *Cornell International Law Journal*, Cilt: 44, Sayı: 3 (2011), s. 612.

[931] Leoni Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum or: How the ICJ Missed Its Opportunity to Generate Its Own Jurisdiction," *Hague Yearbook of International Law*, Cilt: 33 (2020), s. 3.

[932] Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1965), s. 129.

[933] Gülgeç, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi," s. 392.

çalışılsa da kanaatimizce bu karşılık terimi tam olarak yansıtmamaktadır. Zira gerçekten de bu usulde mahkemenin yargı yetkisi herhangi bir şekilde ertelenmemektedir. Eğer buradan yargı yetkisinin ertelemeli olarak kazanıldığı anlatılmaya çalışılmaktaysa, bunun için "ertelenmiş yargı yetkisi" ifadesinden ziyade, "müteakip yargı yetkisi" ifadesinin kullanılması daha uygun görünmektedir. Ancak hemen aşağıda açıklandığı üzere, *forum prorogatum* usulünde, somut uyuşmazlığı çözmek için yetkili olmayan bir mahkemeye, bu yetkinin (ister *ratione personae* ister *ratione materiae* olsun) dava sürecinde taraflarca verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu anlamda kanaatimizce "tamamlayıcı yargı yetkisi" ifadesi kavramı bu müesseseyi karşılamak için daha uygun olacaktır.

Yee'nin aktardığı üzere, *forum prorogatum* teriminin 1934 yılında İç Tüzük için önerilen değişiklikleri tartışırken USAD hâkimleri tarafından türetilmiş olması muhtemeldir.[934] Rosenne ise, *Allegans contraria non audiendus est*[935] ilkesinden türeyen ve *common law* sistemindeki *estoppel* kavramıyla benzerlikler gösteren *forum prorogatum* ilkesinin, Roma hukukunda yer alan bir kurum olduğunu tespit etmektedir.[936] Roma hukukundaki haliyle *forum prorogatum*, teknik olarak taraflar arasında dava açıldıktan sonra yapılan ve yürürlüğe giren bir *ad hoc* anlaşma yoluyla tarafların kabul ettiği bir yargı yetkisi olarak tanımlanmaktadır.[937] Uluslararası hukukta ise bir devletin mahkemenin yargı yetkisine *ex post* rıza göstermesi yoluyla mahkemenin ilk başta olmayan yargı yetkisini tesis etme etkisine sahiptir. Bu anlamda uluslararası hukukta *forum prorogatum*, bir devletin daha önce açık rızasının bulunmadığı, mahkemenin yargı yetkisinin genel veya özel bir antlaşma ya da tek taraflı bildirim gibi herhangi bir yolla *ex ante* olarak kabul edilmediği durumlarda, bir uluslararası mahkeme veya hakem mahkemesinin yargı yetkisinin kabul edilmesine olanak sağlamaktadır.[938]

---

[934] Sienho Yee, "Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law*, Cilt: 16, Sayı: 4 (2003), s. 703. Ayrıca *bkz*. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Volume I: The Court and the United Nations*, 4. Baskı (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), s. 679.

[935] Türkçe'ye "kişi kendi tutarsızlığından yararlanmamalıdır" şeklinde çevrilmiştir. Bkz. Özgür Ocakhan, *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 34.

[936] Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 673.

[937] Yee, "Forum Prorogatum," s. 149; Vincent Pouliot, "Forum Prorogatum before the International Court of Justice: The Djibouti v. France Case," *Hague Justice Journal*, Cilt: 3, Sayı: 3 (2008), s. 206.

[938] Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum," s. 3.

Bu bağlamda Kolb, *forum prorogatum* yolunun dört temel unsuru olduğunu tespit etmiştir.[939] Kolb'a göre ilk olarak, *forum prorogatum* gayriresmî bir süreçtir. Başka bir deyişle, mahkemenin yargı yetkisine yönelik rıza, devletler arası uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümünde genel olarak kullanılan genel veya özel bir antlaşma, bir metne eklenen yargı yetkisi hükmü ya da tek taraflı açık bir beyan gibi resmi yöntemlerin gerektirdiği usul ve biçimlerden ayrıktır. İkincisi, mahkemenin yargı yetkisinin bu şekilde bir kabulü belirli bir dava ile sınırlı olduğundan ihtiyari ve *ad hoc* bir yargı yetkisi sağlamaktadır. Dolayısıyla *forum prorogatum*, tıpkı özel anlaşmada olduğu gibi (UAD Statüsü m. 36/2), sınırlı ve içeriği önceden belirlenmiş kapsamda bir ihtiyari yargı yetkisi imkânıdır. Üçüncüsü *forum prorogatum* usulü, davacı devletin mahkemenin davaya bakma talebiyle harekete geçirilmesinden sonra işlemeye başlamaktadır. Son olarak *forum prorogatum* yoluna başvurulmasının nedeni, yargı yetkisinin tesis edilmesi için gerekli olan unsurlardan en az birinin eksik olmasıdır, zira bu yola yalnızca yargı yetkisi kurulmasında mevcut dayanakların yeterli düzeyde bulunmadığı durumlarda başvurulabilmektedir. Dolayısıyla, *forum prorogatum* esas olarak tamamlayıcı bir mekanizma işlevi görmektedir.

B. USAD VE UAD UYGULAMASINDA *FORUM PROROGATUM*

Forum prorogatum yolunun temel özelliği, başvurucu devletin, tek taraflı bir başvuru yaparak – teknik olarak o aşamada henüz davanın bir tarafı olmayan – müstakbel davalı devleti uyuşmazlık üzerinde Divan'ın yargı yetkisini kabul etmeye davet etmesidir. Eğer müstakbel davalı devlet, bu daveti kabul ettiğini Divan'a bildirirse, Divan'ın bu uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkisi tesis edilecek ve yargılama süreci ilerlemeye başlayacaktır.[940] Pazarcı'nın ifadesiyle, davalı taraf, somut uyuşmazlığın karşı tarafını tek taraflı başvurusuyla "Divan önüne çekmeyi denemektedir."[941] Ancak aşağıda gösterildiği üzere, *forum prorogatum* yolunun UAD'nin buluşu olduğunu söylemek mümkün değildir. *Forum prorogatum* yolunun tarihsel gelişimi takip edildiğinde, önce USAD tarafından ilkenin uygulandığı, sonrasında ise UAD tarafından geliştirildiği anlaşılmaktadır.

[939] Robert Kolb, *The International Court of Justice* (Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013), ss. 546-547.
[940] Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum," s. 3; C. H. M. Waldock, "Forum Prorogatum or Acceptance of a Unilateral Summons to Appear before the International Court," *International Law Quarterly*, Cilt: 2, Sayı: 3 (1948), ss. 377-378.
[941] Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, s. 450.

USAD ve UAD'nin açık rıza beyanı ve zımni rıza olmak üzere iki farklı yolla aksi takdirde yetkili olmayacakları davalarda yetki tesis ettikleri görülmektedir. Burada açık rıza beyanından kasıt, davalı devletin davacının yaptığı daveti *ex post* olarak ve açıkça kabul etmesidir. Zımni rıza ise açık bir kabul beyanı olmaksızın, davalı devletin tavır ve tutumlarıyla Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiği konusunda çıkarımda bulunulmasıdır. UAD içtihadı incelendiğinde, zımni rıza açısından iki farklı durumun söz konusu olduğu görülmektedir: i) uyuşmazlığın esasına ilişkin sorunların Divan önünde cevaplanması veya esasa ilişkin karar alınmasına itiraz edilmemesi, ii) Divan'ın yetkisizliğinin ileri sürülmemesi veya önceden ileri sürülen yetkisizlik iddiasından vazgeçilmesi.

1. Açık Rıza Beyanı

İlk tür *forum prorogatum*, davacı devletin somut uyuşmazlığı bir başvuru ile Divan önüne getirmesinin ardından, davalı devletin Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini belirten tek taraflı bir açık kabul şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu açık kabul, taraflar arasında yapılan açık bir anlaşma ya da davalı devletin yetkili temsilcisi tarafından Divan'a sunulmuş bir mektup veya sözlü savunma sırasında kabul gibi yollarla mümkün olmaktadır. Bu tür *forum prorogatum*, Kolb tarafından "*post hoc* özel anlaşma" olarak ifade edilmektedir.[942]

a. *Mavrommatis Concessions* Davaları (USAD)

USAD'nin *Mavrommatis Palestine Concessions* davasındaki[943] 1924 tarihli kararı, kendi tarihindeki ikinci karar olmakla birlikte, *forum prorogatum* ilkesinin – açıkça anılmadan – ilk defa uygulandığı örnek olarak yorumlanmıştır.[944] Söz konusu davaya konu olayda Yunan vatandaşı olan Georges Mavrommatis, Osmanlı İmparatorluğu ile yaptığı anlaşmalar uyarınca, Kudüs ve Yafa bölgelerinde su ve elektrik imtiyazlarına sahip olduğunu, ancak Birleşik Krallık'ın Filistin Mandası döneminde bu imtiyazların ihlal edildiğini ileri sürmekteydi. Yunanistan ise 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın XII. Protokolünün 9. maddesine ve

[942] Kolb, *The International Court of Justice*, s. 548.

[943] 1924 PCIJ, Series A, No. 2, *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

[944] Paolo Palchetti, "Activity of the International Court of Justice in 2008," *Italian Yearbook of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 1 (2008), s. 215.

24 Temmuz 1922'de Milletler Cemiyeti kararı ile kurulan Filistin için İngiliz Mandası'nın (Manda) 11. ve 26. maddelerine dayanarak USAD nezdinde Birleşik Krallık aleyhine dava açmıştır. Manda'nın 26. maddesi, Manda'nın yorumlanması veya uygulanması konusunda USAD'nin zorunlu yargı yetkisini tanımaktaydı.[945] Manda'nın 11. maddesi ve XII. Protokolün 9. maddesi, Mandater devletin (Birleşik Krallık) ilgili maddi yükümlülüklerini düzenlemekteydi. Manda'nın 11. maddesi, Mandaterin kabul ettiği uluslararası yükümlülüklere tabi olarak, Filistin Yönetimi'nin kamu mülkiyeti, doğal kaynakların kontrolü ve kamu hizmetlerinin sağlanması konularında tam yetkiye sahip olacağını öngörmekteydi. XII. Protokolün 9. maddesi ise, *inter alia*, ilgili toprakları devralan devletin, 29 Ekim 1914'ten önce Osmanlı Hükümeti veya herhangi bir Osmanlı yerel otoritesi ile yapılan imtiyaz sözleşmelerinden yararlanan diğer akit devletlerin vatandaşlarına yönelik olarak, Osmanlı'nın hak ve yükümlülüklerine tam olarak halef olacağını öngörmekteydi.[946]

Birleşik Krallık Hükümeti, mahkemenin yetkisine yönelik olarak, özellikle XII. Protokolün henüz yürürlüğe girmediğine ve bu nedenle mahkemenin iddia edilen ihlal ile ilgili şikâyetleri incelemesinin mevsimsiz olacağına dair bir ilk itirazda bulunmuştur. XII. Protokolün mahkeme bu itirazları karara bağlamadan önce taraflar arasında yürürlüğe girdiğinden hareket eden USAD, XII. Protokol henüz onaylanmadığı için başvurunun erken yapılmış olması durumunda bile, Mandaya dayalı olarak yetkili olduğuna karar vermiş, zira bu durumun daha sonraki onay ile geçerlilik kazanacağını değerlendirmiştir.[947]

Bu değerlendirmeden yola çıkan Waldock, USAD'nin dava açıldığında bir tarafın yetkiye rızasının bulunmamasının, söz konusu yargılamadan bağımsız ve bu yargılamaya özel bir atıf yapılmaksızın verilen daha sonraki bir yargı yetkisi rızasıyla giderildiğine hükmettiğini tespit etmiştir.[948] Aynı

[945] 1924 PCIJ, Series A, No. 2, 11 ("Mandater, kendisi ile Milletler Cemiyeti'nin diğer bir üyesi arasında, Manda hükümlerinin yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkması ve bu uyuşmazlığın müzakerelerle çözülememesi durumunda, uyuşmazlığın Milletler Cemiyeti Antlaşması'nın 14. maddesinde yer verilen Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'na sunulacağını kabul eder").

[946] Edwin M. Brochard, "Mavrommatis Concessions Cases," *American Journal of International Law*, Cilt: 19, Sayı: 4 (1925), ss. 728-738.

[947] Brochard, "Mavrommatis Concessions Cases," s. 729.

[948] Waldock, "Forum Prorogatum or Acceptance of a Unilateral Summons to Appear before the International Court," s. 383.

sonuca Rosenne de varmıştır.[949] Ancak doktrinde bu değerlendirmenin aleyhine yorumlanabilecek bazı noktalar olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin Yee'ye göre, USAD'nin konuyu gerçekten bir yargı yetkisi meselesi olarak ele alıp almadığı açık değildir. Mahkeme, başvuru yapıldığında yargı yetkisi olmadığı argümanını tanımlamak için "olması durumunda bile" ifadesini kullanmıştır. Dahası, Lozan Antlaşması'nın XII. Protokolünün 9. maddesi bir yargı yetkisi maddesi değil, tarafların maddi yükümlülüklerini belirleyen bir hükümden ibaretti. Yunanistan, Birleşik Krallık'ın ileri sürdüğü iddiaları karşılamakla yükümlü olduğu ve mahkemenin yargı yetkisini temellendirmediği pozisyonu için bu maddeye dayanmıştı. Diğer taraftan Yunanistan, mahkemenin uyuşmazlık üzerinde yargı yetkisini Manda'nın 26. maddesi üzerinden temellendirmeye çalışmaktaydı ki bu nedenle de davanın açılması anında Birleşik Krallık'ın rızasının mevcut olduğu ileri sürülebilecektir.[950] Kanaatimizce de Birleşik Krallık, Divan'ın söz konusu uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkisini Yunanistan'ın başvurusundan önce bir zorunlu yargı anlaşması ile zaten kabul etmiş durumundadır. Buradaki mesele gerçekten de Birleşik Krallık'ın rızasının olup olmadığı değil, rızanın dayandığı antlaşmanın yürürlüğüne ilişkindir. Bu nedenle bu davanın *forum prorogatum* müessesesine katkısı tartışmalıdır.

Mahkeme nezdinde devam eden yargılama sırasında yetkinin *ex post* açık bir beyan ile kabul edilmesine ilişkin gerçek anlamda ilk somut örnek ise Birleşik Krallık tarafından Yunanistan'ın *Mavrommatis Jerusalem Concessions* davasına[951] cevaben açılan karşı davada gerçekleşmiştir.[952]

---

[949] Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 683 ("[*Forum prorogarum*] ilkesi, ilk *Mavrommatis Palestine Concessions* kararında açıkça ortaya konulmuştur. Bir başvuru, temel aldığı hukuki gerekçelerin, ya da tüm hukuki gerekçelerin, henüz yürürlüğe girmemiş olması nedeniyle kabul edilemez sayılmaz. Eğer davalı devlet, Divan'ın yargı yetkisine itirazda bulunmaksızın esasa ilişkin savunma yaparsa, *forum prorogatum* ilkesi Divan'a yargı yetkisi tanıyabilir. Buradan, bir [yetki anlaşmasının] yapılması gereken en geç tarihin, normalde davalının karşı cevabını veya ilk itirazını sunma tarihinden önce olması gerektiği sonucu çıkar. Eğer bu tarih sonrasında bir anlaşma yapılırsa, davanın niteliğinin bir dönüşüm geçirdiği söylenebilir").

[950] Sienho Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," *German Yearbook of International Law*, Cilt: 42 (1999), s. 153.

[951] 1925 PCIJ, Series A, No. 5, *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Judgment of 26 March 1925, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_05/15_Mavrommatis_a_Jerusalem_Arret_19250326.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

[952] Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), s. 105 ("[USAD], *Mavrommatis*

Mahkeme, Birleşik Krallık tarafından yapılan ön itiraz üzerine verdiği kararda, yalnızca bazı imtiyazlar üzerinde yetkiye sahip olduğunu açıkça belirtmiştir. Bunun ardından, Birleşik Krallık, USAD'nin yetkisini ek bir iddia üzerinde kullanmasını açıkça kabul eden bir karşı dava sunmuştur. Mahkeme, yazılı yargılamalar sonucunda taraflar arasında bu konuda bir anlaşmanın oluştuğunu not etmiş ve söz konusu mesele üzerinde yetkiye sahip olduğuna hükmetmiştir. Buna göre "mahkeme, yetkisinin Mandanın 26. maddesi uyarınca tanınmış olması nedeniyle değil, *yazılı yargılama sürecinden kaynaklanan taraflar arasındaki bir anlaşma sonucu* ... karar verme yetkisine sahip olduğunu tespit etmiştir."[953] Tassinis'e göre, USAD'nin yargı yetkisi bir anlaşmaya dayalı olarak tesis edilmiş olsa da mahkeme yargı yetkisinin temeli için taraflar arasında önceden rızaya ilişkin herhangi bir biçimsel gerekliliği göz ardı edeceğini açıkça kabul etmiştir.[954]

Mavrommatis Jerusalem Concessions kararının *forum prorogatum* bakımından ikinci bir özelliği de ilkenin taraflar arasında zaten mevcut olan yargılama yetkisinin kapsamını genişletmek amacıyla kullanılmış olmasıdır. Bu genişleme, bir tarafça ileri sürülen ve diğer tarafça yetki açısından itiraz edilmeyen ek iddialar sonucunda veya mahkeme önündeki davalara atıfta bulunmaksızın bir antlaşmanın onaylanması suretiyle yetkinin sonradan rıza ile sağlanması durumunda ortaya çıkabilmektedir.[955]

[*Jerusalem Concessions*] davasında, davalının XII. Protokol ile ilgili olarak mahkemenin yetkisini kabul ettiğine dair açık bir beyanla rızasını verdiğini vurgulamıştır"); Orfeas Chasapis Tassinis, "Preliminary Issues Posed by the Doctrine of Forum Prorogatum and the Case of Djibouti v. France," *International Community Law Review*, Cilt: 15, Sayı: 4 (2013), s. 487 ("*Mavrommatis* [*Jerusalem Concessions*] davasında [USAD], ilk kez yargılamanın başlatılmasından sonra taraflar arasında varılan yazılı bir anlaşmaya dayanarak yargı yetkisi tesis etmiştir").

[953] 1925 PCIJ, Series A, No. 5, 27-28 (*vurgu eklenmiştir*).

[954] Tassinis, "Preliminary Issues Posed by the Doctrine of Forum Prorogatum and the Case of Djibouti v. France," s. 487; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 683.

[955] Henry Burmester, "The basis of the Court's jurisdiction and the Scope and Usefulness of Forum Prorogatum," içinde *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, Editörler, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Sarah Heathcote (London: Routledge, 2012), s. 94.

b. *Factory at Chorzów (Merits)* Davası (USAD)

Factory at Chorzów (Merits) davasında[956] Almanya, Yukarı Silezya hakkında Almanya ve Polonya arasında akdedilen 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne dayanarak, Polonya'ya karşı USAD nezdinde bir dava açmıştır.[957] Polonya ise 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin yargı yetkisi hükmünün uygulama alanı dışında kalan 1919 tarihli Versay Antlaşması'nın 256. maddesine dayalı olarak bir karşı dava açmıştır. Almanya, Polonya'nın karşı davasına verdiği cevapta, öncelikle karşı davadaki yargı yetkisi yetersizliğine işaret etmiş, ancak yargı yetkisinin, bir konunun USAD'ye iletilebilmesi için belli bir prosedürün izlenmesini gerektiren Almanya ve Polonya arasındaki tahkim üzerine Locarno Sözleşmesine dayandırılabileceğini belirtmiştir. Devamında ise bu gerekliliğin görmezden gelinebileceğini, "zira Alman Hükümeti'nin karşı davada ileri sürülen meseleye ilişkin olarak mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiğini" beyan etmiştir.[958] USAD ise söz konusu kabul beyanına dayanarak, tarafların karşı davanın karara bağlanması için mahkemenin yargı yetkisinde mutabık oldukları sonucuna varmıştır.[959]

c. *Corfu Channel (Preliminary Objections)* Davası (UAD)

Davanın açılmasını müteakiben sunulan açık kabul beyanıyla mahkemenin ilk başta olmayan yargı yetkisinin sonradan tesis edildiği ve dolayısıyla *forum prorogatum* ilkesinin uygulandığı bir dava da bu kez UAD tarafından karara bağlanan *Corfu Channel (Preliminary Objections)* davası[960] olmuştur. Söz konusu davada, Birleşik Krallık ile Arnavutluk arasında Korfu Boğazı'nda meydana gelen bir olayla ilgili bir ihtilaf ortaya

[956] 1928 PCIJ, Series A, No. 17, *Factory at Chorzów* (Merits), Judgment of 13 September 1928, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2024).

[957] Selçuk Gişi, "Uluslararasi Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzów Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3 (2016), ss. 15-43.

[958] 1928 PCIJ, Series A, No. 17, 37.

[959] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 154; Tassinis, "Preliminary Issues Posed by the Doctrine of Forum Prorogatum and the Case of Djibouti v. France," s. 488.

[960] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 25 March 1948, I.C.J. Reports 1948, 15.

çıkmıştır.[961] BM Güvenlik Konseyi, uyuşmazlığın Divan Statüsü uyarınca UAD'ye sevk edilmesini tavsiye etmiştir. Birleşik Krallık, BM Şartı'nın 36/1. maddesi uyarınca özel olarak öngörülmüş bir dava olduğu iddiasıyla tek taraflı olarak Arnavutluk'a karşı UAD nezdinde bir dava açmıştır.[962] Arnavutluk ise 2 Temmuz 1947 tarihli mektubunda, Birleşik Krallık'ın başvurusunun Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı olmayan tavsiyesiyle uyumlu olmadığını, Arnavutluk'un ne Divan Statü'nün 36. maddesi ne de başka bir uluslararası hukuk belgesiyle UAD'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiğini, dolayısıyla Birleşik Krallık'ın uyuşmazlığı tek taraflı bir başvuru ile Divan'a sevk etme hakkına sahip olmadığını belirtmiştir.[963] Ancak mektubun devamında şu ifadelere yer verilmiştir: "Bununla birlikte, Arnavutluk Hükümeti, Birleşik Krallık Hükümeti'nin davayı Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi doğrultusunda Divan huzuruna getirme biçimine ve özellikle de söz konusu Hükümetin, Konsey'in tavsiyelerinin bağlayıcı niteliği ile ilgili olarak [BM] Şartı'nın 25. maddesine yüklemeye çalıştığı yoruma ilişkin en açık çekincelerini yapmaktadır. *Arnavutluk Hükümeti, bu davaya özgü olarak Divan'ın yargı yetkisini kabul etmesinin gelecekte bir emsal teşkil edemeyeceğini özellikle vurgulamak istemektedir*."[964] Arnavutluk ayrıca, dava için bir vekil atadığını Divan'a bildirmiştir.[965]

Bu mektubun ardından Arnavutluk, Birleşik Krallık'ın başvurusunun Divan Statüsü'nün 36/1. ve 40/1. maddelerine aykırı olarak yapıldığını ve bu nedenle kabul edilemez olduğunu ileri sürerek bir ilk itirazda bulunmuştur.[966] Bu itirazı reddeden Divan, yargı yetkisini Arnavutluk'un mektubuna dayandırmış ve bunu usule ilişkin tüm eksikliklerden feragat ve Divan'ın yargı yetkisinin kabulü olarak yorumlamış; ancak Birleşik Krallık'ın yargı yetkisini başka gerekçelere dayandırma girişimi hakkında bir görüş bildirmemiştir.[967] Divan, 2 Temmuz 1947 tarihli mektupta yer alan "*davaya özgü olarak Divan'ın yargı yetkisini kabul*" ifadesinin, "Divan'ın yargı yetkisinin rızaya dayalı ve tartışmasız kabulü anlamına geleceği" sonucuna ulaşmıştır.[968]

---

[961] Harding F. Bancroft ve Eric Stein, "The Corfu Channel Case," *Stanford Law Review*, Cilt: 1, Sayı: 4 (1949), ss. 646-657.
[962] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 17.
[963] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 18-19.
[964] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 19, 28 (*vurgu eklenmiştir*).
[965] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 19.
[966] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 23.
[967] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 27.
[968] *Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection*, 27.

UAD'nin tarihindeki ilk dava olan *Corfu Channel (Preliminary Objections)* kararından hareketle Yee, davanın başlatılmasının ardından Arnavutluk'un yargı yetkisini açıkça kabul ettiğini ve böylece Divan'ın *forum prorogatum* ilkesini ilk kez uyguladığını tespit etmiştir.[969] Yine Pouliot'a göre, bu karar *forum prorogatum* ilkesi açısından iki bakımdan önem arz etmektedir. İlk olarak, tarafların rızasının herhangi bir özel biçimde ifade edilmesi gerekmemektedir, zira UAD, Arnavutluk'un yargı yetkisini kabul ettiğini, Divan'a hitaben yazılmış basit bir mektuptan çıkarmıştır. İkincisi, tarafların yargılamaya yönelik rızası bir kez verildiğinde, bu rıza tek taraflı olarak geri çekilemeyecektir.[970]

d. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* Davası (UAD)

Açık rıza beyanı açısından üzerinde durulması gereken bir dava da[971] 2008 tarihli Cibuti ile Fransa arasındaki *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* davasıdır.[972] Söz konusu davadaki olaylar zinciri Fransız hâkim Bernard Borrel'in 1994 yılında Cibuti Adalet Bakanlığı'na teknik danışman olarak hizmet etmek üzere bu ülkeye gitmesiyle başlamıştır. Borrel'in cesedi ertesi yıl bir uçurumun tepesinde yarı yanmış halde bulunmuş, olayın üzerinden yirmi beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen, hâkimin ölümü ardındaki sır perdesi hâlâ aralanamamıştır. Hem Cibuti hem de Fransa olayı soruşturmuş, ancak Fransa'nın soruşturma dosyalarının kopyalarını Cibuti'ye göndermeyi

[969] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 169. Ayrıca *bkz*. Kolb, *The International Court of Justice*, s. 548.

[970] Pouliot, "Forum Prorogatum before the International Court of Justice: The Djibouti v. France Case," ss. 206-207.

[971] Burada ayrıca not edilmelidir ki *Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France) davasında Kongo'nun *forum prorogatum* başvurusu UAD İç Tüzüğü m. 38/5 temelinde başlatılmış ve Fransa, UAD'nin yargı yetkisini açıkça kabul etmiştir (*Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003, 103, para. 6). Ancak Kongo, esasa ilişkin bir karar verilmeden önce başvurusunu geri çekmiştir (*Certain Criminal Proceedings in France* (Republic of the Congo v. France), Order of 16 November 2010, I.C.J. Reports 2010, 635). Esasa ilişkin bir mahkeme hükmü bulunmadığından, bu dava incelenmemiştir.

[972] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment of 4 June 2008, I.C.J. Reports 2008, 177.

reddetmesi, uyuşmazlığın UAD nezdinde bir davaya dönüşmesi ile sonuçlanmıştır.[973]

Fransa'nın belgeleri kendisine sunmayı reddetmesinin 1986 tarihli Hukuki Yardım Sözleşmesi'nin ve 1977 tarihli Cibuti ile Fransa arasındaki Dostluk ve İşbirliği Anlaşması'nın ihlali olduğunu belirten Cibuti,[974] Fransa'nın *ex ante* rızasını aramaksızın, davasını UAD İç Tüzüğü'nün[975] 1978 yılında kabul edilen 38/5. maddesine dayalı olarak Divan'a sunmuştur.[976] Söz konusu madde hükmü, başvuran devletin, daha önce bir yargı yetkisi dayanağı veya davalı devletin onayı olmadan UAD nezdince dava açması durumunda, başvurunun aleyhine dava açılan devlete iletilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yine aynı madde, davalı devlet Divan'ın yargı yetkisini kabul edene kadar, UAD'nin başvuruyu bekleyen davalar listesine ekleyemeyeceğini veya daha fazla işlem yapamayacağını hüküm altına almaktadır.[977]

Fransa, 25 Temmuz 2006 tarihli bir mektupla UAD'nin somut uyuşmazlık üzerindeki yargı yetkisini kabul etmiştir.[978] Bu mektupta Fransa, Divan'ın yargı yetkisini "sadece ve yalnızca mezkûr 38. madde, 5. fıkra temelinde" kabul ettiğini belirtmiş ve bu rızanın "yalnızca davanın amacı için geçerli olduğunu... yani, başvurunun konusunu oluşturan ihtilafla ilgili ve yalnızca başvuruda belirtilen iddialar dahilinde" olduğunu vurgulamıştır.[979] Ancak, kabulün kapsamı, davadaki taraf devletler arasında ihtilafa yol açmıştır. Fransa, rıza beyanının yalnızca Cibuti'nin başvurusunun "anlaşmazlığın konusu" alt başlığının içeriğiyle sınırlı

[973] Aziz Tuffi Saliba ve Lutiana Valadares Fernandes Barbosa, "Djibouti v. France Reflections on the Jurisprudential Contributions on the Judgment," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Cilt: 82 (2023), s. 58.

[974] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, 184, para. 17

[975] International Court of Justice, Rules of Court (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered into Force on 1 July 1978, https://www.icj-cij.org/index.php/rules (Erişim Tarihi: 10.11.2024).

[976] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, 181, para. 2.

[977] International Court of Justice, Rules of Court (1978), art. 38/5 ("Başvuruda bulunan devlet, Divan'ın yargı yetkisini, aleyhinde başvuru yapılan devlet tarafından henüz verilmemiş veya açıkça ifade edilmemiş bir rızaya dayandırmayı teklif ettiğinde, söz konusu başvuru o devlete iletilecektir. Ancak, aleyhinde başvuru yapılan devlet, Divan'ın yargı yetkisine bu davanın amaçları bakımından rıza gösterene kadar başvuru Genel Listeye kaydedilmeyecek ve yargılamayla ile ilgili herhangi bir işlem yapılmayacaktır").

[978] Fransa'nın kabulü, 38/5. Maddenin 1978'de yürürlüğe girmesinden sonra böyle bir talebin kabul edildiği ilk örnek olmuştur (bkz. Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum," s. 22.

[979] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, 181, para. 4.

olduğunu ve burada yalnızca 1977 tarihli Dostluk ve İşbirliği Anlaşması'na uyulmadığı iddialarının yer aldığını savunmuştur. Öte yandan Cibuti, Fransa'nın kabulünün başvurunun tamamını kapsadığını, buna Cibuti memurları aleyhine düzenlenen ifade celplerine ilişkin tartışmaların da dâhil olduğunu ileri sürmüştür. UAD ise, on beşe karşı bir oyla, Cibuti'nin pozisyonunu kabul ederek tüm iddialar üzerinde yargı yetkisi tesis etmiştir.[980]

Saliba ve Barbosa'nın tespit ettiği üzere, UAD'nin *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* kararı, yargı yetkisinin *forum prorogatum* ilkesine dayandığı durumlarda, aleyhine başvuru yapılan tarafın açık rızasının belirleyici faktör olabildiğini göstermektedir.[981] Bu tespit Divan'ın yargı yetkisini "Fransa'nın 25 Temmuz 2006 tarihli mektubunda açıkça kabul ettiği unsurların dikkate alınması" üzerine temellendirmesi ile de desteklenmektedir.[982]

2. Zımni Rıza

Hem USAD'nin hem de UAD'nin yeterli sayıda içtihadında davanın açılmasından sonra verilecek rızanın mutlaka açık bir beyanla olması gerekmediği ve ancak zımni yollarla da açıklanabileceği kabul edilmiştir. Bu yollardan ilki mahkemeye sunulan yazılı ifadelerde yargı yetkisine açıkça itiraz edilmemesidir.

a. *Interpretation of Judgment* (USAD)

Forum prorogatum yolunun daha doğrudan bir uygulaması ve USAD'nin yargı yetkisini zımni kabule dayandırdığı ilk dava, 12 Eylül 1924 tarihli *Treaty of Neuilly* kararının yorumlanmasının talep edildiği 1925 tarihli *Interpretation of Judgment* davasında[983] gerçekleşmiştir. Söz konusu davada Yunan Hükümeti, USAD Statüsü'nün 60. maddesi uyarınca, daha önce kendisi tarafından verilen *Treaty of Neuilly* kararının yorumlanmasını talep ederek, USAD nezdinde tek taraflı bir başvuruda bulunmuştur. 60. maddeye

[980] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, 246, para. 205.
[981] Saliba ve Barbosa, "Djibouti v. France Reflections on the Jurisprudential Contributions on the Judgment," s. 64.
[982] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, 212, para. 88.
[983] 1925 PCIJ, Series A, No. 4, *Interpretation of Judgment*, Judgment of 26 March 1925 (Chamber of Summary Procedure), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_04/14_Interpretation_Arret_No_3.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

göre, USAD'nin yargı yetkisi, mevcut bir kararın anlamı ve kapsamı konusunda bir ihtilafın bulunmasına dayandırılmalıdır. Ancak USAD, Bulgaristan'ın Yunanistan'ın talebine ilişkin beyanlarını mahkemenin böyle bir yorum yapma yetkisine itiraz etmeden sunduğunu belirtmiştir. Bu nedenle 26 Mart 1925 tarihli kararında USAD, "Bulgaristan Hükümeti Temsilcisi, 30 Aralık 1924 tarihli kabul mektubunda, Yunan Hükümeti'nin [*Treaty of Neuilly* kararının] yorum talebine ilişkin beyanlarını sunmuş, ancak Mahkeme'nin bu yorumu yapma yetkisine karşı çıkmamıştır; dolayısıyla, taraflar arasındaki bu mutabakat dolayısıyla mahkemenin bu konuda yargı yetkisi bulunmaktadır" sonucuna ulaşmıştır.[984]

b. *Minority Schools* Davası (USAD)

USAD'nin, davalı devletin yargı yetkisini zımnen kabul ettiği bir diğer dava, 1925 yılında karara bağlanan *Minority Schools* davasıdır.[985] Söz konusu davada Almanya, 1922 yılında Cenevre'de imzalanan ve azınlık haklarını garanti altına alan Yukarı Silezya'ya İlişkin Alman-Leh Sözleşmesi'nin ihlal edildiği iddiasıyla Polonya aleyhine USAD nezdinde tek taraflı başvuru yoluyla dava açmıştır. Üç kısımdan oluşan mezkûr Sözleşmenin I. Kısmı 72 maddeden oluşmaktaydı. Almanya, USAD'nin yargı yetkisini 72/3. maddeye dayandırmış olsa da bu paragraf yalnızca I. Kısım'da 72. maddeden önce gelen hükümlerle ilgili ihtilaflarda USAD'ye yetki tanımaktaydı. Bununla birlikte, Almanya'nın sunduğu iddialar, hem I. Kısım'ın hem de III. Kısım'ın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin konuları kapsamaktaydı.[986] Dolayısıyla Almanya'nın iddialarının bir kısmı sözleşmedeki yargı yetkisi hükmünün kapsamı dışındaydı.

Diğer taraftan Polonya, USAD'nin yargı yetkisine ilişkin herhangi bir ilk itirazı yargılamanın ön inceleme aşamasında ya da "davanın reddini talep ettiği" karşı davasında ileri sürmemiştir.[987] Almanya'nın Polonya'nın karşı davasına cevap dilekçesi sunması üzerine Polonya, bir düplik sunarak USAD'nin yargı yetkisine itiraz etmiş ve Almanya'nın yalnızca cevap

[984] 1925 PCIJ, Series A, No. 4, 5-6.
[985] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Judgment of 26 April 1928, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/46_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).
[986] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 155; Kolb, *The International Court of Justice*, ss. 551-552.
[987] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 7.

dilekçesinde meseleleri net bir şekilde tanımlayarak mahkemenin yargı yetkisi meselesini gündeme getirdiğini ileri sürmüştür.[988]

USAD, Polonya'nın yargı yetkisi itirazını reddederek, bir devletin bir uyuşmazlığın mahkemeye sunulmasına ilişkin açık veya zımni rızasının, yargı yetkisi meselesine yaklaşımından dolaylı olarak çıkarılabileceğini ve bunun esasa ilişkin bir karar elde etme isteğinin açık ve kesin bir göstergesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Divan öncelikle "bir devletin Divan'ın yargı yetkisini belirli bir davada kabul etmesinin, Statü uyarınca, örneğin daha önce özel bir anlaşma yapılması gibi belirli şekil şartlarına tabi olmadığını" tespit etmiştir.[989] Devamında, "bir devletin uyuşmazlığın mahkeme tarafından görüşülmesine yönelik rızasının yalnızca açık bir beyanla değil, aynı zamanda bu rızayı kesin bir şekilde ortaya koyan eylemlerden de çıkarılabileceği hususunda herhangi bir şüphe bulunmadığı" belirlenmiştir.[990] USAD, Polonya'nın eğer gerçekten bu yönde bir iradesi olsaydı karşı davasında mahkemenin yetkisizliği meselesini gündeme getirebileceğini vurgulamıştır. Bu nedenle USAD, "Polonya Hükümeti'nin Alman Hükümeti'nin tüm iddialarına ilişkin esasa dair bir karar verilmesi için mahkemenin yargı yetkisini zımnen kabul ettiği sonucuna varmış ve düplik dilekçesinde yapılan yargı yetkisi itirazının, karşı davanın sunulduğu sırada mevcut olan kabulü geçersiz kılmayacağına hükmetmiştir."[991]

c. *Société Commerciale de Belgique* Davası (USAD)

1939 yılında karara bağlanan *Société Commerciale de Belgique* davası,[992] USAD'nin yargı yetkisini zımni rızaya dayandırdığı bir diğer dava olmuştur. Söz konusu davaya konu olayda Belçikalı bir ticaret şirketi olan *Société Commerciale de Belgique*, Yunanistan aleyhine biri sözleşmenin feshini, diğeri ise tazminat ödenmesini öngören iki tahkim kararının uygulanmasını istemiştir.[993] Diğer taraftan Yunanistan, tazminata ilişkin tahkim kararını, benzeri diğer yükümlülüklerine kıyasla herhangi bir öncelik tanımaksızın

[988] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 21.
[989] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 23.
[990] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 24.
[991] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 26.
[992] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, *Société Commerciale de Belgique*, Judgment of 15 June 1939, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_78/01_Societe_commerciale_de_Belgique_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 15.11.2024).
[993] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 167.

dış kamu borcunun bir parçası olarak değerlendirmiştir.[994] Diplomatik himaye kapsamında hareket eden Belçika, Yunanistan'a karşı USAD nezdinde tek taraflı başvuru yoluyla bir dava ikame etmiş, Yunanistan'ın tazminata ilişkin tahkim kararını yerine getirmeyi reddederek uluslararası yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.[995] Yunanistan ise, tahkim kararlarını *res judicata*[996] olarak kabul ettiğini, ancak mali durumunun bu kararları öngörülen şekilde yerine getirmesini imkânsız kıldığını belirtmiştir.[997] Sonuç olarak, Belçika ödemenin şekline ilişkin taleplerini değiştirse de Yunanistan bu taleplerin esasına ilişkin olarak yanıt vermeye devam etmiş, mahkemeden Belçika'nın taleplerini reddetmesini, bu mümkün olmayacaksa yetkisizlik kararı verilmesini istemiştir.[998] Ancak USAD, Yunanistan'ın yetkisizlik talebini reddetmiştir. Buna göre, "mahkemenin [Belçika'nın] talepleri üzerinde yargı yetkisini kullanması bakımından, Yunanistan Hükümeti'nin herhangi bir itirazda bulunmadığını belirtmek yeterlidir; aksine, esasa ilişkin iddialar sunmuş ve esasa dair bir karar talep etmiştir. Bu hususta taraflar arasında [yargı yetkisine ilişkin bir] mutabakat bulunmaktadır."[999]

Burada ayrıca önemli bir not olarak eklenmelidir ki USAD zımni rızanın varlığı durumunda başkaca yargı yetkisi iddialarının geçerliliğini tartışmaya gerek duymamıştır. Zira davacı devlet davadaki yargı yetkisini Belçika ile Yunanistan arasında 25 Haziran 1929 tarihli Uzlaşma, Tahkim ve Yargısal Çözüm Anlaşması'na dayandırsa da USAD bu iddia ile ilgilenmemiş ve zımni rızanın varlığını yeterli görmüştür. USAD'ın *Société Commerciale de Belgique* kararını değerlendiren Yee de başkaca bir temel olup olmadığına bakılmaksızın zımni kabulün mahkemenin yargı yetkisini kurmak için yeterli olduğu ve dahası davacının ıslah talebinde bulunması durumunda davalının itirazlarının yokluğunun da ıslah talebi için zımni kabul olarak değerlendirebileceğini tespit etmektedir.[1000]

[994] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 168.
[995] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 162.
[996] Latince *res judicata* teriminin Türkçe karşılığı hakkında bir tartışma için *bkz*. Kemal Gözler, Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2 (2007), ss. 45-61.
[997] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 164, 172.
[998] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 163, 164.
[999] 1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, 163, 174.
[1000] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 156.

d. *Haya de la Torre* Davası (UAD)

UAD'nin yargı yetkisini zımni rızaya dayandırdığı bir diğer örnek 1951 yılında karara bağlanan *Haya de la Torre* davasıdır.[1001] Davaya konu olayda, Peru Hükümeti tarafından siyasi suçlarla itham edilen Victor Raul Haya de la Torre, 1949 yılında Lima'daki Kolombiya Büyükelçiliğine sığınmıştır. Kolombiya, 1928 tarihli Havana Sığınma Sözleşmesi'ni gerekçe göstererek Torre'ye diplomatik sığınma hakkı tanımıştır.[1002] Peru'nun Kolombiya'dan Torre'yi teslim etmesi talebi üzerine taraflar arasında davaya konu uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Kolombiya, Divan'ın 20 Kasım 1950 tarihinde *Asylum* davasında ve 27 Kasım 1950 tarihinde söz konusu kararın yorumu talebi üzerine verdiği karara atıfta bulunan başvurusunu UAD nezdinde gerçekleştirmiştir. Bu başvuru, Torre'nin teslimi konusunda söz konusu kararlara nasıl uyulacağı hususunda taraflar arasında bir anlaşmaya varılamadığı belirtildikten sonra, biri asıl biri de alternatif olmak üzere iki talep içermekteydi. Asıl talep olarak Kolombiya, Divan'dan *Asylum* kararının hangi şekilde uygulanması gerektiğine ve bu kararın uygulanması çerçevesinde Kolombiya'nın Torre'yi Peru'ya teslim etmekle yükümlü olup olmadığına dair bir karar vermesini istemiştir.[1003] Alternatif olarak ise, "[Divan'ın] olağan yargı yetkisi kapsamında, Peru'nun duruşmaya katılıp katılmayacağından bağımsız olarak ve taraflar arasında bir anlaşma sağlanamazsa Divan'ın belirleyeceği sürelerden sonra, taraflar arasında yürürlükte olan kurallara ve özellikle Amerikan [devletleri arasında uygulanan] uluslararası hukuka göre, Kolombiya'nın [Torre'yi] Peru'ya teslim etmekle yükümlü olup olmadığına karar vermesi" istenmiştir.[1004]

UAD yargı yetkisini tesis ederken, Peru'nun davanın esasına ilişkin savunma yaparken bu konuda herhangi bir itirazda bulunmamasını gerekçe göstermiştir. Buna göre "taraflar, eldeki davada Divan'ın yargı yetkisine rıza göstermiştir. Kendilerine yöneltilen tüm sorular esas yönünden tartışılmış ve esasa ilişkin bir karar verilmesine yönelik herhangi bir itirazda bulunulmamıştır. Tarafların bu tutumu, Divan'a yargı yetkisi kazandırmak için yeterlidir."[1005]

[1001] *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), Judgment of June 13, 1951, I.C.J. Reports 1951, 71.

[1002] R. P. Anand, "Execution of International Judicial Awards: Experience Since 1945," *University of Pittsburgh Law Review*, Cilt: 26, Sayı: 4 (1965), s. 679.

[1003] *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), 72-73.

[1004] *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), 73.

[1005] *Haya de la Torre* (Colombia v. Peru), 78.

3. *A Contrario* Uygulamalar

UAD'nin *forum prorogatum* ilkesini *a contrario* yorumla uyguladığı örnekler de bulunmaktadır. Bu örnekler hem zımni rızanın sınırlarını hem de Divan'ın rızanın varlığını test ederken kullandığı ölçütleri göstermesi bakımından önem arz etmektedir.

a. *Ambatielos* Davası (UAD)

1952 yılında karara bağlanan *Ambatielos* davasına[1006] konu olayda, Yunan vatandaşı Nicolas Ambatielos, 1919 yılında Birleşik Krallık ile gemi satın alımına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. Ambatielos, Birleşik Krallık'ın sözleşme şartlarını yerine getirmemesi ve İngiliz mahkemelerinin kendisi aleyhine verdiği kararlar nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürmüştür. Yunanistan, diplomatik himaye kuralları kapsamında vatandaşının davasını üstlenmiş ve Birleşik Krallık'ın, 1886 ve 1926 yıllarında Yunanistan ile imzalanan antlaşmalar uyarınca uyuşmazlığı tahkime götürme yükümlülüğü altında olduğunu iddia etmiştir.[1007] Bu antlaşmalara dayanan Yunanistan, Birleşik Krallık'a karşı tek taraflı bir başvuru yoluyla UAD nezdinde 1951 yılında dava açmış ve Birleşik Krallık'ın uyuşmazlığı bir tahkim komisyonuna sunma yükümlülüğü altında olduğunu ilan eden bir karar talep etmiştir. Ayrıca davacı devlet, Divan'ın tahkim komisyonu yerine geçerek davanın esasına ilişkin bir karar verebileceğini de ileri sürmüştür.[1008]

Birleşik Krallık cevap dilekçesinde, Divan'ın tahkim komisyonu sıfatıyla davanın esasına ilişkin yargılama yapması yönündeki Yunanistan'ın önerisini belirli koşullar altında kabul edeceğini belirtmiştir. Ön itirazlara ilişkin sözlü duruşmada ise Birleşik Krallık, bu beyanını tekrarlamış, ancak bu rızanın geçerlilik kazanması için öne sürdüğü koşulları farklı ifadelerle yeniden dile getirmiştir.[1009] Divan, Yunanistan'ın Birleşik Krallık'ın Divan'ın tahkim komisyonu sıfatını üstlenmesi yönündeki koşullu teklifine ilişkin nihai talebine cevaben, bu teklifin yapıldığını kabul etmiş, ancak "teklife bağlı koşulların pek de açık olmadığını" belirtmiştir.[1010] Birleşik Krallık'ın cevap dilekçesinde ve sözlü savunmasında yargı yetkisine ilişkin kabul ve iddiaları arasında tutarsızlık olduğunu ima eden Divan, "taraflar arasında bu konuda herhangi bir açık anlaşmanın olup olmadığına dair bazı

[1006] *Ambatielos Case (Jurisdiction)*, Judgment of July 1, 1952, I.C.J. Reports 1952, 30.
[1007] Kurt Lipstein, "Ambatielos Case, The. Last Phase," *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 6, Sayı: 4 (1957), ss. 643-656.
[1008] *Ambatielos Case (Jurisdiction)*, 30.
[1009] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 175.
[1010] *Ambatielos Case (Jurisdiction)*, 38.

şüpheler uyanmaktadır. Ancak Divan, taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma bulunmaması durumunda, ancak bir tahkim komisyonunun yapacağı üzere, mevcut davanın tüm esaslarına girme yetkisine sahip olmadığına" karar vermiştir.[1011] Hem Lauterpacht[1012] hem de Yee[1013] tarafından tespit edildiği üzere, *Ambatielos* kararı, bu kararın Divan'ın yargı yetkisini kullanmadan önce, taraflar arasında Divan'a yargı yetkisi tanınmasına yönelik açık bir anlaşmanın bulunduğuna dair koşulların oluşması gerektiğini göstermektedir.

b. *Anglo-Iranian Oil Co.* Davası (UAD)

Yine 1952 yılında karara bağlanan *Anglo-Iranian Oil Co.* davası,[1014] Divan'ın zımni rızanın varlığı konusunda artan bir ihtiyatla hareket ettiği ve zımni rızanın bulunmadığı sonucuna vardığı bir diğer örnektir. 1933 yılında, İran Hükümeti ile İngiliz Anglo-Iranian Petrol Şirketi arasında bir petrol imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. 1951 yılında ise İran'da petrol sanayiinin millileştirilmesine yönelik yasalar çıkarılmıştır. Bu yasalar, İran ile şirket arasında bir ihtilafa yol açmış, Birleşik Krallık ise şirketin menfaatlerini temsilen davayı üstlenerek UAD nezdinde tek taraflı başvurusu ile hukuki süreç başlatmıştır.[1015]

İran ise ilk itirazında Divan'ın yargı yetkisine itirazda bulunmuş, ancak aynı belgede yargı yetkisi meselesinin ötesine geçen gerekçelerle davaların kabul edilemezlik nedeniyle reddedilmesini de talep etmiştir.[1016] Birleşik Krallık ise, sözlü yargılama aşamasında İran'ın yetki itirazına karşı – doğrudan zikrederek – *forum prorogatum* usulüne dayanmıştır. Buna göre Birleşik Krallık, "İran Hükümeti'nin savunmalarında yalnızca Divan'ın yargı yetkisine itiraz niteliğinde olmayan ve ancak Divan'ın yargı yetkisine sahip olması durumunda karara bağlanabilecek pek çok mesele sunmuş

[1011] *Ambatielos Case (Jurisdiction)*, 39.
[1012] Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, ss. 106-107.
[1013] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 175.
[1014] *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction)*, Judgment of July 22, I952, I.C.J. Reports I952, 93.
[1015] Fatma Ebru Gündüz ve Hakan Gündüz, "Uluslararası Adalet Divanı'nın 'Anglo-Iranien Oil Co.-1952' Kararının İncelenmesi," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17-18 (2012), ss. 163-178.
[1016] Preliminary Observations: Refusal by the Imperial Government of Iran to accept the jurisdiction of the Court, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/16/10980.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2024).

olması nedeniyle, bu davranışıyla *forum prorogatum* ilkesi uyarınca Divan'a yargı yetkisi tanıdığı" yönünde bir beyanda bulunmuştur.[1017] Ancak Divan, aşağıdaki gerekçeyle Birleşik Krallık'ın talebini reddetmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir:

Forum prorogatum ilkesinin mevcut davada uygulanabilir olması, İran Hükümeti'nin Divan'ın yargı yetkisine ilişkin bir rıza unsurunu içeren bir davranışına veya beyanına dayanmasını gerektirir. Ancak İran Hükümeti, Divan'ın yargı yetkisini tutarlı bir şekilde reddetmiştir. Yargı yetkisine itiraz etmek amacıyla bir ilk itiraz sunmuş ve bu itirazı dava süreci boyunca sürdürmüştür. [İran Hükümeti'nin] yargı yetkisi meselesi ile doğrudan bağlantısı olmayan diğer itirazlarda da bulunduğu doğrudur. Ancak bu itirazlar açıkça ve yalnızca İran'ın yargı yetkisine ilişkin itirazı reddedildiği takdirde incelenmesi gereken savunma tedbirleri olarak tasarlanmıştır. İran Hükümeti'nin bu davranışından herhangi bir rıza unsuru çıkarmak mümkün değildir. Dolayısıyla, Birleşik Krallık'ın bu noktadaki iddiası kabul edilemez.

Anglo-Iranian Oil Co. kararından Divan'ın aleyhinde tek taraflı başvuru yoluyla dava açılan devletin zımni rızasını tespit ederken bağlamsal bir yaklaşım benimsediği anlaşılmaktadır.[1018] Yukarıda incelenen UAD ve USAD örneklerinden farklı olarak, *Anglo-Iranian Oil Co.* davasında İran'ın davanın esasına ilişkin ileri sürdüğü iddialar, İran'ın ilk itirazında Divan'ın yargı yetkisine açık ve doğrudan itirazı ile birlikte değerlendirilmiştir. Gerçekten de İran söz konusu ilk itirazında, bu itirazı "yalnızca Divan'ın yetkisizliğini ortaya koymak ve yargı yetkisini reddetmek konusunda geçmişte sahip olduğu ve hâlâ geçerli olan nedenleri açıklamak" olarak belirtmiş, ardından da bu itirazın "Divan önündeki yargılamayı bağlayıcı nitelikte bir karşı cevap niteliğinde olmadığını" vurgulamıştır.[1019] Divan, İran'ın yetki itirazının ötesinde savunma ve iddialarda bulunmasını ise, "bu davranıştan herhangi bir rıza unsuru çıkarılamaz" ifadesiyle karşılamıştır.[1020]

c. *Aegean Sea Continental Shelf* Davası (UAD)

UAD'nin zımni rızaya yaklaşımı son bir emsal kararla incelenmelidir. 1978 yılında karara bağlanan *Aegean Sea Continental Shelf* davasında[1021]

[1017] *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction)*, 101, 113.
[1018] Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, s. 106.
[1019] Preliminary Observations: Refusal by the Imperial Government of Iran to accept the jurisdiction of the Court, 281.
[1020] *Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction)*, 114.
[1021] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment of 19 December 1978, I.C.J. Reports 1978, 3.

Yunanistan, Ege Denizi kıta sahanlığına ilişkin bir ihtilaf nedeniyle Türkiye aleyhine tek taraflı bir başvuru ile 10 Ağustos 1976 tarihinde bir dava açmıştır. Söz konusu davada Yunanistan, Divan'dan bölgedeki Yunan adalarının kendi kıta sahanlıklarına sahip olduklarını ilan etmesini ve Yunanistan ile Türkiye'ye ait olan bu alanlarının sınırlarını belirlemesini talep etmiştir. Aynı zamanda, Divan'ın kararı beklenirken, bir devletin diğerinin rızası olmadan söz konusu kıta sahanlığı alanlarında keşif veya araştırma faaliyetlerinde bulunmamalarını belirten bir ihtiyati tedbir kararı istenmiştir.[1022]

Divan, 11 Eylül 1976 tarihli ara kararıyla, Yunanistan'ın talep ettiği türden bir ihtiyari tedbire yer olmadığına ve Türkiye'nin yetki itirazını reddetmesi nedeniyle öncelikle yargı yetkisi meselesine ilişkin karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[1023] Yunanistan, UAD'nin yargı yetkisini 1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkında Cenevre Genel Senedi'nin 17. maddesine ve 31 Mayıs 1975 tarihli Yunan-Türk ortak basın bildirisine dayandırmıştır.[1024] Ancak Divan, Türkiye'nin Yunanistan'ın söz konusu antlaşmaya katılımına ilişkin (b) numaralı çekincesini öne sürmesi nedeniyle, Genel Senet'in mevcut uyuşmazlığa uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.[1025] Devamında Divan, ortak basın bildirisi ile bir uyuşmazlığın yargısal çözüme sevk edilmesi için uluslararası bir anlaşma teşkil etmesine engel olabilecek herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığını not etmiştir.[1026] Ancak taraflar arasındaki söz konusu bildirinin böyle bir anlaşmayı oluşturup oluşturmadığının esasen bildirinin doğasına bağlı olduğunu ve bildirinin hazırlanma koşullarına dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.[1027] Bildiride kullanılan ifadelerin lafzi yorumu üzerinden bir değerlendirme yapan UAD, tarafların mevcut uyuşmazlığın tek taraflı olarak Divan'a sunulmasını

[1022] Aslan Gündüz, "Ege Denizi Kıta Sahanlığı Davası ve Bazı Düşünceler," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 3, Sayı: 2 (1983), ss. 11-23.
[1023] *Aegean Sea Continental Shelf*, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976, 3.
[1024] Söz konusu iki hukuki enstrümanın yargı yetkisine etkisi üzerine detaylı bir çalışma için *bkz*. "The United Nations, 31st Session," *Harvard International Law Journal*, Cilt: 18, Sayı: 3 (1977), ss. 649-676.
[1025] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 38, para. 93.
[1026] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 39, para. 96.
[1027] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 39, para. 96; Alexander N. Vylegzhanin ve Olga I. Zinchenko, "Cases Relating to the Law of the Sea: Issues of Jurisdiction of the International Court of Justice," *Vestnik of Saint Petersburg University Law*, Cilt: 2023, Sayı: 3 (2023), s. 690.

koşulsuz kabul etmek gibi açık bir taahhüt verme niyetinde olmadıkları sonucuna varmış, dolayısıyla bildirinin Divan'ın yargı yetkisini sağlamak amacıyla geçerli bir temel teşkil etmediği hükmünü tesis etmiştir.[1028]

Türkiye ise mevcut davada Divan'ın yargı yetkisi olmadığını ileri sürmüş ve iddiasını iki gerekçeye dayandırmıştır.[1029] Buna göre ilk olarak, somut uyuşmazlığı Divan'a sevk etmek için iki devlet arasında herhangi bir geçerli anlaşma bulunmamaktadır.[1030] İkinci olarak ise, 1928 Cenevre Genel Senedi'nin geçerli bir anlaşma olduğu kabul edilse bile, Yunanistan'ın kendi çekincesi Divan'a yargı yetkisi tanıma imkânını ortadan kaldırmaktadır.[1031] Türkiye'nin Ağustos 1976, Nisan 1978 ve Ekim 1978 tarihlerindeki üç ayrı bildirimle yargı yetkisi itirazında bulunduğunu, uyuşmazlığın esasına ilişkin hiçbir savunma sunmadığını ve sözlü yargılamada temsil edilmediğini göz önünde bulunduran Divan, yalnızca UAD Statüsü'nün 53. maddesi[1032] uyarınca başvuruyu ele alma yetkisine sahip olup olmadığını değerlendirebileceğine karar vermiştir.[1033] Sonuç olarak, uyuşmazlığın Divan'a tek taraflı olarak sevkini kabul edebilmek için her iki devleti de bağlayıcı bir anlaşma içermediğini tespit ederek, yetkisizlik kararı vermiştir.[1034]

III. *FORUM PROROGATUM* MÜESSESESİNİN MEVCUT DURUMU VE ÇEŞİTLİ ELEŞTİRİLER

Yukarıda açıklandığı üzere, *forum prorogatum* ne USAD'nin ne de UAD'nin Statüsü'nde ya da İç Tüzüğü'nde (ilk haliyle) yer alan bir müessesedir; ancak bu mahkemelerin içtihatlarıyla şekillenmiştir.[1035] Ancak

[1028] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 44, para. 107.
[1029] Observations of the Government of Turkey on the Request by the Government of Greece for Provisional Measures of Protection, 26 August 1976, paras. 12-17, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/62/9483.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2024).
[1030] Observations of the Government of Turkey on the Request by the Government of Greece for Provisional Measures of Protection, 72.
[1031] Observations of the Government of Turkey on the Request by the Government of Greece for Provisional Measures of Protection, 73.
[1032] "1. Taraflardan biri Divan önüne çıkmaz ya da davasını savunmaktan kaçınırsa, öteki taraf Divan'dan kendi savları doğrultusunda karara varmasını isteyebilir. 2. Divan, bu isteği yerine getirmeden önce, yalmzca 36 ve 37. maddeler uyarınca yetkili olduğuna değil, aynı zamanda savların fiilen ve hukuken sağlam esaslara dayandığından emin olmalıdır"
[1033] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 7, para. 14.
[1034] *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, 45, para. 109.
[1035] Burmester, "The basis of the Court's jurisdiction and the Scope and Usefulness of Forum Prorogatum," s. 93; Hanqin, *Jurisdiction of the International Court of Justice*, s. 67

not edilmelidir ki *forum prorogatum* UAD yargılamasında zaman içerisinde – en azından bir dönem için – nicelik itibarıyla istisnai bir uygulama olmaktan öteye geçebilmiştir. Yee'nin tespitine göre, *Anglo-Iranian Oil Co.* davasının karara bağlanması sonrasında (1952-1958 yılları arasında), ABD ve Birleşik Krallık, *forum prorogatum* ilkesine dayanarak UAD nezdinde tek taraflı sekiz – başarısız – başvuru gerçekleştirmiştir. Ancak diğer davalarda davacı devletler yargı yetkisine ilişkin mevcut bir temele (örneğin genel bir anlaşma veya basın bildirisi gibi) dayanmaya çalışmışken, bu sekiz davanın tamamında söz konusu davaya özgü olarak Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini, ancak davalının yargı yetkisini henüz kabul etmediğini açıkça beyan etmiştir. Yine ilginç şekilde aleyhine dava açılan – veya teknik olarak açılmaya çalışılan – devletlerin hiçbiri uyuşmazlığın esasına ilişkin cevap dilekçesi sunmamış ve ancak tamamı Divan'ın yargı yetkisini reddeden yazılı bir beyanda bulunmakla yetinmişlerdir. Divan ise tüm davalarda yetkisizlik kararı vererek davaları Genel Listeden kaldırmıştır.[1036]

Forum prorogatum usulünün artan kullanımıyla beraber, bu usule ilişkin birçok soru da gündeme gelmiştir. Pouliot'a göre bu sorunlardan en önemlisi, bu imkânın özellikle devletlerin gerçek bir hukuki temele dayanmaksızın, tamamen siyasi amaçlarla Divan'a başvurmalarına olanak tanıyarak, mahkemeye erişimin kötüye kullanımına kapı aralamasıdır.[1037] *Forum prorogatum* gerçekten *de facto* bir yargı yetkisi tesis ederek, USAD ve UAD nezdinde yapılan hukuki dayanaktan yoksun ve asılsız bir temele dayanan bir başvurunun, bir devletin ya Divan'ın yargı yetkisini kabul etmek ya da uyuşmazlığı barışçıl yollarla çözmeye istekli olmadığını uluslararası topluma ilan etmek arasında kalmasına yol açabilmektedir.

Forum prorogatum yoluna ilişkin bir diğer sorun da hem USAD Statüsü'nün hem de UAD Statüsü'nün bu tür bir uygulamaya açıkça yer vermediği göz önüne alındığında, mahkemelerin bu yolu uygulamasının gerçekten hukuki bir temeli olup olmadığıdır. USAD Statüsü'nün 36. maddesi (UAD Statüsü'nün 36. maddesine büyük oranda benzer olarak), "[USAD'nin] yargı yetkisi, tarafların kendisine sunduğu tüm davaları ve yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülen tüm konuları

("*Forum prorogatum* müessesesi başlangıçta Divan Statüsü ve İç Tüzüğü ile düzenlenmemiş olup, USAD uygulamasından evrilmiştir").

[1036] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 177.

[1037] Pouliot, "Forum Prorogatum before the International Court of Justice: The Djibouti v. France Case," s. 208, dn. 24.

kapsar" hükmünü ihtiva etmekteydi.[1038] Ancak USAD hâkimleri arasında "tarafların kendisine sunduğu tüm davalar" ifadesinin anlam ve kapsamı bakımından önemli farklar bulunmaktaydı. Örneğin yukarıda ele alınan 1925 tarihli *Minority Schools* davasında karara muhalif hâkimler, *forum prorogatum* uygulamasının Statü'nün 36. maddesi ile uyumsuz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yukarıda ifade edildiği üzere USAD, *Minority Schools* davasında yargı yetkisini tespit ederken, davalı tarafın yargılama sırasında mahkemenin, aksi takdirde yargı yetkisine girmeyecek bir konuyu karara bağlamasını kabul ettiğine dair basit bir beyanını yeterli görmüştür. Ayrıca, bir devletin uyuşmazlığın mahkemeye sunulmasını kabul etmesinin yalnızca açık bir beyanla değil, aynı zamanda bu kabulü açıkça ortaya koyan eylemlerden de çıkarılabileceğine karar vermiştir.[1039] USAD, bu kararı tesis ederken doğrudan USAD Statüsü'nün 36/1. maddesine dayanmıştır.[1040] Yee için asıl sorun, 36/1. madde hükmündeki "taraflar" ifadesinin yorumlanmasından kaynaklanmakta olup, USAD'nin bu hükme getirdiği olağan yorum yapılabilecek tek ve en doğru yorum değildir; zira Yee'nin değerlendirmesine göre mahkeme, "taraflar" ifadesini her bir tarafın davayı ayrı ayrı mahkemeye sunabileceği şeklinde yorumlamıştır.[1041]

Ancak çoğunluğun bu yorumu ve zımni rızayı yücelten kararı, mahkemenin diğer üyelerinin ciddi muhalefeti ile karşılaşmıştır. Örneğin aynı davada Hâkim Huber, 36. madde uyarınca yargı yetkisinin belirlenmesinde geniş bir hareket alanı olduğunu kabul etmektedir, ancak bu madde "aynı zamanda sınırlayıcı bir niteliktedir", zira "[USAD], tarafların iradesinden bağımsız değildir ve bu irade öncesinde var olan bir yargı yetkisi söz konusu olamaz" tespitinde bulunmuştur.[1042] Hâkim Nyholm ise *forum prorogatum* ilkesine kesin olarak karşı çıkmamakla beraber, mahkemenin ilkeyi somut uyuşmazlığa uygulama biçimine karşı çıkmakta gibi görünmektedir. Ona göre mahkeme, Polonya'nın hem mahkemenin

[1038] League of Nations, Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, https://www.refworld.org/legal/constinstr/lon/1920/en/57478 (Erişim Tarihi: 06.11.2024).
[1039] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 23-23.
[1040] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 23 ("Statü'nün 36. maddesinin ilk fıkrası bu ilkeyi ortaya koymaktadır").
[1041] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 161.
[1042] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Huber, 48, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/47_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Huber.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

yargı yetkisine hem de esasa ilişkin beyanlar sunmasını esasa ilişkin savunmasından kaynaklanan örtük bir kabul olarak değerlendirmiştir. Ancak bu kabul, yetki itirazının esasa ilişkin savunmayla birlikte yapılabileceği şeklindeki usul ilkesiyle doğrudan çelişmektedir.[1043] Yine Hâkim Negulesco'ya göre, "yalnızca dava belgelerinden çıkarsama yapılabilen mahkemenin yargı yetkisinin zımni kabulü, [USAD] Statüsü ve İç Tüzüğü hükümlerine aykırıdır, zira bu hükümler, mahkemenin herhangi bir konuyu incelemesine olanak sağlayan yalnızca iki yöntemi kabul etmektedir."[1044]

Bu mesele, USAD İç Tüzüğü'nün kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmeye başlandığı 1934 yılından itibaren mahkeme üyeleri tarafından kapsamlı bir tartışmaya açılmıştır. Hâkim Fromageot, USAD'nin *forum prorogatum* içtihadını bir bütün olarak geçersiz kılacak bir öneriyle tartışmanın fitilini ateşlemiştir. Bu öneriye göre, yapılacak bir başvuruda mahkemenin yargı yetkisinin temeli, taraflar arasında uyuşmazlık öncesi yapılan genel veya özel bir antlaşma hükmüne dayandırılmak zorundaydı.[1045] Ancak bu öneri, USAD üyelerinin bir kısmının itirazları ile karşılanmıştır. Hâkim Schucking, bu önerinin USAD Statüsü'nün 40. maddesi ile uyumlu olup olmadığı endişesini dile getirmiştir.[1046] Hâkim Anzilotti ise, önerinin mahkemenin içtihadı ile çeliştiğini belirtmiştir; zira içtihat, taraflar arasında herhangi bir resmi girişim olmaksızın varılan sözlü bir anlaşma ile yargı yetkisinin tesis edilebileceğini kabul etmekteydi.[1047] Hâkim Schucking, mahkemenin uygulamasına *forum prorogatum* kurumunu getiren *Minority Schools* davasına atıfta bulunarak, bu kurumun "adalet

[1043] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Nyholm, 59, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/48_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Nyholm.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

[1044] 1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Negulesco, 69, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/49_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Negulesco.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

[1045] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 65, 69, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_02_3e_addendum.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

[1046] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 66.

[1047] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 67-68.

yönetiminin iyi işleyişi açısından önemli" olduğunu ve önerilen değişikliğin böyle faydalı bir kurumun ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağını belirtmiştir.[1048] Bu görüş, Hâkim van Eysinga, Guerrero, Adatci ve Rolin-Jacquemyns tarafından da desteklenmiş, Hâkim Negulesco, Urrutia, Rostworowski ve Wang ise *forum prorogatum* fikrine karşı çıktıklarını beyan etmişlerdir.[1049]

Hâkim Fromageot daha sonra farklı görüşleri uzlaştırma amacıyla önerisini şu şekilde değiştirerek yumuşatmıştır: "Mahkeme önüne bir başvuru yoluyla bir dava getirildiğinde, başvuru dilekçesi başvuruyu yapan tarafı, aleyhine dava açılan tarafı ve uyuşmazlığın konusunu belirtmelidir; *ayrıca mümkün olduğu ölçüde*, [yargı yetkisinin dayandığı] anlaşma hükmünü de içermelidir."[1050] Önerinin lafzından kolaylıkla anlaşıldığı üzere bu ifade, mahkemenin yargı yetkisinin dava dilekçesinde belirtilmesini ihtiyari hale getirerek, *forum prorogatum* uygulamasına içtihada ek olarak hukuki bir zemin kazandırmaktadır.[1051] Bu nedenledir ki öneri, mahkeme üyeleri tarafından oybirliğiyle kabul edilmiş[1052] ve USAD İç Tüzüğü'nün 35/2. maddesi haline gelmiştir.[1053] Rosenne'nin de tespit ettiği üzere, bu madde sayesinde artık bir devletin başka bir devlete karşı USAD nezdinde dava açma niyetiyle bir başvuru yapabilmesi için bir yargı yetkisi temelini belirtmesinin zorunlu olmaması hukuki bir zemin kazanmıştır.[1054] USAD İç Tüzüğü'nün 35/2. maddesi hükmü, UAD İç Tüzüğü'nün 38/2. maddesinde küçük değişikliklerle varlığını sürdürmüştür.[1055]

[1048] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 69.
[1049] Kolb, *The International Court of Justice*, s. 552; Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 680.
[1050] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 160 (*vurgu eklenmiştir*).
[1051] Burmester, "The basis of the Court's jurisdiction and the Scope and Usefulness of Forum Prorogatum," s. 95; Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," ss. 167-168.
[1052] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 160.
[1053] PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 921.
[1054] Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 682.
[1055] International Court of Justice, Rules of Court, art. 38/2, ("Dava başvurusu, Divan'ın yargı yetkisinin dayandırıldığı hukuki gerekçeleri mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde belirtmelidir; ayrıca talebin niteliğini kesin bir şekilde tanımlamalı ve talebin dayandığı olgular ile gerekçelere ilişkin özlü bir açıklama içermelidir").

Burada değerlendirilmesi gereken bir konu da UAD İç Tüzüğü'nde 1978 yılında yapılan 38/5. maddesi düzenlemesinin UAD'nin *forum prorogatum* uygulamasını nasıl etkilediğidir. Yukarıda aktarıldığı üzere UAD içtihadına göre, *forum prorogatum* yolunu kullanarak yapılan tek taraflı bir başvuru üzerine, UAD Statüsü'nün 40. maddesi[1056] uyarınca yargılama başlayacaktır. UAD İç Tüzüğü'nün 42. maddesi gereğince de Yazman, UAD nezdinde yapılan herhangi bir başvuru veya özel bir anlaşmanın bildiriminin birer kopyasını, BM Genel Sekreteri, BM üyeleri ve Divan önüne çıkmaya yetkili diğer devletlere iletecektir.[1057] Diğer taraftan 1978 yılında yapılan İç Tüzük değişikliği ile bu durum değişmiş ve UAD'ye kötü niyetli erişimin önüne geçilmek istenmiştir. Buna göre, UAD İç Tüzüğü'nün 38/5. maddesine "başvuruda bulunan devlet, Divan'ın yargı yetkisini, aleyhinde başvuru yapılan devlet tarafından henüz verilmemiş veya açıkça ifade edilmemiş bir rızaya dayandırmayı teklif ettiğinde, söz konusu başvuru o devlete iletilecektir. Ancak, aleyhinde başvuru yapılan devlet, Divan'ın yargı yetkisine bu davanın amaçları bakımından rıza gösterene kadar başvuru Genel Listeye kaydedilmeyecek ve yargılamayla ile ilgili herhangi bir işlem yapılmayacaktır" hükmü eklenmiştir.

Söz konusu madde hükmüyle ilgili olarak iki husus önemle vurgulanmalıdır. Birincisi madde hükmünde yer verilen "Divan'ın yargı yetkisine *bu davanın amaçları bakımından* rıza" ifadesinde, Divan'ın uyuşmazlığın esasına ilişkin yetkisinin kastedildiğine şüphe yoktur. İkincisi, UAD İç Tüzüğü'nün neredeyse tüm maddelerinde "dava" ifadesinin kullanılmasına karşın, *forum prorogatum* yoluna terime doğrudan atıf yapmadan yer veren 38. maddenin tüm fıkralarında "dava" ifadesinin yerine "başvuru" ifadesinin tercih edilmekte oluşudur. Kanaatimizce bu bilinçli tercih ile *forum prorogatum* yoluyla yapılan bir başvurunun, UAD Statüsü'nün 40. maddesi ve İç Tüzüğü'nün 42. maddesi dâhilinde yapılan bir başvuruyla aynı etkiye sahip olmasının önüne geçmek ve böyle bir başvuru ile başlatılan süreci, aleyhine başvuru yapılan devlet rıza verene kadar, bir "dava" olarak nitelememek amaçlanmıştır. Gerçekten de Yee'nin UAD Başkanı Bedjaoui'den aktardığına göre, bu hüküm "esas olarak

[1056] "1. Davaların Divan önüne getirilmesi, duruma göre, ya varılan özel anlaşmanın bildirilmesi ile ya da Yazman'a yapılacak yazılı bir başvuru ile olur. Her iki durumda da uyuşmazlığın konusu ile taraflar gösterilmiş olmalıdır. 2. Yazman başvuruyu hemen bütün ilgililere iletir. 3. Yazman, Genel Sekreter aracılığıyla durumu Birleşmiş Milletler üyelerine ve Divan önünde dava açabileceği kabul edilen öteki devletlere de bildirir"

[1057] International Court of Justice, Rules of Court, art. 42.

'davanın' herhangi bir haksız siyasi istismarını engellemeyi ve zamanından önce kamuoyuna duyurulmasını önlemeyi amaçlamaktadır."[1058]

Diğer taraftan söz konusu düzenleme ile amacın ne kadar hâsıl olduğu tartışmalıdır. Zira 38/5. maddeye dayanarak tek taraflı bir başvuru yapan devletin, bu başvurusunu ve ayrıntılarını bizatihi kendisinin kamuoyuna duyurmasını engelleyecek bir yöntem bulunmamaktadır. Başvuruyu yapan tarafın uluslararası alanda etkili devlet olduğu durumda, bu önlem iyiden iyiye etkisizleşecektir. Dahası böyle bir basın bildirisi bizzat UAD tarafından yapılmaktadır. Rosenne'nin tespit ettiği üzere, yargı yetkisine ilişkin açık bir dayanağın mevcut olmadığı başvurularda, Divan 38/5. madde uyarınca, ayrıntıları açıklamaksızın yalnızca başvurunun yapılmış olduğunu belirten bir basın bildirisi yayımlamak dışında yargılamaya ilişkin herhangi bir işlem yapmayacaktır.[1059]

Yalnızca bir ihtilafı uluslararası alanda duyurmak amacıyla bir başvuru yapılarak *forum prorogatum* ilkesinin siyasi amaçlarla uygunsuz şekilde kullanılmasının ardından, UAD İç Tüzüğü'nün 38/5. maddesi 1978 yılında kabul edilmiştir.[1060] Ancak kanaatimizce bu kabul, Hâkim Fromageot'un USAD'nin oluşturduğu *forum prorogatum* içtihadını bir bütün olarak geçersiz kılacak önerisinin *de facto* hayata geçirilmesini sağlamış gibi görünmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, bu öneri yapılacak bir başvuruda mahkemenin yargı yetkisinin temelinin taraflar arasında uyuşmazlık öncesi yapılan bir anlaşma hükmüne dayandırılmasını zorunlu kılmaktaydı. Bu öneri diğer üyeler tarafından ağır eleştirilerle karşılaşınca, Hâkim Fromageot önerinin dilini yumuşatmış ve başvurunun "mümkün olduğu ölçüde" yargı yetkisinin dayandırıldığı anlaşma hükmünü içermesi şeklinde değiştirilmiştir. 38/5. maddenin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, *forum prorogatum* ilkesine dayanarak yapılan başvurular UAD tarafından Statüsü'nde öngörülen şekillerde yapılan diğer başvurularla aynı şekilde ele alınmaktaydı. Başvuruyu alan Yazman, tüm taraflara yapılması gereken olağan bildirimleri yapar ve "dava" UAD'nin Genel Listesine kaydedilirdi. Söz konusu dava, yalnızca davalı devletin Divan'ın yargı yetkisini açıkça reddetmesi durumunda Genel Listeden çıkarılabilirdi. 38/5. madde hükmü ise, her iki mahkemenin de içtihatlarıyla uzun süredir inşa etmekte olduğu *forum prorogatum* uygulamasının kapsamını sınırlandırmaktadır. Zira yargı

[1058] Yee, "Forum Prorogatum in the International Court," s. 184.
[1059] Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, s. 548.
[1060] Katarzyna Barbara Szczudlik, "*Forum Prorogatum* in the Corfu Channel Case and in Subsequent ICJ Jurisprudence," *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis*, Cilt: 4, Sayı: 2 (2015), s. 64.

yetkisi hükmüne açıkça dayanmayan bir başvuru, aleyhinde başvuruda bulunulan devlete iletildikten sonra, eğer bu devlet yargılamada yer almak istemiyorsa, yapması gereken tek şey hiçbir şey yapmamaktır. Gerçekten de UAD Statüsü'nün 53. maddesine göre, taraflardan birinin Divan önüne çıkmaması durumunda, diğer tarafın Divan'dan kendi iddiaları doğrultusunda karar vermesini isteyebilmesi, Divan'ın 36. ve 37. maddeleri uyarınca yetkili olmasına bağlanmıştır. Bu bakımdan, uluslararası toplumdaki algılanışına kıyasla mahkemeden çıkacak aleyhe bir karardan kaçınmak isteyen bir devlet açısından *forum prorogatum* usulünün işletilmesi oldukça zor görünmektedir.[1061]

Bu bağlamda 38/5. maddenin, *forum prorogatum* müessesesine içtihada ek olarak hukuki zemin kazandırmak dışında, inovatif yönü sorgulanmalıdır. Gerçekten de 1978 yılında hayata geçirilen düzenleme ile uyuşmazlığı Divan önüne taşımak isteyen tarafın, davetinin karşı tarafça kabul edilip edilmeyeceğini bilmeden davanın hazırlanması yükünün altına girmesi ihtimali önemli ölçüde azalmaktadır. Bu nedenle *forum prorogatum* müessesesinin USAD ve UAD içtihatlarıyla inşa edilen halinin, 1978 revizyonu sonrası aynı kaldığını söylemek mümkün değildir. *Forum prorogatum* ilkesinin ilk haliyle devletler arasında gayri resmi bir davet ve kabul olarak var olduğu fikri, UAD tarafından reddedilmiş gibi görünmektedir. Yargı yetkisinin kabulüne ilişkin mevcut uygulamasıyla UAD, Ayoub'un ortaya koyduğu haliyle, "*forum prorogatum* müessesesinin 'ağır tehlikelerine' ilişkin korkulara boyun eğmiş bir Divan tablosunu yansıtmaktadır."[1062]

Eleştirilmesi gereken bir konu da UAD İç Tüzüğü'nün 38/5. maddesinin müphem lafzıdır. Mezkûr maddeye göre, aleyhinde başvuru yapılan devlet Divan'ın yargı yetkisine somut uyuşmazlık bakımından "rıza göstermedikçe" yargılamayla ilgili herhangi bir işlem yapılmayacaktır. Bu bakımdan UAD'nin tarafların rızasına büyük bir önem verdiği ve 38/5. maddenin varlık nedeninin bu rıza olduğu şüphesizdir. Hâl böyle olunca, maddeden en azından söz konusu rızanın hangi şekil veya şekillerde verilebileceğinin anlaşılması makul bir beklentidir. Ancak "rıza göstermedikçe" ifadesinden yola çıkarak zımni rızanın da kabul edilip edilmeyeceği sorusu cevaplanamamaktadır. UAD, örneğin, bu ifadeyi "aleyhinde başvuru yapılan devlet, Divan'ın yargı yetkisine bu davanın amaçları bakımından *açık veya örtülü* rıza gösterene kadar" şeklinde

[1061] Rauf Versan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı: 2 (2004), s. 772.
[1062] Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum," s. 29.

formüle edebilirdi. O hâlde USAD'nin *Minority S*chools davasında Polonya'nın tutumunda sergilediği yaklaşıma[1063] paralel olarak denilebilir ki UAD'nin gerçekten zımni rızanın açık rıza ile eşdeğer tutulması yönünde bir iradesi olsaydı, bunu madde hükmüne dâhil etme imkânı varken dâhil edecekti.

