

eISSN: 3062 - 1127

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

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

**Cilt: XXII, Sayı: 1
Vol. XXII, No. 1
Yıl / Year: 2025**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE 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 Rifat 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

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 yayımlanan 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 **ULAKBİM** (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.

YÜHFD Cilt: XXI Sayı:1 (2024)

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 Sevrük, 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 (YUHF) 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. Yazımın 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, Yayın 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 **ULAKBİM** (Turkish YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

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 ULAKBİM (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: 1, Yıl: 2025

İÇİNDEKİLER

ARAŞTIRMA MAKALELERİ

DİJİTAL ÇALIŞMA HAKKI BAKIMINDAN ULAŞILAMAMA HAKKI

Arş. Gör. Ece AKTAŞ.....1
e-posta: ece.aktas@yeditepe.edu.tr

UKRAYNA'YA SİLAH TEDARİKİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA.....49
e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI SONRASINDA ANANIN SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKI

Öğr. Gör. Halil Ahmet BAKIRCI.....69
e-posta: av.halilahmetbakirci@gmail.com

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI

Dr. Öğr. Üyesi Lider BAL.....109
e-posta: liderbal@gantep.edu.tr

“6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 376 NCI MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA TEBLİĞ”İN BORCA BATIKLIĞA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Ecrin BAYDAK.....151
e-posta: ecrin.baydak@yeditepe.edu.tr

PIRACY OFF THE HORN OF AFRICA: WHY DOES IT STILL POSE A THREAT, ALBEIT DORMANT?

Ege ÇİFTÇİ.....177
e-posta: egeciftci@marun.edu.tr

HAYVAN HAKLARI BAKIŞIYLA BOŞANMA: YENİ BİR ÇÖZÜM YOLU OLARAK HAYVAN VELAYETİ

Arş. Gör. Buse DURU.....215

e-posta: busedurub@gmail.com

KAMU YARARI KAVRAMININ KÖKENLERİ: ANTİKİTEDEN ORTAÇAĞA ‘ORTAK İYİ’ KAVRAMININ ANLAM VE İŞLEVLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER.....259

e-posta: muzaffer.dulger@medeniyet.edu.tr

IS IT POSSIBLE NOT TO TAX?

Prof. Dr. Ahmet EROL & Arda GÜNEŞ.....289

e-posta: ahmet.erol@yeditepe.edu.tr , ardagunes737@gmail.com

TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİSİ VE ORGANİK BAĞ KAVRAMI IŞIĞINDA 5941 SAYILI ÇEK KANUNU M. 4/2’NİN BİR İNCELEMESİ

Muhammet Can KARIKSIZ.....307

e-posta: av.muhammetkariksiz@gmail.com

HER DERDE DEVA(!) SİVİL ANAYASA FİKRİNİN İYİ, KÖTÜ VE ÇİRKİN TARAFLARI

Muhammet Derviş METE.....351

e-posta: m.d.mete@sms.ed.ac.uk

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI IV

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER.....403

e-posta: sahban.yildirimer@asbu.edu.tr

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XXII, No: 1, Year: 2025

CONTENTS

ARTICLES

RIGHT TO DISCONNECT IN DIGITAL WORK

Res. Asst. Ece AKTAŞ.....1
e-mail: ece.aktas@yeditepe.edu.tr

LEGAL FRAMEWORK OF ARMS SUPPLY TO UKRAINE

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA.....49
e-mail: fusun.arsava@atilim.edu.tr

**THE MOTHER'S RIGHT TO FILE A CASE AGAINST THE
FATHER FOR REJECTION OF PARENTALITY AFTER THE
CANCELLATION DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT**

Halil Ahmet BAKIRCI.....69
e-mail: av.halilahmetbakirci@gmail.com

**IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL COURT OF
JUSTICE'S ORDERS ON PROVISIONAL MEASURES**

Asst. Prof. Lider BAL109
e-mail: liderbal@gantep.edu.tr

**EVALUATION OF THE PROVISIONS ON INSOLVENCY IN THE
"COMMUNIQUE ON THE PROCEDURES AND PRINCIPLES
REGARDING THE APPLICATION OF ARTICLE 376 OF THE
TURKISH COMMERCIAL CODE NO. 6102"**

Dr. Ecrin BAYDAK.....151
e-mail: ecrin.baydak@yeditepe.edu.tr

**PIRACY OFF THE HORN OF AFRICA: WHY DOES IT STILL
POSE A THREAT, ALBEIT DORMANT?**

Ege ÇİFTÇİ.....177
e-mail: egeciftci@marun.edu.tr

DIVORCE FROM ANIMAL RIGHTS PERSPECTIVE: PET CUSTODY AS A NEW SOLUTION

Res. Asst. Buse DURU.....215
e-mail: busedurub@gmail.com

**THE ORIGINS OF THE CONCEPT OF THE PUBLIC UTILITY:
A STUDY ON THE MEANING AND FUNCTIONS OF THE
'COMMON GOOD' FROM ANTIQUITY TO THE MIDDLE AGES**

Asst. Prof. Muzaffer DÜLGER.....259
e-mail: muzaffer.dulger@medeniyet.edu.tr

IS IT POSSIBLE NOT TO TAX?

Prof. Dr. Ahmet EROL & Arda GÜNEŞ.....289
e-mail: ahmet.erol@yeditepe.edu.tr , ardagunes737@gmail.com

**AN ANALYSIS OF ARTICLE 4/2 OF THE CHECK LAW
NUMBERED 5941 IN THE LIGHT OF THE THEORY OF LIFTING
THE VEIL OF INCORPORATION AND THE CONCEPTS OF
ORGANIC BOND**

Muhammet Can KARIKSIZ.....307
e-mail: av.muhammetkariksiz@gmail.com

**THE GOOD, THE BAD, AND THE UGLY ASPECTS OF THE
ALLEGED PANACEA(!) CIVILIAN CONSTITUTION PROPOSAL**

Muhammet Derviş METE.....351
e-mail: m.d.mete@sms.ed.ac.uk

**THE DEBATES ON THE INFLUENCE OF ISLAMIC LAW ON
ENGLISH COMMON LAW IV**

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER.....403
e-mail: sahban.yildirim@asbu.edu.tr

* DİJİTAL ÇALIŞMA BAKIMINDAN ULAŞILAMAMA HAKKI

(RIGHT TO DISCONNECT IN DIGITAL WORK)

Arş. Gör. Ece AKTAŞ* **

ÖZ

Dijital araçların çalışma hayatında yaygınlaşmasıyla birlikte bilgi ve iletişim araçlarıyla yürütülen bir çalışma şekli olan dijital çalışma yaygınlaşmaya başlamıştır. Dijital araçların işçilerin iş ile sürekli bağlantıda kalmasına yol açmasıyla birlikte çalışma süreleri ile özel hayat arasındaki sınır belirsizleşmiştir. Bu kapsamda ulaşılama hakkının sağlanması önem arz etmektedir. Ulaşılama hakkı, çalışma ilişkisi içinde herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşmadan işle ilgili iletişimde kullanılan araçlardan bağlantıyı kesebilme hakkıdır. İşverenin çalışma süresi dışında işçilere işle ilgili konularda çeşitli yollarla ulaşması işçilerin aile hayatını ve özel hayatını olumsuz yönde etkileyebilir ve işçinin özel hayatına müdahale oluşturabilir. Bu kapsamda ulaşılama hakkının hukukumuzdaki yerini tespit etmek, bu hakkın kullanılabilmesi için işverenin ve işçinin neler yapabileceğini belirlemek ve hakkın ihlali halinde başvurulabilecek yolları vurgulamak oldukça önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Ulaşılama Hakkı, Dijital Çalışma, Çalışma Süreleri, Dinlenme Süreleri, Özel Hayat, Kişilik Hakları.

ABSTRACT

With the increasing prevalence of digital tools in the workplace, a form of work characterized by the use of information and communication Technologies (referred to as digital work) has begun to gain traction. The availability of digital tools has led to a continuous connection between workers and their jobs, thereby blurring the boundaries between working hours and personal life. In this context, the right to disconnect becomes

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 05.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 06.11.2024. Onaylanma Tarihi: 10.12.2024.

* Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0009-0000-0337-2510.

Esere Atıf Şekli: Ece Aktaş, "Dijital Çalışma Hakkı Bakımından Ulaşılama Hakkı", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s. 1-48.

significant. The right to disconnect refers to the right to sever connections through the communication tools used for work-related purposes without facing any negative repercussions within the employment relationship. Employers reaching out to employees regarding work-related matters outside of working hours can adversely affect the workers' family and personal lives and may constitute an infringement on the employee's privacy. Therefore, it is crucial to ascertain the legal status of the right to disconnect within our legal framework, determine the actions that both employers and employees can take to facilitate the exercise of this right, and emphasize the avenues available for redress in the event of a violation of this right.

Keywords: *Right to Disconnect, Digital Work, Working Hours, Resting Hours, Private Life, Personal Rights.*

GİRİŞ

İşçilerin özellikle çalışma hayatında dijital araçlar kullanması, onları işveren tarafından sürekli işle ilgili rahatsız edilebilir kılabilmektedir. İşçinin dinlenme hakkını tam olarak kullanabilmesi için çalışma saatleri dışında işle ilgisini kesebilmesi gereklidir. Bu kapsamda “işçinin ulaşılama hakkı/bağlantıyı kesme hakkı/ulaşılabilir olmama hakkı” adlı yeni bir hak gündeme gelmiştir. Bu hak esasen işçinin herhangi bir olumsuz sonuçla karşılaşma tehlikesi olmadan çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olmama hakkı olarak ifade edilebilir. Ulaşılama hakkının ihlali esasen hem işçinin üzerindeki baskı nedeniyle veya dijital araçlara bağımlılığı sebebiyle, hem de işverenin zorlaması veya işyerindeki gelenekler dolayısıyla oluşabilecektir. Bu kapsamda ulaşılama hakkı ile ilişkili olan hakları belirlemek ve bu hakkın ihlali durumunda ne olacağını tespit etmek gerekmektedir. Bu çalışmada öncelikle dijital çalışma ve ulaşılama hakkı kavramları açıklanacak, mukayeseli hukuk bakımından bir değerlendirme yapılarak hukukumuzda ulaşılama hakkının kaynakları üzerinde durulacak, ulaşılama hakkının iş sözleşmesinin taraflarının hak ve borçlarıyla olan ilişkisi belirlenecek ve son olarak ulaşılama hakkının ihlali halinde başvurulabilecek yollar tespit edilecektir.

I. DİJİTAL ÇALIŞMA

A. GENEL OLARAK

Teknolojik gelişmelerle birlikte bilgisayar ve internet çalışma hayatında kullanılmaya başlanmış ve bu durum çalışma hayatının dijitalleşmesine sebep olmuştur. Bu bakımdan iş hayatında önemli değişiklikler gerçekleşmiştir¹. Günümüzde genelde işçilerin saat 09.00 ile 17.00 arası çalışması düşüncesi geçersiz hale gelmiştir². Çalışma hayatında işin denetimi ve ifası konuları dijital ortama taşınmış ve işyerlerinde ortak bir dijital alt yapının kullanılmasıyla zaman ve mekân fark etmeksizin dijital çalışma durumu oluşmuştur³. Bu bakımdan dijital araçların iş hayatında önemli bir etkisi bulunmaya başlamıştır.

İş dünyasında dijital iletişim araçları esasen işle ilgili verimi artırmak için kullanılır. Bu araçlar giyilebilir⁴ ve taşınabilir araçlar olarak karşımıza çıkabilir. Çalışma hayatında yaygın şekilde kullanılan bilgisayarlar ve akıllı telefonlar taşınabilir araçlara; akıllı saatler, akıllı kulaklıklar ve akıllı gözlükler ise giyilebilir araçlara örnektir. Taşınabilir dijital araçlar, kişilerin aktif olarak kullanabileceği araçlar olduğundan bu araçların kullanılması halinde çalışma süreleri bakımından hak ve yükümlülüklerle ilişkin sınırların ayrıntılı ve açık şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır⁵. Giyilebilir araçlar ise çok daha yoğun ve sürekli şekilde

¹ Wendy R. Boswell, Julie B. Olson-Buchanan, Marcus M. Butts v.d., “Managing ‘After Hours’ Electronic Work Communication”, **Organizational Dynamics**, C. XLV, S. 4, 2016, s. 291; Gülsevil Alpagut, “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi – Daimî Ulaşılabilirlik”, **Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 317 vd.; Erbil Beytar, **Dijital Çalışma ve Dijital Çalışmada İşçi Hakları ve Borçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023, s. 17.

² C. W. Von Bergen, Martin S. Bressler, Trevor L. Proctor, “On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect”, **Employee Relations Law Journal**, C. XLV, S. 2, 2019, s. 1.

³ Gülsevil Alpagut, “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri: Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı**, Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 87.

⁴ Giyilebilir araçlar, kullanım alanları ve İş Hukuku bakımından etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Alp, Sevil Doğan, “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişisine Etkileri”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 71, 2021, s. 2599-2632.

⁵ Ulaş Baysal, “İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması”, **Sicil İHD**, S. 40, 2018, s. 73. Çalışma hayatında işçinin ulaşılabilirliğini kolaylaştıran dijital iletişim araçlarının kullanılması, çalışma süreleri ile dinlenme süreleri arasındaki çizgiyi belirsizleştirmektedir. Bu kapsamda işçi dinlenme süresinde işle ilgili konulardan zihnini arındıramamaktadır. Deniz Ugan Çatalkaya, “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin İşverence

kullanıcısı ile etkileşimde kalma potansiyeline sahiptir. Örneğin akıllı saatler, internet ve bluetooth bağlantısı sayesinde kol saatinin takıldığı her an işçilerin rahatsız edilmesine sebep olabilir. Dolayısıyla bu halde çalışma süreleri dışında işçiye ulaşılma durumunun bulunması muhtemeldir⁶.

B. Dijital Çalışmanın Özellikleri

Dijital çalışma, bilgi ve iletişim teknolojileriyle yürütülen bir çalışma şeklidir. Bu bakımdan önemli olan işçilerin işverene karşı iş görme edimlerini dijital iletişim araçlarıyla ifa etmeleri ve işverenle bu araçlarla iletişime geçmeleridir⁷. Dijital çalışmanın başlıca gereklilikleri; çalışma kapsamında dijital iletişim araçlarının kullanılması ve çalışmanın işyerine bağlı olmadan gerçekleştirilebilmesidir⁸. Bahsi geçen dijital araçların, iş görme edimini ifa ederken kullanılmasının zorunlu olması ve sürekli kullanılması dijital çalışmanın ayırt edici unsurudur⁹. Burada dijital araçların kullanılmasıyla işverenin iş organizasyonuna dijital araçlar yoluyla dahil olunması gerekmektedir. Dijital çalışma sayesinde çalışma fiili dijital araçlar yoluyla her yerden gerçekleştirilebileceğinden, dijital çalışmanın yaygınlaşmasıyla uzaktan çalışma gibi esnek çalışma modellerine yönelim artmaktadır¹⁰. Belirtmek gerekir ki, günümüzde birçok çalışma düzeni dijital çalışma şekline dönüşmektedir. Bu kapsamda örneğin; işyerinde bilgisayar aracılığıyla işini ifa eden işçi de, işyeri dışından çevrim içi şekilde iş gören işçi de dijital çalışma gerçekleştirmektedir.

‘Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı”, **İÜHF**M, C. LXXIV, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s. 742-743; Deniz Ugan Çatalkaya, “‘Çalışma saatleri dışında zihniniz halen iş ile mi meşgul?’ ÖZEL YAŞAM ile İŞ YAŞAMI ARASINDAKİ SINIRLARIN BULANIKLAŞMASI ve ‘ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKI’ ÜZERİNE”, **KHAS Hukuk Bülteni**, 26 Şubat 2021, (Çevrimiçi), <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/35>, E.T. 12.11.2024.

⁶ Emre Ünal, **İşçinin Ulaşılama Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s. 19.

⁷ Beytar, **a.g.e.**, s. 74.

⁸ Beytar, **a.g.e.**, s. 18.

⁹ Günümüzde birçok işin görülmesi esnasında çeşitli dijital araçlar kullanılmaktadır. Ünal, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁰ Dijital iletişim araçlarının kullanılmasıyla birlikte çalışma hayatında oluşan değişimler hakkında bkz. Eurofound, **Telework and ICT-Based Mobile Work: Flexible Working in Digital Age**, New Forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2020, s. 13.

II. DİJİTAL ÇALIŞMA BAKIMINDAN ULAŞILAMAMA HAKKI

A. Genel Olarak

Çalışma hayatında dijital araçların kullanılmasıyla esnek çalışma modellerinin yaygınlaşmasının olumlu yönleri bulunmaktadır. Bu bakımdan esnek çalışma modelleri; iş ve yaşam dengesinin sağlanması, verimin artırılması, zaman ve yol bakımından tasarruf anlamında büyük fayda sağlayabilir¹¹. Ancak teknolojinin gelişmesiyle işyeri sınırlarının ve çalışma sürelerinin netliği kaybolmuş ve bağımlı çalışma kavramı değişmiştir. İşçilerin zaman ve mekâna bağlı olmadan çalışabilmeleri bir esneklik sağlasa da, bu hal işçileri işe daha bağımlı kılabilenmektedir¹². Bu bakımdan çalışma şekilleri ve sürelerinin tespitinde sorunlar oluşmaktadır¹³. İş hayatında dijitalleşmeyle işveren çalışma süreleri dışında işçiye ulaşabilir hale gelmiş ve bu şekilde işçi dinlenme sürelerinde bağlantıda kalarak iş görmeye devam etmek durumunda kalmıştır¹⁴. Dolayısıyla işçiler her an çalışma baskısı altında kalmaktadır¹⁵. Belirtilmelidir ki, dijitalleşme

¹¹ Eurofound, **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, Working Paper, Dublin, 2020, s. 1. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin, işçilere iş-ev arasında yol katetmek zorunda kalmamak ve kişisel ihtiyaçlarına göre çalışma saatlerini belirlemek noktasında iş ve özel hayatları arasında daha iyi bir denge oluşturmaları bakımından imkân sağladığı yönünde bkz. Eurofound, ILO, **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work**, Research Report, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, International Labour Office, Cenevre, 2017, s. 9.

¹² Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 321-322. Teknolojik gelişmelerin kişiye zaman ve hız kazandırdığı söylenebilir de aynı zamanda bağımlı çalışmanın değişim göstermesine sebep olmaktadır. Bu kapsamda çalışma saatleri ve işyerinden bağımsız olarak işveren işçiye ulaşabilmektedir. Ugan Çatalkaya, **Özel Yaşam ile İş Yaşamı**, (Çevrimiçi), <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/35>, E.T. 12.11.2024.

¹³ Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011, s. 105-106.

¹⁴ Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 733; Sevil Doğan, “Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılama Hakkı”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV**, Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 109; Gaye Baycık, Sevil Doğan, Dilek Dulay Yangın, Oğuzhan Yay, “Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. III, S. 70, 2021, s. 1706; Haşim Kırık, **İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı**, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 29.

¹⁵ İşçinin çalışma süreleri dışında kendisine her an ulaşılabilirliğine ilişkin haklı bir beklentiye sahip olması da özel hayatını olumsuz yönde etkileyebilir. Çünkü bu halde işçi kendisini sınırlamak zorunda hissedebilir. Ünal, **a.g.e.**, s. 40. Japonya’da yapılan araştırmaya göre buradaki tüm işçilerin %32’sinin kısa süreli aramalar ya da e-posta yoluyla bu konuda rahatsız edilmekte olduğu yönünde bkz. Eurofound, ILO, **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work**, s. 16.

sebebiyle sürekli ulaşılabilir olmak, işçilerin verimini etkileyebilmektedir¹⁶. Ayrıca bu halde yaşanabilecek olan iş stresi nedeniyle işçiler, işyerine ve işverene karşı daha az sadakat duyabilir ve işten ayrılmaya daha istekli olabilir¹⁷. Keza işçinin gün içinde sürekli yaşadığı bu iş stresi sebebiyle iş sağlığı ve güvenliği bakımından çeşitli tehlikelerle karşılaşması da muhtemeldir.

İşçilerin her an ulaşılabilir hâle gelmesiyle birlikte işçiler dinlenme süreleri sırasında çalışmaya devam etmektedir¹⁸. Dolayısıyla çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki sınır belirsizleşmiştir¹⁹. Dijitalleşmenin getirdiği olumsuz etkileri gidermek ve işçinin özel hayatı ile çalışma hayatı arasına sınır koyabilmek için öğretilerde “işçinin ulaşılama hakkı/bağlantıyı kesme hakkı/ulaşılabilir olmama hakkı” şeklinde ifade edilebilecek yeni bir haktan bahsedilmeye başlanmıştır²⁰. Öğretilerde ulaşılama hakkı konusunda birçok tanım bulunmakla birlikte²¹; esas olarak bu hak, çalışanların iş görme borcu ile yükümlü olmadıkları sürelerde iş ilişkisi içinde olumsuz bir sonuçla karşılaşma ihtimali olmadan iş ve işyeriyle iletişimi kesme hakkı olarak tanımlanabilir²². Ulaşılama hakkı, işçilerin psikolojik ve manevi

¹⁶ Bu konuda çok çalışmanın çok iş anlamına gelmeyeceği hususunda bkz. Paul M. Secunda, “The Employee Right to Disconnect”, **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, C. IX, S. 1, 2019, s. 4.

¹⁷ İşçiler bakımından stresin varlığının; verimliliğin azalması, moral düşüklüğü, sık sık rahatsızlanma, işe gelmeme ve işten ayrılma oranlarının artması durumlarını oluşturabileceği yönünde bkz. Nadire Gülçin Yıldız, Hasibe Tekşan, “İş Yaşamında Psikolojik Sağlık”, **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları**, Ed. Aydın Başbuğ, Mehmet Bulut, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 73.

¹⁸ Yapılan bir araştırmaya göre katılımcıların %33’ü fazla iş yükünü çalışma saatlerinin dışında ya da masalarından ayrıldıktan sonra çalışmalarına bağlamakta, katılımcıların %60,8’i ise dijital araçların tanınmasıyla birlikte iş yükünün arttığını ifade etmektedir. Bkz. Luc Pansu, “Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity”, **International Journal of Management and Applied Research**, C. V, S. 3, 2018, s. 111.

¹⁹ Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 733; F. Burcu Savaş Kutsal, **İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2024, s. 38-39.

²⁰ Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay, **a.g.m.**, s. 1709; Doğan, **Ulaşılama**, s. 138-139; Eurofound, ILO, **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work**, s. 49; Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 325; Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 733; Doğan, **Ulaşılama**, s. 121. Bu hakkın çeşitli isimlendirmeleri hakkında bkz. Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 19 vd; Kırık, **a.g.e.**, s. 40 vd.

²¹ Ulaşılama hakkına yönelik öğretilerdeki farklı tanımlar için bkz. Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 27 vd.

²² Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 30. Ülkeler arasındaki saat farkı sebebiyle uluslararası müşterilerle çalışma saatleri dışında video konferans yapılmasının, yıllık izinde olunmasına *YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)*

açından işten kendilerini soyutlayabilmelerini gerektirir²³, işçi iş yükü sebebiyle kendisini baskı altında hissetmemelidir²⁴.

İşçinin dinlenme sürelerinde işveren ile bağlantıda kalmaya devam etmesi uzaktan çalışmada daha çok gerçekleşmektedir. Tipik çalışmalarda ise akıllı telefonun yaygınlaşmasıyla birlikte ulaşılabilirlik tartışılan bir konu olmuştur²⁵ ve tüm işçiler bakımından kişilik haklarının ihlali yönünden önemli bir sorun oluşturmaktadır²⁶. Ulaşılama hakkı; işçilerin eğitim seviyesi, çalışma koşulları, ücretleri, cinsiyetleri, statüleri, tabi olduğu kanunlar, kıdemleri gibi haller gözetilmeksizin kapsayıcı biçimde düşünülmelidir²⁷. Belirtilmelidir ki, özellikle aşırı çalışma kültürünün bulunduğu ülkelerde işçilere çalışma süreleri dışında ulaşılması işçinin sağlığını bozucu etkilere sebep olabilmektedir²⁸. Bu bakımdan ulaşılama hakkı, doğrudan bireylerin sağlığı ve temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına dair bir haktır²⁹.

Dijitalleşme sebebiyle, işverenin talebi olmasa da işçilerin teknolojik cihazlara olan bağımlılığı nedeniyle dinlenme süresinde iş görmeye devam etmeleri mümkün olabilmektedir³⁰. Örneğin işçiler e-postalarını kontrol etme alışkanlıkları sebebiyle tatil sürelerinde işverenin gönderdiği e-

rağmen bir proje için mesajlaşma, arama ya da haberleşme uygulamaları ile yazışma yapmak zorunda kalınmasının, işverenin acil başlığı ile gönderdiği e-postalarda verilen görevleri yerine getirmek zorunda kalınmasının ulaşılama hakkının tartışılabileceği hallere örnek olduğu yönünde bkz. Secunda, **a.g.m.**, s. 3-4.

²³ Jana Mattern, "A Classification of Organizational Interventions to Enable Detachment from Work", **33rd Bled eConference Enabling Technology for a Sustainable Society**, Slovenya, 2019, s. 124.

²⁴ İşçinin e-postaları engelleyerek ya da telefonunu kapatarak işveren ile iletişimini kesebileceği ancak ulaşılmamak için bu eylemleri gerçekleştirmek zorunda olmaması gerektiği yönünde bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 25.

²⁵ Beytar, **a.g.e.**, s. 361

²⁶ Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 325-326; Doğan, **Ulaşılama**, s. 112; Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 733.

²⁷ Memurların da bağımlı çalışan oldukları için ulaşılama hakkına sahip olduğu yönünde bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 27.

²⁸ Aşırı çalışma kültürü bakımından Japonya ve Çin örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. V. Chudnovskikh, "'The Right to Disconnect' in Digital Economics", **1st International Scientific and Practical Conference on Digital Economy**, Ed. by Anton Nazarov, Atlantis Press, 2019, s. 799-802.

²⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 38.

³⁰ Bireyin değil de topluluğun öncelendiği ülkelerde işçi-işveren ilişkisinin aile ilişkisine benzerliği sebebiyle işverenden talep geldiğinde işçinin bu talebi kabul etme baskısı altında hissetmesi sebebiyle de işçinin dinlenme sürelerinde iş görmek zorunda kalabildiği yönünde bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 25.

postalara bakabilmektedir. Bu durumun bir sebebi de tatil süreleri bittiğinde e-postaların ve işlerin birikmesini istememeleri olabilmektedir. Dolayısıyla aslında yalnızca kendi bağımlılıkları değil, yoğun iş yükü³¹ ve işverenin baskısı sebebiyle işçilerde oluşan iş görme konusundaki otokontrol de bu duruma sebep olmaktadır³².

Ulaşılama hakkının kadın işçiler bakımından da önem arz ettiği belirtilmelidir. Toplumsal kabullerin bireylere ve cinsiyetlere yüklediği görevler nedeniyle yemek, temizlik, çocuk bakımı gibi işlerin daha çok kadınlar tarafından yerine getirilmesi beklenmektedir. Kadın işçiler, “*ev içi emek*” olarak adlandırılan işleri, İş Hukuku anlamındaki işlerine ek olarak ücretsiz şekilde yerine getirmek zorunda kalabilmektedir³³. Toplumda ortalama bir erkek işçiye kıyasla ortalama bir kadın işçinin bu kapsamdaki işlere daha çok zaman ayırması beklenmektedir³⁴. Belirtilmelidir ki, devamlı ulaşılabilir olmayı gerektiren bir çalışma hayatı, kadınlara yüklenen bu işler düşünüldüğünde toplumdaki cinsiyet eşitsizliklerinin giderilmesi noktasında olumsuz etki yaratabilir.

B. Ulaşılama Hakkı Bakımından Yaklaşımlar

1. Ulaşılama Hakkının Uygulanması Bakımından

Ulaşılama hakkının uygulanması bakımından esas olarak katı yaklaşım ve esnek yaklaşım olmak üzere iki temel yaklaşım bulunmaktadır³⁵. Bu iki yaklaşım ulaşılama hakkının ülkelerin

³¹ Yeni bilgi ve iletişim teknolojileriyle birlikte bilginin artması sebebiyle oluşan iş yükü nedeniyle işçiler verimlilikleri ve iş sonuçlarına göre değerlendirilme baskısını daha çok hissetmekte ve bu nedenle uzun saatler çalışabilmektedirler. Çiğdem Vatansever, “Risk Değerlendirme’de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlike ve Riskler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 40, 2014, s. 121.

³² Ünal, **a.g.e.**, s. 24-25.

³³ Çağla Erdoğan, “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 469. Bu duruma örnek olarak Covid-19 döneminde kadınlar bakımından karşılıksız bakım ve ev içi emek görevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başak Akkan, Zeynep Kesici, “Covid-19 Salgını, İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizlikler Üzerine Bir İnceleme”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 71, 2021, s. 2813-2838.

³⁴ Akkan, Kesici, **a.g.m.**, s. 2817-2324.

³⁵ Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, Working Paper, Lüksemburg, 2021, s. 32. İlgili yaklaşımlar bakımından “*mandatory disconnection*” ve “*flexible disconnection*” kavramlarının da kullanılması söz konusudur. Bkz. Emanuele Dagnino, “Working Anytime, Anywhere: Regulating Working Time”, **The Prevention YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)**

mevzuatlarında nasıl düzenlendiğinden bağımsız şekilde, bu hakkın nasıl uygulanır kılındığını açıklamak için kullanılmaktadır³⁶.

Katı yaklaşımın hareket noktası, işçi ve işveren arasındaki hiyerarşik ilişkidir³⁷. Ulaşılama hakkı; iş ilişkisinde, çeşitli şekillerde düzenlenmiş olabilmektedir. Ancak işverenin karşısındaki zayıf konumu nedeniyle işçi, bu düzenlemelere rağmen çalışma süreleri dışında işverenden gelen bağlantı taleplerini karşılamak zorunda hissedebilmektedir. Bazı durumlarda ise işçi kendi inisiyatifıyla çalışmaya devam edebilmektedir. Katı yaklaşımın özellikleri; bağlantıyı kesmenin zorunlu olması, belirli bir saat aralığında sunucular ve teknik cihazların bağlantılarının kesilmesi, çalışma saatleri dışında e-posta akışının kesilmesi, bazı hallerde iletilen e-postaların otomatik şekilde silinmesi ve çalışma saatleri haricinde bağlantı kurmanın istisnai nitelikte olmasıdır³⁸. Dolayısıyla katı yaklaşımda teknolojik araçların kullanılması çalışma süreleri dışındaki saatlerde engellenmekte ve işçi bağlantıyı kesmiş olmaktadır. Bu bakımdan katı yaklaşıma günümüz çalışma hayatında işlevsel olmadığı ve esnekliği sona erdireceği gibi noktalarda eleştiriler yöneltilmektedir³⁹.

Esnek yaklaşımın hareket noktası işçinin bilinçlendirilmesidir⁴⁰. Esnek yaklaşımın özellikleri; ulaşılama hakkı konusunda işçinin sorumluluk almasının sağlanması, işçinin çalışma sürelerinden sonra yapılan çağrılara cevap vermemesi halinde olumsuz sonuçlarla karşılaşmayacağı konusunda işçiye güvence verilmesi, devamlı bağlantıda kalmanın olumsuz yanları hakkında tarafların bilgilendirilmesi ve işçilerin hangi sürelerde bağlantıda kalması gerektiğinin netleştirilmesidir⁴¹. Kanaatimizce işçinin işverenin bir talebi bulunmasa da ulaşılabilir kalması gerektiği inancıyla çalışma saatleri dışında iş görmeye devam etmesini işverenin bu yaklaşım doğrultusunda engelleyememesi eleştirilebilir.

Katı yaklaşımda sistemlerin kapatılması ve engellenmesi söz konusuysen, esnek yaklaşımda dijital araçların ekranında çıkan bir pop-up ile işçinin ulaşılama hakkının bulunduğu ve çalışmak zorunda

System and Insurance Coverage in the Context of the IV Industrial Revolution, Ed. by Pietro Manzella, Michele Tiraboschi, Adapt University Press, 2021, s. 77.

³⁶ Ünal, **a.g.e.**, s. 34. Çeşitli şirketlerde katı veya esnek yaklaşımlardan hangilerinin uygulandığı ve ilgili uygulamalardaki ana özellikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, s. 33.

³⁷ Ünal, **a.g.e.**, s. 34; Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 52.

³⁸ Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, s. 32.

³⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 34.

⁴⁰ Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, s. 32.

⁴¹ Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, s. 32.

olmadığının hatırlatılması gibi yollar tercih edilmektedir⁴². Bu kapsamda ulaşılama hakkının uygulanır kılınması bakımından katı yaklaşımda çalışan pasif bir haldeyken, esnek yaklaşımda aktif bir rodedir. Kanaatimizce ülkemizde öğretilde de belirtildiği üzere karma bir yaklaşımın benimsenmesi ve bazı zorunlu bağlantı kesme yollarının uygulanmasıyla birlikte ulaşılama hakkı konusunda farkındalığın oluşturulması amacıyla eğitimlerin verilmesi yerinde olacaktır⁴³.

2. Ulaşılama Hakkının Kanunlaştırılması Bakımından

Ulaşılama hakkının kanunlaştırılması bakımından koruyucu ve özendirici yaklaşım, özendirici yaklaşım ve genel düzenleyici yaklaşım bulunduğu gibi; konuyla ilgili düzenleme bulunmayan ülkeler de mevcuttur.

Koruyucu ve özendirici yaklaşımda esnek çalışma modelleri desteklenmektedir. Bu yaklaşımdaki ülkelerin mevzuatlarında esnek çalışma modellerine dair çeşitli düzenlemeler yer almaktadır ve sürekli ulaşılabilir olmanın olumsuz yönlerini engellemek için çeşitli mevzuat çalışmaları yapılmaktadır⁴⁴. Bu yaklaşımın benimsendiği ülkelere ulaşılama hakkının ilk olarak pozitif bir düzenlemeye kavuşturulduğu Fransa, Belçika, İtalya ve İspanya örnek verilebilir⁴⁵. Ayrıca 2024 yılında getirilen düzenlemeyle birlikte Avustralya da bu ülkeler arasına girmiştir⁴⁶. Kanaatimizce ülkemizde de ulaşılama hakkı koruyucu ve özendirici yaklaşım tercih edilerek düzenlemeye kavuşturulmalıdır⁴⁷.

Özendirici yaklaşımda, esnek çalışma şekillerine ilişkin yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu çalışma şekillerinin getirdiği olumlu özelliklerin yaygınlaştırılması hedeflenmektedir ve işçinin karşılaşılabileceği daimî aktiflik ve ulaşılabilirlik gibi olumsuz durumların engellenmesi bakımından doğrudan engelleyici düzenlemeler bulunmamaktadır⁴⁸. Bu yaklaşımda ulaşılama hakkı bakımından doğrudan bir düzenleme

⁴² Ünal, a.g.e., s. 36.

⁴³ Savaş Kutsal, a.g.e., s. 124.

⁴⁴ Ünal, a.g.e., s. 37; Savaş Kutsal, a.g.e., s. 50.

⁴⁵ Eurofound, **Regulations to Address Work-Life Balance in Digital Flexible Working Arrangements**, New Forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2020, s. 13-15.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. (Çevrimiçi), <https://www.fairwork.gov.au/employment-conditions/hours-of-work-breaks-and-rosters/right-to-disconnect#:~:text=The%20right%20to%20disconnect%20is,under%20the%20Fair%20Work%20Act.,E.T.08.11.2024>.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Savaş Kutsal, a.g.e., s. 87-88.

⁴⁸ Ünal, a.g.e., s. 37; Savaş Kutsal, a.g.e., s. 51.

bulunmasa da hukuk sistemi içinde işçiyi koruyucu hükümler bulunması mümkündür⁴⁹.

Genel düzenleyici yaklaşımda esnek çalışma şekillerine ve iş-yaşam dengesine ilişkin düzenlemeler ülke mevzuatında yer alabilmektedir. Ancak düzenlemelerde ilgili çalışma şekillerinin özendirilmesi ve işçinin korunması bakımından doğrudan bağlantı söz konusu değildir⁵⁰. Dolayısıyla bu yaklaşımda tüm hususların birlikte değerlendirilmesi durumu bulunmamaktadır⁵¹. Kanaatimizce Türkiye, genel düzenleyici yaklaşımın benimsendiği ülkelerdendir⁵². Zira, Türk Hukuku bakımından esnek çalışma modellerine ilişkin düzenlemeler bulunsa da, bu çalışma modellerinin yaygınlaştırılması, olumsuz yönlerinin engellenmesi ve ulaşılama hakkı ile ilgili düzenlemeler mevcut değildir.

Konuyla ilgili düzenleme bulunmayan ülkelerde esnek çalışma modelleriyle ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır; ulaşılama hakkına ilişkin düzenlemeler de mevcut değildir. Bu ülkelere Güney Kıbrıs, Danimarka, Finlandiya, İrlanda, Norveç, İsveç örnek verilebilir⁵³. Belirtmelidir ki, İskandinav ülkelerinde bu konularda belirli düzenlemelerin olmamasının sebebi bu konuların daha çok toplu sözleşmelerle uygulamaya geçirilmesidir⁵⁴. Örneğin Danimarka'da iş hayatında toplu iş sözleşmeleri önemli bir yer tutmaktadır ve toplu iş sözleşmeleri ile bu konunun çözümlenmesi yönünde bir yaklaşım bulunmaktadır⁵⁵. Güney Kıbrıs'ta ise yetersiz alt yapı ve çalışma hayatının

⁴⁹ Covid-19 sonrasında çeşitli Avrupa ülkeleri bakımından tele çalışma ile ilgili değerlendirmeler için bkz. European Agency for Safety and Health at Work, **Regulating Telework in a Post-COVID-19 Europe**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2021.

⁵⁰ Ünal, **a.g.e.**, s. 37; Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 51.

⁵¹ Eurofound, **Regulations to Address Work-Life Balance in Digital Flexible Working Arrangements**, s. 13.

⁵² Aynı yönde bkz. Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 51.

⁵³ Eurofound, **Telework and ICT-Based Mobile Work: Flexible Working in Digital Age**, s. 50. Belirtmelidir ki, Birleşik Krallık da ulaşılama hakkı konusunda düzenleme bulunmayan ülkelerdendir. Ancak yakın zamanda bu ülkede de konuyla ilgili tartışmalar ve kanun teklifleri gündeme gelmeye başlamıştır. Bkz. (Çevrimiçi), <https://www.globalcompliancenews.com/2024/09/03/united-kingdom-code-of-practice-on-right-to-disconnect/>, E.T. 08.11.2024.

⁵⁴ Eurofound, **Telework and ICT-Based Mobile Work: Flexible Working in Digital Age**, s. 50.

⁵⁵ Eurofound, **Telework and ICT-Based Mobile Work: Flexible Working in Digital Age**, s. 50.

henüz ilgili yönde şekillenmemesi sebebiyle düzenlemelere rastlanmamaktadır⁵⁶.

C. Ulaşılama Hakkının Kaynakları

1. Mukayeseli Hukuk Bakımından

Ulaşılama hakkının pozitif hukuk kurallarıyla düzenlendiği ilk ülke Fransa'dır⁵⁷. İlgili düzenleme 2016'da kabul edilmiştir ve 2017'de yürürlüğe konulmuştur⁵⁸. Esas olarak bu düzenlemeye Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 2001⁵⁹ ve 2004⁶⁰ yıllarında verdiği kararlar yön vermiştir. Aynı zamanda iş kaynaklı stres ve tükenmişlik sebebiyle işçilerde görülen intihar vakaları da ilgi çekmiş ve kamuoyunda bu konuda bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde baskı oluşturmuştur⁶¹. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, 2001 yılında verdiği kararda işçilerin eve iş getirme zorunluluğunun olmadığına hükmetmiş; 2004 yılında ise, eğer işçi çalışma saatleri dışında akıllı telefonuyla ulaşılabilir değilse bu durumun kusurlu davranış sayılmayacağı belirtilmiştir⁶². Orange Group adlı Fransız bir şirket ise 2016 yılında bağlantıda kalınan süreler ve çalışanların bağlantıyı kesmesi hakkında Fransa'da sosyal diyalogu ilk defa başlatanlardan biri olarak, toplu iş sözleşmesinde ulaşılama hakkını temel bir hak olarak nitelendirmiştir⁶³.

Alman Hukuku'nda ulaşılama hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, Volkswagen ve BMW gibi şirketler tarafından yapılan şirket

⁵⁶ Eurofound, **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, s. 25.

⁵⁷ Secunda, **a.g.m.**, s. 27; Von Bergen, Bressler, Proctor, **a.g.m.**, s. 6; Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay, **a.g.m.**, s. 1706; C. W. Von Bergen, Martin S. Bressler, "Work, Non-Work Boundaries and the Right to Disconnect", **Journal of Applied Business and Economics**, C. XXI, S. 2, 2019, s. 57; Matteo Avogaro, "Right to Disconnect: french and italian proposals for a global issue", **Revista Direito Das Relações Sociais E Trabalhistas**, C. IV, S. 3, 2018, s. 113; Facundo M. Chiuffo, "The 'Right to Disconnect' or 'How to Pull the Plug on Work'", **4th Labour Law Research Network Conference**, 2019, s. 3.

⁵⁸ Pansu, **a.g.m.**, s. 100; Avogaro, **a.g.m.**, s. 114; Chiuffo, **a.g.m.**, s. 5.

⁵⁹ Cour de Cassation, Chambre sociale, 02.08.2001, 99-42.727 (Ünal, **a.g.e.**, s. 73, dn. 174 naklen).

⁶⁰ Cour de Cassation, Chambre sociale, 17.02.2004, 01-45.889 (Ünal, **a.g.e.**, s. 73, dn. 175 naklen).

⁶¹ Eurofound, **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, s. 38.

⁶² Von Bergen, Bressler, Proctor, **a.g.m.**, s. 6.

⁶³ Eurofound, **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, s. 38. Ayrıca bkz. (Çevrimiçi), <https://hellofuture.orange.com/en/disconnection-right-duty/>, E.T. 08.11.2024. *YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)*

içi düzenlemeler bulunmaktadır⁶⁴. Bu bağlamda bu hak daha çok piyasadaki aktörler tarafından yapılan düzenlemelerle sağlanmaya çalışılmaktadır⁶⁵. Örneğin şirketlerin aldığı önlemlerle işçilere çalışma süreleri dışında gönderilen e-postalar tamamen silinmekte ya da sonraki gün çalışma saatine kadar beklemeye alınmaktadır⁶⁶. Bu bakımdan Almanya'daki işverenler, işçileri işle ilgili devamlı olarak rahatsız etmenin işçiye zarar verdiğini tespit etmiş, dinlenme sürelerini artırarak işçilerin özel hayatlarına daha çok zaman ayırabilmeleri bakımından teşvik edici düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin 2011 yılında Volkswagen şirketi akıllı telefonların kullanımına dair bir şirket içi düzenleme uygulamaya koymuştur. Buna göre işçilere e-posta gönderilmesi, kısa mesaj yollanması ve görüntülü arama yapılması saat 18.15 ile 07.00 arasında engellenmektedir. Bu bakımdan yöneticiler ve kıdemli teknik personel ise kapsam dışındadır⁶⁷. Ayrıca Alman Çalışma Bakanlığı, 2013 yılında işçilere üstleri tarafından çalışma süreleri dışında e-posta gönderilmesini yasaklamış ancak ertelenemeyecek ve iletişime geçilmesi zorunlu olan acil hallerde yöneticilerin işçilerle iletişime geçebileceğini belirlemiştir⁶⁸. Öğretide işverenlerin bu davranış şekillerinin yararlı olduğu belirtilmiş ancak hukuki altyapı eksikliğinin hakkın korunması bakımından sorun yaratabileceği tespit edilmiştir⁶⁹.

2. Türk Hukuku Bakımından

Türk Hukuku'nda ulaşılama hakkı konusunda pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, Alman Hukuku'nda pozitif bir düzenleme bulunmamasına rağmen işçinin bu yönde bir hakkı olduğu kabul edilerek genel ilkeler doğrultusunda bir çözüme gidildiğinden, Türk Hukuku'nda da benzer bir sonuca ulaşılabilirliği savunulmaktadır⁷⁰. Bu bağlamda eşit davranma borcu, ölçülülük ilkesi ve dürüstlük kuralı göz önüne alınabilecek bazı ilkelerdendir⁷¹. Ayrıca işçinin özel hayatı ve kişilik haklarını

⁶⁴ Von Bergen, Bressler, Proctor, **a.g.m.**, s. 5; Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay, **a.g.m.**, s. 1707; Pepita Hesselberth, "Discourses on Disconnectivity and the Right to Disconnect", **New Media and Society**, C. XX, S. 5, 2018, s. 1995; Eurofound, **Right to Disconnect; Exploring Company Practices**, s. 17.

⁶⁵ Secunda, **a.g.m.**, s. 5; Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay, **a.g.m.**, s. 1707.

⁶⁶ Hesselberth, **a.g.m.**, s. 1995.

⁶⁷ Eurofound, **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, s. 30.

⁶⁸ Ünal, **a.g.e.**, s. 84; Chiuffo, **a.g.m.**, s. 15.

⁶⁹ Secunda, **a.g.m.**, s. 31; Baycık, Doğan, Dulay Yangın, Yay, **a.g.m.**, s. 1707.

⁷⁰ Doğan, **Ulaşılama**, s. 128; Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 753.

⁷¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 87.

düzenleyen genel düzenlemelerden yararlanılarak da ulaşılamama hakkının varlığı gerekçelendirilebilir⁷².

Uzaktan Çalışma Yönetmeliği⁷³ ulaşılamama hakkı bakımından değerlendirilebilecek bazı düzenlemeler içermektedir. UÇY m. 9, çalışma sürelerinin belirlenmesini düzenleyen bir hükümdür. Buna göre uzaktan çalışmanın gerçekleştirileceği süre iş sözleşmesinde belirtilmelidir. Mevzuatta belirlenen sınırlara uyularak çalışma saatlerinde değişiklik yapılabilir ve yine mevzuatta bulunan hükümlere uygun olarak fazla çalışma yaptırılabilir. Bu maddede “*çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresi*” ifadesi esnek çalışma şekillerinin uygulanabileceğini belirtmek için kullanılmıştır⁷⁴. “*Mevzuatta belirlenen sınırlamalara uyularak*” ifadesinden haftalık ve günlük azami çalışma sürelerine uyulması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu Yönetmelik gereği çalışma süresi dışında işverenin işçiye teknolojik araçlarla ulaşarak iş görmesini talep edemeyeceği anlaşılmaktadır. UÇY m. 12’de ise uzaktan çalışmada iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerin alınması hususu düzenlenmiştir. Bu hükme göre işverenin, özellikle uzaktan çalışma halinde dijital iletişim araçlarının yoğun olarak kullanılacağı düşünüldüğünde, ulaşılamama hakkı konusunda işçiyi bilgilendirmesi ve farkındalık yaratacak eğitimler vermesi gerekmektedir.

D. İşçinin ve İşverenin Hak ve Borçları Açısından Ulaşılamama Hakkı

1. İşçinin Özen Borcu

Türk Borçlar Kanunu⁷⁵ m. 396 uyarınca işçi üstlendiği işi özenle ifa etmekle yükümlüdür. İşçinin özen borcu, iş görme edimini işin gerekliliklerine uygun olarak icra etmesidir⁷⁶. İşçi, işin yapılması için gerekli olan asgari özeni göstermelidir. Özen derecesinin tespitinde işçinin mesleki bilgisi, nitelikleri, tecrübesi gibi durumlar göz önüne alınır. Özen yükümlülüğü hem işin özenle ifa edilmesini hem de araç gereç ve diğer malzemelerin özenle kullanılması ve korunmasını kapsar⁷⁷. TBK m. 400 ise

⁷² Beytar, **a.g.e.**, s. 365.

⁷³ RG., T. 10.03.2021, S. 31419.

⁷⁴ Ünal, **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁵ RG., T. 04.02.2011, S. 27836.

⁷⁶ Serkan Odaman, **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2003, s. 188; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, **İş Hukuku Dersleri**, 36. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2023, s. 305.

⁷⁷ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2023, s. 356-357; Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha *YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)*

özen yükümlülüğünün ihlali halinde işçinin tazmin borcunu düzenler. Ayrıca işçinin özen yükümlülüğüne aykırı hareketi iş sözleşmesinin haklı veya geçerli nedenle feshini gerektirecek yoğunlukta olabilir.

İşçi işini iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde, özenle ifa etmelidir⁷⁸. Bu bakımdan çalışma süreleri sonrasında ulaşılabilir olmak için rıza göstermiş olan işçi, işverenin işin ifası için bağlantıda kalma taleplerini kural olarak yerine getirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda işçi yapmakla görevli olduğu işi kendisine hatırlatılmasına rağmen yerine getirmiyorsa İŞK m. 25/II-h uyarınca iş sözleşmesinin derhal feshi söz konusu olabilir⁷⁹.

2. İşçinin Sadakat Borcu ve İşverenin Yönetim Hakkı

TBK m. 399'a göre işçi işverenin verdiği emir ve talimatlara; kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmaması koşuluyla dürüstlük kuralı çerçevesinde uymakla yükümlüdür⁸⁰. İşverenin talimat verme hakkı işyerinin gereklilikleri ve işin âdetine uygun şekilde yapılması ile sınırlı kabul edilmektedir⁸¹. İşveren, işyeri ve iş organizasyonunun düzenlenmesi amacıyla işçiler üzerinde yönetim hakkına sahiptir ve bu nedenle emir ve talimat verebilir. Bu bakımdan iş sözleşmesi ile soyut bir şekilde belirlenen iş görme borcu, yönetim hakkı aracılığıyla somut bir biçim almaktadır⁸². İşçi bu düzenlemelere ve talimatlara; işverenin yönetim hakkı karşısında bulunan sadakat borcu⁸³ kapsamında uymakla yükümlüdür⁸⁴. İşveren,

Yayıncılık, 2023, s. 387; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, 7. bs., Ankara, Lykeon Yayınları, 2022, s. 587; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 305-306.

⁷⁸ Fevzi Demir, Gönenç Demir, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulanması", **Kamu-İş Dergisi**, C. XI, S. 1, 2009, s. 4.

⁷⁹ Odaman, **a.g.e.**, s. 174.

⁸⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 312; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 590-591; Süzek, **a.g.e.**, s. 360; Ünal, **a.g.e.**, s. 95; K. Ahmet Sevimli, "İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi", **Sicil İHD**, S. 10, 2008, s. 55; Melda Sur, "İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog", **DEÜHFD**, C. XXI, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan), 2019, s. 2284.

⁸¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 313.

⁸² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 275; Savaş Taşkent, **İşverenin Yönetim Hakkı**, İstanbul, Met-Er Matbaası, 1981, s. 11; Gönül Balkır, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", **Sicil İHD**, C. IV, S. 12, 2008, s. 74.

⁸³ İşçinin sadakat borcu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpogut, "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", **Sicil İHD**, S. 25, 2012, s. 23-32.

⁸⁴ Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 183; Süzek, **a.g.e.**, s. 86-87, 359; Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 55; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 554-557; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak

yönetim hakkını ve talimat verme yetkisini dilerse işveren vekillerine devretme imkânına sahiptir, bu halde işçi işveren vekilinin verdiği talimata uymakla yükümlüdür⁸⁵.

İşveren işçiye dinlenme süresinde dijital iletişim araçları ile ulaşarak ondan bir işin görülmesini isterse, bu talimat kural olarak işçinin kişilik haklarına aykırıdır ve özel hayatına müdahale oluşturmaktadır⁸⁶. Dolayısıyla işverenin bu konularda talimat verme hakkı yoktur⁸⁷. Dürüstlük kuralına uymayan ve işçinin kişilik haklarına aykırı olan talimatların verilmesi halinde, işçinin buna uyma yükümlülüğü yoktur. İşverenin bu talimatı işçinin kişilik haklarına müdahale oluşturacağından, talimata uyulmaması nedeniyle işverenin sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmamaktadır⁸⁸.

Bu kapsamda belirtilmelidir ki ulaşılama hakkı işçinin özel hayatının korunmasıyla doğrudan ilgili bir haktır. 1982 tarihli Anayasa⁸⁹ m. 13, temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesine göre sınırlandırılabilirliğini belirtmiştir. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında⁹⁰, sınırlandırmanın hukuka uygunluğu değerlendirilirken göz önüne alınan bir ilkedir⁹¹. Temelde ölçülülük ilkesi, bir hedefe ulaşmak için temel hak ve özgürlüklere daha az müdahaleyi gerektiren bir yöntem varsa bu yöntemin tercih edilmesi, elde edilmek istenen amaca ulaşmak için belirlenen aracın denetlenmesidir⁹². İş

Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 16. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2019, s. 493.

⁸⁵ Süzek, **a.g.e.**, s. 86.

⁸⁶ İsviçre Hukuku'nda zor durumlarda iş görme borcunun kapsamının geçici bir süre için genişleyebileceği kabul edilmektedir. Bu halde sadakat borcu dolayısıyla işçi sözleşmede kararlaştırılan işin dışında ya da farklı yerde veya normal çalışma sürelerinin dışında çalışmakla yükümlü olabilir ve hatta bu halde işverenin talimatına dahi gerek yoktur. Bkz. Alpagut, **Sadakat Borcu**, s. 31.

⁸⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 591; Çelik, Canıklıoğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 274-275; Taşkent, **a.g.e.**, s. 89; Süzek, **a.g.e.**, s. 88.

⁸⁸ Beytar, **a.g.e.**, s. 369-370.

⁸⁹ RG., T. 18.10.1982, S. 17863 (Mükerrer).

⁹⁰ Bektaş Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", **Sicil İHD**, S. 15, 2009, s. 60.

⁹¹ Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. X, 1993, s. 45; Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **DEÜHFD**, C. XV, Özel Sayı, 2013, s. 681.

⁹² Sevgi Dursun Ateş, **İşverenin Yönetim Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 421; Yıldız, **a.g.m.**, s. 684; Öner Eyrenci, "İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017, s. 353; Deniz Ugan Çatalkaya, **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 1. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2019, s. 307. *YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)*

Hukuku'nda ölçülülük ilkesi, işverenin müdahalesinin hukuka uygunluğunu denetlemek için kullanılır⁹³. Bu bakımdan işveren işçinin özel hayatına müdahale etmeden amacına ulaşabilecekse, işçiyle çalışma süreleri dışında iletişime geçmemelidir. Örneğin gece çalışması, insan sağlığı üzerindeki etkileri sebebiyle özel olarak düzenlenen bir çalışma şeklidir⁹⁴. Bu açıdan işveren kural olarak işçiden gece saatlerinde çalışmasını talep etmemelidir⁹⁵. Ayrıca işçiden çalışma süreleri dışında iş görmesi talep edilecekse; işveren, işçinin gerekli hazırlıkları yapabilmesi için makul bir süre önceden işçiye bildirimde bulunmalıdır.

İşveren yönetim hakkı kapsamında ulaşılama hakkının kullanılması için düzenlemeler yapılabilir. Ulaşılama hakkının etkin olabilmesi için işverenin aldığı önlemler işçi açısından emir ve talimatlara uyma borcu doğurur⁹⁶. Örneğin, e-posta sistemlerinin çalışma süreleri dışında kullanılmaması veya otomatik arama yönlendirme sisteminin kapatılması gibi haller yönetim hakkı kapsamındadır. Bu bakımdan işverenin alabileceği önlemlerden biri de dijital araçlara kurulan yazılımlardır. İşçi özellikle kendi cihazından iş görme edimini ifa ediyorsa, bu durum özellik arz edebilir. Örneğin, teknolojik cihazlarda çoğunlukla bildirim amacıyla ekranda ortaya çıkan beklenmedik bildirim (pop-up)⁹⁷ isimli küçük kutucuklar işçiye özel hayatında rahatsız edebilir. Ancak işçiye beklenmedik bildirimlerle ulaşılama hakkının bulunduğu yönünde hatırlatmalar yapılması işverenin yönetim hakkı kapsamında kabul edilebilir.

İşveren emir ve talimat verirken eşitlik ilkesine uygun davranmalıdır. Eşitlik ilkesi, Anayasa m. 10 ve İş Kanunu⁹⁸ m. 5'te düzenlenmiştir. Genel bir hukuk ilkesi olan eşitlik ilkesinin İş Hukuku'ndaki yansıması olan eşit davranma borcu, işverenin borçlarındanır⁹⁹. Bu borç; haklı ve makul bir

⁹³ Dursun Ateş, **a.g.e.**, s. 421; Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 70; Hande Heper, **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 141. İş hukukunda ölçülülük ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 269 vd.

⁹⁴ Ayşe Ledün Akdeniz, "Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırları ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi", **İÜHFİM**, C. LXXVII, S. 2, 2019, s. 559.

⁹⁵ Ünal, **a.g.e.**, s. 147.

⁹⁶ Ünal, **a.g.e.**, s. 121.

⁹⁷ Pop-up, geçerli pencerenin önüne açılan bir reklam veya bütün web sayfasını görüntüleyen yeni bir penceredir. Bkz. Parul Deshwal, "Online Advertising and Its Impact on Consumer Behaviour", **International Journal of Applied Research**, C. II, S. 2, 2016, s. 201.

⁹⁸ RG., T. 22.05.2003, S. 25134.

⁹⁹ Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 169; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 723; Akyiğit, **İş Hukuku**, s. 212; A. Can Tuncay, **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 9; Seçkin Nazlı, "İş Kanunu'nda Düzenlenen Eşit
YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

neden olmadan aynı veya benzer durumda olanlar arasında ayırım yapmamayı ifade etmektedir¹⁰⁰. Eşit davranma borcu bulunan işveren, aynı veya benzer durumda olan işçileri farklı işlemlere tabi tutamaz¹⁰¹. Bu bakımdan mutlak bir eşitlikten bahsedilmemektedir, eşitliği sağlamak için işçiler arasında farklı işlem yapılmasının gerektiği hallerde işverenin işçilere farklı davranması eşitlik ilkesinin bir gereğidir¹⁰². Ulaşılama hakkı bakımından da işveren, ulaşılabilir olmaya rıza göstermiş işçiler arasında ayrımcılık yapmamalı ve bir işçiyi diğerlerine göre aşırı iş yükü altında bırakmamalıdır. Ayrıca işveren yönetim hakkını eşitlik ilkesine uygun olarak kullanılmalıdır¹⁰³; bu bakımdan işverenin ifa edilecek işi işçiler arasında paylaşması noktasında da bu ilke gözetilmelidir.

Ayrıca TBK m. 417 uyarınca, işveren hizmet ilişkisi kapsamında işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda bir işyeri düzeni tesis etmekle yükümlüdür. Dürüstlük ilkesi, Türk Medeni Kanunu¹⁰⁴ m. 2’de düzenlenmiş olan, kişilerin haklarını ve yetkilerini kullanırken ve borçlarını yerine getirirken doğru ve dürüst bir tutum sergilemesi gerektiğini belirleyen genel bir hukuk ilkesidir¹⁰⁵. Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına riayet etmek zorundadır¹⁰⁶. Bu bakımdan dürüstlük kuralı, bir kişiden namuslu, dürüst ve makul bir insan olarak beklenen davranıştır ve toplumda hâkim olan ahlaki ölçülere, geçerli âdetlere ve ilişkilerin amacına göre belirlenir¹⁰⁷. İşveren yönetim hakkını kullanırken dürüstlük ilkesine uygun

Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFİM**, C. LXXIV, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s. 571.

¹⁰⁰ İş Hukukunda eşitlik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 11, 2006, s. 63-82.

¹⁰¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, **a.g.e.**, s. 437; Süzek, **a.g.e.**, s. 469; Ekmekçi, Yiğit, **a.g.e.**, s. 374.

¹⁰² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 724.

¹⁰³ Dursun Ateş, **a.g.e.**, s. 422.

¹⁰⁴ RG., T. 08.12.2001, S. 24607.

¹⁰⁵ Tuncay, **a.g.e.**, s. 46; Rona Serozan, **Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)**, 8. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 277; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 30. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024, s. 278-279.

¹⁰⁶ Dürüstlük kuralının İş Hukuku bakımından değerlendirilmesi hususunda bkz. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, **MÜHFHAD**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. XX, S. 1, s. 17-66.

¹⁰⁷ Oğuzman, Barlas, **a.g.e.**, s. 279; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I**, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2024, 203-204.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

davranmalıdır¹⁰⁸. Bu bakımdan işçi çalışma saatleri sonrasında ulaşılabilir olmaya rıza göstermişse, işverenin bu bağlantıyı dürüstlük ilkesine uygun şekilde sağlaması gerekir¹⁰⁹. Keza işçi de ulaşılabilirliğe rıza gösterip göstermemeyi tercih ederken dürüstlük ilkesine uygun hareket etmelidir. Bu kapsamda işveren çalışma saatleri dışında işçiyi rahatsız etmemek konusunda elinden gelen her şeyi yapmış ancak yine de işçiye ulaşmak zorunda kalmışsa; işçinin buna rıza göstermesi dürüstlük kuralının bir gereği kabul edilebilir.

3. İşçinin Dinlenme Hakkı

Anayasa m. 50 uyarınca “*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.*”¹¹⁰. Bu kapsamda İş Kanunu ve ilgili diğer kanunlarda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Hukukumuzda işçilere ara dinlenmesi, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatiller ile yıllık ücretli izin hakkı gibi çeşitli dinlenme süreleri tanınmıştır¹¹¹.

İşK m. 68 uyarınca işçilere günlük çalışma süresinin ortalama bir zaman diliminde ilgili yerin gelenekleri ve işin gerekliliklerine göre belirli bir süre için ara dinlenmesi verilir. Ara dinlenmesinde dijital araçlarla uzaktan çalışan işçiler de dahil olmak üzere tüm işçiler fiziksel ve zihinsel olarak tam anlamıyla dinlenebilmeleri için işle bağlantılarını kesebilmelidir¹¹². Ara

¹⁰⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 88; Güzel, Ugan Çatalkaya, **a.g.m.**, s. 45; Heper, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁰⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 92-93.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bir karara göre; “...*Dinlenme hakkı özü itibarıyla bireyin beden ve ruh sağlığının korunması ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla yönelik olarak düzenli geliriyle ilgili herhangi bir kaygı duymaksızın çalışma hayatından belirli bir süre uzaklaşabilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla söz konusu hakkın kullanılmasında temel ölçüt bireyin belirli bir çalışma döneminde makul kabul edilebilecek bir süre için - ücretini de almaya devam etmek kaydıyla-çalışma ortamından uzaklaşmasına imkân sağlanması, bir başka ifadeyle çalışmak zorunda bırakılmamasıdır...*” AYM, T.14.11.2019, E.2019/95, K.2019/89, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 10.11.2023.

¹¹¹ Özellikle tele çalışanlar açısından dinlenme hakkının kullandırılması ve kullanıldığı tespitini noktasındaki sorunlar için bkz. Betül Erkanlı Başbüyük, “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışmada İşçinin Dinlenme Hakkı”, **MÜHFAD**, C. XXIX, S. 1, 2023, s. 656-678. İşçinin dinlenme hakkı ve Yargıtay uygulaması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seracettin Göktaş, “İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması”, **Sicil İHD**, S. 28, 2012, s. 42-56.

¹¹² Kanaatimizce dijital çalışanlar için de söz konusu olacak şekilde ara dinlenmesi bakımından tele çalışma halinde işçilerin daha uzun süreler çalıştırıldığı ve bu sebeple işçilerde uyku bozukluğu, göz ve kalp rahatsızlığı, stres, yeme bozuklukları gibi durumların görüldüğü yönünde bkz. Sevil Doğan, “İş Hukukunda Ara Dinlenmesi”, **MÜHFAD**, C. XXVI, S. 2, 2020, s. 1196-1197.

dinlenmesinde geçen süre çalışma süresinden sayılmaz ve işçi ara dinlenmesinde bir işle meşgul edilirse bu durum çalışma süresine dahil edilerek karşılığı ödenir¹¹³.

Hafta tatili İşK m. 46'ya göre yedi günlük zaman dilimi için kesintisiz ve en az yirmi dört saat olacak şekilde kullanılmalıdır¹¹⁴. Hafta tatilinde işçiler çalıştırılmaz¹¹⁵. Bu bakımdan işçinin hafta tatilinde çalışmayı kabul ettiğine veya bu çalışma karşılığının asıl ücrete dâhil olduğuna ilişkin kayıtlar geçersizdir¹¹⁶. Dolayısıyla hafta tatilinde çalışılmasına veya işçinin ulaşılabilir olması gerektiğine yönelik sözleşme kayıtları geçersizdir, hafta tatilinde bağlantıda kalınarak iş gördürülen işçinin hafta tatili kullanılmamış sayılır¹¹⁷.

İşK m. 44 uyarınca ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma bakımından toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleriyle bir düzenleme yapılabilir. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması durumunda ilgili günlerde çalışılması için işçinin onayı gerekir. Bu bakımdan ulaşılabilir olmak yönünde sözleşmede hüküm bulunması halinde işçi bu günlerde de

¹¹³ Ercan Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2023, s. 450.

¹¹⁴ "...Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmidört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullanılamaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullanılması halinde hafta tatili hiç kullanılmamış sayılır..." Yarg. 9.HD., T.06.04.2016, E.2014/36973, K.2016/8527, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 11.11.2023.

¹¹⁵ "...Hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil günleri dinlenme hakkı kapsamında kaldığından, tatilde yapılan çalışma karşılığı serbest zaman kullanılması yasaya aykırılık teşkil eder. Serbest zaman ancak fazla mesai karşılığı verilebilir. Tatilde yapılan çalışma karşılığında izin verilmişse bu ancak mazeret izni olarak kabul edilebilir..." Yarg. 9.HD., T.21.12.2017, E.2017/27553, K.2017/22015, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 22.12.2023.

¹¹⁶ İşçinin hafta tatilinde çalıştırıldığı durumda ücretinin nasıl hesaplanacağı konusunda bkz. "...4857 sayılı İş Kanununun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince, çalışılmayan hafta tatili günü için bir iş karşılığı olmaksızın işçinin ücreti tam olarak ödenir. Hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağı yasalarda düzenlenmemiş ise de, Dairemizce hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı, buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir (Yargıtay 9.H.D. 23.5.1996 gün 1995/37960 E, 1996/11745 K.). Buna göre hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında, çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak ödenmelidir..." Yarg. 9.HD., T.27.05.2019, E.2016/2851, K.2019/12103, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 22.12.2023.

¹¹⁷ Kırık, **a.g.e.**, s. 84-85.

çalıştırılabilir ve İşK m. 47/1 uyarınca çalışılan her gün için bir günlük ücrete ayrıca hak kazanır.

İşK m. 56 uyarınca işverenin, işçinin yıllık ücretli izin hakkını kural olarak bu izni bölmeden kullandırması gerekir. Ancak, taraflar anlaşırca yıllık iznin bir bölümü on günden aşağı olmamak kaydıyla bölümler halinde kullandırılabilmesi mümkündür¹¹⁸. İşçi çalıştığı sürede yıllık ücretli izin hakkını kullanmak yerine izin ücretini talep edemez. Dolayısıyla iş ilişkisi devam ettiği sürece işveren işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullandırmak zorundadır¹¹⁹. İşçinin ulaşılabilir olmak için rızası olsa da, yıllık iznin sürekli olması ve bölünmezliği kuralları dolayısıyla bu sürelerde rahatsız edilmemeli ve çalıştırılmamalıdır. Kamu yararı ya da işverenin veya üçüncü kişinin üstün nitelikte özel yararı olması halinde ise yıllık iznin bölünmezliği ilkesiyle birlikte bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bakımdan işverenin işçiyi rahatsız etmemek için gereken her önlemi almış olması ve işçiye ulaşmadan önce risklerin önlenmesi için diğer tüm yollara başvurulmuş olması gerekir¹²⁰.

İşK ek madde 2'de düzenlenen ücretli mazeret izinleri bakımından ise; mazeret izinlerinin kullandırılma sebebi düşünüldüğünde işçilerin bu sürelerde iş sebebiyle rahatsız edilmemesi ve bağlantıyı kesebilmesi gerekir¹²¹. Doğum ve analık izinleri açısından da yine bu izinlerin niteliği dikkate alınarak, işçinin bu sürede ulaşılama hakkını tam anlamıyla kullanabilmesi gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre, ulaşılama hakkı âdeta dinlenme hakkından tekrar bahsedilmesi anlamına gelir ve dinlenme hakkının bir

¹¹⁸ "...İş Kanun'unun 56'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası 14.04.2016 tarihli değişiklikten önce ; "Ancak, 53. maddesinde öngörülen izin süreleri tarafların anlaşmasıyla bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebilir" şeklindeyken aynı madde anılan tarihteki değişiklik ile "Ancak 53'üncü maddesinde öngörülen izin süreleri tarafların anlaşmasıyla bir bölümü 10 günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılabilir." hükmünü içermektedir. Yasanın açık hükmü ve dairemizin yerleşik içtihatlarına göre iznin 10 günden aşağı kullandırılmama hükmü her bölümü için olmayıp sadece bir bölümü için olduğundan bilirkişinin 10 günün altındaki izinleri kullanılan yıllık izine dahil etmemesi hatalıdır..." Yarg. 9.HD., T.04.04.2018, E.2017/5555, K.2018/7619, (Çevrim içi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 22.12.2023.

¹¹⁹ Süzek, **a.g.e.**, s. 880.

¹²⁰ Ünal, **a.g.e.**, s. 157-158.

¹²¹ İşK ek madde 2'de düzenlenen mazeret izinleri işçiye evlenmesi, evlat edinmesi ve belirli oranda engelli ya da süregen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde belirli şartlarda verilmektedir. Ayrıca işçinin anne veya babası, eşi, kardeşi ya da çocuğunun ölümünde de yine aynı maddeye göre mazeret izni verilir.

görünümüdür¹²². Bir başka görüşe göre ise ulaşılamama hakkı dinlenme hakkı ve işçinin özel yaşamına saygı haklarıyla bağlantılı bir haktır¹²³. Bizim katıldığımız görüşe göre ise çalışma süresi, dinlenme süresi ve teknolojik araçlardan bağlantıyı kesme süresi kavramları tam olarak örtüşmez¹²⁴. Örneğin bir işçi dijital araçlarla bağlantıda olabilir ancak o sırada bir iş görme edimi gerçekleştiriyor olabilir. Bu bakımdan dinlenme hakkı ile ulaşılamama hakkının aynı anlama geldiği söylenemez. Keza bir görüşe göre ulaşılamama hakkı modern çalışma hayatının getirdiği ve birçok değişikliğe uğrayan bir haktır ve her zaman aktif olunmasını gerektirir¹²⁵. Bu bakımdan ulaşılamama hakkının dinlenme hakkı ile arasındaki en belirgin ayrım, teknolojiye bağımlılık ve sürekli çevrim içi olma durumları açısından getirdiği sorular ve cevaplardır. Diğer yandan, ulaşılamama hakkını kullanarak teknolojik araçlarla bağlantısını kesen işçinin dinlenme hakkı da korunmuş olur. Bu bakımdan kanaatimizce dinlenme hakkı ile ortak bazı yönleri olsa da, ulaşılamama hakkının ayrı bir hak olarak değerlendirilmesi gerekir¹²⁶.

Klasik iş süreleri tanımı, atipik çalışmaların ve dijital devrimin etkisiyle yeni bir boyut kazanmıştır. Özellikle de kol gücü yerine beyin gücünün kullanıldığı çalışmalar açısından, çalışma fiili sadece fiziksel hareketlerle değil düşünce yoluyla da gerçekleştirildiğinden; böyle bir çalışmada harcanan sürenin ve çalışma sürelerinin işyerinin dışına çıkıp çıkmadığının belirlenmesi önemlidir¹²⁷. Örneğin, Alman Hukuku'nda günlük dinlenme süresinin en az 11 saat olması gerektiği kabul edilmiştir ve buna göre işçinin bağlantıda kalarak iş görmesi halinde dinlenme süresinin tekrar başlaması gerekmektedir¹²⁸. Ancak çok kısa süren e-posta atmak gibi hallerin

¹²² Maria Rosa Vallecillo Gamez, “El derecho a la desconexión ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso?”, **Revista de trabajo y seguridad social**, C. 408, 2017, s. 167-178 (Emanuele Dagnino, “‘Working Anytime, Anywhere’ and Working Time Provisions. Insights from the Italian Regulation of Smart Working and the Right to Disconnect”, **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, C. IX, S. 3, 2020, s. 12, dn. 53 naklen).

¹²³ Ufuk Aydın, Merve Kutlu, “The Right to Disconnect: Lessons from Europe and Turkish Labour Law”, **KHASHFD**, C. VIII, S. 2, 2020, s. 264-265.

¹²⁴ Ünal, **a.g.e.**, s. 49; Aydın, Kutlu, **a.g.m.**, s. 265; Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 32; Emanuele Dagnino, “‘Working Anytime, Anywhere’ and Working Time Provisions. Insights from the Italian Regulation of Smart Working and the Right to Disconnect”, **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, C. IX, S. 3, 2020, s. 12.

¹²⁵ Ünal, **a.g.e.**, s. 49.

¹²⁶ Aydın, Kutlu, **a.g.m.**, s. 264.

¹²⁷ Kandemir, **Tele Çalışma**, s. 105.

¹²⁸ Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 333.

dinlenme süresini bölmediği kabul edilmektedir. Bu anlamda hangi işlerin dinlenme süresini bölebilecek nitelikte olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ayrıca bağlantı taleplerinin işçinin özel hayatına ve dinlenme hakkına nasıl bir etki yapacağını tespit etmek zor bir konudur¹²⁹.

Dinlenme hakkının sağlanabilmesi için işçinin dinlenme süresinde çalışmayarak ve çalışmaya hazır halde beklemeyerek istediği yerde kullanabileceği serbest bir zaman geçirebilmesi gerekir¹³⁰. Bu bakımdan icap nöbeti kavramının değerlendirilmesi yerinde olacaktır. İcap nöbeti, işçinin fiili olarak çalışmasa bile çalışmaya hazır şekilde evde ya da başka bir yerde beklemesi durumudur¹³¹ ve çoğunlukla sağlık çalışanları bakımından söz konusu olmaktadır. İşçi icap nöbeti sırasında belirli sürelerde iş gücünü işverenin emrine sunmaktadır. İşçi bu sürelerde aile ve sosyal hayatını etkileyebilecek yükümlülükler ve kısıtlamalar altında olduğundan, fiili olarak çalışmasa da dinlenme hakkının tam anlamıyla kullanılmış sayılmayacağı belirtilmelidir¹³². Keza Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da icap nöbetinde geçen sürenin tam olarak dinlenme süresi sayılmayacağı ve işçinin bu sürelerde bazı kısıtlamalara tabi olduğu belirlenmiştir¹³³. Ücretlendirme bakımından ise fiili çalışma esas alınmakta,

¹²⁹ Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 333-334.

¹³⁰ Erkanlı Başbüyük, **a.g.m.**, s. 662-663.

¹³¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 127.

¹³² Ünal, **a.g.e.**, s. 129-130; Asiye Şahin Emir, "İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması -Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi-", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 72, 2022, s. 344.

¹³³ "...Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda icap nöbetinde geçen tüm çalışma süresi ayrıca hesaplanmıştır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icapçı olunan hafta nöbet esnasında sadece çağrılma durumunda iş yerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. Zira işçi çağrılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağrıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır. Bu anlamda işçi icap nöbeti esnasında şehir dışına çıkamaz veya işyerine uzak bir yere gidemez. Taraflar arasında davacının icap nöbeti tuttuğu haftalarda nöbette geçen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, davacı icap nöbetinde evinde ve bulunduğu yerleşim yerinde zamanı serbestçe değerlendirebilir. İhtiyaç duyulduğunda işyerine girmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez. Davacının nöbet sırasında işyerine giderek gerçekleştirdiği çalışma nedeniyle geçen süre, çalışma süresinden sayılacaktır. İşyerine gitmesini gerektirecek bir durumun ortaya çıkmaması durumunda ise, uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması hakkaniyet gereğidir. Zira davacı her ne kadar serbestçe kullanabileceği bir zamana sahip ise de, işyerine gitmek için her an hazır durumda olması gerekmektedir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak Dairemizce icap nöbetinde fiilen daha fazla çalışıldığı kanıtlanmadığı takdirde, icap nöbetinde geçen sürenin 1/8'nin çalışma süresinden sayılması gerektiği

fakat icap nöbetinin dinlenme hakkı üzerindeki etkisi göz önüne alınarak asgari 1/8 ücretlendirme oranı uygulanmaktadır¹³⁴. Dolayısıyla Yargıtay'ın icap nöbetinde geçen zaman bakımından nöbet esnasında işyerine giderek çalışması sırasında geçen sürenin çalışma süresinden olduğu, işyerine gitmeyerek beklediği durumda ise uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması yönünde bir görüş benimsediği¹³⁵ ve asgari bir ücretlendirme oranı belirlediği görülmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Ville de Nivelles v. Matzak* kararında ise, icap nöbeti kapsamında işçinin işverenin çağrılarına kısa sürede cevap vermesinin gerekmesi, normalde dinlenme süresinde yapabileceği çoğu şeyi yapamaması ve coğrafi bir kısıtlama olması gibi sebeplerle bu sürelerin çalışma süresinden olduğuna karar verilmiştir¹³⁶. İcap nöbeti süresinde işçi dinlenme hakkını tam anlamıyla kullanamayacağından ve her an işe hazır halde beklemek durumunda olduğundan; çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olma durumuyla benzer nitelikte olduğu söylenebilir. Bu halde esasen dinlenme sürelerinde ulaşılabilir olan işçi bakımından çalışma sürelerinin belirlenmesinde Yargıtay'ın icap nöbetinde geçen süre hakkındaki görüşüne benzer şekilde yorum yapmak yerinde olacaktır. Buna göre işçinin dinlenme süresinde ulaşılabilir olması durumunda iş gördüğü sürelerin çalışma süresinden sayılması ve bunun haricindeki işçinin dinlenme süresini bölen ve nispeten kısa süren e-posta ve kısa mesaj gönderme gibi durumlarda ise icap nöbetindeki gibi uygun bir sürenin çalışma süresi sayılması gerektiği yönünde bir değerlendirilme yapılması yerinde olacaktır¹³⁷.

sonucuna varılmıştır. Şüphesiz davacı tarafından kanıtlanan fiili çalışma süresi daha fazla ise bu süre haftalık çalışma süresine eklenecektir..." Yarg. 22.HD., T.12.02.2020, E.2016/29576, K.2020/2255, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 20.12.2023; Yarg. 22.HD., T.13.05.2019, E.2017/21917, K.2019/10417, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 20.12.2023

¹³⁴ Yarg. 22. HD., T.23.06.2020, E.2017/30537, K.2020/7534; Yarg. 22. HD., T.12.11.2019, E.2017/24855, K.2019/20946, (Çevrimiçi), <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 11.11.2023.

¹³⁵ İşçinin çağrıya hazır olarak tuttuğu icap nöbetinde geçen bekleme süresinin dinlenme süresi olmadığı, zira bu sürelerde işçinin tamamen özgür olmadığı yönünde bkz. Şahin Emir, **a.g.m.**, s. 344.

¹³⁶ İlgili Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı için bkz. CJEU, C-518/15, 21.02.2018, (Çevrimiçi), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=457B7A18AC9A2724CCF6CB0D2CA99C23?text=&docid=199508&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&cc=first&part=1&cid=756866>, E.T. 11.11.2023.

¹³⁷ Benzer yöndeki görüş için bkz. Kırık, **a.g.e.**, s. 123-124.

Belirtmek gerekir ki, ulaşılama hakkı bakımından çalışma sürelerinin tespiti noktasında ispat hususu önemlidir. Çalışma sürelerinin tanık delili ile ispatı mümkündür ancak kişi ev ortamında çalışırken aile üyelerinin tanıklığına nasıl bakılacağı mevzuu söz konusudur¹³⁸. Her ne kadar işyerinde çalışma düzenini bilmeyen kişilerin tanıklığına itibar konusu Yargıtay'ın güncel kararlarında kabul edilemez bulursa da¹³⁹, uzaktan çalışma hali özel bir durum oluşturduğundan, bu halde kişinin aile üyesi olduğu bilgisi de göz önünde tutularak tanık ifadesine başka delillerle de desteklendiği halde itibar edilerek işçi lehine daha geniş bir yorum yapılabilmektedir. Aksi halde çalışma sürelerini ispat bakımından teknik bir altyapı bulunmadığı sürece zorluk yaşanabilir.

4. İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

İş sözleşmesinin işçi ve işveren arasında kurduğu sürekli ve kişisel ilişki gereği TBK m. 417'de düzenlendiği üzere işveren işçiyi koruma ve gözetme borcu altındadır¹⁴⁰. İşçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamlı bir borçtur ve bu borcun sınırlarının önceden tayin edilebilmesi mümkün değildir¹⁴¹. Bu

¹³⁸ "...Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez..." Yarg. 9.HD., T.01.10.2020, E.2016/25192, K.2020/10125, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 11.11.2023.

¹³⁹ "...Fazla çalışma alacaklarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez..." Yarg. 22.HD., T.02.03.2020, E.2017/28028, K.2020/3876, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T.20.12.2023; "...Somut uyumsuzlukta, Mahkemece davacı tanıklarından Sebahattin'in iş yeri çalışma koşullarını bilmeyen oğlu olduğu, diğer tanığının ifadesi ile davacı talebi arasındaki çelişki dikkate alındığında fazla çalışma alacağının ispatına yeterli olmadığı ve çelişkili ifade mahiyetinde olduğundan itibar edilmediği gerekçesiyle fazla çalışma isteğinin reddine karar verilmiş..." Yarg. 22.HD., T.05.02.2020, E.2017/26846, K.2020/1634, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T.20.12.2023.

¹⁴⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 701; Seracettin Göktaş, "Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. XXXVIII, S. 2, 2021, s. 13; Emine Tuncay Kaplan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkinde İşçinin Haklarının Korunması", **Sicil İHD**, S: 24, 2011, s. 41-42. İşverenin işçinin özel yaşamına haksız müdahale edebileceği bir halin de çalışma süreleri dışında ulaşılabilirliği talep olduğu konusunda bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, **a.g.e.**, s. 701.

¹⁴¹ Göktaş, **Özel Yaşam**, s. 13. Koruma borcunun tanımında borcun kapsamının kesin şekilde belirlenmesinden bilinçli olarak kaçınıldığı ve sebebinin koruma ve bağlılık borçlarının tarafların tüm davranışlarıyla ilgili olması dolayısıyla önceden sınırlı şekilde belirleme konusundaki güçlük olduğu konusunda bkz. K. Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar *YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)*

borcun kapsamına ilk olarak işçinin kişiliğinin korunması girer¹⁴². İşveren bu borç bakımından işçinin haklı menfaatlerine ters düşen davranışlardan kaçınmalıdır¹⁴³. İşveren işçiyi çalışma süreleri haricinde dijital iletişim araçlarıyla sürekli araması, işçiye kısa mesaj ve e-posta göndermesi sonucunda, işçinin dinlenme sürelerini iş ile ilgilenererek geçirmesine sebep olması işçiyi koruma ve gözetme borcuna da aykırılık oluşturur¹⁴⁴. İşveren; işveren vekili ve diğer işçilerin de dinlenme sürelerinde işçiyi rahatsız etmelerini ve bu durumun psikolojik tacize dönüşmesini engellemelidir. Bu bağlamda işverenin işyerinden uzakta çalışanları her türlü tacizden koruması mümkün olmasa da, ilgili taciz ile yürütülen iş arasında uygun illiyet bağının kurulması mümkün olan hallerde işverenin işçiyi koruma borcunun varlığı kabul edilmelidir¹⁴⁵.

III. ULAŞILAMAMA HAKKININ İHLALİ

A. Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller

1. İşçinin Rızası

İşveren, işçinin rızasının bulunması halinde dinlenme süreleri içinde işçiye ulaşabilir. Bu bakımdan işçinin rızası ancak konuyla ilgili aydınlatılması ve bilgilendirilmesi¹⁴⁶ halinde geçerlidir. İşçinin hangi zaman aralığında ulaşılabilir olacağını bilmesi ve buna rıza göstermesi gereklidir. Çalışma hayatında öngörülebilirliği ve şeffaflığı hedefleyen 2019/1152/EU sayılı Avrupa Birliği Direktifi¹⁴⁷ bu konuda yol göstericidir. İşçinin aydınlatılması ve bilgilendirilmesi bakımından, bağlantıda kalınması halinde ücret durumu, nasıl iletişime geçileceği, çalışma koşulları ve hangi zaman aralığında ulaşılabilir olması gerektiği konusunda işçiye bilgi verilmelidir. Bahsi geçen Direktif uyarınca bu bilgiler sağlanmadığı halde işçinin iş görme talebini reddetmesi mümkündür.

Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 36, 2013, s. 110.

¹⁴² Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İHD**, S. 24, 2011, s. 13; Süzek, **a.g.e.**, s. 412.

¹⁴³ Tuncay Kaplan, **İşçinin Korunması**, s. 41.

¹⁴⁴ Ünal, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁴⁵ Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 745.

¹⁴⁶ Aydınlatma ve bilgilendirme işçinin anlayabileceği seviye ve şekilde olmalıdır. İşveren, konu hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmese işçinin rızası geçerli olmayacaktır. Örneğin neye rıza gösterdiğini bilmeden bir formu imzalayan işçinin rızası geçerli olmaz. Ünal, **a.g.e.**, s. 93-94.

¹⁴⁷ Bahsi geçen Direktif’in tam metni için bkz. (Çevrimiçi), <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1152/oj>, E.T. 09.11.2023.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

İşçiler, kendilerine her an ulaşılabilmesini sağlayan dijital iletişim araçlarıyla kendilerine gönderilmiş iletilere cevap vermediklerinde bir baskı hissederek ulaşılabilir olmaya rıza gösterebilmektedirler. Öğretide bu halde işletmenin yararı ile işçinin kişilik hakları arasında bir denge sağlanarak işletmenin amacına uygun hareket edilip edilmediğine bakılarak durumun değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁸. İşçinin gerçek anlamda işverenle bağımsız bir durumu olmayabileceğinden bu konuda gösterilen rızaya kuşkuyla bakılması gerekmektedir¹⁴⁹. Bu kapsamda işveren her ne kadar açık bir şekilde zorlama ya da baskı yapmış olmasa da, işçi kendi üzerinde işten çıkarılma korkusuyla işverenin taleplerine itiraz edememe yönünde bir baskı hissedebilir. Dolayısıyla rızanın gerekli bilgilendirmeler yapıldıktan sonra işçinin özgür iradesiyle verildiğinden emin olunmalıdır. Aksi takdirde ulaşılama hakkının uygulanabilmesi mümkün olmaz.

Önemli olan bir diğer konu, işçinin dinlenme sürelerinde ulaşılabilir olması konusunda bir hükmün iş sözleşmesine sonradan konulmasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturup oluşturmayacağıdır. Çalışma koşulları, taraflar arasında bulunan iş ilişkisinden kaynaklanan işin yerine getirilmesiyle ilgili hak ve borçların tümüdür¹⁵⁰. Çalışma koşullarının çeşitli kaynaklardan doğabilmesi mümkündür¹⁵¹. İşK m. 22 uyarınca işveren ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirerek çalışma koşullarında esaslı değişiklik gerçekleştirebilir. Bu halde de işçinin değişiklik önerisini altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmiş olması gerekmektedir. Bu şekle uygun yapılmayan değişiklikler geçersizdir. İşK m. 22/2'ye göre ise taraflar karşılıklı olarak anlaşarak çalışma koşullarını değiştirebilir. Çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikler, yönetim hakkı çerçevesinde işveren tarafından tek taraflı olarak yapılabilir¹⁵². Ancak esaslı değişikliğin tam olarak neyi ifade

¹⁴⁸ Doğan, *Ulaşılama*, s. 130-132; Ugan Çatalkaya, *Ulaşılabilir Olmama*, s. 747.

¹⁴⁹ Doğan, *Ulaşılama*, s. 130-131; Ugan Çatalkaya, *Ulaşılabilir Olmama*, s. 747; Sevimli, *Özel Yaşam*, s. 70; Kırık, *a.g.e.*, s. 56-57; K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 65. İş ilişkisinde işçinin iradesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heper, *a.g.e.*, s. 163 vd.

¹⁵⁰ Emine Tuncay Kaplan, "Çalışma Koşullarında Değişiklik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. MMII, S. 158, 2022, s. 346. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik halinde işçinin iradesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heper, *a.g.e.*, s. 285 vd.

¹⁵¹ "...Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir..." Yarg. 9.HD., T.01.03.2016, E.2014/31770, K.2016/4503, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 22.12.2023.

¹⁵² Süzek, *a.g.e.*, s. 675; Ekmekçi, Yiğit, *a.g.e.*, s. 105; Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, *a.g.e.*, s. 374.

ettiği ilgili maddede açıkça düzenlenmemiştir¹⁵³. İş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale eden, sözleşmeyle kurulan denge ve düzeni zedeleyen değişiklikler aleyhe esaslı değişiklik kabul edilebilir¹⁵⁴. İşçi yararına değişiklik halinde ise böyle bir değişikliği reddetmek iyi niyet kurallarına aykırı olacağından İşK m. 22 uygulanmaz¹⁵⁵. Dolayısıyla işçi aleyhine esaslı değişikliğin, işçinin durumunu ağırlaştıran, dürüstlük kuralları çerçevesinde işçinin kabul etmesinin mümkün olmadığı ve işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan değişiklikler olduğu belirtilmelidir¹⁵⁶. Bu bakımdan iş sözleşmesine çalışma süreleri dışında bağlantıda kalmaya ilişkin bir hükmün eklenmesi çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturacaktır. Zira bağlantıda kalınarak iş görme ediminin yerine getirilmeye devam edilmesi, karşılığında fazla çalışma ücreti ödenecek dahi olsa işçinin üzerindeki iş yükünü ağırlaştıran bir durum oluşturur. Dolayısıyla işveren tek taraflı olarak böyle bir düzenleme getiremez.

İşçinin fazla çalışmaya rıza gösterdiği durumda ulaşılabilirlik bakımından da rıza göstermiş sayılıp sayılmayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce ulaşılama hakkının çalışma hayatında dijitalleşme sonucu önem arz eden niteliği düşünüldüğünde fazla çalışmayla bir tutulması yerinde olmaz. Zira ulaşılama hakkının ihlali durumunda işçinin dinlenme sürelerinde örneğin yıllık ücretli izin sürelerinde tatildayken veya akşam ailesiyle vakit geçirirken beklenmedik bir şekilde işveren tarafından işle ilgili rahatsız edilmesi durumu söz konusu olabilir. Dolayısıyla işçinin fazla çalışmaya onay vermesi, çalışma süresi sonrasında bağlantıda kalmaya onay verdiği anlamına gelmez.

¹⁵³ İşverenin yönetim hakkı kapsamında olan veya geçerli nedene dayanan değişikliklerin esaslı değişiklik olmayacağı yönünde bkz. “...İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür...” Yarg. 7.HD., T.16.03.2016, E.2015/6588, K.2016/6369, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 22.12.2023.

¹⁵⁴ Süzek, **a.g.e.**, s. 675-676; Güzel, Ugan Çatalkaya, **a.g.m.**, s. 53.

¹⁵⁵ Değişiklik çalışma koşullarını ağırlaştırıyor ve işçiye daha fazla sorumluluk ya da risk yüklüyorsa bu durumun aleyhe esaslı değişiklik oluşturacağı yönünde bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 676.

¹⁵⁶ Tuncay Kaplan, **Çalışma**, s. 348; Ayşenur Zeynep Özmen, Burak Karakoç, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2022, s. 877.

İşyeri uygulaması haline gelmiş olan sürekli ulaşılabilir hali bakımından işçinin rızasının var sayılabilir durumu tartışılması gereken bir konudur. Öğretide bu durumda işçinin rızasının var sayılmasının mümkün olmadığı¹⁵⁷ ve işverenin bu uygulamayla her seferinde işçilerin kişilik haklarını ihlal etmiş olacağı görüşü ifade edilmektedir. Kanaatimizce de işçinin rızasına işverenin baskısı altında verilmiş olması ihtimalinden dolayı kuşkuyla bakılması gerekir. Ayrıca bahsedildiği gibi ulaşılabilir olma durumu çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturur ve İşK m. 22 uyarınca işçinin rızası yazılı şekle tabidir. Dolayısıyla bu durumda rızanın var sayılması mümkün değildir.

İşçi, dinlenme süresinde işveren veya diğer kişiler tarafından ulaşılabilir olmayı kabul etmediyse, bu hal işverenin açısından haklı nedenle fesih sebebi olamaz¹⁵⁸. İşçi rıza gösterdiyse ve belirtilen sürelerde ulaşılabilir olmuyorsa; bu halde ulaşılabilir olmak çalışma koşulu haline gelmiş olduğundan iş sözleşmesinin feshinde işveren için haklı neden oluşturabilir. Ancak bu halde de işçinin verdiği rızanın hâkimin denetimine tabi tutulması ve işçinin özel hayatına müdahale ile işletmenin menfaatleri arasında bir denge kurulması; ölçülülük ilkesi, sadakat borcu ve dürüstlük ilkesi doğrultusunda bir değerlendirme yapılması gereklidir¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, işçinin rıza göstermesi durumunda yalnızca bir kereliğine mi yoksa iş sözleşmesi süresince mi ulaşılabilir olmaya rıza gösterdiğinin tespiti önemlidir. İş sözleşmesinde işçinin yalnızca belirli günlerde veya örneğin belirli bir proje için ulaşılabilir olma durumuna rızası söz konusu olursa, belirlenen haller dışında işçinin rızasının var sayılması mümkün değildir.

¹⁵⁷ Alpagut, **Daimî Ulaşılabilirlik**, s. 327-328; Ugan Çatalkaya, **Ulaşılabilir Olmama**, s. 750. Bir uygulamanın gelenek haline gelmesinin tek başına hukuka uygunluk durumu yaratmayacağı, bu halde ancak işçinin örtülü bir rızasının varlığının mümkün olabileceği konusunda bkz. Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 63.

¹⁵⁸ İşletmelerin verimliliğini artırmak amacıyla performans değerlendirmeleri yapılmaktadır. İşverenler bu değerlendirmeleri esas alarak daha sonra ücret belirleme ve sözleşmeyi feshetme yoluna gidebilmektedirler. İşverenin hukuka aykırı biçimde işçiye ulaşması hali işçinin özel hayatına müdahale oluşturacağından ve bu haller performans değerlendirmesinde dikkate alınamayacağından, işverenler ulaşılama hakkını kullanan işçiler bakımından olumsuz bir performans değerlendirmesi yapamazlar. Bu bakımdan haklı ya da geçerli nedenle fesih de mümkün değildir. Performans değerlendirme sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlke Gürsel, "Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik", **Sicil İHD**, S. 43, 2020, s. 172-189.

¹⁵⁹ Doğan, **Ulaşılama**, s. 138.

2. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak İşverenin Dayanabileceği Yarar

İşveren, işçinin rızası olmasa da, işçiye çalışma süreleri dışında kamu yararı¹⁶⁰ ve işverenin kendi veya üçüncü kişilerin üstün nitelikte özel yararı gerekçesiyle ulaşabilir¹⁶¹. Ancak işverenin yalnızca ekonomik gerekçelerle bağlantıda kalma talepleri, farklı bir hukuka uygunluk sebebi yoksa hukuka aykırı kabul edilmelidir¹⁶². Özellikle insan sağlığını etkileyecek görevlere sahip işçiler ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından görevli işçilerin, ulaşılabilirlik taleplerine cevap vermesi gerekebilir¹⁶³. Herhalde ölçülülük ilkesi, dürüstlük kuralı ve eşit davranma ilkesine uygun şekilde durum göz önüne alınmalıdır. Ayrıca hukuka uygun şekilde bağlantıya geçiliyor olsa da ilgili iş görme talebi, işçinin sağlığını ve güvenliğini tehdit ediyorsa işçi yine bağlantıyı kesebilmelidir. Bu bakımdan işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir¹⁶⁴.

B. Ulaşılamama Hakkının İhlali Halinde Özel Hukuk Kapsamında İşçinin Sahip Olduğu İmkanlar

1. Fazla Çalışma Karşılığında Ücret ve Serbest Zaman Hakkı

Ulaşılamama hakkı ihlal edilen işçi, yaptığı fazla çalışmaya ilişkin ücreti isteyebilir. İşK m. 41/1 uyarınca fazla çalışma, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. Bu halde her fazla çalışma saati için normal saatlik ücretin yüzde elli oranında yükseltilmesiyle oluşacak fazla çalışma ücreti işçiye ödenir. İşK m. 41/3'e göre ise haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle kırkbeş saatin altında belirlendiği halde haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar gerçekleştirilen çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Bu halde her bir saat fazla çalışma için ücret, normal saatlik ücretin yüzde yirmibeş oranında yükseltilmesiyle belirlenir.

¹⁶⁰ Örneğin salgın döneminde maske ve dezenfektan üretimi işi gibi genel sağlık ve güvenlikle ilgili işlerde çalışan işçiler bakımından çalışma süreleri dışında acil durumlarda bağlantıya geçme hali, ulaşılabilirlik bakımından kamu yararı oluşturabilir.

¹⁶¹ Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 61.

¹⁶² Ugan Çatalkaya, **a.g.e.**, s. 281; Kırık, **a.g.e.**, s. 54. Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için üstün tutulabilecek yararın, kişilik hakkı ile bağlantılı bir yarar olması gerektiği konusunda bkz. Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 65.

¹⁶³ Ünal, **a.g.e.**, s. 118.

¹⁶⁴ İşçinin iş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından çalışmaktan kaçınma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Lütfi İnciroğlu, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", **MÜHFAD**, C. XX, S. 1, 2014, s. 809-822; Betül Erkanlı Başbüyük, **İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 169 vd.

Ayrıca fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi dilerse bu çalışmalarına karşılık gelen fazla çalışma ücreti yerine fazla çalıştığı her saat için bir saat otuz dakika, fazla sürelerle çalıştığı her saate karşılık bir saat on beş dakika serbest zaman olarak kullanılabilir. İşK m. 41/8 uyarına fazla çalışma sürelerinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. Uygulamada iş sözleşmelerinde, yapılacak olan fazla çalışma ücretinin asıl ücretin içerisinde olduğuna dair kararlaştırmalar bulunmaktadır¹⁶⁵. Belirtmek gerekir ki, herhalde fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin iddiasını ispat etmesi gerekmektedir¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Öğretide bu şekilde bir kararlaştırmanın çeşitli koşullarla kabul edileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 847; Ekmekçi, Yiğit, **a.g.e.**, s. 478; Mustafa Alp, “Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 68, 2020, s. 15 vd.; Emre Ertan, “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi”, **Sicil İHD**, S. 34, 2016, s. 113 vd.; Muhittin Astarlı, “Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları”, **Kamu-İş Hukuku Dergisi**, C. IX, S. 4, 2008, s. 50 vd. Yargıtay bu kararlaştırmanın ancak yıllık yasal fazla çalışma süresi yani iki yüz yetmiş saat için geçerli olacağı yönünde karar vermektedir. Bkz. “...Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir...” Yarg. HGK., T. 30.05.2018, E.2015/2875, K.2018/1142, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 21.12.2023. Bu halde işçinin ücretinin yıllık iki yüz yetmiş saatlik fazla çalışma ücretini kapsayacak yükseklikte olması gerektiği yönünde bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 847; Ekmekçi, Yiğit, **a.g.e.**, s. 478.

¹⁶⁶ “...Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödemenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır...” Yarg. HGK., T. 30.05.2018, E.2015/2875, K.2018/1142, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 21.12.2023.

Ulaşılama hakkının ihlali halinde işçi çalışma süreleri dışında iş görme edimini ifa etmiş olacağından fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma durumu söz konusu olacaktır¹⁶⁷. Dolayısıyla bu halde işçinin bağlantıda kalmaya rızası olmasa da ulaşılama hakkı ihlal edilerek dinlenme sürelerinde çalıştırılması durumunda işçiye fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sebebiyle ücret veya serbest zaman verilecektir. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki fazla çalışma yapan işçinin özellikle dijital çalışan olarak esnek çalışma modelinde çalışıyor olması halinde, yaptığı fazla çalışmayı ispatlaması konusunda sorun yaşanması muhtemeldir. Özellikle evden çalışan işçilerin, işle ilgisi olmayan aile üyelerinin tanıklığına başvurmak dışında başka bir ispat yolu olmaması halinde bu tanık delilinin değerlendirilmesi gerekebilir.

Ulaşılama hakkının ihlali durumunda işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanması, hakkın korunabilmesi açısından yeterli güvenceyi sağlamamaktadır. Zira usulüne uygun şekilde fazla çalışma yapılsaydı kazanılacak olan bu ücreti işçi bir hakkı ihlal edilerek kazanmaktadır. Bu durumun işverenin bu hakkı ihlal etmemesine yönelik caydırıcılığı sağladığı söylenemez. Ayrıca işçinin her ulaşılama hakkı ihlal edildiğinde fazla çalışma oluşturacak şekilde çalışması söz konusu olmayabilir. Örneğin işveren işçiye dinlenme sürelerinde işle ilgili birkaç e-posta atmış ancak işin o an görülmesini talep etmemiş olabilir. Bu halde de işçinin ulaşılama hakkı ihlal edilmiş olur ancak işçi bir iş görmez. Dolayısıyla fazla çalışma ücretine hak kazanılması ulaşılama hakkının güvence altına alınması için yeterli değildir¹⁶⁸. Kanaatimizce Türk Hukuku'nda ulaşılama hakkı konusunda açık bir kanuni düzenleme getirilmesi, işçilerin haklarını kullanmaları nedeniyle olumsuz bir sonuçla karşılaşmamaları adına güvenceler öngörülmesi ve hakkın ihlali hali için işveren bakımından caydırıcı bir cezanın öngörülmesi gerekir¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Belirtmek gerekir ki, fazla çalışma bakımından yasak olan çalışmalar ve fazla çalışmaya ilişkin kurallar, dinlenme sürelerinde bağlantıyı kesmeyen ve çalışmaya devam eden işçiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Fazla çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 827 vd.; Ekmekçi, Yiğit, **a.g.e.**, s. 473 vd.; Akyiğit, **Bireysel İş Hukuku**, s. 409 vd.

¹⁶⁸ İşçinin ulaşılama hakkının ihlal edilerek çalıştırıldığı sürelerin çalışma sürelerinden sayılmasının hakkın korunması için yeterli olmadığı konusunda bkz. Kırık, **a.g.e.**, s. 86-87.

¹⁶⁹ Benzer yönde bkz. Savaş Kutsal, **a.g.e.**, s. 111; Kırık, **a.g.e.**, s. 86-87; Melody Burke, **The Right to Disconnect: Emerging Issues and Ways to Overcome Them**, 30 Mart 2022, (Çevrimiçi), <https://onlabor.org/the-right-to-disconnect-emerging-issues-and-ways-to-overcome-them/>, E.T. 12.11.2024; UNI Global Union, **Legislating the Right to YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)**

2. Genel Hükümlerin Sağladığı Korumalar

a. Koruyucu Davalar

Anayasa m. 17'ye göre herkes maddi ve manevi varlığını geliştirme ve yaşama hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak kişilik değerlerine müdahale halinde kişiliğin korunmasıyla ilgili TMK m. 23 ve devamındaki hükümler uygulanmaktadır. Bu bakımdan TMK m. 25'te düzenlenen davalar açılabilir. Buna göre kişi saldırı tehlikesinin önlenmesi¹⁷⁰, sürmekte olan saldırıya son verilmesi¹⁷¹, sona eren ve etkisi devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir¹⁷². İşçinin ulaşılama hakkının ihlali halinde kişilik haklarının da ihlali söz konusu olacağından, işçi bu davaları açabilir¹⁷³. İşçinin özel hayatına işveren müdahale etmiş olabileceği gibi, işveren vekili veya işverenin emir ve talimatları doğrultusunda başka işçiler de müdahale edebilir. İşverenin emir ve talimatı doğrultusunda bir işçiden gelen müdahale halinde, işçilerin hukuka aykırı müdahalelerini önlemek ve denetlemek görevi işverende olduğundan koruyucu davalar kusuru aranmaksızın işverene de yöneltilebilir¹⁷⁴.

İşçi, hukuka aykırı uygulamaların gerçekleşeceğini öğrenince saldırı daha gerçekleşmeden kuvvetli ve yakın bir saldırı tehlikesinin mevcudiyeti halinde saldırının önlenmesini isteyebilir¹⁷⁵. Hukuka uygunluk sebebi olmaksızın sürekli işçiyle bağlantıda kalınması halinde de işçi saldırıya son verilmesi davası açılabilir. İşçi sona ermiş saldırıların etkileri devam ettiği halde saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açılabilir¹⁷⁶. Ayrıca işçi TMK m. 25/3'e göre, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını da isteyebilir. Her ne kadar işçi bu davaları iş

Disconnect, 1 Ekim 2020, s. 11, (Çevrimiçi), <https://uniglobalunion.org/report/legislating-the-right-to-disconnect/>, E.T. 12.11.2024.

¹⁷⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 268; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 124; Serozan, **a.g.e.**, s. 476.

¹⁷¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 266; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 125; Serozan, **a.g.e.**, s. 476.

¹⁷² Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 270; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 126.

¹⁷³ İşçinin kişiliğinin ihlali halinde bu davaları açabileceği yönünde bkz. Sevimli, **İşçinin Kişiliğinin Korunması**, s. 134; Tuncay Kaplan, **İşçinin Korunması**, s. 51-52.

¹⁷⁴ Selen Uncular, **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 306; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, s. 249; Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 67.

¹⁷⁵ Uncular, **a.g.e.**, s. 306; Sevimli, **Özel Yaşam**, s. 68.

¹⁷⁶ Tespit davasında hukuki yararın bulunmasının dava şartı olduğu yönünde bkz. Mehmet Ayan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, s. 315-318.

sözleşmesi süresince ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra açabilir¹⁷⁷; işçinin yalnızca bu koruyucu davaları açması iş sözleşmesinin feshine yol açmamalıdır¹⁷⁸ denilebilirse de, işçinin bu davaları iş sözleşmesi devam ederken açabilmesi uygulamada mümkün gözükmemektedir. Zira bu halde işveren işçinin sözleşmesini feshetme yoluna gidebilir. Bu sebeple bu davaların uygulamasının görülmesi çok mümkün gözükmemekle birlikte, işçinin ulaşılama hakkının ihlali hali için bu davaların yeterli güvence sağladığı da söylenemez. Kanaatimizce ulaşılama hakkının sağlanabilmesi noktasında hak ihlal edilmeden önce işçinin ve işverenin bu noktada eğitilmesi ve işverenin işçiyle çalışma saatleri dışında iletişime geçmesinin engellenmesi gibi yollarla daha etkili bir güvence sağlanacaktır.

b. Tazminat Davaları

Kişi, kişilik haklarının ihlali sonucunda maddi veya manevi zarara uğradıysa, zararının tazminini talep edebilir¹⁷⁹. İşçi de kişilik haklarının ihlali sonucu maddi zarara uğradıysa koşulları sağlandıysa maddi tazminat davası açabilir¹⁸⁰. İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu TBK m. 417’de düzenlenmiştir. TBK m. 417/3’te ise işverenin, koruma ve gözetme borcuna aykırı davranışının sözleşmeden doğan hükümlere aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu borca aykırılık halinde TBK m. 112 ve devamındaki hükümler söz konusu olur. Ayrıca TBK m. 49 uyarınca haksız fiil hükümlerine de başvurulabilir¹⁸¹. Belirtmek gerekir ki, işçi ve işveren

¹⁷⁷ Uncular, **a.g.e.**, s. 305; Sevimli, **Müdahalenin Sınırları**, s. 247.

¹⁷⁸ K. Ahmet Sevimli, “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 24, 2010, s. 301. Zira İş Kanunu m. 18/3’te; “Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz: (...) c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak...” şeklinde bir düzenleme mevcuttur.

¹⁷⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 273-275; Ayan, Ayan, **a.g.e.**, s. 129-130; Serozan, **a.g.e.**, s. 477. Ulaşılama hakkının ihlali sonucunda işçinin mobbing veya ısrarlı takip sebebiyle tazminat talep edebileceği yönündeki görüş için bkz. Kırık, **a.g.e.**, s. 114-115.

¹⁸⁰ Sevimli, **İşçinin Kişiliğinin Korunması**, s. 136.

¹⁸¹ Hâkim görüşe göre bu halde sözleşmeden doğan sorumluluk ve haksız fiil hükümleri yarıya içindedir. Ayan, **a.g.e.**, s. 247-248; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 459; Osman Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 332-333. İşçi bu hükümlerden dilediğine başvurabilir. Ancak borca aykırılık hükümlerinin haksız fiil hükümlerine göre işçinin daha yararına olacağı belirtilmelidir.

arasındaki kişisel ilişki dikkate alındığında işçinin ulaşılama hakkının ihlali sebebiyle işverene tazminat davası açması halinde işverenin iş sözleşmesini feshetme yoluna gitmek istemesi mümkündür. Ayrıca işçi bu davayı açıp tazminat elde etse bile, işveren işçilerinin ulaşılama hakkına saygı göstermemeye devam edebilir. Dolayısıyla bu yolun da tam olarak hakkın sağlanması noktasında güvence oluşturduğu söylenemez.

3. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İşveren; işçiyi koruma ve gözetme borcu gereği iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, işçi İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹⁸² m. 13 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Çalışmaktan kaçınma hakkı; işçinin, yaşamı ve sağlığı için mevcut olan yakın ve ciddi bir tehlike¹⁸³ halinde, bu tehlike devam ettiği sürece çalışmaktan kaçınmasıdır¹⁸⁴. Bu halde işçi iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurul yoksa işverene başvurarak tehlikenin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir. Talebin kabul edilmesi halinde işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Ciddi ve yakın tehlike önlenemez ise işçi kurula başvurmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir.

Dijitalleşmeyle birlikte sürekli ulaşılabilir hale gelmesi sebebiyle işçi psikososyal riskler altındadır¹⁸⁵. Bu bakımdan tartışılması gereken konu, psikososyal risklerin yakın ve ciddi bir tehlike oluşturup oluşturmadığıdır. Psikososyal riskler, dışarıdan kolay tespit edilememekte ve bu risklerin

¹⁸² RG., T.30.06.2012, S.28339.

¹⁸³ Tehlikenin yakın ve ciddi olmasının ne anlama geldiği hakkında bkz. Erkanlı Başbüyük, **a.g.e.**, s. 184. “*Ciddi ve yakın*” ifadesi yerine “*ciddi ve yakın veya hayatı*” ifadesinin daha isabetli olacağı yönünde bkz. Süzek, **a.g.e.**, s. 945; Erkanlı Başbüyük, **a.g.e.**, s. 193. “*Ciddi ve yakın*” ifadesi yerine “*ciddi veya yakın*” ifadesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. Erdem Özdemir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020, s. 249. Ciddi ve yakın tehlike bulunmasına rağmen kurulun ya da işverenin aksi yönde karar vermesi halinde işverenin hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sebebiyle alacaklı temerrüdüne düşmesi nedeniyle TBK m. 408 uyarınca iş görmekten kaçınabileceği yönünde bkz. Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, s. 117-118.

¹⁸⁴ Baycık, **a.g.m.**, s. 117; İnciroğlu, **a.g.m.**, s. 812.

¹⁸⁵ Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017, s. 49-50. Psikososyal risklerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından çeşitli düzenlemelerdeki yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşegül Kökkılınç Eraltuğ, “İşe Bağlı Stres ve Hukuksal Sonuçları”, **Legal İHSGHD**, S. 19, 2008, s. 906 vd.

etkileri kısa sürede ortaya çıkmamaktadır¹⁸⁶. Bu risklerin etkilerine örnek olarak strese maruz kalan işçilerin kalp ve damar hastalıkları, mide ve bağışıklık sistemi rahatsızlıklarına yakalanması gösterilebilir¹⁸⁷. Psikososyal riskler bakımından, aşırı yorgunluğa sebep olacak şekilde fazla çalıştırılan, stres altında olan, psikolojik tacize uğrayan işçilerin ciddi tehlikeye doğrudan ya da dolaylı şekilde maruz kaldığı düşünülebilir¹⁸⁸. Ayrıca psikolojik taciz söz konusu olduğunda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği belirtildiğinden¹⁸⁹, kanaatimizce ulaşılamama hakkı bakımından da özel hayata müdahale dolayısıyla psikolojik taciz boyutuna ulaşan bağlantı talepleri ciddi tehlike sayılabilir. Bu tehlike karşısında işçi İSGK m. 13 uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir¹⁹⁰.

4. İşçinin Sözleşmeyi Feshetme Hakkı

a. Sağlık Sebepleri

İşK m. 24/I-a uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin ifa edilmesi, işin niteliğinden doğan nedenle işçinin sağlığı ya da yaşayışı için tehlikeli olursa işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. İşçinin üzerindeki psikososyal risklerin yol açtığı fiziksel ve ruhsal hastalıklar ve tehlikelerin bu kapsamda sayılabileceği yönünde bir görüş mevcuttur¹⁹¹. Dolayısıyla bu halde ulaşılamama hakkını kullanamayan ve sürekli bağlantıda kalan işçinin sağlığı, bu madde kapsamında tehlike altındaysa iş sözleşmesini feshedebilir. Ancak öğretilerde belirtildiği üzere İşK m. 24/I-a bakımından bir fesih söz konusu olabilmesi için bir hastalığın bulunması, bu hastalığın

¹⁸⁶ Uluslararası Çalışma Örgütü psikososyal riskleri, işin içeriği, organize edilişi, yönetimi ve diğer çevresel ve örgütsel şartlar arasındaki etkileşimleri, çalışanların yetkinlikleri ve ihtiyaçları arasındaki etkileşimleri ve bunların çalışanların algı ve deneyimleri yolu ile sağlıkları üzerindeki etkisi olarak tanımlamaktadır. İdil Işık, Şafak Öz Aktepe, Esin Çetin Özbudak vd., “Psikososyal Risk Farkındalığı ve Risk Yönetimine İlişkin Beklentiler: Maden Sektöründen Bir Değerlendirme”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, C. I, Özel Sayı, 2022, s. 92. Çalışma ortamındaki etkileşimler, işin içeriği, organizasyonel koşullar ile işçilerin kapasiteleri, ihtiyaçları, kültürleri gibi sebepler çalışma performansını, çalışma tatminini ve sağlığı etkilemektedir. ILO, **Workplace Stress: A Collective Challenge**, World Day For Safety and Health Work, Cenevre, 2016, s. 2.

¹⁸⁷ Kandemir, **Psikososyal Riskler**, s. 51-53; Kökkılınç Eraltuğ, **a.g.m.**, s. 905.

¹⁸⁸ Ünal, **a.g.e.**, s. 174.

¹⁸⁹ Erkanlı Başbüyük, **a.g.e.**, s. 266-279.

¹⁹⁰ Belirtilmelidir ki bu halde de fazla çalışma yapılması halinde işçi fazla çalışma ücretini talep edebilir. Ulaşılamama hakkı ihlalinin kısa süre içinde “yakın ve ciddi” tehlike oluşturmasının mümkün olmadığı, bu nedenle bu yolun işçiye rasyonel bir yarar sağlamadığı yönündeki görüş için bkz. Kırık, **a.g.e.**, s. 134.

¹⁹¹ Kandemir, **Psikososyal Riskler**, s. 179.

başlaması ya da tekrarlamasının iş koşullarıyla arasında bir bağlantı bulunması, bu hastalığın işçinin işine devam etmesiyle onun sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olduğunun belirlenmesi¹⁹² ve bu durumun işçinin başka bir yerde görevlendirilmesi yoluyla ortadan kaldırılamaması gerekmektedir¹⁹³.

b. Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Aykırılık

İşK m. 24/II-a uyarınca işveren, iş sözleşmesinin yapıldığı anda sözleşmenin esaslı noktalarından biri konusunda yanlış vasıflar veya şartlar göstererek ya da gerçek olmayan bilgiler vererek veya sözler söyleyerek işçiyi yanıltırsa işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmektedir. Bağlantıda kalınması ve çalışma süreleri ile ilgili işverenin yanıltıcı bilgiler vermesi de bu kapsamda fesih sebebi sayılabilir ve işçi bu halde haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir.

İşK m. 24/II-e'ye göre işveren işçinin ücretini kanuna ya da sözleşme şartlarına uygun olarak hesaplamaz veya ödemezse işçi haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Bu hal bağlantıda kalmaya rıza göstererek çalışma süreleri sonrasında iş gören işçi bakımından da fesih sebebidir. Dolayısıyla işçi yaptığı fazla çalışmaya ilişkin ücreti alamazsa, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

İşK m. 24/II-f uyarınca çalışma şartları uygulanmazsa işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca Yargıtay, yıllık dinlenme hakkının kaynağını Anayasa'dan alan bir çalışma koşulu olduğuna ve yıllık ücretli izin hakkının süresinde kullandırılmaması halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmiştir¹⁹⁴. Dolayısıyla kanaatimizce işçi, ulaşılama hakkının ihlal edilmesi sebebiyle dinlenme hakkının kaynağı olan Anayasa'da belirlenen çalışma şartlarının uygulanmamasından dolayı haklı nedenle fesih hakkına sahiptir. Ek olarak, ulaşılama hakkı

¹⁹² Süzek, **a.g.e.**, s. 709.

¹⁹³ Ekmekçi, Yiğit, **a.g.e.**, s. 763. İşçi bakımından sağlık nedeniyle haklı nedenle fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hediye Ergin, **Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, 1. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 142 vd.

¹⁹⁴ "...Yıllık izin kullandırma zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olsa da işçinin yıllık olarak dinlenme hakkının sağlanması işyeri çalışma koşulları arasında yer alır. Başka bir anlatımla işçinin yıllık dinlenme hakkının tanınması, dayanağı Anayasa olan çalışma koşulu olup aksine uygulama 4857 sayılı yasanın 24/II-f. bendine göre işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur..." Yarg. 9.HD., T.08.04.2019, E.2017/10772, K.2019/8028, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 22.12.2023.

ihlal edilerek fazla çalışma yaptırılan işçi de çalışma koşulları uygulanmadığından iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

İşK m. 24/II, “*Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” şeklinde bir başlığa sahip olduğundan, burada ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerin sınırlı sayıda olmadığı belirtilmelidir¹⁹⁵. Bu bakımdan işçinin özel hayatına müdahalede bulunulması da ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerden sayılabilir. Dinlenme sürelerinde ulaşılamama hakkı gözetilmeden işçiyle bağlantı kurulması hali de işçinin özel hayatına müdahale oluşturur. Bu müdahale işveren vekilinden de gelebilir ve bu hal de fesih sebebidir. İşverenin ulaşılamama hakkı kapsamında iş organizasyonu kurma, gerekli önlemleri alma ve işçilerini eğitime yükümlülükleri bulunduğundan, işverenin talimatıyla olmasa da bir diğer işçinin ulaşılamama hakkını ihlal etmesi halinde de işçinin haklı nedenle fesih hakkının bulunacağı belirtilmelidir.

SONUÇ

Çalışma hayatında dijital araçların kullanılmaya başlanmasıyla birlikte esnek çalışma modelleri yaygınlaşmış ve bu bağlamda ulaşılamama hakkı gündeme gelmiştir. Hukukumuzda ulaşılamama hakkı bakımından pozitif bir düzenleme bulunmasa da; eşitlik ilkesi, dürüstlük ilkesi ve ölçülülük ilkesi gibi kavramlardan yararlanılarak bu hakkın varlığından bahsedilebilir.