Ayrıca *forum prorogatum* uygulamasının bu haliyle bile devletler tarafından genel olarak benimsendiğini söylemek bir hayli zordur. Zira 1951 tarihli *Haya de la Torre* davasından, 2003 yılında *Certain Criminal Proceedings in France* davasının Genel Listeye alınmasına kadar geçen sürede Divan, yargı yetkisini tesis etmek için bu ilkeye herhangi bir kararında başvurmamıştır.[1064] Dahası, UAD'nin göreve başladığı 1946'dan 2022 yılına kadar *forum prorogatum* ilkesine dayalı olarak 23 başvuru yapılmış ve 38/5. maddenin 1978 yılındaki kabulünden sonra, yalnızca iki davada[1065] davalı taraf Divan'ın yargı yetkisini kabul etmiştir. *Forum prorogatum* usulünün mevcut durumu ve olumlu örneklerinin sayısının azlığı göz önüne alındığında, bu müesseseyi UAD'nin selefinin günümüzden neredeyse bir asır önce oluşturduğu içtihatlar üzerinden analiz etmenin tipik bir anakronizm örneği teşkil etme tehlikesi de bulunmaktadır.

SONUÇ

Tamamlayıcı bir yargı yetkisi olarak *forum prorogatum*, devletlerin uluslararası hukuk kapsamında başka bir yargı yetkisi dayanağı bulamadıkları durumlarda, tek taraflı başvurularıyla yargısal süreç başlatmayı umdukları bir usuldür. USAD ve UAD içtihatlarında, yargı yetkisine yönelik *ex post* rızanın açık veya örtülü olarak verilebileceği kabul edilmiştir. *Forum prorogatum* müessesesinin uluslararası hukuktaki tarihsel gelişimi takip edildiğinde, USAD üyeleri arasındaki tartışmalar ve uygulamalar sonucunda ortaya çıktığı, sonrasında UAD tarafından

[1063] Söz konusu davada USAD, Polonya'nın eğer gerçekten mahkemenin yargı yetkisine itiraz etmek gibi bir iradesi olsaydı karşı davasında mahkemenin yetkisizliği meselesini gündeme getirebileceğini vurgulamıştır. Bkz. 1928 PCIJ, Series A, No. 15, 26.

[1064] Yee, "Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice," s. 707.

[1065] International Court of Justice, Yearbook 2021-2022, s. 127, https://digitallibrary.un.org/record/4060785?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.11.2024). Bunlar *Certain Criminal Proceedings in France* (Kongo Cumhuriyeti v. Fransa) ve *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Cibuti v. Fransa) davalarıdır. Her iki davada da yargı yetkisini kabul eden taraf Fransa olmuştur.

geliştirildiği ve 1978 sonrasında UAD İç Tüzüğü'nde güncel halini aldığı anlaşılmaktadır.

Forum prorogatum ilkesi USAD tarafından ilk kez, tartışmaya açık bir şekilde de olsa, 1924 yılında *Mavrommatis Palestine Concessions* davasında uygulanmıştır. Bu uygulamayla USAD, dava açıldığında davalının yargı yetkisine açık rızasının bulunmaması eksikliğinin, daha sonra yürürlüğe giren özel bir yargı yetkisi antlaşması veya taraf rızasıyla giderileceğini tespit etmiştir. 1925 yılına gelindiğinde ise, ilkenin daha somut bir uygulaması *Mavrommatis Jerusalem Concessions* davasında görülmüştür. Buna göre USAD, yargı yetkisini yargılama süreci başladıktan sonra davalı tarafın yargı yetkisini açıkça kabul eden bir karşı davasına dayandırmıştır. Yine USAD, 1928 tarihli *Factory at Chorzów (Merits)* kararında, davalı devletin açtığı karşı davadaki dava yetkisini diğer tarafın müteakip açık kabulüne dayandırmıştır.

Davanın açılmasını müteakip sunulan açık kabul beyanıyla ilk başta olmayan yargı yetkisinin sonradan tesis edildiği *forum prorogatum* türü, UAD uygulamasında hem geliştirilmiş hem de ilginç bir hâl almıştır. UAD'nin *Corfu Channel (Preliminary Objections)* kararında, rızanın şekline ilişkin geniş bir yorum benimsenmiştir. Zira bu kararda, davalı devletin rızası diplomatik bir yazışmaya dayandırılmıştır. Aynı yazışmada rızanın gerçekten gösterilip gösterilmediği tartışmalı olsa da Divan zımni rıza üzerindeki örtüyü kaldırmak için bir hayli çabalamıştır. Yine aynı kararda tarafların yargılamaya yönelik rızası bir kez verildiğinde, bu rızanın tek taraflı olarak geri çekilemeyeceğinin vurgulanması da önemlidir. Son olarak, UAD İç Tüzüğü'ne 1978 yılında eklenen 38/5. madde kapsamında aleyhine dava açılan tarafın açık rızasına dayalı tesis edilen yargı yetkisi, ilk ve şu ana kadar tek örnek olarak, 2008 tarihli *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* davasında uygulanmıştır.

Hem USAD'nin hem de UAD'nin içtihatlarında davanın açılmasından sonra verilecek rızanın mutlaka açık bir beyanla olması gerekmediği, zımni rızanın da kabul edilebileceği ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda USAD, 1925 tarihli *Interpretation of Judgment* davasında davalı devletin davacının talebine ilişkin beyanlarını herhangi bir yetki itirazı içermeden sunmasını taraflar arasında varılan örtülü bir mutabakat olarak değerlendirmiştir. Yine aynı yıl karara bağlanan *Minority Schools* davasında ise, davacının iddialarının bir kısmı yargı yetkisi tesis eden *ex ante* sözleşmedeki hükmün kapsamı dışında kalsa da davalının ilk itirazında ve karşı davasında yetki itirazını gündeme getirmemesi zımni rıza olarak kabul edilmiştir. 1939 yılında karara bağlanan *Société Commerciale de Belgique* davasında ise

USAD, davalının önce uyuşmazlığın esasına ilişkin iddialar sunarak mahkemeden davanın reddine karar vermesini, ancak bu mümkün olmayacaksa yetkisizlik kararı talep etmesini yine zımni rıza olarak değerlendirmiştir. UAD ise *Haya de la Torre* davasında selefinin içtihadını sürdürmüş ve davalının açık rıza beyanı olmasa bile, esasına ilişkin savunma yaparken herhangi bir itirazda bulunmaması gerekçesiyle yargı yetkisi tesis etmiştir. Diğer taraftan UAD, 1952 tarihli *Ambatielos* ve *Anglo-Iranian Oil Co.* davaları ile 1978 tarihli *Aegean Sea Continental Shelf* davasında hem yalnızca yetki itirazında bulunulmasını hem de esasa ilişkin savunmanın yalnızca yetki itirazının reddedilmesi durumunda dikkate alınması yönündeki beyanları yetki itirazının kabulü için yeterli görerek bağlamsal bir yaklaşım benimsemiştir.

Forum prorogatum usulünün özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren artan kullanımı, birçok sorunu da beraberinde gelmiştir. Bu sorunların bir şekilde hâlâ devam ediyor oluşu, *forum prorogatum* usulünün geniş çaplı uygulanmasını engellemektedir. Bu anlamda UAD, bir taraftan Hâkim Schucking'in "adalet yönetiminin iyi işleyişi açısından önemli" gördüğü *forum prorogatum* yaklaşımı ile aşırıya kaçan yargısal aktivizmin uzun vadede neden olabileceği devletlerin Divan önüne çıkmaktan kaçınması senaryosu arasında sıkışıp kalmışa benzemektedir. Muhtemelen bu sıkışmışlığın farkına vararak devletlerin bu tür endişelerini gidermek amacıyla içtihatları ve kural koyma süreçleriyle önlemler almış gibi görünmektedir. Ancak bu çabaların gerçekten işe yarayıp yaramadığını ölçmek için uluslararası hukukçuların – muhtemelen uzunca – bir süre daha beklemesi gerekecektir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, *forum prorogatum* usulüne dayalı başvuru sayısında ciddi bir azalma olduğu gibi, 1978 sonrasında yapılan davetleri kabul eden devlet sayısı da yok denecek kadar azdır. Bu durum Ayoub'u, "[*forum prorogatum müessesesi*], uluslararası hukuk ilkelerinin arka raflarına geri atılmış gibi görünmektedir; zira bu müessese artık ebedi bir uykuya dalmış gibi durmakta ve yalnızca son bir ölüm çanının çalınmasını beklemektedir" sonucuna varacak kadar kötümser düşünmeye sevk etmiştir.[1066]

[1066] Ayoub, "The Death Knell of Forum Prorogatum," s. 30.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR VE KİTAP BÖLÜMLERİ

BURMESTER, Henry (2012), "The basis of the Court's jurisdiction and the Scope and Usefulness of Forum Prorogatum," içinde *The ICJ and the Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, Editörler, Karine Bannelier, Théodore Christakis, Sarah Heathcote (London: Routledge), ss. 87-97.

KELSEN, Hans (1951), *The Law of the United Nations* (London: Stevens & Sons Limited).

KOLB, Robert (2013), *The International Court of Justice* (Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing).

LAUTERPACHT, Hersch (1982), *The Development of International Law by the International Court* (Cambridge: Cambridge University Press).

OCAKHAN, Özgür (2021), *Uluslararası Yatırım Hukukunda Meşru Beklentiler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık).

OELLERS-FRAHM, Karin (2006), "Article 96 of the UN Charter," içinde *The Statute of the International Court of Justice*, *A Commentary*, Editör, Andreas Zimmermann vd. (Oxford: Oxford University Press).

PAZARCI, Hüseyin (2017), *Uluslararası Hukuk*, 16. Baskı (Ankara: Turhan).

ROMANO, Cesare PR, ALTER, Karen J, SHANY, Yuval (2014), "Bodies, The Issues, and Players," içinde *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Editör, Cesare PR Romano vd. (Oxford: Oxford University Press), ss. 3-26.

SHIHATA, Ibrahim F. I. (1965), *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction* (The Hague: Martinus Nijhoff), s. 129.

SUR, Melda (2008), *Uluslararası Hukukun Esasları*, 3. Baskı (İstanbul: Beta).

XUE, Hanqin (2017), *Jurisdiction of the International Court of Justice* (Leiden/Boston: Brill).

MAKALELER

"At Global Affairs Canada in 2021," *Canadian Yearbook of International Law*, Cilt: 59 (2021), ss. 494-516.

"The United Nations, 31st Session," *Harvard International Law Journal*, Cilt: 18, Sayı: 3 (1977), ss. 649-676.

ACER, Yücel (2003), "Uluslararası Adalet Divanı'nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanımada Çekinceler ve Geçerlilikleri," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 56, Sayı: 1, ss. 11-27.

AESCHLEMAN, Nicole L. (2005), "The Vienna Convention on Consular Relations: Quo Vadis, America," *Santa Clara Law Review*, Cilt: 45, Sayı: 4, ss. 937-980.

Anand, R. P. (1965), "Execution of International Judicial Awards: Experience Since 1945," *University of Pittsburgh Law Review*, Cilt: 26, Sayı: 4, ss. 671-704.

AYOUB, Leoni (2020), "The Death Knell of Forum Prorogatum or: How the ICJ Missed Its Opportunity to Generate Its Own Jurisdiction," *Hague Yearbook of International Law*, Cilt: 33, ss. 1-30.

BANCROFT, Harding F. ve STEIN, Eric (1949), "The Corfu Channel Case," *Stanford Law Review*, Cilt: 1, Sayı: 4, ss. 646-657.

BEKTAŞ, M. H. Mustafa ve ALAN, Talip (2020), "ABD Büyükelçiliği'nin Taşınması Davası'nın Muhtemel Sonuçları," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 148, ss. 353-379.

BROCHARD, Edwin M. (1925), "Mavrommatis Concessions Cases," *American Journal of International Law*, Cilt: 19, Sayı: 4, ss. 728-738.

DEL CASTILLO, Lilian (2017), "The Whaling in the Antarctic Case, Applying the International Convention for the Regulation of Whaling as a Self-Contained Regime," *China Oceans Law Review*, Cilt: 2017, Sayı: 2, ss. 75-108.

DELLAPENNA, Joseph W. (2023), "The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia): The International Court of Justice Again Declines to Apply International Water Law,"*Wyoming Law Review*, Cilt: 23, Sayı: 2, ss. 73-102.

ERKINER, Hakkı Hakan ve BÜYÜK, Mehmet Emin (2021), "Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 2, ss. 1013-1038.

GEORGE, Mary (2021), "Jurisdiction of the International Court of Justice," *Asian Journal of International Law*, Cilt: 11, Sayı: 1, ss. 214-218.

GİŞİ, Selçuk (2016), "Uluslararasi Sürekli Adalet Divanı'nın Chorzów Fabrikası Kararı ve Uluslararası Sorumluluk," *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 3, ss. 15-43.

GÖZLER, Kemal (2007), Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 2, ss. 45-61.

GUBBINS, Eoin (2006), "Precedent in the WTO: Advantages of De Jure Stare Decesis," *Trinity College Law Review*, Cilt: 9, ss. 70-90.

GÜLGEÇ, Yahya Berkol (2015), "Uluslararası Adalet Divanı'nın Yargı Yetkisi ve Yargı Yetkisini Genişletme Çabalarının Eleştirisi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 117, ss. 379-418.

GÜNDÜZ, Aslan (1983), "Ege Denizi Kıta Sahanlığı Davası ve Bazı Düşünceler," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 3, Sayı: 2, ss. 11-23.

GÜNDÜZ, Fatma Ebru ve GÜNDÜZ, Hakan (2012), "Uluslararası Adalet Divanı'nın 'Anglo-Iranien Oil Co.-1952' Kararının İncelenmesi," *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17-18, ss. 163-178.

JENNINGS, R. Y. (1996), "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law," *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 45, Sayı: 1, ss. 1-12.

KELSEN, Hans (1945), "The Old and the New League: The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals," *American Journal of International Law*, Cilt: 39, Sayı: 1, ss. 45-83.

LIPSTEIN, Kurt (1957, "Ambatielos Case, The. Last Phase," *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 6, Sayı: 4, ss. 643-656.

MOLLEL, Andrew L. (2007), "Judicial Settlement of Armed Conflicts in International Law: Reflecting the 2005 International Court of Justice Decision in the Democratic Republic of Congo," *Nordic Journal of International Law*, Cilt: 76, Sayı: 4, ss. 407-434.

MOLLENGARDEN, Zachary ve ZAMIR, Noam (2021), "The Monetary Gold Principle: Back to Basics," *American Journal of International Law*, Cilt: 115, Sayı: 1, ss. 41-77.

PALCHETTI, Paolo (2008), "Activity of the International Court of Justice in 2008," *Italian Yearbook of International Law*, Cilt: 18, Sayı: 1, ss. 201-217.

PICKERT, Perry L. (1976), "Draft Articles for the Expansion of Authoritative Interpretation of United States Treaties," *Brooklyn Journal of International Law*, Cilt: 2, Sayı: 2, ss. 205-227.

PORTUAL, Vinicius (2007), "Understanding the International Court of Justice: Part I: The History of the Court," *ILSA Quarterly*, Cilt: 16, Sayı: 1, ss. 50-51.

POULIOT, Vincent (2008),"Forum Prorogatum before the International Court of Justice: The Djibouti v. France Case," *Hague Justice Journal*, Cilt: 3, Sayı: 3, ss. 201-213.

REICHEL, Marla C. (1998), "Martime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain," *Denver Journal of International Law and Policy*, Cilt: 26, Sayı: 4, ss. 725-744.

REISMAN, W. Michael (1987), "The Other Shoe Falls: The Future of Article 36(1): Jurisdiction in the Light of Nicaragua," *American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1, ss. 166-173.

SALIBA, Aziz Tuffi ve BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes (2023), "Djibouti v. France Reflections on the Jurisprudential Contributions on the Judgment," *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Cilt: 82, ss. 57-74.

SCOTT, Gary L. ve CARR, Craig L. (1987), "The ICJ and Compulsory Jurisdiction: The Case for Closing the Clause," *The American Journal of International Law*, Cilt: 81, Sayı: 1, ss. 57-76.

STRAUSS, Andrew (2011), "Cutting the Gordian Knot: How and Why the United Nations Should Vest the International Court of Justice with Referral Jurisdiction," *Cornell International Law Journal*, Cilt: 44, Sayı: 3, ss. 603-658.

SZCZUDLIK, Katarzyna Barbara (2015), "*Forum Prorogatum* in the Corfu Channel Case and in Subsequent ICJ Jurisprudence, *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis*, Cilt: 4, Sayı: 2 (2015), ss. 57–70.

TASSINIS, Orfeas Chasapis (2013), "Preliminary Issues Posed by the Doctrine of Forum Prorogatum and the Case of Djibouti v. France," *International Community Law Review*, Cilt: 15, Sayı: 4, ss. 483-504.

VERNANA, Anthony (1964), "Judicial Means for the Peaceful Settlement of Disputes between Nations: Possibilities and Limitations," *Kentucky Law Journal*, Cilt: 53, Sayı: 1, s. 98-114.

VERSAN, Rauf (2004), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 24, Sayı: 2 (2004), ss. 767-772.

VYLEGZHANIN, Alexander N. ve ZINCHENKO, Olga I. (2023), "Cases Relating to the Law of the Sea: Issues of Jurisdiction of the International Court of Justice," *Vestnik of Saint Petersburg University Law*, Cilt: 2023, Sayı: 3, ss. 686-702.

WALDOCK, C. H. M. (1948), "Forum Prorogatum or Acceptance of a Unilateral Summons to Appear before the International Court," *International Law Quarterly*, Cilt: 2, Sayı: 3, ss. 377-391.

WILCOX, Francis O. (1946), "The United States Accepts Compulsory Jurisdiction," *American Journal of International Law*, Cilt: 40, Sayı: 4, s. 699-719.

YEE, Sienho (1999), "Forum Prorogatum in the International Court," *German Yearbook of International Law*, Cilt: 42, ss. 147-191.

YEE, Sienho (2001), "Forum Prorogatum and the Advisory Proceedings of the International Court," *The American Journal of International Law*, Cilt: 95, Sayı: 2, ss. 381-385.

YEE, Sienho (2003), "Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice," *Leiden Journal of International Law*, Cilt: 16, Sayı: 4, ss. 701-714.

ZHUANG, Yuan (2022), "On the Effectiveness of ICJ's Advisory Opinions in the Settlement of International Disputes: From the Perspective of the Mauritius/Maldives Case," *China Oceans Law Review*, Cilt: 2022, Sayı: 4, ss. 155-178.

ULUSLARARASI SÜREKLİ ADALET DİVANI KARARLARI, AYRI/MUHALİF GÖRÜŞLERİ, DOKÜMANLARI

1924 PCIJ, Series A, No. 2, *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

1925 PCIJ, Series A, No. 4, *Interpretation of Judgment*, Judgment of 26 March 1925 (Chamber of Summary Procedure), https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_04/14_Interpretation_Arret_No_3.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

1925 PCIJ, Series A, No. 5, *Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Judgment of 26 March 1925, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_05/15_Mavrommatis_a_Jerusalem_Arret_19250326.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Judgment of 26 April 1928, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/46_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Huber, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-ju

stice/serie_A/A_15/47_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Huber.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Nyholm, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/48_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Nyholm.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

1928 PCIJ, Series A, No. 15, *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Dissenting Opinion by M. Negulesco, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_15/49_Droits_de_minorites_en_Haute_Silesie_Ecoles_minoritaires_Opinion_Negulesco.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

1928 PCIJ, Series A, No. 17, *Factory at Chorzów* (Merits), Judgment of 13 September 1928, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2024).

1939 PCIJ, Series A/B, No. 78, *Société Commerciale de Belgique*, Judgment of 15 June 1939, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_78/01_Societe_commerciale_de_Belgique_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

League of Nations, Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, https://www.refworld.org/legal/constinstr/lon/1920/en/57478 (Erişim Tarihi: 06.11.2024).

PCIJ, Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936, Series D, third Addendum to No. 2 (1936), 65, 69, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_02_3e_addendum.pdf (Erişim Tarihi: 05.11.2024).

ULUSLARARASI ADALET DİVANI KARARLARI, AYRI/MUHALİF GÖRÜŞLERİ, DOKÜMANLARI

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976.

Aegean Sea Continental Shelf, Judgment of December 19, 1978, I.C.J. Reports 1978.

Ambatielos Case (Jurisdiction), Judgment of July 1, 1952, I.C.J. Reports 1952.

Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction), Judgment of July 22, I952, I.C.J. Reports I952.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Order of September 13, 1993, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, Separate Opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, I.C.J. Reports 1993.

Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Judgment of June 15, 1954, I.C.J. Reports 1954.

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Provisional Measure, Order of 17 June 2003, I.C.J. Reports 2003.

Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France), Order of 16 November 2010, I.C.J. Reports 2010.

Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 13 February 2019, I.C.J. Reports 2019.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), Judgment of 4 June 2008, I.C.J. Reports 2008.

Corfu Channel Case, Judgment on Preliminary Objection (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 25 March 1948, I.C.J. Reports 1948.

Declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court, in conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice. London, 13 February 1946, 1 UNTS 3, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201/v1.pdf (Erişim Tarihi: 20.2024).

Declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court, in conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, New York, 16 November 1946, 1 UNTS 37, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201/v1.pdf (Erişim Tarihi: 20.10.2024).

Denunciation of Clause and the Optional Further Acceptance Thereof under New Conditions by Several States, United Kingdom, London, 28 February, 1940, 200 LNTS 485, https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20200/v200.pdf (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

Fisheries Case, Judgment of December 18, 1951, I.C.J. Reports 1951.

Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger), Judgment of April 16, 2013, I.C.J. Reports 2013.

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of September 25, 1997, I.C.J. Reports 1997.

Haya de la Torre (Colombia v. Peru), Judgment of June 13, 1951, I.C.J. Reports 1951.

International Court of Justice, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory, https://www.icj-cij.org/declarations (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

International Court of Justice, Rules of Court (1978), Adopted on 14 April 1978 and Entered into Force on 1 July 1978, https://www.icj-cij.org/index.php/rules (Erişim Tarihi: 10.11.2024).

International Court of Justice, Yearbook 2021-2022, https://digitallibrary.un.org/record/4060785?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.11.2024).

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Advisory Opinion of 30 March 1950, I.C.J. Reports 1950.

Land and Maritime Boundury between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of October 10, 2002, I.C.J. Reports 2002.

Observations of the Government of Turkey on the Request by the Government of Greece for Provisional Measures of Protection, 26 August 1976, paras. 12-17, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/62/9483.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2024).

Preliminary Observations: Refusal by the Imperial Government of Iran to accept the jurisdiction of the Court, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/16/10980.pdf (Erişim Tarihi: 09.12.2024).

RESMİ GAZETE, ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR, STATÜLER, İÇ TÜZÜKLER, KARARLAR

24 Ağustos 1945 Tarih ve 6902 Sayılı Resmi Gazete, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf (Erişim Tarihi: 21.01.2025).

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, art. 14,

https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-english.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024)

Resolution 9 (1946), adopted by the Security Council at its 76th meeting, 15 October 1946, https://digitallibrary.un.org/record/111947?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2024).

Special Agreement Between the Republic of Hungary and the Slovak Republic for Submıssıon to the International Court of Justice of the Differences Between Them Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/10835.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

Special Agreement Seising the International Court of Justice of the Boundary Dispute Between Burkina Faso and the Republic of Niger, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/149/15985.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

Statute of the International Court of Justice, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-3&chapter=1&clang=_en#1 (Erişim Tarihi: 25.10.2024).

Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights. Signed at Tehran, on 15 August 1955, art. 22, https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/Treaty-of-Amity-Economic-Relations-and-Consular-Rights-between-the-United-States-of-America-and-Iran-Aug.-15-1955.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024)

UN General Assembly, Conditions on which Switzerland may become a Party to the International Court of Justice, A/RES/91, 11 December 1946, https://digitallibrary.un.org/record/209868?v=pdf (Erişim Tarihi: 28.10.2024).

UN General Assembly, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, United Nations, Treaty Series, Volume 78, 277, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4 (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

UN General Assembly, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 February 1946.

UN General Assembly, Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, 21 November 1947.

United Nations, Charter of the United Nations, art. 93/1, 1 UNTS XVI, 24 October 1945, https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf (Erişim Tarihi: 25.10.2024).

[1067H] RIGHT TO BE RESCUED AND NON-REFOULEMENT OF REFUGEES AT SEA

(MÜLTECİLERİN DENİZDE KURTARILMA HAKKI VE GERİ GÖNDERMEME İLKESİ)

Dr. Öğr. Üyesi Kayser (Qaisar) NASRAT [1068*] [1069**]

ABSTRACT

Today, asylum and migration are increasing more than ever. Some of this asylum is carried out by sea. In addition to the easy accessibility of sea travel, we are witnessing the tragic sinking of boats and the increase in victims. Therefore, thousands of refugees lose their lives while crossing the seas every year and today it has become a global problem. In this context, the international community must take urgent measures regarding the tragedies of refugee victims. While rescue persons at sea and consequently the right to life are protected by many international documents, the right to life of refugees is no different.

This study examines the problems experienced by refugees at sea, the responsibilities of the target state and coastal states, international documents on the subject and the human rights of refugees. It also addresses the issue of protecting human rights, especially the right to life at sea.

As a result of the study, the strict policies of the coastal state and target states to prevent refugees from entering their countries cause refugees to face major risks at sea. Therefore, states must act in accordance with international human rights and law of the sea in order to protect refugees.

Key Words: *Asylum Seekers, Human Rights, Non-refoulement, Rescue at Sea, Refugees.*

ÖZ

Günümüzde iltica ve göç olgusu her zamankinden daha fazla artış göstermektedir. Söz konusu ilticanın bir kısmı deniz yoluyla gerçekleşmektedir. Deniz yolculuğunun amaca daha kolay ulaşabilir

---

[1067H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 25.03.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 09.04.2025. Onaylanma Tarihi: 12.05.2025.

[1068*] Doktor Öğretim Üyesi, İbni Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

[1069**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4676-8122.

Esere Atıf Şekli: Kayser Nasrat, "*Right to be Rescued and Non-Refoulement of Refugees at Sea*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.813-830.

olmasının yanı sıra teknelerin trajik bir şekilde batmasına ve mağdurların artmasına tanık olmaktayız. Bu da konunun ciddiyetini ve önemini ortaya koymaktadır. Bu nedenle her yıl binlerce mülteci denizleri geçerken hayatını kaybederek küresel bir sorun halini almaktadır. Bu bağlamda, denizde kurtarılma ve buna bağlı olarak yaşam hakkı birçok uluslararası belgeyle korunurken, mültecilerin yaşam hakkı da bundan müstesna değildir. Nitekim denizde mültecilerin kurtarılması ve güvenliği de bazı belgeler ve uluslararası örf ve adet hukuku ile garanti altına alınmıştır. Bu belgeler ışığında uluslararası toplum, mülteci mağdurlarının trajedileri konusunda acil önlemler alması gerekmektedir.

Bu çalışma, mültecilerin denizde yaşadıkları sorunları, hedef devlet ve kıyı devletlerinin sorumlulukları, konuyla ilgili uluslararası belgeler ve mültecilerin insani haklarını incelemektedir. Ayrıca, insan haklarının, özellikle denizde yaşam hakkının korunması konusunu ele almaktadır.

Çalışmanın sonucunda, kıyı devleti ve hedef devletlerin mültecilerin ülkelerine girmesini engellemek için uyguladıkları katı politikalar, mültecilerin denizde büyük risklerle karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, devletler mültecileri korumak için uluslararası insan hakları ve deniz hukukuna uygun hareket etmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Denizde Kurtarma, İnsan Hakları, Geri göndermeme İlkesi, Mülteciler, Sığınmacılar.*

***

Introduction

In some countries, increasing instability, violence, war and economic concerns have forced people to leave their homelands and have caused a significant increase in the number of refugees and asylum seekers. Especially since the Syrian civil war in 2011, there has been intense human mobility up until today. This intense forced human mobility has mostly been towards European Union countries. This situation has led to the reconsideration of legal regulations regarding migration in the European Union and the world, and it has been determined that there are serious deficiencies due to excessive migration. Therefore, the refugee issue is one of the biggest problems today. Neither the states nor the international community have yet offered a permanent solution to this problem.

As mentioned above, millions of people are leaving their homelands due to security and other reasons such as economic concerns. Most of these departures are made by sea. Although the seas are an easy route for refugees, they still pose vital risks. In fact, the tragic and deadly

disappearance of refugees at sea has brought this issue to the agenda of the international community.

The recent tragic and deadly June 14 shipwreck off the Greek coast is a clear example of this. In this incident, 600 migrants are believed to have perished and hundreds of thousands of people are still in danger of sinking. This is one of the recent incidents, thousands of refugees and asylum seekers have lost their lives since 2011. Most of them are Syrian and Afghan citizens.

In addition, more than 1.4 million people attempted to reach Europe in 2015 to seek asylum and migration, of whom 3,279 died en route to Europe, and 5,267 people died globally in 2015 alone. The numbers have increased further in 2016 and the following years. The number of deaths increased significantly globally in 2016, reaching 7,509. These shows, while significantly higher than in previous years, are likely to be largely inaccurate. Many more people are likely to have died, but their deaths are unknown and unrecorded. The IOM uses the phrase *'at least'*. So while it says its numbers are based on various reports, this is unrealistic and misrepresents the scale of the crisis. The true number of people killed and missing is undoubtedly much higher than the numbers reported by the IOM and other agencies. It is important to note that 'the number of missing is much higher than the known number'. It is significant that in 2010, some people working in the field estimated that at least three times as many people died as the reports given[1070]. However, the rescue of these individuals is one of the most important principles of customary law and international law. In fact, coastal states and target states are reluctant to accept or evacuate refugees. Therefore, they do not take the initiative and do not help in rescuing the boats. This leads to more loss of life and is seen as a violation of the right to life.

This study firstly analyzes in which national and international documents the right to be rescued is regulated and whether it needs to be expanded. What is its place in international human rights? Secondly, the legal framework of the right to life and the right to life of asylum seekers and refugees and its implementation at sea will be discussed. It will also emphasize the duty of care of both flag states and coastal states in the implementation of the rescue duty and more generally in the protection of

[1070] Jeremy Sarkin, "Respecting and protecting the lives of migrants and refugees: the need for a human rights approach to save lives and find missing persons," *The International Journal of Human Rights* 22, no. 2 (2018): 207-236.

life safety at sea. Finally, the study will examine the principle of non-refoulement in terms of customary international law and law of treaties.

I. PRINCIPLE OF THE RIGHT TO BE RESCUED AT SEA

Right to be rescued is one of the foundations of maritime law and international law. Seline Trevisanut uses the following expressions on this matter: *"the main aim of the law of the sea consists of allocating obligations and rights in different maritime zones to states. However, the multiplication of activities at sea and the increased human presence lead to the question of the protection of the human element, in particular of the application of human rights at sea"*[1071].

In this context, the following topic of right to be rescued will be discussed in terms of maritime law and human rights law.

A. Rights of Refugees At Risk in the Sea to be Rescued

In order to implement the right to be rescued, human rights norms and institutions must first come into play. Thus, the duty to rescue people in need of rescue at sea falls within the scope of the right to life under human rights law.

Regarding the human rights of refugees of the Right to be rescued, Seline Trevisanut states the following: *"the duty to render assistance can be considered as the operational obligation deriving from the application of the human right to life at sea"*[1072].

Furthermore, the human right that comes first among human rights is the right to life. The right to life is guaranteed in many international documents. Therefore, this right has a prominent place in Article 2 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). As the European Court of Human Rights ruled in the *Osman Case*[1073], Article 2 of the Convention requires states not only to refrain from causing death, but also to take measures to protect the lives of individuals within their jurisdiction. In addition, the positive nature of the obligations under Article 2 of the Convention also requires the state to initiate an appropriate official,

[1071] Efthymios D. Papastavridis, "Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view," *QIL* 4 (2014): 20.

[1072] Papastavridis, "A Skeptical," 24.

[1073] Osman v. United Kingdom, 87/1997/871/1083, Judgment of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 28 October 1998.

independent and public investigation into any death caused by state officials or other individuals[1074].

The doctrine established by Court of Justice of the European Union regarding the detention of asylum seekers rescued in European territorial waters is one more step in the humanization of migration processes, enshrining the right of asylum-seeking migrants not to be deprived of their liberty. It delves into the trend already initiated by the European Court of Human Rights regarding irregular migration by sea, by putting the consideration of people before the illegal status. The Ombudsman in Spain has stated on repeated occasions that "*the Spanish authorities must guarantee that foreigners can formalize requests for international protection when they are intercepted by Spanish officials, regardless of whether this eventuality occurs outside or within Spanish territorial waters"*[1075].

As highlighted in the previous statements, states have both negative and positive obligations regarding human rights. These obligations entail not only the duty to rescue and prevent harm but also to implement the necessary legal measures and establish the relevant institutions. This includes not only refraining from causing harm but also ensuring they do not ignore instances of harm or death.

Flag states and coastal states have an inherent obligation under human rights law to take all necessary actions to safeguard the lives of refugees and asylum seekers who are in danger within their jurisdiction[1076]. The duty to protect vulnerable individuals seeking asylum is not only a legal responsibility, but also a moral and conscientious imperative. In this context, states should provide emergency assistance, such as search and rescue operations, and facilitate safe passage for individuals fleeing dangerous conditions, in accordance with international human rights standards and conventions. By fulfilling this obligation, flag and coastal states protect the dignity and rights of individuals in need of protection and strengthen global commitment to human rights and humanitarian principles.

In cases where the right to life is threatened or lost, legal action should be taken against both States and individuals who fail to fulfil their human rights obligations. It is vital to establish strong international courts

[1074] Papastavridis, "A Skeptical," 25.

[1075] Emilia Girón Reguera, " El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados," *Revista Saber, Ciencia y Libertad* 18, no. 2 (2023): 4.

[1076] Papastavridis, "A skeptical," 25.

specifically designed to address these violations. This is particularly true in cases where a State has failed to fulfil its responsibilities, whether in terms of its negative obligations or its positive obligations. In this context, there is an urgent need for an effective and comprehensive legal and judicial framework that can protect refugees and asylum seekers, especially those at risk of losing their lives while attempting to cross the sea. This mechanism must ensure accountability and provide urgent protection to those in need of safety and asylum.

B. State Obligations Relating to Rescue at Sea

The subject of Rescue at sea has been secured in various international documents. These documents bring many obligations to states. One of these is Article 98 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)[1077]. We can convey the content of the article as follows:

1. Every State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers:

(a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost;

(b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him;

(c) after a collision, to render assistance to the other ship, its crew and its passengers and, where possible, to inform the other ship of the name of his own ship, its port of registry and the nearest port at which it will call.

2. Every coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose.

Apart from the above-mentioned document, Rescue at sea is also secured in international documents such as the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)[1078], the International Convention on

[1077] United Nations Convention on the Law of the Sea, Article 98.

[1078] *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS),* London: International Maritime Organization, 1974.

Maritime Search and Rescue (SAR Convention)[1079], and the International Convention on Salvage[1080].

In this context, the SAR Convention specifically aims to create an international system that guarantees the effectiveness and safety of rescue operations. States Parties are therefore invited to enter into SAR agreements with neighboring States to organize and coordinate SAR operations and services in the agreed maritime area. Such agreements technically and operationally fulfill the obligation set out in Article 98(2) LOSC, which provides that neighboring states shall cooperate, where necessary, through regional agreements to promote and maintain adequate and effective SAR services[1081].

In addition, the SAR convention ensures that rescued persons are brought down to a safe place. Article 3(1)(9) of the SAR Convention provides as follows:

"Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage (...). The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety (...). In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effective as soon as reasonably practicable".

As regards the scope of the duty to rescue and assist persons in distress at sea, it covers all maritime zones. In this context, Article 98 of United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLoS) refers to it in Part VII (High Seas), but it also applies to the exclusive economic zone based on the cross-reference in Article 58(2). As for the territorial waters, although UNCLOS does not contain a similar statement, the duty to rescue life at sea can be inferred from the reference to assistance in distress in Article 18(2)

[1079] *International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR),* London: International Maritime Organization, 1979.

[1080] *International Convention on Salvage,* London: International Maritime Organization, 1989.

[1081] Seline Trevisanut, "Is there a right to be rescued at sea? A constructive view," *QIL Zoom-in* 4 (2014): 6.

of UNCLOS. In contrast to UNCLOS, the SOLAS Convention expressly states that it applies to ships in all maritime zones[1082].

The duty to provide assistance applies in the event of a collision between two ships and when a ship receives information that one or more persons are in danger of being lost at sea because their ship is in distress or has sunk. This duty applies to all persons in distress, without distinction. The nationality of the ships or persons, their legal status and the activity in which they are engaged are irrelevant. The fact that the persons are engaged in an unlawful activity should not make any difference to the duty to rescue. Furthermore, the fact that the persons to be rescued are immigrants should in no way impede their right to be rescued. It should be noted here that, although it is against the law, States and ship captains are sometimes less willing to rescue ships carrying migrants and refugees[1083].

While the International Salvage Convention and SOLAS hold ship masters as well as states responsible for their rescue missions, UNCLOS holds only states responsible. In this context, according to Article 10(1) of the International Salvage Convention: *"every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea".* Also Regulation 33.1 of SOLAS Convention states that: "*The master of a ship at sea which is in a position to be able to provide assistance, on receiving a signal from any source that persons are in distress at sea, is bound to proceed with all speed to their assistance, if possible informing them or the search and rescue service that the ship is doing so"*[1084].

Therefore, as can be understood from the two Conventions mentioned above, both states and civilians have the obligation to rescue people in danger of death at sea.

In addition, the International Organization for Migration (IOM) has made significant contributions to defending the rights of refugees, particularly in relation to their right to be rescued at sea and the principle of non-refoulement. Two important documents on this issue are the *IOM Principles for the Protection of Migrants* (2011) and the *IOM Migration Crisis Operational Framework* (2015). The IOM Principles for the Protection of Migrants emphasize the fundamental rights of migrants, such

[1082] Irini Papanicolopulu, "The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview," *International Review of the Red Cross* 98, no. 2 (2016): 495.

[1083] Papanicolopulu, "The duty," 495.

[1084] Papanicolopulu, "The duty," 495.

as the right to life and the prohibition of the return of individuals to countries where they would face a real risk of harm. The document emphasizes that States must comply with the principle of non-refoulement and ensure that individuals are not forcibly returned to places where they may face persecution or danger[1085]. The IOM Migration Crisis Operational Framework outlines operational guidelines for IOM's activities in crisis situations, including those involving refugees at sea. It guides IOM in ensuring safe and dignified migration and meets the urgent needs of refugees, such as rescue operations and safe disembarkation[1086].

II. RIGHT TO NON-REFOULEMENT OF RESCUED REFUGEE AT SEA

The principle of non-refoulement is one of the most fundamental issues in international law and refugee law. It is a concept that is especially secured in terms of refugee law.

The term 'non-refoulement' comes from the French word 'refouler', meaning to send back or return. The principle can be interpreted literally as the principle of prohibiting refoulement. The principle was first established by *the international societies of international lawyers* who drafted an international regulation on the admission and expulsion of aliens in 1892 (Session de Genève). Another name for the regulation is *Règles Internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*. International Regulations on the Admission and Expulsion of Aliens provide that, although states have sovereignty over their territory, countries around the world, based on humanitarian principles, respect the rights and freedoms of aliens who wish to enter their territory. They are obliged to exercise this right. In other words, the rights of the state must be balanced with the principles of humanity and justice, taking into account the security of the state and the rights of foreigners[1087].

Taking into account Article 33 of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees, Noll provided the following definition: *"Non-refoulement is about being admitted to the State community, although*

[1085] International Organization for Migration (IOM). (2011). IOM Principles on the Protection of Migrants.

[1086] International Organization for Migration (IOM). (2015). IOM Migration Crisis Operational Framework.

[1087] Heribertus Untung Setyardi, "The Origins of the Non-Refoulement Principle and Refugee Admission Considerations in the Refugee Protection Framework," *Jurnal Kewarganegaraan* 7, no. 2 (2023): 2472.

in a minimalist form of non-removal. It could be described as a right to transgress an administrative border"[1088].

The concept of the principle of non-refoulement was known from the early 18th century to the mid-19th century. However, at that time, the term 'non-refoulement' was not yet used, only the concepts of asylum and the principle of non-extradition for political criminals were known and implemented. The term 'refoulement' first appeared in 1933, when the League of Nations adopted the Convention Relating to the International Status of Refugees on 28 October[1089].

However, fundamental regulations were made on the subject after the Second World War. The most important of these regulations is the 1951 Geneva Convention. Non-refoulement was officially addressed in Article 33 of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees as follows:

1. No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of the territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.

2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

The above provision primarily uses the concept of refugee, which is our subject. This provision strictly prohibits sending back any refugee whose life is under threat because of his/her language, religion, sect, nationality, etc.

However, it is also possible to see reservations to this article. One of these is the situation where the host state poses a threat to its national security. The second is when the refugee has been convicted of a serious crime. In fact, the final decision on this matter should be made by the courts. Also, we believe that the issue of national security should be interpreted narrowly here.

The obligation of non-refoulement is the essence and foundation of the protection of refugees, as it is the only guarantee that refugees will not be

[1088] Gregor Noll, "Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law?," *International Journal of Refugee Law* 17, no. 3 (2005): 548.
[1089] Setyardi, 'The Origins," 2473.

re-subjected to persecution and guarantees that the refugee will enter and stay in the country of asylum. However, it does not explicitly guarantee that the refugee will be granted refugee status and be accepted once he has entered the country of asylum. In fact, some authors have tried to support the existence of an additional obligation that aims to bind states to accept persons applying for protection into their territory, but at present state practice does not confirm these attempts[1090].

The European Court of Human Rights (ECtHR) has given several important decisions in the rights of refugees at sea, highlighting the importance of non-refoulement and the right to be rescued. One of the most important decisions of the Court is the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece* (2011), in which the Court found that Greece had violated the European Convention on Human Rights (ECHR) by returning the asylum seeker to Afghanistan via Belgium despite the risk of ill-treatment. The Court held that the principle of non-refoulement applies, in particular, to the prohibition of refoulement when there is a risk of torture or inhuman or degrading treatment during refoulement[1091].

In the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (2012), the ECtHR found that Italy had violated the Convention by intercepting migrants at sea and returning them to Libya without ensuring their safety. The Court emphasised that refoulement in such cases is prohibited under Article 3 of the Convention without an appropriate risk assessment[1092]. In its decisions, the ECHR has consistently defended the duty of states to prevent refoulement and to ensure the right to rescue at sea in accordance with both human rights law and international conventions.

A. Non-Refoulement Principle in the Human Rights

Some of the victims of human rights violations are asylum seekers and refugees. In fact, the Universal Declaration of Human Rights has guaranteed asylum and refuge as a fundamental human right. The relevant provisions of the UDHR are as follows: *"everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country"* (article 13(2))25 and *"everyone has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution"* (article 14(1)).

[1090] Seline Trevisanut, "The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12, (2008): 208.

[1091] M.S.S. v. Belgium and Greece (2011), ECHR, No. 30696/09.

[1092] Hirsi Jamaa and Others v. Italy (2012), ECHR, No. 27765/09.

When we examine the principle of non-refoulement in International Human Rights Law, we must first mention the *International Covenant on Civil and Political Rights*. Article 7 of the Convention makes non-refoulement an integral part of the prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. At the same time, it interpreted the said article of the Convention as aiming to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual.[1093] This means that all forms of torture and other forms of ill-treatment are also prohibited. The United Nations Human Rights Committee expresses its views on this matter as follows: '*States Parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel or inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement'*[1094].

Another Convention that addresses the principle of non-refoulement is the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. Article 3 of this convention states that "no state party shall expel, return or extradite any person to another". The principle of non-refoulement is not only binding on states party to the Convention or other international agreements, as this principle has been considered a provision of Customary International Law and is binding on all countries in the world[1095].

One of the most important conventions on refugees and asylum seekers is the 1951 Geneva Convention. The principle of non-refoulement contained in this Convention covers not only refugees but also asylum seekers awaiting status determination. Additionally, the principle of non-refoulement prohibits the return of a person to a country where he or she would face a serious risk of persecution or harm as a result of direct or indirect rejection[1096].

Nehemiah Robinson's statement on the principle of non-refoulement emphasizes its role in limiting a state's sovereign power to return individuals to countries where they face potential harm. According to Robinson, even if an asylum seeker is not granted refugee status, the state is still bound by this

[1093] Official Journal of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Unıon, 2012/C 326/02, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT (Date of Access: 12.12.2024)

[1094] Setyardi, "The Origins," 2474.

[1095] Setyardi, "The Origins," 2474.

[1096] Setyardi, "The Origins," 2475.

principle to prevent their deportation. This reflects the idea that the principle prioritizes the protection of individuals from possible dangers in their home country, irrespective of their legal status in the host country[1097].

Gregor Noll, on the other hand, expands this concept by defining non-refoulement as the right to cross borders without being rejected. Noll's interpretation suggests that the principle is not contingent on the host state's willingness to accept the asylum seeker or refugee. Rather, it ensures that individuals are granted entry to the country to seek protection, regardless of the outcome of their asylum application[1098].

Together, these perspectives highlight the non-refoulement principle as a fundamental protection for those fleeing persecution, emphasizing both the right to seek asylum and the obligation of states to provide refuge from imminent danger.

As can be understood from the above documents and other international documents, the principle of non-refoulement is a fundamental human right. As a matter of fact, it shows how important it is to ensure the principle of non-refoulement in various international human rights documents.

B. The Scope of Individuals Covered Under The Protection Against Refoulement

In order for a person to be subject to the principle of non-refoulement, he/she must not only have refugee status but also as an asylum seeker. In this context, the following definition of the Refugee Convention will provide more clarity on the issue: *'any person who, owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, is outside the country of his (or her) nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself (or herself) of the protection of that country'*[1099].

As stated in the definition, the applicant must be subjected to persecution for the reasons set out in Article 1.A(2). In order to apply for this asylum and refugee status, four basic conditions are stipulated: "race, religion, nationality and membership of a particular social group or political opinion". In addition, the persecution suffered must be reasonably linked to the Convention grounds. Even if it seems right that an individual should

[1097] Setyardi, "The Origins," 2475.
[1098] Setyardi, "The Origins," 2475.
[1099] Convention Relating to the Status of Refugees, Article 1.A(2).

face persecution upon return to their country of origin, they are likely to be rejected if they cannot offer a reasonable connection[1100].

As seen in the definition above, the Refugee Convention has brought a strict restriction on the principle of non-refoulement. However, this strict definition of refugees, which is of vital importance in determining the principle of non-refoulement, has been changed positively in other international human rights law documents. Article 3 of the European Convention, Article 3 of the Convention against Torture and Article 7 of the Political Convention provide broad protection for individuals regardless of their behavior and nationality[1101]. All three of the instruments in question declared that they apply to everyone without discrimination, not just those who meet the requirements of the definition of a refugee under the Refugee Convention. The Committee Against Torture has declared that the principle of non-refoulement applies even to persons suspected of terrorism[1102].

CONCLUSION

In recent years, there has been a refugee boat accident crisis worldwide. While this crisis is a problem that needs to be given much attention and solved, it is seen as a problem that is not recognized and paid enough attention to. refugees continue their lives in an extremely unsafe environment especially during their journey. Women and children are also exposed to this vulnerability. In this context, all rights of migrants,

[1100] Nicholas Poynder, "Mind the Gap: Seeking Alternative Protection under the Convention against Torture
and the International Covenant on Civil and Political Rights," in The *Refugees Convention 50 Years On: Globalisation and International Law*, edited by Susan Kneebone, 176. Aldershot: Ashgate, 2003.

[1101] Hélène Lambert, "Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the
Rescue," *International and Comparatively Law Quarterly* 48, no.3 (1999): 8.; D. Weissbrodt and I. Hortreiter, "The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties." *Buffalo Human Rights Law Review* 5, (1999): 7.

[1102] Weissbrodt and I. Hortreiter, *ibid,* 13; Aoife Duffy, "Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law," *International Journal of Refugee Law* 20, no. 3 (October 2008): 373-390; Berna Gunduz, "Non-Refoulement Principle In The 1951 Refugee Convention and Human Rights Law." *ASSAM International Refereed Journal (ASSAM - UHAD)* 10 (2018): 18.

especially the right to life are limited. Especially during sea travel, lives are lost, they are discriminated against and mistreated. They are generally prevented from seeking their rights. In this context, more measures are needed at national and international levels to protect migrants and prevent deaths. The increase in loss of life and victims makes these regulations mandatory. The greatest duty of states is to approach migration more humanely.

In this context, the duty to rescue at sea is one of the oldest and most important rules of international maritime law and customary law, and therefore, it has rules that bind all states. However, the lack of authority to enforce these rules and the danger of rescuers being faced with criminal proceedings are the biggest obstacles. In addition, In addition, after the rescue, state officials and individuals face legal uncertainty.

Some states not incorporating conventions such as UNCLOS and SOLAS into their domestic law is a major deficiency and leads to the abuse of the refugee issue by the relevant states and cause to negligence and deficiencies in rescue. In addition, the failure to incorporate the said conventions into domestic law also leads to the inadequacy and ineffectiveness of the courts.

As mentioned above, the first is the lack of an effective sanction mechanism regarding refugees. In this context, the lack of an international judicial body whose decisions are binding.

The responsibility for supporting refugees and asylum seekers and monitoring state practices lies primarily with the host state. The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) has only an advisory role, which limits its ability to intervene. This places the host state in a position of absolute authority, potentially leading to unlawful acts and exploitation. Moreover, there is no effective mechanism to hold states accountable for such abuses. The European Court of Human Rights (ECtHR) has emphasized the obligation of states to protect refugees and asylum seekers from violations under international human rights law, arguing that the state is bound by the European Convention on Human Rights (ECHR) to ensure the protection of the fundamental rights of individuals, including refugees. However, this approach also fails to lead to responsible state action.

Many states today are militarizing their borders, which is leading to increasing human rights violations. Instead of turning borders into military zones, states should implement more thoughtful and humane policies that prioritize human dignity. The refugee problem in particular requires greater

international cooperation. With this awareness in mind, states should hold those who fail to rescue at sea accountable and, if necessary, include the obligation to rescue in their criminal laws. Allegations of state violations, such as those committed by the Greek government against asylum seekers and refugees in the Aegean Sea, highlight the urgency of addressing these issues with a focus on human rights and international responsibility.

BIBLIOGRAPHY

Duffy, Aoife. "Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law." *International Journal of Refugee Law* 20, no. 3 (October 2008): 373-390.

Gunduz, Berna. "Non-Refoulement Principle In The 1951 Refugee Convention and Human Rights Law." *ASSAM International Refereed Journal (ASSAM - UHAD)* 10 (2018): 13-23.

International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), London: International Maritime Organization, 1974.

International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR), London: International Maritime Organization, 1979.

International Convention on Salvage, London: International Maritime Organization, 1989.

Lambert, Hélène. "Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue." *International and Comparatively Law Quarterly* 48, no.3 (1999): 8.

Noll, Gregor. "Seeking Asylum at Embassies: A right to Entry under International Law?." *International Journal of Refugee Law* 17, no. 3 (2005): 542 - 573.

Official Journal of the European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Unıon, 2012/C 326/02, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT (Date of Access: 12.12.2024)

Papanicolopulu, Irini. "The duty to rescue at sea, in peacetime and in war: A general overview." *International Review of the Red Cross* 98, no. 2 (2016): 491–514.

Papastavridis, Efthymios D. "Is there a right to be rescued at sea? A skeptical view." *QIL* 4 (2014): 17-32.

Poynder, Nicholas. "Mind the Gap: Seeking Alternative Protection under the Convention against Torture and the International Covenant on Civil and Political Rights." in The *Refugees Convention 50 Years On: Globalisation and International Law*, edited by Susan Kneebone, 176. Aldershot: Ashgate, 2003.

Reguera, Emilia Girón. " El derecho de los migrantes rescatados en el mar que soliciten protección internacional a no ser internados." *Revista Saber, Ciencia y Libertad* 18, no. 2 (2023): 21 – 47.

Sarkin, Jeremy. "Respecting and protecting the lives of migrants and refugees: the need for a human rights approach to save lives and find missing persons." *The International Journal of Human Rights* 22, no. 2 (2018): 207-236.

Setyardi, Heribertus Untung. "The Origins of the Non-Refoulement Principle and Refugee Admission Considerations in the Refugee Protection Framework." *Jurnal Kewarganegaraan* 7, no. 2 (2023): 2472.

Trevisanut, Seline. "Is there a right to be rescued at sea? A constructive view." *QIL Zoom-in* 4 (2014): 3-15.

Trevisanut, Seline. "The Principle of Non-Refoulement at Sea and the Effectiveness of Asylum Protection." *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 12, (2008): 205-246.

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1833 UNTS 3 (10 December 1982- entered into force 16 November 1994).

Weissbrodt, D. and Hortreiter, I. "The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties." *Buffalo Human Rights Law Review* 5, (1999): 1-73.

[1103H] HAPİS CEZASININ ERTELENMESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

(CERTAIN ISSUES RELATING TO THE SUSPENSION OF IMPRISONMENT SENTENCES AND PROPOSED SOLUTIONS)

Av. Emin Berathan SAKIN [1104*] [1105**]

ÖZ

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi müessesine ilişkin bazı sorunlar incelenmiş ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur. TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen erteleme müessesesi modern ceza hukukunun ıslah amacını gerçekleştirmek için getirilmiş bir düzenlemedir. Uygulamada bu kuruma sıkça başvurulmakta lakin erteleme kararı verilmeden önce özellikle soruşturma aşamasında ertelemenin amacına uygun düşmeyecek kararlar alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Hapis cezası, erteleme, ertelemenin amacı, ertelemedeki sorunlar.*

ABSTRACT

In this study, certain issues regarding the institution of suspension of imprisonment sentences regulated under Article 51 of the Turkish Penal Code No. 5237 have been examined, and solution proposals for these issues have been presented. The institution of suspension regulated in Article 51 of the Penal Code was introduced to achieve the rehabilitative purpose of modern criminal law. The institution is frequently approached in this practice, and decisions that are inconsistent with the purpose of the postponement are made during the investigation phase.

Keywords: *Sentences, deferred sentencing, purpose of deferred sentencing, issues in deferred sentencing.*

***

[1103H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 26.12.2024. İlk hakem raporu tarihi: 01.01.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 13.01.2025. Üçüncü hakem raporu tarihi: 24.01.2025. Onaylanma Tarihi: 27.01.2025.

[1104*] Avukat, Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

[1105**]. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0009-0002-5640-3960.

Esere Atıf Şekli: Emin Berathan Sakın, "*Hapis Cezasının Ertelenmesine İlişkin Bazı Sorunlar ve Çözüm Önerileri*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.831-858.

GİRİŞ

Hukuk düzeni belli normlar içermektedir. Bu normları ihlal eden kişiler ise belli müeyyidelere tabi tutulmaktadır. Bu müeyyideler hukuk dallarına göre değişkenlik göstermektedir.

Ceza hukuku ise suç adı verilen hukuka aykırılıkları düzenleyen ve bu hukuka aykırı eylemleri kusurlu olarak gerçekleştiren kişileri cezalandıran hukuk dalıdır. Bu cezalandırma şekli hapis veya adli para cezası şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Çağdaş Ceza Hukuku anlayışından önceki dönemlerde suçun önlenmesi ve failin ıslahı için en önemli müeyyidenin hapis cezası olduğu düşülmekteydi. Modern ceza hukuku anlayışıyla birlikte özellikle kısa süreli hapis cezasının suçluyu ıslah etmekten öte toplumdan uzaklaştırdığı gözlenmiştir.[1106] Bu sebeple özellikle ilk kez suç işleyen kimse için hapis cezasına hükmetmek son amaç olmalıdır. Çağdaş ceza hukukunun en önemli amaçlarından birinin de ıslah olduğu düşünüldüğünde hapis cezası ertelenen fail denetim süresi boyunca işlediği fiilin yanlış olduğunu anlamaya da fırsat bulacaktır.

Kişiye hapis cezası vermek yerine yeniden sosyal hayata kazandırmak için çeşitli alternatifler düşünülmüştür. Çalışmamızın temel konusu olan hapis cezasının ertelenmesi de bu kurumlardan birisi olup 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 51. maddesinde düzenlenmiştir.

Hapis cezasının ertelenmesi kurumunda da ilk defa suç işleyen kişilere hapis cezası vermek yerine belli bir süre denetime tabi tutarak, bu süre içerisinde kasten yeni bir suç işlemeden geçirdiği taktirde mahkumiyeti bağışlanmaktadır. Bu sayede fail işlediği hafif bir suç nedeniyle cezaevinin olumsuz ortamından ve ceza infazının psikolojik bakımdan moral bozucu etkisinden uzak kalacaktır.

Erteleme kurumunun şartları kanunda açık şekilde belirtilmiştir. Kanunda kurumun şartlarının açıkça belirtilmiş olmasına rağmen doktrinde ve uygulamada tartışmalara, görüş ayrılıklarına neden olan bir kurumdur.

Çalışmamızda erteleme kavramı ve ertelemenin amacı genel olarak açıklandıktan sonra; adli para cezasının ertelemeye konu olup olamayacağı, tutuklu kalınan sürelerin nasıl değerlendirileceği, denetim süresi içinde başka suçtan yargılanan fail hakkında erteleme kararı verilip verilemeyeceği gibi konular doktrindeki görüşler ve yargı kararları ele alınarak tartışılacaktır.

[1106] Fatma Karakaş Doğan, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası,** İstanbul: Legal Kitabevi, 2010, s. 141.

1. Erteleme Kavramı

TDK'ya göre erteleme: *"Ertelemek işi; tehir, tecil, talik"* anlamına gelmektedir.[1107] Nitekim 765 sayılı eski TCK'da tecil başlığı altında hüküm altına almıştır. Sözlük anlamında olduğu gibi hukuki manada da hapis cezasını ileriye bırakma anlamı olduğunu söylemek mümkündür.

Hapis cezasının ertelenmesi, işlediği suçtan dolayı mahkum edilen failin cezasının infazının belirli bir süre geri bırakılmasını ve failin bu süre içinde yeniden suç işlemediği, yükümlülüklere uygun davrandığı taktirde cezanın çekilmiş sayılmasıdır.[1108]

2. Ertelemenin Hukuki Niteliği ve Amacı

2.1. Ertelemenin Hukuki Niteliği

TCK'nın 51. maddesinde düzenlenen bu müessese ile ilgili doktrinde; cezanın yerini alan tedbir, tekerrürü önleyen bir suç siyaseti, cezayı şahsileştiren bir kurum, şartlı af, ceza hukukunun faydacı özelliğinin esas alındığı sui generis bir kurum olduğu yönünde bir çok görüş vardır.[1109]

Erteleme, koşulların varlığı halinde hükmedilen hapis cezasının infazının belli bir süre geri bırakılması olduğundan ve erteleme kararını verme yetkisi idari bir organa ya da yasamaya verilmeyip bizzat hakime verildiğinden bazı yazarlar ertelemenin bir tür af olduğuna kanaat getirmiştir.[1110]

Yeni TCK ile erteleme bir tür koşullu af olmaktan çıkarılarak özel infaz biçimi şeklinde düzenlenmiştir. Af ise kesinleşmiş veya kesinleşecek bir cezanın devlet tarafından tamamen ortadan kaldırılması veya azaltılmasını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle af, suç oluşturan eylemlere karşı ceza verme yetkisini ortadan kaldıran, verilmiş cezaların da infazını önleyen, yetkili devlet organına verilmiş hukuki tasarruftur.[1111]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.02.2010 Tarih ve 6-230/32 sayılı kararında ertelemenin hukuki niteliğine değinmiş ve bu kurumun koşullu af olmadığı, özel bir infaz usulü olduğuna ilişkin şu değerlendirmeyi

---

[1107] https://sozluk.gov.tr/ , (Erişim Tarihi: 23.12.2024).

[1108] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III,** İstanbul: Beta Yayıncılık, 1994, s. 11.

[1109] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 555, Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 14.

[1110] Ali Rıza Tongür, "Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme", (T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı), 2008, İstanbul, s. 57.

[1111] Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 643.

yapmıştır: "*765 sayılı TCK'da bir koşullu af olarak düzenlenmiş bulunan, hapis cezasının ertelenmesi müessesesi, 5237 sayılı TCY'nin 51. Maddesinde ise, hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlar arasında ve bir ceza infaz kurumu olarak görülmüştür. Buna göre, cezası ertelenen kişi, belirlenen denetim süresini yükümlülüklere uygun ve iyi halli olarak geçirdiği taktirde cezası infaz edilmiş sayılacaktır."*[1112]

765 sayılı TCK döneminde ise Yargıtay 07.06.1976 Tarih ve 3-4/3 Sayılı içtihadı birleştirme kararında, cezanın ertelenmesini gerektiren koşulların birbirinden bağımsız yargısal şahsileştirme müesseseleri olduğunu belirtmiştir. Buna göre: "*1- TCK'nın 59'uncu maddesinde yazılı taktiri indirim koşullarıyla, TCK'nın 89 ve 647 sayılı Yasanın 6'ncı maddesindeki cezanın ertelenmesini gerektiren koşulların birbirinden bağımsız, yargısal şahsileştirme müesseseleri olduğu…"*[1113] Tespitinde bulunulmuştur.

Dönmezer/Erman'a göre ise hapis cezasının ertelenmesinin hukuki mahiyeti; kurumun niteliği gereği karma, sui generis (kendine özgü) bir kurum olup ceza hukukunun faydacı karakterine uygun düşmektedir.[1114]

Bugün doktrinde çoğunlukla kabul gören görüş, hapis cezasının ertelemesinin ceza sistemini tamamlayan bir kurum olduğuna yöneliktir. Erteleme sonucunda ceza infaz edilmiş sayılacağından, hapis cezasının infazına seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.[1115]

2.2 Ertelemenin Amacı

Hapis cezasının ertelenmesi her şeyden önce iyi bir suç politikasıdır. Denetim süresince fail iyi hal göstererek mahkumiyetin infaz edilmesine engel olabilmektedir. Uygun bir denetim süresince erteleme, cezanın infazından daha çok önleyici ve topluma kazandırıcı etki göstermektedir.[1116]

[1112] Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23.02.2010 Tarih ve 6-230/32 sayılı ilamı (Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Adalet Yayınevi, s. 824.)

[1113] Yargıtay 07.06.1976 Tarih ve 3-4/3 sayılı içtihadı birleştirme kararı (Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** s. 611.)

[1114] Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 14.

[1115] Murat Volkan Dülger, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul: Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, 2021,s. 943; Koca ve Üzülmez, **a.g.e.,** s. 556; İzzet Özgenç, "Bir İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", **Anayasa Yargısı Dergisi,** C. 18, Y. 2001, s. 105; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbiri Hukuku,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 515.

[1116] Öztürk ve Erdem, **a.g.e.,** s. 516.

İnsan gelişimi için en önemli özgürlük, serbest irade ile hareket etmektir. Suçluda olsa insanın elinden bu özgürlüğü her durumda almamak gerekir.[1117] Özellikle ilk defa kısa süreli suç işleyen tesadüfi suçlunun bu özgürlüğünü elinden almak onu ıslah etmek yerine adalete ve hukuka olan güvenini sarsacağından ceza hukukunun ıslah etme amacı gerçekleşmeyecektir.

Fail, bir şekilde suç yoluna girmiş fakat mutlaka suç yolundan kurtarılması gereken kişidir. Fail mutlaka suç yolundan kurtarılması gereken kişi olduğundan tesadüfen suç işleyen kimselere daha merhametli davranma düşüncesi hapis cezasının ertelenmesi kurumunun temel felsefesini oluşturmaktadır. Zira failin sosyal çevresi, ahlaki yönelimi, suç işlemeye iten davranışları ve suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemiş olması nedeniyle cezalarının ertelenerek infaz edilmesi toplum açısından risk teşkil etmemektedir.[1118]

Çağdaş ceza hukuku anlayışı ile bedeni cezaların yerini hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezaları almıştır. Ancak bu cezalar da beklenen faydayı sağlayamadı. Zira cezaevine giren fail daha profesyonel suçlularla tanışarak yeni suç işleme yöntemlerini öğrendi bunun yanında cezaevinde uzun süre hapis cezası alan faillerin baskısına uğradığından intihar düşüncesi arttı, çeşitli hastalıklara yakalandı.[1119]

Ceza İnfaz Kurumu psikologları ile yaptığımız bireysel görüşmelerde de, kendilerine danışan mahkumların cezaevinde geçirdikleri ilk günlerinde işlediği suçtan pişmanlık duysa da kısa süre sonra tahliye edileceklerini öğrenmesi veya tutukluluk sürelerinin sonlarına geldiklerinde hal ve hareketlerinin olumsuz anlamda değiştiğini pişmanlıklarının azaldığını, yeni suç tekniklerini anlatarak tekrar suç işlemeye meylettiklerini gözlemlendiği tarafımıza bildirerek yukarıdaki tespitin uygulamada da gözlemlendiğini ortaya koymuşlardır.

Cezanın özel önleme fonksiyonu yönünden de hapis cezasına kuşku ile yaklaşılmıştır. Cezaevinde en iyi koşullar dahi olsa cezaevindeki infazın tabi olduğu bağlayıcı kurallar özellikle kısa süreli ceza alan mahkumların ıslahını güçleştirmektedir. Hapis cezasının zararlı etkileri sadece koşulların iyileştirilmesiyle giderilememektedir. Bu sebeple hapis cezasının belli

[1117] Abdullah Kökkeşoğlu, "Türk Ceza Kanununda Erteleme", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), Karabük, 2008, s. 13.

[1118] Abdurrahman Ünlü, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Yıl 2018, Cilt 1, Sayı 2, s. 7.

[1119] Kökkeşoğlu, **a.g.t.,** s. 13.

koşullarda ceza infaz kurumları dışında çektirilmemesi zorunluluk olduğundan hapis cezasının ertelenmesi müessesesi ortaya çıkmıştır.[1120]

3. Ertelemenin Lehinde Görüşler

Ertelemenin lehinde görüş sunan yazarlar daha çok kısa süreli hapis cezasının ıslah edici olmaması ve sakıncaları üzerinde durmuştur. Buna göre hapis cezasının ertelenmesi ile birkaç gün veya birkaç ay hapis cezası alan kişinin psikolojik olarak olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmekte ve sosyal hayatına devam etmesi sağlanmaktadır.[1121]

Hürriyeti bağlayıcı kısa süreli hapis cezalarının korkutucu olma vasfı maddi bünyesinden çok manevi bünyesinin icabıdır. Dürüst ve toplum nazarında itibarlı bir kimseyi korkutacak olan durum cezaevinde geçirdiği süre değil cezaevine girmiş çıkmış olmaktır. Kişinin toplum önünde bir kere lekelendikten sonra onu suçtan döndürecek sağlam bir engeli yıkmanın hukuka ve topluma bir faydası yoktur.[1122]

Ceza kanunlarında düzenlenen suçların aşağı ve yukarı sınırları belirlenmiş lakin bazen öyle durumlar vardır ki verilecek hapis cezasının alt sınırı dahi fail için telafisi mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkaracaktır. İşte bu durumda erteleme müessesi uygulanarak failin cezaevinde kalması önlenmektedir. Eğer hakimin böyle bir yetkisi olmasaydı vicdani kanaati hapis cezası vermemek olacak ve failin beraat etmesini sağlamak için bütün yollara başvuracaktı.[1123] Hakime hapis cezası erteleme yetkisinin verilmemesi halinde daha hakkaniyetsiz ve hukuka aykırı beraat kararlarının ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

Hapis cezasının ertelenmesi müessesesi ceza hukuku kongrelerinde de tartışılmış ve olumlu görüşler bildirilmiştir. 22 Eylül 1951 Tarihinde Mukayeseli Hukuk Cemiyeti'nin, Mukayeseli Ceza Hukuku Grubu, Köln'de toplanarak erteleme kurumu hakkında Max Grünhut ve Gerhard Simson'un ileri sürdüğü raporları müzakere etmiş ve aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:[1124]

1. Erteleme, kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını ortadan kaldırmakta ve cezaların şahsileştirilmesine katkı sağlamaktadır.

[1120] Koca ve Üzülmez, **a.g.e.,** s. 826.
[1121] Hüseyin Denizhan, "Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", **TBB Dergisi,** S. 65, Y. 2006, s. 220.
[1122] Ayhan Önder, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda),** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963, s. 75.
[1123] Önder, **a.g.e.,** s. 75.
[1124] Önder, **a.g.e.,** s. 80, 81.

2. Failin mükerrir suçlu olmayacağı yününde kuvvetli emarelerin bulunması halinde uygulanması gereken müessese, suçtan meydana gelen zararın giderilmesi şartıyla failin de deneme süresince gözetim altında tutulmasıdır.
3. Cezanın genel önleme amacını zarar vermeyecek hallerde hapis cezası ertelenmelidir.
4. Gözetim süresinde görev alacak memurların sayısı arttırılmalıdır.
5. Erteleme para cezalarında hatta gerekli olduğu taktirde cezanın infazının ertelenmesi sistemleri de geliştirilmelidir.[1125]

4. Ertelemenin Aleyhine Görüşler

Ertelemenin aleyhine görüş ileri süren yazarlar, bu sistemin ceza hukukun temel ilkelerini zedeleyeceğini hatta ortadan kaldıracağı eleştirisinde bulunmuşlardır. Hapis cezası kısa süreli de olsa kişi üzerinde caydırıcılık etkisi gösterdiğinden cezanın genel önleme amacını gerçekleştirilmektedir.[1126]

Cezanın ertelenmesi hakkında öne sürülen aleyhe görüşler, suç işleyen kişinin kesinlikle cezalandırılması gerektiğini savunan görüşlerden temel almaktadır. Bu görüşe göre, cezanın kesinliğini zedeleyen bir uygulama suç sayılarını arttıracak ve kefaret ceza hukukunun temelini teşkil ettiğinden erteleme kurumu kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca halkın böyle bir kurumu anlayamayıp benimseyemeyeceği savunulmuştur.[1127] Kefaret teorisini savunun yazarlara ise şu şekilde cevap verilmiştir: Kefaret esasını savunan yazarlar, hakimin iki ceza arasında somut olaya en uygun temel cezayı tespit etmesine karşı değillerdir. Bu sebeple erteleme cezada bulunan kefaret esası ile çelişki içinde değildir.[1128]

Erteleme aleyhine öne sürülen bir başka görüşe göre, failin geçmişteki hal ve davranışlarının tespit edilmesi mümkün olmadığından erteleme kurumunun uygulanabilir olmadığını savunmaktadır. Temel cezanın tayininde de failin kişisel özellikleri esas alınmaktadır. Bu durumda cezanın belirlenmesinde kişisel özelliklerin dikkate alınmasını savunan yazarlar ertelemede kişisel özelliklerin dikkate alınmaması gerektiğini savunarak çelişkiye düşmektedirler.[1129]

[1125] Önder, **a.g.e.,** s. 81.
[1126] Denizhan, **a.g.m.** s. 221.
[1127] Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 14.
[1128] Önder, **a.g.e.,** s. 77.
[1129] Önder, **a.g.e.,** s. 78.

4.1 Görüşümüz

Kanaatimizce toplumun erteleme kurumunu anlayamayacağı düşüncesiyle aleyhe görüş sunarak hapis cezasının her halde infazını savunmak çağdaş ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Ertelemenin toplum nazarında kabul görmemesinin sebebi toplumdaki hukuk kültürüyle ilgili bir durumdur. Ülkemizde de son zamanlarda medyada yayınlanan haberler sebebiyle; adli sicil kaydı olan kişilerin erteleme, denetimli serbestlik, adli kontrol gibi kurumlardan yararlanarak serbest bırakıldığı, yeterli cezaların verilmediği iddia edilerek faillerin cezasız kaldığına ilişkin kamuoyu yaratılmaktadır. Medyadaki haberler incelendiğinde şüphelilerin işlediği iddia edilen suçlar; yağma, kasten öldürme, cinsel saldırı, uyuşturucu madde ticareti gibi erteleme imkanı olmayan suçlardır. Şüpheliler söz konusu suçlardan dolayı alt sınırdan ceza alması halinde dahi erteleme olanağı bulunmayacaktır.

5. Hapis Cezasının Ertelenmesi Kurumuyla İlgili Uygulamada ve Doktrinde Karşılaşılan Sorunlar

5.1 Erteleme Kararı Verilirken Tutuklu Kalınan Sürelerin Değerlendirilmesi

Tutuklu kalınan sürelerin değerlendirilmesi ile yakından ilgili olan ertelemenin bölünmezliği ilkesini açıklamakta yarar görüyoruz. Ertelenmenin bölünmezliği ilkesi, fail hakkında, hem hapis hem adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı iki cezaya aynı anda hükmedildiği ve koşulları bulunduğu takdirde; hapis cezasının ertelenmesine karar veren hâkimin, adli para cezasının da ertelenmesine karar veremeyeceği anlamına gelmektedir.[1130] Ertelenmenin bölünmezliği ilkesinin ertelenecek cezanın süresi açısından da görünümü bulunmaktadır. Hakim verilen cezanın bir kısmını erteleyip bir kısmının infazına karar vermesi bu ilke gereğince mümkün değildir.[1131]

Hapis cezasının ertelenebilmesi için aranan koşullardan en önemlisi failin daha önceden kasıtlı bir suç nedeniyle üç aydan fazla hapis cezası ile mahkum edilmemiş olmasıdır (TCK 51/1-a). Bu durumda daha önceden hapis cezasına çarptırılmamış, kasten işlediği suçtan dolayı üç aya kadar hapis cezasına ya da adli para cezasına çarptırılmış failin cezası ertelenebilir.

[1130] Kaşka, "Tutuklama – Mahsup – Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Hâlleri Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 726.
[1131] Kaşka, **a.g.m.,** s. 726.

Daha önceden birden fazla hapis cezasından mahkumiyet söz konusu ise bunların toplam süresine değil her bir cezanın üç ayı geçip geçmediğine bakılmalıdır.[1132] Kanunda önceki mahkumiyetin kesinleşip kesinleşmediği hususu açıkça belirtilmese de önceki mahkumiyetin ertelemeye engel olabilmesi için kesinleşmesi gerektiğini belirtmek gerekir.[1133]

Failin yargılanması sonucunda hükmedilen cezada tutuklu kaldığı süreler mahsup edilerek cezanın erteleme kapsamına sokulup sokulamayacağı ya da erteleme kapsamındaki suç sebebiyle alınan cezanın tutukluluk süresiyle aynı olması halinde yine de erteleme kararı verilip verilmeyeceği konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.

765 sayılı eski TCK döneminde, tutuklu kalınan sürenin mahkumiyet süresine eşit olması halinde infazı mümkün olmayan bir ceza ortaya çıkacağından erteleme kararı verilemeyeceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Aksi görüşte olan yazarlar ise tutukluk sürelerinin değerlendirilmesi failin lehine sonuç doğuracağından erteleme kurumunun uygulama alanını bir içtihatla daraltılamayacağını savunmaktadır.[1134]

İçel ve Dönmezer/Erman'a göre: Eski kanun döneminde mahkumiyetin tutuklu olarak geçirilmiş olması halinde şartları uyan cezanın ertelenebileceği, erteleme süresinin iyi halle geçirilmesi sonunca mahkumiyetin vaki olmamış sayılacağı için failin bu imkandan yararlandırılması gerekmektedir. Yeni kanun döneminde ise deneme süresinin iyi halli geçirilmiş olması halinde hapis cezası infaz edilmiş anlamına geleceğinden hükmedilen hapis cezasının tamamını tutuklu geçirilmiş olması halinde dahi erteleme kararı verilebilir. Ancak ertelemenin bölünmezliği kuralı gereğince erteleme koşullarına uymayan hapis cezası, tutuklu kalınan süreler mahsup edildikten sonra koşulları sağlasa gelse dahi erteleme kapsamına sokulamaz.[1135]

Öztürk/Erdem ise tutuklu kalınan sürenin alınan cezayla aynı olması veya daha kısa olması şeklinde iki farklı değerlendirmede bulunmuştur. Hükmedilen cezanın tamamı tutuklu olarak geçirilmiş ise verilen ceza infaz edilmiş sayılacağından hapis cezasının ertelenmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır. Zira denetim süresinin de şartlarına uygun geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Buna karşın failin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı süre hükmedilen hapis cezasını karşılamıyorsa indirim

[1132] Töngür, **a.g.t.,** 81.
[1133] Koca ve Üzülmez, **a.g.e.,** s. 560.
[1134] Kaşka, **a.g.m.,** s. 723-724.
[1135] Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2023, 706, Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 27.

yapıldıktan sonra kalan hapis cezasının ertelenmesi mümkündür. Ayrıca failin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürenin indirilmesini gerektirecek bir başka mahkumiyeti varsa bu süre öncelikle bu mahkumiyetten düşürülerek verilen hapis cezasının ertelenmesinin mümkün olduğu savunulmuştur.[1136]

5.1.1. Görüşümüz

Kanaatimizce de erteleme kararı verilen hapis cezasının tamamının tutuklu olarak geçirilmesi halinde erteleme kararı verilmesinde hukuki yarar bulunmamaktadır. Zira erteleme sonucunda ceza infaz edilmiş sayılacağından cezanın ertelenmeyip tutuklu kalınan süre dikkate alınarak cezanın infaz edilmiş sayılması mümkündür. Failin cezaevinde tutuklu bulunmasının yanı sıra erteleme kararı verildiğinde ayrıca denetime tabi tutulması söz konusu olacaktır. Bu durumda fail hem cezaevinde tutuklu kalmış hem de denetime tabi tutulmuş olacağından hakkaniyetli bir uygulama olmayacaktır. Cezaevinde tutuklu kalınan süreler mahsup edildikten sonra ceza erteleme kapsamına girse dahi ertelemenin bölünmezliği ilkesi gereğince hapis cezası ertelenemez.

Yargıtay ve bir kısım başka yazarlar da ertelenecek cezaların süresi belirlenirken infazı gereken sürenin değil hükmolunan sonuç cezanın süresi esas alınması gerektiğinden tutuklu kalınan sürelerin mahsup edilemeyeceği görüşündedir.[1137] [1138]

5.2 Adli Para Cezasının Ertelenememesi ve Adli Para Cezasının Ödenmemesinin Ertelemeye Etkisi

765 sayılı eski TCK'da hem hapis hem de para cezaları ertelenebilmekteydi. 5237 sayılı yeni TCK'da ise sadece hapis cezalarının ertelenmesi kabul edilmiştir. Ertelemenin düzenlendiği 51. maddenin gerekçesinde ve Adalet Komisyonu'nun hazırladığı raporda ise para

[1136] Öztürk ve Erdem, **a.g.e.,** s. 517.

[1137] Faruk Turhan, "Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı: 3-4, Cilt: 10 Yıl: 2006, s. 33.

[1138] "*Sanığın yargılandığı suçtan dolayı hükmedilen 2 yıl 6 aylık hapis cezasından, tutuklu kaldığı 1 yıllık süre mahsup edilerek tespit edilen (1 yıl 6 ay) hapis cezasının ertelenmesine karar verilemez.*" (Yargıtay 5. C.D., 2015/7148 E., 2018/928 K. sayılı ilamı, Özge Nacar, "Türk Ceza Kanununda Hapis Cezasının Ertelenmesi (TCK 51)", (T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2022, s. 53.)

cezalarının ertelenmesinden neden vazgeçildiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

Doktrinde de bir görüş yeni kanunda para cezasının erteleme kapsamı dışında tutulmasını isabetli bulmaktır. Bu görüşe göre: Hapis cezasının ertelenmesinin kabul edilip adli para cezasının ertelenememesi çelişkili değildir. Hapis cezası özel infaz usulleri gerektirdiğinden erteleme kararıyla birlikte bu ceza, infaz kurumu yerine toplum içinde çektirilmektedir. Para cezalarında ise hapis cezasında yer alan özel infaz usulleri bulunmamaktadır. Bu halde sadece hapis cezasının ertelenmesi bir zorunluluk olarak kurumun kendine has özelliğinden ortaya çıkmaktadır.[1139]

Para cezalarının ertelenmemesinin isabetsiz bulan görüş göre: Adli para cezasına göre daha ağır cezalar bakımından lehe olarak kabul edilen kurumların daha hafif cezalar yönünden kabul edilmemesi hakkaniyetli değildir.[1140]

Tartışılan bu konu Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu olmuştur. Tokat (Kapatılan) Sulh Ceza Mahkemesi, Sakarya Çocuk Mahkemesi, Sakarya 3. Asliye Ceza Mahkemesi, Şişli (Kapatılan) 2. Asliye Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunarak *"...iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir"* hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini talep etmiştir. Başvuruda, iptali istenilen hükmün, ağır nitelikteki suçlardan hapis cezası alanların cezasının ertelenebilmesine rağmen adli para cezası alanların cezasının ertelenemediği, bunun sonucunda hapis cezasının adli para cezasına çevrilebileceği durumlarda hakimin sanığın maddi durumunu ele alarak hapis cezası vermeye zorlandığı gerekçe olarak gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise, hapis cezasının ertelenebilmesi için failin gerçekleştirdiği eylem için pişmanlık göstermesi, mahkemece bir daha suç işlemeyeceği kanaatinin oluşması gerektiğini, maddenin gerekçesinde yer alan *"...erteleme, bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu haline getirilmiş ve erteleme sadece hapis cezası bakımından öngörülmüştür."* ibaresinden, kanun koyucunun izlediği suç siyaseti gereği adli para cezalarını erteleme dışında bırakıldığını gerekçe göstererek başvurunun oybirliğiyle reddine karar vermiştir.[1141]

[1139] Kaşka, **a.g.t.,** s. 56.

[1140] Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 23.

[1141] Ayrıntılı bilgi için bkz.: Anayasa Mahkemesinin 2007/69E. , 2009/26K. sayılı ilamı

5.2.1 Anayasa Mahkemesi'nin Gerekçesine İlişkin Görüşümüz

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün yasa koyucunun taktir yetkisinde olduğunu gerekçe göstermesi makul bir gerekçe değildir; zira hukuk devletinde kanun koyucunun taktir yetkisi sınırlıdır ve evrensel ceza hukuku ilkeleri dışında taktir yetkisinin kullanılması mümkün değildir. Hukuk devleti gereğince hapis cezasının ertelenmesinin amacı ilk defa suç işleyen tesadüfi failin cezaevinin olumsuz koşullarından ve toplum önünde lekelenmekten korumaktır. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere dürüst ve sosyal olarak itibarı olan bir kimseyi korkutan şey bir hafta yahut bir ay cezaevinde geçirdiği süre değil oraya girmiş çıkmış olmaktır. Anayasa Mahkemesinin bu gerekçelerle başvurunun reddine karar vermesi gerekirken sadece kanun koyucunun taktir yetkisini gerekçe göstermesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Adli para cezasının ödenmemesinin ertelemeye etkisi tartışmasına gelince, daha önceden adli para cezası alan failin bu cezayı ödememesi halinde 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesi hükmü gereğince tazyik hapsi uygulanmaktadır. Bu durumda fail hakkında hapis cezasına hükmedilmemekte sadece tazyik hapsine tabii tutulmaktadır. Başka bir anlatımla adli para cezası varlığını devam ettirmektedir. Buna karşılık daha önceden seçenek yaptırım olarak adli para cezası almış fail bu cezayı ödemezse hapis cezası TCK'nın 50. maddesi gereğince infaz edileceğinden ve hapis cezası asıl mahkumiyeti oluşturacağından sonraki verilen cezanın ertelenmesine engel teşkil etmektedir.[1142]

5.3 Ertelemenin Hakimin Taktir Yetkisine Bağlı Olup Olmadığı Meselesi

Kanunda öngörülen diğer koşulların oluşmasına rağmen hakimin erteleme kararı vermesinin zorunlu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, koşulların oluşması halinde hakim erteleme kararı vermek zorundadır. Aranılan kanuni koşulların oluşmasına rağmen taktir yetkisine dayanılarak erteleme kararı vermemek keyfiliğe yol açacaktır. Kanunun ''karar verebilir'' şeklindeki ifadesi mutlak biçimde taktir yetkisi vermemektedir.[1143]

Dönmezer/Erman'a göre: Ertelemenin hakim için taktiri olması bu yetkinin bir nevi özel af olduğunu göstermez ve buradaki taktir yetkisinin

[1142] İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler),** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005**,** s. 655, 656.
[1143] Töngür, **a.g.t.,** s. 108.

sınırları bulunmaktadır. Hakim kanunun amaç ve ruhuna uygun biçimde gerekçe göstererek erteleme kararı vermelidir. O halde ertelemenin şartlarının oluştuğu taktirde erteleme kararı verilmemesi müessesenin amacına aykırıdır.[1144] Gerçekten kanunun ifade tarzı karar verebilir şeklinde olduğundan hakime taktir yetkisi verildiğine ilişkin şüphe bulunmamaktadır.

Yargıtay, şartların oluşmasına rağmen erteleme kararının verilmemesi halinde yeterli gerekçe gösterilmesi, hakimin taktir yetkisini keyfi biçimde kullanmaması, gerekçesinde çelişkiye düşmemesi gerektiğini belirterek soyut biçimde tekrar suç işlemeyeceği kanaatinin oluşmadığından bahisle erteleme kararının verilmemesini hukuka aykırı bulmuştur.[1145]

Yargıtay başka bir kararında erteleme, cezanın kişiselleştirilmesini sağlayan kurumlardan birisi olduğunu, erteleme kararı verilirken sanığın olay öncesi ve sonrası davranışlarının ele alınması gerektiğini, ilk derece mahkemesinin bu konudaki gerekçesinin kanuni terimlerle açıklamasının yeterli olmadığını belirterek taktir yetkisinin belli sınırlar çerçevesinde kullanılması gerektiğine hükmetmiştir.[1146] Yargıtay bir başka kararında ise, sanığın ertelemeye engel olmayan benzer suçtan sabıkasının olmasının da

---

[1144] Dönmezer ve Erman, **a.g.e.,** s. 41.

[1145] ‘’*Hapis cezasının ertelenmesinde yargıca ölçüt olması gereken "sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanının oluşması gerektiği hususları gözetilmeden soyut biçimde sanığın cezasının ertelenmesi halinde tekrar suç işlemeyeceği yolunda mahkemece olumlu kanaat oluşmadığından" bahisle yetersiz gerekçeyle ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi, yasaya aykırıdır."* (Yargıtay 4. CD E. 2007/6436, K. 2009/452 sayılı ilamı)

[1146] *"07.06.1976 gün ve 4/3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtildiği gibi erteleme, cezanın sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan kurumlardan birisidir. Erteleme konusunda karar verilirken, sanığın olay öncesi ve sonrasındaki davranışları ve lehine düşünülebilecek olumlu özellikler de göz önünde tutulmalıdır. Yerel Mahkeme bu konuda gösterilecek gerekçede kanundaki terimleri tekrarla yetinmemeli, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etme bakımından, dosyadaki ilgi ve belgelere, olayın özelliklerine uygun düşecek ve Yargıtay denetimine imkan sağlayacak biçimde ertele isteminin ret nedenleri ayrıntılarıyla açıklanmalıdır. Olayımızda da; bir inşaatta gece bekçisi olan, bu inşaattan kereste ve tuğla çalmaya kalkan mağdura karsı ağır bir tahrikin etkisiyle suç işlediği oluşa uygun şekilde yerel mahkemece kabul edilen, evli, altı çocuklu, sabıkasız, 1938 doğumlu olan sanığa verilen cezanın dosyadaki ilgi ve belgelere, olayın cereyan tarzına ve uygun düşmeyecek biçimde sanığın geçmiş hali ve suç isleme konusundaki temayülüne göre cezanın ertelenmesi halinde bir daha suç islemekten çekineceği kanısına varılamadığı gerekçesiyle, 647 sayılı kanunun 6.maddesinin uygulanması yolundaki istemin reddine karar verilmesi, bozmayı gerektirir."* (Yargıtay 1. CD 26.03.1991 gün ve 1991/631-835 E.K. sayılı ilamı)

mahkemenin pişmanlığı değerlendirilmesinde bir ölçüt olmayıp yargılama esnasında oluşan kanaate göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir[1147].

Öğretide Donay'a göre: Erteleme kararı hakimin taktirinde olduğundan erteleme talebinin neden reddedildiğine ilişkin gerekçe gösterme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Müessesenin uygulanması takdiri olduğundan somut olayın özelliklerine göre erteleme kararı verilip verilmeyeceğini ancak hakim tayin edebilir. Erteleme kurumu cezaların şahsiliği ilkesi gereğince şahsileştirme ancak hakimle failin karşı karşıya gelmesiyle mümkün olur. Eğer hakim gerekçe göstermek zorunda kalırsa fail hakkındaki teşhislerini bir takım hukuki kalıplara dökmesi gerekecektir.[1148] Kanaatimizce söz konusu görüş, hakimin taktir yetkisi sınırlarını aştığından ve kanun yolu denetiminde hakimin taktir yetkisini neye göre kullandığının tespitini ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca hakimin fail hakkındaki izlenimlerini hukuki kalıplara dökülmesinin gerekli olmadığını savunmak adil yargılanma ve gerekçeli karar hakkını ihlal edecektir.

5.4 Suçların İçtimai Halinde Hapis Cezasının Ertelenmesinin ve Failin Denetim Süresinde Başka Bir Suçtan Yargılanması Halinde Erteme Kararı Verilip Verilemeyeceğinin Tartışılması

Hapis cezasının ertelenmesi ile ilgili tartışılması gereken diğer bir husus ise birden fazla suçtan alınan mahkumiyet halinde toplam cezanın mı yoksa her bir cezanın ayrı ayrı mı ertelemeye esas alınacağı meselesidir.

Yargıtay, TCK'da cezaların toplanmasına yönelik bir hüküm bulunmadığından erteleme hükümlerinin tek tek değerlendirilmesi gerektiğini ve birden fazla erteleme kararı verilebileceğine hükmetmiştir.[1149] Yargıtay başka bir kararında ise aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin

---

[1147] *"5237 sayılı TCK'nun 51. maddesine göre sanığın yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate göre cezasının ertelenip ertelenmeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden suç işleme eğilimi, sanığın geçmişi ve ertelemeye engel teşkil etmeyen benzer suçtan sabıkalı oluşuna dayanılarak yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile cezanın ertelemesine yer olmadığına karar verilmesi…"* (Yargıtay 8. CD 2010/18663E. , 2010/3011K. sayılı ilamı)

[1148] Süheyl Donay, "Tecil Talebinin Reddi Halinde Gerekçe Gösterilmesi Zorunlu Değildir", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** Cilt: 36, Sayı: 1-4, Yıl: 1970, s. 640-641.

[1149] *"5237 sayılı TCK'da cezaların toplanmasına yönelik bir hüküm bulunmaması nedeniyle, erteleme hükümlerinin her bir suç yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekirken, infazda tereddüt oluşturabilecek şekilde, her bir suç yönünden mahkumiyet hükmü kurulup ertelemeye ilişkin değerlendirmenin tek bir defa yapılması, yasaya aykırıdır."* (Yargıtay 5. CD 2014/5488 E. , 2014/3644 K. sayılı ilamı, İçel, **a.g.e.,** s. 705.)

erteleme kapsamı dışında kalmasının, erteleme kapsamına giren diğer suçun ertelenmesine engel teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.[1150]

Azınlık görüşteki bazı yazarlar Yargıtay'ın aksi görüşünde olup, ertelemenin bölünmezliği ilkesi gereğince cezayı bütün olarak değerlendirmekte, birden fazla suç işleyen failin bazı suçların erteleme kapsamına girip bir kısmının girmemesi halinde erteleme kararı verilemeyeceğini savunmaktadır.[1151] Dülger ve İçel'e göre ise Yargıtay'la aynı görüşü benimseyerek, birden fazla suçtan dolayı hapis cezasına hükmedilmişse sürenin belirlenmesinde toplam ceza değil her bir ceza için ayrı ayrı inceleme yapılarak erteleme kapsamına girip girmediği değerlendirmesi gerektiğini belirmişlerdir. Zira cezaların birleştirilmesi ilkesi hukukumuzda kabul edilmemiştir. Her bir ceza ayrı ayrı değerlendirilerek sonuca gidilir. İK'nın 99. maddesinde de hükmedilecek her bir cezanın diğerinden bağımsız olduğu hüküm altına alınmıştır.[1152]

Hapis cezası ertelenen failin denetim süresinde başka bir suçtan yargılanması halinde erteme kararı verilip verilemeyeceği konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle bir somut olayla karşılaşıldığında ise yargılaması gerçekleştirilen eylemin işlendiği tarihe bakılarak karar verilmelidir. Suçun işlendiği tarih failin denetim süresi içinde değilse erteleme kararı verilebilmelidir. Örneğin; daha önceden ertelemeye engel hali olmayan failin, 01.01.2024 ve 01.03.2024 Tarihinde işlediği suçların ikisine de erteleme kararı verilmesi mümkündür. Yargıtay, HAGB'nin yargılamaya konu suçların işlendiği tarihte olmadığından denetim süresi içerisinde HAGB verilebileceğine hükmetmiştir.[1153] Erteleme

---

[1150] *"aynı anda işlenmiş iki suçtan birinin, diğeri için böyle bir kanaatin oluşumunda etkili olmaması gerektiği, bunun gibi, aynı anda işlenmiş iki suçtan birisinin ceza cins ve süresi itibariyle erteleme kapsamı dışında kalmasının bağımsız olarak ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine engel teşkil etmeyeceği, Buna karşılık; daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı alınan mahkumiyet kararının ertelemeye engel olacağı, Ne 5237 sayılı Yasada, ne de bu Yasa ile birlikte ve daha sonra yürürlüğe giren ilgili mevzuatta erteleme sınırının toplam ceza miktarına göre belirlenmesini gerektiren her hangi bir yasal düzenlemenin de bulunmadığı, Görüş ve kanaati benimsenmiştir."* (Yargıtay CGK 2007/3-63 E. , 2007/87 K. sayılı ilamı, Dülger, **a.g.e.,** s. 944.)

[1151] Mahmutoğlu, **a.g.t.,** s. 52.

[1152] Dülger, **a.g.e.,** s. 943, İçel, **a.g.e.,** s. 705.

[1153] **"***Sanığa ait adli sicil ve arşiv kaydındaki 28.04.2015 tarihli hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın, temyiz incelemesine konu suçların işlendiği tarihten sonra verilmesi nedeniyle sübutu kabul edilen suçların işlendiği tarih itibariyle sanığın adli sicil kaydının bulunmadığı gözetilmeden, şantaj ve görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından hükmedilen hapis cezaları ertelenen sanık hakkında, 'Sanığın adli sicil kaydı incelendiğinde yeniden suç işlemekten çekineceği*

kararı her ne kadar TCK'da düzenlenmiş olsa da bir nevi ceza muhakemesine ilişkin bir müessesedir. Ceza muhakemesinde kıyas yasağı kabul edilmediğinden denetim süresi içinde yeniden erteleme kararı verilebileceği sanığın lehine olacağından kıyas yoluyla kabul edilmelidir.

5.5 Ertelemenin CMK'da Düzenlenmemesi Meselesi

Hapis cezasının ertelenmesi hem infaz özelliklerini taşıması hem de kovuşturma evresinde verilen bir karar olmasına karşın maddi ceza hukukuna ilişkin özelliklerin bulunması ve eski kanuna göre daha ağır düzenlemeler getirmesi sebebiyle TCK'da düzenlenmiştir.[1154] Zira ceza muhakemesi hukukunda hemen uygulama ilkesi geçerli olup yeni kanunun failin aleyhine olması önemli değildir. İşte bu sebeple erteleme kurumu hem maddi ceza hukukuna ilişkin özellikler içermesi hem de derhal uygulama ilkesinin TCK'da kabul edilmemesinden CMK'da düzenlenmemiştir. TCK'nın 7/3. maddesinde de ertelemeye ilişkin hükümlerin derhal uygulanmayacağı özel olarak düzenlenmiştir.

Ertelemenin derhal uygulanamayacağı kabul edildiğine göre lehe kanun değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir. Eski TCK'da erteleme sonucunda cezanın vaki olmamış sayılacağından yeni TCK'da düzenlenen ertelemeye göre daha lehedir. Lakin hakim yeni kanuna göre ceza verip eski kanuna göre erteleme kararı veremez. Burada yapılması gereken, olay hakkındaki uygulanacak eski ve yeni kanun hükümlerinin tamamı karşılaştırılarak sonuca gitmektir.[1155]

5.6 Yabancı Mahkeme Karalarının Hapis Cezasının Ertelenmesine Etkisi

Yabancı mahkemelerin verdiği kararların ertelemeye engel oluşturup oluşturmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Kanunlarda açık hüküm bulunmadığı taktirde yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararlar ülkemizde etkili değildir. Ancak TCK'nın 51. maddesinde mahkumiyet kararının hangi mahkeme tarafından verilmesi gerektiği hususunda

---

hususunda mahkememizde kanaat hasıl olmadığından' biçimindeki yetersiz gerekçeye dayalı olarak hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi," (Yargıtay 12. CD 2020/2234E. , 2020/7459K. sayılı ilamı, Ersan Şen, "Denetim Süresi İçinde Tekrar HAGB Kararı Verilmesi", (Çevrimiçi), https://sen.av.tr/tr/makale/denetim-suresi-icinde-tekrar-hagb-karari-verilmesi , (Erişim Tarihi: 31.05.2024)

[1154] Turhan, **a.g.m.,** s. 48.

[1155] Turhan, **a.g.m.,** s. 49.

düzenleme bulunmadığından yabancı mahkemelerin verdiği mahkumiyet kararlarının ertelemeye engel oluşturacağı söylenebilir.[1156] Burada dikkat edilmesi gereken husus kanun koyucunun bu hükmü koymaktaki amacıdır. Zira kanun koyucu bu hükmü koyarken Türk Yargı Teşkilatı'nda yer alan mahkemeleri kastetmiştir. Genellikle yabancı kanunlarda bu esası uygulamaktadır.[1157]

Türkiye tarafından 01.03.1977 Tarihinde 2081 sayılı kanunla kabul edilen Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 56. maddesi uyarıca, taraf devlet mahkemelerinin herhangi birinin verdiği kararları kendi mahkemeleri vermiş gibi kabul etmektedir. Bu düzenlemeye göre taraf devletlerin verdiği mahkumiyet kararlarının ertelemeye engel teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.[1158]

Koca/Üzülmez'e ise farklı görüşte olup mevzuata göre sadece milli mahkemeler tarafından verilen kararlar ertelemeye engel teşkil edeceğini savunmuştur. Kanunda yabancı mahkemelerin verdiği hangi kararların tekerrüre esas olacağı gösterilmişken erteleme bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.[1159] Mevzuatta gerekli değişiklikler yapılmadıkça taraf olduğumuz Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi de uygulama alanı bulmayacak ve sözleşmeye taraf olan diğer ülkelerin verdiği mahkumiyet kararları ertelemeye engel teşkil etmeyecektir.[1160]

6. Hapis Cezasının Ertelenmesi Kurumunun Etkin Şekilde Uygulanabilmesi İçin Öneriler

Bu başlık altında uygulamada hapis cezasının ertelenmesi kurumunun nasıl etkin bir şekilde kullanılabileceğine ilişkin önerimiz açıklanmaya çalışılmıştır. Türkiye'de hapis cezası ertelenen sanık sayısı hakkında bilgimiz yoktur. Hapis cezasının ertelenmesi kurumunun etkin şekilde uygulanması adına öneride bulunabilmemiz için öncelikle hapis cezası ertelenen sanık sayısı, erteleme kararından sonra tekrar suç işleme oranlarına ilişkin istatistiklerin elimizde mevcut olması gerekmektedir. Söz konusu veriler elimizde mevcut olmadığından uygulamaya yönelik

[1156] Ersin Şare, "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", **TBB Dergisi,** S. 111, Y. 2014, s. 207.
[1157] Şare, **a.g.m.,** s. 207.
[1158] Ebru Altaş, "Türk Ceza Hukukunda Hapis Cezalarının Ertelenmesi Üzerine Bir İnceleme", **Ceza Hukuku Dergisi,** S. 5, Y. 2007, s. 291.
[1159] Koca ve Üzülmez, **a.g.e.,** s. 562.
[1160] Koca ve Üzülmez, **a.g.e.,** s. 562.

önerilerimiz de kısıtlı kalmaktadır. Aşağıda detaylarıyla açıkladığımız üzere kurumun etkin şekilde uygulanabilmesi için sunabileceğimiz en önemli öneri erteleme sonrası mükerrer faillik verilerinin elde edilmesidir.

6.1 Tutuklama Tedbiri Yerine Adli Kontrol Tedbiri Etkin Bir Şekilde Kullanılmalıdır

Türkiye'deki hukuk uygulayıcıları, soruşturma aşamasında tutukluluk tedbirine fazlaca başvurmaktadır. Türkiye'de ceza infaz kurumlarında 31 Aralık 2023 Tarihi itibariyle 291.911 kişi bulunmaktadır. Bunların %84,5'ini hükümlüler ve %15,5'ini tutuklular oluşturmaktadır.[1161] Almanya'daki mahkum sayısı 56.294 olup bunların yaklaşık %20'si tutukludur.[1162] Fransa'da ise 79.631 mahkumun yaklaşık %28'i tutukludur.[1163] Ülkemizde tutukluluk oranı düşük gözükse de cezaevi nüfusu dikkate alındığında tutuklu sayısı oldukça fazladır. Cezaevi personelleri ile yaptığımız bireysel görüşmelerde ve tutuklu müvekkillerden edindiğimiz bilgilere göre de cezaevlerinde, kapasitelerinden fazla mahkum bulunmakta koğuşlarda kalacak yer konusunda problemler yaşanmaktadır.

Erteleme kapsamında yer alan suçlar hakkında tutuklama kararı verilmesi ile erteleme kurumunun amacı yerine getirilememektedir. Zira kovuşturma sonunda erteleme kararı verilse bile yukarıda açıkladığımız üzere tutuklu kalınan süre zarfında cezaevinin olumsuz koşullarından etkilenen fail, daha profesyonel faillerle tanışarak yeni suç teknikleri öğrendiğinden mükerrer fail riski taşımaktadır.

CMK'nın 100/3. maddesinde belirtilen katalog suçlar hakkında, basit şüpheyle ve soyut beyanlarla başlatılan soruşturmalarda tutuklama sebebi var sayılan suç olması gerekçe gösterilerek tutuklama kararları verilebilmektedir. Dosyalardaki deliller dikkate alındığında şüpheli hakkında kamu davası açılsa da beraat kararı verilme olanağı dahi bulunmaktadır. Bu durumda sanık hakkında beraat kararı verilse bile yukarıda belirttiğimiz gibi cezaevinin olumsuz koşullarından etkilenecek ve toplum tarafından lekelenme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Anayasa

[1161] https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumu-istatistikleri-2023-haber-bulteni-yayimlandi20052024091112, (Erişim Tarihi: 29.11.2024)

[1162] https://www.coe.int/en/web/portal/-/prison-overcrowding-remains-a-problem-in-europe-council-of-europe-s-annual-penal-statistics-for-2023, (Erişim Tarihi: 29.11.2024)

[1163] https://www.justice.gouv.fr/documentation/etudes-et-statistiques/statistiques-mensuelles-population-detenue-ecrouee-0, (Erişim Tarihi: 29.11.2024)

Mahkemesi 2013/2947 başvuru numaralı kararında, kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda dahi tutuklama kararı verilebilmesi için somut delillerin ikna edici biçimde ortaya konması gerektiğine hükmetmiştir.[1164]

Kanaatimizce soruşturma aşamasında bu denli fazla tutuklama kararlarının verilmesinin sebebi; şüpheli hakkında kamu davası açılması ihtimali dikkate alınarak, kaçma şüphesinin ortadan kaldırılması ve yargılamanın ilk duruşmasında savunmasının derhal alınmak suretiyle yargılama süresinin kısaltmak istenmesidir. Kovuşturma aşamasına geçildiğinde ise tutuklu sanığın savunması alındıktan sonra bazı katalog suçlar haricinde yargılanan sanıkların tutuksuz yargılanmak üzere tahliyesine karar verilmektedir. Bu yöntem yargılamayı kısaltmış gibi gösterse de sanık, özellikle ilk defa tutuklandıysa, yukarıda belirttiğimiz gibi mükerrer fail olma riski taşımaktadır.

Tutuklama bir ceza niteliğinde olmayıp tedbir niteliğinde olduğundan CMK'nın 109. Maddesinde de tutuklama sebeplerinin var olması halinde dahi adli kontrol kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm dikkate alınarak şüpheli sıkı adli kontrol tedbirleri ile yargılama sürecinde denetim altına alınabilir. Özellikle yoğun suç şüphesi olduğu hallerde, kişi suç işlemeyi alışkanlık haline getirmemişse, tutuklama tedbiri yerine elektronik kelepçe takılarak konutunu terk etmeme tedbirine başvurulması daha ölçülü olacaktır. Bu tedbirler uyguladığında yargılama sürecinde tutuklanmayan fail cezaevinin olumsuz koşullarından etkilenmeyecek ve erteleme kurumu amacını yerine getirecektir. Ayrıca bu sayede tutuklu

---

[1164] *"Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerde suçun katalog suçlardan olması önemli bir yer tutmaktadır. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında başvurucuya atfedilen suçun da aralarında bulunduğu bazı suçlar için tutuklama nedenlerinin varlığı hakkında yasal bir karinenin mevcut olduğu anlaşılmaktadır (kaçma veya delilleri değiştirme ve tanıkları, mağdurları ve diğer kişileri baskı altına alma tehlikeleri). AİHM'in de vurguladığı gibi kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda bile kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının ikna edici biçimde ortaya konması gerekir. (Contrada/İtalya, B. No: 27143/95, 24/8/1998, §§ 58-65). Bu bağlamda AİHM her türlü otomatik tutuklama sisteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile uyumlu olmadığını belirtmektedir (Ilijkov/Bulgaristan, B. No: 33977/96, 26/7/2001, § 84). Ancak somut olayda tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, tutukluluğun devamına ilişkin somut olguların varlığının ortaya konmadığı ve sadece isnat edilen suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamındaki katalog suçlardan olması hususuna atıf yapıldığı görülmektedir."* (Anayasa Mahkemesi 2013/2947 Başvuru Numaralı İlamı, § 66.)

sayıları azalarak cezaevleri kapasitelerinden fazla mahkum bulundurmak zorunda kalmayacaktır.

Uygulamada ise genellikle yurt dışı yasağı ve belli yerlere başvurma tedbirine karar verilmektedir. Belli yerlere başvurma tedbirinde şüpheli ikametgahına en yakın polis merkezine imza atmakla yükümlü tutulmaktadır. Bu tedbirin şüpheliyi tekrar suç işlemekten alıkoyan caydırıcı hiçbir yanı bulunmamaktadır. Bu sebeple adli kontrol tedbirleri adeta birer yoklama uygulaması haline gelmiştir.

Uygulamada, ilk defa uyuşturucu madde bulundurma suçundan gözaltına alınan şüpheliler herhangi bir adli kontrol tedbirine tabi tutulmaksızın derhal serbest bırakılmaktadır. Oysa ki; ilk defa uyuşturucu madde ile yakalanan kişinin bu maddeyi ne kadar süredir kullandığı göz önünde bulundurulmamaktadır. Bu sebeple uyuşturucu madde bulundurma suçu nedeniyle gözaltına alınan şüpheli için her halde CMK 109/3(e)'de belirtilen "hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak" şeklinde belirtilen hükme başvurulması gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle kovuşturma aşamasında hapis cezasının ertelenmesi ihtimali olan somut olaylarda tutuklanma tedbiri yerine adli kontrol tedbirine başvurulmalı ve bu sayede erteleme kurumunun amacına ulaşması sağlanmalıdır.

6.2 Hapis Cezası Ertelendikten Sonra Mükerrer Faillik Oranları Kayıt Altına Alınmalıdır

Hapis cezasının ertelenmesinin neticelerinin nasıl sonuçlandığının tespit edilebilmesi için erteleme kararı verildikten sonra faillerin hangi oranda tekrar suç isleyip işlemediğinin tespiti önem taşımaktadır. Türkiye'de hapis cezasının ertelenmesinden sonra tekrar suç işleme oranlarıyla ilgili herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Adalet Bakanlığı düzenli olarak Adalet İstatistikleri yayını ile karar türleri ve dosya sayıları gibi verileri yayınlamaktadır.

Tablo-1 Ceza Mahkemelerinde Son Sekiz Yılda Verilen Karar Türlerinin Sayısı[1165]

[1165] Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü, **Adalet İstatistikleri 2023,** Ankara, 2023, s. 44.

Yıl	Toplam	Mahkûmiyet	Beraat	Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	Diğer Kararlar
2015	1.802.427	624.388	394.548	419.217	364.274
2016	1.481.074	529.549	329.719	310.649	311.157
2017	1.463.561	525.476	299.130	289.605	349.350
2018	1.695.712	659.290	351.105	347.782	337.589
2019	1.869.019	733.099	383.003	402.947	349.940
2020	1.431.118	572.419	271.014	321.769	265.916
2021	2.051.998	877.296	393.985	465.490	315.227
2022	2.009.860	867.397	375.232	459.636	307.595
2023	2.002.521	881.669	360.049	461.680	299.123

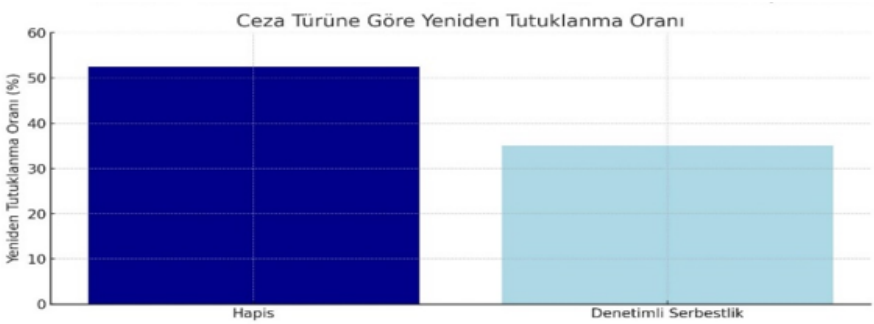
Yukarıdaki tabloyu incelediğimizde Adalet Bakanlığı yalnızca; mahkumiyet, beraat, HAGB kararlarının tam sayısını kamuoyu ile paylaşmaktadır. Ceza mahkemelerinin verdiği; erteleme, düşme, davanın reddi, ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının verileri elimizde mevcut değildir. Bu verilerle de erteleme uygulamalarının ne kadar başarılı olduğu tartışması ülkemiz özelinde yapılamamaktadır. Ancak ertelemeye benzer bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin veriler elimizde mevcuttur. HAGB kurumu da tıpkı erteleme gibi faili cezaevinin olumsuz koşullarından korumak amacına hizmet eden bir kurumdur. Bu verileri incelediğimizde ise istikrarlı bir düşüş sağlanamamış, özellikle 2020 yılından sonra HAGB kararlarında ciddi bir artış yaşanmıştır. Bu durumda ilk kez suç işleyen kimselerin sayısında azalma sağlanamamaktadır.

Avrupa'nın çoğu ülkesinde ve ABD'de ise cezası ertelenen failler takip edilerek tekrar suç işleme oranları 20. Yüzyıldan bu güne kadar sistematik bir şekilde ele alınmakta ve bu oranlar kamuoyu ile paylaşılmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Ceza Komisyonu 1984 Tarihli Ceza Reformu Yasası'nın yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra tekrar suç işleme işlemeyi inceleme altına alarak rehabilitasyonun ne kadar etkili olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır.[1166] Yapılan bu çalışmada hapis

[1166] Patti B. Saris, Charles R. Breyer, Dabney L. Friedrich, Rachel E. Barkow, William H. Pryor, Jr, Michelle Morales, J. Patricia Wilson Smoot, "Recidivism Among Federal Offenders: A Comprehensive Overview", **Unıted States Sentencıng Commıssıon,** Washıngton DC, 2016, s. 3

cezası aldıktan sonra denetimli serbestlik tedbiri olmadan tahliye olanların tekrar suç işleme oranı %52,5 iken denetimli serbestlik tedbiri ile tahliye olanların tekrar suç işleme oranı %35,1 olarak gözlemlenmiştir.[1167]

Tablo-2 Verilen Ceza Türüne Göre Tekrar Suç İşleme Oranı[1168]

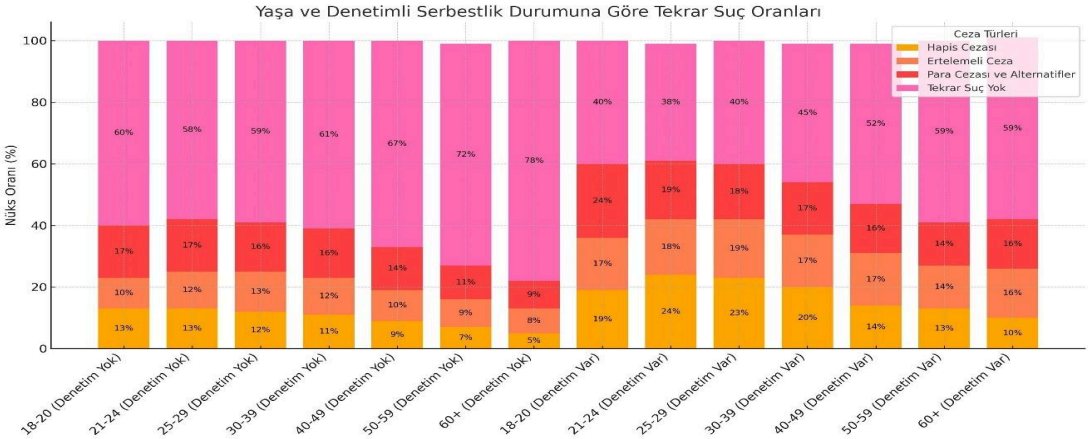


Avrupa'da birçok ülke de hapis cezası ertelendikten sonraki mükerrer faillik verileri sistematik olarak paylaşılmaktadır. Örneğin, Almanya'da yapılan çalışmada faillerin işledikleri suç sebebiyle verilen cezalardan sonra tekrar suç işleme oranları yaş aralıkları esas alınarak gruplandırılmıştır. Bilindiği gibi, genç yaş gruplarındaki suç ve mahkumiyet oranı yüksektir ve yaş ilerledikçe belirgin bir şekilde azalmaktadır. Bu durum, yeniden suç işleme olasılığını da etkilemektedir.[1169]

Aşağıdaki tabloda Almanya'da denetim altında olmayan ve denetim altında olan denetimli serbestlikteki faillerin yeniden mahkumiyet oranları kategorize edilmiş yaş gruplarına göre listelenmiştir. Her iki grupta da yaş arttıkça suç işleyenlerin oranı başlangıçta yalnızca hafif bir şekilde düşerken, 40 yaşın üzerindeki bireylerde bu düşüş belirgin hale gelmektedir. Örneğin, 21-24 yaş aralığındaki denetim altında olmayanların yeniden mahkumiyet oranı %42 iken, 30-39 yaş aralığında bu oran hala %39'dur. 40-49 yaş aralığında ise bu oran %33'e düşmekte ve 60 yaş üzerindekilerde mahkumların dörtte birinden daha azı yeniden suç işlemektedir.[1170] 21-24 yaş grubunda yeniden suç işleme oranı yaklaşık üçte iki iken, 40-49 yaş grubunda yaklaşık yarısı ve 60 yaş üstü az sayıda failde beşte ikisi kadar bir oran söz konusudur.[1171]

[1167] Saris vd., **a.g.m.,** s. 22.
[1168] Saris vd., **a.g.m.,** s. 22.
[1169] Enrico Weigelt, **Bewähren sich Bewährungsstrafen?,** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2009, s. 163.
[1170] Weigelt, **a.g.e.,** s. 163.
[1171] Weigelt, **a.g.e.,** s. 163.

Tablo 3 - Yaşa ve Denetimli Serbestlik Durumuna Göre Tekrar Suç İşleme Oranı[1172]



Fransa'da yapılan en son çalışma incelendiğinde ise, tamamen hapis cezasını çekmiş olanlar arasında yeniden suç işleme oranının alternatif ceza alanlara göre önemli ölçüde daha yüksek olduğunu görülmektedir.[1173]

2002 Ocak ile 2018 Ocak arasında, Fransa'daki hapishane mahkumlarının sayısı %42 artarak 48.594'ten 68.974'e yükselmiştir. Bu dramatik artış, cezaevlerinde aşırı kalabalığına yol açmıştır. Aynı dönemde, cezaevinin nüfusu yoğunluğu 100 kişilik alan için 101'den 115'e çıkmıştır. Hapishanelerin bu aşırı kalabalığını hafifletmek amacıyla, daha önceden istisnai olarak uygulanan hapis cezasına alternatif kurumlar geliştirilmiştir.[1174]

Aşağıda verilen tabloda beş cezai kurumun uygulanması sonucunda cezaevine geri dönme oranı verilmiştir.

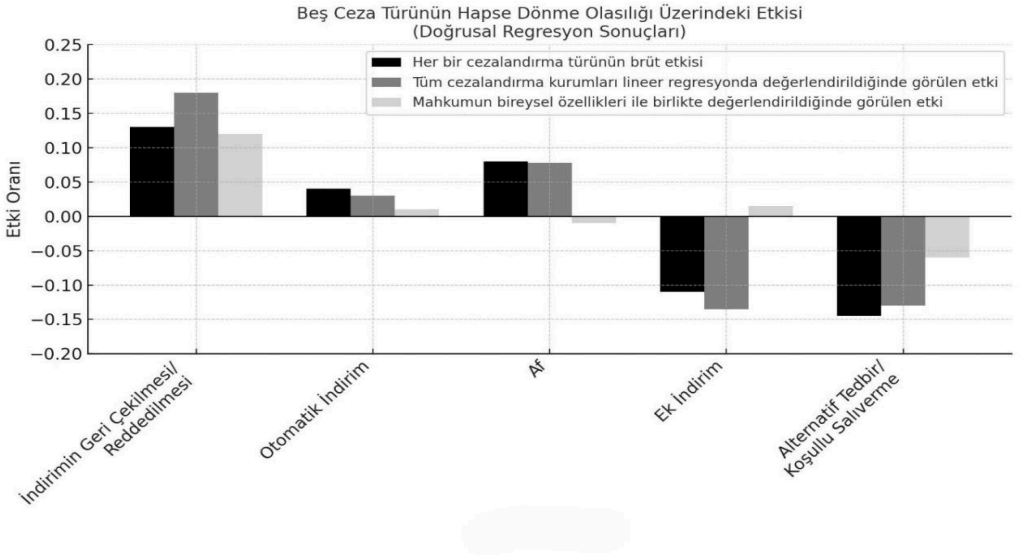
Ceza indirimlerinin geri çekilmesi veya reddi durumunu yaşamış mahkumların (ilk siyah çubuk) beş yıl içinde hapse geri dönme olasılığında %14 artmışken; tüm kurumların birlikte aynı çok değişkenli lineer regresyonda değerlendirildiğinde, oran %18'e ulaşmaktadır (koyu gri çubuk); son olarak, mahkumların bireysel özellikleri de dikkate alındığında, oran %13'tür (açık gri çubuk).[1175] Kanuni indirimden yararlanan

[1172] Weigelt, **a.g.e.,** s. 163.
[1173] Aline Désesquelles, Annie Kensey, Laurent Toulemon, "Benefıcıal Effect Of Adjusted Sentences On Recıdıvısm In France: Investıgatıng The Hıdden Role Of The Judge", **Ined,** Paris, S. January, Y. 2019, s. 1.
[1174] Désesquelles, **a.g.m.,** s. 2.
[1175] Désesquelles, **a.g.m.,** s. 9.

mahkumların oranlarına baktığımızda ise cezaevi dönme oranı ceza indirimi reddedilen mahkumlara oranla oldukça düşüktür.

Alternatif tedbire hükmedilen faillerin tekrar suç işleme oranları incelendiğinde ise, diğer kurumlara nazaran daha az tekrar suç işleme oranları karşımıza çıkmaktadır.

Tablo 4 - Ceza Türlerine Göre Yeniden Suç İşleme Oranı [1176]



Avrupa'daki çalışmaların geçmişini anlamak için 1895 ile 1908 yılları arasında Almanya'da yapılan araştırmadaki rakamları da paylaşmakta yarar görüyoruz. Bu yıllar arasında 165.860 sanığa verilen hapis cezası ertelenmiştir. Söz konusu rakamdan 105.852 failin ertelemesi kesin olarak

[1176] Désesquelles, **a.g.m.,** s. 9. (Diğer Avrupa ülkelerinde erteleme sonrası tekrar suç işleme oranlarını detaylıca incelemek için bkz.: Emin Berathan Sakın, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2024 s. 78 vd.).

sonuçlanmış, bunlardan 81.964 (%77,44) fail denetimi suç işlemeden geçirmiştir.[1177]

SONUÇ

Kanun koyucu suç adı verilen hukuka aykırılıkların yaptırımlarını ceza kanununda hapis ve adli para cezası olarak düzenlemiştir. Bu yaptırımların türü zamanla değişerek bu noktaya gelmiş, öncesinde idam ve ağır hapis cezaları korkutucu yönüyle ön planda tutulmuştur. Modern ceza hukukunun ortaya çıkmasıyla idam cezasından uzaklaşılmış hapis cezasının da etkinliği tartışmalı hale gelmiştir. Özellikle kısa süreli hapis cezaları uygulamada birçok sorunu ortaya çıkarmıştır. Kısa süreli hapis cezası alan fail cezaevinde kaldığı sürede daha profesyonel faillerle tanışarak yeni suç teknikleri öğrendiğinden suç işleme oranları artış göstermiştir. Bu sorunun önüne geçmek için kısa süreli hapis cezasına bir çok seçenek öngörülmüş ve ertelemede bu seçenek kurumlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Erteleme uygulamaları modern ceza hukukunun ilk zamanlarına kadar dayansa da kurum hakkındaki tartışmalar günümüze kadar gelmiştir. Çalışmamızda da hapis cezasının ertelenmesine ilişkin bazı sorunlar ele alınmaya çalışılmış bu sorunların uygulamaya nasıl yansıdığı, doktrinde ve yargı kararlarında bu sorunlara nasıl çözüm bulunduğu tartışılmıştır.

Çalışmamızda vardığımız en önemli sonuç hapis cezası ertelenmesi kurumunun uygulamalarının takibinin ülkemizde yetersiz olduğudur. Zira Avrupa'da hapis cezası ertelenen faillerin takibi 19. Yüzyıldan bu yana yapılmakta iken Türkiye'de bu çalışma bugüne kadar yapılmamıştır. Ülkemizde sadece ertelemenin sonuçlarıyla ilgili çalışmalar değil mükerrer failliğe ilişkin çalışmalar bile sınırlı sayıda ve güncel değildir. Ertelemenin en önemli amacı mükerrer failliği önlemek olduğu düşünüldüğünde bu çalışmaların yapılmamış olması kurumun amacının yerine getirilip

[1177] Önder, **a.g.e.,** s. 82.

getirilmediğini kuşku boyutunda bırakmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere Adalet Bakanlığı belli istatistikleri yayınlasa bu istatistikler sınırlı veriler içerdiğinden üzerine detaylıca yorum yapılamamaktadır. Söz konusu veriler de bilimsel çalışmalarla elde edilecek bilgiler olmayıp UYAP sisteminde kayıtlı olan bilgilerin kamuoyu ile paylaşılmasından ibarettir. Elbette bu bilgilerin paylaşılması da önemlidir fakat yeterli olmadığı kuşkusuzdur.

Çalışmamızda erteleme kararları verilirken karşılaşılan sorunlarda ilgili vardığımız diğer bir sonuç ise Türkiye'deki hukuk uygulayıcılarının soruşturma aşamasında tutuklama tedbirine sıkça başvurulmasının erteleme kurumuyla bağdaşmadığıdır. Zira soruşturma aşamasında tutuklu kalan fail cezaevinin olumsuz koşullarından etkilenmekte yargılama sonucunda erteleme ya da daha lehe bir karar verilse dahi failin ıslahı sağlanamamaktadır.

KAYNAKÇA

Adli Sicil ve İstatistik Müdürlüğü, **Adalet İstatistikleri 2023,** Ankara, 2023.

Aline Désesquelles, Annie Kensey, Laurent Toulemon, "Beneficıal Effect Of Adjusted Sentences On Recıdıvısm In France: Investıgatıng The Hıdden Role Of The Judge", **Ined,** Paris, S. January, Y. 2019

Altaş, Ebru, "Türk Ceza Hukukunda Hapis Cezalarının Ertelenmesi Üzerine Bir İnceleme", **Ceza Hukuku Dergisi,** S. 5, Y. 2007,

Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Adalet Yayınevi.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Denizhan, Hüseyin, "Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme", **TBB Dergisi,** S. 65, Y. 2006.

Donay, Süheyl "Tecil Talebinin Reddi Halinde Gerekçe Gösterilmesi Zorunlu Değildir", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** C. 36, S. 1-4, Y. 1970.

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt III,** İstanbul: Beta Yayıncılık, 1994.

Dülger, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul: Hukuk Akademisi Eğitim ve Yayıncılık, 2021.

Enrico Weigelt, **Bewähren sich Bewährungsstrafen?,** Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2009

https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumu-istatistikleri-2023-haber-bulteni-yayimlandi20052024091112, (Erişim Tarihi: 29.11.2024).

https://sozluk.gov.tr/, (Erişim Tarihi: 23.12.2024).

https://www.coe.int/en/web/portal/-/prison-overcrowding-remains-a-problem-in-europe-council-of-europe-s-annual-penal-statistics-for-2023, (Erişim Tarihi: 29.11.2024).

https://www.justice.gouv.fr/documentation/etudes-et-statistiques/statistiques-mensuelles-population-detenue-ecrouee-0, (Erişim Tarihi: 29.11.2024).

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler,** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2023

Kaşka, Hakan, "Tutuklama – Mahsup – Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Hâlleri Üzerine Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Kökkeşoğlu, Abdullah, "Türk Ceza Kanununda Erteleme", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), Karabük, 2008.

Nacar, Özge "Türk Ceza Kanununda Hapis Cezasının Ertelenmesi (TCK 51)", (T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2022.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda),** İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963.

Özgenç, İzzet **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler),** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Özgenç, İzzet, "Bir İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", **Anayasa Yargısı Dergisi,** C. 18, Y. 2001.

Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbiri Hukuku,** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Sakın, Emin Berathan, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", (İstanbul Ticaret Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2024.

Saris, Patti B., Breyer, Charles R., Friedrich, Dabney L., Barkow, Rachel E., Pryor, William H., Jr, Morales, Michelle, Smoot, J. Patricia Wilson, "Recidivism Among Federal Offenders: A Comprehensive Overview", **Unıted States Sentencıng Commıssıon,** Washıngton DC, 2016.

Şare, Ersin, "Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme", **TBB Dergisi,** S. 111, Y. 2014

Şen, Ersan "Denetim Süresi İçinde Tekrar HAGB Kararı Verilmesi", (Çevrimiçi), https://sen.av.tr/tr/makale/denetim-suresi-icinde-tekrar-hagb-karari-verilmesi , (Erişim Tarihi: 31.05.2024).

Tongür, Ali Rıza, "Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme", (T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı), İstanbul, 2008.

Turhan, Faruk, "Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Sayı: 3-4, C. 10 Y. 2006.

Ünlü, Abdurrahman, "Hapis Cezasının Ertelenmesi", **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Y. 2018, C. 1, S. 2.

[1178H] DURKHEİM'İN SOSYOLOJİ DÜŞÜNCESİNDE HUKUKUN ÖZÜ OLARAK TOPLUM

(THE ESSENCE OF LAW AS SOCIETY IN DURKHEIM'S SOCIOLOGICAL THOUGHT)

Sabanur GÜMÜŞ ŞİMŞEK [1179*]
Dr. Öğr. Üyesi Nergis KULAKSIZOĞLU MERCAN [1180]**

ÖZ[1181]

Èmile Durkheim 1858 ile 1917 yılları arasında yaşamını sürdürmüş ve sosyoloji biliminin kurucusu olarak nitelendirilen bir bilim insanıdır. Bu nitelendirmeyi, sosyolojinin benzerlerinden ayrı bir bilim olarak görülmesi ve o şekilde nitelendirilmesi için yaptığı ciddi çalışmalar ve sosyoloji için bir yöntem inşa etme çabaları ile kazanmıştır. Sosyolojiyi sistematikleştirmeye dair düşüncelerini ve bu düşüncelerden doğan amacını, kendisine ait olan eserlerde uygulamalı olarak da gerçekleştirmiştir. Sosyolojiye ve topluma dair yaptığı derinlikli çalışmaların ve kaleme aldığı eserlerin içeriğine bakıldığında, sosyolojiye dair birçok kavrama ve düşünceye yer vermekle beraber ahlak ve hukuk kavramlarına -bu iki kavrama eşdeğer biçimde- ciddi bir yer verdiği görülmektedir. Bununla birlikte Durkheim'in bazı toplum bilimsel kavramları açıklama çabası içerisinde iken bu açıklamada kriter olarak hukuku ve hukuk alanına dair birtakım kavramları esas aldığı görülmektedir. Ona göre hukuk, kelimenin tam anlamı ile toplumsal bir olgudur. Bu açıdan bakıldığında birtakım farklı

[1178H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.12.2024. İlk hakem raporu tarihi: 26.12.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 27.12.2024. Üçüncü hakem raporu tarihi: 06.01.2025. Onaylanma Tarihi: 14.01.2025.

[1179*] Yüksek Lisans öğrencisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0009-0001-5891-0248.

[1180**] Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7803-0678.

Esere Atıf Şekli: Sabanur Gümüş Şimşek-Nergis Kulaksızoğlu Mercan, "*Durkheim'in Sosyoloji Düşüncesinde Hukukun Özü Olarak Toplum*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.859-886.

[1181] Bu makale yazarın İstanbul Ticaret Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında "Hukukun Özü Meselesinin Edmund Husserl'in Fenomenoloji Anlayışı Çerçevesinde İncelenmesi" başlıklı yüksek lisans tez çalışmasından türetilmiş bir makale çalışmasıdır.

toplumsal olguların açıklanmasında da hukuka başvurulması oldukça doğal karşılanabilecektir. Her ne kadar Durkheim'in çalışma alanları arasında hukuk yer almasa da onun fikirleri içerisinde hukuka da erişmek mümkündür. Bu çalışmada Durkheim'in sosyoloji düşünceleri içerisinde hukukun izleri sürülmüş ve hukukun özü olarak toplum düşüncesine dair incelemeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Durkheim, hukuk, toplum, toplumsal olgu, iş bölümü, bastırıcı hukuk, onarıcı hukuk, mekanik dayanışma, organik dayanışma.*

ABSTRACT

Émile Durkheim (1858-1917) is regarded as the founder of the field of sociology. This recognition is attributed to his serious efforts to establish sociology as a distinct science and to build a methodology for it. He applied his ideas about systematizing sociology in his works. When examining his in-depth studies on society and the content of his writings, it is evident that, in addition to many concepts related to science, he gave considerable importance to the concepts of morality and law — two concepts he treated as equivalent. Furthermore, in his efforts to explain certain sociological concepts, Durkheim often relied on law and legal concepts as criteria. According to him, law is, in the truest sense, a social phenomenon. From this perspective, it is natural to refer to law in explaining various social phenomena. Although law was not a direct focus of Durkheim's work, his thoughts contain significant insights into the concept of law. This study traces Durkheim's views on law within his sociological thought and examines the concept of society as the essence of law.

Keywords: *Durkheim, law, society, social phenomenon, division of labor, repressive law, restitutive law, mechanical solidarity, organic solidarity.*

***

GİRİŞ

Hukuk ve sosyoloji, iki farklı alan olarak her zaman birbirleri ile yakın bir ilişki içerisindedirler. Bu ilişki, iki alanın iş birliği ile meydana getirilmiş çalışmalar ile görünür kılınmaktadır. Hukuk ile sosyoloji arasındaki bağ, hukuk sosyolojisinde kendisini gösterir. Sosyoloji, toplumu inceleme ve anlama ile onun üzerine bilimsel çalışmalar ilerletme açısından her zaman hukuka ihtiyaç duyar. Paralel şekilde hukuk da kendi alanı içerisinde toplumu anlamaya ve ona ayak uydurmaya muhtaçtır. Eugen Ehrlich'in *Hukuk Sosyolojisi'nin Temel İlkeleri* adı ile Türkçeye çevrilen eserinin

önsözünde yer verdiği şu cümle, bu durumu anlatmak için büyük bir etkiye sahiptir: "Şu anda ve tüm zamanlarda, hukuki gelişmenin ağırlık merkezi yasamada, hukuk tekniğinde ya da mahkeme kararlarında değil toplumun kendisinde yatmaktadır."

Èmile Durkheim, sosyolojinin kurucularından sayılan ve yaşamı boyunda sosyoloji alanında çalışmalar yürütmüş bir bilim insanıdır. Onun bu çalışmaları, sosyolojinin kendi başına bir bilim olarak kabul edilmesi ve kurumsal bir yapıya sahip olarak sistematik bir ilerleme kaydetmesi durumlarına ciddi katkılar sağlamıştır. Durkheim sosyoloji alanındaki düşüncelerini sıklıkla hukuk ile desteklemiş, ondan yardım almıştır. Onun sosyoloji düşüncesini inşa ederken edindiği bu tavır, bugün hukuk sosyolojisinin gelişiminde ciddi bir fark yaratmıştır.

Durkheim'in Sosyoloji Düşüncesinde Hukukun Özü Olarak Toplum isimli bu makale çalışmasında, temel olarak Durkheim'in hukuk üzerine düşüncelerinin tespiti amaçlanmıştır. Bu düşüncelerin tespiti sonrasında ise onun hukukun ne olduğuna ve hukukun özünün ne olduğuna dair düşüncelerine ulaşmak hedeflenmektedir. Gerçekten Durkheim bir hukukçu olarak nitelendirilemeyecek olsa da sosyoloji alanına dair düşüncelerinde hukukun izlerini bulmak mümkündür. Topluma ve toplum bilime dair bazı düşüncelerinin içerisinde, onları açıklarken veya onları örneklendirirken hukukun alanına giren birçok düşünceye yer vermiş, bazı kavramların anlatımında bizzat hukuku ölçüt olarak almıştır. Durkheim'in hukuk düşüncesinin izlerini sürebilmek için öncelikle onun sosyoloji düşüncesini bilmek ve buna dair anlatımlar yapmak gerekecektir. Bu gereklilik onun düşünce hayatı içerisinde küçük bir yer kaplayan hukuk düşüncesini anlamak için önem arz eder. Bundan da önce Durkheim'in hayatına yer verilmiştir. Bunun sebebi bir düşünürün, özellikle de sosyoloji alanında çalışmış ve hatta hayatını buna adamış bir düşünürün, yaşamının ve yaşadığı toplumun sosyal ve siyasal atmosferinin bilinmesinin, onun düşüncelerinin anlaşılmasına ciddi bir katkıda bulunacak olmasıdır. Dolayısıyla bu makale çalışmasında öncelikle Durkheim'in yaşamına, sonrasında sosyoloji düşüncesine ve en sonunda hukuka dair fikirlerine yer verilmiştir.

1. Èmile Durkheim'in Hayatı

Èmile Durkheim, 15 Nisan 1858'de Lorraine'nin eski bölgesi Vosges'teki Epinal'da doğmuştur. Yahudi bir ailenin çocuğu olan Durkheim'in soyunda hahamlık mesleği nesilden nesile aktarılmaktadır. Kendisi de aile geleneğine uygun olarak haham olmak için hazırlanmıştır ancak genç Durkheim'in süreç içerisinde bu hedefini bir kenara bıraktığı görülmektedir. Dini

amaçlarını bir kenara bırakmasına rağmen Durkheim, ilerleyen süreçte sosyoloji çalışmalarında bu zamanlarında edindiği her türlü bilgiyi kullanmış ve bu bilgileri kazanca dönüştürmüştür. Eserlerinde yer alan dini örnekler ve kutsal kitaplara atıflar bu kazancın ürünüdür. Durkheim'in hayatının erken dönemlerinde inşa etmeyi amaçladığı fakat gerçekleşmeyen farklı bir kariyerin izleri eserlerinde bu şekilde görülmektedir.[1182]

Durkheim, 1879 yılında Ecole Normale Supérieure'a kabul edilmiş ve eğitimine burada devam etmiştir. Bu okulda eğitim görmek için başlarda çok istekli olsa da kurumun sahip olduğu eğitim şeklinden bilimsel bir tavra sahip olmaması sebebiyle memnun kalmamıştır. Sosyoloji alanındaki çalışmalarını bilimsellik temeline oturtmak için ciddi bir çabaya sahip olmasına, bu dönemde bu kurumda aldığı eğitime olan eleştirilerin ciddi bir katkı sağladığı söylenebilir.[1183] Durkheim Ecole Normale Supérieure'den 1882 yılında mezun olmuş ve mezuniyetinin ardındaki süreçte artık çalışmalarını sosyoloji alanına yönlendirme konusunda karar vermişti.[1184]

Durkheim mezun olduğu dönemde öğretilen felsefenin, güncel sorunlara değinmeyerek farklı ve ona göre gereksiz birtakım tartışmalara fazla odaklandığını düşünüyordu. Bu eleştirdiği perspektife sahip bir filozof olmak istemiyordu. Onun hedefi, ahlaki problemlerin çözülmesine yardımcı olabilecek ve o dönemde toplumun var olan sorunlarını ele alacak bir disiplinle ilgilenmekti. Durkheim'in kendisi için böyle bir hedef belirlemesinde, o dönemde Fransa'nın içerisinde bulunduğu sosyal ve siyasi durumun yol açtığı problemlerin ciddi bir etkisi olduğu söylenebilir. Bu sebeplerle kariyerini sosyoloji üzerine çalışmaya yöneltti. Bir sosyoloji bilimi etrafında toplumun ahlaki olarak yönlendirilmesinin mümkün bir şey olduğuna inanarak bunu kendisi ve çalışmaları için bir amaç olarak edindi.[1185]

Durkheim 1882'de felsefe dersleri vermeye başlamış ve bundan beş yıl sonra 1887 yılında Bordeaux Üniversitesi'ne ders vermek üzere davet edilmiştir. Burada ders verdiği ilerleyen yıllarda pedagojik ve sosyal bilimler profesörü unvanını elde etmiştir. 1902 yılında ise Paris'teki Sorbonne Üniversitesi'ne geçerek eğitim ve sosyoloji alanında dersler

[1182] Harry Alpert, *Èmile Durkheim and His Sociology,* (New York: Columbia University Press, 1939), 15.
[1183] Alpert, 18-19.
[1184] Alpert, 28.
[1185] Lewis A. Coser, *Masters Of Sociological Thought: Ideas In Historical And Social Context II, (*New York: Harcourt Brace Jovanovich Inc., 1977), 145.

vermeye başlamıştır.[1186] Bordeaux Üniversitesi'nde ders vermeye başladığı dönemde, Fransız Kamu Eğitim Bakanlığı Yüksek Eğitim Müdürü Louis Liard'ın teşvikiyle birlikte Bordeaux Üniversitesi Edebiyat Fakültesi'nde kendisi için bir sosyal bilimler dersi oluşturulmuştur. Bu durum Fransa'nın sosyolojiye karşı süregelen mesafeli akademik tavrının değiştiğini gösteren bir adım olarak tarihe geçmiştir.[1187]

Durkheim, 1858 ile 1917 yılları arasındaki yaşamının büyük bir kısmını Fransa'da geçirmiştir. Durkheim'in yaşadığı dönem, Fransa'da birtakım sosyal ve siyasi sorunların yaşandığı bir dönemdir. Bireysel olarak sosyoloji düşüncesinde, yaşadığı yerde gerçekleşen birçok farklı sosyal ve siyasi olayın etkisinin görüldüğü söylenebilir. 1870 yılında gerçekleşen Fransa-Prusya Savaşı'nın ardından oluşan siyasi atmosfer, insanların zihinlerinde ve kurumlarda ciddi bir sarsıntı meydana getirmiştir.[1188] Bu durumun yanında kapitalizmin gelişimi ile gelen sorunlar da bulunmaktadır. Toplumsal adalette bozulma, gelir dağılımında dengesizlik ve benzeri problemler, başka sıkıntıların da oluşmasına yol açmıştır. Şiddet kaynaklı sorunlar, suçlarda meydana gelen artış ve yoksulluk gibi problemler o dönemde yaşanan sorunlar arasındadır. Bunlarla birlikte toplumda işçi sınıfının yükselişi ve sosyal kavgalar da süregelmektedir. Toplumun egemen sınıfına hâkim olan düşünceye göre, bütün bu problemler cumhuriyetin dayanışma ve kardeşlik kavramları ile çözülebilecektir. Toplum içerisinde var olan bu sarsıntı, beraberinde bir yeniden örgütlenme ihtiyacı düşüncesini meydana getirmiştir. Durkheim'in bu ihtiyaç karşısındaki duruşu, bunun bilim yoluyla gerçekleşmesi gerektiği şeklindedir. Eğer bir yeniden inşa gerçekleşecekse, bunun hayata geçirilmesinin her aşamasında bilime başvurulmalıdır. Ona göre toplumların bu krizi ancak sosyoloji ile çözülebilecektir. Temel olarak Durkheim sosyolojisinin kaynağı bu düşüncedir. Durkheim'in çalışmalarını böyle bir düzlem üzerinde ve bu sorunlara çözüm bulma güdüsü etkisinde meydana getirdiğini söylemekte bir beis yoktur. Bu sebeple onun çalışmaları, toplumsal bütünleşmeyi sağlama amacını edinmiş bir şekilde ilerlemiştir. Durkheim'in sosyoloji

[1186] Mathieu Deflem, *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition,* (New York: Cambridge University Press, 2008), 57.

[1187] Coser, 145-146.

[1188] Èmile Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* Çev. A. Berktay, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2006), 12-13.

düşüncesinde en çok üzerinde durduğu ve önem verdiği kavramlardan birinin "dayanışma" olması da bu durumu doğrular niteliktedir.[1189]

Sosyolojinin kendine ait özelliklerini belirlemek ve onun kendine özgü yöntemlerini saptamak, sosyolojiyi diğer benzerlerinden ayırmaya hizmet etmek adına Durkheim'in attığı büyük adımlardır. Sosyolojinin ihtiyaç duyduğu bilimsel temellerin oturtulmasında bu adımların doğrudan katkısı olmuştur. Durkheim eserlerinde sosyoloji için bir metodoloji öngörmüş ve toplumsal olayların rastgele değil bir sistematik içinde bilimsel olarak incelenebilir olduğunu ifade etmiştir.[1190] Durkheim'in sosyolojinin bilimselliğini, bir bilim olarak konusunu ve yöntemini bu şekilde ortaya koyması onun sosyolojinin kurucularından biri olarak sayılmasını açıklar niteliktedir. Bu durumun en büyük nedenlerinden birisi de onun ifade ettiklerinin kendisinden önce hiçbir bilim insanı tarafından bu denli açık ve detaylı şekilde ele alınmamış olmasıdır.[1191]

Durkheim Bordeaux'ta olduğu yıllar boyunca birçok eser yayımlamıştır. Birçok önemli eleştirel inceleme gerçekleştirmiş ve bazı derslerinin açılış konuşmaları makale şeklinde yayımlanmıştır. 1893'te *İş Bölümü* adlı Fransızca doktora tezini ve Montesquieu üzerine yazdığı Latince tezini savunmuştur. 1895 yılında *Toplumbilimin Yöntem Kuralları* isimli eseri yayımlanmıştır. Bundan sonraki büyük eseri ise *İntihar* isimli eserdir. Bu üç büyük eser ile birlikte Durkheim'in, akademik camiada önemli bir isim hâline geldiği artık tartışmasız bir gerçek olmuştur. 1898 yılında sosyoloji literatürüne katkı sağlayan *L'Année Sociologique* adında akademik bir dergi çıkartmıştır.[1192] Durkheim son büyük eseri olan *Dini Hayatın Temel Biçimleri* isimli eserini 1912 yılında yayımlamıştır.[1193]

Durkheim, sosyolojinin yöntemleri üzerine kaleme aldığı *Toplumbilimin Yöntem Kuralları* adlı eserinde izlenmesi gereken yolu göstermiştir. Bu eserden yalnızca birkaç yıl sonra yayımladığı *İntihar* adlı eserinde, daha önce kurduğu toplum bilimsel yöntemi hayata geçirmiştir. Böylece sosyolojiyi sistematikleştirme yolundaki düşüncelerini somutlaştırmıştır. Durkheim'in diğer eserlerinde de görülen toplumsallaşma ya da

[1189] Levent Ünsaldı ve Ercan Geçgin, *Sosyoloji Tarihi Dünyada ve Türkiye'de.* (Ankara: Heretik Yayıncılık, 2013), 121-122.
[1190] Gaston Bouthoul, *Sosyoloji Tarihi-I,* Çev. C. Süreyya, (İstanbul: İletişim Yayınları, 1992), 89.
[1191] Nurettin Şazi Kösemihal, *Durkheim Sosyolojisi*, (İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, 1971), 30.
[1192] Coser, 146.
[1193] Coser, 148.

sosyalizasyon düşüncesi, *İntihar* adlı eserinde intihar kavramı üzerinden daha belirgin bir şekilde ele alınmıştır. O dönemde intihar üzerine pek çok araştırma yapılmış ve yapılıyor olmasına rağmen Durkheim bu çalışmaların çok daha ötesinde olacak şekilde sosyolojik yöntemin kuralları ile ele alınmış ve teori ile olgunun uzlaşısı sonucu meydana getirilmiş bir eser kaleme almıştır.[1194]

2. Èmile Durkheim'in Sosyoloji Düşüncesi

Durkheim'in sosyoloji düşüncesine geniş bir açıdan bakıldığında onun toplumu şeyleştirdiği söylenebilir. Durkheim'in toplumu şeyleştirmesi onu büyüyen, hareket eden, gelişim gösteren ve gözlemlenebilen bir şey olarak ele alması anlamına gelir. Durkheim, pozitivist bir yaklaşıma sahip olmasının sonucu olarak bütün bilgilerin kaynağının ancak olgular olabileceğine ve bu olguların da ampirik gözlemler sonucu elde edilebileceğine inanır. Sosyolojiyi bilimselleştirme amacı ve çabası da bu doğrultuda ilerlemiştir. Durkheim sosyoloji üzerine yaptığı araştırmalarda istatistiksel yöntem ve verileri sistematik olarak kullanmış ve bunu gerçekleştiren ilk kişi olmuştur.[1195]

Durkheim'in toplumbilim üzerine geliştirdiği düşünceler ve akademik çalışmalara bakıldığında, bazı kavramlar üzerinde ısrarla durduğu ve bu kavramların onun sosyoloji düşüncesinde temel ayaklar olarak nitelenebileceği görülmektedir. Durkheim'in düşüncesini genel olarak anlayabilmek ve esasında hukuk üzerine düşüncelerini ifade edebilmek adına öncelikle bunlar üzerine birtakım yüzeysel açıklamalar yapmak makul olacaktır. Sosyoloji bilimi ile uğraşan bir kişi için başucu kitabı niteliğinde bir içeriğe sahip olan *Toplumbilimin Yöntem Kuralları* adlı eseri, Durkheim'in düşüncesine girişte ciddi bir rehber olma potansiyeli taşımaktadır. Onun düşüncesini anlamak için gerekli olan temel kavramları açıklamaları ile birlikte bu eserde bulmak mümkündür.

Bahsedilen kavramlardan ilk olarak toplumsal olgu incelenebilir. Bu kavram hem Durkheim'in düşüncesinin anlaşılması hem de genel olarak sosyoloji bilimine dair giriş niteliğinde temel edinilmesi açısından önem arz eder. Durkheim toplumsal olgu kavramının, toplum içerisinde toplum ile en ufak bir ilgisi bulunan her durum için kullanılma eğiliminde olan bir sözcük

---

[1194] Enes Kabacı, *Sosyolojiyi Kurmak: Montesquieu, Tocqueville, Comte, Durkheim,* (İstanbul: Vadi Kültür Sanat ve Yayıncılık, 2020), 2018-219.

[1195] Glenn A. Goodwin, ve Joseph A. Scimecca, *Klasik Sosyolojik Teori: Sosyoloji Vaadinin Yeniden Keşfi*, Çev. E. Aykut, B. Binay, U. Binici vd., (İstanbul: Say Yayınları, 2015), 153-154.

grubu olduğunu söyler. Fakat kavramın bu şekilde kullanımını doğru bulmaz. Aslında toplumsal olgu kavramının, kendisi için düşünülen ve karşıladığı zannedilen her durumu karşılamadığını ve kendine has bir ayrımı olduğunu ifade eder. Bu ayrımın net bir şekilde çizilmesinin gerekliliğini de vurgular. Dolayısıyla toplumsal olgu, genel nitelikte olan ve bütün bireylerin uyguladığı davranışlar gibi birtakım kalıplarla yetinilerek nitelenebilecek bir kavram değildir.[1196] Durkheim'e göre toplumsal olguyu oluşturan olgu alanı "bireyin dışında yer alan ve bir zorlayıcı gücü olan, bu güç aracılığıyla da kendini bireye dayatan davranış, düşünüş ve duyuş biçimleri"nden oluşmaktadır.[1197] Durkheim bir toplumsal olgunun bireyin dışında yer aldığını ve dayanağının birey olmadığını söylemekle birlikte bu dayanağın bir siyasi toplum, toplumun içinde yer alan dini mezhep, edebi ekol, mesleki korporasyon vb. gibi bir topluluk olabileceğini söyler.[1198] Burada toplumsal olgu kavramı için önem arz eden ve öne çıkan iki önemli özellik, dışsallık yani toplumsal olgunun bireyin dışında yer alması ve dayatıcı, zorlayıcı bir niteliğinin bulunmasıdır.

Bir kişi, bir eş olarak görevlerini yerine getirirken veya bir hukuk kuralına uyarken bunları gerçekten içselleştirerek ve tamamen isteyerek yerine getiriyor olsa bile bu bireysel bir davranış değildir. Bu davranış bireyin dışındadır. Toplumsal olgunun alanına giren bir gerçekliktir. Toplumsal bir olgu, buradaki örnekte eşin görevleri veya hukuk kuralı, bu şekilde bir dışsallığa sahiptir.[1199] Anthony Giddens toplumsal olguların dışsallığını iki farklı anlama gelecek şekilde ifade eder. Ona göre her insan belli bir organizasyon veya yapıya sahip bir toplum içinde doğar ve bu durum insanın kişiliğini koşullandırır. Bununla birlikte bireylerin toplumu meydana getiren ilişkiler bütünü içerisinde bir rolü olması sebebiyle toplumsal olgular bireye dışsaldır. Bahsedilen ilişkiler bireyler kişisel yaratımı değildir, bireyler arasındaki sayısız etkileşimin sonucudur.[1200]

Her ne kadar kişinin bu davranışları isteyerek yerine getirdiği söylenebilse de bu görev ve kurallar dışsal, yerine getirilmesi açısından dayatıcı ve zorlayıcı niteliktedirler. Bir kişinin bir hukuk kuralına uyduğu durumda, o hukuk kuralını koyan ve belirleyen kişi ile o kurala uyan kişi

[1196] Èmile Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* Çev. Ö. Ozankaya, (İstanbul: Cem Yayınev, 2013), 37.
[1197] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 39.
[1198] Coşkun Sağlık, Emile Durkheim'ın Metodolojisi ve Sosyolojisi, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 9, S. 2, Temmuz 2019, 451.
[1199] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 37.
[1200] Anthony Giddens, *Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori*, Çev. Ümit Tatlıcan, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2010), 150.

aynı kişi değildir. Bu sebeple kişi kurala uyma davranışını isteyerek gerçekleştirdiğini söylese dahi bu kural zorlayıcı niteliktedir.[1201] Bu davranış biçimlerinin bireyin dışında olmakla beraber zorlayıcı bir güce de sahip olmaları şu açıdan daha net ifade edilebilir: Kişi bunlara uyan davranışlar sergilediğinde bu zorlayıcı güç var olsa da ortaya çıkmayacak ancak aykırı bir davranış sergilediğinde tamamen kendisini fark ettirecektir. Bir hukuk kuralına aykırı hareket edildiğinde bunun bir cezası vardır. Benzer şekilde bir töre kuralına aykırı davranıldığında da hor görme, uzak durma, dışlama, ayıplama gibi cezalarla karşılaşılır.[1202]

Bir toplumsal olgunun ayırt edici temel özelliği, bireyler üzerindeki etkisinde aranmalıdır. Bu özellik, toplumsal olgunun; bir yaptırım ile veya bireyin bu olgunun aksi yönde olabilecek davranışlarına karşı direnç göstermesi ile bireye dışarıdan etki edebilme gücüne sahip olmasıdır. Dolayısıyla toplumsal olgu ya bir yaptırıma sahip olacak ya da bireyin kendisine karşı hareket etmesini durdurabilmek için tehdit eder bir tavra sahip olacaktır.[1203] Nihai olarak Durkheim, bütün toplumsal olgular alanını kapsayacak şekilde toplumsal olgunun tanımını şu şekilde ifade eder: "Belirli bir biçim almış olsun olmasın, birey üzerine bir dış zorlamada bulunabilen ya da kendine özgü bir varlığı olmakla birlikte bu bireysel belirişlerinden bağımsız olarak belli bir toplumun her yerinde genel olan her yapma biçimi toplumsal olgudur."[1204]

Durkheim'in üzerinde durduğu ve önem verdiği konulardan birisi de sosyolojinin bir bilim olarak değerlendirilmesi meselesidir. Bu konuya ilişkin sosyolojinin bir bilim olarak kabul edilmesi ve toplumsal olgu gibi sosyolojiye ait verilerinin de bilimsel veri olarak değerlendirilmesi için birtakım açıklamalar yapar. Durkheim'e göre düşünce, bilimden önce gelir ve esasında temel olarak bilim, düşünceyi daha yöntemli bir şekilde kullanmak demektir. Ancak düşüncelerden nesne ve olgulara ulaşılamaz. Bunun sebebi böyle bir durumda nesnel sonuçlara ulaşılmasının mümkün olmamasıdır. Tersine nesne ve olgulardan düşüncelere ulaşılmalıdır, ne kadar özenli hareket edilirse edilsin düşüncelerden nesne ve olgulara ulaşmak mümkün olmayacaktır.[1205] Fizik biliminin konusunu maddeler oluşturur, insanların maddelere ilişkin düşünceleri oluşturmaz; benzer

[1201] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 37-38.
[1202] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 38-39.
[1203] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 45.
[1204] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 48.
[1205] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 49-50.