Ulaşılamama hakkı, özellikle dinlenme hakkının kullanılabilmesi ve işverenin koruma ve gözetim borcunu yerine getirebilmesi bakımından işçiye sağlanması gerekli haklardandır. Dijital çalışmayla birlikte çalışma ve dinlenme sürelerinin tespitinde yaşanabilecek güçlükler bu hakkın kullanımı konusunda problem oluşturabilir. İşçilerin dijital araçlara bağımlı olması ya da işverenin nezdinde olumlu bir izlenime sahip olabilme amacıyla çalışma süreleri dışında da ulaşılabilir olmaya razı olmak zorunda hissetmeleri mümkündür. Bu sebeple işverenin, ulaşılamama hakkının kullanımı noktasında işçileri bilgilendirmesi gerekmektedir.

Esasen ulaşılamama hakkının ihlali, işçinin özel hayatına müdahale oluşturur. İşçilerin çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olmaları noktasında bazı hukuka uygunluk sebepleri olabilir. Bu bakımdan işçinin rızası ve özel ya da kamusal nitelikli hukuka uygun üstün yarar söz konusu olabilir. İşçinin ulaşılabilir olma noktasındaki rızasına kuşkuyla bakılması gerektiği, zira işverenin etkisi dolayısıyla özgür iradesiyle rıza vermiyor olma ihtimalinin olduğu belirtilmelidir. Üstün nitelikli yarar bakımından ise, salt

¹⁹⁵ Süzek, a.g.e., s. 694; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s. 771-772.
YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

işletmenin ekonomik yararları dikkate alınarak bu hukuka uygunluk sebebinin sağlandığı söylenemez.

Ulaşılama hakkının ihlali halinde, işçinin yaptığı fazla çalışma için ücretinin ödenmesi ya da talebi halinde işçiye serbest zaman kullandırılması mümkündür. Ayrıca işçi kişiliği koruyucu davalar açabileceği gibi, tazminat davası da açabilir. Koşullar sağlandıysa işçi, çalışmaktan kaçınma hakkını da kullanılabilir. Ayrıca iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi de mümkündür.

Ulaşılama hakkının ihlali halinde başvurulabilecek bazı yollar bulunsa da, ülkemizde bu hakkın güvence altına alınabilmesi için öncelikle kanuni düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca bu hakkın varlığı konusunda işveren ve işçi bilgilendirilmelidir. Kanaatimizce, ülkemizde bu hakkın uygulanabilirliğini sağlayabilmek için hak daha ihlal edilmeden önce işçi ve işverene eğitim verilmeli ve belirli iletişime geçme yollarının çalışma süreleri dışında engellenmesi gibi yöntemler uygulanmalıdır. Hakkın ihlal edilmesi durumu için ise işveren aleyhine caydırıcı bir yaptırım getirilip; ayrıca, hakkın ihlalinin işçi lehine haklı nedenle fesih sebebi oluşturduğunun açık bir şekilde öngörülmesi ulaşılama hakkının güvenceye kavuşturulması için faydalı olacaktır.

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bs.	: Baskı/Bası
Bkz./bkz.	: Bakınız
CJEU	: Court of Justice of the European Union / Avrupa Birliği Adalet Divanı
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed./Ed. by	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
EU	: Avrupa Birliği
Eurofound	: The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
ILO	: International Labour Organization / Uluslararası Çalışma Örgütü
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İşK	: 4857 sayılı İş Kanunu
İSGK	: 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHAS	: Kadir Has Üniversitesi
KHASHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Legal İHSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: Madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Sicil İHD	: Sicil İş Hukuku Dergisi
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UÇY	: Uzaktan Çalışma Yönetmeliği

vd. : Ve devamı
v.d. : Ve diğerleri
Yarg. : Yargıtay

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

Akdeniz, Ayşe Ledün: “Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırları ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFMD**, C. LXXVII, S. 2, 2019, s. 555-574.

Akkan, Başak, Zeynep Kesici: “Covid-19 Salgını, İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizlikler Üzerine Bir İnceleme”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 71, 2021, s. 2813-2838.

Akyiğit, Ercan: **İş Hukuku**, 14. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022 (*İş Hukuku*).

Akyiğit, Ercan: **Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı**, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2023 (*Bireysel İş Hukuku*).

Alp, Mustafa: “Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 68, 2020, s. 11-44.

Alp, Mustafa, Sevil Doğan: “Giyilebilir Teknolojiler ve İş İlişisine Etkileri”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 71, 2021, s. 2599-2632.

Alpagut, Gülsevil: “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri: Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı**, Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 87-124 (*Dijitalleşme*).

Alpagut, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İHD**, S. 25, 2012, s. 23-32 (*Sadakat Borcu*).

Alpagut, Gülsevil: “Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimî Ulaşılabilirlik”, **Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 317-338 (*Daimî Ulaşılabilirlik*).

Antalya, Osman Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1**, 3, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.

Astarlı, Muhittin: “Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları”, **Kamu-İş Hukuku Dergisi**, C. IX, S. 4, 2008, s. 39-67.

Avogaro, Matteo: “Right to Disconnect: french and italian proposals for a global issue”, **Revista Direito Das Relações Sociais E Trabalhistas**, C. IV, S. 3, 2018, s. 110-129.

Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

Ayan, Mehmet, Nursen Ayan: **Kişiler Hukuku**, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

Aydın, Ufuk, Merve Kutlu: “The Right to Disconnect: Lessons from Europe and Turkish Labour Law”, **KHASHFD**, C. VIII, S. 2, 2020, s. 261-280.

Balkır, Gönül: “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar”, **Sicil İHD**, C. IV, S. 12, 2008, s. 73-79.

Baycık, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 2013, s. 103-170.

Baycık, Gaye, Sevil Doğan, Dilek Dulay Yangın, Oğuzhan Yay: “COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. III, S. 70, 2021, s. 1683-1727.

Baysal, Ulaş: “İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması”, **Sicil İHD**, S. 40, 2018, s. 65-75.

Beytar, Erbil: **Dijital Çalışma ve Dijital Çalışmada İşçi Hakları ve Borçları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Boswell Wendy R., Julie B. Olson-Buchanan, Marcus M. Butts v.d. : “Managing ‘After Hours’ Electronic Work Communication”, **Organizational Dynamics**, C. XLV, S. 4, 2016, s. 291-297.

Burke, Melody: **The Right to Disconnect: Emerging Issues and Ways to Overcome Them**, 30 Mart 2022, (Çevrimiçi), <https://onlabor.org/the-right-to-disconnect-emerging-issues-and-ways-to-overcome-them/>.

Centel, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Sicil İHD**, S. 24, 2011, s. 13-18.

Chiuffo, Facundo M.: “The ‘Right to Disconnect’ or ‘How to Pull the Plug on Work’”, **4th Labour Law Research Network Conference**, 2019, s. 1-22.

Chudnovskikh, M. V.: “‘The Right to Disconnect’ in Digital Economics”, **1st International Scientific and Practical Conference on Digital Economy**, Ed. by Anton Nazarov, Atlantis Press, 2019, s. 799-802.

Çelik, Nuri, Nursen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca : **İş Hukuku Dersleri**, 36. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2023.

Dagnino, Emanuele: “‘Working Anytime, Anywhere’ and Working Time Provisions. Insights from the Italian Regulation of Smart Working and the Right to Disconnect”, **E-Journal of International and Comparative Labour Studies**, C. IX, S. 3, 2020, s. 1-25.

Dagnino, Emanuele: “Working Anytime, Anywhere: Regulating Working Time”, **The Prevention System and Insurance Coverage in the**

Context of the IV Industrial Revolution, Ed. by Pietro Manzella, Michele Tiraboschi, Adapt University Press, 2021, s. 59-83.

Demir, Fevzi, Gönenç Demir: “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş Dergisi**, C. XI, S. 1, 2009, s. 1-37.

Deshwal, Parul: “Online Advertising and Its Impact on Consumer Behaviour”, **International Journal of Applied Research**, C. II, S. 2, 2016, s. 200-204.

Doğan, Sevil: “Dijitalleşmenin Çalışma Yaşamına Etkisi: İşçinin Ulaşılmasına Hakkı”, **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV**, Ed. Kübra Doğan Yenisey, Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 109-144 (*Ulaşılmasına*).

Doğan, Sevil: “İş Hukukunda Ara Dinlenmesi”, **MÜHFHAD**, C. XXVI, S. 2, 2020, s. 1179-1202 (*Ara Dinlenmesi*).

Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. IV, S. 11, 2006, s. 63-82.

Dural, Mustafa, Suat Sarı: **Türk Özel Hukuku Cilt I**, 19. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2024.

Dursun Ateş, Sevgi: **İşverenin Yönetim Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.

Ekmekçi, Ömer, Esra Yiğit: **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 5. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Erdoğan, Çağla: “İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet”, **Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları**, Ed. Gülriz Uygur, Nadire Özdemir, 3. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

Ergin, Hediye: **Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi**, 1. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

Erkanlı Başbüyük, Betül: **İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

Erkanlı Başbüyük, Betül: “Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Tele Çalışmada İşçinin Dinlenme Hakkı”, **MÜHFHAD**, C. XXIX, S. 1, 2023, s. 656-678.

Ertan, Emre: “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi”, **Sicil İHD**, S. 34, 2016, s. 103-124.

Eurofound: **Regulations to Address Work-Life Balance in Digital Flexible Working Arrangements**, New Forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2020.

Eurofound: **Right to Disconnect: Exploring Company Practices**, Working Paper, Lüksemburg, 2021.

Eurofound: **Right to Disconnect in the 27 EU Member States**, Working Paper, Dublin, 2020.

Eurofound: **Telework and ICT-Based Mobile Work: Flexible Working in Digital Age**, New Forms of Employment Series, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2020.

Eurofound, ILO: **Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work**, Research Report, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, International Labour Office, Cenevre, 2017.

European Agency for Safety and Health at Work : **Regulating Telework in a Post-COVID-19 Europe**, Publications Office of the European Union, Lüksemburg, 2021.

Eyrenci, Öner: “İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi”, **Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi**, Ed. Ender Demir, Beste Gemici Filiz, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Göktaş, Seracettin: “İşçinin Günlük Dinlenme Hakkı ve Yargıtay Uygulaması”, **Sicil İHD**, S. 28, 2012, s. 42-56 (*Dinlenme Hakkı*).

Göktaş, Seracettin : “Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. XXXVIII, S. 2, 2021, s. 1-55 (*Özel Yaşam*).

Gürsel, İlke: “Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik”, **Sicil İHD**, S. 43, 2020, s. 172-189.

Güzel, Ali, Deniz Ugan Çatalkaya : “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, **MÜHFHAD**, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, C. XX, S. 1, s. 17-66.

Heper, Hande: **İş İlişkisinde İşçinin İradesi**, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

Hesselberth, Pepita: “Discourses on Disconnectivity and the Right to Disconnect”, **New Media and Society**, C. XX, S. 5, 2018, s. 1994-2010.

ILO: **Workplace Stress: A Collective Challenge**, World Day For Safety and Health Work, Cenevre, 2016.

Işık, İdil, Şafak Öz Aktepe, Esin Çetin Özbudak v.d.: “Psikososyal Risk Farkındalığı ve Risk Yönetimine İlişkin Beklentiler: Maden Sektöründen Bir Değerlendirme”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, C. I, Özel Sayı, 2022, s. 90-113.

İnciroğlu, Lutfi: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **MÜHFHAD**, C. XX, S. 1, 2014, s. 809-822.

Kandemir, Murat: **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011 (*Tele Çalışma*).

Kandemir, Murat: **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017 (*Psikososyal Riskler*).

Kar, Bektaş: “Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması”, **Sicil İHD**, S. 15, 2009, s. 60-69.

Kırık, Haşim: **İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı**, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024.

Kökkılınç Eraltuğ, Ayşegül: “İşe Bağlı Stres ve Hukuksal Sonuçları”, **Legal İHSGHD**, S. 19, 2008, s. 899-918.

Mattern Jana: “A Classification of Organizational Interventions to Enable Detachment from Work”, **33rd Bled eConference Enabling Technology for a Sustainable Society**, Slovenia, 2019.

Mollamahmutoglu, Hamdi, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal: **İş Hukuku**, 7. bs., Ankara, Lykeion Yayınları, 2022.

Nazlı, Seçkin: “İş Kanunu’nda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFMD**, C. LXXIV, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s. 571-586.

Odaman, Serkan: **İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı**, Ankara, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2003.

Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas: **Medeni Hukuk**, 30. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

Özdemir, Erdem: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

Özmen, Ayşenur Zeynep, Burak Karakoç: “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2022, s. 867-907.

Pansu, Luc: “Evaluation of ‘Right to Disconnect’ Legislation and Its Impact on Employee’s Productivity”, **International Journal of Management and Applied Research**, C. V, S. 3, 2018, s. 99-119.

Rumpf, Christian: “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. X, 1993, s. 25-48.

Savaş Kutsal, F. Burcu: **İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2024.

Secunda, Paul M.: “The Employee Right to Disconnect”, **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, C. IX, S. 1, 2019, s. 1-39.

Serozan, Rona: **Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)**, 8. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Sevimli, K. Ahmet: “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 24, 2010, s. 295-308 (*Kişilik Değerlerine Saldırı*).

Sevimli, K. Ahmet: “İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi”, **Sicil İHD**, S. 10, 2008, s. 53-79 (*Özel Yaşam*).

Sevimli, K. Ahmet: **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006 (*Müdahalenin Sınırları*).

Sevimli, K. Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 36, 2013, s. 107-148 (*İşçinin Kişiliğinin Korunması*).

Sur, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, **DEÜHFD**, C. XXI, Özel Sayı (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), 2019, s. 2281-2308.

Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 23. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2023.

Şahin Emir, Asiye: “İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması -Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi-”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 72, 2022, s. 329-348.

Tuncay, A. Can: **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

Tuncay Kaplan, Emine: “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. MMII, S. 158, 2022, s. 341-388 (*Çalışma*).

Tuncay Kaplan, Emine: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Haklarının Korunması”, **Sicil İHD**, S: 24, 2011, s. 42-55 (*İşçinin Korunması*).

Ugan Çatalkaya, Deniz: “Çalışma saatleri dışında zihninizi halen iş ile mi meşgul?” **ÖZEL YAŞAM** ile **İŞ YAŞAMI** ARASINDAKİ SINIRLARIN BULANIKLAŞMASI ve ‘ULAŞILABİLİR OLMAMA HAKKI’ ÜZERİNE”, **KHAS Hukuk Bülteni**, 26 Şubat 2021, (Çevrimiçi), <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/35> (*Özel Yaşam ile İş Yaşamı*).

Ugan Çatalkaya, Deniz: **İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, 1. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2019.

Ugan Çatalkaya, Deniz: “Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin İşverence ‘Ulaşılabilir Olmama’ Hakkı”, **İÜHFM**, C. LXXIV, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, 2016, s. 733-751 (*Ulaşılabilir Olmama*).

Uncular, Selen: **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.

Ünal, Emre: **İşçinin Ulaşılama Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.

Vatansever, Çiğdem: “Risk Değerlendirme’de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlike ve Riskler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. I, S. 40, 2014, s. 117-138.

Von Bergen, C. W., Martin S. Bressler,: “Work, Non-Work Boundaries and the Right to Disconnect”, **Journal of Applied Business and Economics**, C. XXI, S. 2, 2019, s. 51-69.

Von Bergen, C. W., Martin S. Bressler, Trevor L. Proctor : “On the Grid 24/7/365 and the Right to Disconnect”, **Employee Relations Law Journal**, C. XLV, S. 2, 2019, s. 1-18.

Yıldız, Gaye Burcu: “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **DEÜHFD**, C. XV, Özel Sayı, 2013, s. 681-707.

Yıldız, Nadire Gülçin, Hasibe Tekşan: **Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları**, Ed. Aydın Başbuğ, Mehmet Bulut, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR/ELECTRONIC RESOURCES

<https://hellofuture.orange.com/en/disconnection-right-duty/>

<https://www.globalcompliancenews.com/2024/09/03/united-kingdom-code-of-practice-on-right-to-disconnect/>

<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/35>

<https://www.fairwork.gov.au>

<https://curia.europa.eu/juris>

<https://uniglobalunion.org/report/legislating-the-right-to-disconnect/>

<https://onlabor.org/the-right-to-disconnect-emerging-issues-and-ways-to-overcome-them/>

<http://data.europa.eu>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

UKRAYNA'YA SİLAH TEDARİKİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

(LEGAL FRAMEWORK OF ARMS SUPPLY TO UKRAINE)

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA* **

ÖZ

Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında öngörülen kuvvet kullanma yasağının istisnasını teşkil eden yasal savunma hakkının saldırıya uğrayan devlet tarafından münferiden kullanılması mümkün olduğu gibi, kolektif olarak kullanılması da mümkündür. Rusya-Ukrayna savaşında Ukrayna'ya yapılan silah tedarikinin bu bağlamda kimi devletler tarafından Ukrayna'nın münferit yasal savunma hakkını destekleme amacı ile yapıldığını ileri sürmektedir. Ancak yapılan silah tedarikinin koşullara göre kolektif yasal savunma hakkının kullanılması şeklinde de yorumlanması ve bu durumda silah tedariki yapan devletlerin savaş tarafı olarak kabul edilme olasılığı bulunmaktadır.

Makalede Ukrayna'ya yapılan silah tedarikinin yasal savunma hakkı yanı sıra klâsik tarafsızlık hukuku ve saldırıya uğrayan devlete yardımla bağlantılı olarak ortaya çıkan "non-belligerency" statüsü ve insancıl hukuk ışığında hukuki sonuçları ortaya konulmakta ve değerlendirilmektedir.

***Anahtar sözcükler:** Kolektif yasal savunma, tarafsızlık hukuku, non-belligerency, uluslararası sorumluluk, dolaylı saldırı.*

ABSTRACT

The right of self-defense, which constitutes an exception to the prohibition on the use of force stipulated in Article 2, Paragraph 4 of the UN Charter, can be used individually by the attacked state, as well as collectively. In this context, it is argued that the arms supply to Ukraine in the Russia-Ukraine war was made by some states with the aim of supporting Ukraine's individual legal right to defense. However, depending on the circumstances, the arms supply may also be interpreted as the exercise of

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.11.2024. İlk hakem raporu tarihi: 12.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 16.11.2024. Onaylanma Tarihi: 19.11.2024.

* Profesör Doktor, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2275-7664.

Eser Atıf Şekli: Füsun Arsava, "Ukrayna'ya Silah Tedarikinin Hukuki Çerçevesi", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.49-67.

the right to collective self-defense, and in this case, the arms-supplying states may be considered as war parties.

In the article, the legal consequences of the arms supply to Ukraine are presented and evaluated in the light of the legal right to self-defense, as well as the classical law of neutrality and the status of not being a party to the war, which arises in connection with aiding the attacked state, and humanitarian law.

Keywords: *Collective legal defense, neutrality law, non-belligerency, international responsibility, indirect attack.*

GİRİŞ

Çağdaş uluslararası hukukun çıpasının BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma yasağı olduğu kabul edilmektedir.¹ Bir devlete yönelik silahlı eylemlerin kuvvet kullanma yasağı muvacehesinde değerlendirilmesi gerektiği gibi silahlı çatışma tarafı bir devletin silah tedariki ile desteklenmesinin de BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasının kapsamına girip girmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kimi devletlerin görüşüne göre silah tedariki Ukrayna'nın yasal savunma hakkını desteklemektedir; verilen bu destek kolektif yasal savunma hakkının eşliğinin aşılması sonucunu doğurmamaktadır.² Yasal savunma hakkı kapsamında saldırıya uğrayan üçüncü devletlerin silah tedariki ile desteklenmesi mümkündür. Bu çerçevede bu desteğin çelik başlık (kask) yahut savaş jetleri olması arasında ayırım yapılmamaktadır. Kolektif savunma hakkı buna karşılık ancak üçüncü devletlerin kendi askeri güçleri ile destek vermeleri halinde söz konusu olabilir. Bir devletin diğer bir devlete askeri operasyonları için silah tedariki ile destek vermesi askeri operasyonun kendisi meşru ise uluslararası hukukta bir izne tabi değildir.³

Ukrayna'ya silah tedarikin Ukrayna'nın kendini savunmasına destek olarak kategorize eden ve Ukrayna'ya silah tedarikinin BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası muvacehesinde kolektif yasal savunma bağlamında

¹ BM Şartı 2.md., 4.fıkrası için bkz: Yearbook of the United Nations, 1946-47, s.831.

² **Dörr, Oliver**, "Use of Force, Prohibition of", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2022, § 11-14, Rn.13.

³ **Kreß, Claus**, "Der Ukraine Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot", bkz.: Universität zu Köln (ed.), Sonderdruck aus Juristische Studiengesellschaft *Hukuk Araştırmaları Topluluğu, Özel Bası, Jahresband 2021/2022*, ss.67-95. *YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)*

değerlendiren yaklaşımların uluslararası hukukta doğurduğu sonuçların farklılığı makale çerçevesinde ortaya konulacaktır.

I - UKRAYNA'YA SİLAH TEDARİKİNİN ULUSLARARASI HUKUKTA MEŞRUIYETİ

A - Savaşan taraflara silah tedariki ve dolaylı kuvvet kullanma

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 1986'da Nikaragua iç savaşında kontrgerilla gruplarının ABD tarafından silahlandırılmasını ve eğitilmesini kuvvet kullanmanın bir tür şekli olarak kabul etmiştir.⁴ UAD'nin görüşüne göre kuvvet kullanılması doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir.⁵ UAD kararının gerekçesinde başka dayanaklar yanı sıra 1970 tarihli BM Genel Kurulu'nun Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği Başlıklı Deklarasyonu'na⁶ ve 1974 tarihli BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen saldırının tanımı kararına atıf yapmıştır.⁷ Her iki belgede de büyük ölçüde uluslararası teamül hukuku niteliktedir. Bu kararlardaki (rezolüsyonlardaki) ifadeler BM Şartı'nın 2.madde, 4.fikrasının prensip olarak dolaylı kuvvet kullanma durumlarını da kapsadığına işaret etmektedir. Bu görüşe literatürde de destek verilmektedir.⁸

Dolaylı kuvvet kullanma yaklaşımının menşei uluslararası hukukta 1940'lı ve 1950'li yıllara gitmektedir.⁹ BM Şartı'nın yürürlüğe girmesi ile beraber devletlerin diğer devletlere karşı ulusal çıkarlarını kuvvet kullanarak veya zorla gerçekleştirmeleri zorlaşmıştır. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fikrası uluslararası camiada hızlıca benimsenmiştir. Ancak aynı paralelde devletler başka yollarla, örneğin huzursuzlukları tahrik ederek, ayaklanan grupları destekleyerek, paralı asker göndererek yahut silahlı çeteler üzerinden birbirlerine baskı yapmaya başlamışlardır. Bu gelişmeler nedeniyle BM Genel Kurulu Devletler Arası Dostça İlişkiler ve Saldırının Tanımı Deklarasyonu'nun da arasında yer aldığı çok sayıda karar ihdas ederek BM Şartı'nın 2.madde, 4.fikrasının bu tür dolaylı kuvvet kullanmaları da

⁴ 27.6.1986 tarihli UAD'nin kararı için bkz.: ICJ Reports 1986, s.14, 103 (Rn.195) ve 118, Rn.228.

⁵ 19.12.2005 tarihli Demokratik Kongo Cumhuriyeti - Uganda davası için bkz.: I.C.J. Reports 2005, s.168, 227 (Rn.164).

⁶ UNGA Resolution 2625 /xxv, 24.10.1970.

⁷ bkz.: UNGA Resolution 3314(xxix), 14.12.1974 - Definition of Aggression

⁸ **Randelzhofer, Albrecht / Dörr, Oliver**, "Article 2(4)", bkz.: Bruno Simma et.al. (eds.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3.bası, Oxford University Press, 2012, s.200 vd. (Rn.23 vd.).

⁹ **Higgins, Rosalyn**, "The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations", Oxford University Press, 1963, s.189 vd.

yasaklandığını açıklığa kavuşturmuştur. Diğer devletleri istikrarsızlaştırmak için kullanılan düzensiz güçler dolaylı kuvvet kullanmanın şimdiye dek en iyi örneğini vermektedir. Saldırının Tanımı Deklarasyonu'nun 3.maddesi bir devletin egemenlik alanını üçüncü bir devlete saldırı eylemleri yapması için diğer bir devlete tahsis etmesini dolaylı saldırı olarak nitelmiştir.¹⁰

BM Genel Kurulu'nun 1987 tarihli bir deklarasyonunda da yine kuvvet kullanan ve kuvvet kullanma tehdidi yapan devletlere yardım etmeme mükellefiyeti öngörülmüştür.¹¹ Yasal savunma amaçlı olarak kuvvet kullanan bir devlete silah tedarikinin BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası kapsamına girdiği bununla beraber ne BM Genel Kurul kararlarından, ne de UAD kararlarından çıkarılabilmektedir. Uluslararası camianın da yapılan silah yardımlarının yasal savunma amaçlı kullanılması durumunda konuyu BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası bağlamında dolaylı saldırı olarak mütalâa etmekten uzak durduğu görülmektedir.¹² Yapılan desteklerin buna karşılık BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası muvacehesinde değerlendirilmesi halinde bu desteklerin devletlerin uluslararası sorumluluğu bağlamında ele alınması gerekliliği bulunmaktadır.¹³ Yapılacak değerlendirmede bu nedenle savaşan tarafa silah tedarikinin dolaylı saldırı eşliğini aşp aşmadığı en önemli husus olarak görülmektedir. Taraf devletlerden birine verilen bu desteğin rakip savaşan devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına önemli zarar verme ihtimaline sahip olması yahut krizin tırmanması nedeniyle uluslararası barış ve güvenliği bozan sonuçlar doğurması olasılığı bulunmaktadır. Bu nedenle savaşan taraflardan birine verilen silah desteğinin BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası muvacehesinde koşullara göre dolaylı saldırı teşkil etmesi mümkündür. Bu bağlamda dolaylı bir saldırı olduğunun kabul edilmesini mümkün kılan en önemli koşul destek olarak verilen silahların doğrudan rakip savaşan devlete karşı kullanılması ve verilen bu silah desteğinin kuvvet kullanmanın yasal savunma niteliğini değiştirecek ölçüde ve etkide olması gerekmektedir. Kuvvet kullanımının BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkra bağlamında mütalâa edilmesi için subjektif unsur olarak "hostile intent" (*düşmanca niyet*) olarak ifade edilen irade

¹⁰ **Rifaat, Ahmed M.**, International Aggression. A Study of the Legal Concept: Its Development and Definition in International Law, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1979, s.273.

¹¹ UNGA Resolution 42/22, 18.11.1987, Annex-Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, Abs.4.

¹² **Oeter, Stefan**, Neutralität und Waffenhandel, Berlin, Springer Verlag, 1992, s.87 vd.

¹³ Responsibility of States for internationally wrongful Acts, UNGA Resolution 56/83, on 28.01.2002 following the 85th plenary meeting dtd. 12.12.2021.

unsurunun gerekli olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁴ Bu bağlamda literatürde hukuka aykırı minimal sınır ihlallerinin dahi ihlâli yapan devletin “hostile intent” ile bu ihlâli yaptığı açık ise kuvvet kullanma yasağının ihlâli olarak kabul edilebileceği görüşünü savunan uluslararası hukukçular bulunmaktadır.¹⁵ Kuvvet kullanan devletin iradesini belirleyen neden bu bağlamda prensip olarak bir rol oynamamaktadır. Diğer bir ifade ile kuvvet kullanmanın düşmanca duygulara istinat etmesi gerekmemektedir. Sadece ekonomik veya insani nedenler de saldırı iradesine esas olabilir. Önemli olan husus kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi ile muhatapı belli bir davranışa zorlamaktır.¹⁶ Dolaylı saldırının bu şekilde geniş yorumlanması halinde sorun teşkil eden husus saldırı yapan devlete silah tedariki yapan devletin de aynı yönde bir zorlama iradesine sahip olup olmadığının her zaman tespit edilememesidir.

B - Ukrayna'ya Yapılan Silah Tedarikinin Sınıflandırılması

Donbass'daki silahlı çatışmaların giderek artması batılı devletlerde Ukrayna'ya gönderilecek silahların Rus birliklerine karşı kullanılacağı konusunda kesin bir kanaat oluşturmuştur. 24 Şubat 2022'de Rusya'nın askeri operasyonunun başlaması ile durum tamamen açıklığa kavuşmuştur. Ukrayna söz konusu tarihten itibaren bir savunma savaşı sürdürmeye başlamıştır. Sık şekilde Ukrayna'nın bu savaşı kazanmak zorunda olduğu, Rus birliklerinin çekilmesini sağlamak ve işgal edilen bölgelerin yeniden kazanılması için Ukrayna'nın gerekli tüm silahlarla donatılması gerektiği yönündeki görüşler artmaya başlamıştır. Gerçekten de Ukrayna'nın askeri gücünün batıdan gelecek silah yardımına ve yine batılı devletlerin verecekleri askeri eğitime bağlı olduğu görülmektedir. Batılı devletler Ukrayna'ya Rusya'nın bu savaşta hedeflerine erişmesini önlemek için etkin silahlar tedarik ettikleri nispette cereyan eden savaşta etkilerini de arttırmışlardır. Literatürde sınırlı askeri desteğin dahi, savaşan devletin bu desteği savaş politikasının bir parçası olarak kullanması halinde BM Şartı'nın 2.madde, 4.fikrası muvacehesinde dolaylı bir saldırı olarak

¹⁴ **Pobjie, Erin Kimberley**, “Use of force and Article 2(4) of the UN Charter: The Meaning of a Prohibited ‘Use of Force’ between States under International Law”, KUPS, PhD thesis (doktora tezi), Universität zu Köln, 2019, s.139 vd.

¹⁵ **Ruys, Tom**, “The Meaning of ‘Force’ and the Boundaries of the jus ad bellum: Are ‘Minimal’ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?”, AJIL, C.108, No2, 2014, ss.159-210.

¹⁶ **Corten, Oliver**, The Law against War - The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010, s.76 vd.

sınıflandırılması gerektiğinin savunan görüşler bulunmaktadır.¹⁷ Bu görüşle bağlantılı olarak kolektif yasal savunma hakkı konusu gündeme gelmektedir.

C - Kolektif Yasal Savunma Hakkı ve BM Güvenlik Konseyi'ne Bildirme Yükümlülüğü

Silahlı saldırıya uğrayan her devlet kolektif yasal savunma hakkına sahiptir. Kolektif yasal savunma hakkını kullanan devlet bu durumu gecikmeden BM Güvenlik Konseyine rapor etmekle yükümlüdür.¹⁸ Bu önlemler kurulan koalisyon gücünü destekleyici nitelikte önlemlerdir. BM Şartı'nın 51.madde, 2.cümlesinde öngörülen BM Güvenlik Konseyi'nin bilgilendirilme yükümlülüğünün ihlâli halinde nasıl bir hukuki sonuç doğacağı açık değildir. UAD 1986 tarihli Nikaragua davasında yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında alınan önlemlerin hukuka uygunluğunun BM Şartı'nın 51.madde, 2.cümlesinde öngörülen prosedürün takip edilmesine bağlı olmadığını karara bağlamıştır.¹⁹ Uluslararası hukuk literatüründe hakim görüş rapor mükellefiyetinin yerine getirilmemesini yasal savunma hakkının kullanılması bakımından gerekli bir koşul olarak kabul etmemektedir.²⁰

II - TARAFSIZLIK HUKUKU İŞİĞİNDA SİLAH TEDARİKİ

A - Tarafsızlık Konusundaki Klâsik Yaklaşım

Tarafsızlık hukuku savaş durumunda savaşan devletlerle savaş tarafı olmayan diğer devletler arasındaki ilişkileri düzenler (*18.10.1907 tarihli La Haye Anlaşması*).²¹ Tarafsızlık hukuku tarafsızlık yükümlülüklerini yerine getiren devletleri savaşa çekilmekten korur. Bu şekilde savaşın yayılması önlenmiş olur. Tarafsız devletlerin en önemli yükümlülüğü uyuşmazlığa karışmaktan uzak durmak ve savaşan taraflara karşı tarafsız davranmaktır.

¹⁷ Kreß, Claus, s.81 vd.

¹⁸ Dinstein, Yoram, War, Aggression and Self-Defence, 5.bası. Cambridge University Press, 2011, s.296); Federal Almanya 2015'de BM Güvenlik Konseyi'ne islami terör örgütüne (İŞİD) karşı kullanılan kolektif yasal savunma hakkı bağlamında alınan önlemler hakkında bilgi vermiştir (UN-Doc.S/2015/946, 10.12.2015).

¹⁹ ICJ Reports 1986, s.14, 103 (Rn.195) ve 118 vd (Rn.228).

²⁰ Greig, Don W., "Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?", ICLQ, C.40, No.2, 1991, ss.366-402; Green, James A., "The Article 51 Reporting Requirements for Self-Defence Actions", Va.J.Int.Law, C.55, No 3, 2015, ss.563-624.

²¹ Bknz.: Genelkurmay, Silahlı Çatışma Hukuku ile ilgili uluslararası hukuk metinleri, Ankara, 2010.

Tarafsız devletin aynı şekilde savaşı taraflardan birine doğrudan veya dolaylı olarak silah, cephane ve diğer savaş malzemesi tedarik etmesi, askeri danışmanlar göndermesi yahut savaş haberleri iletmesi yasaktır.²² Tarafsız devlet ayrıca denetim olanakları çerçevesinde özel kişiler tarafından savaşı taraflara silah ihracatını da yasaklama mükellefiyetine tabidir.²³

Tarafsızlık yükümlülüklerinin ihlâl edilmesi halinde zarar gören taraf uluslararası sorumluluk prensipleri muvacehesinde ölçülülük prensibine riayet ederek yükümlülüklerin yerine getirilmesi için karşı önlemler alma hakkına sahiptir. Literatürde kimi yazarlarca tarafsız devletlerin sistematik veya ağır tarafsızlık hukuku ihlâlleri durumunda savaşı tarafa dönüşebileceği kabul edilmektedir.²⁴ Bu şekilde tarafsızlık statüsüne aykırı davranan devlet fiilen savaşı çekilmiş olur. Ancak tarafsızlık hukukunun ihlâli otomatik olarak tarafsızlık statüsünün kaybına yol açmaz.²⁵ Uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının kabul edilmesinden itibaren tarafsızlık statüsünü ihlâl eden devlete karşı askeri önlem alınması caiz görülmektedir. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında öngörülen kuvvet kullanma yasağı uluslararası hukukun sapılması mümkün olmayan emredici normları arasında yer almaktadır. Tarafsızlık statüsünü ihlâl ederek silahlı çatışmaya dahil olan devlete karşı BM Şartı'nın VII. Bölüm hükümlerine istinaden uluslararası barışı bozması, tehdit etmesi veya saldırı eylemleri nedeniyle Güvenlik Konseyi kararı ile gerekli askeri önlemlerin alınması mümkündür.

B - Savaşı Taraf Olmama ve Nitelikli Tarafsızlık

Ağırlıklı olarak 19.yüzyılda oluşan klâsik tarafsızlık hukuku yaklaşımının bugün halâ etkin olup olmadığı tartışma konusudur. Tarafsızlık hukukunun kodifiye edildiği dönemde devletlerin savaş hakkı bulunmaktadır. Uluslararası hukukun da buna uygun olarak o dönemde saldırgan ve saldırıya uğrayan devlet arasında ayırım yapmaması nedeniyle tarafsız devletlerin tüm savaşı devletlere eşit muamele etmesi gerekmektedir. Bu durum uluslararası hukukta savaş yasağı ve kuvvet kullanma yasağı getiren kilometre taşı niteliği taşıyan 1928 tarihli Briand Kellog Paktı (*Savaşı Ulusal Dış Politika Olarak Kullanılmaması*

²² **Bothe, Michael**, “*The Law of Neutrality*”, bknz.: Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2.bası), C.20, No.1, 2009, s.571vd.

²³ **Bothe, Michael**, s.585.

²⁴ **Bradley, Curtis A. / Goldsmith, Jack L.**, “*Congressional Authorization and the War on Terrorism*”, *Harv.L.Rev.*, C.118, No.7, 2005, s.2112 vd.

²⁵ **Ingber, Rebecca**, “*Co-Belligerency*”, *Yale J.INT'L.L.*, C.42, No.1, 2017, ss.67-75.

Hakkındaki Anlaşma)²⁶ ve 1945 tarihli BM Şartı ile değişikliğe uğramıştır. Savaş tarafı olmayan (non-belligerency) kavramı ilk kez 1934'de aktif olarak savaş eylemlerine katılmamakla beraber savaşan taraflardan birine destek veren devletin hukuki statüsünü belirlemek için International Law Association'ın danışma çalışmalarında kullanılmıştır.²⁷ O dönemde Briand-Kellog Paketi ihlâl ederek savaş açan devlete karşı saldırıya uğrayan devlete destek amacıyla ortaya konulan bu yaklaşımla savaş tarafı olmayan devlet statüsünün tümüyle tarafsızlık statüsünü ikâme edeceği varsayılmıştır. İkinci Dünya Savaşı esnasında gerçekten birçok devlet savaş tarafı olmayan devlet statüsünde hareket etmiştir. ABD savaşa taraf olmadan İngiltere'ye bu yaklaşımla savaş malzemesi göndermiştir.²⁸

Çağdaş tarafsızlık hukukunda bu bağlamda farklı tarafsızlık (differential neutrality), destekleyici tarafsızlık (benevolent neutrality) yahut nitelikli tarafsızlık (qualified neutrality) gibi kavramlar kullanılmaktadır.²⁹ Literatürde ve uygulamada yavaş yavaş saldırı durumlarında her ne pahasına tarafsız kalmak yerine saldırıya uğrayan devlete savaş tarafı olmaksızın destek verme konusunda bir yaklaşım benimsenmeye başlanmıştır. 1945'ten itibaren klâsik tarafsızlık hukuku çağdaş barışın temini hukuku ile değişikliğe uğramıştır. BM Şartı'nın değerleri tarafsızlık hukukunu da etkilemiştir. BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölümüne göre bir devleti saldırgan olarak tanımladığı veya bir uyuşmazlık tarafı için zorlayıcı önlemler karara bağladığı takdirde bu tür kararların BM Şartı'nın 25.maddesine göre tüm devletleri bağlaması nedeniyle klâsik anlamda tarafsızlık statüsüne yer kalmamaktadır. Mutlak tarafsızlığın nispileştirildiği BM üyesi devletlerin BM Şartı'nın BM organlarının BM Şartı ile uyumlu önlemlerinin icrasına destek olma yükümlülüğünü öngören 2.madde, 5.fikrasından da çıkarılmaktadır. BM üyesi devletler bunun dışında BM'nin zorlayıcı önlemlerinin muhatabı olan devletlere destek olmama yükümlülüğü altındadır.

BM Güvenlik Konseyi'nin bloke olduğu, kolektif güvenlik sisteminin işlemediği durumlarda tarafsızlık hukukunun nasıl bir rol oynayacağı

²⁶ LNTS Vol.94, s.57.

²⁷ **Talmon, Stefan A.G.**, “*The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: the Case of Ukraine*”, Universität Bonn, Research Paper No.20/2022 (6.2.2022).

²⁸ bkz.: US Department of Defense, Law of War Manual, June 2015, updated December 2016, Rn.15.4.1.

²⁹ **von Heinegg, Wolff Heintschel**, “*‘Benevolent’ Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*”, bkz.: Michael N. Schmitt / Jelene Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, International Humanitarian Law Series, C.15, Brill/Nijhoff, 2007, ss.543-568.

önemli tartışma konularından biridir. Sürekli üyelerin veto hakkını kullanmaları halinde genelde bu konu gündeme gelmektedir. Rusya'nın 24 Şubat 2022'de Ukrayna'ya müdahale ettiği tarihten itibaren BM Genel Kurulu'nda altı karar alınmıştır.³⁰ Güvenlik Konseyi'nin bloke olduğu durumlarda saldırıya uğrayan devletin silah tedariki ile desteklenmesini tarafsızlık hukukunun engellememesi gerekmektedir. Stefan Talmon açık saldırı durumlarında tarafsızlık hukukunun uygulanamayacağını savunmaktadır.³¹ Savaşlarda çoğu kez ancak hangi tarafın saldırgan, hangi tarafın hukuka uygun olarak yasal savunma hakkına istinat ettiği açık olarak belli olmamaktadır. Güvenlik Konseyi bu çerçevede bağlayıcı bir tespit yapamadığı takdirde devletlerin uyuşmazlığı kendi takdirlerine göre değerlendirmesi gerekmektedir. Tereddüt halinde tarafsızlık tutumu almaları mümkündür. Savaş tarafı olmayan devlet statüsünü eleştiren uluslararası hukukçular tarafsızlık hukukunun biraz esnetilmesi halinde de savaşın yayılmasını engelleme olanağının bulunduğunu görüş olarak ileri sürmektedir.³² Ancak Güvenlik Konseyi'nin bloke olduğu durumlarda da saldırgan ve saldırıya uğrayan devlet arasında ayırım yapmadan tarafsızlık hukukunun sınırsız uygulanmasını kabul eden bu yaklaşımın güncel tarafsızlık hukuku gelişmelerini karşıladığını kabul etmek gerçeğe uygun düşmemektedir.

Uygulamada günümüzde savaş tarafı olmayan devlet yaklaşımının ağırlık kazandığı görülmektedir. Uluslararası silahlı çatışmalarda devletler taraflardan birini desteklerken tarafsızlık sınıflarından birine gönderme yapmaktan kaçınarak aynı paralelde uyuşmazlığın tarafı olmadıklarını beyan etmektedir. Bu durum uluslararası silahlı çatışmalarda taraf tutmanın uluslararası camiada hala eskisi gibi tarafsızlık hukukunun ihlâli olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Bu bağlamda ortaya çıkan belirsizliğin tarafsızlık ve savaş tarafı olmayan devlet ayırımı yapılarak çözüme ulaşması mümkündür. Uluslararası teamül hukukunda savaş tarafı olmayan devlet yaklaşımının yer etmesi halinde Ukrayna'ya silah tedarikinin tarafsızlık hukuku ile çatışma ihtimali ortadan kalkacaktır. Aksi halde uluslararası

³⁰ 2 Mart 2022 tarihli rezolüsyon ES-11/1 ; 24 Mart 2022 tarihli rezolüsyon ES-11/2; 7 Nisan 2022 tarihli rezolüsyon ES-11/3; 30 Eylül 2022 tarihli rezolüsyon E-11/4; 11 Kasım 2022 tarihli rezolüsyon E-11/5; 23 Şubat 2023 tarihli rezolüsyon ES-11/6, bkz. UNGA Res. A/RES/ES-11/1 to 11/6.

³¹ **Talmon, Stefan A.G.**, <https://verfassungsblog.de/waffenlieferung-an--ukraine-als-ausdruck-eines-wertebasierten-völkerrechts/>, (ET: 27.08.2024).

³² **von Heinegg, Wolff Heintschel**, "*Neutrality in the War Against Ukraine, Articles of War*", 1.3.2022, [https://lieber.westpoint.edu/nautrality-in-the-war-agaist-ukraine/LieberInstitute/Articles of War](https://lieber.westpoint.edu/nautrality-in-the-war-agaist-ukraine/LieberInstitute/Articles%20of%20War), (ET: 27.08.2024)

silahlı çatışmada taraflardan birini destekleyen devletin tarafsızlık statüsünden doğan yükümlülüklerinin ihlâli nedeni ile zarar gören tarafın karşı önlemleri ile karşılaşma riski ortaya çıkacaktır.

C - Tarafsızlık Hukuku İhlâlleri - Uluslararası Sorumluluk

Tarafsızlık statüsünden doğan yükümlülük ihlâllerinin kolektif yasal savunmaya istinaden gerekçelendirilmesi mümkündür.³³ Yasal savunma hakkı iki farklı uluslararası hukuk düzenlemesi bağlamında gündeme gelmektedir. Kuvvet kullanma yasağının (*ius contra bellum*) birincil normu olarak BM Şartı'nın 51.maddesi kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak yasal savunma hakkına katı sınırlamalarla izin vermektedir. Yasal savunma hakkını öngörülen sınırlamalara uygun olarak kullanan devlet bunun sonucu olarak BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma yasağını ihlâl etmiş olmamaktadır. Yasal savunma hakkı ikincil norm olarak devletlerin uluslararası sorumluluğu hukukunda karşınıza çıkmaktadır. BM Şartı ile uyumlu olarak devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarisinin 21.maddesine göre yasal savunma hakkının kullanılması uluslararası hukuka aykırı tasarrufun uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır.³⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu 21.madde bağlamında insancıl hukuka aykırı eylemlerin yasal savunma hakkına istinaden savunulamayacağına işaret etmiştir.³⁵ Bu normlar silahlı çatışmanın bütün taraflarını aynı ölçüde her koşulda istisnasız bağlamaktadır. Aynı şekilde temel insan hakları ihlâllerinin yasal savunma hakkı ile meşrulaştırılması mümkün değildir. Tarafsızlık hukukundan doğan yükümlülük olarak uyuşmazlığa taraf olmama ve taraf tutmama yükümlülüğünün de yasal savunma hakkına istinaden istisnaların kabul edilmediği kategoride yer alıp almadığı açık değildir. UAD nükleer silahlarla ilgili görüşünde tarafsızlık prensibinin de insancıl hukukun prensipleri gibi istisnanın kabul edilmediği mutlak bir anlama sahip olduğunu, tarafsızlık hukukunun BM Şartı'nın temel normlarına tabi olduğunu ve tüm uluslararası silahlı çatışmalarda dikkate alınması

³³ Ambos, Kai, "Wird Deutschland durch Waffenlieferungen an die Ukraine zur Konfliktpartei?", Verfassungsblog, 28.2.2022, <https://verfassungsblog.de/wird-deutschland-durch-waffenlieferungen-an-die-ukraine-zur-konfliktpartei/>. (ET: 27.08. 2024)

³⁴ bkz.: Yearbook of the ILC, Bd.II, Teil 2 (2001), s.26 vd.), UN-Doc-A/CN.4/Ser.A/2001/Add.1 (Part2)

³⁵ bkz.: Yearbook of the ILC, Bd.II, Teil 2 (2001), Rn.3
YUHF D Cilt. XXII No.1 (2025)

gerektiğini vurgulamıştır.³⁶ BM Şartı'nda yer alan *ius contra bellum* ve tarafsızlık hukuku paralel olarak savaşların yayılmasını ve uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasını yasaklama amacı gütmektedir. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası muvacehesinde yasal savunma hakkının dolaylı saldırıyı meşrulaştırma dayanağı olarak kabul edilmesine karşılık, uluslararası sorumluluk alanında kolektif yasal savunma hakkının tarafsızlık hukuku ihlalleri bağlamında gözardı edilmesi her iki alanın ortak amacı olan savaşların yayılmasını önleme amacının gerçekleşmesi bakımından çelişki teşkil etmektedir.

III - SİLAH TEDARİKİ ve İNSANCIL ULUSLARARASI HUKUK

Genel görüşe göre bir devlete silah tedariki o devletin uluslararası silahlı çatışmaya doğrudan taraf olmasına yol açmamaktadır. Uluslararası silahlı çatışmalarda taraflardan birini destekleyen devletin hangi koşullarda silahlı çatışmanın tarafı olarak kabul edileceği konusu ne 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde,³⁷ ne de insancıl hukuka ilişkin diğer kodifikasyon (*kodlandırma*) çalışmalarında cevaplandırılmıştır. Bununla beraber uluslararası teamül hukukunda yerleşik bir uygulama oluşmuştur.

A - Uyuşmazlık Taraflarından Birinin Desteklenmesi - Savaş Tarafı Olma

Uluslararası Kızılhaç Komitesi kısa bir süre önce uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar bağlamında bu soruyla iştilal etmiştir.³⁸ İnsancıl uluslararası hukuk belli ölçüde bir örgütlenmenin ve yine belli yoğunlukta düşmanca eylemlerin olduğu durumlarda silahlı bir çatışmanın olduğunu kabul etmektedir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün üçüncü bir devletin taraflardan biri yanında onunla aynı yoğunlukta düşmanca eylemlere katılması halinde üçüncü devletin savaş tarafı olarak en kısa zamanda insancıl hukukla mükellef kılınması için eşiği aşağıda tutan bir görüş benimsediği görülmektedir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'ne göre savaş eylemlerine aktif katılım olmaksızın da kolektif düşmanca bir eylem savaş

³⁶ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 8.7.1996, ICJ Reports 1996, s.226,242, Rn.89.

³⁷ UNTS Vol.75, s.3.

³⁸ International Committee of the Red Cross (ICRC), International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Report, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2015.

tarafı olarak kabul edilmek için yeterlidir.³⁹ Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalara üçüncü tarafların müdahalesi bağlamında ortaya konulan bu yaklaşımın uluslararası niteliği olan silahlı çatışmalara üçüncü tarafların müdahalesi bağlamında da uygulanmaması için bir neden bulunmamaktadır.⁴⁰

Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından ortaya konulan yaklaşıma göre üçüncü bir devletin uluslararası niteliği olmayan silahlı bir çatışmada savaş tarafı olarak kabul edilmesi için prensip olarak bu devletin ya devlet niteliği olmayan silahlı örgüte etkin kontrol sağlaması (*overall control*), ya da çatışma taraflarından birini askeri veya mali olarak desteklemesi gerekmektedir. Uluslararası silahlı çatışmalarda da taraflardan birini savaş eylemleri gerçekleştirerek yahut karşı tarafa doğrudan zarar verecek önlemler alarak destekleyen devletin savaş tarafı olarak kabul edilmeyi göze alması gerekmektedir.⁴¹

Bireylerin hangi koşullar altında uluslararası silahlı çatışmalarda düşmanca eylemlere doğrudan katılmış sayılacağına ilişkin kriterler Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün 2009'da vermiş olduğu rapordan yorum yoluyla çıkarılabilmektedir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü tarafından bireylerin düşmanca eylemlere doğrudan ve dolaylı katılması konusunda yapılan değerlendirmenin savaşa doğrudan katılan (savaş tarafı) devletlere ve savaşan devletlere destek veren üçüncü devletlere uyarlanması mümkündür. Bu bağlamda düşmanca eylemlerin kolektif olarak gerçekleştirilmesi ile savaşı destekleyici eylemlerin birbirinden ayırt edilmesi önem taşımaktadır. Bir devletin cereyan eden silahlı bir çatışmada taraf olarak kabul edilmesinde münferit bireylerin düşmanca eylemlerinin devletlere yüklenmesinde esas alınan kriterler ölçü olmaktadır.⁴²

Savaşan taraflardan birinin üçüncü bir devlet tarafından desteklenmesi bağlamında düşmanca eylemlerin kolektif olarak gerçekleşip gerçekleşmediği her zaman tam bir açıklıkla ortaya çıkmamaktadır. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün raporu ışığında destekleyici eylemden söz

³⁹ Ferraro, Tristan, “The ICRC’s Legal Position on the Notion of Armed Conflict”, International Review of the Red Cross, C 97, No.900, 2015, ss.1227-1252.

⁴⁰ van Steenberghe, Raphaël / Lesaffre, Pauline, “The ICRC’s “support-based approach”: A Suitable but Incomplete Theory”, QIL, No.59, 2019, ss.5-23.

⁴¹ Greenwood, Christopher, “Scope of Application of Humanitarian Law”, bkz.: Dieter Fleck (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, 2.bası, 2008, s.45-78.

⁴² Krajewski, Markus, “Neither Neutral nor Party to the Conflict? On the Legal Assessment of Arms Supplies to Ukraine”, Völkerrechtsblog, 9.3.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/neutral-neutral-nor-party-to-the-conflict/>. (ET 27.0.2024).

etmek için eylemin her şeyden önce objektif olarak zarar verme ihtimaline sahip olması gerekmektedir. İkinci olarak verilen zararın doğrudan verilen destek sonucu ortaya çıkması gerekmektedir. Üçüncü olarak destekleyici eylemlerin rakip uyumsuzluk tarafına doğrudan zarar verme iradesi ile yapılması gerekmektedir. Düşmanca eylemlere destek verilmesi durumlarında somut bir zararın ortaya çıkması bununla beraber gerekli görülmemektedir.⁴³

B - Destekleyici Eylemin Somut Askeri Operasyonu Doğrudan Etkilemesi

Silah desteği ikinci kriter bakımından oldukça önemlidir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün raporuna göre zarar verici etki silahlı çatışma bağlamında ortaya çıktığı nispette destekleyici eylem ve ortaya çıkan zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı olduğu varsayılmaktadır. Bu kriter doğrudan etki yapan destekleyici eylemlerle, destekleyici genel eylemlerin birbirinden ayrılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu durum destek alan devletin desteği nasıl kullandığının önemli olduğunu göstermektedir. Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün raporuna göre verilen desteğin doğrudan somut askeri operasyonda kullanılması sonucu rakip tarafın zarar görmesi durumunda ortaya çıkan zarar ve verilen destek arasında doğrudan bir bağlantı kurulmaktadır. Uluslararası Kızılhaç Örgütü askeri operasyonda kullanılan bu tür destekleri savaş eylemi olarak kabul etmektedir.⁴⁴ Dolayısı ile destek veren devlet savaşan devlet statüsü kazanmaktadır. Operasyonun icrası bağlamında doğrudan verilen destek örnekleri arasında askeri birliklerin gönderilmesi, askeri operasyonun planlanmasına ve koordinasyonuna katılma veya hedeflerin yeri ve seçimi bağlamında bilgi aktarılması yer almaktadır. Silah tedarik eden devletin silahlarının askeri operasyonda kullanılması silah tedarik eden devletin sırf bu nedenle savaş tarafı olarak kabul edilmesine yol açmamaktadır. Tedarik edilen silahların somut operasyonun gereksinimlerine göre belirlenmiş olması ve doğrudan silahlı çatışmada kullanılacak özelliklere sahip olması kaydıyla destekleyici eylemler ve rakip silahlı çatışma tarafına verilmek istenen zarar arasında doğrudan bağlantı olduğu, dolayısı ile verilen desteğin kolektif savaş eylemi olduğu kabul edilmektedir.

⁴³ **Melzer, Nils**, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC, Cenevre, 2009, ss. 1-85.

⁴⁴ **Ferraro, Tristan**, s.1231.

SONUÇ

Silahlı çatışma tarafı bir devlete silah tedarikinin değerlendirilmesi bağlamında uluslararası hukukta tam bir açıklığın sağlanamadığı görülmektedir. *Ius contra bellum*, tarafsızlık hukuku ve insancıl uluslararası hukuk alanlarında bu konuya ilişkin olarak ortaya çıkan sorular mevcut kurallar ışığında açık olarak cevaplandırılmamaktadır. Uluslararası teamül hukukunun ilgili alanlarda ne şekilde bir gelişme gösterdiği konusunda devletlerin uygulaması da her zaman bir ipucu vermemektedir. Örneğin Almanya Ukrayna'ya silahların sadece Ukrayna'nın yasal savunma hakkını kullanılması amacıyla gönderildiğini ve bu çerçevede kolektif savunma hakkı eşiğinin aşılmadığını ileri sürmektedir. Bununla beraber bu çerçevede kuvvet kullanma yasağı eşiğinin dolaylı olarak aşıldığının ileri sürülmesi mümkündür. Silah tedarikinin BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde kolektif yasal savunma hakkı olarak meşruiyetinin savunulması halinde ise silah tedariki yapan devletin artık silahlı çatışma tarafı olmadığını ileri sürmesinin mümkün olmadığını göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Klâsik uluslararası tarafsızlık hukuku savaşan taraflara silah tedarikini yasaklamaktadır. Savaş tarafı olmayan devlet statüsü ve nitelikli tarafsızlık yaklaşımları bu çerçevede yeni bir açılım teşkil etmektedir. Uluslararası teamül hukukunun bu yönde bir gelişme sağlayıp sağlamayacağı henüz belli değildir. Literatürde şimdiye kadar tereddütleri gideren açık bir yaklaşım ortaya konulmamakla beraber saldırının açık olduğu durumlarda tarafsızlık hukukunun mutlak olarak bağlayıcılığının iddia edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Devletlerin güncel uygulamaları ve uluslararası teamül hukukunun bu alandaki gelişimi de tarafsızlık hukukunun artık mutlak olarak iddia edilemeyeceğini göstermektedir.

İnsancıl uluslararası hukuk bağlamında silah tedarik eden devletin savaşan taraf olarak kabul edilmesi Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün raporuna göre verilen desteğin zamansal ve mekânsal olarak doğrudan somut operasyonla bağlantılı olması ve rakip savaş tarafın zarara uğramasına doğrudan katkı yapması kriterleri esas alınarak belirlenmektedir.

Uluslararası hukuk ve insancıl hukuk paralel alanlar olarak kuvvet kullanma yasağına (*ius contra bellum*) ilişkin ortak değerlere sahiptir. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fikrasında öngörülen kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak kabul edilen kolektif yasal savunma hakkı muvacehesinde üçüncü devletlerin silah desteklerinin onlara savaşan devlet statüsü verilerek meşrulaştırılmasına karşın insancıl hukukun kolektif yasal savunma yapan devletlere savaşan taraf statüsü vermeme olanağı bulunmamaktadır.

Bununla beraber silah tedariki yapan devletlere savaşan taraf statüsünün verilmesinin, somut örnekte Rusya-Ukrayna savaşı bağlamında Rusya'nın silah tedariki yapan devletlere operasyonlarını genişletmesine, dolayısı ile muhtemel silahlı saldırıların yeni uluslararası hukuk ihlallerine yol açması mümkündür. Bu bağlamda savaş kurallarına (*ius in bello*) göre insancıl hukukta kurallara riayet kaydıyla askeri hedeflere yönelik operasyonların yasak olmamasına karşın uluslararası hukukta silahlı saldırıların genel olarak yasaklandığının gözardı edilmemesi gerekmektedir.

KISALTMALAR:

AJIL	The American Journal of International Law
ET	Erişim Tarihi
Harv.L.Rev	Harvard Law Review
I.C.J.	International Court of Justice
ICLQ	International&Comparative Law Quarterly
ICRC	International Committee of the Red Cross (<i>Uluslararası Kızılhaç Komitesi</i>)
ILC	International Law Commission
IŞİD	Irak ve Şam İslam Devleti
Jahresband	baskı yılı (<i>Almanca</i>)
KUPS	Köln University Publications Server
LNTS	League of Nations Treaty Series
QIL	Questions of International Law
Rn	Randnummer
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UNGA	United Nations General Assembly
Va.J.Int.Law.	Virginia Journal of International Law
YALE J.INT'L.L.	Yale Journal of International Law

KAYNAKÇA

Ambos, Kai, “Wird Deutschland durch Waffenlieferungen an die Ukraine zur Konfliktpartei?“, Verfassungsblog, 28.2.2022, <https://verfassungsblog.de/wird-deutschland-durch-waffenlieferungen-an-die-ukraine-zur-konfliktpartei/>. (ET: 27.08.2024)

Bothe, Michael, “*The Law of Neutrality*”, bknz.: Dieter Fleck (ed), The Handbook of International Humanitarian Law (2.bası), C.20, No.1,2009

Bradley, Curtis A. / Goldsmith, Jack L., “*Congressional Authorization and the War on Terrorism*”, Harv.L.Rev., C.118, No.7, 2005, ss.2047-2490.

Corten, Oliver, The Law against War - The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law, Oxford, Hart Publishing, 2010

Dinstein, Yoram, War, Aggression and Self-Defence, 5.bası. Cambridge University Press, 2011.

Dörr, Oliver, “*Use of Force, Prohibition of*”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, 2022

Ferraro, Tristan, “*The ICRC’s Legal Position on the Notion of Armed Conflict*”, International Review of the Red Cross, C 97, No.900, 2015, ss.1227-1252.

Green, James A., “*The Article 51 Reporting Requirements for Self-Defence Actions*”, Va.J.Int.Law, C.55, No 3, 2015, ss.563-624.

Greenwood, Christopher, “*Scope of Application of Humanitarian Law*”, bknz.: Dieter Fleck (ed.), The Handbook of International Humanitarian Law, 2.bası, 2008, s.45-78.

Greig, Don W., “*Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?*”, ICLQ, C.40, No.2, 1991, ss.366-402.

Higgins, Rosalyn, The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Oxford University Press, 1963 .

Ingber, Rebecca, “*Co-Belligerency*”, Yale J.INT’L.L, C.42, No.1, 2017, ss.67-75.

Krajewski, Markus, “*Neither Neutral nor Party to the Conflict? On the Legal Assessment of Arms Supplies to Ukraine*”, Völkerrechtsblog, 9.3.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/neither-neutral-nor-party-to-the-conflict/>. (ET 27.0.2024)

Kreß, Claus, “*Der Ukraine Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot*”, bknz.: Universität zu Köln (ed.), Sonderdruck aus Juristische Studiengesellschaft (*Hukuk Araştırmaları Topuluğu, Özel Baskı, Jahresband 2021/2022*, ss.67-95.

Melzer, Nils, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Cenevre, 2009.

Oeter, Stefan, Neutralität und Waffenhandel, Berlin, Springer Verlag, 1992.

Pobjie, Erin Kimberley, “Use of force and Article 2(4) of the UN Charter: The Meaning of a Prohibited ‘Use of Force’ between States under International Law”, KUPS, PhD thesis (*doktora tezi*), Universität zu Köln, 2019.

Randelzhofer, Albrecht/Dörr, Oliver, ”Article 2(4)”, bkz.: Bruno Simma et.al. (eds.), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3.bası, Oxford University Press, 2012.

Rifaat, Ahmed M., International Aggression. A Study of the Legal Concept: Its Development and Definition in International Law, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1979.

Ruys, Tom, “The Meaning of “Force” and the Boundaries of the *jus ad bellum*: Are ‘Minimal’ Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?”, AJIL, C.108, No2, 2014, ss.159-210.

Talmon, Stefan A.G., “The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: the Case of Ukraine”, Universität Bonn, Research Paper No.20/2022 (6.2.2022).

Talmon, Stefan A.G., <https://verfassungsblog.de/waffenlieferung-an-ukraine-als-ausdruck-eines-wertebasierten-völkerrechts/>, (ET: 27.08.2024)

van Steenberghe, Raphaël/Lesaffre, Pauline, “The ICRC’s “support-based approach”: A Suitable but Incomplete Theory”, QIL, No.59, 2019, ss.5-23.

von Heinegg, Wolff Heintschel, “‘Benevolent’ Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality”, bkz.: Michael N. Schmitt / Jelene Pejic (eds.), International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines, International Humanitarian Law Series, C.15, Brill/Nijhoff, 2007, ss.43-568

von Heinegg, Wolff Heintschel, “Neutrality in the War Against Ukraine, Articles of War”, 1.3.2022, [https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/Lieber Institute/Articles of War](https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/Lieber%20Institute/Articles%20of%20War), (ET: 27.08.2024)

Kararlar:

27.6.1986 tarihli UAD kararı (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), bknz.: I.C.J. Reports 1986, s.14, 103 (Rn.195) ve 118, Rn.228.

08.07.1996 tarihli UAD kararı (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion), bknz.: I.C.J. Reports 1996, s.226,242, Rn.89.

19.12.2005 tarihli UAD kararı (Armed Activities on the Territory of the Congo Democratic Republic v. Uganda), bknz.: I.C.J. Reports 2005, s.168, 227 (Rn.164).

UNGA Resolution 2625 /xxv, 24.10.1970 (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, bknz.: GA-25th Session, A/RES/2525/(XXV).

UNGA Resolution 3314 / xxix, 14.12.1974 (Definition of Aggression), bknz.: GA 2339th plenary meeting, A/RES3314/(XXIX).

UNGA Resolution 42/22, 18.11.1987 (Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations), bknz.: GA 42th Session, A/RES/42/22.

UNGA Resolution 56/83, 28.01.2002 (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), bknz.: GA 56th session, A/RES/56/83.

¶ ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI SONRASINDA ANANIN SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKI

(THE MOTHER'S RIGHT TO FILE A CASE AGAINST THE FATHER FOR
REJECTION OF PARENTALITY AFTER THE CANCELLATION DECISION OF THE
CONSTITUTIONAL COURT)

Öğr. Gör. Halil Ahmet BAKIRCI * **

ÖZ

TMK m. 285 hükmünde evlilik süresince veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babasının koca olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile babalık karinesi oluşturulmuş olup, koca babalık karinesinin aksini iddia ederek çocuğun kendisinden olmadığını ispatlayabilir. Kanun koyucu babalık karinesinden kurtulma imkânı sağlayarak kocanın aslında kendi çocuğu olmadığı birisinin ömür boyunca bakım, maddi ve manevi ihtiyaç gibi birçok ihtiyacını sağlama sorumluluğundan kurtarma imkânı tanımış olmaktadır. TMK m. 286/1 hükmünde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce soybağının reddi davasının sadece baba tarafından açabileceği ve bu davanın koca tarafından açıldığında hasım olarak ana ve çocuğun gösterileceği belirtilmiştir. TMK m. 286/2 hükmünde de çocuğun dava hakkına sahip olduğu ve hasım olarak koca ve ananın gösterileceği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere 07/11/2024 tarihinden önceki kanun metninde anaya soybağının reddi davası açma imkânı tanınmamıştır. TMK m. 291 hükmünde de kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi yahut sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi durumlarda kocanın yerine soybağının reddi davası açabilecek kişiler düzenlenmiştir. Ana, bunlar arasında da sayılmamıştır.

TMK m. 286 ve m. 291 hükümlerinde ananın soybağının reddi davası açabilmesi düzenlenmemiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından TMK m. 286/1 hükmünün iptal edilmesi ile birlikte artık ana tarafından da soybağının reddi davası açılacaktır. Anaya soybağının reddi davası

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 21.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 21.11.2024; Onaylanma tarihi: 02.12.2024.

* Öğretim Görevlisi, Mersin Toros Üniversitesi Meslek Yüksek Okulu.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7149-6280.

Eserin Atf Şekli: Halil Ahmet Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Sonrasında Ananın Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.69-108.

açma hakkının tanınmaması Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edecektir.

Anahtar Kelimeler: *Türk Medeni Kanunu, Soybağı, Soybağının Reddi.*

ABSTRACT

Article 285 of the Turkish Civil Code (TMK) stipulates that a child born during the marriage or within three hundred days of its termination shall be presumed to be the child of the husband. This provision establishes a presumption of paternity, allowing the husband to rebut the presumption by proving that the child is not his. By providing an avenue to rebut the presumption of paternity, the legislator affords the husband the opportunity to avoid lifelong obligations, such as financial and emotional support, for a child who is not biologically his.

Before its annulment by the Constitutional Court, Article 286/1 of the TMK provided that only the husband could initiate a denial of paternity action and required the mother and child to be named as defendants in such an action. Article 286/2 stipulated that the child also had the right to file a denial of paternity action, naming the husband and the mother as defendants. As seen, under the legal framework prior to November 7, 2024, the mother was not granted the right to file a denial of paternity action.

Article 291 of the TMK further regulates the parties who may file a denial of paternity action in cases where the husband is deceased, declared missing, or has permanently lost legal capacity. The mother is not included among these parties.

Article 286 and Article 291 of the Turkish Civil Code do not provide the mother with the right to file a denial of paternity action. However, following the annulment of Article 286/1 by the Constitutional Court, the mother will now be able to initiate such an action. The Constitutional Court decision emphasized that the absence of this right for the mother constitutes a violation of the right to respect for private life.

Keywords: *Turkish Civil Code, Parentage, Denial of Paternity*

GİRİŞ

Soybağının reddi davasında babalık karinesi önem arz eder. Babalık karinesi TMK m. 285 hükmünde düzenlenmiştir¹. İlgili hükmün

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, R.G., 08/12/2001, T.S. :24607
YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

gerekçesinde de belirtildiği üzere madde, 1984 tarihli Ön tasarının 223'üncü ve kaynak İsviçre Medenî Kanununun 255'inci maddeleri örnek alınarak düzenlenmiştir. Maddede evlilik süresince veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babasının koca olacağı hükme bağlanmış olup, babanın söz konusu karinenin aksini soybağının reddi davası açarak ispat etme imkânı bulunmaktadır. Ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulması için ise, çocuğun anasının tespiti yeterlidir. Çocuk ile ana arasında soybağı doğum ile kurulmakta olup, ana tarafından herhangi bir tanıma veya başka bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Çocuk, nüfus kütüğüne anası dışında başka bir kadının çocuğu olarak yazılmış ise, bu durumda soybağının reddi değil, nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile söz konusu durum düzeltilebilir. Soybağına ilişkin hükümler Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku Kitabının hısımlık başlıklı 2. kısmı olan soybağının kurulması bölümünde düzenlenmiştir. Çalışma konumuz olan soybağının reddine ilişkin hükümler ise, TMK m. 286 ve m. 291 arasında düzenlenmiştir.

Çalışmanın başlangıcında soybağı kavramı üzerinde durulmuştur. Akabinde soybağının reddine ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'ndaki hükümler açıklanmıştır. Daha sonra soybağının reddi davasını açabilecek kişiler ve davanın açılması için gereken şartların neler olduğu İstinaf ve Yargıtay kararları örnekleri ile detaylı şekilde işlenmiş; soybağının reddi davasını açma hakkı olan kişiler arasında ananın bulunmamasına yönelik olarak görüşler Anayasa Mahkemesinin kararı ışığında anlatılmıştır². Son olarak soybağının reddi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükmün ne zaman yürürlüğe gireceği ve nedenleri işlenmiştir.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi tarafından ana tarafından soybağının reddi davası açılmayacağına ilişkin kanun hükmünün iptal edilmesi ile beraber meydana gelen hukuki durum ile karara ilişkin olarak görüşlerimiz Anayasa Mahkemesi kararı dikkate alınarak incelenmiştir. Kanun koyucu, iptal kararından sonra yapmış olduğu yeni düzenleme ile birlikte anaya da soybağının reddi davası açma imkanını tanımış ve bu davanın açılmasına ilişkin şartları belirtmiştir.

² Anayasa Mahkemesi, E. 2023/37, K. 2023/140, T. 26/7/2023, R.G. Tarih - Sayı: 20/10/2023 – 32345, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/140>, E.T. 24.01.2024.

I. SOYBAĞI KAVRAMI

Soy kelimesi sözlükte “Bir atadan gelen kimselerin topluluğu; ev, asıl, cins, ırk, nesep, sülale, uruk, kan” olarak tanımlanmaktadır³. Bağ kelimesinin anlamına bakıldığında ise “ilişki” olarak tanımlanmaktadır⁴. Soybağı, görüleceği üzere birinin soyundan gelen kişiler arasındaki ilişkidir. Belirli bir soya bağlı olmaya soybağı denilmektedir⁵. Ancak kan bağı ile birlikte hukuki bir münasebetin de olması gerekmekte olup, kan bağı hukuk düzenince aranan şartlar çerçevesinde gelişmiş olmalıdır⁶. Ana, baba ve çocuklar arasında bulunan altsoy ve üstsoy hısımlık ilişkisi soybağı olarak adlandırılır⁷. Soybağı sadece ana ve babadan ibaret olmayıp, alt soy ve üst soyu da kapsar⁸.

Çocuk kelimesi ise sözlükte, ana ve babaya soybağıyla bağlı olan, ana ve babanın soyundan gelen, ana ve babadan türeyen kişi olarak ifade edilmektedir⁹.

³“Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, www.sozluk.gov.tr., E.T. 18.11.2023.

⁴“Türk Dil Kurumu Sözlükleri”, www.sozluk.gov.tr., E.T., 18.11.2023.

⁵ Kemal Akar; “Soybağı Tespiti”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 17; Bilge Ateş, “Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, 2016, s. 3. Azime Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Akdeniz Üniversitesi, 2019, s.3; Sinem Tarım, “Soy Bağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi, 2020, s. 4; Murat Uyumaz, “Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Erzincan Üniversitesi, 2014, s. 3; Mustafa Aytunç Özen “Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı, Yüksek Lisans Tezi 2023, s. 5; Yılmaz/Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 247.

⁶“Bilindiği üzere, soybağı birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki ilişkiyi ifade ettiğinden bu kavram içerisinde kan bağının yanında hukuki münasebetin de bulunması, diğer bir ifadeyle kan bağının hukuk düzeninin aradığı koşullar içerisinde oluşması zorunludur.” TC. Yargıtay 2. HD., 06.04.2022 T. E. 2021/6068, K. 2022/3333, www.sinetjimevzuat.com.tr, E.T. 18.11.2023.

⁷ Erdoğan/Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Ankara: Gazi Yayınevi, 2021 s. 261. Özgür Güvenç, “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara Yıl 15. S.58, 2024, s.299.

⁸Büşra Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Hitit Üniversitesi, 2023, s. 4.

⁹İlknur Deniz, Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021 s.16.

Soybağı 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki nesep sözcüğünün yerine tercih edilmiştir¹⁰. Soybağı (nesep), birbirlerinin soyundan veya ortak bir soydan gelen kişiler arasındaki bağı ifade etmektedir. Soybağı, hem dar hem de geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlam bakımından soybağı çocuk, ana ve baba üçlüsü arasındaki bağıdır. Geniş anlam bakımından soybağı ise birbirlerine kan bağı ile bağlı olanlar arasındaki ilişkidir¹¹. Çalışmamız anlamında ele alınan soybağı, çocuğun ana ve babası ile arasındaki doğal veya hukuki bağıdır¹². Çocuk ile ana ve baba arasındaki soybağı da, meydana geliş şekline göre doğal soybağı ve yapay soybağı olarak ayrılmaktadır. Doğal soybağı, doğum ile meydana gelmekte olup, yapay soybağı olarak ifade edilen evlat edinme yolu ile meydana gelen soybağı ise mahkeme kararı ile meydana gelmektedir¹³.

¹⁰ “Soybağı, 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu'ndaki nesep sözcüğünün yerine 4721 sayılı TMK ile getirilip, hukuk diline kazandırılan bir terimdir ve biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun ecdadı, üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı ifade eder. Dar anlamda soybağı ise sadece çocuklar ile ana ve babaları arasındaki bağlantıyı, başka bir deyişle çocuğun ana ve babasına bağımlı ifade eder ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku kitabında düzenlenmiş olan soybağı da bu dar anlamdaki soybağıdır.” T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2015, E. 2014/2-226, K. 2015/2029, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 18.11.2023.

¹¹Zafer Zeytin/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 213; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 83. Kolak, Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, s. 4; Mustafa Aytunç Özen, Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza, s. 6.; Gülçin Çam, “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2023, s.4. Özlem Sarı Fidan, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”, *Adalet Dergisi*, Sayı 70, Nisan 2023, s. 122.

¹²“Geniş anlamda soybağı bir kimsenin üst soyu ile olan kan bağıdır; dar anlamda soybağı ise, bir kimsenin sadece ana-babasıyla arasındaki biyolojik bağı ifade etmektedir. Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik (genetik) olarak türemiş olduğu kişiler arasındaki bağı doğal soybağı (biyolojik nesep), hukuk düzeni tarafından aranan bazı koşulların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda, ana-baba ile çocuk arasında kurulan bu hukuki ilişkiye ise hukuki soybağı (hukuki nesep) denir. Buna göre soybağı, bir kimseyle ana-babası arasındaki doğal ve/veya hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 04.05.2023, E. 2023/962, K. 2023/2192, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 18.11.2023.

¹³ Emine Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması”, Ankara, Pegem Akademi, 2022, s. 138; Begüm Alpat, “Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Çığ Üniversitesi, 2021, s. 4; Ateş, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, s. 4; Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 4; Yılmaz/Yıldırım, *YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)*

Velayet hakkı için çocuk ile soybağının hukuki bakımdan kurulmuş olması gerekmektedir¹⁴. Soybağı kavramı oldukça büyük bir öneme sahiptir. Nitekim ana ve babanın çocuk üzerindeki hak ve yükümlülükleri soybağının kurulması ile hukuki dayanağa kavuşur. Çocuk için iştirak nafakası veya bakım nafakası gibi nafakaların kaynağını soybağı gereğince ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler oluşturmaktadır¹⁵.

II. SOYBAĞININ KURULMASI

TMK m. 282 hükmünde düzenlendiği üzere çocuk ile ana arasındaki soybağı doğum olayı ya da evlat edinme yoluyla kurulmakta olup, ananın çocuğu tanınması söz konusu olmayacaktır¹⁶. Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise ana ile evlilik, babanın çocuğu tanınması veyahut hâkim kararı ile meydana gelir. Bunların yanında çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağı evlat edinme yolu ile de kurulabilir¹⁷. Nitekim bu husus TMK m. 282' de "*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Evlenme yolu ile soybağının kurulmasında çocuğun evlilik birliği içerisinde doğması yeterli olup, herhangi bir sürenin geçmesi aranmamıştır. Çocuk evliliğin kurulmasından bir gün sonra doğsa dahi, koca çocuğun babası sayılmaktadır. Ayrıca evliliğin geçerli bir evlilik olması da şart olmayıp, TMK md 157'ye göre evlilik mutlak butlan veya nispi butlan sebeplerinden birisi dolayısıyla sakat olsa bile, hâkim tarafından evliliğin butlanına karar verilene kadar doğan çocukların babasının koca olduğu

Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, s. 256; Şaban Kayıhan, Medeni Hukuk Bilgisi Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 343.

¹⁴ Canan Yılmaz, Velayet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 27; Ahmet Cemal Ruhi, Canan Ruhi, Velayet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 29; Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 271; Ekin Tuna "Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı" Doktora Tezi, T.C. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı Doktora Tezi 2022, s. 17.

¹⁵ Merve Bilge Akbulut, Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 21.

¹⁶ Kemale Leyla Aslan Bingöl, Medeni Hukuk Dersi Soruları ve Cevaplar, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2020, s.138; Aydos, Pratik Medeni Hukuk, s.140; Akar, Soybağı Tespiti, s. 13; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 9.

¹⁷ Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 10; Özen, Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza, s. 28; Metin İkizler, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 178.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

kabul edilmekte olup, ayrıca ana ve kocanın iyi niyetli olup olmaması da durumu değiştirmeyecektir.¹⁸ Eşler arasında ayrılık kararı bulunsa dahi babalık karinesi uygulama kabiliyetine sahiptir¹⁹.

Ana ile evlenme, tanıma yahut evlat edinme yoluyla soybağı kurulacak ise bu durumda çocuğun başka bir erkek ile soybağı ilişkisinin olmaması gerekmektedir²⁰. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi mevcut ise bu durumda öncelikle bu soybağı ilişkisi kaldırılmalıdır²¹. Bunun için de soybağının reddi davası açılması gerekecektir²². Açılan davada hem soybağının reddi hem de babalığın tespitinin talep edilmesi halinde mahkeme tarafından soybağı bulunduğu gerekçesi ile babalığın tespiti davası hemen reddedilmemeli, soybağının reddi ile babalık davası tefrik edilmeli ve babalık davasında soybağının reddi davasını bekletici mesele yapılmasına yönelik karar verilmelidir²³.

¹⁸Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 356.

¹⁹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt -III Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2024, s. 255; Hüseyin Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.126. Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 23.

²⁰ Salih Karadeniz, “Soybağının Reddi Davası”, s. 120. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2467627>, E.T. 21.11.2023; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 23; Yılmaz, Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, s. 253; Aydın Zevkliler, Emre Cumalıoğlu, Mehmet Beşir Acabey, Medeni Hukuk -III Aile Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024, s. 341.

²¹ Aydos, Pratik Medeni Hukuk, s.142. Zeytin/Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 221; Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024, s. 337.

²²“Ayrıca babalığın hükmen tespiti istemi yönünden müteveffa ... ile babası ... arasındaki soybağı ilişkisi geçersiz kılınmadıkça babalık davasının dinlenmesi mümkün olmadığı” T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T.04.05.2021, E. 2021/547, K. 2021/4022, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 18.11.2023.

“Ayrıca çocuk ile dava dışı Ö. arasında soybağı ilişkisi bulunmakta olup bu bağ kaldırılmadıkça babalık davası dinlenmez.” T.C. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, T. 31.03.2014, E. 2013/19778, K. 2014/5824, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 18.11.2023.

²³ “Maddi olayları ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hakime aittir (6100 sayılı HMK m. 33). Dosyanın yeniden yapılan incelemesinde; iddianın ileri sürülüş şekline göre, davacının dava dilekçesinde babalığın tespiti yanında soybağının reddi talebinde de bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı tarafından sunulan 24.10.2019 havale tarihli ıslah dilekçesi ise dava dilekçesinin açıklaması niteliğindedir. Buna göre mahkemece “Soybağının reddi” ve “babalık davası” olarak davalar tefrik edilip, eldeki davaya babalık davası olarak bakılması ve soybağının reddi davasının sonuçlanması bekletici sorun yapılması gerekirken, yerinde olmayan

YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

III. ANA İLE ÇOCUK ARASINDAKİ SOYBAĞININ KURULMASI

Ana ile çocuk arasındaki soybağı, doğum ile kendiliğinden kurulacaktır (TMK m.282)²⁴. Bunun yanı sıra evlat edinme halinde ise soybağı hukuki işlem ve mahkeme kararı ile kurulmaktadır. Çocuğu doğuran ana ile arasında soybağının kurulması için ananın evli olup olmaması önem arz etmez²⁵. Çocuk ile çocuğu doğuran ana arasındaki soybağının tesisi için herhangi bir işleme veya mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Anası belli olmayan çocuk için ise analığın tespiti (çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti) dava açılacaktır. Bu durumda açılan davada çocuk ile ana arasındaki soybağının kurulması değil, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti, dava konusu olacaktır²⁶.

Soybağının kurulması bakımından önem arzeden bir diğer durum da evlat edinmedir. Evlat edinmeyi mümkün kılan ilk kanun 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi' dir. TMK'da m. 315 ve m.316'da evlat edinmeye ilişkin hükümler düzenlenmiştir. TMK'ya göre evlat edinme işlemi hakim kararı ile olmaktadır. Evlat edinme tek taraflı hısımlık meydana getirmektedir. Hısımlık yalnızca evlat edinen ile evlatlık arasında meydana gelmektedir²⁷.

gereğe ile davanın reddi doğru görülmemiştir. O halde; davacının karar düzeltme talebinin kabulü ile Dairemizin 25.01.2022 tarihli, 2021/5979 esas, 2022/575 karar sayılı onama ilamının kaldırılmasına, hükmün açıklanan nedenle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 16.05.2022, E. 2022/3794, K. 2022/4436, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023.

²⁴Akar, Soybağı Tespiti, s. 22; Alpat, “Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler” s. 53; Ruhi/Ruhi, Velayet Hukuku, s. 37; Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 14. Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 17; Yılmaz/Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, s. 253.

²⁵Kayihan, Medeni Hukuk Bilgisi, s. 344; Tuna, “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı” s. 155.

²⁶“Çocuk ile ana arasında soybağı, doğumla kendiliğinden kurulur. Çocuk ile annesi arasındaki soybağının tesisi için, hükme gerek bulunmadığından, çocuğun annesi ile soybağı ilişkisinin kurulması değil, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespiti dava konusu edilebilir.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 31.05.2023, E. 2023/4426, K. 2023/2780, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023;

K. Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu” s. 5; Özen, Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza, s. 29; Melike Belkis Aydın, “Yapay Dölleme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, s. 36.

²⁷“Evlat edinme işleminin tek sonucu mirasçılık olmayıp; ayrıca evlenme yasağı, soyadının değişmesi, soybağının kurulması, velayet bakım ve yükümlüğü ve nafaka yükümlülüğü gibi YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

IV. BABALIK KARİNESİ

TMK m. 285 hükmünde babalık karinesi düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre: “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.”

Kanunda evlilik birliği veya bu birliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olacağı hükme bağlamıştır. Maddenin ikinci fıkrasında da üç yüz günlük süre geçtikten sonra çocuğun kocaya bağlanmasının ananın evlilik sırasında gebe kaldığını ispatlaması durumunda mümkün olacağı belirtilmiştir. TMK m. 285 hükmüne uygun şekilde şartlar oluşması halinde kocanın baba olduğu kabul edilerek koca ile çocuk arasında soybağı tesis edilecektir. Buna “babalık karinesi” denilmektedir.²⁸ Bu konu ile ilgili üzerinde durulması gereken diğer bir husus TMK m. 290’da düzenlenen karinelerin çakışmasıdır. Maddede bir çocuğa ilişkin olarak, aynı anda iki kişinin birden babalık karinesine sahip olması durumu düzenlenmiştir²⁹. “Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır.”

Evliliğin sonra ermesi ile birlikte ana üç yüz gün beklemeden evlenmiş ise ikinci evlilik süresinde doğan çocuğun babası evlilikteki koca sayılacaktır³⁰. Ancak eski koca söz konusu karinenin aksini ispat ederek kendisinin baba olduğu iddia edebilir.

durumlar da bu hukuki işlemler neticesinde meydana gelmektedir. Örneğin TMK. m. 500 hükmünde belirtildiği üzere evlatlık ve altsoyu evlat edinene kan hısmı gibi mirasçı olacaktır. Ancak evlat edinen kişi evlatlığın mirasçısı olamayacaktır“; Saliha Okur Gümrükçüoğlu, Osmanlı Devleti’nde Evlat Edinme ve Koruyucu Aile, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s.158. Zeytin ve Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 286. Başak/Çevik/Tek, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, s. 76;Çam “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, s. 36.

²⁸ Zevkliler, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 371.

²⁹Fidan, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”, s. 126; Zevkliler, Medeni Hukuk -III Aile Hukuku s. 343; Güvenç, “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler s. 300.

³⁰ “Söz konusu durumda evlilik batıl olup, nispi butlan sebebi oluşturacak olup, doğan çocukların babası batıl evlenmedeki kocadır.” İkizler, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, s. 247; İkizler/Tüzüner, Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, s. 321.

Çocuk ile anası ve babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması çeşitli kriterlere bağlanmıştır. Çocuğu doğuran kişinin çocuğun annesi olduğu kabul edilmekte dolayısıyla da çocuk ile ana arasındaki soybağı ilişkisi kurulmaktadır. Babalık karinesinin temelini ise cinsel ilişki değil, döllenme olayının oluşturduğu kabul edilmektedir. Zira günümüzde sağlık alanındaki yeniliklerin de hızla gelişmesi nedeniyle çiftlerin çocuk sahibi olmasındaki engeller azalmıştır³². Çocuk sahibi olabilmek için doğal döllenme ile yapay döllenme arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır³³. Yapay döllenme tıbben dört şekilde karşımıza çıkacaktır³⁴: “Birincisi normal yolla hamile kalamayan karı ve kocanın üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında tüp (*in vitro*) içinde döllenerek oluşan embriyonun belirli bir süre sonra kadının döl yatağına yerleştirilmesidir. Yapay döllenme yolu ile dünyaya gelen çocuk ile doğal yolla döllenmiş olan çocukların soybağlarının oluşmasında hukuki açıdan herhangi bir fark olmayıp, yapay döllenme yolu ile dünyaya gelen çocuklar da doğrudan soybağına sahip olur³⁵. İkincisi, kocanın üreme hücresinin başka bir kadının üreme hücreleri ile laboratuvar ortamında döllenerek karının döl yatağına yerleştirilmesidir. Sorunsuz olan sağlıklı yumurta, alıcı annenin rahmine kocasının spermeleri ile döllendirebilmektedir. Yani kadın kocasının spermeleri ile çocuk sahibi olmakta ancak yumurta doğum yapana değil, başka bir kadına aittir. Bu durumda çocuğun annesinin kim olacağı meselesi gündeme gelmektedir. TMK md. 282/1’de çocuk ile ana arasındaki soybağının doğum ile kurulacağı düzenlenmiştir. Bu durumda hukukumuzun biyolojik anneye

³¹ Bingöl, Medeni Hukuk Dersi Soruları ve Cevaplar, s. 140; Deniz, Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında, s. 20; Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 20. Arslan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 88. Çam “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, s. 15; Başak/Çevik/Tek, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, s. 31; İkizler, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, s. 247.

³² Seda Ergüneş, “Yapay Döllenme”, *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 2012, s.167.

³³ Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, s. 143.

³⁴ Işıl Tüzün Arpacıoğlu, “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt 5, No 1, 2013, s. 14-15; Zevkliler/ Cumalıoğlu /Acabey, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 328.

³⁵ Cemile Turgut, “Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar”, Yüksek Lisans Tezi, T. C. İstanbul Üniversitesi, 2014, s. 20. Paksoy, “Soybağının Reddi”, *TBB Dergisi*, s. 370.

üstünlük tanıdığı görülmektedir³⁶. İlgili ihtimalde başkasına ait yumurta ve sperm birleştirilip embriyo elde edilmiş ve yumurtanın sahibi olmayan kadını rahmine transfer edilmiş ise bu durumda nüfus kütüğüne anne olarak kaydedilecek olan genetik annesi değil taşıyıcı annesidir³⁷. Kanun koyucu çocuğun üstün yararını esas alarak tek bir anneye bağlanması gerekliliğine ilişkin düzenleme yapmıştır³⁸. Bu düzenleme ile anneliğin reddi olanağı ortadan kaldırılarak çocuğun anne bakımından soybağından yoksun kalmasının önüne geçilmektedir³⁹.

Üçüncüsü, taşıyıcı annelik olup kocanın üreme hücrelerinin tüpte birleştirilmesi ve başka bir kadının döl yatağına yerleştirilmesidir. Bu ihtimalde anne çocuğu doğuran kadın olacağından, çocuğun genlerini taşıdığı kadın ile arasında bir soybağı kurulamayacak bunun yanı sıra çocuğun annesi olan kadın ile koca arasında evlilik birliği bulunmadığı için, koca ile çocuk arasında da soybağı kurulmayacaktır⁴⁰.

Dördüncüsü ise, karı ve kocanın üreme yeteneğinden yoksun olması halinde başka kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında dölleniş ve bu embriyonun karının döl yatağına yerleştirilmesidir.” Bu ihtimalde yumurta gibi sperm de 3. bir kişiye ait olabilir. Bu durumda ise doğuran kadın anne olarak eğer evli ise koca da baba olarak kaydedilecek ve çiftin soybağının reddi davası açma hakkı bulunmayacaktır. Yapay döllenişte soybağı ile sorunlardan birisi de kocanın spermlerinin onun ölümünden sonra eşi tarafından kullanıldığında doğacak çocuk ile koca arasında soybağının kurulup kurulamayacağıdır. Dölleniş yumurtanın koca öldükten sonra kadının rahmine yerleştirilmesi halinde, evlilik içinde ana rahmine düşme ve evlilik sırasında gebe kalma koşulları gerçekleşmediği için, doğan çocuk ile koca arasında soybağı kurulamayacaktır⁴¹.

³⁶ Ateş, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, s. 178; Karadeniz, “Soybağının Reddi Davası”, s.122; Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 20; Çam “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi” s. 45.

³⁷Ramazan Turan, “Soybağının Reddi Davası ve Yapay Dölleniş, Tüp Bebek ve Taşıyıcı Annelik Hallerinde Soybağının Belirlenmesi ve Reddi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 15, Sayı 168, Ağustos 2020, s. 1651-1662, Jurix, ET., 20.01.2024.

³⁸Aydın, “Yapay Dölleniş Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, s. 65.

³⁹ Aydın, s. 65.

⁴⁰ Arpacıoğlu, s. 18.

⁴¹ Ergüneş, “Yapay Dölleniş”, s.172; Başak/Çevik/Tek, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, s. 21.

Günümüz teknolojisindeki gelişmeler yapay döllemenin yanı sıra bir kadının rahminden tamamen bağımsız bir cihazda gebelik oluşabilmesine de imkân vermektedir. Yapay rahim teknolojisi adı verilen söz konusu uygulamada, erken doğum yapan gebe bir kadının rahminde bulunan cenin, gebeliğin geri kalan kısmı için yapay bir rahme aktarılabilmekte ya da bunun ötesinde gebelik sürecinin tamamen bu yapay ortamda oluşması ve tamamlanması da öngörülmektedir⁴². Bu konuya ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda bir düzenleme mevcut değildir. Acaba ceninle anne arasında soybağının kurulabilmesi için ana rahmine yerleşmiş olması gerekli midir? Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre bu durumda cenin ile anne arasında soybağı kurulamayacaktır. Kanunun hükmünü dikkate alırsak çocuğu doğuran kadınla, başka bir ifade ile biyolojik ana ile çocuk arasında doğumun gerçekleşmesi ile birlikte soybağı kurulacaktır. Ancak embriyonun şekillenmesinde yumurta hücresi kullanılan kadının, yani genetik ananın çocuğun gerçek anası olduğu da iddia edilebilir⁴³. Nomer'e göre, ana ile çocuk arasındaki soybağının belirlenmesinde genetik bağa üstünlük tanınmalıdır⁴⁴. Kanun soybağının belirlenmesinde kan bağına temel almıştır. Ancak çocuğu dünyaya getiren kadın onun anasıdır kuralı aksi iddia edilebilir bir karine olarak değerlendirilmeli ve gerçek annenin tespiti halinde annelik bağının son bulabileceği kabul edilmelidir⁴⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun soybağı sistemine göre, çocuk ile baba arasında soybağı ya vardır ya da yoktur. Çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi hukuken mevcut değilse bu durumda düzgün olmayan bir soybağı hali vardır ve çocuk babasının mirasçısı olamayacaktır. Görüleceği üzere soybağının kurulmuş olması çocuk açısından miras hakları bakımından da önem arz eden bir husustur. Zira TMK m. 498 hükmüne göre de çocuğun baba yönünden mirasçısı olabilmesi için baba ile çocuk arasında soybağının hukuken kurulmuş olması gerekir. Çocuk evlilik ilişkisi içerisinde doğmamış olsa dahi TMK m. 285 hükmüne göre çocuk ile baba arasında babalık karinesine göre yahut TMK m. 282 hükmüne göre evlilik, tanıma yahut hakim kararı ile soybağı kurulmuş ise çocuk babasının mirasçısı

⁴² Ceylan Özge Yenice, "Yapay Rahim Teknolojisi ve Ceninin Hukuka Konumuna Etkisi", 4. Tıp Hukuku Kongresi, 2021, s.228. https://www.researchgate.net/publication/348677328_Yapay_Rahim_Teknolojisi_ve_Cenin_Hukuki_Konumuna_Etkisi, ET. 21.01.2024.

⁴³ Cem Baygın, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *AÜEHFD*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 257.

⁴⁴ Baygın, s. 257.

⁴⁵ Baygın, s. 257.

olacaktır⁴⁶. Ayrıca vatandaşlık kazanılmasına ilişkin olarak 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 5 hükmünde vatandaşlığın doğumla veya sonradan kazanılacağı düzenlenmiştir. Madde 6'da ise doğum ile kazanılmış olan vatandaşlığın asli vatandaşlık olacağı, soybağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılacağı ve doğum anından itibaren hüküm ifade edeceği belirtilmiştir⁴⁷.

V. SOYBAĞININ REDDİ DAVASI

A. GENEL OLARAK

Soybağının reddi; babalık karinesini ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir davadır⁴⁸. Bu dava ile baba ile çocuk arasındaki soybağı çocuğun doğum tarihinden itibaren kalkmaktadır. Böylece çocuk evlilik dışında doğmuş çocuk sayılır⁴⁹. Soybağının reddi davası soybağının genetik ve hukuki olarak tespit edilmesine yönelik olan davadır⁵⁰. Soybağının reddi davası, babalık karinesinin çürütülerek çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Babalık karinesi adi bir karine olup, soybağının reddi davası açılarak söz konusu karinenin aksi ispatlanabilecektir⁵¹. Soybağının reddi davası sonucunda soybağı ortadan

⁴⁶ İnan/Ertas/Albaş, İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, s. 104; Erdoğan/Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, s. 266.

⁴⁷ Türk Vatandaşlığı Kanunu, T. 12/6/2009, S. 27256; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 19; Kolak, "Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu" s. 11; B.Çam "Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi" s. 40.

⁴⁸ Gülnihal Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, 97 (2011), 354. E.T. 21.11.2023; Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 8; Gözde Canan Özdemir "Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası", Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Aydın Üniversitesi, 2018, s. 31; Ateş, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, s. 25. Kolak, Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, s. 6; Uyumaz, "Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler" s. 18; Sarıbaş, "Soybağının Kurulması ve Hükümleri", s. 22; Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk- III, Aile Hukuku, s. 349

⁴⁹ Bingöl, Medeni Hukuk Dersi Soruları ve Cevaplar, s.138. Karadeniz, "Soybağının Reddi Davası", s. 130, Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, s. 123; Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik s. 279; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 18. Arslan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 93; Çam "Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi", s. 36; Aydın, "Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları", s. 47; Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, s. 247-427.

⁵⁰ Akar, Soybağı Tespiti, s. 13.

⁵¹ Yılmaz, Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, s. 250; Zehra Gizem Ateş, "2023" den Günümüze Anayasa *YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)*

kalkmakta ve çocuk, baba yönünden soybağı bulunmayan statüsüne girmiş olmaktadır⁵².

Çocuk ile baba arasındaki soybağının düzeltilmesi istenmekte ise, soybağının reddi davası açılması gerekecektir. Soybağının reddi davası ile nüfus kaydının düzeltilmesi davası birbirine karıştırılmamalıdır. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında nüfus kaydının gerçeği yansıtmadığı, yani kaydın kütüğe en baştan yanlış şekilde geçirilmesi durumu söz konusudur⁵³. Soybağının reddinde ise aslında kütükteki kayıt doğru şekilde oluşturulmuş, evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden belli bir süre sonra doğan çocukla koca arasında soybağı kurulmuştur. Ancak bu gerçeğe aykırıdır. Bu sebeple daha sonradan soybağının reddi davası açılarak kocanın baba olmadığı ispatlanmak suretiyle soybağının yanlış oluşturulduğunun ortaya konması söz konusudur. Her ne kadar birbirine benzer görüne de, soybağının reddi ile nüfus kayıtlarının düzeltilmesi arasında içerik ve yargılama kuralları açısından önemli farklar bulunmakta olup bunların her biri kendi özel hükümlerine bağlıdır⁵⁴.

Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Eylül 2024, s. 702.

⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt- III, Aile Hukuku, s. 258.

⁵³ Akar, Soybağı Tespiti, s. 23; Karadeniz, "Soybağının Reddi Davası", s. 130; Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, s.123. Turgut, "Yapay Dölllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, s. 25; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 13; Zeytin/Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 216; Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk- III, Aile Hukuku, s. 349.

⁵⁴"Kayıt düzeltilmesi ise, aile kütüğüne işlenmiş kaydın bir kısmının düzeltilmesi veya değiştirilmesidir. Nüfus kütüklerindeki doğru olmayan kayıtların düzeltilmesi için mahkemeden karar alınması zorunludur. İşte bu noktada, nüfus kütüğünde yer alan doğru olmayan kayıtlar, ilgilileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından açılacak olan kayıt düzeltme davası ile gerçek durumuna uygun hale getirilebilir ki, bu dava uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi davası olarak adlandırılmakta olup zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davalarda, her türlü kanıta başvurulabilir (YHGK, 11.02.1998, 2-87/77). Soybağının reddi davası ile kayıt düzeltme davası, sonuçları (hane dışına çıkarmak) bakımından benzerlik göstermekte ise de, içerik ve yargılama kuralları açısından kendi özel hükümlerine bağlıdır. Soybağının reddinde, kişisel duruma ilişkin nüfus kaydında yer alan bilgi doğru olarak meydana gelmiş ve kütüğe tescil edilmiştir. Ancak bu doğru daha sonra soybağının reddi davası ile teknik anlamda bir yanlışlığa dönüştürülmüştür. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, nüfus kaydının gerçek durumu yansıtmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe geçirilme söz konusudur (HGK 30.01.2008 gün 2008/2-36-47 Sayılı kararından)." T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 04.04.2019, E. 2017/8963, K. 2019/3695, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023. Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, 356.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

Soybağının reddi davasında görevli mahkeme, aile mahkemesidir⁵⁵. Yetkili mahkeme ise, TMK m. 283 hükmü uyarınca davaya taraf olanların dava açılacağı zamanki yerleşim yerleri veya çocuğun doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemeleridir⁵⁶. Taraflardan birisinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmamakta ise, bu durumda yetkili mahkeme 5718 sayılı MÖHUK m. 41 hükmüne istinaden yetkili mahkeme belirlenecektir^{57 58}.

Soybağının reddi davası geçmişe etkili olacak şekilde sonuç doğuracaktır⁵⁹. Mahkeme tarafından soybağının reddi davası görüldüğü zaman soybağının reddi davası ile çocuğun davacıdan olmadığı tespit edilene kadar davacı koca tarafından çocuk için bir takım bakım, eğitim ve korumaya ilişkin masraflar yapılmış olabilecektir. Bu durumda çocuğun babası olmayan davacının yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre çocuğun gerçek ana ve babasından talep etmesi mümkündür⁶⁰.

⁵⁵ “Soybağının reddi davalarında görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4. maddesi uyarınca aile mahkemesidir.” T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 09.03.2021, E. 2020/8-269, K. 2021/228, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023.

⁵⁶ “Madde 283. Yetki Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılır.”

⁵⁷ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 12/12/2007, Sayı : 26728.

⁵⁸“MADDE 41. Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibarıyla yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”

⁵⁹Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri, s. 287; İkizler/Tüzüner, Medeni Hukuk- II, Aile Hukuku, s. 336.

⁶⁰ “4721 sayılı TMK’nın “Babalık karinesi” başlıklı 285. maddesine göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. TMK’nın 286. maddesinde ise soybağının reddi davası açılarak babalık karinesinin çürütüleceği belirtilmiştir. Eldeki davada, soybağının reddi davası ile çocukların davacıdan olmadığı ve biyolojik babalarının davalı olduğu tespit edilinceye kadarki dönemde, davacının TMK’nın 327. ve 328. maddeleri gereğince, velâyet hakkına sahip olan baba sıfatıyla çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamış olması hayatın olağan akışına uygundur. Şu durumda, davacının maddi zararını kanıtlanması ve miktarının tam olarak tespiti mümkün değilse de, yerel mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler dikkate alınarak çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlar birlikte değerlendirilip, BK’nın 42/2. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir miktar maddi tazminatın davalı’dan tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir.” T. C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.19.03.2019, E. 2019/4-85, K. 2019/314, www.kazancimevzuat.com.tr, YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

Taraflar davayı kabul etmiş olsa dahi, örneğin ana çocuğun başkasından olduğunu belirterek davayı kabul etse bile hâkim davayı kabul beyanı ile bağlı değildir. Bu durumda resen araştırma ilkesi geçerli olup, ikinci tanık listesi verme yasağı da olmayacaktır⁶¹. Hâkim gerekirse HMK m. 292 hükmü çerçevesinde haklı bir sebep yokken doku incelemesinden kaçınan taraflara zor kullanmak sureti ile DNA araştırması yapacak olup, masrafların belirlenen süre içerisinde ödenmemesi durumunda dava sonucunda ödemesi gereken taraftan alınmak üzere hazine tarafından karşılanmasına karar verilecektir⁶². DNA testi neticesinde %99.8 oranında soybağı tespit edilebilmekte olup, söz konusu oran ile babalık karinesi çürütülebilecektir⁶³. TMK m. 284/b.2 hükmünde de hâkimin soybağına ilişki olan hususları resen araştıracağı ve delilleri serbestçe takdir edeceği hüküm altına alınmıştır⁶⁴.

E.T. 20.11.2023. Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 19; İkizler ve Tüzüner, Medeni Hukuk -II, Aile Hukuku, s. 336.

⁶¹Yılmaz Çağlayan, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 502. Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 86; Çağlayan, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 661.

⁶²“Ayrıca 4721 sayılı TMK’ nın 284. maddesine göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarının uygulanması asıl olmakla birlikte, soybağına ilişkin davalarda hâkimin maddi olguyu re’sen araştırması, kanıtları serbestçe takdir etmesi ve ayrıca aynı maddenin 2 fıkrasına göre soybağının belirlenmesinde zorunlu olan hallerde sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere tarafların ve üçüncü kişilerin rıza göstermeleri gereklidir.” T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.13.04.2016, E. 2014/18-717, K. 2016/503, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023; Çağlayan, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 561-662; Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, s. 8; İkizler/Tüzüner, Medeni Hukuk- II, Aile Hukuku, s. 334.

⁶³ Akar, Soybağı Tespiti, s. 13. Aydos, Pratik Medeni Hukuk s.139; Paksoy, “Soybağının Reddi”, *TBB Dergisi*, s. 358; Turgut, Yapay Döllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, s. 20. Zeytin ve Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 216; Zevkililer/Cumaloğlu/Acabey, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 358.

⁶⁴ “Madde 284. Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:

Hakim maddi olguları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakim ön gördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.” Özen, Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza, s. 152; Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu” s. 12.; Özen, Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza, s. 9-43. Yılmaz/Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Kişiler YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

Soybağında ispata ilişkin hükümler ise TMK m. 287 ve m. 288’ de düzenlenmiştir. Madde 287 evlilik içinde ana rahmine düşme: “Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır.” Evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşme başlıklı m. 288’de “Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez. Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur” hükmüne yer verilmiştir. Babalık karinesi gereğince TMK m.285 hükmüne istinaden baba sayılan koca, baba olmadığını iddia etmekte ise bu durumda iddiasını ispat ile yükümlüdür⁶⁵. Çocuk karı ve kocanın boşanmalarını takip eden üçyüz gün içinde dünyaya gelmiş ise, bu durumda yasa gereği çocuğun kocanın hanesine tescil edilmesi gerekecektir⁶⁶.

Hukuku, Aile Hukuku, s. 248; “Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 286 vd. maddelerine dayalı olarak açılan soybağının reddi istemine ilişkindir. Kamu düzeni ile yakından ilgili olan bu tür davalarda, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hakim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325.maddesi uyarınca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından re'sen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineye ödenmesine hükmedilir. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında, mahkemece yöntemine uygun şekilde yargılama yapılmak suretiyle DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde DNA giderinin yatırılmaması gerekçesi ile davanın reddedilmesi doğru görülmemiştir.” T. C. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, T. 10.11.2015, E. 2015-18206, K. 2015-16169, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 25.01.2024.

⁶⁵Kayıhan, Medeni Hukuk Bilgisi, s. 347.

⁶⁶“TMK'nin 287/2. maddesi uyarınca, evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır. Somut olayda; Şadiye, anne Dursun ve koca Veli'nin boşanmalarını takip eden üçyüz gün içinde dünyaya geldiğine göre ...'in nüfus hanesine tescili yasa gereğidir.” T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 06.05.2019, E. 2019/2023, K. 2019/4608, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023; Turgut, Yapay Döllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar s. 24. Zeytin/Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 167; Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağının
YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

Koca cinsel birlikteliğin imkânsız olduğunu iddia ederek soybağının reddi davası açabilecektir. Koca doğumdan önceki üç yüz günlük süre ile yüz seksen günlük zaman dilimi arasında kalan ve dölleme olarak adlandırılan yüz yirmi bir günlük kritik süreçte ana ile cinsel ilişkiye girmediğini iddia edebilir. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte, bebeğin fiziksel gelişimine ilişkin olarak ve ananın regl dönemine dayanan veriler ile birlikte bu kritik süreç on ile on iki gün arasına kadar indirilmiştir⁶⁷. Örneğin koca kaza geçirmiş ve cinsel ilişkide bulunması mümkün değilse veya hapisanede yahut hastanede ise ve ana ile cinsel ilişkiye girmesinin mümkün olmadığı kanıtlanmış ise, bu durumda babalık karinesinin aksi ispat edilmiş olur ve çocuk ile baba arasındaki soybağı ortadan kalkar⁶⁸.

Çocuğun doğmasında koca, bu doğumla bir illiyet bağının olmadığı iddiasıyla da soybağının reddi davası açabilir. Şöyle ki; kocanın, üreme yeteneğinin olmadığını belirterek sağlık kurumlarından rapor alması durumunda çocuğun babası olmadığını ispat etmesi mümkündür.

TMK m. 278 hükmünde çocuğun evlilik öncesi zamanında veya ayrı yaşama zamanında ana rahmine düştüğünün kanıtlanması durumunda da soybağının reddine karar verilebileceğini düzenlemiştir.

Soybağının reddi davası; açılma nedenleri, davanın açılma süresi ve soybağının reddi davasını açma hakkına sahip kişiler kanunda özellikle belirtildiği için özel bir dava olarak kabul edilebilir⁶⁹. TMK m. 289 hükmünde' de soybağının reddi davasının açılmasına ilişkin olarak hak düşürücü süreler belirtilmiştir. TMK m. 291 hükmünde ise, ilgili kişilerin hangi durumlarda soybağının reddi davası açabileceği ve dava açma süresi düzenlenmiştir.

TMK m. 289 hükmünde kocanın doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak davanın bir yıl içerisinde açılması gerektiği belirtilmiştir. Kanunda düzenlenmiş olan bir yıllık hak düşürücü süre kocanın doğumu ve baba olmadığını öğrendiği zaman yahut ananın gebe

Değiştirme Suçu" s. 5; Ünlütepe, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, s. 85.

⁶⁷ Karadeniz, "Soybağının Reddi Davası", s. 130; Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, s. 140; Turgut, Yapay Dölleme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki s. 25; Zeytin/Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 215; Çam "Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi", s. 38.

⁶⁸ İkizler ve Tüzüner, Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, s. 332; Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk-III, Aile Hukuku, s. 352.

⁶⁹ Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, s. 357; Arslan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 91.

kaldığı zaman başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği zaman başlayacaktır. Bir yıllık sürenin başlaması için sadece doğum hadisesini öğrenme değil ayrıca kocanın baba olmadığını öğrenmesi yahut ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunun öğrenilmesi gerekmektedir⁷⁰. Bir yıllık süre içerisinde dava açılmaz ise bu durumda hak düşürücü süre nedeniyle dava hakkı sona erecektir. Ancak son fıkrada dava açma süresinin kaçırılmasının haklı bir nedeninin bulunması halinde bir yıllık sürenin haklı nedenin ortadan kalkması ile işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir⁷¹. Gerek doktrin gerek Yargıtay kararlarında

⁷⁰ “Dava, her ne kadar hak düşürücü süre nedeniyle reddedilmiş ise de; TMK’ nun 289. maddesinde belirtilen dava açma hakkı, murisin çocuğun varlığını öğrenmesi değil çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl sonra düşer. Kararın gerekçesinde gösterilen deliller, TMK 289. maddesinde belirtilen durumları değil çocuğun doğumuna ilişkin bulunduğundan; mahkemece, iddia ile ilgili taraf delillerinin DNA incelemesi yaptırılarak bu konuda rapor alınıp bütün deliller birlikte değerlendirildikten sonra oluşacak sonuca göre bir arar verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan “hak düşürücü süre geçtiğinden” bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” T. C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 02.11.2017, E. 2017/2970, K. 2017/14482, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023; Aydın, “Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, s. 57; Süleyman/Abdülkerim, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, s. 252.

⁷¹ “İlk Derece Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile davanın 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (4721 sayılı Kanun) 286 ncı maddesi uyarınca açılan soybağının reddi davası olduğu, bu davanın ana ve çocuğa karşı açılacağı, davalıların ana ve çocuklar oldukları ve taraf ehliyetlerinin olduğu, işbu davada öncelikle hak düşürücü süre incelemesinin gerektiği, 4721 sayılı Kanun'un 289 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; kocanın bu davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorunda olduğu, 4721 sayılı Kanun'un 289 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa bir yıllık sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, soybağı reddedilen çocukların nüfus kayıtları incelendiğinde; Doğukan'ın 2000, Emircan'ın 1998 doğumlu oldukları, davacının bu davayı 2019 yılında, yani çocukların doğumundan uzun yıllar sonra açtığı, öğrenme tarihi veya gecikmeye dair haklı sebep araştırması için davacı tanıklarının dinlendiği, davacı tanıklarının beyanlarına göre davacının, soybağını reddettiği çocukları, anneleriyle boşanır boşanmaz öğrendiği, yani ... 4. Aile Mahkemesi'nin 2012/943 Esas sayılı dosyası kapsamında boşanır boşanmaz çocukları öğrendiği, boşanma tarihinin 14.05.2013, kesinleşme tarihinin 16.09.2013 olduğu, davanın öğrenmeden itibaren 1 yıllık hak düşürücü sürede açılmadığı ve gecikmede haklı bir sebebin varlığının ispatlanmadığı, davacının davayı açmakta ihmali gösterdiği, şimdi ise çocukların kendi üzerinde gözükmemesinden rahatsızlık duyarak bu davayı açtığı gerekçesi ile davanın hak düşürücü süreden reddine karar verilmiştir.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 16.03.2023, E.

belirtildiği üzere bizim de katıldığımız görüşe göre soybağının reddi davası için bir yıllık hak düşürücü süre tanınmış ise de TMK m. 289 son fıkrasında düzenlenmiş bulunan bir yıllık sürenin kaçırılmış olmasının haklı bir nedene dayanması durumunda sürenin uzayacağına ilişkin hükmün TMK m. 291 hükmünde düzenlenmiş olan bir yıllık süre bakımından da uygulanması gerekir⁷².

Yargıtay, bir yıllık dava açma süresinin başlaması için kocanın şüphe duymasını yeterli görmemektedir. Çocuğun kendisinden olmadığı yönünde şüphe duyan koca açısından bir yıllık süre başlamamışsa da, öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık dava açma süresi içerisinde dava açmalıdır⁷³.

2022/7181, K. 2023/1156, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 20.11.2023. Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik, s. 278; Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 64.

⁷² “TMK’nın 291/1. maddesi, belirli şartlarla koca ve çocuk dışındaki kişilere de soybağının reddi davası açma hakkı tanımaktadır. Anılan hüküm çerçevesinde soybağının reddi davası açma hakkı tanınan kocanın altsoyu, anası, babası ve çocuğun gerçek babası olduğunu iddia eden kişi, ancak dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde dava açabileceklerdir. Dolayısıyla, koca dava açma süresi içinde dava açmamış ise, sürenin sona ermesinden sonra kocanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi belirtilen kişilerin soybağının reddi davası açma hakkına sahip olmaları sonucunu doğurmaz (Dural/Öğüz/Gümüüş, s.256-257). TMK’nın 289. maddesine göre koca, soybağının reddi davasını, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde soybağının reddi davasını açmalıdır. Diğer ilgililerin ise; TMK’nın 291. maddesine göre dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabileceği, ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın ise atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açabileceği düzenlenmiştir. Soybağının reddi davasının süresinde açılmadığı hâllerde gecikme, hâkimin kabul edeceği haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Bu hâl TMK’nın 289/son maddesinde düzenlenmiş ise de bu sürenin uzamasının TMK’nın 291. maddede düzenlenen süre bakımından da geçerli olacağı kabul edilmelidir (Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 260).” T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 09.03.2021, E. 2020/8-269, K. 2021/228, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023.

⁷³ “Soybağının reddi davasında, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunda ve davanın temellendirilmesinde belirleyici olan “öğrenmenin”, ne zaman gerçekleştiği noktasında şüphenin öğrenme açısından yeterli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yerleşik Yargıtay uygulamalarında, yargılama dışında elde edilmiş babalık raporlarına özellikle hak düşürücü süre niteliğindeki dava açma süresinin öğrenme YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

DNA testi gibi bir test yapılmamış ve şüphe bilimsel doğruluğa varacak şekilde giderilmemiş yani sadece şüphe olarak kalmış ise bu durumda öğrenme olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemez⁷⁴. TMK. m. 289'a ve yerleşik yargı kararlarına göre, yargılama faaliyeti olmadan mahkeme dışında babanın babalık raporu veya DNA raporu gibi raporlar ile baba olmadığını öğrenmesi halinde, hak düşürücü sürenin başlayacağını kabul etmektedir⁷⁵.

tarihinden itibaren başlaması bakımından dikkate alındığı görülmekte yani öğrenmenin yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşmesi anında hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir. Dolayısı ile bir çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki şüphe öğrenme açısından yeterli kabul edilemeyecektir." T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 19.04.2021, E. 2021/1387, K. 2021/3663, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023.

⁷⁴ "Davacının davalının çocuğu olmadığı yönündeki şüphesinin giderilmesi açısından DNA testi türü bir inceleme yapılmadığı ve şüphenin bilimsel doğruluğa varacak şekilde bir adım öteye geçmediği yani şüphe olarak varlığını sürdürdüğü, dolayısıyla soybağının reddi davası yönünden TMK'nun 289. maddesindeki "öğrenme" olgusunun gerçekleşmediği, davacının annesinden edindiği bilginin "öğrenme" olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle hak düşürücü sürenin gerçekleştiği belirtilerek verilen kararın hukuka aykırı olduğu anlaşılmakla ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur." T.C. Antalya BAM 2. Hukuk Dairesi, 06.03.2018, E. 2017/2147, K. 2018/326, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023; İkizler ve Tüzüner, Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, s. 335.

⁷⁵ "Soybağının reddi davasında, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunda ve davanın temellendirilmesinde belirleyici olan "öğrenmenin" ne zaman gerçekleştiği noktasında şüphenin öğrenme açısından yeterli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yerleşik Yargıtay uygulamalarında, yargılama dışında elde edilmiş babalık raporlarına özellikle hak düşürücü süre niteliğindeki dava açma süresinin öğrenme tarihinden itibaren başlaması bakımından dikkate alındığı görülmekte yani öğrenmenin yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşmesi anında hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir." T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 31.05.2023, E. 2023/3904, K. 2023/2774, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023.

"Soybağının reddi davasında, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunda ve davanın temellendirilmesinde belirleyici olan "öğrenmenin", ne zaman gerçekleştiği noktasında şüphenin öğrenme açısından yeterli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Yerleşik Yargıtay uygulamalarında, yargılama dışında elde edilmiş babalık raporlarına özellikle hak düşürücü süre niteliğindeki dava açma süresinin öğrenme tarihinden itibaren başlaması bakımından dikkate alındığı görülmekte yani öğrenmenin yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşmesi anında hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki şüphe öğrenme açısından yeterli kabul edilmeyecektir." T.C. Adana BAM 2. Hukuk Dairesi, T. 06.10.2020, E. 2019/2508, K. 2020/1406, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023.

B. SOYBAĞININ REDDİ DAVASINDA DAVACI

Soybağının reddi davasını açabilecek kişiler, TMK m. 286 ve m. 291 hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından dava açabilecek kişiler, sınırlı bir şekilde belirtilmiştir.

TMK m. 286'ya göre: “Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır. (İptal edilen fıkra Resmi Gazete T: 20.10.2023 Resmi Gazete No: 32345 Any. Mah. 26.07.2023 T. 2023/37 E. 2023/140 K.) (Yür. Tar.: 20.07.2024)Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır.”

Soybağının reddi davasında Anayasa Mahkemesi tarafından TMK m. 286/1 hükmü iptal edilmiştir. İptal kararı 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir. Şu an ki düzenlemede kocanın soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebileceği düzenlenmiştir⁷⁶. Yani TMK m. 285 aksi ispat edilebilen bir karine olup, çocuk ile baba arasındaki soybağı kaldırılabilir. Koca tarafından açılacak olan dava ana ve çocuk davalı gösterilerek açılacak olup, şekli mecburi dava arkadaşlığı vardır⁷⁷. Görüleceği üzere kanun koyucu soybağının reddi davasını açabilecek kişileri tek tek belirtmiştir.

Koca tarafından soybağının reddi davası açılması durumunda ana ile çocuğun yararı çatışacağı için çocuğa kayyım tayin edilecek olup, husumet kayyımına yöneltilecektir⁷⁸. Soybağının reddi davasının açılması kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır⁷⁹. Bu nedenle bu soybağının reddi davası açma

⁷⁶ Paksoy, “Soybağının Reddi”, *TBB Dergisi*, s. 354; Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 7.

⁷⁷ Arslan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 93; Çağlayan, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 196.

⁷⁸ “Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır (TMK. md. 286/1). Soybağının reddi davasında ana ile çocuğun yararı çatışmaktadır (TMK. md. 426/2). Açıklanan nedenlerle küçük Eylül'e kayyım tayin ettirilmesi, husumetin kayyımına yöneltilmesi ve gösterdiği takdirde onun delilleri de toplanarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik hasımla yargılamaya devamla hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 12.04.2012, E. 2011/2849, K. 2012/9310, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023; Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 33.

⁷⁹ Deniz, Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması, s. 35; Osman Gökhan Antalya, Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt I, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 119; Karadeniz, “Soybağının Reddi Davası”, s.126. Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 22; Tarım, “Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü” s. 2; Çam “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi”, s. 38; Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 363.

hakkının bizzat koca tarafından kullanılması gerekmektedir. Koca, soybağının reddi davası açacağı zaman ayırt etme gücüne sahip kısıtlı durumunda olması halinde bile, yasal temsilcisinden izin almak zorunda değildir. Kocanın ayırt etme gücü yok ise yani tam ehliyetsiz ise bu durumda koca adına yasal temsilci yahut kocaya atanan kayyımın dava açması mümkün olmayacaktır⁸⁰. Soybağının reddi davasını açma hakkı, kocaya sıkı sıkıya bağlı olduğu için dava açılmadan önce koca dava açma hakkından feragat edemez. Ayrıca kocanın soybağının reddi davası açması evlilik birliğinin devamı ile veya sona ermesi ile ilgili bir durumda değildir⁸¹.

Kanun koyucu TMK m. 291 hükmünde kocanın yerine dava açabilecek kişiler belirtmiştir. TMK m. 291 hükmü ile soybağının reddi davası açmaya hak tanınan kişilerin dava hakkı ikincil(tali) niteliktedir⁸². TMK m. 291 hükmüne belirtilen kişilerin dava açabilmesi için kocanın dava açma süresinden öncesi ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmiş olması gerekir. Ancak dikkat edilmesi gereken durum koca süresi içerisinde dava açamamış ise ve koca tarafından dava açılmayarak dava açılma süresi geçirilmiş ise, bu durumda TMK m. 291 hükmünde belirtilen kişilere soybağının reddi davası açma hakkını tanımayacaktır. Doktrinde belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kocanın çocuğu açık veya örtülü olarak benimsemesi durumunda kocanın dava hakkının düşeceği belirtilmiştir. Zira koca açık veya örtülü olarak çocuğu benimsemiş ise esas olan kocanın iradesidir. Bu sayede soybağının reddi davasını kötüye kullanma örneğin, mirastan daha çok pay almak için dava açılması gibi⁸³ durumlarında böylece önüne geçilmiş olacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere yapay dölleme yolu ile çocuk ile koca arasında soybağı kurulabilmektedir. Yapay döllemeye rıza gösteren kocanın daha sonra soybağının reddini talep edip etmeyeceği gündeme geldiği zaman, koca soybağının reddini talep ederse, bu durum TMK m. 2

⁸⁰ Özdemir “Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası” s. 44.; Yılmaz, Yıldırım, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, s. 125.

⁸¹ Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 83.

⁸² Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri” s. 24; İnan, Ertaş ve Albaş, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, s.105; Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 37.

⁸³ Ateş, Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler, s. 48; Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, s.7.

hükmüne aykırılık teşkil edecek olup, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır⁸⁴.

TMK m.286 hükmüne göre babaya soybağı ile bağlı çocuk da soybağının reddi davası açabilir. Kocanın çocuğu benimsemiş olması çocuğun soybağının reddi davası açmasını engellemeyecektir. Kanun koyucu kocanın dava açma hakkından bağımsız olacak şekilde çocuğa da dava açma hakkı tanımıştır⁸⁵. Çocuk tarafından soybağının reddi davası açılacak ise bunun ergin olmasından itibaren en geç bir yıl içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Çocuğa kayyım atanmamış olması veya atanan kayyımın dava açmamış olması gibi haller çocuğun dava açmasına engel değildir⁸⁶. Çocuk dava açmadan ölmüş ise, bu durumda dava açma hakkı alt soya geçmeyecektir⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2023/135, Karar Sayısı: 2024/18, Karar Günü: 23.1.2024 tarihli kararı ile “baba olduğunu iddia eden kişi” ibaresini iptal etmiştir⁸⁸. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde özel hayata saygı gösterilmesinin gerekli olduğuna değinmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından belirtildiği üzere TMK m. 291 hükmüne göre kocanın dava açma süresinin geçmesinden önce ölmesi veya gaplığıne karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesinin söz konusu olmadığı hâllerde baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davasını açabilmesine imkân tanımamaktadır. Ancak 7/11/2024 tarih ve 7531/11 sayılı kanun değişikliği ile baba olduğunu iddia eden kişiye hükümde yer verilmiştir.

Soybağının reddi davasının bir diğer boyutu da ana tarafından ana ile çocuk arasındaki soybağının reddi için dava açılabilmesidir. Yukarıda değindiğimiz üzere, çocukla ana arasındaki soybağı doğumla kurulur. Ana bir çocuğu tanıyamayacağı gibi ana ve çocuk arasındaki soybağının reddinin talep edilmesi de söz konusu değildir⁸⁹. Dolayısıyla ananın kim olduğu bu bağlamda kesin olarak kabul edilir. Ancak tıbbın ve üremeye yardımcı

⁸⁴Alpat, “Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler”, s. 53.

⁸⁵ Özdemir, “Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası”, s. 45.

⁸⁶ Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 62; Zeytin/Ergün, Türk Medeni Hukuku, s. 218.

⁸⁷ Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk- III, Aile Hukuku, s. 363.

⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2023/135, K. 2024/18, T. 23/01/2024, R.G. Tarih - Sayı: 06/03/2024 – 32481, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/140>, E.T. 24.01.2024.

⁸⁹Kayıhan, Medeni Hukuk Bilgisi, s. 344. Erdoğan/Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 225.

tedavi yöntemlerinin gelişmesi nedeniyle yumurta ve embriyo naklinin yapılması, taşıyıcı analık kurumu ilerleyen zamanda ananın doğan çocukla arasındaki soybağının reddi hakkının tanınmasını da gündeme getirilebilir. Ancak, mevcut durumda ana, çocuğu doğuran kadındır.

C. SOYBAĞININ REDDİ DAVASINDA DAVALI

Koca tarafından ve koca yerine dava açabilen üçüncü kişiler soybağının reddi davasında davalı olarak ana ve çocuğu gösterecektir. Söz konusu durumda şekli mecburi dava arkadaşlığı vardır⁹⁰. Hem ana hem de çocuğa karşı dava açılmaması durumunda davanın reddine karar verilir. Koca tarafından soybağının reddi davası açılması durumunda, ana ile çocuğun yararı çatışacağı için çocuğa kayyım tayin edilecek olup, husumet kayyımına yöneltilecektir⁹¹. Çocuk tarafından soybağının reddi davası açılması durumunda da davalı olarak koca ve ana gösterilecektir⁹².

Koca yerine baba olduğunu iddia eden kişi tarafında soybağının reddi davası açılması durumunda husumet yukarıda açıklandığı gibi, ana ve çocuğa yöneltilecektir. Söz konusu durumda dava soybağının reddi davası olduğu için babalık davasında olduğu gibi nüfus idaresi husumetli durumda olmayacaktır⁹³.

⁹⁰Arslan, Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 93. Çağlayan, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, s. 196. Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 366

⁹¹ “Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır (TMK. md. 286/1). Soybağının reddi davasında ana ile çocuğun yararı çatışmaktadır (TMK. md. 426/2). Açıklanan nedenlerle küçük Eylül’e kayyım tayin ettirilmesi, husumetin kayyımına yöneltilmesi ve gösterdiği takdirde onun delilleri de toplanarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik hasımla yargılamaya devamla hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 12.04.2012, E. 2011/2849, K. 2012/9310, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023. Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 33.

⁹² Paksoy, “Soybağının Reddi”, s. 365.

⁹³ “Mahkemece kayyım tebligat yapılarak duruşmaya katılması sağlanmadan, baba olduğunu iddia eden N..... tarafından açılan ve Türk Medeni Kanunu'nun 301 vd. maddelerinde düzenlenen babalık davasının olmadığı, bu davacı yönünden 291/1. madde koşullarının da gerçekleşmediği, nüfus idaresine husumetin de düşmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” T.C. Yargıtay 18. HD, T. 08.11.2012, T. E. 2012/11581, K. 2012/12038, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 27.02.2024

Çocuğun ölmesi durumunda, soybağının reddi davası ana ile birlikte çocuğunun mirasçılara karşı açılacaktır. Ananın ölmesi durumunda ise, soybağının reddi davası sadece çocuğa karşı açılacaktır⁹⁴.

Hem ana hem de çocuk ölmüş ise, bu durumda davanın açılabilmesi için babanın menfaatinin bulunup bulunulmadığına bakılması gerekecektir. Davanın açılması için babanın menfaati bulunmakta ise, bu halde de davalı tarafta mirasçılar bulunacaktır⁹⁵.

D. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI VE ANA TARAFINDAN SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇILABİLMESİ

TMK'nın 286. ve 291. maddelerinde çocukla babanın arasındaki soybağının ortadan kaldırılması için soybağının reddi davasını açabilecek kişiler sınırlı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeye göre ananın doğurduğu çocuğunun kocadan olmadığını ileri sürerek yargı mercilerine başvurma imkânı bulunmamaktadır. Kanundaki düzenlemede ananın evlilik birliğinde sadakatsiz davrandığı ve hukuka aykırı davranışının korunmaması gerekçesiyle babalık davasının aksine, soybağının reddi davasını açmaya yetkili olanlar arasında 7/11/2024 tarih ve 7531/11 sayılı kanun değişikliği öncesinde anaya yer verilmemiştir⁹⁶. Ancak 7/11/2024 tarih ve 7531/11 sayılı kanun değişikliği tarihinden önceki kanun hükmüne göre koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır⁹⁷. Kocaya soybağının reddi davası yoluyla babalık karinesini çürütme imkânı verilmişken anaya bu hakkın tanınması söz konusu değildi.

Ana tarafından açılan soybağının reddi davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Ankara 18. Aile Mahkemesi, hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu tüm maddeye yönelik iptal talebinde bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi sınırlı bir iptal kararı vermeden TMK'nın 286. maddesinin birinci fıkrasının

⁹⁴ Paksoy, "Soybağının Reddi", s. 365. Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt- III, Aile Hukuku, s. 305. İkizler ve Tüzüner, Medeni Hukuk -II, Aile Hukuku, s. 329

⁹⁵ İkizler/Tüzüner, Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, s. 329

⁹⁶ Keskin/Dilşad, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990, 2008.

⁹⁷ Tokat, Türk Hukukunda Gaiplik, s. 277. Uyumaz, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, s. 91.

Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiş ve birinci fıkranın iptaline karar vermiştir⁹⁸.

1. Anayasa Mahkemesinin İptal Gerekçeleri ve Hükümün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu:

Anayasa Mahkemesi soybağının reddi davasını açma hakkının kanun koyucu tarafından koca ile çocuğa tanınmasına rağmen aynı hakkın anaya tanınmamış olmasının hukuk devleti ilkesi ile birlikte ayrıca eşitlik ilkeleriyle de bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi, ana tarafından soybağının reddi davası yoluna başvurulmaması durumunun hak arama özgürlüğünü de ihlal edeceğini belirttikten sonra kanun hükmünün Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptale konu hükmü, Anayasa'nın 20 ve 40. maddeleri çerçevesinde değerlendirmiştir.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmüne yer verilmiştir. Anayasa m. 20 gerekçe kısmında da aktarıldığı üzere, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kişinin özel ve aile hayatını istediği gibi düzenleyebilmesini öngörür. Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere çocuk ile koca arasında biyolojik duruma aykırı olarak oluşan soybağının mevcut olması ananın da özel hayatını etkileyecek sonuçlar doğurur mahiyettedir. Babalık karinesinden doğan sonuçların çocuğu doğuran kadının özel hayatıyla herhangi bir ilgisinin olmadığını söylemek mümkün değildir⁹⁹. Bu nedenle de çocuk ile biyolojik baba olmayan koca arasında kurulan soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasında ananın da menfaatinin olduğu açıktır.

Anayasa'nın 40. maddesinde "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın ilgili maddesine göre, kişiler yargı makamları ile idari makamlar önünde haklarını arayabilmelidirler. Bu nedenle de, Anayasa Mahkemesi kararı 20. paragrafta belirtildiği üzere çocuğun biyolojik babası olmayan koca ile arasında soybağı ilişkisinin mevcut olması halinde, ananın

⁹⁸Anayasa Mahkemesi, E: 2023/37, K: 2023/140, T: 26/7/2023, R.G. Tarih - Sayı: 20/10/2023 – 32345, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/140>, ET. 24.01.2024.

⁹⁹Anayasa Mahkemesi kararı, par. 16.

babalık karinesinin son bulabilmesi adına mahkeme yoluna gidebilmesi, etkili başvuru hakkının bir sonucudur.

TMK m. 298 hükmünde ananın tanınmanın iptali davası açabileceği düzenlemiştir. Gerçekten de Kanuna baktığımızda ananın baba tarafından yapılan tanıma işlemine karşı dava açma hakkı olması, ancak soybağının reddi davasını açma hakkı olmaması, Anayasa m. 35 hükmünde tanınan hak arama hürriyetine aykırılık teşkil edecektir.

2. Anaya Soybağının Reddi Davası Açmak Hakkı Verilmesinin Gerekliliği

TMK’da soybağının reddi davasını açma hakkı kocaya tanınmıştır. Bunun yanı sıra yasal düzenlemede koca haricinde ayrıca çocuğa da, gerekli durumların mevcut olması ile birlikte soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır. Baba ve çocuk dışında soybağının reddi davasını açabilecek olan diğer kişilere baktığımızda kocanın altsoyu ile ana ve babasına ayrıca çocuğun gerçek babası olduğunu iddia eden kişiye de soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır. Soybağının reddi davası açma hakkı bulunan kişiler kanunda tek tek sayılmış olup dava açma hakkı menfaati olan anaya 7/11/2024 tarih ve 7531/11 sayılı kanun değişikliğinden önce tanınmamıştı¹⁰⁰. Şöyle ki, TMK’nın 285. maddesinin birinci fıkrasında evlilik devam ettiği sırada yahut evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde dünyaya gelen çocuğun babasının koca olduğu ifade edilmiş olmasına rağmen, doğan çocuğun biyolojik babası olmaması da mümkündür. Örneğin evlilik dışında doğan çocukta velayet anaya ait olsa bile baba çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katlanmak ile yükümlüdür. Ana, toplumsal baskı nedeni ile çocuğunun babasız olarak doğmaması adına istemediği halde başka birisi ile evlilik yapmış olabilir. Özellikle toplumumuzda çok fazla dikkate alınan çocuğun babasının belirli olmaması, yani babanın belirli süreçte bazı nedenler ile açıklanmaması özel hayat nedeni vb. durumlar gibi hallerde ana sırf bu nedenlerden ötürü başka bir evlilik yapabilmektedir. Bu durumda gerçeği sadece ana bilmekte, çocuk ise aslında babası olmayan birisini babası olarak tanımaktadır. Söz konusu durum, hem aile hayatı hem de çocuğun özel hayatını etkileyen bir durumdur.

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararın aksine olarak doktrinde Acabey ve Serezona’a göre anaya soybağının reddi davası açma hakkı

¹⁰⁰ Güvenç, “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler, s.316
YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

tanınmaması gerekmektedir. Zira Almanya ve İsviçre’ de biyolojik babaya ve çocuğun anasına soybağının reddi davası açma hakkının tanınmadığı, bunun sebebinin ise Roma Hukukundan gelen “*eli kirli olan hak arayamaz*” ilkesi olduğu belirtilmektedir. Ananın yapmış olduğu zina eylemi sonucunda anaya ve biyolojik babaya soybağının reddi davasının açma hakkının tanınmasının, söz konusu ilkeye aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir¹⁰¹. Tarafımızca söz konusu duruma katılmak mümkün değildir. Zira her toplumun farklı kültür ve ahlak anlayışı bulunmaktadır. Örneğin bir toplumda zina eylemi hem ceza kanunu anlamında hem de toplumsal olarak suç sayılırken başka bir toplumda ise suç teşkil etmemektedir. Soybağının reddi davası yönünden eli kirli olan hak arayamaz ilkesinin uygulamasının kabul edilmesi halinde, bu durum soybağının kamu düzenine ilişkin olması hususunun da göz ardı edilmesi sonucunu doğurur.

Toplumumuzda birçoğu gizlenen evlilik dışı ilişkiler nedeni ile gerçek soybağları oluşmadığı da yadsınamaz bir gerçektir. Çocuğun gerçek babasının ekonomik durumunun iyi olması halinde, çocuk daha kaliteli bir eğitim hayatına sahip olabileceği gibi, babasından maddi anlamda destek alabilecektir. Ancak çocuğun soybağında baba gözükken kişinin soybağının reddi davası açmaması veya çocuğun da dava açmaması gibi hallerde, soybağının reddi davasının ana tarafından açılması gerekecektir. Doktrinde bazı yazarlar kocanın çocuğun yükümlülüklerini yerine getirdiği ve soybağının reddi davası açmadığı durumda, ananın soybağının reddi davasının açmasının uygun olamayacağı belirtilmektedir¹⁰². Söz konusu durumda koca tarafından yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde anaya soybağının reddi davasını açma hakkının tanınmaması çocuğun aslında babası olmayan birisini babası olarak tanınması durumu meydana getirecektir. Sadece çocuğa karşı olan yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmemesine göre anaya soybağının reddi davası açma hakkının tanınması özel hayatın gizliliğini ihlal edecektir.

743 Sayılı MK’ da çocuğa soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamış olmasına rağmen, 4721 Sayılı TMK’ da ise çocuğa bu imkan tanınmıştır¹⁰³. Görüleceği üzere kanun koyucu zaman ile soybağının reddi

¹⁰¹ Zevkliler/Cumalıoğlu/Acabey, Medeni Hukuk -III, Aile Hukuku, s. 366; Gizem Ateş, “2023’ den Günümüze Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 704.

¹⁰² Güvenç, “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler s. 317.

¹⁰³ “1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile çocuğa da soybağının reddi davası açma hakkı tanındığına (TMK. md.286/2) göre, soybağının reddine ilişkin YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

davası açabilecek kişilerde düzenlemeler yapmıştır. Kanaatimce kanun koyucu dava açabilecekleri belirlerken menfaat eksenli hareket etmeli ve davayı açmakta menfaati bulunanlara dava açma hakkını vermelidir. Örneğin, ölen kocanın zengin ve tanınmış birisi olması durumunda çocuğun soyadını kötüleyecek şekilde davranışlarda bulunması halinde bu durumdan mirasçılar etkilenecektir. Aynı şekilde ananın da akrabaları soybağının reddi davasını açabilmelidir. Örneğin, ana tanınmış birisi ise ancak kocanın ailesinin itibarını zedeleyecek davranışlarda bulunmakta ise bu durumda çocuğun da zor durumda kalmaması ve ana tarafının menfaatlerinin etkilenmemesi için, ananın akrabaları da soybağının reddi davasını açabilmelidir.

Çocuğun üstün yararı da, anaya soybağının reddi davası açılması yetkisinin verilmesi için başka bir gerekçedir. Anayasa Mahkemesinin velayet ile ilgili kararlarına baktığımızda; “Çocuğun Üstün Yararı” ilkesinin özellikle dikkate alındığı görülmektedir. Çocuğun Üstün Yararı ilkesi, çocuğun yararlarının her zaman ve her koşulda öncelikle korunmasıdır.¹⁰⁴ Bu ilke, çocuk hukukunda karşılaşılan tüm problemlerde, görevli ve yetkililere yol gösteren, çocuğun menfaatine yönelik çözümün seçilmesini emreden, zayıfı, güçlüye nazaran koruyan en üst ilkedir. Çünkü çocuğun üstün yüksek yararı ilkesi kanunların uygulanmasında resmi makamlara yol gösterici olup asıl olan her zaman çocuğun üstün yararadır¹⁰⁵. Türk Medeni

davanın yabancı mahkemede çocuk adına kayyımı tarafından açılmış olması ve hükmün çocuğun açtığı dava sonucu verilmiş bulunması, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan Türk Kanunu Medenisi hükümlerine göre, çocuğa soybağının reddi davası açma hakkının tanınmamış olması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık da oluşturmaz.” T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 04.05.2009, E. 2009/6063, K. 2009/8609, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 21.11.2023 Tarım, Soybağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü, s. 32.

¹⁰⁴ Nilüfer Nurbanu Baş “Çocuk Hakları Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesi” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Programı Yüksek Lisans 2023, s. 17; Tuna “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı”, s. 31. Şeyma Şahin “BM Pekin Kuralları Ekseninde Çocuk Yargılaması ve Çocuğun Üstün Yarar İlkesi” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Programı Yüksek Lisans 2019, s. 66.

¹⁰⁵ Akyüz, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, s. 234. Yılmaz, Velayet Hukuku, s. 87.m Deniz, Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında, s. 19. Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, s. 59. Kolak, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu” s. 4; Başak/Çevik/Tek, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, s. 129.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

Kanunu'nda bu durum göz önünde bulundurulmalı ve çocuğun yüksek yararına uygun bir biçimde düzenleme yapılmalıdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her konuda öncelikli olarak dikkate alınması mecburi olan ve herhangi bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu tespit etmede göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını sağlama alan bir fonksiyon da icra etmektedir¹⁰⁶. Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, sadece çocuğun ya da ana babanın değil, kamuoyunun da yararına olacaktır. Çünkü çocuğun sosyal açıdan, kültürel açıdan, fiziksel açıdan ve psikolojik yönlerden pozitif bir şekilde gelişimi, ileride toplumda kötü olay ve davranışların meydana gelmesini de önlemiş olacaktır¹⁰⁷. Açıklamaları göz önüne alan Anayasa Mahkemesinin kararları akabinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından da, haklı nedenin bulunması ve küçüğün yüksek yararının gerektirmesi halinde velayet hakkı kendisine bırakılmış olan annenin çocuğun soyadının değiştirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Çocuğun velayeti anneye bırakıldığında annenin soyadını değiştirme talebinde bulunabilmesine rağmen, soybağının reddi davasını açma hakkının tanınmaması çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eder. Çocuğun menfaati göz önüne alınması halinde biyolojik baba ile çocuk arasında soybağının kurulması çocuğun yararına olacaktır¹⁰⁹. Bu durumda soybağının reddi davasını açma hakkının anneye de tanınmış olması çocuğun üstün yararına olan bir durumdur. Kanun koyucu TMK m. 301 hükmünde “Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler.” diyerek anaya da çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkeme tarafından belirlenmesini talep hakkı tanınmıştır. Anaya soybağının belirlenmesini dava hakkı tanınmasına rağmen, soybağının reddi davası açma hakkı tanınmaması çelişki oluşturmaktadır. Nitekim baba ile soybağının kurulmasında hukuki soybağı ile genetik soybağının birbirinden ayrıldığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Bunun yanı sıra soybağının reddi davasında yasal olarak korunan bir statü bulunmakla beraber, soybağının belirlenmesi davasında çocuğun herhangi bir erkekle

¹⁰⁶ Özge Yücel, *Ufuk Üniversitesi Dergisi* 1, 2013, s. 117-137.

¹⁰⁷ Selma Baktır Çetiner, “Velayet Hukuku”, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 33.

¹⁰⁸ T.C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.09.2022, E. 2022/7632, K. 2022/7307, www.kazancimevzuat.com.tr, E.T. 24.11.2023.

¹⁰⁹ Gizem Ateş, “2023’ den Günümüze Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 708.

kurulmuş soybağı mevcut değildir. Bu gerekçe ile kanun koyucunun böyle bir düzenleme yaptığı kanaatindeyiz.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararına yansımaya da, soybağının reddi davasının bir diğer boyutu da ana tarafından ana ile çocuk arasındaki soybağının reddi için dava açılabilmesidir. Yasaya göre çocukla ana arasındaki soybağı doğumla kurulmakta olup, ana ile çocuk arasındaki soybağının reddi söz konusu değildir.¹¹⁰ Dolayısıyla ananın kim olduğu bu bağlamda kesin olarak kabul edilir. Ancak tıbbın ve üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin gelişmesi nedeniyle yumurta ve embriyo naklinin yapılması, taşıyıcı analık kurumu ilerleyen zamanda ananın doğan çocukla arasındaki soybağının reddi hakkının tanınmasını da gündeme getirecektir. Ana ile çocuk arasındaki soybağının, soybağının reddi davası açılarak reddi mümkün değil ise de yukarıda da açıklandığı üzere çocuk, nüfus kütüğüne anası dışında başka bir kadının çocuğu olarak yazılmış ise bu durumda soybağının reddi değil, nüfus kaydının düzeltilmesi davası ile söz konusu durum düzeltilbilir. Yani çocuk, nüfus kütüğüne anası dışında başka bir kadının çocuğu olarak yazılmış ise, ileride de bunun bir tespit davası olarak açılmasında bir engel bulunmamaktadır.

3. Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması Yönündeki Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı'nda TMK m. 286 ve m. 289 hükümleri yeniden düzenlenmiş ve 07/11/2024 tarihinde yasalaşmıştır. Yapılan düzenleme ile birlikte ananın da soybağının reddi davası açabileceği TMK m. 286 hükmünde düzenlenmiştir¹¹¹. TMK m. 289 hükmünde ise ananın doğumdan itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davası açabileceği ifade edilmiştir¹¹². Kanun teklifinde babaya tanınan dava açma süresinin anaya da tanınmış olması uygun bir durum olmuştur¹¹³. Zira babaya tanınmış olan bir yıllık hak düşürücü süre anaya tanınmamış olsaydı

¹¹⁰ Bingöl, Medeni Hukuk Dersi Soruları ve Cevaplar, s. 138; Aydos, Pratik Medeni Hukuk s.140. Çam, Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi, s. 10.

¹¹¹“Madde 286- Koca, ana veya çocuk soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava, dava açma hakkına sahip diğer kişilere karşı açılır.”

¹¹²“Madde 289- Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, (...) içinde açmak zorundadır”

¹¹³ Gizem Ateş, “2023’ den Günümüze Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 705.

ana ve baba yönünden eşitsizlik durumu oluşacaktı. Ayrıca ana tarafından süresiz bir şekilde dava açılması durumu meydana gelecek olup, söz konusu durumda soybağının kamu düzenine ilişkin olması durumu ile de aykırılık oluşturacaktır.

TMK m. 286 hükmündeki yeni düzenlemenin gerekçesinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararına değinmekle birlikte ayrıca “*Değişiklikle, çocuğun soybağının sıhhatinin sağlanması amacıyla baba ve çocuğun yanı sıra anaya da soybağının reddi davası açma hakkı tanınmaktadır*” denilmiştir. TMK m. 289 hükmündeki yeni düzenlemenin gerekçesinde de “*Teklifle, 286’ncı maddede düzenleme yapılarak anaya da soybağının reddi davası açma imkânı tanınmaktadır. Hükümle, ananın bu davayı doğumdan başlayarak en geç bir yıl içinde açabileceği düzenlenmektedir*” denilmiştir.

TMK m. 289’ un yeni hükmünde ananın doğumdan itibaren bir yıl içerisinde dava açabileceğinin düzenlenmesi ile, kötü niyetli olarak soybağının reddi davası açılmasını da engellemiş olacaktır. Zira, ana, kocanın baba olmadığını bilen birisi olarak doğumdan itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davası açmaz ise, uzun yıllar sonra kötü niyetli olarak soybağının reddi davası açabilmesi gündeme gelebilecektir.

4. İptal Hükümü Sonrası Babanın Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı’nda yapılan yeni düzenlemelerin 20.07.2024 tarihinden önce yürürlüğe girememesi gibi bir durum meydana gelseydi sadece ana değil, koca da TMK m. 286 hükmüne göre soybağının reddi davası açamayacaktı. Zira Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte artık kocanın da soybağının reddi davası açması için yasal dayanağı kalmayacaktır. Bunun yanı sıra koca TMK m. 289/1 hükmünde düzenlenen hak düşürücü süreye dayanarak yine soybağının reddi davası açabilir. İptal hükmü neticesinde TMK m. 286 hükmünde belirtilen dava hakkına sahip olan kişilerin tekrar düzenlenmesi gerektiği için kanun koyucu 07.11.2024 tarihinde yeni düzenlemeyi yapmıştır.

Kanun koyucu tarafından yapılan yeni düzenleme ile birlikte koca, ana veya çocuğun soybağının reddi davası açabileceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yürürlüğe girmeden önce yapılan düzenleme ile birlikte dava açabilecek kişiler açısından belirsizlik durumunun önüne geçilmiştir.

SONUÇ

TMK m. 285 hükmünde babalık karinesi düzenlenmiştir. Babalık karinesine ilişkin düzenlemede evlilik süresinde yahut evliliğin sona erdiği tarihten itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babasının koca olacağı hüküm altına alınmıştır. TMK m.285’de ifade edilen ‘babalık karinesi’ adi bir karinedir. Babalık karinesi adi bir karine olduğu için aksini ispat etmek ve dolayısıyla karineyi çürütmek mümkündür. Bu durumda karşımıza soybağının reddi davası çıkmaktadır. Soybağının reddi davası ile birlikte baba olmadığını iddia eden koca veya çocuk soybağının reddi davasını açabilecektir. Ayrıca kanun koyucu baba ve çocuk dışındaki kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişilere de belirli şartlar dahilinde soybağının reddi davası açma imkanı tanımıştır.

TMK’nın 286. ve 291. maddelerinde çocukla babanın arasındaki soybağının sonlandırılması için soybağının reddi davasını açabilecek olan kişiler sınırlı olarak düzenlenmiş olup kocaya soybağının reddi davası yoluyla babalık karinesini çürütme imkânı verilmişken, anaya bu hakkı tanımamaktaydı. Soybağının reddi davasını açma hakkının koca ve çocuğa tanınmasına rağmen çocuğu dünyaya getiren anneye soybağının reddi davasını açma hakkı tanınmaması hukuk devleti ve eşitlik prensipleri ile örtüşmediği gibi, ayrıca anne tarafından soybağının reddi istemiyle mahkeme yoluna gidilememesi nedeniyle hak arama özgürlüğünün de engellenmiş olacağı belirtilerek, kuralın Anayasa’ya aykırı iddia edilmiş ve Anayasa Mahkemesi sözkonusu hükmü iptal etmiştir. İlgili yasal düzenlemede annenin soybağının reddi davası açma yetkisinin olmaması sorun oluşturmaktaydı. Anayasa Mahkemesi’ne göre anne tarafından soybağının reddi davası açılmamasına ilişkin kanun hükmünün iptal edilmesi gerek anayasal haklardan hak arama hürriyetinin korunması gerekse de özel hayatın gizliliğine ilişkin düzenlemeler açısından önem arz etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi, iptal etmiş olduğu kanun hükmünü hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bulmuş bunun yanı sıra anayasa soybağının reddi davası açma yetkisinin verilmemesinin hak arama özgürlüğünü de ihlal ettiğini ifade etmiştir. Söz konusu durum kanun mantığı içerisinde de çelişki arz etmektedir.

Bu nedenle anne tarafından davacı sıfatıyla çocuğun biyolojik babasının koca olmadığı iddia edilerek babalık karinesinin ortadan kaldırılması amacı ile yargı yoluna gidilmesine olanak tanımayan kural, özel hayata saygı gösterilmesini talep etme hakkı bağlamında etkili başvuru hakkını ihlal etmektedir. Babaya ve çocuğa soybağının reddi davasını açma hakkı tanınması hatta baba dışındaki kişilere bile TMK m. 291 hükmünde

soybağının reddi davası açma hakkı tanınmasına rağmen anneye bu hakkın tanınmaması hem özel hayat hem de anayasal haklardan olan hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir.

Bunun yanı sıra soybağının reddi davasını açma hakkının anneye de tanınmış olması çocuğun üstün yararına olacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi de TMK'nın 286. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiş ve birinci fıkranın iptaline karar vermiştir. Kanun koyucu TMK m. 301 hükmünde “Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler.” Anaya da çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkeme tarafından belirlenmesini talep hakkı tanınmıştır. Anneye soybağının belirlenmesini dava hakkı tanınmasına rağmen soybağının reddi davası açma hakkı tanınmaması çelişki oluşturmaktadır. Kanun koyucu soybağının reddi davası açmaya yetkili olanlara ilişkin düzenleme yapılırken menfaat eksenli hareket edilmelidir. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere çocuğun biyolojik babası olmayan koca ile arasında soybağı ilişkisinin bulunması durumunda ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebilecektir. Ana tarafından mevcut babalık karinesinin çürütülmesi gerekmekte olup, annenin yargı mercilerine başvurulabilmesi etkili başvuru hakkının da gereğidir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararına yansımaya da soybağının reddi davasının bir diğer boyutu da ana tarafından anne ile çocuk arasındaki soybağının reddi için dava açılabilmesidir. Yasaya göre çocukla anne arasındaki soybağı doğumla kurulur. Dolayısıyla annenin kim olduğu bu bağlamda kesin olarak kabul edilir. Ancak tıbbın ve üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin gelişmesi nedeniyle yumurta ve embriyo naklinin yapılması, taşıyıcı annelik kurumu ilerleyen zamanda annenin doğan çocukla arasındaki soybağının reddi hakkının tanınmasını da gündeme getirecektir.

Yargı Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı'nda TMK m. 286 ve m. 289 hükümleri yeniden düzenlenmiş olup, anneye soybağının reddi davası açma imkânı ve doğumdan itibaren bir yıl içerisinde dava açılması gerektiği düzenlenmiştir. Kanun koyucu 07/11/2024 tarihinde kabul edilen yeni maddeler ile Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı ile oluşan boşluğu doldurmuş olup, ayrıca anneye doğumdan itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açma hakkı tanınması da uzun yıllar sonra kötü niyetli olarak soybağının reddi davası açılmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Akar Kemal, Soybağı Tespiti, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.

Akbulut Merve Bilge, Türk Medeni Kanunu Kapsamında Yoksulluk Nafakası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Akyüz Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, Pegem Akademi, 2022.

Antalya Osman Gökhan/ Murat Topuz, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk Cilt -I Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

Aydos Oğuz Sadık, Pratik Medeni Hukuk, İstanbul, Gazi Yayınevi, 2022.

Başak Aslı Makaracı/ Çevik Seda Öktem/ Tek Gülen Sinem, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

Bingöl Kemale Leyla Aslan, Medeni Hukuk Dersi Soruları ve Cevaplar, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2020.

Çağlayan Yılmaz, Açıklamalı-İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Çetiner Selma Baktır, “Velayet Hukuku”, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

Deniz İlknur, Çocuklara Ait Kişisel Verilerin Türk Medeni Kanunu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Korunması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

Dural Mustafa/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt-III, Aile Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2024.

Erdoğan İlhan/Keskin A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara, Gazi Yayınevi, 2021.

Gümrükçüoğlu Saliha Okur, Osmanlı Devletinde Evlat Edinme ve Koruyucu Aile, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

İkizler Metin/Tüzüner Özlem. Medeni Hukuk- II Aile Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.

İkizler Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

İnan Ali Naim/Şeref Ertaş/Hakan Albaş İnan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Kayhan Şaban, Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Ruhi Ahmet Cemal/ Canan Ruhi, Velayet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017 .

Tokat Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

Ünlütepe Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

Yılmaz Süleyman/Yıldırım Abdülkerim, Temel Hukuk Dizisi Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023.

Yılmaz Canan, Velayet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023.

Zevkliler Aydın/Cumalıoğlu Emre/Acabey Mehmet Beşir, Medeni Hukuk-III, Aile Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.

Zeytin Zafer/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

MAKALELER

Arpacıoğlu Işıl Tüzün, “Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt 5, No 1, 2013.

Güvenç Özgür, “Anaya Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı Tanınması: Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara Yıl 15. S.58, 2024, s.299.

Ateş Zehra Gizem, “2023’ den Günümüze Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu’nda İptal Ettiği Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, Eylül 2024, s. 702

Ergüneş Seda, “Yapay Döllenme”, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, 2012.

Fidan Özlem Sarı, “Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden Babalık Karinesi”, Adalet Dergisi, Sayı 70, Nisan 2023, s. 121-143.

Gülnehal Paksoy, “Soybağının Reddi”, TBB Dergisi 97, (2011) s. 354-376.

Turan Ramazan, “Soybağının Reddi Davası ve Yapay Döllenme, Tüp Bebek ve Taşyıcı Annelik Hallerinde Soybağının Belirlenmesi ve Reddi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 15, Sayı 168, Ağustos 2020, s. 1651-1662, Jurix, ET. 20.01.2024.

Yücel Özge, *Ufuk Üniversitesi Dergisi*, Cilt-I, Sayı-II, *Çocuğun Yüksek(Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi*, T. 01.12.2013, s.117-137.

YÜKSEK LİSANS- DOKTORA TEZLERİ

Alpat Begüm, “Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim, 2021.

Arslan Elvan Akdoğan. “Gaiplik Kararının Türk Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi” Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı, 2022.

Ateş Bilge, “Soybağı ve Soybağı Alanında Oluşabilecek Hukuksal Problemler” Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016.

Aydın Melike Belkıs, “Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları ”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2013.

Baş Nilüfer Nurbanu, “Çocuk Hakları Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesi” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Programı, 2023.

Çam Gülçin, “Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2023.

Kolak Büşra, “Adli Bilimler Açısından Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Hitit Üniversitesi, 2023.

Özdemir Gözde Canan, “Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2018.

Özen Mustafa Aytunç, “Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı, 2023.

Sarıbaş Azime, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019

Şahin Şeyma, “BM Pekin Kuralları Ekseninde Çocuk Yargılaması ve Çocuğun Üstün Yarar İlkesi” Yüksek Lisans Tezi, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Programı, 2019.

Tarım Sinem, “Soy Bağının Reddi Davasında İlk Derece Yargılama Usulü” Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2020.

Turgut Cemile, “Yapay Döllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar” Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı, 2014.

Uyumaz Murat, “Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler”, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014.

Tuna Ekin, “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuğun Üstün Yararı”, T.C. Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Programı Doktora Tezi, 2022.

İNTERNET KAYNAKLARI

Ceylan Özge Yenice, “Yapay Rahim Teknolojisi ve Ceninin Hukuka Konumuna Etkisi”, 4. Tıp Hukuku Kongresi, 2021, https://www.researchgate.net/publication/348677328_Yapay_Rahim_Teknolojisi_ve_Cenin_Hukuki_Konumuna_Etkisi.

Karadeniz Salih, “Soy Bağının Reddi Davası”, 01.01.2023
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2467627>.

ULUSLARARASI ADALET DİVANI'NIN GEÇİCİ TEDBİR KARARLARININ UYGULANMASI

(IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ORDERS
ON PROVISIONAL MEASURES)

Dr. Öğr. Üyesi Lider BAL * **

ÖZ

Bir uyuşmazlıkta, esas hakkında karar verilinceye kadar tarafların haklarının korunması ve uyuşmazlığın ağırlaşmasının engellenmesi amacıyla başvuru edilen geçici tedbirler, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargısal işlevinin merkezinde yer almaktadır. Bu tedbirlere uyulmaması, Divan'ın yargısal yetkisini ve işlevini anlamsızlaştıracağı gibi otoritesinin de sorgulanmasına neden olmaktadır. Geçici tedbirlerin sivillere karşı ağır suçların işlenmesini önlemeye yönelik olması halinde, bu tedbirlere uyulmamasının sonuçları çok daha ağır olacaktır. Myanmar'da Rohingya (Arakan) Müslümanlarına yönelik şiddet eylemlerinin ve İsrail'in Gazze'de gerçekleştirdiği askeri operasyonlarının soykırım riski yaratması gerekçesiyle Divan'ın yakın zamanda verdiği geçici tedbir kararları da bu bağlamda gündeme gelmiştir. Bu gibi durumlarda, hukuki bağlayıcılığı konusunda tereddüt bulunmayan geçici tedbir kararlarına uyulup uyulmaması tamamıyla ilgili devletin iradesine ve isteğine bırakılmayacağından, bu kararların uygulanmasına yönelik uluslararası hukuk mekanizmalarının harekete geçirilmesi önem arz edecektir.

Bu çalışmanın amacı, Uluslararası Adalet Divanı'nın geçici tedbir kararlarına uyulmasının sağlanmasına yönelik başvurulabilecek uluslararası hukuk mekanizmalarına ilişkin genel bir çerçeve sunmaktır. Bu amaç doğrultusunda, görülmekte olan uyuşmazlıkta etkinliği devam eden Divan'ın rolü; Divan'ın kararlarının uygulanmasıyla ilgili sıklıkla gündeme gelen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin ve Genel Kurul'un yetkileri;

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 11.11.2024. İlk hakem raporu tarihi: 25.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 04.12.2024. Onaylanma tarihi: 10.12.2024.

* Doktor Öğretim Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2071-7212.

Esere Atf Şekli: Lider Bal, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Geçici Tedbir Kararlarının Uygulanması”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.109-150.

son olarak da, ilgili uyuşmazlıkta taraf olan ve üçüncü devletlerin başvurabileceği yöntemler incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı, Geçici tedbirler, Devletlerin sorumluluğu, Gazze, Myanmar

ABSTRACT

Provisional measures, which are indicated to protect the rights of the parties in a dispute and to prevent the aggravation of the dispute until the decision on the merits is rendered, are at the centre of the judicial function of the International Court of Justice. Failure to comply with these measures not only renders the Court's judicial authority and function meaningless, but also calls into question its authority. If the provisional measures are intended to prevent the commission of grave crimes against civilians, the consequences of non-compliance will be much more severe. The Court's recent provisional measures on the grounds that acts of violence against Rohingya (Arakan) Muslims in Myanmar and Israel's military operations in Gaza create a risk of genocide have also come to the fore in this context. In such cases, since the compliance with provisional measures, which are legally binding, cannot be left entirely to the will and desire of the relevant state, it will be important to mobilise international legal mechanisms for their implementation.

The purpose of this study is to provide a general framework of international law mechanisms that can be utilised to ensure compliance with the provisional measures indicated by the Court. In line with this purpose, it examines the role of the Court in dispute settlement; the powers of the United Nations Security Council and the General Assembly; and finally, the options available to disputant States and non-disputant parties..

Keywords: International Court of Justice, Provisional measures, Responsibility of States, Gaza, Myanmar

GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı (UAD; Divan) kararları, kamuoyunun dikkatini nadiren çeker. Son birkaç yıl içinde, birbirine benzer iki uyuşmazlıkta verilen geçici tedbir¹ kararları sadece uluslararası hukuk

¹ UAD Statüsü (Statü)'nün resmi dilleri olan İngilizce metinde “*provisional measures*”, Fransızca metinde ise “*mesures conservatoires*” kavramlarına karşılık olarak, Statü'nün Türkçe resmi çevirisinde “*geçici tedbirler*” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. UAD Statüsü md. 41, 24 Ağustos 1945 tarih ve 6092 sayılı Resmi Gazete, YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

çevrelerinin değil kamuoyunun da gündemine girdi. Her ikisi de *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin uygulanmasına yönelik olan uyuşmazlıklardan ilkinde Gambiya'nın talebiyle, Myanmar'ın Rohingya (Arakan) Müslümanlarına yönelik eylemlerinin Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiği iddiaları nedeniyle geçici tedbirlere hükmedilmişken²; ikincisinde, İsrail'in 2023 yılı Ekim ayından beri Gazze'de sürdürdüğü askeri operasyonların yine Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiğine yönelik Güney Afrika Cumhuriyeti'nin iddiaları nedeniyle art arda üç geçici tedbir kararı verilmiştir³. Özellikle Gazze'yle ilgili verilen üç geçici tedbir kararında açıkça vurgulanan soykırım riskinin önlenmesine ve sivil halkın insani yardım almasının temin edilmesine yönelik yükümlülüklerin ihlal edilmesine neden olacak biçimde askeri operasyonların sürdürülmesi⁴, UAD'nin geçici tedbir kararlarının etkinliğinin sorgulanmasına neden olmuştur.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024). Statü'nün güncel versiyonu için Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, 2018 eserinden yararlanılmıştır.

Türkçe literatürde, aynı anlama gelecek şekilde “geçici koruma önlemleri” (Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap*, Turhan Kitapevi, 4. Bası, 2020, s. 62) veya “ihtiyati tedbirler” (Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınları, 17. Baskı, 2024, s. 212; Mehmet Emin Çağırın, “Soykırım Sözleşmesinin Gazze’de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı’nın İhtiyati Tedbir Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, S. 172, ss. 327-366) kavramları tercih edilse de, Statü’nün resmi çevirisine uygun bir biçimde ve ulusal hukuktaki ihtiyati tedbir müessesesinden ayırt etmek adına “geçici tedbir” kavramı tercih edilmiştir.

² International Court of Justice (ICJ), *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 21 January 2020.

³ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024; Order of 28 March 2024; Order of 24 May 2024.

⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 8 Kasım 2024 tarihinde yayımladığı “Gazze’de insan haklarının durumuna ilişkin altı aylık güncellenmiş rapor”a göre İsrail operasyonları nedeniyle hayatını kaybedenlerin yüzde yetmişini çocuk ve kadınlar oluşturmakta (para. 9). Konuyla ilgili UAD'nin almış olduğu geçici tedbir kararlarına atıf yapan rapor, sürmekte olan insani krizin son bulması için bu tedbirlere derhal ve tam olarak uyulması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Six-month update report on the human rights situation in Gaza: 1 November 2023 to 30 April 2024*, 8 November 2024, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/opt/20241106-Gaza-Update-Report-OPT.pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024), özellikle para. 4, 5 ve 31.

Geçici tedbirlere hükmedilmesi, şüphesiz, kesin olarak bir ihlalin olduğunu göstermez; ancak, bu doğrultuda ciddi bir riskin var olduğunun kanıtıdır⁵. Soykırım gibi ağır suçların işlenme riskine rağmen hükmedilen geçici önlemlere tatmin edici bir biçimde uyulmaması geri dönüşü olmayan insani sonuçlar yaratırken hukuki tartışmalara da neden olmaktadır. Özellikle uluslararası toplum adına harekete geçmesi beklenen Birleşmiş Milletler (BM)'in ve diğer devletlerin, geçici tedbir kararlarının uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak hukuken neler yapabilecekleri bu tartışmaların bir parçasıdır.

Literatürde, genel olarak uluslararası yargı mekanizmalarının, özel olarak UAD'nin geçici tedbir kararlarının işlevini, kapsamını, koşullarını ve hukuki niteliklerini inceleyen çok sayıda çalışma mevcuttur⁶. Bu çalışmanın amacı, Türkçe literatürde⁷ de birçok boyutuyla incelenmiş olan UAD geçici tedbir kararlarının bu genel niteliklerini tekrar etmeden, özellikle uygulanmasının sağlanmasına yönelik başvurulabilecek uluslararası hukuk mekanizmalarına ilişkin bir perspektif sunmaktır.

Bununla beraber, UAD geçici tedbir kararlarının niteliğine ve hukuki dayanağına ilişkin genel bir çerçeve çizmek gerekirse, konuya ilişkin düzenlemeler UAD Statüsü'nün 41. maddesinde ve UAD İhtüzüğü⁸'nün 73-78. maddelerinde yer almaktadır. Bu düzenlemelere göre UAD, önüne taşınmış olan bir uyuşmazlıkta, tarafların talebiyle ya da resen (*proprio motu*), uyuşmazlıkla ilgili esas hakkında karar verinceye kadar tarafların haklarının korunması ve/veya uyuşmazlığın ağırlaşmasının engellenmesi amacıyla geçici tedbirlere hükmedebilmektedir⁹.

Statü'nün 41. maddesinde de vurgulandığı üzere Divan, geçici tedbirlere hükmetmesinin gerekliliğini ve gerekliyse hangi tedbirlerin alınacağını değerlendirme yetkisine sahiptir¹⁰. Bu takdir yetkisi, şüphesiz belirli koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar şöyle sıralanabilir: uyuşmazlığın

⁵ Çağırın, s. 335.

⁶ Özellikle doğrudan bu konuya hasredilmiş önemli bazı kaynakları sıralamak gerekirse: Cameron A. Miles, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2017; Mehmet Semih Gemalmaz, *Provisional Measures of Protection in International Law: 1907 – 2010*, Legal Yayınevi, 2011.

⁷ Özellikle bkz. Ali Bal, *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi*, Seçkin Yayıncılık, 2020.

⁸ *Rules of Court*, 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).

⁹ Robert Kolb, *International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013, ss. 616-621; Miles, s. 175.

¹⁰ Bal, s. 81; Pazarıcı, s. 62.

Divan önünde derdest olması; Divan'ın uyuşmazlıkla ilgili “*prima facie*” yargı yetkisine sahip olması; talep edilen tedbirlerle tarafların esasa ilişkin hakları arasında yeterli bağ olması; tarafların ileri sürdükleri esasa ilişkin haklar bakımından telafisi mümkün olmayan zarar riski; ivedilik¹¹.

Gerek Statü’de, gerekse İçtüzük’te yer alan ilgili düzenlemelerin dilinin açık olmaması nedeniyle, geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı uzun süre tartışma konusu olmuştur. Divan’ın *LaGrand* davasında ilk defa geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda net bir yaklaşım ortaya koymasıyla birlikte¹² bu tartışmaların sona erdiği söylenebilir¹³. UAD’nin geçici tedbir kararlarıyla ilgili olarak günümüzde daha ziyade kararlara uyulmasını sağlama yollarına ve uyulmamasının hukuki sonuçlarına dair tartışmalar yürütülmektedir.

Gerçekten de *LaGrand* kararından sonra artık hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde geçici tedbir kararlarının uyuşmazlığa taraf devletler bakımından bağlayıcı olduğu netleştirilmiş olsa da bu durum kararların kendiliğinden ve mutlaka uygulandığı anlamına gelmemektedir. Sık olmasa da geçici tedbir kararlarına uymama örnekleri yaşanmaktadır¹⁴.

Ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar itibarıyla, UAD’nin geçici tedbir kararlarına uyulmaması ile esasa ilişkin kararlara uyulmaması arasında benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da vardır. Öncelikle hukuki bağlayıcılığı tartışmasız olan her iki karara da uyulması devletlerin uluslararası hukuka uyma yükümlülüğünü bir gereğidir; uyulmaması ilgili devletlerin sorumluluğunu ortaya çıkarır¹⁵. Esas hakkındaki kararlara uyulmaması halinde ihlalcı devletin sorumluluğun ileri sürülmesi, uluslararası hukukun diğer alanlarından pek farklı olmayan bir biçimde, hakkı ihlal edilen devlet(ler)in iradesine bağlanmıştır¹⁶. Esas hakkında

¹¹ Bal, s. 81 vd.; Kolb, ss. 621-633. Kolb bu koşullara ek olarak “*esasa ilişkin belirli bir başarı beklentisi*” şartının varlığını da tartışmaktadır (s. 632).

¹² ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, para. 102-104.

¹³ Gemalmaz, ss. 79-81; Bal, s. 207; Kolb, s. 646. Geçici tedbir kararlarının hukuki niteliğine ilişkin *LaGrand* öncesi tartışmalara dair bkz. Kolb, ss. 638-646.

¹⁴ Gemalmaz, s. 636.

¹⁵ Massimo Lando, “Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8(1), s. 3.

¹⁶ Bkz. Christian J. Tams., “Article 94 UN Charter”, in Andreas Zimmermann, and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd Edition, 2019, Oxford Commentaries on International Law, para. 45. Yazarın vurguladığı üzere, “*UAD kararlarına uyulmasına ilişkin ihtilafları diğerlerinden ayıran husus, uyma yükümlülüğünün içeriğinin Divan tarafından yetkili bir şekilde tanımlanmış olmasıdır*”
YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

kararla birlikte yargılama süreci tamamlanmış ve UAD'nin uyuşmazlıkla ilgili rolü sona ermiştir. Bundan sonraki aşama, uyuşmazlığa taraf devletlerin tutumlarının ve kendi aralarındaki ilişkilerinin belirleyici olduğu yoğun politik bir sürece denk düşmektedir¹⁷.

Geçici tedbir kararlarının uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sorumluluğun, özellikle uyuşmazlığa taraf devletleri ilgilendiren böylesine bir devletlerarası boyutu olduğuna şüphe yoktur. Bu çerçevede, bir hakkı ihlal edilen devletin ihlalcı devlete yönelik başvurabileceği tek taraflı yöntemler kadar, uluslararası örgütler gibi kolektif mekanizmaların harekete geçirilebilmesi ihtimalini de incelemek gerekir. Özellikle, UAD'nin “*başlıca adli organı*”¹⁸ olduğu ve esas hakkındaki kararlarıyla ilgili uygulama mekanizmasının öngörüldüğü BM'nin diğer organlarının rolü, geçici tedbir kararları bakımından da irdelenmelidir.

Esas hakkında kararlardan farklı olarak geçici tedbir kararları bakımından, sürmekte olan yargılama nedeniyle UAD sürecin parçası olmaya devam etmektedir. Geçici tedbir kararı verilmesinin gerekçesini oluşturan sebepler itibarıyla, bu kararlara uyulup uyulmaması sadece taraf devletlerin iradelerini değil Divan'ın uyuşmazlığın giderilmesiyle ilgili yargısal işlevini ve yetkisini doğrudan ilgilendirmektedir. Tam olarak bu nedenle ve esasa ilişkin kararlardan farklı olarak Divan'ın, tarafların talebi olmadan da geçici tedbirlerle ilgili karar alabilmesi mümkündür. Divan'ın bu yetkisinin, hükmettiği geçici tedbirlere uyulmasının sağlanmasına yönelik etkileri de incelemeye değerdir.

(para. 46) (bu çeviri ve bundan sonra yabancı dillerdeki kaynakların Türkçe çevirisi, aksi belirtilmedikçe, yazara aittir).

¹⁷ Lando, s. 2.

Tam olarak bu nedenle, BM Şartı (Şart)'nın redaksiyon sürecinde yürütülen San Fransisco görüşmelerinde UAD'ye ilişkin meseleleri görüşmek için toplanan Komite üyelerinden birinin kararların uygulanmasına yönelik Statü'de düzenleme ihtiyacına vurgu yaptığı; ancak bu gibi bir düzenlemenin önemine rağmen kararların uygulanmasını temin etmenin Divan'ın işi olmadığı gerekçesiyle Statü'de bu yönde bir düzenleme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Görüşmeler esnasında, Statü'ye değil de Şart'a bu yönde hükümlerin eklenmesi konusunda birçok devlet temsilcisi birbirine büyük oranda benzer öneriler getirmiştir. Bkz. UNCIO, vol. 14, s. 886; Alain Pillepich, “Article 94”, in J.P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (ed.), *La Charte des Nations Unie, Commentaire article par article*, Economica, 3e éd., 2005, Vol. II, ss. 1989-1992.

¹⁸ BM Şartı md. 92, 24 Ağustos 1945 tarih ve 6092 sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024). Şart'ın güncel versiyonu için Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, 2018 eserinden yararlanılmıştır.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

UAD'nin geçici tedbir kararlarına uyulmamasının yaratacağı hukuki sonuçlara ilişkin bu genel çerçeve dikkate alınarak ve bu gibi kararlara uyulmasının sağlanmasına yönelik yöntemler arasında yargısal ve kolektif mekanizmaları önceleyerek; sırasıyla UAD'nin, BM'nin ve devletlerin geçici tedbir kararlarının uygulanmasındaki rolü incelenecektir.

1. UAD'nin Geçici Tedbir Kararlarının Uygulanmasındaki Rolü

UAD'nin geçici tedbir kararlarının uygulanmasındaki rolü, hükmettiği tedbirlere uyulup uyulmadığının takibine ilişkin faaliyetlerini kapsamaktadır. Bu uygulamaları incelemeden önce, bu kapsamdaki yetkisinin niteliğini netleştirmek gerekir.

1.1. UAD'nin Geçici Tedbir Kararlarının Takibine İlişkin Yetkisinin Niteliği

Geçici tedbirlere uyulmaması konusunun Divan'ın gündemine taşınması genellikle uyuşmazlığa taraf devletlerden birinin talebiyle gerçekleşmektedir. Özellikle geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığının netleştirildiği *LaGrand* kararından beri uygulamaların bu yönde olduğu tespitinde bulunan Palchetti'ye göre bu durum Divan'ın geçici tedbir kararlarına uyulmaması sorununu resen ele almasının mümkün olmadığı sonucunu doğurmaz¹⁹.

Bu iddiayı destekleyen en önemli argüman, geçici tedbir kararlarının verilmesinde Divan'ın resen harekete geçebilmesidir. Gerek Statü md. 41/1'in geniş yorumundan hareketle gerekse de İçtüzük md. 75/1'de açıkça ifade edildiği üzere Divan, önüne gelen uyuşmazlıkta geçici tedbirlere ihtiyaç olup olmadığına, ihtiyaç varsa da hangi tür tedbirlerin alınacağına *proprio motu* (resen) karar verebilme imkânına sahiptir²⁰. Dolayısıyla, UAD de dâhil olmak üzere uluslararası yargı mekanizmalarının yargı yetkisinin kaynağında yer alan ve sınırlarını belirleyen devletlerin rızasının doğal bir sonucu olan *non ultra petita* (tarafların talepleriyle bağlı kalma) ilkesi, Divan'ın uyuşmazlığın esasına ilişkin verebileceği kararlarının sınırlarını

¹⁹ Paolo Palchetti, "Responsibility for breach of provisional measures of the ICJ: between protection of the rights of the parties and respect of the judicial function", *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, 100/1, s. 7.

²⁰ Statü md. 41/1'in geniş yorumuyla teorik olarak var olduğu kabul edilen *proprio motu* inceleme yetkisi, 2019 yılında İçtüzük md. 76/1'e eklenen "[...] or *proprio motu* [...]" ifadesiyle açıkça tanınmış oldu.

belirlerken geçici tedbir kararı verme yetkisi bakımından geçerli değildir²¹. Bunun nedeni, geçici tedbir kararlarının amacının uyuşmazlığa taraf devletlerin öznel haklarını korurken aslında bizatihi Divan'ın yargısal yetkisini ve işlevini korumak olmasıdır²². Divan geçici tedbir kararlarına hükmederken, esasında kendisine sunulmuş uyuşmazlıkla ilgili vereceği nihai kararı anlamsızlaştıracak; dolayısıyla onun işlevinin ve otoritesinin sorgulanmasına neden olacak sonuçların ortaya çıkmasını bir nevi engellemek gayesindedir.

Divan'ın resen geçici tedbir kararı verebilmesini temellendiren gerekçeler – hatta çok daha fazlası –, bu gibi kararların uygulanmaması halinde de mevcuttur. Yargıç Verhoeven'in dikkat çektiği üzere, temel amacı esas hakkında verilecek kararın “*etkinliğini*” korumak olan geçici tedbir kararlarına uyulmaması aslında “*Divan'ın otoritesine bir meydan okuma*”dır. Dolayısıyla, “*Divan'ın gerekli gördüğünde resen harekete geçerek emredilen tedbirlerin ihlal edilmesini kınaması anlaşılabilir bir durumdur*”²³.

Palchetti'ye göre de Divan, “*yargısal işlevlerinin etkinliğini ve otoritesini korumak*” amacıyla, nasıl ki resen geçici tedbir kararı verebiliyorsa, bu kararlara uyulup uyulmaması konusunda da uyuşmazlığa taraf devletlerin talebi olmadan gerekli gördüğü kararları alabilir; hatta almalıdır²⁴. Yazar

²¹ Bal, ss. 163-166. Genel olarak Divan'ın yargı yetkisi bakımından *non ultra petita* ilkesinin yeri ve sınırları için bkz. Kolb, ss. 919-927; geçici tedbir kararları bakımından özellikle s. 925.

²² Divan, *LaGrand* kararında geçici tedbir kararlarının hukuki bağlayıcılığını da bu argümanla açıklamaktadır. Bkz. ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, para. 102.

Aynı kararda Divan, Almanya'nın geçici tedbir kararına uyulmamasının tespitinin yanında ayrıca bu ihlalin tazmini gibi bir talepte bulunmamasını dikkate alarak değerlendirme yaptığını ifade ederek bir nevi tazmine resen hükmedemeyeceğini belirtmiştir (para. 116). Bu gerekçe de göstermektedir ki geçici tedbir kararına uyulmamasının tespiti ile karara uyulmaması nedeniyle taraf devlet(ler)in somut olarak uğrayacağı zararların tazmini arasında fark vardır. İlkinde taraf devletlerin öznel haklarının yanında kendi yargı yetkisini ve işlevini koruması beklenen Divan resen harekete geçebileceken; ikincisinde, taraf devletin uğrayacağı somut zarar söz konusu olduğundan *non ultra petita* ilkesi geçerli olacaktır. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. Palchetti, s. 8-9.

²³ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, Declaration of Judge ad hoc Verhoeven, s. 358.

²⁴ Palchetti, s. 7-8 ve 17.

bunu Divan'ın geçici tedbir kararlarına uyulmasını sağlamada “*proaktif rolü*” olarak tanımlamaktadır²⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, geçici tedbir kararının verilmesinde olduğu gibi, bu kararlara uyulmamasının tespitinde de Divan tarafların iddialarının ispatını isteyebileceği gibi resen karar vermesi gerektiğinde kendi bilgisi dâhilindeki olgulara da dayanabilir²⁶.

1.2. UAD'nin Geçici Tedbir Kararlarının Takibine Yönelik Uygulamaları

Divan'ın geçici tedbir kararlarına uyulmaması halinde resen harekete geçebilmesi yalnızca bir imkân değil, yargısal işlevlerinin ve otoritesini korumak adına bir zorunluluktur. Bununla birlikte, Statü ve İçtüzük Divan'ın resen başvurulabileceği yöntemler konusunda çok fazla seçenek sunmamaktadır. Divan'ın hükmedilen geçici tedbirlere uyulmasına ilişkin taraflardan bilgi talebi ve geçici tedbir kararına uyulmadığına ilişkin tespiti, uygulamada karşılaşılan iki yöntem olarak incelenebilir.

1.2.1. Bilgi Talebi

UAD'nin geçici tedbir kararlarının uygulanmasına yönelik uyuşmazlık sürerken başvurabildiği tek yöntem, ilgili taraf(lar)a aldığı tedbirlerle ilgili bilgi verme yükümlülüğü de yüklemesidir. Bu yükümlülüğün amacı, hükmedilen tedbirlerin gerektiği gibi uygulanıp uygulanmadığını takip etmek ve gerektiğinde yeni tedbirlerin alınmasını gözetmektir²⁷.

İlk defa *Balıkçılık Yetkisi (Birleşik Krallık v. İzlanda)* davasında verdiği geçici tedbir kararında başvurulmuş bu uygulama²⁸, 1978 tarihinde revize edilen UAD İçtüzüğü'ne kadar açık bir hukuki düzenlemeye

²⁵ *Ibid.*, s. 6.

²⁶ *Ibid.*, s. 10.

²⁷ Hugues Hellio, Solveig Henry, “Le suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d'effectivité”, *Revue générale de droit international public*, 2020, 2, s. 229; Çağiran, s. 343.

²⁸ ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Order of 17 August 1972, 1), (f).

UAD'nin daha eski tarihli iki geçici tedbir kararı olduğu halde (kronolojik sırayla *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Order of 5 July 1951 ve *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, Order of 24 October 1957), bu kararlarında ilgili taraflara bilgi verme yükümlülüğü yüklenmemiştir.

dayanmamaktaydı²⁹. Günümüzde de revize edilen haliyle yürürlükte olan İçtüzük md. 78'e göre "*Divan, belirttiği geçici tedbirlerin uygulanmasıyla bağlantılı herhangi bir konuda taraflardan bilgi talep edebilir.*"

Divan'ın, geçici tedbirlere uyulmasıyla ilgili bilgi talep etme yetkisi 1978'te yazılı hale getirilmesine rağmen, uzunca bir süre bu yetkisini kullanmadığı görülmektedir³⁰.

Divan'ın *Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (Paraguay v. Amerika Birleşik Devletleri)* davasında vermiş olduğu 9 Nisan 1998 tarihli geçici tedbir kararında³¹ tekrar hatırlanan; hemen akabinde, *LaGrand* davasında verdiği geçici tedbir kararında da yinelenen bilgi verme yükümlülüğü 2000'li yıllarda Divan'ın geçici tedbirlere hükmettiği neredeyse her kararda başvurulan bir uygulamaya dönüşmüştür³². Özellikle *LaGrand* davasıyla görünür hale gelen geçici tedbir kararlarına uyulmamasının gerek uyuşmazlığa konu hakların gerekse de Divan'ın otoritesinin korunması bakımından ağır sonuçları, şüphesiz, bu eğilimi güçlendirmiştir.

Bu eğilimin kısmen korunduğu 2010-2020 yılları arasında verilen on iki geçici tedbir kararının altısında bilgilendirme yükümlülüğü de öngörülmüştür³³. 2021 yılından günümüze kadar ise Divan'ın geçici tedbir kararı verdiği beş davadan yalnızca birinde aynı zamanda bilgilendirme yükümlülüğüne hükmettiği görülmektedir. Geçici tedbirlere bilgilendirme yükümlülüğünün eşlik ettiği son uyuşmazlık, *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Gazze Şeridinde Uygulanması (Güney Afrika v. İsrail)* davasıdır. Bu davada art arda verilen üç geçici tedbir kararında da birbirinin aynısı olan ifadeyle "*İsrail Devleti, bu kararın yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde, bu kararı uygulamak için*

²⁹ Hellio, Henry, s. 229-230. Belirtmek gerekir ki açık düzenlemenin eksikliğine rağmen Divan'ın yargılama sürerken uyuşmazlıkla ilgili her türlü bilgiyi talep etme yetkisinin doğal olarak var olması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Gemalmaz, s. 349.

³⁰ Hellio, Henry, s. 230-231.

³¹ ICJ, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 9 April 1998.

³² 2000'li yılların başından itibaren UAD'nin geçici tedbir kararlarına eşlik eden bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin örnekler için bkz. Hellio, Henry, s. 232-233. Bu periyotta bilgi verme yükümlülüğüne başvurulmayan tek istisna *Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler* davasındaki 1 Temmuz 2000 tarihli geçici tedbir kararıdır. Bkz. ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 1 July 2000.

³³ Bkz. Hellio, Henry, s. 236, tablo.

alınan tüm tedbirler hakkında Divan'a bir rapor sunacaktır" denilmektedir³⁴.

Diğer dört kararda ise, geçici tedbirlere hükmedilmesini talep eden tarafın bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin de bir talebi olduğu halde Divan buna gerek görmemiştir³⁵. Irk ayrımcılığına ve soykırma varan suçlara ilişkin iddiaların olduğu bütün bu yakın tarihli davalarda, Divan'ın geçici tedbir kararı verirken hangi gerekçelerle bildirim yükümlülüğüne yer verdiğine ya da yer vermediğine dair net bir açıklama karar metinlerinde yoktur. Hükmedilen geçici tedbirlerin niteliklerinden ve gerekçelerinden hareketle, özellikle durumun ağırlığı, alınacak tedbirlerin aciliyeti ve yerine getirilmemesinin sonuçları gibi nedenlerin bildirim yükümlülüğünün kararlaştırılmasında etkili olduğu söylenebilir.

Divan'ın geçici tedbir kararlarına eşlik eden bildirim yükümlülüğü çoğu zaman, "[t]araflardan her biri, [belirlenen] geçici tedbirlere uyup uymadığı konusunda Divan'ı bilgilendirecektir"³⁶ veya ilgili devlet "bu karar uyarınca alınan tüm tedbirler hakkında Divan'ı bilgilendirecektir"³⁷, gibi genel ifadelerle formüle edilmektedir.

Kimi zaman Divan'ın alınacak tedbirlerin niteliği ve süresiyle ilgili çok daha net ifadeler kullandığı görülmektedir. Örneğin *Nikaragua'nın Sınır Bölgesindeki Kimi Faaliyetleri* davasında,

"Nikaragua, doğu *caño*'nun kuzeyindeki kumsalda yer alan hendeği işbu karar tarihinden itibaren iki hafta içerisinde dolduracaktır; hendeğin doldurulmasının tamamlandığını derhal Divan'a bildirecek ve söz konusu tamamlanma tarihinden itibaren bir hafta içerisinde, fotoğraflı kanıtlar da

³⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024, (6); Order of 28 March 2024, (3); Order of 24 May 2024, (3).

³⁵ Bu kararlar, kronolojik sırayla: *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Order of 7 December 2021; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Order of 7 December 2021; *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Order of 16 March 2022; *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Order of 16 Novembre 2023.

³⁶ ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 Octobre 2008 – Provisional measures, D.

³⁷ ICJ, *Jadhav (India v. Pakistan)*, Order of 18 May 2017 – Provisional measures, I.

dâhil olmak üzere gerekli tüm ayrıntıları içeren bir raporu Divan'a sunacaktır³⁸

denilerek Nikaragua'ya yüklenen bilgilendirme yükümlülüğü gayet detaylı düzenlenmiş ve kesin süreye bağlanmıştır. Böylece, genel ifadelerle geçici tedbirlere uygun önlemlerin alınması ve bildirilmesi istemi yerine, Nikaragua'nın neyi tam olarak nasıl ve ne zamana kadar yapması gerektiği Divan tarafından dikte edilmiştir. Buna ek olarak Divan, her iki tarafın tüm geçici tedbir kararlarına uyulmasıyla ilgili üç aylık periyotlarda bilgilendirme yapması gerektiğine de hükmetmiştir. Bu periyodik bilgi talebi, Divan'ın daha sonraki kararlarında da yaygın bir uygulamaya dönüşecektir³⁹.

Yakın zamanda *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanması (Gambiya v. Myanmar)* davasında Divan, Myanmar'ın belirlenen geçici tedbirlere yönelik alacağı “tüm önlemlere ilişkin olarak, karar tarihinden itibaren dört ay içinde ve daha sonra Divan tarafından dava hakkında nihai bir karar verilinceye kadar her altı ayda bir rapor sunmasına” hükmetmiştir⁴⁰.

Geçici tedbir kararlarına eşlik eden, özellikle detaylı ve periyodik bilgi talebi bir yandan Divan'ın uyuşmazlıkla ilgili esas hakkında vereceği kararı da etkileyebilecek güncel durumla ilgili bilgilendirilmesini sağlarken, diğer yandan geçici tedbirlere uyulmasının sağlanmasına hizmet eden etkili bir araca dönüşmektedir⁴¹.

Bu noktada eleştirilebilecek en önemli husus, bilgilendirme yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğine ve içeriğine ilişkin uluslararası kamuoyunun yeterince bilgilendirilmemesidir. Divan'ın ne internet sitesinde ne de yıllığında, bildirim yükümlülüklerine ilişkin ilgili devletlerin eylemlerine ve bildirimlerinin içeriğine ilişkin bir açıklama ve belge paylaşımı yoktur. Bununla ilgili bilgilendirme ancak esas hakkında kararda⁴² ya da *Güney Afrika v. İsrail* davasında olduğu üzere yeni geçici tedbirlere hükmedilmesi gerektiğinde, detay verilmeksizin yalnızca bilgi notu olarak yapılmaktadır⁴³. Bu bilgilerin uluslararası kamuoyuyla

³⁸ ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Order of 22 November 2013 – Provisional measures, 2 B).

³⁹ Bu tespit ve ilgili kararın analizi için bkz. Hellio, Henry, s. 234-235.

⁴⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 21 January 2020 - Provisional measures 4.

⁴¹ Benzer bir yaklaşım için bkz. Hellio, Henry, s. 240.

⁴² *İbid.*, s. 238

⁴³ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 28 March 2024, para. 8; Order YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

paylaşılması, geçici tedbirlere uyması gereken devlet üzerindeki baskıyı şüphesiz arttıracaktır.

1.2.2. Geçici Tedbirlere Uyulmadığının Tespiti

UAD'nin, *LaGrand* kararında belirttiği üzere, “*bir davayı karara bağlama yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu uyuşmazlıkta hükmedilen [...] geçici tedbirlere uyulmadığını tespit etmesini talep eden başvuruları inceleme yetkisi de vardır*”⁴⁴. Söz konusu tespitin hangi aşamada ve nasıl yapılabileceği sorusunu cevaplamadan önce belirtmek gerekir ki Divan'ın geçici tedbir taleplerini inceleme yetkisini vurgulaması, resen değerlendirme yetkisinin olmadığı anlamına gelmez. Yukarıda da vurgulandığı üzere *non ultra petita* ilkesi, Divan'ın geçici tedbir kararları bakımından geçerli değildir. Divan'ın, özellikle yargılama sürerken, hükmettiği geçici tedbir kararına uyulmadığına ilişkin bir karar alması, yine Divan'ın yargısal yetkisini ve işlevini korumak amacına yönelik olacağından geçici tedbir kararı ile aynı işleve sahip olacaktır⁴⁵. Dolayısıyla, geçici tedbirlere uyulmadığına ilişkin bir tespit içeren kararın Divan tarafından resen alınabileceğini kabul etmek gerekir.

Literatürde yaygın olarak tespit edildiği üzere⁴⁶ Divan, vermiş olduğu geçici tedbir kararlarına uyulup uyulmadığına ilişkin değerlendirmeyi genelde esas hakkında kararında yapmaktadır. *Kosta Rika v. Nikaragua* kararında da Divan “*geçici tedbirlere uyulup uyulmadığını değerlendirmesi için uygun yer[in] esasa ilişkin karar[...]*”⁴⁷ olduğunu açıkça ifade etmiştir. Esas hakkında karar verilinceye kadar uyulması beklenen tedbirlere uyulmadığına ilişkin tespitin bu aşamada yapılmasının artık bir anlamı olmayacağı düşünülebilir. Gerçekten de esas hakkında karar verildiği andan itibaren kesin hükümle birlikte sona eren geçici tedbir kararına uyulmadığına dair bir tespit, ilgili uyuşmazlık bakımından ve geçici tedbirlere uyulmasına dair herhangi bir işleve sahip olmayacaktır. Fakat Divan'ın aynı kararda devamlı belirttiği üzere, “*mevcut karara dâhil*

of 24 May 2024, para. 9 ve 12. Bu son kararda, yalnızca “*sivillerin tahliyesi sürecine yönelik bilgilendirmenin yeterince yapılmadığı*” konusunda bir detaya yer verilmektedir (para. 46).

⁴⁴ ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001, para. 45.

⁴⁵ Bkz. Hellio, Henry, s. 252.

⁴⁶ Bahse konu görüş birliği hakkında bkz. Bal, s. 211.

⁴⁷ ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, para. 126.

edilecek bir ihlalin varlığına ilişkin bir ifade 'gereksiz' olarak görülemez. İhlale ilişkin herhangi bir sorumluluğun sona erdiği de söylenemez: Sona ermiş olabilecek şey ihlaldir, ihlalden kaynaklanan sorumluluk değil'⁴⁸. Dolayısıyla, geçici tedbir kararına uyulmadığına ilişkin tespit, Divan'ın ilgili uyuşmazlıkta esas hakkında vereceği hükümden bağımsız olarak, karara uymayan devletin uluslararası hukuk sorumluluğunun ileri sürülebilmesi bakımından işlevini korur⁴⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, esas hakkında verilecek kararda da olsa, geçici tedbir kararlarına uyulmadığına ilişkin geçmişe dönük bir tespit, o uyuşmazlık bakımından olmasa da Divan önünde görülmekte olan ya da gelecekteki diğer uyuşmazlıklarda verilecek tedbir kararlarına devletlerce uyulması bakımından zorlayıcı bir işleve sahip olacaktır.

Bununla birlikte Divan'ın geçici tedbirlere uyulmadığına ilişkin tespiti esas hakkında verilecek karara bırakması eleştirilmektedir. Bu tespitin, Divan'ın yargısal işlevlerini ve otoritesini sorgulatacak bir biçimde yıllar sonra ve ilgili uyuşmazlık bakımından pek de etkili olmayan yöntemlerle yapılması bu eleştirilerin en önemli dayanağıdır. Örneğin *Bosna Hersek v. Sırbistan* uyuşmazlığıyla ilgili esas hakkındaki kararında Divan, Sırbistan'ın soykırım suçunun işlenmesini önlemek için elinden gelen tüm tedbirleri almasına ve etkisi altındaki herhangi bir örgüt veya kişinin soykırım yapmamasını sağlamasına yönelik hükmettiği 8 Nisan 1993 tarihli geçici tedbirlere uymadığını tespit etmiştir⁵⁰. Bu tespite rağmen, Bosna Hersek'in sembolik olarak talep ettiği tazminatın reddedilmesi⁵¹, özellikle soykırım mağdurları bakımından daha güçlü bir manevi tatminin yaşanmasını engellemiştir⁵². Bu örnekte daha fazla eleştirilen nokta ise, Divan'ın geçici tedbir kararlarına uyulmadığının tespiti için esas hakkında kararını açıkladığı 26 Şubat 2017 tarihine kadar beklemiş olmasıdır. *Kosta Rika v. Nikaragua* uyuşmazlığındaki karara ekli Ayrık Görüş'ünde Yargıç Cançado Trindade'nin haklı olarak eleştirdiği üzere, Divan'ın bu tespiti yapması için aradan on dört yıl geçmesi gerekmiştir. Halbuki Divan, bu gibi durumlarda verilen geçici tedbir kararlarına uyulmamasının ağır ve tamir edilemez sonuçlarını da dikkate alarak, bu ihlali ve ihlalin hukuki sonuçlarını hızlıca

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Hellio, Henry, s. 251.

⁵⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 456.

⁵¹ *Ibid.*, para. 469.

⁵² Kolb, s. 650.

tespit edebilirdi. Yargıç Cançado Trindade'ye göre, geçici tedbir kararlarının “önleyici işlevi” de dikkate alındığında, bunlara uyulmamasının tespitinin esas hakkında değerlendirmeye bırakılmadan derhal ve resen yapılması yerinde olurdu⁵³.

2. BM'nin Politik Organlarının Geçici Tedbir Kararlarının Uygulanmasındaki Rolü

BM Şartı'nın 92. maddesine göre UAD, Örgüt'ün “*başlıca adli organı*” ve onun Statü'sü de Şart'ın “*ayrılmaz bir parçası*”dır. Bu organik ilişki nedeniyle, BM'nin hükümetlerarası yapıları nedeniyle politik olarak nitelendirilebilecek organları, yargı organı olan UAD'nin vermiş olduğu kararların uygulanması bakımından belirli roller üstlenmektedir. Geçici tedbir kararları bakımından da gündeme gelen bu roller, Güvenlik Konseyi (BMGK; Konsey)'nin ve Genel Kurul'un yetkileri çerçevesinde incelenecektir.

2.1. BM Güvenlik Konseyi'nin Rolü

Geçici tedbir kararlarına uyulmasının sağlanmasıyla ilgili BM organlarının işlevi konusunda gerek BM Şartı'nda gerekse de UAD Statüsü'nde açıkça ilgi kurulan Güvenlik Konseyi'nin rolüne değinmek gerekir. Konsey'in geçici tedbir kararlarına uyulmasının sağlanmasıyla ilgili işlevi UAD Statüsü md. 41/2 ve BM Şartı md. 94/2 bağlamında tartışılmaktadır.

UAD Statüsü md. 41'in ilk fıkrasına göre “[...] *durumun gerektirdiğine hükmederse, tarafların her birinin hakkını korumak için [...] geçici önlemlerin alınması[na]*” karar verme yetkisine sahip olan Divan, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “*öngörülen bu önlemler[i], kesin karardan önce hemen taraflara ve Güvenlik Konseyi'ne bildir[mekle]*” mükelleftir. İlgili düzenlemede bu bildirim amacına dair netlik yoktur. UAD İçtüzüğü'nün md. 41/2'ye koşut nitelikte md. 77'ye göre, bildirim kapsamı ve yöntemiyle ilgili ek bilgiler yer alsa da bildirim amacına ve Güvenlik Konseyi'nin bildirim sonrası yetkisine ilişkin yine netlik sözü konusu değildir. Bu bildirimden hareketle, Konsey'in geçici tedbir kararlarının uygulanmasına yönelik yetkiyle donatıldığını düşünmemek gerekir. Zira UAD kararlarının uygulanması konusunda Konsey'in

⁵³ ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, para. 33-36.

Benzer bir yaklaşım için bkz. Hellio, Henry, s. 252.

yetkilendirildiği Şart md. 94/2 kapsamına girdiği tartışmasız olan Divan'ın nihai hükümleri bakımından dahi böyle bir bildirim mekanizması öngörülmemiştir. Hatta bu gibi hükümlerin uygulanmaması nedeniyle ancak uyuşmazlığa taraf devletlerin başvurusuyla Konsey harekete geçebileceksen, geçici tedbir kararları için Divan'ın bildiriyle Konsey'in kendiliğinden yetkili hale geldiği ileri sürülemez. Literatürde de genel olarak kabul gördüğü üzere, Statü md. 41/2 kapsamındaki bildirim amacını aynı uyuşmazlıkla paralel olarak ilgilenmek zorunda kalabilecek iki BM organının – özellikle de BMGK gibi uluslararası barış ve güvenlikle ilgili birincil yetkiye sahip organın –, alabileceği kararları etkileyebilecek tasarruflarından bir diğerini bilgilendirmektedir⁵⁴.

BMGK'nin geçici tedbir kararlarının uygulanmasını sağlama yetkisiyle ilgili asıl tartışma BM Şartı md. 94/2 çerçevesinde yürütülmektedir. Şart md. 94/2'e göre,

“[u]yuşmazlığın taraflarından biri, Divan'ın verdiği bir hükme göre kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, bir taraf Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir Konsey de gerekli görürse hükmün yerine getirilmesi için tavsiyelerde bulunabilir ya da alınacak önlemleri kararlaştırabilir.”

Bu düzenleme ile BMGK'nin geçici tedbir kararlarına uyulmasını sağlamak üzere yetkilendirilip yetkilendirilmediği konusunda uygulamada bir netlik olmadığı gibi literatürde de farklı yaklaşımlar vardır.

Uygulamada, UAD'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararının Konsey önüne taşındığı ilk örnek Birleşik Krallık ile İran'ı karşı karşıya getiren *Anglo-Iranian Oil Co.* davasıdır. Dava esnasında UAD'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararına⁵⁵ İran tarafından uyulmadığı gerekçesiyle Birleşik Krallık konuyu BMGK gündemine taşıyarak, geçici tedbir kararlarına uyulmasının sağlanmasına yönelik bir karar tasarısı sunmuştur⁵⁶. Konsey'in konuyu ele aldığı oturumlarda Birleşik Krallık temsilcisi Konsey'in, Şartın 35. maddesinin verdiği genel yetkinin de ötesinde, Divan'ın vermiş olduğu geçici tedbir kararlarıyla ilgili Şart'ın 94/2. maddesinden ve Statü'nün 41/2.

⁵⁴ Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2004, s. 61; Lando, s. 11; Kolb, s. 655. Gemalmaz'a göre ise, bu bilgilendirme iki BM organı arasında işbirliğini sağlama işlevine ek olarak Divan'ın geçici tedbir kararını destekleme/güçlendirme potansiyeline de sahiptir. Bkz. Gemalmaz, s. 733.

⁵⁵ ICJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Order of 5 July 1951.

⁵⁶ UN Security Council, Draft resolution / submitted by the United Kingdom delegation, S/2358, 29 Septembre 1951. <https://digitallibrary.un.org/record/480103?ln=en&v=pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

maddesinden kaynaklanan özel bir yetkisinin olduğunu ileri sürerken⁵⁷; İran temsilcisi, Divan'ın yalnızca nihai kararlarının bağlayıcı nitelikte olduğunu ve ancak bu kararların Şart'ın 94/2 maddesi kapsamında girdiğini, Statü'nün 41/2. maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünün devletlerarası uyuşmazlıklarla ilgili BM organları arasında koordinasyonu sağlama amacından ibaret olduğunu ileri sürmüştür⁵⁸. UAD'nin geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda dahi netliğin henüz olmadığı bir dönemde, bu karşılıklı iddialara Konsey üyesi diğer devletlerin de kimi çekinceleri eklenince, Konsey geçici tedbirlere uyulması talebine dair bir karar almadan konu kapanmıştır⁵⁹.

BMGK'nin daha sonraki bazı kararlarında UAD'nin geçici tedbir kararlarına atıf yaptığı örnekler mevcuttur. İlk olarak ABD ile İran'ı karşı karşıya getiren *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeli* davasında UAD'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararına⁶⁰, uyuşmazlığın Konsey'e taşınmasıyla Konsey'in aldığı 31 Aralık 1979 tarih ve 461 sayılı kararın başlangıç kısmında dikkat çekilerek uyulması gereken geçici tedbirler özetle tekrar edilmiştir⁶¹. Benzer bir biçimde, *Bosna Hersek v. Sırbistan* uyuşmazlığında da UAD'nin almış olduğu geçici tedbir kararı⁶², BMGK'nin

⁵⁷ UN Doc. S/PV.559, 01.10.1951, para. 19 ve 93. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FPV.559&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

⁵⁸ UN Doc. S/PV.560, 15.10.1951, para. 59-62. <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FPV.560&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

⁵⁹ Ekvador temsilcisinin, geçici tedbir kararlarının Şart md. 94/2 kapsamında görülmemesi gerektiği görüşünde olmasına rağmen kesin bir kanaate varmak için UAD'den görüş alınabileceğine ilişkin önerisinin karşılık bulmadığı (UN Doc. S/PV.562, 17.10.1951, para. 38-39); Fransa temsilcisinin ise Divan'ın ilgili davada öncelikle yetki meselesine dair bir karar verdikten sonra Konsey'in uyuşmazlığı yeniden gündemine alması yönündeki teklifinin ise kabul edilerek konunun gündemden çıkarıldığı anlaşılmaktadır (UN Doc. S/PV.565, 19.10.1951, para. 10 ve 62). Ayrıca bkz. Bal, s. 222-223; Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, 1995, 6(4), ss. 564-565.

⁶⁰ ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Order of 15 December 1979.

⁶¹ UN Security Council, S/RES/461, 31.12.1979. [https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F461\(1979\)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False](https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F461(1979)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False) (Erişim tarihi: 10.11.2024).

⁶² ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Order of 8 April 1993.

hemen akabinde konuyla ilgili aldığı kararda hatırlatılmıştır⁶³. Bu iki örnekte de, UAD'nin geçici tedbir kararına ilişkin atfın önemine rağmen, Konsey'in Şart md. 94/2 kapsamında kendisinde özel bir yetki gördüğüne dair netlik yoktur⁶⁴. BMGK'nin, Şart md. 94/2 kapsamına girdiğine şüphe duyulmayan UAD'nin nihai hükümleri açısından dahi karar alıp almaması ya da alacağı kararların niteliği bakımından tam bir takdir yetkisi bulunduğu⁶⁵, geçici tedbir kararlarına ilişkin zikredilen yukarıdaki örneklerde açıkça md. 94/2'ye dayanmaması ya da bu kararlara dayanarak bağlayıcı tedbirler dikte etmemesi tek başına bir gösterge olmayacaktır⁶⁶.

Geçici tedbir kararlarının Şart md. 94/2 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin, uygulamada bir netlik olmayışının da etkisiyle, literatürde de farklı yaklaşımlar savunulmaktadır. Yaklaşım farklılıklarının en önemli sebebi, md. 94/2'de kullanılan *hüküm* (İngilizce *judgment*; Fransızca *arrêt*) ifadesinin kapsamına ilişkin yorum farklılıklarıdır. Baskın eğilime göre md. 94/2'de geçem *hüküm* ifadesi Divan'ın yalnızca esasa ilişkin verdiği kesin nitelikteki nihai kararlarla sınırlıdır; bağlayıcı olsalar da geçici tedbir kararları bu kapsama girmez⁶⁷. Bu yoruma dayanak olarak da aynı maddenin ilk fıkrasında daha kapsayıcı nitelikteki *karar* (İngilizce *decision*; Fransızca *décision*) ifadesinin kullanılması gösterilmektedir. Buna göre Şart md. 94'ün ilk fıkrasında

⁶³ UN Security Council, S/RES/819, 16.04.1993. [https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F819\(1993\)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False](https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2FRES%2F819(1993)&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False) (Erişim tarihi: 10.11.2024); Ayrıca bkz. Tanzi, ss. 565-567.

⁶⁴ Hakkı Hakan Erkiner, "Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla Uygulanması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, 23(2), s. 98; Bal, s. 223.

⁶⁵ Bkz. Hermann Mosler, Karin Oellers-Frahm. "Art. 94", in Bruno Simma et al. (eds), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, s. 1175; Tams, "Article 94 UN Charter", para. 58.

⁶⁶ Aksi bir görüş olarak Tams bu uygulama örneklerinde BMGK'nin açıkça md. 94/2'yi dayanak almamasını, geçici tedbir kararlarının bu kapsama girmemesinin bir göstergesi olarak yorumlamaktadır. İbid, para. 53.

⁶⁷ Bu yaklaşımı benimseyen, özellikle İngilizce literatürde çok sayıda çalışma olsa da geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin tartışmaların sona erdiği 2001 *LaGrand* kararı sonrası olanlara öncelik vermek gerekirse bkz. Bal, s. 221; Schulte, s. 62; Tams, "Article 94 UN Charter", para. 14-15 ve para. 52; Mosler, Oellers-Frahm, s. 1174-1175; Lando, s. 9-10; Maurice Mendelson, "State responsibility for breach of interim protection orders of the International Court of Justice", in M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (eds), *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*, Oxford and Portland Oregon, 2004, s. 51; Michael Wood ve Eran Sthoeger, *The UN Security Council and International Law*, Cambridge University Press, 2022, s. 178.

Divan'ın bağlayıcı nitelikteki her türlü kararı kast edilirken, ikinci fıkrasında yalnızca nihai nitelikteki kararlarına atıf yapılmak istenmektedir. Benzer bir kavram tercihinin UAD Statüsü'nün 59 ve 60. maddelerinde de rastlanmaktadır. Divan'ın vermiş olduğu kararların bağlayıcılığını vurgulayan md. 59'da daha geniş bir kavram olan *karar* ifadesi yer almışken, özel olarak nihai ve kesin nitelikteki kararlara atıf yapan md. 60'ta *hüküm* ifadesi kullanılmaktadır.

Buna karşın kimi yazarlara göre *karar* ve *hüküm* ifadeleri arasında bu denli net bir anlam ayrımı yoktur; bu kavramlar birbirinin yerine kullanılabilir esnekliktedir⁶⁸. Ayrıca Kolb'a göre, geçici tedbir kararları *order* (ing.)/*ordonnance* (fr.) şeklinde verilmekle birlikte, bunların *judgment/arrêt* olarak verilmesinin önünde teknik bir engel yoktur⁶⁹. Dolayısıyla şekli değil maddi bir değerlendirme yaparak, UAD kararının isimlendirmesi ne olursa olsun içeriği itibariyle bağlayıcı ise md. 94/2 kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir⁷⁰. Kolb'a göre bu doğrultuda bir yorum, artık bağlayıcı olduğuna şüphe duyulmayan geçici tedbir kararlarına gerektiğinde BMGK aracılığıyla uyulmasının sağlanmasına imkân tanıyacağı için, bu yönde çok fazla seçeneği olmayan Divan'ın imajı da korunmuş olacaktır⁷¹. Benzer bir biçim de Vučić de, nasıl ki Divan işlevsel bir yorumla geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda net bir tutum aldıysa, Statü md. 41/2'nin ve Şart md. 94/2'nin yine işlevsel bir yorumuyla

⁶⁸ Kolb, s. 847; Tanzi, s. 568; Mosler, Oellers-Frahm, s. 1174-1175;

Benzer bir yaklaşım benimseyen ancak farklı bir sonuca varan Pillepich'e göre ise, md. 94'te geçen *karar* ve *hüküm* ifadeleri aynı anlama gelecek şekilde anlaşılabilir; fakat, her iki ifadeyle de yalnızca Divan'ın esasa ilişkin nihai hükümleri kast edilmektedir. Nihai hükümler dışındaki kararları, hukuki bağlayıcılığı kabul edilen geçici tedbir kararları da dâhil olmak üzere, md. 94'ün ne ilk ne de ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilebilir. Geçici tedbir kararlarının uygulanmasıyla ilgili UAD İçtüzüğü'nde yer alan düzenlemeler (özellikle md. 78) de göstermektedir ki, uygulanmaması halinde Konsey'in yetkili olduğu kararlar nihai hükümlerdir; geçici tedbir kararlarının uygulanması meselesi UAD'nin uhdesindedir. Bkz. Pillepich, s. 1994.

⁶⁹ Kolb, s. 636.

⁷⁰ Kolb'a göre, 1945'te geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olacağı düşünülmemiş olabileceğinden md. 94 genel olarak UAD'nin nihai hükümleriyle ilişkilendirilmiş olabilir. Ancak, *LaGrand* kararından sonra hukuki bağlayıcılığı tartışmasız hale gelen geçici tedbir kararlarının da nihai hükümlere benzer bir dışsal uygulama mekanizmasından yararlanmasının ve md. 94/2'nin Divan'ın her türlü bağlayıcı kararlarını kapsayacak şekilde yorumlanmasının önünde bir engel yoktur. Bkz. Kolb, s. 656 ve s. 847; Tanzi, s. 568; Lando, s. 2.

⁷¹ Kolb, s. 848.

bu gibi kararların BMGK aracılığıyla uygulanmasının sağlanabileceğini ileri sürmektedir⁷².

Geçici tedbir kararlarının Şart md. 94/2 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda zıt iki yaklaşımın argümanları da ikna edici olmaktan uzaktır. “*Hüküm*” ifadesinden yalnızca kesin nitelikteki nihai kararların anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar da genel olarak kabul etmektedir ki ne Şart’ın ne de Statü’nün hazırlık çalışmalarında bu kavram tercihinin bilinçli bir biçimde yapıldığına dair bir emare vardır⁷³. Buradan hareketle savunulabilir ki, bir kararın nasıl isimlendirildiğinden ziyade maddi içeriğine ve işlevine bakmak gerekir. Fakat geçici tedbir kararlarının sadece bağlayıcı olmasından hareketle ve işlevsel bir yorum yaparak md. 94/2 kapsamında olduğunu ileri sürmek de doğru olmayacaktır. Birçok yazarın haklı olarak vurguladığı üzere bir kararın bağlayıcılığı ile BMGK aracılığı ile uygulanabilirliği arasında doğrudan bir ilişki yoktur⁷⁴. Üstelik bu yoruma Statü md. 41/2’deki bildirim yükümlülüğünden hareketle varmak, – yukarıda da vurgulandığı üzere Divan’ın nihai hükümleri bakımından dahi öngörülmemiş olan bir yetkilendirme sonucuna götüreceğinden – hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Maddi içeriği ve işlevi açısından değerlendirildiğinde geçici tedbir kararlarının md. 94/2 kapsamına girdikleri konusunda asıl tereddüt yaratan özellikleri geçici nitelikleri⁷⁵ ve Divan tarafından resen alınabilmeleri veya değiştirebilmeleridir⁷⁶. Buna rağmen, BMGK’nin geçici tedbir kararlarını md. 94/2 kapsamında görerek tavsiyelerde bulunmasının ya da zorlayıcı önlemler kararlaştırmasının önünde hukuki bir engel olmadığı görülmektedir.

Kimi yazarlara göre, BMGK’nin gerektiğinde tavsiye niteliğinde ya da zorlayıcı kararlar vermesi bakımından VI. ve VII. bölüm çerçevesindeki

⁷² Bkz. Mihajlo Vučić, “Binding Effect of Provisional Measures as an Inherent Judicial Power – an Example of Cross-Fertilization”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, LXVI (4), 2018, ss. 127-147, özellikle s. 135.

⁷³ Tanzi, s. 564. Belirtmek gerekir ki bu görüş taraftarlarına göre, dile getirilmemiş de olsa, bu kavram farklılığı kazara ortaya çıkmış olamaz; bu tercihin bir anlamı olmalıdır. Bkz. Tams, “Article 94 UN Charter”, para. 52; Mosler, Oellers-Frahm, s. 1175; J.-Maurice Arbour, “Quelques réflexions sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice”, *Les Cahiers de Droit*, 1975, 16(3), s. 551-552.

⁷⁴ Bkz. Schulte, s. 61.

⁷⁵ Bkz. Mosler, Oellers-Frahm, s. 1178.

⁷⁶ Kolb’un da dikkatinden kaçmadığı üzere tam olarak bu nedenlerle geçici tedbir kararları *order/ordonnance* formunda alınmaktadır; teknik açıdan mümkün olsa da şimdye kadar hiç *hüküm* formunda alınmamıştır. Bkz. Kolb, s. 636-637.

genel yetkileri dikkate alındığında, geçici tedbir kararlarının md. 94/2 kapsamına girip girmediği anlamsız bir soruya dönüşmektedir⁷⁷. Örneğin, geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı konusunda dahi belirsizliğin olduğu bir dönemde konuyu ele alan Arbour'a göre bu kararların bağlayıcı olmasının, hatta – kendisi katılmamakla birlikte – md. 94/2 kapsamında olduğunun kabul edilmesinin, uygulamada ortaya çıkan sonuçları itibariyle bir önemi olmayacaktır. Bunun en önemli nedeni, uyuşmazlığa taraf devletin konuyu Konsey'e taşıması halinde Konsey'in her hâlükârda karar alıp almama konusunda ya da alacağı kararlarla ilgili tam bir takdir yetkisinin olmasıdır⁷⁸. Gerçekten de geçici tedbir kararlarının md. 94/2 kapsamına girip girmediği konusunda farklı yaklaşımları savunan yazarların da uzlaştığı üzere, BMGK'nin Şartın VI. ve VII. bölümlerinde tarif edilmiş genel yetkisi çerçevesinde geçici tedbirlerin hükmedildiği uyuşmazlıklarla ilgili uygun gördüğü tavsiye niteliğinde ya da bağlayıcı kararlar alması mümkündür⁷⁹. Yine de BMGK'nin gerek VI. ve VII. bölümler gerekse de md. 94/2 kapsamındaki takdir yetkisinden hareketle, geçici tedbir kararlarının uygulanması amacıyla alacağı kararın hukuki dayanağının anlamsız olduğunu düşünmek doğru olmayacaktır. Her şeyden önce, geçici tedbir kararlarının md. 94/2 kapsamında olması, uyuşmazlığa taraf devletçe başvuru yapıldığında, takdir yetkisine rağmen Konsey üzerinde karar alma baskısı yaratabilecektir. İkincisi, Konsey'in UAD gibi bir yargı organının öngördüğü önlemlere ilişkin olarak doğrudan doğruya md. 94/2'ye dayanarak alacağı bir kararın meşruiyeti daha güçlü olacaktır. Son olarak, zorlayıcı önlemler içeren geçici tedbir kararının uygulanmasına yönelik BMGK kararının md. 94/2'e dayanması halinde söz konusu uyuşmazlıkla

⁷⁷ Arbour, s. 557.

⁷⁸ Arbour, s. 553. Ayrıca bkz. Kolb, s. 656; Lando, s. 11.

BM Şartı md. 94/2 kapsamından BMGK'nin takdir yetkisinin çerçevesiyle ilgili bkz. Tams, "Article 94 UN Charter", para. 57-60; Mosler, Oellers-Frahm, s. 1177; Pillepich, s. 1995-6. Konsey'e bırakılmış bu geniş takdir yetkisini eleştiren Tanzi'ye göre, Divan kararlarına uyulmasının sağlanmasını tamamiyle Konsey üyesi devletler arasındaki siyasi müzakerelere tabi hale getirmiştir (Tanzi, s. 541). Bu takdir yetkisi ve politik karakteri nedeniyle Konsey, UAD kararlarının uygulanmasının sağlanmasına yönelik ilgili devletlerin başvurduğu ne ilk seçenek konumundadır ne de güvenilir bir uygulayıcısı olarak görülmektedir. Bkz. Tams, "Article 94 UN Charter", para. 43; Laurence Boisson de Chazournes, Antonella Angelini, "After 'The Court Rose': The Rise of Diplomatic Means to Implement the Pronouncements of the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, 11(1), s. 23.

⁷⁹ Bal, s. 221; Schulte, s. 62; Wood, Sthoeger, s. 178; Mendelson, s. 51; Tanzi, s. 569-570; Kolb, s. 844-846.

ilgili yeni bir değerlendirme yapılması gerekmeyecekken, kararın VII. bölüme dayanması halinde uyuşmazlığın ayrıca uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği, tehlikeye düşürdüğü ya da bozduğu tespiti Konsey tarafından yapılmak durumunda kalınacaktır⁸⁰. O halde UAD'nin herhangi bir kararının uygulanmasına yönelik olarak alınacak BMGK kararının VI. ve VII. bölüme veya md. 94/2 dayanması sonuçları itibariyle anlamsız bir sorun değildir. BMGK'nin VI. ve VII. bölümde tarif edilmiş genel ve geniş yetkilerine rağmen “bağımsız normatif bir işlev[e]” sahip olan md. 94'ün özel olarak Şart'a konulmuş olması da bu yorumu destekler niteliktedir⁸¹.

2.2. BM Genel Kurulu'nun Rolü

Geçici tedbir kararlarını kapsayıp kapsamadığı tartışmalı olsa da UAD kararlarının uygulanmasının sağlanması konusunda BM Şartı Güvenlik Konsey'ini yetkilendirmektedir. Buna benzer bir yetkilendirme Genel Kurul bakımından söz konusu değildir. Ancak, ilginç bir biçimde UAD kararlarının uygulanmasına ilişkin BM bünyesinde alınan kararların menşei, uygulamada, Genel Kurul olmuştur. Üstelik Genel Kurul'un uygulanması için harekete geçtiği UAD kararları arasında nihai nitelikteki esasa ilişkin bir karar olduğu gibi geçici tedbir kararı da vardır.

Nihai nitelikteki kararın uygulanmaması nedeniyle Genel Kurul gündemine taşınması, tahmin edilebileceği gibi Güvenlik Konseyi'nin md. 94/2 kapsamında yetkili olduğuna şüphe olmadığı halde karar almamış olmasından kaynaklanmıştır. Söz konusu uyuşmazlık Nikaragua ile ABD'yi karşı karşıya getiren *Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler* davasıdır⁸². Bu uyuşmazlığa ilişkin esas hakkında nihai kararında Divan, ABD'nin bir dizi yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vererek, bu ihlallerin sona erdirilmesine ve ihlallerden kaynaklanan zararın onarımına hükmetmiştir⁸³. Nikaragua'nın, bu kararın uygulanmasının sağlanmasına yönelik talebiyle konu Konsey'in gündemine taşınmış; ancak ABD'nin veto yetkisini kullanması nedeniyle Konsey karar alamamıştır⁸⁴. Bunun üzerine konunun taşındığı BM Genel Kurulu, 1986-1989 yılları arasında birbiriyle

⁸⁰ Kolb, s. 845; Schulte, s. 62; Lando, s. 10.

⁸¹ Tanzi, s. 571; Kolb, s. 853-854.

⁸² ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986.

⁸³ İbid., para. 292.

⁸⁴ UN Doc. S/PV.2718, 28.10.1986, <https://documents.un.org/doc/undoc/pro/n86/609/37/pdf/n8660937.pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

içerik olarak aynı dört karar alarak UAD'nin kararlarının devletler bakımından bağlayıcılığını hatırlatmış ve ABD'yi ilgili kararın gereklerini derhal ve tam olarak yerine getirmeye davet etmiştir⁸⁵.

BM Genel Kurulu, yakın zamanda da bir geçici tedbir kararının uygulanmasına yönelik karar almıştır. UAD, Gambiya tarafından *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi*'nin uygulanmasına ilişkin olarak Myanmar'a karşı açılan davada, bir dizi geçici tedbire hükmetmiştir⁸⁶. BM Genel Kurulu da *Soykırım Sözleşmesi*'nin 2. maddesi bağlamında “*korunan bir grup*” olarak tanınan “*Myanmar'daki Rohingyaların haklarına yönelik telifisi mümkün olmayan gerçek ve yakın bir zarar riski bulunduğu tespit eden 23 Ocak 2020 tarihli geçici tedbir kararını hatırlatarak*” Myanmar'ı bu karara tam olarak uymaya çağırmıştır⁸⁷. Genel Kurul kararında, Divan'ın hükmettiği geçici tedbirlere rağmen,

“Myanmar'daki Rohingya Müslümanlarının, kadınlar ve çocuklar da dâhil olmak üzere, korunmamasından ve ayrımcılığa, hedef gözetilerek öldürülmeye, ayırım gözetmeyen şiddete ve ayırım gözetmeyen ateş, bombardıman, kara mayınları veya patlamamış mühimmat dâhil olmak üzere ciddi yaralanmalara maruz kalmaya devam etmesinden derin endişe duyduğunu”⁸⁸

ifade ederek, “*Myanmar'ı, Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uygun olarak, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamındaki fiillerin işlenmesini önlemek için gücü dâhilindeki tüm önlemleri almaya*” ve “*alınan tüm önlemler hakkında Mahkeme'ye rapor vermeye*” davet etmiştir⁸⁹.

Bu iki örnekte, Şart md. 94/2'de Güvenlik Konseyi'ne verilmiş yetkinin âdeta Genel Kurul'a aktarılması gibi bir sonucun ortaya çıktığı düşünülebilir⁹⁰. Elbette Güvenlik Konseyi'ne açıkça verilen yetkinin bir benzeri Genel Kurul'a verilmemiştir. Ancak, Tanzi'nin de vurguladığı üzere, bu durum Genel Kurul'un Şart md. 10 ve md. 14'te tarif edilmiş

⁸⁵ Bu kararlar sırasıyla: GA Res. 41/31 (1986); GA Res. 42/18 (1987), GA Res. 43/11 (1988), GA Res. 44/43 (1989).

⁸⁶ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020.

⁸⁷ Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2023, A/RES/78/219, Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar, Başlangıç bölümü.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 10.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 11.

⁹⁰ Tanzi, s. 546.

genel yetkisi çerçevesinde harekete geçmesi ihtimalini dışlamaz⁹¹. BM Şartı'nın 10. maddesine göre,

“Genel Kurul, işbu Antlaşma kapsamına giren ya da işbu Antlaşma'da öngörülmuş organlardan herhangi birinin yetki ve görevlerine ilişkin bütün sorunları ya da işleri görüşebilir ve 12. madde hükümleri saklı kalmak koşuluyla, bu tür sorun ya da işler konusunda Birleşmiş Milletler üyelerine veya Güvenlik Konseyi'ne veya hem örgüt üyelerine, hem de Güvenlik Konseyi'ne tavsiyelerde bulunabilir”.

Şart'ın 14. maddesine göre de,

“12. madde hükümleri saklı kalmak koşuluyla, Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in Amaç ve İlkeleri'ni belirten işbu Antlaşma hükümlerinin çiğnenmesinden doğan durumlar da dâhil olmak üzere kamu esenliğine zarar verecek, uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacak nitelikte gördüğü herhangi bir durumun, kökenine bakılmaksızın barışçı yollarla düzeltilmesi için gerekli önlemler alınmasını tavsiye edebilir”.

Her iki maddede de vurgulandığı üzere Genel Kurul'un bu genel yetkisinin sınırı 12. maddedir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre

“Güvenlik Konseyi herhangi bir uyuşmazlık ya da duruma ilişkin olarak işbu Antlaşma'nın kendisine yüklediği görevleri yerine getirdiği sürece, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi bunu kendisinden istemedikçe, bu uyuşmazlık ya da durum konusunda herhangi bir tavsiyede bulunamaz”.

Gerek *Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler* davasında nihai hükmün uygulanmasıyla ilgili aldığı kararda gerekse de Myanmar'ın geçici tedbir kararına uymasına yönelik kararda Güvenlik Konseyi “*bunu kendisinden isteme[diğine]*” göre Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin görevlerini yerine getirmediğini düşünerek bu kararları almış olmalıdır⁹². Gerçekten de Boisson de Chazournes ve Angelini'nin vurguladığı üzere, UAD tarihinde ilgili devletlerce uygulanmayan az sayıdaki kararın da birkaçı Konsey gündemine taşınmış; ancak bunlardan hiçbiri için Konsey karar al(a)mamıştır. Yazarlara göre, bu gibi durumlarda Şart'ın 12. maddesine uygun hareket eden Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisi nedeniyle bloke olduğu durumlarda md. 94/2'deki yetkiyi kullanan “*iyi bir yedeğe dönüşmüştür*”⁹³.

⁹¹ Tanzi, s. 546. Ayrıca bkz. Kolb, s. 858; Gemalmaz, s. 472.

⁹² Nikaragua kararında ABD'nin vetosuyla bloke olan Konsey'in Myanmar'da yaşananlarla ilgili, UAD'nin geçici tedbir kararı sonrasında aldığı 21 Aralık 2022 tarihli kararda (S/Res/2629), hatta bu kararın alındığı oturumda (S/PV.9231) geçici tedbirlere hiç değinilmemektedir. Benzer bir yorum için bkz. Mehtap Kaygusuz Akbay, “Gambia / Myanmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı'nın Geçici Önlemler Kararı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 10(1), s. 295.

⁹³ Boisson de Chazournes, Angelini, s. 22.

Her hâlükârda belirtmek gerekir ki UAD geçici tedbir kararlarının uygulanmasında Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi'nin alacağı kararların etkisini bir tutmak mümkün değildir. Güvenlik Konseyi, teorik olarak kuvvet kullanmaya varacak her türlü zorlayıcı kararı alabileceken, Genel Kurul'un alabileceği kararlar, Şart'ın 10. ve 35. maddelerine uygun olarak tavsiye niteliğinde olabilecektir⁹⁴. Bununla birlikte, BM Genel Kurulu gibi bir organın alacağı kararların, geçici tedbir kararına uymayan devlet üzerinde yaratacağı “*politik ve manevi baskı*”nın etkisini azımsamamak gerekir⁹⁵.

3. Geçici Tedbir Kararlarına Uyulmasına Yönelik Devletlerce Başvurulabilecek Yöntemler

Artık bağlayıcılığı konusunda tereddüt bulunmayan UAD'nin geçici tedbir kararlarına uyulmaması, uymayan devletin uluslararası hukuk sorumluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Uluslararası düzeyde, uluslararası hukuka uyulmasının sağlanmasına yönelik yargısal ve örgütsel mekanizmalar oluşturulmaya başlanmış olsa da devletlerin uluslararası hukuka aykırı bir eylem karşısında bireysel tepkileri hâlâ en etkili araçtır. Bu durum, “*örgütsel boyutu*” kadar, hatta daha fazla “*devletlerarası boyutu*” olan geçici tedbir kararlarına uyulması meselesi bakımından da geçerlidir⁹⁶.

Uluslararası hukuka aykırı bir eylem karşısında, uluslararası hukuka uyulmasının sağlanmasına yönelik devletlerin başvurabileceği önlemler “*self-help*” kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁷. Bu önlemlerin neler

⁹⁴ Tanzi, s. 546; Tams, “Article 94 UN Charter”, para. 48; Lando, s. 13.

Güvenlik Konseyi'nin bloke olduğu hallerde Genel Kurul'un alabileceği kararlar konusunda, 1950 Kore Savaşı esnasında alınan “Barış için Birlik” kararı önemli tartışmalara neden olmuştur (UN General Assembly, 377(5), 3 November 1950, <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/059/75/pdf/nr005975.pdf> (Erişim tarihi: 04.12.2024)). Güvenlik Konseyi'nin veto yetkisi nedeniyle karar alamayarak uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına yönelik sorumluluğunu yerine getiremediği durumlarda Genel Kurul'un bu sorumluluğu üstlenerek üye devletlere gerekli tedbirleri almaları konusunda tavsiyede bulunmasını öngören bu karar çokça eleştirilmiş ve BM pratiğinde tek örnek olarak kalmıştır. Buradan hareketle, tavsiye niteliğinde de olsa Genel Kurul'un kuvvet kullanmaya varan tedbirleri içerecek kararlar almasının Şart'a aykırı olacağını söyleyebiliriz. Bu kararlar ilgili olarak bkz. Enver Bozkurt, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, Asil Yayın, 3. Baskı, 2007, ss. 47-48.

⁹⁵ Gemalmaz, s. 472.

⁹⁶ Palchetti, s. 21.

⁹⁷ Bkz. Tanzi, s. 539.

“Hakkını bizzat temin etme”, yani “ihkakı hak” olarak tercüme edilebilecek olan bu kavram Keskin'e göre yeterince iyi tanımlanmamıştır. Devletlerin uygulamalarında kuvvet
YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

olabileceği ve kimler tarafından alınabileceği, ihlal sonucu ortaya çıkan uluslararası sorumluluğun niteliği ile doğrudan ilintilidir. Devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumluluğu uluslararası hukukun teamül kurallarınca düzenlenmektedir. Bu kurallar, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK)'nun uzun süreli çalışması sonucunda⁹⁸ 2001 yılında kabul ettiği “*Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu*” başlıklı *Taslak Maddeler*⁹⁹ ile, büyük ölçüde, yazılı hale getirilmiştir. Geçici tedbir kararlarına uyulmaması nedeniyle devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasının ve bu sorumluluğun ileri sürülebilmesinin koşulları, anılan nedenle, Taslak Maddeler çerçevesinde değerlendirilmektedir¹⁰⁰. Sorumluluğun ortaya çıktığı hallerde geçici tedbirlere uyulmasının sağlanmasına yönelik devletlerin başvurabileceği yöntemler de yine çerçevede incelenmelidir¹⁰¹.

Uluslararası hukukun, egemen devletler arası yatay ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olarak görüldüğü klasik yaklaşımına göre her devlet kendi

kullanma hallerinin dayanağı olarak ileri sürülebilmesi bu kavram meşru müdafaa hakkını da içerecek bir genel üst başlık olarak kabul edilebilir. Fakat, Keskin'in de haklı olarak tespit ettiği üzere, uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak özel olarak düzenlenmiş olan meşru müdafaa hakkını dışarıda bıraktığımızda, self-help ancak kuvvet kullanmaya varmayan önlemleri içerecek bir kapsamda olmalıdır. Bkz. Funda Keskin, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No:20, 1998, s. 89-90.*

⁹⁸ Bkz. Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, 2012, ss. 49-54.

⁹⁹ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Text adopted by the Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2024). Belgenin gayriresmî Türkçe çevirisi için Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin haksız fiilden kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024 (ss. 265-278), eserinden yararlanılmıştır. Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin bu belge çerçevesinde bir inceleme için ayrıca bkz. Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021.

¹⁰⁰ Bkz. Miles, ss. 319-324.

¹⁰¹ Geçici tedbir kararlarına uyulmasını sağlamak üzere devletlerin başvurabileceği yöntemler konusunda öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda incelenmiş olan UAD ve BM nezdindeki örgütsel yöntemlerin hayata geçirilmesi genelde ilgili devletlerce tetiklenmektedir. Bu başlık altında, incelenmiş olan bu örgütsel yöntemlerin dışındakilerle sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

hakkının muhafızdır¹⁰². Bu düzlemde, yargısal mekanizmalar da dâhil olmak üzere devletlerarası uyuşmazlıklarda çözüm yolları, hala klasik yatay ve ikili ilişkilerin doğasına uygun olarak yürütülmektedir. Bu açıdan, UAD'nin geçici tedbir kararlarına uyulmaması öncelikle söz konusu uyuşmazlığa taraf devletler bakımından sorumluluğun ileri sürülebilmesine imkân vermektedir. Uluslararası toplum kavramının ve onun hukukunun, özellikle *jus cogens* normlar ve *erga omnes* hak ve yükümlülükler çerçevesinde gelişimiyle birlikte, uluslararası sorumluluk kavramı da bütün devletlerin dâhil olabildiği çok taraflı bir görünüm kazanabilmektedir. Geçici tedbir kararının böylesine bir yükümlülüğe ilişkin olması halinde üçüncü devletlerin başvurabileceği yöntemleri de ayrıca incelemek yerinde olacaktır.

3.1. Yargılamaya Taraf Devletin Başvurabileceği Yöntemler

UAD'nin geçici tedbir kararlarına uyulmaması uluslararası hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilebileceğinden, bu kararlara uyulmasının sağlanması için devletlerce tek taraflı olarak başvurulabilecek yöntemleri, genel olarak uluslararası hukuka uyulmasının sağlanmasına yönelik önlemler ve zorlama yolları çerçevesinde ele almak gerekir. Bunları en sert olandan en yumuşak olana doğru sıralamak gerekirse, ilk olarak kuvvet kullanmaya varacak önlemler akla gelebilir. Devletlerin tek taraflı olarak kuvvet kullanması, meşru müdafaa hakkının doğmasına neden olacak nitelikteki silahlı saldırı eylemleri ile sınırlı olduğundan, geçici tedbir kararlarına uyulmaması gibi bir durum karşısında dışarıda bırakılması gereken bir seçenektir¹⁰³.

İkinci olarak, uluslararası hukuka uyulmasının sağlanması amacıyla devletler tarafından sıklıkla başvuru karşı önlemler ve zorlama yollarından (*countermeasure*) bahsetmek gerekir. Bu çerçevede misilleme (*retorsion*) gibi uluslararası hukuk yükümlülüklerine uygun yöntemler benimsenebileceğine şüphe yoktur¹⁰⁴. Zararla karşılık (*reprisals*) gibi

¹⁰² René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica/UNESCO, 1986, s. 46; Juan Antonio Carillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 257, 1996, s. 105.

¹⁰³ Kolb, s. 842-843.

¹⁰⁴ Lando, s. 6.

devletlerin uluslararası hukuk yükümlülüklerini ihlal edecek önlemlere başvurulabilmesi ihtimalinin ise açıklığa kavuşturulması gerekir.¹⁰⁵

Palchetti'nin vurguladığı üzere geçici tedbirlere uyulmaması nedeniyle zararlar karşılık önlemlerine başvurulabilmesi, Divan'ın sıklıkla tekrar ettiği, önündeki bir uyuşmazlığa taraf devletlerin uyuşmazlığı ağırlaştıracak herhangi bir adım atmaktan kaçınmaları gerekliliği ile çelişir görünmektedir¹⁰⁶. Taslak Maddeler, md. 52/3.b)'e göre de “[u]yuşmazlık, taraflar için kararı mecburi olan bir divanın ya da mahkemenin önünde derdest ise”, taraflar karşı önlemlere başvurmalıdır. Bununla birlikte, aynı maddenin dördüncü paragrafına, “*sorumlu Devlet uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne uymaya ilişkin iyi niyetli davranmıyorsa, 3. paragraf uygulanmaz*” denilmektedir. UAD önünde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta, tarafların hükmedilen geçici tedbir kararlarına uymamasını da iyi niyetli olmayan bir davranış olarak görerek bu kapsamda değerlendirmek gerekir¹⁰⁷. UHK'nin 2001 yılı öncesi çalışmalarında da geçici tedbir kararlarına uyulmamasının karşı önlemlere başvurulmasını hukuki hale getiren durumlar arasında sayıldığı açıkça görülmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla devletler, taraf oldukları bir uyuşmazlıkta UAD'nin hükmettiği geçici tedbir kararlarına uymadığı gerekçesiyle sorumlu devlete yönelik zararlar karşılık olarak nitelendirilebilecek karşı önlemlere başvurabilirler¹⁰⁹.

Geçici tedbir kararlarına uyulmaması halinde alınabilecek önlemlerin sınırını, zararlar karşılık önlemlerine başvurulmasına ilişkin uyulması gereken genel şartlar belirler. Bu konuda da referans alabileceğimiz UHK'nin Taslak Maddeler'ine göre devletler, zararlar karşılık önlemlerine başvurmadan önce sorumlu devletten geçici tedbir kararına uymasını talep etmeli; uyulmaması halinden alacağı önlemlere ilişkin bilgilendirmede bulunmalıdır (md. 52/1. a) ve b)). Başvurulabilecek önlemler, geçici tedbir kararlarına uyulmasını sağlamaya yönelik bir süre için (md. 49/2 ve md. 53) ve bu amaca yönelik orantılılıkta olmalıdır (md. 51). Ayrıca bu önlemler, özellikle kuvvet kullanma yasağı ve diğer emredici normlara, temel insan

¹⁰⁵ Misilleme ve zararlar karşılık kavramları ve ayrımları için bkz. International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries on the work of its Fifty-third session*, UN Doc A/56/10, s. 54, para. 3, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2024). Ayrıca bkz. Sur, s. 296.