şekilde sosyoloji alanına giren töre biliminin konusunu da kurallar oluşturur, insanların o kurallara ilişkin düşünceleri değil.[1206]

Gözleme açık, gözlemlenmek üzere var olan her toplumsal olay nesnel bir gerçekliktir ve toplumsal olaylar toplum bilimcinin elindeki tek veridir. Bu veriler, insanların değerler üzerine ürettiği düşüncelerden değildir, davranışları belirleyen kuralların toplamından oluşur. Bu durum toplum bilimcinin veri olarak kullandığı toplumsal olayın öznel değil nesnel bir içeriğe sahip olduğunu vurgulamaktadır.[1207] Toplumsal olayların bahsedilen bu nesnelliği, maddi olarak da yaşama tezahür eder. Örneğin hukuk yasalarda, günlük hayatın hareketleri istatistiklerde ve tarihi verilerde, moda insanların giysilerinde, estetik anlayışı ise sanat yapıtlarında somutlaşır.[1208]

Toplumsal olgulara nasıl yaklaşılması gerektiği de önem arz etmektedir. İlk olarak ön yargılar bir kenara bırakılmalıdır. Bu, duyguların boyunduruğundan kurtulmak ve tamamen olgulara yönelmek anlamına gelmektedir.[1209] Duygu, bilimin inceleme alanına giren bir konu olsa da bilimsel doğruluğun herhangi bir şekilde ölçütü olamaz. Duygu olarak ifade edilen bu önyargının sosyolojiden uzaklaştırılması ve böylece tolum bilim için bilimsel bir araştırma alanı sağlanması gerekmektedir. İkinci olarak bu duyguların boyunduruğundan kurtulmak ve olgulara ulaşmak eyleminin nasıl gerçekleştirileceğine bakılmalıdır. Toplum bilimci bunun için ilk olarak incelediği şeyi tanımlamalıdır. Bu tanımlama, nesnel bir nitelik taşımalıdır ve bunun için olayların; onlara yönelik düşüncelerden değil, olayların sahip olduğu özelliklerden oluşturulmuş olması gerekir. Bununla birlikte bu tanımın, tanımı yapılan şey ile aynı özelliklere sahip diğer bütün olayları içene alır bir şekilde kapsayıcı nitelikte olması gerekir. Bu yöntemi benimsemiş olan toplum bilimci gerçeklik ile uğraşmaktadır denebilecektir. Böylece toplum bilimcinin yaptığı iş herkes tarafından görülebilir ve denetlenebilir nitelikte olur.[1210] Son olarak denilmelidir ki toplumsal olguların ait oldukları bireysel olgulardan ayrılma, onlardan kopartılma durumu ile bu toplumsal olguların nesnelliğini sergileyebilme kabiliyeti doğru orantılıdır. Toplumsal olgu bireysel olgulardan ne kadar arınırsa, o kadar nesnel olacaktır.[1211] Sosyoloji için toplumsal hayatın bilimsel olarak incelenmeye en çok elverişli olduğu yer bu açıklanan yerdir ve onun bu

[1206] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 58.
[1207] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 61-62.
[1208] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 64.
[1209] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 65.
[1210] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 68-70.
[1211] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 77.

açıdan ele alınması esas olmalıdır. Böylece yapılan bilimsel çalışmalar daha ileri götürülebilecek ve gerçeğe daha çok yaklaşmış olacaktır.[1212]

Bahsedildiği gibi toplumsal olguların temel alındığı bir yaklaşımda, iki tür olgunun birbirine karıştırılması ihtimali doğmaktadır. Yapılan tanımlara ve verilen ölçülere uygun olan olgular ile bunlardan farklı olması gereken olgular. Başka bir ifade ile bunlara normal olaylar ve hastalıklı olaylar denebilir. Tabi ki her araştırmada yapılması gereken tanım, daha önce de ifade edildiği üzere kapsayıcı olmalı ve bu normal olay ile hastalıklı olay olarak nitelendirilen her iki durumu da kapsamalıdır. Durkheim'e göre bu şekilde kapsayıcılığa dahil olmak zorundalarsa da hastalıklı ve normal olay denilen durumlar birbirlerinden ayırt edilmesi gereken iki farklı biçimi oluştururlar.[1213]

Bir toplumsal olgu normal midir yoksa hastalıklı mıdır, bu ayrımı yapabilmek için takip edilmesi gereken birtakım adımlar mevcuttur. Öncelikle bir toplumsal olgu, belli bir toplum tipinin gelişiminin belli bir aşaması açısından o tür toplumların ortalamasında, onların evrimlerinin ilgili aşamasında ortaya çıkıyorsa normaldir. Bunun sonuçlarının doğrulaması, söz konusu olayın genelliğinin, ilgili toplum tipindeki ortak yaşamın koşulları ile bağlantılı olduğu gösterilerek yapılabilir. Bu doğrulama, söz konusu olgu daha tüm evrimini gerçekleştirmiş olmayan bir toplum türüyle bağlantılı ise zorunludur.[1214] Burada Durkheim basit ifade ile ele alınan toplumsal olgu için bir genellik sorgulaması yapar. Genel olma ifadesinin normallik açısından bir ölçü olarak alınması gerektiğini şu şekilde ifade eder: "Toplum bilimin gerçekten nesnel olguların bilimi olması için, olayların genelliği onların normalliğinin ölçütü olarak alınmalıdır.".[1215]

Sosyoloji için Durkheim bir yöntem öngörür ve bunun temel niteliklerini de ifade eder. Ona göre toplum bilimsel yöntem için üç ana özellik sayılabilir. Bunlardan ilki, toplum bilimsel yöntemin her türlü felsefeden bağımsız olmasıdır.[1216] Toplum bilimin kendi başına ve diğer benzerlerinden ayrı bir bilim olarak nitelenmesi, bu şekilde kabul edilmesi Durkheim'in akademik hayatı içerisinde edindiği ve gerçekleştirmek için çabaladığı en temel gayelerden birisidir. İkinci özellik olarak toplum bilimsel yöntem nesneldir. Bu ifade şu anlama gelmektedir: toplum bilim içerisinde ele alınacak olan bütün toplumsal olgular nesnedir ve nesne olarak ele

[1212] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 79.
[1213] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 81.
[1214] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 98.
[1215] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 107.
[1216] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 173.

alınmalıdırlar.[1217] Bu özellik de toplum bilimin bir bilim olarak nitelenmesi gayesine hizmet eder niteliktedir. Üçüncü özellik ise toplum bilimsel yöntemin yalnızca toplum bilimsel nitelikte olmasıdır. Toplum bilim, başka hiçbir bilimin kapsamında değildir ve başka bir bilimin eklentisi değildir. Kendi başına ayrı ve özerk bir bilimdir. Buna paralel olarak da toplumsal gerçeklik kendisine özgü bir olgu olarak var olur, bu kendisine özgü yapısının yanında onun bilimsel olarak incelenebilir niteliğinin de vurgulanması gereklidir.[1218] Durkheim'in anlatısından anlaşıldığı üzere toplum bilimin temel özellikleri esasında onun kendi başına var olan bilimsel niteliğini ve kurumsal yapısını öne çıkarmak üzerine oluşturulmuştur.

Durkheim'in sosyoloji düşüncesinde önemli ölçüde yer alan kavramlardan birisi de toplumsal iş bölümü kavramıdır. Bu kavrama esasında adını da aldığı *Toplumsal İşbölümü* adlı eserinde yer vermiştir. Durkheim'e göre insanlar dostlarında kendilerinde olmayan özellikleri arar. Bunun sebebi insanların bu dostları ile birleştiğinde kendilerindeki eksiklikleri giderdikleri hissine sahip olmalarıdır. Böylece arkadaşlık topluluklarındaki her insan kendi sahip olduğu özelliklere paralel bir işlevi yerine getirir ve bu insanlar karşılıklı olarak birbirlerine hizmet etmiş olurlar. Durkheim bu durumun bir iş bölümü olduğunu söyler. Durkheim'in iş bölümünü bu ele alış şekli, iş bölümünün ekonomik faydasından çok ahlaki etkisinin ön planda olduğunu düşündüğünü gösterir. Bu ikisinin de ötesinde iş bölümünün en büyük işlevinin ise insanlar arasında bir dayanışma duygusunu uyandırmak olduğunu söyler.[1219] Ona göre toplumda bütünleşmenin gerçekleşmesi birey ve toplum arasındaki ilişki ile ilgilidir. Birey ve toplum arasındaki bu ilişki ise bireyin topluma uyum sağlaması ve birey ile toplum arasında bir denge sağlanmasına ilişkindir. Durkheim'in bahsedilen bu uyum ve bütünleşmeden kastı toplumsal dayanışmadır ve toplumsal dayanışmayı belirleyen temel kavram toplumdaki iş bölümüdür.[1220]

Giddens'a göre Durkheim'in iş bölümü kavramının temel önermesi, geleneksel ahlaki inançlarda zayıflama meydana gelmesi hâlinde modern

[1217] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 175.
[1218] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 176-177.
[1219] Èmile Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, Çev. Ö. Ozankaya, (İstanbul: Cem Yayınevi, 2006), 82-83.
[1220] Ülker Yükselbaba, Èmile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S. 1, 2017, 200.

kompleks toplumun kaçınılmaz olarak bir çözülme eğilimine sahip olmamasıdır. Bunun tam aksi bir şekilde farklılaşmış iş bölümü normal şartlarda doğal istikrar öngörür.[1221] Birey ve toplum arasında var olan ahlaki belirsizliğe Durkheim bir problem olarak dikkat çeker. Bu ahlaki belirsizlik, bireysel özgürlük ve toplumsal dayanışma arasındaki gerilimden kaynaklanır. Modern toplumun gelişimi bireyciliğin yayılmasıyla, bireyciliğin yayılması ise iş bölümündeki genişlemeyle ilişkilidir. Toplum içerisinde belirli bir gruba özgü yeteneklerin, tutumların ve kapasitenin gelişimi iş bölümünün genişlemesini sağlar. Durkheim'e göre iş bölümündeki genişlemenin nedenleri ve sonuçları tarihsel ve sosyolojik olarak analiz edilirse çelişkili ahlaki ideallerin kaynakları anlaşılabilecektir. Durkheim'e göre iş bölümü geleneksel toplumlarda daha ilkel olarak görülür ve çoğunlukla cinsel iş bölümü ile sınırlı kalır. İş bölümünün modern tarafı ve iş bölümündeki uzmanlaşma modern sanayi üretiminin sonucu olmakla birlikte iş bölümünün tek sebebi sanayileşme değildir. Bununla beraber iş bölümü yalnızca ekonomik alanda değil toplumun bütün kesimlerinde gözlemlenebilir hâldedir. [1222] Durkheim iş bölümü ve toplumsal dayanışma türlerine dair kavramları hukuk kavramı ile birlikte ele alır. Bu sebeple kavramlara ilişkin detaylı açıklama üçüncü bölüme saklanmıştır.

Durkheim, iş bölümünün sağlıksız biçimlerde de gerçekleşebileceğinden bahseder. Onun normal ve hastalıklı olay olarak yaptığı ayrım iş bölümünün gerçekleştiği birtakım durumlarda da ortaya çıkar. İş bölümünün üç farklı hastalıklı hâli bulunur. Bunlar kuraldışı iş bölümü, zorlamaya dayalı iş bölümü ve eşgüdümsüz iş bölümü olarak adlandırılır. İş bölümünde bir dayanışma sağlanamamış olması, organlar arasındaki ilişkilerin düzensiz olması ve organların kuralsızlık hâlinde işlemesi durumunda kuraldışı iş bölümü söz konusu olacaktır. İş bölümünde insanların etkinliklerini yetenekleri paralelinde gerçekleştiremiyor olmaları durumunda mevcut uyum zorlama bir hâl alır ve eksik, sorunlu bir dayanışma görülür. Bu durumda da zorlamaya dayalı iş bölümünden bahsedilecektir. Böyle bir durumun gerçekleşmemesi için bireylerdeki toplumsal gücün özgürce gelişiminin önü açılmalıdır. Eşgüdümsüz iş bölümünde ise işletmelerde bireylerin çalışması için yeterli iş kalmayacak biçimde işletmelerin bölünmesiyle bu anormal durum ortaya çıkar. Bu durumun düzelmesi yönetici organın herkesin yeterli uğraşı olacak şekilde işleri bölüştürmesi ve her bireyin işlevsel etkinliğini artırmasına bağlı olacaktır.[1223]

[1221] Giddens, 129.
[1222] Giddens, 130-131.
[1223] Sağlık, 472-473.

3. Èmile Durkheim'in Hukuk Düşüncesi

Durkheim, esasında hukuku sistematik bir biçimde incelemiş ve bunun üzerine ayrıca bir üretim yapmış değildir. Ancak onun sosyoloji düşüncesi içerisinde hukuka dair çok değerli düşünceler bulmak mümkündür. Esasında sosyoloji alanında çalışan bir bilim insanının düşünceleri içerisinde hukuka rastlanılmaması pek mümkün bir durum olmayacaktır. Durkheim yalnızca ve özellikle bir hukuk anlatısına girişmese de kendi çalışmaları içerisinde önemli bir yere sahip olan ahlak kavramı ile hukuk kavramını birlikte kullanır, anlatıları içerisinde verdiği örnekleri bu iki kavram için ortak olarak oluşturur. Hatta bu iki kavram için birlikte bir tanım verir ve daha kısa olması açısından hukuki ve ahlaki olgular için yalnızca ahlaki olgular olarak lafzi niteleme yapacağı konusunda açıklama yapar. Bu da hukuk kavramının Durkheim'in düşüncesinde ne derecede önemli bir yere sahip olduğuna işaret eder niteliktedir.[1224] Hukukun ve daha özelde hukuk sosyolojisinin gelişimine, Durkheim'in genel sosyoloji çalışmalarının ve bunun içerisindeki hukuk ile ilgili çalışmalarının oldukça katkı sağladığı söylenebilecektir.

Durkheim'e göre hukuk, onun içerdiği ve ifade ettiği şeyler, yerleşmiş toplumsal olgular ve toplumsal değişimler ile paralellik gösterir nitelikte vuku bulmaktadır. Durkheim bu durumu şu şekilde ifade eder: "Hukuk ve gelenekler, ancak önceden saptanmış ve sağlamca yerleşmiş toplumsal değişimleri anlatırlar; daha o ölçüde belirginleşmemiş ya da belirginleşmemesi gereken, başka deyişle yapısal değişimlere yol açmayan olaylar üzerine bize hiçbir şey öğretmezler.".[1225] Bu açıdan hukuk ve toplum kavramlarının birbirleri ile bağlı, süregelir şekilde devam eden ve canlı bir ilişkiye sahip oldukları söylenebilecektir. Hukuk, bir toplum içerisinde, bireylerin yaşayışında gerçekleşen organik olaylar olarak varlık gösterir.[1226]

Bir hukukçu için sosyoloji, kılavuz işlevi görebilecek bir potansiyele sahiptir. Hukukçunun işleyişine katıldığı veya katılacağı hukuki kurumların niteliğini daha iyi anlayabilmesi için sosyoloji yardımcı olacaktır. Durkheim'e göre tıp için fizyoloji ne ise hukuk için de sosyoloji odur. Hukuk, toplumların sahip olduğu anlayışa, davranış refleksine ve değişim güdüsüne paralel olarak bir değişme esnekliğine sahip olmak zorundadır. Bu durum da hukuk ile sosyolojinin ne kadar ve nasıl bir ilişki içerisinde olduğu göstermeye yeter. Yasanın metni ile ruhu arasındaki ilişkiyi korumak

[1224] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 46.
[1225] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 193-194.
[1226] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 199.

ve hukuk kurallarını toplumun bugünkü şartlarına uygun hâlde tutmak, hukuk ve toplum arasındaki canlı ve dinamik ilişki durumunun ortaya çıkarttığı gerekliliklerdendir.[1227]

Durkheim *Sosyoloji Dersleri* isimli eserinde töre ve hukuk kavramlarını birlikte ele alarak hukuk ve hukuk kuralları hakkında düşüncelerine yer verir. Bu düşüncelerini öncelikle bir yaptırımlar kuramı anlatısı yaparak ifade etmeye başlar. Durkheim töreler ve hukuk fiziğinin konusunun ahlaki ve hukuki olguların incelenmesi olduğunu söyler. Hukuk fiziği, esasında hukuk ve toplumsal yapı arasındaki etkileşimi inceler ve hukuk normlarının topluma nasıl hizmet ettiği ile onu nasıl şekillendirdiği konularına eğilir. Sosyoloji, bu duruma şu sorular açısından dâhil olur: İlk olarak bu ahlaki ve hukuki olgular yani kurallar tarihsel olarak nasıl, neden, hangi amaçlar ile oluşmuştur? İkinci olarak ise bu kuralların toplumdaki işleyişi yani bireyler tarafından uygulanışı nasıldır? Bir hukuk kuralının yerleşmesine yol açan neden ile o kuralın bilince hükmetmesini belirleyen neden aynı olmasa da birbirlerini aydınlatır niteliktedir. Dolayısıyla Durkheim tarafından doğuş sorunu ve işleyiş sorunu olarak nitelendirilen bu iki soru, her ne kadar farklı iki soru olsalar da eksiksiz bir bilimsel inceleme içerisinde birbirlerinden ayrılamayacaklardır.[1228]

Hukuki ve ahlaki olgular, yaptırıma sahip hâl ve davranış kurallarından oluşur. Durkheim hukuk ve ahlakı bir olarak inceler ve onları ortak olarak yaptırım kavramı üzerinden açıklar. Burada her hukuki ve ahlaki olgu için temel ve ortak olan durum yaptırımdır. Yaptırım, bir davranışın önceden var olan bir hâl ve tavır kuralına uygun olup olmaması sonucunda ortaya çıkan bir sonuçtur. Örneğin hırsızlık bir suçtur ve bu eylemin gerçekleştirilmesi sonucunda fail için bir ceza öngörülmüştür. Bu ceza yaptırımdır. Ancak farklı düşüncelere sahip bir toplumda, bugün hırsızlık olarak nitelenen bazı çalma eylemleri hırsızlık olarak nitelendirilmeyebilir ve cezalandırılmayabilir. Böylece bu tarz bir toplumda hırsızlık eylemi yaptırımsız kalmış olur. Dolayısıyla eylem aynı şekilde devam ettiği hâlde yaptırım ortadan kalkabilmektedir. Bu durum yaptırımın eylemin özünde bulunan bir nitelikten kaynaklanmadığı, tamamen o eylemin kendisine izin veren veya onu yasaklayan bir kuralın var olup olmamasına bağlı olduğu sonucunu doğurur. Bu açıdan bütün hukuk kurallarının temel unsurlarından biri yaptırımdır denebilecektir.[1229]

[1227] Durkheim, *Toplumbilimin Yöntem Kuralları,* 203-204.
[1228] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 45.
[1229] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 46-47.

Èmile Durkheim'e göre iki tür kural bulunur. Bunlardan ilki istisnası olmaksızın her insana uygulanan kurallardır. Bu kurallar insana ilişkin, insanlığa saygı gösterme temelli kurallardır ve insan olan herkes için geçerli kurallardır. Bunlara evrensel ahlak kuralları denir. Evrensel ahlak kuralları da kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bunlardan ilki kişilerin kendileri ile ilişkileriyle ilgili olan ve bireysel ahlak kuralları olarak nitelendirilen kurallar; ikincisi ise kişilerin diğer kişilerle ilişkilerine ilişkin kurallardır. Evrensel ahlak kurallarının bireyler için öngördüğü vazifeler, yalnızca kişinin insan olma özelliğinden veya kişinin ilişki kurduğu diğer canlıların insan olma özelliğinden kaynaklanır. Bu kurallar aynı ahlaki bilinç bağlamındadır ve özneler sebebiyle değişmezler. En başta yapılan ayrımın ikinci ayağı olan kurallar ise kişinin insan olma vasfından kaynaklanmayan ve her insan için geçerli olmayan kurallardır. Bu kurallar her insanda bulunmayan birtakım özel vasıfların bulunmasını gerektirir. Aile olmanın ve ailenin bir ferdi olmanın özel olarak gerektirdiği birtakım vasıflar sebebiyle var olan aile hukuku ve ahlakı bu kural türüne örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde yurttaşlık hukuku ve ahlakı da bu türden kurallar kategorisine girmektedir.[1230]

Durkheim, *Sosyoloji Dersleri* isimli eserinin Meslek Ahlakı başlıklı kısmında meslek örgütlerinden ve korporasyondan bahsederken iş sözleşmeleri, asgari ücret, iş sağlığı ve güvenliği, çocuk ve kadın işçiler gibi konuların düzenlenmesinin ciddi bir yasama görevi olduğundan bahsetmiştir. Bununla beraber bu düzenlemelerinin iş kollarına göre birtakım özellikler göstermesi zorunluluğundan ve bu bakımdan hukuki bir çeşitlilik sağlanması gerekliliğinden söz etmiştir.[1231] Durkheim'in bu ifadeleri, hukukun toplumsal örgütlenmelerin ihtiyaçlarına göre şekillenmesi gerektiği düşüncesini temel almaktadır. Kişilerin, kurumların, grupların korunma ihtiyacı hukuk tarafından karşılanacaktır ve bu karşılamanın çeşitlilik içerisinde kimin neye ihtiyacı varsa ona onu verebilme şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir.

Durkheim'e göre hukuk, devletin bireylerin haklarını muhafaza etmek ve bu hakları potansiyel ihlallere karşı korumak için kullanması gereken bir araçtır aynı zamanda. Toplumun içindeki birçok farklı gruba karşı da -örneğin aile, korporasyon, kilise, cami veya başka bir ad ile bir araya gelmiş dini topluluklar- onların kurallarının üzerinde bir hukuk bulunduğu hatırlatılmalı ve kişilerin bireysel hakları her türlü kişi ve topluluktan korunmalıdır. Devlet, hukuk eli ile toplumun içinde yer alan bu

[1230] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 47-48.
[1231] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 87-88.

toplulukların işleyişlerini denetlemelidir. Bunun için ise toplumsal hayatın dinamik şartlarına her an hâkim olmalı, onun içerisinde olmalı ve ona ayak uydurma aksiyonuna her an sahip olmalıdır.[1232]

Durkheim, Sosyoloji Dersleri'nde Yurttaşlık Ahlakı üzerine fikirlerini ifade ederken demokrasi üzerine incelemelere de yer verir. Burada temel olarak şunu sorgular: bir demokraside yurttaşların yasalara uymasının kaynağı nedir? Bu sorunun cevabı yasaların yurttaşların iradesinin ürünü olması mıdır? Öyle kabul edilirse çoğunluğu oluşturmayan ve o yasaların çıkarılmasında olumlu iradesi bulunmayan yurttaşların bu yasalara uymasının kaynağı ne olacaktır? Yurttaşların iradesi esasında o yasanın oluşturulmasını istemeleri demektir. İstek denilen şey bu denli değişken bir anlama sahipken, istenilen özne bugün istenilen ve yarın istenmeyen olabilecek durumdayken herhangi bir neden sonuç ilişkisi için istek kavramı istikrarlı bir sebep olarak sunulamaz. Durkheim'e göre bireyler yasalara onu istedikleri için uymazlar; bireyler yasaya iyi olduğu için, o yasa olguların tabiatına uygun ve bir yasanın olması gerektiği gibi olduğu için, o yasaya güvendikleri ve güvenildiği için uyarlar. Bu güven hem yasaya hem de o yasanın elinden çıktığı organa duyulan güveni kapsar. Burada önemli olan yasanın meydana getiriliş tarzı, görevleri, o yasayı yapanların yeterliliği ve bunların doğasıdır. Dolayısıyla kısaca şöyle ifade edilmesinde bir sorun bulunmamaktadır: bireylerin yasaya itaati meselesi, yasa koyucuların ve içerisinde bulunan siyasal sistemin değerine bağlı bir durumdur.[1233]

Durkheim, hukuka dair görüşleri içerisinde mülkiyet kavramına ve sözleşme kavramına ayrıca yer vermiş ve bu iki kavram ile bunların kökenini çalışmaları içerisinde toplumsal olgular ışığında derinlemesine incelemiştir. Bu makale çalışmasında Durkheim'in genel olarak hukuk düşüncesinin temel alınması amaçlandığından dolayı bu iki kavrama ilişkin detaylı görüşlere yer verilmesi gerekli görülmemiş ancak bunlar üzerine düşünceleri doğal olarak hukuk düşüncesinin içerisinde sınıflandırılacağı için yalnızca bu kadarıyla yetinmek şeklinde bahsetmekte fayda görülmüştür.

Durkheim'in hukuk düşüncesine dair izler görebildiğimiz önemli bir kavram da onun düşüncesine genel olarak yer verilen bölümde zikredildiği üzere iş bölümü kavramıdır. Durkheim'in sosyoloji düşüncesine dair bölümde kısaca anlatıldığı üzere iş bölümü kavramı esasında Durkheim'in insanların arkadaşlıkları temelinde anlamlandırdığı bir kavramdır. Ona göre

[1232] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 117.
[1233] Durkheim, *Sosyoloji Dersleri,* 163.

insanlar kendilerinde olmayan niteliklerin eksikliğini gidermek için bu niteliklere sahip diğer insanları dost edinir. Bu gereksinim hissi sonucunda oluşan arkadaşlık topluluklarında bir iş bölümü meydana gelmiş olur. Bu iş bölümü ise şu şekilde işler: toplulukta yer alan her insan kendi sahip olduğu özelliklere paralel bir işlevi yerine getirir ve eksik bütün nitelikler tamamlanmış olduğundan bu insanlar karşılıklı olarak birbirlerine hizmet etmiş olurlar. Durkheim'e göre iş bölümü hem ekonomik hem de ahlaki bir fayda sağlar ancak ona göre iş bölümünün ahlaki boyutu daha öndedir. Fakat bu karşılaştırdığı her iki işlev dışında iş bölümünün en önemli işlevinin insanlar arasında bir dayanışma duygusunu uyandırmak olduğunu söyler.[1234]

Durkheim'e göre bugünkü toplumlarda iş bölümü çok gelişmiştir ve iş bölümünden kaynaklanan bir toplumsal dayanışma bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Durkheim bu toplumsal dayanışmanın toplumun geneline yaptığı katkıyı araştırır, bunu yaparken toplumsal dayanışmayı başka türden toplumsal bağlar ile karşılaştırmak ister. Bunun için önce toplumsal dayanışma türlerini sınıflandırır. Ancak hem bu karşılaştırma hem de sınıflandırma işi için toplumsal dayanışmayı bir içsel olgu olarak ele almak elverişli değildir. Bunun yerine toplumsal dayanışmayı simgeleyen dışsal bir olgu olarak "hukuku" ele alır. Dayanışma kavramını açıklamak açısından hukuk kavramına ihtiyaç duyar. Bunun, hukuk ve dayanışma kavramını birbirine bağlayan önemli sebepleri vardır: Bir toplumsal dayanışmanın bir toplumda güçlü bir şekilde var olması, o toplumdaki insanlar arasında, bir bütün olarak fazla ve farklı nitelikte birçok ilişkinin var olması demektir. Bu ilişkilerin fazlalığı ise zorunlu olarak onları düzenleyen hukuk kurallarının varlığını gerektirir ve onların sayısı ile paraleldir. Böylece toplumsal yaşamın genişlemesi, o toplumdaki hukuk yaşamının da eş zamanlı olarak genişlemesine bağlıdır. Bunun sonucu olarak da toplumsal dayanışmadaki bütün değişimler hukuka da yansıyacaktır.[1235]

Bir ölçüt olarak hukuku ele alan Durkheim, toplumsal dayanışmanın başlıca biçimlerini hukukun ortaya koyduğunu söyler. Bu sebeple öncelikle hukukun türlerini saptayacak ve bu türlere göre dayanışma türlerinin de neler olduğunu belirleyeceği bir sınıflandırma yapacaktır. Yapacağı bu ayrım için hukuk ile ilgilenenler nezdinde kullanılan ayrımların uygun olmayacağını ifade eder. Bu ayrımın işler bir nitelikte olması için sosyoloji sahasında bir araştırmaya daha uygun bir bilimsel sınıflandırma sonucu elde

[1234] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 82-83.
[1235] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 90-92.

edilmiş olması gerekmektedir. Durkheim hukuk kurallarını "yaptırıma bağlanmış davranış kuralı" şeklinde tanımlar. Her hukuki olay için temel ve gerektiğinde kurala bağlı olarak değişebilecek olan olgu yaptırım olgusudur. Dolayısıyla yapacağı bu ayrım için de yaptırımı esas alır. Yaptırım iki türlü sınıflandırılabilir. Bunlardan ilki kişinin servet, onur, özgürlük, yaşam gibi bir değerini hedef alarak ondan yoksun kalmasını amaçlayan cezalandırıcı yaptırımlardır. Bunlara "örgütlü ve bastırıcı yaptırımlar" denir. Ceza Hukuku bu yaptırımlar arasına girer. İkinci türden yaptırımlar ise bir davranış sonucunda meydana gelen duruma karşı, o davranıştan önceki eski durumun yeniden kurulmasını veya bozulan ilişkilerin bozulmadan önceki hâline geri döndürülmesini öngören yaptırımlardır. Bunlara ise "eski durumu geri getirici yaptırımlar" denir. Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Usul Hukuku, Anayasa Hukuku bu türdendir. Durkheim'in yaptırım kavramını kriter alarak hukuk için yaptığı ayrım, bu açıdan ilk kategori için baskıcı ya da bastırıcı hukuk ve ikinci kategori için onarıcı hukuk olarak nitelenebilecektir.[1236]

Bastırıcı yaptırımlara bağlı olarak bastırıcı hukuk için bu paralelde olacak toplumsal dayanışma bağı, çiğnenmesi suç olan hukuktur. Suçun ne olduğunu anlamadan bu dayanışma bağını anlamak mümkün olmayacaktır. Durkheim suçun, ortak bilincin güçlü ve belirli durumlarını inciten bir edim olduğunu söyler. Şu belirtilmelidir ki bu tanıma göre bir edim suç olduğu için ortak bilinci incitmez, tam aksine bir edim ortak bilinci incitmesi sebebiyle suçtur denebilir. Paralel şekilde bir edim insanlar tarafından suç olduğu için kınanmaz, kınanma işi suç olmaktan önce gelir ve o edim kınanan bir fiil olması sebebiyle suç oluşturur.[1237]

Suçun açıklanmasının ardından ortak bilincin ne olduğuna dair de açıklama yapılması, bu iki kavram ile ceza kavramının ilişkisi ve anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Ortak bilinç, toplumda var olan bireylerin ortalama olarak sahip oldukları inanç ve duygulardan oluşan ve kendine özgü yaşamı olan bir dizgedir.[1238] Bireylerin bilinçleri temelde iki bölümden oluşur. Bunlardan ilki bireysel kişiliği oluşturur, diğeri ise bireysel bilinçlerin birbirini etkilemesi sonucu oluşan ortak bilinç, toplumsal bilinç ya da toplumsal vicdandır. Toplumda yer alan bireylerin aynı duygu ve düşüncelere sahip olmaları, davranışlarının ve davranma eğilimlerinin

[1236] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 95-97.
[1237] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 111.
[1238] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 109.

aynı yönde olması toplumsal bilincin bireylerin bireysel bilinçlerinde kişiselleşmesinin sonucudur.[1239]

Ceza ile ilgili bu görüşler geniş bir açıdan incelendiğinde; suçun ortak bilincin güçlü ve belirgin durumlarına aykırı bir edim olduğu ve cezanın da suçun bu niteliğine bağlı olarak belli kuralları yaptırıma bağladığı görülmektedir. Cezanın yaptırıma bağladığı bu kuralların ise temel toplumsal benzerlikleri ifade ettiği gerçeğine ulaşılmaktadır.[1240] Bireyleri birtakım benzerlikler sebebiyle topluma bağlayan bir dayanışma türü bulunur, buna mekanik dayanışma denir. Nihayet Durkheim'in hukuk kavramına bağlı olarak yaptığı dayanışma ayrımının ilk ayağına gelinmiş bulunulmaktadır. Mekanik dayanışma bireyin gruba bağlanmasını sağlamakla birlikte bireyin kendi davranışlarını da uyumlu hâle getirmektedir. Böylece bireyler birlikte ve ortak bir yönde hareket ederler.[1241] Nurettin Şazi Kösemihal'e göre Durkheim'in bu dayanışma türünü mekanik olarak adlandırması, herhangi bir yapay ve mekanik yönteme atıfta bulunması anlamında değildir. Bu dayanışma türü, bireylerin tıpkı cansız bir maddenin molekülleri gibi tam bir teslimiyetle toplumun bütününe bağlanmış olması sebebiyle mekanik olarak adlandırılmıştır. Birey adeta grubun malıdır ve bu sebeple dayanışmanın mekanik bir görünüşü bulunur.[1242]

Ceza hukukunun, daha temelde baskıcı hukukun simgelediği dayanışma türü de cezaya ilişkin çözümlemelerden ve cezanın içerdiği toplumsal benzerlik kavramından anlaşılabileceği üzere bu mekanik dayanışmadır. Suç, o fiili işleyen birey ile toplum arasında ciddi bir ayrılık barındırır veya ortak bilincin herhangi bir organına saldırı niteliği taşır. Burada suça karşı savaşan Ceza Hukuku, topluma ait benzerliklerden doğan toplumsal uyumu koruma görevini üstlenir. Bu görevin bir parçası olarak da bireylerin her birinin belirli seviyede benzerliklere sahip olmasını ister, böylece benzerliklerin ortak noktada buluşturduğu bireyler toplum için birer tehdit oluşturmayacaktır. Bu açıdan denebilir ki cezanın işlevi, toplumun ortak bilincinin canlı kalmasını sağlayarak toplumsal uyumun bozulmasını engellemek ve onu korumaktır.[1243]

Diğer bir yaptırım türü olan eski durumu geri getirici yaptırımlara, daha kısa ifade ile onarıcı yaptırımlara sahip kurallar, daha önce ifade edildiği

[1239] Kösemihal, 63-64.
[1240] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 136.
[1241] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 137.
[1242] Kösemihal, 61.
[1243] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 138.

gibi bir davranış sonucunda meydana gelen duruma karşı, o davranıştan önceki eski durumun yeniden kurulmasını veya bozulan ilişkilerin bozulmadan önceki hâline geri döndürülmesini öngörmektedir. Bunlar ortak bilincin içerisinde yer almazlar. Bunun aksi iddia edilecekse de en yüksek olasılıkla ortak bilincin içerisinde çok zayıf bir şekilde duyumsandığı söylenebilecektir, daha fazlası yoktur.[1244] Onarıcı hukuk, topluluğu oluşturan bireylerin değerlerinden farklı bir noktadadır. Hukukun içeriği bireylerin duygularında artık bir karşılık bulmaz. Buna rağmen onarıcı hukuk, ortak olarak paylaşılan inançlara olmasa da ahlaki değerlerin desteğine ihtiyaç duyar. Bu nedenle hukuk devlet gücü, ahlaki kurallar ve toplumsal koşullarla karmaşık ilişkilere sahip şekilde var olur.[1245] Durkheim için önemli olan onarıcı hukuk kurallarının toplumsal dayanışmayı sağlamak için ihtiyaç duyulan ahlaki değerleri yansıtan hukuki kodlar içerisinde kurulmuş olmasıdır. Onarıcı hukuk kuralları, bireysel bilincin ortak bilinç içerisinde kaybolmadan ayrıca tanınması gerekliliğini ifade eder. Onarıcı hukuk kuralları, toplumsal dayanışmanın ahlaki ve yasal düzenlemelerinin yalnızca benzerliklere değil farklılıklara dayalı toplumsal ilişkileri de hesaba katması gerekliliğini göstermesi açısından hukuksal yapının önemli bir parçasıdır.[1246]

Ceza hukuku ve baskıcı hukuk ise onarıcı hukukun aksi olarak ortak bilincin tam merkezinde yer almaktadır. Ancak bu durum onarıcı hukuk kurallarının özel kişileri ilgilendiren kurallar olduğu anlamına gelmez, ortak bilinçten uzak olsalar da yine toplumun ta kendisi ile ilgilidirler. Fakat bahsedilen bu ilgi, birey ile toplum arasında değil de toplumun sınırlı, özel kesimleri arasındadır ve bunlar için bir bağ kurar. Örneğin evlilik birliğine ilişkin eşleri ilgilendiren hükümler veya işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen kurallar böyledir.[1247]

Durkheim'e göre onarıcı yaptırıma sahip kuralların düzenlediği ilişkiler negatif ve pozitif olmak üzere ikiye ayrılır ve bu ayrıma paralel olarak da farklı toplumsal dayanışma türlerine karşılık gelirler. Negatif ilişkiler, eşya ile kişiler arasında bir bağ kuran ve bu bağı düzenleyen ilişkilerdir. Bunlara örnek olarak Mülkiyet Hukuku verilebilir. Burada nesnelere özgü bir dayanışma türü olduğu söylenebilir.[1248] Pozitif ilişkiler ise esasında

[1244] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 145.
[1245] Roger B. M. Cotterrell, Durkheim on Legal Development and Social Solidarity, *British Journal of Law and Society*, Winter, 1977, Vol. 4, No. 2 (Winter, 1977), 245.
[1246] Cotterrell, 247.
[1247] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 145.
[1248] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 147-148.

içerisinde bir iş bölümü, pozitif bir katılım barındırırlar. Bunlara örnek olarak ise Aile Hukuku, Ticaret Hukuku söylenebilir.[1249] Onarıcı yaptırım ve daha genel ifade ile onarıcı hukukun karşıladığı toplumsal dayanışma türü ise organik dayanışma olarak adlandırılır. Toplumsal dayanışmanın hukuk kavramına bağlı olarak yapılan sınıflandırmasının ikinci ayağı budur. Bir toplumda organik dayanışma vardır diyebilmek için o toplumdaki bireylerin birbirlerinden farklılaşmış olduğunun gözlemlenmesi ve iş bölümünün sıkı şekilde var olması gerekmektedir. Onarıcı hukukun farklılaşmış bir iş bölümünü gerektirmesinin sebebi bireylerin özel mülkiyet üzerindeki ya da kendilerinden farklı konumdaki bireyler üzerindeki haklarını içermesidir.[1250]

Toplumların ilkellik seviyesi arttıkça o toplumları oluşturan bireylerin birbirlerine olan benzerlikleri de doğru orantılı olarak artar.[1251] Bu durumla aynı doğrultuda olarak gelişmiş toplumlarda da bireylerin farklılaştığı görülmektedir. Toplumların gelişmişlik düzeyiyle paralel olarak bastırıcı hukukun yerini onarıcı hukuk alır, bu tarihsel bir eğilimdir. [1252] Dolayısıyla ilkel toplumlarda hukuk cezalandırıcı niteliktedir, onarıcı nitelikteki hukukun çok az görüldüğü söylenebilir.[1253] İlkel toplumlarda daha çok mekanik dayanışmanın, gelişmiş toplumlarda ise organik dayanışmanın gözlemlendiği söylenebilecektir. Mekanik dayanışma toplumsal bütünlüğün temelidir ve ortak bilincin bireysel bilinci kuşatması ile bireyler arasında bir özdeşlik durumu yaratır. Ancak organik dayanışma bunun tam aksi olarak bireylerin farklılığını gerektirir. Organik dayanışmanın kaynağı, iş bölümü içindeki işlevsel ve karşılıklı bağımlılıktır. Bireyciliğin artması iş bölümünün genişlemesi ile ilişkilidir ve organik dayanışmanın gelişmesini sağlar.[1254]

İş bölümünün önemli bir sonucu, çeşitli kurumları yönetme ve bunlar arasındaki ilişkileri düzenleme ihtiyacının doğmasıdır. Bu ihtiyacı karşılayabilmek adına hukuki kurumlar ve hukuk profesyonelleri evrimleşir ve gelişmiş toplumlarda hukuk, karakteristik olarak eski hâle getirici, onarıcı bir yapıya bürünür. Bu şu demektir: hukuk toplumsal ilişkilerin düzenli işlemesini sağlama işini gerçekleştirirken cezai yaptırımlara başvurmak yerine uzlaşma ve medeni hukuka başvurmayı tercih eder.[1255]

[1249] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 155.
[1250] Giddens, 135.
[1251] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 167.
[1252] Giddens, 135.
[1253] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 172.
[1254] Giddens, 135.
[1255] Michael Clarke, Durkheim's Sociology of Law, *British Journal of Law and Society*, Winter, 1976, Vol. 3, No. 2, 247.

Böylece toplumlarda bastırıcı hukukun yerini giderek onarıcı hukukun aldığı söylenebilecektir. Bu durum toplumların gelişmişlik düzeyi ile doğrudan ilişkilidir. Bahsedilen gelişmişlik düzeyinin artması, adalet yapısı içerisinde onarıcı hukukun artması anlamına gelir. Suçun bedelinin ceza ile ödenmesi, bastırıcı hukukun temelidir ancak onarıcı hukuk bu anlayışı benimsemez. Her iki hukuk tipinin benimsediği dayanışma biçimi birbirinden farklıdır. Onarıcı hukukun iş bölümü, farklılaşmış iş bölümüdür.[1256]

Durkheim'e göre iş bölümünün bir sonucu olarak gelişmiş toplumlarda hukukun bastırıcı hukuktan onarıcı hukuka doğru dönüşümü keskin bir geçiş şeklinde gerçekleşmez. Ceza yaptırımları iş bölümü ile ortaya çıkan gelişmeler sonucunda giderek daha az sert hâle gelir ancak her zaman varlığı ve uygulaması devam eder. İş bölümü, onarıcı yaptırımlara olan ihtiyacı artırır. Toplum içerisindeki ilişkiler artık yoğun iş bölümü sebebiyle bir uyuma ihtiyaç duyar. Zorla kabul ettirilecek bir uyum hâlindense uyumun onarıcı yaptırımlarla yönetilmesi süreci çok daha uygulanabilir ve sürdürülebilir kılar.[1257]

Ortak bilincin öneminin azalması, organik dayanışmanın gelişimi ile ilgilidir. Ancak kompleks toplumlarda yaygın ortak inanç ve duygular tamamen ortadan kalkmaz. Bununla birlikte Durkheim'e göre sözleşmeye dayalı ilişkiler de ahlaki niteliklerini kaybetmez ve bu ilişkiler bireylerin kendi çıkarlarının bir ürünü değildir. Durkheim bireylerin sadece kişisel çıkarlarını gözettiği bir toplumun kısa süre içerisinde dağılacağını söyler. Sözleşmeye dayalı ilişkiler, iş bölümünde genişlemeyi artırır. Bu sebeple sözleşmeleri düzenleyen normların geliştirilmesi gerekir.[1258]

Durkheim'in organik dayanışma ve mekanik dayanışma üzerine bu açıklamalarının, esasında onun sanayileşme sonucunda gerçekleşen toplumsal değişimleri değerlendirmek üzerine olduğu söylenebilir. Durkheim sanayileşmeyi bir dönüm noktası olarak ele alır. Sanayileşmeye bağlı bir karşıtlık olarak gelişmiş toplumlar ile gelişmemiş toplumlar arasındaki fark üzerinden toplumsal değişimleri ifade eder. Durkheim'e göre modern hukuk kurumlarının temelini toplumların büyüklüğü ve karmaşıklığı oluşturur. Toplumların büyüklüğüne ve karmaşıklığına bağlı olarak hukuk kuramları da yüksek derecede farklılaşmıştır. Durkheim'in bu düşüncelerine hak verilse de yaptığı bu kategorizasyon içerisinde çeşitli sanayileşmemiş toplumları tek bir kategori altında toplaması düşünürler tarafından

[1256] Giddens, 135.
[1257] Clarke, 250-251.
[1258] Giddens, 136.

eleştirilmiştir. Durkheim'in mekanik dayanışma temelinde örgütlenmiş toplumların özellikle çok sert cezai yaptırımlara sahip olduğu düşüncesi düşünürler tarafından hatalı bulunmuş ve bunun aksinde fikirler ileri sürülmüştür. İlkel toplumların bastırıcı yaptırımlarla tanımlanamayacağı, Durkheim'in dayandığı noktalarda makul örnekler olsa da bunların eksik olması sebebiyle kendisini yanılttığı ve bunun bütün ilkel toplumlar için bir genelleme olamayacağı ileri sürülmüştür. Bu sebeplerle ilkel toplumların tek bir kategorizasyon altında toplanamayacakları yönünde görüşler mevcuttur. Her ne kadar Durkheim'in düşünceleri bahsedilen açılardan eleştirilse ve bu eleştirilerin haklılık payı olduğu söylenebilse de bu durum onun düşüncelerinin makullüğünü azaltmaz.[1259]

Durkheim'in hukuk kavramı etrafında hukuku sınıflandırması bazı düşünürler tarafından eleştirilmiş olsa da onun hukuk düşüncesi toplumsal dayanışma düşüncesi etrafında şekillendirdiği biçimiyle anlam kazanır ve ciddi bir önem arz eder. Durkheim'in yaptığı bu sınıflandırmanın genel olarak hukuk için bir çerçeve olarak değerlendirilmesi ve hukuk literatüründe yer alan sınıflandırmalar ile karşılaştırılması elbette olumsuz yorumlara sebebiyet verecektir. Durkheim'in hukuk kavramına ilişkin yaptığı sınıflandırmanın sosyoloji düşüncesini besler nitelikte değerlendirilmesi çok daha makul olacaktır. Durkheim burada teorik bir amaç güder. Benzer şekilde hukuk kavramını ahlak ile birlikte ele alması da hukuk ile ahlaki olguların varlığının göstergesi olarak ilgilenmesi ve bu paralelde sosyolojik bir bakışa sahip olması ile ilgilidir. Durkheim, hukukun sosyal bir olgu olarak ele alınması açısından verimli bir yaklaşıma sahiptir ve hukuka dair çağdaş analizler yapılabilmesi açısından bir yol gösterir.[1260]

Durkheim'e göre ve onun ifadesiyle hukuk, tam anlamıyla toplumsal bir olgudur. Buna açıkça eserlerinde yer vermiş olmasına rağmen, böyle bir ifadesi bulunmasaydı da hukuka dair görüşlerinden ve sosyoloji alanına dair düşüncelerini açıklarken sık sık hukuk alanına dair kavramlara başvurmasından Durkheim'in böyle bir düşünceye sahip olduğu anlaşılacaktı.[1261] Onun hukuka dair genel ve özet niteliğinde fikrini tespit edebilmek için sosyoloji düşüncesi içerisinde yer alan hukuka dair bütün düşüncelerini bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. Bu gerçekleştirildiği zaman Durkheim'in hukuk nedir veya hukukun özü nedir sorularına nasıl

[1259] Clarke, 248-250; Robert K. Merton, Durkheim's Division of Labor in Society, *American Journal of Sociology*, Vol. 40, No. 3 (Nov., 1934), 324, 325.
[1260] Cotterrell, 251.
[1261] Durkheim, *Toplumsal İşbölümü*, 146.

bir yanıt verdiği görülür. Ona göre hukukun özü toplumdur ve hukuk ile toplum birbirinden ayrı düşünülemeyecek iki kavramdır.

Èmile Durkheim, sosyoloji düşüncesi içerisinde hukuk kavramına, yukarıda farklı bağlamlarda açıklandığı üzere fazlaca yer vermiştir. Hukukun ve toplum kavramlarının nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu, toplumsal birtakım olguları açıklarken hukuka başvurulması ihtiyacını ve bunun aksi görüntüsü olarak hukuka dair bazı açıklamalar için toplumsal kavramlara duyulan ihtiyacı düşüncelerinde dile getirmiştir. Bu ve benzeri birçok açıdan Durkheim'e göre hukukun ne olduğu, hukukun özünün ne olduğu sorularına yanıt bulmak olanaklı hâle gelmektedir. Durkheim'e göre hukukun özü; toplumsal olgular, topluma ait normlar, değerler ve dayanışma biçimleri ile bağlantılıdır ve hukukun özünün aranması gereken yer de bu açılardan toplumun ta kendisidir.

SONUÇ

Hukuk ve sosyoloji, birbirleri ile ilişki içerisinde olan ve var oldukça bilimsel araştırmalar alanındaki ilişkileri sürecek iki farklı bilim alanıdır. Bu iki bilim alanı arasındaki ortaklık, hukuk sosyolojisi olarak somutlaşmıştır. Genel olarak hukuk ve sosyoloji, daha özelde ise hukuk ve toplum her zaman birbirleri içerisinde diğerinden izler bulunabilecek iki farklı alandır. Hukuk ve toplum, ikisi de canlı varlıklardır denebilir. Doğar, büyür, gelişim gösterir, yok olur ve yeniden doğarlar. Özellikle toplum içerisinde var olan bireyleri belirli bir düzen içerisinde tutma ödevi olan hukuk, o toplumda yaşanan ve süregelen değişimlerin farkında olmalı ve bunlara uygun olarak aksiyon alabilmelidir. Her iki kavramın da bu açıdan birbirine bağlılığı hayatidir.

Èmile Durkheim'in, sosyoloji düşüncesi içerisinde hukuka dair birtakım düşünceleri olduğu ve sosyoloji düşüncesini geliştirirken bunlardan yardım aldığı görülmektedir. Hukuk ve sosyoloji alanındaki ilişkiye bakıldığında Durkheim'in düşüncelerinde hukuka rastlamanın tesadüf olmadığı anlaşılmaktadır. Ona göre hukuk tam anlamıyla toplumsal bir olgudur. Durkheim, sosyoloji çalışmalarında önemli bir yere sahip olan ahlak kavramı ile hukuk kavramını birlikte kullanarak bu iki kavram üzerinden ortak anlatılarda bulunur. Düşünür hukuk ve toplum kavramlarının her zaman bağlantılı olduğunu ve hukukun bir toplum içerisinde bireylerin yaşayışında gerçekleşen organik olaylardan meydana geldiğini söyler. Hukukun bir toplum içerisinde her zaman dinamik bir kavram olarak var

olması gerektiğini ve değişen toplumsal olaylara ayak uydurması gerektiğini ifade eder. Ona göre devlet hukuk aracılığıyla bireylerin haklarını muhafaza etmek ve bu hakları potansiyel ihlallere karşı korumak zorundadır. Hukuk toplumun birer parçası olan bireylerin haklarının korunması için bir araç olarak kullanılmalıdır.

Durkheim'in makale boyunca yer verilen hukuka dair birçok görüşü bulunsa da bunlardan belki de en ilginci toplumsal dayanışma ile ilgili düşünceleridir. Durkheim iş bölümünden kaynaklanan bir toplumsal dayanışmadan bahseder. Toplumsal dayanışmayı sınıflandırmak için hukuk kavramını kullanır. Bir toplumda güçlü bir toplumsal dayanışma varsa bu o toplumdaki insanların güçlü ve fazla bağlara sahip oldukları anlamına gelir. Bu ilişkilerin fazla olması ise onları düzenleyen hukuk kurallarının varlığına işaret eder. Toplumsal yaşamın genişlemesi ile paralel olarak hukuk da genişleyecek, toplumdaki bütün değişimler hukuka da yansıyacaktır. Düzeltici/onarıcı yaptırıma sahip hukuk normları, iş bölümünün güçlü bir şekilde var olduğu organik dayanışma türüne sahip toplumlarda yaygın bir şekilde görülür.

Durkheim, sosyoloji alanında yaptığı birçok çalışmada sosyoloji bilimi için çok büyük katkılarda bulunmuş ve bu bilim için çok önemli ve yadsınamaz bir bilim insanı haline gelmiştir. Onun sosyolojiye dair bu kıymetli çalışmaları arasında hukuka dair görüşlerinin de bulunması hem hukuk hem de hukuk sosyolojisi için süregelecek çalışmalar açısından çok önemli bir birikim sağlamıştır.

KAYNAKÇA

Alpert, Harry. *Èmile Durkheim and His Sociology.* New York: Columbia University Press, 1939.

Bouthoul, Gaston. *Sosyoloji Tarihi-I*. Çev. C. Süreyya, İstanbul: İletişim Yayınları, 1992.

Clarke, Michael. Durkheim's Sociology of Law, *British Journal of Law and Society*, Winter, 1976, Vol. 3, No. 2.

Coser, Lewis A. *Masters of Sociological Thought: Ideas in Historical and Social Context II.* New York: Harcourt Brace Jovanovich Inc., 1977.

Cotterrell, Roger B. M. Durkheim on Legal Development and Social Solidarity. *British Journal of Law and Society*, Winter, 1977, Vol. 4, No. 2 (Winter, 1977).

Deflem, Mathieu. *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition.* New York: Cambridge University Press, 2008.

Durkheim, Èmile. *Sosyoloji Dersleri.* Çev. A. Berktay, İstanbul: İletişim Yayınları, 2006

Durkheim, Èmile. *Toplumbilimin Yöntem Kuralları.* Çev. Ö. Ozankaya, İstanbul: Cem Yayınevi, 2013.

Durkheim, Èmile. *Toplumsal İşbölümü*. Çev. Ö. Ozankaya, İstanbul: Cem Yayınevi, 2006.

Giddens, Anthony. *Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori*. Çev. Ümit Tatlıcan, İstanbul: İletişim Yayınları, 2010.

Goodwin, Glenn. A. ve Scimecca Joseph A. *Klasik Sosyolojik Teori*: *Sosyoloji Vaadinin Yeniden Keşfi.* Çev. E. Aykut, B. Binay, U. Binici vd., İstanbul: Say Yayınları, 2015.

Kabakcı, Enes. *Sosyolojiyi Kurmak: Montesquieu, Tocqueville, Comte, Durkheim.* İstanbul: Vadi Kültür Sanat ve Yayıncılık, 2020.

Kösemihal. Nurettin Şazi. *Durkheim Sosyolojisi*. İstanbul: Remzi Kitabevi Yayınları, 1971.

Merton, Robert K. Durkheim's Division of Labor in Society, *American Journal of Sociology*, Vol. 40, No. 3 (Nov., 1934).

Sağlık, Coşkun. Emile Durkheim'ın Metodolojisi ve Sosyolojisi, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 9, S. 2, Temmuz 2019.

Ünsaldı, Levent ve Geçgin, Ercan. *Sosyoloji Tarihi Dünyada ve Türkiye'de.* Ankara: Heretik Yayıncılık, 2013.

Yükselbaba, Ülker. Èmile Durkheim'a Göre Toplum, Düzen ve Hukuk: Hukukun ve Cezanın Evrimi. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXV, S. 1, 2017.

[1262H] ROMA USÛL HUKUKUNDA UYGULANAN *BONA FIDES* İLKESİNİN GÜNÜMÜZ MEDENÎ USÛL HUKUKUNA YANSIMALARI

(REFLECTIONS OF THE PRINCIPLE OF BONA FIDES APPLIED IN ROMAN PROCEDURAL LAW ON MODERN CIVIL PROCEDURAL LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK [1263*]
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet YEŞİLLER [1264**]

ÖZ

Roma yargılamasında tarafların kötüniyetli davranışlarının önlenmesi için bona fides ilkesinden hareketle birtakım düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Böylece, tarafların yargılamanın seyrine zarar verecek güvene aykırı davranışları bona fides'in ihlaline dayandırılmış ve yargılamanın kötüniyetten uzak yapılması sağlanmaya çalışılmıştır. Bona fides'in ihlali, dürüst bir insanın davranması gerektiği gibi davranmamak, bilinçli olarak iyiniyeti ihlâl etmektir. Bu bağlamda da yargılamada bona fides'in gereğini yerine getirmeyen tarafların sorumluluklarının kusura dayandırıldığı söylenebilir.

Bu çalışmada, Roma usûl hukukunda kendisine yer bulan bona fides ilkesinden hareketle Türk medenî usûl hukuku bakımından dürüstlük kuralı çerçevesinde bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda, bona fides'in Roma usûl hukukundaki uygulamaları incelenmiş ve günümüz medenî usûl hukukunda dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevi bağlamında öngörülmüş bulunan hukukî düzenlemeler, yani yaptırımlar ve önlemler üzerinde açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Bona Fides, Dürüstlük Kuralı, Doğruyu Söyleme Ödevi, Roma Usûl Hukuku, Medenî Usûl Hukuku.*

[1262H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 03.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 09.04.2025. Onaylanma Tarihi: 17.04.2025.

[1263*]Doktor Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6755-066X.

[1264**] Doktor Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7836-5654.

Esere Atıf Şekli: Fikret Sami Tiyek & Mehmet Yeşiller, *"Roma Usûl Hukukunda Uygulanan Bona Fides İlkesinin Günümüz Medeni Usûl Hukukuna Yansımaları*", YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.887-934.

ABSTRACT

In the Roman jurisdiction, certain regulations were made under the principle of bona fides in order to prevent behaviors arising from malicious intentions of the parties. Thus, behaviors contrary to trust that would harm the course of the proceedings were based on the violation of bona fides and the proceedings were tried to be conducted avoiding malicious intentions. Violation of bona fides means not acting as an honest person should act and consciously breach of this principle. In this context, it can be stated that the liability of the parties who do not fulfill the requirements of bona fides in the proceedings is based on fault.

In this article, considering the principle of bona fides, which has found its place in Roman procedural law, an examination is carried out within the framework of the rule of honesty in terms of Turkish civil procedural law. In this context, the implementation of bona fides in Roman procedural law is evaluated and explanations are made about legal regulations, sanctions and precautions in the context of the rule of honesty and the duty to tell the truth in today's civil procedural law.

Keywords: *Bona Fides, Rule of Honesty, Duty to Tell the Truth, Roman Civil Procedural Law, Civil Procedural Law.*

***

GİRİŞ

Çalışmanın amacı; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda birçok defa kendisine yer bulan dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ne şekilde ortaya çıktığı, buna aykırı davranışların nasıl değerlendirildiği hakkında örnekler verilerek Roma hukukuyla günümüz medenî usûl hukuku arasında bağlantı kurmaktır. Bu bağlamda da Roma hukukunun *bona fides* ilkesi, Roma usûl hukuku bakımından değerlendirilmekte; bu ilkeye atfedilen önem ve tarafların yargılamada bu ilkeye aykırı davranışlarına karşı ne gibi yaptırımların öngörüldüğüne ilişkin bilgi verilmektedir.

Türk hukukunda özel hukukun kapsamı içinde yer alan medenî usûl hukuku ile diğer hukuk dalları arasındaki ilişki sürekli tartışılmış, bu itibarla çok farklı tespitler yapılmış, kimi zaman usûl hukuku kamu hukuku bütünü içinde değerlendirilmiş ve sonucunda bugün kabul ettiğimiz şekliyle bir özel hukuk dalı olduğu konusunda fikir birliğine varılmıştır. Adlî yargının kapsamında yer alan hukuk ve ceza mahkemeleri ile idarî yargı bütünü içinde yer alan idare mahkemelerinin ilk derece yargılaması işlevinin yürütülmesinde çeşitli usûl kuralları benimsenmiştir. Nitekim, adlî yargı bütünü içinde yer alan medenî usûl hukukunun 6100 sayılı Hukuk

Muhakemeleri Kanunu esas alınarak işlev gördüğü, diğer yargı alanlarında da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde olduğu gibi etkilerinin bulunduğu da bir gerçektir.

Adlî yargı içinde yer alan medenî yargının, medenî hukuk hükümleriyle bağlantısı da sıkça tartışma konusu yapılmış, bu kapsamda da medenî usûl hukuku ve medenî hukuk ilişkisinin ne ölçüde sıkı olduğuna ilişkin çeşitli fikirler öne sürülmüştür. Medenî usûl hukukunun amacının gerçekleşebilmesi için de medenî hukuktan kaynaklanan hakların kullanılması, yargılamada tartışılması, çekişmesiz yargıya ilişkin taleplerin görülüp karara bağlanması aşamasında belirli ilkelerin kabul edilerek onlara göre hareket edilmesi şarttır. Yargılamanın süjeleri arasındaki ilişkide kabul edilecek ilkeler bağlamında, eski Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun aksine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24 ila 33. maddeleri arasında somut birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan birini de 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan ilkeden hareketle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen "*dürüstlük kuralı*" oluşturmaktadır. Roma hukukunda benimsenen *bona fides* ilkesinin Roma usûl hukukunda nasıl hayata geçirildiğinin açıklanması ve Türk medenî usûl hukukundaki yansımalarından örnekler verilmesi, bu kuralın daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olacaktır.

Günümüz maddî özel hukuku, kişiler arasındaki malvarlığını ilgilendiren veya kişisel nitelikli olan hukukî ilişkilerin düzenlenmesini konu edinir[1265]. Usûl hukuku ile maddî hukuk arasındaki ilişkiyi açıklamak üzere öne çıkan iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, medenî usûl hukuku, medenî hukuktan ayrı ve bağımsız bir alan değildir, bir bütün oluşturur[1266]. Medenî usûl hukuku bir anlamda medenî hukuktaki hakların tanınması, tespiti ve yerine getirilmesi hususunda yaptırım konumundadır. Yani medenî hukuktan kaynaklanan bir hak tespit edilemiyorsa, tanınmıyorsa ve yerine getirilmiyorsa bunun yaptırımını medenî usûl hukuku sağlayacaktır[1267]. Bu görüşe göre medenî usûl hukuku medenî hukukun tamamlayıcısı konumundadır. Özel hukukun yaptırım teşkil eden hukuk alanı medenî usûl hukuku olarak kabul edilmektedir. İkinci ve bugün için kabul edilen görüşe göre, medenî usûl hukuku ile medenî hukuk arasındaki işlevsel bağlılık, medenî usûl hukukunun, medenî hukuktaki hakların tespit edilmesi,

[1265] **Arslan, R.:** Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 37.
[1266] **Arslan,** s. 39; **Tanrıver, S.:** Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 136.
[1267] **Arslan,** s. 40.

tanınması ve yerine getirilmesine hizmet etmesi şeklinde ortaya çıkar[1268] ve medenî usûl hukuku, medenî hukukla işlevsel açıdan bağa sahip olsa da hem ondan bağımsız hem de kendine özgü kurum ve kavramları bulunan bir alandır[1269]. Dolayısıyla medenî usûl hukukuyla medenî hukuk arasında sıkı bir bağlantı bulunmakta olup, dürüstlük kuralı her iki alanda da uygulanır[1270]. Nitekim, günümüz medenî usûl hukukunda geçerlilik taşıyan dürüstlük kuralı, görünüşte maddî ve usûl hukukuna uygun olsa da, gerçekte dürüstlük kuralına aykırı işlemlerin önlenmesi işlevini de görmektedir. Bu durum Roma hukukundan kaynaklanan *bona fides* ilkesinin, günümüzde daha da geniş biçimde uygulanması sonucunu doğurmaktadır[1271].

Bu çalışmanın esas konusu; *bona fides* ilkesinin, kişilerin kendi aralarındaki özel hukuk ilişkilerinde hakların kullanılması ve borçların ifası sırasında dürüst davranmaları gerektiği ilkesinden hareketle, medenî usûl hukukumuz bağlamında mahkemelerin önüne gelecek bir uyuşmazlıkta yargılama süjelerinin dürüst davranma yükümlülüklerinin ne şekilde ortaya çıktığına ilişkin örnekler gösterilerek bir değerlendirme yapılmasıdır. Ancak çalışmamızda, davanın açılması ve yürütülmesiyle usûlî olanakların kullanılmasında dürüstlük kuralına aykırı davranışlar bazında bir inceleme yapılacak; medenî usûl hukukunda da işlerlik kazanan doğruyu söyleme ödevi[1272] detaylıca irdelenmeyecektir.

1. MEDENÎ USÛL HUKUKUNUN AMACI

Medenî usûl hukukunun amacı, doktrinde maddî hukuktan kaynaklanan subjektif hakların korunması ve gerçekleştirilmesi[1273], objektif hukukun tesis

---

[1268] **Arslan,** s. 43-44.

[1269] **Tanrıver,** s. 136.

[1270] **Arslan,** s. 46; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.:** Medenî Usul Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2024, s. 171; **Edis, S.:** Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 1989, s. 301-302; **Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 792.

[1271] **Sungurtekin Özkan, M./Türkoğlu Özdemir, G.:** Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 18.

[1272] **Alangoya, Y.:** Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 118; **Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.:** Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 283; **Arslan,** s. 115; **Bilge, N./Önen, E.:** Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 299-301; Daha detaylı bilgi için bkz. **Kurt Konca, N.:** Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 147 vd.; **Tercan, E.:** Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, S. 1-2, Y. 1996, s. 188-212).

[1273] **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım,** s. 4; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 49; **Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medenî Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara 2024, s.

edilmesi ve hukuk düzeninin korunması, taraflar arasında hukukî belirlilik ve hukuk barışının sağlanması[1274], adaletli bir şekilde karar verilmesi[1275] ve hukukun çizdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla gerçeğe ulaşmak[1276], uyuşmazlıkların hukuka uygun biçimde ve akılcı yöntemle çözümü[1277] şeklinde farklı biçimlerde ifade edilmiştir[1278].

Buradan yola çıkarak, medenî usûl hukukunun, maddî hukuktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin tanınmasını, tespitini ve yerine getirilmesini sağlamak suretiyle gerçeğe ulaşılması amacını taşıdığı söylenebilir. Aynı zamanda bu amaç, hukukun çizdiği sınırlar içinde ve adlî yolla sağlanmalıdır. Bir başka ifadeyle medenî usûl hukukunun amacı, uyuşmazlıkların hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilip makul süre içinde sonuçlandırılmasıdır[1279].

Bu itibarla, bir yargılamanın amacına ulaşmasında taraflara ve mahkemeye tanınmış birtakım hak ve yükümlülüklere uyulması gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinde kendisine yer verilen dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, davanın açılmasından, dava malzemesinin toplanmasına, delillerin mahkemece değerlendirilmesine ve hükme dayanak yapılması aşamasına kadar dikkate alınmalıdır[1280]. Hem tarafların bu ilkeye riayet etmesi hem de hâkimin bu kuralları gözeterek hareket etmesi, hukukî güvenliğin sağlanmasına hizmet edebilecektir[1281]. Nitekim, adil bir yargılamadan bahsedilebilmesi ve gerçeğin ortaya

11; **Taşpınar, S.:** Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787), s. 760.

[1274] **Arslan**, s. 38; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 49. Kesin hüküm ve hak düşürücü sürelerin mevcudiyetinin, hukuksal barışın sağlanması amacıyla gerçeğe ulaşılma amacını sınırlayacağı hakkında bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım,** s. 6; **Arslan,** s. 38-39.

[1275] **Yılmaz,** s. 852. Doktrinde, şekil kurallarının, hâkimlerin keyfi davranışlarda bulunmalarını engellediği, onların tarafsızlıklarını temin etmek suretiyle adil olmalarını sağladığı; böylece yargılama sonunda verilen kararın hem tarafları hem de toplumu tatmin edecek adil bir karar olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 19. Medenî usûl hukukunun amacının adaletli bir şekilde karar verilmesi konusunda aksi yöndeki görüş için bkz. **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 12.

[1276] **Kurt Konca,** s. 48-49; **Tanrıver,** s. 126-127. Yargılamanın amacının şeklî gerçeğe değil de, maddî gerçeğe ulaşmak olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Karaaslan, V.:** Medenî Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 55-59.

[1277] **Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.:** Medenî Usûl Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2024, s. 7.

[1278] **Özbay, İ.:** Grup Davaları, Ankara 2009, s. 31.

[1279] **Tanrıver,** s. 135.

[1280] **Kurt Konca,** s. 49.

[1281] **Tanrıver,** s. 135.

çıkarılabilmesi için, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları birbirleriyle ve mahkemeyle olan ilişkilerinde dürüst ve samimi olmaları gerekmektedir[1282].

2. ROMA USÛL HUKUKU

I. Genel Bilgi

Geçimini kendi üretimi ile sağlayan kimseler tarafından kurulan Roma şehir devletinin imparatorluğa kadar uzanan süre zarfında; toplumsal, ekonomik, siyasî ve idarî yapısının doğaldır ki değişip geliştiği görülmektedir. Roma'nın maddî hukukunun da bu değişime ayak uydurduğu; hakların korunması ile yargılamanın da bu değişime paralel olarak farklı usûllerde ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Roma'nın ilk dönemlerinde adaletin sağlanmasının kişilere bırakıldığı; usûl hukukunun, kişilerin kullanacak olduğu kuvvetin devlet tarafından düzenlenmesi fonksiyonundan ibaret olduğu görülmektedir[1283]. Daha sonra kargaşanın önüne geçmek için Roma Devleti kişilerin anlaşmazlıklarına müdahale etmeye başlamış, uyuşmazlıklarda kişilerin güç kullanıp kullanmayacaklarını ve eğer kullanacaklar ise bunu nasıl kullanacaklarını düzenlemekle yetinmiştir[1284]. Krallık Dönemi'nde ise, devlet otoritesinin sağlanması amacıyla kişilerin kendilerinin haklarını elde etmelerinin yasaklandığı ve hakların korunmasının devletin tekeline alındığı görülmektedir[1285].

Romalıların hakların tanındığı maddî hukuk ile hakların ileri sürüldüğü yargılama hukuku arasında bir ayrım yapmadıkları; dolayısıyla günümüzde özel hukuktan gelen talep hakkı ile yargılama hukukundan gelen dava hakkı

[1282] **Özekes, M.:** Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti, (Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 1, Y. 2005, s. 29-49), s. 32.

[1283] **Gürten, K.**: Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara 2008, s. 67; **Hausmaninger H./Selb W.**: Römisches Privatrecht, Wien 1997, s. 483; **Kaser, M.**: Römisches Privatrecht, München 1986, s. 349; **Söğütlü, Ö.**: Roma Özel Hukuku, Ankara 2022, s. 188; **Tahiroğlu, B./Erdoğmuş B.**: Roma Usul Hukuku, İstanbul 1997, s. 7; **Türkoğlu Özdemir, G.**, Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, C. 7, Y. 2005, s. 167-212), s. 168; **Türkoğlu Özdemir, G.**: Roma Usul Hukukunda "Plus Petito" Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004, s. 21; **Umur, Z.**: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 221.

[1284] **Karadeniz Çelebican, Ö.**: Roma Hukuku, Ankara 2005, s. 270-271; **Umur**, Roma, s. 221.

[1285] **Gürten**, s. 67; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 7.

ayrımının Roma'da olmadığı görülmektedir[1286]. Sevk etmek, yürütmek, yönlendirmek anlamındaki *agere*'den gelen yargılamayı harekete geçiren *actio*'nun, hakkının ihlal edildiğini düşünen kimsenin yargı organlarına başvurarak hak sahibi olduğunu iddia etmek suretiyle buna uygun yaptırımların uygulanması talebinde bulunma yetkisi olarak tanımlandığı görülmektedir[1287]. Zira *Iustinianus* da *Institutiones*'inde *actio*'yu "*... dava, kişinin hakkı olanı hâkim önünde dava etmesinden başka bir şey değildir*" şeklinde ifade etmiştir[1288].

Bugün için dava, maddî hukuktan kaynaklanan bir hakkı başkası tarafından tanınmayan ya da tanınmama ihtimaliyle veya haksız bir taleple karşılaşan kişinin, mahkemeden medenî usûl hukuku kurallarına uygun şekilde hukukî koruma talep etmesi olarak ifade edilmektedir[1289]. Dava hakkı ise, hak arama özgürlüğünün kullanım biçimlerinden birisini oluşturmakla birlikte, maddî hukukun tanıdığı hakların yargı organları önünde ileri sürülebilmesi yetkisi şeklinde ortaya konulabilmektedir[1290]. Benzer şekilde Roma'da *actio* kavramı da bir kişinin kendisine ait olduğu iddiasıyla bir malı, bir hakkı ya da bir alacağı yargı mercilerine başvurarak talep edebilme hakkı, dava hakkı olarak ifade edilmektedir[1291].

II. Roma Hukukunda Yargılama Sistemleri

Roma'da hakların farklı özellikleri olan iki farklı yargılama sistemi içinde korunduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, Krallık Dönemi'nden başlayıp M. S. 342'ye kadar süregelen, devletin yönetimi ve kontrolünde olmakla birlikte özel kişiler tarafından yürütülen özel yargılama sistemidir (*ordo iudiciorum privatorum*)[1292]. Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda

---

[1286] **Kaser**, Privatrecht, s. 348; **Söğütlü**, s. 183–184; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 9, dn. 8; **Tamer, D.**: Roma Hukuku, C. 1, İstanbul 2020, s. 109.

[1287] **Günal, N.**: Roma Medenî Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007, s. 25; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 7 vd.

[1288] *Digesta (D.) 44.7.51 (Celsus), Iustinianus Institutiones (Iust., Inst.) 4.6. principium (pr.)*; **Günal**, Yargılama, s. 25; **Iustinianus:** Institutiones, Çev.: Ziya Umur, İstanbul 1955, s. 153; **Karadeniz Çelebican**, s. 265; **Karakocalı, A.**: Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası, Ankara 2022, s. 21; **Tahiroğlu/Erdoğmuş,** s. 8, dn. 4; **Tamer**, s. 122; **Umur**, Roma, s. 218.

[1289] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s.263; **Tanrıver,** s. 523.

[1290] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s.263; **Tanrıver,** s. 523.

[1291] **Umur, Z.**: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, s. 2.

[1292] **Günal**, Yargılama, s. 27; **Gürten**, s. 67; **Karadeniz Çelebican**, s. 272; **Karakocalı**, s. 52; **Küçükgüngör, E.:** Roma Özel Hukuku'nda Delil ve İspat, (Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 477-497), s.477; **Söğütlü Erişgin, Ö.:** Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi (Recusatio), (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, S. 1, Y.

uygulanan ve bu nedenle "Özel Yargılama Sistemi" olarak adlandırılan bu yargılama sistemi *legis actio*'lar (özel dava biçimleri) ve *formula* (yazılı belge) usûlü olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı[1293]. Yargılamada etkili olanlara göre *legis actio*'lar usûlü rahiplerin yargılaması, *formula* usûlü ise *praetor*'ların yargılaması olarak ifade edilmekteydi[1294]. İkincisi ise, Roma'da M. S. 342'den *Iustinianus* Dönemi'nin sonuna kadar devam eden, yargılama yetkisinin tamamen devlet eliyle imparator ile kendisi tarafından atanan yargıçlar tarafından yürütüldüğü sistem dışı yargılamadır (*cognitio extra ordinem*)[1295]. Bürokratik yargılama olarak da adlandırılan bu sistem, Roma İmparatorluğu'nun sona ermesinden sonra da Bizans hukukunda ve Kanonik hukukta etkisini sürdürmüştür[1296].

Roma'nın en eski yargılama usûlü olan *legis actio*'lar usûlünün başlangıcının XII Levha Kanunu'ndan daha önceki döneme Krallık Dönemi'nin sonlarına kadar gittiği düşünülmektedir[1297]. *Legis actio*'ların, kanunla tespit edilmiş olmalarından ve kanun gibi değiştirilemeyecek sıkı şekiller içinde ileri sürülmeleri gerektiğinden "*legis actiones*" şeklinde, yani "kanunî dava şekilleri" olarak adlandırıldıkları anlaşılmaktadır[1298]. Dolayısıyla *legis actio*'lar, Roma'nın eski dönemlerinin şekilciliğinin etkisinde, değiştirilmesi söz konusu olmayan iddia olunan hakkın varlığını beyan etmeye yarayan dava kalıplarından ibaretti[1299]. *Gaius*'un *Institutiones*'inde belirtilen bu dava kalıplarının ilk üç tanesi (*per*

2002, s. 97-115), s. 97; **Söğütlü**, s. 190; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 13; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 169; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 22; **Umur**, Lügat, s. 148; **Yeşiller, F. B.**: Eksik Borç, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2024, s. 71.

[1293] **Akıncı, Ş.:** Roma Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Konya 2023, s. 109; **Günal**, Yargılama, s. 27; **Karadeniz Çelebican**, s. 275; **Öcal, B.**: Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60, S. 3, Y. 2011, s. 523-570), s. 529; **Söğütlü**, s. 190; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 13; **Tamer**, s. 112; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 169; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 22; **Üçer, M.**: Roma Hukuku'na Giriş, İstanbul 2020, s. 237.

[1294] **Söğütlü**, s. 190.

[1295] **Günal**, Yargılama, s. 34; **Karadeniz Çelebican**, s. 274; **Söğütlü Erişgin**, Recusatio, 97; **Söğütlü**, s. 190; **Tamer**, s. 111; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 169; **Üçer**, s. 237; **Yeşiller**, s. 71.

[1296] **Rakochevich, M.**: Bona Fides in Roman Civil Procedure, (Ius Romanum: Obligatio, 1/2021, s. 414-435), s. 418; **Söğütlü**, s. 190.

[1297] **Hausmaninger/Selb**, s. 484-485; **Söğütlü**, s. 192.

[1298] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s.15; **Umur,** Ders, s. 229; **Üçer**, s. 238.

[1299] **Akıncı,** s. 110-111; **Karadeniz Çelebican**, s. 283; **Öztek, S.**: Roma Medenî Usul Hukukunun Ana Hatları: Törenden Şekle; Hususî Adaletten Devlet Adaletine, (İstanbul Hukuk Mecmuası 51, S. 1-4, Y. 1985, s. 335-372), s. 339; **Söğütlü**, s. 192; **Tamer**, s. 114.

sacramentum, *per iudicis postulationem*, *per condictionem*) hukukî anlaşmazlığın çözümlenmesine, dolayısıyla usûl hukukuna; diğerleri ise (*per manus iniectionem*, *per pignoris capionem*) yargılama sonucunda hükmün icrasına, yani icra usûlüne ilişkindi[1300]. Sadece Roma vatandaşlarının yargılanmasının söz konusu olduğu *legis actio*'lar usûlü, *magistra* önünde gerçekleşen *in iure* ile özel yargıç önünde gerçekleşen *apud iudicem* aşamalarından oluşmaktaydı[1301].