¹⁰⁶ Palchetti, s. 13.

¹⁰⁷ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Bal, s. 220.

¹⁰⁸ Örnek raporlar için bkz. Lando, s. 6.

¹⁰⁹ Benzer bir yaklaşım için bkz. Bal, s. 219-220; Lando, s. 7; Palchetti, s. 14.

haklarının korunmasına ve insancıl hukuk yükümlülüklerine ilişkin devletlerin genel yükümlülüklerini ihlal eder nitelikte olmamalıdır (md. 50)¹¹⁰.

Palchetti'ye göre bu kriterlere ek olarak, geçici tedbir kararına uyulmaması gerekçesiyle zararlar karşılık önlemlerine başvurmak isteyen devletin tek taraflı olarak harekete geçmeden önce konuyu Divan'a taşıyarak, en azından geçici tedbirlere uyulmadığını tespit ettirmesi beklenmelidir¹¹¹. Bu son nokta, zararlar karşılık gibi uluslararası hukuka aykırı bir fiili içerebilecek bir önleme her devletin “*kendi yargıçlığını yap[arak] ve tek taraflı olarak karar*” vermesinin tehlikelerini¹¹² gidermesi bakımından önemlidir.

Bu önlemlerin dışında, hukuka aykırı fiili duyurma, tanımama ve kınama gibi geleneksel hukuki yöntemlerle de devletler, geçici tedbir kararına uyulmamasının hukuki etkilerini kendileri bakımından bertaraf ederken bu kararlara uyulmasının sağlanmasına yönelik baskı oluşturabilirler.

3.2. Yargılamaya Taraf Olmayan Devletlerin Başvurabileceği Yöntemler

Geçici tedbir kararlarının uygulanmaması karşısında, Divan önündeki yargılamaya taraf olmayan üçüncü devletlerin harekete geçmesi çeşitli gerekçelere dayanabilmektedir. Üçüncü devletler, uyuşmazlığa taraf olan bir devleti desteklemek ya da uyuşmazlığın sonuçlarının kendi çıkarlarını etkilemesi gibi bireysel gerekçelerle hareket edebileceği gibi; özel olarak UAD'nin, genel olarak BM sisteminin işlevini savunmak ya da uyuşmazlığın uluslararası toplumun bütününe ilişkin hak ve yükümlülüklerle ilgili olması gibi kolektif motivasyonlarla da tepki gösterebilirler¹¹³.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. Erkiner, *Devletin haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 239-240.

¹¹¹ Palchetti, s. 14.

¹¹² Sur, s. 297-298.

¹¹³ Kolektif gerekçelerin kolektif, yani örgütsel reaksiyonlara dönüşmesi tercih edilebilir olsa da özellikle bu reaksiyonları gösterebilecek BM gibi örgütlerin bloke olması halinde devletlerin bireysel olarak harekete geçerek çeşitli tedbirlere başvurabilmesi mümkündür. Bkz. Christian J. Tams, “Individual States as Guardians of Community Interests”, in Ulrich Fastenrath, and others (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, ss. 379-405.

Devletlerin bireysel tepki verme kapasiteleriyse örgütsel önlemler arasındaki ilişkiye dair bir değerlendirme için bkz. Linos-Alexandre Sicilianos, “Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community”, in James YUHFV Vol. XXII No.1 (2025)

Gereğesi ne olursa olsun, geçici tedbir kararlarına uyulmaması halinde üçüncü devletlerin, tıpkı yargılamaya taraf devlet gibi misilleme (*retorsion*) önlemleri kapsamında uluslararası hukuk yükümlülüklerini ihlal etmeyecek ve diğer barışçıl yöntemlere başvurması önünde bir engel yoktur. Burada yine asıl irdelenmesi gereken, zararlar karşılık (*reprisals*) gibi devletlerin uluslararası hukuk yükümlülüklerini ihlal edecek önlemlere başvurulabilmesi ihtimalidir. Geçici tedbir kararına uymayan devletin yalnızca uyuşmazlığa taraf devlet(ler)e karşı değil üçüncü devletlere karşı da uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmasını gerektiren bu ihtimal, özellikle iki açıdan tartışılabilir görünmektedir.

Birincisi, UAD kararlarına uyma yükümlülüğünü temellendiren BM Şartı'nın ve UAD Statüsü'nün ihlali nedeniyle, uyuşmazlığa taraf olmasa da bu antlaşmalara taraf olan devletler bakımından uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesi ihtimalidir. Gerçekten de BM'nin “*başlıca adli organı*” olan UAD'nin kararlarına uyulmasında tüm üyelerin ve Statü'ye taraf devletlerin hukuki menfaati olduğu düşünülebilir. Ancak, UAD kararlarına uyma yükümlülüğünü düzenleyen Şart md. 94 ve Statü md. 59, bu kararların yalnızca uyuşmazlığa taraf olan devletler bakımından bağlayıcı olduğunu açıkça ifade etmektedir. Dolayısıyla, geçici tedbir kararları da dâhil olmak üzere UAD kararlarına uyma yükümlülüğü, çok taraflı hukuki metinlerle düzenlenmiş olsa da ilgili devletler arasında iki taraflı ilişkiler yaratmakta; “*kolektif yapıya*” dâhil olmamaktadır¹¹⁴.

Geçici tedbir kararına uyulmamasının üçüncü devletlere karşı sorumluluk doğurmasının tartışılabileceği ikinci ihtimal, uyulmayan kararın içerik olarak uluslararası toplumun bütününe ya da bir grup devleti kolektif olarak ilgilendiren yükümlülüklerle ilişkin olmasıdır. Örneğin, UAD'nin yakın zamanda art arda geçici tedbir kararları verdiği *Güney Afrika v. İsrail* uyuşmazlığında, soykırım riskini ortaya çıkaran İsrail'in Filistin topraklarında askeri operasyonlarını sürdürmesi bir nevi geçici tedbir kararlarının ihlali olarak değerlendirilerek, üçüncü devletlerin de *erga*

Crawford, and others (eds), *The Law of International Responsibility, Oxford Commentaries on International Law*, Oxford University Press, 2010, ss. 1137-1140.

¹¹⁴ Bu yönde bkz. Kolb, s. 841.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, UAD'nin geçici tedbir kararına uyulmaması nedeniyle, yukarıda kısaca değinilen bir biçimde BMGK'nin Şart md. 94 ya da VII. bölüm çerçevesinde bağlayıcı kararlar alması durumunda, üçüncü devletlerin bu kararlara uygun olarak gerekli önlemleri alması hem mümkün hem de Şart'tan kaynaklanan bir zorunluluktur.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

omnes yükümlülüklerin ihlali gerekçesiyle karşı önlemlere başvurabileceği savunulmaktadır¹¹⁵.

Erga omnes ya da *erga omnes partes*¹¹⁶ olarak nitelendirilen yükümlülüklerin ihlali halinde bütün ilgili devletlerin bu ihlalden etkilendiğini ve bu yükümlülüklerle uyulmasında “*kolektif menfaat*” olduğunu UAD birçok defa teyit etmiştir¹¹⁷. “*Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu*”na ilişkin Taslak Maddeler’in 48. maddesine göre de bu gibi yükümlülüklerin ihlali, ihlalcı devletin ilgili bütün diğer devletlere karşı uluslararası hukuk sorumluluğunu ortaya çıkaracaktır¹¹⁸.

¹¹⁵ Bkz. The Diakonia International Humanitarian Law Centre, *ICJ Order on Provisional Measures in South Africa v. Israel: Legal Consequences for Third States*, <https://apidiakoniasie.cdn.triggerfish.cloud/uploads/sites/2/2024/02/South-Africa-v.-Israel-Provisional-Measures-and-Third-States.pdf> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

¹¹⁶ *Erga omnes*, uluslararası hukukun genel nitelikteki kurallarından kaynaklanan ve uluslararası toplumun bütününe yönelik hak ve yükümlülükleri nitelenecek; *erga omnes parte* ise çok taraflı bir uluslararası sözleşmeden kaynaklanan ve bu sözleşmeye taraf diğer devletlerin bütününe yönelik hak ve yükümlülükleri nitelenecek için kullanılmaktadır. Bu ayrımı ve hukuki sonuçlarına dair UHK’nin 2005 yılında aldığı kararın 1. ve 2. maddeleri açıklayıcı niteliktedir. Bkz. Institute of International Law, “Obligations and Rights Erga Omnes in International Law”, Resolution adopted on August 27, 2005. https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2024).

¹¹⁷ “*Kolektif menfaat*” kavramını ilk defa *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme’ye Dair Çekinceler* konulu danışma görüşünde kullanan UAD (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 38 May 1951, s. 23), *Barcelona Traction* kararından itibaren korunmasında kolektif menfaat bulunan yükümlülükleri *erga omnes* olarak nitelendirmiştir (*Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment 5 February 1970, para. 33).

UAD, bu tarihten sonra da *erga omnes* yükümlülükler kavramını birçok kararında referans almış ve bu gibi yükümlülüklerin ihlalinin bütün devletleri ilgilendirdiğini teyit etmiştir. Önemli bazı karar örnekleri için bkz. *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995, para. 29; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996, para. 31; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 155-157; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment of 3 February 2006, para. 60. ve 64; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007, para. 185; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012, para. 68.

¹¹⁸ “*Devletin ağırlaştırılmış sorumluluğu*” olarak nitelendirilen bu sorumluluk, Taslak Maddeler’in 40. maddesine göre uluslararası hukukun emredici nitelikteki kurallarının (*jus YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)*

2020 yılında ise UAD, Gambiya'nın Myanmar'a karşı Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal ettiği gerekçesiyle açtığı davada, ilk defa bir devletin salt *erga omnes partes* yükümlülüklerine dayanarak talep ettiği geçici önlemlere olumlu yanıt vermiş¹¹⁹; daha sonra detaylı olarak incelediği yetki itirazını aynı gerekçeyle reddetmiştir¹²⁰. Divan'a göre, Soykırım Sözleşmesi *erga omnes partes* hak ve yükümlülükler yaratmaktadır. Dolayısıyla bir devletin, Soykırım Sözleşmesi'nin ihlali iddiasıyla Sözleşme'ye taraf bir devletin sorumluluğunu ileri sürebilmesi için bu ihlalden “*özellikle etkilenen*” konumda olmasına gerek yoktur; Sözleşme'ye taraf olması yeterlidir¹²¹.

Divan'ın bu yaklaşımı, *erga omnes* nitelikteki yükümlülüklerin ihlali iddiasıyla, ayrıca ihlale konu fiillerden doğrudan etkilenen devlet vasfı aranmaksızın, ilgili bütün devletlerin uluslararası yargı mekanizmalarına başvurabilmesinin kabulü açısından önemlidir¹²². Bu gibi ağırlaştırılmış sorumluluğun ortaya çıktığı hallerde, bütün diğer devletler açısından kolektif menfaat adına ihlalci devletin sorumluluğunu ileri sürülebilme hakkının yanında kimi yükümlülükler de ortaya çıkmaktadır. Taslak Maddeler, md. 41'e göre, 40. madde kapsamında değerlendirilebilecek *jus cogens* kuralların ağır ihlali karşısında diğer tüm devletlerin, bu ihlalin sona ermesine yönelik işbirliği yapma, ihlalin ortaya çıkaracağı bir durumu

cogens) “*ağır ihlali*” halinde ortaya çıkmaktadır. Pirim'e göre, bir devletin ağırlaştırılmış sorumluluğunun ortaya çıkması, “*ihlâl doğrudan maruz kalmayan devletleri sorumluluk ilişkisine dâhil etmekte*[dir].” Böylece, sorumluluk müessesesi “*ihlâlî gerçekleştiren devlet ve ihlâlden zarar gören devlet arasındaki ikili ilişkiler çerçevesinde değerlendirilebilir olmaktan çıkmakta, çok taraflı bir sorumluluk ilişkisi tesis etmekte*[dir].” Bkz. Ceren Zeynep Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, Turhan Kitapevi, 2022, s. 53 vd., özellikle s. 79.

¹¹⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020, para. 41.

¹²⁰ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment of 22 July 2022, para. 108.

¹²¹ Bkz. Pirim, s. 110; Kaygusuz Akbay, ss. 283-287; Shannon Raj Singh, “Standing on ‘Shared Values’: The ICJ’s Myanmar Decision and its Implications for Atrocity Prevention”, <https://opiniojuris.org/2020/01/29/standing-on-shared-values-the-icjs-myanmar-decision-and-its-implications-for-atrocity-prevention/> (Erişim tarihi: 10.11.2024).

¹²² Çağiran'a göre Divan'ın yetki meselesini devletlerarası “*ikili ilişkiler mantığı çerçevesinde hapsedmek*”ten kurtaran bu yaklaşımı, “*muhafazakâr anlayışını geride bıraktığı kanaatini oluşturmuştur*”. Buna rağmen, yazara göre, Divan'ın görece yakın zamanda, üstelik yine Soykırım Sözleşmesi ile ilgili bir uyumsuzluk olan Bosna Hersek v. Yugoslavya davasında takındığı katı tutum “*Lotus ruhunun hala diri olduğunu göstermektedir*”. Bkz. Çağiran, s. 356.

tanımama ve ihlalcı devlete yardım etmeme ve desteklememe yükümlülüğü vardır¹²³.

Bu çalışma bakımından ayrıca sorulması gereken soru, UAD'nin vermiş olduğu geçici tedbir kararının böylesine bir yükümlülüğün ihlalini önlemeye ilişkin olması halinde, karara uyulmamasının üçüncü devletlere zararlar karşılık kapsamındaki önlemlere başvurmasına hukuken imkân verip vermeyeceğidir.

Öncelikle ve net bir biçimde belirtmek gerekir ki Divan tarafından hükmedilecek geçici tedbirlerin niteliği ve koruduğu hukuki menfaat ne olursa olsun, yalnızca uyuşmazlığa taraf devletleri bağlayan bu kararlara uyulmaması üçüncü devletler bakımından sorumluluğun ileri sürülebilmesi için doğrudan bir dayanak olamaz. Uyulmayan geçici tedbir kararının *erga omnes* yükümlülüklerle ilişkin olması halinde üçüncü devletler, salt karara uyulmaması gerekçesiyle değil, bunun sonucu olarak *erga omnes* nitelikteki bir yükümlülüğün ihlal edildiği iddiasıyla sorumluluk atfedebilirler. Hükmedilen geçici tedbir kararı ve özellikle de buna uyulmadığına ilişkin tespitler ancak üçüncü devletlerin iddialarının bir delili olabilecektir.

Bu çerçevede de olsa, üçüncü devletlerin başvuracağı önlemlerin dolaylı olarak geçici tedbir kararlarının uyulmasına hizmet edeceğine şüphe yoktur. Fakat bu önlemlerin neler olabileceği konusu net değildir. Taslak Maddeler'in 54. maddesine göre, *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halinde ilgili bütün devletlerin ihlalcı devlete yönelik uygun “*meşru önlemler*”e başvurması mümkündür. Hangi önlemlerin meşru olarak nitelendirilebileceği konusunda ise muğlaklık söz konusudur¹²⁴. Misilleme ve yargı mekanizmalarına başvurmak gibi barışçıl yolların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine şüphe yoktur. Zararla karşılık olarak nitelendirilebilecek önlemlerle ilgili olarak ise Taslak Maddeler'in hazırlık sürecinde tereddüt olduğu anlaşılmaktadır. UHK'nin 54. maddeye ilişkin şerhine göre bu madde kapsamındaki devletlerin uygulamaları henüz “*sınırlı ve embriyo*” düzeydedir. Taslak Maddeler'in hazırlık sürecinde bazı devletler, doğrudan zarar gören devlet dışındaki devletlerin karşı önlemlere başvurabilmesi konusunda çeşitli çekinceler ve eleştiriler ileri sürmüştür¹²⁵.

¹²³ Bkz. Pirim, s. 79 vd.; Uzun, ss. 126-128; Erkiner, *Devletin haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 218-219.

¹²⁴ Ayrıca bkz. Elçin Ertuğrul, s. 198-199.

¹²⁵ International Law Commission, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries on the work of its Fifty-third session”, UN Doc A/56/10, Art. 54, para. 3, *YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)*

Ayrıca, doğrudan zarar gören devlet dışındaki devletlerin başvurulabileceği önlemlerin niteliği konusunda da bir netlik olmadığını düşünen UHK, 2001 yılında net bir tutum almamayı tercih ederek meseleyi uluslararası hukukun gelişimine bırakmıştır¹²⁶.

Kanaatimizce, özellikle uluslararası hukukun emredici normlarından kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali karşısında, yalnızca doğrudan zarar gören devletin değil, bütün devletlerin kolektif olduğu kadar bireysel önlemlere başvurusu yalnızca bir hak değil artık “pozitif bir yükümlülük”¹²⁷ olarak değerlendirilmelidir. Örneklerine 19. yy’da dahi rastlanabilen¹²⁸ devletlerin bu yöndeki pratiklerinin az sayıda olması ve hukuki çerçevesinin muğlaklığı, uluslararası toplum kavramının ve onun kamusal düzenine ilişkin *jus cogens* kurallar ve *erga omnes* hak ve yükümlülükler gibi kavramların görece yakın zamanda gelişmesinden kaynaklanmaktadır. Son yıllarda, özellikle uluslararası hukukun emredici normlarının ihlali karşısında bütün devletlerin tepki vermesine yönelik olarak uluslararası toplum baskısının da devletlerin uygulamalarının da sıklaştığı görülmektedir¹²⁹. Bu uygulamalar, yargılamaya taraf olmayan devletlerin

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2024).

¹²⁶ *Ibid.*, para. 6. Bu konudaki tartışmalara dair ayrıca bkz. Pirim, ss. 133-144; Denis Alland, “Countermeasures of General Interest”, *European Journal of International Law*, 2002, 13(5), ss. 1221-1239; Sicilianos, ss. 1137-1148.

¹²⁷ Nina HB Jørgensen, “The Obligation of Cooperation”, in James Crawford, and others (eds), *The Law of International Responsibility, Oxford Commentaries on International Law*, Oxford University Press, 2010, s. 695.

¹²⁸ Elçin Ertuğrul, s. 199. 20. yy’daki kimi örnekler için bkz. *Ibid.*, ss. 200-202; Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 253-254.

¹²⁹ Örnek olarak, 2011’de Libya’da Kaddafi rejiminin ve Suriye’de Esad yönetiminin sivillere yönelik şiddet eylemleri nedeniyle; 2014’ten itibaren Rusya’nın Ukrayna’ya karşı sürdürdüğü politikalar, özellikle de devam etmekte olan işgali nedeniyle devletlerin aldığı yaptırım kararları gösterilebilir. Bkz. Martin Dawidowicz, “Third-party Countermeasures: A Progressive Development of International Law”, *Questions of International Law, Zoom-in 29*, 2016, ss. 3-15, https://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2016/06/02_Collective-CM_DAWIDOWICZ.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2024); Ayla Çalışkan, “Rusya-Ukrayna Savaşında Üçüncü Devletlerce Alınan Önlemlerin Hukuki Niteliği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, 13(2), ss. 299-335.

İsrail’in, Filistin topraklarında gerçekleştirdiği operasyonlar nedeniyle soykırıma varan suçların işlenmesi karşısında, başta Türkiye olmak üzere üçüncü devletlerin yaptırım kararlarını da yine bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

Pirim’e göre de son yarım yüzyılda yaşanan birçok örnek dahi, üçüncü devletlerin aldığı zararlar karşılık olarak nitelendirilebilecek karşı önlemler konusunda belirli bir istikrarın varlığını göstermektedir. Bkz. Pirim, s. 144-145.

YUHFD Cilt. XXII No.1 (2025)

UAD geçici tedbir kararlarına uyulmaması halinde önlemlere başvurulabilmesini hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak değerlendirilmesini destekler niteliktedir.

Üçüncü devletlerin karşı önlemlere başvurabileceğinin kabulü, doğrudan zarar gördüğünü varsayabileceğimiz yargılamaya taraf devletin karşı önlemlere başvurusu halinden çok daha fazla risk ortaya çıkarmaktadır. Fakat kolektif mekanizmaların sessizliği nedeniyle devletlerin tek taraflı hareket etmesiyle soykırım gibi suçlar karşısında tepkisiz kalmak arasında bir seçim yapmak gerekiyorsa¹³⁰, ilkinin seçmek ahlaki ve hukuki bir zorunluluktur. Her hâlükârda devletlerin sorumluluğuna tâbi olacak bu tek taraflı önlemlerin risklerini – yargılamaya taraf devletin durumuna benzer bir biçimde –, Divan'ın geçici tedbir kararına uyulmadığına ilişkin tespiti ile azaltmak mümkündür.

SONUÇ

Görülmekte olan uyuşmazlıkla ilgili esas hakkında karar verinceye kadar tarafların haklarının korunması ve uyuşmazlığın ağırlaşmasının engellenmesi amacıyla başvuru edilen geçici tedbirler, UAD'nin yargısal işlevinin merkezinde yer almaktadır. Bu tedbirlere ilişkin kararlara uyulmaması, esas hakkında verilecek bir karara uyulmamasından çok daha ağır sonuçlar yaratabilmektedir. Bu durum, soykırım gibi ağır suçların işlenme riskinin olduğu hallerde çok daha barizdir.

UAD geçici tedbir kararlarına uyulmasının sağlanmasına yönelik yöntemler konusunda devletlerce başvuru edilen karşı önlemler ve zorlama yolları geleneksel olduğu kadar hala en etkili araçlardır. Ancak bu yöntemler, devletlerarası ikili ilişkilerin dinamiklerine tabi olmaya devam etmektedir. Uyuşmazlığa taraf olmayan devletlerin dâhil olabileceği bir kolektif sorumluluk anlayışının gelişmeye başlamasına rağmen, bu noktada da başvurabilecek yöntemler konusunda tereddütler bulunmaktadır. Her iki durumda da devletlerin başvuracağı yöntemler konusunda ortaya çıkan en önemli risk, tek taraflılığın yaratabileceği keyfiliktir.

Bu risk karşısında yapılması gereken kolektif mekanizmaların ve kurumların etkinliğinin artırılmasıdır. Gerek BM sistemi içinde uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına yönelik misyonu, gerekse de UAD kararlarının uygulanmasına yönelik özel yetkisi düşünüldüğünde, BM Güvenlik Konseyi'nin geçici tedbir kararlarının uygulanmasına yönelik etkin bir rol üstlenmesi elzem görünmektedir. Özellikle devletlerin kolektif

¹³⁰ Alland, s. 1239.

sorumluluğunu gündeme getirecek yükümlülüklerin ihlali halinde, ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek kalmadan Konsey'in geçici tedbir kararlarının uygulanmasını gözetmesi ve Şart md. 94/2 kapsamında kendisini yetkili görmesi yerinde olacaktır¹³¹. Bu, hem BM sisteminin varlık sebebi olan ve günümüzde de sorgulanmasına neden olan devletlerin tek taraflılığının sınırlandırılmasını sağlayacaktır hem de örgütün yargı organı olan UAD'nin otoritesinin ve işlevinin korunması amacına hizmet edecektir.

Genel Kurul'un bu konuda zaman zaman rol çalması ve tavsiye niteliğinde de olsa geçici tedbirlere uyulmasına yönelik kararlar alması, bir taraftan Güvenlik Konseyi'ni etkin olmaya iterken diğer taraftan da ilgili devletler üzerinde baskı yaratacaktır.

Kolektif mekanizmaların etkinliğinin artırılması konusunda en önemli rol, şüphesiz, Divan'a düşmektedir. Uluslararası bir yargı organı olarak bağımsızlığı ve tarafsızlığı sorgulanamayacak olan Divan'ın, halihazırda görmekte olduğu bir uyuşmazlıkla ilgili hükmettiği geçici tedbirlerin uygulanması konusunda daha aktif rol alması beklenmelidir. Divan'ın vermiş olduğu geçici tedbir kararlarında bilgi verme yükümlülüğüne sıklıkla başvurması ve bu yükümlülüğü periyodik hale getirmesi önemli bir uygulamaya dönüşmüştür.

UAD'nin geçici tedbir kararlarının uygulanmasını sağlamak adına özellikle iki konuda etkinliğini arttıracak uygulamalara başvurması beklenebilir. İlk olarak, hükmedilen geçici tedbirlerin ve bilgi verme yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğinin tespiti açısından ve gerektiğinde ilgili devlet üzerinde baskı yaratmak üzere, bu bilgilendirmelerin uluslararası kamuoyuyla şeffaf bir biçimde paylaşılmalıdır. İkinci nokta ise, Divan'ın geçici tedbirlere uyulmaması halinde, esas hakkında kararı beklemeden, yeni bir tedbir kararıyla ihlale ilişkin tespiti gecikmeksizin yapmasıdır. Bu tespit, ihlalcı devlet üzerindeki uluslararası toplum baskısını da arttıracaktır.

¹³¹ Tanzi'ye göre de, UAD'nin bir kararının uygulanmasına yönelik BMGK'nin ister md. 94/2 ister VII. bölüme dayanarak alacağı zorlayıcı tedbirler, Divan kararının yalnızca uyuşmazlığa taraf devletleri bağlayan niteliğinin ötesine geçerek, Şart md. 25 gereği tüm üyeleri bağlayan bir niteliğe bürünebilecektir. Konsey'in bu nitelikte bir karar alması, özellikle *erga omnes* nitelikteki yükümlülüklerin ihlalinin Divanca tespit edildiği hallerde daha uygun olacaktır. Bkz. Tanzi, s. 562.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Alland, Denis. “Countermeasures of General Interest”, *European Journal of International Law*, 2002, 13(5), ss. 1221-1239

Arbour, J.-Maurice. “Quelques réflexions sur les mesures conservatoires indiquées par la Cour internationale de justice”, *Les Cahiers de Droit*, 1975, 16(3), ss. 531-573

Bal, Ali. *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi*, Seçkin Yayıncılık, 2020

Boisson de Chazournes, Laurence ve Angelini, Antonella. “After 'The Court Rose': The Rise of Diplomatic Means to Implement the Pronouncements of the International Court of Justice”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, 11(1), ss. 1-46

Bozkurt, Enver. *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*, Asil Yayın, 3. Baskı, 2007

Carillo Salcedo, Juan Antonio. “Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 257, 1996

Çağiran, Mehmet Emin Çağiran. “Soykırım Sözleşmesinin Gazze’de Uygulanması Davasında Uluslararası Adalet Divanı’nın İhtiyati Tedbir Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, S. 172, ss. 327-366

Çalışkan, Ayla. “Rusya-Ukrayna Savaşında Üçüncü Devletlerce Alınan Önlemlerin Hukuki Niteliği”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, 13(2), ss. 299-335

Dawidowicz, Martin. “Third-party Countermeasures: A Progressive Development of International Law”, *Questions of International Law, Zoom-in* 29, 2016, ss. 3-15

Dupuy, René-Jean. *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica/UNESCO, 1986

Elçin Ertuğrul, Ümmühan. *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınevi, 2012

Erkiner, Hakkı Hakan. “Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Kararlarının Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Aracılığıyla

Uygulanması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, 23(2), ss. 87-102

Erkiner, Hakkı Hakan. *Devletin haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Üçüncü Baskı, 2024

Gemalmaz, Mehmet Semih. *Provisional Measures of Protection in International Law: 1907 – 2010*, Legal Yayınevi, 2011

Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk*, Savaş Yayınevi, 9. Baskı, 2018

Hellio, Hugues ve Henry, Solveig. “Le suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d’effectivité”, *Revue générale de droit international public*, 2020, 2, ss. 225-260

Jørgensen, Nina HB. “The Obligation of Cooperation”, in James Crawford, and others (eds), *The Law of International Responsibility, Oxford Commentaries on International Law*, Oxford University Press, 2010, ss. 695-701

Kayğusuz Akbay, Mehtap. “Gambia / Myanmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı’nın Geçici Önlemler Kararı”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 10(1), ss. 268-309

Keskin, Funda. *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No:20, 1998

Kolb, Robert. *International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013

Lando, Massimo. “Compliance with Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2017, 8(1), ss. 1-34

Mendelson, Maurice. “State responsibility for breach of interim protection orders of the International Court of Justice”, in M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (eds), *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions*, Oxford and Portland Oregon, 2004, ss. 35-53

Miles, Cameron A.. *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2017

Mosler, Hermann ve Oellers-Frahm, Karin. “Art. 94”, in Bruno Simma et al. (eds), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, ss. 1174-1179.

Palchetti, Paolo. “Responsibility for breach of provisional measures of the ICJ: between protection of the rights of the parties and respect of the judicial function”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2017, 100/1, ss. 5-22

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap*. Turhan Kitapevi, 4. Bası, 2020

Pillepich, Alain. "Article 94", in J.P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (ed.), *La Charte des Nations Unie, Commentaire article par article*, Economica, 3e éd., 2005, Vol. II, ss. 1987-1998

Pirim, Ceren Zeynep. *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu*, Turhan Kitapevi, 2022

Schulte, Constanze. *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2004

Sicilianos, Linos-Alexandre. "Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Community", in James Crawford, and others (eds), *The Law of International Responsibility, Oxford Commentaries on International Law*, Oxford University Press, 2010, ss. 1137-1148

Singh, Shannon Raj. "Standing on 'Shared Values': The ICJ's Myanmar Decision and its Implications for Atrocity Prevention", <https://opiniojuris.org/2020/01/29/standing-on-shared-values-the-icjs-myanmar-decision-and-its-implications-for-atrocity-prevention/>

Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. Beta Yayınları, 17. Baskı, 2024

Tams, Christian J.. "Individual States as Guardians of Community Interests", in Ulrich Fastenrath, and others (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, ss. 379-405.

Tams, Christian J.. "Article 94 UN Charter", in Andreas Zimmermann, and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd Edition, 2019, Oxford Commentaries on International Law

Tanzi, Attila. "Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations", *European Journal of International Law*, 1995, 6(4), ss. 539-572

The Diakonia International Humanitarian Law Centre, *ICJ Order on Provisional Measures in South Africa v. Israel: Legal Consequences for Third States*, <https://apidiakoniase.cdn.triggerfish.cloud/uploads/sites/2/2024/02/South-Africa-v.-Israel-Provisional-Measures-and-Third-States.pdf>

Uzun, Elif. *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletin Sorunluluğu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021

Vučić, Mihajlo. “Binding Effect of Provisional Measures as an Inherent Judicial Power – an Example of Cross-Fertilization”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2018, LXVI (4), ss. 127-147

Wood, Michael ve Sthoeger, Eran. *The UN Security Council and International Law*, Cambridge University Press, 2022

UAD Kararları ve Danışma Görüşleri (kronolojik sırayla)

ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 38 May 1951

ICJ, *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, Order of 5 July 1951

ICJ, *Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d’Amérique)*, Order of 24 October 1957

ICJ, *Case Concerning The Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment 5 February 1970

ICJ, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Order of 17 August 1972

ICJ, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Order of 15 December 1979

ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Order of 8 April 1993

ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment of 30 June 1995

ICJ, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Order of 9 April 1998

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Order of 1 July 2000

ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment of 27 June 2001

ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 February 2007

ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Order of 15 October 2008

ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment of 20 July 2012

ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Order of 22 November 2013

ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 16 December 2015

ICJ, *Jadhav (India v. Pakistan)*, Order of 18 May 2017

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Order of 23 January 2020

ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, Order of 7 December 2021

ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Order of 7 December 2021

ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Order of 16 March 2022

ICJ, *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, Order of 16 Novembre 2023

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 28 March 2024

ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 24 May 2024

*** “6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 376 NCI
MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR
HAKKINDA TEBLİĞ”İN BORCA BATIKLIĞA İLİŞKİN
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*EVALUATION OF THE PROVISIONS ON INSOLVENCY IN THE "COMMUNIQUE
ON THE PROCEDURES AND PRINCIPLES REGARDING THE APPLICATION OF
ARTICLE 376 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE NO. 6102")*

Dr. Ecrin BAYDAK * **

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 376. maddesinde “sermaye kaybı ve borca batık olma durumu” düzenlenmiştir. TTK'nın 376. maddesi kapsamında sermaye kaybı ve borca batık olma durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından “Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” isimli Tebliğ yayınlanmıştır. Çalışmamızda TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrası ile bu Tebliğ'in borca batıklığa ilişkin 12. maddesi karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Özellikle Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında getirilen düzenlemenin TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olması nedeniyle, Tebliğ'deki bu düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı ve ortaya çıkabilecek diğer sorunlar tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: borca batıklık, sermaye azaltımı, sermayenin tamamlanması, sermaye artırımı.

ABSTRACT

Article 376 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) regulates 'loss of capital and insolvency'. Within the scope of Article 376 of the TCC, the Ministry of Commerce has published the Communiqué titled 'Communiqué on the Procedures and Principles Regarding the Application

ⁱⁱ Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.11.2024. İlk hakem raporu tarihi: 09.12.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 10.12.2024. Onaylanma Tarihi: 12.12.2024.

* Doktor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4465-1142.

Esere Atıf Şekli: Ecrin Baydak, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in Borca Batıklığa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XIX, 2025/1, s.151-176.

of Article 376 of the Turkish Commercial Code' in order to regulate the procedures and principles to be applied in cases of capital loss and insolvency. In our study, a comparative analysis of Article 376 of the TCC and Article 12 of this Communiqué on insolvency has been made. In our study, especially since the regulation introduced in paragraph 4 of Article 12 of the Communiqué is different from paragraph 3 of Article 376 of the TCC, whether the regulation in the Communiqué will be applied and other problems that may arise are discussed.

Keywords: insolvency, capital decrease, capitalisation, capital increase.

Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 376. maddesinde “*sermaye kaybı ve borca batık olma durumu*” düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının *yarısının*; ikinci fıkrası ise *üçte ikisinin* zarar sebebiyle karşılıksız kalması durumuna ilişkindir. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen son olasılık ise şirketin *borca batık* hale gelmesidir.

TTK'nın 376. maddesi kapsamında sermaye kaybı ve borca batık olma durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından “*Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*”¹ isimli Tebliğ yayımlanmıştır [Tebliğ 1; 2]. Bu tebliğ, TTK'nın 210. maddesinin 1. fıkrası ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 446. maddesi dayanak alınarak hazırlanmıştır [Tebliğ 3]. 2020 yılında Tebliğ'de “*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*” ile çeşitli değişiklikler yapılmış ve ilave bazı düzenlemeler getirilmiştir².

Çalışmamızda TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında yer alan borca batıklık haline ilişkin düzenleme ile Tebliğ'in borca batıklığı düzenleyen 12. maddesi karşılaştırmalı biçimde ele alınmıştır. Tebliğ'in 12. maddesinin metni incelendiğinde ilk üç fıkrada, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasıyla aynı doğrultuda düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Ancak dördüncü fıkrada yer verilen düzenleme bakımından aynı tespiti yapabilmek mümkün

¹ RG. 15.09.2018, 30536.

² RG. 26.12.2020, 31346.

değildir. Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında, Tebliğ'in 7. maddesine de atıfla, Kanun'da yer verilmeyen bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu farklılık nedeniyle Tebliğ hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ve bu ekseninde çıkabilecek diğer sorunlar tartışma konusu yapılacaktır³.

I. BORCA BATIKLIK

Borca batıklık, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (eTK) "*Şirketin mali durumunun bozulması halinde*" kenar başlıklı 324. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Her ne kadar eTK'nın 324. maddesinin 2. fıkrasında "*şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesi*" ifadesine yer verilmiş olsa da bu düzenleme borca batıklığa ilişkindir. 6102 sayılı TTK'da ise aciz hali yerine borca batıklık kavramı kullanılmıştır. TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında, borca batıklığın şartları ve borca batıklığa bağlanan sonuçlar düzenlenmiştir. Tebliğ'de ise borca batık olma durumuna 12. maddede yer verilmiştir.

Borca batıklık kavramı *öğretide* farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre borca batıklık, şirketin pasiflerinin aktiflerinden fazla olmasıdır⁴. Bu tanım çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Eleştirilerin odak noktası bilançodaki pasif kavramı ile borçların kapsamının aynı olmamasıdır. Borca batıklığın tespitinde önemli olan şirketin borçlarıdır. Dolayısıyla tanımda şirketin borçları yerine pasif kavramının kullanılmasının hatalı olduğu ifade edilmiştir⁵. Bir diğer tanıma göre, şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamamasıdır⁶. Bu tanım ise aktifin,

³ Tebliğ'in sermaye kaybına ilişkin hükümleri başka bir makalemizde ele alınmıştır. **Baydak, Ecrin**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in Sermaye Kaybına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", YÜHFD, 2024/2, C. XXI, S. 2, s. 1 vd.

⁴ **Arslanlı, Halil**, Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 98; **Kuru, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 1159; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2020, s. 408.

⁵ **Atalay, Oğuz**, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 20; **Rüzgaresen, Cumhuri**, İflâs Sebepleri, Ankara 2011, s. 480; **Arzova, Sabri Burak/Yavaş, Murat/Küçük, Barış**, Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, 3. Bası, Ankara 2016, s. 51; **Sayhan, İsmet**, "Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılayamamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflasın Ertelenmesi", Batider, C. XXIII, S. 1, s. 56.

⁶ **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019, N. 144d; **Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal**, Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

şirketin mevcudundan daha geniş bir anlam ifade ediyor olması gerekçesiyle eleştiri konusu yapılmıştır⁷. Başka bir tanıma göre borca batıklık, şirketin mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesidir⁸.

Kanun'da borca batıklık, “*aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmemesi*” olarak tarif edilmiştir. Madde gerekçesinde, borca batık olma kavramı, “*şirket aktifleri yıllık bilânçoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil fakat gerçek (olası satış değerleri) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması*” olarak açıklanmıştır. Tebliğ'in “Borca Batık Olma Durumu” başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasında borca batıklık, “*şirketin aktiflerinin borçlarını karşılayamaması hali*” olarak tanımlanmıştır. Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında ise borca batıklık, “*yönetim kurulunun aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi*” olarak ifade edilmiştir⁹.

Borca batıklık, ödemededen aciz halinden farklıdır¹⁰. Ödemededen aciz hali, bir kimsenin muaccel borçlarının önemli bir bölümünü ödeyebilme gücünü devamlı olarak kaybetmesidir¹¹. Ödemededen aciz halinin en önemli nedeni likidite yetersizliğidir. Likidite yetersizliği ise, şirketin nakitlerinin ya da hızlı bir şekilde nakde çevrilebilecek malvarlıklarının yetersiz olması şeklinde açıklanabilecektir¹². Borca batıklık durumunda likiditenin yeterli

585; **Öçal, Akar**, “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar”, Ankara Ticaret Odası Dergisi, 1965, C. I, S. 6, s. 16.

⁷ **Rüzgaresen**, s. 479; **Kayar, İsmail**, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 126.

⁸ **Atalay**, s. 20; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara 2018, §38, N. 411; s. 1337; **Rüzgaresen**, s. 480; **Arzova/Yavaş/Küçük**, s. 51.

⁹ Muhtemelen Kanun'daki gibi aktiflerin şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği ifadesine yer verilmek istenmiş, ancak “alacaklılarının” kelimesi unutulmuştur. Bu hususa temas eden bkz. **Kayar, İsmail**, “Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Bildirimi Yöneticilerin Bundan Doğan Sorumluluğu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 237.

¹⁰ Borca batıklık ile ödemededen aciz hali arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Türk, Ahmet**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 39-41; **Çoşğun-Yıldırım, Gizem**, Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, İstanbul 2023, s. 107 vd.; **Cebe, Sinan M.**, Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, İstanbul 2024, s. 93-96, 315 vd.

¹¹ **Atalay**, s. 21; **Türk**, s. 36; **Arzova/Yavaş/Küçük**, s. 60; **Sayhan**, s. 59; **Pulaşlı**, II, §38, N. 412.

¹² **Çoşğun-Yıldırım**, s. 108.

olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılmaz. Borca batıklık tüm malvarlığı ile ilişkili iken, aciz hali likit varlık ile ilişkilidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İsvBK) 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren bir değişiklik yapılmıştır. İsvBK'nın 725. maddesinin 2. fıkrasında, şirketin borç ödemediği acize düşme tehlikesi ile karşı karşıya kalması halinde yönetim kurulunun şirketin ödeme gücünü güvence altına alacak gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir. Buna göre yönetim kurulunun gerektiğinde ilave iyileştirici önlemlerin uygulanmasını sağlayacağı veya bu önlemlerin bir genel kurul kararı alınmasını gerektirmesi halinde karar alınabilmesi için uygun gördüğü önlemleri genel kurula sunacağı düzenlenmiştir. Böylece iyileştirici önlemlerin daha erken aşamada uygulamaya koyulabilmesine imkân sağlandığı ifade edilmiştir¹³. TTK'nın 376. maddesinde ve Tebliğ'de, sermaye kaybı ve borca batıklık durumu düzenlenmiş, ancak ödemediği aciz haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

II. BORCA BATIKLIĞIN TESPİTİ

Borca batıklığın tespiti için borca batıklık şüphesinin ortaya çıkması neticesinde ara bilançoların düzenlenmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda borca batıklığın tespitine ilişkin ilk aşama, borca batıklık şüphesinin ortaya çıkmasıdır. Yönetim kurulunun ara bilançoları düzenleme yükümlülüğü ise borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin tespiti neticesinde ikinci aşamada doğacaktır.

A. Borca Batıklık Şüphesi

TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında ve Tebliğ'in 12. maddesinin 3. fıkrasında, şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretlerin varlığı halinde ara bilançoların çıkartılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanun'da veya Tebliğ'de ara bilanço düzenlemesine esas teşkil edecek borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin neler olabileceği konusunda düzenleme getirilmemiştir.

6762 sayılı eTK'nın 324. maddesinde "*şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa*" ara bilanço düzenleneceği belirtilmiştir. *Öğretide* ilgili düzenlemede borca batıklığa bağlanan hukuki sonuçlar düzenlendiğinden, aciz hali şüphesinin esas alınmasının hatalı

¹³ Forstmoser, Peter/Küchler, Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, s. 447; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Auf., Zürich 2022, §11, N. 61; von der Crone, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Auf., Zürich 2020, §23, N. 1992.

olduğu ifade edilmişti¹⁴. Buna karşılık, kanun koyucunun aciz hali şüphesini esas almasının bilinçli bir tercih olduğu, aciz hali şüphesinin ara bilanço düzenlenmesi için yeterli olduğu da ileri sürülmüştür¹⁵. Basit borçların ödenememesi, birbirini izleyen haciz veya iflâs takiplerine maruz kalınması, bono ve çeklerin protesto edilmesi, banka kredilerinin kesilmesi, işçi ve memur ücretlerinin ödenememesi veya taksit taksit ödenmek zorunda kalınması, şirkete hammadde alınamaması, vergi ve sigorta borçlarının ödenememesi gibi haller, borca batıklık bakımından şüphe uyandıran hollere örnek olarak gösterilmiştir¹⁶. eTK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen bu örneklerin daha çok likidite sıkıntısı ile ilişkilendirilebileceği, borca batıklık şüphesini tam olarak ortaya koyamayacağı belirtilmiştir¹⁷. Öğretide özellikle yıllık bilançonun borca batık çıkması, şirketin ani ve büyük bir zarara uğraması, borçlardaki önemli artışlar, üstlenilen ve büyük gidere neden olan bir işin kaybedilmesi, önemli bir yatırımın başarısızlıkla sonuçlanması, önemli miktarda alacağın tahsilinin imkansızlaşması, işletmenin art arda iş yıllarını zararlarla kapatması borca batıklık şüphesine verilen örnekler arasındadır¹⁸.

Borca batıklık işaretlerinin tespitine ilişkin olarak Kanun'un 376. maddesinin gerekçesinde, “*Borca batık durumda olmanın işaretleri, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, denetçinin, erken teşhis komitesinin raporlarından ve/veya yönetim kurulunun belirlemelerinden ortaya çıkabilir.*” ifadesine yer verilmiştir. Kanun metninde açıkça yer verilmeyen ancak gerekçede belirtilen bu hususlar Tebliğ'in 12. maddesinin 2. fıkrasında, “*Borca batık durumda olmanın işaretleri, yıllık ve ara dönem finansal tablolardan, denetime tabi şirketlerde denetim raporlarından, erken teşhis komitesinin raporlarından, yönetim organının belirlemelerinden ortaya çıkabilir.*” şeklinde yer almıştır. Hem Kanun'un gerekçesinde hem de Tebliğ'de ifade edildiği üzere, şirketin yıllık bilançosunun veya ara bilançosunun borca batıklığı göstermesi halinde borca batıklık şüphesinin varlığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte,

¹⁴ **Türk**, s. 234; **Türk, Ahmet**, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu ile Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, Batider, C. XXXII, S. 1, 2016, s. 11.

¹⁵ **Sayhan**, s. 78 vd.

¹⁶ **Domanıç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 539.

¹⁷ **Türk**, s. 234.

¹⁸ **Türk**, s. 240 vd.; **Manavgat [Kırca/Şehirli-Çelik]**, s. 585; **Türk**, Borca Batıklık, s. 12-13; **Cebe**, s. 334-335.

şirketin TTK'nın 378. maddesi kapsamında oluşturulmuş bir riskin erken tespiti komitesi bulunabilir. Bu komite TTK'nın 378. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yönetim kuruluna iki ayda bir rapor verir. Bu şekilde riskin erken saptanması komitesinin veya denetime tabi şirketlerde denetçilerin hazırladığı raporlarda belirtilen hususlar da borca batıklık şüphesini ortaya koyabilecektir. Netice olarak, her durumda yönetim kurulu TTK'nın 369. maddesi uyarınca tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmeli ve borca batıklık şüphesini zamanında fark ederek, ara bilanço düzenlenmesini temin etmelidir¹⁹.

B. Ara Bilançoların Düzenlenmesi

Borca batıklık şüphesinin ortaya çıkması halinde, mutlaka ara bilanço düzenlenmesi gerekmektedir²⁰. Kanun'da işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanacak bilanço ve aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanacak bilanço olmak üzere iki ayrı bilançodan bahsedilmiştir. TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde, "*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise, "*Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister.*" denilmektedir. Görüleceği üzere, ilk cümlede iki ayrı bilanço hazırlanmasından bahsedilirken, ikinci cümlede aktiflerin muhtemel satış fiyatı üzerinden hazırlanacak bilanço kastedilerek, tekil bir ifade olan "bu bilançodan" ifadesine yer verilmiştir.

01.01.2023 tarihinden beri yürürlükte olan İsvBK 725b'de, işletmenin devamlılığı esasına göre hazırlanan ara bilançoda şirketin borca batık durumda olmadığı tespit edildiğinde muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenecek ara bilançonun hazırlanmasından vazgeçilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, İsviçre hukukunda borca batıklığı tespit edebilmek için öncelikle işletmenin devamlılığı esası üzerinden bir ara bilanço düzenlenmesi, bu bilançonun borca batıklık sonucunu vermesi

¹⁹ Manavgat [Kırca/Şehirli-Çelik], s. 586; Türk, s. 241; Türk, Borca Batıklık, s. 13; Coşğun-Yıldırım, s. 259.

²⁰ Türk, s. 42; Atalay, s. 11; Cebe, s. 339; Öğretide ara bilançonun düzenlenmesinin zorunlu olmadığı, borca batıklığın son yıllık bilançodan veya bir tasfiye bilançosundan da anlaşılacağı de savunulmuştur. Kuru, Baki, Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, 1970, s. 625.

halinde muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilançonun düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak neticede borca batıklık için her iki bilançonun da borca batıklık sonucunu vermesi gerekmektedir.

Kanunumuzdaki mevcut düzenleme ışığında yönetim kurulu hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatlarına göre iki ayrı bilanço hazırlamakla yükümlü olduğu söylenebilecektir²¹. Zira İsvBK 725b'den farklı olarak borca batıklık şüphesi üzerine hangi bilançonun öncelikle hazırlanması gerektiğine dair bir açıklığa TTK'da yer verilmemiştir. Tebliğ'in 12. maddesinin 3. fıkrasında da borca batıklık şüphesi halinde yönetim kurulunun *“hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre çıkarılan ara bilanço üzerinden”* bilanço çıkarması gerektiği düzenlenmiştir²².

Kanun'da borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi için her iki bilançonun da borca batıklığı göstermesinin gerekli olup olmadığı belirtilmemiştir. Her iki bilanço arasında önemli bir farkın varlığı ortaya çıkması durumunda hangi bilançonun esas alınacağı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır²³. *Öğretide*, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesinden hareketle, borca batıklığın tespitinde iki bilanço farklı sonuç verirse, borca batıklık bildirim yönünden, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançonun belirleyici olduğu ileri sürülmüştür²⁴. Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında, *“Yönetim organı hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre çıkarılan ara bilanço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını*

²¹ **Kendigelen, Abuzer**, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 229; **Pulaşlı**, II, §38, N. 418; **Cebe**, s. 338-339; TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “bu bilanço” ibaresinin “bilançolar” şeklinde değiştirilmesi gerektiği belirtilerek bu yönde bkz. **Çoşgun-Yıldırım**, s. 262 vd. Hükmün lafzı yerine korumak istediği menfaat ve mehz göz önüne alındığında, yönetim kurulunun her iki yönetime göre bilanço çıkartmakla yükümlü olmadığı, önce aktiflerin işletmenin devamlılığı esasına göre bir bilanço çıkartması gerektiği, bu bilançoda şirketin borca batık olduğu sonucu ortaya çıkarsa bu durumda aktiflerin muhtemel satış fiyatları esasına dayalı olarak bir bilanço hazırlayacağı ileri sürülmüştür. **Aydın**, s. 110-111.

²² Tebliğ'in 12. maddesinin 3. fıkrası ile, Kanun'un 376. maddesinin 3. fıkrasındaki belirsizliği gideren bir düzenleme getirildiği yönünde bkz. **Soykan, İsmail Cem**, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019, s. 341-342.

²³ Bu soruna işaret eden bkz. **Kendigelen**, s. 268, dn. 98.

²⁴ TTK 376/3'ün ikinci cümlesindeki, “Bu bilançodan” ifadesi yerine, “Aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan bilançodan” ifadesinin kullanılması daha isabetli olacağı belirtilmiştir. Bu konuda bkz. **Kayar**, Borca Batıklığın Bildirimi, s. 236-237.

karşılamaya yetmediğine karar vermesi” ifadesine yer verilerek, borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi için her iki bilançonun da borca batıklık sonucunu ortaya koymasını aramıştır. *Kayar*, kanun koyucunun şirketin her iki bilançoya göre borca batık çıkması gerektiği yönünde bir tercih yapmadığını, Tebliğ'deki düzenlemenin bu nedenle Kanun'a aykırı olduğunu ileri sürmektedir²⁵. Kanaatimizce her iki bilançonun da borca batıklığı göstermesi gerekmektedir²⁶. Aksi halde Kanun'da iki bilançonun aynı anda hazırlanmasını öngören bu düzenleme anlamsız hale gelecektir. Bu gerekçeyle ve Kanun'da da aksine bir ifade bulunmadığından, Tebliğ'in ilgili düzenlemesinin Kanun'a aykırı olmadığı düşüncesindeyiz.

Tebliğ'in “Ortak ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan 13. maddesinde, sermaye kaybı veya borca batık olma durumunda Kanun'un 88. maddesine göre hazırlanacak finansal tabloların esas alınacağı düzenlenmiştir. Finansal tabloların düzenlenmesinde ihtiyari olarak Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasının tercih edilmesi halinde, bahsi geçen durum bu şekilde hazırlanan finansal tablolar üzerinden değerlendirilecektir.

III. BORCA BATIKLIĞIN SONUÇLARI

Borca batıklığın tespit edilmesi halinde, yönetim kurulunun bu durumu mahkemeye bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasına göre, borca batıklığın tespiti halinde yönetim kurulu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Bu düzenleme emredicidir²⁷. Bu bildirim yerine getirilmesi, TTK 375/1-(g) uyarınca, yönetim kurulunun devredilemez ve feragat edilemez görevleri arasındadır²⁸. Borca batıklık, İİK'nın 179. maddesi uyarınca bir iflas sebebidir. Buna göre, mahkemece yapılacak değerlendirme neticesinde mahkeme şirketin borca batık durumda olduğunu tespit etmesi halinde, şirketin iflasına karar verecektir.

Bildirim yükümlülüğünün bazı istisnaları bulunmaktadır. İlk istisna, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen, “sıradan çekilme sözleşmesi” akdedilmesidir. Sıradan çekilme sözleşmesi, alacaklının, iflas masasından tatmini konusunda talep hakkını, diğer alacaklılar lehine, bu alacaklılar tatmin edildikten sonra kullanmak üzere, paraların

²⁵ *Kayar*, Borca Batıklığın Bildirimi, s. 236-237.

²⁶ Aynı yönde bkz. *Manavgat/Kırca/Şehirali-Çelik*, s. 587; *Türk*, Borca Batıklık, s. 22; *Çoşgun-Yıldırım*, s. 262-263.

²⁷ *Türk*, s. 289.

²⁸ *Bahtiyar, Mehmet*, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2024, s. 216.

paylaştırılmasındaki sırasından vazgeçerek, daha sonra kullanmayı taahhüt etmesine ilişkin anlaşma olarak tanımlanabilecektir²⁹. Kanun'da bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş olmaları gerektiği kabul edilmiştir³⁰.

Bundan başka şirketin iflas bildirimini ile birlikte, konkordato talebinde de bulunabileceği TTK'nın 377. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre yönetim kurulunun veya herhangi bir alacaklının, 376. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapacağı iflas talebiyle birlikte veya bu kapsamda yapılan iflas yargılaması sırasında İİK'nın 285. ve devamı maddeleri uyarınca konkordato da talep edebileceği düzenlenmiştir. Borca batık şirket konkordato talep edebileceği gibi, İİK 309/m uyarınca, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yoluna da başvurabilecektir.

Son olarak borca batık durumda olan bir şirket, TTK'nın 139. maddesinde öngörülen şartlar uyarınca birleşme yoluna da gidebilecektir.

Kanun koyucu yer verilen istisnalar dışında, TTK 376/3'te borca batıklık halinde yönetim kurulunun şirketin mali durumunu iyileştirme planlarını uygulamasını kabul etmemiş; doğrudan mahkemeye bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Halbuki Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında, 7. maddede belirtilen tedbirlerin alınması gerektiği, ancak alınmazsa mahkemeye

²⁹ **Atalay**, s. 75. Bu anlaşma hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Öztek, Selçuk**, “*Borca Batık Anonim Şirketlerde İflası Önleyen Yeni Bir Araç Olarak Sıradan Sona Yerleştirme (Sıradan Vazgeçme)*”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2319-2343; **Boran-Güneysu, Nilüfer/Çapa, Sadık**, “*Borca Batıklık ve İflasın Önlenmesi Yolu Olarak 'Sıradan Çekilme Anlaşması'*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2014, s. 77-118; **Akbaşoğlu, Nevel**, Sermaye Şirketlerinin Mali Durumunun İyileştirilmesine Yönelik Bir Çözüm Olarak Garamaye İştirakten Feragat Sözleşmesi, İstanbul 2018.

³⁰ İsvBK'nın 725. maddesinin 2. fıkrasına göre, borca batıklığı ortadan kaldıracak tutarda alacaklı ile sıradan çekilme sözleşmesi akdedilmemiş olması halinde mahkemeye bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşılık TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, sıradan çekilme sözleşmesinin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliğinin iflâs isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanması gerekmektedir. İsviçre hukukunda bulunmayan bu düzenleme nedeniyle *öğretide* sıradan çekilme sözleşmesi akdedilmesi durumunda da mahkemeye başvuru zorunluluğunun ortadan kalkmadığı ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. **Türk**, Borca Batıklık, s. 28; **Kırca, İsmail/Gürel, Murat**, “*Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma*”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Ankara 2007, s. 470. **Kayar, İsmail**, “*Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları*”, MÜHFD-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 655.

başvurulacağı düzenlenmiştir. Kanun'a göre hareket edilirse, borca batıklığın tespiti halinde kural olarak doğrudan mahkemeye başvurulması şarttır. Ancak Tebliğ hükmü uygulanırsa, öncelikle çeşitli iyileştirme tedbirlerinin alınması mümkün hatta zorunlu olarak kabul edilecektir. Bu yönüyle Tebliğ düzenlemesinin Kanun'a aykırı olduğu söylenebilecektir.

1. Borca Batıklığı Mahkemeye Bildirmeksizin İyileştirici Tedbirlerin Uygulanmasına İlişkin Karar Alınmaması Sorunu

Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme, *“Yönetim organı hem işletmenin devamlılığı esasına hem de aktiflerin muhtemel satış değerlerine göre çıkarılan ara bilanço üzerinden aktiflerin şirket alacaklarını karşılamaya yetmediğine karar vermesi ve 7 nci maddede belirtilen tedbirleri almaması halinde şirketin iflası için mahkemeye başvurur.”* şeklindedir. Tebliğ'in 7. maddesinde belirtilen tedbirler, sermayenin azaltılması, sermayenin tamamlanması ve sermayenin artırılmasıdır. Her ne kadar Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasının lafzından bu tedbirlerin yönetim kurulu tarafından alınması gerektiğine dair bir izlenim doğsa da kastedilen, bu kararlardan birinin alınabilmesi için yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmasıdır³¹. Şu hâlde, Tebliğ'de borca batıklığın tespiti halinde yönetim kurulunun anılan tedbirlerden birinin alınması için genel kurulu toplantıya çağırması gerektiği, genel kurulda bu tedbirler alınmazsa mahkemeye bildirim yapma yükümlülüğünün doğacağı düzenleme altına alınmıştır.

Kanun'dan farklı olarak Tebliğ'de mahkemeye bildirim yapılmadan önce iyileştirici tedbirlerin alınması şartının arandığı görülmektedir. Halbuki, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasına göre, borca batıklığın tespiti halinde yönetim kurulunun bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirmesi gereklidir. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin hem hukuki hem de cezai sonuçları bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurları, TTK'nın 553. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederlerse şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. Ayrıca İİK 345/a uyarınca borcu batıklık tespit edilmiş olmasına rağmen mahkemeye bildirilmediğinde, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, bildirim yerine getirmeyenler on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

³¹ Aynı yönde bkz. **Çoşğun-Yıldırım**, s. 304.

Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasındaki bu düzenleme Kanun'a aykırıdır³². Anılan düzenlemenin, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünü bertaraf etmesi mümkün olmamalıdır. Bir başka ifadeyle, Kanun'a aykırı Tebliğ düzenlemesiyle yönetim kuruluna, mahkemeye başvurmadan önce iyileştirici tedbirleri alması veya bu konuda genel kurulu toplantıya çağırması konusunda bir yükümlülük yüklendiğinin kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Öte yandan, Tebliğ'in çıkarılmasından önce de borca batıklık halinde mahkemeye bildirim yapılmaksızın iyileştirme tedbirlerine başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıydı. Türk hukuku öğretisinde bir görüş³³, borca batıklığı mahkemeye bildirme yükümlülüğünün emredici olduğunu ve bir istisnası bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, kanun koyucu borca batıklık durumunda şirketin geleceği hakkında karar alma yetkisini tamamen mahkemeye bırakmıştır. Yönetim kurulunun şirketi iyileştirme yönünde planları varsa konkordato (iflas erteleme) aşamasında mahkemeye sunabileceği belirtilmiştir.

Buna karşılık diğer görüşe göre ise³⁴, mali durumun derhal iyileştirilmesi imkanının bulunması halinde borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün sona ermeyeceği; ancak herhangi bir zarar doğmamışsa hukuki sorumluluğun da doğmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüş kapsamında, borca batıklığın mahkemeye bildirilmemesinin suç olarak düzenlenmiş olması dolayısıyla konunun cezai boyutu da ele alınmıştır. İİK 345a uyarınca ceza verilebilmesi için suçun maddi unsurlarının genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiğinden, borca batıklık giderildiği için cezai sorumluluğun da söz konusu olamayacağı sonucuna varılmıştır.

İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme içtihatlarında şirketin mali durumunun hemen düzeleceğine dair somut göstergelerin varlığı halinde yönetim kurulunun borca batıklığı mahkemeye bildirmek için kısa bir süre (dört veya altı hafta) bekleyebileceği ve iyileşme gerçekleşmezse bildirim yükümlülüğünü yerine getireceği görüşü savunulmaktaydı³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi 1999 yılında verdiği bir kararda gizli iyileştirme nedeniyle

³² Kayar, Tebliğin 12. maddesinin 4. fıkrasının şu şekilde değiştirilmesini önermiştir: "(4) Aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden çıkarılan ara bilanço'ya göre şirketin borca batık olduğunun tespit edilmesi halinde yönetim kurulu derhal mahkemeye başvurarak şirketin iflasını ister." **Kayar**, Borca Batıklığın Bildirimi, s. 237.

³³ **Kayar**, s. 177; **Kuru**, s. 625; **Rüzgaresen**, s. 585-586.

³⁴ **Türk**, s. 291-292.

³⁵ **Böckli**, § 13, 2009, N. 816; BGer, 6B.492/2009, 18.01.2010.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

bildirim geciktirilebileceği azami süreyi altmış gün olarak belirlemiştir³⁶. Daha yeni tarihli kararlarında ise somut olaya göre farklılık gösterebilecek bir ölçü olarak, kısa sürede gerçekleştirilebilecek iyileştirmeyi esas almıştır³⁷.

Mehaz İsviçre hukukunda 2020 yılında yapılan değişikliklerle İsvBK'ya yeni bir düzenleme eklenmiştir. 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren İsvBK 725b'de borca batıklık tespit edilmesine rağmen şirketin mahkeme dışı yolla iyileştirilebileceği ve bu durumda mahkemeye bildirim ertelenebileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Borca batıklığın makul sürede giderilebileceği yönünde bir ihtimal olduğunda, bildirim yapılmasının denetimden geçmiş ara bilançoların sunulmasından sonra en fazla doksan gün süreyle ertelenebilmesi mümkün kabul edilmiştir. Ancak bunun için alacaklıların alacaklarının tehlikeye atılmaması koşulunun sağlanması gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir.

İsvBK 725b ile getirilen bu düzenlemeye benzer bir düzenleme TTK'da bulunmamaktadır. Tebliğ'deki Kanun'a aykırı düzenleme yerine, mehzada olduğu gibi bu konunun kanunî bir zemine kavuşturulması isabetli olacaktır. Mevcut durumda ise öğretide ileri sürüldüğü gibi, kanaatimizce de mahkemeye bildirim yapılmadan önce iyileştirici tedbirlere başvurulması söz konusu olabilir. Yönetim kurulu iyileştirici tedbirleri almak üzere genel kurulu toplantıya çağırabilir. Genel kurulda herhangi bir sebeple karar alınmaması ya da alınan kararın şirketi borca batıklıktan kurtaramaması halinde yönetim kurulunun, borca batıklığın mahkemeye bildirmemesi nedeniyle doğacak zararlardan sorumlu olacağı, herhangi bir zararın meydana gelmemesi halinde ise hukukî sorumluluğun doğmayacağı kabul edilmelidir³⁸.

Cezai sorumluluk bakımından ise, İİK 345/a'da "*İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179 uncu maddeye göre*

³⁶ BGE, 16.11.1999.

³⁷ BGer, 4C.436/2006, 18.04.2007.

³⁸ **Karaman-Coşgun, Özlem**, "*Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri*", Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 222; Aynı yönde bkz. **Coşgun-Yıldırım**, s. 304-305. *Balak* söz konusu düzenlemenin yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmamakla birlikte işletmelerin devamlılığının sağlanması açısından mevcut uygulamaya da dikkate alınarak Tebliğ'e eklendiğini belirtmiştir. **Balak, Ahmet Can**, "*Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Durumu*", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 153-154.

şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Öğretide bu suçun tehlike suçu olduğu, sadece bildirim yerine getirilmemesinin suçun oluşması için yeterli olduğu belirtilmiştir³⁹. Ancak, İİK 345/a kapsamındaki suçun oluşup oluşmadığının tespiti şikâyet tarihine göre yapılmaktadır⁴⁰. Şikâyet tarihi itibarıyla şirketin borca batık durumda olduğunun ancak mahkemeye bildirim yapılmadığının tespiti halinde suç oluşmuş sayılacaktır. Dolayısıyla iyileştirici tedbirlerin uygulanması neticesinde şirketin borca batıklıktan çıkmasından sonra şikâyet yoluna başvurulması halinde cezai sorumluluk da doğmayabilecektir.

3. Borca Batık Şirketlerde Tebliğ’in 7. maddesinde Öngörülen İyileştirme Tedbirlerinin Uygulanabilirliği Sorunu

Borca batıklık halinde, Tebliğ’in 12. maddesinde açıkça atıf yapılan Tebliğ’in 7. maddesinde öngörülen tedbirlerin hangisinin ya da hangilerinin uygulanıp uygulanmayacağına tespiti de önemli bir başka sorundur. Tebliğ’in 7. maddesine göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, toplantıya çağrılan genel kurul; (i). *Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına*, (ii). *Sermayenin tamamlanmasına*, (iii).

³⁹ Türk, s. 304.

⁴⁰ “İİK'nın 345/a maddesindeki "iflasını istememek" suçunun oluşabilmesi için, aynı Kanun'un 179 ve 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesinde öngörülen koşullarda *şikâyet tarihi itibarıyla* şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle; öncelikle borçlu şirkete ait ticari defterlerin temini ile borçlu şirket hakkında kesinleşmiş icra takip dosyalarının borçları da pasife dahil edilerek, ticari defterler, bilançolar ve banka hesapları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp, sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 15.03.2018 tarihli ve 2017/2450 E., 2018/2945 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Lexpera**, E.T. 14.10.2024; “İİK'nın 345/a maddesindeki suçun oluşabilmesi için, aynı Kanun'un 179. ve 6102 sayılı TTK'nın 376. maddesinde öngörülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenmesini müteakip, şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle, borçlu şirket hakkındaki kesinleşmiş tüm icra takip dosyaları da tespit edilerek, bu takip dosyalarındaki alacak miktarları da şirketin pasifine eklendikten sonra ticari defterler, kayıtlar ve banka hesapları üzerinde karşılaştırmalı olarak bilirkişi incelemesi yaptırılmasını müteakip, *şikâyet tarihi itibarıyla* şirketin iflasının istenmesi şartlarının oluşup oluşmadığı saptanıp, sonucuna göre hukuki durumun takdiri gerekirken, yetersiz bilirkişi raporu esas alınarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 31.10.2017 tarihli ve 2015/30606 E., 2017/8976 K. sayılı kararı, **Lexpera**, E.T. 14.10.2024.

Sermayenin artırılmasına karar verebilir. Aşağıda bu tedbirlerin borca batık bir şirkette uygulanıp uygulanamayacağı sorunu her bir iyileştirici tedbir bakımından ayrı ayrı tartışılmıştır.

a. Sermayenin Azaltılması

Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca öngörülen ilk iyileştirici tedbir sermayenin azaltılmasıdır. Tebliğ'de sermaye azaltımının TTK'nın 473 ilâ 475. maddelerine uygun olarak gerçekleştirileceği belirtilmiştir. TTK'nın 474. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sermayenin bilanço zararı kadar azaltılması gerekir. Buna göre, borca batık şirketin sermayesi sıfıra indirilmelidir. Ne var ki, sermayenin TTK'nın 332. maddesinde öngörülen asgari tutarların altına indirilebilmesi mümkün değildir. Bu durumda borca batık bir şirkette sermaye azaltımı kararı alınamayacaktır⁴¹. Bir başka ifadeyle, Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde bir iyileştirici tedbir olarak öngörülen sermayenin azaltılmasına borca batık şirketler bakımından başvurulması mümkün olmayacaktır.

b. Sermayenin Tamamlanması

Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca öngörülen ikinci iyileştirici tedbir sermayenin tamamlanmasıdır. Sermayenin tamamlanması yöntemlerinden biri olarak kabul edilebilecek sermayenin azaltılması ile eş zamanlı olarak artırılması, Tebliğ 10/1-(a)'da düzenlenmiştir⁴². Tebliğ'in 9. maddesinde "Sermayenin Tamamlanması" kenar başlığı altında da bilanço açıklarının pay sahipleri tarafından kapatılmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, sermayenin sıfıra indirilmesi mümkün olmayacağından, borca batık bir şirkette sermaye azaltımı kararı alınmaz.

⁴¹ **Türk**, s. 171, 349; **Türk**, Sermaye İndirimi, s. 153; **Atalay**, s. 51; **Karaman-Coşgun**, s. 221-222; **Coşgun-Yıldırım**, s. 306; **Özkorkut, Korkut**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 980. Kalıcı nitelikte olmayan, mevcut şartlardan kaynaklı olarak ortaya çıkan borca batıklık durumunda basitleştirilmiş sermaye azaltımı yapılabileceği yönünde bkz. **Tekinalp, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, N. 9-108.

⁴² Tebliğ'in 10. maddesinin kenar başlığı "Sermayenin Artırılması"dır. Sermayenin eş zamanlı olarak azaltımı ile artırımı bir sermayenin tamamlanması işlemidir. Bu gerekçeyle konuyu sermayenin tamamlanması başlığı altında değerlendirmekteyiz. Bu konuda bkz. **Baydak**, s. 22-23.

Buna karşılık sermayenin eş zamanlı azaltımı ve artırımına ilişkin bir kararın alınması ise mümkün olmalıdır.

İsviçre hukukunda konuya ilişkin açık düzenleme getirilmiştir. İsvBK 653r'de mali durumun iyileştirilmesi amacıyla gerçekleştirilen eş zamanlı sermayenin azaltılması ve artırılması kararında, sermayenin sıfır düzeyine inmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu kararın uygulanabilmesi için sermaye azaltımı yapılırken mevcut pay sahiplerinin pay sahipliği hakları sona erdirilecek, önceden ihraç edilmiş paylar yok edilecektir. Mevcut pay sahiplerinin azaltımla eş zamanlı olarak gerçekleştirilecek sermaye artırımında ihraç edilecek paylar üzerinde rüçhan hakkı mevcuttur. Rüçhan hakkının sınırlandırılabilmesi ya da kaldırılabilmesi mümkün değildir.

Benzer bir düzenleme TTK'da yer almamaktadır. Kanun'da açık bir düzenleme olmamakla birlikte, Türk hukuku öğretisinde de sermayenin aynı anda artırımla koşuluyla asgari sermayenin TTK 332'de öngörülen tutarların altına indirilebileceği kabul edilmektedir⁴³. Netice olarak, sermayenin azaltımı ve artırımı sonrasında önem arz eden husus sermayenin TTK'nın 332. maddesinde öngörülen asgari tutarın üzerine çıkmış olmasıdır. Bu gerekçeyle sermayenin azaltılması ile eş zamanlı olarak artırılması yöntemine borca batık şirketlerde de başvurulabileceği kanaatindeyiz. Nitekim, Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 82. maddesinin 2. fıkrasında, "*Yeniden yapılandırma amacıyla esas sermaye sıfıra indirilmiş ve tekrar artırılmışsa, eski payların tamamının iptal edildiği sicile tescil edilir*" düzenlemesine yer verilerek, yeniden yapılandırma amacıyla sermayenin sıfıra indirilip artırılmasına izin verilmiştir.

Sermayenin tamamlanması olarak kabul edilebilecek bir diğer yöntem de Tebliğ'in 9. maddesinde düzenlenen bilanço açıklarının pay sahipleri tarafından kapatılmasıdır. Tebliğ'in 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, bilanço zararının (sermaye kaybının) giderilmesi amacıyla pay sahiplerine yükümlülük getiren kararların TTK'nın 421/2-(a) düzenlemesi uyarınca oybirliği ile alınması gerekmektedir. Bu karar gereğince pay sahipleri her bir pay için sermaye kaybı oranında ek ödemede bulunurlarsa özkaynaklar ile esas sermaye eşitliği sağlanmış ve sermaye tamamlanmış olur. Bazı durumlarda ise, sermayede oluşan açığın tüm pay sahiplerinin oybirliği ile alacağı karar yerine, bazı pay sahiplerinin açığı kapatması mümkündür.

⁴³ Kayar, s. 187; Türk, s. 349; Karaman-Coşgun, s. 213-214; Coşgun-Yıldırım, s. 307-308; Hukukumuzda İsvBK'da yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmadığı ve TTK 473/5'e göre sermayenin hiçbir surette TTK 332'de belirtilen asgari tutarın altına indirilemeyeceği göz önünde bulundurulurken, aksi yönde bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], II, N. 1441, 1442, 1442a.

Tebliğ'in 9. maddesinin 2. fıkrasında, bu ihtimale de işaret edilmiştir. Pay sahipleri açığı kapatmak amacıyla şirkete karşılıksız ödeme yapabilir veya şirket aktiflerini artıracak tasarruflarda bulunabilir⁴⁴. Bu şekilde istekli olan pay sahipleri ile şirket arasında akdedilecek bir sözleşme vasıtasıyla yapılabilecektir⁴⁵. Bu konuda bir genel kurul kararı alınması halinde tamamlamaya katılacak pay sahiplerinin olumlu oy vermeleri yeterli olacaktır⁴⁶. Bu yönleriyle borca batık şirketlerde de sermayenin bu yöntemle tamamlanmasının mümkün olacağı belirtilmelidir⁴⁷.

c. Sermayenin Artırılması

Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca öngörülen üçüncü iyileştirici tedbir sermayenin artırılmasıdır. Borca batık bir şirketin sermayenin artırılmasına ilişkin bir karar alıp alamayacağı tartışmalıdır. Öğretide konu ile ilgili farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, borca batık durumda olan şirkette sermayenin artırılmasına karar verilmesi mümkündür⁴⁸. Bu görüşe dayanak olarak, iflas erteleme talebinde iyileştirme projesine sermayenin artırılması kararının eklenebileceği ve bu bakımından sermayenin artırılmasının borca batık şirketlerde, iyileştirici bir tedbir olarak kabul edildiği belirtilmiştir⁴⁹. Gerçekten Yargıtay'ın

⁴⁴ **Kayar**, Borca Batıklığın Tespiti, s. 650; **Türk**, s. 193-194.

⁴⁵ **Türk**, s. 209-210.

⁴⁶ **Türk**, s. 210; Bu durumda alınacak kararın maddi anlamda genel kurul kararı niteliğinde olmadığı, görünüşteki bu kararın sadece taahhütte bulunanların oybirliği ile (nispi oybirliği) alınabileceği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Zengin, İbrahim Çağrı**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul 2020, s. 142 vd.

⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Türk**, s. 349; **Soykan**, s. 323. "...4 nolu karar ile davacı dışındaki ortakların 70.000.000-TL alacağının eksilen sermayenin tamamlanmasında kullanılması alacaklı ortaklar tarafından kabul edilmiştir. Davacı tarafından genel kurulun böyle bir karar alamayacağı, borca batık durumda iken iflas başvurusu dışında bir seçeneğinin olmadığı ileri sürülmüş ise de yasal düzenlemeden anlaşıldığına göre iflas kararı verilmeden, yani bildirimde bulunulduktan sonra dahi, iflastan kurtulma imkanı tanındığından, alınan karar ile şirketin borca batıklıktan çıktığı, ortakların davacının da lehine olacak şekilde alacaklarının zarara mahsup edilmesini kabul ettikleri anlaşılmakla 4 nolu kararın da iptal koşulları bulunmamaktadır. Davacı vekilinin şirketin iflasının istenmesi gerektiğine yönelik istinaf sebepleri yerinde görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle istinaf sebepleri yerinde olmayan davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir." İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi, 09.03.2021 tarihli ve 2019/301 E., 2021/341 K. sayılı kararı, **Lexpera**; E.T. 20.09.2024.

⁴⁸ **Paslı, Ali**, "Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı", Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018, s. 79; **Manavgat [Kırca/Şehirli-Çelik]**, s. 587.

⁴⁹ **Paslı**, s. 79.

yürürlükten kaldırılan iflas erteleme kurumuna ilişkin uygulamasında iyileştirme projesinin ciddiyetini ve inandırıcılığını gösterebilmek için özellikle sermaye artırımının projede yer alması gerektiğine işaret edilmiştir⁵⁰. Bilindiği üzere, 15.03.2018 tarihli 7101 sayılı Kanunla İcra İflas Kanunu'nda değişiklik yapılmış; iflasın ertelenmesi kurumu kaldırılmış, konkordato kurumu ise yeniden düzenlenmiştir. İİK'nın 286. maddesinde konkordato talebine eklenecek belgeler düzenlenmiştir. Bu belgeler arasında a) bendinde, "... borçlunun faaliyetine devam edebilmesi ve alacaklılara ödemelerini yapabilmesi için gerekli malî kaynağın sermaye artırımı veya kredi temini yoluyla yahut başka bir yöntem kullanılarak sağlanacağını gösteren konkordato ön projesi." yer almaktadır. Görüleceği üzere, konkordato yoluna başvuran borca batık (veya aciz halinde) bir şirket bakımından da sermaye artırımını önemli bir malî kaynak niteliğindedir. Konkordato ön projesinde sermaye artırımına yer verilmesi, mahkeme tarafından geçici mühlet kararının verilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Diğer bir görüşe göre ise⁵¹, borca batık şirketlerde sermayenin artırılması tedbirine başvurulamaz. Borca batıklığın tespitinden sonra, süreç tamamen mahkemenin kontrolüne girmektedir. Bu durumda konkordato talep edilmesi halinde konkordato ön projesinde sermaye artırımına yer verilebileceği belirtilmektedir. Bundan başka mahkeme dışı bir yolla

⁵⁰ "Gerek borca batıklığın ve gerek iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığının tespiti özel ve Teknik bilgiyi gerektirdiğinden bu değerlendirmelerin yapılması için bilikîşi görüşüne başvurulmalıdır (HMK m. 266). Hâkim de bu raporla o konudaki özel ve Teknik bilgi ihtiyacını giderebilmeli ve raporun hukuka uygunluğunu denetlemelidir. Projenin ciddi ve inandırıcılığı öncelikle ve özellikle sermaye ve/veya karlılığın ne şekilde arttırılacağı ve borca batıklıktan kurtulmanın ne şekilde sağlanacağı somut, belgelere dayalı ve gerçekçi bilgi ve öngörülerden yola çıkılarak tespit edilmeli, diğer proje unsurları için de bilimsel veriler değerlendirilmeli, belirsiz nitelikteki emareler ise erteleme kararı verilmesi için yeterli kabul edilmemeli ve sadece haciz baskısından korunmak suretiyle iflasın ertelenmesinin istenmesinin tespit edilmesi durumunda projenin ciddi olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır." Yargıtay 23. HD., 18.02.2013 tarih ve 2012/6601 E., 2013/868 K. sayılı karar, **Lexpera**; E.T. 10.10.2024.

⁵¹ Sermaye ile kanuni yedek akçelerin üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde sermaye artırımına gidilebileceğini belirten Moroğlu, borca batıklık durumunda sermaye artırılabilmesinin söz konusu olmayıp, yönetim kurulunun mahkemeden ortaklığın iflâsına karar verilmesini istemesi ve mahkemece (iflasın ertelenmesi söz konusu değilse) iflâsa hükmedilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Moroğlu, Erdoğan**, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 62; **Soykan**, s. 319; **Tekinalp**, N. 9-61; **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, II, N. 1346-1347 ve N. 1380c.

sermaye artırımı kararı alınmasının mümkün olmayacağı ifade edilmiştir⁵². Yargıtay bazı kararlarında borca batık halde bulunan şirketin aldığı sermayenin artırımı kararının kanuna aykırı olduğundan bahisle iptaline hükmetmiştir⁵³. Bazı kararlarında ise, sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının butlan yaptırımına tabi olduğuna karar vermiştir⁵⁴.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında getirilen düzenleme ile, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen borca batıklığı mahkemeye bildirim yükümlülüğünün bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ancak kanaatimizce öğretide de ileri sürüldüğü üzere, borca batık durumdaki şirkette sermayenin artırılmasına ilişkin olarak alınan kararın geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte, genel kurulda karar alınmaması ya da alınan kararın şirketi borca batıklıktan

⁵² Soykan, s. 326 vd.

⁵³ "...şirketin özvarlığını yitirdiğinin belirlendiği, yaptırılan bilirkişi incelemesi ile de, şirketin öz varlığının tamamen yitirdiğinin tespit edildiği, bilançonun şirketin gerçek durumunu göstermediği, yönetim kurulunun TTK'nın 376/1, 2 ve 3. fıkralarında yazılı yükümlülüklerini yerine getirmediği, ibranın kanun, sözleşme ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğu, 5. maddede kanuna ve dürüstlük kurallarına aykırı bir yön görülmediği, 6. maddenin ana sözleşmenin 6. maddesinin değiştirilmesine ilişkin olup, şirketin 3.550.000,00 TL olan sermayesinin, 4.000.000,00 TL artırılarak 7.550.000,00 TL'ne çıkarıldığı, TTK'nın 376. maddesinde, şirketin sermayesini kaybetmesi ve borca batık hale gelmesi halinde yapılması gereken işlemler düzenlenmiş olup, sermayesini kaybeden, özvarlığını eksi bakiyeye düşüren şirketin anılan maddedeki yükümlülükleri yerine getirmeyip, sermaye artışı kararıyla sermaye kaybını düzeltme yoluna gitmesinin kanuna aykırı olduğu..., davanın kısmen kabulü ile, davalı şirketin 15/05/2013 tarihli genel kurulunda alınan 4, 6 ve 7 no'lu kararların iptaline karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir." 11. HD., T. 25.11.2015, E. 2015/5409, K. 2015/12555 sayılı karar, **Lexpera**; E.T. 10.10.2024.

⁵⁴ "...somut olayda 30.06.2012 tarihli genel kurul toplantısından önce gerek 2011 yılı bilançosunda ve gerekse 31.03.2012 tarihli ara bilançoda davalı şirketin özsermayesini tamamen kaybettiği, özsermayenin negatif (-464.652,23-TL) olduğu, özsermayesini tamamen kaybeden davalı şirket genel kurulunun yetkisi bulunmadığı hâlde sermayenin artırılmasına dair vermiş olduğu kararın batıl olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin 30.06.2012 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında esas sermayenin artırılmasına ilişkin alınan kararın batıl olduğunun tespitine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekilli temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre dava dilekçesinde genel kurul kararının iptalinin talep edilmesinin şartları bulunması hâlinde mahkemece, butlanın tespitine engel teşkil etmemesine göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. HD'nin 17.03.2015 tarih ve 2014-5761/3685 sayılı kararı, **Lexpera**; E.T. 13.10.2024.

kurtaramamış olması halinde, yönetim kurulunun borca batıklığı zamanında mahkemeye bildirmemiş olması sebebiyle uğranılan zararlardan sorumlu olacağı kanaatindeyiz⁵⁵.

d. Birleşme

Sermaye kaybı ya da borca batık durumda bulunan şirketlerin birleşmeye katılması TTK'nın 139. maddesinde düzenlenmiştir. Tebliğ'in 7. maddesinde sayılan iyileştirici tedbirler arasında birleşme yer almamaktadır. Ancak, Tebliğ'in "Ortak ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü bölümünde sermaye kaybı ve borca batık durumda olan şirketlerin birleşmeye katılabilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Birleşme kararı alınmasının borca batıklığı mahkemeye bildirme yükümlülüğünün bir istisnası teşkil edip etmediği meselesi önem arz etmektedir. TTK'nın 139. maddesinin gerekçesinde, birleşmeye katılmanın şirketin yönetim organını TTK'nın 376. maddesinden doğan yükümlülüklerden kurtarmayacağı belirtilmiştir. Öğretide bir görüşe göre, birleşmeye rağmen, borca batık şirketin yönetim kurulunun şirketin borca batık durumda olduğunu mahkemeye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁶. Katıldığımız diğer bir görüşe göre, birleşme kararı, borca batıklığın iyileştirilmesinin yollarından biri olup genel kurulda birleşme kararı alındığında borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi gerekmez⁵⁷.

Birleşmede, sermayesini yitirmiş veya borca batık şirketin devralan veya devrolunan şirket olması önem arz etmez. TTK'nın 139. maddesinde sermayesini yitirmiş veya borca batık bir şirketin ister devrolunan ister devralan şirket sıfatıyla birleşmeye katılabileceği öngörülmektedir. Bu yönüyle tasfiye halindeki bir şirketin ancak devrolunan şirket olması kaydıyla birleşebileceğini öngören TTK 138'den farklıdır.

TTK'nın 139. maddesinin 1. fıkrasında, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlara kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirketin, kaybolan sermayeyi veya *gerekliyse* borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa

⁵⁵ Aynı yönde bkz. **Karaman-Coşgun**, s. 222; **Coşgun-Yıldırım**, s. 313.

⁵⁶ **İpek-Kayalı, Fena**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, s. 124.

⁵⁷ **Soykan**, s. 322; **Manavgat [Kırca/Şehirali-Çelik]**, s. 587; Birleşmenin çok kısa zamanda (somut olaya göre değişmekle birlikte en fazla altı hafta) tamamlanması mümkün hale gelmişse borca batıklığı derhâl mahkemeye bildirim yükümlülüğünün mevcut olmadığı yönünde bkz. **Türk**, Borca Batıklık, s. 34; Borca batık durumdaki şirketin mali durumu iyi olan bir şirket ile birleşebileceği yönünde somut ve inandırıcı işaretlerin bulunması halinde birleşmenin geciktirilebileceğine ilişkin olarak bkz. **Kırca/Gürel**, s. 472.

sahip bulunan bir şirket ile birleşebileceği belirtilmiştir. Öğretide bir görüşe göre, borca batık şirketle birleşen şirketin, gerekli olmayan durumlarda, borca batıklığı karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip olmasa da birleşmeye katılmasına izin verilmiştir. Ancak bu noktada sınır, borca batık şirketin de en azından sermayesindeki kayıp tutarının, diğer şirketin serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığıyla karşılanabilir olmasıdır⁵⁸. Diğer bir görüşe göre, borca batık şirketin birleşmeye katılması halinde diğer şirketin serbestçe tasarruf edilebilen özvarlık tutarı, borca batıklığın yanında sermaye kaybını da karşılayabilir olmalıdır⁵⁹.

Tebliğ'in 14. maddesinin 1. fıkrasında, “*Sermaye kaybı veya borca batık durumda olan bir şirket, kaybolan sermayeyi karşılayabilecek tutarda serbestçe tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Tebliğ'in 14. maddesinin 2. fıkrasında, birleşmeye taraf olan borca batık bir şirketin, birleşmeye taraf olan diğer şirketin borca batıklık durumunu karşılayacak miktarda serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığa sahip bulunduğu ve buna ilişkin tutarların, hesap şekli de gösterilerek doğrulandığı veya belirtilen durumların mevcut olmadığının doğrulandığı yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile ortaya konulacağı ifade edilmiştir. Devrolunan şirketlerin denetime tabi olması halinde bu raporun, denetime tabi şirketin denetçisi tarafından da hazırlanabileceği belirtilmiştir. Borca batıklığın karşılanması hususunda, Kanun'da “gerekiyorsa” ifadesine yer verilmişken, Tebliğ ile borca batık şirket ile birleşen şirketin borca batıklığı karşılayacak miktarda özvarlığa sahip olma koşulunun açıkça arandığı görülmektedir⁶⁰.

⁵⁸ **Karaman-Coşgun**, s. 227; aynı yönde bkz. **Çoşgun-Yıldırım**, s. 302.

⁵⁹ **Kırca/Gürel**, s. 474.

⁶⁰ **Karaman-Coşgun**, Kanun'un ifadesinin aksine Tebliğ ile ispat vasıtalarının sınırlandırılmasının doğru olmadığını belirterek, Tebliğ'in 14. maddesinin 2. fıkrasının Kanun'a aykırı olduğunu ileri sürmektedir. **Karaman-Coşgun**, s. 228. Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 126. maddesinin 4. fıkrasında, “*Birleşmeye taraf olan bir şirketin, sermayesiyle kanuni yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolmuş veya borca batık durumda olması halinde; birleşmeye taraf olan diğer şirketin kaybolan sermayeyi veya borca batıklık durumunu karşılayacak miktarda serbestçe tasarruf edebileceği özvarlığa sahip bulunduğu ve buna ilişkin tutarların, hesap şekli de gösterilerek doğrulandığı veya belirtilen durumların mevcut olmadığının doğrulandığı yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu müdürlüğe verilir. Devrolunan şirketlerin denetime tabi olması halinde bu rapor, şirket denetçisi tarafından da müdürlüğe verilebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

SONUÇ

Borca batıklığın tespiti ve sonuçları TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Tebliğ'de ise 12. maddede borca batıklığa ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Tebliğ'de getirilen düzenleme, kanunî düzenlemeden farklılıklar arz etmektedir.

Borca batıklık halinde kanun koyucu, yönetim kurulunun şirketin mali durumunu iyileştirme planlarını uygulamasını kabul etmemiş, TTK 376/3'te doğrudan mahkemeye bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Halbuki Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrasında, Tebliğ'in 7. maddesinde belirtilen iyileştirici tedbirlerin alınması gerektiği ancak tedbirler alınmazsa mahkemeye başvurulacağı düzenlenmiştir. Bu yönüyle Tebliğ'in 12. maddesinin 4. fıkrası, TTK'nın 376. maddesinin 3. fıkrasına aykırıdır. Kanun'a aykırı Tebliğ düzenlemesiyle yönetim kuruluna, mahkemeye başvurmadan önce iyileştirici tedbirleri alması veya bu konuda genel kurulu toplantıya çağırması konusunda bir yükümlülük yüklendiğinin kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Tebliğ'in kanuna aykırı olduğunu belirttiğimiz 12. maddesinin 4. fıkrasında Tebliğ'in 7. maddesine atıf yapılarak, bu maddede öngörülen iyileştirici tedbirlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Tebliğ'in 7. maddesinde öngörülen iyileştirici tedbirler sermayenin azaltılması, tamamlanması ve artırılmasıdır. Sermayenin TTK'nın 332. maddesinde öngörülen asgari tutarların altına indirilebilmesi mümkün olmadığından, sermayenin azaltılması tedbirine borca batık şirketlerde başvurulamaz. Sermayenin azaltılması tedbirinin borca batık şirketler bakımından zaten uygulanması mümkün olmadığından bu yönüyle de Tebliğ düzenlemesi Kanun'a aykırılık teşkil etmektedir. Bununla birlikte, sermayenin tamamlanmasının ve sermayenin artırılmasının ise borca batık şirketler bakımından uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

Borca batıklık halinde mahkemeye bildirim yapılmadan önce yönetim kurulu iyileştirici tedbirlerin uygulanması konusunda karar almak üzere genel kurulu toplantıya çağırabilir. Toplantıda sermayenin tamamlanması, sermayenin artırılması, birleşme gibi iyileştirici tedbirlerin uygulanmasına karar verilmesi halinde bu konudaki genel kurul kararının geçersiz olmayacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, genel kurulda herhangi bir sebeple karar alınamaması ya da alınan kararın şirketi borca batıklıktan kurtaramaması halinde yönetim kurulunun, borca batıklığı mahkemeye bildirmemesi nedeniyle doğacak zararlardan sorumlu olacağı, herhangi bir

zararın meydana gelmemesi halinde hukukî sorumluluğun doğmayacağı görüşündeyiz.

Nihayet Kanun'a aykırı Tebliğ düzenlemesi yerine mehaz İsvBK'da olduğu gibi borca batıklığın giderilebileceğine dair bir ihtimal olduğunda, makul bir süre içerisinde iyileştirici tedbirlere başvurulabileceğine dair açık bir düzenlemeye kanunumuzda yer verilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Arslanlı, Halil, Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 1960.

Arzova, Sabri Burak/Yavaş, Murat/Küçük, Barış, Hukuki ve Mali Yönden İflasın Ertelenmesi ve Borca Batıklık Bilançosu, 3. Baskı, Ankara 2016.

Atalay, Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İzmir 2007.

Aydın, Alihan, "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlenmesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", İÜHFM, C. 70, S. 2, İstanbul 2012, s. 101-114.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2024.

Balak, Ahmet Can, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Durumu", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 149-158.

Baydak, Ecrin, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in Sermaye Kaybına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, YÜHFD, 2024/2, C. XXI, S. 2.

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 5. Auf., Zürich 2022.

Cebe, Sinan M., Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, İstanbul 2024.

Çoşgun-Yıldırım, Gizem, Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, İstanbul 2023.

Domaniç, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.

Forstmoser, Peter/Küchler, Marcel, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022.

İpekeli-Kayalı, Fena, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.

Karaman-Coşgun, Özlem, “Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri”, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 179-236.

Kayar, İsmail, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.

Kayar, İsmail, “Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, MÜHFD-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 643-658. [Kayar, Borca Batıklığın Tespiti]

Kayar, İsmail, “Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Bildirimi Yöneticilerin Bundan Doğan Sorumluluğu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 229-250. [Kayar, Borca Batıklığın Bildirimi]

Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.

Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal, Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.

Kırca, İsmail/Gürel, Murat, “Sermaye Kaybı veya Borca Batıklık Halinde Birleşmeye Katılma”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan, Ankara 2007, s. 463-496.

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2013.

Kuru, Baki, Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, 1970.

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul 2018.

Öçal, Akar, “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar”, Ankara Ticaret Odası Dergisi, 1965, C. I, S. 6, s. 9-22.

Özkorkut, Korkut, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 975-993.

Paslı, Ali, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Şirket Sermaye Artırımı”, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2018, s. 49-82.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2020.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul 2019. [Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, I]

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku, C. II, 13. Bası, İstanbul 2017. [Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, II]

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara 2018.

Rüzgaresen, Cumhur, İflâs Sebepleri, Ankara 2011.

Sayhan, İsmet, “Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelemesi”, Batider, C. XXIII, S. 1, s. 77-121.

Soykan, İsmail Cem, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019.

Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013.

Türk, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

Türk, Ahmet, “Anonim Ortaklıkta Borca Batıklık ve İflâsın Ertelemesi Konusunda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Yürürlük Kanunu İle Getirilen Yenilik ve Değişiklikler”, Batider, C. XXXII, S. 1, 2016, s. 5-60. [Türk, Borca Batıklık]

Türk, Ahmet, “Bilanço Açığını Gidermek İçin Yapılan Esas Sermaye İndirimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1988, S. 19, s. 145-176. [Türk, Sermaye İndirimi]

von der Crone, Hans Caspar, Aktienrecht, 2. Auf., Zürich 2020.

Zengin, İbrahim Çağrı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul 2020.

⚔ PIRACY OFF THE HORN OF AFRICA: WHY DOES IT STILL POSE A THREAT, ALBEIT DORMANT?

(AFRIKA BOYNUZU'NDA DENİZ HAYDUTLUĞU:
UYKUDA DA OLSA NEDEN HALA BİR TEHDİT TEŞKİL EDİYOR?)

Ege ÇİFTÇİ * **

ABSTRACT

Even though numerous states and international organizations launched counter-piracy operations to Somalia and its surrounding maritime areas over the past 15 years, piracy remains and is regarded as a dormant threat, rather than a relatively neutralised one. Despite the international military and financial support to suppress piracy and strengthen regional states' maritime capacity, why does Horn of Africa remain to be perceived as a treacherous zone? This article argues that the current legal counter-piracy regime spanning off the Horn of Africa set primarily by United Nations Security Council Resolutions is inexpedient due to its mandate being formulated for suppression rather than reduction of piracy off the Horn of Africa to healthy levels through constructive means. The article will analyse the reasons behind the regional instability and social-economic factors which nurture piracy, the instability's effect as a legitimizing factor for international interventions, and the effects of this international presence on Somalia by analysing the legal framework used for counter-piracy measures and ventures of international actors present in the region. After this inquiry, the article will reflect upon the outcome of these measures and whether they succeeded in their efforts.

Keywords: *Maritime Piracy, United Nations Security Council, Counter-piracy Operations, Public International Law, Somalia, International Law of the Sea*

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 21.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 18.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 19.11.2024. Üçüncü hakem raporu tarihi: 24.11.2024 Onaylanma Tarihi: 26.11.2024.

* Lisans öğrencisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0524-5248.

Esere Atf Şekli: Ege Çiftçi, "Piracy Off The Horn Of Africa: Why Does It Still Pose A Threat, Albeit Dormant?", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.177-214.

ÖZ

Son 15 yılda çok sayıda devlet ve uluslararası organizasyon Somali ve çevresindeki deniz sahalarına deniz haydutluğuyla mücadele operasyonları düzenlemiş olmasına rağmen, deniz haydutluğu nispeten nötralize edilmiş bir tehditten ziyade uykuda olan bir tehdit olarak görülmekte ve varlığını sürdürmekte. Deniz haydutluğunu bastırmak ve bölge devletlerinin denizcilik kapasitesini güçlendirmek için verilen uluslararası askeri ve mali desteğe karşın, Afrika Boynuzu neden hala tehlikeli bir bölge olarak ele alınmaya devam ediyor? Bu makale, Afrika Boynuzu'nu kapsayan, esasen Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları tarafından belirlenen mevcut yasal deniz haydutluğuyla mücadele rejiminin, Afrika Boynuzu'ndaki deniz haydutluğunun yapıcı önlemlere sağlıklı seviyelere indirilmesinden ziyade bastırılması için formüle edilmiş yetkilendirmesi nedeniyle temelden elverişsiz olduğunu savunmaktadır. Makale, deniz haydutluğunu besleyen bölgesel istikrarsızlığın ve sosyal-ekonomik etkenlerin ardındaki nedenleri, deniz haydutluğunun dış müdahaleleri meşrulaştırıcı bir unsur olarak rolünü ve bu dış güçlerin varlığının Somali üzerindeki etkilerini deniz haydutluğuyla mücadelenin yasal çerçevesini ve bölgede bulunan uluslararası aktörlerin girişimlerini analiz ederek inceleyecektir. Bu incelemenin ardından, makale bu mücadele tedbirlerinin sonuçlarını ve başarıya ulaşip ulaşmadığını değerlendirecektir.

Anahtar Kelimeler: *Deniz Haydutluğu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Deniz Haydutluğuyla Mücadele Operasyonları, Uluslararası Kamu Hukuku, Somali, Uluslararası Deniz Hukuku*

I. INTRODUCTION

Since the infamous collapse of the Somali state in 1991 after the Civil War, the Horn of Africa has drawn significant international attention as a region worth saving from instability – especially after the post-9/11 security discourse¹ of the United States fluxed piracy and terrorism by exaggerating the risk of maritime terrorism at the Horn of Africa.² It was this war-torn and unstable environment that had seen the great surge of pirate attacks towards the shipping routes crossing near the Horn of Africa and the Somali coast. With its effects still being felt by the Somali state and society today,

¹ HS Canca, 'Defeating terrorism, piracy and armed robbery against ships in a collective maritime security system' (2014) 11(1) International Journal of Human Sciences 1286.

² C Singh and AS Bedi, 'War on Piracy: The conflation of Somali piracy with terrorism in discourse, tactic, and law' (2016) 47(5) Security Dialogue 441-446.

the rise of piracy marked an important turning point for the politics and the economy of the region as a whole. The anarchy and corruption that pervaded Somalia was troubling, from the international community’s point of view, because of the country’s closeness to the Gulf of Aden and the risk it held for vital shipping routes. Naturally, a wide array of international meetings and the United Nations (UN) backed missions were conducted, but most of them were less than interested in finding out the key motivations of local Somalis who had conducted piracy off the coast of Somalia. A clear example of this superficial outlook towards possible solutions that can be found to ease the tension in Somalia is the United Nations Security Council’s (UNSC) Resolution 733 in 1992 which put an arms embargo on Somalia in paragraph 5 “for the purposes of establishing peace and stability in Somalia.”³ The success of this embargo is open for debate as it is only recently recalled by Resolution 2714 in December 2023.⁴ Despite the embargo being in place for 31 years, the rise of Al-Shabaab terrorism and the peak of piracy in Somalia coincides with the arms embargo being fully imposed.

However, both the regional instability and international attention towards Somalia can be traced back before 9/11 and the Civil War in 1991. As a post-colonial state which was formed in 1960 when British and Italian Somaliland gained independence within a few days of one another, Somalia had drawn attention from both superpowers of the Cold War due to its proximity to the crucial trade routes passing through Gulf of Aden and connecting global markets with each other and to the Middle Eastern oil supply.

In 1969, General Mohammed Siyad Barre took power in a coup and began modernizing the country. Receiving patronage first from the Soviet Union until the Ogaden War in 1977 and the United States until his eventual downfall in 1991, Barre modernized the country through substantial reforms aimed towards building a common Somalian identity in a society organized

³ “*Decides*, under Chapter VII of the Charter of the United Nations, that all States shall, for the purposes of establishing peace and stability in Somalia, immediately implement a general and complete embargo on oil deliveries of weapons and military equipment to Somalia until the Council decides otherwise” United Nations Security Council (UNSC) Res 733 (23 January 1992) UN Doc S/RES/733, para 5.

⁴ “*Recalls* paragraph 5 of resolution 733 (1992) which established a general and complete embargo on all deliveries of weapons and military equipment to Somalia as amended by subsequent resolutions...” United Nations Security Council (UNSC) Res 2714 (1 December 2023) UN Doc S/RES/2714, para 1.

around patrilineal segmentary lineage.⁵ His regime, however, turned increasingly authoritarian in late 80s when the region lost its prominence for the Cold War rivals and lavish funding from both sides which kept the maintenance cost of local political magnates' loyalty to Barre's regime in check dried up, leading to an imminent bankruptcy and declining political support. Donors of the regime identified the problem excessive spending and inflationary monetary policies and demanded austerity measures.⁶ But these reforms only deepened the corruption. The erosion in the value of public-sector salaries made it necessary for public servants to take bribes or second jobs in order to make a living, and therefore legitimized corruption throughout government.⁷ In 1991, this self-consuming regime gave its final breath and Somali Civil War led to the fragmentation of the country and dissolution of central authority.

Without any nation-wide authority to check and regulate local economic transactions and international relations, Somali economy and societal order transformed into an intricate web of patronage lines, some with foreign networks, including newly-formed autonomous states and local clans which formed a new rentier military-political elite. In this new post-Civil War order, despite international attempts to form a Transitional National Government (TNG) in 2000, lives of ordinary Somalis were exposed to constant turbulence. It was this environment that had seen the great surge of pirate attacks towards the shipping routes crossing near Horn of Africa and Somali coast. With its effects still being felt by Somali state and society today, rise of piracy marked an important turning point for the politics and the economy of the region as a whole.

Bearing this historical background in mind, this article will seek to answer the question of why the international actors' counter-piracy regime based on the UNSC's mandates have struggled to deliver its anticipated level of success on their focal points, that are being the repression of piracy off the Horn of Africa and providing capacity for regional states to contain piracy levels in healthy rates. To put it plainly, the main question is whether the UNSC mandates were efficient to reach these desired outcomes or not? Has piracy ever been put into a "dormant" situation at the first place? In

⁵ A de Waal, *The real politics of the Horn of Africa: Money, war and the business of power* (John Wiley & Sons 2015).

⁶ World Bank, 'Somalia: Policy Measures for Rehabilitation and Growth, Washington, DC: World Bank, Country Programs Department Eastern Africa Regional Office' (Report No. 4081a-SO May 1983)

⁷ de Waal (n 6).

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

order to tackle these questions and review the methodology the UNSC had followed to counter piracy, this article will follow a holistic approach in order to provide a broad view of the topic and, while providing their core aspects with relevant parts being provided in footnotes, refrain from delving too deep into the content of individual resolutions and legal documents.

At its beginning, the article will touch upon the debate on the definition of piracy as an international legal norm in Chapter II and deliver some of the shortcomings in the definition as it was put in international legal documents. In Chapter III, the article will begin follow a linear timeline and provide a compatible analysis of events that were unfolded during the great surge in Somali piracy between 2005-2011 and the first wave of the UNSC Resolutions to counter the piracy threat, together with actions of other actors (NATO, the European Union, IMO etc.) involved in the counter-piracy regime these Resolutions have provided the backbone of. In this chapter, effects of the UNSC resolutions on the legal background of the counter-piracy regime and some of their controversial aspects will be shown. In Chapter IV, the article will keep its linear historical approach and analyse the second wave of the UNSC Resolutions that came on top of the relative success of the first wave that have managed to contain numbers of pirate attacks in between 2011-2022. This second wave was consisted of international actors' capacity-building missions which were aimed to increase the maritime, security and economic potential of regional states, especially that of Somalia, and were launched with their mandate provided by the UNSC Resolutions. In this chapter, the preliminary effects of these missions will be examined by taking the views of both international actors who launched these missions and the Somali state and its officials into account. It is also in this chapter that the article will link these two waves into a pattern. In Chapter V, the article will break the linear timeline in order to return to the debate revolving around the definition of piracy and inquire whether all these developments in Somalia made an impact on the field of international maritime law. To assess this, the article will analyse the International Law Commission's recent proposals on the definition and the impact of the UNSC-led counter-piracy operations on them. Finally, in this Chapter, the recent surge in successful pirate attacks as of December 2023 will be summarised and commented on in light of the supposed effects of counter-piracy regime that was constructed in between 2005-2022 and whether these attacks fit into the pattern proposed in the previous chapter.

The contribution this article aims to provide to the maritime legal literature is twofold; (i) presenting the issue of piracy off the Horn of Africa

through a reading based on the UNSC resolutions' mandates and actions of international actors formed around them, (ii) opening a discussion on the possibility of a patterning in the UNSC's actions against international maritime crimes, piracy in this article's scope, and its effects on the normative field.

II. PIRACY: A COMMENTARY ON THE DEFINITION

Before examining the events that followed the great surge in Somali piracy between 2005-2011, it is necessary to take a step back and seek a definitive answer to the question of piracy and its legal nature.

Due to the absence of any supreme global authority with a legitimate power to sanction laws and juridical decisions the binding character of which can be imposed universally, international law has always suffered from a lack of unanimity among its subjects regarding definitions of certain phenomena such as terrorism and piracy. A codification spree has indeed swept the globe in 20th century, but the fragile nature of its achievements became quite clear from the beginning of the 21st century. A product of this codification spree was the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) which was signed in 1982 and came into force in 1994. Before continuing with the definition, UNCLOS defines a threefold piracy counter-measure guideline regarding piracy. First, Article 100 of UNCLOS provides that "all States shall co-operate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any State."⁸ Second, under Article 105 of UNCLOS, warships of any flag are accorded the right to seize a pirate ship or a vessel under the control of pirates on the high seas.⁹ The State that seizes a vessel for such purpose may then decide on the penalties to be imposed. Third, under Article 110, warships of any flag are also entitled to board a ship on the high seas if there are reasonable grounds to suspect that, inter alia, it is engaged in an act of piracy.¹⁰ As for the definition, Article 101 of

⁸ United Nations Convention on the Law of the Sea (10 December 1982), UNTS 1833 (p.3), 1834 (p.3), 1835 (p.3), entered into force 16 November 1994, Art 100.

⁹ "On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board." United Nations Convention on the Law of the Sea, Art 105.

¹⁰ T Davenport, 'Legal measures to combat piracy and armed robbery in the horn of Africa and in Southeast Asia: a comparison' (2012) 35(7-8) *Studies in Conflict & Terrorism* 570, 572.

UNCLOS assumes three features for an act to be regarded as piracy: (i) committed for private ends, (ii) takes place on the high seas and (iii) done by one ship on another ship.¹¹ Then, according to the definition given by UNCLOS, piracy can be committed, or will be regarded as committed, on high seas¹²; acts that fulfil the features *sauf* high seas are described as “armed robbery against ships.” All three of these features have been and still being criticized.

The use of the word “private end” has led some scholars to argue that *animus furandi* (intention to steal) is the definitive criteria for the act of piracy.¹³ Defenders of this argument claim that if there is *animus furandi*, then the motive is to gain financial benefits and reaping them for selfish motives. If it is indeed the case, as a further deliberation that should be held by the courts, then “the consideration of *mens rea* (criminal intention) would help determine if the act was politically motivated or not.”¹⁴ Albeit reasonable on paper, this clearcut distinction between political and private ends may and does become untenable in practice as multiple organisations profit from piratical acts they employ to reach their political ends while, similarly, pirates may find themselves political grounds to legitimize their actions which are originally held for financial/economic reasons.¹⁵

The debate revolving around the word “high seas” is even more complicated than the first and third feature of the definition. According to the international maritime law, maritime zones are divided into different zones that have distinct legal regimes ascribed to them, such as; internal waters, the 12-nautical-mile territorial sea, the contiguous zone extending 24 nautical miles from the baselines, the 200-nautical-mile exclusive economic zone, the continental shelf which extends to at least 200 miles but does not exceed 350 nautical miles from the baselines, or the high seas. It is worth noting, both the contiguous zone and the exclusive economic zone are considered as high seas for piracy by virtue of Article 33 and Article 58 UNCLOS.¹⁶ Despite this stretch of jurisdiction to combat piracy, it is widely

¹¹ United Nations Convention on the Law of the Sea, Art 101.

¹² United Nations General Assembly (UNGA) International Law Commission, First report on prevention and repression of piracy and armed robbery at sea (22 March 2023) UN Doc A/CN.4/758 15

¹³ E Kontorovich ‘The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction’s Hollow Foundation’ (2004) 45 *Harv. Int’l LJ* 183, 183-188.

¹⁴ *ibid*, 216.

¹⁵ A/CN.4/758 (n 13) 18.

¹⁶ M Ahmad, ‘Maritime piracy operations: Some legal issues’ (2020) 4(3) *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping* 1, 2.

debated that a geographical limitation being put on a crime that by nature knows no maritime boundaries lays a restrictive regime for counter-piracy actors who, in case of an engagement with a suspected pirate vessel, may detect and pursue the vessel on high seas and disengage with it once it enters territorial waters due to the prohibition installed by the definition.¹⁷ In fact, this hypothetical instance was often a reality in the acts of piracy and counter-piracy taking place within the territorial seas of Somalia prior to the UNSC regime which will be extensively inquired at the following pages.

The third element of UNCLOS definition requires two ships to be involved in any act of piracy. However, the term “ship” is not defined in UNCLOS and what is more, in some cases of piratical acts, the assault does not take place “against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft.”¹⁸ In the Achille Lauro case (1985), the members of the Palestine Liberation Front (PLF) boarded the vessel as passengers and hijacked it off the coast of Egypt while sailing between Alexandria and Ashdod.¹⁹ As it can be seen, there was no second ship or aircraft that assaulted another ship, thus disqualifying this act to be regarded as piracy under Article 101 of UNCLOS.

This particular case had sparked a clamour for reform in the definition of piracy as it revealed the inaptness of the UNCLOS definition in several aspects. Thus, the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) was drafted and came into being in 1988.²⁰ Article 3 of the SUA Convention expands the definition of piracy with a seven-point list of offences being regarded as piratical actions.²¹ As it was tacitly accepted in UNCLOS, the SUA Convention openly draws the geographical limits of piratical actions “beyond the outer limit of the territorial sea of a single State, or the lateral limits of its territorial sea with adjacent States.”²² The member states to the SUA Convention are under an obligation as per Article 5, to make the crimes falling under the scope of the Convention “punishable by appropriate

¹⁷ A/CN.4/758 (n 13) 17.

¹⁸ United Nations Convention on the Law of the Sea, Art 101.

¹⁹ Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro, 937 F.2d 44

²⁰ Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation (10 March 1988), 1678 UNTS 201, (entered into force 1 March 1992)

²¹ Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation, Art 3.

²² Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation, Art 4.

penalties which take into account the grave nature of those offences”.²³ Another major difference between SUA Convention and UNCLOS is that the former specifies which state would have jurisdiction over the perpetrator as compared to universal jurisdiction under UNCLOS. Despite its wider scope and more detailed nature, the countries most affected by piracy, such as Indonesia, Malaysia and Somalia have not ratified the SUA Convention due to the threat it poses to the sovereignty of its signatories; especially those with disputed maritime boundaries.²⁴ Consequently, SUA Convention remained as a wishful attempt to reform the UNCLOS regime of piracy, despite all the efforts put on by maritime powers which exercise most of the counter-piracy operations, such as the United States. Although it is currently in force, SUA Convention exerts little to no effect on the jurisdiction of piracy.

As seen from the aforementioned legal documents, the very definition of piracy – a crime known for being the historical basis of customary international law concerning universal jurisdiction – presents a daunting task for convening parties to overcome; and perhaps this hardship may be linked to the historical baggage that piracy as a crime under international law carries, that is being linked to universal jurisdiction in a global legal order meant clearly to stress the sovereignty of states.

III. PIRACY AS A LEGITIMIZING FACTOR FOR INTERNATIONAL MILITARY PRESENCE

A. Development Of Counter-Piracy Sentiments Amongst International Community

Even before piracy off the Horn of Africa began to hit levels that had a negative impact on global trade in 2008, pirate attacks in the region were attracting the attention of multiple actors, including maritime insurance companies and international shipping conglomerates. Especially after 9/11, a significant increase in publications which portrayed piracy as an existential threat towards the global order – just like terrorism – had already

²³ Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation, Art 5.

²⁴ AJ Young and MJ Valencia, ‘Conflation of piracy and terrorism in Southeast Asia: Rectitude and utility’ (2003) 25(2) Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs 269, 273.

occurred.²⁵ Eventually, these publications had set up a substructure to the debates revolving around the necessity of an action taken by the international community following the surge in successful attacks in 2005. The crew members of ships that suffered pirate attacks released reports and statements describing the dangerous situation they had faced. There was also a drastic surge in internal violence in Somalia following the rise of the Islamic Courts Union (ICU) that had led millions of Somalis turning dependent on food aid shipments by the World Food Programme. All these factors contributed to the “facilitating conditions,” as it is referred by Buzan, Wæver and Wilde,²⁶ for an intervention by the international community.

In March 2006, Lloyd’s of London – the world’s largest maritime insurer – issued a statement that pirate attacks and terrorist attacks would be covered by a single scheme because of the “difficulty in distinguishing” between the two.²⁷ The White House followed suit with the Policy for the Repression of Piracy and Other Criminal Acts of Violence at Sea in 2007, which interpreted piracy as a terrorist threat. This document outlined a single policy to address both piracy “for private ends’ and ‘criminal and terrorist activities not defined as piracy.”²⁸ By 2008, kidnap and ransom insurance had multiplied tenfold, cargo insurance premiums in war risk areas had risen between 25 and 100 US dollars per container, and hull insurance had doubled.²⁹ The global economic crisis of 2008 brought only more suffering to the shipping industry as shipping rates collapsed and costs of fuel doubled due to shipping companies avoiding pirate-infested waters of the Gulf of Aden.

At the regional level in 2008, the US endorsed an Ethiopian military intervention with an aim to defeat the ICU and cause its downfall, which eventually led to the division of the ICU into two wings: “a moderate Alliance for the Re-liberation of Somalia which was later incorporated into

²⁵ AG Alexandre, ‘An analysis of the issue of piracy in the Horn of Africa through the lens of the Securitization Theory of the Copenhagen School’ (2022) 13(2) *Janus.net e-journal of international relations* <<https://doi.org/10.26619/1647-7251.13.2.2>> 43-44.

²⁶ B Buzan, O Wæver, and J De Wilde, *Security: A new framework for analysis* (Lynne Rienner Publishers 1998) 23-24.

²⁷ ‘New Lloyd’s policy wording covers terrorist ‘piracy’ (Insurance Journal, 2006) <<https://www.insurancejournal.com/news/international/2006/03/20/66594.htm>>.

²⁸ Singh and Bedi (n 2) 446.

²⁹ A Bowden, ‘The economic cost of maritime piracy: One Earth Future working paper’ (2011) *Oceans Beyond Piracy*, One Earth Future Foundation <<https://oneearthfuture.org/en/one-earth-future/publication/economic-cost-maritime-piracy-2010>>.

Somalia’s transitional government in the 2008 peace agreements; and a radical wing, al-Shabaab.”³⁰ This military intervention and the downfall of the ICU which had formed a relatively stable administration in Mogadishu that had cracked down on piracy³¹ led to a sudden surge in successful attacks once again, from only one successful hijack in the last six months of 2006 under ICU rule. Collectively, this accumulation of tension and pressure resulted in a series of Resolutions passed by the UNSC in 2008 and the initiation of military operations by multiple actors.

B. Formation Of Legal Counter-Piracy Regime Through UNSC Resolutions

The very first justification of an international intervention and the basis of all legal documents authorizing operations against piracy off the Horn of Africa came with Resolution 1816 of the UNSC on 2 June 2008. In this document, the UNSC reaffirmed “the relevant provisions of international law with respect to the repression of piracy, including the Convention (United Nations Convention on Law of the Sea),”³² thus, it formed the legal basis of “War Against Piracy” mainly from the provisions of UNCLOS and tacitly from the SUA Convention. Despite the international legal basis being formed by this preambulatory paragraph, it did not include any source of legitimacy for an intervention taking place in maritime zones of a sovereign state, being Somalia, without its consent. This problem was foreseen by Resolution 1816 and was addressed by touching upon the lack of capacity Transitional Federal Government (TFG) had in containing and combating piracy in its territory and stressing that the TFG needs and would welcome international assistance to address the problem.³³

³⁰ G Ziebell de Oliveira and N Cesar Fernandes Cardoso, ‘Securitisation in Africa in the 21st century: Analysis of the situations in the Gulf of Guinea and the Horn of Africa’ (2021) 27(4) South African Journal of International Affairs 542.

³¹ K Hamilton, ‘The piracy and terrorism nexus: Real or imagined?’ (Proceedings of the 1st Australian Counter Terrorism Conference, Edith Cowan University, Perth, 30 November 2010). <<https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=act>>.

³² “Reaffirming the relevant provisions of international law with respect to the repression of piracy, including the Convention, and recalling that they provide guiding principles for cooperation to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any state...” United Nations Security Council (UNSC) Res 1816 (2 June 2008) UN Doc S/RES/1816

³³ “Taking into account the crisis situation in Somalia, and the lack of capacity of the Transitional Federal Government (TFG) to interdict pirates or patrol and secure either the international sea lanes off the coast of Somalia or Somalia’s territorial waters” *ibid* 1-2.

These two preambulatory paragraphs (see footnotes n 33 and n 34) virtually forestalled any international legal problem regarding the jurisdiction of Somalia being ignored by the UNSC, opening room for operative clauses taking authorization from Chapter VII of the Charter of the United Nations³⁴ being put into action. Resolution 1816 encouraged the states “interested in the use of commercial maritime routes off the coast of Somalia” to increase their efforts not only to combat piracy out of a sheer understanding of international responsibility, but also to protect their national interests by acting as such. In that manner, Resolution 1816 seems to have grasped the need to incentivise member states and not only through a reminder to fulfil their responsibility towards the international community.³⁵ Resolution 1816 set a time period of six months for member states to “enter the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea” and use “all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery.”³⁶ The attitude of the UNSC towards piracy off the Horn of Africa was truly unprecedented, especially when considering the ineptness it had shown to garner enough support for impactful action towards other international crimes and conflicts across the globe since its foundation. The Resolution 1816 explicitly blocked any of these provisions turning into a precedent and used for further operations without the UNSC’s consent by virtue of paragraph 9, which states that “it shall not be considered as establishing customary international law.”³⁷

³⁴ “Article 41: The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations

Article 42: Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations” United Nations, *Charter of the United Nations* (1945).

³⁵ JG Dalton, JA Roach, and J Daley, ‘United Nations Security Council: Piracy and Armed Robbery at Sea - Resolutions 1816, 1846 & 1851,’ (2009) 48(1) *International Legal Materials* 130.