Legis actio'lar usûlü yabancılara dava ehliyetinin tanınmaması sebebiyle sadece Roma vatandaşlarına uygulanmakta; Roma vatandaşları ile yabancılar ve yabancıların kendi aralarındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde uygulanamamaktaydı[1302]. Yine bu usûl, taraf ehliyetlerinin olmaması nedeniyle aile evlatlarına da (*filius familias*) uygulanamamaktaydı[1303]. Ayrıca *legis actio*'ların sıkı kanunî kalıplara bağlı olmasından dolayı günün koşullarının ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle Roma'da *praetor*'lar tarafından *formula* usûlünün uygulanmaya başlandığı anlaşılmaktadır[1304]. Roma'da belli bir süre *legis actio*'lar usûlü ile *formula* usûlü birlikte uygulansa da *formula* usûlünün *legis actio*'lar usûlüne göre daha şekilden bağımsız ve esnek olması ve *magistra*'nın takdir yetkisinin daha geniş olması nedeniyle en az yedi yüz yıl uygulanan *legis actio*'lar usûlünün yerini *formula* usûlünün aldığı anlaşılmaktadır[1305]. *Formula* usûlünde *praetor*'ların geniş yetkilere sahip olması, yargılamanın disiplinini kontrol etmede ve tarafların yargılamadaki *bona fides*'e aykırı suistimallerini önlemede etkili olduğu görülmektedir[1306].

İmparator *Augustus* zamanından beri kira, denizcilik, vasi tayini, şeref ücreti gibi uyuşmazlıklarda uygulanan *cognitio extra ordinem*'in IV.

[1300] *Gaius Institutiones (Gai., Inst.) 4.12*; **Karadeniz Çelebican**, s. 282 vd.; **Karakocalı**, s. 54; **Öztek,** s. 345; **Söğütlü**, s. 193; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 16; **Umur,** Lügat, s. 112; **Umur**, Roma, s. 230; **Üçer**, s. 237-238; **Watson, A.**: Roman Private Law around BC 200, Edinburg 1971, s. 162.

[1301] **Hausmaninger/Selb**, s. 485; **Karadeniz Çelebican**, s. 281 vd.; **Kaser**, Privatrecht, s. 350-351; **Küçükgüngör,** s. 479-480; **Söğütlü**, s. 192 vd.; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 22, s. 27.

[1302] **Günal**, Yargılama, s. 31; **Gürten**, s. 76-77; **Karadeniz Çelebican**, s. 292-293; **Küçükgüngör,** s. 484-485; **Öcal**, s. 539; **Öztek,** s. 346; **Söğütlü**, s. 194; **Tamer**, s. 117-118; **Umur**, Roma, s. 247; **Üçer**, s. 239.

[1303] **Küçük, E.**: Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis, Ankara 2013, s. 36-37.s. 46; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 179.

[1304] **Günal**, Yargılama, s. 31 vd.; **Gürten**, s. 77; **Küçük**, s. 46; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 20; **Tamer**, s. 118.

[1305] **Hausmaninger/Selb**, s. 484; **Karadeniz Çelebican,** s. 292-293; **Söğütlü**, s. 194.

[1306] **Rakochevic**, s. 426.

yüzyıldan itibaren *praetor*'luk makamının kaldırılması ile *Iustinianus* Dönemi'nin sonuna kadar Roma'da tek yargılama usûlü hâlini aldığı görülmektedir[1307]. Bu yargı örgütünün başında imparator bulunmakta; genelde yargılama imparator tarafından atanan ve memur statüsündeki[1308] yargıçlar tarafından *legis actio*'lar ve *formula* usûlünden farklı olarak tek aşamada yürütülmekteydi[1309]. Hâkime daha geniş yetkiler verilen bu yargılama usûlünde, karara karşı bir üst yargı organına başvuru hakkı (*appellatio*) bulunmakta olup, bugünkü usûl hukukumuza çok yakın olduğu görülmektedir[1310].

3. *BONA FIDES* KAVRAMI VE ROMA USÛL HUKUKUNDAKİ UYGULAMALARI

I. *Bona Fides* Kavramı

Latince'de iyi anlamındaki "*bona*" ile sadakat ve vefayı ifade eden "*fides*" kelimelerinden oluşan ve tespitinde etik ile genel hayat tecrübelerinin yer aldığı *bona fides*; adaletin (*iustitia*) ve hakkaniyetin (*aequitas*) sağlanmasının söz konusu olduğu durumlarda en makul ilke olarak dikkat çekmekteydi[1311]. Hukuk düzeni hem yanılmış ve bilmeyen kimsenin durumu ile ilgilenme ihtiyacı duymuş; hem de kişilerin davranışlarında dürüst ve namuslu olarak hareket etmelerini istemiştir[1312]. Birbirinden farklı bu iki husus günümüz hukuklarında subjektif ve objektif iyiniyet olarak ayrı ayrı ele alınmaktadır[1313]. Roma hukukunda ise *bona fides* ilkesinin, hem iyiniyeti karşılayacak şekilde subjektif anlamıyla; hem de dürüstlük kuralını kapsayacak şekilde objektif anlamı ile ele alındığı görülmektedir[1314]. Dürüstlük anlamıyla ilk kez kaynaklarda *Cato*'nun *De Agricultura* adlı eserinde kullanılan *bona fides* kavramı objektif açıdan ele

---

[1307] **Günal**, Yargılama, s. 34, s. 35; **Karadeniz Çelebican**, s. 313; **Öztek,** s. 361-362; **Söğütlü**, s. 198; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 45; **Umur**, Roma, s. 278; **Üçer**, s. 241.

[1308] **Küçükgüngör,** s. 478; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 14, 16.

[1309] **Söğütlü**, s. 199; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 46; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 31; **Üçer**, s. 240. Sistem dışı yargılamada yargı örgütüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Söğütlü Erişgin**, Recusatio, s. 101 vd.

[1310] **Günal**, Yargılama, s. 34, s. 35; **Karadeniz Çelebican**, s. 313; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 46-47.

[1311] **Uçaryılmaz, T. Ş.**: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019, s. 68 vd.

[1312] **Umur, Z.:** Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956, s. 3. Subjektif iyiniyete ilişkin olarak bkz.: **Günal, N.:** Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006, s.82 vd.

[1313] **Umur,** Hüsnüniyet, s. 3 vd. *Bona fides*'in içeriğine ilişkin olarak bkz. **Uçaryılmaz,** Bona Fides, s. 68 vd.

[1314] **Uçaryılmaz,** Bona Fides, s. 68, s. 395.

alındığında; Roma hukukunda geçerli olan "*neque malitiis indulgendum est*", yani "*hile ile kötülüğe hukuk düzeni tarafından izin verilemeyeceği ve buna tahammül edilemeyeceği*" ilkesi bakımından önem arz etmektedir[1315]. *Digesta*'da *Celsus*'a ait metinde yer alan "*neque malitiis indulgendum est*" ilkesi hem Roma hukukunda dürüstlük kuralının temelini belirtmekte; hem de günümüz hukuk düzenlerindeki yansımalarını da ifade etmektedir[1316]. Dürüstlük kuralı, hukuki ilişkilerde tarafların makul bir davranış sergilemelerini ve böylelikle karşı tarafın menfaatlerine dikkat etmek suretiyle güvenin korunmasını amaç edinen temel bir kuraldır[1317]. Dolayısıyla dürüstlük kuralı, kişilerin haklarını kullanılırken ve borçlarını yerine getirirken sergiledikleri davranışlarına sınırlama getiren, hukuka ahlâki bir temel kazandıran düzenleyici bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır[1318]. Roma hukuk tarihinde *bona fides*'e ilişkin uygulamaların önce Roma usûl hukukunda ortaya çıktığı, daha sonra da sosyal değerlerin *bona fides* aracılığıyla hukuk düzenine alındığı görülmektedir[1319].

Legis actio'lar usûlünde tarafların yargılamanın seyrine zarar veren davranışlarına önlem alınmaya başlandığı Roma hukuku kaynaklarından anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Dönemi'nin sonları ile *Principatus* Dönemi'nin başlarına denk gelen zamanda kanunlara, örf âdetlere ve rahip hukukçuların faaliyetlerine dayanan hukuk kurallarının günün koşullarına ayak uyduramadığı görülmekteydi[1320]. Bu dönemde *bona fides*'i ve hakkaniyeti dikkate almak suretiyle maddî hukuk ile usûl hukuku kurallarının oluşturulup geliştirilmesinde yargılama görevini üstlenen *praetor*'ların önemli katkılarının olduğu görülmektedir[1321]. Özellikle *praetor*'lar tarafından tanınmış olan iyiniyet davalarıyla (*bonae fidei iudicia*) *bona fides*

[1315] *Cato, De Agricultura 14.3*, *D. 6.1.38 (Celsus)*, bkz. **Uçaryılmaz**, Bona Fides, s. 70; **Uçaryılmaz**, T. Ş.: Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135, Y. 2018, s. 335-382), s. 339.

[1316] **Uçaryılmaz**, Bona Fides, s. 70.

[1317] **Uçaryılmaz**, Bona Fides, s. 70.

[1318] **Akyol, Ş.:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 3. *Fides* kelimesinin ahlâki nitelikte kullanışları için bkz. **Umur,** s. 7 vd.

[1319] **Oğuz, A.**: Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: (*Lex Mercatoria*) – Unidroit İlkeleri'nin *Lex Mercatoria* Niteliği, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50, S. 3, 2001, s. 11-53), s. 15. Sosyal ve etik değerlerin hukuk düzenine geçişine ilişkin bkz. **Uçaryılmaz,** Bona Fides, s. 28 vd.

[1320] **Karagöz, H.**: Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleştirme Biçimi, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, C. 7, Y. 2020, s. 35-55), s. 38 vd.

[1321] **Karagöz**, s. 47 vd.; **Söğütlü**, s. 170; **Umur**, Roma, s. 89 vd.

ilkesi hukuk alanında yerini almaya başlamıştır[1322]. İyiniyet davalarının *formula*'sında "iyiniyet gereği yapılması veya verilmesi gereken herşey" şeklinde genel bir ölçü belirlenmişti ve söz konusu davalarda iyiniyet ölçüsüne göre borcun içeriğini hâkim takdir etmekteydi[1323].

Bona fides'ten gelen yargılamanın seyrine zarar verebilecek durumlarda alınan önlemlerin *praetor*'lardan sonra da gelişerek yargılamanın bir parçası hâline geldiği görülmektedir. Ancak *bona fides* ilkesinin özellikle Klasik Hukuk Dönemi ile *Iustinianus* Dönemi'nde çok geniş oranda hukuka etki ettiği görülse de, hiçbir zaman günümüz hukuklarında olduğu gibi Roma hukukunda genel bir kural haline gelmediği anlaşılmaktadır[1324]. Söz konusu bu önlemleri Roma usûl hukukuna ilişkin yargılama sistemlerinde ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

II. *Bona Fides*'in Roma Usûl Hukuku'ndaki Uygulamaları

A. *Legis Actio*'lar Usûlündeki Durum

İki aşamalı olan *legis actio*'lar usûlünün ilk kısmını oluşturan *in iure* aşamasında, hakkının ihlal edildiğini iddia eden taraf, hangi *legis actio*'nun kendi uyuşmazlığına ilişkin olduğunu, dolayısıyla kanunî dava şeklini ve kullanılacak olan sözleri tespit etmek suretiyle *magistra*'ya başvurmaktaydı[1325]. Bu aşamada *magistra,* taraflar arasındaki anlaşmazlığın yargılama ile çözümlenmesine karar verirse, başvuru yapılan *legis actio* ve kullanılan sözlerin uyuşmazlık konusu ile uygun olup olmadığını incelerdi. Eğer yanlış *legis actio* ile başvuru yapılmışsa ya da seçilen *legis actio*'ya ilişkin doğru sözler kullanılmamışsa *magistra* bu durumda davayı reddetmekteydi[1326]. Eğer anlaşmazlığa ilişkin doğru *legis actio* ile *magistra*'ya başvuru yapılıp söylenmesi gereken sözler söylenmişse, bu durumda *magistra*'nın uygun bulduğu *actio*'nun özel yargıç önünde görülecek esaslarının tespit edildiği *litis contestatio*'ya geçilirdi[1327]. Bu aşamada *magistra* tarafından uygun bulunan davanın özel yargıçlar huzurunda görülmesinde uygulanacak esaslar belirlendikten sonra, tarafların

---

[1322] **Hausmaninger/Selb**, s. 502-503; **Söğütlü Erişgin, Ö.**: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 71; **Uçaryılmaz**, Sözleşmesel, s. 347; **Umur,** Hüsnüniyet, s. 6-7.

[1323] **Rado, T.:** Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 36-37; **Uçaryılmaz,** Bona Fides, s. 101 vd.; **Umur,** Hüsnüniyet, s. 6-7.

[1324] **Umur,** Hüsnüniyet, s. 1.

[1325] **Karadeniz Çelebican**, s. 284; **Öcal**, s. 530; **Söğütlü**, s. 193.

[1326] **Karadeniz Çelebican**, s. 284; **Umur**, Roma, s. 233 vd.

[1327] **Gürten**, s. 74; **Karadeniz Çelebican**, s. 285; **Küçük**, s. 50; **Söğütlü**, s. 193; **Yeşiller**, s. 72.

belirlemiş oldukları özel yargıç önündeki *ordo iudiciorum privatorum*'un *apud iudicem* olarak adlandırılan ikinci aşamasına geçilmekteydi[1328]. Özel yargıç seçildikten üç gün sonra uyuşmazlık tarafları yargıcın önüne çıkmak zorundaydı[1329]. Aksi hâlde duruşmanın olduğu gün öğleye kadar beklenmekte, eğer gelmezse duruşmada hazır bulunmayan taraf davayı ve verilmiş ise *sacramentum*'u kaybetmekteydi[1330]. Taraflardan birinin haklı bir mazereti olması nedeniyle duruşma günü bulunmaması durumunda XII Levha Kanunu'na göre özel yargıç tarafından kendisine süre verilmesinin mümkün olduğu görülmektedir[1331].

Legis actio'lar usûlünde dava taraflarının her ikisinin de mutlaka yargılamada yer alması gerekmekteydi[1332]. Davacı *in ius vocatio* olarak adlandırılan işlemle davalıyı *magistra* huzuruna gelmeye davet etmekte; eğer davet edilen kimse gelmezse davacı kendisini zorla getirme hakkına sahip olmaktaydı[1333]. XII Levha Kanunu'nun ilk levhasında yer alan hükme göre, çağrılan kişi gelmez ya da gelmeyi reddederse, diğer tarafın orada hazır bulunan kimselerle bunu tespit edebildiği ve bir esir gibi yakalama hakkına sahip olduğu görülmektedir[1334]. Böyle bir durumda davalının *magistra* huzuruna belirli bir günde çıkacağını garanti eden bir kefil (*vindex*) göstermesi de mümkündü[1335]. Bugün için, usûlüne uygun şekilde davet edilmiş olmasına rağmen, duruşmaya mazeretsiz şekilde gelmeyen taraf bakımından, diğer tarafa sorulması kaydıyla yokluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması ya da dosyanın işlemden kaldırılması söz

---

[1328] **Karadeniz Çelebican**, s. 285-286; **Küçük**, s. 51-52; **Öcal**, s. 530; **Öztek,** 343-344; **Rakochevic**, s. 423; **Söğütlü**, s. 191.

[1329] **Karadeniz Çelebican**, s. 286; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 25; **Umur**, Roma, s. 241.

[1330] **Kaser,** s. Prätor, s. 352-353; **Umur**, Roma, s. 241. Roma'da *legis actio per sacramentum*'da dava taraflarının ilahları şahit göstererek dava konusunun değerine göre beş öküz ya da beş koyunu ilahlara kurban etmek üzere taahhüt ettikleri değere *sacramentum* adı verilmekteydi. Paranın icadından sonra dava miktarının değerine göre beş öküz yerine 500 *as*, beş koyun yerine 50 *as* yatırmak suretiyle yemin edip ilahlara adandığı anlaşılmaktadır. Bkz. **Rakochevic**, s. 424; **Umur**, Lügat, s. 190.

[1331] **Umur**, Roma, s. 241; **Üçer**, s. 274.

[1332] *D. 50.17.123 pr.*, bkz. **Karadeniz Çelebican**, s. 286; **Kayak, S.**: Davalının Davada Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Bir Usul Hukuku Teminatı Olarak Roma Hukukunda Vadimonium Kurumu, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70, S. 1, Y. 2012, s. 277-300), s. 279; **Küçük,** s. 36-37.

[1333] **Hausmaninger/Selb**, s. 486; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 16; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 24; **Umur**, Roma, s. 232.

[1334] **Üçer**, s. 258.

[1335] **Akıncı,** s. 112; **Kayak**, s. 289-290; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 16; **Umur**, Roma, s. 232.

konusudur (HMK m.150, II). Nitekim, isticvap edilmek üzere davet edilen tarafın, geçerli bir mazereti olmaksızın isticvap edileceği duruşmaya katılmaması da onun isticvap konusu hususları ikrar ettiği kabulüyle hareket edilmektedir (HMK m. 171, II).

Roma'da *legis actio*'lar usûlünde tarafların sırf yargılama sürecine zarar vermek amacıyla yapmış oldukları eylemlerin önlenmesine ilişkin mekanizmaların olduğu anlaşılmaktadır[1336]. Her türlü hukukî uyuşmazlığın çözümüne elverişli genel bir dava türü olan *legis actio per sacramentum*, ihtilafın konusunun aynî hak ya da şahsî hak olması bakımından *legis actio sacramento in rem* ile *legis actio sacramento in personam* şeklinde ikiye ayrılmaktaydı[1337].

Konusu aynî bir hak ile ilgili olan *legis actio sacramento in rem*'de taraflar arasındaki anlaşmazlık konusu olan malı temsilen bir parçası *magistra* önüne getirilmekte ve tarafların her ikisi de ellerindeki değnekle (*festuca*) o mala temas etmek suretiyle hak iddiasında (*vindicatio*) bulunmaktaydı[1338]. Bu durumda *magistra* her iki iddia sahibine de maldan el çektirir ve taraflardan her birine *sacramentum* adı verilen ve bir tür cezaî şart niteliğinde olan, dava konusunun değerine göre 50 *as* veya 500 *as* miktarında parayı yemin ederek yatırmalarını söylerdi[1339]. Bu gereklilik, günümüzde teminat kurumuna benzemekle birlikte, örneğin İcra ve İflas Kanunu'nun 134. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, ihalenin feshini, satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynî hak sahipleri dışındaki birisi istemişse, talepte bulunulurken, ilgililerin muhtemel zararını karşılamak üzere, ihale bedelinin %5'i oranındaki bir teminatı göstermesi gerekir ve talebin reddi hâlinde aynı madde uyarınca hükmedilecek para cezası bu teminattan alınmazsa, yatıran kişiye iade edilmesi söz konusu olur. Roma'da, davayı kazanan tarafın s*acramentum*'u iade edilmekte, davayı kaybedenin *sacramentum*'u dava masrafı olarak hazineye geçmekteydi[1340]. *Legis actio per sacramentum*'un şahsî davalara

[1336] **Karadeniz Çelebican**, s. 288; **Rakochevic**, s. 422.
[1337] **Akıncı,** s. 112; **Karadeniz Çelebican**, s. 288 vd.; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 17 vd.; **Umur**, Roma, s. 233; **Umur**, Lügat, s. 113.
[1338] **Hausmaninger/Selb**, s. 487; **Karadeniz Çelebican**, s. 288; **Kaser**, Privatrecht, s. 355; **Öcal**, s. 533-534; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 17; **Tamer**, s. 115; **Umur**, Roma, s. 233-234; **Umur**, Lügat, s. 113.
[1339] **Akıncı,** s. 113; **Buckland**, **W. W**.: A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1953, s. 372-373; **Karadeniz Çelebican**, s. 288-289; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 17; **Tamer**, s. 115, dn. 338; **Watson**, s. 162.
[1340] **Akıncı,** s. 113; **Karadeniz Çelebican**, s. 288-289; **Rakochevic**, s. 422-423; **Tamer**, s. 116; **Umur**, Lügat, s. 190.

ilişkin türü *legis actio sacramentum in personam*'da ise, davacının iddiasını davalı inkâr ederse yine *sacramentum* kurumuna başvurulmaktaydı[1341].

Roma'da *legis actio per condictionem* ilk önce konusu belli bir miktar para olan (*certa pecunia*) borç ilişkileri için kabul edilmiş; daha sonraları ise konusu belli olan (*certa res*) bütün borç ilişkilerine uygulanmıştı[1342]. Bu *legis actio* usûlünde tarafların, uyuşmazlığın miktarının üçte birinin davayı kaybedenden alınıp kazanan tarafa ödenmesini davanın başında taahhüt ettikleri düşünülmektedir[1343].

Günümüz hukukunda, yargılama gideri olarak gider avansının davanın başında yatırılması (HMK m.120, I) ve sonrasında tarafların dayandıkları delillere ilişkin masrafları karşılamak üzere, gerektiğinde, delil avansını yatırmaları söz konusudur (HMK m.324, I). Ayrıca taraflardan hangisinin talep ettiğine bakılmaksızın, diğer tarafın da delillere ilişkin (örneğin bilirkişi veya keşif gibi) giderleri ödemesi mümkündür (HMK m. 324, II).

B. *Formula* Usûlünde *Bona Fides'*e İlişkin Uygulamalar

Formula usûlünde *praetor*, davanın hukuka ve ahlâka uygun olmadığını ya da kesin olarak kaybedileceğini gördüğü iddialara karşı talep edilen *formula*'yı reddetme yetkisine (*denegatio actionis*) sahipti[1344]. *Formula'yı* kabul ettikten sonra *praetor*, davanın başlamasına engel olmak amacıyla kaçan davalının malları üzerinde davacının zilyetliğini sağlayabilmekte; hatta bazı durumlarda bir süre sonra davacının bu malları toptan satması imkânını (*venditio bonorum*) davacıya verebilmekteydi[1345]. Ayrıca *praetor* huzuruna davet edilen davalının, *stipulatio* ile belirlenen günde mahkeme önüne gelmeyecek olursa bir miktar para ödeyeceğini *vadimonium* adı verilen işlemle taahhüt etmesi söz konusuydu[1346]. Tarafların ya da vekillerinin katılımının zorunlu olduğu *formula* usûlünde *vadimonium*, davalının mahkeme önünde hazır bulunmasını sağlayan bir araç olup; davalının duruşmada hazır bulunacağını söz vermesi ile bir tür teminat

---

[1341] *Gai., Inst. 4. 13–17*; **Umur**, Roma, s. 236; **Umur**, Lügat, s. 113; **Watson**, s. 162-163.
[1342] **Berger, A.**: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 542; *Gai., Inst. 4. 17b–20*; **Umur**, Roma, s. 237.
[1343] **Berger**, s. 542.
[1344] *D. 50.17.102.1 (Ulpianus)*, bkz. **Gürten**, s. 127; **Hausmaninger/Selb**, s. 497; **Karadeniz Çelebican**, s. 282, s. 298; **Kaser, M.:** Prätor und Judex im römischen Zivilprozess, (TvR 32, Y. 1964, s. 329-362), s. 329-330; **Kaser**, Privatrecht, s. 360; **Öztek,** s. 350; **Tamer**, s. 114; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 173; **Umur**, Lügat, s. 57; **Üçer**, s. 263.
[1345] **Karadeniz Çelebican**, s. 297; **Küçük**, s. 54; **Öztek,** s. 349; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 48; **Umur**, Roma, s. 250 – 251; **Üçer**, s. 307 vd.
[1346] **Buckland**, s. 382; **Karadeniz Çelebican**, s. 297; **Umur**, Lügat, s. 221.

işlevini görmekteydi[1347]. *Vadimonium* ile sonuçlanmadığı için başka bir güne ertelenen duruşmanın geleceği güvence altına alınmış olmakta; davalının sonraki duruşmaya katılmaması nedeniyle davayı sonuçsuz bırakma riski engellenmiş olmaktaydı[1348]. *Formula* usûlünde *legis actio*'lar usûlünden farklı olarak tarafların o dava için tayin edilen bir vekil (*cognitor*) ya da genel vekilleri (*procurator*) aracılığıyla temsili mümkündü[1349].

Roma'da *formula* usûlünde birçok davada taraflara davayı *bona fides*'e uygun olarak yürüttüklerine ve uyuşmazlığı kazanmaya inandıklarına ilişkin *iusiurandum de calumnia* adı verilen yemin ettirilmekteydi[1350]. Bu yeminin, tarafların birbirine haksız suçlamalar yöneltmeyeceği ve haksız savunma yapmayacağı esasına dayandığı düşünülebilmektedir. Dolayısıyla hem maddî hem de usûl hukuku ile ilgili bir yemin olduğu söylenebilmektedir. Davacının yemin etmemesi davayı kaybetmesine sebebiyet verirken; eğer davalı yemin etmez ise, davacının iddiasını reddetmediği hâlde, kendisini uygun şekilde savunmayan ve yargılamanın işleyişine engel olacak bir davranışta bulunan kimse (*indefensus*) olarak nitelendirildiği görülmektedir[1351]. Böyle bir durumda *praetor*, bu kimsenin mallarına el koymak ya da mallarının zilyetliğini davacıya vermek suretiyle kendisini savunmaya mecbur durumda bırakmaktaydı[1352].

Formula usûlünde kaybedeceğini bile bile taraflardan birinin sırf karşı tarafı rahatsız etmek amacıyla ya da yargıcın olası hata yapma ihtimaline karşı davayı devam ettirmesi hâlinde (*calumnia*) *praetor*'un bu durumdan mağdur olan tarafa bir dava (*iudicium calumniae*) tanıması mümkündü[1353]. Kötüniyetle davayı sürdüren tarafa açılan *iudicium calumniae*'de bu durumun ispat edilmesi hâlinde (*calumniae causa*) genellikle ihtilaf konusunun onda birinin ödemesine hükmedilmekte; lüzumsuz yere davayı sürdürenlere verilen bu cezaya *poenae temere litigantium* adı verilmekteydi[1354].

Ius Civile'nin katı ve hakkaniyete uygun olmayan kurallarını giderebilmek için defiler (*exceptio*) *praetor*'ların elindeki en önemli

---

[1347] *Gai., Inst. 4.184*; **Kayak**, s. 288-289; **Umur**, Lügat, s. 221.
[1348] **Kayak**, s. 282-283.
[1349] **Hausmaninger/Selb**, s. 500; **Karadeniz Çelebican**, s. 296; **Öztek,** s. 348; **Umur**, Roma, s. 251.
[1350] **Buckland**, s. 383; **Kaser**, Privatrecht, s. 361; **Öcal**, s. 551; **Umur**, Roma, s. 252; **Umur**, Lügat, s. 105.
[1351] **Buckland**, s. 383; **Rakochevic**, s. 427; **Umur**, Lügat, s. 85.
[1352] **Umur**, Roma, s. 252; **Umur**, Lügat, s. 85.
[1353] *Iust., Inst. 4.16.1*; **Berger**, s. 378-379; **Iustinianus,** s. 178; **Umur**, Lügat, s. 32, s. 97.
[1354] **Berger**, s. 521, s. 634; *Gai., Inst. 4.178*; **Umur**, Lügat, s. 97, s. 159.

imkânlardan biri idi[1355]. *Praetor*'lar *exceptio*'lar aracılığıyla *formula*'daki iddiayı tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte, kötüniyetli davacının bu girişimine engel olabilmekteydi[1356]. *Praetor*'lar verilecek kararın değişmesini düşünüyorlarsa, davalının karşı iddialarının da defi olarak *formula*'da ileri sürülmesini sağlayabilmekteydi[1357].

Formula yargılamasına ait bir kurum olan "*plus petito*" (fazla talep) yasağının *Gaius*'un *Institutiones*'inde miktarda, zamanda, yerde ve nedende olmak üzere dört şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir[1358]. *Gaius*'a göre davacı 10000 yerine 20000 talep etmişse miktar bakımından; vadesinden önce ya da eğer varsa kararlaştırılmış şart gerçekleşmeden talep etmişse zaman bakımından; bir edimi Efes'te ifa edeceğini taahhüt edip yerine getirmeyen kimseye karşı Roma'da dava açılmışsa yer bakımından; bir borç ilişkisinde seçim hakkı borçluda olmasına rağmen alacaklı borçlunun bu hakkını sona erdirecek şekilde bir tek edim için dava açmışsa neden bakımından fazla talep söz konusu olmaktaydı[1359]. Eğer yargıç davacının hakkı olandan daha fazlasını talep ettiğini ya da davalıya zarar verecek şekilde bir iddiada bulunduğunu tespit ederse, davacı davayı kaybetmekte ve tekrar aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak gerçek hakkını talep etmek suretiyle dava açamamaktaydı[1360]. Sistem dışı yargılamada ise davacı "*plus petito*" yasağı nedeniyle bir cezaya mahkûm edilebilir, yeniden dava açma hakkı ileri bir tarihe ertelenebilir, ancak kişi dava açma hakkından mahrum bırakılamazdı[1361].

C. Sistem Dışı Yargılamada *(Cognitio Extra Ordinem) Bona Fides'*e İlişkin Uygulamalar

Cognitio extra ordinem'de davalının davaya çağırılma (*in ius vocatio*) usûlüne ilişkin olarak özel yargılama sisteminden (*ordo iudiciorum privatorum*) farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir[1362]. Bu yargılama sisteminde İmparator *Constantinus*'tan itibaren davacının talebini kaydeden mahkeme, davacının iddialarını kısaca belirtmek suretiyle davalı tarafa dört

[1355] **Akıncı,** s. 125; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 199-200; **Uçaryılmaz**, Sözleşmesel, s. 354 vd.; **Umur**, Roma, s. 257.
[1356] **Öztek,** s. 353; **Umur**, Roma, s. 257-258.
[1357] **Gürten**, s. 83; **Karadeniz Çelebican**, s. 299 vd.
[1358] *Gai., Inst. 4.53*; **Öztek,** s. 357; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 34 vd.
[1359] **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 36.
[1360] **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 34-35; **Umur**, Lügat, s. 159.
[1361] **Umur**, Lügat, s. 159.
[1362] **Akıncı,** s. 142; **Hausmaninger/Selb**, s. 506; **Karadeniz Çelebican**, s. 316; **Rakochevic**, s. 432.

ay içinde yargıç önünde hazır bulunması gerektiğini belirten bir tebligat (*litis denuntiatio*) göndermekteydi[1363].

Iustinianus Dönemi'nde ise davacı iddialarını belirterek davalının mahkemeye celbini talep ettiği bir dilekçeyi (*libellus conventionis*) *magistra*'ya verir; eğer *magistra* iddiaları hukuka ve ahlâka aykırı bulmazsa dilekçenin bir örneğini davalı tarafa göndererek mahkemeye davet ederdi[1364]. Bu dönemde mahkemenin artık iddiaların içeriği ile de ilgilenmeye başladığı; bununla birlikte davacının eğer haksız çıkarsa yargılama giderlerini ödeyeceğine ilişkin mahkemeye teminat vermeye başladığı da görülmektedir[1365]. Eğer davacı teminat gösterdikten iki ay içinde yargılamayı başlatmaz ise kendisine on günlük bir süre verilir ve bu süreden sonra da dava masraflarını ve eğer var ise davalının zararlarını ödemeye mahkûm edilirdi[1366]. Buna karşın davalı da teminat göstermek suretiyle belirli bir günde mahkemeye çıkacağını ve yargılamanın sonuna kadar davayı takip edeceğini taahhüt etmek durumundaydı (*cautio iudicio sisti*)[1367]. Özel yargılama sisteminde duruşmaya katılmayan davacı davayı kaybetmek, davalı ise mahkûm olmak durumundayken; sistem dışı yargılamada taraflardan biri hazır bulunmasa dahi davanın bu kimsenin gıyabında görülmesi (*contumacia*) mümkündü[1368].

Roma'da duruşmada taraflar iddia ve savunmalarının doğruluğuna ve yargıyı gereksiz yere uğraştırmadıklarına dair yemin etmekte; davacı haksız bir iddiada bulunursa ya da davalı gereksiz savunmalarla davayı uzatmaya çalışırsa bu kimseye ceza verilmesi söz konusu olmaktaydı[1369]. Yine, *Iustinianus*'un *Institutiones*'den anlaşıldığı üzere taraflar bir vekil ile temsil ediliyorlarsa; davalı ve davacı tarafın vekili de yemin etmeye mecburdular[1370]. Bugün için davanın başında tarafların herhangi bir konuda

---

[1363] **Günal**, Yargılama, s. 53; **Karadeniz Çelebican**, s. 316; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 52; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 47; **Tamer,** s. 128-129; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 32; **Umur,** Roma, 279; **Umur**, Lügat, s. 128; **Üçer**, s. 260.

[1364] **Karadeniz Çelebican**, s. 316; **Öztek,** s. 364; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 47; **Umur**, Roma, 279; **Umur**, Lügat, s. 126.

[1365] **Günal**, Yargılama, s. 54; **Karadeniz Çelebican**, s. 316; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 53; **Üçer**, s. 260.

[1366] **Rakochevic**, s. 432; **Umur**, Roma, s. 280.

[1367] **Umur**, Roma, s. 280; **Umur**, Lügat, s. 35.

[1368] **Akıncı,** s. 143; **Karadeniz Çelebican**, s. 317; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 56; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 47; **Türkoğlu Özdemir**, Plus Petito, s. 32; **Umur**, Lügat, s. 49.

[1369] **Günal**, Yargılama, s. 59-60; **Karadeniz Çelebican**, s. 318; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 143; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 48.

[1370] *Iust., Inst. 4.16.1*; **Iustinianus,** s. 179; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 73.

yemin etmeleri gerekmemekle birlikte, hem TMK m. 2 hem de HMK m. 29 ile tarafların yargılamaya ilişkin işlem veya beyanlarında dürüstlük kuralına riayet etmeleri ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun davranmaları gerektiği kabul edilmektedir. Yer yer zikrettiğimiz üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve de İcra ve İflas Kanunu'nda bu gerekliliklere aykırı davranışlar, belirli yaptırımlarla engellenmeye çalışılmaktadır. Ayrıca bu hususta, avukatların durumunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir[1371]. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 32. maddesine aykırı şekilde münasebetsiz evrak veren, dilekçelerinde uygunsuz ifade ve sözler sarfeden avukatın bu davranışı, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek, dilekçenin tekrar verilmesi istenecek ve hem Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları hem de Avukatlık Kanunu'nun 34. vd. maddelere göre disiplin cezası yaptırımıyla karşı karşıya kalınabilecektir[1372].

Cognitio extra ordinem'de tarafların yargılamayı kötüniyetli olarak gereksiz yere uzatmalarına engel olmak amacıyla *Iustinianus* Dönemi'nde her davanın *litis contestatio* aşamasından başlamak suretiyle üç yıl sonunda kanun gereği (*ex lege*) sona ermesinin kabul edildiği (*lex properandum*) anlaşılmaktadır[1373]. Ayrıca *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde "Gereksiz yere dava yürütenlere karşı verilecek cezalar" (*De poena temere litigantium*) başlıklı bölümde bazen para cezaları, bazen yemin ve bazen de şerefsizlik (*infamia*) kurumu ile yargılamanın taraflarca suistimaline karşı korunmasına

[1371] Örneğin, vekâletnamesi bulunmamasına rağmen dava açmasına veya yargılamayla ilgili işlem yapmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kesin süre içerisinde vekâletnamesini sunması koşuluyla izin verilen avukat, haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletnamesini ibraz etmemişse, celse harcı ile diğer yargılama giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edilir. Üstelik, bu davranışı kötüniyetli şekilde gerçekleştiren avukat aleyhine, ceza ve disiplin soruşturması açılmasını sağlamak üzere, Cumhuriyet başsavcılığına ve vekilin bağlı olduğu baro başkanlığına durum yazıyla bildirilir (HMK m. 77, II). Bkz. **Erdönmez, G.:** Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 914; **Tanrıver,** s. 482. Önemle ifade edilmelidir ki, Roma hukukuna göre, taraflardan birisini savunur gibi görünürken, ona ihanet ederek, diğer tarafı iltizam eden kişi, gerçekleri saklamak anlamına gelen *praevaricator* olarak adlandırılırdı ve bunu yapan kişi, hâkimin takdir edeceği bir para cezasına mahkûm edilirdi ve şerefsiz (*infamis*) olurdu. Ancak bu durum, avukatlar açısından kabul edilmemekteydi. Bkz. **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 41-42; **Umur,** Lügat, s. 169. Ancak, özel hukuk yargılamasında, temsil ettiği tarafa ihanet eden vekillerin, sistem dışı yargılamada cezalandırılmaları söz konusuydu. Bkz. **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 42.

[1372] **Boran Güneysu, N.:** Medenî Yargılama Hukukunda Münasebetsiz Evrak (Okunamayan, Uygunsuz veya İlgisiz Dilekçe), (İzmir Barosu Dergisi, 2, Y. 2024, s. 129-180), s. 169-172.

[1373] **Rakochevic**, s. 434.

ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir[1374]. *Iust., Inst. 4.16*'ya göre davacı ya da vekili yersiz yere dava açmadıklarına dair yemin etmek zorundaydılar. Aynı şekilde davalı ya da vekilinin savunmasını sunmadan önce haklı nedenlerinin olduğuna inandığı için davacının iddialarını kabul etmediğine ilişkin yemin edeceği hükme bağlanmıştı[1375]. Uygulamada fazla kullanılmaması nedeniyle *formula* usûlünde *praetor*'un *actio calumniae* tanımasının yerini, *Iustinianus* Dönemi'nde bazı durumlarda davacının iddiasını haksız yere reddeden davalıya dava konusunun iki ya da üç katı kadar para cezası verilebilmesinin aldığı anlaşılmaktadır[1376]. Dolayısıyla yargılamada öncelikle bir yemin ettirilmesi, daha sonra mesnetsiz dava açanın davalının tüm zararları ile dava masraflarını ödemeye mahkûm edilmesi uygulaması yerleşmişti[1377]. Ancak günümüzde davanın en başında böyle bir yemin uygulaması bulunmasa da yemin, kesin deliller arasında sayıldığından ispat gücü yüksektir. Taraflar dışında, bilirkişiler ve tanıklar gibi mahkemeye beyan veren, görüş sunan kişilerin duruşmada söyleyecekleri sözler ya da verecekleri görüş öncesinde yemin ettirilmesi uygulaması da mevcuttur. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 271. maddesinin birinci fıkrasına göre, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listelere kayıtlı kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, bilirkişilik bölge kurulu veya bulunduğu yer il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, *"Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim."* şeklinde, sözler onlara tekrarlatılarak yemin verdirilir. Ancak, bilirkişinin görevlendirildiğine ilişkin yazıda, bilirkişilere, önceden komisyon huzurunda vermiş oldukları yemine bağlı kalarak oy ve görüşlerini bildirmeleri gerektiği hususu hatırlatılır, onların, görevlendirildikleri her dava ya da iş için ayrıca yemin etmeleri gerekmez. Bu durumun istisnası ise, mahkemece görevlendirilecek bilirkişi veya bilirkişilerin, liste dışından olması halidir ve onlar, bilirkişilik görevine başlamadan önce, kendilerini görevlendiren mahkeme huzurunda, yukarıda işaret ettiğimiz yemin verme usûlüne göre yemin ederler. Yemine ilişkin

[1374] *Iust., Inst. 4.16*; **Berger**, s. 634; **Iustinianus,** s. 178-179; **Rakochevic**, s. 434; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 76, 77.
[1375] **Karadeniz Çelebican**, s. 318; **Rakochevic**, s. 434.
[1376] *Infitiatio* için bkz. **Berger**, s. 501; **Rakochevic**, s. 434-435.
[1377] *Iust., Inst. 4.16*; **Iustinianus,** s. 178-179; **Rakochevic**, s. 434-435.

tutanak da, ilgili hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişinin kendisi tarafından imzalanır.

Cognitio extra ordinem'de hâkimin vermiş olduğu karara üst derece bir hâkim önünde itiraz imkânının (*appellatio*) verildiği; Roma'daki bu karara itiraz yolunun günümüzdeki istinafa benzediği görülmektedir[1378]. *Iustinianus* Dönemi'nde karara itiraz etmek isteyen taraf, kararın kendisinden tebliğinden başlayarak on gün içinde itirazını kararı veren hâkime sözlü ya da yazılı olarak bildirmekte; aksi hâlde karar kesinleşmekteydi[1379]. Yargılamayı daha fazla uzatmamak adına Roma'da itiraz harçlarının yüksek belirlendiği görülmektedir[1380]. Hükmün icrasına engel olan *appellatio* başvurusu hâlinde üst derece bir hâkim davaya yeniden bakar ve karara bağlardı[1381]. *Appellatio* başvurusu yapan taraf söz konusu davayı tekrar kaybetmesi durumunda, masrafların dört katını ödemekle yükümlü olmaktaydı[1382]. Verilen karara haksız yere ve anlamsızca itiraz edilmesiyle yargılamanın gereksiz yere geciktirilmesini önlemek amacıyla *appellatio*'nun kötüniyetli kullanımını engellemek için Roma'da birtakım cezaların öngörüldüğü anlaşılmaktadır[1383]. Örneğin istinafa başvuranın başvurusu temelden yoksun ise başvuran, kazanan tarafa masrafların dört katını ödemeye mahkûm edilmekte; İmparator *Constantinus* zamanında ise böyle bir durumda iki yıl hapis ve malvarlığının yarısına el konulması cezası ile karşılaşmaktaydı[1384]. Verilecek bu cezalar bakımından yargı makamına bu cezaları verme ödevi yüklendiği, takdir hakkının tanınmadığı söylenebilmektedir.

Iustinianus zamanında ise bu katı uygulamadan vazgeçilip, tarafların yargılamada kötüniyetli davranışlarına karşı verilecek cezanın türüne ilişkin olarak hâkime takdir yetkisi tanındığı, bir tarafın kazanamayacağını bildiği hâlde itiraz etmesi durumunda masrafların miktarının arttırıldığı

[1378] **Akıncı,** s. 145; **Günal**, Yargılama, s. 73; **Hausmaninger/Selb**, s. 504-505; **Karadeniz Çelebican**, s. 320; **Küçükgüngör,** s. 494; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 135; **Türkoğlu Özdemir**, Usûl, s. 206; **Umur**, Lügat, s. 25.

[1379] **Günal**, Yargılama, s. 105; **Karadeniz Çelebican**, s. 320; **Öztek,** s. 368; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 51; **Umur**, Roma, s. 286.

[1380] **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 51.

[1381] **Günal**, Yargılama, s. 73; **Karadeniz Çelebican**, s. 320; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 51; **Umur**, Roma, s. 286.

[1382] **Akıncı,** s. 146; **Karadeniz Çelebican**, s. 320; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 137; **Tahiroğlu/Erdoğmuş**, s. 51; **Tamer**, s. 130; **Umur**, Roma, s. 287.

[1383] **Berger**, s. 364; **Rakochevic**, s. 433.

[1384] **Rakochevic**, s. 432; **Tamer**, s. 130; **Umur**, Roma, s. 287.

görülmektedir[1385]. Ayrıca belirli bir dönem için *appellatio*'ya başvuru hakkının sayısına ilişkin bir sınırlamanın olmadığı; ancak suistimallerin artması nedeniyle tarafların kararı bir üst hâkime en fazla iki defa götürebileceklerine ilişkin *Iustinianus* Dönemi'nde sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır[1386]. Günümüzde de kanun koyucu, kötüniyetli bir biçimde istinaf yoluna başvurulmuş olunmasını dürüstlük kuralına aykırı görmüş ve bölge adliye mahkemesince, haksız dava açılmasının sonuçlarını düzenleyen ve yukarıda açıkladığımız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesine göre işlem yapılacağına işaret etmiştir[1387] (HMK m. 351). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesine göre ise, temyiz başvuruları için de Yargıtay tarafından 329. madde hükümleri uyarınca işlem yapılacaktır[1388].

4. DÜRÜSTLÜK KURALININ MEDENÎ USÛL HUKUKUNDAKİ YERİ

I. Dürüstlük Kavramı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Dürüstlük, davranışlarında ve sözünde doğruluktan ayrılmama olarak tanımlanmaktadır[1389]. Dürüstlük kuralını ifade etmek için, "*doğruluk ve güven kuralları*", "*afaki iyiniyet*", "*objektif hüsnüniyet*", "*doğruluk ve inanç*", "*doğruluk kuralı*" ve "*dürüstlük ve iyiniyet*" terimleri kullanılmıştır[1390]. Günümüzde kabul gören ve yasal düzenlemelerde de kendisine yer bulan dürüstlük kuralı, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde, hukuka, toplumun ahlâk anlayışına, örf ve âdet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranmayı, hangi hak kullanılıyorsa ya da borç ifa ediliyorsa, ilişkinin diğer tarafındaki güven

---

[1385] **Rakochevic**, s. 433; **Umur**, Roma, s. 287.

[1386] **Rakochevic**, s. 433-434.

[1387] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171; **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914; **Tanrıver,** s. 483.

[1388] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 5.12.2024 tarihli E. 2024/13779 K. 2024/15857 sayılı kararıyla *"…ivedi şekilde sonuçlandırılması gereken yetki tespitine itiraz istemine ilişkin somut uyuşmazlıkta, açık bir şekilde İlk Derece Mahkemesinin yetkisiz olmasına karşın davacı vekili tarafından temyiz yoluna başvurulmasının…"* kötüniyetli olduğuna davacı vekili tarafından yapılan temyiz başvurusunun kötüniyetli olduğundan bahisle davacının 5.000,00 TL disiplin para cezasına mahkûm edilmesi yönünde karar vermiştir (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2024-13779-k-2024-15857-t-5-12-2024, Erişim Tarihi: 08.02.2025).

[1389] **Arslan**, s. 23.

[1390] **Arslan,** s. 23-24; **Edis,** s. 290; **İmre, Z.**: Medenî Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 310; **Tekinay, S. S.:** Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 166.

duygusunun zedelenmemesini öngören bir kural olarak tanımlanmaktadır[1391]. Doktrinde belirtildiği üzere, hem Türk Medenî Kanunu'nda yer alan hükmün gelişimi hem de kanun koyucunun amacının güven duygusunun esas alınarak doğruluk ve güven kuralı olarak da ifade edilen dürüstlük kuralının, taahhüt altına giren tarafların birbirlerini yanıltmamasına hizmet eden bir kural olduğu söylenebilmektedir[1392]. *Edis'in* ifadesiyle dürüstlük kuralı, dürüst, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilecek durumda olan orta zekalı bir kimsenin, benzer olaylarda aynı şekilde davranmasına hizmet etmektedir[1393].

Dürüstlük kuralı, esasında yazılı olmasına gerek olmayan, teamüllerin ve ahlâk kurallarının bir birleşimidir ve toplumun değer yargısına, ahlâk[1394] kurallarına ve geleneklerine bağlıdır. Nitekim, söz konusu kuralın temelinde güven ilişkisi vardır ve bu ilişkinin hukukî işlem öncesi ilişkiden, kanundan, sözleşmeden kaynaklanması da mümkündür[1395].

Dürüstlük kuralı, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin ilk fıkrasında, *"herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*" şeklinde bir ifadeyle kendisine yer bulmuştur. Bu düzenlemeden hareketle, dürüstlük kuralına, herkesin uyması gerekeceği ve hâkime de yol gösteren, hukukun uygulanmasında emredici ve tamamlayıcı kurallarla birlikte değerlendirilmesi suretiyle itibar gösterilmesinin gerektiğini söyleyebilmekteyiz[1396]. Nitekim, dürüstlük kuralı, sadece maddî hukuk kuralı değil, kanundan doğan hakların kullanılması ile borçların ifasında da geçerlilik taşıyan (örneğin, sürekli borç ilişkilerinde), açıklayıcı ve tamamlayıcı özellikte olup, farklı nitelikteki

---

[1391] **Arslan**, s. 23; **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 142.

[1392] **Akyol,** s. 2; **Arslan**, s. 24; **Edis,** s. 291; **Kurt Konca,** s. 139.

[1393] **Edis,** s. 291. Benzer tanımlar için bkz. **Akyol**, s. 10; **Aslan, K./Akyol Aslan, L.:** İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır? (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Ankara 2015, s. 195-251), s. 226; **Oğuzman, M. K.:** Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407-415), s. 407; **Tekinay**, s. 166.

[1394] Dürüstlük kuralından hareketle menfaatin ahlâka uygun olması ile davada menfaatin hukuka uygun olmasına ilişkin değerlendirme için bkz. **Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 141.

[1395] **Akyol**, s. 8; **Arslan,** s. 24; **Aslan/Akyol Aslan,** s. 227; **Bakır, A.:** Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017, s. 67; **Edis,** s. 290-291; **Tekinay**, s. 166.

[1396] **Arslan,** s. 25; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 130-131; **Bakır,** s. 67; **Edis,** s. 292-293.

olaylarda farklı görünüm biçimleriyle ortaya çıkabilmektedir[1397]. Dürüstlük kuralı, kişilerden bağımsız, objektif olan[1398]; hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken[1399]; hukukî işlemlerin, sözleşmelerin yorumlanmasında ve boşlukların tamamlanmasında uygulanan[1400]; hukukun her alanında geçerlilik taşıyabilecek nitelikte bir kuraldır[1401].

Dürüstlük kuralıyla birlikte hukukun temel ilkeleri arasında gösterilen hakkın kötüye kullanılması yasağı, Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Bu yasak "*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre kişiler, kendilerine tanınan hakları diledikleri gibi kullanabilmektedir. Fakat, bu haklarını kullanırken hukukun çizdiği sınırlar içinde kalınması ve hakkın amacına aykırı bir kullanımın söz konusu olmaması gerekmektedir[1402]. Nitekim, bir hakkın kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanılması dahi kötüye kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple hakkın kötüye kullanılması, hukukun şekilciliğinden kaynaklanan sertliğin yumuşatılması amacıyla ortaya çıkmış ve objektif olarak başkalarına zarar vermenin yanı sıra farklı bir yarar sağlanıp sağlanmadığının gözetilmesini de konu edinmiştir[1403]. Aksine bir tutumun benimsenmesi, yani hakkın kötüye kullanımının hukukî belirsizlik yaratarak, güven ortamını sarsacak biçimde uygulanması da kabul edilmemelidir[1404].

Dürüstlük kuralına aykırı davranışların söz konusu olması ve hakkın kötüye kullanılması hâlinde, kötüye kullanılan hakka dayandırılmış taleplerin veya savunmaların dinlenmeyeceği, dikkate alınmayacağı sonucuna ulaşılabilmektedir[1405]. Nitekim dürüstlük kuralında olduğu gibi

---

[1397] **Edis,** s. 293; **Şahankaya, S.:** Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeplerle Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma, Ankara 2021, s. 95.
[1398] **Arslan,** s. 26-27; **Aslan/Akyol Aslan,** s. 227; **Edis,** s. 292.
[1399] **Arslan,** s. 27; **Aslan/Akyol Aslan,** s. 228; **Edis,** s. 292; **Görgün/Börü/Kodakoğlu,** s. 359; **Kurt Konca,** s. 139. Dürüstlük kuralları hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceği gibi, taraflarca da yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bkz. **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 912.
[1400] **Arslan,** s. 29-30.
[1401] **Akyol**, s. 10; **Arslan,** s. 29-30; **Edis,** s. 292-293; **Kurt Konca,** s. 139.
[1402] **Akyol**, s. 21; **Edis,** s. 324; **Oğuzman, M. K.:** Medeni Hukuk Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1990, s. 165; **Tekinay,** s. 170.
[1403] **Arslan,** s. 32; **Edis,** s. 324-326.
[1404] **Arslan,** s. 35-36.
[1405] **Arslan,** s. 34.

hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı da hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır[1406].

II. Dürüstlük Kuralının Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı, subjektif bir hak veya yetkinin kötüye kullanılması veya amacına uygun olarak kullanılmaması hâlinde, her hukuk dalında uygulanabilmektedir[1407].

Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralının, medenî usûl hukukunda uygulanmasına ilişkin eski kanun döneminde yapılan tartışmalar, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle doktrinde[1408] ve yargı içtihatlarında[1409] da benimsendiği üzere, geçerliliğini yitirmiştir. Nitekim, konuya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesiyle, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları ve davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla ödevli kılınmaları sebebiyle dürüstlük kuralının, medenî yargı alanında da uygulanacağına şüphe bulunmamaktadır[1410]. Bu düzenleme, Türk Medenî Kanunu'nda yeri bulunan ve hiç kimsenin dürüst olmayan bir hareketinden menfaat temin edemeyeceği kuralının usûl hukukundaki yansıması olarak gösterilmektedir[1411].

Medenî usûl hukuku alanında, dürüstlük kuralına uymak taraflar için bir yükümlülük teşkil etmektedir. Yani, ileride de açıklayacağımız üzere, bu kurala uyulmamış olmasının birtakım sonuçları, katlanılması gereken külfetleri bulunmaktadır. Zira dürüstlük kuralı, dava hakkı ve usûlî yetkilerin kullanılma sınırını belirlemekte ve tarafların dürüstlük kuralına aykırı işlem veya davranışla ortaya çıkardığı sonuçtan yararlanmasını önlemektedir[1412]. Bir dava ya da işin mahkeme önüne getirilirken ve yargılama devam ederken dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesi

[1406] **Arslan,** s. 35; **Edis,** s. 331; **Özekes,** Dürüstlük, s. 43.
[1407] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 230.
[1408] **Alangoya,** s. 117; **Arslan,** s. 49-59; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171; **Bilge/Önen,** s. 277, 300-302; **Edis,** s. 301-302; **Üstündağ, S.:** Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 482; **Yılmaz**, s. 792.
[1409] İlgili kararlar için bkz. **Arslan,** s. 20, dn. 73.
[1410] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171.
[1411] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 230.
[1412] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 230-231; **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 913-914.

gerekmektedir[1413]. Bu noktada, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden her türlü davranışın, kötüniyetli davranış olarak değerlendirilemeyeceğine de işaret etmek gerekmektedir[1414].

Diğer haklarda olduğu gibi, dava hakkının da dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması bir zorunluluk arz etmektedir[1415]. HMK m. 29 hükmü ile TMK m. 2 hükmünde ifadesini bulan dürüstlük kuralı, bütün hukuk düzeni ve bu çerçevede hak arama özgürlüğü ve dava hakkı bakımından da geçerli bir ilkedir[1416]. Dava açılırken meydana gelen bazı durumları dürüstlük kuralı ile ilişkilendirmek mümkündür. Usûlî bir işlem olarak dava açılması, dava yetkisinin var olmasına; dava yetkisinin varlığı da davacının davada menfaatinin bulunmasına bağlıdır. Bu çerçevede menfaat, her usûlî işlem gibi mahkemeye yapılan başvurunun da kabul edilebilirlik şartlarından birisini oluşturmaktadır[1417].

Dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde dava açılması ve savunma yapılmasına bağlanan önemli bir sonuç, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327 ve 329. maddelerinde belirtilen yaptırımlardır[1418]. Her iki hükmün ortak yönü, davacının menfaatinin olmaması nedeniyle dava hakkının bulunmaması ve davanın usûlden reddinin gerekmesidir. Bu sonucun doğması, gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını

[1413] **Tanrıver,** s. 477-479.
[1414] **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 716.
[1415] **Arslan,** s. 71; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 131; **Hanağası,** s. 58; **Tanrıver,** s. 478-479; **Yılmaz**, s. 792.
[1416] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 230-231.
[1417] **Hanağası,** s. 35-36.
[1418] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 715; **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 661-663; **Tanrıver,** s. 479-480. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 23.10.2013 tarihli, E. 2013/189 K. 2013/1475 sayılı kararıyla bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi için somut olay bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılarak davacı veya vekilinin, gereksiz yere davayı uzattığı veya gider yapılmasına sebebiyet vermesi hususunun ortaya konulması gerektiğinden bahisle *"...eldeki davada dört ay gibi kısa sayılabilecek bir süre içinde derdest dava hakkında asıl davanın görüldüğü mahkemeye bilgi verilmiş olması ve davacının birleşen derdest davada da yargılama giderlerinden sorumluluğuna hükmedilmiş olması karşısında, kabulüne karar verilen asıl dava yönünden yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesinin.."* isabetsiz olduğuna hükmetmiştir (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-10-189-k-2013-1475-t-23-10-2013, Erişim Tarihi: 19.02.2024).

ödemeye mahkûm edilmesini gerektirmektedir[1419] (HMK m. 327, I). Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin ikinci fıkrası, davada iki taraftan her birinin kısmen haklı çıkması halinde, mahkemece, yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranına göre paylaştırılmasını öngörmektedir[1420]. Bu maddeyle ilgili olarak verilmiş ve dürüstlük kuralının anlaşılmasına ve uygulanmasına ilişkin yüksek mahkeme kararlarından en yenisi, Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2024 tarihinde vermiş olduğu karardır[1421]. Anayasa Mahkemesi'nin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin ikinci fıkrasını, manevî tazminat davaları yönünden iptal ettiği kararın gerekçesine bakıldığında; manevî tazminat davalarında, her iki taraftan birisinin kısmen haklı çıkması durumunda yargılama giderlerinin tarafların haklılık oranına göre paylaştırılmasının, mahkemeye erişim hakkını sınırlandırdığına işaret edilmiştir. Bu itibarla manevî tazminat davası açacak kişinin, tazminat tutarını belirleme konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunduğu dikkate alındığında, dava sonunda hükmedilecek tazminat tutarını öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceği ve kabul edilmeyen tazminat tutarına göre yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının mahkemeye erişim hakkını ölçüsüz şekilde sınırlandırdığı ifade edilmiştir. Çalışmamızda da ifade ettiğimiz üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinin birinci fıkrasıyla gereksiz yere davanın uzaması ya da gider yapılmasına sebep olunmasına ilişkin dürüstlük kuralı uyarınca getirilmiş yaptırım dikkate alındığında davacının yargılama süresince gereksiz giderler yapılmasına neden olmasını engelleyen bir düzenlemenin var olduğu kabul edilmiş ve manevî tazminat davaları bakımından dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil ettiği belirtilerek 326. maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bu kararla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin de dürüstlük kuralına uyacak şekilde bir değerlendirme yaptığı açıktır.

[1419] Doktrinde, bu hükmün uygulanabilmesi bakımından, lehine karar verilen tarafın, davayı bilerek, isteyerek uzatmış, gider yapılmasına sebebiyet vermiş ve gereksiz gider yapmış olması gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 661.

[1420] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4.2.2020, E. 2018/165 K. 2020/69 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-2018-165-k-2020-69-t-4-2-2020, Erişim Tarihi: 03.02.2025).

[1421] Anayasa Mahkemesi, 25.12.2024 tarih ve E.2024/29, K.2024/226 sayılı karar, RG, 14 Mart 2025, Sayı 32841. Anayasa Mahkemesi'nin son yıllarda verdiği bazı kararlarda olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri hakkında "*... yönünden*" verdiği bahse konu iptal kararının hukukî değerlendirmesi, çalışma konumuzun dışında kaldığı için yapılmamıştır.

Dava ve savunma hakkı bağlamında önemli bir yaptırım da 329. maddede yer almaktadır[1422]. İlgili maddenin ilk fıkrası, "*hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir*" şeklindedir[1423]. Bu yaptırım, davada kötüniyetli bir biçimde hareket eden davalı bakımından da geçerlidir. Madde metninde yer alan *"hiçbir hakkı olmadığı"* ifadesiyle kastedilmek istenenin ne olduğunun da burada açıklanması gerekir. Zira, bu hüküm sübjektif değerlendirmeler yapılmaya ve üzerinde tartışma yapılmasına alan bırakacak şekilde kaleme alınmıştır. Doktrinde, burada işaret edilen kötüniyetli davacının, *"ileri sürdüğü talep dayanaklarının açık kanun kuralına ve içtihadın itiraza uğramayan çözümüne açıkça aykırı olduğunu bilerek dava açan kimse"* olduğu ifade edilmiştir[1424]. Yine, davadan önce ilgili hakkın kazanılabilmesi için yapılması gerekli bazı işlemleri gerçekleştirmeyen davacının, dava açmakta haklı olduğunu söylemek de mümkün değildir[1425].

Aynı maddenin ikinci fıkrasında da kötüniyetli davalının veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafın mahkûm edileceği ceza miktarları gösterilmiştir. Buna göre, dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf, beş yüz Türk lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilebilmektedir[1426]. 1086 sayılı mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 421 ve 422. maddelerinde kötüniyetli davalının ya da hiçbir hakkı bulunmadığı hâlde dava açan tarafın, yargılama giderlerinden başka diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye[1427] ve bundan başka beş yüz Türk lirasından beş

[1422] **Tanrıver,** s. 480.

[1423] Derdest bir dava varken, bilerek aynı davayı tekrar açan davacının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesi açısından kötüniyetli sayılacağına ilişkin bkz. **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 663; **Özekes,** Dürüstlük, s. 41.

[1424] **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 662.

[1425] **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 663.

[1426] Taraflar arasında yapılan sözleşme gereğince ödenecek bedelin USD cinsinden kararlaştırılmış olmasına rağmen, ödemenin TL cinsinden yapılmasının, tek başına kötüniyeti göstermediği, taraflar bakımından 329. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen disiplin para cezasının uygulanabilmesi için, kötüniyetin sabit olması gerektiği yönünde bkz.: İstanbul 20. Asliye Ticaret Mahkemesi, 9.1.2025, E. 2024/579 K. 2025/10 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istnbl-20-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2024-579-k-2025-10-t-9-1-2025, Erişim Tarihi: 10.04.2025).

[1427] **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 716.

bin Türk lirasına kadar idarî para cezası ödemeye mahkûm edilebileceği belirtilmişti[1428].

Yukarıda zikrettiğimiz meblağlar, 5728 sayılı kanunun 20. maddesi ile değiştirilmeden önce yüz lira olarak kabul edilmişti. Asgarî ücret miktarı üzerinden bir kıyas yapmak gerekirse, 5728 sayılı kanunun çıktığı Şubat 2008 itibariyle 16 yaşını doldurmuş olan çalışanların elde ettiği net asgari ücret miktarı 481,55 TL iken[1429], bugün için geçerli olan net asgarî ücret 22.104 TL tutarındadır. Dolayısıyla 1086 sayılı Kanun döneminde haksız veya kötüniyetli dava açılmasının yaptırımı olarak öngörülen üst sınır, asgarî ücretin yaklaşık olarak 10,3 katı iken; günümüzde asgari ücretin 5'te birine tekabül etmektedir. Yıllar içinde yaşanan bu değişim, kötüniyetli veya haksız olan tarafın ödemesi gereken ceza miktarının ciddî oranda azaldığını göstermektedir. Nitekim, 2008 yılında getirilen üst sınır bugün getirilmiş olsaydı, yaklaşık olarak 229.508 TL tutarına tekabül etmesi gerekecekti. Ayrıca burada, yargılama gideri olan vekâlet ücreti ile ilgili de bir yaptırım getirilmiş[1430] ve 327. maddenin ikinci fıkrasıyla davada sıfatı bulunmadığı hâlde, davacıyı, davalı sıfatının kendisine ait olduğu konusunda yanıltan ve kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddine karar verilirse, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilmeyecektir (HMK m. 327, II).

Yukarıda belirtmiş olduğumuz yükümlülükler, dürüstlük kuralına aykırı hareket eden vekiller bakımından da geçerli olmakta ve bahsi geçen disiplin cezaları onlar bakımından da uygulanabilmektedir (HMK m. 329, II). Dolayısıyla, dava taraflarının yanında vekillerinin de dürüstlük kuralına uymaları şarttır. Doktrinde ifade edildiği üzere, avukatlar önemli bir güven ilişkisinin tarafı olarak bilgilerini dürüstlük kuralına riayet ederek kullanmalıdır[1431]. Roma hukukunda da, İmparator *Nero* döneminde

---

[1428] Doktrinde bu maddenin Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesiyle birlikte değerlendirilerek, şartların oluşması halinde, karşı tarafın vekiliyle yaptığı sözleşme gereğince ödenecek vekâlet ücretini aşmayacak şekilde; vekâlet ücretinin tespitinin güç olması halinde ise, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nde belirtilen miktarın üç katına kadar bir miktarın mahkemece, yargılama gideri olan vekâlet ücreti şeklinde takdir edilmesinin uygun olacağı da ifade edilmiştir. Bu konuda bkz. **Özekes,** Dürüstlük, s. 43-47.

[1429] https://www.aile.gov.tr/media/35787/yillar-itibariyle-net-brut-asgari-ucretler.pdf (Erişim Tarihi: 02.04.2025).

[1430] **Tanrıver,** s. 480.

[1431] **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914. Bununla birlikte, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 134. maddesinde, avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini

çıkartılan, *Senatus Consultum Turpillianum* adlı emirnameye göre, kaybedileceği baştan belli olan bir davada karşı tarafı taciz edici davranışlar sergileyen vekillerin, hâkimlerin takdir edeceği para cezasıyla cezalandırılması ve hatta şerefsiz *(infamis)* haline gelmeleri söz konusu olabilmekteydi[1432].

III. Dürüstlük Kuralının Medenî Usûl Hukuku'ndaki Görünüş Biçimleri

Tarafların, kanunî ve iradî temsilcilerinin kendilerine tanınmış olan usûlî yetkileri amacına uygun şekilde kullanıp kullanmadığı dürüstlük kuralı ile denetlenebilmektedir. Nitekim, bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının belirlenmesine ilişkin kurallar, hâkim bakımından da yol gösterici olmaktadır. Taraf usûl işlemlerinin dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesi etik bir anlam da taşımakta ve tarafların yargılama sürecinde meşru, makul ve hukukî bir çerçevede davranması gerekmektedir[1433].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinin gerekçesinde, *"bu maddenin ilk fıkrası, Türk Medenî Kanunu'ndaki dürüstlük kuralının medenî usûl kanunundaki görünümüdür. Mukayeseli hukukta da dürüstlük kuralına, medenî usûl kanunlarında yer verilmektedir. Bu kural, taraf usûl işlemleri alanında etkisini gösterecektir. Söz konusu kurala aykırı olması hâlinde işlemin hukukî sonuç doğurması mahkemece önlenecektir*" denilmek suretiyle dürüstlük kuralının uygulanma alanı ve kurala uyulmamasının yaptırımına işaret edilmiştir. Dolayısıyla, mahkemenin dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen taraf usûl işlemini dikkate almaksızın yargılamayı yürütmesi ve hüküm kurması gerekmektedir[1434].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli maddelerinde, farklı usûlî yetki ile olanakların kötüye kullanılması ihtimali göz önünde tutularak bazı önlemler alınmış ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek davranışlar belirli yaptırımlara tabi kılınmıştır[1435]. Kanun koyucunun belirlediği önlem ve yaptırımlar şu şekilde gösterilebilir:

---

yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında Avukatlık Kanunu'nda yer alan disiplin cezalarının uygulanacağına ayrıca işaret edilmiştir.

[1432] **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 41, dn. 58.

[1433] **Rüzgaresen, C.:** Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 121.

[1434] **Kurt Konca,** s. 145.

[1435] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171-172; **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914 vd.; **Tanrıver,** s. 481-483.

Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birisini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir (HMK m. 7, II).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yargılamanın Sevk ve İdaresi başlıklı 32. maddesinin ikinci fıkrasında, medenî usûl hukukunda münasebetsiz evrak olarak da nitelendirilen, okunamayan, uygunsuz ya da ilgisiz dilekçeye ilişkin sevk edilen hükme göre, *"Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez"*. Esasında, bir mahkemeye sunulan münasebetsiz evrak da dürüstlük kuralına uygun olmayan bir davranış olarak addedilebilir[1436]. Başka bir anlatımla, dava dilekçesinde ya da kanun yoluna başvuru dilekçesinde, mahkemeye sunulacak beyan ve itirazlarda, somut olay, dava ya da işle ilgisi bulunmayan, uygunsuz ifadelere yer verilmesi, kural olarak, dürüstlük ilkesine aykırı olacaktır[1437]. Nitekim kanun koyucu da, yargı makamlarına sunulan münasebetsiz evrak ile dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olacağı düşüncesiyle birtakım hukukî sonuçlara işaret etmiştir[1438].

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36. maddesinde yer alan ret sebeplerinden herhangi birisi mevcut olmamasına rağmen, sırf davanın uzatılması amacıyla ret talebinde bulunulmuşsa, "*ret talebi, toplu mahkemelerde reddedilen hâkimin müzakereye katılmasıyla; tek hâkimli mahkemelerde ise reddedilen hâkimin kendisi tarafından geri çevrilir*" (HMK m. 41, II). İlk derece mahkemesinde yapılmış olan ret talebinin reddine ilişkin kararlara karşı istinaf yoluna, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin başkan ve üyeleri hakkındaki kararlarına karşı da temyiz yoluna ancak esas hakkında verilmiş hükümle birlikte başvurulabilir (HMK m. 41, III).

Yine, hâkimin reddi talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, talepte bulunanların her biri hakkında beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına

---

[1436] **Boran Güneysu,** s. 143, 146.

[1437] **Boran Güneysu,** s. 145-146.

[1438] **Boran Güneysu,** s. 146. Kanun koyucu, 32. maddenin ikinci fıkrasında, hak arama özgürlüğü ve taraflar arasındaki menfaat dengesini de gözeterek, hukuki dinlenilme hakkına uygun şekilde münasebetsiz evrakın yeniden düzenlenmesi için, onu sunan tarafa uygun bir süre verilerek yeni dilekçe vermesine imkân tanımıştır. Bkz. **Boran Güneysu,** s.

hükmolunur (HMK m. 42, VI). Hâkim hakkında aynı davada aynı tarafça ileri sürülen ret talebinin reddi hâlinde verilecek disiplin para cezası, bir önceki disiplin para cezasının iki katından az olamaz (HMK m. 42, VII).

Hâkimin hukukî sorumluluğu müessesesi getirilmiş ve bu kuruma başvurunun şartları net bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu noktada, hâkimin hukukî sorumluluğuna gidilmesi amacıyla devlet aleyhine açılan tazminat davası esastan reddedilirse davacı, beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilir[1439] (HMK m. 49).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 60. maddesi "*mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir. Bu tür dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birlikte hareket etmek zorundadır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usûl işlemleri, usûlüne uygun olarak davet edildiği hâlde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade eder*" şeklindedir[1440]. Neticede dürüstlük kuralı gereğince, duruşmaya gelip beyanda bulunma imkânı verilmiş olmasına rağmen bu imkânı kullanmayan tarafın, dava arkadaşlarının yaptığı işlemlerle bağlı olması sonucu doğmaktadır.

Vekâletnamesi bulunmamasına rağmen dava açmasına veya yargılamayla ilgili işlem yapmasına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasına göre, kesin süre içerisinde vekâletnamesini sunması koşuluyla izin verilen avukat, haklı bir sebep olmaksızın süresi içinde vekâletname ibraz etmemişse, celse harcı ile diğer yargılama giderleri ve karşı tarafın uğradığı zararları ödemeye mahkûm edilmektedir. Bunu kötüniyetle yapan avukat aleyhine, ceza ve disiplin soruşturması açılmasını sağlamak üzere, Cumhuriyet başsavcılığına ve vekilin bağlı olduğu baro başkanlığına durum yazıyla bildirilmektedir[1441] (HMK m. 77, II).

Eski hâle getirme talebi sebebiyle ortaya çıkan giderler, talepte bulunan tarafa yükletilmektedir. Ancak, karşı taraf eski hâle getirme talebine karşı asılsız itirazlar ileri sürerek giderlerin artmasına sebep olmuşsa, hâkim, giderlerin tümünün veya bir kısmının karşı tarafa yükletilmesine karar verebilmektedir[1442] (HMK m. 101).

Islah ve karşı tarafın açık muvafakati söz konusu olmadan, dilekçeler teatisi aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunma genişletilememekte yahut değiştirilememektedir (HMK m. 14, I).

[1439] **Tanrıver,** s. 481.
[1440] **Tanrıver,** s. 482.
[1441] **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914; **Tanrıver,** s. 482.
[1442] **Tanrıver,** s. 482.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açık bir şekilde düzenlenmeyen iradî taraf değişikliğine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesiyle birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda hem davacı hem de davalı taraf bakımından[1443] medenî yargı bağlamında taraf değişikliği yapılabilmesi, karşı tarafın açık rızasına bağlanmış durumdadır (HMK m. 124, I). Ancak, kanun koyucu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinin üçüncü fıkrasıyla bu kurala bir istisna getirmiş ve maddî bir hatadan kaynaklanan ya da dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği taleplerinin, karşı tarafın rızası aranmaksızın da kabul edilebileceği hususunda hâkime yetki vermiştir[1444].

Taraflar, kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterememektedir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesine göre "*bir delilin sonradan ileri sürülmesi, yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir*". Yani, delili elinde bulunduran tarafın kusurlu davranışı sebebiyle mahkemeye sunmadığı ve kötüniyetli bir biçimde davayı geciktirme amacıyla yargılamaya sokulmak istenen delile mahkeme itibar etmeyecektir.

Bir kimsenin kendi aleyhine olan vakıalar hakkında hâkim tarafından sorguya çekilmesini konu alan isticvap için, isticvabına karar verilen

---

[1443] **Taş Korkmaz, H.:** Medenî Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 169.

[1444] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.2.2022 tarihli E. 2019/218 K. 2022/124 sayılı kararında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesinde öngörülen tarafta iradi değişikliğin ancak davacının talebi ile uygulanabileceği, mahkemece davacıya taraf değişikliği yapılması için süre verilmesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerine aykırılık teşkil edeceği ve hasım düzeltme talebi bulunmayan davacıya yol gösterme anlamı taşıyacağı gerekçesiyle verilen yerel mahkeme direnme kararını bozmuştur. Bozmaya gerekçe olarak Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin *"Anayasa ilkesi olan ve 6100 sayılı HMK'nun 30. maddesinde tanımlanan usul ekonomisi ilkesi gereğince Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla da yükümlüdür. Maddi hata sonucu tarafta yapılan ve kötüniyetli olmayan hata, usulün elverdiği mecra kullanılarak giderilebilecek iken, gerekmediği halde, dava reddedilerek yeni bir dava açmak üzere davacıya gereksiz masraf yaptırılması usul ekonomisi ilkesine aykırıdır. Zira davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının temel görevidir. (Anayasa m. 141/son)"* şeklindeki görüşüne işaret edilmiş ve mahkemece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124. maddesi uyarınca davacıya taraf değişikliği konusunda imkân tanınması ve davacıya uygun bir süre verilerek, yargılamaya devam edilmesi gerektiğinden bahisle özel daire kararına uyulması gerektiği ifade edilmiştir (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2019-218-k-2022-124-t-15-2-2022, Erişim Tarihi: 09.04.2025).

kimseye meşruhatlı davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Davetiyede ayrıca, isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafa geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtarı da yapılır (HMK m. 171, I). Dürüstlük kuralı burada devreye girer ve çağrılan taraf özürsüz olarak gelmezse ya da gelip de soruları cevapsız bırakacağını bildirirse ve soruları yanıtlamazsa, mahkemece sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılır (HMK m. 171, II).

Kötüniyetli bir biçimde ıslah yapılmasının sonuçları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 182. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, "*ıslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötü niyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca hâkim, kötüniyetle ıslaha başvuranı, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarını ödemeye ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder*[1445]*"*.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 183. maddesi, esasında dürüstlük kuralından hareketle taraflar arasındaki dengenin bozulmadan yargılama yapılıp karar verilmesine hizmet eder. Nitekim, maddî hataların düzeltilmesine ilişkin getirilmiş bu hükme göre, maddî hataların düzeltilmesine ilişkin getirilmiş bir hüküm olup, "*tarafların veya mahkemenin dava dosyasında bulunan belgelerdeki açık yazı ve hesap hataları, karar verilinceye kadar düzeltilebilir*". Şayet yargılama, tarafların birisinin yazı ya da hesap hatasının düzeltilmesi sebebiyle uzamışsa, hâkim, yargılama giderlerini tayin ederken bu durumu da dikkate alacaktır.

Sahtelik iddiası sonunda haksız çıkan taraf kötüniyetli ise bu sebeple ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmeye mahkûm edilir (HMK m. 213, I). Şayet, inkâr edilen imza veya yazı resmî senet üzerindeyse, yukarıdaki harç miktarı iki katı olarak uygulanır (HMK m. 213, II). Burada, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle kötüniyetli tarafa uygulanacak yaptırıma işaret edilmiştir. Ancak, tarafların bu tazminatı ödememesi yahut indirimli ödemesine ilişkin bir istisna da getirilmiştir. Şöyle ki, sahteliği öne sürülen imza hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmesinden önce, tarafların iddialarından vazgeçmeleri hâlinde hâkim, tazminattan indirim yapabileceği gibi tazminata hükmetmeyebilir (HMK m. 213, III).

[1445] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171; **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914; **Tanrıver,** s. 483.

Yeminin edasından kaçınılması hâlinde de birtakım yaptırımlar öngörülmüştür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 229. maddesine göre, "*yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır*". Bu şartın gerçekleşebilmesi için yemin edecek kimseye ihtar içeren davetiyenin çıkarılması şarttır. Kendisine yemin iade olunan kimse, yemin etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıa ispat edilememiş sayılır[1446].

Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Ancak, bu mutlak bir kural değildir. Zira, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilmektedir (HMK m. 291, II).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 312. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iyiniyetli davalı, yani davanın açılmasına kendi hal ve davranışlarıyla sebebiyet vermemiş olan ve yargılamanın ilk duruşmasında davacı tarafın talep sonucunu kabul etmiş bulunan davalının yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmemesi söz konusudur[1447].

Kötü niyetli bir biçimde istinaf yoluna başvurulmuş olması da dürüstlük kuralına aykırı görülmüş ve bölge adliye mahkemesince, haksız dava açılmasının sonuçlarını düzenleyen ve yukarıda açıkladığımız Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekir[1448] (HMK m. 351). Benzer bir hüküm, temyiz başvuruları için de Yargıtay'ın 329. maddesi hükümleri uyarınca işlem yapacağına işaret etmektedir (HMK m. 368). Nitekim, temyiz edilemeyecek kararlar arasında yer alan bir kararın temyizi üzerine, Yargıtay Hukuk Dairesi'nin inceleme yapması ve bozma kararı vermesi, yargılamaya egemen olan ilkelerden hukuk devletinin ve hukukî güvenlik ilkesiyle usûl ekonomisi ilkesine[1449] aykırı olacaktır[1450].