³⁶ S/RES/1816 (n11), para 7(b).

³⁷ “Affirms that the authorization provided in this resolution applies only with respect to the situation in Somalia and shall not affect the rights or obligations or responsibilities of member states under international law, including any rights or obligations under the *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1* (2025)

Despite the initial failure of its call to attract a well-organized response from international actors, Resolution 1816 set the stage for all actions against piracy. It has formed a carefully constructed edifice that would put on singular UNSC Resolutions at the heart of any international operation sanctioned by the UN, without providing any state a chance to consider its Resolutions as customary international law. The UNSC’s true impact, however, would be felt by Resolutions 1846 and 1851; but right before them, another resolution was passed which added further pressure towards the international community. Resolution 1838 of the UNSC noted that; “recent humanitarian reports estimate that as many as three-and-a-half million Somalis will be dependent on humanitarian food aid by the end of the year, and that maritime contractors for the WFP will not deliver food aid to Somalia without naval warship.”³⁸

This preambulatory paragraph reemphasized the humanitarian catastrophe caused by piracy and showed that piracy was not only harmful to international trade and security, but also it had hurt the very people it originated from: ordinary Somali citizens. It also, albeit quite tacitly, implied that a sword of Damocles hung over Somalia unless decisive action was taken. Thus, a means to cover further missions with a humanitarian cause was granted. Resolutions 1816 and 1838 fulfilled their mission as of late 2008 when their call received well-organized responses from multiple actors, including the EU, the US-led NATO, the African Union, China and even some unexpected actors such as Japan and South Korea.³⁹ A clear example is NATO’s response with the initiation of Operation Allied Provider “in full respect of relevant UNSC resolutions.”⁴⁰ It is mentioned that the NATO naval forces “are escorting World Food Programme-chartered vessels carrying humanitarian aid to Somalia.”⁴¹ The final communique also states that it encourages other upcoming operations such as the European Union’s ATALANTA operation which had been equipped by the Council of the European Union with a mandate to take all necessary

Convention, with respect to any other situation, and underscores in particular that it shall not be considered as establishing customary international law...” *ibid*, para 9.

³⁸ United Nations Security Council (UNSC) Res 1838 (7 October 2008) UN Doc S/RES/1838 1.

³⁹ V Teo, *Japan’s arduous rejuvenation as a global power: Democratic resilience and the US-China challenge* (Springer Nature 2019), 242.

⁴⁰ North Atlantic Treaty Organization (NATO) Final Communique of Meeting of the North Atlantic Council at the level of Foreign Ministers held at NATO Headquarters (2008).

⁴¹ *ibid*.

measures, “including the use of force, to deter, prevent and intervene in order to bring to an end acts of piracy and armed robbery which may be committed in the areas where it is present.”⁴²

Within a short period of time, based on the grounds laid down by the UNSC Resolutions, both NATO and EU amassed forces to provide a deterrent presence and intervene off the Horn of Africa. Despite its claim that it shall not form a customary international legal norm, Resolution 1816 had led, perhaps not to a normative, but to a practical precedent for all military operations that would follow.⁴³

Although Resolutions 1816 and 1838 provided a groundwork for EU and NATO operations against piracy, their mandate had certain limits, including a short time span (six months) and restricted space for operations (territorial waters of Somalia); and, a limited context for legitimate international presence (repressing acts of piracy off the coast of Somalia and protecting WFP convoys). These limits alienated international actors to dedicate more resources since their expenditure for an operation would be fruitless due these limits. These problems were solved with the UNSC Resolutions 1846 and 1851.

Operative paragraphs of 1846 start with a condemnation of piracy, but it is immediately followed by a specific finding of the Monitoring Group on Somalia that “escalating ransom payments are fuelling the growth of piracy off the coast of Somalia.”⁴⁴ This acknowledgment will be revisited when the mandate of Resolution 1851 is discussed. Paragraph 6 celebrates and justifies NATO and EU operations, and paragraph 10 decides upon the renewal of the mandate laid down by Paragraph 7 of Resolution 1816 with exact language.⁴⁵

⁴² The Council of the European Union. (2008) Council Decision 2008/918/CFSP.

⁴³ K Neri, ‘Security Council’s Contribution to the Evolution of the Law of the Sea: Avant Garde or Self-Limitation?’ in: MC Ribeiro, Fernando L Bastos and T Henriksen (eds), *Global Challenges and the Law of the Sea* (Springer Nature 2020), 188.

⁴⁴ Letter dated 10 December 2008 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 751 (1992) concerning Somalia addressed to the President of the Security Council UN Doc S/2008/769, 55

⁴⁵ “Decides that for a period of 12 months from the date of this resolution States and regional organizations cooperating with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General, may: (a) Enter into the territorial waters of Somalia for the purpose of repressing acts of piracy and armed robbery at sea, in a manner consistent with such action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law; and (b) Use, within the territorial waters of Somalia, in a manner *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

Finally, on 16 December 2008, Resolution 1851 was passed by the UNSC, completing the framework by which international actors would conduct operations against piracy and remain in the region, for longer. Without elaborating further, Resolution 1851 points out the impotency of the TFG by “again taking into account the crisis situation in Somalia, and the lack of capacity of the TFG.”⁴⁶ What Resolution 1851 elaborated on was a problem that had a close link with the finding of the Monitoring Group on Somalia pointed out in Resolution 1846: Escalating ransom payments fuelling the growth of piracy. Notwithstanding the fact that any explicit reference to the effects of ransom payments being present in the Resolution, it touches upon this lawless order of things and that very report in which the finances of piracy and armed groups in Somalia was examined. Resolution 1851 highlights the lack of capacity and insufficiency of domestic legislation and tying the domestic lack of capacity of Somalia to the hindrance of “more robust international action against the pirates off the coast of Somalia and in some cases led to pirates being released without facing justice.”⁴⁷

As a side effect of the lack of capacity for the interdiction and/or prosecution of pirates, “international shipping through its membership of bodies... responded to the piracy menace by designating high-risk areas within the Gulf of Aden and the Indian Ocean. Consequently, the areas designated as high-risk areas have been avoided, whenever possible, by ships en-route to seaports on these waters”,⁴⁸ fuelling the cost of piracy that had already cost them between 13 to 15 billion US dollars per year while skyrocketing insurance premiums from a single transit through Gulf of

consistent with such action permitted on the high seas with respect to piracy under relevant international law, all necessary means to repress acts of piracy and armed robbery at sea,” United Nations Security Council (UNSC) Res 1846 (2 December 2008) UN Doc S/RES/1846, para 10.

⁴⁶ “*Again taking into account* the crisis situation in Somalia, and the lack of capacity of the Transitional Federal Government (TFG) to interdict, or upon interdiction to prosecute pirates or to patrol and secure the waters off the coast of Somalia, including the international sea lanes and Somalia’s territorial waters,” United Nations Security Council (UNSC) Res 1851 (16 December 2008) UN Doc S/RES/1851.

⁴⁷ “*Noting with concern* that the lack of capacity, domestic legislation, and clarity about how to dispose of pirates after their capture, has hindered more robust international action against the pirates off the coast of Somalia and in some cases led to pirates being released without facing justice,” *ibid.*

⁴⁸ International Maritime Organization (IMO) Comments and analysis on the review of the High-Risk Area for piracy in the Indian Ocean (9 February 2021) UN Doc MSC 103/10/2, 2.

Aden from 500 to a staggering 20.000 US dollars.⁴⁹ Since TFG had virtually no control over its coastlines, pirates who sought refuge in coastal areas after an attack would be out of the UNSC mandates' reach, due to their geographical limits and the nominal sovereignty of TFG; hence, the background for Resolution 1851's true breakthrough was set. In its operative paragraph 6, after protracting the mandate of Resolution 1846 for 12 months, Resolution 1851 gave its blessing to the member states to "undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG."⁵⁰

It was with the usage of expression "in Somalia" that the mandate of military operations and all other actions for the purpose of suppressing acts of piracy was expanded to the mainland Somalia, in contrast with the previous resolutions that allowed actions to be taken only in the territorial waters of Somalia. From this point afterwards, land territory of Somalia had been opened to international intervention, albeit for suppressing and tackling pirates. One aspect of this expansive mandate is that it defies the traditional international humanitarian law principle that civilians may not be targeted with force on land, except in cases of self-defence; and since pirates are considered as civilians no matter their threatening activities, it causes a legal conflict that should be noted.⁵¹ This principle of international humanitarian law could – and would – be by-passed through an interpretation of piracy as a form of terrorism as it was perceived by multiple international actors⁵² and the usage of counter-terrorism methods to

⁴⁹ J Kraska and B Wilson, 'Fighting Pirates: The Pen and the Sword' (2008) 25(4) *World Policy Journal* 41, 43

⁵⁰ "In response to the letter from the TFG of 9 December 2008, encourages Member States to continue to cooperate with the TFG in the fight against piracy and armed robbery at sea, notes the primary role of the TFG in rooting out piracy and armed robbery at sea, and decides that for a period of twelve months from the date of adoption of resolution 1846, States and regional organizations cooperating in the fight against piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia for which advance notification has been provided by the TFG to the Secretary-General may undertake all necessary measures that are appropriate in Somalia, for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea, pursuant to the request of the TFG, provided, however, that any measures undertaken pursuant to the authority of this paragraph shall be undertaken consistent with applicable international humanitarian and human rights law;" S/RES/1851 (n 24), para 6.

⁵¹ M Sterio, *Prosecuting Juvenile Piracy Suspects: The International Legal Framework* (Routledge 2017) 21-22.

⁵² The Council of the European Union (CoEU) European Union Maritime Security Strategy (24 June 2014) EU Doc 11205/14 9.

suppress piracy on Somali mainland; thus, stripping Somali pirates from the protection of civilian status.

As binding as it was under the scope of the UN Charter and its authority, the UNSC Resolutions still carried the risk of being perceived as tools of great powers to enforce their will upon Somalia and its surroundings. To cope with this perception and co-operate actions taken against piracy, The Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia (CGPCS) was created on 14 January 2009 pursuant to the UNSC Resolution 1851 as a ‘voluntary, ad hoc international forum’ that “brings together countries, organizations, and industry groups with an interest in combating piracy.”⁵³ This forum was formed outside the UN umbrella with the purpose of ensuring flexibility and enabling a non-restrictive membership criterion; and it indeed encompassed a variety of members including States that have spearheaded the initiative such as the US, UK and France, together with international organisations such as UN, IMO, EU and NATO. Over time, CGPCS included more than 80 countries and 20 international organisations, multinational companies, NGOs and other international actors that contribute to the goal of countering Somali piracy.⁵⁴

Even though the TFG’s consent and request was the primary incentive that seemed to drive the UNSC to sanction these interventions; a wider array of self-declared consent from not only Somalia, but also from regional states that shared the coast of Western Indian Ocean, and the Gulf of Aden would further stress the gravity of piracy as a common bane upon all regional actors. This type of a document came into being shortly after Resolution 1851’s publication, an important document from the angle of international law that was signed and published by the regional actors under the mandate of International Maritime Organization (IMO) on 29 January 2009: Djibouti Code of Conduct.⁵⁵ Among other areas of cooperation promised in the document, such as “the investigation, arrest and prosecution of persons, who are reasonably suspected of having committed acts of piracy and armed

⁵³ Bureau of Political-Military Affairs, ‘Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia’ (U.S. Department of State 2009) <[⁵⁴ H Swartouw and DL.Hopkins, ‘The Contact Group On Piracy Off The Coast Of Somalia: Genesis, Rationale And Objectives’. in T Tardy \(ed.\), *Fighting piracy off the coast of Somalia: Lessons learned from the Contact Group* \(European Union Institute for Security Studies \(EUISS\) 2014\), 13.](https://2009-2017.state.gov/t/pm/rls/fs/2016/255175.htm#:~:text=The%20Contact%20Group%20on%20Piracy,an%20interest%20in%20combating%20piracy>.”</p></div><div data-bbox=)

⁵⁵ International Maritime Organization (IMO) (3 April 2009) UN Doc C 102/14.

robbery against ships, including those inciting or intentionally facilitating such acts,”⁵⁶ the Code also decided to support “the conduct of shared operations - both among signatory States and with navies from countries outside the region - such as nominating law enforcement or other authorized officials to embark on patrol ships or aircraft of another signatory.”⁵⁷ Although the Code itself couldn’t achieved its goals and aspirations due to its non-binding nature, it functioned as a legitimizing document by reaffirming the UNSC Resolutions and⁵⁸ therefore accepting their mandate.

After this “authorization spree” of late 2008 and early 2009, complementary UNSC Resolutions such as 1918 (2010), 1950 (2010), 1976 (2011), 2015 (2011) and 2020 (2011) together with Resolutions of IMO such as 1044 (2011) which urged governments for “additional naval vessels, maritime patrol and reconnaissance aircraft and other surveillance assets, operating bases and logistic support,”⁵⁹ sealed the legal framework for actions against piracy. As a result of intensive actions taken to tackle piracy, “in Somalia and the Gulf of Aden, just 75 ships reported attacks in 2012 compared with 237 in 2011, accounting for 25% of incidents worldwide. The number of Somali hijackings was halved from 28 in 2011 to 14 last year.”⁶⁰ A total of 358 incidents recorded between 2010 and 2015; a notable result about which the Secretary General of IMO states that:

“The reduction in numbers of attacks can be attributed to efforts both ashore in Somalia and through disruption to the pirates' business model. The reduction in the proportion of attacks being successful was achieved through a combination of actions by naval forces to disrupt pirate operations...”⁶¹

Piracy off the Horn of Africa fell dramatically to 8 incidents reported between 2016 and 2022, thenceforth regarded as dormant. One can observe that these material elements appear to be following a certain pattern that can be identified with a further inquiry on whether it repeats itself after the conclusion of the military operations phase. The idea of the possibility of a pattern will be revisited at the next chapter.

⁵⁶ *ibid* 8-9.

⁵⁷ *ibid* 3.

⁵⁸ *ibid* 6.

⁵⁹ International Maritime Organization (IMO) Res A.1044(27) (30 November 2011) UN Doc A 27/Res.1044

⁶⁰ ICC Commercial Crime Services <<https://www.icc-ccs.org/index.php/836-piracy-falls-in-2012-but-seas-off-east-and-west-africa-remain-dangerous-says-imb>>.

⁶¹ International Maritime Organization (IMO) Note by the Secretary-General (15 May 2013) UN Doc C 110/13.

Notwithstanding this status, as of 2019, there were 16 military bases of various sizes that belonged to multiple international actors located around the Gulf of Aden; as well as a total of 21 naval missions, 5 of which being led by international organizations or US-led coalitions;⁶² and as of 2023, there are at least 11 military bases being operational at the Horn of Africa. Then the question once again arises: Why, after 15 years of active combat against piracy, does this significant military presence remain in and around Somalia? In order to reach a complete answer, as the article has already pointed out the root causes of piracy and the road it paved for legitimate international intervention, it will now touch upon the operational performance of these international missions and their perception by Somali officials and civilians.

IV. EFFECTS OF INTERNATIONAL INTERVENTION ON SOMALI STATE AND SOCIETY

A. Capacity-Building Missions: An Inquiry

In order to complete the framework of the article; in this chapter, the article will examine the effects of international intervention on Somali society and statehood especially through international capacity building missions conducted in Somalia after military operations had managed to suppress piracy in the region. As of late 2011 and early 2012, international military operations to suppress piracy had reached a significant success in fulfilling their – UNSC sanctioned – mandates, and thereby self-annihilating their *raison d’être*. Initial political, economic and symbolic (especially in the area of public relations) gains of states and international shipping companies from these operations were put on risk by an imminent termination of legitimate reason to remain in Somalia in view of the fact that above mentioned missions’ scopes were focused primarily on suppressing piracy that was ravaging the sea routes – a problem that was now quashed and more or less put under control. As to seal and solidify these gains, more time and space were needed; especially taking into consideration the condition of Somali Federal Government not being fit to maintain the status quo delivered by these missions. Hence, the second wave of international missions sought to lean onto the “structural” problems of Somalia, a theme that was also echoed in the UNSC Resolution 1976 by “stressing the need to

⁶² N Melvin, ‘The Foreign Military Presence In The Horn Of Africa Region’ (2009) Stockholm International Peace Research Institute
<<http://www.jstor.org/stable/resrep20075>>, 28-31.

build Somalia's potential for sustainable economic growth as a means to tackle the underlying causes of piracy, including poverty, thus contributing to a durable eradication of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia and illegal activities connected therewith."⁶³

In its operative paragraphs, a signal fire was sparked by the UNSC as a means to legitimize forthcoming missions, a very similar pattern that had been used in military operations was unfolded by explicitly requesting the support of member states to ensure sustainable economic growth in Somalia "in particular in priority areas recommended by the Istanbul conference on piracy in Somalia,"⁶⁴ which were recommended by both first and second Istanbul conferences were Political, Security and Justice, Local Stability, and Economic Recovery. These areas were to be improved sustainably by states, international organizations, donors, civil society and private sector. It is worth noting that in the second conference held in May 2012 the final declaration stressed "the importance of creating the right investment climate"⁶⁵ but did not elaborate on what "the right investment climate" means; however, it stresses – albeit discreetly – further intervention on Somali state and society to provide this climate is a must for international community as it also emphasizes that:

"insecurity in Somalia, including ... misappropriation of funds, piracy, kidnapping, terrorism and human rights abuses and violations, is exacerbated by the crisis emanating from the deficiency of the state structures and institutions in large parts of the country."⁶⁶

Shortly after the publications Resolutions 1976 and 2020 and other complementary materials such as Istanbul Conferences, this article argues that events which had unfolded followed a "pattern of legitimacy" (akin to the securitization theory) as it was tried and executed in 2008-2009, and its material elements being put forth at Chapter III. This pattern consists of: (i) an imminent threat towards strategic interests of international actors (States, International Organisations (IOs), Multinational Shipping and Insurance

⁶³ United Nations Security Council (UNSC) Res 1976 (11 April 2011) UN Doc S/RES/1976.

⁶⁴ "Requests States and regional organizations to support sustainable economic growth in Somalia thus contributing to a durable eradication of piracy and armed robbery at sea off the coast of Somalia, as well as other illegal activities connected therewith, in particular in priority areas recommended by the Istanbul conference on piracy in Somalia;" *ibid*, para 5.

⁶⁵ The Second Istanbul Conference on Somalia (Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs 2012) <https://www.mfa.gov.tr/the-second-istanbul-conference-on-somalia_-final-declaration_-1-june-2012_-istanbul.en.mfa>.

⁶⁶ *ibid*.

Companies), (ii) calls for action via diplomatic venues, (iii) the UNSC Resolution(s) being published as a groundwork for further interventions, (iv) states and international organizations launching missions with mandates sanctioned by the UNSC Resolution(s). In 2008-2009 period, the pattern had fitted as it has been observed that: (i) pirate attacks had sharply risen to all time highs and risked the interests of various actors such as TFG, NATO and Lloyd’s of London; (ii) multinational companies and associations published risk reports that highlighted the costs of pirate attacks on global trade, governments and IO’s published policy statements, TFG permanent representative sent a letter for action to the UNSC; (iii) the UNSC authorized actions against piracy in Somalia with Resolutions such as 1816, 1846 and 1851; (iv) multiple States and IO’s initiated military operations against Somali pirates in and off the coast of Somalia immediately after these Resolutions such as ATALANTA and AMISOM. Now the existence of such a pattern of legitimacy can be identified as the same process that had been operated to legitimize capacity building missions of international actors will be laid out. Although the threat that loomed over the horizon was not as materialised as the one back in 2008-2009, the UNSC and other actors constantly stressing the re-emergence of piracy unless maritime and governance capacities of Somalia being strengthened kept the ethos of emergency that was needed to legitimize forthcoming actions. Diplomatic venues had once again been used to make calls for action such as Istanbul Conferences; and finally, UNSC Resolutions paved the groundwork for further operations by international actors.

The most visible and impactful of maritime capacity building missions initiated during this phase was the EUCAP NESTOR which was renamed as the EUCAP Somalia in March 2017. The Council Decision that initiated the mission, as a common preambulatory statement in these authorizing documents, highlighted the blessing that the mission had acquired from regional states such as Somalia and Kenya.⁶⁷ The mission drew the limits of its mandate by declaring that the “EUCAP NESTOR is to assist countries in the Horn of Africa and the Western Indian Ocean in strengthening their maritime security capacity in order to enable them to fight piracy more effectively.”⁶⁸ This mission had a relatively larger budget and human

⁶⁷ “The Governments of Djibouti, Kenya and the Seychelles, and the Transitional Federal Government of Somalia have welcomed the deployment of the Mission in their countries.” Council of the European Union (CoEU) (16 July 2012) EU Doc 2012/389/CFSP.

⁶⁸ *ibid*, art 2.

resources than other previously initiated missions, thus providing us more insight about its impact.

Other missions included the “United Nations Assistance Mission to Somalia’s (UNSOM) Rule of Law and Security Institutions Group (ROLSIG)” that has “provided assistance to the Somali government on the harmonisation of their maritime code with international law;”⁶⁹ the UK that “committed GBP 14.3 million in 2013 under its Conflict, Security and Stabilisation Fund (CSSF) to support policing and justice in Somalia;”⁷⁰ or the IMO that “has conducted various activities under its Djibouti Code of Conduct initiative, aimed at strengthening coastguard capacities and maritime legal regulation in Somalia and Somaliland.”⁷¹ Apart from these European capacity building missions which were co-ordinated by the CGPCS’ Capacity Building Working Group which at the same time attempted to establish an “online Capacity Building Coordination Platform through which donors could catalogue and share information on projects”⁷² but failed due to a lack of participation; there were also two important actors that followed a different path: Türkiye and UAE. Among these two, Türkiye has invested heavily in commercial and security infrastructure that exceeded 1 billion US dollars, including a major renovation of the Port of Mogadishu, Mogadishu International Airport, as well as other projects such as road building.⁷³ As recent as July 2024, Türkiye agreed to send an exploration vessel “off the coast of Somalia to prospect for oil and gas.”⁷⁴

Meanwhile, Somali Federal Government (SFG) published its own Maritime Resource and Security Strategy in September 2013. For the first time since the beginning of international interventions towards Somali piracy, the government had taken its own initiative that was relatively independent from other actors. The document is not shy to acknowledge the lack of capacity Somalia suffers and states that “the international community, nations and donors will continue to provide the necessary support until we - in terms of capacity-building and other development - are

⁶⁹ T Edmunds ‘Maritime Capacity Building in the Horn of Africa: States of Somalia.’ (2017) EU-CIVCAP. EU-CIVCAP Working Paper No. 01–17 (May 2017) 4-5.

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ *ibid.*

⁷² *ibid.* 10.

⁷³ Relations between Turkey and Somalia (Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs 2024) <<https://www.mfa.gov.tr/relations-between-turkey-and-somalia.en.mfa>>.

⁷⁴ H Hayatsever and S Maier ‘Turkey to send navy to Somalia after agreeing oil and gas research’ (Reuters 19 July 2024) <<https://www.reuters.com/world/turkey-send-navy-somalia-after-agreeing-oil-gas-search-2024-07-19/>>.

ready to stand on our own feet.”⁷⁵ This half-heartedness of SFG to cooperate with international actors due to its lack of capacity repeats itself more openly by stating that “although much of this support has been in the regions’ best interests, controlling our own destiny is preferable.”⁷⁶ One of the aspects of this 13-page strategy that is worth noting is the absence of piracy except in two places and without any particular remark towards it, unlike international actors’ documents which highlight piracy as a formidable threat for Somalia (and for the international community). Notably, the strategy defies the traditional idea of Somalis being fishermen by stating “Somalis are not traditionally fishermen and fish is still not a popular food amongst the Somali population, particularly away from the coast.”⁷⁷ This document was last updated in 2016 and as of 2023, United Nations Department of Political and Peacebuilding Affairs noted that a new National Maritime Strategy (NMS) has been undertaken as a joint venture between the SFG, UNSOM and EUCAP to replace the Maritime Resource and Security Strategy.⁷⁸ However, this attempt may come to a halt as in May 2024 SFG formally requested the termination of UNSOM.

Lastly in 2022, as an action that completed the transition from military-focused interventions to soft interventions, maritime security and capacity building was designated as the primary objective of CGPCS with a change of its mandate and name in the 24th plenary session; with a note that, “although Somali piracy was on the decline, the rise in illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing, and drug trafficking still posed considerable potential for another wave of maritime insecurity within the Western Indian Ocean seaboard.”⁷⁹

B. Impact Of Military and Capacity-Building Missions

Have these missions and actions managed to fulfil their mandates? What were their impact on Somalis and the SFG? To give a definitive answer to these questions, the reflections of Somali people, government officials and personnel of international missions on military operations and subsequent

⁷⁵ Maritime Resource and Security Strategy (Somali Federal Government 2013) <http://www.somalilandlaw.com/SomaliMaritimeStrategyFINAL_1_2013.pdf>.

⁷⁶ *ibid* 8.

⁷⁷ *ibid* 8.

⁷⁸ United Nations Department of Political and Peacebuilding Affairs. Inputs for the next Report of the Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea (June 2023), 2.

⁷⁹ International Union of Marine Insurance (2022) <<https://iumi.com/news/news/uns-contact-group-on-somali-piracy-changes-its-mandate>>.

capacity building actions will be examined. A small glimpse of Somali reflections on international actors' interventions was seen in Maritime Resource and Security Strategy, in which the SFG revealed its half-heartedness towards them. What was more irritating about these missions, for both sides, was a clear lack of willingness towards co-operation and absence of necessary means to fulfil objectives. Almost all missions are originated from non-Somali actors who bring with them their own human and material resources, leaving no room for local officials to participate in the process of planning and decision-making. Hence, it is not surprising to hear from local officials that "while 'local involvement in the planning process' was a 'key element' for the success of programmes, there was a 'lack of communication between locals and external stakeholders' and 'the impact is not felt, because everything is top down.'"⁸⁰ Edmunds also notes from his personal interviews that:

"As explained by an official of the Attorney-General Office of Somaliland: 'Most of the EUCAP Nestor (now EUCAP Somalia) staff are not local. They don't hire local staff. By the time they get certain degree of understanding the local context, they leave the mission.'"⁸¹

Local officials note that the foreign personnel "do not know much about this country" and that they "do not value local knowledge."⁸² One other issue that underlines the "de-Somalified" state of these missions is the mutual distrust between Somali officials and mission planners in the area of funding. According to a Somali official, "whenever the international community designates funding for Somalia, the donors send along the consumer of that funding."⁸³ As these reflections by Somali officials suggest and the Maritime Resource and Security Strategy confirm, it is indeed plausible to highlight the Somali outlook towards piracy as a secondary problem, compared to the weak institutionalization of the federal state and terrorism. The SFG's desire to act more autonomously from the UN or other actors came to surface in its decision to end UNSOM's presence; by which the government expressed its willingness to carry the partnership between Somalia and the UN to a next level while no longer needing the UN's coordination in its relations with international

⁸⁰ Edmunds (n 47) 13.

⁸¹ *ibid* 13.

⁸² *ibid* 14.

⁸³ LA Affi, AA Elmi and S Mohamed, 'Avoiding Somalia: what prevents onshore solutions to piracy?' (2015) 1(3) *Global Affairs* 309.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

community.⁸⁴ Not only the state officials, but also – and perhaps more importantly – Somali civilians view piracy as a secondary threat to their lives. In fact, Somali civilians, facing with the IUU fishing as a threat towards their livelihoods, view what the international community damn as pirate attacks as legitimate defensive measures.⁸⁵ It is worth noting that Somalis engaged in piracy were claiming to act not only due to desperation, but also to defend Somalia against these illegal activities, estimated to cost Somalia USD 100 million a year.⁸⁶

From the opposite side of this debate, the most widespread reasoning behind the de-Somalified state of these missions is the turbulent political landscape that installs insecurity to donors when prospects towards a medium to long term development plan emerge in these policy-making centres. Since 2007, Somalia has had 14 prime ministers and 8 presidents, many of whom resigned within a year due to their conflicts with each other. Before a government can find sufficient time and space to meditate on the issue, negotiate with its counterparts and come up with a schedule, an internal conflict signals the collapse of the government and formation of a new one; thus, presenting the international community a frustrating cycle of instability and lack of forecast. One other source of distrust is the rampant corruption in the ranks of Somali state. reported by the UN in detail,⁸⁷ corruption and illegal financial transactions between those who are at the top of the piracy pyramid and Somali officials fuel the sense of insecurity, which, in return, results in a hesitation and reluctance to hand over funds to those who are notoriously swamped in a network of illegal transactions.

⁸⁴ A Ross and G Pallavicini, ‘In surprise move, Somalia asks U.N. to end political mission’ (Reuters 10 May 2024) <<https://www.reuters.com/world/africa/surprise-move-somalia-asks-un-end-political-mission-2024-05-09/>>.

⁸⁵ AI Samatar, M Lindberg and B Mahayni, ‘The Dialectics of Piracy in Somalia: the rich versus the poor’ (2010) 31(8) *Third World Quarterly* 1384-1387.

⁸⁶ Teo (n 17) 75.

⁸⁷ Letter dated 11 July 2012 from the Chair of the Security Council Committee pursuant to resolutions 751 (1992) and 1907 (2009) concerning Somalia and Eritrea addressed to the President of the Security Council UN Doc S/2012/544.

V. LOOKING FORWARD IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS

A. Effects of UNSC-led Counter-Piracy Regime on International Maritime Law

Success of the counter-piracy and capacity-building operations under the mandate of the UNSC resolutions is, to say the least, ambiguous. Despite an average decline have been achieved in the quantity of attacks, neutralisation of piracy off the Horn of Africa is far off the horizon. This relative success has also been taken into notice by the International Law Commission and piracy was “included in the long-term programme of work of the Commission during its seventy-first session (2019)”⁸⁸ and officially became a part of annual reports as of seventy-third session (2022) with the title of “prevention and repression of piracy and armed robbery at sea.”

In the seventy-third session, the Commission requested a report about the issue from the Special Rapporteur, which was delivered in two parts, latter of which being delivered on May 2024. As the primary organ of the General Assembly on the field of international law, the Commission’s reaction towards counter-piracy regime and its proposals to amend the definition of piracy deserve a closer look.

The report of Special Rapporteur which the Commission took as the basis of its actions had, in its first part, “reviewed the national legislation and judicial practice of States concerning the definition of piracy”⁸⁹; and it also included a memorandum by the secretariat⁹⁰ that summarised previous actions taken by the UNSC and the UNGA together with other regional organisations to prevent and repress piracy off the Horn of Africa and Gulf of Guinea. In the second part, the report reviewed regional and national practices of jurisdiction against the crime of piracy together with an analysis of the definition of piracy in 1958 Convention on the High Seas and UNCLOS.⁹¹ Taking these data into consideration, the Special Rapporteur – with regards to the UNSC’s calls toward the issue – stressed the importance

⁸⁸ United Nations General Assembly International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Seventy-fourth Session, Supplement No. 10 A/74/10, para. 290.

⁸⁹ United Nations General Assembly International Law Commission, Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session, A/79/10 54.

⁹⁰ United Nations General Assembly International Law Commission, Memorandum by the Secretariat, Seventy-fourth Session, A/CN.4/757.

⁹¹ United Nations General Assembly (UNGA) International Law Commission, Second report on prevention and repression of piracy and armed robbery at sea (4 March 2024) UN Doc A/CN.4/770

of harmonisation of national criminal laws with international norms to combat and repress piracy⁹² and shortcomings of current definition of piracy, as the article has mentioned in Chapter II, in counter-piracy operations. As a result of this report and deliberations of members of the Commission on the topic, 4 draft articles have been proposed to amend the definition of piracy in order to increase the efficiency of counter-piracy operations to be conducted in the future and comply with the UNSC’s call to harmonise national criminal laws to effectively adjudicate piracy in national courts. As it is the most relevant to the topic of this article, the amendments proposed by the introduced draft article on the definition of piracy will be examined.

The draft article on the definition of piracy,⁹³ proposed to amend article 101 of the UNCLOS, made a clear return to the works of the International Law Commission in 1956 and “has adopted a definition of illegal acts of violence where *animus furandi* is not required”⁹⁴; thus, intending to end the debate on whether *animus furandi* is a necessity to define piracy. Again, as a response to ongoing debates about the nature of intentions concerning piracy, the draft article “recognized that the pursuit of private ends can coexist with political or ideological objectives.”⁹⁵ It is worth noting that the Commission kept the narrative of the UNSC mandates regarding the territorial nature of the crime by stating that the definition “does not apply to acts committed within the territorial jurisdiction of a State”; similar to the attitude of operative clauses of the UNSC Resolutions that consistently stressed its mandate not forming a customary international legal norm, as it was stressed in the Chapter III of this article. Finally, the draft article once again responds to debates on “involving two ships” part of the UNCLOS art. 101’s definition. The Commission implicitly targets the argument revolving

⁹² *ibid* 57.

⁹³ “Piracy consists of any of the following acts: (a) any illegal act of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b).” United Nations General Assembly International Law Commission, Report of the International Law Commission, Seventy-fourth Session, A/78/10 55-56.

⁹⁴ *ibid*.

⁹⁵ *ibid*.

around the Achille Lauro case and its components by stating that the definition “does not extend to situations of unlawful violence or detention or acts of depredation by the crew or the passengers of a ship or aircraft against that same ship or aircraft.”⁹⁶

The Commission’s proposals regarding prevention and repression of piracy are far too little too late, for it appears that the Horn of Africa did not remain an idle spot for piracy as of December 2023.

B.The Recent Surge in Successful Pirate Attacks: The End of Dormancy?

On 16 December 2023, a Maltese-flagged commercial vessel was hijacked by Somali pirates, marking the first successful hijacking since 2017.⁹⁷ On 5 January 2024, the Indian Navy reported that it rescued a crew of a merchant vessel off the coast of Somalia after an unsuccessful hijacking attempt.⁹⁸ As of mid-February 2024, The UK Marine Trade Operations, which monitors piracy, recorded six incidents off the coast of Somalia since mid-December, “from approaches by crews armed with machine guns and rocket launchers, to successful hijackings.”⁹⁹ Since the Houthi attacks that began as a retaliation for the Palestine-Israel conflict, many cargo ships have slowed down hundreds of miles out at sea to await instructions on whether to proceed to the Red Sea, and this created “a hunting ground” for pirates.¹⁰⁰ These vessels have become especially vulnerable as some foreign navies which were part of international missions that patrolled the Gulf of Aden have relocated from the Indian Ocean to the Red Sea in response to the Houthi attacks. Between late November 2023 and April 2024, at least 20

⁹⁶ *ibid* 57.

⁹⁷ J Saul, ‘Warship rushes in to investigate suspected pirate attack off Somalia’ (Reuters 16 December 2023) <<https://www.reuters.com/world/spanish-warship-headed-vessel-that-may-be-hijacked-by-pirates-eu-somali-force-2023-12-15/>>.

⁹⁸ K Kaushik, ‘Indian Navy rescues bulk carrier crew after Arabian Sea hijack attempt’ (Reuters 6 January 2024) <<https://www.reuters.com/world/india-sends-warship-after-hijacking-liberian-flagged-vessel-arabian-sea-2024-01-05/>>.

⁹⁹ ‘Fears that pirates are returning to seas off Somalia’ (France 24 14 February 2024) <<https://www.france24.com/en/live-news/20240214-fears-that-pirates-are-returning-to-seas-off-somalia>>.

¹⁰⁰ *ibid*.

attempted hijackings occurred, once again driving prices for armed security personnel hired by commercial ships and insurance costs.¹⁰¹

Meanwhile, global shipping companies are reported to have been “the best performing stocks in Europe since the start of 2024 and were set for their biggest weekly jump in years, as the re-routing of vessels following attacks in the Red Sea boosted freight rates.”¹⁰² Furthermore, the UNSC’s first Resolution of the year 2024 addressed the situation in the Gulf of Aden and the Horn of Africa. Although it appears to be a Resolution that responds to the Houthi threat, its motivation can be spotted in its preambulatory paragraphs as they expressed “concern over the threat that unlawful acts against the safety of navigation posed to seafarers and other persons” and “the importance of the exercise of navigational rights and freedoms of vessels of all States in the Red Sea.”¹⁰³

One cannot help but notice the similarity of these recent events unfolding with those between 2008-2011; and as the article has demonstrated the pattern of legitimacy that fitted two waves of legitimization of further international actions, one can argue that while a third wave of authorization may be looming on the horizon, there is no sign that the pattern of legitimacy will change its form or the UNSC will come up a mandate that will seek to neutralise rather than simply suppress piracy off the Horn of Africa with its current composition. As long as the UNSC Regime formed by resolutions 1816, 1838, 1846 and 1851 remain intact with the international missions that were formed on top of them, piracy will endure as a threat off the Horn of Africa.

¹⁰¹ G Paravicini, J Saul and A Hassan, ‘Somali pirates return, adding to global shipping crisis’ (Reuters 21 March 2024) <<https://www.reuters.com/world/africa/somali-pirates-return-adds-crisis-global-shipping-companies-2024-03-21/>>.

¹⁰² S Indyk, ‘Shipping stocks rise, biggest gainers in Europe at start of 2024’ (Reuters 5 January 2024) <<https://www.reuters.com/markets/europe/shipping-stocks-rise-biggest-gainers-europe-start-2024-2024-01-05/>>.

¹⁰³ “*Underscoring* the importance of the exercise of navigational rights and freedoms of vessels of all States in the Red Sea, including for merchant and commercial vessels transiting the Baab al-Mandab, in accordance with international law, and further underscoring that the transit passage of merchant and commercial vessels through the Red Sea must continue unimpeded,” United Nations Security Council (UNSC) Res 2722 (10 January 2024) UN Doc S/RES/2722.

VI. CONCLUSION

In this article, it was endeavoured to approach piracy from the normative legal framework constructed primarily by the UNSC Resolutions while keeping close connection with the practical causes and consequences of these normative actions. The primary goal was to seek a plausible explanation for the relative inefficiency of the counter-piracy regime in its quest to repress and counter piracy off the Horn of Africa through the mandate set forth in the UNSC Resolutions and followed suit by other international organizations. First, the article has sought to summarise the historical background of the instability in Somalia and the debate revolving around the definition of piracy in order to present a groundwork for actions taken by the UNSC and other actors. An analysis of the UNSC's counter-piracy and capacity building regimes in the main bulk of the article was made to lay out the causes and effects of its mandates in the fight against piracy especially off the coast of and in Somalia and whether these mandates fulfilled their goals. Finally, the article has returned to the question of definition of piracy and analysed the International Law Commission's response as the primary legal authority of the UNGA, together with recent events that heralded the return of piracy off the Horn of Africa despite the endeavour of past 15 years.

These inquiries answer the primary question and prove the central thesis of this article. Why does piracy remain a threat, albeit dormant? Because it was never brought to a healthy level of neutrality at the first place; in fact, it is even open to debate whether it was "dormant" after military operations took place, as recent developments showcased a surge in attacks as soon as the international naval military presence relocated to answer another threat. As mentioned in the article, recent developments have shown that the counter-piracy regime which involved a first wave of international missions with mandates of military action to hunt down pirates both off the coast of and in Somalia and a second wave of international missions with mandates aiming to remove piracy via capacity building and economic development actions have failed in their goals. The primary reason behind this failure, as shown in this article, is that the UNSC Resolutions that initiated these processes have been inappropriate for an effective campaign to neutralise piracy. These resolutions put hard rather than soft power at the centre of their frameworks and failed to comprehend the alienation this method would create on Somali state and society. The mandate which the UNSC Resolutions formed for military operations opened Somali maritime and land territories for a foreign presence open to debate. Some of the foreign

states included states whose nationals were involved in IUU fishing activities. This development infuriated Somali civilians and made them either sympathetic towards piracy or caused them to opt piracy. In the second wave, the UNSC Resolutions began to touch upon the root causes and authorized states and IOs to form capacity-building missions. This was, however, too late and a model that further alienated not only Somali civilians but also government officials who felt excluded from the decision-making process by international mission planners that viewed them with distrust.

The holistic approach of this article and the pattern of legitimacy it suggests can be used in further studies on piracy not only off the Horn of Africa but also at the Gulf of Guinea and other areas at risk. As such, a similar inquiry can be undertaken on various international crimes akin to piracy and by counteraction the international community through actions built upon mandates provided by the UNSC Resolutions and international missions guided by them can be studied through this article’s approach. Inquiries and analyses of the UNSC’s and various IOs’ counter-piracy regimes can also be conducted with the pattern of legitimacy suggested by this article, instead of the traditional and relatively less constructive methodology the International Law Commission and its recent reports had utilised; so that a tangible regulation especially about the definition and execution of piracy as a crime can be brought up. Regarding and analysing the UNSC’s resolutions as international legal instruments that project normative framework into the practice may reveal the strengths and weaknesses of current regimes and allow both policymakers and legalists to reconsider their approaches to these issues.

BIBLIOGRAPHY

Affi Ladan A., Elmi Afyare A., & Mohamed Said, “Avoiding Somalia: what prevents onshore solutions to piracy?”, *Global Affairs*, 1(3), 2015, 305-314.

Ahmad Mazyar, “Maritime piracy operations: Some legal issues”, *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, 4(3), 2020, 62-69.

Alexandre, António Gonçalves, “An analysis of the issue of piracy in the Horn of Africa through the lens of the Securitization Theory of the Copenhagen School”, *Janus.net, e-journal of international relations*, 13(2), 2022, <<https://doi.org/10.26619/1647-7251.13.2.2>>

Bowden Anna and Basnet Shikha, “The economic cost of Somali piracy 2011 report”, *Oceans Beyond Piracy*, One Earth Future Foundation, 2012.

Bowden Anna, “The economic cost of maritime piracy: One Earth Future working paper, December 2010”, *Oceans Beyond Piracy*, One Earth Future Foundation, 2011 <<https://oneearthfuture.org/en/one-earth-future/publication/economic-cost-maritime-piracy-2010>>

Bureau of Political-Military Affairs, “Contact Group on Piracy off the Coast of Somalia”, U.S. Department of State, 2009, <<https://2009-2017.state.gov/t/pm/rls/fs/2016/255175.htm#:~:text=The%20Contact%20Group%20on%20Piracy,an%20interest%20in%20combating%20piracy>> accessed 03.02.2024 15.00 GMT +3.

Buzan Barry, Wæver Ole and De Wilde Jaap, “*Security: A new framework for analysis*”, Lynne Rienner Publishers, 1998.

Canca Hakan Selim, “Defeating terrorism, piracy and armed robbery against ships in a collective maritime security system”, *Journal of Human Sciences*, 11(1), 2014, 1282–1300.

Convention for the suppression of unlawful acts against the safety of maritime navigation (10 March 1988), 1678 UNTS 201, (entered into force 1 March 1992).

Dalton Jane G., Ashley Roach J., & Daley John, “United Nations Security Council: Piracy and Armed Robbery at Sea - Resolutions 1816, 1846 & 1851”, *International Legal Materials*, 48(1), 2009, 129-142, <[doi:10.1017/S0272503700004110](https://doi.org/10.1017/S0272503700004110)>

Davenport Tara, “Legal Measures to Combat Piracy and Armed Robbery in the Horn of Africa and in Southeast Asia: A Comparison”, *Studies in Conflict & Terrorism*, 35(7-8), 2012, 570-587.

De Waal Alex, *“The real politics of the Horn of Africa: Money, war and the business of power”*, John Wiley & Sons, 2015.

Edmunds Tim, “Maritime Capacity Building in the Horn of Africa: States of Somalia. EU-CIVCAP”, EU-CIVCAP Working Paper, No. 01–17, May 2017.

“Fears that pirates are returning to seas off Somalia”, France 24, 14 February 2024, <<https://www.france24.com/en/live-news/20240214-fears-that-pirates-are-returning-to-seas-off-somalia>> accessed 20.02.2024 11.45 GMT +3.

Garrod Matthew, “The Emergence of ‘Universal Jurisdiction’ in Response to Somali Piracy: An Empirically Informed Critique of International Law’s ‘Paradigmatic’ Universal Jurisdiction Crime”, *Chinese Journal of International Law*, 18(3), 2019, 551-643, <<https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmz025>>

Gaynor Jennifer L., *“The Colonial Origins of Theorizing Piracy’s Relation to Failed States”*, Amsterdam University Press, 2021, <<https://doi.org/10.2307/j.ctv21r3j8m.7>>

Guilfoyle Douglas, “The Laws of War and the Fight against Somali Piracy: Combatants or Criminals?”, *Melbourne Journal of International Law*, 11, 2010, 141-153.

Guzansky Yoel, “A Port Rush: Competition for Control of Trade Routes”, *Institute for National Security Studies*, 2019, <<http://www.jstor.org/stable/resrep19523>>

Hamilton Karine, “The piracy and terrorism nexus: Real or imagined?” (2010) Proceedings of the 1st Australian Counter Terrorism Conference, Edith Cowan University, Perth, 30 November <<https://ro.ecu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=act>> accessed 21.12.2023 16.00 GMT+3

ICC Commercial Crime Services, <<https://www.icc-ccs.org/index.php/836-piracy-falls-in-2012-but-seas-off-east-and-west-africa-remain-dangerous-says-imb>> accessed 10.01.2024 13.00 GMT+3

Indyk Samuel, “Shipping stocks rise, biggest gainers in Europe at start of 2024”, Reuters, 5 January 2024, <<https://www.reuters.com/markets/europe/shipping-stocks-rise-biggest-gainers-europe-start-2024-2024-01-05/>> accessed 20.02.2024 11.45 GMT +3.

International Maritime Organization (IMO), 3 April 2009, UN Doc C 102/14.

International Maritime Organization (IMO), “Comments and analysis on the review of the High-Risk Area for piracy in the Indian Ocean”, 9 February 2021, UN Doc MSC 103/10/2.

International Maritime Organization (IMO), “Note by the Secretary-General”, 15 May 2013, UN Doc C 110/13.

International Maritime Organization (IMO), Res A.1044(27),30 November 2011),UN Doc A 27/Res.1044.

International Union of Marine Insurance, 2022, <<https://iumi.com/news/news/uns-contact-group-on-somali-piracy-changes-its-mandate>> accessed 03.02.2024 15.00 GMT +3.

Kaushik Krishn, “Indian Navy rescues bulk carrier crew after Arabian Sea hijack attempt”, Reuters, 6 January 2024, <<https://www.reuters.com/world/india-sends-warship-after-hijacking-liberian-flagged-vessel-arabian-sea-2024-01-05/>> accessed 20.02.2024 11.45 GMT +3

Klinghoffer v. S.N.C. Achille Lauro, 937 F.2d 44

Kraska James, Wilson Brian, “Fighting Pirates: The Pen and the Sword”, *World Policy Journal*, 25(4), 2008, 41-52. <<http://www.jstor.org/stable/40210120>>

Lagdami Khanssa and Fakhry Aref, “The Application of Human Rights and Ethics Principles to Self-protection Measures by the Ship Against Pirates and Armed Robbers” in Mukherjee, Proshanto K., Mejia Maximo Quibranza, Xu Jingjing. (eds.) *Maritime Law in Motion*, WMU Studies in Maritime Affairs, vol 8., Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-31749-2_18>

Letter dated 10 December 2008 from the Chairman of the Security Council Committee established pursuant to resolution 751 (1992)

concerning Somalia addressed to the President of the Security Council UN Doc S/2008/769

Letter dated 11 July 2012 from the Chair of the Security Council Committee pursuant to resolutions 751 (1992) and 1907 (2009) concerning Somalia and Eritrea addressed to the President of the Security Council, S/2012/544

Melvin Neil, “The Foreign Military Presence In The Horn Of Africa Region”, Stockholm International Peace Research Institute, 2019, <<http://www.jstor.org/stable/resrep20075>> 27.12.2023 18.00 GMT+3

Neri, Kiara, “Security Council’s Contribution to the Evolution of the Law of the Sea: Avant Garde or Self-Limitation?” in Ribeiro Marta Chantal da Cunha Machado, Bastos Fernando Loureiro Henriksen Tore, (eds.) “*Global Challenges and the Law of the Sea*”, Springer Nature, 2020, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-42671-2_10>

“New Lloyd’s policy wording covers terrorist ‘piracy’”, Insurance Journal, San Diego, 2006, <<https://www.insurancejournal.com/news/international/2006/03/20/66594.htm>> accessed 10.01.2024 13.00 GMT+3

North Atlantic Treaty Organization (NATO), “Final Communique of Meeting of the North Atlantic Council at the level of Foreign Ministers held at NATO Headquarters”, 2008.

“Relations between Turkey and Somalia”, Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs, 2024, <<https://www.mfa.gov.tr/relations-between-turkey-and-somalia.en.mfa>> accessed 03.02.2024 16.45 GMT+3

Samatar Abdi Ismail, Lindberg Mark and Mahayni Basil, “The Dialectics of Piracy in Somalia: the rich versus the poor”, *Third World Quarterly*, 31(8), 2010, 1377-1394.

Saul Jonathan, “Warship rushes in to investigate suspected pirate attack off Somalia”, Reuters, 16 December 2023, <<https://www.reuters.com/world/spanish-warship-headed-vessel-that-may-be-hijacked-by-pirates-eu-somali-force-2023-12-15/>> accessed 20.02.2024 11.45 GMT +3

Singh Currun, and Bedi Arjun Singh, “War on Piracy: The conflation of Somali piracy with terrorism in discourse, tactic, and law”, *Security Dialogue*, 47(5), 2016, 440-458.

“Maritime Resource and Security Strategy”, Somali Federal Government, 2013,
<http://www.somalilandlaw.com/SomaliMaritimeStrategyFINAL_1_2013.pdf> accessed 03.02.2024 20.05 GMT+3

Sterio Milena, “International Law in Crisis: Piracy off the Coast of Somalia”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 44, 2012, 291.

Sterio Milena, “*Prosecuting Juvenile Piracy Suspects: The International Legal Framework*”, New York, Routledge, 2017.

Swarttouw Henk, Hopkins Donna L., “The Contact Group On Piracy Off The Coast Of Somalia: Genesis, Rationale And Objectives” in Tardy Thierry (ed.), “*Fighting piracy off the coast of Somalia: Lessons learned from the Contact Group*”, European Union Institute for Security Studies (EUISS), 2014, <<http://www.jstor.org/stable/resrep07079.5>>

The Council of the European Union (CoEU), 16 July 2012, EU Doc 2012/389/CFSP

The Council of the European Union (CoEU), 2008, Council Decision 2008/918/CFSP

The Council of the European Union (CoEU), “European Union Maritime Security Strategy”, 24 June 2014, EU Doc 11205/14

“The Second Istanbul Conference on Somalia”, Republic of Türkiye Ministry of Foreign Affairs, 2012, <https://www.mfa.gov.tr/the-second-istanbul--conference-on-somalia_-final-declaration_-1-june-2012_-istanbul.en.mfa> accessed 26.01.2024 20.20 GMT+3

United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) UNTS 1833 (p.3), 1834 (p.3), 1835 (p.3)

United Nations Department of Political and Peacebuilding Affairs. Inputs for the next Report of the Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea (June 2023)

United Nations General Assembly, Inputs for the next Report of the Secretary-General on Oceans and the Law of the Sea June 2023 (September 2022-August 2023)

United Nations General Assembly International Law Commission, Memorandum by the Secretariat, Seventy-fourth Session, A/CN.4/757

United Nations General Assembly International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Seventy-fourth Session, Supplement No. 10 A/74/10 (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019)

United Nations General Assembly International Law Commission, Report of the International Law Commission, Seventy-fourth Session, A/78/10

United Nations General Assembly International Law Commission, Report of the International Law Commission, Seventy-fifth Session, A/79/10

United Nations General Assembly (UNGA) International Law Commission, Second report on prevention and repression of piracy and armed robbery at sea (4 March 2024) UN Doc A/CN.4/770

United Nations Security Council (UNSC), Res 1816, 2 June 2008, UN Doc S/RES/1816

United Nations Security Council (UNSC), Res 1838, 7 October 2008, UN Doc S/RES/1838

United Nations Security Council (UNSC), Res 1846, 2 December 2008, UN Doc S/RES/1846

United Nations Security Council (UNSC), Res 1851, 16 December 2008, UN Doc S/RES/1851

United Nations Security Council (UNSC), Res 1976, 11 April 2011, UN Doc S/RES/1976

United Nations Security Council (UNSC), Res 2714, 1 December 2023, UN Doc S/RES/2714

United Nations Security Council (UNSC), Res 2722, 10 January 2024, UN Doc S/RES/2722

United Nations Security Council (UNSC), Res 733, 23 January 1992, UN Doc S/RES/733

Teo Victor, *“Japan’s Arduous Rejuvenation as a Global Power”*, Palgrave Macmillan, 2019.

World Bank, “Somalia: Policy Measures for Rehabilitation and Growth, Washington, DC: World Bank, Country Programs Department Eastern Africa Regional Office” (Report No. 4081a-SO, May 1983).

Young Adam J., Valencia Mark J., “Conflation of piracy and terrorism in Southeast Asia: Rectitude and utility”, *Contemporary Southeast Asia: A Journal of International and Strategic Affairs*, 25(2), 2003, 269-283.

Ziebell de Oliveira Guilherme, Fernandes Cardoso Nilton Cesar, “Securitisation in Africa in the 21st century: Analysis of the situations in the Gulf of Guinea and the Horn of Africa”, *South African Journal of International Affairs*, 27(4), 2020, 533-560.

* HAYVAN HAKLARI BAKIŞIYLA BOŞANMA: YENİ BİR ÇÖZÜM YOLU OLARAK HAYVAN VELAYETİ

(DIVORCE FROM ANIMAL RIGHTS PERSPECTIVE: PET CUSTODY AS A NEW SOLUTION)

Arş. Gör. Buse DURU * **

ÖZ

Hayvanların insan hayatında varoluşları eski bir olgudur. Ancak, zaman içerisinde insan hayatının özel ve genel anlamda değişimiyle beraber, hayvanların insan hayatındaki statüsü ve buna bağlı olarak hukuk içindeki konumları ve hukuki olgu veya olaylar sonucundaki etkilenme düzeyleri de değişmiştir. Bu noktada, özellikle hayvanların hak sahibi özneler olarak kabulünün temelindeki doktrinsel görüşler önemlidir. Hayvanların hak sahibi özneler olarak kabul edilmesi ve insanlarla bağlarının derinleşmesiyle beraber, boşanma davalarındaki durumları da hak çerçevesinde hukuki, değerlendirmeye muhtaç bir konu haline gelmiştir.

Hayvanların, boşanma davalarındaki süreç ve sonuçtan nasıl etkileneceği ile ilgili temelde üç görüş bulunur. İlki, geleneksel görüş de denebilecek hayvanların eşya olarak kabul edilmesi ve eşya paylaşımı rejimine tabi tutulmasıdır. İkinci görüş, hayvan refahı bakış açısının boşanmalara yansımış hali olan ve bu sebeple antroposantrik özellik gösteren ailenin üstün menfaati görüşüdür. Nihayetinde, hayvanların haklarını gerçek anlamda koruyabilecek kuram ise, hayvanın üstün menfaati temelindeki hayvan velayeti düzenlemeleridir. Nitekim, gereken yeni çözüm yolunun hayvan velayeti temelinde olması gerektiğinin pratik kanıtlarını, bazı ülkelerde doğrudan veya dolaylı olarak verilmiş mahkeme kararlarından ve bu yönde gelişen hukuki düzenlemelerden de anlamaktayız. Bu çalışmada, hayvan velayeti temelinde yapılacak düzenlemelerin hayvan hakları kavramının gelişiminde ve toplumsal

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 14.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 22.10.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 30.10.2024. Üçüncü hakem raporu tarihi: 14.11.2024. Onaylanma Tarihi: 21.11.2024.

* Araştırma Görevlisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003- 1726-7118.

Eserin Atf Şekli: Buse Duru, “Hayvan Hakları Bakışıyla Boşanma: Yeni Bir Çözüm Yolu Olarak Hayvan Velayeti”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.215-258.

ihtiyaçlara cevap verme noktasında yasal çerçevede en uygun çözümü temsil edeceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *hayvan hakları, hayvan velayeti, hayvanın üstün menfaati, boşanma, velayet düzenlemeleri.*

ABSTRACT

The existence of animals in human life is an old phenomenon. However, as human life has evolved over time, both personally and generally, so has the status of animals in human life. As a result, their place in the legal system and the degree to which legal facts or events affect them have also changed. At this point, the doctrinal views underlying the acceptance of animals as rights-bearing subjects are particularly important. As animals are accepted as subjects with rights and their ties with humans have deepened, their situation in divorce cases has become a subject that needs legal evaluation within the framework of rights.

There are basically three views on how animals will be affected by the process and outcome of divorce cases. The first or the traditional view is that animals are considered as property and are subject to a marital property regime. The second view is the view of the best interest of the family, which is the reflection of the animal welfare perspective on divorces and therefore has anthropocentric characteristics. Finally, the theory that can truly protect the rights of animals is pet custody rules based on the best interest of the animal. Moreover, we understand the practical evidence that the new solution required should be based on pet custody from the court decisions given explicit or implicit in some countries and the developing legal regulations in this direction. This study concludes that regulations to be made on the basis of pet custody represent the most suitable solution within the legal framework of the development animal rights concept and in addressing societal demands.

Key-words: *animal rights, pet custody, best interest of the animal, divorce, custody rules.*

GİRİŞ

Hayvanlar, insanların hayatında tarihin kadim çağlarından beri yer almaktadır. Ancak tarihsel süreç içerisinde yaşanan değişimler, hayvanların, insanların hayatlarındaki yerlerini, hayvanlara hukuki bakış açılarını şekillendirmiş ve değiştirmiştir. Bu noktada özellikle, hayvanların hak sahipliği tartışmaları gündeme gelmiştir. Bu tartışmalara ve hayvanların
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

ailelerdeki yerlerine paralel olarak boşanma gibi hukuki süreçlerdeki durumları önem kazanmıştır. Ancak, özellikle boşanma gibi durumlarda tarafların sorun yaşamaları, hayvan hakları ihlalleri gibi sorunların aydınlatılması ve çözümü noktasında literatürde bir eksiklik bulunmaktadır. Bu eksikliğin giderilmesi ise, çeşitli mahkeme kararlarıyla sağlanmaya çalışılmış, ancak teorik ve hukuki arka plan eksikliği bu kapsamda belirsizliklere sebebiyet vermiştir. Salt özel hukuk meselesi olarak görmeden, hak kapsamında boşanma davalarının hayvanlar açısından değerlendirilmesiyle, çalışmanın bu eksikliği gidermesi hedeflenmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, hayvanların boşanma davalarındaki hak sorunlarının çözümü için bir taslak sağlayabileceği hasebiyle, boşanma davalarında çocukların nasıl ele alındığı tarihsel ve kavramsal anlamda incelenecektir. Zira, her ne kadar farklılıklar olsa da, çocuklar ve hayvanlar hukuki statü ve bu statülerinin etkileri noktasında benzer süreçlerden geçmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, boşanma davalarında hayvanların durumu incelenecektir. Çalışmanın çekirdeğini oluşturan hayvan velayeti konusu ayrıntılandırılmadan önce teorik ve pratik olarak kabul görmüş diğer yaklaşımların değerlendirilmesi metodolojik açıdan tercih edilecektir. Öncelikle hayvanları eşya olarak gören görüş ve bu görüşün boşanma davalarındaki yansımaları değerlendirilecektir. Geleneksel veya klasik görüş olarak da adlandırılabilir olan bu görüşten sonra ise, ailenin üstün menfaati görüşü incelenecektir. Bu doktrinlerin belirsizlikleri ve eksiklikleri nihayetinde çalışmanın ana konusu olan hayvan velayeti görüşünün incelenmesine başlanacaktır. Bu görüşün incelenmesinin daha kolay ve sistematik olması amacıyla önce çekirdeğini ve dayanağını oluşturan hayvanın üstün menfaati ilkesi aydınlatılacak, sonrasında ise ortak velayet, ziyaret, nafaka gibi hayvan velayetinin hukuki durumları değerlendirilecektir. Son olarak, teorik altyapısı kurulan hayvan velayeti görüşünün çeşitli ülkelerdeki mahkeme kararlarına yansımaları ve hukuki düzenlemelerdeki konumları incelenerek ve öneriler getirilerek çalışma nihayete erdirilecektir.

I- BOŞANMA DAVALARINDA ÇOCUKLAR

Evlilik kadar boşanma da hayatın olağan akışında meydana gelen bir hukuki durumdur. Her ne kadar boşanma, eşler arasında geçiyor olsa da; toplumu, eşlerin çevresindeki herkesi ve birincil olarak aynı aileyi paylaşan çocukları etkilemektedir. Çocukların boşanma davalarında başat ve korunması gereken özne olarak kabul edilmesini ise, esasen hukukun “çocuk” kavramı yaklaşımında bulmak gerekmektedir. Bu sürecin

anlaşılması aynı zamanda “hayvan” yaklaşımı ve geleceği konusunda da temel teşkil ettiği için önem arz eder.

Esasen “çocuk” kavramının özne olarak kabulü insan haklarının gelişimiyle paralel ilerlemiş ve tarihi genel olarak göz önünde bulundurduğumuzda hızlı olmamıştır. İlkel toplumlarda çocuklar, ailelerine ekonomik fayda sağlayan ve aslında ailenin bir mülkü olarak kabul edilen¹ birer nesneydiler². Bu bakış açısına göre, ailenin ve özellikle babanın çocuk üzerinde sınırsız hakkı bulunmakta, çocuğun ailenin yararından ayrı bir yararı dahi söz konusu olamamaktaydı. Antik Romada ise, hukuk açısından kişi kabul edilenler sadece yetişkin, erkek ve özgür bireylerdir. Bunun karşılığını Roma hukukunda “hukuki kişiliğe sahip” (*homo sui juris*) olan tek kişinin aile babası olan “*pater familias*” olduğu kabulünde açıkça görüyoruz³. Kadınlar ve çocuklar ise, hukuk dışı (*alieni juris*) olup *pater familias*’ın sınırsız hakimiyeti (*patria potestas*)⁴ altında adeta bir nesne olarak kabul edilmekteydiler⁵. Eski Türklerde de durum farklı olmamakla birlikte; çocuklar, babalarının mal varlıklarının bir parçası olarak görülmekteydi⁶.

Tarih içerisinde devletin gücünün artması ile ailenin iç işlerine müdahalesi de artmıştır ve bu durum, babanın ailedeki otoritesinin zayıflamasına neden olmuştur. Örneğin, babanın çocuğun yaşam hakkı üzerindeki karar yetkisi I. Constantine döneminde kaldırılmış ve zamanla bu gibi eylemler cezalandırılmaya başlanmıştır⁷. Çocuklara ilişkin bu tür gelişmeler ve iyileştirmelere rağmen, çocukların bir özne olmasından ve hak sahibi olmasından söz edebilmek için 18. yüzyılı beklemek gerekmiştir. 18. yüzyıldaki bu değişimin temel sebebi ise Sanayi Devrimi ve bunun sonucunda çocuğun boğaz tokluğuna bir tarım işçisinden tam zamanlı bir

¹ Böyle bir bakış açısının sonucu olarak kendisinden ekonomik bir menfaat elde edilemeyen hasta, zayıf veya engelli çocuklar veya bakımını ve gözetimini sağlayacak herhangi bir kişi olmayan çocuklar toplum dışına itiliyor ve hatta yok edilmesinde bir sorun görülüyordu. (Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 37.

² Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 37.

³ Eva Cantarella, “Aile ve Patria Potestas”, içinde: *Antik Roma*, Edt. Umberto Eco, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2018, s. 344-345.

⁴ Burada babanın çocukları yargılama ve cezalandırma konusundaki yetkisine ilave olarak çocuğu satmak (*ius vendendi*), kiralamak, yeni doğmuş çocukları atmak ve öldürmek hakları (*ius vitae ac necis*) da vardı. (Cantarella, “Aile ve Patria Potestas”, s. 345.)

⁵ Cantarella, “Aile ve Patria Potestas”, s. 345.

⁶ Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 40.

⁷ Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 41.

sanayi işçisine dönüşmesidir. Bu dönemde yaşananlar, çocuk ile yetişkin arasında bir ayırımın gereğine neden olmuş ve çalışma yaşamında çocuğun katılım özgürlüğü sınırlandırılarak, çocuklar korunmaya ve ebeveynler tarafından yükümlülükler tanınmaya başlanmıştır⁸. Bu noktada çocuğun iyiliği için, velayetten kaynaklı yetkiler devlet müdahalesi ile meşrulaştırılmıştır. İşte esasında çocukların sömürüden korunması öncelikle “çocuk koruma” kavramına neden olmuş ve çocukların korunması, gereken varlıklar olarak kabulüne dayanmıştır⁹. Bu anlayış ise 20. Yüzyıla yansyarak çocuğun hak sahibi bir özne olduğunun kabulünün temelini teşkil etmiştir. Bu kademeli ilerleme ise, özellikle boşanma gibi durumlarda çocuğun bir özne olarak kabul edilip çocuğun menfaatlerinin öncelikle korunması ilkesinin kabul edilmesi ve rehber olarak alınmasıyla sonuçlanmıştır.

Çocuğun boşanmalardaki konumunu belirlemenin temel konusu, velayettir. Velayet¹⁰, ergin olmayan çocukların kişi varlığına, malvarlığına ve bu konularda çocukların temsiline ilişkin anne ve/veya babanın sahip oldukları haklar ve yükümlülükler bütünüdür¹¹. Esasen üç unsuru vardır; çocuğun kişi varlığının korunması, malvarlığının korunması ve temsil edilmesi¹². Burada önemli olan nokta, velayetin hem bir hak hem de yükümlülük olduğunun göz ardı edilmemesidir¹³. Velayet, çocuğun erişkinliğine kadar gelişiminin ve kişiliğinin korunmasıdır. Yani velayet anne baba değil, çocuk içindir. Evlilik birliği içerisinde anne ve baba velayete ortak olarak sahipken, boşanma durumunda hakim tarafından velayet düzenlemesi yapılır. Velayet düzenlemesi için temel ilke ise,

⁸ Jane Humphries, *Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 174-175.

⁹ Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 43.

¹⁰ Kelime kökü incelendiğinde Arapça “wly” ile karşılaşılır. Bu kök ise yakın olma, gözetme, sorumluluk üstlenme, yanında olma, koruma anlamlarına gelir. (Safa Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2018, s. 27.

¹¹ Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 250; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 415; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 383.

¹² Age, s. 250.

¹³ Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 155; Yargıtay HGK, 06.03.2013, E. 2012/2-794, K. 2013/310: “Velayet, ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri içerir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (E.T. 10.06.2024)

çocuğun üstün yararı/üstün menfaati ilkesidir¹⁴. Ayrıca, hakim velayet düzenlemesini yaptıktan sonra, çocukla kişisel ilişki kurma veya nafaka gibi hukuki durumlar konusunda da gerekli kararı verir. Ancak velayet kararı şartların değişmesiyle değiştirilebilecek veya çocuğun ergin olmasıyla beraber velayet hakkı ortadan kalkacaktır¹⁵.

II- BOŞANMA DAVALARINDA HAYVANLAR

Boşanma kararı alındıktan sonra insanların aklına her ne kadar ilk olarak çocuklar geliyor olsa da, günümüzde, evcil hayvanlar da bu hukuki durumun önemli bir bileşeni haline gelmiştir. Artık pek çok insan evcil hayvanlarıyla beraber yaşıyor ve onları hayatlarının önemli bir parçası olarak görmektedir. İnsanlar evcil hayvanlarına isim vermekte, onlar için sigorta yapmakta, tatillerine dahil etmekte, onlar için kutlamalar veya cenaze törenleri organize etmektedirler¹⁶. Haliyle boşanma durumunda hayvanların da hayatını nasıl devam ettireceği önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanların hayatlarındaki bu yönünün haricinde hayvanların artık gerek duygusal, gerek bilişsel açıdan hak sahibi olduğu şeklindeki teorik kuramlar ve kanıtlar da göz önünde bulundurulduğunda, boşanma davalarında hayvanların durumunun değerlendirilmesi aynı zamanda hak koruma kapsamında da değerlendirilmesi gereken bir olgu haline gelmiştir. Hayvanların hak sahibi öznel olması konusundaki görüşlere de yer vermek çalışmamız kapsamında bu noktada önemlidir. Hayvanların haklara sahip olduğuyla ilgili farklı yönelimler bulunsa da hak sahibi öznel olduğu yönündeki argümanlarda ortak temeller kullanıldığını söylemek mümkündür. Bu temeller açısından; hayvanların acı çektiği, haz duyduğu, algı, hafıza ve kendi geleceği de dahil olmak üzere gelecek duygusuna sahip olduğu bağlamında çeşitli bilişsel ve duygusal yeteneklere sahip olmaları özellikle vurgulanmıştır.¹⁷ Bahsedilen bu özellikler de başkaları için faydalarından bağımsız ve mantıksal olarak başka birilerinin menfaat nesnesi olmadan birer birey olmak yani bir hayatın öznesi olmak

¹⁴ Ebru Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 92.

¹⁵ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 516; Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları*, s. 108 vd.

¹⁶ Schyler P. Simmons, "What is the Next Step for Companion Pets in The Legal System? The Answer May Lie with The Historical Development of The Legal Rights for Minors", *Texas A&M Law Review*, S. 253, 2003, s. 263-264.

¹⁷ Tom Regan, *The Case For Animal Rights*, University of California Press, Berkeley, 1983, s. 243.

(*subject-a-life*) anlamına gelmektedir.¹⁸ Kuramı hayvanların hayatın öznesi olduğu iddialarının kanıtlarıyla beraber¹⁹ içkin değere (*inherent value*) sahip oldukları temellendirmesi tamamlamaktadır.²⁰ Bahsi geçen yetkinlikler, bir hayatın öznesi olmak ve bunlarla bağlantılı olarak içkin değere sahip olmak felsefi argümantasyonda hayvanların hak sahibi varlıklar olarak kabul edilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bunlara ek olarak içkin değer, sahip olan herkese eşitlik tanıdığı için hayvanlara tanınan haklar insanlarla da eşit seviyede kabul edilmelidir.²¹ Hayvanların insanların hayatlarındaki yerleri ve hak sahibi birer özne olarak kabul edilmeleri gerekliliği olarak özetleyebileceğimiz bu iki önemli sebep ise, boşanmalarda evcil hayvanların değerlendirilmesiyle ilgili çalışmaların yapılmasının gerekliliğini karşımıza çıkarmaktadır. Temelde bu değerlendirmeler neticesinde hayvanların eşya olarak ele alındığı, ailenin üstün menfaatinin temel alındığı ve hayvan

¹⁸ Regan, *The Case for Animal Rights*, s. 243.

¹⁹ Hayatın öznesi olmak için gereken yetkinlikler temelde bilişsel ve duygusal yetkinlikler olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Bilişsel yetkinlikler sınıfına en çok dahil edilen olgular ise çekirdek olarak bilinç ve bilince bağlı olarak farkındalık ve zekadır. Bu sınıf ile ilgili en önemli gelişme 2012 tarihli Cambridge Bilinç Bildirisi (The Cambridge Declaration of Consciousness) olarak karşımıza çıkar. Bu Bildirge ile bilim dünyası, insanların bilinç sahibi tek varlıklar olmadığını ve tüm memeliler, kuşlar ve ahtapotlar dahil pek çok hayvanın bilinci destekleyecek kadar karmaşık nörolojik özelliklere sahip olduğu konusunda fikir birliğine vardığını bildirmiştir. (Cambridge Bilinç Bildirgesi, (Erişim Tarihi: 17.11.2024), <https://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>; Thomas R. Zentall, “Animal Intelligence”, İçinde *The Cambridge Handbook of Intelligence* Edt. Robert J. Sternberg, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.) Duygusal yetkinlikler ise duygulara sahip olmaktır. Anderson ve Adolphs duyguların dört temel yapıtaşı olduğunu bunların; değerlik, ölçeklenebilirlik, kalıcılık ve genellenebilirlik olduğunu iddia etmişlerdir. Belirledikleri dört temel yapı taşı sonucunda yaptıkları çıkarımla omurgasızlar dahil duygu durumuna sahip olmanın filogenetik ağacın geniş bir bölgesinde ortak olduğunu belirtmişlerdir. Bu görüş de yani hayvanların duygusal yetkinliklere sahip oluşu da genel olarak biyolojik yapıların, pratik uygulamaların incelenmesiyle kabul görmüştür. (David J. Anderson ve Ralph Adolphs. “A Framework for Studying Emotions across Species”, *Cell*, S. 127, 2014; Marc Bekoff, *Hayvanların Duygusal Dünyası*, çev. Asude Taçyıldız İpekçioğlu, Destek Yayınları, İstanbul, 2020; Elizabeth S. Paul ve Michael T. Mendl. “Animal Emotion: Descriptive and Prescriptive Definitions and Their Implications for a Comparative Perspective”, *Applied Animal Behaviour Science*, S. 205, 2018.)

²⁰ Erwin Languaer, “Tom Regan’s Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussion of Intrinsic and Inherent Value”, *Problemos*. S. 97, 2020, s. 94.

²¹ Tom Regan, “The Case for Animal Rights”, İçinde *Advances in Animal Welfare Science* 1986/87, Edt. M.W. Fox, L. D. Mickley, Martinus Nijhoff Publishers, Washington, 1986, s. 186-187.

hakları temelinde hayvanın üstün menfaatinin ele alındığı üç farklı yaklaşımı incelemek doğru ve açıklayıcı bir yöntem olacaktır.

A) “Hayvanlar Bir Eşyadır” Yaklaşımı

Hayvanlar geleneksel olarak hayvanlar, Romadaki çocuklar gibi bir eşya, kişisel bir mülk, bir aitlik nesnesi olarak görülmektedir²². Çocuklar konusunda toplumsal ve hukuki olarak alınmış yol, bir diğer deyişle, çocuk koruma sonrasında çocuk hakları yaklaşımı, henüz hayvanlar konusunda tamamlanamamış bir yoldur. Her ne kadar bu yolda ilerleme kaydedilmişse de, geleneksel bakış açısının katılığını aşmak hala zordur. İşte bu bakış açısının boşanma davalarına uyarlanmış hali de, hayvanların eşya statüsü temelinde değerlendirilmesi ve bu yönde karar verilmesidir. Bu konunun henüz başında Türkiye’de de güncel olarak hayvanların hala eşya statüsünde görüldüğünü²³ ve boşanma davalarında bu şekilde muamele gördüğünü belirtmek elzemdir.

Hayvanlara bir eşya statüsünde bakılarak boşanma davasının ilerletilmesi sürecinde önemli olan tek nokta, eşyaya kimin sahip olduğunun tespitidir. Bu tespit ise, bir evcil hayvan söz konusu olduğunda, genellikle, evlilikten önce bu hayvana kimin sahip olduğu veya evlilik birliği içerisinde aileye katıldıysa, kimin onu sahiplendiği ya da alırken ücreti ödediği, hayvanın hayatı boyunca gerekli giderleri kimin karşıladığı gibi kriterlerle geleneksel eşya sahibi tespiti yöntemiyle belirlenir²⁴. Nihayetinde, hakim kimin sahip olduğuna karar vermişse, evcil hayvan ona teslim edilir ve sorun burada çözülmüş olur. Örneğin, Jacksonville, Florida’da bir çift, köpeklerinin velayeti konusunda anlaşamayıp mahkemeye başvurmuştur. İlk derece mahkemesi aylık dönüşümlü bir velayet uygulaması kararı verirken, Temyiz Mahkemesi bu kararı bozmuş ve sonuçta köpeğin bir TV seti gibi velayet ihtilaflarına konu olmayan kişisel bir eşya olduğuna işaret etmiştir. Nihayetinde köpeğin evlilikten önce kocayla yaşadığını göz önüne alarak

²² John DeWitt Gregory, “Pet Custody: Distorting Language and The Law”, *Family Law Quarterly*, C. 44, S. 1, 2010, s. 35; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk-I: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 45; Osman Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 24.

²³ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Özlem Söğütlü Erişgin, “Hayvanın Hukuki Durumu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, 8/Özel Sayı, 2013, s. 1710 vd.

²⁴ Adam Jardine, Marilyn Bromberg, Nicholas Cardaci, “No More Fighting Like Cats and Dogs: It’s Time for a New Pet Custody Model in Australia”, *Canberra Law Review*, C. 19, S.1, 2022, s. 91-92.

kocanın eşyası olduğuna ve onunla yaşamaya devam etmesi gerektiğine karar vermiştir²⁵. Görüldüğü üzere, burada eşlerin iş durumu, köpekle duygusal ilişkileri, ev ortamları gibi hiçbir kriter göz önüne alınmamıştır. Bir başka davada, California Yüksek Mahkemesi, köpekleri konusunda anlaşmazlık yaşayan eski iki sevgiliye otuz dakika içinde anlaşmaya varmamaları durumunda, köpeği açık arttırmaya çıkartma ve ücretini bölüştürme tehdidinde bulunmuştur. Hatta bu durumda mahkeme, köpeği barınaktan ilk kimin aldığı, köpeğin kime daha çok sevgi duyduğu gibi sunulan tüm kanıtları da reddetmiştir²⁶. Bu dava, hayvanlara gerçek bir alelde eşya bakışının en çıplak örneklerinden biri olarak değerlendirilebilecektir.

Her ne kadar kolay bir yöntem olarak görülse de, bu yöntemin ne gibi sakıncaları olduğu da esasen açıktır. Öncelikle hayvanların boşanma davasındaki bir koltuktan, arabadan, masadan veya takıdan farklı olduğu aşıkardır. Hayvanların duygusal ve bilişsel yetenekleri ve bununla ilişkili olarak hakları vardır. Bir eşyaymışçasına tüm bunların göz ardı edilmesi, başta evcil hayvanın kendisi için sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Duygusal kapasiteye sahip olan hayvan, yalnızca böyle bir tespitle aslında yakın ilişki kurmadığı bir insanla beraber yaşamaya zorlanarak ve asıl duygusal bağı olan insandan uzaklaştırılarak duygusal olarak zarar görebilecektir. Bunun da ötesinde, bu durumu, bir intikam aracı haline getiren tarafa sadece katı mülk tespiti yoluyla verilmesi sonucunda, fiziki istismara da uğrayabilecektir. Hayvan zulmünün bir başka kişiden intikam almak için uygulanması yaygındır²⁷. Özellikle aile içi şiddet, yıldırma, intikam gibi duyguların nesnesi haline gelmeleri çok uzak ihtimaller değildir ve literatür, bu ilişkileri pek çok kez belgelemiştir²⁸. Bu sebeple, katı bir eşya bakışı, hayvanların korunması noktasında yetersiz kalabilir. Özellikle, bu durumda, ilgili ülkenin Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa

²⁵ Ann Hartwell Britton, “Bones of Contention: Custody of Family Pets”, *Journal of the Academy of Matrimonial Lawyers*, C. 20, S. 1, 2006, s. 14.

²⁶ Britton, “Bones of Contention”, s. 14.

²⁷ Michelle Newberry, “Associations Between Different Motivations for Animal Cruelty, Methods of Animal Cruelty and Facets of Impulsivity”, *Psychology, Crime and Law*, C. 24, S. 5, s. 502-503.

²⁸ Dianna Gentry, “Including Companion Animals in Protective Orders: Curtailing the Reach of Domestic Violence”, *Yale Journal of Law and Feminism*, C. 13, S. 97, 2001, s. 97-116; Melissa Trollinger, “The Link Among Animal Abuse, Child Abuse and Domestic Violence”, *Colorado Lawyer*, C. 30, S. 9, 2001, s. 29-32.

Sözleşmesi²⁹ ve ilgili hakimnin, Hayvanları Koruma Kanunu³⁰ çerçevesinde hukuki sorumluluğunun incelenmesi gerekecektir. Zira bir evcil hayvanın zarar görebileceği ihtimali yüksek olmasına rağmen, sadece eşya anlayışı temelinde karar alınması sorumluluğun temelini oluşturabilir. Bununla ilgili örnek bir durumu ise, Iowada Re Marriage of Stewart Davasında görmekteyiz. Bu davada mahkeme, hayvanların eşya statüsünü vurgulayıp, mahkemelerin istismar veya ihmal nedeniyle bir evcil hayvanın menfaatlerini düşünmek zorunda olmadıklarını; ancak ailelerin hayvanlarını böyle bir duruma düşürmemeleri gerektiğini vurgulamıştır³¹. Her ne kadar böyle bir gerekçe öne sürse de, hayvanların potansiyel istismar tehlikesinde olduğu kadının bulunduğu tarafa, bu tarafın daha güçlü mülkiyet iddialarına rağmen hayvanları vermemiştir³². Yine bu durumda, mahkemenin her ne kadar pozitif hukuku vurgulasa da, hayvanların içsel değerini, toplumdaki yerini dikkate alarak karar kurduğunu söyleyebiliriz. İstismar veya ihmal gibi ciddi durumlarda, özellikle, hayvan haklarına yönelik olmayan velayet konusundaki eşya düzenlemeleri, bu şekilde çelişkili durumlara sebep olma potansiyelini de her zaman bünyesinde taşır.

Bununla beraber hayvanı hala bir mülk olarak görmekle beraber, “özel” bir statüyle bu sorunu çözmek yönünde çeşitli adımlar da olmuştur. Bu yaklaşıma göre, hayvanların bir eşya olduğu kanunen ortadadır ve değiştirilemez, ancak bunlara normal bir eşya gibi muamele etmek ve bu yolla karar vermek yanlıştır.³³ Bu noktada, örneğin, çok değerli bir sanat eseri veya manevi değeri çok yüksek bir eşya gibi düşünülerek karar verilmesi gerekmektedir³⁴. Bu yaklaşımın bir örneğini New York Yüksek Mahkemesi Temyiz Bölümünün 2009 yılında Houseman v. Dare davasında verdiği kararda görüyoruz. Bu davada çift, köpeklerini ortak sahip olarak

²⁹ EHKDAS m. 3/1: “Hiç kimse bir ev hayvanının gereksiz acı, sıkıntı veya ızdırap çekmesine sebep olamaz.” (Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020151658125_tur.pdf (E.T. 10.06.2024).)

³⁰ 5199 HKK m. 4/c: “Hayvanların korunması, gözetilmesi, bakımı ve kötü muamelelerden uzak tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır.” (5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, RG 26.06.2004, Sayı: 25509.)

³¹ Re Marriage of Stewart, Court of Appeals of Iowa, 356 N.W.2d 611 (Iowa Ct. App. 1984), <https://www.animallaw.info/case/re-marriage-stewart> (E.T. 05.06.2024)

³² Re Marriage of Stewart.

³³ Barış, Demirsatan, “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.24, s.3, 2020, S. 141.

³⁴ Paula Hallam, “Dogs and Divorce: Chattels or Children? -Or Somewhere In-Between?”, *Southern Cross University Law Review*, C. 17, 2014, s. 104.

her ikisini de göstererek kaydettirmişlerdi. Nişanları sona erdiğinde ise, Dare, Houseman'a köpeği elinde tutabileceğine dair söz vermişti. Bu sözünde durmadığında Houseman mahkemeye ihlal gerekçesiyle başvurmuştur. Hakim, anlaşmanın belirli bir şekilde yerine getirilmesine hükmetmeyi reddetmiştir. "... yadigarlar, aile hazineleri ve güçlü bir duygusal bağ uyandıran sanat eserleri" gibi benzersiz veya nadir sayılması halinde, kişisel eşyalarla ilgili olan nesnelere için zarar telafi edilemez³⁵. İlk derece mahkemesi bu şekilde bir açıklama yaptıktan sonra, köpeklerin nadir veya benzersiz olmadığını ve bir satın alma fiyatları olduğunu vurgulayarak kararını bunun üzerine kurmuştur³⁶. Ancak Temyiz Mahkemesi, evcil hayvanlar ile diğer duygusal bağ kurulan kişisel eşyalar arasında benzerlikler olduğunu söyleyerek kararı bozmuştur³⁷. Yani hayvana yönelik eşya bakış açısı devam ederken, daha özel bir değerlendirme yapılmasının yolunu açan bir bozma kararı vermiştir³⁸. Yine Texasta Arrington v. Arrington davasında mahkeme: "*Boşanma davalarına karışan köpekler, boşanma davalarındaki çocuklara göre daha şanslıdır, bu sebeple onlara insan muamelesi yapılması gerekmez. Velayet sahibi/koruyucu yönetici kurumu köpeklerin değil, çocukların yararına yaratılmıştır. Bir köpek tüm takdire şayan ve benzersiz niteliklerine rağmen bir insan değildir ve kanunlarda kişisel bir eşya olarak muamele görmektedir.*"³⁹ şeklinde karar vermiştir. Bu kararı veren mahkeme her ne kadar köpeğin bir insan olmadığını ancak özel bir eşya türü olduğunu vurgulasa da, eşlerden diğerine ziyaret hakkı tanımıştır⁴⁰. Böyle bir durumda, örneğin, benzersiz bir kolye için hiçbir hakim ziyaret hakkı tanımayacaktır. Ancak bir köpek için bu hakkın tanınması, bize zaten artık bu bakış açısının aşılması gerektiğini ve aksi kararların hakimleri de bir nevi rahatsız ettiğini gösteren bir nüvedir. Üstelik bu kararın 1981 yılında verilmiş bir karar olduğu göz önüne alındığında, günümüzde hukukun toplumun gerçeklerine daha fazla uyum sağlamanın gerekliliği çok daha önemli şekilde karşımıza çıkar.

³⁵ Hallam, "Dogs and Divorce", s. 104.

³⁶ Houseman v. Dare, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 966 A.2d 24 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2009), <https://www.animallaw.info/case/houseman-v-dare> (E.T. 05.06.2024).

³⁷ Houseman v. Dare.

³⁸ Gregory, "Pet Custody", s.63-64.

³⁹ Arrington v. Arrington, Court of Civil Appeals of Texas, Fort Worth, 613 S.W.2d 565 (Tex. Civ. App. 1981), (Aktaran: Britton, "Bones of Contention", s. 9.)

⁴⁰ Arrington v. Arrington, Court of Civil Appeals of Texas, Fort Worth, 613 S.W.2d 565 (Tex. Civ. App. 1981), <https://www.animallaw.info/case/arrington-v-arrington> (E.T. 05.06.2024).

B) Ailenin Üstün Menfaati Yaklaşımı

Ailenin üstün menfaati yaklaşımının temelinde, hayvanın üstün menfaati ve haliyle hayvan velayeti yaklaşımının başarısız olduğu iddiası bulunmaktadır. Bu başarısızlık iddiasının temelinde ise, antroposantrik bir bakış açısıyla, insan olan tarafların menfaatlerinin zedelendiği veya zedelenebileceği tehlikesi yatmaktadır⁴¹. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, dolaylı yoldan hayvanları yalnızca bir eşya statüsünde görüp, boşanma davalarında bu şekilde karar vermenin yanlış olduğunun da kabul edildiğidir. Ayrıca tam bir velayet kararı verilmesinin, hayvanın üstün menfaati temelinde, ziyaret veya nafaka gibi durumlarda uygulama ve denetim noktasında sorunlar çıkarabileceği de, yine hayvanın üstün yararı ilkesini reddetme iddiaları için ortaya atılmıştır. Örneğin, Bennett v. Bennett Davasında; mahkeme, her ne kadar evcil hayvanların ailenin bir üyesi olduğunu vurguladıysa da, evcil hayvan ve çocukların farklı olduğunu, velayetin ve ziyaretin belirlenmesinin uygulama ve denetim sorunlarına yol açabileceğini ifade ederek hayvanın üstün yararı ilkesini uygulamayı reddetmiştir⁴². Yine benzer bir karar olan Prim v. Fisher Davasında, Vermont Yüksek Mahkemesi “*bir evcil hayvanın ortak velayetinin denetlenmesiyle mali ekonomiye hizmet edilmeyeceğini*” vurgulamıştır⁴³. Yaklaşım bize hala tam bir hak temelli kuram sağlamazken, yine de eşya ve hak öznesi arasında bir bakış açısı sağlar. Ancak, hayvanların özne olması yönündeki hukuki statüsünün değişmesi kuramıyla olan bağını da kopararak bunun gerekli olmadığını savunur.

Bu yaklaşımın temelde savunduğu nokta, bir boşanma durumunda mahkemenin, anlaşmazlık söz konusu olan evcil hayvanın kiminle yaşayacağına karar verirken, aile üyelerine odaklanması gerektiğidir. Yani bir mahkeme, “ailenin üstün menfaati” ilkesi temelinde çocukların velayet kararlarına, hayvan dahil aile üyelerinin her birinin yaşam kalitesi veya tarzlarına ve bununla bağlantılı olarak hayvana bakım yeteneğine ve hayvanın sahibi olduğunu iddia edenlerin psikolojik ve duygusal ihtiyaçları

⁴¹ L. Morgan Eason, “A Bone to Pick: Applying a Best Interest of the Family Standard in Pet Custody Disputes”, *South Dakota Law Review*, C. 62, S. 1, 2017, s. 4-5.

⁴² Bennett v. Bennett, District Court of Appeal of Florida, First District, 655 So.2d 109 (Fla.App. 1 Dist.,1995), <https://www.animallaw.info/case/bennett-v-bennett> (E.T. 07.06.2024).

⁴³ Prim v. Fisher, No. S1464-09 CnC (Toor, J., Dec. 22, 2009), <https://law.justia.com/cases/vermont/superior-court/2009/2010-2-25-5.html> (E.T. 07.06.2024).

gibi faktörlere dikkat etmelidir⁴⁴. Bu faktörlerden de anlaşılabilceği üzere, hayvan her ne kadar bir eşya olarak görülmeyip eşya algısına göre hayatını kiminle ve nasıl geçireceği noktasında karar verilirse de, insanların menfaatleri de kararda temel alınmalıdır. Hatta bu bakış açısının mantığına göre, eğer hayvan örneğin, canını tehlikeye atacak kadar büyük bir tehlike potansiyeli taşıyorsa, hayvanla yaşamaktan en çok menfaati olan insan tercih edilecektir. Bu sebeple, insan menfaati bu yaklaşımın doğası gereği üstün konumda olduğu için ailenin üstün menfaati ilkesi, hayvan hakları değil, ancak hayvan refahıyla özdeşleştirilebilecektir. Refah sözlük anlamı olarak rahatlık, gönenç anlamına gelmesi sebebiyle hayvan refahı da bir hayvanın rahat yaşaması anlamına gelmektedir, yani hayvanların yaşam kalitesi üzerine temellenmektedir.⁴⁵ Hayvan refahı kavramının politik, biyolojik, etik boyutlara sahip ve duygu yaklaşımı, işlevsel yaklaşım ve doğal yaşam yaklaşımı şeklinde ifade edilebilecek farklı yaklaşımları⁴⁶ olduğunu ve tüm bu nedenlerle belirsizliklere ve çelişiklere gebe olduğunu belirtmek önemlidir.⁴⁷ Ancak tüm boyut ve yaklaşımların ortak noktasında hayvanların temelde değerli veya hak sahibi olmadığı ve insanların ekonomik, sağlık, eğlence gibi ihtiyaçlarını karşılamak için bir kaynak veya araç durumunda olduğu iddiası vardır.⁴⁸ Bir başka deyişle, hayvan refahı yaklaşımında hayvanların rahat içinde yaşaması önemlidir ancak temel değer insandır. Ailenin üstün menfaati yaklaşımı da boşanmalarda hayvanların rahat içinde yaşamaları veya hayatlarının nasıl daha iyi

⁴⁴ Eason, "A Bone to Pick", s. 5.

⁴⁵ Vonne Lund vd. "Animal Welfare Science—Working at the Interface Between the Natural and Social Sciences". *Applied Animal Behaviour Science*, S. 97, 2006, 40-41.

⁴⁶ Bu yaklaşımlardan ilki, duygu yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, hayvanların izminde önemli olan nokta, onların korku, acı, stres, mutluluk gibi fiziksel durumlarından ziyade duygusal durumlarına yoğunlaşmaktır. İkinci yaklaşım olan işlevsel yaklaşım ise temeline hayvanların biyolojik işlevlerini koymuştur. Pozitivist bir bakış açısına sahip olan bu yaklaşıma göre, bir hayvan beslenmek, üremek, cinsine ait özellikleri göstermek gibi biyolojik işlevlerini yerine getirebiliyorsa refah içindedir. Son refah yaklaşımı olan doğal yaşam yaklaşımına göre ise hayvanlar doğal yaşam koşullarına veya buna en yakın koşullara bırakılıp doğal davranışlarını sergilemeleri sağlanırsa refah içinde olacaklardır. (Nibedita Priyadarshini Jena, "Animal Welfare and Animal Rights: an Examination of Some Ethical Problems", *Journal of Academic Ethics*. S. 15, 2017, s. 381-382; David Fraser, "Animal Welfare", *İçinde Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Edt. Marc Bekoff, Greenwood Press, Westport, 1998, s. 56.)

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buse Duru, *Hayvan Hakları Teorisi ve Pozitif Hukuk İncelemesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 79-88.

⁴⁸ Gary L. Francione ve Robert Garner, *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation*, Columbia University Press, New York, 2010, s. 26.

olacağını hesapladığı ancak insan menfaatlerini bunun karşısına üstün şekilde koyduğu için ancak hayvan refahının boşanma davasındaki görünümü olabilecektir.

Ailenin üstün menfaati temelinde verilmiş mahkeme kararları bulunmaktadır. Raymond v. Lachmann davasında mahkeme, kararını “ilgili herkes için” en iyi yarar temeli üzerine kurmuştur⁴⁹. Sonrasında New York Yüksek Mahkemesi de, Travis v. Murray davasında, çiftin köpeğinin hayatına kiminle devam edeceği noktasında bir çözüm üretmek durumunda kalmıştır. Kadın, köpeği kendisinin satın aldığını ve geleneksel eşya paylaşımı yaklaşımına göre kendisine verilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Diğer taraftan koca ise velayet analizinin uygulanması gerektiğini ve bununla bağlantılı olarak mahkemenin bakım, beslenme, duygusal ihtiyaçlar ve köpeğin menfaatleri gibi kavramlar temelinde hüküm kurması gerektiğini savunmuştur. Mahkeme ise, “*kati bir mülkiyet analizinin ne arzu edilir ne de uygun olduğunu*” belirtmiş ve yeni bir standart benimseyerek: “*Uygulanacak standart, Raymond Davasında kullanılan ‘ilgili herkes için en iyi’ ilkesi olacaktır.*”⁵⁰, “*Bu standarda uygun olarak, her iki taraf da yalnızca Joey’in hayatında olmasından neden faydalanacağını değil; aynı zamanda Joey’in neden diğer eş değil de kendi bakımı altında yaşama, gelişme, sevmeye ve sevilme şansının daha yüksek olduğunu kanıtlama fırsatına sahip olacak.*”⁵¹ şeklinde hüküm kurmuştur. Bu kararda görüldüğü üzere gerçekten geleneksel eşya bakışı terk edilip, insan kişilerin menfaatleri haricinde, evcil hayvanın menfaatlerinin ele alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararı, daha çok bir denge kurma arayışı olarak yorumlamak gerekmektedir. Ancak burada önemli olan bir diğer vurgu da, hayvanın üstün menfaati belirlemesi için önemli miktarda kaynak ve zaman harcanması noktasındaki cümlelerdir⁵². Mahkeme “hayvanın üstün menfaati” ilkesini reddetme gerekçelerinden birisini bu duruma dayandırmıştır: “*Çocuklar sonu gelmeyen davaları hak edecek kadar önemli olsalar da davalar ne kadar talihsiz olursa olsun ve köpekler ne kadar harika olursa olsun çocuklarla aynı öneme sahip olamazlar.*”⁵³ Burada yine

⁴⁹ Raymond v. Lachmann, Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, 695 N.Y.S.2d 308 (N.Y. App. Div. 1999), <https://www.animallaw.info/case/raymond-v-lachmann> (E.T. 07.06.2024).

⁵⁰ Travis v. Murray, Supreme Court, New York Country, New York, 977 N.Y.S.2d 621 (Sup. Ct. 2013), <https://www.animallaw.info/case/travis-v-murray> (E.T. 07.06.2024).

⁵¹ Travis v. Murray.

⁵² Eason, “A Bone to Pick”, s. 22.

⁵³ Travis v. Murray.

antroposantrik bakış açısının “ailenin üstün menfaati” ilkesinin temelindeki kökleşmiş yapısını görmemiz mümkündür. Yine başka bir dava olan Hament v. Baker Davasında, Vermont Yüksek Mahkemesi, mahkemelerin ailenin refahı ve hayvan ile eşler arasındaki duygusal bağı dikkate alabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme esasında bu ilkeye daha uygulanabilirlik ve somutluk kazandırmak amacıyla kararında “*duygusal bağlantıya ilişkin deliller, hayvanın eşlerin hayatındaki rolüne ilişkin ifadeyi de içerebilir.*” vurgusu yapmıştır⁵⁴. Bu konuda ise özellikle çocuklar daha hassasiyetle analize dahil edilmektedir. Zira yapılan araştırmalar, evcil hayvanların sosyal, duygusal ve bilişsel gelişimi etkileyerek travmatik olaylar yaşayan çocuklara yardımcı olduğunu göstermiştir⁵⁵. Bazı çocuklar ise, istenmeyen ve tehditkâr bir ilişkiden azade olduğu için evcil hayvanlarla fiziksel, duygusal ve sosyal temas ihtiyaçlarını karşılayabilmektedir⁵⁶. Evcil hayvanların boşanmayla başa çıkan çocuklara koşulsuz sevgi, güvenlik, sırdaşlık, yetişkinlerle bir köprü, stres azaltma gibi faydalar sağladığını söyleyebiliriz⁵⁷. Fakat, ailenin üstün menfaati ilkesi kapsamında bu fiziksel ve duygusal ihtiyaçların karşılanması noktasında, sadece çocuklar değil, çiftin her birinin de durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Daha yıkıcı bir süreçten geçen, desteğe daha çok ihtiyacı olan tarafın da hayvanla yaşamaya devam etmesi, yine ailenin üstün menfaati ilkesi kapsamında değerlendirilir. Ancak burada bu ilkenin bir zayıf noktası da ortaya çıkar: Bu kadar zor durumda olan bir erişkinin veya çocuğun yaşadığı buhranla hayvana zarar verme tehlikesi. Bu durumda bu kişi ve hayvanın menfaat çatışması karşımıza çıkabilir ve herkes için en iyisi artık sübjektif ve belirsiz bir hal alır. Burada korunması veya üstün tutulması gereken menfaatin sadece insan olması hasebiyle boşanan kişinin veya çocuğun mu yoksa hayvanın mı menfaati olduğu sorusunun cevabının antroposantrik bakış nedeniyle hayvan menfaatini dışlaması hiç uzak bir ihtimal olarak görünmemektedir.⁵⁸

Ayrıca, diyebiliriz ki, her ne kadar velayet olarak adlandırılmasa da, ailenin üstün menfaati ilkesi çerçevesinde hayvanla beraber yaşamayan kişiye bir ziyaret hakkı tanımak bu kuramla çelişmeyecektir. Ancak, yine bu

⁵⁴ Hament v. Baker, Supreme Court of Vermont, 2014 VT 39, 97 A.3d 461 (Vt. 2014), <https://www.animallaw.info/case/hament-v-baker> (E.T. 07.06.2024).

⁵⁵ Eason, “A Bone to Pick”, s. 27.

⁵⁶ Froma Walsh, “Human-Animal Bonds I: The Relational Significance of Companion Animals”, *Fam Process*, C. 48, S. 4, 2009, s. 471.

⁵⁷ Eason, “A Bone to Pick”, s. 27.

⁵⁸ Rebecca J. Huss, “Separation, Custody and Estate Planning Issues Relating to Companion Animals”, *University of Colorado Law Review*, C. 74, 2003, 200 vd.

duruma paralel olarak ziyaret programlarının belirlenmesinde boşanan çiftin sıkıntı yaşamayacağı bir sınırlandırma yapılması ihtiyacı da göz ardı edilmemelidir⁵⁹. Doğru bir ziyaret programı belirlemesi hem boşanan çift, hem varsa çocuklar, hem de hayvan için bu ilkenin gerekliliğini oluşturur.

Son olarak, bu ilke için önemli olan ise, durumların değişmesi halinde ne yapılacağıdır. Zira boşanma davalarında mahkeme nihai kararını verdikten sonra mal paylaşımı değiştirilmez. Ancak ailenin üstün menfaati görüşünü benimseyen ve savunan akademisyenler bu noktada da hayvanların eşya olarak görüldüğü kuramdan ayrılarak, değişiklikler için çocuk velayeti düzenlemelerinin temel alınması gerektiğini ifade etmektedirler⁶⁰. Objektif bir değerlendirme yapıldığında, insanların mükemmel olmayışı, hayatın değişime her zaman açık oluşu hem kişilerin, hem hayvanın yani ailenin menfaatinin korunması için esnekliğe yol açması gereken durumlardır. Bu nedenle yine hayvanın üstün menfaati değil, ancak ailenin üstün menfaati temel alınarak hayvanın yaşadığı yer değişikliği, ziyaret programı değişikliği gibi durumlar bu ilke savunucularına göre çelişmemektedir. Ancak, bu durum artı maliyetlere neden olacak ve yargı sürecindeki masrafları arttıracaktır. Hayvanın üstün menfaati ilkesinin ret sebeplerinden birisi olan maddi sorunlar, bu durumda göz ardı edilmektedir. Her ne kadar bu bakış açısının doğruluğunu, yani değişiklik için gerekli esnekliğin sağlanması gerektiğini savunsak da, teorinin içerisindeki çelişki görmezden gelinmemelidir. Ayrıca bu durum bize yargıya maddi etkiler konusunda aslında daha yumuşak bakış açısının mümkün olduğunu, bu sebeple hayvanın üstün menfaati temelinde bir velayet düzenlemesinin de maddi imkanlar sebebiyle imkansız olmadığını göstermektedir.

C) Hayvan Hakları Temelli Yaklaşım: Hayvan Velayeti

Boşanmalara hayvan hakları temelli bir bakış açısıyla yaklaşabilmek, yani hayvanın üstün menfaati ilkesini velayet konularında temel almak için, öncelikle kendisine kaynaklık eden çocuğun üstün menfaati ilkesini incelemek ve anlamak gerekmektedir.

a) Çocuğun Üstün Menfaati İlkesi

Esasında, çocuğun üstün menfaati ilkesinin geliştirilmesi ve boşanma davalarında temel alınmasının geçmişi, çocuğun kendisini koruma ve sahip olduğu hakları kullanma bakımından yetersiz olduğu için, kendisini

⁵⁹ Eason, "A Bone to Pick", s. 27.

⁶⁰ Eason, "A Bone to Pick", s. 30-31.

ilgilendiren bir uyuşmazlıkta esenliği ve haklarının korunmasına dayanır⁶¹. Bu durum, özellikle, ebeveynlerin çocuk üzerindeki yetkilerinin sınırsız olmadığı yanı sıra çocuğun zayıflığı, özel koruma ihtiyacı ve yönlendirilmesi gerektiğini gündeme getirir. Çocuğun hakkın nesnesi, değil öznesi olarak görülmesinin neticesinde bu anlayışın geliştiğini ifade etmek önemlidir⁶². Çocuğun üstün menfaati aslında çok geniş bir uygulama alanı bulacağı için işlevleri de çeşitlilik ve fazlalık gösterir. Kısaca özetlemek gerekirse, çocuğun üstün menfaati ilkesi, çocuğun dahil olduğu herhangi bir uyuşmazlıkta çocuğun menfaatleri ile diğer menfaatlerin çatışması durumunda, çocuğun menfaatlerinin öncelikle dikkate alınmasıdır⁶³. Bu ilkeye yer veren ilk çok taraflı uluslararası belge Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen Çocuk Hakları Bildirgesi⁶⁴ iken, bugünkü anlam ve yaygın kullanımını kazandıran Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme⁶⁵'dir. Burada belirtmek gerekir ki, çocuğun üstün menfaatinin tam bir tanımı yapılmamaktadır; ancak, öncelikli düşünce olarak bu ilke karşımıza çıkmaktadır. Dikkat edilmesi gereken nokta çocuğun üstün menfaatinin, yetişkin menfaati ile özdeşleştirip yozlaştırmamaktır⁶⁶. Zira bu yapıldığında ilkenin amacı ve uygulanması doğru olamayacaktır. Bu noktada ilkenin önemi ile ilgili AİHM de, çocuk ve ebeveynlerin menfaatleri arasında adil denge kurulması aşamasında, çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiğini ve çocuğun menfaati ile anne-babanın menfaati karşılaştığında ebeveynin taleplerinin korunmasının mümkün olmadığını vurgulayarak, ilkenin hukuk dünyasındaki yerleşikliğine katkıda bulunmuştur⁶⁷. Yine önemle belirtmek gerekir ki,

⁶¹ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 114.

⁶² Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 435.

⁶³ Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları*, s. 12; Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 435; Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 114.

⁶⁴ BMÇHB, 2. Madde: “Çocuk özel olarak korunur, yasalar ve başka yollarla sağlıklı ve normal biçimde, özgürlük ve sağlık koşullarında bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişmesine olanak sağlayacak fırsat ve kolaylıklardan yararlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun çıkarları önde gelir.” (https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf (E.T. 08.06.2024)).

⁶⁵ BMÇHDS, 3. Madde: “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşünceci.” (<https://www.unicef.org/turkiye/cocuk-haklarına-dair-sözleşme> (E. T. 08.06.2024)).

⁶⁶ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 120.

⁶⁷ Bkz. Elsholz-Almanya Kararı, B.N. 25735/94, 13.07.2000, <https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22fulltext%22:%5B%22elsholz%22%5D,%22documentcollectionid%22%3A25735%2F94%7D>
YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

çocuğun üstün menfaati ilkesi, çocuklara bağışlanan bir merhamet olarak algılanmamalı hem çocuğun bir hakkı, hem de yetişkinlerin bir yükümlülüğü olarak görülmelidir⁶⁸.

Çocuğun üstün menfaati ilkesi, boşanma davalarında çocuk açısından velayet kavramının omurgasını oluşturmaktadır. Burada kastedilen üstün menfaat, uzun vadeli ve geniş kapsamlı gelecekteki menfaatlerdir. Çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik anlamda dengeli, sağlıklı ve özgür olarak geliştirilmesi ve korunmasıdır. Daha açık bir şekilde sevgi görmesi ve özenli bir bakımla muhatap olması; normal bir bedensel, zihinsel ve duygusal gelişme sağlaması; hastalıklardan korunması; temel sağlık ve eğitim olanaklarına sahip olması çocuğun üstün menfaati ilkesinin birincil unsurlardır. Bu bağlamda, bir boşanma davasında çocuğun velayetinin kime verileceği yani hayatına kiminle beraber devam edeceği, ziyaret hakkının veya yeterli nafakanın belirlenmesi gibi durumlarda çocuğun üstün menfaati ilkesi temel alınacaktır⁶⁹. Karar konusunda hakimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Zira çocuğun üstün menfaati ilkesi soyut bir kavram olup, durumlara göre farklılık gösterebilecektir⁷⁰. Ancak hakime yol gösterebilecek bazı kıstaslar da mevcuttur. Örneğin; çocuğun yaşı, cinsiyeti, çocuğun kişisel ilişki veya velayet hakkında fikirleri, kardeşlerin durumu, çocuğun yaşadığı veya yaşayacağı çevre, çocuğun ve ebeveynlerin sağlık durumları, ebeveynlerin hayat tarzları gibi⁷¹. Anlaşılabileceği üzere velayet ve kişisel ilişki düzenlenmesinde de çocukların üstün menfaatleri, anne babaların menfaatleri veya isteklerinden önce gelmektedir⁷². Ancak, dikkat edilmelidir ki, çocuğu talep etmeyen ebeveyne sadece çocuğun kişisel bağlılığı daha fazla veya çocuk için daha iyi şartlarda yaşayacağı düşünülerek velayet vermek, çocuğun üstün menfaati ilkesini sağlamayacaktır⁷³. İlkenin

%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58763%22]} (E.T. 08.06.2024); Hokkanen-Finlandiya Kararı, B.N. 19823/92, 23.09.1994, [%22fulltext%22:\[%22hokkanen%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57911%22\]}">https://hudoc.echr.coe.int/#{">%22fulltext%22:\[%22hokkanen%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57911%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{) (E.T. 08.06.2024).

⁶⁸ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2004, s. 625.

⁶⁹ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 131.

⁷⁰ Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, s. 445.

⁷¹ Kristy Horvath, Margaret Ryznar, "Protecting the Parent-Child Relationship", *George Washington International Law Review*, C. 47, 2015, s. 310.

⁷² Fatih Alkan, *Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 15.

⁷³ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 142.

soyutluğu ve duruma bağlılığı bu gibi durumlarda daha çok ortaya çıkmakta ve daha özenli bir araştırma ve karar sürecini gerektirmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, çocuğun velayeti veya ziyaret, nafaka gibi düzenlemeler tarafların yapacağı sözleşmeler ile belirlenebilirken, çocuğun üstün menfaatine uygunluğu denetlenen bu sözleşmeler hakim kararıyla geçerli olabilecektir⁷⁴. Ancak hakim bu sözleşmeyi çocuğun üstün menfaatine uygun bulmazsa, gerekli değişiklikleri yapabilme yetkisine sahiptir⁷⁵. İlkenin amacı ve gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir sınır veya denetim getirilmesi doğru ve isabetli bir düzenleme olmuştur.

b) Hayvanın Üstün Menfaati İlkesi

Hayvanlar açısından ise hayvanların hak sahibi oluşunun, bir eşyadan farklı oluşunun kabulüyle beraber, çocuklarda olduğu gibi, hayvanın üstün menfaati ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun üstün menfaatinin açıklamasında incelenen korunmaya ihtiyaç duyma, haklarını savunamama özellikleri; takdir edileceği üzere hayvanlar için de aynı şekilde geçerlidir. Bu noktada, hayvanların bir eşya olmadığı ve ailenin üstün menfaati kıstasında diğer aile fertleriyle menfaatlerinin aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini söylemek mümkündür. Nasıl ki boşanma davalarında çocukların menfaatleri ebeveynlerin menfaatleriyle çatıştığında çocuğun menfaati öncelik kazanıyorsa; çocuk gibi hak öznesi ve korunma ihtiyacı duyan hayvanların da menfaatlerinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir. Bu ilke sayesinde özellikle insan bireylerin menfaatleri uğruna antroposantrik yargılardan kaçınmak mümkündür. Doktrinde uzun süredir, mahkeme kararlarında ise üzeri kapalı olarak bir süredir tartışılan ve kullanılan bu ilke son yıllarda hukuk metinlerinde de karşımıza çıkmaya başlamıştır.

Hayvanın üstün menfaati ilkesi her ne kadar çocuğun üstün menfaati ilkesinden temel alıyorsa da, elbette ki hayvanların bir çocuk olmamalarından mütevellit çeşitli farklılıklar bulunacaktır. Örneğin bir çocuğun üstün menfaatini belirlerken eğitim hayatı değerlendirmesi çok hayatiyken, bir hayvan için haliyle böyle bir kıstas değerlendirmeye alınmayacaktır. Bunun dışında; çocuk velayeti, çocuklar için erişkin olmakla sona eren bir durumken, bir hayvan söz konusu olduğunda ölümüne kadar sürecek bir hak ve yükümlülük olarak karşımıza çıkacaktır. Ayrıca velayet sahibi kişinin hak ve yetkileri de elbette farklılaşacaktır. Örneğin,

⁷⁴ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 146.

⁷⁵ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 146.

hayvanların dini gibi bir olgu olmadığı için velayet sahibi tarafın bunu belirlemek şeklinde veya evliliğe izin vermek şeklinde yetkileri bulunmayacaktır. Ek olarak, velayet için çocukların fikirlerinin alınması⁷⁶ gibi bir durum, bir hayvan için mümkün değildir. Ancak bu durum ilkenin uygulanması için bir eksiklik değil, farklılık olarak algılanmalıdır. Zira örneğin, henüz konuşmayı öğrenmemiş veya çeşitli şekillerde engeli bulunan çocuklar için de fikirlerinin sorulması mümkün olmamaktadır. Ayrıca çeşitli travmatik olaylar yaşamış, çevresi tarafından manipüle edildiği bariz olan çocukların da görüşleri velayet belirleme noktasında bir anlam ifade etmemektedir. Bunlara ek olarak, bilimin ilerlemesi neticesinde artık hayvanların davranışları noktasında daha bilgili olduğumuzu da göz ardı etmemeliyiz. Zira her ne kadar hayvanlar sözel olarak isteklerini, düşüncelerini veya duygularını ifade edemeseler de, hayvan davranışları uzmanlarınca bunların anlaşılması mümkün bir hal almıştır.⁷⁷

Hayvanın üstün menfaati ilkesinin daha somut bir şekilde belirlenmesi ve uygulanması bilimsel gelişmeler sonucunda mümkün hale gelmiştir. Örneğin; araştırmalar olumlu insan etkileşiminin köpekler için psikolojik ve genel sağlık yararları sağladığını ve köpekte duygusal iyiliği gösteren davranışlara neden olduğunu göstermektedir⁷⁸. Bu noktada özellikle hayvanların oyun davranışı⁷⁹, yakınlık davranışı⁸⁰, öz bakım⁸¹, ses çıkarma⁸²

⁷⁶ Saibe Oktay Özdemir, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1228; Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından*, s. 19 vd.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alain Boissy, Gerhard Manteuffel, Margit Bak Jensen vd., “Assessment of Positive Emotions in Animals to Improve Their Welfare”, *Physiology&Behavior*, S. 92, 2007, 375-397.

⁷⁸ Tabby McLain, “Adapting The Child’s Best Interest Model to Custody Determination of Companion Animals”, *Journal of Animal Law*, C. 6, 2010, s. 154.

⁷⁹ Oyun davranışları; kaçma, kavga etme, cinsel veya yırtıcı davranışlar gibi işlevsel davranışları (öğeler abartıldığı durumlarda) kapsayabilir. Aynı zamanda lokomotor oyun ve sosyal oyunun yanı sıra geleneksel oyun davranışları da kapsamaktadır. Kötü hal ile ilişkilendirilen sert ve elverişsiz çevre koşullarında oyun davranışları bastırılır. (Boissy, Menteuffel, Jensen vd., “Assesment of Positive”, s. 387-390.)

⁸⁰ Yakınlık kurma davranışı, yakınlığın sürdürülmesi, türdeşlere yiyecek veya koruma sağlanması veya türdeşlerin tımarlanmasıyla işaretlenir. Bu kategori mevcut olumlu duygusal durumu belirtmeye yarar. (Boissy, Menteuffel, Jensen vd., “Assesment of Positive”, s. 388-389.)

⁸¹ Yalama, tırmalama, kürkü ovalama, debelenme veya banyo yapma şeklinde kendini gösteren kendi kendini tımarlama yeni ya da stresli bir duruma tepki veren memelilerde ve engelleyici bir duruma veya çatışma durumuna tepki veren kuşlarda artma eğilimindedir. (Boissy, Menteuffel, Jensen vd., “Assesment of Positive”, s. 387- 389)

ve bilgi toplama davranışlarını⁸³ göstermesi, onun iyi bir durumda olduğunu kanıtlamaktadır. Bu da bize özellikle ayrı yaşayan, ancak resmi olarak boşanmamış çiftlerde, hayvanın yanında kaldığı taraf ile veya boşanma aşamasında belirli sürelerle farklı taraflarda kalması ile sağlanan hayvanın değişiklikleriyle isteklerini, duygusal bağlarını ve bunların sonucunda üstün menfaatini anlama noktasında ipuçları sağlar. Bu sayede sözel olarak olmasa bile, hayvan, davranışları ile tercihini de gösterebilmiş olur. Davranışlarının yanı sıra biyolojik belirteçler de bize esasen aynı ipuçlarını sağlayan verilerdir. Bu noktada belli hormonların varlığı, yokluğu, konsantrasyon düzeyi ya da belirli fizyolojik süreçlerin ölçümü duygularını sözel olarak iletemeyen bir hayvanın duygusal durumunu bize gösterebilir⁸⁴. Belirleme yapmak için pek çok farklı belirteç kullanılabilir. Örneğin, ortalama arteriyel kan basıncı düşmesi olumlu insan-hayvan etkileşimine işaret eder. Önemli ölçüde yüksek p-endorfin (yakın bağı destekleyen bir hormon), prolaktin (ebeveynlik davranışıyla ilişkili bağlantıyı destekler), fenil asetik asit, dopamin ve kortizol artışı hepsi bir araya geldiğinde, bunlar, hayvanda genel bir rahatlama olduğunu gösterir⁸⁵. Bu tür göstergeler hayvanların eşlerin gözetiminde olduğu zaman aralıklarında hayvanın hangi sahibiyile en olumlu duygusal duruma sahip olduğunu görmek için karşılaştırmalı ölçümler olarak kullanılabilir. Ayrıca; insanlarda hem fizyolojik, hem de psikolojik strese yanıt olarak tükürük alfa-amilaz üretimi artışı insan olmayan hayvanlarda da stresi belirlemeye yarar⁸⁶. Yine bu belirteç de hayvanın hangi sahibinin yanında stresli olduğunu anlamaya yardımcı olabilir. Bunlara ek olarak, daha yüksek oksitosin ve vazopressin

⁸² Ses çıkarma, geleneksel olarak hayvanlarda olumsuz duyguların güvenilir bir göstergesidir. Ancak son araştırmalar belirli dalga boyundaki olumlu duygusal durumların göstergesi olduğunu ortaya koymuştur. Örneğin farelerin cinsel ilişki veya kazanma durumunda 50 kHz frekanslı ses çıkarmaları veya kedilerin mırlamaları.(Boissy, Menteffel, Jensen vd, "Assesment of Positive", s. 387-389)

⁸³ Bilgi toplama davranışı (keşif) hayvanların mevcut durumunun değerlendirilmesinde kullanılır. Meraklı keşifle meşgul olmak acil ihtiyaçların eksikliğinin olmadığını ve hayvanın keşiften zevk aldığını gösterir. Teftiş araştırmasına girişen bir hayvanın ise muhtemelen korku gibi olumsuz bir duygu durumuna sahip olduğunu düşünmek gerekir. (Boissy, Menteffel, Jensen vd, "Assesment of Positive", s. 389-390)

⁸⁴ McLain, "Adapting The Child Best Interest", s. 156.

⁸⁵ J. S. J. Odendaal, R. A. Meintjes, "Neurophysiological Correlates of Affiliative Behaviour Between Humans and Dogs", *The Veterinary Journal*, C. 165, S. 3, 2003, s. 296-299.

⁸⁶ Boissy, Menteffel, Jensen vd, "Assesment of Positive", s. 383.

seviyeleri memelilerde bağlanmanın artışı ve stresin azalışının göstergesidir⁸⁷.

Bahsi geçen ve esasında hayvanın kiminle mutlu olduğunu, daha yakın bağ kurduğunu gösteren belirteçler haricinde, başka kıstasların da göz önünde bulundurulması, hayvanın yüksek menfaatinin sağlanması noktasında önemlidir. Örneğin, çocuğun yüksek menfaati bahsinde de kullanılan velayet sahibinin geliri, bu gelirin yiyecek veya veteriner bakımı gibi maddi güç gerektiren olgulara yetip yetmeyeceği önemlidir⁸⁸. Ayrıca bu kişinin iş hayatının, çalışma programının hayvanın egzersiz ki, bu türe göre farklılık gösterebilir, sosyalleşme gibi ihtiyaçlarına etkisi önemli bir kıstası oluşturur. Yine çocuğun üstün yararı araştırılırken dikkat edilen hayvanın alışık olduğu düzenden kopup kopmayacağı, yeni düzende güvenliğinin sağlanıp sağlanmayacağı da önemlidir. Bunlardan başka, ailenin diğer evcil hayvanları veya çocukları velayet noktasında hangi tarafta kalmış olduğu ve bahsi geçen hayvanın onlarla olması veya olmamasının menfaatine hizmet edip etmediği noktası da dikkate alınmalıdır. Hayvanın velayetinin verileceği tarafın fizyolojik ve psikolojik durumu da menfaati açısından önemlidir. Özellikle hayvanın istismara maruz kalma ihtimali, terk edilme ihtimali gibi durumların menfaatine doğrudan etki eden durumlar olduğu açıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, aynı çocuğun üstün yararında olduğu gibi, hayvanın velayetini istemeyen tarafa hayvanı teslim etmek menfaatine hizmet etmeyecek, daha kötü sonuçlara yol açabilecektir.