[1446] **Tanrıver,** s. 483.

[1447] **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 660.

[1448] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 171; **Erdönmez,** Pekcanıtez Usûl, s. 914; **Tanrıver,** s. 483.

[1449] Detaylı bilgi için bkz. **Rüzgaresen,** s. 45-58.

[1450] Kesin biçimde verilen kararlara karşı, kötüniyetle temyiz kanun yoluna başvuran taraf aleyhine disiplin para cezasının tayin edileceğine ilişkin hükmün, usûl ekonomisi ilkesiyle yargı makamlarının kötüniyetle meşgul edilmesini önleme amacını taşıdığına ilişkin bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 14.1.2020, E. 2019/732 K. 2020/8 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hgk-e-2019-732-k-2020-8-t-14-1-2020, Erişim

Yine, doğruyu söyleme ödevine aykırı beyanların mahkemede yazılı ya da sözlü şekilde ileri sürülmesi mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır. Ancak taraf bilinçli şekilde doğru olmadığını bildiği bir hususu ileri sürmüşse, bunun usûl hilesi olarak değerlendirilip, yargılamanın iadesi sebebi teşkil edeceği doktrinde ifade edilmiştir[1451]. Roma hukukunda, kesinleşmiş mahkeme kararlarının iptali amacıyla başvurulan yargılamanın iadesi gibi bir olağanüstü kanun yolu bulunmamakla birlikte[1452], Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde öngörülen yargılamanın iadesi sebebine benzer şekilde, Roma hukukunda da, yalancı tanık sebebiyle zarara uğrayan tarafın, uğradığı zararların karşılanması için tazminat davası açması mümkündü ve yalancı tanığın ifadesinin hükme esas alındığı dava geçersiz kabul edilirdi[1453].

Tüm bunların yanında, doktrindeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına bakıldığında, dürüstlük kuralının önemli ölçüde işlerlik kazandığı ve emsal teşkil edecek nitelikte kararların mevcudiyeti göze çarpmaktadır. Bu konuda birkaç örnek vermek gerekirse:

- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre başvurulabilecek olağan kanun yolları, istinaf ve temyizdir ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun aksine, "*karar düzeltme*" yolu öngörülmemiştir. Buna rağmen Bölge Adliye Mahkemelerinin fiilen devreye girmesinden sonra istinaf ve temyiz denetiminden geçmiş kararlar bakımından da karar düzeltme yoluna başvurulduğu tespit edilmiş, dolayısıyla bu dosyaların yeniden Yargıtay gündemine taşınması kötüniyetli kanun yolu başvurusu olarak değerlendirilip, hem talep reddi hem de, m.329, II uyarınca disiplin para cezası tayini gerekmektedir[1454].

Tarihi: 10.04.2025); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 17.11.2022, E. 2020/636 K. 2022/1540 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2020-636-k-2022-1540-t-17-11-2022, Erişim Tarihi: 10.04.2025); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 22.3.2023, E. 2021/900 K. 2023/235 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2021-900-k-2023-235-t-22-3-2023, Erişim Tarihi: 10.04.2025).

[1451] **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası,** s. 172; **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 130-132.

[1452] **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir**, s. 135.

[1453] **Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir,** s. 89.

[1454] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2024 tarihli E. 2024/6231 K. 2024/8230 sayılı kararıyla yalnızca kötüniyetli istinaf ve temyiz başvuruları bağlamında değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kendisine yer verilmeyen karar düzeltme yoluna başvurulması halinde de şu gerekçelerle 329. madde uyarınca disiplin para cezası takdir edilmiştir.

- Davacının dava açmaması için oyalanması durumunda, davalının zamanaşımı defini ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz[1455].
- Davacının hukukî himaye amacıyla değil de yalnızca davalıya zarar vermek kastıyla dava açması hâlinde, dürüstlük kuralına aykırılık mevcuttur, dava hukukî yarar eksikliğinden usûlden reddedilmelidir[1456].
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilmesi bakımından, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.03.1974 tarih ve E. 1971/8-143, K. 1974/262 sayılı kararıyla da işaret edildiği gibi, *"davacının kötüniyetli olması, yani hiçbir hakkı bulunmadığını biliyor olması veya durumu gereğince bilmesi gerektiği hâlde, sırf aleyhine dava açtığı kişiyi ızrar kastı taşıması"* gerekmektedir[1457]. Haklı olduğunu düşünerek dava açan

---

"...olağan kanun yollarından olan temyiz ve istinaf taleplerinin kötüniyetli yapılması halinde bile ceza öngören kanun koyucunun, kanunda hiç yer almayan "karar düzeltme" yoluna özel yaptırım getirmemiş olmasının yegane sebebinin müessesenin kanun metninde yer almamasından kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Doğal olarak kanun metinleri, bünyesinde düzenleyip tarif ettiği hususlara ilişkin düzenlemeler içerir. Dolayısıyla kanunda hiç yer almayan ve dolayısıyla kötü niyetin en bariz şekilde tezahür ettiği bu halin yaptırımdan muaf tutulduğu sonucuna varmanın kanunun özü ve ruhuyla bağdaşmayacağı izahten varestedir. O halde, kötüniyetle istinaf yoluna başvurmaya dair 6100 sayılı Kanun'un 351 inci ve kötü niyetle temyiz başlıklı 368 inci maddelerinin atıfta bulunduğu, aynı Kanun'un 329 uncu madde metinlerinin özünde, mahkemeye erişim hakkının kötüye kullanıldığı tüm halleri kapsadığı kanaatine varılmakla; haksız ve yersiz talep reddinin yanısıra disiplin para cezasına hükmedilmelidir..." (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2024-6231-k-2024-8230-t-25-11-2024, Erişim Tarihi: 10.04.2025).

[1455] Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 4.12.2006, E. 2006/13930 K. 2006/14349 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-hukuk-dairesi-e-2006-13930-k-2006-14349-t-04-12-2006, Erişim Tarihi: 28.03.2025). Ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 805.

[1456] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi T. 18.03.1982, E. 1982/619 K. 1982/1108 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hd-e-1982-619-k-1982-1108-t-18-03-1982, Erişim Tarihi: 02.04.2025. Ayrıca bkz. **Arslan,** s. 70; **Hanağası,** s. 35, dn. 155.

[1457] *"...Bir tarafın kötüniyetli olduğuna kanaat getirmek için her somut olayda kişinin haklı olduğuna inanarak dava açıp açmadığı titizlikle incelenmeli ve objektif olarak açıkça hakkı olmadığını bildiği hâlde dava açan ya da yargılamayı yürüten taraf kötüniyetli kabul edilmelidir. Kişi mutlak olarak haklı olmasa da hukukun kendisine tanığı imkânlardan yararlanarak dava açmış yürütmüş ya da haklı olduğuna inanarak savunma yapmış ve yeterli delili olmadığı gibi bir sebeple iddia veya savunması yerinde bulunmamış ise kötüniyetli sayılamaz. Aksi takdirde Anayasanın kişilere tanığı hak arama özgürlüğü kapsamında dava açma ve aleyhine açılan davaya karşı savunma hakkını kullanan ve bir şekilde haksız bulanan herkes kötüniyetli kabul edilecektir ki, böyle bir sonucun hukuken kabul edilmesi mümkün değildir..."* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 8.4.2021, E.

davacının, davasının reddi halinde bu madde hükmü uygulanamaz[1458].

- Davalının dürüstlük kuralına aykırı davranışı sonucunda davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddedilmesi halinde HMK m. 327 uygulanır; farklı nedenlerle reddi halinde ya da davalının kötüniyetli olması halinde ise, HMK m. 329 uygulanır[1459].
- Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller, mahkemeye sunulursa, gerçeği söyleme yükümlülüğünün ve dolayısıyla dürüstlük kuralının ihlâli sonucunu doğuracaktır. Bu noktada, tarafların haklarını yahut usûlî yetkilerini kötüye kullandıkları kabul edilip hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan deliller göz ardı edilebilecektir[1460].
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 327. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün uygulamasına ilişkin olarak örneğin bir tarafın elinde bulundurduğu ve karara etkili olacak belgeleri, süresi içerisinde karşı tarafa bildirmemesi şeklindeki dürüstlük kuralına aykırı hareketleri, onun, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi sonucunu doğuracak niteliktedir[1461].
- Görülmekte olan bir davada, kullanılan hakkın somut olaylara dayanması gerekir ve objektif iyiniyet kurallarına aykırılık mevcutsa, hakkın kötüye kullanımı söz konusudur. Herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olması gerekir ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzenince korunmaz. Dolayısıyla savunma hakkının kullanılması sırasında da dürüstlük kuralına aykırılık meydana gelirse, davalının bu davranışın olumsuz sonuçlarına katlanması gerekir[1462].

2017/1228 K. 2021/443 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1228-k-2021-443-t-8-4-2021, Erişim Tarihi: 08.04.2025).

[1458] **Arslan,** s.76; **Özekes,** Dürüstlük, s. 40.

[1459] **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** s. 716.

[1460] **Tanrıver,** s. 930.

[1461] **Görgün/Börü/Kodakoğlu**, s. 661.

[1462] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.5.2014, E.2013/1792, K. 2014/584 sayılı kararıyla *"davalı işverenin kendi muvazaasına dayalı olarak, davacıyı toplu iş sözleşmesinden yararlandırmamak suretiyle maddi menfaat elde etmeyi amaçladığı, bu anlamda davalının savunmasının dürüstlük kuralına aykırı ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak bir hak talep edemeyeceğinden davalının dürüstlük kuralına aykırı davranması nedeniyle muvazaalı eyleminin sonuçlarına katlanması gerektiği"* ifade edilmiştir

- Eşlerden birinin açtığı boşanma davası, diğer eşin açmış olduğu davayı sonuçsuz bırakmaya yönelik ise, dürüstlük kuralına uyulmaması sebebiyle ret kararı verilmelidir[1463].
- Kat irtifakı tesis edilmiş olan bir apartmanda, kat maliklerinin hangi kısımların kim tarafından kullanılacağına ilişkin yaptıkları sözleşme, hepsini bağlayacaktır. Dolayısıyla, bu sözleşmeden kaynaklanan hakkını kullanan kişiye karşı, müdahalenin meni davası açılacak olursa, bu durum dürüstlük kuralına aykırı kabul edilecek ve dava reddedilecektir[1464].
- Taşınmaz üzerinde hak sahibi olan paydaşların kendi aralarında paylaşıp kullandıkları yerlerle ilgili olarak, paydaşlardan birinin hissesini üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşın açacağı ön alım davasında da dürüstlük kuralının uygulanması gerekir[1465].
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, *"...davacının takip tarihinden sonra, ancak davadan önce davalının 59.365,99TL ödeme yaptığını bildiğinin, dosyada sabit olduğu, davacının, yapılan bu kısmî ödemeyi dikkate almadan, icra takibine yapılan tüm itirazların iptali talebi ile dava açtığı, dava tarihi itibari ile 59.365,99TL ödemenin davacı tarafça bilindiği hâlde bu kısım bakımından da dava açılmakla bu kısma yönelik hiçbir hakkı olmadığını bilen davacının*

(https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-1792-k-2014-584-t-7-5-2014, Erişim Tarihi: 09.04.2025). Ayrıca bkz. **Kurt Konca,** s. 144, dn. 621).

[1463] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 10.02.2005 E. 443, K. 2005/1797. Bkz. **Yılmaz**, s. 805. Aksi yöndeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.3.2015, E. 2013/1688 K. 2015/1032 sayılı kararı ile *"Davacı-davalı kadının terke dayalı boşanma davasına ilişkin 09.04.2010 tarihli ihtar kararı kendisine tebliğ edildikten sonra 13.05.2010 tarihinde Medeni Kanunun 166/1.maddesine dayanarak boşanma isteğinde bulunması, terke dayalı boşanma davasını sonuçsuz bırakmaya yönelik olup dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Davacı-davalı kadın, ihtara uymamakta haklılığını da kanıtlayamamıştır. Mahkemece terke dayanan boşanma davasının kabulü, karşı boşanma davasının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."* şeklindeki daire kararı bozulmuş ve diğer eşi, ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır şeklindeki yasal düzenleme birlikte ele alındığında davacı eşin gerçekte iddia ettiği gibi terk edilen değil, terk eden eş olduğunun kabulü gerektiği ve davalı (karşı davacı) eşin, davacı (karşı davalı) olan eşini ortak konutu terke zorladığı sabit olduğu ifade edilmiştir (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2013-1688-k-2015-1032-t-13-3-2015, Erişim Tarihi: 05.04.2025).

[1464] Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 13.10.2008, E. 2008/6499 K. 2008/10282 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-hukuk-dairesi-e-2008-6499-k-2008-10282-t-13-10-2008, Erişim Tarihi: 20.03.2025). Bkz. **Yılmaz**, s. 793.

[1465] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.05.2006, E. 6-288, K. 2006/304. Bkz. **Yılmaz**, s. 805.

HMK m.329, II uyarınca para cezası ile cezalandırılması…" yönünde verilen yerel mahkeme direnme kararını, *"…ne var ki, icra takibinde talep edilen asıl alacak miktarı dava tarihinden önce ödenmiş olmakla birlikte davalı tarafça asıl alacak miktarı haricen ödenmiş olup, davanın dayanağı takibe davalı borçlu tarafından itiraz edilerek icra takibinin durması sağlanmış olduğundan ve mahkemece itirazın iptali yönünde bir karar verilmediği sürece icra müdürlüğünce takip dosyasında alacaklı istemi yönünden herhangi bir işlem yapılamayacağından, icra takibinde istenen alacağın fer'îleri ve icra giderleri yönünden davacının dava açmakta hukukî yararı bulunmaktadır…"* gerekçesiyle bozmuştur ve HMK m.329, II uyarınca davacının disiplin para cezasıyla cezalandırılmış olmasını, hukuka uygun bulmamıştır[1466].

Dürüstlük kuralı, icra ve iflas hukukunda da sınırlayıcı ve düzenleyici nitelikte işlev görmektedir[1467]. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aksine, İcra ve İflas Kanunu'nda dürüstlük kuralının bu alanda uygulanacağı ile ilgili genel bir hüküm bulunmasa da kanunun çeşitli yerlerinde iyiniyetli işlem ve davranışlara önem verildiği gösterilmiş, dürüstlük kuralına aykırı işlemlerin yaptırımlarına yer verilmiştir[1468]. Yani, icra ve iflas takibinin taraflarının, kanunun tanıdığı yetki ve olanakları kullanırken dürüstlük kuralına uymaları gerektiğini doğal saymak gerekir. İcra hukuku bakımından dürüstlük kuralı, bu prosedür çerçevesinde bir hukuk kuralının kötüye kullanılmasını önlemeye ya da kötüye kullanma gerçekleşmişse sonucunu ortadan kaldırmaya yarayabilecektir[1469].

Örneğin, konkordatoya ilişkin hükümlere bakıldığında, İcra ve İflas Kanunu'nda 7101 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce düzenlenmiş olan "*konkordato talebinin nazara alınması şartları*" başlıklı 286. maddenin son fıkrası "*dürüstlük*" koşulunu içermekteydi. 4949 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen hükümler sonucunda "*dürüstlük*" koşulu, İcra ve İflas Kanunu metninden çıkartılmıştır. Bu sebeple, "dürüstlük" koşuluna, konkordatonun tasdik şartlarına ilişkin yeni hükümlerde yer verilmediği için, borçlunun dürüst

[1466] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 29.6.2022, E. 2020/445 K. 2022/1077 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2020-445-k-2022-1077-t-29-6-2022, Erişim Tarihi: 08.04.2025).

[1467] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 231.

[1468] **Arslan,** s. 134-135; **Aslan/Akyol Aslan,** s. 231; **Özekes, M.:** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 87-88.

[1469] **Aslan/Akyol Aslan,** s. 231.

olmasının aranıp aranmayacağı noktasında fikir ayrılıkları bulunsa da, kanaatimizce, dürüstlük koşulu, maddi hukukta yer alan iyiniyet kavramı ve medeni yargılama hukukumuz bağlamında da işlev gören dürüstlük kuralı çerçevesinde, konkordatoya başvuru ve mühlet talebi başta olmak üzere konkordatonun tüm aşamalarında dikkate alınmalıdır[1470].

Örneğin ilamlı icra yolunda, tarafların ilamda yer alan alacak kalemlerini makul bir gerekçe göstermeden ayrı ayrı takibe koyması, ilamın bütünlüğü prensibinden hareketle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği sebebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararıyla bozmaya konu edilmiştir[1471]. Kararda, alacaklının, kötüniyetli olmaksızın kanundaki boşluktan yararlanarak bir ilamdaki haklar için ayrı ayrı takip başlatarak sebepsiz zenginleşme anlamına gelecek şekilde fazladan avukatlık ücreti talep etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve bu durumun hukuk düzeni tarafından korunmayacağı, ilamın bütünlük arz etmesine rağmen geçerli ve hukuka uygun bir sebep olmaksızın alacaklının ayrı ayrı takip başlatması, dürüstlük kuralına aykırı görülmüştür. Dolayısıyla bir mahkeme

---

[1470] Dürüstlük koşulunun aranması gerektiğine ilişkin bkz. **Tanrıver, S.:** Konkordato Komiseri. Ankara 1993, s. 3; **Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.:** İcra ve İflas Hukuku 6. Bası, Ankara 2022, s. 643-644; **Kale, S.:** İflas İçi Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, MİHBİR 13. Antalya Toplantısı 2015, s.271-286), s. 273. Benzer yönde verilmiş İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi'nin 13.6.2019 tarihli ve E.2019/886, K.2019/1166 sayılı kararında, "*....kira, doğal gaz, işçi alacakları gibi işyerinin devamı için gerekli bedellerinin ödenmemesi ve bir kısım borçların davacı tarafından alacak ve borç kayıtları arasında gösterilmemesi hali tespit edildiğinden, konkordato talebinde bulunanın iyiniyetli olmadığının kabulü gerektiğini belirtmiştir. TMK. 2 maddesi gereğince iyiniyet şartları her dava için değerlendirilecek ise de, konkordato talebi için davacı/ borçlunun borçlarını ödeme zorluğu içine düşmesi aranacağından, ödenemeyen kira veya sair borçlar nedeniyle, konkordato talebinde bulunan borçlu/davacının iyiniyetli olmadığı yönündeki tespit ve gerekçe yerinde olmamıştır....*" şeklinde hüküm kurulmuştur. Yine, dürüstlük kuralının, konkordatoda yetkili mahkemenin tayininde, tekrarlanan konkordato taleplerinde ve buna ilişkin konkordato talebinin feragatinde de dikkate alınması gerektiğine ilişkin Prof. Dr. Levent Börü'nün görüşü ve yeni tarihli bir karar için bkz. Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, T. 17.03.2025, E. 2024/2503, K. 2025/383, (https://boruhukuk.com/blog-sayfas%C4%B1/f/konkordatodan-feragat-yinelenen-konkordatalebi-d%C3%BCr%C3%BCstl%C3%BCk-kural%C4%B1?trk=feed_main-feed-card_feed-article-content, Erişim Tarihi: 16.04.2025). Aksi yöndeki, dürüstlük şartının aranmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Pekcanıtez, H./Erdönmez, G.:** 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 130.

[1471] Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.4.2016, E. 2014/611 K. 2016/492 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-611-k-2016-492-t-6-4-2016, Erişim Tarihi: 01.02.2025). Benzer yönde ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 796-797.

kararıyla hükmedilen alacak kalemlerinin ve vekâlet ücretinin, ayrı ayrı takip konusu yapılması dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmektedir[1472].

Bu noktada, başta mahkemeye erişim hakkı gibi hak arama hürriyetiyle ilgili olan Anayasa'daki temel haklarla ilgili kötüye kullanım yasağının, icra hukukunda yansımasının dürüstlük kuralına aykırı işlemlere bağlanan hukukî sonuçlar şeklinde karşımıza çıktığını söylemek mümkündür. Nitekim, hak arama özgürlüğü ve bunun yansıması olan savunma hakkının kötüye kullanılması hâlinde İcra ve İflas Kanunu'nun açıkça yaptırıma hükmettiği görülebilir. Örneğin, itirazın iptali davasında, itirazın kesin ya da geçici kaldırılmasında, *"takibin kötü niyetli ve haksız olması"* ibaresi kullanılarak dürüstlük kuralına işaret edilmektedir. Yine borçlunun, alacaklının zararına hareket etmesi, kötüniyetli bir biçimde davranması ve takipteki yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle bazı yaptırımlara maruz kalabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konuda tasarrufun iptali davası (İİK m. 277 vd.) ve İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen cezaya ilişkin hükümler (m. 331, 332) örnek olarak gösterilebilmektedir. Ayrıca, Yargıtay tarafından da ifade edildiği üzere, icra mahkemesinin vermiş olduğu karara karşı yargılamayı sürüncemede bırakmak, işlemleri uzatmak gibi kötüniyetli bir biçimde istinaf yoluna başvurulmuşsa, İcra ve İflas Kanunu'un 363. maddesinin ikinci fıkrasının atfıyla, HMK m.329'a gönderme yapan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 351. maddesinin uygulanması gerekir. Yine, İcra ve İflas Kanunu'nun 363. maddesinin üçüncü fıkrası ile kesin olan yani istinaf kanun yolu kapalı bulunan bir karara karşı istinaf yoluna başvurulması halinde de ikinci fıkradaki yollama geçerli olacaktır. Benzer şekilde İcra ve İflas Kanunu'nun istinaf ve temyiz incelemeleri hakkındaki 366. maddesinin birinci fıkrasının yaptığı atıfla uygulanması gereken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesi uyarınca, temyiz kanun yolu kapalı bulunan Bölge Adliye Mahkemelerince verilen kararlara karşı kötüniyetle temyiz yoluna başvurulması hâlinde de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329. maddesi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür[1473].

[1472] Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 9.3.2015, E. 2014/5221, K. 2015/5534 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-5221-k-2015-5534-t-9-3-2015, Erişim Tarihi: 12.01.2025).

[1473] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 22.3.2023, E. 2021/900 K. 2023/235 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2021-900-k-2023-235-t-22-3-2023, Erişim Tarihi: 10.04.2025); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 17.11.2022, E. 2020/636 K. 2022/1540 (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2020-636-k-2022-1540-t-17-11-2022, Erişim Tarihi: 10.04.2025).

SONUÇ

Tarafların yargılamanın seyrine zarar verebilecek davranışlarına eski dönemlerden beri rastlanmaktadır. Roma'da yargılamada hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin kötüniyetli davranışlara ilk dönemlerden itibaren önlem alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Cumhuriyet Dönemi sonları ile *Principatus* Dönemi'nin başlarına denk gelen devirde *praetor*'ların maddî hukuk ve usûl hukuku kurallarını geliştirmek suretiyle düzenlemeler yaptıkları anlaşılmaktadır. Bu düzenlemelerden bir kısmının *bona fides* ilkesinden yola çıkmak suretiyle yargılamanın seyrine zarar verecek kötüniyetli davranışların önlenmesine ilişkin olduğu görülmektedir. *Formula* usûlünde davanın başlamasına engel olmak amacıyla yargı önüne çıkmayan davalının mallarının zilyetliğinin davacıya verilmesi, hatta bazı durumlarda söz konusu malları satabilme yetkisinin (*venditio bonorum*) sağlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca *praetor* huzuruna davet edilen davalı belirlenen günde mahkeme önüne gelmez ise bir miktar para ödeyeceğini taahhüt etmekteydi. Bunun yanında birçok davada taraflar davayı *bona fides*'e uygun olarak yürüttüklerine dair yemin (*iusiurandum de calumnia*) etmekteydiler. Yargılamanın seyrine zarar verecek buna benzer düzenlemelerin Roma usûl hukukunda günün ihtiyaçlarına göre geliştirildiği ve yargılamanın bir parçası hâline geldiği kaynaklardan anlaşılmaktadır.

Kökeni *bona fides* ilkesine ve Roma hukukuna dayanan, günümüzde medenî usûl hukuku bağlamında da uygulanma alanı bulacağı konusunda tartışma bulunmayan dürüstlük kuralının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesi çerçevesinde ve çalışmada da ifade ettiğimiz üzere, diğer birçok maddede karşılık bulduğunu söylemek gerekmektedir. Dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevi hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem de İcra ve İflas Kanunu'nda kendisine yer bulmuş ve bu yükümlülüklere aykırı davranışlar, belirli yaptırımlar öngörülmek suretiyle engellenmek istenmiştir.

Ancak hatırlatılmalıdır ki, temelde belirli bir toplumdaki değer yargılarıyla ve hukuk düzeni içindeki etik ilkelerle ilişkili olan ve geçmişi çok eskilere dayanan bir kuralın, genel nitelikte olması, kötüye kullanılmasına da imkân tanımaktadır. Bu sebeple bahsi geçen ilkenin ve kanunda gösterilen yaptırımların, somut ve açık şekilde öngörülmesi son derece önemlidir. Nitekim, çalışmamızda yer verildiği üzere, yargı içtihatları da dürüstlük kuralının uygulanmasına destek vermekte, davanın ya da işin taraflarının ve temsilcilerinin dürüst olmayan davranışları çoğunlukla bir yaptırımla karşılaşmaktadır. Bu bağlamda ifade edilmelidir ki, objektif

ölçütler çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırı yaptırımların daha ciddi şekilde ve taraflarla vekillerin davranışlarının hak arama özgürlüğünün ölçüsüz şekilde kısıtlanması anlamına gelmeyecek biçimde güncel gelişmeler ve ekonomik gerçeklik dikkate alınarak gözden geçirilmesi oldukça elzemdir.

Son olarak, takip hukukunda da dürüstlük kuralı önemli ölçüde geçerlilik kazanmış olup, genel bir hüküm konulmak yerine ilgili mevzuatın birçok hükmünde, kötüniyetli ve dürüstlüğe uygun olmayan davranışların somut yaptırımlarına ayrı ayrı yer verildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ş.: Roma Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Konya 2023.

Akyol, Ş.: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul 2006.

Alangoya, Y.: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.: Medeni Usul Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Arslan, R.: Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.: Medenî Usul Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2024.

Aslan, K./Akyol Aslan, L.: İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır? (Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Ankara 2015, s. 195-251).

Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.: Medenî Usûl Hukuku, 7. Bası, Ankara 2024.

Atalı M./Ermenek İ./Erdoğan E.: İcra ve İflas Hukuku 6. Bası, Ankara 2022. (**Atalı/Ermenek/Erdoğan-** İcra)

Bakır, A.: Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017.

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953.

Bilge, N./Önen, E.: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

Boran Güneysu, N.: Medenî Yargılama Hukukunda Münasebetsiz Evrak (Okunamayan, Uygunsuz veya İlgisiz Dilekçe), (İzmir Barosu Dergisi, 2, Y. 2024, s. 129-180).

Buckland, **W. W.:** A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1953.

Edis, S.: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 1989.

Erdönmez, G.: Pekcanıtez Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.: Medenî Usûl Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2024.

Günal, N.: Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio), Ankara 2006.

Günal, N.: Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007, (**Günal-**Yargılama).

Gürten, K.: Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara 2008.

Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009.

Hausmaninger H./Selb W.: Römisches Privatrecht, Wien 1997.

Iustinianus: Institutiones, Çev.: Ziya Umur, İstanbul 1955.

İmre, Z.: Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1976.

Kale, S.: İflas İçi Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, MİHBİR 13. Antalya Toplantısı 2015, s.271-286).

Karaaslan, V.: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.

Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Hukuku, Ankara 2005.

Karagöz, H.: Roma Hukukunda Adalet (Iustitia) ve Hakkaniyetin (Aequitas) Anlamı ve Gerçekleştirme Biçimi, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, C. 7, Y. 2020, s. 35-55).

Karakocalı, A.: Roma Medeni Yargılama Hukuku ve Roma Eşya Hukuku Bakımından İstihkak Davası, Ankara 2022.

Kaser, M.: Prätor und Judex im römischen Zivilprozess, (TvR 32, Y. 1964, s. 329-362), (**Kaser-**Prätor)

Kaser, M.: Römisches Privatrecht, München 1986, (**Kaser**-Privatrecht).

Kayak, S.: Davalının Davada Hazır Bulunmasını Sağlamaya Yönelik Bir Usul Hukuku Teminatı Olarak Roma Hukukunda Vadimonium Kurumu, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 70, S. 1, Y. 2012, s. 277-300).

Kurt Konca, N.: Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016.

Küçük, E.: Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis, Ankara 2013.

Küçükgüngör, E.: Roma Özel Hukuku'nda Delil ve İspat, (Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 477-497).

Oğuz, A.: Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: (*Lex Mercatoria*) – Unidroit İlkeleri'nin *Lex Mercatoria* Niteliği, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50, S. 3, 2001, s. 11-53).

Oğuzman, M. K.: Dürüstlük Kuralına Başvurma Konusunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407-415).

Oğuzman, M. K.: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1990.

Öcal, B.: Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60, S. 3, Y. 2011, s. 523–570).

Özbay, İ.: Grup Davaları, Ankara 2009.

Özekes, M.: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.

Özekes, M.: Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti, (Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 1, Y. 2005, s. 29-49), (**Özekes-** Dürüstlük).

Öztek, S.: Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törenden Şekle; Hususî Adaletten Devlet Adaletine, (İstanbul Hukuk Mecmuası 51, S. 1-4, Y. 1985, s. 335-372).

Pekcanıtez, H./Erdönmez, G.: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.

Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Rakochevich, M.: Bona Fides in Roman Civil Procedure, (Ius Romanum: Obligatio, 1/2021, s. 414-435).

Rüzgaresen, C.: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016.

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi (Recusatio), (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51, S. 1, Y. 2002, s. 97-115), (**Söğütlü Erişgin**-Recusatio).

Söğütlü, Ö.: Roma Özel Hukuku, Ankara 2022.

Sungurtekin Özkan, M./Türkoğlu Özdemir, G.: Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008.

Şahankaya, S.: Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeplerle Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma, Ankara 2021.

Tahiroğlu, B./Erdoğmuş B.: Roma Usul Hukuku, İstanbul 1997.

Tamer, D.: Roma Hukuku, C. 1, İstanbul 2020.

Tanrıver, S.: Konkordato Komiseri. Ankara 1993. (**Tanrıver**-Komiser)

Tanrıver, S.: Medenî Usûl Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 6. Baskı, Ankara 2024.

Taşpınar, S.: Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu (Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787).

Taş Korkmaz, H.: Medenî Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014.

Tekinay, S. S.: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992.

Tercan, E.: Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, S. 1-2, Y. 1996, s. 188-212).

Türkoğlu Özdemir, G.: Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, C. 7, Y. 2005, s. 167-212), (**Türkoğlu Özdemir**-Usûl).

Türkoğlu Özdemir, G.: Roma Usul Hukukunda "Plus Petito" Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Ankara 2004, (**Türkoğlu Özdemir**-Plus Petito).

Uçaryılmaz, T. Ş.: Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Ankara 2019, (**Uçaryılmaz**-Bona Fides).

Uçaryılmaz, **T. Ş.:** Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi 135, Y. 2018, s. 335-382), (**Uçaryılmaz**-Sözleşmesel).

Umur, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, (**Umur**-Roma).

Umur, Z.: Roma Hukukunda İktisabî Müruru Zamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956, (**Umur**-Hüsnüniyet).

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983, (**Umur**-Lügat).

Üçer, M.: Roma Hukuku'na Giriş, İstanbul 2020.

Üstündağ, S.: Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

Watson, A.: Roman Private Law around BC 200, Edinburg 1971.

Yeşiller, F. B.: Eksik Borç, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2024.

Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 2017.

[1474H] GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(EVALUATION OF SHORT-TIME WORKING PRACTİCE AND SHORT-TIME WORKİNG ALLOWANCE IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS)

Dr. Öğr. Üyesi Sevde BULUN TOKKAŞ [1475*]
Arş. Gör. Ecenur SARIKAYA [1476]**

ÖZ

Genel ekonomik, bölgesel veya sektörel kriz, zorlayıcı nedenler yahut genel salgınlar gibi işyerinden veyahut işyeri dışından kaynaklanan birtakım sebepler çalışma düzenini etkileyebilmektedir. Bu gibi durumlarda içerisinde bulundukları sıkıntılı koşullardan kurtulmak için işverenlerin başvurduğu ilk yöntem iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi yahut işçilerin ücretsiz izne çıkarılması olmaktadır. Kısa çalışma uygulaması, işçiler için sınırlı da olsa bir gelir alma imkanı veren ve daha önemlisi iş sözleşmesinin devamını sağlayan kanuni bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. 4857 sayılı Kanunu'nun 65. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerle kısa çalışma uygulaması düzenlenmiştir. Uygulamadaki ihtiyaca göre, çeşitli yıllarda pek çok değişikliğe uğrayan, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, 11.6.2024 tarihinde yürürlükten kaldırılmış, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kabul edilmiştir. Çalışmamızda kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği hakkında bilgi verilerek 2024 tarihli yönetmeliğin getirdiği yenilikler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kısa Çalışma, Kısa Çalışma Ödeneği, Ekonomik Kriz, Salgın, Zorlayıcı Sebepler.*

[1474H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.02.2025. İlk hakem raporu tarihi: 25.02.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 27.02.2025. Onaylanma Tarihi: 27.03.2025.

[1475*] Doktor Öğretim Üyesi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6634-4530.

[1476**] Araştırma Görevlisi, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6422-6688.

Esere Atıf Şekli: Sevde Bulun Tokkaş-Ecenur Sarıkaya, "*Güncel Gelişmeler Işığında Kısa Çalışma Uygulaması ve Kısa Çalışma Ödeneğinin Değerlendirilmesi"*, YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.935-956.

ABSTRACT

A number of reasons arising from the workplace or outside the workplace, such as general economic, regional or sectoral crisis, compelling reasons or general epidemics, may affect the working order. In such cases, the first method used by employers to get rid of the troublesome conditions they are in is to terminate the employment contracts or to put the employees on unpaid leave. The short-time working practice is a legal remedy that allows workers to receive a limited income and, more importantly, ensures the continuation of the employment contract. Article 65 of Law No. 4857 and the regulations issued based on this article regulate short-time working. The Regulation on Short-time Working and Short-time Working Allowance, which has undergone many amendments in various years according to the needs in practice, was repealed on 11.6.2024 and the Regulation on the Procedures and Principles Regarding Short-time Working and Short-time Working Allowance was adopted. In our study, information about short-time working and short-time working allowance is given and the innovations brought by the regulation dated 2024 are evaluated.

Keywords: *Short-Time Working, Short-Time Working Allowance, Economic Crisis, Pandemic, Compelling Reasons.*

***

GİRİŞ

Hukukumuzda kısa çalışma uygulaması ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin ilk düzenleme, 10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun[1477] 65. maddesi ile yapılmıştır. Buna ek olarak, konuyla ilgili hem bir yönetmelik hem de bir tebliğ hazırlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesi, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un[1478] 37. maddesi ile 26.5.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Yine aynı kanunla, kısa çalışma uygulaması ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin düzenleme, yapılan ufak değişiklikler sonrasında 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun[1479] ek 2. maddesine taşınmıştır[1480].

[1477] RG. 10.06.2003, 25134.
[1478] RG. 26.05.2008, 26887.
[1479] RG. 08.09.1999, 23810.
[1480] Kısa çalışmaya ilişkin düzenlemenin 4857 sayılı Kanundan kaldırılıp 4447 sayılı Kanun'da yer verilmesi ile hangi kanuna tabi olduğu önemli olmaksızın tüm iş sözleşmesi ile çalışanlar kapsama alınmış hale gelmiştir. **Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, B. 15, Ankara 2024, s. 422; **Sümer**, Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 4, Ankara 2023, s. 307;

2009, 2018 ve 2019 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerde uygulanan, bunu yanı sıra Covid-19 Pandemisiyle birlikte bilinirliği ve önemi artan bir kavram olan kısa çalışma uygulaması, ekonomik krizlerin ya da zorlayıcı sebeplerin iş ilişkisinde yol açacağı olumsuz sonuçların önlenmesini sağlar.

Uygulamadaki ihtiyaçlar neticesinde yakın tarihte kısa çalışma uygulaması ve kısa çalışma ödeneğine ilişkin mevzuatta birtakım değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle 2024 yılının Ocak ayında kısa çalışma ödeneğiyle ilgili olarak 4447 sayılı Kanun'un ek 2. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bunu takiben yönetmelikte de birtakım değişikliklerin yapılma ihtiyacı ortaya çıkmış ve 2011 tarihinden itibaren uygulanmakta olan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak [1481] 11.6.2024 tarihli ve 32573 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik[1482] yürürlüğe girmiştir.

Bu çalışmada, mevzuatta yapılan değişiklikler sonrasında kısa çalışma uygulaması ve kısa çalışma ödeneği konusu ele alınmıştır. Ayrıca yeni yönetmelik hükümleri önceki yönetmelik hükümleriyle kıyaslanarak incelenmiştir.

I. KISA ÇALIŞMA UYGULAMASI

A. Genel Olarak

Kısa çalışma, ekonomik kriz ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işçi ve işveren ilişkisini sürdürmeye yönelik başvurulan bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir tanıma göre kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'unda sayılan ekonomik nedenlerin ortaya çıktığı işletmelerde işçi ve işverenin uzlaştırılması amacıyla işin geçici süreyle tamamen veya kısmen durdurulduğu ya da çalışma süresinin azaltıldığı bir uygulamadır[1483].

İşyerinde işin yürütülememesi, çalışma sürelerinin azaltılması gibi hususlar işçi için olduğu kadar işveren için de ekonomik anlamda bir tehdit

---

Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, B. 27, Ankara 2024, s. 156; **Sümer**, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, B. 8, Ankara 2024, s. 662; **Karaca**, Ali, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Y. 4, S. 14, Haziran 2009, s. 116; **Ekmekçi**, s. 48; **Seçkin**, s. 140; **Koç/ Gümüş**, s. 211; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 675; **Tulukçu**, s. 15.

[1481] RG. 25.02.2011, 27857.

[1482] RG. 11.06.2024, 32573.

[1483] **Aydın**, Ufuk, Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, s. 30.

oluşturmaktadır[1484]. İşverenler genel olarak ekonomik kriz, zorlayıcı nedenler gibi durumlarla karşılaştıklarında işçi ücretlerinden kurtulmayı çözüm yolu olarak görmektedir[1485]. Bu noktada çalışma hayatının devamlılığının sağlanması, olası işsizlik artışının önüne geçilmesi açısından kısa çalışma uygulması önemli bir çözüm yönetimi konumundadır[1486]. Nitekim ortaya çıkan ekonomik kriz veya zorlayıcı sebep nedeniyle yaşanan çalışamama durumunda bu uygulama ile işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine gerek kalmaksızın, ücretsiz izne de bir alternatif olarak işçiler hem belirli bir süre ödenek alabilmekte hem de iş sözleşmesinin devamı sağlanmaktadır[1487]. Bu bakımdan kısa çalışma uygulaması işverenler tarafından işçiler için tercih edebilecekleri pozitif bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır[1488]. Zira ülke genelinin etkileyecek denli bir ekonomik kriz ya da zorlayıcı neden karşısında işverenlerin çalışmayı yürütememesi dolayısıyla azalan işgücü ihtiyacı karşısında ücret ödeme zorunluluğundan kaçmak istemesi doğal bir sonuçtur. Bu koşullarda işçilerin

---

[1484] **Caniklioğlu**, Nurşen, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 501; **Gerek**, Nüvit, Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri ve Önemi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 38, 2013, s. 23; **Tuncay**, Can/ **Ekmekçi**, Ömer/ **Gülver**, Ender, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 22, İstanbul 2023, s. 674-675; **Tulukçu**, N. Binnur, Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 91, Mart 2014, s. 15.

[1485] **Akyiğit**, Ercan, Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 19, S. 1-2, Ağustos-Kasım 2004, s. 1; **Dinçay**, İsmail Hakkı, Farklı Ülke Uygulamaları Işığında Türkiye'de Kısa Çalışma Ödeneğinin Uygulama Etkinliği Üzerine Bir İnceleme, Çalışma ve Toplum, S. 3, 2021, s. 1875; **Ekmekçi**, Ömer, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulamasına İlişkin Sorunlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 14, Haziran 2009, s. 47; **Gerek**, s. 22; **Kırmızı**, Evran, Son Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, Nisan 2020, s. 821; **Kayalı Çetinkaya**, Tuba, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2014, s. 421; **Koç**, Muzaffer/ **Gümüş**, İskender, Türkiye'de Pasif Emek Piyasası Politikası Aracı Olarak Kısa Çalışma Uygulaması, Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 18, 2019, s. 209.

[1486] **Aydın**, s. 29; **Gerek**, s. 22.

[1487] **Özdemir**, Cumhur Sinan, Her Yönüyle Kısa Çalışma Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 32, Nisan 2009, s. 38; **Başterzi**, Süleyman, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 64; **Demir**, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2017, s. 260; **Durmaz**, K. Pınar, İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler, Ankara 2021, s. 131; **Gerek**, s. 23; **Kayalı Çetinkaya**, s. 422.

[1488] **Caniklioğlu**, s. 499; **Dinçay**, s. 1875.

de işlerini kaybetme korkusunun yanında gelir kaygısı çekmesi de muhakkaktır. Kısa çalışma uygulaması ile iş sözleşmesinin devamı sağlanırken, işçilere de sınırlı da olsa bir gelir alma hakkı doğmaktadır[1489]. Bunun yanı sıra kısa çalışma ile feshinden önce son çare ilkesine uygun olarak başvuralan bir yöntemdir[1490].

Kısa çalışmaya ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin yapıldığı Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile tanımlamalara da yer verilmiştir. Buna göre kısa çalışma, kanunda belirtilmiş olan nedenlere dayanarak işyerinin tamamında ya da bir kısmında çalışma süresinin en az 4 hafta süreyle geçici şekilde en az 1/3 oranında azaltılması ya da süreklilik koşulu olmadan en az 4 hafta süreyle çalışmanın tamamen ya da kısmen durdurulmasıdır (Yön. m.3/1-d). Mülga yönetmelikten farklı olarak kısa çalışma tanımlamasına "4447 sayılı Kanun'un ek 2. maddesinde sayılan gerekçelerle" lafzı eklenerek kısa çalışmaya her koşulda gidilemeyeceği tanımlama ile de tekrar vurgulanmıştır. Ayrıca önceki tanımlamada sadece faaliyetin tamamen ya da kısmen durdurulması için en az 4 hafta süreyle ibaresi yer alırken, yeni düzenleme ile çalışma süresinin kısaltılmasına ilişkin de yine en az 4 hafta süre ifadesine yer verilmiştir. Bu da kısa çalışma uygulamasının kapsamının yeni yönetmelikle birlikte genişletildiğini göstermektedir.

Kısa çalışma uygulaması ile faaliyetin durdurulması halinde işçilerin iş sözleşmeleri geçici olarak askıya alınmaktadır[1491]. Bu nedenle işverenlerin

---

[1489] **Endes**, Nurtaç, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Ankara 2017, s. 7; **Seçkin**, M. İhsan, Kriz Dönemlerinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, Ocak 2013, s. 129; **Süzek**, Sarper/ **Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, B. 24, İstanbul 2024, s. 859; **Aydın**, s. 30; **Tulukçu**, s. 15; **Ocak**, s. 420.

[1490] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Endes**, s. 13-14.

"…*Davalı işyerinde kısa çalışma uygulandığı, kısa çalışma süresinin iki kez uzatıldığı, durumda düzelme olmadığı için davacının da aralarında bulunduğu bazı işçilere ücretsiz izin önerisinde bulunulduğu, işçilerin bir kısmının ücretsiz izni kabul ettikleri, bir kısmının ücretsiz izni kabul etmedikleri, yasal haklarının ödenerek iş sözleşmelerine son verilmesini istedikleri bilinmektedir. Somut olayda davacı işçi ücretsiz izin önerisini kabul etmemiş, yasal haklarının ödenerek işten çıkarılmasını da talep etmemiş, iş sözleşmesi ücretsiz izni kabul etmemesi nedeniyle işverence işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeble feshedilmiştir. İşverence yapılan fesih, geçerli nedene dayanmakta olup feshin son çare olması ilkesine de uygundur*." Y22HD., 2011/16802 E. , 2012/8615 K., 03.05.2012, karararama.yargitay.gov.tr (05.03.2025).

[1491] **Astarlı**, Muhittin, Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, 2010, s. 81; **Eyrenci**, Öner/ **Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, B. 9, İstanbul 2019, s. 330; **Kayalı**

ücret ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır[1492]. Bu açıdan kısa çalışma, ekonomik kriz veya zorlayıcı hal karşısında işletmesini ayakta tutmaya çalışan işverenler için de tercih edilebilir bir uygulama konumundadır. Nitekim genel kabule göre ekonomik kriz ve zorlayıcı haller birer işletme rizikosudur ve buna işverenlerin katlanması gerekmektedir. Ancak bu halde de işverenlerin işçiler aleyhine bir çözüm yoluna gitmesindense kısa çalışma uygulamasına geçilip işçi ücretlerinin bir kısmının işsizlik sigortası fonundan karşılanması işletme rizikosunun işçi, işveren ve devlet arasında paylaştırılmasını sağlayarak taraflar açısından daha tatmin edici bir çözüm oluşturmaktadır[1493].

B. Kısa Çalışmaya Başvurulabilecek Haller

İşverenin kişisel sebeplerle ya da herhangi bir sebeple kısa çalışmaya başvurması mümkün değildir. Kısa çalışma kapsamında bir uygulamaya gidilebilmesi için öncelikle Kanun'da ve yönetmelikte öngörülen şartların sağlanması gerekir. 4447 sayılı Kanun kısa çalışmayı düzenlerken hangi hallerde kısa çalışma uygulamasına gidilebileceğini de hüküm altına almıştır. Kısa çalışmaya başvurulabilecek hallerin işverenden kaynaklanmaması gerekir[1494]. Buna göre, kanun ve ilgili yönetmeliğin aradığı koşulların mevcut olması gerekmektedir. Koşulların varlığı halinde ise ayrıca işçilerin ya da işçi sendikasının onayı aranmamaktadır[1495]. Kısa

---

Çetinkaya, s. 451; **Başterzi**, s. 67; **Caniklioğlu**, s. 518; **Durmaz**, s. 132; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 19.

[1492] **Başterzi**, s. 67; **Caniklioğlu**, s. 518; **Durmaz**, s. 132; **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s. 330; **Seçkin**, s. 133; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 685; **Uğraş**, Boray, İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 2014, s. 537.

[1493] **Aydın**, s. 30; **Endes**, s. 12, **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, B. 4, Ankara 2020, s. 400; **Ocak**, Saim, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 25.

[1494] **Akyiğit**, s. 423; **Endes**, s. 53.

[1495] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 3; **Uğraş**, s. 52; **Süzek/ Başterzi**, s. 864. Sendikaya bildirim sadece kanunda düzenlenmiş salt bir şekli zorunluluk olup, sendikanın onayı ya da görüşünün alınması gerekmemektedir. **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s. 328, dpn. 147; **Caniklioğlu**, s. 512, **Aydın**, s. 32; **Durmaz**, s. 131; **Kuzgun**, İnci, Türkiye'de Kısa Çalışma, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2005, s. 36; **Koç/ Gümüş**, s. 215; **Seçkin**, 144; **Kayalı Çetinkaya**, s. 446. Kısa çalışma uygulmasının İşK. m. 22'nin kapsamı dışında kaldığı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. **Dursun** Ateş, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019, s. 267; Kısa çalışma

çalışma uygulaması yapılan işyerinde çalışan ve kısa çalışma ödeneği alan işçinin iş sözleşmesini çalışma koşullarının ağırlaştığı gerekçesiyle feshetmesi mümkün değildir[1496]. İşyerinde kısa çalışma uygulmasına geçiş hususunda işçilerin onayı aranmasa da her işçinin mutlaka bu uygulamaya katılması gerekliliği de söz konusu değildir. Elbette işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak istememesi gibi bir hakkı da mevcuttur[1497].

4447 sayılı Kanun ek md. 2 ve ilgili yönetmeliğe göre kısa çalışma "*Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerle*" yapılabilmektedir. Bu bakımdan kısa çalışma uygulaması için "genel ekonomik, bölgesel yahut sektörel kriz" bir "zorlayıcı neden" yahut "genel salgın" halinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu nedenlerin içinde önceden "genel salgın" ifadesi yer almazken 7495 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[1498] 1. maddesi ile 4447 sayılı Kanun ek madde 2'ye eklenmiş ve 1.03.2024 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. Covid-19 pandemisi halinde kısa çalışma uygulamasının birden iş hukukununun en önemli konularından biri haline gelmesi bu değişiklik için bir gerekçe yaratmıştır. Nitekim tüm dünyayı etkisi altına alan ve çalışma hayatını önemli ölçüde etkileyen bir salgın karşısında kısa çalışma uygulmasına doğrudan gidilebilmesi gerekirken durumunun zorlayıcı neden kavramı içinde değerlendirilmesi gerekmiştir. Değişikliğe kadar genel salgın hali de her ne kadar zorlayıcı sebep içerisinde değerlendirilse de genel salgın halinin teredüte yer bırakmayacak şekilde mevzuatta düzenlenmiş olması olumlu bir gelişmedir.

Kısa çalışma için gerekli olan genel ekonomik, bölgesel, sektörel kriz, zorlayıcı nedenler ve genel salgın hallerinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması yönetmeliğe bırakılmıştır. Yönetmelik md. 3/1-c ile: "*Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerlerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar.*" genel ekonomik krizi, "*Ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde*

uygulamasının esaslı değişiklik olduğu ve işçilerin onayının aranması gerektiği yönünde bkz. **Bayhan**, Tevfik, Kısa Çalışma; Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Sayılır Mı?, Terazi Hukuk Dergisi, S. 38, Ekim 2009, s. 89. Kısa çalışma uygulmasına geçiş için gerekli sebeplerin olmamasına rağmen yaptırılan kısa çalışma uygulamasının esaslı değişiklik olduğu yönündeki ayrıntılı bilgi için bkz. **Durmaz**, s. 134.

[1496] **Sümer**, Uygulamalar, s. 663-664.

[1497] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 20; **Başterzi**, s. 69; **Ekmekçi**, s. 53; **Kayalı Çetinkaya**, s. 455.

[1498] RG. 32449, 03.02.2024.

etkilenip sarsıldığı durumlar." md. 3/1-b ile bölgesel krizi, "*Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumlar*." md. 3/1-j ile sektörel krizi ifade etmektedir[1499]. Ekonomik krizin yanı sıra md. 3/1-m ile "*İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da işyerinin fiziken doğrudan olumsuz etkilendiği deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri durumlar."* zorlayıcı neden kabul edilerek kısa çalışma uygulamasına geçiş imkanı sağlamaktadır. Bunların yanında 2024 yılında eklenmiş olan genel salgın hali de md. 3/1-ç'de "*Bir hastalığın veya enfeksiyon etkeninin ülke çapında veya belirli bir bölgede çok geniş bir alanda yayılım gösterdiği ve işyerlerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumlar*" şeklinde açıklanmıştır.

Kanunda ve yönetmelikte gösterilen kısa çalışma uygulamasına geçiş için gereken nedenlerin varlığı tek başına yeterli olmayıp işverenin de bu durumdan etkileniyor olması gerekmektedir[1500]. Yönetmelik md. 1/1'de belirtilen kısa çalışmanın amacı gereği söz konusu bu etkilenmenin, faaliyetin durdurulmasını veya çalışma süresinin kısaltılmasını gerektirecek düzeyde olması beklenmektedir[1501]. Şayet işyerindeki tüm birimler faaliyetlerine geçici süre ile son verdilerse bu durum işin tamamen durdurulmasını ifade ederken, işyerindeki bir veya birkaç birimin faaliyetlerine ara vermesi hali işyerinde faaliyetin kısmen durdurulduğu anlamına gelmektedir[1502]. Faaliyetin tamamen durması halinde kısa çalışma uygulaması işyerindeki tüm işçiler için geçerliyken, faaliyetin kısmen durdurulması halinde kısa çalışma uygulaması sadece faaliyeti durdurulan birimler için geçerli olmaktadır[1503]. Önemle belirtmek gerekir ki, kısa

[1499] Genel ekonomik kriz şartının yanında sektörel ve bölgesel krizin ayrıca düzenlenmiş olmasının konuyla ilgili duraksamaları ortadan kaldırdığı yönünde bkz. **Güzel**, Ali/ **Okur**, Ali Rıza/ **Caniklioğlu**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 20, İstanbul 2024, s. 800.

[1500] **Aydın**, s. 33; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 9; **Akyiğit**, s. 423; **Ocak**, s. 194; **Uğraş**, s. 53; **Koç**/ **Gümüş**, s. 216.

[1501] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 9; **Akyiğit**, s. 424; **Ocak**, s. 256; **Kayalı Çetinkaya**, s. 444; **Uğraş**, s. 53.

[1502] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 9; **Ocak**, s. 270; **Kayalı Çetinkaya**, s. 444.

[1503] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 9; **Kayalı Çetinkaya**, s. 444.

çalışma ödeneğine yönelik gerekli şartları sağlayan bir kısım işçi için kısa çalışmaya başvurulurken, aynı koşuldaki diğer işçiler için başvuruda bulunulmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır[1504]. İşverenin kısa çalışmayı işyerinin tamamında ya da belirli bir bölümünde yahut farklı bölümlerinde farklı sürelerle uygulanmasını talep etme imkanı bulunmaktadır[1505].

Çalışma süresinin kısaltılması hali ise kısmi süreli iş sözleşmesinin çalışma şartlarına benzetilse de kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş manasında bir kısaltma söz konusu değildir[1506]. Kısa çalışma halindeki çalışma süresinin kısaltılması, kısmi süreli iş sözleşmelerinin aksine ancak bazı sebeplerin varlığı halinde ve ancak geçici bir süre için geçerli olabilmektedir[1507]. 4447 sayılı Kanun ek md. 2/1 gereği kısa çalışma uygulamasına geçiş için, işyerinde uygulanan normal haftalık çalışma süresinde en az 1/3 oranında bir azaltmaya gidilmesi yahut geçici olarak en az 4 hafta süreyle işyerindeki faaliyetlerin tamamen yahut kısmen durdurulması ihtiyacı doğmuş olmalıdır[1508]. Yeni yönetmelikte ayrıca sigortalının kısa çalışma süresinin haftalık normal çalışma süresinin üçte birinden az olarak belirlenebileceği ancak bunun sıfır olamayacağı düzenlenmiştir (Yön. m.4/4).

Ayrıca yeni yürürlüğe giren yönetmelikte, mülga yönetmelikten farklı olarak, kısa çalışmaya tabi tutulan sigortalılar için kısa çalışma döneminin 4 haftadan daha kısa belirlenebileceği haller sayılmıştır. Buna göre, sigortalının iş sözleşmesinin sona ermesi, aynı işverene ait diğer işyerine

---

[1504] Bu husus aynı zamanda kısa çalışma ile ücretsiz izin uygulamalarının farklarından birini de oluşturmaktadır. **Endes**, s. 39; **Ocak**, s. 72.

[1505] **Kayalı Çetinkaya**, s. 446; **Koç/ Gümüş**, s. 215.

[1506] Kısmi süreli çalışma ile kısa çalışma arasındaki farka ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Elgörmüş**, Sümeyye, Kısmi Süreli Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulaması Arasındaki Benzerlikler ve Farklar, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2022, s. 117 vd., **Endes**, s. 39 vd.; **Kırmızı**, s. 821 vd.

[1507] **Narmanlıoğlu**, Ünal, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s. 639; **Tuna**, Mustafa Oğuz, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 4, 2014, s. 338; **Endes**, s. 42; **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s. 327; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 3; **Başterzi**, s. 64; **Caniklioğlu**, s. 503; **Kuzgun**, s. 36; **Kırmızı**, s. 821; **Seçkin**, s. 138; **Tulukçu**, s. 18.

[1508] Faaliyetin tamamen durdurumu işyerindeki tüm işçilerin, kısmen durdurumu ise belirli bazı departmandaki işçilerin ücretsiz izne çıkarıldığı anlamına geldiği yönünde bkz. **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 9; **Akyiğit**, s. 422-423; **Uğraş**, s. 53. Ücretsiz izin uygulamasında işçilerin kabulü gerekirken kısa çalışmada işçilerin kabulü gerekmez. **Endes**, s. 47; **Tuna**, s. 339. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yamakoğlu**, Efe/ **Karaçöp**, Eda, İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, Y. 2014, s. 480 vd.

nakli veya iş sözleşmesinin askıya alınması durumlarında kısa çalışma dönemi 4 haftadan kısa belirlenebilir (Yön. m.4/3).

Bazı durumlarda işverenin ilan edilen tarihten önce işyerinde normal faaliyet başlama kararı verebilir. Bu gibi durumlarda işveren durumu Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına ve sigortalılara altı iş günü önceden yazılı bildirmek zorundadır. Böylece bildirimde belirtilen tarih itibariyle kısa çalışma sona erer. (Yön. m.11).

C. Kısa Çalışma Talebinin Değerlendirilmesi

Genel ekonomik, bölgesel, sektörel kriz halinde zorlayıcı nedenlerin varlığında yahut genel salgın durumlarında işveren bu koşullardan etkileniyor ve faaliyetini eski şekilde yürütmekte zorlanıyor olsa dahi kendi kendine kısa çalışma uygulamasına geçme imkanı bulunmamaktadır[1509]. Bu durum esasen kısa çalışma uygulamasında rizikoyu yüklenenlerin birinin de devlet olmasından kaynaklanmaktadır[1510].

4447 sayılı Kanun ek md. 2/2'de kısa çalışma uygulamasına geçmek isteyen işverenin nasıl bir yol izlemesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre işverenlerin bu yöndeki taleplerini gerekçelerini de sunmak şartıyla Türkiye İş Kurumuna bildirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte şayet işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi mevcutsa taraf işçi sendikasına da aynı yönde bir bildirimde bulunmak durumundadır. Sendikaya yapılan bu bildirim işyerinde çalışma koşullarında yapılan bu değişikliği bildirme amacı taşımaktadır[1511]. Kanun, söz konusu bildirimin derhal ve yazılı olması gerektiğini açıkça düzenleme altına almıştır. Bununla beraber ilgili yönetmelikte önceki yönetmelikten farklı olarak işverenin Kurum tarafından belirlenecek yöntemle talebini iletmesi gerektiği ifade edilmiştir (Yön. m.4/1). Yine aynı yönetmelik ile talep içerisinde yer alması zorunlu olan hususlar sayılmıştır. İşverenler taleplerinde; ortaya çıkan sebebin işyerlerini nasıl etkilediğini ve sebebin ne olduğunu belirtmek, işyerlerinin unvanını, adresini, eğer işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi varsa taraf sendikayı, işyeri İŞKUR numarasını ve sosyal güvenlik sicil numrasını eklemek ve kısa çalışma kapsamında olacak sigortalılar için kısa çalışma yapılacak dönemi ve süreleri içeren listeyi taleplerine eklemek zorundadırlar. Mülga yönetmelikten farklı olarak, yeni yürürlüğe giren

[1509] **Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal**, s. 401.
[1510] **Endes**, s. 29.
[1511] **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s. 328, dpn. 147; **Caniklioğlu**, s. 512, **Aydın**, s. 32; **Durmaz**, s. 131; **Kuzgun**, İnci, Türkiye'de Kısa Çalışma, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2005, s. 36; **Koç/ Gümüş**, s. 215; **Seçkin**, 144; **Kayalı Çetinkaya**, s. 446.

yönetmeliğe göre işverenlerden iddialarını kanıtlayıcı somut belge ibrazı gerekliliği ise bulunmamaktadır (Yön. m.4/2).

İşyerinde faaliyetin tamamen ya da kısmen durdurulması yahut çalışma sürelerinin kısaltıması ancak işveren tarafından usulüne uygun şekilde yapılan talebin uygun bulunmuş olmasına bağlıdır[1512]. İlgili yönetmelikte "Talebin Değerlendirilmesi" başlığı altında 5. madde ile başvurunun değerlendirilme süreci açıklanmıştır. Bu konuda önceki yönetmelikten farklı olarak daha detaylı bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, talebin her şeyden önce şekil ve sebep yönünden uygunluğuna bakılmaktadır. Bu konuda şekilden kasıt yazılı şekle uygunlukken, sebepten kasıt ise kısa çalışmayı gerektirecek olayın varlığına ilişkindir[1513].

Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın veya zorlayıcı sebeplerin varlığı yönünde sendika konfederasyonlarının iddiası yahut kuvvetli bir emarenin varlığı halinde yönetim kurulu tarafından karara bağlanmaktadır (Yön. m.5/2). Yönetmelik m.5/2'de yer alan sebeplerle yönetim kurulu tarafından alınmış bir karar yoksa, işverenin yaptığı kısa çalışma başvurusu kurum birimi tarafından reddedilmektedir. (Yön. m.5/3).

Bununla birlikte, bu hususa ilişkin bir istisnaya yer verilerek ve işyerinin fiziken doğrudan etkilendiği durumlarda yönetim kurulu kararı aranmayacağı düzenlenmiştir (Yön. m.5/4). Doğal afetle karşılaşılan durumlarda yönetim kurulu aranmadan kısa çalışma uygulamasına geçilmesi süreci hızlandırmak adına olumlu bir gelişmedir. Ancak deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri durumlar gerekçesiyle yapılan başvurularda işyerinin fiziken etkilenmediği ancak bu doğal afetlerden dolaylı olarak etkilenen işverenin nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi durumlarla karşılaşması halinde yapılan başvurular kurum birimi tarafından reddedilir (Yön. m.5/5). Talepler sebep ve şekil incelendikten sonra uygunluk tespiti için Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına gönderilmektedir (Yön. m.5/6).

Bu düzenleme öncesinde yaşanan ve "bölgesel kriz" olarak değerlendirilen 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli depremlerde işverenlerin başvurduğu kısa çalışma başvurularında da tıplı "zorlayıcı neden" kabul edilen Covid-19 pandemisi döneminde olduğu gibi, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile getirilen düzenleme ile uygunluk tespiti aranmamamıştır. Yapılan bu düzenlemeker kısa çalışma uygulamasına geçiş sürecinin kontrollü işlemesi açısıdnan olumlu görülse

[1512] **Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal**, s. 401; **Aydın**, s. 32.
[1513] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 15; **Koç/ Gümüş**, s. 215.

de afet, salgın gibi acil hallerde yine cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile süreç hızlandırılabilcektir.

İşverenin talebinin uygunluğuna ilişkin olarak iş müfettişlerinin yaptığı değerlendirme sonrası, tespit sonuçları Kurumca işverene iletilmektedir. İşveren kendisine bildirilen sonucu işyerinde ilan ederek işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi varsa yetkili işçi sendikasına bildirmek durumundadır (Yön. m.5/8).

Her ne kadar kanunda gösterilmemiş olsa da talebin olumsuz değerlendirilmesi halinde yargı yoluna gidilmesi mümkündür[1514]. Bununla birlikte görevli yargı makamı konusunda görüş aykırılıkları yaşanmıştır. İdari bir makam tarafından verilen karar söz konusu olduğundan idare mahkemelerinin görevli olduğu görüşünün[1515] yanında iş mahkemelerinin görevli olduğu görüşü[1516] baskındır. Bir diğer görüşe göre, kısa çalışma talebi hakkında kurum tarafından verilen red işlemi bir idari işlem olduğundan idare mahkemesi görevliyken, doğrudan red kararına karşı olmayan ancak kararın uygulanmasına yönelik çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesi olmalıdır[1517]. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu[1518] md. 5/1-b'de yer alan iş mahkemelerinin "*Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara*" bakacağı yönündeki açık hükmü gereği, kısa çalışma talebinin reddine yönelik olarak açılacak davanın iş mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir.

II. KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİ

A. Yararlanma Şartları

Kanunda sayılan nedenlerle kısa çalışma başvurusunda bulunan işverenin talebinin kabulü halinde işyerindeki faaliyet geçici süreyle de olsa tamamen durdurulabildiği gibi daha az sürelerle çalışma sistemine de geçmiş olabilir. İşverenlerin yaptırmadığı bir çalışma için ücret ödemek gibi bir yükümlülüğü söz konusu olmadığından işçiler bir gelir kaybı ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle kısa çalışmayı gerektiren koşullar halinde devlet, iş sözleşmelerinin devamını sağlamak ve çalışma ilişkilerinin

---

[1514] **Çelik**, Nuri/ **Caniklioğlu**, Nurşen/ **Canbolat**, Talat/ **Özkaraca**, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, B. 36, İstanbul 2023, s. 770; **Demir**, s. 261; **Kuzgun**, s. 36.

[1515] **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 18; **Uğraş**, s. 62

[1516] **Caniklioğlu**, s. 517; **Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan**, s. 329; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 679-680.

[1517] **Kayalı Çetinkaya**, s. 448.

[1518] RG. 30221, 25.10.2017.

sürdürülmesi için işsizlik sigortası fonundan işçilerin yaşadığı gelir kaybını bir nebze olsun gidermeye çalışmaktadır[1519].

İşçilerin işsizlik sigortası fonundan karşılanan kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için her şeyden önce işverenin kısa çalışma uygulamasına geçiş için gereken prosedürleri uygulamış olması gerekmektedir. İşverenin başvurusu üzerine, Türkiye İş Kurumu tarafından görevlendirilen iş müfettişlerinin uygunluk tespitinin olumlu olması halinde işveren tarafından sunulan listedeki işçiler için kısa çalışma ödeneği ödenmesi mümkün hale gelmektedir. Bu bakımdan işyerinde kısa çalışma uygulamasına geçilmesi sürecine işçiler dahil olmadığı gibi[1520] kısa çalışma ödeneğinin ödenmesi konusunda da işçinin başvurusu gerekmemektedir[1521].

4447 sayılı Kanun ek madde 2/3'de 25.01.2024 tarihinde yapılan değişiklikten önce işçilerin ödenekten yararlanması için, 4447 sayılı Kanun kapsamında olması ve işsizlik sigortası kapsamında işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını taşıması gerekmekteydi. Bu bakımdan aynı kanunun 50. maddesinde aranan işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarını sağlamayan işçilere kısa çalışma ödeneği bağlanması mümkün değildi. Mülga yönetmelik md. 6/1-b'de de kısa çalışma ödeneğinden yararlanmanın şartı olarak, işçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte çalışma süresi ve prim gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle işçinin kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son 120 gün hizmet akdine tabi olması ve son 3 yılda en az 600 günlük prim gün sayısı olması beklenmekteydi. Yönetmelikte yer alan "*kısa çalışmanın başladığı tarihte"* lafzına konunun düzenlendiği 4447 sK. ek md. 2'de yer verilmemiş olması eleştirilmiştir. Zira kanunda yer verilmemiş bir sınırlamanın yönetmelikte düzenlenmiş olması ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma imkanını kısıtlaması sebebiyle, kısa çalışma uygulamasının devamı süresi içinde de elbette işçilerin şartları sağlayabileceği ve kalan süre için kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaları gerektiği ifade

[1519] **Süzek/ Başterzi**, s. 859; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, s. 1; **Dilemre Öden**, Begüm, Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Mevzuatı Kapsamında Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, s. 78; **Mollamahmutoğlu**/ **Astarlı**/ **Baysal**, s. 400.

[1520] **Süzek/ Başterzi**, s. 864. Kısa çalışma uygulamasının esaslı değişiklik oluşturması nedeniyle uygulamaya geçiş için işçilerin onayının olması gerektiği yönünde bkz. **Bayhan**, Tevfik, Kısa Çalışma; Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Sayılır Mı?, Terazi Hukuk Dergisi, S. 38, Ekim 2009, s. 89. İşçilerin onayının zorunlu olup olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ocak**, s. 282 vd.; **Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca**, s. 770.

[1521] **Eyrenci**/ **Taşkent**/ **Ulucan**, s. 329; **Senyen-Kaplan**, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2018, s. 370; **Tulukçu**, s. 24, dpn. 58.

edilmiştir[1522]. Diğer bir deyişle, kısa çalışmanın devam ettiği süre içerisinde de işçinin şartları sağlayabileceği ve bakiye süre boyunca kısa çalışma uygulamasından yararlanabileceği kabul edilmiştir. Nitekim öğretideki bu eleştiriye uygun ve isabetli olarak, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Yeni yönetmeliğin 6. maddesinde, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma şartlarının düzenlendiği kanundaki düzenlemenin tekrarı ile yetinilmiştir.

Tüm dünya ile birlikte ülkemizde de beklenmedik büyüklükte bir etkiye neden olan Covid-19 pandemisi döneminde kısa çalışma uygulaması çalışma hayatında önemli bir uygulama haline gelmiştir. Salgının etkilerini hafifletmek amacıyla uygulanan tedbirler kapsamında İçişleri Bakanlığınca hazırlanan genelgelerle pek çok işletmenin faaliyeti durdurulmuş yahut çalışma süreleri kısaltılmıştır. Aynı şekilde birçok işveren de işyerinde sağlık tehdidi oluşturmamak adına benzer uygulamalara gitmiştir. Çalışma hayatında hızlı bir değişime neden olan salgın karşısında kısa çalışma uygulamasının daha etkin ve hızlı bir şekilde uygulamaya konulabilmesi açısından mevzuatımızda yer alan eksiklikleriyle birlikte gündeme gelmiş ve dönemin en çok tartışılan konusu halini almıştır. Bu yönde geçici düzenlemelerle hem başvuru kolaylığı sağlanmış hem de kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için aranan şartlar hafifletilmiştir. Bu yönde son 120 gün hizmet akdine tabi olma şartı son 60 gün, son 3 yılda 600 gün prim gün sayısı bulunması şartı ise 450 gün şeklinde değiştirilerek ödenekten yararlanacak işçi sayısının artması amaçlanmıştır.

4447 sayılı Kanunda yapılan 25.01.2024 tarihli değişiklik ve Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile Covid-19 pandemisi döneminde düzenlenen geçici değişikliklerin[1523] bir kısmı kalıcı hale getirilmiştir. 4447 sayılı Kanun ek md. 2'deki değişikliğe göre: "*Sigortalının kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 120 gün hizmet akdine tabi olması ve son üç yılda en az 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekir*.". Görüldüğü üzere, değişiklikle birlikte kısa çalışma ödeneğinden yararlanma şartı hafifletilmiş ve işçilerin lehine olacak şekilde bir değişikliğe gidilmiştir.

[1522] **Caniklioğlu**, s. 528; **Ekmekçi**, s. 55; **Karaca**, s. 119; **Seçkin**, s. 148; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 681; **Tulukçu**, s. 24.

[1523] Covid-19 Pandemi dönemine özel düzenlemeler için bkz. **Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca**, s. 773-775; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 685-687.

B. Yararlanma Süresi

Kısa çalışma ödeneği, kısa çalışma uygulaması devam ettiği süre boyunca ödenmeye devam etmektedir. Bu bakımdan 3 ayı aşmamak üzere işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmesi mümkündür. Genel ekonomik, bölgesel ya da sektörel kriz halinde ve genel salgın hallerine ilişkin özel bir durum olmamakla beraber zorlayıcı sebeplere dayanarak yapılan kısa çalışma uygulamasının süresi bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki düzenlemeler sebebiyle farklı bir uygulama söz konusudur. 4857 sayılı Kanun md. 40'taki 24/3 ile md. 25/3'te yer alan zorlayıcı sebebe ilişkin olarak çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiler için bir haftaya kadar her gün yarım ücret ödeneceğine dair hükmü gereği, kısa çalışma ödeneğinin verilmesi, bekleme süresi içindeki bu bir haftalık yarım ücret ödemesinden sonra başlamaktadır (4447 sayılı Kanun ek madde 2/5).

Kısa çalışma uygulamasının 3 ayı aşmamak üzere uygulanması sebebiyle en fazla 3 ay için ödenebilecek olan kısa çalışma ödeneğinin süresi 4447 sayılı Kanun ek md. 2/6 gereği Cumhurbaşkanı tarafından 6 aya kadar uzatılabilmektedir. Gerekli şartlar oluştuğu müddetçe kısa çalışmanın birden çok uygulanması mümkündür. Bu bakımdan kısa çalışma ödeneği ödenmesi hususunda da şartlar sağlandığı müddetçe bir defadan daha fazla uygulanması önünde herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır[1524]. Bununla beraber bu husus, kısa çalışmaya geçilmesine sebep olan durumun düzelmemesi halinde aynı sebebe bağlı olarak yeniden başvuruda bulunulabileceği anlamına gelmemektedir[1525]. Zira bunun kabulü halinde kısa çalışma uygulamasının 3 ayı aşmayacak şekilde yapılabileceği yönündeki hüküm anlamsız olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kısa çalışma için getirilen azami süre, işletmeye yöneliktir. İşçilerin başka bir işverenin yanında çalışmaya başlaması halinde şartları varsa işçi yine kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecektir[1526].

4447 sayılı Kanun ek madde 2/4 son cümlesinde yapılan değişikle birlikte, kısa çalışma uygulamasına geçilmesinden başlayarak, 3 yıl boyunca iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak ödenecek işsizlik ödeneği sürelerinden kısa çalışma ödeneği sürelerinin düşüleceği hükme bağlanmıştır. Kısa çalışma ödeneği de tıpkı işsizlik ödeneği ve doğum sonrası yarım çalışma ödeneği gibi işsizlik sigortası fonundan karşılanmaktadır. Dolayısıyla işçi aleyhine olmakla birlikte kurumun finansal dengesinin korunması

[1524] **Akyiğit**, s. 426; **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 682.
[1525] **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 682; **Tulukçu**, s. 23.
[1526] **Tuncay/ Ekmekçi/ Gülver**, s. 683.

düşünüldüğünde aynı fondan yapılacak olan ödemelerin mahsup edilmesi yerinde görülmektedir.

C. Miktarı

Kısa çalışma ödeneği miktarı hem 4447 sayılı Kanunda hem de yönetmelikte düzenlenmiştir. 4447 sayılı Kanun ek madde 2/4 ve yönetmelik m.7/1'e göre, günlük kısa çalışma ödeneği miktarı, son 12 aylık prime esas kazancına göre hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının %60'ı kadardır. Ödeneğin için kanunda bir üst sınır belirlenmiştir. Buna göre, kısa çalışma ödeneği, sigortalının aldığı aylık brüt asgari ücretin %150'sini geçemeyecektir. Ödenek, haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde çalışılmayan süreler için aylık olarak hesaplanmaktadır (Yön. m.7/4).

4447 sayılı Kanun ek madde 2'de 2024 yılında yapılan değişiklikle birlikte kısa çalışma ödeneğinin ne zaman ve kime ödeneceği de kanuna eklenmiştir. 4447 sayılı Kanun ek madde 2/4'e göre, ödenek her ayın beşinde sigortalının bizzat kendisine ödenmektedir. Ödeme tarihini öne çekme konusunda da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yetkilendirilmiştir.

Aynı hükme eklenen diğer bir cümle ile işçi ücretleri gibi kısa çalışma ödeneği de koruma altına alınmıştır. Bu bakımdan ödenekten herhangi bir şekilde kesinti yapılamayacağı düzenlenmiştir. Sadece damga vergisine tabi tutulan kısa çalışma ödeneğinin nafaka borcu dışında onda birinden fazlasının haczedilemeyeceği veya devir ve temliğe konu edilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır[1527]. Mülga yönetmelikte kısa çalışma ödeneğinin, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir veya temlik edilemeyeceği düzenlemesi bulunmaktaydı. Yeni yönetmelik de kanuna uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece kısa çalışma ödeneğinin en fazla %10'luk kısmına nafaka borcu dışında haciz konulabilecek, devir ve temliğe konu edilebilecektir. Kısa çalışma ödeneği ile kısmen işçiye sağlanan gelir güvencesinin belirli bir oranda da olsa haczedilebilip devredilebilir olması işçi bakımından aleyhe bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.

Son olarak, 4447 sayılı Kanun ek madde 2/7'ye göre, işverenin hatalı bilgi, belge vermesi sebebiyle yapılan fazla ödemelerin yasal faiziyle işverenden tahsil edilmesi hükmünün yanına sigortalının kusuruna dayanan

[1527] Kısa çalışma ödeneğinin vergilendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dilemre Öden**, s. 80 vd.

fazla ödemelerin de sigortalıdan yasal faizi ile tahsil edileceği hükmü de eklenmiştir.

D. Kısa Çalışma Ödeneğinin Denetimi, Kesilmesi, Durudurulması

Kısa çalışma ödeneğinin denetimi konusunda Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte mülga yönetmeliğe göre kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelikte denetime ilişkin olarak ayrı bir başlığa yer verilmiş ve denetimin iş müfettişlerince gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. İşyerinin denetiminde ödenek alan sigortalıların çalışma sürelerine ilişkin yanlış bilgi ve belge verildiğinin tespitinde müfettişin yazılı talebi ile kısa çalışma ödeneği durdurulacağı düzenlenmiştir (Yön. m.8).

Kısa çalışmanın yapıldığı işyerindeki kısa çalışma ödeneği alan sigortalıların iş sözleşmelerinin sona ermesi, başka işyerine gönderilmeleri, iş sözleşmelerinin askıya alınması, yaşlılık aylığı bağlanması, silahaltına alınmaları, kanundan doğan bir ödev nedeniyle işten ayrılmaları, tutuklanması, hüküm giymesi, yurt dışına çıkması yahut ölümü halinde kısa çalışma ödenekleri kesilmekte yahut durdurulmaktadır. Bununla beraber geçici iş göremezlik raporu alınması halinde de rapor başlangıcı ile birlikte kısa çalışma ödeneği durdurulmaktadır (Yön. m.9). Mülga yönetmelikte kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi durumunda kısa çalışma ödeneğinin kesileceği yönündeki hükme yeni yönetmelikte yer verilmediği görülmektedir. Mülga yönetmelikte kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesiyle ile kastedilen bu kişilerin kısa çalışmaya tabi tutulduğu işyerinden ayrılıp yeni bir işyerine girmesidir. Yeni yönetmelikte bu husus şüpheye yer bırakmayacak biçimde isabetli olarak kısa çalışma ödeneği alanların kısa çalışmaya tabi tutulan işyerinde iş sözleşmesinin sona ermesi hali olarak düzenlenmiştir.

SONUÇ

Kısa çalışma uygulaması, iş ilişkisini sürdürmeye yönelik bir uygulama olarak karşımıza çıkar. Kısa çalışma uygulamasıyla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesine gerek olmadan ekonomik kriz, genel salgın, zorlayıcı sebepler gibi durumların işyerinde yol açtığı olumsuz etki giderilmeye çalışılır.