Hayvanın üstün menfaatinin belirlenmesi noktasında, elbette, çocuğun üstün menfaatinin belirlenmesinde ortaya çıkan sorunlar gibi sorunlar çıkmaması imkansızdır. Öncelikle çocuğun üstün menfaati noktasında olduğu gibi, hayvanın üstün menfaatinde de soyutluk hakimdir ve hakim in değerlendirme aralığı açıktır. Ancak hakim in değerlendirme esnasında bahsi geçen kıstasları göz önünde bulundurması gerekmektedir. Hayvanın üstün menfaatinin anlamak için tespit edilmesi gereken hususların aydınlatılması noktasında, hayvanı yanında bulunduran eşin hayvana, sağlık kayıtlarına veya yaşam alanına ulaşılmasını engelleme durumu da bu süreçte ortaya çıkabilecek zorluklardandır. Ancak adli bir emir, bir mahkeme kararı bu sorunun aşılmasında yardımcı olur. Ayrıca hormon düzeyi ölçümleri gibi testler bazı çiftler için aşırı derecede pahalı olabilir ve devlet kaynakları bunun için kullanılmak istenmeyebilir. Ancak, bu masrafı karşılayabilecek

⁸⁷ C. S. Carter, "Neuroendocrine Perspectives on Social Attachment and Love", *Psychoneuroendocrinology*, C. 23, S. 8, 1998, s. 802.

⁸⁸ McLain, "Adapting The Child Best Interest", s. 158.

çiftlerden bu belirleme aracını mahrum bırakmak doğru değildir⁸⁹. İdeal durumda devlet tarafından test ücretlerinin karşılanması gerektiği söylenebilir. Ancak, bu durumun daha ulaşılabilir alternatifleri de değerlendirilebilir. Örneğin; veteriner kayıtlarının istenmesi, hayvanın her zaman götürüldüğü veteriner hekimin görüşlerinin alınması, hayvanın davranışlarının ve genel fiziksel durumunun gözlemlenmesi ve değerlendirilmesi⁹⁰.

Nihayetinde karşılaşılabilecek zorlukların, çocukların üstün menfaatinin değerlendirilmesinde de genel olarak var olduğunu söylemek mümkündür. Tarih içerisinde de çocuklar bir hak öznesi olarak kabul edilmediğinde, korunmaları birincil öncelik olarak görülmediğinde, üstün menfaatleri noktasında hayvanların üstün menfaatinin belirlenmesi için şu anda yapılan eleştiriler yapılmıştır. Hayvan velayetinin belirlenmesinde hayvanın yüksek menfaatinin değerlendirilmesi, düzenleme yapılamayacak veya sorunlar çözülemeyecek bir zeminde bulunmamaktadır.

c) Hayvan Velayeti ile İlgili Hususlar

Boşanma davalarında çocukların velayetinin belirlenmesi ve bu durumun oluşturduğu ikincil düzenlemeler gibi hayvanlarla ilgili de çeşitli ikincil kararlar verilmesi gerekir. Hayvanın üstün menfaatinin nasıl belirlenebileceğini inceledikten sonra öncelikle diyebiliriz ki, velayet hakkı hayvanın üstün menfaatine en uygun olan tarafa verilmelidir. Bu noktada velayet tek taraflı olabileceği gibi, çocuklar için kararlaştırılabilen birlikte velayet şeklinde de olabilir. Bu kapsamda birlikte velayet ile ilgili özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. Maddesine⁹¹ bakmak önemlidir. Bu maddeye göre, eşlerin yalnızca evlilik sürecinde değil, evlilik birliğinin sona ermesi ile de eşit hak ve sorumluluklar taşıdıkları ve çocukların menfaatlerine yönelik önlemler konusunda da bu kuralın temel alınabileceği belirtilmektedir. AİHM de, birlikte velayet noktasında her somut olay için değerlendirme yaparken çocuğun üstün

⁸⁹ McLain, "Adapting The Child Best Interest", s. 165.

⁹⁰ McLain, "Adapting The Child Best Interest", s. 166.

⁹¹ AİHS Ek 7 Nolu Protokol/5: "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Taraf devletlerin çocukların menfaatlerine yönelik önlemler almasına engel teşkil edecek bir husus bulunmadığını ifade etmektedir." (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Nolu Protokol, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7.protokol.pdf (E.T. 10.06.2024)).

menfaatini ele almaktadır⁹². Birlikte velayetin çocuklar için olduğu gibi hayvanlar için de hem olumlu, hem olumsuz yanları olduğunu da belirtmek gerekir. Örneğin, birlikte velayeti kullanan taraflar, hayvanla ilgili bir karar konusunda uyuşmazlık yaşarsa, hayvanın olumsuz etkilenmesi söz konusudur. Zira özellikle halihazırda anlaşamadıkları için boşanan bir çiftin daha sonra velayetin gereği olan hak ve sorumlulukları yerine getirme noktasında uyum içinde hareket edip edemeyecekleri iyi değerlendirilmelidir. Ayrıca, çiftin yeni hayatı, hayatlarına giren yeni kişiler gibi hususlar da dikkatle incelenmelidir. Ancak; görüldüğü üzere, bu durumlar, tek başına velayet kullanımında da karşımıza çıkabilecek zorluklardır. Fakat, birlikte velayet düzenlemesi ile hayvanla beraber yaşamayan tarafın hayvanla daha yakın ilişki kurabileceğini, ihtiyaçları konusunda daha duyarlı olacağını hem hayvan, hem taraf için daha faydalı olabileceğini de göz ardı etmemek gerekmektedir. Burada en çok dikkat edilmesi gereken husus, tek başına veya birlikte velayete karar verirken hayvanın üstün menfaati ilkesinin öncelikli olarak gözetilmesidir. Çatışmaların sürdüğü, farklılıkların yoğun olduğu, özellikle aile içi şiddet veya kötü hayat tarzı gibi olguların görüldüğü boşanma durumlarında birlikte velayet uygulaması, hayvanın üstün menfaati ilkesini sağlamaktan uzak kalacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki, tek taraflı veya birlikte velayet noktasında tarafların anlaşma yapmasına açık kapı bırakmak veya arabuluculuk yöntemleri⁹³ kullanmak önemlidir. Çocuk velayeti belirlemesinde olduğu gibi⁹⁴, taraflar bu şekilde bir anlaşma yaparak hakime sunabilmelidir. Burada önemli olan husus ise, yine hakimin bunu onaylaması gerektiğidir. Hakim çocuk velayeti anlaşmalarında olduğu gibi, hayvanın üstün menfaatine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini incelemeli ve sorun görmezse bu anlaşmayı onaylamalıdır. Ancak, eğer hayvanın üstün menfaatini zedeleyen bir anlaşma yapılmışsa, gerekli değişiklikleri yapabilmeli veya onaylamamalıdır.⁹⁵

Velayetin birlikte veya tek başına olarak belirlenmesinden sonra ise, karşımıza belirlenmesi gereken başka durumlar çıkmaktadır. Bu noktada öncelikle ziyaret hakkı incelenmelidir. Her iki durumda da hayvan, kalan

⁹² Aylin Tokuş, *Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 90.

⁹³ Bu duruma örnek olarak, Kaliforniya’da Marin County tarafından oluşturulan velayet, ziyaret, nafaka gibi aile hukuku anlaşmazlıkları da dahil hayvan anlaşmazlıkları için özel arabuluculuğu göstermek mümkündür. (Britton, “Bones of Contention”, s.7)

⁹⁴ Tokuş, *Evlilik Birliğinin Boşanma*, s. 118.

⁹⁵ Demirsatan, “Boşanmada Ev Hayvanlarının”, s. 145.

hayatının büyük bölümünü taraflardan birisi ile geçirecektir. Hangi tarafın hayvanın ikamet hakkını ve yükümlülüğünü alacağı ise, incelenen hayvanın üstün menfaati ilkesiyle belirlenecektir. Ancak, hayvanla beraber yaşamayan tarafın ziyaret talebinin olması çok muhtemeldir. Hayvan bir eşya olmadığı için ayrıldığı tarafla ilgili özlem duyma ve ileri aşamada depresyona yakalanma tehlikesi ve vakit geçirme ihtiyacı hasıl olacağı gibi, kişinin de aynı ihtiyaçlara sahip olduğunu unutmamak gerekir⁹⁶. Böyle bir durumda, çocuk velayetinde olduğu gibi mahkeme, uygun bir ziyaret programı belirlemelidir⁹⁷. Ancak, yine ziyaret programının belirlenmesinde hayvanın üstün menfaatine öncelik verilmesi elzemdir. Örneğin, istismar tehlikesi olan bir durumda mahkeme ziyaret hakkının tanınmamasına karar verebilmelidir. Ayrıca, hayvanın sağlık durumu, tarafın hayat tarzı gibi durumlar da yine göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, astım hastası veya felçli olan bir köpeğin ziyaret programı bu hastalığına uygun olarak düzenlenmelidir. Yine çocuk ziyaretlerinde olduğu gibi, yanında yaşayan tarafın da hayatını zora sokmayacak şekilde bir ziyaret programı belirlenmelidir. Bunlara ek olarak, yine çocuklar için geçerli olduğu gibi, ziyaretin uzun süreli tutulmasının olumsuz yanları, ki buna alışılan düzenin değişmesi ve yeni düzene alışacak kadar uzun süreli beraber yaşama örnek verilebilir, göz önünde bulundurulmalıdır. Zira velayet belirlenmesi durumunda dahi hayvanın alışık düzeninin bozulmaması, üstün menfaat için kriterken, ziyaret hakkı açısından böyle bir kıstas kabul etmemek çelişki olacaktır.

Velayetin belirlenmesinden sonra ortaya çıkan ve çocuk velayetinden daha karışık olan husus ise, nafaka (*petimony*) meselesidir⁹⁸. Hakimler her ne kadar velayet kararı verseler de, böyle bir maddi destek kararı konusunda tereddüt edebilirler. Bu noktada öncelikle diyebiliriz ki, tarafların kendi yaptıkları bir anlaşma varsa ve bu anlaşmada nafaka kararlaştırılmışsa ve aşırı bir durum yoksa, hakim bu anlaşmayı onaylamalıdır. İkinci olarak, özellikle, birlikte velayete hükmedilmişse, hayvanın kendisiyle yaşamadığı taraf için uygun bir nafaka düzenlemesi yapmak makul ve mantıklıdır⁹⁹. Zira hayvanın ihtiyaçlarının karşılanması gibi durumlar velayetin

⁹⁶ Emily Franklin, “How to Give the Dog a Home: Using Mediation to Solve Companion Animal Custody Disputes”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, C. 12, 2012, s. 370.

⁹⁷ Simmons, “What is The Next Step”, s. 273.

⁹⁸ Christopher D. Seps, “Animal Law Evolution: Treating Pets as Persons in Tort and Custody Disputes”, *University of Illinois Law Review*, S. 4, 2010, s. 1347.

⁹⁹ Hallam, “Dog and Divorce”, s. 106.

yükümlülüklerindedir. Ancak, çocuk velayetindeki nafakadan farklılaşan kısım, tek başına velayete karar verilip, velayet hakkı bulunmayan kimsenin nafaka ödemesi veya ödememesi durumudur. Bilindiği üzere, çocuk velayetinde velayet hakkı sahibi olmayan eş, yine de çocuğun ihtiyaçları için nafaka ödemekle görevlidir. Ancak hayvan velayetinde bu bakıştan ayrılmak hakkaniyete daha uygun görünmektedir. Hayvan velayetinde tek başına velayet kararı verilmiş durumlarda iki şekilde değerlendirme yapmanın doğru olacağını iddia edebiliriz. Eğer ki velayet sahibi olmayan taraf, ziyaret hakkı gibi bir talepte bulunmuşsa ve böyle bir düzenleme yapılmışsa, artık makul bir oranda nafakaya hükmedilebilmesi gerekmektedir. Zira böyle bir durumda hayvanla duygusal bağını, ilişkisini koparmamış olduğu için hayvana karşı sorumluluklarının devam ettiği göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, hayvanla ilgili herhangi bir talebi bulunmamakta ise ve hayatından tamamen çıkarma noktasında herhangi bir tereddütü yok ise, artık bir nafakaya hükmetmek doğru olmayacaktır. Zira bu durumda artık hayvan ile arasında hiçbir bağ bulunmayan bir kişinin sorumlulukları olduğundan bahsetmek mümkün görünmemektedir ve hakkaniyete de uygun olmayacaktır.

Velayetin kullanımına ilişkin de yine temel ilke, hayvanın üstün menfaati olacaktır. Birlikte velayet kullanan çiftler, özellikle, hayvanla ilgili kararları anlaşarak vermelidirler. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, verilecek kararlarda hayvanın hakları ve üstün menfaatinin göz ardı edilmemesidir. Ayrıca hayvanın beraber yaşadığı tarafın günlük durumlarda, acil durumlarda diğer tarafa danışması, çocuk velayeti düzenlemeleriyle aynı şekilde işletilmelidir¹⁰⁰. Örneğin, bir trafik kazası geçirmesi durumunda hayvanın acil olarak ameliyata alınması gerekiyorsa, karşı tarafa ulaşmakla uğraşmak hayvanın hakkını ve üstün menfaatini ihlal etmek olacaktır. Ancak, kısırlaştırma gibi tüm hayatı ilgilendiren ve aciliyeti olmayan bir durumda tarafların ortak karar alma hakkı saklıdır. Ayrıca, velayetin tek başına düzenlendiği, ancak ziyaret hakkı, nafaka yükümlülüğü gibi olguların söz konusu olduğu durumlarda, yine velayet sahibi olmayan taraf, bu gibi durumlarda söz hakkı sahibi olacaktır. Hayvanla tüm ilişkisini kesen tarafın ise, velayetin kullanılması noktasında herhangi bir etkisi ve söz hakkı olmadığı açıktır.

Velayetin duruma göre değişmesi de yine çocuk velayetinde olduğu gibi¹⁰¹, hayvan hakları temelli bu yaklaşıma zıt değildir. Velayet sahibi olan

¹⁰⁰ Karaman, *Velayet Hakkı Bağlamında*, s. 101 vd.

¹⁰¹ Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından*, s. 108 vd.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

tarafın hayatındaki değişiklikler, hayvanın değişen ihtiyaçları, karşı tarafın hayatındaki değişiklikler gibi hayatın olağan akışında ortaya çıkabilecek değişiklikler, velayetin değiştirilmesini gerektirebilecektir¹⁰². Bu noktada da ortaya atılan tekrar bir velayet düzenlemesinin adli yük olarak görüleceği görüşü, hayvanın hak öznesi ve korunmaya ihtiyacı olan bir varlık olması hasebiyle velayet düzenlemesinin ilk başındaki kadar elzemdir. Duruma adli yük olarak bakmak hayvanın üstün menfaatinin bozulmasına, haklarının ihlaline neden olabilecektir. Örneğin, sürekli yurt dışı seyahati yapması gereken, ama hayvan için daha iyi hayat sunabilecek tarafın yerleşik bir duruma geçmesi, velayet sahibi kişinin hayatına yeni giren bir kişinin hayvanla anlaşamaması veya istememesi, hayvanın kronik bir hastalığa yakalanması ve yanında yaşadığı kişinin onun yeni durumuna uyum sağlayamaması, yanında yaşadığı tarafın yeni bir sağlık sorunu ve engellilik durumu olması gibi örnekler velayetin değiştirilmesi için önemli sebepler olabilecektir. Bu durumda birlikte velayet söz konusuysa, yalnızca hayvanın yanında yaşadığı taraf değiştirilebileceği gibi; birlikte velayet, tek başına velayete de dönüştürülebilmelidir. Ayrıca, velayet değişikliğinden sonra yine hayvanın üstün menfaati temel alınarak, yeni bir ziyaret ve nafaka düzenlemesi yapılması da gerekmektedir. Velayet sahibi olan veya birlikte velayet durumunda hayvanla beraber yaşayan kişinin vefatı ise velayetin sona ermesini gerektiren durumlardır. Bu duruma benzer şekilde, velayet hakkı bulunan tarafın fiil ehliyetini kaybetmesi veya gaip olması da aynı sonucu doğuracaktır. Bu durumlarda birlikte velayet durumunda velayet tek başına velayete dönüşecektir. Ancak diğer durumda karşı tarafa velayet konusunda seçme hakkı tanınmalıdır. Velayet sahibi olmak istemiyorsa veya zaten hayvanla bağına tamamen koparmış bir taraf ise; hayvan, artık hakları çerçevesinde devletçe koruma altına alınıp hayatını devam ettirmelidir. Bu aşamada hayvanı sahiplenmek isteyen kişiler olursa gerekli değerlendirmeler yapılarak hayvana yeni bir yuva bulunması ideal çözüm yoludur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, çocuk velayetinden¹⁰³ farklı olarak hayvan velayeti, hayvanın belli bir olgunluğa ulaşmasıyla kendiliğinden sona ermez¹⁰⁴. Hayvanın veya velayet hakkı sahibinin ölümüne kadar devam eder. Bu durum da yine hayvanların doğalarından kaynaklı olarak çocuk velayetine tamamen uyum sağlayamaması ve bu sebeple hayvan

¹⁰² Eason, "A Bone to Pick", s. 17-18.

¹⁰³ Koçoğlu, *Boşanmanın Çocuk Açısından*, s. 114.

¹⁰⁴ Pablo Lerner, "With Whom will The Dog Remain? On the Meaning of the 'Good of the Animal' in Israeli Family Custodial Disputes", *Journal of Animal Law*, C. 6, 2010, s. 119.

velayeti olarak ayrı bir kurumun düzenlenmesi gerekmesinin bir göstergesidir.

d) Mahkeme Kararları ve Hukuki Düzenlemeler

Hayvanların bir eşya olmadığı, hak öznesi olduğu; ayrıca çocuklar gibi korunma ihtiyacını haiz olduğu kanısı, hayvanların velayet davalarında üstün menfaat ilkesinin kanunda olmasa da, üstü kapalı veya dolaylı olarak uygulandığını bize göstermektedir. Bu noktada hukuk dünyası mevzuat anlamında geri kalmış olsa da¹⁰⁵, mahkeme kararları anlamında bir adım ileri gitmiştir. Elbette her ülkede durum böyle değildir. Bazı ülkeler hayvan velayeti noktasında daha ileri gitmiştir. İşte bu bölümde örnek verilebilecek hayvanın üstün menfaati temelindeki mahkeme kararları ve hukuk düzenlemeleri aydınlatılacaktır.

Esasen hayvanların velayet ve üstün menfaat belirlenmesi noktasında da bir süreç yaşandığını söylemek mümkündür. Örneğin, Akers v. Sellers davasında Indianadaki mahkeme, bir köpeğin kiminle yaşayacağını belirlemenin mahkemelerin kaynaklarının gereksiz kullanılmasına neden olmayacağına karar vererek durumu değerlendirmiştir¹⁰⁶. Mahkeme, köpeğin parasal bir değerini ölçmemiştir. Ancak kararında “...köpeğin menfaati ve arzularının mı, yoksa hukuki mülkiyetin acımasız ve duygusuz temelini mi belirleyici olduğu” sorusundan kaçınmıştır¹⁰⁷. Sonrasında koca, köpeği karısına bırakmış ve kadın haliyle velayet sahibi olmuştur. Mahkeme her ne kadar menfaat değerlendirmesi yapmaktan kaçınsa da, üstü kapalı olarak bu değerlendirmeyi yaparak bu kararı onamıştır¹⁰⁸. Temyiz mahkemesinin kararı da yine onay şeklinde olmuştur. Zovko v. Gregory davasında ise, Virginia Mahkemesi, bir kedi olan Grady hakkında yaşanan anlaşmazlıkta “kedi Grady’nin menfaatine neyin uygun olduğuna”

¹⁰⁵ Bueckner v. Hamel Dvasında Yargıç Andell bu konuyla ilgili şunu ifade etmiştir: “Hukukun gelişen bilgi ve tutumlarla şekillendirilmesi gerekir. Aksi takdirde, çatışmaları çözüme aracı olarak geçerliliğini yitirme tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Toplum, hayvanların duygusuz otomatlar ve dolayısıyla yalnızca mülk olduğu yönündeki savunulamaz Kartezyen görüşün ötesine çoktan geçmiştir.” (Bueckner v. Hamel, Court of Appeals of Texas, Houston [1st Dist.], 886 S.W.2d 368 (Tex. App. 1994), <https://www.animallaw.info/case/bueckner-v-hamel> (E. T. 09.06.2024)).

¹⁰⁶ Britton, “Bones of Contention”, s. 10.

¹⁰⁷ Britton, “Bones of Contention”, s. 10.

¹⁰⁸ Akers v. Sellers, Appellate Court of Indiana, in Banc, 54 N.E.2d 779 (Ind.App.1944), <https://www.animallaw.info/case/akers-v-sellers> (E.T. 09.06.2024).

kendisinin karar vereceğini söylemiş ve kararını bu temelde kurmuştur¹⁰⁹. Juelfs v. Gough Davasında ise, Alaska Yüksek Mahkemesi, aile köpeğinin yaşamanı devam ettireceği kişi olarak kocayı seçmiştir. Kararının sebebi ise eşinin evinde başka köpekler olduğu için bahsi geçen aile köpeğinin fiziksel yaralanma tehlikesiydi¹¹⁰. Burada da mülkiyet veya ailenin üstün menfaati ilkesi değil, hayvanın üstün menfaati ilkesi uygulanmıştır. Placey v. Placey davasında Alabamadaki Temyiz Mahkemesi de, aile köpeğinin kiminle yaşayacağına karar verirken açıkça “hayvanın üstün menfaati” ifadesini kullanmıştır¹¹¹.

Ayrıca mahkemelerin velayete artı olarak ziyaret hakkı ve nafaka anlaşmalarını onadığı veya bu yönde hüküm verdiği kararlar da bulunmaktadır. Örneğin, Dickson v. Dickson davasında boşanan tarafların birlikte velayet sahibi oldukları, ancak köpeğin kadınlı yaşayacağı konusunda bir anlaşma yapmışlardır. Bu anlaşmada ayrıca kocanın, köpeğin bakımı için aylık 150 dolar nafaka vereceği ve makul ziyaret hakkına sahip olacağı yönünde hükümler de içermektedir. Mahkeme bu anlaşmayı onaylamıştır¹¹². Her ne kadar sonrasında şartlar yerine getirilmediği için köpeğin velayeti tamamen kadına verilip, eski kocayla hayvanın bağının tamamının kesildiğine ve bu nedenle nafaka ve ziyaret hakkı olmadığı belirlense de, onama ve belirli bir süreçte geçerli olma açısından kıymetli bir örnektir. Ayrıca, değişen koşullarda velayetin veya yan sonuçlarının de değişebileceğini göstermektedir. Assal v. Barwick davasında ise, velayet kadına verilmekle beraber, adama da her yaz otuz günlük bir ziyaret hakkı tanınmıştır¹¹³. Türkiye’de ise İzmir 16. Aile Mahkemesi, anlaşmalı bir boşanma davasında tarafların birlikte sahiplendiği ve kadınlı yaşayan köpeğin davalı koca ile cumartesi günleri saat 10.00’den Pazar 18.00’e kadar görüşmesine ve aylık 200 TL ödenmesine ilişkin protokolü kabul

¹⁰⁹ Zovko v. Gregory, No. CH 97-544 (Va. Cir. Ct., Oct. 17, 21997) (Aktaran: Rebecca J. Huss, “Seperation, Custody and Estate Planning Issues Relating to Companon Animals”, University of Colorado Law Review, C. 74, 2003, s. 226.).

¹¹⁰ Juelfs v. Gough, Supreme Court of Alaska, 41 P.3d 593 (Alaska 2002), <https://www.animallaw.info/case/juelfs-v-gough> (E.T. 09.06.2024).

¹¹¹ Placey v. Placey, Court of Civil Appeals of Alabama, 51 So.3d 374 (Ala. Civ. App., 2010), <https://www.animallaw.info/case/placey-v-placey> (E. T. 09.06.2024).

¹¹² Dickson v. Dickson, Ark. Garland County Ch. Ct., No. 94-1072. (Aktaran: Huss, “Seperation, Custody and Estate”, s. 223.).

¹¹³ Assal v. Barwick, Maryland Circuit Court, No. 164421 (Md. Cir. Ct. Dec 3, 1999), <https://www.animallaw.info/pleading/assal-v-barwick-kidwell> (E.T. 09.06.2024).

etmiştir¹¹⁴. Bu davada her ne kadar direkt velayet, üstün menfaat veya nafaka gibi kavramlar kullanılmadıysa da, davayı Türkiye açısından atılmış önemli bir adım olarak kabul etmek gerekmektedir. Kararın onaylanmasında velayet ve nafaka kurumlarından etkilenildiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Zira, örneğin evdeki sıradan bir koltuk veya değerli bir tablo gibi eşyalar için ziyaret hakkı veya aylık ödeme protokolleri anlamsız ve kabul edilemezken bu protokoldeki bu düzenlemelerin onaylanması anlamlıdır. Arjantinde Pedroni v. Capello davasında ise, mahkeme, köpekleriyle iletişimi kısıtlanan bir adamın ziyaret hakkını kullanması noktasında bir karar vermiştir. Mahkeme, kararında köpeklerin aile üyeleri olduğunu ve köpeklere olan sevginin boşanmayla sona ermediğini vurgulayarak, taraflardan hiçbirinin köpekleriyle olan ilişkilerini unutmaya ve duygusal bağı koparmaya zorlanamayacağına hükmetmiştir¹¹⁵. Kolombiyada verilen bir kararda ise, davacı, eski karısıyla beraber yaşayan köpeğinin duygusal olarak çok etkilendiğini, ziyaretlerinin eski eşi tarafından sabote edildiğini ve bu sebeple köpeğinin depresyona girdiğini, yemek yemeyi bile reddettiğini ifade ederek yeni bir ziyaret programı için mahkemeye başvurmuştur. Bogota Yüksek Mahkemesi, aileyi oluşturan duygusal varlıklar arasındaki duygusal bağa vurgu yaparak, bu gibi durumlardan hayvanların menfaatıyla sonuçlanabilecek görev ve sorumlulukların tanınması, düzenlemelerin yapılmasının mümkün olduğuna karar vermiştir¹¹⁶.

Bir diğer önemli karar ise, İsrail’de Ploni v. Plonit davasında verilen karardır. Bu kararda, hakim, bir kedi ve köpeğin velayeti hususunda karar vermek durumunda kalmıştır. Öncelikle Hakim Shochet: “*Evcil hayvanların eşya olarak anlamı, hukuk sistemine başvuruları karara bağlayacak, çözüme ulaştıracak ve amaca uygun çözüm getirecek araçlar sağlamamaktadır.*” şeklinde görüşlerini ifade etmiştir¹¹⁷. Burada esasen

¹¹⁴ İzmir 16. Aile Mahkemesi, E. 2018/592, K. 2018/597, (Aktaran: Deniz Tavşancıl Kalafatoğlu, “Türkiye’de Hayvan Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 96, S. 6, 2019, s. 102.)

¹¹⁵ Pedroni v. Capello, Court of Juzgado Civil 7, Poder Judicial de la Nación, Juzgado Civil 7, Fallo 23536/2021, <https://www.animallaw.info/case/pedroni-matias-andrés-c-capello-marina-alejandra-s-medidas-precautorias—familia> (E.T. 09.06.2024).

¹¹⁶ Sentencia 10013-103027-2023-00229-00 (0327), Tribunal Superior de Bogota, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Mixta, Sentencia del 6 de octubre de 2023, Rad. 10013-103027-2023-00229-00 (0327), <https://www.animallaw.info/case/sentencia-10013-103027-2023-00229-00-0327> (E. T. 09.06.2024).

¹¹⁷ Ploni v. Plonit, Ramat Gan Family Court, FC 32405/01, 2004, (Aktaran, Hallam, “Dogs and Divorce”, s. 104.)

çiftin hem kedi, hem köpeği evlilik sürecinde sahiplendikleri anlaşılma ile beraber, ayrılık kararıyla beraber davalının her ikisini de alıp gittiği, bu süreçte bakımlarıyla tek taraflı ilgilendiği ve şu an bu uyuşmazlığın çıkarılmasının nedeninin kendisine dair süren tacizlere yenisini eklemek olduğunu iddia ettiği görülmektedir. Mahkeme, kararında evcil hayvanları ailenin bir üyesi, ruhu olan yaratıklar olarak değerlendirdiğini ve kararını hayvanın menfaati temelinde kurduğunu ifade etmiştir¹¹⁸. Ancak hayvanların haklarının olup olmadığının geniş kapsamlı bir tartışma olması nedeniyle bir mahkeme kararının buna uygun olmadığını da vurgulamıştır¹¹⁹. Ancak mahkemenin izlediği yol göz önüne alındığında, aslında dolaylı yoldan hak öznesi hayvanlar kavramını kabul ettiği açıktır. Elbette, bu noktada, çocuğun üstün menfaatinin pozitif hukukta karşılığı olması, ama hayvanın üstün menfaatinin böyle bir karşılığa sahip olmaması savunusu da, hakimin bu dolaylı kabulünde bir etken olmuş gibi görünmektedir. Nitekim mahkeme davayı yalnızca hayvanın menfaati temelinde incelediğini, tarafların duyguları veya hayvanla olan yakınlık veya ihtiyaçlarını dikkate almadığını açıkça belirtmiştir¹²⁰. Hayvanın üstün menfaatini nasıl belirlediğini ise, hakim yine kararında açıklamıştır. Ona göre; bu ilke, iki katmana dayanıyordu. İlk katman, hayvanların görünür menfaatleri yani kedi ve köpeğin ihtiyaçlarını hangi tarafın daha iyi karşılayacağı, hangi tarafın onlara bakım konusunda daha nitelikli olduğunun incelenmesidir. Burada hakim görevlendirilen uzmanlara hayvanların yaşayacağı fiziksel koşullar veya hayvanların birbiriyle iletişimi gibi durumları da raporlama emri vermiştir¹²¹. İkinci katman ise, nispeten gizli olup mahkemenin kendi kararını genişletme yönünde daha geniş menfaatler ve standartlar dizisi oluşturma çabasını göstermektedir¹²². Bu durum, aslında ilkenin soyutluğunun da bir yansımasıdır. Ziyaret konusunda ise; hakim, davacının ziyaret programı talebini reddetmiştir. Burada da yine başvurduğu ilke, esasen hayvanın üstün menfaatidir. Hayvanın böyle bir ilişkiye ihtiyacı olmadığı ve tarafların zaten çatışma içinde olduğu da bu kararının gerekçesini oluşturmuştur¹²³. Nafaka konusunda ise, davacı

¹¹⁸ Lerner, "With Whom will The Dog Remain?", s. 109.

¹¹⁹ Lerner, "With Whom will The Dog Remain", s. 111-112.

¹²⁰ Lerner, "With Whom will The Dog Remain", s. 115.

¹²¹ Deborah Rook, "Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law Adapting Theoretical Tools from Child Law", *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 28, 2014, s. 182.

¹²² Lerner, "With Whom will The Dog Remain", s. 124.

¹²³ Lerner, "With Whom will The Dog Remain", s. 124.

herhangi bir talepte bulunmamıştır. Burada kendisinin duygusal bağının daha güçlü olduğunu da kanıtlamak istemiştir¹²⁴. Ancak, bu her durumda doğru olmayacaktır. Zira ziyaret hakkı dahi tanınmayan, arasındaki tüm bağın koparılacağı davacıdan nafaka talebi zaten hakkaniyete uygun olmayacaktır. Ancak, hayvanları da etkileyen çatışmalarla veya zararlarla ilgili bir tazminat talebi var olsaydı, bu durum muhtemelen mümkün olabilecektir.

Hayvanın üstün menfaati temelinde velayet düzenlemelerinin mahkeme kararlarına dayalı incelemesini bu şekilde yaptıktan sonra, dünyada nadir olarak bulunan bu konudaki hukuki düzenlemeleri de incelemek gerekmektedir. Öncelikle 2003 yılında yapılan İsviçre Medeni Kanunu değişikliğini ele almak gerekmektedir. 651. Maddede yapılan bu değişikliğe göre, mülkiyet hakkının ortaklaşa sahip olunan hayvana daha iyi hayat koşulları sağlayan tarafa verileceği ifade edilmiştir¹²⁵. Burada esasen görüldüğü üzere herhangi bir “velayet” kavramı açıkça geçmemektedir ve doğrudan mülkiyet düzenlemesi yapılmıştır. Ancak, hayvanın üstün menfaati ilkesinin bir yansıması olması hasebiyle incelenmesi konumuz açısından önem arz eder. Zira, hayvanları hak öznesi olarak tanımayan kanunların var olduğu bir sistemde doğrudan “velayet” kelimesi mahkeme kararlarında kullanılabilse de kanunlarda var olması beklentisi çelişkiye sebep olabilecektir. Ayrıca, mahkemenin hayvanın bakımıyla ilgili tüm geçici tedbirleri alacağı da 3. fıkrada düzenlenmiştir¹²⁶. İsviçre’nin böyle bir değişikliğe gitmesinin nedeninin de, evcil hayvan velayeti anlaşmazlıklarının çoğalmas ve saf ve doğrudan mülkiyet bakış açısıyla ve kurallarıyla çözülmesinin toplumu rahatsız etmesi olduğu ifade edilmiştir¹²⁷.

ABD de, hayvanın iyiliği/üstün menfaati temelinde boşanmalarda karar verilmesi noktasında özellikle 2016 yılında eyaletler ölçeğinde büyük adımlar atmıştır. Burada önemle belirtmek gereken durum, arka planda hayvan hakkı kavramı düzenlemesi olmamasına rağmen ve bu sebeple doğrudan “velayet” kelimesi geçmemesine rağmen bu düzenlemelerin yapılmış olmasıdır. Esasen çocuklar için hak öznesi olmalarıyla beraber üretilen bir ilkenin, hayvanlara uygulanmasının hak tanıma noktasında da

¹²⁴ Lerner, “With Whom will The Dog Remain”, s. 128.

¹²⁵ Swiss Civil Code, https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20240101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20240101-en-pdf-a-1.pdf (E.T. 10.06.2024).

¹²⁶ Swiss Civil Code.

¹²⁷ Hallam, “Dogs and Divorce”, s. 105.

önemli olmasından mütevellit bu düzenlemeler önem arz eder. İlk olarak; Alaska, 2016 yılında evcil hayvanların menfaatlerini dikkate almaya izin veren bir yasa değişikliğini kabul etmiştir. Bu değişiklik 2017 yılında yürürlüğe girmiştir¹²⁸. Bu değişiklik, aynı zamanda, çiftlere ortak sahiplik hakkını da tanıyarak, bu yöndeki ihtiyacı da gidermiştir¹²⁹. Dikkat edilmesi gereken nokta ise, hayvanların menfaatlerini dikkate alma konusunda hakimlere takdir yetkisi verilmiş olmasıdır. Takdir yetkisi olması sebebiyle, kesinlikle dikkate almalarıyla ilgili emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle yapılan değişiklik; hedef, nihai varılması gereken nokta olarak kabul edilmemelidir. Hayvan haklarının gerçekten korunduğu bir düzenleme için, takdir yetkisi yerine, emredici olarak hayvanın üstün menfaati ilkesinin uygulanmasını öngören bir kanun çıkarılmalıdır. Ancak, yine de önemli bir gelişme olduğu ve özellikle kanuni dayanak yokluğu iddiasını çürüttüğü gerekçesiyle önemli bir ilerlemedir. Bu düzenleme ile beraber boşanma davalarında hayvanların menfaatlerinin geçerli olduğu kabul edilmiş ve devletin bu menfaatleri insan menfaatlerine önceliklendirmesine izin verilmiştir¹³⁰. Artık, evcil hayvan velayeti noktasında katı mülkiyet kuralları veya antroposantrik ailenin üstün menfaatleri yerine, hayvanın üstün menfaati ilkesinin uygulanmasına ve kavramsal olarak da “velayet” kullanımına kapı açılmıştır. 2017 yılında Illinois ise, evcil hayvan velayeti anlaşmazlıklarında mahkemenin, evcil hayvanın ‘iyiliğini’ dikkate alması gereken yasayı kabul eden ikinci eyalet olmuştur¹³¹. Bu düzenleme, 2018 yılında yürürlüğe girmiştir. Alaska’ya benzer biçimde, birlikte sahipliğe izin veren bir değişikliktir. Bu yasa, yasama organının eyalet aile hukuku hakimlerinden evcil hayvanın iyiliğine dayalı olarak kimin bakımına verilmesi gerektiğini belirlemesini ilk kez mecburi olarak talep eden yasa olmuştur¹³². Eyalet mahkemeleri daha önce bu kadar açık şekilde kaynak tesis etmemiş ve evcil hayvanlara mahkemelerde bu kadar kapsamlı bir koruma sağlanmamıştır. Bu yasaya göre, artık hakimlerin takdir yetkisi kalmamış, evcil hayvanların iyiliğini değerlendirmeye mecbur kalmışlardır. Alaska’daki kanunun üzerine inşa edilse de, takdir yetkisini de aşan Illinois

¹²⁸ Sara Mićković, “Fur-Ever Homes After Divorce: The Future of Pet Custody”, *Animal Law Review*, C. 28, S. 1, 2022, s. 58.

¹²⁹ Alaska Status § 25.24.160 (a)(5), <https://www.animallaw.info/statute/ak-divorce-§-2524160-judgment> (E.T. 10.06.2024).

¹³⁰ Mićković, “Fur-Ever Homes”, s. 58-59.

¹³¹ Illinois Marriage and Dissolution of Marriages Act, § 501/5, <https://www.animallaw.info/statute/il-divorce-act-5-illinois-marriage-and-dissolution-marriage-act> (E.T. 10.06.2024).

¹³² Mićković, “Fur-Ever Homes”, s. 59.

kanun değişikliği, hayvanların haklarının ve dolayısıyla menfaatlerinin boşanma davalarında korunması noktasında, hala velayet kavramını açıkça kullanmayıp sahiplik düzenlemesi yapsa da, örnek olmuştur. 2018'in sonlarında kabul edilen ve 2019'da yürürlüğe giren kanun değişikliği Kaliforniya'da evcil hayvanın tek veya birlikte sahipliğine ve menfaatinin dikkate alınmasına izin vermiştir¹³³. Görüldüğü üzere, Alaska'daki düzenlemeye benzer bir şekilde takdir yetkisi bırakılarak bir düzenleme yapılmıştır. Yine her ne kadar hedef olmasa da ilerici bir düzenleme olduğunu ifade etmek bu açıdan mümkündür. Washington DC, ise 2022 yılında yaptığı değişiklikle beraber yine Alaska ve Kaliforniya gibi bir değişikliğe gitmiştir. Bahsi geçen yasa değişikliğine göre, mahkemeler tek veya birlikte sahipliğe karar vermenin yanında, hayvanın menfaatlerini göz önünde bulundurabileceklerdir¹³⁴. Görüldüğü üzere, yine verilen bir takdir yetkisiyle karşı karşıya kalmaktayız. Tam olarak hayvan haklarına uygun düzenleme için ise, hem hayvanların eşya statüsünden tamamen çıkarılması, hem de bu takdir yetkisinin emredici bir hükme dönüşmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Ayrıca 2017 yılında hayvan velayetinin, hayvan haklarına uygun, dolayısıyla hayvanın üstün menfaati çerçevesinde düzenlenmesini öngören bir kanun değişikliğini İspanya'da görmekteyiz. Öncelikle İspanya 2017 yılındaki değişiklikle Medeni Kanununda hayvanların hukuki statüsünü değiştirerek yaşayan, duyarlı varlıklar olarak belirlemiştir¹³⁵. Bu değişiklikle paralel olarak boşanma davalarında hayvanların durumu hakkında da 90. Maddede önemli bir değişiklik yapılmıştır. Bu maddedeki değişikliğe göre, boşanma sırasında ve sonrasında hayvanların sahipliğinin, hayvanın menfaati gözetilerek tesis edilmesi zorunlu kılınmıştır¹³⁶. Görüldüğü üzere, bu kanun değişikliği ile herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış, Illinois değişikliği gibi emredici bir düzenleme yapılmıştır. Bu açıdan daha ilerici ve amaca uygun olarak değerlendirmek doğrudur.

¹³³ California Family Code, § 2605(b), <https://www.animallaw.info/statute/ca-divorce-§-2605-care-and-ownership-pet-animal> (E.T. 10.06.2024).

¹³⁴ Mićković, "Fur-Ever Homes", s. 58-60.

¹³⁵ Emilia Kudasik-Gil, "Spanish Animal Protection Law – an Overview of Civil, Criminal and Administrative Provisions Concerning Animal Welfare", içinde: *Legal Protection of Animals*, Edt. Emil Kruk, Grzegorz Lubenczuk, Hanna Spasowska-Czarny, Maria Curie-Skłodowska University Press, Lublin, 2020, s. 348.

¹³⁶ Kudasik-Gil, "Spanish Animal Protection Law", s. 348..

III- ÖNERİLERİMİZ

Çalışmada incelendiği üzere boşanma davalarında hayvanların katı bir eşya anlayışı içerisinde değerlendirilmesi hem hak teorisi, hem toplumun sosyolojik olarak hayvanlara verdiği önem ve hassasiyet, hem de aile üyeleri olarak sayılması konusunda söz konusu dahi olmaması gereken bir bakış açısıdır. Zira, hayvanların duygusal ve bilişsel yetkinlikleri olan canlılar olması, Hayvanları Koruma Kanunu kapsamında korunuyor olması ve taraf olunan hayvanları koruyan uluslararası sözleşmelerin de göz ardı edilemeyeceği hasebiyle katı eşya değerlendirmesiyle, zarar görme ihtimalleri bu bakış açısındaki çözümleri kabul edilemez hale getirmektedir. Ailenin üstün menfaati ilkesi ise, yine savunduğumuz hayvanların hakları olduğu teorisiyle çelişmektedir ve bu sebeple yine düzenlemelerde temel alınmaması gereken bir çözüm yoludur. İdeal bir çözüm ise öncelikle hayvanların haklarının tanınması ve nihayetinde Türk Medeni Kanunu çerçevesinde “velayet” adı altında boşanmalardaki durumlarının aynı çocuklarda olduğu gibi hayvanların üstün menfaati ilkesiyle düzenlenmesidir. Velayet kuralları; hayvanlarla ilgili kararların alınması, nafaka belirlenmesi veya ziyaret düzenlemelerini de içerecek şekilde geniş olarak düzenlenmelidir. İkinci bir ihtimal olarak ise uygulanabilirlik noktasında çocuk velayetine ilişkin hükümlere gönderme yapıp, hayvanlarla ilgili özel durumlar için düzenlemeler yapılabilir. Çalışmamız kapsamında ne gibi düzenlemelerin yapılabileceği, nasıl yapılabileceği veya göz önünde bulundurulması gereken etkenler örnek kararlar ve bu konudaki literatür ile de aydınlatılmaya ve genişletilmeye çalışılmıştır. Hayvanlara hak tanınmasının başka kanunlar ve hukuk sisteminde büyük bir yenilik olması sebebiyle aşamalı bir yol izlenmesi de bu noktada mümkündür. Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerine “hayvanın üstün menfaati”ne uygun olarak hakimlere karar vermeleri yönünde emredici bir hüküm getirmek de bu noktada büyük oranda hak koruması sağlayabilecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta İsviçre Medeni Kanunu veya ABDdeki bazı eyaletlerdeki kanunlar gibi “sahiplik” olarak özel bir vurgu yapılmamasıdır. Bu düzenlemeler her ne kadar ilerici olsa ve hayvanları korusa da hayvanların hak sahibi oldukları noktasındaki temeli karşılayamamaktadır. Kanunda sahiplik ifadesi vurgulanmadan eklenecek hayvanın üstün menfaati ilkesi hem güncel ihtiyaçları karşılayabilecek, hem de eşya bakış açısını yansıtmayıp hayvanların hak öznesi olduğu vurgusunu da yapmadan bir çözüm yolu sunabilecektir.

SONUÇ

Hayvanların insanların hayatındaki yeri ve bununla bağlantılı olarak hukuki statüsü ve insanların hukuki ilişkilerinden etkilenmeleri tarih içerisinde değişmiştir. Özellikle hakları olup olmadığı temelinde boşanma gibi hukuki olayların nihayetinde nasıl korunacakları gibi sorunlar, hayatlarımızın içerisine daha yoğun olarak dahil olmalarıyla daha büyük sorunları beraberinde getirmiştir. İşte hayvanların bu durumlarının incelenmesi ve bu noktada taslak ve yön sağlaması açısından çocukların durumları önem arz eder. Çocuklar da bir hak öznesi olarak görülmezken, sahipleri olarak görülen aile babalarının her türlü tasarrufuna tabiydiler. Korunma veya menfaatlerinin öncelenmesi gibi bir durum söz konusu değildi. Ancak tarihsel gelişmeler sonucunda çocukların hak öznesi olmaları kabulüyle artık korunmaları gerektiği ve boşanmalarda da menfaatlerinin üstün tutulması gerektiği kabul edilmiştir. İşte hayvanlar için de esasında aynı sürecin bir noktasındayız demek yanlış olmayacaktır. Hayvanların hak öznesi olarak kabul edilmesi yönünde güçlü savunmalar olmakla beraber, hukuki gelişimin de bu yönde olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle, bir hak öznesi olarak hayvanların da boşanma davalarında çocuklara benzer şekilde korunması ve menfaatlerinin üstün tutulması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak, konuyla ilgili üç farklı görüşün olduğunu ve hayvan velayetine ilişkin daha sağlam bir temel kurmak adına aykırı görüşlerin de incelenmesi gerektiği metodolojik bir gerçektir.

İlk olarak hayvanı eşya olarak gören geleneksel görüş diyebileceğimiz görüşe göre, adından anlaşılacağı üzere hayvanların hak öznesi oldukları, temelden reddedilir. Bu görüşte hayvanların duygusal ve bilişsel yetkinlikleri de yok sayılır. Boşanma davalarında çoğunlukla vurgulanan ve hukuki metinlerden kaynak alan bu görüşe göre, boşanma davalarında hayvanlar eşyalarla aynı rejimde bölüştürülür. Yani hayvanın sahibi ekonomik, mülki kanıtlarla belirlenerek hayvan o tarafa verilir. Bu yaklaşım, hem hayvanlar, hem de insanlar açısından istismar, ruhsal sorunlar gibi olumsuz sonuçlara neden olma ihtimaline her daim gebe dir ve hak kuramını tamamen dışlaması açısından eleştirilebilecektir. İkinci yaklaşım ise, ailenin yüksek menfaati yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda, hayvanlar artık tamamen bir eşya olarak görülmez. Hayvanların bilişsel ve duygusal yetkileri kabul edilir. Ancak, hayvanlar korunması gereken, hak öznesi bir canlıdan ziyade ailenin bir parçası ve insanların menfaatlerinin bir uzantısı olarak görülür. Yani, hayvanın boşanmadan sonraki durumuna karar verilirken, antroposantrik bir şekilde ailedeki insanların menfaatleri

öncelenir. Hayvanların daha iyi yaşam koşullarıyla ilgili atıflara da bakarak bu görüşü genel hayvan hukuku kuramında bulunan hayvan refahı anlayışının boşanma davalarına uyarlanması olarak nitelenebilir. Bu bakışın hayvanların eşya olması kabulüyle hayvan velayeti kabulü arasında bir noktada bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak, içerisinde barındırdığı belirsizlikler ve hak kuramı açısından sıkıştığı antroposantri bu kuramın zayıflıklarını oluşturur.

Hayvanların yetilerinin kabulü ve hukukun ilerlemesi göz önüne alındığında, hayvan hakları temelindeki boşanma düzenlemesi ise, ancak hayvanın üstün menfaati üzerine inşa edilen hayvan velayeti kavramıyla sağlanabilecektir. Hayvanın üstün menfaati kuramının temeli de, çocuğun üstün menfaati kuramıdır. Burada çocuklar gibi, hayvanların da hak öznesi ve korunması gereken varlıklar olduğunun kabulü önemlidir. Velayet konusundaki kararlar, hayvanın menfaatinin belirlenmesiyle verilir. Bunların kapsamında hayvanın kiminle duygusal bağının derin olduğu, hayat kalitesinin kiminle kalırsa daha iyi olacağı gibi değerlendirmeler yapılır. Teknolojinin de gelişmesiyle bu değerlendirmeleri yapmak mümkün hale gelmiştir. Ancak, çocuk velayetinde olduğu gibi, hakimin geniş takdir yetkisi olduğunu belirtmek gerekir. Hayvan haklarına paralel hayvanın üstün menfaati ilkesinde verilen bir hayvan velayeti kararı, aynı zamanda yine aynı ilke temelinde ortak velayet, ziyaret ve nafaka düzenlemelerini de getirebilecektir. Bu noktada, özellikle, hayvanlar eğitim, din, miras, velayetin yaşla sonlanması gibi olgular noktasında tartışılmayacağı hasebiyle hayvan velayetinin, çocuk velayetinden farklı olacağını belirtmek gerekir. Ancak, yaşam kalitesi, hastalıklar, ziyaretin veya nafakanın sağlanması gibi noktalarda ise benzer olacağını akılda tutmak önemlidir. Teorik olarak bu şekilde değerlendirilen kavramın mahkeme kararları ve hukuki düzenlemelere yansması ise, aşamalı ve uzun bir süreçte gerçekleşmektedir. Esasen mahkeme kararlarına bakıldığında, hakimlerin hayvanları eşya olarak kabul etme konusunda isteksizlikleri veya hayvanların üstün menfaatlerinin değerlendirilmesi noktasında dolaylı da olsa istekli olduğunu görmek mümkündür. Dünya genelinde bazı mahkeme kararlarında bu ifadelerin geçtiğini ve bu ilke temelinde hayvanların “velayet” düzenlemelerinin yapıldığını görmekteyiz. Bu bağlamda da, bazı ülkelerde hayvanın üstün menfaati ilkesinin, temelinde henüz açıkça hayvan “velayeti” tanınmasa da sahiplik olarak gözetiminin yapılması noktasında hakimlere takdir yetkisi verildiğini veya emredici hüküm niteliğinde düzenlemeler yapıldığı bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nihayetinde, hayvan hakları konusunda sağlam doktrinsel savunuların olduğu hukuk dünyasında, toplumun da taleplerinin genel olarak bu yönde olduğu göz önünde bulundurularak, boşanmalarda hayvanın üstün menfaatleri temelinde, bu yöndeki hukuki düzenleme ve mahkeme kararlarının örneklerinin de geliştirilmesi veya temel alınmasıyla beraber bir hayvan velayeti düzenlemesinin yapılması yerel ve genel anlamda gereklilik arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Kitap, Kitap Bölümü ve Makaleler:

Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.

Algan, Müberra. *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Alkan, Fatih. *Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Anderson, David J. ve Ralph Adolphs. “A Framework for Studying Emotions across Species”, *Cell*, S. 127, 2014, 187-200.

Antalya, Osman Gökhan. *Eşya Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 24. *Eşya Hukuku Cilt I*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Bekoff, Marc. *Hayvanların Duygusal Dünyası*, çev. Asude Taçyıldız İpekçioğlu, Destek Yayınları, İstanbul, 2020.

Boissy, Alain, Gerhard Manteuffel, Margit Bak Jensen vd., “Assessment of Positive Emotions in Animals to Improve Their Welfare”, *Physiology&Behavior*, S. 92, 2007, 375-397.

Britton, Ann Hartwell. “Bones of Contention: Custody of Family Pets”, *Journal of the Academy of Matrimonial Lawyers*, C. 20, S. 1, 2006, 1-38.

Cantarella, Eva. “Aile ve Patria Potestas”, içinde: *Antik Roma*, Edt. Umberto Eco, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2018, 344-349.

Carter, C. S.. “Neuroendocrine Perspectives on Social Attachment and Love”, *Psychoneuroendocrinology*, C. 23, S. 8, 1998, 779-818.

Barış, Demirsatan, “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.24, s.3, 2020, 137-161.

Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.

Duru, Buse. *Hayvan Hakları Teorisi ve Pozitif Hukuk İncelemesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Eason, L. Morgan. “A Bone to Pick: Applying a Best Interest of the Family Standard in Pet Custody Disputes”, *South Dakota Law Review*, C. 62, S. 1, 2017, 1-34.

Francione Gary L. ve Robert Garner. *The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation*, Columbia University Press, New York, 2010.

Franklin, Emily. “How to Give the Dog a Home: Using Mediation to Solve Companion Animal Custody Disputes”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, C. 12, 2012, 351-372.

Fraser, David. “Animal Welfare”, İçinde *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Edt. Marc Bekoff, Greenwood Press, Westport, 1998, 56-57.

Gentry, Dianna. “Including Companion Animals in Protective Orders: Curtailing the Reach of Domestic Violence”, *Yale Journal of Law and Feminism*, C. 13, S. 97, 2001, s. 97-116.

Gregory, John DeWitt. “Pet Custody: Distorting Language and The Law”, *Family Law Quarterly*, C. 44, S. 1, 2010, 35-64.

Hallam, Paula. “Dogs and Divorce: Chattels or Children? -Or Somewhere In-Between?”, *Southern Cross University Law Review*, C. 17, 2014, 97-113.

Hatemi, Hüseyin ve Burcu Kalkan Oğuztürk. *Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Horvath, Kristy ve Margaret Ryznar. “Protecting the Parent-Child Relationship”, *George Washington International Law Review*, C. 47, 2015, 303-326.

Humphries, Jane. *Childhood and Child Labour in the British Industrial Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Jardine, Adam, Marilyn Bromberg ve Nicholas Cardaci. “No More Fighting Like Cats and Dogs: It’s Time for a New Pet Custody Model in Australia”, *Canberra Law Review*, C. 19, S.1, 2022, 86-109.

Jena, Nibedita Priyadarshini. “Animal Welfare and Animal Rights: an Examination of Some Ethical Problems”, *Journal of Academic Ethics*. S. 15, 2017, 377-395.

Karaman, Ebru. *Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin Anayasal Değerlendirilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Kılıçoğlu, Ahmet Mithat. *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Koçhisarlıoğlu, Cingiz ve Özlem Söğütlü Erişgin. “Hayvanın Hukuki Durumu”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, 8/Özel Sayı, 2013, 1691-1724.

Koçoğlu, Safa. *Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2018.

Kudasik-Gil, Emilia. “Spanish Animal Protection Law – an Overview of Civil, Criminal and Administrative Provisions Concerning Animal Welfare”, içinde: *Legal Protection of Animals*, Edt. Emil Kruk, Grzegorz Lubenczuk, Hanna Spasowska-Czarny, Maria Curie-Sklodowska University Press, Lublin, 2020, 343-358.

Languaer, Erwin. “Tom Regan’s Philosophy of Animal Rights: Subjects-of-a-Life in the Context of Discussion of Intrinsic and Inherent Value”, *Problemos*. S. 97, 2020, 87-98.

Lerner, Pablo. “With Whom will The Dog Remain? On the Meaning of the ‘Good of the Animal’ in Israeli Family Custodial Disputes”, *Journal of Animal Law*, C. 6, 2010, 105-130.

Lund Vonne vd. “Animal Welfare Science—Working at the Interface Between the Natural and Social Sciences”. *Applied Animal Behaviour Science*, S. 97, 2006, 37-49.

McLain, Tabby. “Adapting The Child’s Best Interest Model to Custody Determination of Companion Animals”, *Journal of Animal Law*, C. 6, 2010, 151-168.

Mičković, Sara. “Fur-Ever Homes After Divorce: The Future of Pet Custody”, *Animal Law Review*, C. 28, S. 1, 2022, 47-62.

Newberry, Michelle. “Associations Between Different Motivations for Animal Cruelty, Methods of Animal Cruelty and Facets of Impulsivity”, *Psychology, Crime and Law*, C. 24, S. 5, 500-526.

Odendaal, J. S. J. ve R. A. Meintjes. “Neurophysiological Correlates of Affiliative Behaviour Between Humans and Dogs”, *The Veterinary Journal*, C. 165, S. 3, 2003, 296-299.

Oktay Özdemir, Saibe. “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, II. Cilt*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, 1219-1242.

Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Turhan Yayınevi, Ankara, 2004.

Paul, Elizabeth S. ve Michael T. Mendl. “Animal Emotion: Descriptive and Prescriptive Definitions and Their Implications for a Comparative Perspective”, *Applied Animal Behaviour Science*, S.205, 2018, 202-209.

Regan, Tom. *The Case For Animal Rights*, University of California Press, Berkeley, 1983.

Regan, Tom. “The Case for Animal Rights”, İçinde *Advances in Animal Welfare Science* 1986/87, Edt. M.W. Fox, L. D. Mickley, Martinus Nijhoff Publishers, Washington, 1986, 179-189.

Rook, Deborah. “Who Gets Charlie? The Emergence of Pet Custody Disputes in Family Law Adapting Theoretical Tools from Child Law”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, S. 28, 2014, 177-193.

Seps, Christopher D.. “Animal Law Evolution: Treating Pets as Persons in Tort and Custody Disputes”, *University of Illinois Law Review*, S. 4, 2010, 1339-1374.

Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

Simmons, Schyler P.. “What is the Next Step for Companion Pets in The Legal System? The Answer May Lie with The Historical Development of The Legal Rights for Minors”, *Texas A&M Law Review*, S. 253, 2003, 253-285.

Tavşancıl Kalafatoğlu, Deniz. “Türkiye’de Hayvan Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 96, S. 6, 2019, 73-104.

Tokuş, Aylin. *Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velayet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Trollinger, Melissa. “The Link Among Animal Abuse, Child Abuse and Domestic Violence”, *Colorado Lawyer*, C. 30, S. 9, 2001, s. 29-32.

Walsh, Froma. “Human-Animal Bonds I: The Relational Significance of Companion Animals”, *Fam Process*, C. 48, S. 4, 2009, 462-480.

Yılmaz, Süleyman ve Abdulkerim Yıldırım. *Medeni Hukuk-I: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2023.

Zentall, Thomas R.. “Animal Intelligence”, İçinde *The Cambridge Handbook of Intelligence* Edt. Robert J. Sternberg, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, 397-427.

Hukuki Düzenlemeler ve Mahkeme Kararları:

5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, RG 26.06.2004, Sayı: 25509.

AİHM Elsholz-Almanya Kararı, B.N. 25735/94, 13.07.2000, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22elsholz%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58763%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22elsholz%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58763%22]}) (E.T. 08.06.2024).

AİHM, Hokkanen-Finlandiya Kararı, B.N. 19823/92, 23.09.1994, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22hokkanen%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57911%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22hokkanen%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57911%22]}) (E.T. 08.06.2024).

Akers v. Sellers, Appellate Court of Indiana, in Banc, 54 N.E.2d 779 (Ind.App.1944), <https://www.animallaw.info/case/akers-v-sellers> (E.T. 09.06.2024).

Alaska Statute § 25.24.160 (a)(5), <https://www.animallaw.info/statute/ak-divorce-§-2524160-judgment> (E.T. 10.06.2024).

Arrington v. Arrington, Court of Civil Appeals of Texas, Fort Worth, 613 S.W.2d 565 (Tex. Civ. App. 1981), <https://www.animallaw.info/case/arrington-v-arrington> (E.T. 05.06.2024).

Assal v. Barwick, Maryland Circuit Court, No. 164421 (Md. Cir. Ct. Dec 3, 1999), <https://www.animallaw.info/pleading/assal-v-barwick-kidwell> (E.T. 09.06.2024).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 Nolu Protokol, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/08/26/AIHS_7_protokol.pdf (E.T. 10.06.2024).

Bennett v. Bennett, District Court of Appeal of Florida, First District, 655 So.2d 109 (Fla.App. 1 Dist.,1995), <https://www.animallaw.info/case/bennett-v-bennett> (E.T. 07.06.2024).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi, https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf (E.T. 08.06.2024).

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme> (E. T. 08.06.2024).

Bueckner v. Hamel, Court of Appeals of Texas, Houston [1st Dist.], 886 S.W.2d 368 (Tex. App. 1994), <https://www.animallaw.info/case/bueckner-v-hamel> (E. T. 09.06.2024).

California Family Code, § 2605(b), <https://www.animallaw.info/statute/ca-divorce-§-2605-care-and-ownership-pet-animal> (E.T. 10.06.2024).

Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020151658125_tur.pdf (E.T. 10.06.2024).

Dickson v. Dickson, Ark. Garland County Ch. Ct., No. 94-1072. (Aktaran: Huss, “Seperation, Custody and Estate”, s. 223.).

Hament v. Baker, Supreme Court of Vermont, 2014 VT 39, 97 A.3d 461 (Vt. 2014), <https://www.animallaw.info/case/hament-v-baker> (E.T. 07.06.2024).

Houseman v. Dare, Superior Court of New Jersey, Appellate Division, 966 A.2d 24 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2009), <https://www.animallaw.info/case/houseman-v-dare> (E.T. 05.06.2024).

Illinois Marriage and Dissolution of Marriages Act, § 501/5, <https://www.animallaw.info/statute/il-divorce-act-5-illinois-marriage-and-dissolution-marriage-act> (E.T. 10.06.2024).

İzmir 16. Aile Mahkemesi, E. 2018/592, K. 2018/597, (Aktaran: Deniz Tavşancıl Kalafatoğlu, “Türkiye’de Hayvan Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 96, S. 6, 2019, s. 102.)

Juelfs v. Gough, Supreme Court of Alaska, 41 P.3d 593 (Alaska 2002), <https://www.animallaw.info/case/juelfs-v-gough> (E.T. 09.06.2024).

Pedroni v. Capello, Court of Juzgado Civil 7, Poder Judicial de la Nación, Juzgado Civil 7, Fallo 23536/2021, <https://www.animallaw.info/case/pedroni-matías-andrés-c-capello-marina-alejandra-s-medidas-precautorias---familia> (E.T. 09.06.2024).

Placey v. Placey, Court of Civil Appeals of Alabama, 51 So.3d 374 (Ala. Civ. App., 2010), <https://www.animallaw.info/case/placey-v-placey> (E. T. 09.06.2024).

Ploni v. Plonit, Ramat Gan Family Court, FC 32405/01, 2004, (Aktaran: Hallam, Paula. “Dogs and Divorce: Chattels or Children? -Or Somewhere In-Between?”, *Southern Cross University Law Review*, C. 17, 2014, s. 104.)

Prim v. Fisher, No. S1464-09 CnC (Toor, J., Dec. 22, 2009), <https://law.justia.com/cases/vermont/superior-court/2009/2010-2-25-5.html> (E.T. 07.06.2024).

Raymond v. Lachmann, Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, 695 N.Y.S.2d 308 (N.Y. App. Div. 1999), <https://www.animallaw.info/case/raymond-v-lachmann> (E.T. 07.06.2024).

Re Marriage of Stewart, Court of Appeals of Iowa, 356 N.W.2d 611 (Iowa Ct. App. 1984), <https://www.animallaw.info/case/re-marriage-stewart> (E.T. 05.06.2024).

Sentencia 10013-103027-2023-00229-00 (0327), Tribunal Superior de Bogota, Tribunal Superior de Bogotá, Sala Mixta, Sentencia del 6 de octubre de 2023, Rad. 10013-103027-2023-00229-00 (0327), <https://www.animallaw.info/case/sentencia-10013-103027-2023-00229-00-0327> (E. T. 09.06.2024).

Swiss Civil Code, https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_24_5_233/20240101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20240101-en-pdf-a-1.pdf (E.T. 10.06.2024).

Travis v. Murray, Supreme Court, New York Country, New York, 977 N.Y.S.2d 621 (Sup. Ct. 2013), <https://www.animallaw.info/case/travis-v-murray> (E.T. 07.06.2024).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.03.2013, E. 2012/2-794, K. 2013/310, <https://karararama.yargitay.gov.tr/#> (E.T. 10.06.2024).

Zovko v. Gregory, No. CH 97-544 (Va. Cir. Ct., Oct. 17, 21997) (Aktaran: Rebecca J. Huss, “Seperation, Custody and Estate Planning Issues Relating to Companion Animals”, University of Colorado Law Review, C. 74, 2003, s. 226.).

KAMU YARARI KAVRAMININ KÖKENLERİ: ANTİKİTEDEN ORTAÇAĞA ‘ORTAK İYİ’ KAVRAMININ ANLAM VE İŞLEVLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

(THE ORIGINS OF THE CONCEPT OF THE PUBLIC UTILITY:
A STUDY ON THE MEANING AND FUNCTIONS OF THE 'COMMON GOOD' FROM
ANTIQUITY TO THE MIDDLE AGES)

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER **

ÖZ

“Kamu Çıkarı/Yararı” (*Utilitas Publica*) kavramı, devletin icrai ve düzenleyici faaliyetlerinin, yasamanın ve kamu hukukun bir ilkesi, aynı zamanda hukukçuların hukuku yorumlama, karar verme ve hukuku geliştirmeye dönük yararlandıkları metodik bir vasıta olmak bakımından, yüzyıllardır üzerinde durulan bir kavramdır. Bununla birlikte, onun içeriği konusundaki tartışmalar da yüzyıllardır devam etmektedir. Kamu yararı, çoğunluğun mu yoksa toplumun bütününe mü yararlıdır? Zenginliğin ya da mutluluğun azamileştirilmesi midir, yoksa adil dağıtım mı? Hükümetlerin hal ve şartlara bağlı değişken çıkarları da kamu yararı kapsamına dahil midir? Yoksa kamu yararı her kapıyı açmaya yarayan politik bir alet midir? Bu makalede, kamu yararı kavramının arka planındaki “ortak iyi” (*common good / bonum commune*) kavrayışı ve bunun modern öncesi felsefedeki görünüşleri ele alınacaktır. Bu kavramsallaştırmanın izlerini Antik Çin felsefesinde bile fark edebilmek mümkündür. Fakat Batı felsefesinde etki doğuran yorumlar, Aristoteles, Stoa Felsefesi ve bunların Skolastik felsefedeki yorumlarıdır. Makalede bu modern öncesi ahlak ve siyaset felsefesi kaynakları üzerinden, “ortak iyi” kavramının temelindeki bir takım düşünsel unsurlar ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Ortak İyi, Kamu Yararı, Aristoteles, Mohizm, Cicero, Thomas Aquinas, Ockham’lı William.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 04.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 12.11.2024. Onaylanma Tarihi: 12.11.2024.

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0359-9368.

Eser Atf Şekli: Muzaffer Dülger, “Kamu Yararı Kavramının Kökenleri: Antikiteden Ortaçağa ‘Ortak İyi’ Kavramının Anlam ve İşlevleri Üzerine Bir İnceleme”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s. 259-288.

ABSTRACT

The concept of “Public Interest/Utility” (Utilitas Publica) is a concept that has been emphasised for centuries as a principle of the executive and regulatory activities of the state, legislation and public law, as well as a methodical tool used by jurists to interpret, decide and develop the law. However, debates on its content have also been continuing for centuries. Is the public interest the interest of the majority or of society as a whole? Is it the maximization of wealth or happiness, or its fair distribution? Does it also include the contingent interests of governments? Or is the common good a political tool to open every door? In order to partially concretise the answers to these questions, this article will examine the concept of the ‘common good’ (bonum commune) behind the concept of public utility and its manifestations in early modern philosophy. It is possible to recognise traces of this conceptualisation even in ancient Chinese philosophy. However, the interpretations that have had an impact on Western philosophy are Aristotle, the Stoic philosophy and their interpretations in Scholastic philosophy. In this article, through these pre-modern sources of moral and political philosophy, some intellectual elements underlying the concept of ‘common good’ will be tried to be revealed.

Keywords: Common Good, Public Utility, Aristotle, Mohism, Cicero, Thomas Aquinas, William of Ockham.

GİRİŞ

“Kovan için iyi olmayan, arılar için de iyi olmaz.”

Marcus Aurelius

Hiç şüphesiz ki, politik bir karar verici konumdaysak, vereceğimiz kararların arka planındaki gerekçenin toplumun ortak yararı ya da diğer bir ifadeyle “kamu yararı” olması beklenir. Fakat bir yasa koyucu ya da devlet görevlisi konumunda değilseniz, kararlarımıza içerik vermede *diğer insanların* payı ne olacaktır? Örneğin şirket yöneticileri, gazeteciler ya da tüketiciler, ne hal ve şartlar altında kamu yararı odaklı kararlar almalıdırlar? Kamu yararı neden önemsenmelidir? Ya da hukukun cebri gücüyle bu gibi karar-vericilerin kamu yararını dikkate alma düzeyleri ne oranda belirlenebilir ya da dayatılabilir? Sadece özel alanlara özgülenmiş hayatlar

sürdüren üyelerin var olduğu bir toplumun nesi kötüdür? Ya da herkesin bu türden bir yaşam içinde, tıpkı birer Robinson Crusoe gibi, hareket edebilmesi mümkün müdür? Tüm bu sorular, birey ile toplum arasında çıkar farklılaşmasına dayalı bir kavrayışın mahsulüdür. Kamu yararı kavramı, çoğunlukla bu farklılaşmaya nerede dur dendiğinin ve herkesi içeren ortak bir paydanın sınırlarının ne olduğunun soruşturulmasında karşımıza çıkan ve fakat analizinin o denli kolay olmadığı belirsizliklerle yüklü bir terim olagelmıştır.

Anlaması ve bilinmesi güç olan kavramlar merak uyandırır ve felsefe bu merakı sever. Başta hukukun kendisi olmak üzere, hukuk felsefesinin meşguliyet içinde olduğu pek çok bilinmesi ya da tanımlanması güç kavram vardır. Bunlardan biri olan “Kamu Yararı” kavramı¹, dünya üzerindeki hemen hemen tüm hukuk düzenlerinin, hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimlerinin birkaç önemli kıstasından biri olmuştur. Bu yönüyle devlet faaliyetinin veya müdahalesinin cebrî, icraî ve kendiliğinden işleyen karakterinin meşruiyet kaynağı olarak lanse edilir². Devlet nâmına hareket eden kişi ve kurumların işlemleri hukuka uygunluk karinesine sahiptir, çünkü bu işlemlerin kamu yararına dönük tesis edilip yürütüldüğü varsayılır. Fakat -bu yönü itibariyle bir varsayım olarak- kamu yararının kapsamı, ölçümü ve bileşenlerini tahlil edebilmek, çözümlenmesi gereken en önemli zorluk olmayı sürdürür. Bu zorluk dolayısıyla, kamu yararının içeriğinin tahlili çerçevesinde oluşacak her pratik hata ya da “yanlışlık” şüphesi, sadece hukuk kurallarının değil, iktisadi ve siyasi pek çok pratiğin meşruiyetini de zedeler. Bu yüzden tıpkı adalet kavramının hukuk düşüncesine münhasır bir kavram olmaması gibi, kamu yararı kavramı da, sadece hukukçuların değil, siyaset ve iktisat bilimlerinin de en temel tartışma nesnelere birisi olagelmıştır. Ayrıca kavram, beşerî birlikteliği, ortak huzur ve refahı, genel iyiliği ya da mutluluğu imlemesi dolayısıyla aynı zamanda bir ahlak felsefesi konusu olagelmiş, hatta tarihsel varoluşunu ahlakî boyutu çerçevesinde edinmiştir. Devletin, devlet faaliyetinin ve hukukun meşruiyeti problemi çerçevesinde önemli bir işlevi olan kamu yararı kavramının, bu vesileyle çeşitli disiplinlere sarkaçları söz konusu

¹ Lütfi Duran ve Tekin Akıllıoğlu gibi idare hukukçuları kavramın muğlaklığını kabul etmekle birlikte; Akıllıoğlu anayasa mahkemesi kararlarına referansla, bunun nedenini kavramın çok işlevliliğine bağlamıştır. *Bkz. AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11.*

² AKILLIOĞLU, *age*, s. 11.

olmakla birlikte, mesele, günümüz itibariyle önemli ölçüde hukuk-siyaset-iktisat üçgeni içerisinde konumlanmış vaziyettedir.

Kamu yararı problematiğinin iktisadileşmesi yönünde adımlar esas olarak İngiliz faydacılığıyla birlikte atılmaya başlanmıştır. Jeremy Bentham'ın hem ahlak hem de yasama bilimi ilkesi olarak takdim ettiği *foyda ilkesi* (*principle of utility*), yani “en fazla insanın en fazla mutluluğu”, gerek temelindeki antropolojik aksiyomlar gerekse de çıktıkları itibariyle oldukça fazla eleştiri çekmiş olsa da, modern devletin -sanayileşme ile birlikte beliren- insan kitlelerinin idare edilebilmesi problemini ele alması adına paradigmatik bir önem arz eder. Ve peşi sıra şu soruyu gündeme getirir: Yasama faaliyetinin hedefi, mutluluğun ya da ona dönük faydanın maksimizasyonu mu (yani onun en çoklaştırılması mı), yoksa bunun çoklaştırılırken aynı zamanda -ve mümkünse “adil”- dağıtımını mı olmalıdır?

Durum 1						Toplam
Bireyler/Gruplar	A	B	C	D	E	
Fayda Birimleri	10	10	10	10	10	50
Durum 2						Toplam
Bireyler/Gruplar	A	B	C	D	E	
Fayda Birimleri	2	2	2	2	95	103

Örneğin bir yasama işleminin toplumsal kesimler üzerindeki etkileri, yukarıdaki gibi³ çeşitli biçimlerde olabilir. Durum 2’de toplam fayda fazla çıkmakla birlikte, Durum 1’e göre oldukça asimetrik bir dağılım söz konusudur. Hangisi bugün refah (*welfare*) kavramına yüklenen anlama uygun bir dağılımı göstermektedir? Pek çoklarınca bu gibi sorunların üstesinden vergilendirme ve başkaca yeniden dağıtım/taahsisat/sübvansiyon pratikleri yoluyla gelinebilir. Çünkü konu sadece zenginlik artışını sağlamak, yani maksimizasyon olarak tanımlandığında bir şeyler daima eksik ve memnun edici olmaktan uzak kalmaktadır. John Rawls ve onun gibi eşitlikçi liberaller, klasik faydacılığın muğlak bıraktığı bu sorunu, adil dağıtım problemi çerçevesinde çözme girişimlerine evriltirken, Richard A. Posner gibi eşitlikçi olmayan liberal yazarlar, Kaldor-Hicks etkinlik modeli üzerinden, adil dağıtımını devre dışı bırakan bir salt zenginlik maksimizasyonunu yasama politikalarının ve hukukun amacı haline

³ Tablo, Simmonds’un eserindeki tablonun çok az oranda farklılaştırılmış bir halidir. *Bkz. SIMMONDS, Nigel E.: Central Issues in Jurisprudence, 3th ed., Sweet & Maxwell, London, 2010, s. 30.*

getirmeyi savunmuşlardır. Meseleye, Bentham'ın teorisindeki büyük sayılar uğruna küçük sayıların görmezden gelme ve hedonistik fayda karşılaştırmaları sorunlarını çözmek adına, fayda hesabını (tercihler doğrultusunda) formelleştirmek ve optimalite muhasebesine dökmek şeklinde yaklaşan Vilfredo Pareto gibi başkaca düşünürler de bulunmaktadır⁴. Dolayısıyla ve netice itibarıyla, bugün için kamu yararı tartışmaları ciddi ölçüde iktisadileşmiş haldedir. Fakat konunun modernite öncesi safhalarına bakıldığında, tıpkı iktisadın arkaplanında olduğu gibi, bu problemde de önemli ölçüde ahlak felsefesi tartışmaları olduğu görülecektir.

Bu çalışmada, kamu yararı kavramının hukuk kuramı açısından tartışılma ve anlamlandırılma sürecinin, başlangıç safhaları olarak değerlendirilebilecek olan modern öncesi ve antik dönemlere odaklanılmıştır. Kavramın belirişi, 'ortak iyi' ya da 'ortak menfaat' olarak tercüme edilebilecek pek çok muadil terimin kullanıldığı bir kavramsal saha içerisinde gelişmiştir⁵. Bu dağarcığı üreten ve şekillendiren başlıca isimler ve yaklaşımlar olarak, Aristoteles, Stoa Felsefesi, Cicero, Thomas Aquinas ve Ockham'lı William'ı özellikle vurgulamak gerekir. Bu çalışmada, söz konusu isimlerin ve bakış açılarının kamu yararı kavramının bugünkü anlam ve işlevine kapı aralayan etkileri ele alınacak ve prensip itibarıyla skolastik felsefeden öteye gidilmeyecektir.

Bu minvalde, kamu yararı kavramı konusunda belki taşları antikitede döşenmiş ama bugün bile yolun nereye çıktığına dair tam olarak belirginlik olmayan, içinden çıkılamamış ve halen sorgulanmakta olan bir takım temel problemlere kısaca işaret edilmesinde fayda vardır. Bunlardan bir tanesi adalet ve hukuk güvenliği gibi kavramlarla kamu yararı arasındaki, bazılarınca antinomik algılanan ilişkidir. Kamu yararı kavramı, hukuk teorisi içinde, *hukukun gayesi (telos'u)* -ya da daha modern bir tâbirle işlevleri/fonksiyonları- tartışmasında⁶ da üç temel kavramdan biri olarak kendine kritik bir yer edinir. Rahmi Çobanoğlu şöyle yazar: "Hukukun gayesi, adalet vasıtasıyla nizam ve emniyeti sağlayarak, toplumu teşkil eden fertlerin hepsine ait hayrı, yani *müşterek hayrı* gerçekleştirmelerine imkan

⁴ Faydacılığın klasik hedonistik faydacılıktan formal tercih faydacılığına evriminin özet bir açıklaması için bkz. **DÜLGER**, Muzaffer: *Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020, s. 52-60.

⁵ **KEMPSHALL**, Matthew S.: *The Common Good in Late Medieval Political Thought*, Oxford University Press, New York, 1999, s. 10.

⁶ Gaye ve işlev kavramları özelinde bir tartışma için bkz. **DÜLGER**, Muzaffer: "Hukukun Teleolojisi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Temmuz-2023, s. 498.

veren şartları yaratmaktan ibarettir”⁷ (v.e.). Burada üç önemli kavram belirmektedir: (i) adalet, (ii) düzen ve emniyet, (iii) müşterek hayr. Benzer üçlüyü, Gustav Radbruch da adalet, hukuk güvenliği ve pratik amaçsallık (*Zweckmäßigkeit*) olarak kurmuştur⁸. Çobanoğlu ve Radbruch gibi yazarlar, genel faydanın, adalet ve hukuki güvenliğin sağlanmasıyla kendiliğinden ortaya çıktığından bahisle, diğer iki kavrama -hukukun meşgalesi olmak bakımından- genel faydadan görece daha öncelikli bir değer atfederler⁹. Fakat ortada yumurta-tavuk paradoksu gibi bir paradoksun bulunduğunu da belirtmek gerekir. Çünkü en görünür biçimde İngiliz faydacılığında, ve hatta geriye dönüldüğünde Antik Yunan (özellikle de Aristoteles) felsefesindeki *eudaimonist* (mutlulukçu) anlayışta, korelasyonun aksi doğrultusunu vurgulayan görüşler de söz konusu olmuştur. Bu görüşlere göre, sadece kendisi için arzu edilen en temel ya da nihai (*ultimate*) iyi, mutluluktur. Kurallarda belirginlik, adalet ve sair değerler ise bu esas gayeyi olanaklı hale getirmeleri dolayısıyla araşsal iyi vasfındadırlar.

Bir diğer temel problem, kamu yararı terimindeki “kamu” (*public*) kavramının anlamından kaynaklanır. Geuss şöyle yazar¹⁰:

Res publica'nın *publica* kısmı, orijinal anlamı çok net olmayan *populus*'tan (veya, daha önceki *populus*'tan) türetilmelidir. Oxford Latince Sözlük, *publicus*'u *pubes* ile de ilişkilendirir ve bir sıfat olan *pubes*'i şöyle tanımlar: (1) Fiziksel olarak olgun, yetişkin, ergin, erişkin; (2) (sebzelele, meyvelerle vs. ile ilgili olarak) öz suyu veya besi suyu dolu. Bir isim olarak *pubes*'i ise şöyle tanımlar: (1) Çalışabilecek güçteki kişilerden, insan gücünden ve [çalışabilecek güçteki] sair topluluklardan oluşan yetişkin nüfus; (2) Ergenlik çağında olma yaşı veya durumu...

Etimoloji her zaman doğru bir değerlendirme yapmaya olanak sağlamayabilir. Ancak tesadüf müdür bilinmez, kamu yararı kavramının tarihine baktığımızda, yararı dikkate alınacak olan toplumsal kesimin ne olduğu üzerine oldukça fazla spekülasyon yapıldığı görülür ve bu açıdan

⁷ Aktaran: DÜLGER, “Hukukun Teleolojisi”, s. 508.

⁸ RADBRUCH, Gustav: “Yasal Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk”, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü* (çev. Sevtap Metin, Altan Heper), Tekin Yay., İstanbul, 2014, s. 89'dan aktaran: DÜLGER, “Hukukun Teleolojisi”, s. 505. Metnin çevirmenleri Metin ve Heper, burada bahsi geçen “belirlenmiş bir amaca uygun oluş” kavramının rölatif bir kavram olduğunu, belli bir zaman/mekanda mevcut felsefi, sosyolojik ve iktisadi koşullar çerçevesinde içeriğinin oluştuğunu vurgularlar. Aktaran: DÜLGER, “Hukukun Teleolojisi”, s. 505, dn. 37.

⁹ Bkz. DÜLGER, “Hukukun Teleolojisi”, s. 505-506, 509 (dn. 59); ARAL, Vecdi: *Mutluluk ve Toplumun Esenliği*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 40.

¹⁰ GEUSS, Raymond: *Kamusal Şeyler, Özel Şeyler* (çev. Gülayşe Koçak), Yapı Kredi Yay., İstanbul 2007, s. 50.

Geuss'un pasajı manidardır. Bazı görüşler, (i) genel olarak tüm kesimleriyle birlikte toplumun bütününe kastedildiğini, (ii) bazıları toplumun yanında devlet çıkarının da bu kavrama dahil olduğunu, (iii) bazıları ise toplumun her kesiminin kastedilmediğini, bazı kesimlerinin menfaatinin hedeflendiğini dile getirirler.

Özellikle sınıflı yapıların olduğu toplumlarda, alt sınıfların çıkarını onların hamileri olarak değerlendirilen üst sınıfların çıkarından ayırmamak gibi fikrî eğilimlerin bulunduğunu, Antik dönemlerden İngiliz faydacılarına dek okuyabilmek mümkündür. Örneğin İngiliz faydacı düşünür John Stuart Mill'in bazı eserlerinde, Victoria Çağı'nın İngiliz üst orta sınıfını, toplumun alt kesimlerinin bir hamisi olarak (Geuss'un vurgu yaptığı *pubes* etimolojisindeki gibi erişkin, yetkin kesimleri gibi) değerlendirildiğine dair içerikler, hatta bu bakış açısının devletlerarası sisteme teşmili olarak, müstemlekelerin çıkarını hamî (diğer bir deyişle mandacı) devletlerin çıkarına bağlamak gibi açık ya da örtülü ifadelere rastlanılabilir¹¹.

Bir başka temel problem ise kamu yararı kavramı içerisine sızan devlet çıkarından kaynaklanır¹². Hatta kimilerine göre bu sızıntı o denli yoğundur ki, kamu yararı kavramını içi boş bir kavram ve arkada gizlenmiş olan devlet çıkarının önünde bir payanda haline getirmiştir. Belki kavramın tarihinde çok fazla olmamakla birlikte, bugününde çok fazla olan bu eleştirel bakış açıları, ideolojik bir yelpazede çeşitlenir¹³. Liberal devletin

¹¹ Örneğin *bkz.* **MİLL**, John Stuart: *Hürriyet Üstüne* (çev.: M. O. Dostel), 3.baskı, Liberte Yay., Ankara, 2012, s. 50-51.

¹² Bu sebepten ötürü doktrinde kimi yazarlarca, devlet çıkarının dahil olmadığı bir "toplum yararı" kavramının, kamu yararından farklılığına işaret edilmiştir. Doktrindeki birkaç esere atıfla *bkz.* **AKILLIOĞLU**, *age*, s. 14. Bu eserlerden birinin yazarı Doğanay iki kavram arasındaki farkı şu şekilde açıklar: "Kamu yararı, kurulu düzenin korunmasındaki çıkardır. Kurulu düzen özel mülkiyete dayanıyorsa, kamu yararı özel mülkiyetin korunmasındaki çıkar anlamına gelir. Toplum yararı ise, ülkede yaşayan tüm insanların ortak çıkarlarını ifade eder." **DOĞANAY**, Ümit: "Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları", *Mimarlık Dergisi*, Sayı: 7, Temmuz-1974, s. 5.

¹³ "Fransız anlayışı, bireysel çıkarların terk edilmesiyle kamu yararının fark edilebileceğini söyler, İngiliz anlayışı ise bireysel çıkarların peşinden gidilmesiyle... Fransız olanı *homo politicus*'u önvarsayar, İngiliz olanı *homo economicus*'u... İlki toplumsal uyum ve bütünlük yaratmaya çalışır, ikincisi bütünlüğü ve uyumu piyasaya bırakır ve ona refakat eder..." Kıta Avrupası ve İngiliz siyasal sistemlerindeki ideolojik farklılık özelinde kamu yararı anlayışlarının farklılıklarına dair daha detaylı bir karşılaştırma içeriği için *bkz.* **KILIÇ**, İlker: "Kamu Yararı: Fetişizm ve İdeoloji", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6, Sayı:1, Nisan-2021, s. 302-303.

“kamu yararı” anlayışının ardında “egemen sınıfların çıkarını”¹⁴ yahut “sermaye çıkarını” gören sol yaklaşımlardan, devlete başlı başına şüpheyle yaklaşan bireyci, liberteryen ve anarşist bakış açılarına dek, pek çok sorgulayıcı zihnin nazarında kamu yararı kavramı her politik menfaatçiliğin olağan şüphelisi haline gelmiştir. Politik suistimallere elverişli bu yapısı nedeniyle kamu yararının, her kapıyı açan bir maymuncuk gibi “her derde deva” bir terim olduğu belirtilmiş¹⁵, anlamsal içeriğinin duruma bağlı olarak farklı şekillerde doldurulabilmesi nedeniyle “semantik bir bukalemun” yakıştırması yapılmıştır¹⁶. Bu yönde yapılagelen tartışmalar genel ağırlıkla çağdaş tartışmalar olup, bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Kamu kelimesinden kaynaklanan bir başka muğlaklık, bu terimle bir “genellik” ya da “ortaklık”ın kastedildiği, fakat bu kasıttan ne anlaşılması gerektiği hakkındadır. Bazı yazarlar, bu minvalde, kamu yararı ile genel yarara farklı anlamlar yükleyerek meseleyi kritize etmeye çalışırlar¹⁷. “Ortak” kavramı ekseninde konuya bakanlar ise, ilave soruları gündeme getirirler. Örneğin çoğunlukla kamu yararı ile anlamdaş kullanılagelen bir terim olan “ortak iyi”, Philippe Petit’ye göre “makul bir biçimde insanların ortak menfaatlerine atıfta bulunamaz, sadece insanların kamunun mensupları olarak sahip oldukları ortak menfaatlere atıfta bulunabilir”¹⁸. Toivanen ve Haara ise, genel anlamda ortak iyinin, bireyler arasında bir şekilde paylaşılan veya ortak olan iyiyi ifade ettiğini ve genellikle bireysel bir fail için öznel olarak değerli olan şeyleri ifade eden kişisel çıkar ile

¹⁴ “Kendisinden önce egemen olan sınıfın yerini alan her yeni sınıf, kendi amaçlarına erişmek için de olsa, kendi çıkarını, toplumun tüm üyelerinin ortak çıkarı olarak göstermek zorundadır; ya da şeyleri fikir planında anlatmak istersek, bu sınıf kendi düşüncelerine evrensellik biçimi vermek ve onları tek mantıklı, evrensel olarak geçerli düşünceler olarak göstermek zorundadır.” Marx ve Engels’in *Alman İdeolojisi*’nden aktaran: **KILIÇ**, *age*, s. 275.

¹⁵ **ŞAHİN**, Yusuf: “Her Derde Deva Kamu Yararı”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı: 54, 2009, s. 109-116.

¹⁶ Aktaran: **LAMBERTINI**, Roberto: “Old Wine in New Wineskins: William Ockham and the Common Good in Context”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s.131.

¹⁷ Örneğin bkz. **KILIÇ**, *age*, s. 273.

¹⁸ Aktaran: **DUKE**, George: “Ortak İyi” (çev. Ezgi Duman), *Doğal Hukukçu Hukukbilim* (eds. George Duke, Robert P. George; Türkçe ed. Ertuğrul Uzun), Zoe Kitap, İstanbul, 2023, s. 437.

anlamsal karşıtlığı çerçevesinde anlamlandırılabilceğini belirtirler¹⁹. Öyleyse, bu yazarların bahsettikleri ortaklıklar nelerdir?

Kamu yararı kavramının arka planında gelişmiş bunca sorunun bir makale sınırları içerisinde değerlendirilip çözümlenebilmesi oldukça güç bir iştir. Bu makalede, yukarıda zikredilen soruların belki bir kısmına dair cevaplar getirilebilir. Bunun için de belli kavramsal ve tarihsel sınırlar içerisinde hareket edilip, öncelikle kamu yararı fikrinin arka planında “ortak iyi” kavramına odaklanılacak ve bu da Antik siyaset ve ahlak felsefesi kaynakları ve onların ortaçağa uzamış yorumları üzerinden gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

I. ANTİK FELSEFEDE “ORTAK İYİ” KAVRAYIŞLARI

A. Çin Felsefesi: Mohizm

Batı düşüncesi merkezli okumalara bir ufak istisna düşerek, bu sefer bir kavrama Doğu'dan yola çıkarak girizgah yapalım. Tıpkı sonradan keşfedilip “Çinli Hobbes” olarak lanse edilebilecek ölçüde düşüncelerinde benzerlikler bulunan Han Fei Zi'yi belki artık pozitivist hukuk düşüncesinin kökleri konusunda anmak gerekliliği nasıl hasıl olmuşsa ya da doğal hukuk düşüncesi ile Taoculuk arasında bir takım bağlantılar sorgulanmaya ya da ilişkilendirmeye açık bir görünüm arz etmekteyse, faydacı hukuk öğretilerinin kökleriyle ilişkilendirilebilecek bir Antik Çin düşünürü de vardır: Mò zǐ ya da Mo Tzu (*Lat.* Micius; d. MÖ.470 – ö. MÖ.391). Bu yüzden Mòzǐ'yi ve onun peşinden oluşmuş Mohist düşünce geleneğini en azından elde edilebilmiş bilgilerin sunduğu ışık kadarıyla anmak gerekir.

Çin'in ilk filozofu unvanını hak edenin Konfüçyüs değil Mohizmin kurucusu Mòzǐ (Üstad Mo) olduğuna dair güçlü bir iddia vardır. Mòzǐ ve takipçileri Çin geleneğinde geleneksel adetlere uygunluğun kendi başına eylemlerin ahlaki açıdan -Ru ve Konfüçyus ekollerinin aksine- doğru olmasını sağlamadığına işaret eden ilk kişilerdir. Bu eleştirel kavrayışla, Mohistler, toplumdaki herkesin ahlaki yargılarını birleştirmek, böylece de sosyal düzensizliği ve uyumsuzluğu ortadan kaldıran yekpare bir ahlakın hakim kılınmasını sağlamak adına nesnel ahlaki standartlar oluşturmaya çabalamışlardır. Bu amaçlara ulaşmak için önerdikleri normatif standart “tüm dünyanın yararı” (*tian xia zhi li* - 天下之利) olmuştur. Toplumun

¹⁹ TOIVANEN, Juhana / HAARA, Heikki: “Introduction: On the Conflict Between Common Good and Individual Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 1.

genel refahını destekleyen eylemler, uygulamalar ve politikalar ahlaki açıdan doğru, buna engel olanlar ise ahlaki açıdan yanlış olarak kabul edilecektir. Yani alternatifler arasından sonuçları itibariyle seçim yapmaya dayalı bu etik teori, aynı zamanda Mohizme dünyanın bilinen en eski sonuçsalcı (*consequentialist*) teorisi vasfı da kazandırmaktadır²⁰.

Mohizmde beş çift yani toplam on adet etik doktrin söz konusudur. Bu çiftlerden hemen hemen hepsi ortak iyi sorunsalına ilişkin çıktılar barındırır²¹:

- (1) “*Değerli Olanı Teşvik*” ve “*Yükselmeyi Desteklemek*”: Bu etik doktrin, sosyal kökeni ve sınıfı ne olursa olsun, devletin merkezi hiyerarşisi içerisinde ortak iyiye ilişkin faydalı ve liyakat sahibi kişilerin yukarıya doğru konum kazanmalarını desteklemeyi, değerli olanı ödüllendirip, zararlı ve faydasız olanı cezalandırmayı ifade eder.
- (2) “*Kapsayıcı İhtimam*” ve “*Saldırğanlığı Kınama*”: Sosyal düzenin idamesi ve kapsayıcı bir erdem olan *ren* (iyilikseverlik, iyi niyet) kavramının gerçekliğe dönüşmesi için insanlar birbirlerini kapsayıcı bir şekilde önemsemelidir. Başkalarının yaşamları, aileleri ve toplumlari için tıpkı kendi yaşamları kadar hassas olmalı ve başkalarıyla ilişkilerinde onlara fayda sağlamaya çalışmalıdırlar. Bunun karşılığında hırsızlık, soygun, cinayet ve hatta askeri saldırğanlık dahi aynı nedenden ötürü yanlıştır. Bencil çıkarlar uğruna başkalarına zarar vermek, nihayetinde Gök’e, ruhlara ya da bir bütün olarak topluma zarar vermeye neden olur.
- (3) “*Kullanımda Ölçülülük*” ve “*Gömülmede Ölçülülük*”: Topluma fayda sağlamak ve halkın esenliğini gözetmek için savurgan lüks ve gereksiz harcamalar ortadan kaldırılmalıdır. Her zaman toplumsal zenginlik ve düzen tesisini amaçlayan *ren* (iyiliksever) kişi, savurgan cenazelere ve uzun süreli yaşlara (başta Ru ve diğer ahlak öğretilerince teşvik edilen geleneklere) kaynak sarfetmekten kaçınır.
- (4) “*Müziği Kınamak*” ve “*Kaderciliği Kınamak*”: İyiliksever (*ren*) kişi, yöneticilerin ve yüksek memurların faydalandığı abartılı müzikli eğlencelere ve diğer lüklere karşı çıkar, çünkü bunlar sıradan insanları beslemek ve giydirmek için kullanılacak kaynakları israf eder. Kadercilik de *ren* değildir, çünkü yaşamımızın önceden belirlenmiş olduğunu ve bu noktada insan çabasının faydasız olduğunu öğreterek ekonomik zenginlik, kalabalık bir nüfus ve sosyal düzen (*zhi*) – yani

²⁰ FRASE, Chris: *The Philosophy of Mòzì: The First Consequentialists*, Columbia University Press, New York 2016, s. 19. Ayrıca bkz. <https://plato.stanford.edu/entries/mohism/>

²¹ FRASE, *age*, s. 17-18.

iyiliksever kişinin toplum için arzuladığı üç temel iyi - arayışına olumsuz anlamda müdahale eder. Kadercilik bu yüzden dünyevi eylemlerin gerekçelendirme kriterini karşılamada başarısızdır ve reddedilmelidir.

- (5) “Gök (Tanrı Katının) İstenci” ve “Ruhları Anlamak”: Gök en asil, en bilge ahlaki faildir, dolayısıyla onun istenci ahlaki açıdan neyin doğru (yi) olduğuna dair güvenilir ölçüdür ve buna saygı gösterilmelidir. Gök, istencine itaat edenleri ödüllendirir ve ona karşı gelenleri cezalandırır; dolayısıyla insanların bu istence uygun olarak iyiliksever olmaları ve doğru olanı yapmaya çalışmaları gerekir. Sosyal ve ahlaki düzen (zhi), iyileri ödüllendiren ve kötülerini cezalandıran ruhlara olan inanç teşvik edilerek geliştirilebilir.

Her ne kadar tüm bu ilkelerin doğrudan Mòzî'den mi çıktığı, yoksa takiplerince ona atfedilen yorumlar mı olduğu konusunda net bilgiler olmasa da, ilkelerin yekunundan çıkan şey, Mohizmin, ahlaki açıdan doğru bir toplum ve yaşam biçimi olarak, genel “faydayı” (li) teşvik eden ve “zararı” (hai) ortadan kaldırmayı gaye edinmiş ahlaki, siyasi ve dini bir öğreti vasfında oluşudur. Bir yönüyle alelâde insana seslenirler; israftan ve uyuşukluktan kaçınmak, ölçülü ve diğer insanları önemseyerek yaşamak konusunda... Bir diğer taraftan ise yöneticiye seslenirler; doğru davranış ve yaşayışları ödüllendirip, yanlışları yasaklamak, devlet içinde faydalılığı ve liyakati dikkate almak konusunda... Ve mohizm, tüm bu ahlakî çerçeveyi dinsel inanca, Gök'ün istencine teşmil ederek kuvvetlendirir.

B. Aristoteles ve Koinon Agathon

Antik Çin'den Yunan diyarına geçtiğimizde, ortak iyi ya da ortak yarara dönük alâkanın siyaset ve ahlak literatürü içerisinde gelişmiş olduğu, en temelde Aristoteles'in (d. MÖ 384 – ö. MÖ 322) metinlerinde açık bir biçimde görülebilir. Öyle ki kendisi, hem *Politika* kitabında, hem de ahlak felsefesi metinlerinde bu kavrama, siyaset ve ahlakın kesişimini meydana getiren bir ilke vasfı yükleyerek çok kez temas etmiştir. Ortak iyi kavramı, Aristoteles'in söz konusu kesişim alanında beliren çok temel bir kavramı, mutluluğu (*eudaimonia*²²) açımlayan bir içerik de barındırır. Onun felsefesinde, mutluluk sadece bireysel takiplerin konusu bir iyi ruh hali

²² Aristoteles, mutluluk (*eudaimonia*) anlamında “insani iyi”nin “ruhun, kendisi amaç olan erdeme uygun bir etkinliği” olarak ortaya çıkması olduğunu dile getirir. **ARİSTOTELES, *Nihomakhos'a Etik***, (çev. Saffet Babür), 4.baskı, Bilgesu Yay., Ankara, 2012, s. 27 [1102a, 5-15]: “İnsani dediğimiz erdem, beden değil, ruhun erdemidir; mutluluk da ruhun bir etkinliğidir.”

değildir, siyasetin ve yasa koyuculuğun oluşturup geliştirmeyi hedeflediği nihai bir gaye (*telos*) vasfındadır²³.

Aristoteles'te, özellikle de *Politika* metninde, sırasıyla ortak iyi ve ortak fayda olarak tercüme edilebilecek olan *koinon agathon* (*κοινόν ἀγαθόν*) ve *koinon sumpheron* (*κοινόν συμφέρον*) gibi kavramlar çerçevesinde kendini gösteren ortak iyilik ya da ortak yarar problemi, bireysel çıkarlar ile ortak yaşamın uyumluluğu sorunu bağlamında gelişmiştir. Aristoteles'in bu konuda kanaati ve çıkarımları, özetle, şu yönde gelişir: Her insanın nihai ereği olan mutluluğun insanca takibi, çıkarların tek başına ve bencilce peşinden koşulmasıyla değil, bir politik hayvan (*zoon politikon*) olarak kamusal yaşama katılımı ve bu katılımın mümkün kıldığı şekilde erdemlerin geliştirilmesiyle mümkün hale gelir.

Aristoteles, ayrıca, *Politika*'nın üçüncü kitabında ortak iyiyi, siyasi rejimlerin karakterini ortaya koyan normatif bir unsur olarak kullanır²⁴. Platoncu manada “mutlak iyi” (*auto ti agathon*) kavramını, en azından politika ve etik alanında reddeden Aristoteles'e göre²⁵, örneğin, ortak iyiyi merkeze alan “iyi yönetimler” ve bunun tersi olarak ortak iyiliği dikkate almayıp hususi çıkarların ön planda tutulduğu “kötü yönetimler” vardır. Dolayısıyla Platon'daki filozof kralının yönettiği mutlak iyi bir yönetimden ziyade, Aristoteles'e göre her yönetim biçiminin iyi ve kötü versiyonları bulunur. Bu yönetim biçimlerini bu noktada birbirinden ayırıştıran özellikse “ortak iyi”nin amaç edinilip edinilmediğidir. Ortak iyiyi amaç edinen tek kişinin yönetimine monarşi, bunun bozuk versiyonu olarak sadece monarkın kendi çıkarını merkeze alan yönetime ise tiranlık denir. Yine ortak iyiyi amaçlayan azınlık yönetimine aristokrasi, tersine sadece yönetici grubun çıkarının amaçlandığı azınlık yönetimine ise oligarşi denir. Kendi iyiliğini doğru tahlil edemeyecek ölçüde kapasite ve erdem zafiyeti olan üyelerden müteşekkil bir çoğunluğun -toplumun eğitimsiz ve yoksul alt kesiminin yararına işleyen- yönetimine demokrasi; bunun erdemli yurttaşlar nezdinde

²³ **ARİSTOTELES**, *Nikhomakhos'a Etik*, s. 27 [1102a, 5-15]: “Gerçekten siyaset adamı olan kişinin, mutluluk konusuyla özellikle uğraştığı düşünülür; çünkü o, yurttaşları iyi kılmak, yasalara uyan kişiler yapmak ister; bunun örneği Giritli ve Lakedaimonialı yasakoyucular ve varsa benzeri başkaları olabilir.”

²⁴ **NORMORE**, Calvin G.: “Honestum to Goodness”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 19.

²⁵ Bu konuda daha detaylı örnekler için bkz. **CELANO**, Anthony J.: “Interpreting Aristotle’s Concept of the Common Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 32.

yürütülebilir iyi versiyonuna *politeia* demiştir, Aristoteles²⁶. Kısacası, kötü yönetimlerin hiçbiri “ortak” yararı hedeflemezler, münhasır yararları gözetirler. İyi yönetimler ise ortak yararı dikkate alır.

Politika'da Aristoteles politikanın amacının en büyük iyi olduğunu ve politik alandaki iyinin adalet olduğunu belirtir. Aynı zamanda adaletin politik iyi olarak tanımlanmasını ortak fayda olduğunu ilan ederek nitelendirir: “*Politika alanındaki iyi adalettir; ve adalet ortak faydayı [τὸ κοινῆ συμφέρον] destekleme eğiliminde olan şeyden oluşur*”²⁷. Aristoteles üzerine araştırmacılar, *Retorik* gibi başka eserlerine referansla, *agathon* kelimesini adalet bahsinde kullanmadığı, bunun yerine fayda (*sumpheron*) ve avantaj oluşturma (*lusiteloun*) gibi anlamlara gelen kelimeler kullandığından dolayı, Aristoteles'in esas gaye ve en yüce iyi olan mutluluğa erişebilmek adına adalet (ve onun yanı sıra dostluğa) ya (i) *araçsal bir iyilik* ya da (ii) *bütünsel iyiliğin parçası/bileşeni olma vasfı* attettiğini iddia etme noktasında iki farklı bakış açısı arasında bölünmüşlerdir²⁸. Bu tezlerin hangisi doğrultusunda düşünülürse düşünülün, ahlaki ve politik iyi anlamında adaletin -mutluluğa göre- ikincillik arz edeceği fikri oluşmaktadır. Mutluluğun, bireysellekle değil ama politik biraradalık ile inşa edilebilir boyutuyla ilgili olarak, Aristoteles'te bir ufak ayrıntının olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Zira Aristoteles *Nikhomakhos'a Etik*'in 10. Kitabında, en yüce mutluluğun “insan ruhu içindeki tanrısal element olan *nous*'a (akla) göre yaşama” yani bir *theoria* ve tefekkür etkinliği olduğunu dile getirir²⁹. Ve fakat bu yüce iyiliğin, politika ve ahlakın iyi'leri olmaksızın gelişebilmesi oldukça güçtür.

Aristoteles'in başını çektiği *eudaimonist* etiğin en temel ve fakat kolayca çözümlendiği problemlerinden biri, onurlu yaşam ile mutlu yaşam arasındaki olası çatışmalar çerçevesinde şekillenir. Öyle ki modern zamanlarda bu çatışma, bireysel mutluluk ile ortak iyi ya da kamu faydasına dönük olanın çatışkısı olarak tercüme edilmiştir³⁰. Antik dönem yazarlarının pek çoğu ise,

²⁶ **ARİSTOTELES**: *Politika* (çev. Furkan Akderin), 3.baskı, Say Yay., İstanbul, 2017, s. 98-99 [1279a].

²⁷ **CELANO**, *age*, s. 35. *Karş. ARİSTOTELES*, *Politika*, s. 108 [1282b, 15-17]

²⁸ **CELANO**, *age*, s. 36. (ii) yönünde bir kavrayış için bkz. **DUKE**, *age*, s. 462: Duke bu kavrayışını, Aristoteles'in (ve onu izler biçimde Aquinas'ın) ortak iyi ile adaleti birbirine yakınlaştırması ve bu minvalde adaleti *insanların bazı şeyleri müştereken paylaştığı başkası odaklı bir erdem* olarak kavramasına dayandırır. Bu doğrultuda adaletle ortak iyinin bir bileşeni gözüyle bakar.

²⁹ **ARİSTOTELES**, *Nikhomakhos'a Etik*, s. 208 [1177b-1178a]; Benzer bir değerlendirme olarak bkz. **CELANO**, *age*, s. 37.

³⁰ **TOIVANEN / HAARA**, *age*, s. 2.

bu olası çatışkının bir tarafı olan onurlu yaşamı, içinde bulunulan *polis* ile birlikte erdem sahibi olma olarak görmüşler ve buna bağlı olarak mutlu yaşamı tarif etmişlerdir³¹. Kısacası mutluluk, tekil yaşayış içerisinde kavranabilecek bir ruh halinin ötesindedir. Dolayısıyla ilk bakışta aralarında çatışkı varmış intibası oluşturan bu ikili, aslında, antik filozofların pek çoğunun gözünde çatışmazlar. Diğer bir deyişle, parçanın iyi hali, bütünü iyi haliyle bir ve ona bağlı görülmüştür. Aristoteles'te de bu türden bir bakış açısı ve tek tek insanların mutluluğundan üstün tutulan bir *polis* mutluluğu fikri hakimdir. Birey kendi çıkarını takip ederken erdem açısından kendini geliştirebildiği ölçüde zaten içinde yaşadığı diğer insanların çıkarlarıyla çatışmaz. Bu özünde bir erdem sorunudur. Bu açıdan olgunlaşmış, yetkinleşmiş *phronimos* (aklıselim) bir kişi, kendi çıkarıyla diğerlerinininki arasında ortayı bulma meziyetini kazanıp sergileyebilir³². Ancak Aristoteles'te tam olarak açık olmayan husus, *polis*'in ortak iyisini niteliksel olarak bir tekil insanınkinden daha iyi mi, yoksa daha fazla sayıda kişinin iyi yaşamdan zevk alması bakımından yalnızca niceliksel olarak mı daha iyi olup olmadığıdır³³.

C. Stoa Felsefesi: *Utilitas Publica* ve *Oikeiōsis*

Modern hukuk düzenlerinde pozitifleşmiş haliyle kamu yararı kavramına yüklenen araçsal değer, 18.yy. Fransız cumhuriyetçiliği ile ilişkilendirilebilmektedir. Fakat bu mevzuun Roma cumhuriyetçiliğine uzanan bir geçmişi de söz konusudur. Roma cumhuriyetçiliğinin (aslında bu cumhuriyetçiliğin bir tür aristokrasi savunusu olduğunu da bir kenara not etmek gerekir) önde gelen simalarından Marcus Tullius Cicero (d. MÖ.106 – ö. MÖ.43), *Yasalar Üzerine (De Legibus)* isimli eserinde şunları söyler:

Kral yetkisine sahip iki kişi olsun (burada *consul*'ler kastedilmektedir), onların yönlendirmesinden, yargısından ve değerlendirmesinden ötürü onlara *praetor*'lar, *iudex*'ler ve *consul*'ler densin. Askeriyedeki en üst yönetme

³¹ NORMORE, *age*, s. 19.

³² Aristoteles “[bir kimsenin] neyin kendisi için iyi ve yararlı olduğu konusunda yerinde düşünebilmek” kabiliyeti olarak tanımladığı (ARİSTOTELES, *Nikhomakhos'a Etik*, s. 118 [1140a, 25]) *phronesis*'in bir erdem olarak gelişim olanağını da yine döngüsel olarak bütünselliğe yükler. Bu erdem, matematiksel kabiliyet gibi salt kişinin kendinde yüklü ve kendinden ötürü geliştirilebilir bir kabiliyet değildir; yaşamsal deneyim ve içinde yaşanan politik/sosyal bütünü koşulları doğrultusunda geliştirilebilir. Bkz. ARİSTOTELES, *Nikhomakhos'a Etik*, s. 122 [1142a].

³³ CELANO, *age*, s. 40. Bu bakış açısının nicelik açısından tartışmayı ilerleten yanı, Bentham'ın fikirleriyle 19.yy.'da beliren İngiliz faydacılığına şekil verir.

hakkı onlarda olsun, kimseye itaat etmesinler, onlar için *halkın esenliği en yüce yasa olsun (salus populi suprema lex esto)*.³⁴ (v.e.)

Antik Yunan düşüncesindeki iyi yönetim ve iyi yöneticinin belirleyici kıstasını çağrıştıran bu pasaj dışında, yönetimden yargı uygulamalarına doğru, bu kavrayışın bir pratiğinin ortaya çıktığı da dile getirilmektedir. Örneğin Jean Gaudemet, “Utilitas Publica” başlıklı hacimli makalesinde *utilitas publica, utilitas omnium, utilitas fisci* gibi zaman zaman birbirleri yerine kullanılmış belli başlı kavramların, Klasik Roma hukuku kaynaklarından, Theodosian ve Diocletian kodlarına dek çeşitli hukuk metinlerinde ne oranlarda kullanıldığını inceler. Nihayet I. Valentinianus devrindeki (M.S. 364-375) hukuk uygulamalarında, “*utilitas publica*” (kamu yararı) ve “*utilitas fisci*” (hazine yararı) kavramlarının, askeri ve mali konularda normal şartlarda bağlı kalınan katı kuralların esnetilmesi ve aşılması bahsinde kullanışlı bir hukuki yorum ilkesi halini aldığını belirtir³⁵. Keza İmparatorluk dönemi kaynaklarında da özel mülkiyete müdahaleye ve kamulaştırmaya dönük işlemlerde ve magistra kararlarında “kamu yararı” gerekçesinin “*rei publicae utilitas*”, “*decus rei publicae*”, “*pulchritudo civitatis*”, “*magna necessità*”, “*urguens necessità*”, “*communis commoditas*”, “*inevitabilis*” vb. deyimlerle vurgulandığına dikkat çekilmektedir³⁶. Genel olarak tüm işlevleri toplandığında ise *utilitas publica*'nın Roma hukukunda üç temel işlevi olduğu dile getirilmiştir³⁷: İlki, yasama faaliyetinin ve kamu hukukunun ilkesi ve meşruiyet kriteri oluşudur. İkincisi, bir hukuki -özellikle de teleolojik³⁸- yorum ilkesi olarak kullanımıdır. Üçüncü işlevi ise hukukçu faaliyetiyle mevcut hukuki yapının geliştirilmesinde (*Rechtsfortbildung*) bir araç olarak kullanımı söz konusudur³⁹.

³⁴ CİCERO, Marcus Tullius: *Yasalar Üzerine* (çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2016, s. 70.

³⁵ GAUDEMET, Jean: “Utilitas Publica”, *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Quatrième série, Vol. 28, 1951, s. 482.

³⁶ KARADENİZ, Özcan: *Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 33.

³⁷ STAGL, Jacob F.: “Die Functionen der Utilitas Publica”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Vol. 134, 2017, s. 514-523.

³⁸ Stagl, bu konuda aile reisinden izin alınmaksızın yapılmış evlilikler konusunda *Lex Iulia et Papia* denen mevzuatın yorumlanarak pratiklerin esnetilmesi konusunda örnekler verir. Bkz. STAGL, *age*, s. 519.

³⁹ Stagl'ın aktarıyla, Romalıların gözünde yasama organı her nasıl *utilitas publica* doğrultusunda faaliyet güdüyorsa, hukukçular da bu ilke yoluyla çalışmalıdır; “yasama organı onların yerinde olsaydı, nasıl davranırsa, öyle davranmalıdırlar.” STAGL, *age*, s. 519.

Roma felsefesinde, kamu yararı ve ortak iyi kavramlarının belki de en fazla üzerinde durulduğu ve onların oluşturduğu zeminde hukuk, ahlak ve siyaset felsefelerinin inşa edildiği eserler, Cicero'nun eserleridir. Cicero, hem Antik Yunan felsefesinden Sokratvari bağlılıkla inşa edilmiş yurttaşlık *ethos*'una bağlılığı hem de Roma cumhuriyetçiliği açısından ortak iyi meselesine özel olarak eğilir ve *Yükümlülükler Üzerine (De Officiis)* isimli eserini -özellikle de 3. Kitabını- önemli oranda bu kavram ekseninde şekillendirir.

Başkalarını, yurttaşları ya da ortak iyiyi dikkate almaksızın pür bencil eğilimlerle davranmak, doğrudan doğruya *neminem laedere* (kimseye zarar verme!) düsturunun altını oycak olup, doğaya ve doğal hukuka, ve hatta doğal hukuk ilkelerine bağlı bir beşeri hukuk düşüncesine de aykırılık arz edecektir. Cicero'nun devlet-beden analogisini içeren anekdotuyla:

Bir insan için başka birisinden bir şey almak ve yine başkasının gördüğü zarardan yarar sağlamak ölümden, yokluktan, acıdan ve insanın bedenine gelebilecek başka herşeyden ya da sahip olduğu dışsal unsurlardan daha çok doğaya aykırıdır. Her şeyden önce müşterek yaşamı ve toplumu bozar... Her bir uzvun kendisine komşu olan uzvun gücünü kendisine çekerek güçlendiğini düşünün, bunun sonucunda bütün beden kaçınılmaz şekilde zayıflayıp ölecektir... Bir insanın kendi yararı için başka birine zarar verme hakkı yoktur. Zira yasaların amacı ve arzusu vatandaşlar arasındaki bağların zarar görmemesidir.⁴⁰

O halde herkesin tek bir hedefi olmalı: Tek tek her bireyin yararı ile toplu olarak herkesin yararı aynı olmalıdır. Eğer bir insan bu yararı sadece kendisine çevirirse, tüm insan birlikteliği çözülecektir. Dahası doğa, bir insanın, kim olduğuyla değil salt insan olmasıyla önemli olan başka birisinin çıkarlarını düşünmesi gerektiğini buyurursa, aynı doğaya göre, herkesin yararının müşterek olması kaçınılmazdır.⁴¹

Dolayısıyla Cicero, bencil davranışları ahlakî görmemekte, Aristoteles'in *zoon politikon*'unun bir arada yaşayışının getirdiği yükümlülükler nezdinde bir ahlak anlayışını savunmaktadır. Bu konuda bir denizaşırı ticaret örneği verir: Rodos'ta kıtlık vardır. Mısır'dan tahıl yüklü gemiler kalkmıştır ve onlardan bir tanesi Rodos'a diğerlerinden önce varır. Halk öylesine açtır ki, tacir, istese bir kuruşluk malı üç kuruşa satabilecektir. Kalabalık mallara hücum ederken, bir yandan da, daha mal gelip gelmeyeceği sorulur tacire. Tacir aslında kendisiyle birlikte Mısır'dan çok sayıda geminin hareketlendiğini bilir, muhtemelen çok kısa bir süre sonra birkaç tanesinin

⁴⁰ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 119.

⁴¹ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 121.

daha Rodos'a varabileceğini tahmin etmektedir. Öyleyse susup önden gelmenin ödülünü mü alması ahlaken iyidir ya da hakçadır, yoksa bildiğini ve tahmin ettiğini söylemesi mi? İyiliği bencil faydayla tarif edersek, burada muhakkak, dürüst olmanın pek bir ahlaki değeri kalmayacaktır. Fakat dürüstlük, bu durumda, önündeki halihazır tahıla üç kuruş ödemek yerine belki bir süre daha beklemenin kendisi için faydalı olacağını düşünebilecek olanların karar alışlarını, satışlar düşmesi pahasına, etkileyecektir. Ahlakî doğru, faydadan doğmaz, aksine "fayda, ahlakî doğruluğa göre belirlenmelidir."⁴² Ahlakî doğruluk ise, Cicero'ya göre, bencil çıkar peşinden koşmayla değil, bütünlüğe dahil olmakla mümkündür.

İnsan kendi yararını başkasının yararına zarar vermeden düşünmelidir... Zira kendi yararını düşünmesi haksız değildir, haksız olan başkasına zarar vermesidir⁴³.

Sadece kendimizin değil, çocuklarımızın, dostlarımızın ve özellikle de devletin zengin olmasını istemeliyiz. Tek tek bireylerin zenginliğinin gücü ve kaynağı bizzat kente aittir⁴⁴.

Cicero, *Yükümlülükler Üzerine*'nin ilerleyen sayfalarında, ayıplı unsurlar taşıyan eşyanın, arazilerin ve kölelerin satışında, satıcının ayıplar konusunda suskunluğunu tartıştığı pek çok örnek verip, görüşlerini kuvvetlendirmeye çalışarak, kendi çıkarı ile içinde yaşadığı kentin/toplumun çıkarını birbirinden ayırmayan bir kent yurttaşlığı *ethos*'unun ve yükümlülüklerinin savunusunu yapmıştır. Bu noktada, söz konusu *ethos*'u ortaya çıkaran bir ortak paydaya, kardeşlik ya da yoldaşlığa işaret eder:

Aynı ulustan insanlar arasında [herkesin herkesle olduğundan] daha sıkı bir yoldaşlık vardır, hatta aynı kentin insanları arasında daha da sıkı bir bağ vardır. Bu nedenle atalarımız yabancılar hukukunun ve vatandaşlar hukukunun farklı olmasını arzu etmiştir. Vatandaş hukukundaki her unsurun, yabancılar hukukunda olmasına gerek yoktur ama yabancılar hukukundaki her unsurun aynı zamanda vatandaşlar hukukunun da bir parçası olması gerekir⁴⁵.

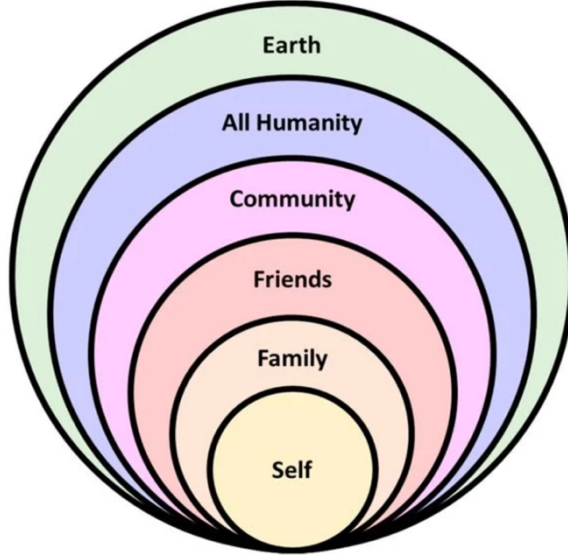
⁴² CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 145.