25.01.2024 tarihinde kısa çalışma ödeneği ile ilgili olarak 4447 sayılı Kanun ek madde 2'de yapılan değişiklikleri takiben konuyu düzenleyen yönetmelikte de değişiklik yapılmış ve 2011 yılından itibaren uygulanan

yönetmelik mülga olarak 01.03.2024 tarihinden itibaren uygulanmak üzere Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Kanun'da ve yönetmelikle birlikte konuyla ilgili düzenlemeler, özellikle Covid-19 Pandemisinde yaşanan sorunlar ve geçici maddelerle yapılan düzenlemelere uygun hale getirilmiştir. Bu anlamda yapılan değişiklikler olumlu karşılanmaktadır.

Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği ile ilgili getirilen yeni düzenlemelerle özellikle Covid-19 pandemisi sırasında yaşanan belirsizlikler giderilmiştir. Covid-19 pandemisi, "zorlayıcı neden" olarak değerlendirilmiş ve işverenler kısa çalışma uygulamasına bu kapsamda başvurmuşlardır. Ancak pandeminin de etkisiyle yaşanan bu belirsizlik Kanun'da yapılan açık düzenlemeyle birlikte giderilerek kısa çalışmaya başvurulabilecek hallerin arasına "genel salgın" hali de eklenmiştir.

Yakın tarihte konuyla ilgili getirilen bir diğer değişiklik ise, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma şartlarına ilişkindir. Covid-19 pandemisi sırasında geçici hükümlerle uygulanan son 3 yılda en az 600 gün yerine 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödeme şartı kalıcı hale getirilmiştir. İşçi lehine getirilen bu düzenlemeyle kısa çalışma ödeneği alan işçi sayısı artacaktır.

6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen Kahramanmaraş merkezli depremlerde de kısa çalışmanın önemi ortaya çıkmıştır. Yakın tarihte yaşanan ve "bölgesel kriz" olarak değerlendirilen bu doğal afet nedeniyle işverenler kısa çalışmaya başvurmuşlardır. Burada da geçici maddelerle getirilen düzenlemelerle Covid-19 pandemisinde uygunluk tespitinin aranmadığı gibi, depremde de cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile getirilen düzenlemeye göre kısa çalışma başvurularında uygunluk tespiti aranmamıştır.

Kısa çalışma uygulamasına yol açan sebepler genellikle öngörülemeyen ve aniden gerçekleşen olaylardır. Bu bakımından kısa çalışma uygulamasının yapılması için aranan sebeplerin ortaya çıkmasından önce bu sebeplerin ortaya çıkabileceği noktasında her zaman hazırlıklı olunmalı ve geçici düzenlemeler yerine buna uygun düzenlemeler yapılmalıdır. Yönetmelikte işyerinin fiziken doğrudan etkilendiği durumlarda yapılan kısa çalışma başvurularında Yönetim Kurulu kararının aranmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Sürecin hızlı yürütülmesi bakımından getirilen düzenleme oldukça önemlidir.

Kısa çalışma talebinin değerlendirilmesine yönelik idari prosedür için daha kolaylaştırılmış bir yöntem getirilebilir. Çünkü kısa çalışma uygulamasına başvuran işverenin bu başvurusu reddedildiğinde işyerini

kapatması, işçilerden bazılarının iş sözleşmesini sona erdirmesi gibi sonuçların doğması söz konusu olabilir. Bu açıdan taleplerin hızlıca değerlendirilmesi ve prosedürün azaltılması oldukça önemlidir. Bu kapsamda kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluk tespiti yapan birimler için düzenleyici süreler getirilmesi süreci hızlandırabilir.

Son olarak işverenin kısa çalışma uygulaması için yaptığı talebin olumsuz karşılanması halinde yargı yoluna başvurma hakkına ilişkin Kanun'da açıkça bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olabilir.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, B. 15, Ankara 2024.

Akyiğit, Ercan: Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 19, S. 1-2, Ağustos-Kasım 2004, 1-35. (Kısa Çalışma)

Astarlı, Muhittin: Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 17, 2010, 74-88.

Aydın, Ufuk: Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, 29-40.

Başterzi, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 64.

Bayhan, Tevfik, Kısa Çalışma; Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Sayılır Mı?, Terazi Hukuk Dergisi, S. 38, Ekim 2009, 87-92.

Caniklioğlu, Nurşen: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.

Çelik, Nuri/ **Caniklioğlu**, Nurşen/ **Canbolat**, Talat/ **Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, B. 36, İstanbul 2023.

Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2017.

Dilemre Öden, Begüm: Kısa Çalışma Ödeneğinin Vergi Mevzuatı Kapsamında Değerlendirilmesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2020, 75-86.

Dinçay, İsmail Hakkı: Farklı Ülke Uygulamaları Işığında Türkiye'de Kısa Çalışma Ödeneğinin Uygulama Etkinliği Üzerine Bir İnceleme, Çalışma ve Toplum, S. 3, 2021, 1871-1900.

Durmaz, K. Pınar, İş Hukukunda Çalışma Koşullarındaki Değişiklikler, Ankara 2021.

Dursun Ateş, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.

Ekmekçi, Ömer: Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulamasına İlişkin Sorunlar, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 14, Haziran 2009, 47-59.

Elgörmüş, Sümeyye: Kısmi Süreli Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulaması Arasındaki Benzerlikler ve Farklar, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2022, 113-139.

Endes, Nurtaç: Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Ankara 2017.

Eyrenci, Öner/ **Taşkent**, Savaş/ **Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B. 9, İstanbul 2019.

Gerek, Nüvit: Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri ve Önemi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 38, 2013, 3-23.

Güzel, Ali/ **Okur**, Ali Rıza/ **Caniklioğlu**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 20, İstanbul 2024.

Karaca, Ali: Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Y. 4, S. 14, Haziran 2009, 116-123.

Kayalı Çetinkaya, Tuba: Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Ankara 2014, 417-474.

Kırmızı, Evran: Son Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, Nisan 2020, 820-829.

Koç, Muzaffer/ **Gümüş**, İskender: Türkiye'de Pasif Emek Piyasası Politikası Aracı Olarak Kısa Çalışma Uygulaması, Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 18, 2019, 203-224.

Kuzgun, İnci: Türkiye'de Kısa Çalışma, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2005, 33-52.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/ **Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, B. 4, Ankara 2020.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.

Ocak, Saim, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.

Özdemir, Cumhur Sinan: Her Yönüyle Kısa Çalışma Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 32, Nisan 2009, 33-41.

Seçkin, M. İhsan: Kriz Dönemlerinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 1, Ocak 2013.

Senyen-Kaplan, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2018.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, B. 27, Ankara 2024.

Sümer, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 4, Ankara 2023.

Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku Uygulamaları, B. 8, Ankara 2024. (Uygulamalar)

Süzek, Sarper/**Başterzi**, Süleyman: İş Hukuku, B. 24, İstanbul 2024.

Tulukçu, N. Binnur: Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 91, Mart 2014, 14-29.

Tuna, Mustafa Oğuz: Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 4, 2014, 337-354.

Tuncay, Can/ **Ekmekçi**, Ömer/ **Gülver**, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 22, İstanbul 2023.

Uğraş, Boray: İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 2014, 49-68.

Yamakoğlu, Efe/ **Karaçöp**, Eda: İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 1, Y. 2014, 479-506.

[1528H] PREVENTION OF POLLUTION FROM SEWAGE ON PASSENGER SHIPS: A COMPARISON BETWEEN INTERNATIONAL AND TURKISH REGULATIONS. HOW CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI) HELP TO IMPROVE THE MOST COMMON ISSUES WITH SEWAGE SYSTEMS?

(YOLCU GEMİLERINDEN KAYNAKLANAN ATIK SU KİRLİLİĞİNİN ÖNLENMESİ METHODLARI: ULUSLARARASI VE TÜRK DÜZENLEMELERI ARASİNDAKİ KARŞILAŞTIRMALAR. YAPAY ZEKA (YZ) GEMİLERDEN KAYNAKLI ATIK SU KIRLILIĞI KONUSUNDA KARŞILAŞILAN EN YAYGIN SORUNLARA ÇÖZÜM OLABİLİR Mİ?)

Dr. Ayça UÇAR [1529*] [1530]**

ABSTRACT

Passenger ships are a growing economic industry worldwide that has faced criticism due to their environmental impact, as they are major wastewater producers in the seas. Especially, ships with larger capacities have a huge impact on the marine environment. With thousands of passengers and crew on board, passenger ships produce significant amounts of waste that must be properly handled to protect the marine environment and comply with regulations. Current international regulations prohibit sewage into the sea within a specified distance from the nearest land. This regulation only applies to vessels of 400GT and above engaged in international voyages and carrying a minimum of 15 persons on board. It does not address ships carrying fewer persons onboard. However, there are smaller vessels around discharging wastewaters that are not subject to these legal regulations. When pollution reaches the ocean, it adversely impacts marine ecosystems. Therefore, current regulations and authorities such as flag states, port states and classification societies fail to adequately protect the marine environment in the high seas. This article addresses the impact

[1528H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.03.2025. İlk hakem raporu tarihi: 07.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 09.04.2025. Onaylanma Tarihi: 29.04.2025.

[1529*] Visiting Fellow at University of Reading,UK.

[1530**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9275-4392.

Esere Atıf Şekli: Ayça Uçar, "*Prevention of Pollution From Sewage on Passenger Ships: A Comparison Between International Regulation and Turkish Regulations. How Can Artificial Intelligence (AI) Help to Improve the Most Common Issues with Sewage Systems?"*, YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.957-992.

of releasing untreated sewage into the sea and the current regulations that control pollution of the sea by sewage.

Meanwhile, in recent years, Artificial Intelligence (AI) has brought a revolutionary wave of transformation to the shipping industry, such as smart communication systems and efficient waste management. This article will introduce current prevention methods that address the pollution from sewage problem, it aims to identify and tackle the question of whether current regulations are sufficient to protect the marine environment especially concerning ship waste. Lastly, the study will examine how AI enhances the efficiency, reliability and sustainability of sewage systems on passenger ships.

Keywords: *Passenger ships, Artificial Intelligence (AI), Sewage System, Marine Environment, MARPOL, Wastewater.*

ÖZ

Yolcu gemilerinin, dünya genelinde büyüyen bir ekonomik sektör olması nedeni ile bu gemilerden denize dökülen atık su miktarının da fazla olmasına yol açmıştır. Özellikle, daha büyük kapasiteli yolcu gemilerinin, kanalizasyon atıklarını denize boşaltması nedeniyle deniz kirliliği üzerinde büyük bir etkiye sahipler. Binlerce yolcu ve mürettebat ile birlikte, yolcu gemileri deniz çevresini korumak ve hukuki düzenlemelere uymak için uygun şekilde yönetilmesi gereken önemli miktarda atık üretmektedir. Mevcut uluslararası düzenlemeler, en yakın kara parçasından belirli bir mesafe içinde atık suyun denize deşarjını yasaklamaktadır. Bu düzenleme, yalnızca uluslararası sefer yapan ve içinde minimum 15 kişinin bulunduğu 400GT ve üzeri gemilere uygulanmaktadır. Daha az yolcu taşıyan gemiler Uluslararası düzenlemenin dışında kalmaktadır. Ancak, bu yasal düzenlemelere tabi olmayan atık su deşarj eden daha küçük gemiler bulunmaktadır. Kirlilik okyanusa ulaştığında, deniz ekosistemleri üzerinde olumsuz etki yaratmaktadır. Bu nedenle, mevcut düzenlemeler ve bayrak devletleri, liman devletleri ve klas Kuruluşları gibi yetkililer, açık denizlerde deniz ortamını yeterince koruyamamaktadır. Bu makale, atıksu deşarjının deniz üzerindeki etkisini ve gemilerde üretilen atık suların denizi kirletmesini engelleyen mevcut uluslararası ve ulusal düzenlemeleri analiz edecektir.

Son yıllarda Yapay Zeka (YZ), akıllı iletişim sistemleri ve verimli atık yönetimi teknolojisi ile taşıma endüstrisinde devrim yaratmıştır. Bu makalede, gemilerden boşaltılan atık sudan kaynaklanan kirliliği önleyici mevcut yöntemler incelenecek, mevcut düzenlemelerin deniz çevresini

korumak için yeterli olup olmadığınıa ilişkin analiz yapılacak ve çözüm yöntemleri sunulacaktır. Son olarak, çalışma, Yapay Zekanın yolcu gemilerindeki atık su sistemlerinin verimliliğini, güvenilirliğini ve sürdürülebilirliğini nasıl artırdığını inceleyecektir.

Anahtar Kelimeler: *Yolcu gemileri, Yapay Zeka (AI), Kanalizasyon Sistemi, Deniz Çevresi, MARPOL, Atıksu.*

***

1. Introduction

The rapid development of maritime transportation in recent years has raised potential environmental challenges. Passenger ships, particularly large cruise ships, have been significant contributors to marine pollution. With thousands of passengers and crew on board, cruise ships produce considerable amounts of waste that must be properly handled to protect the marine environment and comply with regulations.[1531]

Cruise ships generate a variety of waste, including sewage, garbage, oily bilge water, and hazardous waste.[1532] Among this typical waste, sewage waste has received considerable attention in marine pollution prevention. The problem arises due to the discharge of raw sewage into the sea can create health problems, and when pollution reaches the ocean, it harmfully impacts marine ecosystems. There are global regulations prohibiting illegal dumping and runoff from cruise ships to protect the environment. Many organisations fail to comply and release toxins into the water illegally.[1533]

The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL), national and regional legislations around the world have been developed to control sewage discharge. However, due to shortages in techniques, facilities, management and a lack of legislation, environmental pollution caused by sewage from ships still poses a risk.

[1531] *Managing waste, including wastewater and food disposal, is a critical aspect of operating cruise ships sustainably and responsibly,*https://www.cruisingjournal.com/en/cruise-guide/cruise-lines-guide/waste-management-on-cruise-ships#google_vignette .,(Access Date: 15.01.2025).

[1532] Qing Chen, Wanqing Wu, Yafei Guo, Jingtai Li, Fang Wei, *Environmental impact, treatment technology and monitoring system of ship domestic sewage: A review, Science of The Total Environment*, Volume 811, 2022 https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969721064883.,(access Date: 01.02. 2025).

[1533] Marsh, Jane, *the Effects of Cruise Ship Waste*, https://environment.co/the-effects-of-cruise-ship-waste/ (Access Date 06.02.2025).

Therefore, new prevention techniques and cost-effective measures must be found to reduce pollution from passenger ships. Artificial Intelligence (AI) has significant potential to enhance sewage management on these vessels and further decrease pollution efficiently. Cruise ships produce considerable amounts of waste. AI-powered waste management is crucial to reducing environmental impact. AI-powered waste management systems classify and sort waste more effectively, separating recyclables from non-recyclables. These systems analyse waste data to identify common waste patterns, helping operators develop better recycling policies and minimise production. AI also supports the treatment of grey water and organic waste to meet environmental regulations.[1534] Therefore, the study examines several ways AI may address common problems with ship sewage systems. Before examining the impact of AI technology on passenger ship sewage management systems, it is worth looking at the definition of sewage waste and tackling the question of how to prevent pollution from sewage at sea. Likewise, assessing current regulations that prohibit untreated ship sewage from being released into the sea will be fundamental.

2. Defining Sewage Waste

Passenger ships, especially cruise ships, are getting bigger, with modern cruise ships having a passenger capacity of almost 10000 passengers.[1535] As a result of growth in the sector, the environmental impact has increased over the years.[1536] Large cruise ships often travel to highly protected areas such as Alaska, the Northern Sea and the Mediterranean Sea, where the discharge of wastewater is highly restricted.[1537] MARPOL annex IV addresses the prevention of pollution by sewage from ships, requiring ships to have appropriate sewage treatment and disinfection systems or a sewage storage

[1534] *10 ways AI is being used in Cruises [2025]*, https://digitaldefynd.com/IQ/ai-in-cruises/#:~:text=9.,by%20ensuring%20proper%20recycling%20practices (Access Date. 01.02. 2025).
[1535] Vilotijević, Alex, Matulja, Tin, Hadjina, Marko, Bolf, Davor. (2020). *Modern Equipment for Waste Management on Cruise Ships, Journal of Maritime & Transportation Science* (accessed 11 February 2025).
[1536] Schumüller, K., Weichgrebe, D. Köster, S. Biogas *potential of organic waste onboard cruise ships — a yet untapped energy source*. Biomass Conv. Bioref. 12, 5647–5662 (2022). https://doi.org/10.1007/s13399-020-01249-0(Acces Date: 12.01.2025).
[1537] Daniels, Simon, Shipboard Management 1st ed., London, Routledge,2024, p 64.

tank on board.[1538] The shipping industry and manufacturers of ship equipment are developing systems to ensure adequate treatment of waste to comply with MARPOL.[1539]

Waste produced on ships can be divided into black water and grey water. Black water includes waste from toilets and urinals, while grey water is wastewater from sinks, laundry and restaurants.[1540] Untreated sewage contains high concentrations of nitrates, phosphates, and organic matter. This can contaminate water bodies such as lakes, rivers, and the sea, as the bacteria in untreated sewage are strong and can consume oxygen from the surroundings at a very high rate, making it difficult for the natural fauna of the aquatic environment to survive.[1541]

3. Hazards of Discharging Untreated Sewage in the Sea and Its Impact on the Marine Environment, as well as the Responsibilities of Organisations

Discharging untreated or substandard ship sewage causes damage to the water environment, marine organisms and even human health. It is of great environmental and social significance to develop more efficient disposal technologies and devices and to strengthen the supervision of sewage discharging from ships.[1542] The sewage generated on ships cannot be stored for a long time, therefore, it must be discharged into the sea.[1543] However, raw sewage released into the sea contains bacteria and viruses. Some cruise ships discharge untreated or inadequately treated sewage into the ocean,

---

[1538] *Prevention of Pollution by Sewage from Ships*, https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx (Access Date: 11.02. 2025).

[1539] Daniels, p.64.

[1540] Şahin, V.; Vardar, N. Determination of Wastewater Behavior of Large Passenger Ships Based on Their Main Parameters in the Pre-Design Stage. J. Mar. Sci. Eng. 2020, 8, 546. https://doi.org/10.3390/jmse8080546(accessed 11 February 2025).

[1541] Raunek Kantharia, MARPOL ANNEX 4 *Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at* https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Acces Date 11.02.2025).

[1542] Qing Chen, Wanqing Wu, Yafei Guo, Jingtai Li, Fang Wei, *Environmental impact, treatment technology and monitoring system of ship domestic sewage: A review, Science of The Total Environment*, Volume 811, 2022, p.10, https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969721064883(Access Date: 01.02. 2025).

[1543] Raunek Kantharia, *Sewage Treatment Plant on Ships Explained at https://www.marineinsight.com/tech/sewage-treatment-plant/*(Access Date:11.02. 2025).

especially in areas outside regulated waters, leading to water pollution.[1544] Unfortunately, current international regulations authorise the discharge of untreated sewage up to 12 nautical miles away from the nearest land.[1545] This means that the current regulations do not provide enough protection for the oceans. A vast amount of untreated sewage is dumped into the ocean due to a lack of regulation in the high seas. This sewage is not only full of human waste, but also chemicals, pharmaceuticals, bacteria, viruses, heavy metals, and hazardous waste. Many cruise ships lack sewage treatment facilities to adequately filter out toxins, leading to suffocating marine life such as coral reefs, shellfish and fish.[1546]

Annex IV of MARPOL states that every ship, including passenger ships that are 400 gross tonnage and above or certified to carry more than 15 passengers, must be equipped with either an approved sewage treatment plant or an approved sewage comminating and disinfecting system or a sewage holding tank.[1547] However, not every passenger ship has adequate treatment facilities, and their treatment plant are not fully capable of handling the large volume of waste produced by passengers and crew. As a

[1544] Akshat, Arora, MARPOL *Annex IV – Regulations for the Prevention of Pollution by Sewage from Ships* https://www.standard-club.com/fileadmin/uploads/standardclub/Documents/Import/news/2019-news/2935886-standard-club-marpol-annex-iv-article.pdf(Access Date: 10.02. 2025).

[1545] Holger Steinbock, Jörg Heuckeroth, *Ship's sewage and garbage (MARPOL Annex IV-V)* https://www.deutsche-flagge.de/en/environmental-protection/sewage/sewage#:~:text=inadequate%20reception%20facilities-,No%20discharge%20of%20untreated%20ship's,the%20sea%20(MARPOL%20Annex%20IV)&text=if%20it%20is%20discharged%20from,miles%20from%20the%20nearest%20land. (Access Date: 02. 02. 2025).

[1546] Where Do Cruise Ships Dump Their Waste? https://foe.org/blog/where-do-cruise-ships-dump-their-waste/

[1547] Prevention of Pollution by Sewage from Ships athttps://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx(Access Date: 15.02.2025); a sewage treatment plant on ships is a "wastewater treatment plant" which refers to the system on board that process and clean sewage (both grey and black water) before it is discharged into the ocean. MARPOL Annex IV requires that ships must have a proper waste management system which comply with international environmental standards. MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/.,(Access Date: 03.01. 2025); In all seagoing vessels, special arrangements are installed to hold or treat the sewage (before discharging it), especially in special areas or when the ship nears the coastal areas. Following are the treatments methods; Holding tank which determines the capacity of sewage, communicating and disinfecting equipment which comprises filter that breaks the sewage into smaller particles.

result, sewage may be released without sufficient treatment and posing risks to even regulated waters. Generally, sewage treatment systems installed on board must be certified by classification societies. They verify that the system meets the necessary technical specifications and performance standards. These societies conduct periodic inspections of sewage treatment plants on ships to ensure they are functioning properly and complying with regulations. Classification societies have a role to play in upholding the standards set by the International Maritime Organisation (IMO) regarding sewage discharge from ships. [1548]They should perform their duties to comply with the regulation for sufficient sewage treatment plants, failing which would cause pollution to the marine environment.

Likewise, Other authorities such as shipowners, flag states and port authorities also play key roles in inspecting ships for discharging untreated sewage in ports. Any equipment failure or non-compliance with approved drawings may result in an invalid International Sewage Pollution Certificate and a violation of MARPOL Annex IV. Therefore, shipowners and crews must be aware of the MARPOL Annex IV requirements and familiar with the appropriate operation of shipboard sewage treatment systems.[1549] Regulations also required that regular inspections be conducted following approval from the classification society on behalf of the administration (the ship's flag state). Failure to comply with MARPOL and domestic regulations may result in fines and ship detentions.

4. Regulation For Sewage Waste- MARPOL ANNEX IV

A. The Story of MARPOL

The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) was adopted after the Torrey Canyon accident, which was the largest oil tanker spill recorded at the time. This incident led to the creation of a subcommittee on pollution from ships at the IMO.[1550] The Torrey

[1548] Rishab Joshi, The Importance of Classification Societies in the Maritime Industry https://www.marineinsight.com/maritime-law/the-importance-of-classification-societies-in-the-maritime-industry/(Access Date:11.02. 2025).

[1549] Arora, Akshat, MARPOL Annex IV – Regulations for the Prevention of Pollution by Sewage from Ships at https://www.standard-club.com/fileadmin/uploads/standardclub/Documents/Import/news/2019-news/2935886-standard-club-marpol-annex-iv-article.pdf(Access Date: 11.02. 2025).

[1550] Torrey Canyon: The world's first major oil tanker disaster at https://safety4sea.com/cm-torrey-canyon-the-worlds-first-major-oil-tanker-disaster/(accessed 11 February 2025); International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) at

Canyon was an oil tanker with a deadweight capacity of 120,000 tons of crude oil. It was built in the United States in 1959.[1551] The oil tanker ship hit rocks off the coast of Cornwall, spilling more than 100,000 tonnes of crude oil into the English Channel[1552]. On March 25, oil began to arrive on Cornish beaches, affecting 100 miles of coastline.[1553] This was the first major oil spill in British and European waters, causing significant damage to marine life[1554]. It remains the UK's worst environmental pollution event and set in motion a chain of events that led to a new international treaty that remains in force today.[1555]

MARPOL is the main international convention covering the prevention of pollution of the marine environment by ships from operational and accidental causes. The MARPOL Convention was adopted on 2 November 1973 at the IMO.[1556] MARPOL received three ratifications from Jordan, Kenya, and Tunisia by 1976. [1557] Following a series of tanker accidents led to a new IMO Conference, and the changes were incorporated into both the Protocol of 1978 relating to the 1974 Convention on the Safety of Life at Sea (1978 SOLAS Protocol).[1558] After the Torry Canyon oil spill incident, the series of disasters continued to occur despite of MARPOL 1973. Likewise, *the Amoco Cadiz* accident[1559], which happened in 1978, triggered MARPOL 1978 amendments.[1560] The largest global oil spill occurred just

https://www.imo.org/en/about/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx/(Access Date: 11.12. 2024).

[1551] Daniels, Simon, Shipboard Management 1st ed., London, Routledge,2024, p. 61.

[1552] Soyer Barış, Tettenborn Andrew, *Pollution at Sea Law and Liability*,1st Edition, Informa Law, London,2012, p.7.

[1553] Berlingieri, Francesco, *International Maritime Conventions* (Volume 3): *Protection of the Marine Environmen*t ,1st ed., Informa Law from Routledge.,2015, p.3

[1554] Torrey Canyon oil spill: The day the sea turned black at https://www.bbc.co.uk/news/uk-england-39223308 (Access Date:13. 02.2025).

[1555] Techera Erika, McCann Joy, *The Unruly Ocean: Law and Justice in the World's Oceans, Seas and Shorelines*, Routledge; 1st edition ,2024, p. 226.

[1556] International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) https://www.imo.org/en/about/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx(Access Date:11 December 2024).

[1557] Daniels, p.62.

[1558] Ibid, at p.62.

[1559] Techera Erika, McCann Joy, *The Unruly Ocean: Law and Justice in the World's Oceans, Seas and Shorelines*, Routledge; 1st edition ,2024, p. 226.

[1560] Ibid at p. 26; *The Amoco Cadiz*; ran aground on the coast off France in 1978, rupturing the cargo tank and spilling crude oil into the ocean.

the following year, when the *Atlantic Empress*[1561] spilt 287,000 tonnes of oil into the ocean in 1979. This accident further influenced the law yet, a large spill was to come. In 1989, the Exxon Valdez oil super tanker struck, spilling oil in the Prince William Sound, Alaska. This accident resulted in the tanker, grounding, causing huge oil pollution in US waters and killing thousands of animals. It was followed by the ABT Summer spill in 1991. After a series of oil disasters, amendments were adopted in 1992 to MARPOL, requiring new ships to be fitted with segregated tanks and double hulls to reduce the risk of oil spills, and older vessels were gradually taken out of service[1562]. In 1997, a protocol was adopted to amend the Convention, and a new Annex VI was added, which entered into force on 19 May 2005. MARPOL has been updated and amended throughout the years.[1563]

B. Regulation for Sewage Waste- MARPOL ANNEX IV

The discharge of sewage waste from ships is regulated under MARPOL Annex IV.[1564] MARPOL Annex IV contains a set of regulations regarding the discharge of sewage into the sea, including regulations regarding the ship's equipment and systems for the control of sewage discharge, the provision of port reception facilities for sewage, and requirements for survey and certification.[1565]

Six technical Annexes were established in the MARPOL convention to prevent and control pollution from ships. Crucial declarations are summarised in each Annex to provide the main points of restriction for each type of waste. Among these, Annex IV is the regulation for sewage, which

---

[1561] https://shipwrecklog.com/log/history/atlantic-empress/; *The Atlantic Empress* was Greek oil tanker that collided with the Aegean captain in 1979. The spill released and estimated 90 million gallons of oil into the Atlantic Ocean.

[1562]Techera Erika, McCann Joy, *The Unruly Ocean: Law and Justice in the World's Oceans, Seas and Shorelines*, Routledge; 1st edition ,2024, p. 226.

[1563] International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) https://www.imo.org/en/about/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx/(Access Date: 10. 11. 2024).

[1564] Raunek Kantharia, MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date 11. 02. 2025).

[1565] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(Access Date: 11. 02. 2025); Sands Philippe, *Principle of International Environmental Law*, Cambridge Univrsity Press 2nd edition,2003, p.443.

came into force in 2003, 25 years after its inclusion in the convention in 1978.[1566] According to MARPOL Annex IV, the oceans are capable of absorbing and dealing with raw sewage through natural bacterial action. Therefore, the regulations in Annex IV of MARPOL only forbid sewage discharge into the sea within a special distance from the nearest land, unless otherwise provided.[1567] Governments are required to make sure that adequate facilities at ports and terminals for the function of sewage are prepared without causing delays to ships. The Annex came into force on September 27, 2003. A revised version of Annex IV was adopted on 1 April 2004 and entered into force on 1 August 2005.[1568] Annex IV of the MARPOL Convention applies to all ships, including passenger ships on international voyages with a size of 400 gross tonnage and above, or which are certified to carry more than 15 people. The Annex requires ships to be equipped with either an approved sewage treatment plant or an approved comminuted and disinfecting system, or a sewage holding tank.[1569] Untreated Sewage may be discharged at more than 12 nautical miles from the nearest land when the ship is underway, proceeding at not less than 4 knots. The rate of discharge of untreated sewage shall be approved by the Administration.[1570]

[1566] Qing Chen, Wanqing Wu, Yafei Guo, Jingtai Li, Fang Wei, Environmental impact, treatment technology and monitoring system of ship domestic sewage: A review, Science of The Total Environment, Volume 811, 2022 at https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969721064883, p.3 (Access Date: 01. 02.2025).

[1567] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(Access Date: 10. 02. 2025).

[1568] Holger Steinbock, Jörg Heuckeroth, Ship's sewage and garbage (MARPOL Annex IV-V) https://www.deutsche-flagge.de/en/environmental-protection/sewage/sewage#:~:text=inadequate%20reception%20facilities-,No%20discharge%20of%20untreated%20ship's,the%20sea%20(MARPOL%20Annex%20IV)&text=if%20it%20is%20discharged%20from,miles%20from%20the%20nearest%20land. (Access Date: 25. 02.2025).

[1569] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(Access Date: 15. 02. 2025).

[1570] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(Access Date: 21, 02.2025).

C. Special Areas

The most recent amendment to MARPOL Annex IV designated a "Special Area" as well as relevant requirements for the discharge of sewage from passenger ships.[1571] MARPOL identifies special areas of the ocean where specific methods are required to prevent pollution. These are given a higher degree of protection than other parts of the ocean. Likewise, these recent amendments were drafted especially for passenger ships. According to MARPOL Annex IV, rigorous discharge limits are imposed on all passenger ships. The Marine Environment Protection Committee (MEPC) adopted resolution MEPC.200(62) amending MARPOL by entitling the Baltic Sea as a special area. Under Annex IV, passenger ships, which are operating in special areas, are prohibited from releasing sewage unless they have an approved sewage treatment plant[1572]. The Baltic Sea area was adopted as the first special area for sewage discharge regulation. This regulation especially targets passenger ships, which are the major cause of sewage-related pollution in the sea and in coastal water bodies. The regulation prohibits the release of raw sewage into the seas of Baltic region. Untreated sewage produced on the passenger ship can either be treated in a

[1571] Holger Steinbock, Jörg Heuckeroth, Ship's sewage and garbage (MARPOL Annex IV-V) https://www.deutsche-flagge.de/en/environmental-protection/sewage/sewage#:~:text=inadequate%20reception%20facilities-,No%20discharge%20of%20untreated%20ship's,the%20sea%20(MARPOL%20Annex%20IV)&text=if%20it%20is%20discharged%20from,miles%20from%20the%20nearest%20land(Access Date: 23. 02. 2025).

[1572] MEPC 64/23/Add.1 Annex 22, page 42012 "Guidelines on Implementation of Effluent Standards and Performance Tests for Sewage Treatment Plants "https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.227(64).pdf (accessed 11 February 2025); These Guidelines amend the Revised guidelines on implementation of effluent standards and performance tests for sewage treatment plants, adopted by resolution MEPC.159(55), by including the standards of section 4.2 that only apply to passenger ships which operate in MARPOL Annex IV special areas and which intend to discharge treated sewage effluent into the sea.; Akshat Arora, MARPOL Annex IV – Regulations for the Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.standard-club.com/fileadmin/uploads/standardclub/Documents/Import/news/2019-news/2935886-standard-club-marpol-annex-iv-article.pdf; Currently, the Baltic Sea area is the only Special Area under Annex IV. In accordance with resolution MEPC.275(69), the discharge requirements for Special Areas in regulation 11.3 of MARPOL Annex IV for the Baltic Sea Special Area shall take effect: on 1 June 2019, for new passenger ships[1]; on 1 June 2021, for existing passenger ships other than those specified in .3; and on 1 June 2023, for existing passenger ships en route directly to or from a port located outside the special area and to or from a port located east of longitude 28˚10' E within the special area that do not make any other port calls within the special area.

Sewage Treatment Plant (STP) before discharge, or the collected sewage can be transferred to a shore facility. The sewage treatment plant installed on passenger ships, intending to discharge sewage waste in Special Areas, should additionally meet the nitrogen and phosphorus removal standards when tested for its Certificate of type Approval by the Administration.[1573]

Therefore, passenger ships entering special areas must comply with the regulations. The Baltic Sea is recognised as a special area by MARPOL Annex IV, and relevant organisations such as classification societies make sure that passenger ships have a proper sewage treatment plant (STP) and STP meets the required specifications and standards. Besides, shipowners, flag states and port authorities also play an important role in vigorous periodic inspection to meet the regulations by MARPOL Annex IV. In addition to the International Maritime Organisation, the European Union (EU) requires that ship and port operators duly dispose of garbage onshore. The directive (EU) 2019/883 of the European Parliament and of the Council on port reception facilities for the delivery of waste from ships, amending Directive 2010/65 /EU and repealing Directive 2000/59/EC, contains detailed requirements for EU ports, such as port reception facilities for ship waste. According to the directive, EU port states must provide adequate port reception facilities and inform ship operators about them.[1574] Since Türkiye is not part of the EU, it is worth examining how sewage waste from passenger ships is managed in Turkish ports.

D. Regulations for Sewage in Türkiye

The prevention of sewage pollution from passenger ships in Turkish waters, like in other countries, is an environmental issue. Türkiye, with its

[1573] Raunek Kantharia, MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 11. 02. 2025).

[1574] Holger Steinbock, Jörg Heuckeroth, Ship's sewage and garbage (MARPOL Annex IV-V) https://www.deutsche-flagge.de/en/environmental-protection/sewage/sewage#:~:text=inadequate%20reception%20facilities-,No%20discharge%20of%20untreated%20ship's,the%20sea%20(MARPOL%20Annex%20IV)&text=if%20it%20is%20discharged%20from,miles%20from%20the%20nearest%20land. (Access Date: 25. 11. 2024); Masters of sea-going ships in EU ports are obliged to dispose of all ship waste before leaving the port – unless there is enough storage capacity on board for the waste accrued so far and the waste that is anticipated to be produced on the voyage to the next port. Details on the calculation of storage capacity is given in the Implementing Regulation (EU) 2022/89.

extensive coastline and numerous tourist destinations, faces the challenging problem of managing waste from passenger ships, particularly large cruise ships, which have been a major factor in marine pollution. Significant amounts of waste are produced by these large cruise ships, posing a risk to the marine environment. Therefore, it is important to examine key approaches and regulations related to preventing pollution from sewage in Türkiye.

Türkiye is a member of the International Convention for the Prevention of Pollution (MARPOL) from Ships, particularly Annex IV of the MARPOL Convention states that every ship of 400 gross tonnage and above, which is engaged in international voyages and carrying a minimum of 15 people on board must be equipped with either a sewage holding tank of appropriate capacity or an approved sewage treatment plant (STP). Discharge of sewage is subject to provision 2 of Annex IV, which requires ships to be equipped with either an approved sewage treatment plant or an approved comminuted and disinfecting system, or a sewage holding tank.[1575] Sewage that is not sterilised may be discharged at a distance of more than 12 nautical miles from the nearest land when the ship is on the way and proceeding not less than 4 knots, and the rate of discharge of untreated sewage shall be approved by the Administration.[1576]

Similarly, the Barcelona Convention, which Türkiye adopted in 2002 under Law No.24854, Article 5, specifies the general obligation for contracting parties to take all adequate measures to prevent pollution caused by dumping from ships and aircraft within the Mediterranean Sea.[1577] The primary aim of Article 5 of the Barcelona Convention is to prevent pollution of the Mediterranean Sea by actively taking measures against dumping

---

[1575] *Prevention of Pollution by Sewage from Ships* https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(Access Date: 15.02. 2025).

[1576] *Turkish Waters Marine Pollution: Strict Regulation and Extraordinary Fines Maritime Mutual Risk Bulletin No. 69* https://maritime-mutual.com/risk-bulletins/turkish-waters-marine-pollution-strict-regulation-and-extraordinary-fines/(Access Date: 13.02. 2025).

[1577] Boratav Ali,*Mavi Kart, DAU ve teknelerin gri-siyah su atıklarının yönetimi ile ilgili yasal çerçeve metinleri - Türkiye, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliğihttps*://www.maviyolculukrehberi.net/post/mavi-kart-dau-ve-teknelerin-gri-siyah-su-at%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-y%C3%B6netimi-ile-ilgili-yasal-%C3%A7er%C3%A7eve-metinleri (accessed 15 February 2025); Guidelines of the EC reporting obligations under the Barcelona Convention and its Protocols in force https://www.eea.europa.eu/publications/Technical_report_No_45/file(Access Date: 15. 01. 2025).

waste from ships and aircraft. contracting states are not only required to take necessary steps but are also obliged to mitigate any pollution that does occur.[1578]

As regards pleasure crafts, guidelines concerning pleasure craft activities and protection of the marine environment in the Mediterranean UNEP (DEPI)MED IG. 17/10 Annex IV, *"Pleasure craft" means all kinds of craft, including yachts, used for the purpose of leisure, sport or recreational activities, be they privately owned or chartered, and using any type of propulsion system.* [1579]According to Annex IV REMPEC/WG.27/6, article 28, pleasure crafts should comply with the regulation of MARPOL Annex IV. Article 29 of the Guidelines of Prevention of pollution from pleasure craft established that pleasure crafts of less than 400 gross tonnage which are certified to carry less than 15 persons should make sure, irrespective of whether the craft is engaged on international voyage, that the craft has a sewage retention system that can be emptied in port reception facilities.[1580]

In accordance with international regulations, Turkish Environmental Law No. 2872 of 1983 (as amended in 2023) was established.[1581] Article 20 of the Turkish Environmental Code states that "vessels causing pollution in Turkish waters, for example through the discharge of petroleum products, dirty ballast water, garbage and sewage into the sea, are subject to fines imposed by local authorities.[1582]

[1578] *Turkish Waters Marine Pollution: Strict Regulation and Extraordinary Fines Maritime Mutual Risk* Bulletin No. 69https://maritime-mutual.com/risk-bulletins/turkish-waters-marine-pollution-strict-regulation-and-extraordinary-fines/(access Date: 10. 01.2025).

[1579] Decision IG 17/9: Guidelines concerning pleasure craft activities and the protection of the marine environment in the Mediterranean UNEP(DEPI)/MED IG.17/10 Annex V https://www.rempec.org/en/knowledge-centre/online-catalogue-items/activity-reports/pleasure-craft (accessed 27.02. 2025).

[1580]https://www.rempec.org/en/knowledge-centre/online-catalogue-items/activity-reports/pleasure-craft(access Date:30.02.2025).

[1581] Environment Law No. 2872. https://faolex.fao.org/docs/pdf/tur7700.pdf(Access Date:11.02. 2025).

[1582] Hamzeh Yassmin, *Marine pollution fines in Turkiye as of 1 January 2023* https://www.standard-club.com/knowledge-news/marine-pollution-fines-in-turkiye-as-of-1-january-2023-4820/#:~:text=The%20Turkish%20Environmental%20Code%201983%20(law%20no.,imposed%20by%20the%20local%20authorities. (Access Date:13.01. 2025); garbage and sewage discharged to sea by vessels up to 25,419.48 TRY,18 to 50 GT 50,843.27 TRY,50 to 100 GT 101,686.55 TRY,100 to 150 GT 152,531.26 TRY,150 to 1,000 GT 1,146.10 TRY/GT,1,001 to 5,000 GT An additional 229.21 TRY/GT. more than 5,000 GT An additional 26.44 TRY/GT.

Turkish Environmental Law No. 2872 Article 5 states that it is unlawful to dump ballast and bilge water or wastes and effluent of any kind either directly or indirectly into the seas, inland seas, straits, gulf, harbours, natural or manmade lakes, rivers or canals, or shores within Turkish territorial waters or Türkiye's free and restricted economic zones.[1583]

Similarly, the Regulation on Waste Receiving from Ships and Waste Control numbered 25682 and dated 26/12/2004 in the official gazette, based on MARPOL 73/78, EC 2000/59 obliges that ports must set up waste reception facilities with sufficient capacity and technical equipment to properly receive ship-generated waste, ensuring that ships can dispose of their waste without delay upon request. This obligation primarily falls on the port manager, who must obtain a license to operate these facilities and dispose of collected waste.[1584] In Regulation on Waste Receiving From ships and Waste Control numbered 25682, a ship is defined any boat, regardless of the purpose of use, boats of all structures and types, such as all sea vessels, air cushion boats, hydrofoil boats, platforms and submarines, that can set off at sea and in inland waters with a device other than paddles.[1585]

Regulations regarding the discharge of sewage are gradually increasing for tourism and recreational vessels such as yachts and small boats. However, there is currently no international convention that requires private pleasure craft to have a holding tank in compliance with MARPOL Annex IV. This regulation only applies to vessels that exceed 400GT or carry more than 15 passengers.[1586] MARPOL Annex IV does not address those vessels carrying fewer persons, which can be ships and ferries sailing in inland waters.

International Conventions also do not address the issue of pleasure crafts, which are sailing within the territorial waters of another country. Every

---

[1583] Environment Law No. 2872. https://faolex.fao.org/docs/pdf/tur7700.pdf(accessed 15 February 2025).

[1584] *Gemilerden Atik Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği* https://mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=5672&MevzuatTertip=5

[1585] Boratav Ali,Mavi *Kart, DAU ve teknelerin gri-siyah su atıklarının yönetimi ile ilgili yasal çerçeve metinleri - Türkiye, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği* https://www.maviyolculukrehberi.net/post/mavi-kart-dau-ve-teknelerin-gri-siyah-su-at%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-y%C3%B6netimi-ile-ilgili-yasal-%C3%A7er%C3%A7eve-metinleri(Access Date: 11.02 2025).

[1586] *Holding Tanks*, https://www.rya.org.uk/knowledge/abroad/holding-tanks#:~:text=Discharge%20of%20any%20kind%20may,than%20emptied%20into%20the%20sea. (Access Date: 15.02. 2025).

coastal state has its law regarding with discharge of sewage for tourism/recreational vessels such as yachts and small boats, which are carrying fewer than 15 people on board.[1587] Number 31792 Blue Card 2013-12 GATS Implementation Regulation came into force in 2013. According to the Circular on marine waste application, oil tankers over 150GT and ships over 400 GT are subject to GATS (Ship Waste Tracking System). This circular was prepared in accordance with the Environmental Law No. 2872, the Regulation on Waste Collection from Ships, the MARPOL 73/78 convention and the EC 200/59 Directive. This circular requires that ships over 150GT and ships over 400 GT, regardless of their type, must deliver waste with a Blue Card to designated facilities in Türkiye.[1588] Facilities are responsible for establishing a waste collection and electronic tracking system. Ships coming from abroad must obtain a blue card within 48 hours. Diving tourism ships have a limited voyage of 3 hours and must dispose of waste every 7 days. Cabotage line ships and passenger ships operating within the port must report waste every 24 hours. Boats on in-harbour trips are limited to 3 hours and must report waste every 7 days.[1589]

The Blue Card Circular was established to provide further clarification on managing waste from ships in Turkish waters in accordance with Environmental Law No. 2872. It covers the provision of waste reception services to vessels arriving at facilities such as fishing shelters, marinas, and dry docks. The circular also aims to establish the Blue Card System to track this service, and to define the procedures and responsibilities of the relevant institutions and organisations in implementing the system[1590]. In May 2020,

---

[1587] *Mavi Kart, DAU ve teknelerin gri-siyah su atıklarının yönetimi ile ilgili yasal çerçeve metinleri - Türkiye, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği* https://www.maviyolculukrehberi.net/post/mavi-kart-dau-ve-teknelerin-gri-siyah-su-at%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-y%C3%B6netimi-ile-ilgili-yasal-%C3%A7er%C3%A7eve-metinleri

[1588] *10 SORUDA denizlerimizin Mavi Kart'la imtihanı https*://www.yachtturkiye.com/yazarlar/ali-boratav/10-soruda-denizlerimizin-mavi-kartla-imtihani.html(Access Date: 11.02 2025).

[1589] https://www.denizlerdeyiz.org/wp-content/uploads/2020/05/k-mavi-kart-GENELGE-2013-12.pdf(Access Date: 11.02 2025).

[1590] Ergenç, Cem Mehmet, "*Mavi Kart Uygulamasının Sürdürülebilir Deniz Turizmine Etkisi*". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2021): 247-66. https://doi.org/10.18613/deudfd.540251. p.253. (Access Date: 11.02 2025); Rumana Riffat, Taqsim Husnain, *Fundamentals of Wastewater Treatment and Engineering,* 2nd ed. Informa Law, 2024.

a new system was implemented- the ship Waste Tracking System (GATS), also known as DAU (Denizcilik Atıkları Uygulması), [1591]which applies to petroleum tankers with a gross tonnage (GRT) of 150 or more other ships with a GRT of 400 or more.[1592] The system regulates the collection of waste from specified ships and the tracking management process online. According to the regulation on Waste Collection from Ships and Waste Control, ships must notify designated coastal facilities about their waste and he collection of the waste can be tracked online through the system.

However, the Blue Card System (MKS) is still mandatory for ships not included in the GATS. This means the MKS applies to all ships capable of generating waste but not subject to GATS. Commercial ships, recreational and tourist ships and fishing vessels are required to register their waste in the Blue Card System (MKS) and deliver their waste to an authorised waste reception facility within 48 hours after returning to port, on the day of departure from port.

This requirement also applies to coastal facilities serving the ships, such as fishing shelters, yacht marinas, dry docks, and similar facilities.[1593] Both systems are crucial in ensuring proper management of waste generated by ships to protect the environment. They assist shipowners and coastal facilities in complying with legal responsibilities by providing transparent tracking of waste management processes.[1594] Marine vehicles that do not produce waste are exempt from the circular, preventing small ships from facing fines or other penalties.

E. Benefits of the Ship Waste Tracking System (GATS) and Blue Card System (MKS)

Proper waste management systems on board ships and coastal facilities are technically important obligations for ship operators and coastal states. Preventing sewage pollution from passenger ships in Turkish waters, like in

[1591] *Türkiye: Update on gray water and black water disposal requirements* https://www.sailworldcruising.com/news/251083/Update-on-gray-and-black-water-disposal-requirements; Circular No. 2020/20 on Maritime Waste Management, issued on July 8, 2020.

[1592] Circular on Marine Waste application article three, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 11.02 2025)

[1593] https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 11.02 2025)

[1594] *Türk Limanlarında Mavi Kart Uygulaması* https://atayat.com/turk-limanlarinda-mavi-kart-uygulamasi/

other countries, is an environmental issue. [1595]The waste produced by some types of ships can amount to thousands of tons daily. In recent years, digitalisation, particularly AI, has brought a revolutionary wave of transformation to the shipping industry.[1596] The Ship Waste Tracking System and the Blue Card System have introduced transparent and accurate waste management systems. These systems have helped merge the waste tracking procedure into a single platform, reducing bureaucracy. All processes are now handled online and digitally. This has led to eliminating the need for paper and plastic cards. Besides, local authorities (municipalities) and Coast Guard agencies will monitor waste disposal operations through the same online system, allowing for real-time tracking and inspections. Small vessels, such as yachts and boats that fall outside the scope of the MARPOL Convention, will use the Blue Card System entirely online. Digitalisation strengthens measures for sewage-related marine pollution prevention and ensures stricter control over the management of ship-generated waste through digital systems, thus reducing environmental impact and promoting sustainability.

5. Potential problems in the current regulations, as well as proposed regulations, and efforts to prevent pollution from passenger ships

Although regulations on the discharge of sewage are gradually increasing, MARPOL Annex IV does not address ships carrying fewer persons, such as ships and ferries sailing in domestic waters.[1597] MARPOL Annex IV only applies to ships that exceed 400 GT or carry more than 15 passengers. Tourism and recreational ships, such as yachts and small boats, are also not covered under MARPOL regulations. These ships discharge a considerable amount of sewage into the sea, contributing to a significant percentage of marine pollution.[1598]

[1595] *10 ways AI is being used in Cruises [2025],* https://digitaldefynd.com/IQ/ai-in-cruises/#:~:text=9.,by%20ensuring%20proper%20recycling%20practices. (Access Date: 11.02 2025).

[1596]https://www.cevremuhendisligi.org/index.php/cevre-aktuel/haberler/1321-denizcilik-atiklari-uygulamasi-hakkindaki-genelge

[1597]*MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea* https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 15.02 2025).

[1598] Holding Tanks https://www.rya.org.uk/knowledge/abroad/holding-tanks#:~:text=Discharge%20of%20any%20kind%20may,than%20emptied%20into%20the%20sea. (access Date: 11.02 2025).

In addition, MARPOL Annex IV permits ships to discharge treated sewage more than 3 nautical miles from the nearest land when the ship is proceeding at a speed of 4 knots or higher.[1599] Beyond that, there are no restrictions on dumping polluted sewage and greywater into the sea. Likewise, it is legal to dump sewage and food waste into the sea in the United States. U.S. law mandates that cruise ships must treat waste within 3.5 miles of shore. However, beyond that, there are limitations on discharging sewage into the sea.[1600] Pollution from especially passenger ships is totally preventable with effective regulations and existing technology. MARPOL only applies to ships flagged under countries that are signatories to the convention. This means that ships subject to the convention can discharge raw sewage into the high seas.[1601]

However, while MARPOL allows for raw sewage discharge beyond restricted zones, untreated sewage poses a significant threat to marine life and the environment. Although MARPOL provides clear guidelines on sewage discharge to minimise harm to the environment, it still goes against the essence of sustainable maritime practice and environmental protection. Raw sewage may contain harmful bacteria, viruses and parasites, which can negatively impact marine biodiversity. Even if sewage is released in an area beyond the restricted zone, it still carries contaminated substances that are sensitive to coastal ecosystems, and they can affect wildlife, fisheries and coral reefs.[1602]

Many countries, including Türkiye, are members of the MARPOL Convention. However, each country has its own jurisdiction over ships cruising within its territorial waters. Turkish Environmental Law No. 2872, Article 5 prohibits the dumping of ballast and bilge water, as well as any waste or effluent directly or indirectly into Turkish territorial waters,

[1599]https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 15.02 2025).

[1600] Cruise Ship Pollution, https://beachapedia.org/Cruise_Ship_Pollution(Access Date: 04.03 2025).

[1601]*MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea* https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 15.02 2025).

[1602] Zahra Ahmed, *6 Causes of Sewage Pollution in The Ocean* https://www.marineinsight.com/environment/causes-of-sewage-pollution-in-the-ocean/(Access Date: 17.02 2025).

including free restricted economic zones, seas, inland, straits, gulfs, harbours, lakes, rivers, canals, or shores. [1603]

In May 2020, the Ship Waste Tracking System (GATS) was implemented for petroleum tankers with a gross tonnage (GRT) of 150 or more other ships with a GRT of 400 or more[1604]. The Blue Card Circular was established to provide further clarification on waste management from ships in Turkish waters in line with Environmental Law No. 2872.[1605] The Blue Card System (MKS) is mandatory for ships that are not included in the GATS, which means MKS applies to all ships capable of generating waste but not subject to GATS.

Therefore, although MARPOL Annex IV does not deal with ships that are not exceeding 400 GT or carrying fewer than 15 people on board, Turkish domestic Law requires that these smaller ships, which are sailing Turkish waters, should have holding tanks to prevent raw sewage from discharging into Turkish waters. Besides, visiting ships are also required to have a suitable holding tank in line with their legislation, however, this requirement is rarely enforced for visiting boats. Consequently, if a visiting ship does not have an adequate holding tank, it must still adhere to the regulations of the coastal state and refrain from releasing untreated sewage directly into the sea.[1606]

While MARPOL Annex IV, to which Türkiye is a party, does not specifically regulate sewage prevention for smaller ships, Turkish domestic law has measures in place to safeguard Turkish waters from sewage pollution. Ships may be equipped with sewage holding tanks, and coastal states are required to provide adequate sewage reception facilities in compliance with Turkish environmental law. All seagoing ships, including

---

[1603] Environment Law No. 2872. https://faolex.fao.org/docs/pdf/tur7700.pdf(accessed 15 February 2025).

[1604] *Circular on Marine Waste application article three*, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 27.02 2025).

[1605] Ergenç, Cem Mehmet, "Mavi Kart Uygulamasinin Sürdürülebilir Deniz Turizmine Etkisi". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2021): 247-66. https://doi.org/10.18613/deudfd.540251. p.253. (Access Date: 05.03 2025).

[1606]Holding Tanks https://www.rya.org.uk/knowledge/abroad/holding-tanks#:~:text=Discharge%20of%20any%20kind%20may,than%20emptied%20into%20the%20sea.; Türkiye: Update on gray water and black water disposal requirements https://www.sailworldcruising.com/news/251083/Update-on-gray-and-black-water-disposal-requirements(Access Date: 01.03 2025)

passenger ships, must have systems in place to hold or treat sewage before discharging it into the sea, especially when in special areas or near coastal regions. The most common type of system used is a sewage treatment plant (STP) that relies on biological or aerobic digestion processes. One of the main benefits of using an STP is that the treated sewage can be safely discharged into the high seas. According to Turkish regulations, ships must have holding tanks to prevent the discharge of raw sewage into Turkish waters. Additionally, visiting ships are expected to have suitable holding tanks in line with their own legislation, although enforcement for visiting boats is rare. Nonetheless, even if a visiting ship lacks an adequate holding tank, it must comply with coastal state regulations and refrain from releasing untreated sewage directly into the sea.[1607] Having said that, holding tanks may not have enough capacity to store raw sewage and treat it properly. Holding tanks have limited capacity and need to be emptied regularly at ports. Ships may face logistical challenges if they are unable to access a reception facility at ports. However, the Sewage Treatment Plant (STP) complies with strict maritime pollution standards of MARPOL Annex IV. Besides, ships equipped with STP do not rely on port facilities.[1608]

There are other challenges that Turkish authorities should keep in mind. Specifically, the lack of adequate sewage treatment or reception facilities may lead to illegal dumping. Ports in Türkiye are required to provide sewage reception facilities.[1609] Ships are generally required to pay fees for utilising port reception facilities. The Turkish Coast Guard and port authorities actively monitor ships to ensure compliance with sewage control regulations. Inspections by the ports should be carried out regularly to ensure that ships are not illegally discharging sewage into Turkish waters. Furthermore, passenger ships that do not comply with the regulations should face heavy penalties or be denied entry.

Additionally, some older ships may not be equipped with modern treatment systems. Collaboration between international organisations, government authorities, and the maritime industry will be key to addressing

[1607] Ibid.
[1608] Ibid.
[1609] Ülker, Duygu & Goksu, Serap & Yalcin, Ender & Canbulat, Onder. (2023). Ship-Generated Waste Management in Istanbul Ports: An Analytical Methodology to Evaluate Waste Reception Performance (WRP). Journal of ETA Maritime Science. 11. 259-269. 10.4274/jems.2023.53244. p. 264https://jag.journalagent.com/jems/pdfs/JEMS_11_4_259_269.pdf(access Date: 15.02 2025).

this challenge.[1610] Another issue is untrained crew members who do not know how to use holding tanks or STP on the ships. Turkish maritime authorities should provide training programs for crew members on proper sewage management to ensure that ships meet environmental standards. As Türkiye relies on tourism, especially along the Aegean and Mediterranean coasts, public awareness will play a crucial role in preventing sewage-related pollution. Therefore, campaigns and education should be conducted for both the public and the maritime industry on the importance of not discharging sewage into Turkish waters.

6. The Impact of Artificial Intelligence (AI) on Sewage-Related Pollution from Passenger Ships

Artificial Intelligence (AI) has become increasingly popular in various industries, including waste management and sewage systems. AI has a significant impact on improving monitoring, tracking and sewage treatment plants. Ship-generated pollutants constitute a significant portion of marine pollution, prompting the International Maritime Organisation to regulate this issue is of utmost importance.[1611]

Especially cruise ships produce significant amounts of waste, and efficient sewage management is crucial to reduce the environmental impact. AI can be used to monitor sewage systems in real time, gathering data from various sensors embedded in the ship's sewage treatment system. These sensors can track parameters such as water quality, flow rates, temperature variations, and chemical concentrations.[1612] AI-powered waste management systems categorise and sort waste more efficiently. These systems analyse waste data to identify common waste patterns, helping operators develop better recycling policies and minimise waste production. AI also supports the treatment of gray water and organic waste to meet environmental

[1610]https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 15.02 2025).

[1611] Ülker, Duygu & Goksu, Serap & Yalcin, Ender & Canbulat, Onder. (2023). Ship-Generated Waste Management in Istanbul Ports: An Analytical Methodology to Evaluate Waste Reception Performance (WRP). Journal of ETA Maritime Science. 11. 259-269. 10.4274/jems.2023.53244. p. 259 https://jag.journalagent.com/jems/pdfs/JEMS_11_4_259_269.pdf(Access Date: 10.02 2025).

[1612]Agarwala, Nitin. (2021). Managing Marine Environmental Pollution using Artificial Intelligence. https://www.researchgate.net/publication/348815686_Managing_Marine_Environmental_Pollution_using_Artificial_Intelligence, p.120, (Access Date: 27.02 2025).

regulations. Likewise, Royal Caribbean Cruise Company has implemented AI-based waste management systems that can recognise and classify waste items into recyclable and non-recyclable categories. This system helps the passenger ships meet rigorous environmental regulations by ensuring adequate recycling practice.[1613]

MARPOL Annex IV requires that ships should have an approved sewage treatment plant or holding tank to treat the raw sewage before they are discharged into the sea. If an AI system is used in ships, AI may identify potential leaks or malfunctions in sewage treatment systems. This will lead to optimising waste management practices and ultimately leading to more effective pollution mitigation strategies. Using advanced sensor technology and machine learning algorithms helps to analyse data from ships sewage systems[1614]. AI systems can also assist ship operators in ensuring compliance with local and international environmental regulations. These systems can generate automated reports based on the ship's sewage treatment processes, ensuring that it meets required standards for discharge. AI can be integrated with virtual assistants to provide real-time guidance to ship crew members. AI can help the crew to overcome troubleshooting issues without needing extensive technical knowledge. AI could also offer training modules to ensure that crew members are well-equipped to handle the most common sewage system issues.[1615]

There is no denying that AI will have a significant impact on reducing sewage-related pollution more effectively. Therefore, International regulations like MARPOL should require that all seagoing ships should integrate AI into their systems. Increased regulation and stricter enforcement of pollution law, such as fines for improper sewage discharge, can push the ships to adopt AI system.

In recent years, Türkiye adopted a Ship Waste Tracking System (GATS) for petroleum tankers with a gross tonnage (GRT) of 150 or more another

[1613] 10 ways AI is being used in Cruises [2025] https://digitaldefynd.com/IQ/ai-in-cruises/#:~:text=9.,by%20ensuring%20proper%20recycling%20practices. (Access Date: 15.02 2025).

[1614] Durlik, Irmina, Tymoteusz Miller, Ewelina Kostecka, Adrianna Łobodzińska, and Tomasz Kostecki. 2024. "Harnessing AI for Sustainable Shipping and Green Ports: Challenges and Opportunities" *Applied Sciences* 14, no. 14: 5994. https://doi.org/10.3390/app14145994 p.34(Access Date: 27.02 2025).

[1615] Capodaglio, Andrea G., and Arianna Callegari. 2025. *"Use, Potential, Needs, and Limits of AI in Wastewater Treatment Applications" Water* 17, no. 2: 170. https://doi.org/10.3390/w17020170,p.22, (Access Date: 27.02 2025).

ships with a GRT of 400 or more.[1616] The Blue Card System (MKS) is compulsory for ships that are not included in the GATS, which means MKS applies to all ships capable of generating waste but not subject to GATS. The Ship Waste Tracking System and the Blue Card System have brought a transparent and accurate waste management systems. These systems helped to waste tracking procedure merge into a single platform, which reduced bureaucracy. All processes are now handled online and digitally. This has led to Local authorities (municipalities) and Coast Guard agencies monitoring sewage disposal operations through the same online system, allowing for real-time tracking and inspections. Small vessels, such as yachts and boats that fall outside the scope of the MARPOL Convention, will use the Blue Card System entirely online. Digitalisation strengthens measures for sewage-related marine pollution prevention and ensures stricter control over the management of ship-generated waste through digital systems, thus reducing environmental impact and promoting sustainability.

Similarly, AI enhances water quality in coastal waters by providing advanced tools for detecting and analysing contaminants in port waters. An AI system can integrate data from various sensors that measure parameters such as temperature, concentration of harmful substances like heavy metals, oil and chemicals. This early detection enables prompt response efforts, minimising damage and facilitating quicker cleanup operations.[1617]

7. Challenges with AI Systems

AI has a significant impact on improving sewage management on passenger ships and helping to prevent pollution at sea. However, there are obstacles to tackle before fully adopting operated AI systems on ships. Many maritime operations still rely on outdated systems that are incompatible with modern AI technologies. Integrating AI into these systems requires substantial investments, legal and technical renovation. Besides, not only do shipowners need to integrate AI into their system, but also port authorities and sewage reception facilities are compatible with AI

[1616] Circular on Marine Waste application article three, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 23.02 2025).

[1617] Durlik, Irmina, Tymoteusz Miller, Ewelina Kostecka, Adrianna Łobodzińska, and Tomasz Kostecki. 2024. "Harnessing AI for Sustainable Shipping and Green Ports: Challenges and Opportunities" *Applied Sciences* 14, no. 14: 5994. https://doi.org/10.3390/app14145994 p.34(Access Date: 27.02 2025).

technology.[1618] Another issue is to train personnel; the shortage of skilled professionals is a significant barrier. Implementing and maintaining AI systems requires specialised skills in data science, machine learning, and AI engineering. The maritime industry faces a shortage of such skilled professionals.

The lack of regulations for using AI to treat sewage from ships could indeed be a significant obstacle. AI has the potential to optimise the sewage treatment process, improve efficiency and reduce environmental impact. However, without clear guidelines, safety protocols, and regulations, there could be risks related to the reliability, transparency, and potential unintended consequences of AI systems in such a critical application.

Without adequate regulations, it is challenging to ensure that AI systems are safe, reliable and perform as expected in real-world conditions, especially when it comes to environmental protection. If something goes wrong with AI systems while treating sewage, it is unclear who will be responsible for the failure, whether it's developers, the ship operators or the manufacturers of the AI systems. Therefore, clear regulations would help define responsibility. In the maritime industry, the use of different systems onboard ships, coupled with the lack of standardised data and technology protocols, could hinder the implementation of AI-based solutions. Regulations could help to create standards for data exchange and system integration. Likewise, without clear regulations, there could be privacy concerns, especially if sensitive operational data is being transmitted or used for unintended purposes. Addressing these issues will require cooperation between countries, industries and regulatory bodies to create frameworks that ensure AI can be used efficiently and safely in sewage treatment.

8. Conclusion:

The rapid growth of maritime transportation in recent years has introduced significant environmental challenges. Large cruise ships have emerged as major contributors to marine pollution. With thousands of passengers and crew members aboard, these ships generate substantial waste that necessitates proper management to safeguard the marine environment and adhere to regulatory standards.

[1618] Durlik, Irmina, Tymoteusz Miller, Ewelina Kostecka, Adrianna Łobodzińska, and Tomasz Kostecki. 2024. "Harnessing AI for Sustainable Shipping and Green Ports: Challenges and Opportunities" *Applied Sciences* 14, no. 14: 5994. https://doi.org/10.3390/app14145994 p.34(Access Date: 15.02 2025).

To address the issue of sewage discharge, MARPOL, along with various national and regional legislations, has been established. However, due to shortages in technology, facilities, management practice and legislative frameworks, environmental pollution resulting from ship sewage remains a considerable threat.

Annex IV of the MARPOL Convention applies to all ships, including passenger ships on international voyages with a size of 400 gross tonnage and above or which are certified to carry more than 15 people. The Annex requires ships to be equipped with either an approved sewage treatment plant or an approved comminuted and disinfecting system, or a sewage holding tank.[1619] Sewage, which is not sterilised, may be discharged at a distance of more than 12 nautical miles from the nearest land when the ship is on the way and proceeding at not less than 4 knots, and the rate of discharge of untreated sewage shall be approved by the Administration.[1620]

Although regulations on the discharge of sewage are gradually increasing, MARPOL Annex IV does not address ships carrying fewer persons, such as ships and ferries sailing in domestic waters.[1621] Tourism/recreational ships such as yachts and small boats are also not covered under the MARPOL regulation. In fact, such ships discharge a considerable amount of sewage into the sea, contributing to a significant percentage of marine pollution.[1622]

While MARPOL allows for raw sewage discharge beyond restricted zones, untreated sewage, even in unrestricted areas of high seas, still poses a major threat to marine life and the environment. Although MARPOL provides clear guidelines about sewage discharge to minimise harm to the

[1619] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx(Access Date: 14.02 2025).

[1620] Prevention of Pollution by Sewage from Ships https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx/(access Date: 27.02 2025).

[1621] MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/

[1622] Holding Tanks https://www.rya.org.uk/knowledge/abroad/holding-tanks#:~:text=Discharge%20of%20any%20kind%20may,than%20emptied%20into%20the%20sea. (Access Date: 12.02 2025).

environment, it goes against the essence of sustainable maritime practice and environmental protection.[1623]

Numerous nations, including Türkiye, are signatories to the MARPOL Convention; however, each country maintains its own jurisdiction over ships operating within its territorial waters, which falls under the authority of the coastal state. In accordance with Turkish Environmental Law No. 2872, Article 5, it is prohibited to discharge ballast and bilge water, as well as any type of waste or effluent, either directly or indirectly, into the seas, inland seas, straits, gulfs, harbours, natural or artificial lakes, rivers, canals, or shores within Turkish territorial waters or Türkiye's exclusive and restricted economic zones.

In May 2020, the Ship Waste Tracking System (GATS)was implemented for petroleum tankers with a gross tonnage (GRT) of 150 or more, and other ships with a GRT of 400 or more. [1624]The Blue Card Circular was established for further clarification of managing waste from ships in Turkish waters in line with the Environmental Law No. 2872.[1625] The Blue Card System (MKS) is compulsory for the ships that are not included in the GATS, which means MKS applies to all ships capable of generating waste but not subject to GATS.

Consequently, while MARPOL Annex IV does not address vessels under 400 GT or those carrying fewer than 15 individuals on board, Turkish domestic law mandates that these smaller vessels operating in Turkish waters must be equipped with holding tanks to prevent the discharge of untreated sewage. Furthermore, visiting vessels are required to have appropriate holding tanks in accordance with local legislation, although enforcement of this requirement is infrequent. Nonetheless, even if a visiting ship lacks a suitable holding tank, it must adhere to the regulations of the coastal state and refrain from discharging untreated sewage directly into the sea.

[1623] Zahra Ahmed, *6 Causes of Sewage Pollution in The Ocean* https://www.marineinsight.com/environment/causes-of-sewage-pollution-in-the-ocean/(Access Date: 11.02 2025).

[1624] Circular on Marine Waste application article three, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 15.01 2025).

[1625] Ergenç, Cem Mehmet, "Mavi Kart Uygulamasinin Sürdürülebilir Deniz Turizmine Etkisi". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2021): 247-66. https://doi.org/10.18613/deudfd.540251. P.253. (Access Date: 11.01 2025).

Although MARPOL Annex IV to which Türkiye is a party, does not have a prevention of sewage-related regulation for smaller ships, Turkish domestic Law has regulations to protect Turkish water from sewage related pollution. The ships may be fitted with a sewage holding tank, and coastal states should have adequate sewage reception facilities in accordance with Turkish Environmental Law. Holding tanks have limited capacity and need to be emptied regularly at ports. Ships may face logistical challenges if they are unable to access a reception facility at ports. However, the Sewage Treatment Plant (STP) complies with strict maritime pollution standards of MARPOL Annex IV. Besides, ships equipped with STP do not have to rely on port facilities.[1626]

There are other challenges that Turkish authorities should bear in mind. Particularly, there is still a lack of adequate sewage treatment or reception facilities that may lead to illegal dumping. Ports in Türkiye are obliged to provide sewage reception facilities.[1627] Ships are generally required to pay fees for utilising port reception facilities. The Turkish Coast Guard and port authorities actively monitor ships to ensure they comply with sewage control regulations. Inspections by the ports should be carried out regularly to ensure that ships are not illegally discharging sewage into Turkish waters. Besides, those passenger ships which do not comply with the regulations should face heavy penalties or be denied entry.

Additionally, some older ships may not be equipped with modern treatment systems. Collaboration between international organisations, government authorities, and the maritime industry will be key to addressing this challenge.[1628] Another issue is an untrained crew who do not know how to use holding tanks or STP on the ships. Turkish maritime authorities should offer training programs for crew members on proper sewage management to ensure that ships meet environmental standards. A Türkiye

[1626] Holding Tanks, https://www.rya.org.uk/knowledge/abroad/holding-tanks#:~:text=Discharge%20of%20any%20kind%20may,than%20emptied%20into%20the%20sea. (Access Date: 11.02 2025).

[1627] Ülker, Duygu & Goksu, Serap & Yalcin, Ender & Canbulat, Onder. (2023). Ship-Generated Waste Management in Istanbul Ports: An Analytical Methodology to Evaluate Waste Reception Performance (WRP). Journal of ETA Maritime Science. 11. 259-269. 10.4274/jems.2023.53244. (Access Date: 11.02 2025).

p. 264https://jag.journalagent.com/jems/pdfs/JEMS_11_4_259_269.pdf(Access Date: 11.02 2025).

[1628]https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Access Date: 15.02 2025).

relies on tourism, especially along the Aegean and Mediterranean coasts, public awareness will play a crucial role in preventing sewage-related pollution. Therefore, campaigns and education should be conducted for both the public and the maritime industry on the importance of discharging sewage into the Turkish waters. AI has become increasingly popular in various industries, including waste management and sewage systems. AI has a significant impact on improving monitoring, tracking and sewage treatment plants. Ship-generated pollutants constitute a significant portion of marine pollution, prompting the International Maritime Organisation to regulate this issue is of utmost importance.[1629] Especially cruise ships produce significant amounts of waste, and efficient sewage management is crucial to reduce the environmental impact. AI can be used to monitor sewage systems in real time, gathering data from various sensors embedded in the ship's sewage treatment system. These sensors can track parameters such as water quality, flow rates, temperature variations and chemical concentrations.

MARPOL Annex IV requires that ships have an approved sewage treatment plant or holding tank to treat the raw sewage before they are discharged into the sea. If AI system is used on ships, AI may identify potential leaks or malfunctions in sewage treatment systems. This will lead to optimising waste management practices and ultimately lead to more effective pollution mitigation strategies.

AI will have a significant impact on reducing sewage-related pollution more effectively. Therefore, International regulations like MARPOL should require that all seagoing ships should integrate AI into their system. Increased regulation and stricter enforcement of pollution law, such as fines for improper sewage discharge, can push the ships to adopt AI systems.

In recent years, Türkiye adopted a Ship Waste Tracking System (GATS) for petroleum tankers with a gross tonnage (GRT) of 150 or more other ships with a GRT of 400 or more.[1630] The Blue Card System (MKS) is compulsory for the ships that are not included in the GATS, which means

[1629] Ülker, Duygu & Goksu, Serap & Yalcin, Ender & Canbulat, Onder. (2023). Ship-Generated Waste Management in Istanbul Ports: An Analytical Methodology to Evaluate Waste Reception Performance (WRP). Journal of ETA Maritime Science. 11. 259-269. 10.4274/jems.2023.53244. p. 259 https://jag.journalagent.com/jems/pdfs/JEMS_11_4_259_269.pdf

[1630] Circular on Marine Waste application article three, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 11.02 2025).

MKS applies to all ships capable of generating waste but not subject to GATS. The Ship Waste Tracking System and the Blue Card System have brought a transparent and accurate waste management system. These systems helped to waste tracking procedure merge into a single platform, which reduced bureaucracy. All processes are now handled online and digitally. This has led to Local authorities (municipalities) and Coast Guard agencies monitoring sewage disposal operations through the same online system, allowing for real-time tracking and inspections.

AI significantly enhances sewage management systems on passenger ships and helps in mitigating marine pollution. Nevertheless, several challenges must be addressed prior to the full implementation of AI systems on ships. Many maritime operations rely on outdated systems that are incompatible with modern AI technologies. Integrating AI into systems requires substantial investments, legal and technical renovations. Besides, not only do shipowners need to integrate AI into their systems, but port authorities' sewage reception facilities also need to be compatible with AI technology.[1631] Another issue is training personnel; the shortage of skilled professionals is another significant barrier. Implementing and maintaining AI systems requires specialised skills in data science, machine learning, and AI engineering. The maritime industry faces a lack of such skilled professionals.

Additionally, the absence of regulations governing the use of AI for sewage treatment on ships poses a significant hurdle. While AI holds the promise of optimising sewage treatment processes, enhancing efficiency, and minimising environmental impact, the lack of clear guidelines, safety protocols, and regulations raises concerns regarding the reliability, transparency, and potential unintended consequences of AI applications in this vital area. Regulation could help to create standards for data exchange and system integration. Addressing these issues will require cooperation between countries, industries and regularity bodies to create frameworks that ensure AI can be used efficiently and safely in sewage treatment.

[1631] Durlik, Irmina, Tymoteusz Miller, Ewelina Kostecka, Adrianna Łobodzińska, and Tomasz Kostecki. 2024. "Harnessing AI for Sustainable Shipping and Green Ports: Challenges and Opportunities" *Applied Sciences* 14, no. 14: 5994. https://doi.org/10.3390/app14145994 p.34
(Access Date: 11.02 2025).

REFERENCES

Books

Berlingieri, Francesco, *International Maritime Conventions* (Volume 3): *Protection of the Marine Environmen*t ,1st ed., Informa Law from Routledge., 2015.

Daniels, *Simon, Shipboard Management* 1st ed., Routledge, London, 2024.

Rumana Riffat, Taqsim Husnain, *Fundamentals of Wastewater Treatment and Engineering,* 2nd ed. Informa Law, 2024.

Sands Philippe, *Principle of International Environmental Law*, Cambridge University Press 2nd edition, 2003.

Soyer Barış, Tettenborn Andrew, *Pollution at Sea Law and Liability*,1st Edition, Informa Law, London, 2012.

Techera Erika, McCann Joy, *The Unruly Ocean: Law and Justice in the World's Oceans, Seas and Shorelines*, Routledge; 1st edition ,2024.

Articles

Akshat, Arora, MARPOL *Annex IV – Regulations for the Prevention of Pollution by Sewage from Ships*https://www.standard-club.com/fileadmin/uploads/standardclub/Documents/Import/news/2019-news/2935886-standard-club-marpol-annex-iv-article.pdf(Access Date: 10.02. 2025).

Agarwala, Nitin. (2021). *Managing Marine Environmental Pollution using Artificial Intelligence*. https://www.researchgate.net/publication/348815686_Managing_Marine_Environmental_Pollution_using_Artificial_Intelligence, p.120, (Access Date: 27.02 2025).

Boratav Ali, *Mavi Kart, DAU ve teknelerin gri-siyah su atıklarının yönetimi ile ilgili yasal çerçeve metinleri - Türkiye, Birleşmiş Milletler,*

Avrupa Birliği https://www.maviyolculukrehberi.net/post/mavi-kart-dau-ve-teknelerin-gri-siyah-su-at%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-y%C3%B6netimi-ile-ilgili-yasal-%C3%A7er%C3%A7eve-metinleri (Access date:11.01. 2025)

Capodaglio, Andrea G., and Arianna Callegari. 2025. *"Use, Potential, Needs, and Limits of AI in Wastewater Treatment Applications" Water* 17, no. 2: 170. https://doi.org/10.3390/w17020170,p.22, (Access Date: 27.02 2025).

Circular on Marine Waste application article three, https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf (Access Date: 11.02 2025)

Decision IG 17/9: Guidelines concerning pleasure craft activities and the protection of the marine environment in the Mediterranean UNEP(DEPI)/MED IG.17/10 Annex V https://www.rempec.org/en/knowledge-centre/online-catalogue-items/activity-reports/pleasure-craft accessed

Durlik, Irmina, Tymoteusz Miller, Ewelina Kostecka, Adrianna Łobodzińska, and Tomasz Kostecki. 2024. "Harnessing AI for Sustainable Shipping and Green Ports: Challenges and Opportunities" *Applied Sciences* 14, no. 14: 5994. https://doi.org/10.3390/app14145994 p.34(Access Date: 27.02 2025).

Environment Law No. 2872. https://faolex.fao.org/docs/pdf/tur7700.pdf(Access date: 15.02. 2025).

Gemilerden Atik Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği https://mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=7&MevzuatNo=5672&MevzuatTertip=5

Ergenç, Cem Mehmet, "*Mavi Kart Uygulamasının Sürdürülebilir Deniz Turizmine Etkisi*". Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 13, sy. 2 (Aralık 2021): 247-66. https://doi.org/10.18613/deudfd.540251. p.253. (Access Date: 11.02 2025)

10 SORUDA denizlerimizin Mavi Kart'la imtihanı https://www.yachtturkiye.com/yazarlar/ali-boratav/10-soruda-denizlerimizin-mavi-kartla-imtihani.html(Access Date: 11.02 2025).

https://www.denizlerdeyiz.org/wp-content/uploads/2020/05/k-mavi-kart-GENELGE-2013-12.pdf(access Date: 11.02 2025).

Guidelines of the EC reporting obligations under the Barcelona Convention and its Protocols in force https://www.eea.europa.eu/publications/Technical_report_No_45/file(access Date: 15. 01. 2025).