⁴³ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 127.

⁴⁴ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 136.

⁴⁵ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 138.

Cicero'nun bu pasajı, aynı zamanda Stoa felsefesindeki *Oikeiōsis* (οἰκειώσις, Lat. *commendatio*, *conciliatio*) kavrayışının klasik bir görüntüsünü arz etmektedir. *Oikeiōsis*⁴⁶, Stoacıların, bir şeyin bir kimse tarafından sanki kendisine ait bir şey gibi benimsenmesini ifade etmek için kullandıkları ve etik tartışma sahasına sürdükleri bir kavramdır. Stoacı filozof Hierokles'in (d.? – ö. M.S. 222) eşmerkezli çemberler olarak tarif ettiği ve bu çemberleri genişleterek gittikçe tüm doğayı benimsemeye varan -bu açıdan Mohist öğretiye de benzetilebilecek- bir etik bakış açısı yansıtır.



Hierokles'in çemberi olarak ifade edilen bu çemberde, en merkezdeki çember olan ben-sevgisinden ve ben'i koruma dürtüsünden yola çıkan insan, ahlaki olgunlaşmayla, çemberleri genişleterek neredeyse tüm evrendeki varlıkları *ben*'in yuvasına dahil eder, diğer bir tabirle *benimser*. Stoacıların kişinin kendinden yola çıkarak doğayla uyumlu yaşamak biçiminde çemberi genişleten bu etik kavrayışı, Hıristiyanlığın *caritas* (iyilikseverlik) fikriyle de örtüştürülmüş ve skolastik düşünürlerce kullanılmıştır⁴⁷.

⁴⁶ *Oikeiōsis*, *oikos* yani “ev, yuva” kelimesinden türetilmiştir. Bunun zıttı kavramı, *allotrios* (ἄλλότριος) yani “yabancılaştırma, ötekileştirme” olarak zikredebilmek mümkündür.

⁴⁷ PALMÉN, Ritva: “Medieval Monastic Ideas of the Compatibility Between the Individual and the Common Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 64.

Cicero *Yükümlülükler Üzerine*'de, ayrıca, *utilitas communis* ile *utilitas publica* kavramları arasında bir ayırım yapar. İkincisini devletin çıkarı kurgularken, ilki *societas hominem* yani insan toplumunun gerçek bir üyesinin ahlaki evreninde bireysel çıkarımı uyumlu tutacak olduğu genel faydadır. Gerçek bir üye, bütünün içindeki parça olduğunun idrakiyle, bu genel çıkarla çatışmaz; bu çerçevede, genelin faydası, özel çıkardan üstün kabul edilir⁴⁸. Cicero, Cato ile bu noktada fikren ayrı düştüğünü, onun devlet çıkarımı ve hazineyi çok daha fazla önde tuttuğunu; kendininse, bunlar pahasına, dostlara/müttefiklere karşı dürüstlüğü önermekte ve halka da kiracılara davranıldığı gibi davranmak gerektiğinde ısrarcı olduğunu belirtir: "Hatlar arasında uyum, ülke refahının temelini oluşturur"⁴⁹ der.

Roma hukuk sistemi bütünüyle, *utilitas publica*'nın merkez etkisiyle oluşmamıştır, sadece herkesin çıkarına addedilen *ius publicum* olarak nitelendirilen ve bu nitelendirme nedeniyle özel şahısların çıkarları uğruna değiştirilmeyen bir saha oluşmuştur⁵⁰. Bu çerçevede *utilitas publica*, genel olarak iki anlamda kullanılmıştır. Bir tanesi, yargı ve yürütme organlarının hüküm ve icraatlerinde, Cicero'nun dile getirdiği komüniteryen mantığın tezahürü olarak genelin faydasının her şeyin üzerinde tutulduğunu gösteren bir yargı oluşturma ilkesi olarak. Diğeri ise, Cicero'nun da belirttiği üzere, imparatorlara siyasi eylem ilkesi ve gerekçesi sunması dolayısıyla modernitede belirecek bir kavram olarak *raison d'État*'nin ve devlet menfaati kavramının eski bir formu olarak⁵¹.

II. SKOLASTİK FELSEFEDE "ORTAK İYİ" KAVRAYIŞLARI

Ortak iyi anlayışının, Ortaçağ Skolastik felsefesinde kısmen Antik kavrayışlardan naklen alınmış unsurlarla sürdürüldüğünü, kısmen de bu anlayışlara yeni ilaveler yapılarak reforme edildiğini söyleyebiliriz. Naklen alınmış kısımlar özellikle Aristoteles'in etkisi dolayısıyladır. İlaveler ise Hristiyan ilahiyatı nedeniyle gelişmiştir. Bu kısımda, Ortaçağ hristiyan dünyasının iki önemli dinsel grubuna bağlı iki teorisyenin ortak iyi kavramına yükledikleri anlam ve işlevler ele alınacaktır: bunların ilki Dominiken Thomas Aquinas, bir diğeri ise Fransiskan Ockham'lı William'dır.

⁴⁸ GAUDEMET, *age*, s. 471-472, 479.

⁴⁹ CİCERO, *Yükümlülükler Üzerine*, s. 147.

⁵⁰ STAGL, *age*, s. 523.

⁵¹ GAUDEMET, *age*, s. 488.

A. Thomas Aquinas

Antikiteden bakiye olarak, *polis*'in kurduğu kardeşlik bağlarından öte gelen ortak iyi kavrayışı, Hıristiyan Ortaçağ felsefesinde *ecclesia*'nın içinde beliren din kardeşliği bağlarıyla biçim değiştirerek devam etmiştir. Burada bireysel iyilerin -ortak olanla uyumlulukları mucibince- göstergesi Tanrı'nın sözüdür. Hukuk kavramını, toplumu gözeten bir yönetici tarafından yapıлып ilan edilen “ortak iyiye dönük aklın bir emri” (*rationis ordinatio ad bonum commune*) olarak tanımlayan⁵² Thomas Aquinas (d.? - ö.1274), başyapıtı *Summa Theologica*'da [aşağıdaki pasaj içeriğinde kısaca *ST* olarak belirtilmiştir] bir bütünlük olarak toplum ve o bütünün iyiliği ile hukukun adaleti arasında bağ kurar:

Yukarıda belirtildiği gibi [*ST* II-II, q. 58, a. 2] adalet, insanı diğer insanlarla olan ilişkilerinde yönlendirir. Şimdi, bir topluluğa dahil olan herkesin, bir bütünün parçaları olarak bu toplulukla ilişki içinde olduğu açıktır; bir parça, bu haliyle bir bütüne aitken, bir parçanın iyiliği olan her şey bütünün iyiliğine yönlendirilebilir. Bu nedenle, ... erdemli tüm eylemler, insanı ortak iyiye yönelttiği ölçüde adaletle ilgili olabilir. Bu anlamda adalet genel bir erdem olarak adlandırılır. Ve yukarıda belirtildiği gibi [*ST* I, q. 90, a. 2] ortak iyiye yönlendirmek hukuka ait olduğundan, bu şekilde genel olarak adlandırılan adalete ‘hukuki adalet’ denir, çünkü böylece insan tüm erdemlerin eylemlerini ortak iyiye [*bonum commune*] yönlendiren hukuk ile uyum içinde olur [*ST* II-II, q. 58, a. 5]⁵³.

Dolayısıyla “toplum”, ne salt bir şeyler toplamı ne de en fazla sayıda sosyal varlık için mümkün olan en iyi koşulların faydacı bir hesabı anlamına gelir. Aquinas'a göre bu düzenli bir bütünlüktür; ortak bir amaç için tek bir şekilde birlikte çalışan parçaların bütünüdür. Diğer bir deyişle, adalet, insanların eylemlerini birbirlerine ve herkesin iyiliğine, parçaların iyiliğine ve bütünün iyiliğine yönelten erdemdir. Ve ortak iyi, tüm sosyal beden, aslında evrenin tüm bedeninin iyiliğidir, böylece tüm eylemler bir şekilde O'na yöneliktir. Kısacası Aquinas ve Katolik öğretisine göre, bu nihai erek Tanrı'dır, tanrısal mükemmelliktir. Her şeyin başlangıcı ve sonu, tüm insani eylemlerdeki sonlu aklın, kanonik ve doğal hukuk ilkeleri doğrultusunda yönelebileceği sonsuz iyilik, ortak iyiyi ifade eder⁵⁴.

⁵² Aquinas'ın *Summa Theologica I-II* eserindeki *Questio* 90, 4' den aktaran: CELANO, age, s. 36, dn. 23.

⁵³ AQUINAS, Thomas: *Selected Political Writings* (ed. A. P. D'Entreves; trns. J. G. Dawson), Basil Blackwell Publ., Oxford, 1974, s. 164-165

⁵⁴ CHAPMAN, Fr. Bonaventura: “St. Thomas and the Common Good”, 10/11/2014, *Dominicana* (Erişim Tarihi: 13/10/2024), Açık Erişim: <https://www.dominicanajournal.org/st-thomas-and-the-common-good/#>
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

Şehrin ortak iyiliği ile bir kişinin bireysel iyiliği sadece niceliksel açıdan değil, biçimsel bir farkla da birbirinden ayrılır: çünkü ortak iyilik, tıpkı parçanın doğasının bütününden farklı olması gibi, doğası gereği bireyinkinden farklıdır. Bu yüzden Filozof [Aristoteles] (I, Politika, 1) şöyle der: 'şehrin, ailenin ve diğer benzer grupların sadece büyüklük bakımından farklı olduğunu, özel olarak farklı olmadığını söyleyenler yanılgı içindedirler'. (Qu.58, Art.7).⁵⁵

Francisco de Vitoria, *Summa Theologica* üzerine derslerinde Aquinas'ın hukuk ve adalete temasına hasredilmiş yukarıdaki bölümlerine referansla sunları yazar:

Soru: Yasa her zaman ortak yarar için mi tesis edilir? Tomasso D'Aquino her yasanın ortak yarara yöneldiği şeklinde cevap verir; bunun kanıtı insan yaşamının nihai ereğinin mutluluk olması ve diğer ereklere göre yönlendirilmiş olmasıdır. [...] Bir hükümdar ortak yararı dikkate almayan bir yasa çıkaramaz, çünkü aksi takdirde adil değil, zorbaca olacaktır. Hükümdar, bizzat kamu yararı için verilmiş kamusal bir rolü yerine getirir ve *respublica*'nın hizmetlisidir. Bir hükümdar elbette kendi özel yararını gözetebilir, fakat yasa vasıtasıyla değil⁵⁶.

Aquinas'ın felsefesinde, ortak iyi açısından hukukun, vatandaşları, sürekliliği sağlanmış adalet ve barışı garanti etmek için gerekli olduğu kadarıyla erdemli olmaya yönlendirdiği fikri gelişmektedir; bu yüzden tüm topluluğun iyi şartları şeklinde ele alınan adalet ve barışa, *bireysel iyi*'lere göre öncelik verilmesi gerekir⁵⁷.

Ortaçağ felsefesinde ortak iyiye dönük bakış açılarını biri hristiyan teolojisine çok fazla yaslanır şekilde münhasır bir kavrayış, diğeri ise daha geniş anlam içeriği olan bir başka bakış açısı olmak üzere, iki kanalda toplayabiliriz. Dar anlamda ortak iyiyle, bireyler arasındaki doğru düzenlenmiş sevgiden kaynaklanan ve erdemli bir yaşama, mutluluğa ve hatta Tanrı'ya yönelik barış ve uyuma atıfta bulunulmuştur. Ancak geniş anlamda ortak iyi, tekil iradelerin nitelikli anlaşmasını, yani kusurlu bir toplumda günahkâr insan davranışlarının korkunç sonuçlarına karşı mümkün olan en iyi çareyi oluşturan bir uzlaşımını temsil eder⁵⁸. Bu dar anlam özelinde ilerlersek, Aquinas'ta ortak iyi ile sevgi ve iyilikseverlik (*caritas*) kavramlarının ilişkisini açıklamak gerekecektir.

⁵⁵ AQUINAS, *Selected Political Writings*, s. 165-166.

⁵⁶ VÍTORIA, Francisco de: "Tomasso d'Aquino Üzerine Ders (*Summa Theologica I-II*, 90-105, Yasa Üzerine)" (çev. Cansu Muratoğlu), *Dersler* (ed. Cansu Muratoğlu), Dost Kitabevi, Ankara, 2017, s. 195.

⁵⁷ DUKE, *age*, s. 451.

⁵⁸ PALMÉN, *age*, s. 52.

Skolastik felsefede hemen hemen her manastır kuralının ve etik teorisinin temelinde, Tanrısal lütf olmaksızın öz-sevginin ötesine geçemeyen düşkünlük içindeki insanoğlu fikri yatar. Buna göre Tanrı'nın yardımı olmadan insanlar Tanrı'yı, komşularını ve herkesin ortak iyiliğini kendilerinden daha fazla sevemezler⁵⁹. Bu kaynaktan filizlenen bireysel ahlaki kusurlar yalnızca kişinin kendisine zarar vermekle kalmaz, aynı zamanda tüm topluma da ciddi zararlar verebilir. Bu yüzden dini bir topluluk içinde *öteki* fikrinin oluşumu, buna dönük umursamazlık ve kişisel çıkar takipleri bir hayli tehlikeli kabul edilmiş olup, Ortaçağ manastır metinlerinin pek çoğunda gurur ilk ahlaksızlık ve ortak iyiliğin en korkunç düşmanı olarak görülmüştür⁶⁰.

Ortak iyiliği hedeflemek ya da bireysel çıkar takibini ortak iyiye kanalize edip sınırlamak konusunda Aristoteles'in fonksiyon yüklediği *phronesis* yetisi, Albertus Magnus ve Aquinas gibi filozofların yazılarında erdemlerin motoru olarak nitelendirilen *caritas*, yani iyilikseverliğe bırakılmıştır. Aquinas iyilikseverliğin politik doğasını, yani bu eğilim ile ortak iyi arasındaki ilişkiyi ontolojik bir zemin üzerinde geliştirir. Tanrı ve komşu, sevgi nesnelere olarak, biçimsel bir farklılık göstermez: her iki durumda da iradenin eylemi bir iyiye dönük sevgi eylemidir. Tanrı sevgisi komşumuzu sevmemizin nedenidir, çünkü komşumuzu Tanrı onda olduğu için severiz. Dolayısıyla, iyilikseverlik aracılığıyla Tanrı'yı kendinde, komşumuzu da Tanrı'da severiz. Bu da iyilikseverliğin topluluğun birliğini tesis eden bir eğilim olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla imanlılar nihai iyiliklerini ancak ortak iyinin gerçekleştirilmesi yoluyla ve bunu belirli bir biçimde, yani Tanrı ve diğerlerinin sevgisini kendi özel çıkarlarının önüne koyarak elde edebilirler⁶¹.

⁵⁹ Augustinus da insanın yolunu kaybetmişliğini ve Tanrı'nın kuralına itaat etmeksizin onu bulamayacağını Habil – Kabil anlatısıyla işler. Kabil, cinayetiyle birlikte insan krallığına, Habil ise Tanrı krallığına dahil olmuştur. Kabil ve zürriyeti bu günahı taşır. İyi yetiştirilmiş bir insan bile bu günahın yükünü taşır ve Tanrı'nın yolunu izlemez ise kötü kararlar vermekten, kötülük yapmaktan kaçınmaz. *Bkz. AUGUSTINUS: Tanrı Devleti: Seçmeler* (çev. Öncel Sencerman), BilgeSu Yay., Ankara, 2021, s. 119 vd. Ayrıca *bkz. NORMORE, age*, s. 22.

⁶⁰ PALMÉN, *age*, s. 54.

⁶¹ COSTA, Iacopo: "Albert the Great and Thomas Aquinas on Charity and the Common Good", *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 84-85.

B. Ockham'lı William

Boethius gibi geç-Platoncu örneklerde, Platon'un mutlak ve tek iyi ideası ile Hristiyan teolojisinin uzlaştırılması girişimi olarak bunun Tanrı olarak kavranması ve insanların bu iyiye katılımları ölçüsünde kendileri için iyi olanı gerçekleştirecekleri fikirleri bireysel iyi ile ortak iyi arasındaki olası farkları kapatmıştır⁶². Anselmus da *Şeytan'ın Düşüşü* anlatısından yola çıkarak rasyonel varlıklar olarak meleklerin (ve aynı zamanda kıssadan hisse insanların), Tanrı'nın emrine riayet etmek ile kişisel tasavvurları doğrultusunda mutluluğu takip etmek arasında kalışlarından şu fikre varır. (Tanrının buyurduğu) Kurala uymak anlamında adil oluş yoluyla mutluluğa varılabilir (Şeytan bunu yapmamış ve Cennetten atılmıştır), ancak tersi yönde mutluluğu hedefleyerek adalete varılamaz. Bu yüzden salt kişisel değerlendirmeler yoluyla mutluluğu hedeflemeyi şiar edinmek, günahların da kaynağıdır. Esas olan ise Tanrı'nın iyiliğinde buluşmaktır⁶³. Özetle, Aquinas'ın da dahil olduğu bu skolastik kavrayışlar, parça ile bütün ilişkisi üzerine kuruludur.

Parça ile bütün arasında tasarlanan ilişki, kamu yararı kavramının şekillenmesinde zihnin bir işlevini göstermesi yönüyle epistemolojik bir boyut da ihtiva eder. Bu yönüyle ortaçağ varlık ve bilgi felsefesi açısından önemli bir köşetaşı vasfında olan ünlü *Nominalizm / Realizm* tartışmasının muhtemelen bugünlere de yansıyan ciddi etkiler meydana getirdiğini belirtmek gerekir.

Nominalizm (Adçılık) olarak ifade edilen ve -bilindiği kadarıyla- ilk olarak Roscelinus'un ortaya attığı "tümeller ya da evrensel varlıklar birer addan ibarettir, gerçek olan sadece tikellerdir" deyişiyle özetlenebilecek olup, temelde bir tür varlık felsefesi karakteri arz eden bu anti-Platonist gelenekte, skolastik filozofların gerçekliği açıklamak amacıyla öne sürdükleri birçok evrensel (tümel) kavramın birer zihinsel genelleme ve addan ibaret olduğu dile getirilmiştir. Nominalistlerce "Var" olan konusunda yalınlık ve tutumluluk ilkelerini özetleyen "nesnel zorunlu olanlar dışında çoğaltılmamalıdır" akaidi geliştirilmiş olup, buna daha sonra Nominalizmin en önde gelen ismi Ockham'lı William'ın (d.1287 - ö.1347) felsefesi özelinde "Ockham'ın Usturası" denmiştir. Bu anlayışa göre, duyularla kavradığımız tikel varlıklar gerçektir ve bilginin gerçek kaynağı deneydir. Tanrı ve dini anlatılarda geçen doğaüstülükler bilinemez, varlığı kesin olarak kanıtlanamaz ve bunlar yalnızca inancın konusu olabilirler.

⁶² NORMORE, *age*, s. 22.

⁶³ NORMORE, *age*, s. 23. Augustinus'tan benzer bir tema olarak *Bkz.* yukarıda, dn. 59.

Dolayısıyla beşeri aklın yordamıyla kanıtlanamaz tümeller, dünya işlerinin çözümünde birer ölçü ya da norm olarak da kullanılamazlar⁶⁴. İşte bu son çıkarım, kamu yararı kavrayışının tarihsel biçimlenişi açısından etki oluşturacak bir kırılmaya da işaret eder.

Ockham'lı William'ın ortaya koyduğu ontolojik tez, toplum ya da devlet gibi kavramların zihnin ürettiği genellemeler ve *numen*'ler yani adlar olduğu, bunların ardındaki gerçekliğin bunları oluşturan insanlar olduğu fikrinin gelişimini bir nevi tetiklemiştir. Bununla birlikte, en iyi siyasal rejim tartışmasında Ockham, iyi bir monarşinin, kralın uyruklarının ortak yararlarını gözetmesinden geçtiğini, bu noktada kralın kendi şahsi menfaatlerini öne çıkarmaması gerektiğini savunur⁶⁵. Ockham, bir öğretmen ile öğrenci arasında geçen bir diyalog biçiminde kaleme aldığı siyaset felsefesi metni *Dialogus*'ta, ortak iyinin meşru bir hükümdarın gücüne sınırlar koyduğu konusunu işler. *Dialogus*'un tamamlanmamış son bölümünde Ockham, ilk olarak, insanlığın tek bir evrensel ve seküler hükümdar (yani bir imparator) tarafından yönetilmesinin faydalı olup olmadığını tartışır. İkinci kitapta imparatorluk gücünün kapsamını ve sınırlarını araştırır. Üçüncü kitapta ise bir imparatorun ruhani meselelere müdahale edip edemeyeceği gibi girift bir sorunsalı ele alır. Ockham tarafından konuşturulan Üstat, öğrencisine, yasalarla bağlı olmayan en güçlü kraliyet yönetiminde bile, hükümdarın gücünün sadece “kamu yararıyla ilgili konularda” geçerli olmak üzere tam olduğunu açıklar. Bazı durumlardaysa kamu yararı hükümdara sınır çizer⁶⁶. Hükümdar pozitif yasaların üzerinde olmasına rağmen, eğer onun kararı kamu yararına karşıt nitelikteyse, örneğin bir suç kendi takdirine göre cezalandırmasına izin verilmemelidir. Yine, ortaçağ yazarlarının Roma hukuku derlemelerinden

⁶⁴ AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali / KÖKER, Levent: *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, 4.baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 78. Bu yönüyle, aşırı nominalizm ‘bütünün kendi parçalarının toplamından daha büyük’ olduğunu reddeder; ancak Abelardus’unki gibi daha ılımlı bir nominalizm ‘bütünün parçalarda olduğunu, parçaları bir arada tuttuğunu, birbirinden ayrı ele alınan parçaların (parça olmaktan ziyade) birbirleri ile ilişkisi içinde ele almanlar kadar büyük olmadığını’ ileri sürmektedir. Bkz. BERMAN, Harold: *Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu* (çev. Kıvılcım Turanlı), Pinhan Yay., İstanbul, 2020, s. 204-205.

⁶⁵ AĞAOĞULLARI / KÖKER, *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, s. 80.

⁶⁶ *Dialogus* 3.2.1.16’dan doğrudan alıntı: “İmparator pozitif yasaların üstünde olduğu ve doğal hakkaniyetin üstünde olmadığı için, eğer adaleti yerine getirirken, bir nedenden ötürü, yasadaki öngörülen cezayı uygulamak istemezse, zorunlu olarak 'hakkaniyeti koruyarak, kamu yararının ve tebaanın (özellikle de iyilerin) güvenliğinin gerektirdiğini gördüğü cezayı uygulamak durumundadır.” Bkz. LAMBERTINI, *age*, s. 137, dn. 29.

bildiği “kralı memnun eden şey kanun hükmündedir” akaidi, Ockham tarafından kapsamı “kamu yararına aykırı olmayan” kararlarla sınırlandırılarak yorumlanmıştır⁶⁷:

İnsan toplumunun genel anlaşmasının, ortak iyiyi ilgilendiren konularda krallara itaat etmek olduğunu düşünür. Dolayısıyla insan toplumu, ortak yarara katkı sağlayan konularda genel olarak imparatora itaat etmekle yükümlüdür, ancak ortak yarara katkı sağlamadığından şüphe duymadığı diğer konularda itaat etmekle yükümlü değildir.

Aslında Ockham, nominalist teziyle birlikte yol açtığı ontolojik kırılmaya rağmen, ortak iyi (*bonnum commune*) teriminin, iyi siyasi yönetim ilkelerinin ya da anayasaların turnosol kağıdı olarak kullanımı konusunda Aristoteles’in yaptığı kritizasyonu devam ettirir⁶⁸. Kempshall ve Lambertini gibi yazarlar, Ockham’dan önce Fontaines’li Godfrey’in de siyasi iktidara sınır çizmek adına kamu yararı kavramına müracaat ettiğini, ancak Ockham’ın düşünce işçiliğinin ona göre daha sistematik olduğunun altını çizerler⁶⁹. Ortak iyi kavramının Aristotelyen kullanımı konusunda Ockham’ın bir hususiyetinin ise altı çizilmektedir; -Kempshall’ın iddiasıyla-Ockham, ortak iyiyi Aristotelyen gelenekteki gibi “erdemini yaşanışı” olarak anlamlandırmaktan ziyade, artık “barış ve dinginliğin toplumsal gerekliliği” olarak kavrama eğiliminde olmuştur⁷⁰. Bu yönüyle nominalist ontolojisi arasında asgari tutarlılık kurduğu, yahut ortak iyi kavramını Aristoteles-Aquinas izleğindeki gibi uhrevi bir içeriğe büründürmekten ayrıldığı söylenebilir. Yarattığı ontolojik kırılma ile birlikteyse, Ockham’ın düşünceleri, bireyciliğe ve modern düşünceye dek uzanıp, onun modernizmin bir nevi öncülerinden biri gibi aksettirilmesine neden olmuştur⁷¹.

⁶⁷ LAMBERTINI, *age*, s. 138.

⁶⁸ LAMBERTINI, *age*, s. 135-136.

⁶⁹ KEMPSHALL, *age*, s. 255-258. LAMBERTINI, *age*, s. 139.

⁷⁰ KEMPSHALL, *age*, s. 359.

⁷¹ LAMBERTINI, *age*, s. 132.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kamu yararı kavramının modern öncesi ve antik dünyadaki görünümüne bakıldığında, Roma hukukundaki hukuki uslamlama aracı haline gelişi gibi sınırlı örnekler dışında, konunun ciddi ölçüde ahlak felsefesi, ilahiyat ve siyasal meşruiyet tartışmaları ekseninde biçimlenmiş olduğu görülmektedir. Fakat kavramın bir hukuki kavram halini almasını, söz konusu ahlaki-siyasi-teolojik zeminden koparabilmek de pek mümkün değildir. Neticede bugün bile bir inanç ve varsayım zemininde işlerliğini sürdüren kamu yararı, devletin ve hukukun gücünü aldığı bir kaynak hüviyetinde her şeye etki eder; bir karine olarak doğrulanması gerekmez, yanlışlığı ya da var olmadığı ispata muhtaç olup, bazen sırf bu nedenle ispat külfetini sırtına yüklediği bireyi kamusal otorite önünde acziyete düşürür.

Bu çalışmada odaklanılan düşünce çevrelerinin, birincil ve ikincil kaynaklar doğrultusunda değerlendirildiğinde, belirsizliklerle yüklü kamu yararı prensibinin içeriğini dolduran ortak iyi kavrayışına ilişkin çıktılarını, şu önermeler vasıtasıyla ortaya koyabilmek mümkündür. Kamu yararı kavramının bugünkü iktisadileşmiş, çıkar paylaşımı ve denge-tartma problemlerine hasredilmiş içeriğinden farklı olarak, tarihsel belirişi ilahiyat-ahlâk-siyasa ilişkisi içerisinde şekillenmiştir. Kavramın ardındaki ahlakî etmen, “ortak iyi” tartışmaları çerçevesinde belirlemiştir. Buna ise, Mohizm’in dikte ettiği ahlakî yaşayış çizgisinden, Aristoteles’in *zoon politikon*’unun *-polis* ile birlikte ve *polis* içinde mümkün olabilecek-mutluluğuna, Stoacı felsefenin *Oikeiōsis* kavrayışından, Skolastik düşünürlerin *caritas*’ına varacak şekilde, farklı temalar üzerinden kurulsun bile, tek bir potada toplanabilen bir ortak yaşam *ahlakî* şekil vermiştir. Bireysel çıkarlar ile kamu yararı arasındaki ayrımı eriten bu ahlakî çerçeveye rağmen, kamu yararı kavramının politik bir araç ya da ideolojik bir payanda olarak kullanımı ihtimaline ve buna elverişliliğine ilişkin günümüzde ifade edilen çekincelerin kaynağını Roma dönemindeki tartışmalara kadar geriye götürebilmek de bir o kadar mümkündür. İşin ironik yanı, bu kavramın, hem Aristotelyen felsefe ve şerhlerinde görüldüğü üzere siyasal iktidara (ahlakî) sınır çizme işlevinin, hem de bu sınırların aşılmasına dair politik bir araç olarak kullanımının aynı anda ihtimal dahilinde oluşudur. Burada kavrama belirsizlik atfederek meseleyi çözebilmek mümkün değildir. Ama kavramın arka planındaki ahlaki doğanın farkına varabilmek önemlidir. Aristoteles konuyu erdem ve *phronesis* ile çözmeye çalışmış, skolastik filozoflar ise insana olan güvensizliklerini Tanrı’nın “Sev Emri”yle ikmal ederek meseleye bir çözüm

bulmaya çabalamışlardır. Neticede kamu yararı ya da ortak iyi diğer kimselerin odak alındığı bir kavramdır ve *diğeri*'nin umursanması, önemsenmesi, insanda başlayıp insanda da bitmez. Liberal felsefe, insan özgürlüğüne değer atfederken, Antik filozofların bugün için abartılı derecede bağlı oldukları intibası uyandıran bir değerden fire vermiştir: ortak yaşam. Bugünün modern hukuk sistemlerine önemli ölçüde biçim veren liberal hukuk ideolojisinin ortaya çıkardığı, birey/devlet, özel/kamusal ikilikleri ve trajik gördüğü müşterekler bağlamında çekinceler yüklediği kamu yararı kavramı (ki kağıt üstünde kamu yararına olduğu lanse edilen, fakat oldukça yıkıcı sonuçlar üreten uygulamalar özelinde bu liberal şüpheciliğe haksız demek de mümkün değildir), insanın sadece kendi beşeri çevresiyle ortaklıklarını tasfiye etmekle kalmamış, Stoacı ahlakî çemberlerden hatırladığımız diğer beşeriyet-dışı, çevresel, doğal çemberlerle de ilişkisini zedelemiştir. İçinde olduğumuz tüm insanî ve ekolojik (ki bu ikisinin ayrı ayrı telaffuz edilmesi bile sorunludur) çöküşler karşısında, bireyci doğruculuklardan ziyade, ortaklığı hatırlatacak simbiyotik bir yeni *ethos*'a ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- AĞAOĞULLARI**, Mehmet Ali / **KÖKER**, Levent: Tanrı Devletinden Kral-Devlete, 4.baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.
- AKILLIOĞLU**, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s. 11-22.
- AQUINAS**, Thomas: *Selected Political Writings* (ed. A. P. D'Entreves; trans. J. G. Dawson), Basil Blackwell Publ., Oxford, 1974.
- ARAL**, Vecdi: *Mutluluk ve Toplumun Esenliği*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2012.
- ARİSTOTELES**: *Nikhomakhos'a Etik* (çev. Saffet Babür), 4.baskı, Bilgesu Yay., Ankara, 2012.
- ARİSTOTELES**: *Politika* (çev. Furkan Akderin), 3.baskı, Say Yay., İstanbul, 2017.

- AUGUSTINUS:** *Tanrı Devleti: Seçmeler* (çev. Öncel Sencerman), BilgeSu Yay., Ankara, 2021.
- BERMAN,** Harold: *Hukuk ve Devrim: Batı Hukuk Geleneğinin Oluşumu* (çev. Kıvılcım Turanlı), Pinhan Yay., İstanbul, 2020.
- CELANO,** Anthony J.: “Interpreting Aristotle’s Concept of the Common Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 31-50.
- CHAPMAN,** Fr. Bonaventura: “St. Thomas and the Common Good”, 10/11/2014, *Dominicana* (Erişim Tarihi: 13/10/2024), Açık Erişim: <https://www.dominicanajournal.org/st-thomas-and-the-common-good/#>
- CİCERO,** Marcus Tullius: *Yasalar Üzerine* (çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2016.
- CİCERO,** Marcus Tullius: *Yükümlülükler Üzerine* (çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Yay., İstanbul, 2013.
- COSTA,** Iacopo: “Albert the Great and Thomas Aquinas on Charity and the Common Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 75-87.
- DOĞANAY,** Ümit: “Toplum Yararı ve Kamu Yararı Kavramları”, *Mimarlık Dergisi*, Sayı: 7, Temmuz-1974, s. 5-6. Açık Erişim: <http://dergi.mo.org.tr/dergiler/4/471/6895.pdf>
- DUKE,** George: “Ortak İyi” (çev. Ezgi Duman), *Doğal Hukukçu Hukukbilim* (eds. George Duke, Robert P. George; Türkçe ed. Ertuğrul Uzun), Zoe Kitap, İstanbul, 2023, s. 437-467.
- DÜLGER,** Muzaffer: “Hukukun Teleolojisi”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Temmuz-2023, s. 495-518.
- DÜLGER,** Muzaffer: *Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020.
- FRASE,** Chris: *The Philosophy of Mòzi: The First Consequentialists*, Columbia University Press, New York, 2016.

- GAUDEMET**, Jean: “Utilitas Publica”, *Revue historique de droit français et étranger* (1922-), Quatrième série, Vol. 28, 1951, s. 465-499.
- GEUSS**, Raymond: *Kamusal Şeyler, Özel Şeyler* (çev. Gülayşe Koçak), Yapı Kredi Yay., İstanbul 2007.
- KARADENİZ**, Özcan: *Roma'da Kamulaştırma ve 'Kamu Yararı' Kavramı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.
- KEMPSHALL**, Matthew S.: *The Common Good in Late Medieval Political Thought*, Oxford University Press, New York, 1999.
- KILIÇ**, İlker: “Kamu Yararı: Fetişizm ve İdeoloji”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:6, Sayı:1, Nisan-2021, s. 271-306.
- LAMBERTINI**, Roberto: “Old Wine in New Wineskins: William Ockham and the Common Good in Context”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 130-148.
- MİLL**, John Stuart: *Hürriyet Üstüne* (çev.: M. O. Dostel), 3.baskı, Liberte Yay., Ankara, 2012.
- NORMORE**, Calvin G.: “Honestum to Goodness”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 17-30.
- PALMÉN**, Ritva: “Medieval Monastic Ideas of the Compatibility Between the Individual and the Common Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 51-74.
- SIMMONDS**, Nigel E.: *Central Issues in Jurisprudence*, 3th ed., Sweet & Maxwell, London, 2010.
- STAGL**, Jacob F.: “Die Functionen der Utilitas Publica”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Vol. 134, 2017, s. 514-523.
- TOIVANEN**, Juhana / **HAARA**, Heikki: “Introduction: On the Conflict Between Common Good and Individual Good”, *Common Good and Self-Interest in Medieval and Early Modern Philosophy* (eds. Heikki Haara, Juhana Toivanen), Springer, Switzerland, 2024, s. 1-16.

VİTORİA, Francisco de: “Tomasso d’Aquino Üzerine Ders (*Summa Theologica I-II*, 90-105, Yasa Üzerine)” (çev. Cansu Muratoğlu), *Dersler* (ed. Cansu Muratoğlu), Dost Kitabevi, Ankara, 2017, s. 192-254.

* IS IT POSSIBLE NOT TO TAX?

(VERGİSİZ DEVLET MÜMKÜN MÜDÜR?)

Prof. Dr. Ahmet EROL *
Arda GÜNEŞ**

ABSTRACT

Until now, many governments have collected taxes from individuals and/or legal entities to finance basic services such as public spending and security. Over time, tax policies and ideas have changed. Various economic movements have advocated different views on the issue. As a fundamental attribute of statehood, states have alternative sources of revenue other than taxes, especially real estate revenues. This study discusses alternative sources of revenue and how they can be used to finance public expenditures in the context of whether there can be a state without taxes. Public expenditures can also be financed through the pricing of semi-public services, distinct from the fully public services provided to citizens. In addition, public-private partnerships can also be an effective way of financing public spending by prioritizing the public interest. Moreover, if the state has underground resources, as in the case of Norway, it is possible to provide public services to citizens without taxation and pricing. In a situation where people are not working due to technological advances and the use of advanced robotics in production, it may be possible to provide direct income to the citizens of the country from the revenues generated by the productive power of the state instead of collecting taxes.

Anahtar Kelimeler: Tax, Government, Budget, Tax law, Government expenditure, Public goods.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.12.2024. İlk hakem raporu tarihi: 08.12.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 09.12.2024. Onaylanma Tarihi: 10.12.2024.

* Profesör Doktor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Maliyesi ve Vergi Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9195-9812.

** Avukat, Doktora Öğrencisi. Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6063-2964.

Esere Atf Şekli: Ahmet Erol/Arda Güneş, "Is It Possible Not to Tax?", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.289-306.

ÖZ

Geçmişten günümüze birçok devlet, kamu harcamaları ve güvenlik gibi temel hizmetleri finanse etmek için gerçek ve /veya tüzel kişilerden vergi toplama yoluna gitmiştir. Zamanla vergi politikaları ve düşünceleri değişmiş, çeşitli ekonomik akımlar bu konuda farklı görüşler ortaya koymuştur. Devletlerin, devlet olmalarının doğal bir sonucu olarak taşınmaz gelirleri başta olmak üzere vergi dışında başvurabileceği alternatif gelir kaynakları da bulunmaktadır. Bu çalışmada, vergisiz bir devletin olup olamayacağı kurgulaması içinde alternatif gelir kaynaklarına ve kamu harcamalarının finansmanında nasıl kullanılabileceklerine değinilmiştir. Kamu harcamalarının finansmanı, o ülkede yaşayan bireylere devletin devlet olması nedeniyle sunduğu tam kamusal hizmetler dışında kalan verilen yarı kamusal hizmetlerin fiyatlanması yoluyla da sağlanabilir. Bununla birlikte, kamu yararı gözetilerek ve kamu çıkarları öncelenerek tesis edilecek kamu-özel işbirlikleri de bu finansmanı sağlamak için etkili bir yol olabilir. Ayrıca, Norveç örneğinde olduğu gibi, devletin yer altı kaynaklarına sahip olması durumunda, bireylerden vergi alınmadan ve fiyatlandırılmadan da kamusal hizmetlerin yurttaşlara sağlanması mümkündür. Teknolojik ilerlemeler ve üretimde gelişmiş robot teknolojilerin kullanımı nedeniyle insanların çalışmaması gibi bir durumda da vergi toplamak yerine bireylere devletin üretim gücünden elde ettiği gelirlerden ülke vatandaşlarına doğrudan gelir sağlanması gündeme gelebilir.

Keywords: Vergi, Devlet, Bütçe, Vergi Hukuku, Devlet Giderleri, Kamu Malları.

1. Introduction

From the past to the present, states have required consistent sources of revenue to fund essential public services and programs. These functions include maintaining social, legal, and economic order, providing security, and delivering public goods and services essential for societal welfare and development. In consequence of these obligatory public expenditures, states have been obliged to impose taxes on their own citizens and even on foreign nationals who have made economic gains within their borders.

Taxation has been employed in Turkey, as in the rest of the world, to finance public expenditures since the Magna Carta of 1215.¹ This is

¹ Gerek, Şahnaz; Aydın, Ali Rıza. *Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku (Constitutional Jurisdiction and Tax Law)*. Seçkin, 1. Edition, Ankara, 2005, p. 37.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

provided for and guaranteed by the Constitution². While these taxes are intended to ensure security, finance public expenditures, and establish a fair order, there are instances when the state's interests and the expectations and interests of individuals may conflict. Indeed, on occasion, low-income individuals may experience adverse effects from these taxes in comparison to high-income individuals, which could potentially lead to social unrest³. Similarly, while honest taxpayers fulfill their tax obligations fully and in accordance with the rules, individuals who evade taxes may not fulfill these obligations. As a result, tax evaders may dynamize the market economy by gaining an unfair competitive advantage⁴.

In order to eliminate the adverse economic, legal, and sociological consequences of taxation, there is a compelling public interest in the pursuit of a tax-free future. In the future, with the discovery of alternative resources and the development of technology, the necessity of taxation may be called into question. It is therefore important to develop the concept of a tax-free state and to conduct studies and projects on the potential consequences of such a system. This study will examine the state, tax, and tax philosophy, and will then consider the feasibility of a tax-free state structure in light of alternative sources of income and developing technology.

2. Brief Historical Development of Tax

Taxes have been an important source of revenue from ancient civilizations to nation-states. From the Sumerian civilization to ancient Egypt, from the Roman Empire to modern nation-states, many states have resorted to taxation. In Sumeria, taxes were collected on grain and were a

² According to article 73 of the Turkish Constitution's first paragraph: "Everyone is under obligation to pay taxes according to his financial resources, in order to meet public expenditure." (https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf, 8 dec. 2024)

³ Among many studies see for ex., T. Picketty, *Property, Inequality, and Taxation: Reflections on Capital in the Twenty-First Century*, 68 *Tax L. Rev.* 631 (2014-2015); Gema Lax-Martinez, Dominic Rohner, Alessandro Saia, *Threat of taxation, stagnation and social unrest: Evidence from 19th century sicily*, *Journal of Economic, Behavior & Organization*, Volume 202, October 2022, Pages 361-371

⁴ Michael W. Spicer, Lee A. Becker, *Fiscal Inequity And Tax Evasion: An Experimental Approach*, *National Tax Journal*, Volume 33, Number 2, June 1980; Winfried Becker, Heinz-Jürgen Büchner, Simon Sleeking, *The impact of public transfer expenditures on tax evasion: An experimental approach*, *Journal of Public Economics*, Volume 34, Issue 2, 1987, p. 243-252.

symbol of power for city-states.⁵ In addition to the Sumerians, ancient Egypt also resorted to taxation. Since economic values such as wheat and barley were produced in these times, and harvest times were certain and predictable, taxes were levied on these products. The collected grain taxes were floated down the Nile to the royal storehouses.⁶

Taxes funded the king's expenses, officials, the army, and new construction, sustaining the system's progress. In ancient Greece, indirect taxes were collected in addition to direct taxes, and such taxes caused public outcry.⁷ The Roman Empire, on the other hand, levied taxes on property income, spoils of war, and the nations they had annexed to the empire. They also collected tribute taxes, which were used to finance the army in the event of war. After the imperial period, taxes were regulated according to the emperor's decrees. While head tax and land tax were direct taxes, customs tax, inheritance tax, gate tax, purchase and sale tax were indirect taxes.⁸

Four major economic movements were prominent in the New Age period: mercantilism, cameralism, the physiocrats, and the classical school. Each represented a different view of taxation.⁹

During the mercantilist period, medieval ideas were rejected and more rational and rational principles were adopted. It was argued that the state should have a strong economy. Therefore, the mercantilist tax system was aimed at increasing production and no tax was collected on production. However, consumption and labor were taxed to prevent laziness. Property revenues from state-owned land played an important role in meeting public expenditures. Taxes were seen as compensation for the security services provided by the state to its citizens.

⁵ Ünal, Soner. *Vergi Tarihinin Kökenleri: Sümer'den Eski Mısır'a, Yunan'dan Roma'ya Antik Çağda Vergilendirme Kabiliyeti ve Etkinliği (Origins of Tax History: The Capability and Efficiency of Taxation in Antiquity from Sumer to Ancient Egypt, Greece to Rome)*. Abdullah Burhan Bahce, Gazi, Ankara, 2017

⁶ Yıldırım, Ercüment. *Eski Mısır'da Tarımsal Üretim ve Vergilendirme Sistemi (MÖ 3100 – 672) (Agricultural Production and Taxation System in Ancient Egypt (3100 - 672 BC))*. Gaziantep University Journal of Social Sciences, Vol. 4, p. 8.

⁷ Kayan, Ahmet. *Verginin Tarihsel Gelişimi ve Sebep Olduğu Bazı Önemli Olaylar (Historical Development of the Tax and Some Important Events Caused by it)*. Vol. 215, p. 3.

⁸ Yolal, Merve. *Verginin Tarihsel Gelişiminin ve Mali Fonksiyonun Geçmişten Günümüze Değerlendirilmesi (Evaluation of the Historical Development of Tax and Fiscal Function from Past to Present)*. 2017, p. 5.

⁹ Yolal, Merve. *Ibid.* p. 6, 7.

The idea that the state should intervene in the economy is dominant in public liberalism. Social and economic life was regulated by the state. Taxes were used as a last resort to finance public expenditures, as they were seen as a drain on capital and an impediment to entrepreneurship. State revenues were generally derived from state lands and enterprises.

Physiocrats emerged in the 18th century as defenders of the natural order. Since nature operates according to its own rules, government intervention is unnecessary. Therefore, they argued, government spending should be minimized. Since taxes disrupted the functioning of the natural order, a single tax was levied only on agricultural income. It is useful to seriously examine the Cameralist and Physiocratic movements to determine whether a tax-free state is possible.

The classical school, under the leadership of Adam Smith, argued that the market mechanism could provide economic order if it worked perfectly. Adam Smith made important contributions to taxation in his book *The Wealth of Nations*, published in 1776¹⁰. Smith defined the principles of taxation, which are still valid today, as equity, certainty, adequacy and economy. He said that the government has two types of revenue: Revenue from the property of the state and taxes to cover public expenditures. Taxes were accepted as the primary source of revenue. Smith also emphasized the importance of the principle of utility in financing public expenditures. He argued that since the benefits of defense services spread throughout society, everyone should share in the cost of these services according to their income. In the case of justice, public works, and education, on the other hand, he argued that those who directly benefit from these services should pay the costs. While Smith considered defense services to be fully public, he considered areas such as justice, education, and public works to be semi-public services.

As Adam Smith argued, the state cannot be reduced to a security-based structure. As part of the invisible contract with the people, the state must also provide social protection and security. There is no doubt that there are security and development needs that should be met through taxation.¹¹ However, the social state must aim to provide social security and social welfare. According to the principle of the social state, taxation to cover public expenditure is a duty rather than a power of the state. Therefore, the

¹⁰ W. Strahan and T. Cadell, London.

¹¹ Güneş, Gülsen. *Verginin Yasallığı İlkesi (Principle of Legality of Tax)*. Alfa, İstanbul, 1. Edition, 1998, p. 46, 56.

state is obliged to collect taxes and individuals must fulfill these duties and obligations. The social state and the rule of law can ensure the happiness of individuals through taxation.¹²

By collecting taxes, states provide economic welfare and security to their citizens by providing the necessary financing for their public expenditures, which have increased since the beginning of the 20th century. Since the Magna Carta of 1215, the legalized duty of the state to tax and the duty of citizens to pay taxes in return for the full public goods and services provided by the state sometimes leads to serious conflicts between the state and its citizens. Today, especially in organized, developed societies, the policy of high taxation by the state due to wrong choices in public spending can lead to serious problems.

In order to prevent these conflicts from undermining the state and state institutions, and to prevent the breakdown of trust between citizens and the state, states need to explore alternative ways of taxing less, or even not taxing at all. In this process and search, it is important to first accept the possibility of a tax-free state at the intellectual level.

3. Alternative Sources of Revenue For Transition to A Tax-Free State

Throughout history, governments have generally financed their needs, such as public services and security, from taxes. In fact, according to some economists such as Thomas Piketty, the most appropriate solution to control inequality and accumulation dynamics is to apply progressive taxes on capital.¹³ However, taxes are not the only source of revenue, and a tax-free state model can be achieved if conditions are met or technology advances. In order to realize a tax-free state, it is useful to start evaluating some possibilities today.

First, in a tax-free state model, the state can finance public expenditures with the money it receives from pricing its services other than basic education and basic health. If this financing can be done directly with the money to be collected from highways, basic designated high schools (scholarships can be given to those who choose schools that provide education for the professions that society needs), and health services other

¹² Güneş Gülsen. *Ibid.* p. 105 – 110.

¹³ Piketty, Thomas. *Yirmi Birinci Yüzyılda Kapital (Capital in the Twenty-First Century)*. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Edition, İstanbul, 2023, p. 507.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

than basic health, there may be no need for taxation, but it seems unlikely that this situation will replace taxation on its own.

An additional source of revenue to fund public expenditures can be obtained through the efficient management of state-owned real estate. The state has the option of leasing its assets, including land and properties, at the prevailing market rates. Furthermore, state-owned factories, enterprises, institutions, and organizations can be operated in an effective and efficient manner, thereby generating significant profits. In cases where the operation and renovation investments of enterprises have become inefficient and resource-consuming, privatization under conditions of continued production and employment, as well as technological renewal, may be a viable option. Furthermore, the state's underground and aboveground resources have the potential to serve as a significant source of financing and funding. In this context, the exploitation of mines, solid and liquid fuel deposits provides the state with a substantial source of revenue. During the Gaddafi regime, Libya's economy was heavily reliant on oil revenues, with approximately ninety percent of these revenues being transferred to the public through the state in the form of goods and services. Services such as electricity, natural gas, water, education, and health were provided free of charge. The state provided housing for newlyweds and scholarships for those pursuing studies abroad, and the tax rates were comparatively lower than in other states.¹⁴ Similarly, in Norway, the discovery of oil in the sea in 1969 has resulted in a gradual increase in oil revenues. A sovereign wealth fund was established with these oil revenues. The objective was to generate income and create a source of wealth in the long term, thereby ensuring prosperity for future generations.¹⁵ Today, this effectively managed sovereign wealth fund generates hundreds of billions of dollars in annual profits.¹⁶ As these examples demonstrate, public services can be financed by alternative sources.

¹⁴ Cantürk, Caner. *Devrimler, Kaos ve İstikrar Arayışları İçinde Libya: Tarihsel Ve Yapısal Bir Analiz (Libya in Revolutions, Chaos and the Search for Stability: A Historical and Structural Analysis)*. Article, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları, Vol: 6, 2018, p. 13.

¹⁵ Özgül, Hüseyin Burak. *Norveç Varlık Fonu Üzerine Bir İnceleme (A Study on the Norwegian Sovereign Wealth Fund)*. International Journal of Public Finance, Vol. 1, p. 7, 8.

¹⁶ <https://tr.euronews.com/2024/04/18/norvec-varlik-fonu-yilin-ilk-ceyreginde-107-milyar-dolar-kar-acikladi#:~:text=107%20milyar%20dolar%20olarak%20a%C3%A7%C4%B1klanan,getiri%20sa%C4%9Flad%C4%B1.%22%20%C5%9Feklinde%20konu%C5%9Ftu.,> (Access date: 19.05.2024)

An alternative option is a public-private partnership. It is possible for the state to provide this financing in collaboration with the private sector. One advantage of a public-private partnership is that the public sector can transfer some of the liabilities associated with a project to the private sector, thereby sharing the risk.¹⁷ In this manner, the financing of projects can be provided by the private sector, thereby avoiding the collection of taxes from society. Nevertheless, an excessive degree of privatization of public services may potentially disrupt the market and economic balance in the future. It is therefore essential to ensure that the balance of privatization is carefully calculated. Furthermore, cost-benefit analyses of public-private partnerships should be conducted in accordance with scientific criteria that are free from political favoritism. The scope of the areas and services to be provided by the private sector, as well as the duration of their operation, should be clearly defined. The compliance of the private sector with its commitments in these areas should be subject to impartial and effective auditing. Effective sanctions should be included in the contracts as a deterrent in accordance with the findings of the audit. The public-private partnership contracts that have been signed in Turkey in recent years are open to serious legal and economic criticism¹⁸. One might even argue that these contracts have resulted in a net loss for the public sector¹⁹.

In addition to the process of privatization, it is crucial for the state to maintain a presence in some important areas and times. It is possible that certain sectors may be closed down by the state's rapid privatization. To illustrate, in Morocco, the state provided peasants with chicks for breeding²⁰. However, the IMF subsequently determined that the public

¹⁷ Boz, Selman Sacit. *Kamu Özel İşbirliği (Ppp) Modeli (Public Private Partnership (PPP) Model)*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vol. 2, p. 25.

¹⁸ Açıkgöz, B. (2020). Public-Private Partnership—The Case of Turkey. In: Kırıl, H., Akdemir, T. (eds) *Public Financial Management Reforms in Turkey: Progress and Challenges*, Volume 1. Accounting, Finance, Sustainability, Governance & Fraud: Theory and Application. Springer, Singapore; Ayhan, B., & Üstüner, Y. (2022). Turkey's public-private partnership experience: a political economy perspective. *Southeast European and Black Sea Studies*, 23(1), 115–138; B. Başar, B. N. Bayırbaş, A. Z. Yılmaz, *The Public-Private Partnership Model in Turkey: Heavy Infrastructure Projects*, *Turk. Com. L. Rev.* 253 (2016).

¹⁹ Stiglitz, Joseph E. *Küreselleşme büyük hayal kırıklığı (Globalization is a big disappointment)*. Alfa, 1. Edition, İstanbul, Kasım 2018, p. 278. (Arzu Taşçıoğlu, Deniz Vural)

²⁰ Stiglitz, Joseph E. *Ibid.* p. 278.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

sector should not provide this service in the chick sector²¹. This was done in order to reduce the influence of the state in the economy and to make the private sector more efficient. In another case study, the French company acquired the state-owned and operated telephone company from the state in the Ivory Coast²². This resulted in the company becoming a monopoly, charging exorbitant prices for a range of telephone and internet services over time. As a consequence, the population in the country was adversely affected. Consequently, in certain instances, the public sector may also be required to assume a presence in the market, assuming the role of a stabilizing and regulating force in competition.²³

Donations or contributions are another possible method. Individuals and legal entities can provide funding to the public sector through donations and contributions, and there may be no need to pay taxes or pay high rates of tax. However, in practice, this would be similar to paying taxes. In addition, donors may expect various privileges from the state. This can be to the detriment of society as a whole and can lead to significant problems in the social and political structure.

In the future, the development of technology may lead to major changes in taxation. Artificial intelligence, robotics, cheap energy and automation technologies can reduce the need for labor in many sectors. In particular, repetitive and routine tasks can be performed more efficiently by artificial intelligence and robots. This may lead to the complete disappearance or drastic reduction or transformation of some occupations. As technology advances, there is less and less need for humans every day. If the trend continues in this direction, in the future there may be almost no need for humans in agriculture, animal husbandry, the defense industry, education, and transportation. At first it may be thought that there will be deep poverty in society as unemployment increases. However, it is more likely that everyone will be enriched due to the significant cheapening of production and the abundance of supply. In such a situation, it is not the individual's responsibility to pay taxes to the state, but the state's responsibility to transfer a universal basic income or a higher income according to current conditions. In order to prevent poverty, laws should be enacted to help people because they are human beings, not because of their occupation, age,

²¹ Stiglitz, Joseph E. *Ibid.* p. 278, 279.

²² Stiglitz, Joseph E. *Ibid.* p. 278, 279.

²³ Stiglitz, Joseph E. *Ibid.* p. 279.

or wage group.²⁴ In addition, if the state and public institutions and organizations develop advanced technological facilities and operate them themselves to produce and distribute them, they can provide enormous resources in this way. If left to the free market, it is unlikely that the state will be able to generate revenue from these developments other than through taxation or financial sanctions. If the private sector and individuals who have invested money in the development of technology and who own the production, offer their products to society at significant profits, this will bring destruction and social conflict to the masses who have no purchasing power. If some areas are to be left entirely to unmanned technological areas, it would be appropriate for the management of these areas to be largely in the public sector, and for the welfare created in this way to be transferred to society under more favorable cost conditions.

Governments have played an important role in the introduction and diffusion of new technologies. Governments have not only funded basic research and risky applications, but have also been the source of revolutionary innovations. Analyzing the development of the mass production system, aerospace technologies, information technologies, Internet technologies, and nuclear technologies, Ruttan concludes that government investment was crucial to these developments and that without government funding, these developments would likely never have occurred.²⁵ Even in the automobile revolution, which was supposed to be led by private markets, the state ensured the widespread distribution of vehicles and provided investment in mass production through activities such as building roads, introducing regulations, and issuing driving licenses.²⁶ The main objective of the state is to ensure the happiness and welfare of its citizens under all circumstances.²⁷ In the social state, the goal is to ensure and secure the peace and welfare of the individual, create a just legal system, establish a balance between the individual and society, and provide a realistic system that ensures a fair distribution of national income.²⁸ Therefore, the state is likely to pioneer new technologies in the future and,

²⁴ Friedman, Milton. *Kapitalizm ve Özgürlük (Capitalism and Freedom)*. Serbest, 7. Edition, Ankara, 2023, p. 278.

²⁵ Mazzucato, Mariana. *Girişimci Devlet (Entrepreneurial State)*. 1. Edition, İstanbul, 2021, p. 102 - 103.

²⁶ Mazzucato, Mariana. *Ibid.* p. 31.

²⁷ Erol, Ahmet. *Vergi Felsefesi (Tax Philosophy)*. İSMMMO, No. 140, İstanbul, 2011, p. 40.

²⁸ Gerek, Şahnaz; Aydın, Ali Rıza. *Ibid.* p. 222 – 223.

once the conditions are met, increase social welfare by providing income to the public. In this way, social services are likely to increase, ensuring a sustainable future and increasing prosperity.

4. Providing Resources By Reducing Government Expenditures

Another issue that needs to be considered is the reduction of government expenditures²⁹. If resources are used effectively and efficiently, wasteful public spending and easy political allocation of resources will be avoided, and as a result of all this the Pareto optimum of resource utilization will be achieved and the resource requirements of the public sector will be reduced.

It is possible to reduce expenditures by reducing bureaucratic procedures and paperwork, planning human resources in state institutions and organizations, and preventing unnecessary expenditures that lead to waste and misuse of resources in the public sector and cause more harm than public benefit.

Reducing defense industry spending, which is a significant portion of government budgets, will both save resources and help allocate more resources to areas of high public benefit such as education, health, communications, transportation, etc. Defense industry expenditures can be decreased by reducing foreign dependency through domestic production. At the same time, by concluding some agreements such as "Nuclear Non-Proliferation Treaty", the production of high-cost defense weapons can be prevented not only for individual countries, but also for the whole world. One of the important factors in reducing the resources allocated by states to defense expenditures is to establish permanent, sustainable and sincere cooperation and peace agreements with countries in their regions and neighboring countries. Developing good relations and friendship with neighboring countries is crucial for all stakeholders. This would eliminate large defense expenditures, allocate significant resources to high value-added areas, and provide significant public input. All this will not only reduce government expenditures, but also contribute to world peace.

Government expenditures should be made in such a way as to increase the welfare of society. It is important for those who administer the state to

²⁹ Norman Hicks, Anne Kubisch, Cutting Government Expenditure in LDCs, Finance & Development, 1984, 37-39; Norman L. Hicks, Expenditure reductions in developing countries revisited, Journal of International Development, 1991, Vol. 3, Issue 1, p. 29-37; Akhmad, A., Amir, A., Saleh, S., & Abidin, Z. (2022). Effectiveness of Regional Government Expenditure in Reducing Unemployment and Poverty Rate. European Journal of Development Studies, 2(4), p. 90-99.

avoid unnecessary luxury spending and set an example for society by living in a moderate, transparent and accountable manner; and for public funds to be allocated to areas such as education, health, transportation, justice, communications, etc. that will provide significant public benefits and added value to society.

In order for the state budget to be properly determined according to the interests of society and not according to the political interests of the government, an expenditure control and evaluation system that is apolitical and independent of governments should be established. In such a system, expenditures are monitored by independent auditing and judicial institutions to prevent misuse of resources, bribery, corruption and other malicious acts that lead to the destruction of the state and the public. These auditing and judicial institutions should be completely independent in all respects, and even those who are elected to power by the people should not be able to interfere with such independent institutions. These institutions should monitor the state's budgetary practices and ensure that expenditures are in accordance with the law and within budgetary limits. This would increase confidence in the country's fiscal and monetary policies.

In order to ensure balance in the fiscal affairs of the state, the power to make and control the budget can be divided between the government and the opposition. The fact that the government has the authority to make the budget and the opposition has control over the actual functioning of the budget ensures that the budget is administered in a fair and transparent manner. When the opposition is given the authority to control the budget, the government is less likely to use the budget in accordance with its own interests. This prevents unnecessary spending and increases public trust in the public sector.

Government social assistance and support should be free from political favoritism and should be provided only to those in need. Unfair assistance to certain groups for political purposes would be political favoritism; it would not only waste resources but also undermine public trust in the state. Therefore, social assistance should be provided to those who deserve it, when they deserve it, and in the most effective way.

In addition to social assistance, effective and measurable support in areas such as agriculture, livestock and renewable energy can contribute to the national economy. Agriculture, livestock and renewable energy are areas that support the ecosystem and provide significant added value that affects world peace. The effective use of the country's land with scientific methods

will provide significant resources to the state, increase the welfare of society and contribute to the equitable distribution of income.

One of the reasons for the existence of the State is the impartial practice of effective control and punishment to ensure the rule of law in terms of social peace and harmony. The imposition of severe sanctions against those who, for political reasons or for favoritism, violate or fail to violate the law, those who misuse public resources, those who obtain unjust benefits from them, those who obtain unjust benefits by abusing public power and/or authority, and the confiscation of income and assets obtained in this way are also important in terms of both legal order and the provision of resources for the state.

The effective and efficient management of the social security system in accordance with the actuarial logic of insurance is also of great importance for the optimal utilization of resources. In the context of public trust in compulsory pension systems, individuals contribute financially in exchange for a certain level of security in the event of illness, retirement, or unemployment. This is achieved through premium payments made over a defined period of time. It is therefore essential that the premiums collected from individuals are effectively managed and operated in a scientific manner. It is imperative that governments refrain from utilizing the premiums collected from individuals for purposes other than their intended purpose. Social security institutions must be designed and operated as an authority independent from governments. In order to prevent social security deficits, audit mechanisms should be activated in social security management, union members representing employees should be included as stakeholders in the management of social security institutions, social security accounts and audit results should be open and transparent to everyone, and governments should not oppose social security institutions. By managing social security institutions in accordance with the universal financial and actuarial system, social security deficits will be eliminated and resources will be saved.

5. Assessment of Tax Haven Countries

Some countries, including the Cayman Islands, Bahrain, the Bahamas, and Switzerland, are designated as tax havens.³⁰ Tax haven countries, which also provide financial secrecy, are known for the complete or near-complete

³⁰ Yıldız, Abdunnur; Demir, Murat. *Vergi Cennetleri ve Küresel Gelir Eşitsizliği (Tax Havens and Global Revenue Inequality)*. Maliye Dergisi, Vol. 176, p. 10.

elimination of certain taxes or the maintenance of low tax rates. The objective of these countries is to attract foreign capital through the implementation of low tax rates. In order to circumvent income and corporate taxes on their income, companies apply to tax haven countries³¹. In such tax haven countries, businesses and individuals attempt to evade taxation in other countries while simultaneously increasing their profits.³² Approximately 19% of the world's gross domestic product (GDP), or 7 trillion dollars, is estimated to be held in tax havens.³³ A tax-free state model may therefore prove more attractive to international trade and foreign investors, and may result in individuals and companies earning more in the country. It is, however, essential to guarantee the reliability of the legal system and its unwavering enforcement within the country. It is imperative that the country in question demonstrate full adherence to universal legal norms, the principle of legal security, and an efficient and impartial judicial system.

6. Discussion And Conclusion

Following the Industrial Revolution started at the end of 19th century, economic growth was observed in countries around the world. This trend continued with the advent of new Technologies since 20th century. The expansion of the economy has resulted in an increase in wealth. However, not all members of society have been able to benefit from this growth in a fair manner. For various political or other reasons, the taxes collected have not been returned in a way that would improve the welfare and quality of life of citizens. Consequently, there has been a general tendency to evade taxation. In 1983, Margaret Thatcher posited that there is no such thing as state money; rather, there is only the money of those who pay taxes. Consequently, the taxes paid by the people should be utilized in a manner that is exclusively for their benefit. Should practices such as waste in the public sector become more prevalent, it would be reasonable to anticipate a corresponding increase in reluctance to pay taxes. It can be argued that the

³¹ Ludvig Wier, Thomas Tørslov and Gabriel Zucman. The Missing Profits of Nations, NBER working paper 24701, revised September 2019, cited by <https://www.weforum.org/stories/2020/02/how-do-corporate-tax-havens-work/> (Access Date: 8.12.2024)

³² Kurt, Serhat; Bozdoğan, Doğan. *Vergi Cennetlerinin Uluslararası Vergi Rekabetine Olumsuz Etkileri (The Negative Effects of Tax Havens on International Tax Competition)*. Stratejik Yönetim Araştırmaları, 2023, Vol. 1, Cilt 6. p. 78 – 93.

³³ Yıldız, Abdunnur; Demir, Murat. Ibid. p. 16.

community will benefit, if the public investors engage in business transactions with everyone and allocates a portion of the income to the public organization, which then invests these funds in sectors such as education and health, as well as other initiatives that benefit the community. In such a case, an individual within the community will also be more easily satisfied when others achieve financial success. This could again result in the organization having more financial resources. As a result, the community will become wealthier and more prosperous. One might draw a parallel between the financial contributions made in this context and the payment of taxes. Similarly, it can be argued that if taxes are distributed equitably, the public's reluctance to pay taxes will diminish, potentially even leading to a complete reversal of this attitude. However, with the passage of time and the advent of new technologies such as fusion energy, robotics, artificial intelligence, and the wealth that will be generated through the management of these production processes at the state level, the necessity for taxation may significantly diminish or even become obsolete.

Throughout history, numerous governments have relied on the collection of taxation from individuals and entities to finance a range of public expenditures and security initiatives. In the course of history, a number of movements have emerged, accompanied by shifts in ideas about taxation. Nevertheless, there are alternative sources of revenue apart from taxes, and this study concentrates on these alternative sources of revenue. It is feasible to finance public expenditures through the imposition of charges on individuals. Furthermore, financing can be sourced from public-private partnerships. Additionally, savings resulting from government expenditures, as previously outlined, can also serve as a substantial source of revenue in the public sector. It is possible to eliminate the state's need for taxation to a significant extent through the generation of revenue from various sources and the prevention of public waste, which can be curtailed or prevented through effective management. Such an approach would not only contribute to the welfare of the people, but also to world peace by reducing defense expenditures.

Ethics Declarations

We declare and accept that universal scientific research methods and ethical rules were followed during the conduct, organization, evaluation and use of resources of the study.

Fund and Support

We declare that the study has no funding or support from any institution or board.

Author contributions

Study was planned by Ahmet Erol, Prof. Dr., carried out together with Master's Student Lawyer Arda Güneş. Its evaluations and controls were carried out by Prof. Dr. Ahmet Erol.

Competing interests

We declare and accept that there is no conflict or difference of opinion between the authors.

REFERENCES

Açıkgoz, B. (2020). Public-Private Partnership—The Case of Turkey. In: Kıral, H., Akdemir, T. (eds) Public Financial Management Reforms in Turkey: Progress and Challenges, Volume 1. Accounting, Finance, Sustainability, Governance & Fraud: Theory and Application. Springer, Singapore

Akhmad A., Amir A., Saleh S., & Abidin Z. (2022). Effectiveness of Regional Government Expenditure in Reducing Unemployment and Poverty Rate. *European Journal of Development Studies*, 2(4)

Ayhan, B., & Üstüner, Y. (2022). Turkey's public-private partnership experience: a political economy perspective. *Southeast European and Black Sea Studies*, 23(1)

Başar B., Bayırbaş B. N., Yılmaz A. Z., The Public-Private Partnership Model in Turkey: Heavy Infrastructure Projects, *Turk. Com. L. Rev.* 253 (2016)

Boz, S. S. Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli (Public Private Partnership (PPP) Model). Article, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vol. 2

Cantürk, C. (2018). Devrimler, Kaos ve İstikrar Arayışları İçinde Libya: Tarihsel ve Yapısal Bir Analiz (Libya in Revolutions, Chaos and the Search for Stability: A Historical and Structural Analysis). Article, *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları*, Vol. 6

Constitution No. 2709 of the Republic of Turkey

Erol, A. (2011). Vergi Felsefesi (Tax Philosophy). İSMMM, No. 140, İstanbul

Friedman, M. (2023). Kapitalizm ve Özgürlük (Capitalism and Freedom). Book, Serbest, 7. Edition, Ankara

Gerek, Ş., Aydın, A. R. (2005). Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku (Constitutional Jurisdiction and Tax Law). Seçkin, 1. Edition, Ankara

Güneş, G. (1998). Verginin Yasallığı İlkesi (Principle of Legality of Tax). Book, Alfa, İstanbul, 1. Edition

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

Hicks N., Kubisch A., *Cutting Government Expenditure in LDCs*, Finance & Development, 1984

Hicks N. L., Expenditure reductions in developing countries revisited, *Journal of International Development*, 1991, Vol. 3, Issue 1

<https://tr.euronews.com/2024/04/18/norvec-varlik-fonu-yilin-ilk-ceyreginde-107-milyar-dolar-kar-acikladi#:~:text=107%20milyar%20dolar%20olarak%20a%C3%A7%C4%B1klanan,getiri%20sa%C4%9Flad%C4%B1.%22%20%C5%9Feklinde%20konu%C5%9Ftu.>

Kayan, A. *Verginin Tarihsel Gelişimi ve Sebep Olduğu Bazı Önemli Olaylar (Historical Development of the Tax and Some Important Events Caused by it)*. Article, Vol. 215

Kurt, S., Bozdoğan, D. *Vergi Cennetlerinin Uluslararası Vergi Rekabetine Olumsuz Etkileri (The Negative Effects of Tax Havens on International Tax Competition)*. Article, *Stratejik Yönetim Araştırmaları*, Vol. 1

Martinez G. L., Rohner D., Saia A. *Threat of taxation, stagnation and social unrest: Evidence from 19th century sicily*, *Journal of Economic, Behavior & Organization*, Volume 202, October 2022

Mazzucato, M. (2021). *Girişimci devlet (Entrepreneurial State)*. Book, 1. Edition, Istanbul

Michael W. Spicer, Lee A. Becker, *Fiscal Inequity And Tax Evasion: An Experimental Approach*, *National Tax Journal*, Volume 33, Number 2, June 1980

Özgül, H. B. *Norveç Varlık Fonu Üzerine Bir İnceleme (A Study on the Norwegian Sovereign Wealth Fund)*. *International Journal of Public Finance*, Vol. 1

Piketty, T. (2023). *Yirmi birinci yüzyılda Kapital (Capital in the Twenty-First Century)*. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Edition, Istanbul

Picketty T. *Property, Inequality, and Taxation: Reflections on Capital in the Twenty-First Century*, 68 *Tax L. Rev.* 631 (2014-2015)

Stiglitz, J. E. (2018). *Küreselleşme büyük hayal kırıklığı (Globalization is a big disappointment)*. Alfa, 1. Edition, Istanbul, (ArzuTaşçıoğlu, Deniz Vural)

Ünal, S. (2017). *Vergi Tarihinin Kökenleri: Sümer'den Eski Mısır'a, Yunan'dan Roma'ya Antik Çağda Vergilendirme Kabiliyeti ve Etkinliği (Origins of Tax History: The Capability and Efficiency of Taxation in Antiquity from Sumer to Ancient Egypt, Greece to Rome)*. -Abdullah Burhan Bahce, book review, Ankara, Gazi Kitabevi

Wier L., Tørsløv T., Zucman G. The Missing Profits of Nations, NBER working paper 24701, revised September 2019, cited by <https://www.weforum.org/stories/2020/02/how-do-corporate-tax-havens-work/> (8.12.2024)

Winfried Becker, Heinz-Jürgen Büchner, Simon Sleeking, The impact of public transfer expenditures on tax evasion: An experimental approach, *Journal of Public Economics*, Volume 34, Issue 2, 1987

W. Strahan and T. Cadell, London.

Yıldırım, E. Eski Mısır'da Tarımsal Üretim ve Vergilendirme Sistemi (MÖ 3100 – 672) (Agricultural Production and Taxation System in Ancient Egypt (3100 - 672 BC)). Article, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, Vol. 4

Yıldız, A., Demir, M. Vergi Cennetleri ve Küresel Gelir Eşitsizliği (Tax Havens and Global Revenue Inequality). Makale, *Maliye Dergisi*, Vol. 176

Yolal, M. (2017). Verginin Tarihsel Gelişiminin ve Malifonksiyonun Geçmişten Günümüze Değerlendirilmesi (Evaluation of the Historical Development of Tax and Fiscal Function from Past to Present).

 TZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI TEORİŐİ VE ORGANİK BAĞ KAVRAMI IŐIŐINDA 5941 SAYILI ÇEK KANUNU M. 4/2'NİN BİR İNCELEMESİ

(AN ANALYSIS OF ARTICLE 4/2 OF THE CHECK LAW NUMBERED 5941 IN THE LIGHT OF THE THEORY OF LIFTING THE VEIL OF INCORPORATION AND THE CONCEPTS OF ORGANIC BOND)

Muhammet Can KARIKSIZ * **

Z

Anonim ve limited Şirketler tüzel kişiliğe sahip ticaret Őirketleridir. Dolayısıyla bu tür Şirketlerin malvarlığı değerleri bizzat Şirket tüzel kişiliğine aittir. Tüzel kişiliğe sahip olmanın diğer bir sonucu olarak da aktif ve pasif dava ehliyeti bizzat Şirketin kendisine aittir. Ayrıca sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca ortakların Şirkete karşı sorumluluğu yalnızca taahhüt ettikleri sermaye miktarından ibarettir. Sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca ortakların Şirket borçlarından dolayı sorumlu tutulmalarına imkân tanınmamaktadır. Belirtmek gerekir ki sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı sayesinde Şirket tüzel kişilik perdesi kaldırılarak ortaklar veya diğer grup Şirketler Şirketin borçlarından sorumlu tutulabilmektedir. Her ne kadar mevzuatımızda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi doğrudan tanımlanmamış ve izah edilmemiŐ olsa da bazı yasal düzenlemelerle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması etkisi yaratılması saĐlanmıŐtır. 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 4. maddesinin (m.) 2. fıkrası tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran yasal düzenlemelerden bir tanesidir. Çek Kanunu m. 4/2 hükmü, tüzel kişi tacirin veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilen gerçek kişi ortaklarının çek hesaplarının, tüzel kişi tacire ait olacağını belirtmektedir. Çalışmamızda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve organik bağ kavramlarının izahları yapıldıktan sonra Yargıtay

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.10.2024. İlk hakem raporu tarihi: 20.11.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 21.11.2024. çnc hakem raporu tarihi: 28.11.2024. Onaylanma Tarihi: 02.12.2024.

* Doktora Ğrencisi, Türk-Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü zel Hukuk Doktora Programı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4505-2977.

Esere Atf Şekli: Muhammet Can Karıksız, "Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi Ve Organik Bağ Kavramı IŐıŐında 5941 Sayılı Çek Kanunu M. 4/2'nin Bir İncelemesi", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.307-350.

kararları ve öğretilerdeki görüşler uyarınca ilgili düzenlemenin tahlili yapılacaktır. Gerek kanun koyucunun bu düzenlemeyi yasallaştırırken hedeflediği amaç gerekse de maddenin lafzı yorumlanarak hukuki çıkarımlarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, organik bağ, hakkın kötüye kullanılması, tüzel kişi, gerçek kişi ortak, karşılıksız çek, çek hesabı.

ABSTRACT

Joint stock and limited liability companies are commercial companies with legal personality. Therefore, the assets of such companies belong to the legal entity itself. As another consequence of having legal personality, the active and passive capacity to sue belongs to the company itself. In addition, pursuant to the principle of limited liability, the liability of the shareholders towards the company is only limited to the amount of capital they have subscribed. The principle of limited liability does not allow the shareholders to be held liable for the debts of the company. It should be noted that the legal order will not allow the abuse of the principle of limited liability. Thanks to the prohibition of abuse of right, the veil of legal personality can be lifted and the shareholders or other group companies can be held liable for the debts of the company. Although the theory of lifting the veil of legal personality is not directly defined and explained in our legislation, some legal regulations have been enacted to create the effect of lifting the veil of legal personality. Article 4, paragraph 2 of the Cheque Law No. 5941 is one of the legal regulations that result in the lifting of the veil of legal personality. Article 4/2 of the Cheque Law states that the checking accounts of the legal entity merchant or its real person partners associated with its activities shall belong to the legal entity merchant. In our study, after the general explanations of the theory of lifting the veil of legal personality and the concepts of organic bond, the relevant regulation will be analyzed in accordance with the decisions of the Court of Cassation and the opinions in the doctrine. Legal conclusions will be made by interpreting both the purpose of the legislator when legalizing this regulation and the wording of the article.

Keywords: *Lifting the veil of incorporation, organic bond, abuse of right, legal person, real person partner, bounced check, checking account.*

GİRİŞ

Sermaye şirketinin ortaklarından bağımsız bir tüzel kişiliğinin olduğunu ifade eden ayrılık ilkesi ve ortakların şirkete sermaye payı olarak yatırdıkları değer oranında sorumluluğunu ifade eden sınırlı sorumluluk ilkeleri uyarınca; kural olarak tacir tüzel kişi keşide ettiği çeklerden kendi malvarlığı ile sorumlu olacaktır. 5941 Sayılı Çek Kanunu¹ m. 4/2 düzenlemesi bu ilkelerin istisnasını teşkil etmektedir. İlgili yasal düzenleme uyarınca çek hesabı her ne kadar gerçek kişi adına açılmış olsa da işlemlerin tüzel kişi tacirle veya tüzel kişi tacirin faaliyetleriyle ilişkili olması şartıyla çek hesaplarının şirkete ait olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca hangi gerçek kişilerin madde kapsamında sorumlu tutulacağı da kanun koyucu tarafından sayma yoluyla belirtilmiştir.

Çek Kanunu m. 4/2'nin lafzı yoruma açıktır. Özellikle maddenin uygulanması ve hangi esaslara dayalı olarak özdeşliğin varlığından bahsedilebileceği muğlak bırakılmıştır. Çamoğlu'na göre ilişkilendirmeden söz edilebilmesi için çek hesabının bir veya birden çok kez şirket için kullanılması yeterli olmayacaktır. Ek olarak çek hesabının kullanımının nitelik ve nicelik bakımından özdeşliği ispat edecek seviyede olması gerektiğine dair öğretiler görüşler bulunmaktadır. Ayrıca belirsiz bırakılan bir diğer husus ise madde kapsamında banka şubelerine yüklenen bildirimde bulunma yükümlülüğüdür. İlgili yasal düzenleme uyarınca madde metninde sayılan ilişkilerin varlığına yönelik emarelerin bulunması durumunda çek hesabının bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirmek durumundadır. Fakat bu bildirim yükümlülüğüne uyulmaması halinde ne gibi bir yaptırımın uygulanacağı bir muammadır. Bu haliyle ilgili maddenin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ve Yargıtay kararlarında sıklıkla geçen organik bağ kavramına dayanılarak kapsamlı şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Kanun koyucu, sermaye şirketlerinin gerçek kişi ortaklarının sınırlı sorumluluk ilkesini kötüye kullanarak tüzel kişi tacirin alacaklılarını zarara uğratmasını engellemeye çalışmıştır. Bu durum Çek Kanunu m. 4/2'nin gerekçesinde "...Tasarıyla güdülen diğer bir amaç da, tacir sıfatını haiz tüzel kişinin taraf olduğu ticari ilişkilerde, bu tüzel kişinin borcuna karşılık olarak, organlarında görev yapan veya temsilci sıfatını taşıyan ya da herhangi bir gerçek kişi adına açılmış çek hesabı ile ilişkilendirilmiş çek düzenlenmesinin önüne geçmektir. İkinci fıkra, bu amacın gerçekleşmesini

¹ Resmi Gazete (R.G.), 20.12.2009, 27438.

sağlamaya yönelik olarak bankalar bakımından bir bildirim yükümlülüğü ihdas etmektedir...” şeklinde de ifade edilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve dayandığı temeller irdelenecek olup bu teorinin mevzuatımıza ve Yargıtay kararlarına ne şekilde yansıdığı incelenecektir. Akabinde Çek Kanunu m. 4/2 düzenlenmesinin uygulanabilme şartları ve esasları incelenerek kanun koyucu tarafından bilerek veya bilmeyerek bırakılan boşluklara dair kanaatlerimiz açıklanacaktır.

I. Kavram Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

“Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” veya “perdenin aralanması” olarak adlandırılan bu kuram, alacaklıların haklarının korunabilmesi amacıyla hangi şartlarda tüzel kişiliğinin yok sayılabileceğini ifade etmektedir². Sermaye şirketlerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı, tüzel kişinin ayrılığı ilkesinin³ dışlanması ve tüzel kişinin alacaklısı olan üçüncü kişinin doğrudan tüzel kişiyi oluşturan ortakların şahsi malvarlıklarına başvurulabilmesi anlamına gelmektedir⁴. Sermaye

² Ersin Çamoğlu, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, Sayı 2, 2016, s. 6.

³ Hukukumuzda kural olarak tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi benimsenmiştir. Kabul edilen bu ilke vesilesiyle tüzel kişi, ortaklarından veya yöneticilerinden farklı bir kişiliğe karşılık gelmektedir. Şirketler hukukunda da geçerli olarak kabul edilen bu ilke gereğince şirket ortakları ve şirketin bizatihi kendisinin ayrı kişilik ve malvarlıkları bulunmaktadır. Dolayısıyla şirketin borçlarından dolayı ortakların sorumluluğuna kural olarak başvurulamayacaktır. Detaylı bilgi için bakınız (bkz.) Gülşah Yılmaz, “Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, s. 352, (İş Uyuşmazlıkları); genel anlamıyla ortaklıklar hukukunda sınırlı sorumluluk ilkesinden anlaşılması gerekenin ortakların ortaklık borçlarından mütevellit sorumluluklarının olmayıp ortaklığın bizatihi kendisinin bütün malvarlığı ile sınırsız şekilde sorumlu olması ve sınırlı sorumluluk ilkesinin tüzel kişilerde ayrı ve bağımsız bir malvarlığı oluşumuna sebep olması olduğuna ilişkin bkz. Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler Umumi Hükümler*, Cilt 1, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960, s. 36.

⁴ Şirketler ve derneklerin tüzel kişiliğinin olması esastır. Her ikisi de ortak üyelerden oluşmaktadır. Fakat vakıflar bu noktada ayrışarak ne ortak ne de üyeden teşekkül etmektedir. Vakıflar, malvarlığını belirli ve sürekli bir amaca kanalize etmektedir. Vakıflar bu anlamda tüzel kişiliği haiz bir mal topluluğudur; Gülören Tekinalp, Ünal Tekinalp, *Perdeyi Kaldırma Teorisi*, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 387; İbrahim Aydın, “Üst Kuruluş İşlemlerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü”, *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt 13, Sayı 4, 1999, s. 150-154; Gökhan YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

şirketlerinde tüzel kişiliğe hâkim ilkelerden biri olan ayrılık ilkesi uyarınca tüzel kişi, ortaklarından ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahiptir⁵. Bu bağlamda şirketin organları aracılığıyla açıkladığı iradesiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin neticesinde doğacak olan tüm hak ve borçlar doğrudan tüzel kişinin kendi uhdesinde sonuç doğuracaktır⁶. Şirket ortakları, şahıs ve mal ayrılığı prensibine bir de sermaye şirketlerindeki sınırlı sorumluluk ilkesinin⁷ eklenmesiyle mali korunma noktasında şirket alacaklılarına karşı

Antalya, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Editör (Ed.) Erol Ulusoy , *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, s. 143; Lerzan Yılmaz, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler (Bildiri Metni)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2008, (Bildiri Metni), s. 239.

⁵ Ayrılık ilkesi, şahıs ayrılığı ve mal ayrılığı kavramlarından teşekkül etmektedir. Şahıs ayrılığı mefhumu uyarınca tüzel kişilik kendisini oluşturan ortakların varlığından ve ortakların değişmesinden etkilenmeyen ayrı ve bağımsız bir hukuk sujesidir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 48 uyarınca tüzel kişiler; cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler. Ayrıca TMK 49. ve 50. maddeleri tüzel kişilerin, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyeti kazanmakta olduğunu ve organları sayesinde hukuki işlem ve fiilleriyle kendilerini borç altına sokabileceğini düzenlemektedir. Ayrılık ilkesi kapsamında bir diğer kavram ise mal ayrılığı esasıdır. Kanunun şart koştuğu nitelikleri haiz olan tüzel kişilerde, şirketin malvarlığı ile ortağın malvarlığı birbirinden ayrılmaktadır. Mal ayrılığı ilkesi, şirketin faaliyetlerinden kaynaklanan borçları sebebiyle alacaklıların, şirket ortaklarının şahsi malvarlıklarına başvuramaması anlamına gelmektedir. Ayrıca ortakların şahsi borçları sebebiyle de şirketin mali sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. Konu hakkında bkz. Ayşe Sena Öz Sancak, *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2021, s. 16; bkz. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 124 ve 125.

⁶ Sınırlı sorumluluk ilkesi uyarınca sermaye şirketi ortaklarının sorumluluğunun şirkete koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile sınırlandırılmış olduğuna ilişkin bkz. Mustafa Topaloğlu, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Ankara 2010, s. 2083.

⁷ Sınırlı sorumluluk ilkesiyle pay sahiplerinin koydukları sermaye tutarıyla sınırlı bir sorumluluk altına girdiği kabul edilmektedir. Kişinin hissedarı olduğu şirketin faaliyetlerini devam ettirebilmesi için ihtiyacı olan geri kalan sermayeyi dışarıdan temin etmesi sayesinde risk dağıtılmış olmaktadır. Bu sayede hissedarlar ve kredi sağlayan kurumlar risk maaliyetini de paylaşmış olmaktadır. Belirtmek gerekir ki sınırlı sorumluluk kavramı mutlak olmayıp, TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi halinde “tüzel kişilik perdesinin aralanması” teorisi sayesinde kısıtlanabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Hayri Bozgeyik, Mahmut Yavaşı, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, 2014, s. 301-302.

oldukça avantajlı bir konum elde etmektedirler⁸. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, ortağın sorumluluğunu benimseyen bir kanun veya sözleşme hükmü bulunmamasına rağmen, tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması halinde ortağın tüzel kişilik borçlarından sorumlu tutulması manasına gelmektedir⁹.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için somut olaya tatbik edilebilecek bir yasa veya sözleşme hükmünün var olmaması gerekmektedir¹⁰. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile hedeflenmekte olan husus, tüzel kişinin sahip olduğu müstesna perdenin yasa veya sözleşme hükmüyle doğabilecek borçlardan kaçınmak için kullanılmasının önlenmesidir¹¹. Somut olay özelinde şirketin tüzel kişiliği yok sayılarak şirket ve ortakları arasındaki kişi ve mal ayrılığı ilkesi uygulanmamaktadır. Her ne kadar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla alelade bir tüzel kişinin borcu sebebiyle bir başka tüzel veya gerçek kişinin sorumluluğuna gidiliyor olması borçlar ve şirketler hukukunun temel prensiplerine aykırı gibi gözükse de somut olayın şartlarına göre perdenin

⁸ Kollektif ve komandit şirketlerle alakalı düzenlemelerin perdenin kaldırılmasına örnek teşkil etmeyeceğine ilişkin bkz. Emrullah Kervankıran, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, 2007, s. 471; Mustafa Dural, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)”, *15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 119, Ankara, 1998, s. 97; Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 3. Aksi görüş için bkz. Tekinalp, Tekinalp, s. 387; ayrılık ilkesi uyarınca tüzel kişilik ile kendisini oluşturan ortakları arasındaki malvarlığı ve sorumluluk alanları ayrılmaktadır. Bu bağlamda bir kişi veya mal teşekkülüne tüzel kişilik vasfı kazandırılarak hak ve fiil ehliyeti bahşetmek sonucu tüzel kişiliği oluşturanların sorumluluklarının sınırlandırılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Kervankıran, s. 457-458.

⁹ Fahri Erdem Kaşak, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 1252.

¹⁰ Kaşak, s. 1252. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai nitelikte olduğuna dair bkz. Sena Nur Günay, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016, s. 88-89.

¹¹ Anglo Amerikan hukuk sisteminde doğmuş olan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi sonrasında Kıta Avrupası hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Teoman Akünel, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 1995, s. 17; Yanlı, s. 7.

kaldırılması hakkaniyetin ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu¹² (TMK) m. 2 dürüstlük kuralının bir gereği olabilir¹³.

Yargıtay 11. HD., 2020/6865 E., 2021/3225 K., 01.04.2021 T. Kararından bir kesit “...*hukuk sistemlerinde hakkaniyet gereği “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi” geliştirilmiş ve tüzel kişiliğin arkasına sığınarak durumu kötüye kullanan ortakları şirket borçlarından şahsen sorumlu tutma imkanı getirilmiştir. Teorinin uygulanmasının yasal dayanağı olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK'nın 2. maddesi kabul edilmektedir...*” şeklindedir. Yüksek mahkemenin ilgili kararından da anlaşılacağı üzere tüzel kişiliğin kaldırılması teorisi istisnai bir duruma teşkil etmekte olup; temellerini dürüstlük kuralına dayandırmaktadır¹⁴.

Sözleşme veya kanun hükmü olmaksızın şirket ortakları veya grup şirketlerinin sorumluluğuna başvurulabilmesi halinde gerçek manada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hali vardır. Bir yasa veya sözleşme hükmü vasıtasıyla tüzel kişi ortağının, tüzel kişinin borçlarından dolayı şahsi malvarlığıyla sorumlu tutulabileceğinin öngörülmesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması olarak nitelendirilemez. Öğretide bu neviden durumlar “gerçek

¹² R.G., 08.12.2001, 24607.

¹³ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin temellerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı görüşünün şirket alacaklılarının bütün alacaklarını konusu kapsamına alabilip alamaması yönünden tartışmalı olduğu eleştirisine dair bkz. Günay, s. 197-196; borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen borç ilişkisinin nisbiligi ilkesinin günümüz şartlarında mutlak olarak uygulanamayacağına, borç ilişkisinin etkilerinin sadece asli yükümlülükleri açısından alacaklı ve borçlu arasında tezahür edebileceğine ve üçüncü kişilerin bu ilişkiden bağımsız olarak düşünülemediğine dair detaylı bilgi için bkz. Günay, s. 198; Yeşim M. Atamer, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1-2, 1996, s. 107.

¹⁴ Öğretide nisbilik ilkesinin bir istisnası olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler örnek teşkil edebileceğine dair görüşler savunulmaktadır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler, direkt olarak borçlu ile sözleşme ilişkisine yabancı üçüncü kişi arasında kurulan ve temellerini TMK m. 2 düzenlemesine dayandıran bir borç ilişkisi olduğuna dair bkz. Şener Akyol, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 60; koruma yükümlülüklerine uyulmaması halinde üçüncü kişinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabileceğine dair bkz. Teoman Akunal, “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiligi Prensibinin Aşılması”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 14, Sayı 3, 1998, s. 225. (Sözleşmenin Nisbiligi); üçüncü kişilerin nisbilik ilkesini aşarak sözleşmesel hükümlere başvurulabilmesi için edimin yarattığı tehlike alanının içerisinde bulunulması, alacaklının üçüncü kişinin korunmasıyla müstesna bir ilgisinin var olması ve üçüncü kişinin korunan kişiler arasında olduğunun borçlu tarafından anlaşılıyor olması gerektiğine dair bkz. Atamer, s. 115-118.

olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” veya “geniş anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” kavramlarıyla izah edilmektedir¹⁵.

Asıl kural, şirketin malvarlığı ile ortaklarının malvarlığının birbirinden ayrı ve bağımsız olduğudur. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ile tüzel kişinin borçlarından dolayı ortakların sorumlu tutulabilmesinin mümkün olmasına ek olarak ortakların borçları hasebiyle tüzel kişinin de sorumlu olabileceği unutulmamalıdır. Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilmesi bir istisna teşkil etmektedir¹⁶. Aksi halde sermaye şirketi ortaklarına şirket borçlarından sınırlı olarak sorumlu tutulabilme imkânı tanıyan hukuk düzenine karşı güven sarsılacak olup, sınırlı sorumluluk ilkesi ise anlamını yitirmiş olacaktır¹⁷.

Öğretide tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı kötüye kullanma teorisi ve normların amaçları teorisi ile izah edilmeye çalışılmıştır¹⁸.

¹⁵ Ayrılık ve sınırlı sorumluluk ilkelerine istisna getiren ilk düzenleme örneği TMK. m. 50/3 düzenlemesidir. Ayrıca bkz. TTK m. 202, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m. 58/2, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 135, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 98, 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2.

¹⁶ Fatih Aydoğan, *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 14.

¹⁷ Tüzel kişilik organ ve üyelerinin kötü niyetli olarak planlı bir eylemle sorumluluktan kurtulmak veya hafifletmek maksadıyla tüzel kişiliğin ardına saklanması durumunda alacaklıların doğrudan tüzel kişi üyelerinin sorumluluğuna başvurabileceği hakkında bkz. Rona Serozan, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 7-8; Akünel’a göre ancak sözleşmeden doğan sorumluluktan kaçma niyetinin varlığı, hukukun yasakladığı sonuçlara ulaşılma arzusu ve kanuna karşı hile gibi olguların varlığı durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulabilecektir. Ancak sayılan şartların varlığı halinde TMK m. 2’ye dayanılarak perdenin kaldırılmasının mümkün olacağına ilişkin bkz. Akünel, s. 18. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı yasa koyucu tarafından düzenleme altına alınmamıştır. Öğreti ve uygulama tarafından geliştirilen bir kavram olması sebebiyle hangi koşulların varlığı durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılacağı hususu kesin niteliği haiz değildir. 20. yüzyılın başlarında halka kapalı şirketlerin ortaya çıkmasıyla birlikte ortakların şirket yönetimine müdahale etmeye başlamasıyla mülkiyet-kontrol ayrımı ortadan kalkmıştır. Düşük sermayeli şirketler üzerinden riskli yatırımlar gerçekleştirilmesi, sınırlı sorumluluk imtiyazının sorgulanmasına sebebiyet vermiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ihtiyacının ABD ve Alman mahkemelerine konu olduğu tarihsel sürece ilişkin detaylı bilgi için bkz. Temel Güner, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2023, s. 71.

¹⁸ Büşra Kesik Canbulut, *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2023, s. 60. “Subjektif Kötüye Kullanma Teorisi” olarak ifade edebileceğimiz teoriye göre şirketin tüzel kişiliği vasıtasıyla kanunun dolanılması, sözleşme ilişkisine aykırı hareket edilmesi veyahut haksız fiil ile üçüncü kişilere zarar verilmesi durumlarında tüzel kişilik YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

Hukuk düzeni, tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması durumunda perdeyi aralayacaktır¹⁹. Türk öğretisinin çoğunluğu tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının temellerini TMK m. 2 hükmü kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırmaktadır²⁰.

Subjektif kötüye kullanma teorisinin benimsenmesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının daraltılması ve bu sayede istisnai bir yöntem olmasının korunması sağlansa dahi bu durumda perdenin kaldırılmasının ispatı oldukça zorlaştırılmış olacaktır²¹. Kastın ispat edilmesinin zorunlu

mefhumunun kötüye kullanıldığı kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Dural, s. 102-103; Akünal, s. 25. Subjektif kötüye kullanma teorisine göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yalnızca objektif koşulların varlığı değil, hukuka aykırılık niyeti de aranmalıdır. Bir başka deyişle subjektif teoriyle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kasten kötü niyetle hareket edilmiş olması şartına bağlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Tekinalp, s. 396. Objektif kötüye kullanma teorisi ise tüzel kişilik perdesinin kasten kötüye kullanılmış olması şartını aramayarak somut olay özelinde yalnızca objektif şartların bulunmasını yeterli kabul etmiştir. Bkz. Antalya, s. 150. Kervankıran'a göre bir hakkın dürüstlük ilkesine aykırı olarak kullanıldığı tespitini yapabilmek için borçlunun davranışının kusurlu olması mutlak bir şart değildir. Bu bağlamda hakkın amaç dışı kullanılmış olması yeterlidir. Detaylı bilgi için bkz. Kervankıran, s. 469. Lerzan Yılmaz ise tüzel kişiliğin sağladığı korumanın kullanılmasının TMK m. 2 bağlamında açıkça bir kötüye kullanma teşkil ediyorsa perdenin kaldırılmasına karar verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, Bildiri Metni, s. 256; Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması TMK m. 2/1 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden durumlarda ve TMK m. 2/2 kapsamında kanuna karşı hile teşkil eden durumlarda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla perdenin kaldırılması için ortakların kasıtlı davranışının aranmayacağına ilişkin bkz. İpek Sağlam, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış", Ed. Erol Ulusoy, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, s. 153-161, s. 153; Kaşak, perdenin kaldırılması hususunda kastın aranmasının ispatı zorlaştıracağından hareketle objektif teorisinin benimsenmesi gerektiğini savunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Kaşak, s. 1255. Alman hukuku temelli normların amaçları teorisi ise konuyu yalnızca tüzel kişilik bağlamında değerlendirmeyerek, her hukuki meselenin çözümünde uygulanacak normun objektif amacının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

¹⁹ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının ayrılık ilkesinden taviz verilmesi ve alacak haklarında nisbilik ilkesinden sapılması olarak betimleyen Serozan, tüzel kişilik hukuki kalıbının amacından saptırılmaması ve işlevi dışında kullanılmaması gerektiğini tespit etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Serozan, 7-8.

²⁰ Hukukumuzda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden ilk defa tülü kaldırma şeklinde bahsedildiğine dair bkz. Reha Poroy, Holdingler, *III. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1963, s.450; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hakkaniyet hukuku kurallarına dayandığına dair bkz. Akünal, s. 16-17; Tekinalp, Tekinalp, s. 396.

²¹ Türk hukukunda subjektif kötüye kullanma teorisinin çoğunluk tarafından benimsendiği ifade edilebilir. Bu görüşü savunan yazarlar tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai

tutulmaması ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının daha yeknesak uygulanabilir olması sebeplerinden ötürü objektif kötüye kullanma teorisinin benimsenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki temelini hakkın kötüye kullanılmasının teşkil ettiğini tespit etmenin haricinde, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi²² m. 2/II hükmünün bir hakkın yalnızca başkasına zarar verme amacıyla kullanılması halini düzenlemiş olduğunu belirtmek gerekir. 4721 Sayılı TMK m. 2/II düzenlemesi ise hakkın “açıkça” kötüye kullanılmasından bahsederek, lafzi olarak kasıttan bahsetmeyerek hakkın kötüye kullanılmasını açıklayan objektif teoriye yakınlaşmıştır.

Öğretide tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin üçlü bir tasnif yapılmaktadır. Bunlar, tüzel kişilik perdesinin düz (doğrudan)²³, ters (dolaylı) ve çapraz kaldırılması olarak sayılmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılmasının anlamı, tüzel kişinin sorumluluk alanının ortaklarını da dahiline alacak şekilde genişletilmesidir²⁴. Perdenin düz kaldırılması vasıtasıyla tüzel kişi ile üçüncü şahsın aralarında gerçekleştirmiş oldukları hukuki işlemde kaynaklı

bir yöntem olmasını vurgulayarak somut olayda hukuka aykırı bir amacın bulunmaması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmaması gerektiğini tespit etmektedirler. Bu bağlamda dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırı faaliyetlerin varlığında her somut olayı özelinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması noktasında bir değerlendirme yapılması elzemdir. Detaylı bilgi için bkz. Akünel, s. 18. Alman hukuku bakımından gerçek ve gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şeklinde bir ayırım bulunmaktadır. Aynı hukuki temeli bulunan borç için gerçek anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığından söz edilemeyeceğine dair bkz. Yanlı, s. 19-20; TTK'nın şirketler topluluğuna dair düzenlemesiyle getirilen 202. ve 206. maddeleriyle ana şirketin tüzel kişilik perdesinin aralandığını ve gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması örneği teşkil ettiğine dair bkz. Topaloğlu, s. 2103. Subjektif kötüye kullanma teorisinin benimsenmesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin durumlar kısıtlanmış olabileceğine dair bkz. Kaşak, s. 1255; Akyol, s. 24-25; Antalya, s. 150.

²² R.G., 04.04.1926, 339.

²³ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramından anlaşılması gereken temelde perdenin düz kaldırılmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Tekinalp, s. 387-388; Yanlı, s. 37; Erol Ulusoy, “Şirketler ve Bankacılık Hukuku Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Ed. Erol Ulusoy, I. *Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, (Perdenin Aralanması), s. 352.

²⁴ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 354; Tekinalp, Tekinalp, s. 398; Yanlı, s. 37; Çamoğlu, s. 11; Ulusoy, Perdenin Aralanması, s. 356; Şahin Akıncı, Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, Cilt 27, 2019, s. 663.

olarak tüzel kişi ortaklarının sorumluluğuna da gidilebilmektedir²⁵. Belirtmek gerekir ki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla tüzel kişilik ve ortakları arasındaki mal ve şahıs ayrılıkları mutlak olarak ortadan kaldırılmamaktadır. Yargıtay, ödenmeyen sermaye borcunun ödendiği izlenimini yaratarak şirketi zarara uğratan hâkim ortaklar yönünden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar vermiştir²⁶. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılmasına ilişkin bir örneği ihtiva eden ilgili karar, yalnızca şirket tüzel kişiliğini TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırı kullanan ortaklar yönünden kaldırmıştır.

Perdenin ters kaldırılmasıyla tüzel kişinin ortağının alacaklıları, ortağın hakimiyet ilişkisi bulunan tüzel kişiyi de sorumlu tutabilmektedir²⁷. Bu bağlamda tüzel kişinin ortaklarının şahsi alacaklıları, alacaklarına mahsuben ortağın payının hacz edilmesini isteyebilir²⁸.

²⁵ Perdenin düz kaldırılmasıyla tüzel kişilikten alacaklı olanlara, şirket tüzel kişiliğini borçtan kurtulmak amacıyla kötüye kullanan tüzel kişinin hâkim veya tek ortağının şahsi malvarlığına gitme imkânı sağlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kaşak, s. 1258.

²⁶ "...31/12/2004 tarihi itibariyle 104,316,97 TL davacı şirkete borç bakiyesinin görüldüğü, pay sahipleri olarak görünen davalıların, sınırlı sorumlu olduklarından ve bu sıfatları nedeniyle de şirketin zararından sorumlu olmadıkları, davalılar ...'ın hakim ortak sıfatı ile sorumlu oldukları, tüzel kişilik perdesinin aralanması ile yönetimde talimatları ile şirkete yön veren ve kararların oluşmasını sağlayan hakim ortakların şirket zararından sorumlu olduklarının kabulü gerektiği, şirkette hizmet sözleşmesi ile çalışanların verilen kararların alınmasında ve denetiminde söz sahibi olmadıklarından, davalılarve ...'ın zarardan sorumlu olmadıkları, yönetim ve denetim kurul üyelerive'ın sorumlu tutulması gerektiği, davalılardan'ın ise; dava tarihinden önce 28/07/1988 tarihinde vefat ettiği ölü şahıs hakkında dava açılmayacağı gerekçesiyle, bu davalı hakkında açılan davanın reddine, hakim ortak, yönetim ve denetim kurulu üyesi olan davalılar bakımından davanın kabulü ile diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiştir...". Yargıtay 11. HD. E. 2016/3251, K. 2016/6984, 23.06.2016 tarihli karar için bkz. Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 354, dn. 12.

²⁷ Weber, s. 105; Ulusoy, Perdenin Aralanması, s. 356; Topaloğlu, s. 2087; Akıncı, s. 663.

²⁸ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 355; Yanlı, s. 38; İbrahim Kaplan, "Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 40, Sayı 2, 2009, s. 41; Ulusoy, Perdenin Aralanması, s. 356; Kemalettin Yüksel, "Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması", Ed. Erol Ulusoy, *Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, s. 268; tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasıyla üçüncü kişilerin, ortakların borçları sebebiyle tüzel kişiliğe başvurmasıyla şirket malvarlığı azalma riskiyle karşı karşıya olduğu ve bu sebeple tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasına Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde temkinli yaklaşıldığına dair bkz. Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 17.

Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması ise genel olarak şirketler toplulukları bağlamında uygulanmaktadır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu²⁹ (TTK) m. 195/4 uyarınca hâkim şirket ve doğrudan yahut dolaylı olarak hâkim şirkete bağlı bulunan yavru şirketler, şirketler topluluğunu oluşturmaktadır³⁰. Perdenin ters kaldırılmasında olduğu gibi çapraz kaldırma uygulaması da tüzel kişinin kendi alacaklılarının tahsil kabiliyetini olumsuz yönde etkileyebilecek olması sebebiyle Alman hukukunda benimsenmemektedir³¹.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yol açan sebepler öz kaynak yetersizliği³², yabancı yönetim³³ ve malvarlıklarının birbirine karışması³⁴ olarak izah edilebilir³⁵.

²⁹ R.G., 14/02/2011, 27486.

³⁰ Tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması, tüzel kişiliğin ardındaki hâkim şirket ve bu şirkete bağlı yavru şirketler arasındaki perdenin kaldırılmasını ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Kaşak, s. 1259.

³¹ Yanlı, s. 41; Yüksel, s. 270.

³² Öz kaynak yetersizliğine örnek olarak şirket ticari faaliyetleriyle sermayesinin tutarsız olması ve şirketler grubunda bulunan yavru şirketin iktisadi gücünü aşan taahhütlerde bulunması gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, Tekinalp, s. 396; Vural Seven, Can Y. Göksoy, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 6, İstanbul, 2006, s. 2467. Şirketlerin faaliyetlerinden elde edecekleri menfaatlere nazaran çok az denebilecek bir riskle işlemlerini yürütmesine müsaade edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Stephen M. Bainbridge, “Abolishing Veil Piercing”, *The Journal Of Corporation Law*, 2000, s. 487; Selçuk Öztekin, Tekin Memiş, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması” Ed. Erol Ulusoy, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, s. 207; Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979, s. 377. Öz kaynak yetersizliği, anonim şirketlere dair TTK m. 376 ve 377’de, limited şirketler bakımından ise TTK m. 633 ve m. 634’te düzenlenen sermayenin kaybı ve borca batıklık manasına gelmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Uğur Büyükyılmaz, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2015, s. 77. Kanaatimizce tacir gerçek yahut tüzel kişilerin TTK m. 18/2 kapsamında basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü uyarınca şirket tarafından yürütülen işin gerektirdiği asgari sermaye tutarını bilmeleri beklenmelidir. Şirket alacaklılarının tatmin edilememesi durumunda öz sermaye düşüklüğü tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yetebilmektedir.

³³ Yabancı yönetim, şirket üzerindeki başka bir gerçek yahut tüzel kişi hakimiyetinin bulunmasını ifade etmektedir. Tanım ve detaylı bilgi için bkz. Öztekin, Memiş, s. 208; Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 364; Yanlı, s. 119; Akıncı, s. 662; Tekinalp, Tekinalp, s. 387; Esen, s. 30; Yanlı, s. 110. Ortaklık üzerinde hakimiyet sahibi olunması ve ortaklığın bu *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

II. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin İstisnai Olarak Uygulanması

Perdenin kaldırılması kuramı yalnızca istisnai hallerde uygulama alanı bulabilecektir³⁶. Tacirlerin sermaye şirketleri kurarak kendi sorumluluklarını sınırlandırma yolunu tercih etmeleri gayet doğal bir arzu ve yasal bir haktır. Sınırlı sorumluluğun ticari yaşantıdaki önemi göz önüne alındığında, bu ilkenin devre dışı bırakılmasını sağlayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai nitelik taşıdığı kabul edilmektedir³⁷.

Somut olayın koşulları kapsamında uygulanması gerekli olan bir yasa hükmünün mevcut olması durumunda perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmaması gerektiğini, tüzel kişiliğin kötüye kullanılmadığı durumlarda bağımsızlığına halel getirilmemesi gerektiğini belirtmek gerekmektedir. Sorumluluğa sebep olan davranış eğer bir yasal yaptırıma

hakimiyet sahibinin talimatları doğrultusunda yönlendirilmesi tek başına perdenin kaldırılması sonucunu doğuramayacağına ilişkin bkz. Ulaş Baran Kuş, “Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020, s. 136; Ayşegül Özkurt, *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 43. Hakimiyet ilişkisinin kötüye kullanımına örnek olarak hâkim-bağlı şirket arası çıkar birliğinin var olması ve her iki şirketin de aynı mülkiyet altında olması, yöneticilerin ve personelin aynı kişilerden oluşması, fonların birbirine karışması, her iki şirketin faaliyetlerinin ortak olması ve yavru şirketin sermayesinin büyük oranda yetersiz olması durumları verilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Mehtap Şahin Altıntaş, “Yargıtay Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Muvazaa ve Organik Bağ Kavramları Üzerine Bir Çalışma”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 18, 2023, s. 344; şirkette hakimiyette bağımlılık unsurunun oluşması bakımından bağımlılığın var olduğu haller (aile ortaklığı, tek kişi ortaklık ve organ ortaklık), bağımlılığın oluşması ve sorumluluk kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. Kuş, s. 128-139.

³⁴ Sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkeleri birbirlerini tamamlayan konumdadırlar. Ayrılık ilkesi kapsamında tüzel kişiler, kendilerini oluşturan ortaklardan müstesna bir kişiliğe sahip olmaları sebebiyle ayrı bir organizasyona ve malvarlığına sahiptirler. Bkz. Kervankıran, s. 457. Öztekin, Memiş, s. 205. Şirketin ve ortakların malvarlıklarının karışma hallerine dair bkz. Ayşegül Özkurt, *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 43; Tekinalp, Tekinalp, s. 396; malvarlığı karışmalarına örnek olarak ayrıca ortağın şahsi malvarlığını devamlı suretle şirkete tahsis ederek üçüncü kişilere karşı kredi itibarını yükseltme çabası örneği için bkz. Şahin Altıntaş, s. 343.

³⁵ Yanlı, s. 86; Akıncı, s. 663.

³⁶ Çamoğlu, s. 12.

³⁷ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının, istisnalar dar yorumlanır ilkesi bağlamında uygulanması gerektiğine dair bkz. Yılmaz, Bildiri Metni, s. 256.

tabi tutulmuşsa bu durumda yasal bir mesnede sahip olmayan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi uygulanmamalıdır. Örneğin hukuk sistemimiz bağlamında takip hukukunda tasarrufun iptali ve istihkak davalarında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yerine takip hukukuna has yöntemlere başvurulmaktadır³⁸. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi son çare olarak uygulanmaktadır. Belirtmek gerekir ki şirket alacaklılarını güvence altına almak ne kadar önemli olsa da şirketlerin de istikrarının korunması bir o kadar önem arz etmektedir³⁹. Bu bağlamda öğretilerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması için “yıldırım gibi nadir” bir kuram olduğu izah edilmektedir⁴⁰. Bu ifadeyle perdenin kaldırılması teorisinin istisnai nitelikte oluşuna ve tesirinin kuvvetli olmasına dikkat çekilmiştir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai bir yöntem olarak kullanılması, ilgili şirket hakkındaki var olan iflas sürecini sekteye uğratmamak bakımından önemlidir. Farazi olarak bir alacaklının perdenin kaldırılmasından yararlanarak direkt olarak şirket ortağına başvurduğu düşünüldüğünde, bu kişi alacağını tahsil ederek diğer alacaklıların önüne geçmiş olmakla birlikte, birden çok alacaklıya eşit olarak pay edilecek bir tazminatın yalnızca kendisine ödenmesini sağlayabilir. Bu durumda bir eşitsizliğin vuku bulacağı kesin niteliktedir. Bu kapsamda Alman doktrininde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması isteminin iflas döneminden evvel ileri sürülmesi gerektiği yönünde görüşler de ortaya atılmıştır⁴¹. Dikkat çekmeye çalıştığımız husus tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai olarak belirli şartların oluşmasının akabinde uygulanmasının önem arz ettiğidir.

Yasa koyucu tarafından oluşturulan bir hükmün uygulanması sonucunda tüzel kişilik perdesinin gerçek anlamıyla kaldırılması söz konusu değildir⁴². Getirilmiş olan düzenlemelerle sadece hem üyeler hem de tüzel kişilik

³⁸ Güner, s. 183; Öz Sancak, s. 78-80.

³⁹ Aksi halde hukuk güvenliğinin ortadan kalkması kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Çamoğlu, s. 12.

⁴⁰ David K. Millon, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability”, *Emory Law Journal*, 2007, Cilt 56, Sayı 5, 2007, s. 1330.

⁴¹ Francesco Calise, *Ist die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auch auf andere juristische Personen als die GmbH anwendbar?*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2006, s. 18.

⁴² Yanlı, s. 1-3; Antalya, s. 148-151; Sağlam, s. 157; Yılmaz, Bildiri Metni, s. 254-256, Esen, s. 14.

sorumlu tutularak sorumluların sayısı artırılmaktadır⁴³. Bu bağlamda sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkeleri şeklen de olsa geçerliliğini sürdürmektedir⁴⁴. İlgili yasa hükmüyle somut uyuşmazlık çözümlenemiyorsa veya kanuni düzenlemelerin uygulanması için gerekli şartlar oluşmamışsa bu durumda tüzel kişilik perdesinin gerçek anlamda kaldırılması gündeme gelebilecektir⁴⁵.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca alacaklının hakkının elde edilmesi bakımından mevcut yasal düzenlemeler ile uyuşmazlık çözülebildiği takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁴⁶. İlgili mevzuatta yapılan düzenlemeler teknik anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması olarak kabul edilmemelidir⁴⁷.

Çalışmamız konusu 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 hükmü uyarınca, çek hesabı her ne kadar gerçek kişiler adına açılmış olsa dahi bu hesaptan yapılan ve tüzel kişinin faaliyetleriyle ilişkilendirilebilen işlemler sebebiyle ilgili çek hesabının tüzel kişiliğe ait olduğu kabul edilecektir. İlgili yasal düzenleme, kamu yararını gözeterek tüzel kişi ve çek hesabı sahibi gerçek kişinin faaliyetlerinin ilişkilendirilmesi ve buna dair emarelerin bulunması şartlarına bağlı olarak ilgililerin malvarlıkları arasında çek hesabı yönünden sınırlı bir özdeşlik tesis etmektedir⁴⁸. Belirtmek gerekir ki Çek Kanunu, hileler karşısında hamilleri ve piyasayı gözeten bir sistem tesis etmeyi

⁴³ Dural, s. 101; Çamoğlu, s. 6; Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 16.

⁴⁴ Kuş, s. 157.

⁴⁵ Bir kanun veya sözleşme hükmünün, ortağın şahsi sorumluluğunu öngörmesi hali, teknik anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anlamına gelmeyeceğine dair bkz. Kaşak, s. 1252.

⁴⁶ Antalya, s. 148-151; Ulusoy, Perdenin Aralanması, s. 355; Esen, s. 14; Kuş, s. 177.

⁴⁷ Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin teknik olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına örnek teşkil edeceğine dair karşı görüş için bkz. Erol Ulusoy, "Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2010, (Çek Kanunu), s. 73; ayrıca bkz. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m. 58/2, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 135, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 98, 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinin ilk fıkrası, 4857 Sayılı İş Kanunu m. 2/6, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu m. 10, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 3, m. 6 ve m. 7/1, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 88, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 97/a-2.

⁴⁸ Çamoğlu'na göre ilgili yasal düzenlemedeki ilişkinin var olduğunun kabul edilebilmesi için çek hesabının bir veya birden çok kez şirket için kullanılması gerekmektedir. Ayrıca çek hesabının kullanımının nitelik ve nicelik yönünden özdeşliği kanıtlayacak ölçüde olması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Çamoğlu, s. 9-10.

hedeflemektedir⁴⁹. Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramı ışığında detaylı olarak incelenecektir.

III. 5941 Sayılı Çek Kanunu’nu m. 4/2 Düzenlemesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi İlişkisi

A. Genel Anlamıyla Çek Kanunu m. 4/2

5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 şu şekildedir;

“Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması hâlinde, hesabın bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir.”

5941 Sayılı Çek Kanunu’nun gerekçesinde, mülga 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun’un⁵⁰, tüzel kişinin işlemlerinin bir gerçek kişinin çek hesabı üzerinden yürütülmesini engelleyemediği belirtilmiştir. 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanılmasına engel olunmaya çalışılmıştır⁵¹.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi sayesinde tüzel kişi ile veya tüzel kişiliğin faaliyetleriyle ilişkilendirilebilen tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların yahut tüzel kişinin ilgili olduğu veya etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ve tüzel kişinin organlarında görev alan veya temsilci sıfatına haiz olanların adına açılmış çek hesaplarının tüzel kişiye ait olduğu kabul edilmektedir. İlgili yasa hükmünde tüzel kişi ile ortaklar ve diğer kişiler arasındaki ilginin mevcudiyetine ilişkin işaretlerin bulunması durumunda çek hesabının bulunduğu banka şubesinin durumu Gelir İdaresi Başkanlığı’na bildireceği düzenlenmiştir.

Gerek tüzel kişiler gerekse gerçek kişiler kendi adlarına açılmış çek hesapları üzerinden keşide ettikleri çeklerden yalnızca kendi malvarlıkları ile sorumlu tutulabilmektedirler. Bir şirketin keşide ettiği çekten dolayı ortaklarının sorumluluğuna gidilebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle tüzel kişilik

⁴⁹ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 73.

⁵⁰ R.G., 03.04.1985, 18714.

⁵¹ Öz Sancak, s. 84-85.

perdesi kaldırılmadan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişilik arasındaki sınırlı sorumluluk ve ayrılık ilkelerinin istisnaları tesis edilmiştir⁵². Bu bağlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai bir nitelik taşıdığını yeniden belirtmekte fayda görüyoruz⁵³. Öğretide, somut olayın koşullarına uygun düşecek yasal araçların bulunması durumunda perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmaması gerektiğini, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının basitleştirilmiş bir yöntem haline getirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴. 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun çalışmamıza konu olan

⁵² Ulusoy, Çek Kanunu, s. 71-72; Büyükyılmaz, s. 71; Kuş, s. 176-177.

⁵³ "...Uygulamada ve doktrinde, tüzel kişi ile ortaklarının ya da birden fazla tüzel kişi şirketi birbirinden ayrı olan çalışma alanlarının ve malvarlıklarının birbirine karışması halinde ve ayrıca borcu karşılamada borçlu şirkete ait sermayenin yetersiz kalması durumunda, kardeş şirketler arasında ya da ortak şirket arasında çok istisnai hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasının mümkün olabileceği de kabul edilmektedir. Bu teoriye ihtiyatlı bir biçimde yaklaşılmalı, istisnai bir teori olduğundan mümkün olduğunca dar yorumlanmalı ve bu teorisinin uygulanmasına ancak tüzel kişilik kavramının arkasına saklanılarak dürüstlük kuralına aykırı davranıldığı, kendisine tanınan hakkın kötüye kullanılarak üçüncü kişilerin zarara uğratıldığı, zarara yol açan tüzel kişinin sorumluluğuna hükmedebilmek için ise başka bir yasal nedene dayanılmasının mümkün olmadığı durumlarda başvurulmalıdır..." Yargıtay 11. HD., E. 2020/6865, K. 2021/3225, T. 01.04.2021 sayılı karar için bkz. www.lexpera.com, (24.09.2024); ayrıca bkz. Yargıtay 20. HD., E. 2015/5198, K. 2015/ 12452, T. 10.12.2015; "...Türk Medeni Kanunu'nun 47/1. maddesinde tüzel kişiler, kendilerini oluşturan kişi veya mal topluluklarından bağımsız ve ayrı kişilikler olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişiler süreklilik arz eden ortak bir amacı gerçekleştirebilmek için ortaklarından ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olduğundan, malvarlıkları da ortaklarının malvarlığından ayrıdır. Bu nedenle, ortaklığın alacaklılarına karşı sadece ortaklığın sorumlu olacağına dair sınırlı sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir Ancak uygulamada, sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü yükümlülükler ile borçlardan ve sorumluluklardan kurtulmak için tüzel kişiliğin bir araç olarak kötüye kullanıldığı ve kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına sığındığı istisna da olsa bazen görülebilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin amacı ise, tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılarak hukuki sorumluluktan kaçınmayı önlemek, hakkaniyeti sağlamaktır. Temelini Medeni Kanun m. 2'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralından alan bu teori ile uygulamada şirketlerin tüzel kişiliğin perdesine sığınarak alacaklılarına borçlarını ödemelerinden kaçınmalarına engel olmaktadır. Perdeyi aralamak teorisiyle, tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanıldığı durumlarda farklı tüzel kişilik savunması kabul edilmeyerek perdenin arkasındaki kişi sorumlu tutulabilmektedir. Başka bir anlatımla perdeyi aralama teorisiyle birlikte tüzel kişinin borcundan üyelerin, üyelerin borcundan tüzel kişinin ya da ana ortaklıkla yavru ortaklıkların özdeş kılınarak sorumlu tutulmasına olanak sağlanmaktadır..." Yargıtay 12. HD., E. 2023/1816, K. 2023/2171, 29.03.2023 T. karar için bkz. www.lexpera.com.tr, (24.09.2024).