Hamzeh Yassmin, Marine pollution fines in Turkiye as of 1 January 2023 https://www.standard-club.com/knowledge-news/marine-pollution-fines-in-turkiye-as-of-1-january-2023-4820/#:~:text=The%20Turkish%20Environmental%20Code%201983%20(law%20no.,imposed%20by%20the%20local%20authorities. (accessed 15 February 2025)

Holger Steinbock, Jörg Heuckeroth, *Ship's sewage and garbage (MARPOL Annex IV-V)* https://www.deutsche-flagge.de/en/environmental-protection/sewage/sewage#:~:text=inadequate%20reception%20facilities-,No%20discharge%20of%20untreated%20ship's,the%20sea%20(MARPOL%20Annex%20IV)&text=if%20it%20is%20discharged%20from,miles%20from%20the%20nearest%20land. (Access Date: 02. 02. 2025).

International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) https://www.imo.org/en/about/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx(Access Date:11.12. 2024).

Qing Chen, Wanqing Wu, Yafei Guo, Jingtai Li, Fang Wei, *Environmental impact, treatment technology and monitoring system of ship domestic sewage: A review, Science of The Total Environment*, Volume 811, 2022 https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0048969721064883.,(Access Date: 01.02. 2025).

Mavi Kart, DAU ve teknelerin gri-siyah su atıklarının yönetimi ile ilgili yasal çerçeve metinleri - Türkiye, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği https://www.maviyolculukrehberi.net/post/mavi-kart-dau-ve-teknelerin-gri-siyah-su-at%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-y%C3%B6netimi-ile-ilgili-yasal-%C3%A7er%C3%A7eve-metinleri

Managing waste, including wastewater and food disposal, is a critical aspect of operating cruise ships sustainably and responsibly, https://www.cruisingjournal.com/en/cruise-guide/cruise-lines-guide/waste-management-on-cruise-ships#google_vignette .,(Access Date: 15.01.2025).

Marsh, Jane, *the Effects of Cruise Ship Waste*, https://environment.co/the-effects-of-cruise-ship-waste/ (Access Date 06.02.2025).

MEPC 64/23/Add.1 Annex 22, page 42012 "Guidelines on Implementation of Effluent Standards and Performance Tests for Sewage Treatment Plants "https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/Environment/Documents/Resolution%20MEPC.227(64).pdf (Access Date. 11. 02.2025)

MARPOL ANNEX 4 Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/.,(Access Date: 03.01. 2025).

10 ways AI is being used in Cruises [2025], https://digitaldefynd.com/IQ/ai-in-cruises/#:~:text=9.,by%20ensuring%20proper%20recycling%20practices (Access Date. 01.02. 2025).

Prevention of Pollution by Sewage from Ships, https://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx (Access Date: 11.02. 2025).

Raunek Kantharia, MARPOL ANNEX 4 *Explained – How to Prevent Pollution from Sewage at Sea at*https://www.marineinsight.com/maritime-law/marpol-annex-4-explained-how-to-prevent-pollution-from-sewage-at-sea/(Acces Date 11.02.2025).

Rishab Joshi, The Importance of Classification Societies in the Maritime Industry

https://www.marineinsight.com/maritime-law/the-importance-of-classification-societies-in-the-maritime-industry/(Access Date:11.02. 2025).

Schumüller, K., Weichgrebe, D. Köster, S. Biogas *potential of organic waste onboard cruise ships — a yet untapped energy source*. Biomass Conv. Bioref. 12, 5647–5662 (2022). https://doi.org/10.1007/s13399-020-01249-0(Acces Date: 12.01.2025).

Şahin, V.; Vardar, N. Determination of Wastewater Behavior of Large Passenger Ships Based on Their Main Parameters in the Pre-Design Stage. J. Mar. Sci. Eng. 2020, 8, 546. https://doi.org/10.3390/jmse8080546(Access date: 03.01. 2025).

The Amoco Cadiz; ran aground on the coast off France in 1978, rupturing the cargo tank and spilling crude oil into the ocean. https://shipwrecklog.com/log/history/atlantic-empress/;

Torrey Canyon: The world's first major oil tanker disaster at https://safety4sea.com/cm-torrey-canyon-the-worlds-first-major-oil-tanker-disaster/(accessed 11 February 2025); International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) https://www.imo.org/en/about/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Prevention-of-Pollution-from-Ships-(MARPOL).aspx/(Access Date: 11.12. 2024).

Torrey Canyon oil spill: The day the sea turned black at https://www.bbc.co.uk/news/uk-england-39223308 (Access Date:13. 02.2025).

Turkish Waters Marine Pollution: Strict Regulation and Extraordinary FinesMaritime Mutual Risk Bulletin No. 69 https://maritime-mutual.com/risk-bulletins/turkish-waters-marine-pollution-strict-regulation-and-extraordinary-fines/(Access Date: 13.02. 2025).

Türkiye: Update on gray water and black water disposal requirements https://www.sailworldcruising.com/news/251083/Update-on-gray-and-black-water-disposal-requirements; Circular No. 2020/20 on Maritime Waste Management, issued on July 8, 2020.

Türk Limanlarında Mavi Kart Uygulaması https://atayat.com/turk-limanlarinda-mavi-kart-uygulamasi/(Access Date: 15.02 2025).

Ülker, Duygu & Goksu, Serap & Yalcin, Ender & Canbulat, Onder. (2023). Ship-Generated Waste Management in Istanbul Ports: An Analytical Methodology to Evaluate Waste Reception Performance (WRP). Journal of ETA Maritime Science. 11. 259-269. 10.4274/jems.2023.53244. p. 264https://jag.journalagent.com/jems/pdfs/JEMS_11_4_259_269.pdf(Access Date: 15.02 2025).

Vilotijević, Alex, Matulja, Tin, Hadjina, Marko, Bolf, Davor. (2020). *Modern Equipment for Waste Management on Cruise Ships, Journal of Maritime & Transportation Science* (Access Date: 11 February 2025).

Where Do Cruise Ships Dump Their Waste? https://foe.org/blog/where-do-cruise-ships-dump-their-waste/Prevention of Pollution by Sewage from Ships athttps://www.imo.org/en/OurWork/Environment/Pages/Sewage-Default.aspx(Access Date:02.03. 2025).

Zahra Ahmed, *6 Causes of Sewage Pollution in The Ocean* https://www.marineinsight.com/environment/causes-of-sewage-pollution-in-the-ocean/(Access Date: 17.02 2025).

https://www.rempec.org/en/knowledge-centre/online-catalogue-items/activity-reports/pleasure-craft(Access Date.30 February 2025).

https://webdosya.csb.gov.tr/db/cygm/icerikler/genelge-20220910100702.pdf(Access Date: 11.02 2025).

[1632H] AYNI SUÇUN İŞLENMESİ KOŞULU BAĞLAMINDA ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN ÇOCUKLARIN NİTELİKLİ CİNSEL İSTİSMARI VE NİTELİKLİ CİNSEL SALDIRI SUÇLARI BAKIMINDAN TATBİKİNE İLİŞKİN YARGITAY KARAR İNCELEMESİ

(CASE LAW ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE PROVISIONS ON SUCCESSIVE CRIME IN THE CONTEXT OF THE CONDITION OF COMMITTING THE SAME OFFENSE REGARDING THE CRIMES OF AGGRAVATED SEXUAL ABUSE AND AGGRAVATED SEXUAL ASSAULT)

Arş. Gör. Rabia Bilgenur ELMAS [1633*] [1634]**

ÖZ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.06.2024 tarih ve E.2024/108, K.2024/188 sayılı kararıyla sanığın, mağdura yönelik on dört yaşında başlayıp yirmi sekiz yaşına kadar devam eden eylemlerini yalnızca zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirmiş ve çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu ile nitelikli cinsel saldırı suçlarını zincirleme suç hükümlerinin tatbiki bakımından aynı suç olarak kabul etmiştir. Ceza kanununun farklı maddelerinde düzenlenen ve unsurlarında tam bir birlik bulunmayan bu iki suç tipinin aynı suç olarak kabul görmesi zincirleme suç hükümlerinin uygulanma alanının genişlemesi anlamına gelmektedir. Yazımızda, bahsi geçen iki suç tipinin zincirleme suç müessesesi bakımından aynı suç sayılabilmesi ve yoğun bir haksızlık içeriğine sahip nitelikli cinsel suçlarda zincirleme suç hükümlerinin tatbikinin mümkün olması meseleleri analiz edilecektir.

[1632H] Eserin Dergimize geliş tarihi: 01.04.2025. İlk hakem raporu tarihi: 06.04.2025. İkinci hakem raporu tarihi: 14.04.2025. Onaylanma Tarihi: 04.05.2025.

[1633*] Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

[1634**] Yazarın ORCID belirleyicisi: 0009-0009-7388-2423.

Esere Atıf Şekli: Rabia Bilgenur Elmas "*Aynı Suçun İşlenmesi Koşulu Bağlamında Zincirleme Suç Hükümlerinin Çocuğun Cinsel İstismarı ve Cinsel Saldırı Suçları Bakımından Tatbikine İlişkin Yargıtay Karar İncelemesi"*, YÜHFD, C.XXII, 2025/2, s.993-1019.

Anahtar Kelimeler: *Zincirleme Suç, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Cinsel Saldırı Suçu, Aynı Suç İşleme Kararı, Sübjektif Şart.*

ABSTRACT

With its decision dated 12.06.2024 and numbered E.2024/108, K.2024/188, the Criminal General Assembly of the Court of Cassation evaluated the actions of the defendant against the victim, which started at the age of fourteen and continued until the age of twenty-eight, only within the scope of the crime of aggravated sexual abuse in a chain and accepted the crime of aggravated sexual abuse and aggravated sexual assault as the same crime in terms of the application of the provisions of the successive crime. The acceptance of these two types of crimes, which are regulated in different articles of the Criminal Code and which do not have a complete unity in their elements, as the same crime means the expansion of the application area of the provisions of successive crime. In our article, the issues of the possibility of the two types of crimes to be considered as the same crime in terms of the successive crime principle and the possibility of the application of the successive crime provisions in aggravated sexual offenses with an intense unfair content will be analyzed.

Keywords: *Succesive Crime, Sexual Abuse, Sexual Assault, Decision to Commit the Same Offense, Subjective Condition.*

***

I-Karar: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.06.2024 tarih ve E.2024/108, K.2024/188 sayılı kararı.

II-Karara Konu Teşkil Eden Olay: Sanığın, çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan 30 yıl; nitelikli cinsel saldırı suçundan ise 30 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin ilk derece mahkemesince verilen hüküm hakkında istinaf yoluna başvurulmuş, Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesince kurulan hükümleri kaldırarak, TCK'nın 44.[1635]maddesi delaletiyle sanığın, çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan 30 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına hükmetmiştir.

Hükmün temyiz incelemesini yapan Yargıtay 9. Ceza Dairesi; aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı mağdureye karşı değişik zaman dilimlerinde 'çocukların cinsel istismarı' (5237 sayılı Kanun'un 103), 'cinsel saldırı' (5237 sayılı Kanun'un 102) ve 'reşit olmayanla cinsel ilişki' (5237

[1635] Bölge Adliye Mahkemesince her iki suçun birbirine teselsül edeceği kabul edilerek TCK'nın 44. maddesi uyarınca en ağır cezayı gerektiren zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyet kararı verilmiştir.

sayılı Kanun'un 104) suçlarının işlenmesi hâlinde; her ne kadar söz konusu maddelerde düzenlenen suçlardan biri diğerinin daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hali değil ise de; failin kastı, sözü edilen maddelere konu eylemlerle ilişkisi, belirtilen normlarla korunan hukuki yararın tekliği göz önüne alınarak 'zincirleme şekilde çocukların cinsel istismarı' suçundan uygulama yapılması, diğer normlara ilişkin ihlallerin 5237 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca artırım oranı belirlenirken nazara alınması gerektiğini gözeterek Bölge Adliye Mahkemesi hükmünü bozmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı[1636] sanığın her bir suç yönünden cezalandırılmasına dair ilk derece mahkeme kararının hukuka uygun olduğu görüşüyle itiraz yoluna başvurmuş, Yargıtay 9. Ceza Dairesi itirazı yerinde görmemiş ve dosyayı Yargıtay Birinci Başkanlığına göndermiştir.

[1636] Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı "*Somut olayda, suçun aynı mağdura karşı farklı zamanlarda birden fazla işlendiğinin anlaşıldığı, ancak işlenen suçların aynı suç olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, mağdurenin 18 yaşından küçük olduğu dönemde gerçekleşen fiillerin TCK'nın 103. maddesi kapsamında ve çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu niteliğinde olduğu, 18 yaşın ikmalinden sonra cebir ve tehditle gerçekleşen eylemlerin ise TCK'nın 102. maddesi kapsamında nitelikli cinsel saldırı vasfında olduğu,* ***söz konusu maddelerde düzenlenen suçlardan biri diğerinin daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâli olmadığı, korunan hukuki menfaatin tekliğinin de bu suçların birbirine zincirleme suç olarak kabulüne imkân vermediği,*** *aynı mağdura karşı değişik zamanlarda işlense de aynı suç olmadıklarından TCK'nın 43/1 maddesinde yazılı zincirleme suç hükmünün uygulama imkânının olmadığı, sanığın her bir suç yönünden cezalandırılmasına dair ilk derece mahkeme kararının hukuka uygun olduğu ve olayda uygulama yeri olamayan TCK'nın 44. maddesi delaletiyle zincirleme olarak çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyete dair bölge adliye mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde bozma kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu*," görüşüyle itiraz yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise[1637]; nitelikli cinsel saldırı suçu (TCK'nın

[1637] Yargıtay gerekçe olarak: "*Şu hâle göre meseleye özellikle zincirleme suç kurumunun suç/ceza politikası bağlamında amacı, orantılılık (TCK'nın 3. maddesi) ve ceza adaleti ilkeleri ışığında bakıldığında; aynı kanun maddesinde düzenlenmiş olsun ya da olmasın bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri yanında, aynı hukuki değeri koruyan, işlenen fiillerin doğal mahiyetinde ve seyrinde bir değişikliğin söz konusu olmaması, ikinci ve/veya teselsül eden sonraki suçlar için, ilk/önceki suçu oluşturan fiillerden ayrı ve ek olarak yeni bir hareketin icrası gerekmemesi itibarıyla da maddi ve manevi unsurları bakımından genel hatlarıyla ayniyetini sürdüren suçların, aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Esasen bu çerçevede kalan suçların, aynı suç tiplerinde olup (kimi nüanslar barındırsa da) aynı adı taşıdıkları da vakıadır.*
Uygulamada Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2023 tarihli ve 303-151 sayılı, 24.05.2023 tarihli ve 46-303 sayılı, 26.11.2019 tarihli ve 208-666 sayılı kararlarında; çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları ile cinsel taciz ve çocuğun basit cinsel istismarı suçları arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını benimserken, 23.01.2018 tarihli ve 651-22 sayılı kararında ise (suç adında da ayniyet bulunmamasına rağmen) resmî belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçları arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir.
Keza 06.12.2022 tarihli ve 39-775 sayılı kararında; "25.07.1998 tarihinde dünyaya gelen mağdurenin 6 yaşından 17 yaşını doldurarak evlendiği 04.08.2015 tarihine kadar sanığın mağdureye yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği, mağdurenin 04.08.2015 tarihinde evlendikten sonra babasının Yozgat'ta bulunan evinden ayrılarak eşinin Ankara'da bulunan evine yerleştiği ancak eşiyle geçinemeyerek 2017 yılı Ramazan ayında tekrar baba evine döndüğü, evli kaldığı dönemde mağdureyle yüz yüze görüşen sanığın mağdureye yönelik herhangi bir eyleminin bulunmadığı, bu tarihten şikâyetin yapıldığı 24.10.2017 tarihine kadar sanığın mağdureye yönelik cinsel eylemlerini devam ettirdiği anlaşılan dosyada;" mağdurun evlenerek evden ayrıldığı 2015 yılı ile tekrar sanığın evine döndüğü 2017 yılının Ramazan ayından 24.10.2017 tarihine kadar devam eden eylemlerde sanığın aynı suç işleme kararıyla hareket edip etmediği tartışılmış olup çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarının aynı suç olup olmadığı konusu uyuşmazlık konusu yapılmayarak anılan suçların birbirine teselsül ettiği hususu zımnen kabul edilmiştir.
Yargıtay (Kapatılan) 14. Ceza Dairesi de 08.02.2021 tarihli ve 5799-974 sayılı ile 02.02.2017 tarihli ve 10406-408 sayılı kararlarında, tartışmaya açık farklı gerekçe ile mağdurenin onsekiz yaşından küçük olduğu dönemde başlayıp onsekiz yaşını doldurmasından sonra da devam eden eylemleri yönünden 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçları ilgili olarak sanığın daha ağır olan ve zincirleme surette gerçekleşen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği düşüncesindedir.
Aynı düşünce sonuçları itibarıyla doktrinde de savunulmaktadır (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, 16. Bası, s. 629), (Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, s. 293), (Çetin Akkaya, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, 1. Baskı, s. 275).

102/2. maddesi) ile çocukların nitelikli cinsel istismarı (TCK'nın 103/2. maddesi) suçlarının, TCK'nın 43. maddesinin ilk fıkrası kapsamında aynı suç olarak kabul edilmeleri gerektiğine hükmetmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazını reddetmiştir.

III- Çözümü Gereken Hukuki Problem: Uyuşmazlık; sanığın, katılan mağdura yönelik on dört yaşında başlayıp yirmi sekiz yaşına kadar devam eden eylemlerinin zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçunu mu yoksa ayrı ayrı on dört yaşından on sekiz yaşının doldurulmasına kadar zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu ile on sekiz yaşının doldurulmasından yirmi sekiz yaşına kadar zincirleme şekilde nitelikli cinsel saldırı suçlarını mı oluşturduğunun belirlenmesine ilişkindir.

IV-Problemin Çözümüne İlişkin Görüşler:

A-İlk Derece Mahkemesi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; faile iki suç tipi için de ayrı ayrı zincirleme suç hükümlerini tatbik etmek suretiyle çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan ve nitelikli cinsel saldırı suçundan ceza verilmesi görüşündedir.

---

ayniyet bulunmasa da, unsurları ile ilgili açıklamalarda da belirtildiği üzere suç tipi olarak; aynı hukuki değeri koruyan, maddi konusu değişmeyen, doğal mahiyetinde ve seyrinde bir değişiklik arz etmeyen, ikinci ve/veya teselsül eden sonraki suçlar için, ilk/önceki suçu oluşturan fiillerden ayrı ve ek olarak yeni bir hareketten bahsedilmeyen her iki suçun maddi ve manevi unsurları bakımından genel hatlarıyla ayniyetlerini koruduklarında kuşku bulunmadığından TCK'nın 43. maddesinin ilk fıkrası kapsamında "...aynı suç" olarak kabul edilmeleri gerekmiştir.

B. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Nüfus kayıt örneğine göre 06.08.1992 tarihinde doğan katılan mağdurun babası olan sanığın, katılan mağdurun on beş yaşından küçük olduğu 2006 yılı Haziran ayından on sekiz yaşına kadar cebir ve tehdit kullanmak suretiyle zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı, on sekiz yaşından yirmi sekiz yaşına kadar ise zincirleme şekilde nitelikli cinsel saldırı suçlarını işlediği hususunda Bölge Adliye Mahkemesi ve Özel Daire arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmayan olayda;

Her iki suçu oluşturan fiillerin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlendiğinde kuşku bulunmadığından, hafiften daha ağıra doğru değil, ağırdan daha hafife doğru işleyen bir süreçte (İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, 16. Bası, s. 629) seyreden suç yolunda sanık hakkında daha ağır olan çocukların cinsel istismarı suçundan belirlenen cezanın zincirleme suç hükümleri uygulanarak TCK'nın 43. maddesinin birinci fıkrası uyarınca artırılması gerektiği yönündeki Özel Daire kararında hukuken bir isabetsizlik görülmemiştir." ifadelerine yer vermiştir. **(https://kararara ma.yargitay.gov.tr/ E.T.25.03.2025)**

B-Bölge Adliye Mahkemesi; fikri içtima hükümleri gereği faile yalnızca en ağır cezayı gerektiren zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi görüşündedir.

C-Yargıtay 9. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu; faile yalnızca zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan ceza verilmesi görüşündedir.

V-Konuya İlişkin Genel Açıklamalar: Bu kısımda zincirleme suç hükümlerinin uygulama alanına değinilecektir. Zincirleme suç; Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinde; "*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*." şeklinde kaleme alınmıştır.[1638]

Ceza hukukunda ana kural faile işlemiş olduğu suç adedince ceza uygulamaktır.[1639] Bu kural gereğince örneğin üç defa hırsızlık suçunu işleyen bir failin üç ayrı hırsızlık suçundan cezalandırılması gerekecektir. Ancak kanun bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan birisi de zincirleme suç kurumudur.[1640] Buna göre zincirleme suç hükümleri kapsamında birden çok suç işleyen faile tek bir suçtan arttırılmış ceza

[1638] Zincirleme suç kurumunun eleştirisi için bknz. **ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / MERAKLI Serkan / BACAKSIZ Pınar / BAŞBÜYÜK İsa**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.594,595.

[1639] **SANCAR Türkan Yalçın,** Müteselsil Suç, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995. s.15; **GÖKTÜRK Neslihan,** "Türk Hukuku'nda Suçların İçtiması", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, 2014, s.31-59. s.31.

[1640] **ARTUÇ Mustafa**, "Zincirleme Suç", Terazi Hukuk Dergisi, C.3, S.28, 2008,s.45-66. s.45; **SANCAR, Türkan Yalçın**, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.70,2007, s.244-259. s.246; **GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:1, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021. s.1314.

verilir.[16411642] Zincirleme suç müessesesi failin lehine olup ağır cezalandırmaları önlemeyi amaçlamaktadır.[16431644] Tek bir suç işleyen faille zincirleme şekilde suç işleyen failin aynı cezayı alması adalet duygusuyla bağdaşmayacağı için de zincirleme suçta ceza arttırılmaktadır.[1645] Zincirleme suç Orta Çağ Avrupa'sında üç defa hırsızlık fiilini gerçekleştiren kişinin ölüm cezasına çarptırılması kuralının şiddetinin hafifletilmesi amacıyla ortaya çıkmıştır.[1646] Başlangıçta cezanın hafifletilmesi amacıyla ortaya atılan bu kurum zamanla yargılamayı kolaylaştırmada bir araç vazifesi görür hale germiş, seri işlenen suçlarda ispatın zorluğu karşısında bu kurumdan yararlanılmaya başlanmıştır.[1647]

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Bunlar; bir suç işleme kararı kapsamında birden çok suçun işlenmesi, birden fazla işlenen suçun aynı suç olması, suçların değişik

[1641] **ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024. s.789; **HAKERİ Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019. s.598; **CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017. s.525; **ZAFER Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016. s.501; **AKBULUT Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024. s.1029; **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.692; **SOYASLAN** s.260; **GÖKTÜRK** s.43.

[1642] Zincirleme suçta tatbik edilen cezanın fazla ılımlı olduğu, adil ve tatmin edici nitelikte olmadığına dair bknz. **SANCAR,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.259; **SANCAR,** Müteselsil Suç, s.163 Kanaatimizce de zincirleme suçta belirtilen artırım oranlarının yükseltilmesi daha isabetli olacaktır.

[1643] **ZAFER** s.501; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.588; **ÖZEN Mustafa**, Suçların İçtiması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008. s.183.

[1644] En ağır cezayı gerektiren suçlardan bazılarının zincirleme suç hükümlerinin kapsamında olmaması dolayısıyla zincirleme suçta tek ceza verilmesinin cezaların şiddetini azaltmak amacını taşıyamayacağına dair farklı görüş için bknz. **KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.532.

[1645] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.535.

[1646]**TOSUN Öztekin**, "Müselsel Suçlar", İHFM C.22, S.1-4,1957, s.124-149. s.126; **ARTUÇ** s.45; **SANCAR, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.**247, 248; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1314; **İŞTEN İnanç**, Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtiması, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021. s.71; SANCAR, Müteselsil Suç, s.40.

[1647] **İŞTEN** s.74.

zamanlarda işlenmesi[1648] ve suçların aynı kişiye karşı işlenmesidir.[1649] Bu şartlardan "bir suç işleme kararının bulunması" ve "aynı suçun birden fazla işlenmesi" konumuz açısından önem taşımaktadır.

Zincirleme suçta işlenen suçlardan her biri kanunda zincirleme suça bağlanan hükümler dışında bağımsızlıklarını korumaktadır.[16501651] Buna göre örneğin zincirleme şekilde işlenen suçlardan birinin af nedeniyle ortadan kalkması hali diğer suçların varlığını etkilemeyecektir.[1652] Fiillerin zincirleme suç kapsamında değerlendirilebilmesi için ayrıca bağımsız birer

---

[1648] Kanunda zincirleme suç hükümlerinin tatbiki için suçun değişik zamanlarda işlenmesinin aranmasının bir suçun aynı anda aynı kişiye karşı birden çok kez işlenmesindeki imkânsızlık sebebiyle gereksiz bulunması hakkında bknz. **HAKERİ** s.599; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.539.

[1649] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.789; **HAKERİ** s.599 vd.; **ZAFER** s.502; **DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir,** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt II), 14. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2019. s.663; **DEMİRBAŞ Timur,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.s.605; **MAHMUTOĞLU Fatih Selami / KARADENİZ Serra,** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.s.1119; **ARTUÇ** s.47; **ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:1, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014. s.1412; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1316; **İŞTEN** s.81; **ÖZEN** s.184.

[1650] Müteselsil suçta suç tekliği ve suç çokluğu görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bknz. **İÇEL Kayıhan**, Suçların İçtimaı, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972. s.88-97.

[1651] **İÇEL**, Suçların İçtimaı s.96; **İÇEL Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023. s.608; **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.526; **ZAFER** s.501; **DÖNMEZER / ERMAN** s.662,672; **DEMİRBAŞ** s.605; **DÜLGER Murat Volkan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. s.832; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.532; **MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ** s.1117,1118; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.248; **SOYASLAN Doğan,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2024. s.258; **İŞTEN** s.77,78; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.60 Zincirleme şekilde işlenen suçların bağımsızlıklarını korumadığı duruma zamanaşımı örnek olarak gösterilebilir. Zamanaşımının başlangıcı bakımından zincirleme halde işlenen suçlar tek suç sayılmakta, teselsülü oluşturan son suçun işlendiği tarih esas alınmaktadır.. **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.630; **ARTUÇ** s.52; **SOYASLAN** s.260. Kanunda zincirleme suça sadece zamanaşımının tespiti, yetkili mahkemenin saptanması ve cezanın belirlenmesi bakımından sonuç bağlandığı hakkında bknz. **ARTUÇ** s.62, **SANCAR,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.248, 249; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1365 Kanunda özel olarak belirtilen durumlarda dahi suçların bağımsızlıklarını koruduklarına dair farklı görüş için bknz. **AKBULUT** s.1030,1031.

[1652] **SANCAR,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.249; **SOYASLAN** s.261; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1331.

suç olma niteliğini kaybetmemiş olması gerekmektedir.[1653] Buna göre suçların tüm unsurlarıyla oluşması[1654], kovuşturulabilir ve cezalandırılabilir olması gerekir.[1655] Hareketlerin kısa zaman aralığında tekraren işlenmesi halinde, birkaç kere yumruk atılması gibi, birden çok suç meydana gelmediği, ortada tek bir suç olduğu için zincirleme suç hükümleri tatbik edilmeyecektir.[1656] Failin her biri ayrı ayrı birer bağımsız suç teşkil eden fiilleri faildeki aynı suç işleme kararı sayesinde birbirine bağlanmakta ve faile tek bir ceza verilmektedir.[1657] Suçların aynı suç işleme kararıyla işlenmiş olması şartına sübjektif şart denilmektedir.[1658] Karar kavramı kast kavramına göre daha genel nitelikte olup[1659] kasttan önce gelir.[1660] Karardaki birlik kastın da bir olduğu anlamına gelmez. Failin suçların her birine yönelik kastı ayrı ayrıdır. Ayrı kastlara dayanan bu eylemleri birleştiren ortak bir suç işleme kararıdır.[1661]

[1653] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.793; **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.526,527.

[1654] **HAKERİ** s.599; **ZAFER** s.502; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.589; **İÇEL**, Suçların İçtiması s.111; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.606; **AKBULUT** s.1033; **DÜLGER** s.834; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.533; **MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ** s.1119.; **ARTUÇ** s.48; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.249; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1316; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.69.

[1655] **HAKERİ** s.603; **İÇEL**, Suçların İçtiması s.115 vd.; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.608; **AKBULUT** s.1036; **MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ** s.1120; **ARTUÇ** s.51; **SANCAR,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.250; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA** s.1417; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1318; **İŞTEN** s.88; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.72

[1656] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.793; **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.528; **DÖNMEZER / ERMAN** s.663; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.590,591; **İÇEL**, Suçların İçtiması s.111; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.606; **AKBULUT** s.1032; **DÜLGER** s.851; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.534, 535.; **ARTUÇ** s.48; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.247, 249; **SOYASLAN** s.264; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1319; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.63, 64

[1657] **ARTUÇ** s.52; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1332; **İŞTEN** s.78; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.86, 87.

[1658] **HAKERİ** s.605.

[1659] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.793.

[1660] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.135; **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.532; **ZAFER** s.508; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **DÜLGER** s.847.

[1661] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.532; **DÖNMEZER / ERMAN** s.667; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **DEMİRBAŞ** s.609; **DÜLGER** s.847,848.; **ARTUÇ** s.53; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.254; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1332; **İŞTEN** s.99; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.95.

Sübjektif şartın anlamı ve kapsamı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.[16621663] Buna göre sübjektif şart; önceden kurulması gereken plan şeklinde, sonradan gerçekleşse bile fiillerin tümüne ilişkin bir tasavvur şeklinde veya failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağlantı[1664] şeklinde yorumlanmıştır. [1665] İlk görüşe göre failde en baştan beri bulunması gereken bütün neticelere yönelik irade başka bir deyişle *tüm kast;* mağduru, suçun işlenme yerini, zamanını, işleniş şeklini kapsamalıdır.[16661667] Karardan anlaşılması gereken; failin aynı suçu birden çok defa işlemek konusunda önceden kuruduğu plan, genel niyetidir.[16681669] Fail işleyeceği

---

[1662] Görüşler hakkında daha detaylı bilgi için bknz. **ÖZEN** s.189 vd. Zincirleme suça özelliğini veren sübjektif şartın tespiti konusunda daha belirgin ifadelerin kullanılması gerektiği hakkında bknz. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.253.

[1663] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.1.2014 tarih ve 2013/384 Esas, 2014/2 Karar numaralı kararında** aynı suç işleme kararı kavramına dair Yargıtay'ın görüşünü belirtmiştir: "*Ceza Genel Kurulunun konuya ilişkin 03.12.2013 gün ve 1475-577, 30.05.2006 gün ve 173-145, 08.07.2003 gün ve 189-207, 13.10.1998 gün ve 205-304, 20.03.1995 gün ve 48-68 ile 02.03.1987 gün ve 341-84 sayılı kararlarında "aynı suç işleme kararı" kavramından, kanunun aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeden önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine, kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm hareketleri arasında subjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiş, ilk eylemle ikinci eylem arasında makul sayılamayacak uzunca bir sürenin geçmesinin, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini gösterdiği belirtilmiştir.*" **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1451

[1664] **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **DÜLGER** s.847; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.542.

[1665] Ayrıntılı bilgi için bknz. **İÇEL**, Suçların İçtiması s.130-138.

[1666] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.131; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.93.

[1667] Kararın oluşması için suçların ayrıntılı biçimde düşünülmesinin aranmayacağına dair görüş için bknz. **ZAFER** s.508; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.160; Kararda suçun işlenme yeri, zamanı, işleniş şekli ve mağdurun tamamının bir arada gerçekleşmesinin gerekmeyeceğine dair bknz. **ARTUÇ** s.54; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1336.

[1668] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.790; **HAKERİ** s.605; **DÖNMEZER / ERMAN** s.667; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **ARTUÇ** s.53; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA** s.1414; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.91.

[1669] Sancar'a göre; önceden kurulması gereken plan kavramı çok katı bir şekilde yorumlanmamalı, davranış şekli ve araçların önceden ayrıntılı olarak planlanması olarak anlaşılmamalıdır. Buna göre; birden çok suç işleyerek bir amaca ulaşmaya ilişkin genel bir karar ve başlangıç programı yeterlidir. Kararın genelliği faile değişen koşullara uyum

birden fazla suçu önceden düşünür[1670], önceden aldığı bir kararla suçu kısımlara ayırarak işlemeyi tercih eder.[1671] Planın çok ayrıntılı olmasına gerek yoktur.[1672] Bütün fiillerin gerçekleştirilmesine yönelik verilen karar başlangıçta mevcut olabileceği gibi, ilk fiilden sonraki fiillere yönelik karar daha sonra da oluşturulabilir. Buna göre fail bu kararı ilk fiilin icrası bitene kadar alabilir.[1673]

Sübjektif şartın anlamına yönelik ikinci görüşe göre; karar suçun gerçekleştirilmesine yönelik kesin irade iken tasavvur aynı suçun birden çok defa işlenmesine yönelik zihindeki bütüncül kurgudur.[16741675] Tasavvur safhası iradi safhadan önce gelip fiilleri psikolojik bir birlik halinde birleştirir.[1676] Sübjektif suç konusuna ilişkin tasavvur sübjektif şartın sağlanması bakımından yeterlidir.[1677] Bu görüşün taraftarlarından Tosun'a göre suç işleme kararının birden çok fiili işlemeye yönelik olması gerekmez. Diğer bir ifadeyle önceden alınmış somut bir karar bulunmasa dahi failin yapmak istediği hususu bütün halinde istemesi sübjektif şartın gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.[1678]

Son görüşe göreyse gündelik hayat tecrübelerince failin hareketlerinin birbirinin devamı niteliğinde olduğunun ve failin iradesinin bütün hareketleri kapsadığının anlaşılması halinde sübjektif şart

---

sağlama imkânı tanımaktadır. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.254; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.97, 98.

[1670] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.532; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592.

[1671] **HAKERİ** s.605; **DÖNMEZER / ERMAN** s.667; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **ARTUÇ** s.53.

[1672] **BULUT İlhan**, "Zincirleme Suçta "Bir Suç İşleme Kararı" Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi", İMHFD, C. 10, S. 1, 2025, s. 33-68. s.40,41.

[1673] **İÇEL**, Suçların İçtimaı s. 133; **HAKERİ** s.606; **BULUT** s.40; **ARTUÇ** s.53; **İŞTEN** s.102; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.98.

[1674] **BULUT** s.41; **SANCAR,** Müteselsil Suç, s.89

[1675] Suç işlemeyi düşünen failde sırasıyla suç işleme düşüncesi doğar, ardından suçun nasıl gerçekleştirileceği tasavvur edilir, son olarak suçun gerçekleştirilmesine karar verilir. **SOYASLAN** s.262.

[1676] **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.89.

[1677] Soyaslan'a göre karar; birden çok suçun işlenmesinin tasavvur edilerek icra edilmesi doğrultusunda zihnen çözülmesi ve neticelendirilmesidir. **SOYASLAN** s.262.

[1678] **TOSUN** s.136; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.616.

sağlanacaktır.[16791680] Bu görüşe göre karar; sürece yayılmış, dinamik bir kavramdır.[16811682]

Kanaatimizce karar kavramını yalnızca başlangıçta kurulmuş bir plan dahilinde işlenen fiilleri değil, daha sonraki bir zamanda devamına karar verilen fiilleri de kapsamak suretiyle son görüşe uygun şekilde failin hareketleri arasındaki sübjektif bağlantı olarak yorumlamak daha adil olacaktır.[1683] Başlangıçta kurulan plan dahilinde kararın oluştuğu durumlar açısından; failin işlenecek suçların temel özellikleri hakkında fikrinin bulunması yeterli kabul edilmeli[1684]; tüm eylemlerin önceden ayrıntılarıyla öngörülmesi[1685] ve suç sayısının önceden belirlenmesi aranmamalıdır.[1686] Ancak failin çıkacak fırsatları değerlendirmeye dair genel ve soyut bir karar vermesi halinde aynı suç işleme kararından söz edilemeyecektir.[1687] Sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, önüne çıkan fırsatları değerlendirmek suretiyle aynı suçu defalarca işlemesi halinde gerçek içtima kuralları

[1679] **İÇEL**, Suçların İçtimaı s.134; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592; **AKBULUT** s.1045.

[1680]Mahmutoğlu'na göre; sonraki eylemi öncekinin devamı görülmesi şeklinde anlamak sübjektif şartın gerçekleşmesi açısından yeterli değildir. Karar kapsamındaki son suç sona ermeden aynı kişiye karşı aynı suç işlemeye karar verilmesi halinde işlenecek eylem zincire dahil edilebilecektir. Bu aşamadan sonra verilen karar yeni bir karardır. Bknz. **MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ** s.1147,1148.

[1681] **BULUT** s.43.

[1682] Bu görüşlerin dışında sübjektif unsuru birden çok suç işleme isteği olarak ve aynı amaca yönelmiş kararlar birliği olarak gören görüşler hakkında bknz. **BULUT** s.43,44.

[1683]Bknz. **İÇEL**, Suçların İçtimaı s.136,137; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.616,617; **AKBULUT** s.1045,1046; **DEMİRBAŞ** s.609,610; **DÜLGER** s.847; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.542.

[1684] Failin suçları nasıl, hangi araçlarla ve ne zaman işleyeceğini düşünmesinin gerekmeyeceğine dair bknz. **ZAFER** s.508.

[1685] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.532; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.618.

[1686] **HAKERİ** s.605,606.

[1687] **İÇEL**, Suçların İçtimaı s.137; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.593; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.617; **AKBULUT** s.1046; **DÜLGER** s.847; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.542,543; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.255; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1336; **İŞTEN** s.102; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.98.

uygulanacaktır.[1688] Benzer şekilde suç işleme kararı, saik birliğine varacak şekilde de yorumlanmamalıdır.[16891690]

Bir suç işleme kararının varlığını tespit noktasında hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.[1691] Cezanın belirlenmesinde hayati öneme sahip olan sübjektif şartın varlığının tespiti titizlikle gerçekleştirilmeli, anlamı ne çok daraltılmalı ne de çok genişletilmelidir.[1692] Bu hususta suçların işleniş biçimindeki benzerlik[1693], aynı türden fırsatları değerlendirme, suçla korunan hukuki değer, hareketin yöneldiği konunun nitelik ve farklılıkları, suçlar arasındaki zaman aralığı, suçların işlenme yeri ve zamanı arasındaki ilişki, suçun işlenmesine hükümden sonra devam edilmesi[1694] ve benzeri kıstaslardan[1695] yararlanılabilmektedir.[16961697]

[1688] **TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.** s.290.

[1689] **BULUT** s.47; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.254 Örneğin hırsızlığı meslek edinmiş bir kimsenin işleyeceği birden çok hırsızlık suçu kapsamında sahip olduğu genel saik birliği, suç işleme kararındaki birlik olarak kabul edilemez. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.254; SANCAR, Müteselsil Suç, s.95.

[1690] Cinsel yararlanma saikinin suç işleme kararı olarak kabul edilmesi halinde faillerin adeta suç işlemek üzere teşvik edildiği hakkında bknz. **BULUT** s.61. Yazar bu durumu cezaların caydırıcılığının engellenmesi, toplumdaki adalet duygusunun sarsılması, mağdurun göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağı için eleştirmektedir. **BULUT** s.61, 62, 63.

[1691] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.139; **ÖZGENÇ** s.691; **TOSUN** s.136; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1337

[1692] **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.160.

[1693] Özgenç; zincirleme şekilde gerçekleşen önce cinsel istismar ardından cinsel saldırı suçlarında ağırdan hafife doğru işleyen bir sürecin bulunduğu ve fiillerin doğal mahiyetinde bir değişiklik bulunmadığından dolayı bu suçlardan ayrı ayrı ceza vermek yerine cinsel istismar suçundan zincirleme suç hükümleri uygulanarak ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bknz. **ÖZGENÇ** s.694. Yazarın bu görüşüne katılmamaktayız.

[1694] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.139; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.619 vd.

[1695] Zafer bu sayılanlarafailin ikrarı, failin düzenli gelir sağlayan bir mesleğe sahip olup olmaması gibi kriterleri eklemektedir. **ZAFER** s.508.

[1696] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.790; **HAKERİ** s.607,608; **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.532,533; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.592 vd.; **AKBULUT** s.1047; **DÜLGER** s.849; **ARTUÇ** s.55; **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA** s.1415; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1337; **İŞTEN** s.103; **ÖZEN** s.196 vd.

[1697] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.11.2023 tarihli 2023/306 Esas, 2023/590 Karar numaralı kararında** bir suç işleme kararının tespitinde yararlandığı kıstaslara yer vermiştir: "*Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi*

Suçlar arasındaki zaman aralığı önemli bir kıstas olmakla beraber kesin sınırlar içermemektedir. Suçların değişik zamanlarda işlenmesi koşulunun sağlanıp sağlanmadığı somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilecektir.[16981699] Suçlar arasındaki zaman aralığının uzun olması yeni bir suç işleme kararının varlığına dair karine teşkil edebilecektir.[17001701]

---

konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir." **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 01.05.2025)**

[1698] **HAKERİ** s.611; **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.791; **ZAFER** s.509; **İÇEL**, Suçların İçtiması s.141,142; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.621; **AKBULUT** s.1037; **DEMİRBAŞ** s.606; **DÜLGER** s.837; **ÖZEN** s.199.

[1699] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.1.2014 tarih ve 2013/384 Esas, 2014/2 Karar numaralı kararında** belirtilen hususu şu şekilde açıklamıştır: "*Suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği, birden çok suçun aynı karara dayanıp dayanmadığı, aynı zamanda suçlar arasındaki süre ile de ilgilidir. İşlenen suçların arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermez. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu göstermeyebilir. Diğer taraftan, hukuki veya fiili kesintiler olduğunda farklı değerlendirmeler yapılacaktır. Ancak bu değerlendirme her olayda ayrı ayrı ve diğer şartlar da dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle, başlangıçta belirli bir süre geçince suç işleme kararı yenilenmiş ya da değişmiş olur demek, soyut ve delillerden kopuk bir değerlendirme olacaktır. Failin iç dünyasını ilgilendiren bu kararın varlığının her olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluşum ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmesi gerekecektir.*" **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1451.

[1700] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.142; **HAKERİ** s.607; **ZAFER** s.505; **DÖNMEZER / ERMAN** s.667; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.591,593; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.621; **DÜLGER** s.837; **ARTUÇ** s.58; **SOYASLAN** s.263; **ÖZEN** s.199

[1701] Örneğin **Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.02.2020 tarihli ve 2019/4381 Esas, 2020/1216 Karar numaralı kararında** askerlik süresini yeni bir suç işleme kararının oluşumu bakımından yeterli kabul etmiştir: "*…mevcut zeka geriliği nedeniyle kendisine yönelik eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan ve ruhsal yönden fiile mukavemet edemeyen mağdurun komşusu olan sanığın, bir suç işleme kararının icrası kapsamında muhtelif zamanlarda değişik yerlere götürdüğü mağduru tehdit ederek cinsel organını birden fazla kere makatına soktuğu ve bir süre sonra askere gitmesi nedeniyle müsnet suçu işleme imkanı ortadan kalkan sanığın, terhis olmasının ardından mahalleye döndüğünde sokakta gördüğü mağduru tehdit ederek tekrar cinsel organını makatına soktuğu tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, askerlik görevi nedeniyle yaşanan fiili kesinti sonrası sanığın*

Benzer şekilde zaman aralığının kısa olması da suç işleme kararının değişmediğine delalet olabilir.[1702] Burada dikkat edilmesi gereken husus zaman aralığının uzunluğundan çok faildeki suç işleme kararının aynılığıdır.[1703] Zira zaman aralığının az veya çok olması suçların aynı suç

---

suç işleme kastının yenilendiği nazara alınarak son eyleminden dolayı ayrı hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden eylemlerin bütün halinde zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi" **(https://karararama.yargitay.gov.tr/ E.T.25.04.2025) Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.10.2019 tarih ve 2016/1435 Esas, 2019/624 Karar numaralı kararında** suç işleme kararının yenilenmesi bağlamında fiili ve hukuki kesinti kavramları üzerinde durmuş ve somut olayda fiili kesintinin gerçekleşmesinden dolayı zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilemeyeceğine hükmetmiştir: "…*Yapılmakta olan soruşturma sonucunda toplanan delillerin failin suçu işlediği yönünde yeterli şüphe oluşturması üzerine Cumhuriyet savcısınca şüpheli hakkında CMK'nın 170. maddesi uyarınca iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesinti oluşmaktadır.* ***Fiili kesinti ise failin eylemine ara vermesi veya tutuklanması, askere gitmesi, uzun bir süre hastanede yatması gibi nedenlerle eylemini sürdürememesi hallerinde meydana gelebilecektir.*** *Ancak bu durumlarda eylemlerin gerçekleştirildiği yer ve araya giren zaman aralığı gibi somut olay özellikleri gözönünde bulundurularak suç işleme kararının yenilenip yenilenmediği ve bu bağlamda fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenmelidir. Hukuki veya fiili kesintinin söz konusu olmadığı durumlarda ise zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.*

...

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

17.05.2006 tarihinde Aydın ili Germencik ilçesi A2 Mahallesinde gerçekleşen sahte parayı tedavüle koyma eylemine ilişkin Germencik Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 22.06.2006 tarihli iddianameden önce hukuki kesinti gerçekleşmemiş ise de 13.03.2006 tarihinde İzmir ili, Torbalı ilçesi, A1 Mahallesinde, 17.05.2006 tarihinde Aydın ili Germencik ilçesi A2 Mahallesinde sahte para tedavüle koyan sanık ...'nin ***her iki eylemi arasında iki ay dört günlük bir zaman aralığının bulunması, her iki eylemde ele geçirilen sahte paraların farklı değerlerde olması, sanığın ikinci eylemini daha rahat hareket edebileceği düşüncesi ile ilk eylemine ilişkin yakalandığı İzmir ili sınırları dışına çıkarak farklı bir yerde gerçekleştirmesi ve ilk eylemine ilişkin suçu arkadaşları ile birlikte gezdiği görüntüsü vererek işlerken ikinci eyleminde tek başına sahte parayı tedavüle sürerek eylem tarzını değiştirmesi hususları bir bütün olarak göz önüne alındığında*** *sanığın her iki eylemi arasında kastı da içine alıp ondan önce gelen bir suç işleme kararından, diğer bir deyişle eylemleri ortak bir zemine taşıyan subjektif bir bağdan söz edilemeyeceği, sanığın 17.05.2006 tarihli olayda yenilenmiş suç işleme kararı ile hareket ettiği diğer bir anlatımla her iki olay arasında fiili kesintinin oluştuğu, bu bağlamda sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı ve sanığın her iki eylemi nedeniyle ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir."* **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1409.

[1702] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.533; **ZAFER** s.509; **ÖZEN** s.199.

[1703] **CENTEL /ZAFER / ÇAKMUT** s.530; **ZAFER** s.504; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.591; **AKBULUT** s.1037; **KOCA /**

işleme kararıyla işlendiğini kesin bir şekilde ortaya koymaz.[1704] Bununla beraber zaman aralığının çok uzun olması zincirleme suçun tatbikini engellemelidir. Aksi takdirde failin eylemleri bir ömür boyunca gerçekleşse dahi zincirleme suç kapsamında değerlendirilir ki bu durum zincirleme suç kurumunun mantığına da aykırıdır.[1705] Zaman aralığının makul olmaması halinde failin bir suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suç işlediği sonucuna ulaşılabilecektir.[17061707]

Belirtilen kriterlerin kullanılmasına rağmen gerçekleştirilen birden çok suçun bir suç işleme kararı kapsamında işlendiğine dair kesin bir sonuca ulaşılamaması halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanacak ve bir suç işleme kararının gerçekleştiği kabul edilebilecektir.[17081709] Bir suç işleme kararının kapsamını irdeledik. Peki, aynı suç ifadesinden ne anlaşılmalı, değerlendirme hangi kriter baz alınarak yapılmalıdır? Bu konuda suçun nitelikli hallerini dahi aynı suç kavramı kapsamında kabul etmeyecek kadar zincirleme suç kurumunu daraltan görüler olduğu gibi; benzer hukuki değerlerin ihlalini ya da suçun basit şeklini esas alan görüşler de

---

ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.543; **SOYASLAN** s.263; **GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1334; **ÖZEN** s.199

[1704] **SANCAR,** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.255; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.101, 102.

[1705] **TANER** s.292, 293.

[1706] **ARTUÇ** s.59; **TANER** s.293.

[1707] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.1.2014 tarih ve 2013/384 Esas, 2014/2 Karar numaralı kararında:** "*Sanığın, yatılı bölge ilköğretim okulunda 5. sınıf öğrencisi olan ve ayda bir defa üç gün süreyle izinli olarak eve gelip kalan kız kardeşi katılana yönelik olarak ilk defa 2009 yılı Ağustos ayında cebir ve şiddet kullanmak suretiyle basit cinsel istismar suçunu işlediği, ikinci olarak da 2010 yılı ara tatilinde Şubat ayında basit istismar suçunu işlediği sabit olan somut olayda,* ***ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılamayacak olan yaklaşık 6 aylık uzunca bir süre, sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle ikinci suçu işlediğini göstermektedir****. Zira iki eylem arasında geçen 6 aylık sürede birden fazla kez eve gelerek kalan katılana karşı, sanığın herhangi bir eylem gerçekleştirmemiş olması, aynı suç işleme kararı altında hareket etmediği anlamına gelmektedir*." **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1451.

[1708] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.144; **MAHMUTOĞLU/ KARADENİZ** s.1163; **ARTUÇ** s.62.; **ÖZEN** s.207; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.114.

[1709] Yargıtay'ın zincirleme suç içtima kuralının koşullarını araştırmadan sadece sanık ve mağdurun aynı kişiler olması ve eylem aralıklarının çok uzun yıllara yayılmamasını tüm eylemlerin zincirleme suç kapsamında işlendiğini ispatlayan kanuni kesin delil gibi görmesi hakkında bknz. **ÜNVER Yener,** "Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu (14-15 Ocak 2011) Ankara, 2011. s.217-243. s.221.

bulunmaktadır.[1710] İşlenen suçların aynı suç kapsamında olup olmadığı değerlendirilirken[1711] korunan hukuksal yarar kavramı değil[17121713] temel suç tipi esas alınmalıdır.[17141715] Bu yüzden suç tiplerinin aynı bölümde yer alması zincirleme suç hükümlerinin tatbiki bakımından yeterli değildir.[17161717] Keza farklı isme sahip suçların varlığı halinde aynı suçtan söz edilemeyecektir.[1718] Aynı suçun işlenmesinden kanunun aynı maddesinin ihlali de anlaşılmamalıdır. Belirtmiş olduğumuz üzere kanunun aradığı aynı suç

[1710] Kanunun aynı hükmünü belirlemede ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için bknz. **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.77 vd.

[1711] Ayrıntılı bilgi için bknz. **ÖZEN** s.209, 210.

[1712] **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.590; **DÜLGER** s.842.

[1713] Aynı hukuki değeri koruyan suçların aynı suç kapsamında değerlendirilmesi hakkında farklı görüş için bknz. **SOYASLAN** s.260. Yazara göre; zincirleme suç hükümlerinin tatbiki bakımından aynı bölümdeki suçlardan birinin ihlali yerine aynı maddenin ihlalinin aranması ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

[1714] **DÖNMEZER / ERMAN** s.666; **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.252

[1715] Eski Kanun döneminde kanunun aynı hükmü tabirinden; "benzer hukuki değerlerin ihlalinin", "kanunun aynı fıkrasının ihlalinin" veya suçun basit şeklinin esas alınması gerektiği hakkında farklı görüşler bulunduğuna dair bknz. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.252.

[1716] **İÇEL**, Suçların İçtiması s.127; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.612; **HAKERİ** s.600; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.590; **AKBULUT** s.1038; **TOSUN** s.135; **SANCAR, Müteselsil Suç**, s.84,85.

[1717] Nitekim **Yargıtay 14. Ceza Dairesi 08.11.2016 tarih ve 2016/8128 Esas, 2016/7655 Karar numaralı kararında** aynı mağdura karşı 15 yaşından küçük olduğu dönemde çocuğun basit cinsel istismarı ile 15 yaşını doldurduktan sonraki dönemde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyen failin iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir: *"... Mağdurenin aşamalardaki anlatımları savunma ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın mağdurenin onbeş yaşını henüz ikmal etmediği, 15.08.2014 tarihindeki mağdureyi öpme, cinsel organını cinsel organına dokundurma şeklindeki eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı; mağdurenin onbeş yaşını doldurduktan sonraki organ sokma suretiyle cinsel ilişkiye girme şeklindeki eylemlerinin mağdurenin rızasıyla gerçekleştiği anlaşıldığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanığın bu iki suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması…"* **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1343,1344.

[1718] **ZAFER** s.504.

tipinin ihlalidir.[17191720] Aynı suçun kapsamına suçun temel şeklinin yanında daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri de girmektedir. Örneğin dolandırıcılık ve nitelikli dolandırıcılık suçları arasında zincirleme suç hükümleri uygulanabilecekken[1721] dolandırıcılık ve hırsızlık suçları arasında bu hükümler uygulanamayacaktır. Doktrinde bir suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin de aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.[1722]

Yargıtay'ın farklı suç tiplerinin ihlalini zincirleme suç kapsamında değerlendirdiği kararları da mevcuttur.[1723] Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunun ve özel belgede sahtecilik suçunun aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kararları bulunmaktadır.[1724] Yargıtay'ın

---

[1719] **İÇEL**, Suçların İçtimaı s.127,128; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.612; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.589; **DÜLGER** s.841, 842; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.83.

[1720] Akbulut, aynı suçtan bahsedilebilmesi için ihlal şekillerinin ve hukuki değerin aynı olmasının gerektiğini savunurken (**AKBULUT** s.1038); Koca ve Dülger, hukuksal değerin ve tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının genel itibariyle aynı olması gerektiğini savunmaktadır. (**KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.538; **DÜLGER** s.841).

[1721] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.796; **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler s.612; **DÜLGER** s.841; **ARTUÇ** s.56; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.84.

[1722] **HAKERİ** s.600; Suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin her zaman aynı suçu oluşturmayacağı hakkında bknz. **AKBULUT** s.1040,1041; **İŞTEN s.94**; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına dair görüş için bknz. **ÖZEN** s.258, 259.

[1723] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.797.

[1724] **Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.01.2018 tarihli ve 2015/651 Esas, 2018/22 Karar numaralı kararı** şu şekildedir: "*Sahtecilik suçları bakımından ise, kanun koyucunun resmî belgede sahtecilik ve özel belgede sahtecilik suçlarını benzer şekilde düzenlemesi, her iki suçta korunan hukuki yararın kamu güveni olması, suçların mağdurunun geniş anlamda toplumu oluşturan tüm bireyler olması ve suç isimlerinin aynı olması nedeniyle, resmî belgede sahtecilik suçu ile özel belgede sahtecilik suçunun "aynı suç" kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir*." Benzer karar için bknz. Yargıtay CGK 8.11.2015 tarih ve 2014/173 Esas, 2015/495 Karar numaralı kararı **(https://www-lexpera-com-tr. E.T. 25.04.2025) GÖKCAN/ ARTUÇ** s.1443. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.05.2023 tarih ve 2022/46 Esas, 2023/303 Karar numaralı kararında** aksi görüşe yer vermiştir. "*Aynı suçtan maksat, ilk suç ile ikinci suç arasında korunan hukuki değer, tipikliğin maddi ve manevi unsurları bakımından genel hatlarıyla ayniyetin varlığıdır. Resmi belgede sahtecilik suçuyla özel belgede sahtecilik suçunun aynı suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yolundaki kabulün yerinde olmadığını belirtmek gerekmektedir. Her iki suçun unsurlarının tamamen benzer olduğuna ilişkin düşünce de isabetsizdir.* ***Her şeyden önce bu suçların konuları birbirinden farklıdır.*** *Resmi belgede sahtecilik suçunun konusunu resmi belge, özel belgede sahtecilik suçunun*

bu kararlarına katılmamaktayız.[1725] Resmi belgede sahtecilik suçunun konusu resmi belge oluşturmaktadır. Resmi belge; kamu görevlisi tarafından görevi gereği kanundaki usule uygun olarak düzenlenen belgedir.[1726] Özel belgede sahtecilik suçunun ise konusu özel belge olup özel belge; resmi belge niteliği bulunmayan ve kanun gereği resmi belge de sayılmayan hukuken korunmaya değer bütün belgeleri ifade etmektedir.[1727] Resmi belgede sahtecilik suçunda özel belgede sahtecilik suçunun aksine eylemin cezalandırılabilmesi için resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi yeterli kabul edilmekte, ayrıca bu belgenin kullanılması aranmamaktadır.[1728] Bu kapsamda konusu, hareket unsuru ve yaptırımı[1729] birbirinden farklı olan ve kanunun farklı maddelerinde düzenlenmiş bulunan bu iki suç tipinin aynı suç olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Sonuç

Yargıtay Ceza genel Kurulu; çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu ile nitelikli cinsel saldırı suçunun aynı suçu oluşturduğuna dair kararında gerekçe olarak korunan hukuki değerin ve maddi konunun aynılığına, doğal mahiyetinde ve seyrinde bir değişiklik arz etmemesine, sonraki suçlar için, önceki suçu oluşturan fiillerden ayrı ve ek olarak yeni bir hareketten bahsedilmemesine ve her iki suçun maddi ve manevi unsurlarının genel itibariyle aynı olmasına yer vermiştir.

---

konusunu ise özel belge oluşturmaktadır. Yine resmi belgede sahtecilik suçu seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir, özel belgede sahtecilik suçu çok hareketli olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla unsurları birbirinden tamamen farklı olan bu suçların aynı suç sayılarak zincirleme suç kuralının kapsamına alınması isabetli olmamıştır (Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuk Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 15. Bası, Ankara, 2022, s. 535-536)." **(https://karararama.yargitay.gov.tr/ E.T.25.03.2025)**

[1725] Benzer görüş için bknz. **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler s.538,539; **TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023. s.972.

[1726] **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.932; **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.858.

[1727] **TANERİ Gökhan/ KAMIŞLI Gani,** Dolandırıcılık – Sahtecilik – Güveni Kötüye Kullanma Suçları, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.996; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.935, 949; **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.862.

[1728] **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK**, s.940; TANERİ/ KAMIŞLI, s.857; **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.887

[1729] Resmi belgenin kanıt gücünün yüksek olması dolayısıyla bu belgeye bağlanan neticenin ağır olması ve kamu idaresinin işleyiş düzeninin ihlal edilmesi nedeniyle resmi belgede sahteciliğin daha ağır cezalara tabi tutulması hakkında bknz. **TANERİ/ KAMIŞLI**, s.857, 996.

Suçla korunan değerin aynı suç işleme kararının belirlenmesinde kıstas olarak kullanılması kanaatimizce zincirleme suç hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Kanunun 43.maddesi *aynı suçun* birden fazla kez işlenmesi halini aramaktadır. Kanunun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu birbirinden farklı suç tipleridir.[1730] Türk Ceza Kanunu'nda aynı hukuki değeri koruyan birden fazla suç tipinin mevcudiyeti tabiidir. Ancak bu durum aynı hukuki değeri koruyan suçların aynı suç tipini oluşturduğu anlamına gelmemektedir. İncelediğimiz kararda da Yargıtay Ceza Genel Kurulu nitelikli cinsel saldırı ve çocukların nitelikli cinsel istismarı suçlarının aynı suç olduğuna yönelik hüküm kurarken gerekçesinde bu suçların aynı hukuki değeri koruduğuna değinmiştir. Oysa bu iki suç tipiyle korunan hukuksal değerler birebir örtüşmemektedir.[17311732] Cinsel saldırı suçuyla korunan hukuki değer kişinin cinsel dokunulmazlığı[1733], cinsel

[1730] Cinsel saldırı suçu ile çocukların cinsel istismarı suçunun aynı suç sayılmayacağı hakkında benzer görüş için bkz. **ARTUÇ** s.56.

[1731] Keza bu husus aynı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun inceleme konusu kararında da belirtilmektedir. "*Cinsel saldırı suçunda korunan hukuki değer, kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı ise de çocukların cinsel istismarı suçunda kişilerin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığı yanında,* ***özellikle mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun engelsiz (sağlıklı) biçimde cinsel gelişiminin korunması amacı da güdülmüştür.*** *Kanun'un cinsel saldırı yerine cinsel istismar deyimini tercih etmesi de bunu açıkça göstermektedir. Çünkü yaş veya içinde bulunduğu durum itibarıyla mağdur kendisine yönelik davranışın cinsel içerikli olduğunu dahi genellikle algılayabilecek durumda değildir (Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, 21. Baskı, s. 379)*."

[1732] Çocukların cinsel istismarı suçu ile cinsel saldırı suçunda korunan hukuki menfaatin farklı olduğuna yönelik daha detaylı açıklama için bknz. **TANER** s.361 vd.

[1733] Bu suçla korunan hukuksal değerin cinsel dokunulmazlık değil cinsel özgürlük olduğuna dair bknz. **ÜNVER Yener,** "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Kaşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008, s.294-342. s.295, 296.

özgürlüğü iken[17341735]; çocukların cinsel istismarı suçuyla korunan hukuki değer[1736] çocuğun cinsel dokunulmazlığı[1737], cinsel özgürlüğü[1738] yanında yararı[1739], cinsel yönden istismar edilmeme hakkı[1740], ruh ve beden bütünlüğü, cinsel hayatıyla ilgili karar alabilme yeteneğini geliştirme imkânı, gelişim ve sağlık hakkıdır.[17411742] Çocuğun cinsel faaliyetlerle erken yaşta tanışması dengesini bozacak, henüz gelişim aşamasında olan kişiliğine zarar verecektir.[1743] Görüldüğü üzere belirtilen suç tiplerinin korudukları hukuki değerler aynı olmamakla beraber aksi varsayılsa dahi belirtmiş olduğumuz üzere bu suçlar birbirinden farklı suçlardır.

Benzer şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu ile nitelikli cinsel saldırı suçunun maddi unsuru da birbirinden farklıdır. Çocukların nitelikli cinsel istismarı suçunda mağdur ve aynı zamanda suçun konusu; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam

---

[1734] **BAYRAKTAR Köksal / KESKİN KİZİROĞLU Serap / YILDIZ Ali Kemal / ALTUNÇ Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah / ERMAN Barış / KURT Gülşah / SINAR Hasan / EROĞLU ERMAN Fulya**, Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar -1- (TCK m.81-105), 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017. s.469,470,471; **HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2015. 159; **ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.329; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK** s.321; **ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022. s.372; **KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024. s.371; **TANER**s.86; **ŞEN Ersan/ MAVİŞ Mert/ ŞAHİN Buğra,** Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. s.19.

[1735] Cinsel saldırının mağdurun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün de korunduğuna dair bknz. **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.330; **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Özel Hükümler s.372.

[1736] Cinsel istismar suçuyla korunan hukuki menfaate ilişkin doktrindeki görüşlere dair daha detaylı bilgi için bknz. **MEMİŞ KARTAL Pınar,** Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul: Der Yayınları, 2014. s.140 vd.

[1737] Cinsel istismar suçuyla korunan hukuki menfaatin öncelikle çocuğun ruh ve beden gelişimi ile cinsel dokunulmazlığı olduğuna dair bknz. **MEMİŞ KARTAL** s.143.

[1738] **ÜNVER,** Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar s.311.

[1739] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Özel Hükümler s.393.

[1740] **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.359.

[1741] **BAYRAKTAR / KESKİN KİZİROĞLU / YILDIZ / ALTUNÇ / BOSTANCI BOZBAYINDIR / ERMAN / KURT / SINAR / EROĞLU ERMAN** s.502; **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK** s.379.

[1742] Kanunun bu sebeple cinsel saldırı yerine cinsel istismar ifadesini tercih etmesi hakkında bknz. **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK** s.379.

[1743] **TANER** s.362.

ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk ya da on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak kendisine karşı cinsel davranış gerçekleştirilen çocuk olabilmektedir. Türk Ceza Kanunu 6. maddesinde çocuğu "*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlamaktadır. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde alt sınırı daha yukarıdan ceza verilecektir. Nitelikli cinsel saldırı suçunda ise mağdur ve aynı zamanda suçun konusu çocuk olmayan kişidir.[1744] Belirtilen sebeplerden dolayı bu iki suçun maddi konusu birbiriyle örtüşmemektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 24.05.2023 tarih ve 2022/46 Esas, 2023/303 Karar numaralı kararında çocukların nitelikli cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları arasında zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmeyeceğine hükmetmiştir.[1745]

Fail mağdurun kimliğine yönelik madde metninde belirtilen hususların bilincinde olmalıdır.[1746] Buna göre failin, mağdurun yaşına yönelik bilgisi de kastın kapsamındadır. Çocukların nitelikli cinsel istismarı suçunda failin kastı on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğun ya da on beş yaşını tamamlamış olmakla beraber cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak çocuğun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasına yöneliktir. Fail mağdurun çocuk olduğu bilgisine sahiptir. Nitelikli cinsel saldırıda ise failin kastı çocuk olmayan kişinin vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasına yöneliktir. Bu suçta

---

[1744] **TEZCAN / ERDEM / ÖNOK** s.325; **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Özel Hükümler s.376; **KOCA / ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler s.372; **TANER**, s.89; **ŞEN/ MAVİŞ/ ŞAHİN** s.21; **ÇALIŞKAN Suat**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013. s.4, 5.

[1745] "*...bu bakımdan **hukuki konuları aynı olmakla birlikte muhakeme şartları ve maddi unsurları bakımından önemli farklılıklar gösteren bu suçların**, birbirlerinin daha ağır ya da daha hafif cezayı gerektiren nitelikli şekilleri olarak kabul edilememeleri ve dolayısıyla TCK'nın 43. maddesi anlamında aynı suç kapsamında değerlendirilememeleri karşısında, suça sürüklenen çocuğun mağdurenin 15 yaşını ikmal etmeden önce 2012 yılı Ocak ya da Şubat ayında gerçekleşen eylemi nedeniyle TCK'nın 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı ile mağdure 15 yaşını tamamladıktan sonra 2012 yılı Temmuz ya da Ağustos ayında gerçekleşen eylemi dolayısıyla şikâyet şartı da dikkate alınarak TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir.*" **(https://karararama.yargitay.gov.tr/ E.T.25.03.2025)**

[1746] **İÇEL**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.445.

mağdura yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden aranmamaktadır.

Açıklamalarımızın ardından sonuç olarak failin mağdura yönelik on dört yaşında başlayıp yirmi sekiz yaşına kadar devam eden eylemleri dolayısıyla sorumluluğunu incelediğimizde kanaatimizce on dört yaşından on sekiz yaşını tamamladığı aşamaya kadarki kısımda birden çok defa gerçekleştirdiği filleri dolayısıyla zincirleme şekilde çocukların nitelikli cinsel istismarı suçundan, on sekiz yaşını tamamlamasından sonra birden çok defa gerçekleştirdiği fiilleri dolayısıyla zincirleme şekilde nitelikli cinsel saldırı suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerekmektedir.[1747]

Kanundaki mevcut düzenleme gereğince çocukların cinsel istismarı ve cinsel saldırı suçlarında zincirleme suç hükümleri tatbik edilmektedir. Kanaatimizce bu hususta değişikliğe gidilmelidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere ceza hukukunun temel ilkesi failin işlenen suç sayısınca cezalandırılmasıdır. Temel ilkenin istisnalarından birini teşkil eden bir kurumun bu denli yaygın olarak neredeyse her suç tipine uygulanması ceza hukukunun niteliği ile uyuşmamaktadır.[1748] Nitekim kanunkoyucu da bunun farkında olarak zincirleme suç hükümlerinin tatbik edilmeyeceği istisnai suç tiplerini düzenlemiştir.[1749]

Suç politikası gereği kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında[1750] zincirleme suç hükümleri uygulanmamaktadır.[17511752]

[1747] **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ** s.378.

[1748] Eski Kanun döneminde Kanunda suçlar arasında zincirleme suçun tatbiki bakımından bir ayrım gözetilmemesine rağmen Yargıtay'ın kişilere karşı işlenen suçlarda zincirleme suç hükümlerini değil, gerçek içtima hükümlerini uyguladığına dair bknz. **ARTUK/ GÖKCEN/ YENİDÜNYA s.1414.**

[1749] Alman doktrininde kişilere karşı işlenen suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiği hakkındaki görüş için bknz. **ÖZEN** s.224.

[1750] Özbek, sayılı suçlarda zincirleme suç hükümlerinin korunan hukuki değerin önemi nedeniyle tatbik edilmediğini belirtmektedir. **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.598. Belirtilen istisnai suçların diğer suçlara göre daha ağır sonuçları olduğu için zincirleme suç hükümleri kapsamının dışına çıkarıldığı varsayıldığında bu suçlardan çok daha ağır şekilde cezalandırılan diğer bazı suçlara zincirleme suç hükümlerinin tatbikinin mümkün olması hakkında bknz. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.257. İstisnai suçların seçiminde hangi gerekçeye dayanıldığının belirtilmemesinin eleştirisi hakkında bknz. **İŞTEN s.144,145.**

[1751] **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.797; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.598.

[1752] Belirtilen suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamamasının bu kurumun yapısı ile bağdaşmadığına ve eşitlik ilkesi bakımından sorun yaratabileceğine dair bknz. **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.257.

29/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun 6 ncı maddesiyle madde metninden çıkarılmadan[1753] önce cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı suçları da istisnalar arasında sayılmakta ve zincirleme suç hükümleri uygulanamamaktaydı. Madde gerekçesinde bu suçların istisnalar arasından çıkarılma sebebi olarak; *cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu[1754] ve ölçüsüz ceza miktarlarının[1755] ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olması* gösterilmiştir.[1756] Haksız sonuçlar doğuracağından endişe edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanmadığı istisnai suçlara[1757] kanımızca korudukları hukuki değerin önemi gereği, ceza adaletinin temini[1758] ve bu suçlarla daha etkin bir mücadele için[1759] cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının da geri getirilmesi gerekmektedir.[1760] Failin bu suçları işlemeye yönelik ısrarı failin lehine değil bilakis aleyhine sonuç

[1753] Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların zincirleme suçun uygulanmayacağına ilişkin düzenlemede belirtilen suçlar içerisinden çıkartılmasının yerinde olmadığına dair bknz. **MEMİŞ KARTAL** s.231, 232.

[1754] İspat zorluğunun suç işleme kararının geniş yorumlanmasına dayanak oluşturamayacağı hakkında bknz. **BULUT** s.58, 59. Ceza muhakemesi hukukuna ait bir konunun doğrudan maddi ceza hukukuyla ilişkilendirilmesinin yerinde olmaması hakkında bknz. **İŞTEN** s.147; **ÖZEN** s.229 Özen; bütün suçlarda ispat sorununun bulunduğunu, zincirleme suçun temelini oluşturan suç işleme kararındaki birlik koşulunun başlı başına ispat sorunu olduğunu, zincirleme suçun kapsamı dışında tutulan istisnai suçlarda da ispat sorunu yaşanabileceğini belirtmektedir. **ÖZEN** s.229.

[1755] Zincirleme suç hükümlerinin uygulanamadığı istisnai suçlarda da ciddi ceza miktarlarının ortaya çıkacağından bahisle kanun koyucunun gerekçede belirtmiş olduğu ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkacağı endişesinin yerinde olmadığı hakkında bknz. **İŞTEN** s.147; **ÖZEN** s.231.

[1756] TBMM'nin 22. Dönem, 3. Yasama Yılı 901 Sıra Sayılı Kilis Milletvekili Hasan Kara ile 2 Milletvekilinin; Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu'nda bu husus belirtilmektedir. **ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.798; **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.598; **ÖZGENÇ** s.694,695.

[1757] **ZAFER** s.504.

[1758] **İŞTEN** s.147, 148.

[1759] **ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAKSIZ / BAŞBÜYÜK** s.598.

[1760] Cinsel suçların ispatındaki güçlüğün suçun gerçekleşme sayısından bağımsız bir güçlük olduğu ve bu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının adeta failin sonraki eyleminin mazur görülmesi anlamına geleceği ve bu durumun gerek suç teorisi gerekse de suç politikası bakımından kabul edilemeyeceği hakkında bknz. **DÜLGER** s.851.

doğurmalıdır.[1761] Zincirleme suç; hırsızlık suçu gibi bir defada yahut birkaç defada işlenmesi arasında mağdur açısından önemli farklar bulunmayan suç tipleri bakımından uygulamaya konulmuş bir kurum olup zaman içerisinde diğer suçlara da sirayet etmiştir. Nitekim örneğin bir hırsızın kasadan bir gün 500 lira, ertesi gün 400 lira çalması ile bir günde 900 lira çalması arasında mağduriyet bağlamında ciddi farklar bulunmamaktadır. Ancak aynı hususu çocukların nitelikli cinsel istismarı veya nitelikli cinsel saldırı suçları bakımından söylememiz elbette mümkün olmayacaktır.[1762] Ceza sistemi kişilerin mağdur olmasını önleyici bir sisteme ek olarak mağdurların tekrarı muhtemel mağduriyetlere karşı korunmasını sağlayacak bir yaptırım sistemi de kurmalıdır. Bu da failin bu suçları işlemek suretiyle ihlal ettiği hukuksal değer ile karşılaşacağı ceza yaptırımı arasındaki dengenin gözetilmesi ile mümkündür.[1763] Birden fazla defa aynı suçu işlemesi halinde suçu bir defa işlediği zaman karşılaşacağı cezanın en fazla dörtte üç fazlasıyla cezalandırılacağını bilen bir failin yeniden ve hatta işleyebildiği kadar suç işleme olasılığının yüksek olduğu gerçeği göz önüne alınmalıdır.

Çocukların nitelikli cinsel istismarı suçu ile nitelikli cinsel saldırı suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin tatbikinin mümkün olduğu mevcut durumda dahi "aynı suç işleme kararı" kavramının yorumu yöntemiyle belirtilen suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir. Hayatın olağan akışı ve eşyanın tabiatı gereği failin sonradan gerçekleştirdiği eylemlerin önceden alınmış bir karara dayandığını söylemenin zor, hatta imkânsız olduğu durumlar vardır.[1764] Somut olayda da bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir. Failin gerçekleştirmiş olduğu eylemler tek bir karara değil, aksine çıkan fırsatların değerlendirilmesi suretiyle birden çok karara dayanmaktadır.[1765] Nitekim failin gerçekleştireceği ilk fiilinden önce alacağı kararla uzun bir süre aynı

[1761] **SANCAR**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç, s.258; **SANCAR**, Müteselsil Suç, s.161.

[1762] Zincirleme suçun sadece malvarlığı aleyhine işlenen suçlar ile sınırlı tutulması gerektiği hakkında bknz. **ÖZEN** s.227.

[1763] **ÜNVER**, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.239.

[1764] **ÜNVER**, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.221.

[1765] Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda suçun maddi konusunun mağdurun kendisi olduğu, edilgen olmadığı için failin fiil üzerinde mutlak tasarrufu bulunmadığı, her bir suçta ayrı bir kastla, yeni bir kararla hareket ettiğinin karine olarak kabul edilebilmesinden dolayı bu suçların zincirleme suç kapsamına alınmasının doğru olmadığı hakkında bknz. **ÖZEN** s.231.

eylemleri gerçekleştireceğini varsaymak mantık kurallarıyla bağdaşmamaktadır.[1766] Eylemlerin aynı suç kararıyla işlenip işlenmediği araştırılmaksızın peşinen zincirleme suç hükümleri tatbik edilmemelidir.[1767]

Yararlanılan Kaynaklar

AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

ARTUÇ Mustafa, "Zincirleme Suç", Terazi Hukuk Dergisi, C.3, S28, 2008, s.45-66.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN Mehmet Emin / ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:1, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

BAYRAKTAR Köksal / KESKİN KİZİROĞLU Serap / YILDIZ Ali Kemal / ALTUNÇ Sinan / BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah / ERMAN Barış / KURT Gülşah / SINAR Hasan / EROĞLU ERMAN Fulya, Özel Ceza Hukuku Cilt II: Kişilere Karşı Suçlar -1- (TCK m.81-105), 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

BULUT İlhan, "Zincirleme Suçta "Bir Suç İşleme Kararı" Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi", İMHFD, C. 10, S. 1, 2025, s. 33-68.

[1766] **ÜNVER,** Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.222. Yazar; "*Sadece sanığa acımak ve az ceza almasını sağlamak düşüncesi, ispat yükümlülüğünden kaynaklanan adli görevleri, bir varsayıma kurban etmeyi meşru kılamaz*." demek suretiyle aynı suçu işleme kararı kavramının araştırılması hususunun önemine dikkat çekmektedir.

[1767] **ÜNVER,** Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.223.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017.

ÇALIŞKAN Suat, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Cilt II), 14. Bakı, İstanbul: Der Yayınları, 2019.

DÜLGER Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt:11, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

GÖKTÜRK Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, 2014, s.31-59.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2015.

HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

İÇEL Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.

İÇEL Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul: Sermet Matbaası, 1972.

İŞTEN İnanç, Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami / KARADENİZ Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

MEMİŞ KARTAL Pınar, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul: Der Yayınları, 2014.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / MERAKLI Serkan / BACAKSIZ Pınar / BAŞBÜYÜK İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

ÖZEN Mustafa, Suçların İçtiması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

SANCAR Türkan Yalçın, Müteselsil Suç, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.

SANCAR, Türkan Yalçın, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.70, 2007, s.244-259..

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Legem Yayınevi, 2024.

ŞEN Ersan/ MAVİŞ Mert/ ŞAHİN Buğra, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

TANERİ Gökhan/ KAMIŞLI Gani, Dolandırıcılık – Sahtecilik – Güveni Kötüye Kullanma Suçları, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.

TOSUN Öztekin, "Müselsel Suçlar", İHFM C.22, S.1-4,1957, s.124-149.

ÜNVER Yener, "Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2008, s.294-342.

ÜNVER Yener, "Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu (14-15 Ocak 2011) Ankara, 2011. s.217-243.

ZAFER Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.