⁵⁴ Bildiri Metni, s. 254; Yanlı, s. 19-20; Özbek, Memiş, s. 201; Ulusoy, 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin tüzel kişilik perdesinin kanunen kaldırılması olarak nitelenebilir. Detaylı bilgi için bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 73.

düzenlemesi teknik olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına örnek teşkil etmemektedir. İlgili yasa hükmü yalnızca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması etkisini belirli özel şartların varlığı koşuluyla sınırlı bir etki alanı içerisinde doğurmaktadır. 5941 Sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin ikinci fıkrasıyla gerçekleştirilmeye çalışılmakta olan husus, sorumluluğuna başvurulabilecek kişi sayısının artırılmasından ibarettir⁵⁵.

İlgili yasal düzenlemenin uygulanmasıyla tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması etkisi sağlanabilir. Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasıyla tüzel kişinin ortağının alacaklıları, ortağın hakimiyet ilişkisi bulunan tüzel kişiyi de sorumlu tutabilmektedirler. Çalışmamız konusu düzenlemeyle bu perspektiften bakıldığında, ilgili şartların varlığı halinde kanunda sayma yoluyla belirtilen gerçek kişilerin düzenlediği çekler sebebiyle tüzel kişi tacirin sorumluluğu doğabilecektir. Bu durum tüzel kişilik perdesinin tipik ters kaldırılması örneğidir⁵⁶.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde bahsi geçen ilişkiler, perde arkasından başka kişiler üzerinden kendi borçlarını ödemeye yeltenen tüzel kişi tacirin dolaylı temsil ilişkisini kullandığına işaret etmektedir⁵⁷. Bu bağlamda tüzel kişi tacirle belirli ilişkilere sahip olan gerçek kişilerin tüzel kişi hakkında dolaylı temsil yoluyla çek keşide edebileceği kabul edilmiş olmaktadır⁵⁸.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle adi kanuni bir karine mi yoksa kesin kanuni karine mi oluşturulduğu kanaatimizce tartışmalıdır. İlgili düzenleme kapsamında sayılan kişiler, tüzel kişi tacirle belirli ilişkilere sahip olsalar da her türlü delille tanzim ettikleri çekin kendi çekleri olduğunu ispat edebileceklerdir. *Topçuoğlu*'na göre bir kişinin yalnızca ilgili maddede sayılan ilişkilere sahip olması halinin, gerçek kişi ortağın kendi faaliyetleri sebebiyle kambiyo senedi tanzim etme hakkına mutlak olarak mâni olamayacağı kabulü gerekmektedir⁵⁹.

Adi kanuni karinelerin özelliği, karinenin aksinin ispatının mümkün olmasıdır⁶⁰. Bu vesileyle yasa koyucu karineye bir hukuki sonuç bağlayarak

⁵⁵ Dural, s. 101; Çamoğlu, s. 6; Akyol, s. 16.

⁵⁶ Şirketin düzenlediği çeklerden dolayı ortakların sorumluluğuna gidilmesi halinde ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması örneğidir. Çalışmamız konusu yasal düzenleme ile gerçek kişilerin düzenlediği çekler sebebiyle şirketin sorumluluğu mümkün kılınmaktadır.

⁵⁷ Metin Topçuoğlu, "Yeni Çek Kanunu'na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlemesi ve Sonuçları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2010, s. 150.

⁵⁸ Topçuoğlu, s. 150.

⁵⁹ Topçuoğlu, s. 153.

⁶⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On iki levha Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 336. Ayrıca bkz. HMK m. 190/2.

tarafından birinin ispat yükünü üstlenir⁶¹. Kesin kanuni karineye bağlanan hukuki sonucun ise aksi ispat edilemez⁶². Fakat belirtmek gerekir ki kesin kanuni karinelere kesinlik arz eden husus karinenin kendisi değil, karine vesilesiyle ulaşılan sonuçtur⁶³. Bu konuda bir tespitte bulunulurken önce kanunda açık bir düzenleme olup olmadığına bakılır. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde kabul edilen karinenin aksinin ispatı hakkında bir tespitte bulunulmamıştır. Bu durumda karinenin niteliğini teşhis için kanun lafzından yola çıkarak yorum yapılması gerekmektedir⁶⁴. Hukukumuzda karine ihtiva eden yasal düzenlemelerde İsviçre Hukukunda olduğu gibi ayırt edici kavramlar kullanılmamaktadır. Dolayısıyla kanun lafzının yorumuyla da bir sonuca varabilmek pek mümkün değildir.

Karakaş, boşanma davasının reddedilmesi ve kararın kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde ortak hayatın yeniden tesis edilememiş olması durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağını düzenleyen TMK m. 166/4'ün kesin kanuni karine teşkil ettiğini öne sürmüştür. Yazara göre davalı karşı taraf ispat getirebilir, davanın reddi kararının kesinleşmediğini veya fiili ayrılık süresinin kesildiğini ispatlayabilir⁶⁵. Yazar kesin kanuni karinelere karine temeli bakımından karşı ispatın mümkün olduğunu savunmaktadır. *Topçuoğlu* ise çalışmamız konusu yasal düzenlemenin aksi ispat edilebilecek bir kanuni karineden ibaret olduğunu tespit etmesine karşın adi veya kesin karine olmasına dair bir açıklamada bulunmamıştır⁶⁶.

Kesin kanuni karinelere bağlanan hukuki sonucun aksinin ispatı mümkün değildir⁶⁷. Fakat karine temeli açısından karşı ispat mümkün olduğuna dair *Karakaş*'in ortaya koyduğu görüşe biz de katılıyoruz⁶⁸. Kanaatimizce Çek

⁶¹ Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2013, s. 738.

⁶² Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 336. Ayrıca bkz. TMK m. 1020, TBK m. 39.

⁶³ İsviçre Hukukunda bu gerekçeden ötürü kesin karine nitelemesinin eleştirisine dair bkz. Karakaş, s. 747; ayrıca bkz. HMK m. 190/2.

⁶⁴ İsviçre Hukukunda kesin kanuni karineler için genel olarak saymak manasına gelen “gelten”, adi kanuni karineler için ise tahmin etmek manasına gelen “vermuten” kelimelerinin kullanıldığına dair tespit ve eleştiriler için bkz. Karakaş, s. 750.

⁶⁵ Karakaş, s. 748. Ayrıca bkz. TMK m. 166/3, m. 222/2.

⁶⁶ Topçuoğlu, s. 165.

⁶⁷ TBK m. 503 uyarınca kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığa sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğine duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu düzenlemede kesin kanuni karine olduğuna dair bkz. Karakaş, s. 749.

⁶⁸ Bkz. TMK m. 166/4.

Kanunu m. 4/2 düzenlemesi de tıpkı TBK m. 503 hükmünde olduğu gibi kesin kanuni karine teşkil etmektedir. Çalışmamız konusu düzenlemede kişinin kendi şahsi borcu sebebiyle çek keşide ettiğini ispatlayamamasına bağlanan bir hukuki sonuç söz konusudur. Karşı ispat faaliyeti sonuçsuz kalması sebebiyle gerçek kişilerin çek hesapları tacir tüzel kişiliğe ait kabul edilecektir. Kabul edilen bu sonucun artık aksinin ispat edilebilmesinin mümkün olmaması sebebiyle çalışmamız konusu düzenlemede kesin kanuni karine söz konusu olduğunu savunuyoruz.

İlgili yasal düzenlemenin tüzel kişilerin bizatihi kendilerini oluşturan kişilerden bağımsız olarak borç altına girebilmeleri imkanına hanel getirdiği şeklinde yorumlayan görüşler de bulunmaktadır⁶⁹. Helvacı, Çek Kanunu gibi özel nitelikte bir kanunun tüzel kişilik perdesinin yalnızca belirli bir yönden de olsa kaldırılmasının hatalı olacağı tespitinde bulunmuştur⁷⁰. Ulusoy ise Çek Kanunu m. 4/2 hükmünün hukuki sonuçlar bakımından yetersiz olduğunu ileri sürerek ilgili maddenin yalnızca kamu alacaklarının takip edilebilmesi amacıyla düzenlendiğini belirtmiştir⁷¹. Ulusoy'a göre ilgili düzenleme uyarınca Gelir İdaresi Başkanlığı'nın alacaklarının yasal koruma altına alınması hedeflenmiş olup, özel hukuk alacakları bağlamında bir düzenlemenin yapıldığından bahsedilememektedir⁷².

İlgili yasal düzenleme vasıtasıyla kanun koyucu bankalara bildirim yükümlülüğü yüklemiştir. Bu bağlamda tüzel kişi ile ortaklar ve diğer kişiler arasındaki alakanın varlığına ilişkin çeşitli belirtilerin olması halinde çek hesabının bulunduğu banka şubesinin bu durumu gelir idaresi başkanlığına bildirmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır⁷³.

⁶⁹ Mehmet Helvacı, “Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2009, s. 249; Ayrıca bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 81; Kırca'ya göre Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi kapsamında sayılan ilişkilerin bulunması durumunda gerçek kişi adına keşide edilen çeklerin tüzel kişiye ait olarak kabul edilmesi hukuki değil iktisadi bir anlam içermektedir. Detaylı bilgi için bkz. İsmail Kırca, 5941 Sayılı Çek Kanunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 22-23.

⁷⁰ Helvacı, s. 249.

⁷¹ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 81-82.

⁷² Ulusoy, Çek Kanunu, s. 81.

⁷³ Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirimde bulunacak olan gerçek kişi ortağın hesabının bulunduğu banka şubesidir. Banka şubesinin bu yükümlülüğü yalnızca Gelir İdaresi Başkanlığı'na karşıdır. İlgili banka şubesinin Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapacağı bildirim bankacılık sırrının ihlali olarak sayılmayacağı fakat bankanın Gelir İdaresi Başkanlığı'na yaptığı bildirim hakkında karşılıksız tüzel kişi çekinin hamiline bilgi vermesi bankacılık sırrının ihlali olarak kabul edilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 81.

Bankaların çek hesabı açılmasıyla alakalı olarak yükümlülükleri sayma yoluyla kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmıştır. 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun bankaların araştırma yükümlülüğü, çek hesapları ve çek defterleri kenar başlıklı 2. maddesinde çek hesabı açan gerçek kişilerin herhangi bir şirketin ortağı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü düzenleme altına alınmamıştır. Dolayısıyla bankaların Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle kendilerine yüklenen Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirimde bulunma yükümlülüğünü nasıl yerine getirebileceği bir muammadır. Ayrıca bankaların çek hesabı açılmasının akabinde çek defteri talep eden kişilerden herhangi bir şirketin ortağı olup olmadığı konusunda bir araştırma yapma zarureti de yoktur⁷⁴. Belirtmek gerekir ki bankaların çek hesabı sahibi gerçek kişilerin yaptıkları ödemeleri kimlere karşı olduğunu, bu kişilerle bir ortaklık ilişkisi olup olmadığını ve devamlı olarak bu döngüyü takip edebilmesi mümkün değildir. Bankaların bu neviden inceleme ve bildirim yapabilmesinin mümkün olmamasına ek olarak Çek Kanunu m. 4/2 hükmüne uyulmamasına bağlanan bir yaptırım da bulunmamaktadır⁷⁵.

Helvacı, özel kanun vasfını haiz Çek Kanunu'nun 4. maddesindeki düzenlemelerin kamu hukuku nitelikli hükümlerden ibaret olmasını eleştirerek bankaların sorumluluk alanını genişletici etkiye sahip bu düzenlemelerin keşideci ve lehtar arasındaki havale ilişkisinin haricinde bulunması gerekliliğini ihlal ettiğini savunmaktadır⁷⁶. Bu eleştirilerine ek olarak Helvacı, ilgili düzenlemelerle kara paranın aklanması ve bunun terörün finansmanında kullanılmasıyla mücadele gibi ceza hukuku kapsamındaki olguların ticaret hayatının olağan akışına aykırı olduğunu belirtmektedir.

Kanımızca 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde kabul edilen bankaların Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirim yapma yükümlülüğü, uygulanabilmesi zor ve ticaret hayatının olağan akışına aykırı niteliktedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bankaların, tüzel kişi tacirin faaliyetleri ile ortağının çek hesabının ilişkilendirilmesini ortaya koyacak emareleri araştırabilmesi ve ortaya koyabilmesi teknik olarak mümkün değildir. Bu haliyle ilgili maddedeki Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirim yapılması hususunun yerinde bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz.

⁷⁴ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 79; Çek Kanunu m. 2/3 düzenlemesi uyarınca çek defteri verilmesini isteyen kişiler her defasında tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadığı hakkında bankaya yazılı beyanda bulunmak durumundadır.

⁷⁵ Karşılaştırmamız (krş.) 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 2/1 düzenlemesindeki ilgili kişinin ekonomik ve sosyal durum belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterme yükümlülüğü.

⁷⁶ Helvacı, s. 248.

B. Türk Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Kavramı ve Çek Kanunu m. 4/2 Hükmünün Niteliği

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususu Türk Hukuku bakımından uzun yıllardır süre gelen ve tartışılan bir mesele olmamakla birlikte; 1960'lı yıllarında başlarında özellikle Alman Hukukunun etkisiyle Türk Hukukunda da incelenmeye ve ihtilafların çözümünde kullanılmaya başlanmıştır⁷⁷. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla ilgili olarak iç hukukumuzda Serick tarafından temsil edilen subjektif kötüye kullanma teorisinin benimsendiği söylenebilir⁷⁸. Bu teorisinin benimsenmesiyle tüzel kişiliğin ardına saklanılarak kanuna karşı hile yapılması, sözleşme ilişkisinin ihlal edilmesi veya üçüncü kişilere karşı haksız fiil işlenmesi durumları TMK m. 2 düzenlemesine aykırı eylemler olarak değerlendirilerek tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır.

Kanaatimizce, Türk Hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının yasal düzenleme altına alınmamış olması nedeniyle bu kavramın hukuki temelini açıklaması dürüstlük kuralına dayandırılmalıdır. Herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi zarureti düzenleyen TMK m. 2 hükmü, yalnızca borçlar hukukuyla ilgili bir hüküm değildir⁷⁹. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmasının kabul edilebilmesi için borçlunun eylemlerinin kusurlu olması da gerekmemesinin yanı sıra ilgili hakkın amacı dışında kullanılması dürüstlük kuralının ihlalinden söz edilebilmesi için yeterlidir⁸⁰.

Türk yargısı tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıyla alakalı olarak kurmuş olduğu hükümlerinin temellerini dürüstlük kuralına dayandırmaktadır⁸¹. İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2005 senesinde vermiş olduğu kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına mesnet olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kabul edilmiştir. İlgili yerel

⁷⁷ Yanlı, s. 14-15.

⁷⁸ Kervankıran, s. 469.

⁷⁹ Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olduğunu düzenleyen 1. maddesi; Mehmet Bahtiyar, "Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Mustafa Dural'ı Anma Sempozyumu Özel Sayı III, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Say: 1, 2018, s. 101.

⁸⁰ Öğretide hakkaniyet ve hükümlerin amaç ve ruhun gerektirdiği zaman tüzel kişilik perdesinin aralanabileceği şeklinde başka alternatif bir görüş de bulunmaktadır. İlgili görüşün izahatları yorumlamaya çok açık olması sebebiyle niteleme açısından subjektif ve normların amaçları teorilerinden hangisinin alanına gireceğinin tespit edilemediğine ilişkin bkz. Tekinalp, Tekinalp, s. 387-394.F

⁸¹ İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2002/843, K. 2005/64 sayılı ve 17.02.2005 tarihli karar ve bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Seven, Göksoy, s. 2455.

mahkeme kararının onanmasına ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/8774, K. 2006/5232 sayılı ve 15.05.2006 tarihli kararı ise şu şekildedir⁸²;

“...tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına...”

Belirtmek gerekir ki tüzel kişilik yapısının korunması esastır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ise istisnai bir kurum olarak kabul edilmelidir. Alacaklıların çıkarlarının gözetilmesi bakımından yasadan veya sözleşmeden doğan başka bir yol bulunamadıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulmamalıdır. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi alacaklıların menfaatlerini koruyan bir yasal düzenleme olarak yalnızca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması “etkisini” doğurmaktadır. İlgili maddenin tüzel kişilik perdesini kaldırdığını ifade etmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

C. 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 Kapsamında Sorumluluğun Şartları

a. Genel İzahlar

5941 Sayılı Çek Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeyle tüzel kişi tacirin kendisi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilebilen gerçek kişi ortakların çek hesaplarının tüzel kişi tacire ait kabul edileceği ifade edilmiştir. İlgili yasal düzenleme sayesinde tüzel kişi tarafından ödenmeyen çeklerin, şirketin gerçek kişi ortaklarının çek hesaplarından ödenebilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Çek Kanunu m. 4/2'nin uygulanması hususundaki esaslı nokta, madde metninde geçen “*Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. İlgili maddenin uygulanması noktasında tereddütler yaratan ve uygulamada eleştirilere sebep olan en önemli kısmı bahsi geçen şarttır.

Helvacı, tüzel kişilerin ortaklarından ayrı olarak borç altına girebilmeleri bakımından Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesini eleştirmiştir⁸³. Tüzel kişiliğin tesis edilme amacının kendisini oluşturan unsurlardan ayrı şekilde hak elde etmek ve borç altına girebilmek olduğunu belirten yazar, Çek Kanunu'da yapılan bu düzenlemeyle tüzel kişilik kavramının sağlamış olduğu niteliklerin etkisiz kalacağını savunmuştur.

⁸² Bkz. www.lexpera.com.tr, (24.09.2024).

⁸³ Helvacı, s. 248-249.

Ulusoy ise Helvacı'nın görüşüne katılmakla birlikte Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin ayrılık prensibini ortadan kaldırmayı hedeflemediğini, kötüye kullanımının engellenmesi olduğunu tespit etmiştir⁸⁴.

3167 Sayılı Kanun uyarınca tüzel kişinin işlemlerinin bir gerçek kişinin çek hesabı üzerinden yürütülmesinin engellenmesi gerektiği bir prensip ortaya konmakla birlikte bu prensibin altı doldurulamamıştır. 5941 Sayılı Çek Kanunuyla birlikte ise kanun koyucu, uygulamada gerçek kişilerin ayrılık prensibinden yararlanarak sınırlı sorumlu olacakları şirketler üzerinden işlem yapmalarına engel olmak istemiştir. Bu bağlamda 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun perdelemeler, başkasının arkasına gizlenmeler, kısaca hileler karşısında hamillerin ve piyasanın zarar görmesini engelleyen bir sistemin kurulmasını amaçladığı belirtilebilir⁸⁵.

Bu gerekçeler ışığında biz de Ulusoy'un benimsediği görüşe kısmen de olsa katılmaktayız. Çalışmamız konusu olan yeni çek kanununun ilgili maddesiyle hileli çek ödemelerinin önüne geçilmek istenmiş olup, perdelemelerin engellenmesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla ilgili düzenleme, sınırlı sorumluluk ilkesinin kaldırılmasıyla ilgili değil, hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesinden ibaret olarak değerlendirilmelidir⁸⁶. Fakat maddenin lafzıyla alakalı olarak birtakım sorunlu hususları da tespit ve tahlil etmekte fayda görüyoruz. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi şirketin ödenmeyen çekleri sebebiyle gerçek kişi ortakların çek hesaplarından tahsil edilebilmesinin önünü açarken buna ek olarak ortakların ilgili buldukları ve etkileri altında olan sair kişiler adına açılan çek hesaplarının tüzel kişiliğe ait olacağını öngörmektedir. Örneğin şirketin gerçek kişi ortaklarının ailesine ait çek hesapları dahi şirkete ait sayılabilecektir. Kanaatimizce bu durum hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır⁸⁷. Kanun koyucunun hakkın kötüye kullanılmasını engellemek maksadıyla böyle bir yasal düzenlemede bulunma ihtiyacını hukuken kabul edilir bulmakla birlikte kanun maddesinde geçen "*...ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler...*" ifadesini

⁸⁴ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 72.

⁸⁵ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 73.

⁸⁶ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin temellerinin hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandığına dair bkz. Günay, s. 198-200.

⁸⁷ Hukuki güvenlik, hukuki durumlarda belirsizlik ve ani değişim riskini bertaraf etmeye yönelik bir korumadır. Liberal ve serbest piyasa ekonomisinde, şirketlerin rasyonel karar alabilmelerinde ve uzun vadeli amaçlarını hayata geçirebilmede hukuki güvenlik ilkesinin önemli rol oynadığını belirtmek gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Mehpare Çaptuğ, "Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, 2021, s. 134-154.

öngörülebilirlik anlamında yetersiz buluyoruz. Aynı şekilde yine Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde geçen “...Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması hâlinde, hesabın bulunduğu banka şubesi durumu Gelir İdaresi Başkanlığına bildirir...” ifadesi de kanaatimizce aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki kanun lafzında geçen bu neviden ifadelerin daha fazla somutlaştırılması gerekirdi. İlgili yasal düzenlemeyle alakalı olarak herhangi bir içtihadın bulunmamasının yanı sıra bir Yargıtay dairesi kararı dahi bulunmayışı göz önüne alındığında bu konuyla alakalı olarak potansiyel hukuki ihtilafların çözümlenmesinde sorunlar yaşanacağı aşıkardır. İlgili yasal düzenleme özelinde kanun koyucunun, ortakların ilgili bulunduğu ve etkisi altında bulundurduğu kişilerin çek hesaplarıyla alakalı olarak böyle bir yasal düzenleme ortaya koyarken daha kapsamlı ve yorumlamaya kapalı olan net ifadeleri kullanması gerekirdi. Bu yönüyle Helvacı'nın, Çek Kanunu gibi özel nitelikli bir kanunla tüzel kişilik kavramının oluşturulma amacının etkisiz bırakılması yönündeki eleştirisine kısmen katılmaktayız.

Gerçek kişilere ait çek hesaplarının tacir tüzel kişilere ait kabul edilmesinin amacının kayıt dışı ekonomiyle mücadele edilmesinden ibaret olduğu ve ayrıca vergisel sorumluluk bakımından da bir yasal düzenleme yapılmak istenmişse de bu düzenlemeyle tüzel kişiliğin alacaklılarının üçüncü kişilerin çek hesabı üzerinde haciz ve istihkak gibi iddialarının dermeyan edilmesine sebep olabilecektir. Bu bağlamda tasarrufun iptali davalarının da açılabilme ihtimali olduğundan söz etmek gerekir. Nihayetinde ise ilgili yasal düzenlemeyle alakalı olarak hedeflenen amacın dışına çıkılabileceği sorunu ortaya çıkacaktır. Hükmün kayıt dışılıkla mücadele edilebilmesi noktasında düzenlendiğinin vurgulanarak kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması; aksi halde ilgili yasal düzenlemenin kanun metninden çıkartılması gerekmektedir⁸⁸.

5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde tacir tüzel kişi ile veya onun faaliyetleriyle ilişkilendirilmek kaydıyla “tüzel kişinin gerçek kişi ortaklarının”, “ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortakların etkisi altında bulundukları gerçek kişilerin” ve “tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilci sıfatını taşıyan gerçek kişilerin” çek hesaplarının, tacir tüzel kişiye ait kabul edileceği düzenleme altına

⁸⁸ Murat Kayaççek, “5941 Sayılı Çek Kanunu'na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama Ve Doktrin)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 8, 2012, s. 274.

alınmıştır. Bu bağlamda incelenmesi gereken üç farklı grup bulunmaktadır⁸⁹.

5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin lafzına bakıldığında tüzel kişi tacirin gerçek kişi ortaklarının da tacir olmasının ve tacir çeki kullanmasının düzenlemenin kapsamında girip girmediği hususları kanun koyucu tarafından açıklanmamıştır. Eski Çek Kanunu'ndaki bir boşluğun doldurulmasını hedefleyen 5941 Sayılı Çek Kanunu'nun ilgili düzenlemesinin getiriliş amacı göz önüne alındığında tacir gerçek kişinin ortağı olduğu tüzel kişiliğe ait ödemeleri kendi tacir çekiyle gerçekleştirmesi durumunun da ilgili yasal düzenlemenin etki alanına girdiği tespit edilecektir⁹⁰. Kanun koyucu her ne kadar bu hususta sessiz kalmış olsa da tüzel kişi ortağının tacir olup olmamasının ilgili hükmün uygulanması noktasında bir etkisi olmayacaktır⁹¹. Aksi halde Çek Kanunu m. 4/2 hükmü, yalnızca tacir olmayan gerçek kişi ortakların çek hesapları bakımından uygulama alanı bulabilirdi. Bir tacir pek tabii olarak hem tacir çeki hesabı hem de ticari niteliği haiz olmayan normal bir çek hesabı kullanabilir. Bu durumda akıllara gerçek kişi tacirin, ortağı olduğu tüzel kişiliğin borçlarını kendi tacir çeki hesabıyla ödeyebileceği ve ilgili yasal düzenlemeyi dolanabileceği sonucu ortaya çıkabilirdi. Yasa koyucunun böyle bir neticeyi arzulayacağı düşünülemeyecektir. Dolayısıyla Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin uygulanabilmesi açısından gerçek kişi ortak sıfatını haiz olmak kanaatimizce yeterli kabul edilmelidir.

Kayançipek'e göre ilgili yasal düzenlemedeki “*tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleriyle ilişkilendirilen ortaklar*” ibaresiyle, tüzel kişinin fiilen veya hukuken faaliyetlerine katılmayan, sadece ilgili şirketin ortağı olmasından kaynaklı olarak kâr payı alan ortaklar kastedilmektedir⁹².

Kanunda geçen “*tacir tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında olma*” ifadesi ise oldukça subjektif nitelikli bir anlam ifade etmekte olup, uygulanabilirlik açısından sorunlara gebedir. Belirtmek gerekir ki Çek

⁸⁹ Tekinalp, tüzel kişi tacirin gerçek kişi ortakları ile çek hesapları tüzel kişi tacire ait kabul edilebilecek olanları gerçek kişi ortaklarla ilgili bulunan kişiler, tüzel kişinin veya gerçek veya tüzel kişi ortaklarının etkisi altında bulunan kişiler, tüzel kişinin yönetim organında görev icra eden veya tüzel kişiliğin temsilcisi sıfatını haiz kişiler olarak incelemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 74.

⁹⁰ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 74-75.

⁹¹ Tekinalp, tacir çeki ile gerçek kişi çeki arasındaki en büyük farkın tacir çekinin uyandırdığı güven duygusu olduğunu belirtmiştir. Tüzel kişi tacirin ödemesi gerçek kişi ortağın tacir çekiyle gerçekleştirilecekse cirantalar bakımından oluşacak güven duygusu çekin tacir çeki olması sebebiyledir. Detaylı bilgi için bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 75.

⁹² Kayançipek, s. 274.

Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması etkisi şirket ortakları bakımından sağlanmasının yanı sıra ortakların ilgili buldukları veya etkisi altında buldukları kişiler yönünden de uygulama alanı bulmaktadır. Sair şartların da bulunması halinde gerçek kişi ortağın aile fertlerinden biri veya birkaçı adına açılan çek hesaplarının da tüzel kişiye ait kabul edilebilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle şirket temsilcisi veya yönetici sıfatını haiz gerçek kişilerin de çek hesaplarının tüzel kişiye ait sayılması mümkün hale getirilmiştir. Kanun koyucu şirket yönetici ve temsilcilerinin çek hesaplarının da şirket tüzel kişiliğine ait kabul edilebileceğini ilişkin atıfta bulunmasına rağmen şirketin yönetici ve temsilcileriyle ilgili veya onların tesiri altında bulunan kişilere ilişkin herhangi bir ibareye yer vermemiştir. Bu durumda bahsi geçen kişilerin ilgili yasal düzenleme kapsamında olmadıklarının tespiti elzemdir. Oysa kanun koyucu şirketin gerçek kişi ortaklarıyla alakalı olarak “...ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler...” şeklinde düzenleme yapmıştır. Şirketin muhataplarıyla yakın ilişkiler kurma potansiyeline sahip pozisyonda olan yönetici ve temsilcilerle ilgili veya onların etkisi altında bulunabilecek olan kişilerin de bu kapsama alınması ilgili yasal düzenlemenin kendi içinde tutarlı olması bakımından önem arz etmektedir. Kanunun gerçek kişi ortaklarla ilgili veya etkisi altında olan kişilerin çek hesaplarının şirkete ait kabul edilebilmesinin önünü genel ve soyut ifadelerle açarken, yönetici ve temsilcilerle ilişki içinde olan gerçek kişileri kapsam dışında bırakması kanaatimizce bir çelişki doğurmaktadır. İlgili yasal düzenleme bu yönüyle de eleştiriye açıktır.

Gerçek kişi ortakların şirketle olan yönetim ve temsil ilişkilerinin tespit edilmesi, ilgili yasal düzenlemede belirtilen ilgi ve etkilene gücü gibi diğer soyut kavramlardan kaynaklanan ilişkilerden daha olanaklıdır. Belirtmek gerekir ki kanunun lafzında geçen tacir tüzel kişiyle ilişkilendirilmek, tesir etmek gibi ifadeler vekalet, temsil, hısımlık ve hısımlık dışı yakın ilişkileri dahi kapsamı altına almaktadır. Bu haliyle de şirketle ilişkili tutulmanın sınırlarını oldukça genişletilerek olası hak kayıplarına ve mağduriyetlerin yaşanmasına sebebiyet verilebilecektir⁹³.

Kanaatimizce, ilgili düzenleme her kambiyo senedi bakımından işlerlik kazanacak şekilde yeniden ele alınmalıdır. Yalnızca çek bakımından sağlanan hukuki korumanın yeterli olamayacağı, özellikle bononun hariçte tutulmasının alacaklı bakımından mağduriyetleri beraberinde getirebileceği

⁹³ Topçuoğlu, s. 151-152.

unutulmamalıdır. Ayrıca bankaların yükümlülüklerinin yalnızca çeklerde söz konusu olması ve çalışmamız konusu yasal düzenlemenin yalnızca çekler bakımından geçerli kabul edilmesinin sonucunda diğer kambiyo senetlerinin âtil ve işlevsiz kalabilmesi akıllara gelecektir. Bu bağlamda çek kullanımının bir hayli artabileceği ve karşılıksız çek oranlarının artış gösterebileceği de söylenebilecektir. Kanun koyucunun Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesindeki maksadının bu anlayış olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bu sorunların temelinde ilgili hükmün özel kanunda yetersiz şekilde düzenlenmesi durumu yatmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hususunun TTK kapsamında çerçeve bir düzenlemeyle ele alınması gerekmektedir.

b. İlişkilendirme Sorunu

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi “*Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla...*” ibaresiyle başlayarak ortak ile şirketin özdeşliğinin hem malvarlığı hem de kişilik yönünden tezahür edebileceğini belirtmiştir.

Ortak ve tüzel kişi tacirin kişilik veya malvarlığı yönünden özdeş kabul edilebilmesi bakımından “ilişkilendirilme” kavramı önem arz etmektedir. İlişkilendirmenin varlığına dair kuvvetli belirtilerin tespit edilmesiyle malvarlığı değerlerinden çek hesabıyla sınırlı olarak bir özdeşlik tesis edilecektir⁹⁴. Dolayısıyla kanun lafzında geçen “*Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla...*” ibaresinden anlaşılması gerekli olan husus yalnızca tüzel kişi ile gerçek kişi ortağının veya kanunda sayılan diğer kişilerin çek hesaplarının özdeş sayılabileceğidir. Kanun koyucunun bütün malvarlığı değerlerini kapsayacak şekilde ayrılık prensibinden vazgeçmediğini belirtmekte fayda görüyoruz.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde ilişkilendirme tespitinin hangi esaslara göre yapılacağı açıklanmamıştır. Bu durumda öğretilerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kavramına dair genel görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınarak bir yol izlenmelidir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı durumlar somut olayın özelliklerine göre farklı görünüşlerde ortaya çıkabilirler. Fakat perdenin kaldırılması gereken durumların önde gelenleri öz kaynak yetersizliği, mal varlıklarının ve alanlarının birbirlerine karışması, kötüye kullanma, tüzel kişiler arasında organik bağın bulunması ve yabancı yönetimdir⁹⁵. Çalışmamız konusuyla alakalı olarak mal

⁹⁴ Çamoğlu, s. 9.

⁹⁵ Şahin Altıntaş, s. 341-345.

varlıklarının birbirine karışmasının ve organik bağın ne anlam ifade ettiğinin incelenmesi gerekmektedir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi yalnızca malvarlığı değerlerinin ilişkilendirilmesini değil aynı zamanda kişiliklerinin ilişkilendirilmesini de çek hesabının aidiyeti açısından esaslı bir husus olarak belirlemiştir.

aa. Malvarlığı Özdeşliği

Ortakların ve tüzel kişi tacirin malvarlığı değerlerinin birbirine karışması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Alman hukuku bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının uygulanacağı durumlar malvarlığı karışması, ortaklık ile ortakların malvarlığı ve organizasyonel alanların karışması ve son olarak kurumsal kötüye kullanma şeklinde üç esas başlıkla ayırt edilmektedir⁹⁶.

Tüzel kişilerin mal varlıklarının ve alanlarının birbirlerine karışmasına ise ticari defterlerde kayıt altına alınan malvarlığı değerlerinin şirkete ait olup olmadığının anlaşılabilmesi, tek ortaklı şirketlerde ortağın şirket malvarlığından kendi menfaatine alımlar yapması, yine tek ortağın şahsi malvarlığı değerlerini şirkete sunarak ticari itibar güzellemesi yapması ve son olarak üçüncü kişinin şirketle mi yoksa ortakla mı sözleşme yaptığının anlaşılabilmesi durumlar örnek teşkil edebilir⁹⁷. Malvarlığı ayrımı tesis edilmiş olmasına rağmen şirket ortaklarının üçüncü kişilere karşı sanki bir malvarlığı ayrımı yokmuşçasına davranarak işlem yapması halinde de ortak ile şirket malvarlığı özdeş kabul edilecektir. Çünkü malvarlığı değerlerinin ortağın mı yoksa şirketin mi olduğu anlaşılabilir. Bu sayede malvarlığı ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılmasına engel olunarak hakkaniyetin korunması hedeflenmektedir. Özdeşlik gerekçesiyle ortağın sorumluluğuna gidilerek hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmektedir⁹⁸.

⁹⁶ Bkz. Barış Kaya, “Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2022, s. 488.

⁹⁷ Yılmaz, *İş Uyuşmazlıkları*, s. 356; Ulusoy, *Perdenin Aralanması*, s. 377; Öztekin, Memiş, s. 205.

⁹⁸ Türk/ İsviçre doktrininde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hakkın kötüye kullanılması yasağında dayandırılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Kaşak, s. 1256-1257; Tekinalp, Tekinalp, s. 396; Yanlı, s. 111; Yaşar Karayağcı, “Üst Kuruluşlar Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 1991 s. 39. Müller- Freinfels’e göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin dayandırıldığı bir diğer teori olan normların amaçları teorisi ise menfaatler dengesinin gözetilmesi koşuluyla her somut vaka bakımından uygulanması gereken normun amacı bağlamında tüzel kişilik perdesinin aralanıp aralanmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Yanlı, s. 60.

İdari anlamda ve malvarlığı yönünden özdeşlik kavramı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için Yargıtay'ın benimsediği bir kavramdır. Yönetmelik ve malvarlığı anlamında bütünleşme kriteri esas alınmakla birlikte bu kriterin anlamı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması için tek bir iktisadi bütünlüğün şart olduğunun kabulünden ibarettir⁹⁹. Yargıtay, perdenin kaldırılması bağlamında yönetmelik ve malvarlığı anlamında tek bir iktisadi bütünlük şartını aramakla birlikte üçüncü kişilere karşı bilinçli bir şekilde zarar verme maksadının da bulunması gerektiği yönünde kararlar vermiştir¹⁰⁰. Bunun yanı sıra zarar verme kastına ilişkin fiillere dair somut delillerin bulunması gerekmektedir¹⁰¹. Söz konusu olan malvarlığı özdeşliği, üçüncü kişiler bakımından iktisadi bütünlük içerisindeki tek bir ortaklıkla hukuki ilişki tesis edildiği algısını yaratmaktadır.

Nihayetinde Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi uyarınca ortaklara ait çek hesaplarının tüzel kişi tacire ait sayılabilmesi için malvarlığı özdeşliğinin varlığı şarttır. Yargıtay'ın kararlarında zikrettiği "iktisadi bütünlük" kavramının varlığı ve üçüncü kişilerin zarara uğratılması saiki şartlarının bir arada bulunması durumunda gerçek kişi ortakların çek hesapları tüzel kişi tacire ait sayılacaktır¹⁰².

Çalışmamız konusuyla alakalı olarak şirketin faaliyetleri ile özdeşliğin söz konusu olabilmesi için çek hesabıyla alakalı işlemlerin tespit edilmesi gerekmektedir. Gerçek kişi ortak şirketin borçlarını kendi çek hesabı aracılığıyla ödüyor bu durumda malvarlığı özdeşliğinden bahsedilebilir¹⁰³.

bb. Gerçek Kişi ile Tüzel Kişi Tacirin Kişiliklerinin Özdeşleştirilmesi ve Organik Bağ Kavramı

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde "ilişkilendirilmek" kavramıyla hem tacir tüzel kişiyle ortağının kişiliklerinin özdeşleştirilmesi hem de malvarlıklarının özdeşleştirilmesi kastedilmektedir. Fakat bu ilişkilendirilmenin yapılmasına dair esaslar kanun koyucu tarafından

⁹⁹ Kaya, s. 487.

¹⁰⁰ Yargıtay HGK., E. 2017/ 3109, K. 2021/1075, T. 22.09.2021; Yargıtay HGK., E. 2020/ 808, K.2020/504, T. 01.07.2020 sayılı ilgili kararlar için bkz. www.lexpera.com, (26.09.2024).

¹⁰¹ Öztekin, Memiş, s. 204

¹⁰² Bkz. Ulusoy, Perdenin Aralanması, s. 379.

¹⁰³ Ortağın şahsi çek hesabı üzerine çek keşide ederek tüzel kişi tacirin borcunu bir kereliğine ödemiş olmasıyla, ortağın çek hesabı ile tüzel kişinin faaliyetleriyle özdeşleşmiş sayılamayacağına dair bkz. Ulusoy, Çek Kanunu, s. 78.

açıklanmamıştır. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi özelinde de referans verilebilecek bir Yargıtay kararına da rastlayamadığımızı belirtmek isteriz.

Tacir tüzel kişilikle ortağının kişiliklerinin özdeşleşmesinin tespitinin hangi esaslara dayalı olarak yapılacağı belirsizdir. Kanaatimizce bu kapsamda organik bağ kavramı ve bu kavram ışığında belirlenmiş olan ölçütlere başvurulması isabetli olacaktır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, alacaklıya ortakların malvarlığına uzanma yetkisi sağlayabilmesiyle organik bağ kavramından ayrılmaktadır. Organik bağın varlığı halinde bir şirketin borçlarından dolayı yalnızca bir diğer şirketin malvarlığına el atılabilir. Çalışmamız konusu olan Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi her ne kadar gerçek kişiler yönünden ele alınmış bir madde olsa da yalnızca ortak ile tüzel kişi tacirin kişiliklerinin “özdeşlik” yönünden tespitinin yapılması bakımından organik bağ kavramındaki esasların kullanılmasında bir sakınca göremiyoruz. Yargıtay kararlarında organik bağ ilişkisinin tespitine dair kesin kriterler belirlenmemiştir. Fakat bu kararların ortak noktası alacaklıya zarar verici nitelikte davranan borçlu tüzel kişilik ile diğer tüzel kişilik arasında herhangi bir bağ teşkil edecek unsurların tespit edilmesidir¹⁰⁴. Bu tespit ve esasların Yargıtay kararlarına genel olarak ne şekilde yansıdığına izahına geçmeden önce organik bağ kavramının tanımını yapmakta fayda görüyoruz.

Belirtmek gerekir ki organik bağ kavramı ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi benzer özellikler içermelerinin yanı sıra farklılıkları da barındırmaktadırlar. Organik bağ kavramı, ilişkili kişiler arasındaki ticari iş ve işlemlerin, sahiplik veya alacaklılık gibi durumların yasal şirket ortaklığı veya şirketler topluluğu ilişkisi kurulmadan gerçekleştirilmesini ve böylece ticari ve ekonomik faaliyetlerin farklı şirketler kişiler veya temsilciler arkasında gizlenerek yürütülmesini böylece gerçek sahiplerinin ve işlemlerin saklanması ifade etmektedir¹⁰⁵.

Organik bağ kavramı Yargıtay kararlarında sıklıkla geçmekte olup bu bağın ispatı sayesinde farklı tüzel kişiliklerin sorumluluğuna gidilebilmesinin önü açılmıştır. Organik bağ kavramının ispat edilmesi durumunda ilgili kişilerin de bu kapsamda sorumlu sayılabilmesi için resmi olmayan ve dış dünyaya ilan edilmeyen işlemlerin varlığının ispat edilmesi

¹⁰⁴ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 357.

¹⁰⁵ Tanım için bkz. N. Kemal Uyanık, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 877.

gerekir. Bu ilişkilerin dahilinde de ilgililerin iktisadi ve ticari bağımlılığı, birlikte hareket etme veya aynı kaderi paylaşma olguları girebilir¹⁰⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ve organik bağ kavramının benzerlikler barındırmakla birlikte aslında birbirinden farklı uygulamaları ifade ettiğini belirtmiştik. Her iki kavramın da temelinde dürüstlük kuralı esaslı bulunmaktadır. Bu iki kurum arasındaki en temel farklılıkların başında perdenin çapraz kaldırılmasında aranan şirketler arasındaki ekonomik bütünlük şartının organik bağ kavramı açısından aranmamasıdır¹⁰⁷. Dolayısıyla organik bağ kavramının ispatının tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına nazaran daha kolay olduğu tespiti yapılabilir. Ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında aranan malvarlığı karışması veyahut sermaye yetersizliği gibi esaslar da organik bağın ispatı noktasında şart koşulan hususlardan değildir. Fakat tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi alacaklıya ilgili şirketin ortaklarının malvarlığına el koyma yetkisi verdiği için organik bağ kavramına nazaran alacaklıya daha avantajlı bir konum sunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki organik bağın ispatı tek başına tüzel kişilik perdesinin kaldırılması etkisini doğurmayacaktır¹⁰⁸. Yargıtay'a göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için İş hukuku alanı dışındaki uyuşmazlıklarda organik bağın ispatının yanı sıra alanların karışması ve yetersiz sermaye gibi ölçütlerin de varlığı aranmaktadır.

Organik bağın varlığının tespitiyle alakalı olarak Yargıtay kararlarında subjektif ve objektif unsurların varlığı aranmıştır. Subjektif unsurdan tüzel kişilik yapısının dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Şirketler arasında belirli hususlarda özdeşliğin bulunması ise objektif unsur olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁹.

Yargıtay kararlarında sayma usulü ile belirli bir çerçevede organik bağın unsurları belirtilmemiştir. İlgili kararlarda çoğunlukla şirket yöneticileri arasındaki akrabalık bağları, ilgili şirketin çalışanlarının ve yönetim kadrosunun aynı olması, şirketlerin faaliyet gösterdiği iş yerinin aynı yerde teşekkül etmesi, borçluya ait evrakın ve malların haciz mahallinde

¹⁰⁶ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 357

¹⁰⁷ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 357.

¹⁰⁸ Yargıtay'ın iş hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda organik bağ kavramının ispatının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması açısından yeterli saydığı yönündeki görüşü için bkz. Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 359-361.

¹⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Şahin Altıntaş, s. 348-349.

bulunması, şirketler arasında para trafiğinin bulunması gibi olguların varlığı organik bağın tespitinde kullanılan kriterlerdendir.¹¹⁰

Yargıtay kararları kapsamında iki tüzel kişilik arasında organik bağın varlığından söz edebilmek için bazı ölçütler sayılacak olursa; adres ortaklığı, faaliyet alanlarının ortaklığı, unvan benzerliği, temsilci veya vekillerinin aynı kişilerden ibaret olması, şirket ortak veya yetkililerinin aynı veya ilişkili kişilerden oluşması, borçlu şirket ile davalı şirket arasında devir ilişkisinin bulunması, şirketler arasında iktisadi bütünlüğün varlığı, haciz mahalline gidildiğinde borçlu şirket temsilcisinin kasada otururken görülmesi, iki şirketin çalışanlarının büyük ölçüde aynı olması, ortaklar arasında akrabalık ilişkisi bulunması ve şirketler arasında muvazaalı işlemler yapılması durumları örnek gösterilebilir.¹¹¹

Çalışmamız konusu olan Çek Kanunu m. 4/2 sayesinde kişilik özdeşliğinin ve malvarlığı özdeşliğinin düzenleme altına alındığını belirtmiştik. Yasa koyucu ilgili yasal düzenlemede “...*Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek kaydıyla...*” şeklinde bir ibareye yer vermesine karşılık ilişkilendirme bağlamında herhangi bir kıstas tayin etmemiştir. Yasa koyucunun kabul ettiği ortaklık, yönetim ve temsil ilişkilerinin tespit edilmesi bakımından herhangi bir tereddüt bulunmamasına karşın ilgi veya etki altına alma gibi olguların sınırlarının çizilebilmesi oldukça zordur. Çalışmamızın konusu olan yasal düzenleme uyarınca hısımlık ve hısımlığın haricindeki yakınlık ilişkileri dahi kapsam altına alınmıştır. Ayrıca somut delillerin yerine “*emarelerin*” bulunmasının dahi kanunun uygulanması için yeterli olduğu göz önüne alındığında bu durumun olası hak ihlallerine sebep olabileceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda Yargıtay tarafından şirketler arasında uygulanan organik bağ kavramı kriterlerinin şahıs-şirket ilişkilerinde de uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği ve çalışmamız konusu düzenlemedeki kanun boşluğunun bu şekilde doldurulması gerektiği kanaatindeyiz. Yüksek mahkeme tarafından organik bağ kavramı bakımından belirli ölçütlerin belirlenmesinde istikrar

¹¹⁰ Yargıtay HGK., E. 2018/556, K. 2021/1506, T. 25.11.2021; Yargıtay 10. HD., E. 2023/3734, K. 2023/4727, T. 03.05.2023; Yargıtay 11. HD., E. 2016/ 5920, K. 2018/37, T. 08.01.2018 sayılı ilgili kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, (26.09.2024); Şahin Altıntaş, s. 351.

¹¹¹ Yılmaz, İş Uyuşmazlıkları, s. 361; Şahin Altıntaş, s. 350; Yargıtay 11. HD. E. 2018/4544, K. 2019/6035, T. 01.10.2019; Yargıtay 22. HD., E. 2012/ 16167, K. 2013/5068, T. 12.03.2013; Yargıtay 6. HD. E. 2021/1689, K. 2022/1777, T. 30.03.2022 sayılı kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, (26.09.2024).

sağlanmış olup Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesindeki boşluk niteliği itibariyle de organik bağ kavramıyla örtüşmektedir.

c. Çek Kanunu m. 4/2'nin Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinden Farklılıkları

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisna teşkil etmesi ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği prensibi uyarınca bu kuramın da dar yorumlanması gerekmektedir. İlgili kuram, ancak tüzel kişi ortağının sorumluluğunu öngören bir kanun veya sözleşme hükmünün bulunmaması halinde uygulama alanı bulabilecektir. Dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için öncelikle uygulanabilir bir düzenlemenin bulunmaması gerekir¹¹². Bu kabul doğrultusunda 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması etkisi yaratan bir yasal düzenleme olduğu sonucuna varılabilir.

Belirtmek gerekir ki çalışmamız konusu yasal düzenlemeyle, tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması etkisi sağlanmaktadır¹¹³. Çünkü gerçek kişilerin tanzim ettikleri çek sebebiyle tüzel kişi tacirin sorumlu olmasına cevaz verilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde ise şirketin borçlarından dolayı ortakların şahsi sorumluluklarına gidilebilmesinin yolu açılmaktadır. Perdenin tersten aralanmasını teknik olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması olarak kabul edilemeyeceğine dair öğretilerde görüşler bulunmaktadır¹¹⁴. *Kaşak*, ters kaldırma uygulamasının “ortak” perdesini araladığını savunmaktadır¹¹⁵. Kanaatimizce perdenin ters aralanmasının hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin yapılan tartışmalar çalışmamız konusuna doğrudan etki edebilecek nitelikte değildir. Fakat bu kapsamda *Kaşak*'ın görüşüne katıldığımızı belirtmekte fayda görüyoruz. Çünkü tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması halinde ortağın borcu sebebiyle tüzel kişi tacirin sorumluluğuna gidilmektedir. Bu durum tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisıyla izah edilemez.

Çalışmamız konusu yasal düzenlemede sadece şirketin gerçek kişi ortakları değil, tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirilmek

¹¹² *Kaşak*, s. 1252.

¹¹³ Çalışmamızda daha önce de savunduğumuz şekliyle bu düzenlemenin bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulaması olmadığını, ilgili yasal düzenlemenin ancak tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması etkisi yaratabileceğini, çünkü yasa hükmü veya sözleşme maddesi bulunan hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması uygulamasına cevaz verilemeyeceğini tespit etmekteyiz.

¹¹⁴ Çamoğlu, s. 11.

¹¹⁵ *Kaşak*, s. 11258.

kaydıyla, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Dolayısıyla şirket ortağı olmayan gerçek kişilerin çek hesapları da tacir tüzel kişiye ait kabul edilebilecektir. Şirket ortağı olmayan kişilerin düzenledikleri çekler sebebiyle tüzel kişi tacirin sorumluluğuna gidilebilmesi, kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisiyle izah edilemez. Söz konusu yasal düzenlemenin uygulama alanı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama alanından daha geniş olduğu söylenebilir. 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi arasındaki bu farklılığı da dikkat çekmekte fayda görüyoruz.

d. Bankanın Bildirim Yükümlülüğü

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi uyarınca tacir tüzel kişi veya tüzel kişinin faaliyetlerinin ilgili gerçek kişilerle ilişkilendirilebilmesine dair emarelerin bulunması durumunda çek hesabının bulunduğu banka şubesi, Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirimde bulunacaktır. Bu bildirim bankanın merkezi değil, ortağın veya ilgili kişinin çek hesabının bulunduğu banka şubesi yapacaktır. Çünkü tüzel kişiliğe ait olduğu kabul edilecek olan hesap şirketin değil ortağın çek hesabıdır¹¹⁶. İlgili banka şubesi bu bildirim yalnızca Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapmakla mükelleftir.

Emarelerin banka şubesi tarafından tespit edilmesinin akabinde ne kadar sürede Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirimde bulunulması gerektiğine dair ise kanunda düzenleme bulunmamaktadır. Ulusoy bu hususta ilgili mali yıl bitmeden bankanın bildirimde bulunması gerektiği kanaatindedir¹¹⁷.

Belirtmek gerekir ki ilgili yasal düzenlemede bankanın emarelerin varlığına rağmen bildirimde bulunmaması veya geç bulunmasının sonuçları açıklanmamıştır¹¹⁸. Bu bağlamda bankaların kendi adına çek hesabı açan gerçek kişi müşterilerinin ortaklık, temsilcilik veya vekillik gibi sıfatlarının olup olmadığını tespit edecek imkanının olmayacağını da belirtmek gerekmektedir.

¹¹⁶ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 89.

¹¹⁷ Ulusoy, Çek Kanunu, s. 89.

¹¹⁸ Bankaların çek hesabı açılırken yapması gereken rutin araştırmalar veya hesap dökümlerinin incelenmesi gibi genel anlamdaki araştırma yükümlülüğünün kapsamına Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin dahil edilmesinin pratikte imkânsız olduğuna ve kanun koyucunun bu güçlüğü hesaba katarak beyan yükümlülüğüne aykırı davranan bankalar için bir yaptırım öngörmediğine dair bkz. Topçuoğlu, s. 152-153.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesiyle belirli kişilerin yarattığı hukuki görünüş değil; görüntünün arka planındaki iç ilişki dikkate alınmaktadır¹¹⁹. Düzenleniş amacı kayıt dışılıkla mücadele edilmesi olan Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin öngördüğü ilişkiler, arka planda başkalarının çek hesaplarını kullanarak borçlarını ödeyen tüzel kişi tacirin dolaylı temsil ilişkisini kullandığına işaret etmektedir¹²⁰.

Çalışmamız konusu yasal düzenleme ile aksi ispat edilebilen bir kanuni karine tesis edilmiştir¹²¹. İlgili maddede sayılan kişilerin çek hesaplarının belirlenen şartların varlığı halinde tacir tüzel kişiye ait kabul edilecektir. Belirtmek gerekir ki bu durumun aksinin ispat edilmesi mümkündür¹²². Kanunda sayılı ilgili gerçek kişiler çekin kendi borçları sebebiyle düzenlendiğini her türlü delille ispat edebilecektir. Bu bağlamda gerçek kişinin kendi işleriyle alakalı olarak kambiyo senedi tanzim etmesi pek tabii mümkün olup, sırf kanunda böyle bir düzenleme bulunması sebebiyle bu serbestliğe hanel getirilmesi de kabul edilemez niteliktedir.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde ilgili kişiler sayma usulüyle belirlenmiştir. Dolaylı temsil karinesi yalnızca kanunda sayılan kişilerle sınırlıdır. Fakat TBK m. 40/2 düzenlemesi “...Ancak, karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da hukuki işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapması farksız ise, hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur...” şeklindedir. Bu bağlamda hamil çekin tüzel kişi tacir hesabına düzenlendiğini ve temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarabiliyorsa ödenmeyen çek sebebiyle tüzel kişi tacire başvurulabilecektir. Tüzel kişi tacire ait olan işlemlerin, kanunda sayılan gerçek kişiler tarafından ödendiğini gösteren emarelerin varlığı dolaylı temsil ilişkisinin kabulü için yeterlidir¹²³.

e. Tüzel Kişi Temsilcisinin Sorumluluğu

Tüzel kişinin organları ve temsilcilerinin yaptığı işlemler tüzel kişiliğin bizzat kendisinin sorumluluğuna sebep olmaktadır. Temsil yoluyla çek keşide etme yasağı gerçek kişiler bakımından geçerli olup, tüzel kişiler adına pek tabii çek düzenlenebilmektedir (Çek Kanunu m. 2/3; m. 5/3).

¹¹⁹ Kırca, s. 22-41.

¹²⁰ Topçuoğlu, s. 150.

¹²¹ Topçuoğlu, s. 153.

¹²² Reisoğlu, Seza, “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”, *Bankacılar Dergisi*, Yıl 21, Sayı 72, 2010, s. 52; Kırca, s. 22-23.

¹²³ Topçuoğlu, s. 155.

Yetkili temsil söz konusu ise ilgili çekin hukuki sonuçları tüzel kişiye ait sayılacaktır. Tüzel kişiler bakımından temsil yetkisinin aşılması işlem yapılmış olması durumunda TTK m. 678 gereği yetkisiz temsilci sorumlu olacaktır.

Çalışmamız konusu olan Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi uyarınca belirtilen emarelerin bulunması durumunda ilgili gerçek kişilerin kendi adlarına düzenledikleri çekler tacir tüzel kişiye ait kabul edileceğinden dolayı çekin hukuki neticeleri tacir tüzel kişiliğe ait sayılmalıdır. Dolaylı temsil kavramı bağlamında hesabına çek keşide edilmiş sayılan tacir tüzel kişiliğin aynı muhatap bankada çek hesabı bulunabilir. Böyle bir senaryoda alacaklının öncelikle ve doğrudan tacir tüzel kişiliğin çek hesabından ödeme yapılmasını talep edebileceği düşünülebilir. Bu bağlamda Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde yer alan dolaylı temsil karinesinin tacir tüzel kişi tarafından aksinin ispat edilebileceğini önemle vurguluyoruz. Dolayısıyla tüzel kişi tacirin herhangi bir hak kaybı yaşamaması adına hamilin müracaat hakları çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir¹²⁴. Dolaylı temsil ilişkisine istinaden müracaat hakkını dermeyer eden çek hamili, ceza şartı niteliğini haiz olan TTK m. 783/3 hükmünden yararlanamayacaktır.

Tüzel kişi tacirin yapması gereken ödemeleri Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesindeki ilişkiler kapsamında gerçek kişinin yapması durumunda çek hamili, keşideci olan tüzel kişi tacire karşı takip yapabilecektir. Yapılan takibin sonuçsuz kalması durumunda çek hamili TTK m. 732 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak tüzel kişi tacire başvurabilecektir¹²⁵. Sebepsiz zenginleşme davası, TTK m. 732/2 hükmünde açıkça düzenlendiği üzere hesabına çek keşide edilen diğer kişilere karşı da yöneltiler. Çalışmamız konusu yasal düzenlemedeki ilişkilerin bulunması halinde çek hamilinin temel ilişkiyi ispat zorunluluğu da bulunmamaktadır. Sebepsiz zenginleşme temelli dava bağlamında başta keşideci gerçek kişi olmak üzere keşidecinin hesabına hareket ettiği tüzel kişi tacire de iade talebi yönlendirilebilecektir¹²⁶.

Çek hamilinin talep edebileceği miktar, çekin karşılıksız kalan kısmı kadardır. Çek borçluları kapsamında keşideci ile hesabına çek keşide edilen

¹²⁴ Topçuoğlu, s. 157.

¹²⁵ Ödemek mecburiyetinde olduğu borcu ödemeyen tüzel kişi tacirin sebepsiz zenginleşeceğine, Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesindeki ilişkilerin mevcudiyetinde hamilin ayrı olarak temel ilişkinin varlığını ispat zorunluluğunun bulunmadığına, tüzel kişi tacirin iflası sebebiyle iflas masasına karşı da talepte bulunulabileceğine dair detaylı bilgi için bkz. Topçuoğlu, s. 157.

¹²⁶ Bkz. Topçuoğlu, s. 158.

tüzel kişi tacir de dahil olmaktadır. Çek hamili bu bağlamda çekin karşılıksız kalan kısmına ilave olarak sebepsiz zenginleşme şartlarının gerçekleştiği andan itibaren faiz de talep edebilecektir¹²⁷.

Sonuç

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, belirli koşulların bulunması durumunda tüzel kişiliğin dikkate alınmadan bu kişiliğin ardındaki kişi veya kişilerin sorumlu olabilmesini sağlamaktadır. Bu teorinin uygulanmasıyla tüzel kişinin kişiliğine ve malvarlığına ilişkin ayrılık prensibi istisnai olarak uygulanmamaktadır. Perdenin kaldırılması teorisinin temelleri TMK m. 2 hükmü uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması mevzuatımızda düzenlenmiş bir kavram olmayıp, öğreti ve yargı kararlarıyla varlık kazanmıştır. Ayrılık prensibinin istisnası olarak tezahür eden bu teori yalnızca ticaret hukuku kapsamında değil icra ve iflas hukuku, iş hukuku ve sair alanlarda uygulama alanı bulmaktadır. Perdenin kaldırılmasıyla tüzel kişinin hukuken bağımsız olma niteliğinin istisnai olarak somut ihtilafla ilgili ve geçici olarak devre dışı bırakılması sağlanmaktadır.

Perdenin kaldırılması istisnai bir yöntem olarak kabul edilmelidir. Alacaklıların çıkarlarının gözetilmesi bakımından yasadan veya sözleşmeden doğan başka bir yol bulunamadıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına başvurulmamalıdır. Ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için somut olaya tatbik edilebilecek bir yasa veya sözleşme hükmünün var olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi alacaklıların menfaatlerini koruyan bir yasal düzenleme olarak yalnızca tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması etkisini doğurmaktadır. Çünkü yasal olarak sorumluluğun düzenlendiği hallerde gerçek manada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olamayacaktır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ancak yasal düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda uygulama alanı bulabilmelidir. Alacaklıların hakları yasal olarak korunduğu müddetçe tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olmamalıdır.

5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 uyarınca gerçek kişinin karşılıksız çeklerinden dolayı tüzel kişi tacirin sorumluluğu doğmaktadır. Bu yönüyle ilgili düzenleme yalnızca tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması “etkisi” doğurmaktadır. Öğretide tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması

¹²⁷ Abuzer Kendigelen, Çek Hukuku, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 375-380.

mefhumuna dair eleştirilerin çalışmamız konusuna doğrudan bir tesiri yoktur. Çünkü yasal düzenlemenin bulunduğu bir alanda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması hukuk güvenliğini tehlikeye atmaktadır.

5941 Sayılı Çek Kanunu vasıtasıyla tüzel kişi tacire ait bir borcun ifası için söz konusu tüzel kişiyle belirli ilişkilere sahip kişilerin şahsi çek hesaplarından ödeme yapmalarının engellenmesini amaçlamıştır. Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinin ortakların ilgili buldukları ve etkileri altında olan sair kişiler adına açılan çek hesaplarının tüzel kişiliğe ait olacağına dair ibareler içermesi hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmektedir.

Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesinde hısımlık ve hısımlığın haricindeki yakınlık ilişkileri dahi kapsam altınmış olup bu genel ve soyut ibarenin sebep olduğu boşluk, Yargıtay tarafından şirketler arasında uygulanan organik bağ kavramı kriterlerinin şahıs-şirket ilişkilerinde de uygun düştüğü ölçüde uygulanmasıyla doldurulmalıdır. Ayrıca ilgili düzenleme şirket ortağı olmayan gerçek kişilerin çek hesaplarının da tacir tüzel kişiliğe ait sayılacağını düzenlemesi sebebiyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden farklılık arz etmektedir.

Çalışmamız konusu yasal düzenlemeyle kesin kanuni karine tesis edilmiştir. Kanunda sayılan kişilerin çek hesapları belirlenen şartların varlığı halinde tacir tüzel kişiye ait kabul edilecektir. Fakat gerçek kişilerin ilgili çekleri kendi borçları için düzenlediklerini ispat ederek karine temeli çürütülmüş olacaktır. Dikkat edilmelidir ki çalışmamız kapsamında kesin kanuni karineye bağlanan hukuki sonucun değil, karine temelinin aksinin ispat edilebileceğini savunuyoruz.

Çek Kanunu m. 4/2, her ne kadar hakkın kötüye kullanılmasına engel olmak maksadıyla düzenlenmiş olsa da maddenin lafzı hukuki öngörülebilirlik açısından sakıncalar barındırmaktadır. Çek hesapları yönünden tüzel kişiliğin ters kaldırılması etkisini doğuran böyle bir yasal düzenlemenin; tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin istisnai oluşu da dikkate alındığında daha dar ve somut bir çerçeve çizmiş olması gerekirdi.

Son olarak ilgili yasal düzenlemenin özel hukuk ihtilafları bakımından herhangi bir fayda sağlamadığını belirtmek gerekmektedir. 5941 Sayılı Çek Kanunu m. 4/2 düzenlemesi getirilmemiş olsa dahi genel hükümlere başvurularak hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dolaylı temsil kurumlarıyla hukuki uyumsuzlukların etkin şekilde sonuçlandırılabilmesi kanaatindeyiz. Bu bağlamda ilgili yasal düzenlemenin getirilmesiyle hedeflenen amacın dışına çıkması sorunu baş göstermektedir. Özel kanun

niteliğindeki Çek Kanunu'nun içinde neredeyse tamamen kamu hukuku kapsamında sonuçlar doğuran böyle bir hükmün bulunması tezattır. Hükmün kayıt dışılıkla mücadele edilebilmesi noktasında düzenlendiğinin vurgulanarak kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması gerekmektedir. Aksi halde ilgili yasal düzenleme kanun metninden çıkartılmalıdır.

KAYNAKLAR

Akıncı, Şahin, Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 3, Cilt 27, 2019.

Akünel, Teoman, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, 2. Baskı, İstanbul, 1995.

Akünel, Teoman, “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, *Yargıtay Dergisi*. Cilt 14, Sayı 3, 1998, (Sözleşmenin Nisbiliği).

Akyol, Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

Akyol, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul, 1976.

Antalya, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Editör (Ed.) Erol Ulusoy, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008.

Arsanlı, Halil, *Anonim Şirketler Umumi Hükümler*, Cilt 1, 3. Bası, İstanbul, 1960.

Aydınlı, İbrahim, “Üst Kuruluş İşlemlerinde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü”, *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt 13, Sayı 4, 1999.

Aydoğan, Fatih, *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Bahtiyar, Mehmet, “Anonim Ortaklıkta İbraya İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Mustafa Dural'ı Anma Sempozyumu Özel Sayı III, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2018.

Bainbridge, Stephen M., “Abolishing Veil Piercing”, *The Journal Of Corporation Law*, 2000.

Bozgeyik, Hayri; Yavaş, Mahmut, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Uygulamada Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, 2014.

Büyükyılmaz, Uğur, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2015.

Çamoğlu, Ersin, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay

Uygulaması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 32, Sayı 2, 2016.

Çaptuğ, Mehpare, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, 2021.

Dural, Mustafa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)”, *15. Yıl Sempozyumu*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 119, Ankara, 1998.

Esen, Emre, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Günay, Sena Nur, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016.

Güner, Temel, *Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2023.

Helvacı, Mehmet, “Çek Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2009.

Kaplan, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 40, Sayı 2, 2009.

Karakaş, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2013.

Karayalçın, Yaşar, “Üst Kuruluşlar Hukuku”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 1991.

Kaşak, Fahri Erdem, “Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020.

Kaya, Barış, “Perdenin Kaldırılması Kuramının Uygulamadaki Seyri”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2022.

Kayanççek, Murat, “5941 Sayılı Çek Kanunu’na İlişkin Eleştiriler ve Değişiklik Önerileri (Uygulama Ve Doktrin)”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 8, 2012.

Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Kervankıran, Emrullah, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4.

Kesik Canbulut, Büşra, *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2023.

Kırca, İsmail, 5941 Sayılı Çek Kanunu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2010.

Kuş, Ulaş Baran, “Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnası Olarak Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sermaye Piyasaları ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.

Millon, David K, “Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability”, *Emory Law Journal*, 2007, Cilt 56, Sayı 5, 2007.

Özkurt, Ayşegül, *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Öz Sancak, Ayşe Sena, *Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.

Öztek, Selçuk; Memiş, Tekin, “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hâkim Ortağa Karşı Korunması”, Ed. Erol Ulusoy, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008.

Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, On iki levha Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019.

Poroy, Reha, *III. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1963.

Reisoğlu, Seza, “Yeni Çek Kanunu ve Hukuki Sorunlar”, *Bankacılar Dergisi*, Yıl 21, Sayı 72, 2010.

Sağlam, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, Ed. Erol Ulusoy, *I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008.

Serozan, Rona, *Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Seven, Vural; Göksoy, Y. Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 6, İstanbul, 2006.

Şahin Altıntaş, Mehtap, “Yargıtay Kararları Işığında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Muvazaa ve Organik Bağ Kavramları Üzerine Bir Çalışma”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 18, 2023.

Tekinalp, Ünal, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2. Bası, İstanbul, 1979.

Topaloğlu, Mustafa, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara, 2010.

Topçuoğlu, “Metin, Yeni Çek Kanunu’na Göre Tüzel Kişileri Temsilen Çek Düzenlemesi ve Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2010.

Ulusoy, Erol, “Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2010, (Çek Kanunu).

Ulusoy, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukuku Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Ed. Erol Ulusoy, I. *Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008, (Perdenin Aralanması).

Uyanık, N. Kemal, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Organik Bağ*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Yanlı, Veliye, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Yeşim M. Atamer, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1-2, 1996.

Yılmaz, Gülşah, “Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ile Organik Bağ Kavramının İş Uyuşmazlıkları Hakkında Verilen Kararlardan Hareketle Karşılaştırılması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2. (İş Uyuşmazlıkları).

Yılmaz, Lerzan, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler (Bildiri Metni)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. *Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2008, (Bildiri Metni).

Yüksel, Kemalettin, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması”, Ed. Erol Ulusoy, *Uluslararası Ticaret*

Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008.

www.lexpera.com.tr.

HER DERDE DEVA(!) SİVİL ANAYASA FİKRİNİN İYİ, KÖTÜ VE ÇİRKİN TARAFLARI

(THE GOOD, THE BAD, AND THE UGLY ASPECTS OF THE ALLEGED PANACEA(!) CIVILIAN CONSTITUTION PROPOSAL)

Muhammet Derviş METE * **

"İşimi çok seviyorum. Amerika'nın ilerlemesine hizmet edebileceğini düşündüğüm harika projelerim de var. Aslında oldukça iyi bir başkan olduğumu düşünüyorum. Hatta aday olma imkânım olsa kazanabileceğimi de düşünüyorum. Ama anayasamıza göre tekrar aday olamam. Yasa yasadır. Ve hiç kimse yasanın üstünde değildir, başkan bile."

Barack Hussein Obama¹

ÖZ

Bu çalışmamızda, yeni anayasa fikrinin "iyi", "kötü" ve "çirkin" taraflarını ortaya koymayı amaçladık. Bu bağlamda, öncelikle halihazırdaki meclisin yeni bir anayasa yapma yetkisinin olup olmadığını, asli ve tali kurucu iktidar teorisi çerçevesinde ele aldık. Meclisin anayasa yapabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmaması, yeni ve sivil anayasa yapma fikrinin "iyi" tarafını oluşturmaktadır. Devamında, anayasal norm ile anayasal gerçeklik uyumsuzluğunun mevcut anayasanın meşruluğuna ilişkin sorunlardan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve yine bu bağlamda Türkiye'de yeni bir anayasaya ihtiyaç olup olmadığını irdeledik.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 22.09.2024. İlk hakem raporu tarihi: 15.10.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 03.11.2024. Onaylanma Tarihi: 06.11.2024.

* Doktora Öğrencisi. Edinburg Üniverstesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın Türkiye'de bağlı bulunduğu kurum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'dir.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2065-7117.

Eserin Atf Şekli: Muhammet Derviş Mete, "Her Derde Deva(!) Sivil Anayasa Fikrinin İyi, Kötü Ve Çirkin Tarafları", YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.351-402.

¹ABD başkanı Obama'nın 2015 yılında Etiyopya ziyareti sırasında yaptığı konuşmadan alıntıdır. Bkz Steven Mufson, "Obama: If I Were Able to Run Again, I Could Win," *Washington Post*, 26 Kasım 2021, <https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/07/28/obama-if-i-could-run-again-i-bet-id-win/>.

Halihazırdaki metnin uygulanması ve bağlayıcılığı hususunda karşılaştığımız problemlerin, anayasanın kendisinden kaynaklanmadığı tespiti ile beraber, anayasal norm ile gerçeklik arasındaki bu uyumsuzluğun yeni anayasa fikrinin “kötü” yanına tekabül ettiğine işaret ettik. Son bölümde ise yeni anayasa fikrinin “çirkin” yanlarına odaklandık. Bu bölümde, toplumsal mutabakata ve müzakereye dayalı bir anayasa yapım süreci için mevcut politik iklimin ve sosyolojinin elverişli olup olmadığını sorguladık. Bu bölümde, popülist bir iktidar yönetimi altında ve yine popülizmin doğal sonucu olarak kutuplaşmış ve sosyal ve siyasal olarak bölünmüş bir toplumun çağdaş demokrasi standartlarında bir metin ortaya koymasının oldukça güç olduğunu delilleriyle birlikte ortaya koymayı amaçladık. Bu çalışma ile vardığımız sonuç; Türk demokrasisinin anayasa sorunu yoktur, anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına yönelik sorunları vardır.

Anahtar Kelimeler: *Sivil Anayasa, Asli-Tali Kurucu iktidar, Anayasal Norm ve Anayasal Gerçeklik, Popülizm ve Kutuplaşma, Müzakereci Demokrasi.*

ABSTRACT

In examining the prospects of a new constitution in Turkey, this study explores the “good”, “bad”, and “ugly” dimensions associated with this proposition. We initially assess whether the current Turkish parliament possesses the authority, rooted in constituent and constituted power theory, to draft a new constitution. The unhindered parliamentary capacity to draft a new civilian constitution represents the “good” aspect of the new constitution proposal. Subsequently, we scrutinise the “bad” aspect, considering whether the existing constitution's legitimacy issues necessitate a new one. We conclude that the problems are extraneous to the Constitution but signify a disparity between constitutional norms and constitutional reality. Finally, we delve into the “ugly” aspects, questioning the feasibility of a constitution-making process in the current politically and socially divided climate. We argue that, particularly under a populist government, creating a text aligned with contemporary liberal democratic standards, emphasising compromise, negotiation, deliberation, and consensus, is not viable. The study concludes that Turkish democracy grapples with challenges related to the supremacy and binding nature of the constitution rather than being inherently plagued by a constitutional problem.

Keywords: *Civilian Constitution, the Constituent and Constituted Power Theory, Constitutional Norm and Constitutional Reality, Populism and Polarisation, Deliberative Democracy.*

1. Giriş

Türkiye’de anayasacılık hareketlerine bakıldığında, sosyal sözleşme niteliğine sahip olması gereken/beklenen anayasaların ortaya çıkış sürecinde vatandaşın rolü, çoğunlukla silahların gölgesi altında önüne konulan bu sözleşme görünümlü metni onaylamaktan öteye geçememiştir. Sözleşme, niteliği gereği iki tarafın iradeleri ve rızaları doğrultusunda hukuki bir sonuç doğurması amacıyla gerçekleştirdikleri işlemdir. Türk anayasa tarihine bakıldığında, her ne kadar halkoylamaları vasıtasıyla seçmenin de iradesini ortaya koyduğu ilk bakışta düşünülse de, yapım aşamasında fikri alınmamış ve darbe şartları nedeniyle onaylama sürecinde gerçek iradesini sandığa yansıtamamış seçmenin, sözleşmenin tarafı olduğunu iddia etmek oldukça güçtür. Bu yönüyle, özellikle 1961 ve 1982 anayasaları toplumsal sözleşme olmaktan ziyade, taraflardan zayıf olanın, sözleşmenin kaleme alındığı aşamada söz sahibi olmadığı ve çoğu zaman sözleşmeyi imzalamaktan başka çaresinin olmadığı genel işlem şartları niteliğindeki akitlere daha fazla benzemektedir.

Bu nedenle 1982 anayasası, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana sürekli eleştirilerin hedefinde yer almış ve toplamda 19 kez üzerinde oldukça kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Mevcut iktidarın 2023 Cumhurbaşkanlığı ve parlamento seçimlerini kazanmasıyla beraber yeni anayasa tartışmaları, gündemi yeniden meşgul etmeye başlamıştır. TBMM başkanı Numan Kurtulmuş, meclisin 28. dönem ilk oturumunda ve açılış konuşmasında “yeni, çağdaş, katılımcı, kapsayıcı ve milli bir anayasanın bu meclis tarafından gerçekleştirilmesi hedefimizdir” şeklindeki açıklamasıyla, yeni anayasanın yapılış usulü ve içeriğine ilişkin önemli ipuçlarını kamuoyuyla paylaşmıştır.²

² Hikmet Faruk Başer, “TBMM Başkanı Kurtulmuş: Net İfadeleri Bulunan Anayasayı Yapmak TBMM’nin 28. Dönemine Nasip Olur Diye Temenni Ediyorum,” *Anadolu Ajansı*, 20 Ekim 2023, <https://www.aa.com.tr/tr/politika/tbmm-baskani-kurtulmus-net-ifadeleri-bulunan-anayasayi-yapmak-tbmm-nin-28-donemine-nasip-olur-diye-temenni-ediyorum/3027706>.

Bu çalışmamızda, yeni anayasa fikrinin iyi, kötü ve çirkin taraflarına odaklanmayı amaçlamaktayız.³ Bu yaklaşım, üzerinde tartışma yürütülen bir meselenin siyah ve beyaz ayrımı kadar netlik içermediği ve ele alınan meselenin olumlu, olumsuz ve çirkin taraflarının mevcut olduğunu ortaya koymak adına literatürde de özellikle son dönemlerde başvurulmuş bir yöntemdir.⁴

Halihazırda meclisin, millet egemenliği tezinin doğal bir sonucu olarak, yeni bir anayasa yapmak konusunda önünde herhangi bir engel bulunmaması, yeni bir anayasa yapma çabasının iyi tarafını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, geleneksel asli ve tali kurucu iktidar ayrımına ilişkin görüşler incelenecek; bu çerçevede, milletin temsilcilerinin yeni bir anayasa yapma yetkisini haiz olmadığına dair görüşler ele alınacak ve bu görüşlerin millet egemenliği öğretisiyle neden uyuşmadığı ortaya konulacaktır.

Yeni anayasa fikrinin “kötü” yanını ele aldığımız çalışmanın ikinci bölümünde, anayasal norm ile anayasal gerçeklik uyumsuzluğu konusu üzerinde durmaktayız. Bu bölümde, özellikle mevcut iktidarın son yıllarında ortaya çıkan anayasa ihlallerinin⁵, anayasal norm ile gerçeklik arasındaki farkın açılmasına sebebiyet verdiğini iddia etmekte ve iktidar tarafından bugüne kadar yapılan anayasa değişikliklerinin -bilhassa 2017 yılındaki değişikliklerin- erkler arasındaki dengeyi yürütme lehine bozduğuna işaret etmekteyiz. Bir başka ifadeyle, iktidarın mazideki anayasa değişikliklerinin, Türkiye Cumhuriyeti'nin “kusurlu demokrasi” kategorisinden “yarışmacı otoriter rejim” kategorisine geçiş yapması üzerindeki rolü dikkate alındığında, bundan sonraki kapsamlı anayasa değişikliklerinde yahut anayasanın yeni baştan yapılmasında, otoriterleşme yönündeki bu trendin değişmesi beklentisine girmemize neden olacak olumlu bir politik iklimin

³ *Il buono, il brutto, il cattivo*, Adventure, Western (Produzioni Europee Associate (PEA), Arturo González Producciones Cinematográficas, Constantin Film, 1969). Bu film, sadece sinema dünyasını değil akademiye de etkilemeyi başarmıştır.

⁴ Örnekler için bkz. June P. Tangney, “Moral Affect: The Good, the Bad, and the Ugly,” *Journal of Personality and Social Psychology* Cilt 61, Sayı 4 (1991): 598-607. D. C. Phillips, “The Good, the Bad, and the Ugly: The Many Faces of Constructivism,” *Educational Researcher* Cilt 24, Sayı 7 (1995): 5-12. Subhabrata Bobby Banerjee, “Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad, and the Ugly,” *Critical Sociology* Cilt 34, Sayı 1 (2008): 51-79.

⁵ Her ne kadar *anayasanın ihlali* ile *anayasaya aykırılık* arasında bir fark bulunsa da, bu çalışmada Anglo-Sakson hukukunda *'violation'*, *'breach'* ve *'infringement'* terimlerinin anayasal düzeni yıkmak anlamına gelmediği, daha genel bir çerçevede anayasaya aykırı her türlü söylem ve eylemi kapsadığı göz önünde bulundurularak, bu çalışmamızda bilinçli olarak *'anayasa ihlali'* kavramını kullanmayı tercih ettik.

mevcut olmadığı gerçeği üzerinde durmaktayız. Anayasal norm ve anayasal gerçeklik uyumsuzluğu başlıklı bu bölümümüz, yeni anayasa yapım fikrinin “kötü” tarafına tekabül etmektedir.

Son bölümde ise meselenin “çirkin” yönüne odaklanmakta ve popülist bir iktidar tarafından ve popülist yöntemlerin doğal sonucu olarak, toplumsal ve siyasal kutuplaşma seviyesinin belki de hiç olmadığı kadar yüksek olduğu bir dönemde, toplumdaki tüm çıkar gruplarının üzerinde mutabık olacağı bir anayasa yapma fikrinin mümkün olmadığını iddia etmekteyiz.

Yeni ve sivil anayasa ihtiyacı, Türk siyasi tarihinde, siyasi elitlerin ve seçmenin üzerinde uzlaştığı ve ortak paydada buluşmayı başardığı ender konulardan biridir. Ancak, toplumda yeni anayasa fikrinin destekleniyor olması, bu konunun öncelikli bir mesele olarak görüldüğü anlamına gelmemektedir. Nitekim, ASAL Araştırma tarafından yapılan bir ankette, katılımcılara Türkiye'nin en büyük sorununun ne olduğu sorulduğunda, katılımcıların yalnızca %0,4'ü anayasa yanıtını vermiştir.⁶ Her ne kadar yeni ve sivil bir anayasa fikri, toplum nezdinde öncelikli bir mesele olmasa da, yeni anayasa gereksinimine yönelik ortaya konulan çalışmalarda, gerekçeler bir kaç başlık altında toplanmaktadır. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir çok kez değişikliğe uğraması nedeniyle anayasanın sistematığının bozulması⁷ ve halk tabiriyle anayasanın yamalı bohçaya dönmesi⁸, darbe

⁶ Melike Aktaş, ‘ASAL Araştırma: Türkiye'nin En Büyük Sorunu Ekonomi’ (27.07.2024) <https://abcgazetesi.com/asal-arastirma-turkiyenin-en-buyuk-sorunu-ekonomi-758448> (Erişim Tarihi: 07.08.2024)

⁷ Mevcut anayasa, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren toplamda 19 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler sonucunda 1982 anayasasının yaklaşık dörtte üçü değiştirilmiştir. Bu değişiklikler incelendiğinde, 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri, temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği normlara ilişkin, 2010 yılında yapılan değişiklikler daha ziyade anayasanın yargıya ilişkin maddelerine yöneliktir. 2017 yılında yapılan kapsamlı anayasa değişikliği ise yaklaşık bir asırlık parlamenter sistem tecrübesine son vererek Türk tipi başkanlık sistemini, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi adıyla anayasamıza dahil etmiştir. Özetle, mevcut anayasayı darbe anayasası olmaktan çıkararak oldukça kapsamlı değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler neticesinde anayasadaki genel sınırlama sebepleri kaldırılmış (2001 değişikliği), idam cezası ve Devlet Güvenlik mahkemeleri kaldırılmış (2004 değişikliği), toplumda dezavantajlı pozisyonda bulunanların pozitif ayrımcılığa tabi tutulmalarının, eşitlik ilkesinin benimsediği Anayasanın 10. Maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin düzenlemeler öngörülmüş (2010 değişikliği) ve son olarak parlamenter sistem yerini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır (2017 değişikliği).

⁸ “Erdoğan’dan Yeni Anayasa Çağrısı: Anayasa Yamalı Bohçaya Döndü!,” *Halk TV*, 01 Ekim 2023, <https://halktv.com.tr/siyaset/erdogandan-yeni-anayasa-cagrisi-anayasa-yamali-bohcaya-dondu-773354h>.

ürünü olması⁹ ve bu nedenle yapılan değişikliklere rağmen halen darbe ve vesayet izleri taşıması, anayasanın halkoylamasına sunulması sürecinde açık oy ve gizli sayım prensiplerine riayet edilmemesinin anayasanın meşruluğuna gölge düşürmesi¹⁰, katılımcı ve müzakereci anayasa yapım tekniğinden ziyade, tepeden inmeci bir yöntemin benimsenmesi ve temel hak ve hürriyetlerin istisna, bunların kısıtlanmasının ise asıl addedilmesi ve bu nedenle de mevcut metnin anayasadan ziyade *amayasa*¹¹ görünümüne sahip olması; mevcut anayasanın sivil irade tarafından yapılacak olan yeni bir anayasa ile değiştirilmesi gerektiğini ortaya koyan temel gerekçelerdir.

Bu gerekçelerin her biri üzerinde, literatürde oldukça kapsamlı ve değerli çalışmalar mevcuttur. Ayrıca, bu gerekçeler baz alınarak birçok saygın anayasa hukukçusu, yeni anayasa önerilerini defaatle dile getirmişler ve bu amaç uğruna yeni anayasa çalışmalarında rol almışlardır.¹² Yeni anayasa ihtiyacını doğuran faktörlere ilişkin çalışmalar ve yeni anayasanın içeriğine ve yapılış usulüne yönelik ortaya konulan öneriler beraber dikkate alındığında ve Özbudun'un ifadesiyle "bu mesele hakkında güneşin altında yeni bir söz söylemenin imkansızlığı"¹³ göz önünde bulundurulduğunda, çalışmamızda yeni ve sivil anayasa ihtiyacını ortaya koyan bu gerekçelerin üzerinde durmaya gerek duymuyoruz. Bu aşamada, anayasanın *kim tarafından, nasıl ve ne zaman* yapılması gerektiği konuları önem arz

⁹ Tüm darbelerin kötü olduğu ve darbeci generallerin otoritelerini sağlamlaştırmaktan başka bir işlevi olmadığı yönündeki genel önkabule karşı, global ölçekte "demokrasi getiren darbelerin" kaleme alındığı ve birçok tartışmanın fitilini ateşleyen kapsamlı bir çalışma için bkz. Ozan Varol, *The Democratic Coup d'État*, (Oxford University Press, 2017)

¹⁰ Oy pusulalarının konulduğu zarfların şeffaf olması ve evet ve hayır oylarının farklı renkte olması, açık oy gizli sayım ilkesinin bertaraf edildiğini ortaya koymaktadır.

¹¹ "Anayasa Değil 'AMA-YASA'," *Hürriyet*, 26 Eylül 2000, blm. gündem, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/anayasa-degil-ama-yasa-39184566>.

¹² Yeni anayasa konusunda oldukça değerli bir külliyat ortaya çıkmıştır. Örneğin; Erdoğan Teziç Başkanlığı'nda hazırlanan "Yeni Bir Anayasa İçin" isimli çalışma (1992), Bülent Tanör tarafından TÜSİAD adına hazırlanan "Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi" isimli çalışma (1999), TOBB adına hazırlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi Anayasa 2000" isimli çalışma (2000), Türkiye Barolar Birliği adına hazırlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi" isimli çalışma (2001), Ergun Özbudun başkanlığında mevcut iktidarın talebi üzerine hazırlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi" isimli çalışma (2007), yeni anayasaya ilişkin ciddi ölçüde bir beklenti olduğunu ortaya koyması açısından oldukça değerlidir. Yapılan bu çalışmaların kapsamlı bir listesi için bkz. Serdar Güleler, "Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 15, Sayı 3 (2011): 199-224.

¹³ Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, 2. bs (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 9.

etmektedir. Bu sorulara verilecek yanıtlar, aynı zamanda yeni ve sivil anayasa yapma fikrinin iyi, kötü ve çirkin taraflarına da ışık tutacaktır. Takip eden bölümde, bu sorulardan ilkinen yanıt bulmayı amaçlamaktayız.

2. İyi: Meclis Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?

Mevcut 1982 anayasasının anayasal düzeni ilga edenlerce yapılmış olması, yapıldığı günden itibaren meşruluk tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Anayasaların içeriği kadar yapılış usulleri de şüphesiz o anayasanın kabul görüp görmemesini, meşruluğunu ve dolayısıyla hayatta kalacağı süreyi belirler.¹⁴ Ancak bu aşamada belirtmek gerekir ki 1982 anayasası üzerindeki meşruluk tartışmaları, mevcut anayasa üzerinde çok sayıda yapılan kapsamlı değişiklik nedeniyle, anayasanın içeriğinin meşruluğundan, anayasayı ortaya koyan gücün meşruluğuna doğru evrilmiştir. Ayrıca anayasanın yapılış usulünün içeriğini de belirlemesi kural olmakla birlikte, bu durumun istisnaları da yok değildir. 1961 anayasası, darbe sonrası yapılmasına rağmen ve toplumun önemli bir bölümünün desteğini alan Adalet Partisi'nin anayasa yapım aşamasında dışlanmış olmasına rağmen, ortaya çıkan metin cumhuriyet tarihinin en iyi metinlerinden biri olarak kabul edilir. Ancak bu durum istisna teşkil etmekte ve esas olan, katılımcı ve müzakereci demokrasi anlayışını yansıtan ve büyük ölçüde uzlaşmaya dayanan bir metnin ortaya konabilmesidir.

Anayasaların yeni baştan yapımı ve anayasalar üzerinde yapılan değişiklikler, anayasa teorisi ve pratiğinin en tartışmalı ve ilgi çekici konularındandır.¹⁵ Normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunması ve bunun doğal neticesi olarak tüm hukuk sistemini doğrudan etkileme ve şekillendirme kabiliyetini haiz olması nedeniyle, hem bu metinler üzerinde yapılacak değişiklikler hem de yapılacak bu değişikliğin içeriği ve usulü önem kazanmaktadır. Bu yönüyle, anayasalara ve anayasalar üzerinde yapılacak değişikliklere ayrı bir önem atfedilir. Ancak belirtmek gerekir ki, anayasalar da insan ürünü olmaları nedeniyle kusurdan arı değildir. Bu nedenle de ebedilik iddiasında bulunamazlar.¹⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nin kurucu babalarından George Washington, sonraki nesillerden

¹⁴ Anayasaların ömürlerini etkileyen faktörlere ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. Tom Ginsburg, Zachary Elkins, ve James Melton, "The Lifespan of Written Constitutions," *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, 11 Ocak 2008, <https://escholarship.org/uc/item/6jw9d0mf>.

¹⁵ Ergun Özbudun, "Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları," *Anayasa Hukuku Dergisi* Cilt 1, Sayı 1 (2012): 110.

¹⁶ Özbudun, "Anayasa Yapımında," 110.

daha akıllı olmadıklarını dile getirerek, kusursuz bir anayasaya sahip olmadıklarını ancak anayasanın kusurlarının halk ve temsilcileri tarafından tespit edilip giderilebilme imkanının, bizzat anayasa tarafından öngörüldüğüne dikkat çekmiştir.¹⁷

Değişen ve dönüşen şartlara uyum sağlamak amacıyla anayasalar da benzer değişim ve dönüşümlere ihtiyaç duyarlar. Bu değişim, bazen anayasa metninin güncellenmesi şeklinde karşımıza çıkarken, bazı durumlarda da yüksek mahkemelerin anayasa normlarını yorum yöntemiyle değişen şartlara uyarlaması şeklinde vuku bulur. Anayasa metninin değişmesi, tümüyle yeni bir metin ortaya konulması yahut mevcut metin üzerinde değişiklik yapılması ile mümkündür. Bu ayrım, Fransız devrimi düşünürleri tarafından ortaya atılmış ve asli ve tali kurucu iktidarın anayasa yapma ve değiştirme yetkilerini düzenleyen yaygın bir teorinin altyapısını oluşturmaktadır.¹⁸ Asli ve tali kurucu iktidar ayrımı, anayasa hukukçularının oldukça rağbet gösterdiği ancak üzerinde mutabakata varamadığı bir meseledir. Bu teoriye yönelik etraflıca bir değerlendirme, bu çalışmanın kapsamı dışında olmakla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yeni bir anayasa yapma ehliyeti ve kabiliyeti olup olmadığını tespit edebilmek amacıyla bu teoriye ve teorinin ortaya koyduğu asli ve tali kurucu iktidar ayrımına kısaca değinmekte fayda olduğuna kanaatindeyiz.

Asli kurucu iktidar, adından da anlaşılacağı üzere anayasal düzeni kurmakla görevli iktidardır. Bu nedenle yeni bir anayasa yapma yetkisi mevcuttur. Asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmadan önce eski sistemi yıkan ve hukuk boşluğu yaratan iktidardır.¹⁹ Bu yönüyle asli kurucu iktidar, hukuk dışı ve sınırsız iktidara tekabül etmektedir.²⁰ Tali kurucu iktidar ise hukukla bağlı ve sınırlı bir iktidar olması nedeniyle yeni bir anayasa yapma ehliyetine sahip değildir. Türev kurucu iktidar olarak da adlandırılan bu iktidar, hukukla bağlı olması nedeniyle yalnızca mevcut anayasa üzerinde değişiklik yapma kudreti ve yetkisi olan iktidardır.²¹ Özetle, tali kurucu iktidar, kurulmuş bir iktidar olmasının doğal sonucu olarak anayasayı ilga

¹⁷ Sanford Levinson, *Responding to Imperfection- The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, N.J: Princeton University Press, 1995).

¹⁸ Özbudun, "Anayasa Yapımında," 111.

¹⁹ Kemal Gözler, "Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?," *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler*, editörler, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, (Metis Kitap, 2012): 47-50.

²⁰ Gözler, "Asli ve Tali," 47-48.

²¹ Gözler, "Asli ve Tali," 48.

edip, yerine yeni bir anayasa yapamaz.²² Gözler'e göre asli kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapma görevini ifa ettikten sonra "uykuya yatar." Yeni bir hukuk boşluğu doğuncaya kadar da uykudan uyanmaz. Örneğin, ABD kurucu iktidarı, Amerikan anayasasını yaptıktan sonra uykuya yatmış ve yaklaşık 250 yıldır uykudadır. Aynı şekilde 1982 anayasasını yapan asli kurucu iktidar, uyumaya devam etmektedir. Asli kurucu iktidarın uykuda olması uyanmayacağı anlamına gelmemektedir.²³

En başta açıkça belirtmek gerekir ki, asli ve tali kurucu iktidar ayrımına dayanan bu teori, miadını doldurmuştur. Yeni bir anayasa ihtiyacının doğması ve bu yönde toplum ve siyasi elitler düzeyinde bir mutabakat oluşması durumunda, bu anayasanın yapılabilmesi için hukuk boşluğunun doğması yahut yaratılması anlayışı, basit şekliyle milletin temsilcileri aracılığıyla yönetimi anlamına gelen demokrasi ile örtüşmemektedir. Özbudun, yeni bir anayasanın ancak anayasal hayatta kopma veya kesintiden sonra yapılabileceği yönündeki anlayışın, büyük bir yanılgıdan ibaret olduğunun altını çizmekte ve yeni anayasa yapımını ihtilal, darbe, iç savaş ve işgal gibi hukuk boşluklarına hasretmenin "demokratik ilkelere, mantığa ve siyasal gerçekliğe" aykırı olduğuna vurgu yapmaktadır.²⁴

Benzer şekilde Can, kurucu iktidarın, mevcut düzeni yasalara aykırı şekilde değiştirebileceği gibi, bu iktidarın hukuka uygun bir yolla da yeni bir düzen kurabileceği düşüncesindedir.²⁵ Bu düşüncesini temellendirirken, Eroğul'un kurucu iktidarı bir kurumdan ziyade işlev olarak ele almasından istifade etmektedir. Eroğul'a göre kurucu iktidar, otorite yaratan sosyolojik bir iktidar olması nedeniyle, bu iktidarın hangi kişi ya da gruplara ait olduğunu saptamanın önemi yoktur.²⁶ Kurucu iktidar bir işlevdir ve bu işlev hem yasalara aykırı hem de uygun şekilde yerine getirilebilir.²⁷ Bir başka ifadeyle sadece hukuk boşluğu doğmasına neden olan darbe gibi toplumsal kırılmalar yoluyla değil, aynı zamanda kurucu bir meclis kurmak suretiyle yahut doğrudan halihazırdaki meclis eliyle bu işlev yerine getirilebilir.

Spektrumun diğer tarafında ise Gözler, meclisin anayasa yapma girişiminin darbeden farkı olmadığını, ancak ihtilal, darbe gibi hukuk

²² Gözler, "Asli ve Tali," 48-49.

²³ Gözler, "Asli ve Tali," 50-51.

²⁴ Özbudun, "Anayasa Yapımında," 112-113.

²⁵ Osman Can, "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* Cilt 62 Sayı 3 (2007): 101-139. Ayrıntılı bilgi için yazarın Can, Osman Can, *Kurucu İktidar*, (İstanbul Alfa Yayıncılık, 2013) isimli eserine bakınız.

²⁶ Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: AÜSBF Yay, 1974), 166

²⁷ Can, "Anayasayı Değiştirme İktidarı," 106.

boşluğunun yaratıldığı durumlarda yeni anayasa yapılabileceğini iddia etmektedir.²⁸ Türk Anayasa Mahkemesi de bu konuda kafa karışıklığı yaşamakta ve bir yandan asli kurucu iktidarı, siyasal rejimde ortaya çıkan kesintilerin ürettiği hukuk dışı irade olarak tanımlarken, öte yandan katılım ve müzakereyi esas alan ülkelerde, asli kurucu iktidarın sahibinin halk olduğunu vurgulamakta ve aynı karar içerisinde ve hatta aynı paragrafta sınırlarını çizdiği ve benimsediği asli-tali kurucu iktidar ayrımı anlayışı ile çelişkiye düşmektedir.²⁹ Asli kurucu iktidarın gerçek ve tek sahibi halk ise, herhangi bir hukuk boşluğunun ortaya çıkmasını beklemeksizin, halkın bu iktidarını kullanarak yeni bir anayasa yapmasının önünde hiçbir engel olamaz, olmamalıdır.

Anayasal düzeni, cebir ve şiddet kullanarak ilga edenlere, yeni anayasa yapma hakkı ve yetkisini layık görenlerin, milletin tercihleriyle mecliste yer alan ve milleti temsil etme göreviyle donatılan kişileri bu yetkiden mahrum bırakmaları her şeyden önce anayasanın ruhu ve demokrasinin evrensel ilkeleriyle bağdaşmaz. Darbeler, nitelikleri gereği kazananın her şeyi aldığı, kaybedenin ise her şeyi kaybettiği ve bu yönüyle de siyasal, sosyal ve ekonomik kırılmalara sebebiyet veren dönüm noktası niteliğindeki olaylardır. Gerçekten de başarılı olması durumunda darbe yönetimi, devlet yönetimine talip olmakta ve darbe lideri, cumhurbaşkanlığı makamıyla ödüllendirilmektedir. Ancak başarısız olduğunda, Türk Ceza Kanunu'nun anayasal düzeni ilga etme suçunun düzenlendiği maddeleri gereği, ağırlaştırılmış müebbet gibi oldukça ağır bir yaptırımla karşılaşmaktadır. Müeyyidenin caydırıcılığına rağmen, başarılı olması durumunda elde edilen kazanımlar, bu riskin alınabilir bir risk olarak görülmesine neden olmaktadır. Cumhuriyet tarihi, bu riski alanlarla doludur. Asli ve tali kurucu iktidar ayrımı yapanlar ve tali kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapamayacağını iddia edenler, kasıtları bu olmasa da, anayasal düzeni ilga etmeyi amaçlayan girişimlere dolaylı şekilde teşvik sağlayarak, bu girişimlerin alınabilir bir risk olarak değerlendirilmesine zemin hazırlamaktadırlar.

Literatürde, milletin meclis eliyle yeni anayasa yapma girişimini, 1960 ve 1980 askeri müdahaleleriyle ve bu müdahaleler sonrasında yapılan anayasalar ile bir tutan ve hukukun ve demokrasinin sınırlarını zorlayan yaklaşımlar mevcuttur. Hatta, iddialarını bir adım daha ileri taşıyarak yeni

²⁸ Gözler, "Asli ve Tali," 56.

²⁹ *Anayasa Mahkemesi, 2008/116, 5.6.2008*
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

anayasa girişiminde bulunan meclisin, ilerde darbeciler gibi yargılanabileceklerini ifade etmektedirler.

...artık hukuken Türkiye’de bir ihtilal olduğunu ve TBMM'nin asli kurucu iktidarı eline geçirdiğini söyleyebiliriz. Böyle bir TBMM, 1924 Anayasasını ilga eden Millî Birlik Komitesi veya 1961 Anayasasını ilga eden Millî Güvenlik Konseyi ile aynı durumdadır. 1961 Anayasasını yürürlükten kaldıranlar yargılanmaya başlamışlar ise, bir gün 1982 Anayasasını ilga edenler de aynı şekilde yargılanabileceklerdir... Bugün yeni bir anayasa yapma sevdalılarını uyarmak istiyorum: Hukuku çiğnemenin 1982 Anayasasını ilga edemezsiniz. 1982 Anayasasını ilga etmeden de yeni bir anayasa yapamazsınız. Hukuku çiğnemek pahasına, her nasılsa, 1982 Anayasasını ilga ederseniz, "devrim" yapmış olursunuz ve bu nedenle de iktidardan gittikten sonra bir gün yargılanabilirsiniz...Şunu açıkça söyleyelim: 27 Mayıs 1960 ve 12 Eylül 1980 hükûmet darbeleri gibi bir hükûmet darbesi olmadıkça, Türkiye’de asli kurucu iktidarın ortaya çıkması mümkün değildir. Aslî kurucu iktidar ortaya çıkmadıkça da mevcut Anayasa ilga edilemez. Mevcut Anayasa ilga edilemez ise, yeni bir anayasa da yapılamaz... Bir ülkenin yeni bir anayasaya ihtiyaç duyup duymadığı sorunu, hukukî değil, siyasal ve sosyolojik bir sorundur.³⁰

Gözler’in, Türkiye’de darbe olmaksızın anayasa yapılamaz, yapılması durumunda da faillerin yargılanmaları gerekir anlamına gelen ifadeleri ile Özbudun’un yeni bir anayasa yapılabilmesi için darbe ve savaş gibi hukuk boşluklarına ihtiyaç duyulmadığı ve millet egemenliği prensibi gereği toplumsal mutabakat ortaya çıkması durumunda anayasa yapılmasının önünde bir engel kalmadığı yönündeki iki uç fikrin varlığı, anayasanın kimler tarafından yapılabileceği gibi çok temel bir konu üzerinde dahi henüz fikir birliğine varılamadığını göstermesi açısından önemlidir.

Oldukça tartışmalı bu ifadelerin ardından Gözler’in, kendisiyle çelişmek pahasına, yeni bir anayasaya ihtiyaç olup olmadığına ilişkin sorunun “hukuki olmayıp siyasal ve sosyolojik bir sorun olduğunu” belirtmesi de oldukça manidardır. Yeni anayasa ihtiyacının, hukukun değil siyasetin ve sosyolojinin konusu olduğunu ifade etmek, böyle bir ihtiyaç olduğu yönünde siyasetin ve toplumun hemfikir olması durumunda bu anayasanın, siyasi elitler ve seçmen tarafından yapılabileceği sonucunu çıkarmayı gerektirir. Yeni anayasa meselesinin siyaset ve sosyoloji meselesi olduğu

³⁰ Gözler, “Asli ve Tali,” 59.

tespitini yaptıktan sonra, bu anayasayı yapma girişiminde bulunacak olan millet meclisini darbecilerle bir tutmak, meclis üyelerinin de ileride yargılanacaklarını iddia etmek anlaşılması güç bir argümantasyon yöntemidir.³¹

Ancak yazarın sormakta haklı olduğu ve cevaplanması çok da kolay olmayan soru şudur: Mevcut anayasa ilga edilmeden yeni anayasa nasıl yapılacak?³² Bu soruya cevap verirken mevcut anayasanın milletin iradesini yansıtmadığı, tepeden inmece bir yöntemle yapıldığı ve millete dayatıldığı gerçeğini unutmamak gerekir. Mevcut anayasa, milletin iradesinin bir tecellisi olsaydı, başka bir ifadeyle bu anayasa üzerinde meşruluk tartışması olmasaydı, bugün mevcut anayasanın yine millet iradesiyle ilga edilip yenisinin yapılabilmesi üzerinde bir tartışma yürütülmeyecekti. Dolayısıyla ortaya çıkan tablo şudur; millet iradesini yansıtan metin bile ilanihaye koruma hakkı talep edemezken, meşruluğu son derece tartışmalı bir metnin millet egemenliği ilkesi ile çatışması pahasına korunma çabası kabul edilemez. Anayasalara değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez maddeler koymak, gelecek nesillerin iradesine ipotek koymakla eşdeğerdir. Kendilerini gelecek kuşaklardan daha akıllı ve basiretli zannedenlerin, yine milleti koruma pahasına attıkları adımlar, doğrudan egemenliğin halka ait olduğu gerçeğini göz ardı etmek anlamına gelmektedir. Bu “korumacı” yaklaşım ile gelecek nesillerin adına karar verme girişiminde bulunanların, niyetleri iyi dahi olsa, amaçlarına ulaşmaları pek de mümkün değildir.

Seçmen; demokrasi, cumhuriyetçilik, hukukun üstünlüğü gibi kurumlar ve değerler üzerinde dahi değişiklik talep edebilir. Ve bu talebi doğrultusunda atılan adımların ortaya çıkardığı sonuçlara da yine seçmen katlanmakla yükümlüdür. Demokrasi bir yönüyle, biraz da deneme yanılma yöntemidir. Demokrasiyi demokrasi yapan da budur. Ayrıca, demokrasiyi teknolojiden ayıran şey de tam olarak budur. Global çaptaki teknoloji devlerinin ürünlerini, bu ürünleri üretme kapasitesi olmayan toplumlar satın alabilirler. Bu nedenle bir teknoloji ürününü, zaman kaybı olmaksızın edinebilirler. Demokrasi ve demokrasinin üzerine inşa edildiği ilke ve prensipleri ise satın almak yahut hukuki transplantasyon yöntemiyle, bu ilke ve prensiplerin mücadelesini vermeksizin, sisteme entegre etmek pek kolay değildir. Japonya gibi bazı istisnaları olmakla birlikte, hukuki

³¹ Bu noktada ifade etmek gerekir ki Gözler’in bu tavrının, onun hukuka bakış açısıyla tutarlı olduğu iddia edilebilir. Ayrıntılı bilgi için, Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, (Bursa, Ekin Yayınevi 2. Baskı, 1999) isimli eserinde, anayasa hukukunun saf teorisinin anlatıldığı bölüme bakılabilir (s.17 vd)

³² Gözler, “Asli ve Tali,” 49.

transplantasyon yöntemi ile devşirilen sistemlerin çoğu başarısızlıkla sonuçlanmıştır.³³

Mevcut anayasanın herhangi bir normunun ihlal edilmesiyle, bu anayasanın ilga edilip yenisi ile değiştirilmesi arasında fark vardır. Demokrasi, anayasacılık -ve oksimoron görünümü veren bu ikisinin birleşimi: anayasal demokrasi- müesseselerinin tamamı millet egemenliği fikrine dayanır ve gücünü millet egemenliğinden alır. İki dünya savaşından da mağlubiyetle ayrılmış Almanya'da, Hitler gibi despotların ve hayalperestlerin yeniden türememesi amacıyla, iktidarın federe devletler arasında dağıtılması şeklinde bir çözüm üretilmiştir. Almanya'nın federal devlet anlayışı nasıl ki geçmişteki yıkımların ortaya çıkardığı tecrübelerin bir sonucudur, Türkiye Cumhuriyeti de Osmanlı bakiyesi olması ve Balkan savaşları ve dünya savaşında bağımsızlık hareketleri neticesinde toprak kaybı yaşaması nedeniyle, Almanya'nın aksine üniter devlet yapısını benimsemiş bir devlettir. Bu devletler, haklı olarak dünün korkuları üzerine sistemlerini inşa etmişlerdir. Ancak, bu korkuların ilanihaye devam edeceği ve şartların ve beklentilerin asla değişmeyeceği yanılığısı üzerine ve korumacı bir yaklaşımla anayasa yapımcıların inşa ettikleri sistemler de şartlar değiştikçe pekâlâ sorgulanabilir ve sorgulanmalıdır. Bu demek değildir ki bu korumacı normların mevcut olmaması durumunda toplumlar, bu bilinçten yoksun olarak sistemlerini tehlikeye atacak girişimlerde bulunacaklardır. Gelecek kuşakların iradesine ipotek konulmasından kastımız, tam da gelecek nesillere duyulan bu güvensizlik ve kendilerini onlardan daha basiretli addetme anlayışıdır.

Başta da belirttiğimiz gibi mevcut anayasa ilga edilmeden yenisi nasıl yapılacak sorusu, özellikle saf hukuk teorisi perspektifiyle yaklaşıldığında, yanıtlaması kolay bir soru değildir. Aynı şekilde, Türkiye'de darbe olmaksızın anayasa yapılamayacağını iddia edenlerin de yanıtlamakta zorlanacağı sorular mevcuttur. Örneğin, Fethullahçı Terör Örgütü'nün darbe girişiminin bir an için başarılı olduğu ve bu örgütün, ortaya çıkan hukuk boşluğundan istifade ederek yeni bir anayasa yaptığı ve bu anayasada değiştirilemez maddelere yer verdiği varsayımında, devam eden süreçte iktidara gelen hükümetlerin yeni bir anayasa yapamayacaklarını, ancak ve ancak değiştirilmesi terör örgütüne yasaklanmış maddelere dokunmamak kaydıyla mevcut anayasa üzerinde değişiklik yapabilecekleri fikrini

³³ Hukuki transplantasyon konusunda yazılmış kapsamlı bir çalışma için bknz. Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Second Edition (The University of Georgia Press, 1993)

savunmak ne ölçüde demokrasi ve hukukun evrensel ilkeleriyle ve siyasal gerçeklerle bağdaşır? Bu örneğin ekstrem bir örnek olduğunu kabul etmekle birlikte ve yine Türk Silahlı Kuvvetleri ile bir terör örgütünü mukayese etme riskini aldığımızın bilincinde olarak, yine de bu minvaldeki marjinal örneklerin, teorinin gücünü ve kırılğanlığını test etmekte oldukça işlevsel olduğu kanaatindeyiz. Daha açık ifadeyle, uç örneklerle başvurmak, bir teorinin ya da argümanın sağlamlığını test etmekte oldukça etkili bir yöntemdir. Ayrıca, bir terör örgütünün, başarılı bir darbe sonrası yeni bir anayasa ortaya koyması olağanüstü bir durum gibi görünse de, Türkiye'nin politik konjonktürü, darbe ve darbe girişimi tecrübeleri dikkate alındığında, gerçekleşmesi olası bir senaryodur.³⁴ Burada sorulması ve cevap bulması gereken soru, doktrinde asli ve tali kurucu iktidar ayrımını kayıtsız şartsız benimseyenler ve darbecilerin iradesini milletin iradesinin üzerinde konumlandırılanlar, terör örgütü tarafından yapılan anayasanın başka bir darbe olmaksızın yenisi ile değiştirilemeyeceği fikrini nasıl meşrulaştıracaklardır?

Parlamento egemenliği söz konusu olduğunda şüphesiz akla gelen ilk örnek Birleşik Krallık'tır. Gerçekten de yüzyıllar süren mücadeleler neticesinde parlamento, kral karşısında gittikçe güçlenirken; kral, her bir kırılma noktasında parlamento karşısında gücünü kaybetmiştir. Ve bu güç savaşı, 21. yüzyıl itibariyle parlamentonun mutlak galibiyeti ile sonuçlanmıştır. Birleşik Krallık'ta parlamentonun sahip olduğu gücü ifade etmek amacıyla, *sadece kadını erkek, erkeği ise kadın yapma hakkı müstesna olmak üzere, Birleşik Krallık parlamentosu her şeyi yapmaya muktedirdir* ifadesi kullanılır.³⁵ Ancak Brexit sürecinde görülmüştür ki, yerküre üzerindeki en kudretli egemen parlamento olarak gösterilen İngiliz parlamentosu dahi, milletin iradesi ve egemenliği söz konusu olduğunda bu iradeye kayıtsız kalamamakta ve bu iradeye rağmen adım atamamaktadır. Gerçekten de Brexit oylaması öncesi parlamentodaki tüm siyasi partiler, ülkelerinin Avrupa Birliği'nde kalma yönünde iradelerini ortaya koymuş, ancak seçmenin iradesi halkoylaması ile aksi yönde tecelli ettiğinde, bir başka deyişle halkın ve parlamentonun egemenliği çatıştığında, kazanan

³⁴ Ayrıca bu yapılanmanın terör örgütü olduğuna ilişkin kesinleşmiş yargı kararının 2017 yılında, yani darbe girişiminden bir yıl sonra verilmiş olması, durumu daha da karmaşık hale getirmektedir.

³⁵ İsviçreli siyaset teorisyeni Jean-Louis de Lolme'un İngiliz Anayasası üzerine yazdığı kitabında kullandığı bu ifade İngiliz Parlamentosunun egemenliğini anlatmak için kullanılan bir özlü söz haline gelmiştir. Jean Louis de Lolme, *The Constitution of England* (Baldwyn & Company, 1821).

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

halk egemenliği olmuştur. Üstelik Birleşik Krallık'ta, referandumların hükümeti bağlayıcı özelliği olmadığı açıkça belirtilmesine rağmen, Birleşik Krallık hükümeti, seçmenin iradesine saygı duyacaklarını açıkça ifade etmiştir.³⁶ Brexit süreci sonrası, Birleşik Krallık'ta parlamento egemenliğinin tartışmaya açık bir mesele olmadığı ancak bu egemenliğin yalnızca milletin iradesi ile sınırlandırılabilceği görüşü güç kazanmaya başlamış ve bu düşünce özellikle de anayasa referandumları özelinde bir çok tartışmanın da fitilini ateşlemiştir.

Birleşik Krallık örneği oldukça değerlidir çünkü egemenliğinden asla ödün vermeyen bir parlamento, halkın egemenliği söz konusu olduğunda geri adım atmayı bilmiş ve seçmenin *asıl*, seçilenin ise *vekil* olduğunun bilinciyle hareket edebilmiştir. Dolayısıyla, Birleşik Krallık örneği ile Türkiye'de tali kurucu iktidarın meclis aracılığıyla yeni bir anayasa yapamayacağını iddia eden fikirler mukayese edildiğinde ortaya ilginç bir tablo çıkmaktadır. Bir yanda halkın iradesini kendi iradesinin bile üzerinde tutabilmeyi başarmış bir parlamento, diğer yanda ise darbecilerin iradesini hem halkın, hem de halkın temsilcilerinin iradesinin üstünde gören bir anlayış söz konusudur. Bu anlayış literatürde de eleştirilmiş ve millet meclisinin anayasa yapma yetkisini haiz olup olmadığı konusunda oldukça değerli çalışmalar kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, asli/tali kurucu iktidar ayrımının anlamını yitirdiği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Örneğin, 1992 yılında Erdoğan Teziç başkanlığında toplanan anayasa hukukçularından oluşan bir anayasa kurulu, TÜSİAD adına hazırladıkları anayasa taslağında, anayasada değişiklik yapma yetkisine sahip olan bir erkin, aynı zamanda yeni bir anayasa yapma konusunda da yetkili olduğu hususunda kuşku bulunmadığını açıkça ifade etmiştir.

Bugünkü TBMM bir Kurucu Meclis sıfatıyla seçilmiş olmadığı halde, yeni bir anayasa yapmaya yetkili bir 'asli kurucu organ' yetkisi kullanabilir. Zaten bunun aksini düşünmek, anayasa yapıcılığı yetkisini yalnız kurucu meclislere, ya da ihtilâl sonrasının olağanüstü iktidarlarına tanımak olur ki, bu tarihsel gerçeklerle uzlaşmadığı gibi, şiddet yolunu önermek anlamına dahi gelir. Oysa pek çok ülkede yeni

³⁶ Ashley Cowburn, "Theresa May Clarifies Her Stance on Attempts to Remain Inside EU," *The Independent*, 11 Temmuz 2016, blm. News, <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-brexit-means-brexit-conservative-leadership-no-attempt-remain-inside-eu-leave-europe-second-referendum-a7130596.html>.

anayasalar, normal zamanlarda ve olağan yasama meclisleri tarafından hazırlanabilmiştir.³⁷

Türkiye Cumhuriyeti tarihi içerisinde anayasa yapım tecrübelerine bakıldığında, 1961 ve 1982 anayasalarının aksine, 1924 anayasası, kendisini kurucu olarak nitelendiren bir meclis tarafından yapılmıştır. Dolayısıyla, 1924 anayasası, aslında millet meclisinin hukuk boşluğu ortamına ihtiyaç duymaksızın aksiyon alıp yeni bir anayasa yapmasına ilişkin iyi bir örnek teşkil etmektedir. Kaboğlu ve Sales, 1924 anayasasının kurucu meclis tarafından yapıldığını kabul etmekle birlikte, dönemin siyasi konjonktürünün farklı olduğu gerekçesine dayanarak halihazırdaki meclisin yeni bir anayasa yapma yetkisine sahip olmadığını iddia etmektedirler.³⁸ Ne yazık ki, açıklanması ve gerekçelendirilmesi güç konuların akademideki karşılığı “konjonktür farklılığıdır.” Açıkça ifade etmek gerekir ki konjonktürel farklılık, kategorik olarak çifte standardı meşrulaştırmamalıdır. Ayrıca mezkûr yazarlar, konjonktürel farklılığın neden farklı sonuçlar doğurması gerektiğine yönelik tatmin edici bir argüman ileri sürmemektedirler.

Özbudun, bu yaklaşımların Türk demokrasi tecrübesi içerisinde vahameti artıran unsurlar içerdiğini ifade etmekte ve anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez maddelerinin, demokratik şekilde seçilmiş bir kurucu meclis iradesi yerine askeri müdahaleyi gerçekleştiren birkaç generalin iradesi ile ortaya konulmuş ve “demokratik meşruluğu son derece tartışmalı bir halk oylaması” sonucunda onaylanmış metinler olduğunu ileri sürmektedir.³⁹ Ve iddialarını bir adım daha ileri taşıyarak, sadece demokratik yöntemlerden uzak şekilde hazırlanan anayasanın değil, çağdaş demokrasi standartları baz alınarak yapılan anayasaların da “gelecek kuşakları ebediyen bağlamaya hiçbir hukuki, siyasi ve ahlaki hakkının” olmadığını ifade etmektedir.⁴⁰ Gerçekten de, askeri müdahaleler ile iktidarı ele geçirenlerin kaleme aldı(ı)ğı demokratik meşruluğu son derece tartışmalı olan bir metin ile gelecek nesilleri bağlama çabası, iki üç asır önce ortaya atılan oldukça tartışmalı teorilerle literatürde destek bulmaktadır.

Askeri müdahaleler ile iktidarı ele geçirenlerin gerek yaptıkları metinlerin ve gerekse kendilerini garanti altına almak ve yargılanma riskini

³⁷ Serap Yazıcı, *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine* (Şişli, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009), 46 vd.

³⁸ İbrahim Ö Kaboğlu ve Eric Sales, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, çev. İrem Berksoy (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018), 86.

³⁹ Özbudun, “Anayasa Yapımında,” 121-122.

⁴⁰ Özbudun, “Anayasa Yapımında,” 122.

bertaraf etmek amacıyla bu metinlere koydukları özel yahut geçici maddelerin bir anlamının olmadığını baştan bilmeleri gerekir. Bu maddeleri kendilerine kalkan yapanların, iktidarı kaybettiklerinde millete dayattıkları metnin meclis eliyle değiştirilebileceğinin bilincinde olmaları gerekir. Aynı şekilde, kendilerini koruma altına almak maksadıyla anayasaya ekledikleri maddelerin de iktidardan uzaklaştıktan sonra kendilerini koruyamayacaklarının farkında olmaları gerekir. Bu bilincin oluşması, darbe girişiminde bulunmayı tahayyül edenleri en azından bir kez daha düşünmeye sevk edecektir. Ancak bu bilincin oluşabilmesi için anayasa hukukunun bir *paradigma değişikliğine* ihtiyacı vardır. Ortaya konulması gereken bu yeni paradigma ile asli ve tali kurucu iktidar ayrımı kaldırılmalı ve anayasayı değiştirme ehliyetini haiz olan kuvvetin, aynı zamanda yeni bir anayasa yapmaya da ehil olduğunun kabulü gerekir.

Ancak, bu paradigma değişikliğine karşı çıkanlar endişelerinde tümüyle haksız değillerdir. Anayasa metnlerinin sahip oldukları önem ve tüm hukuk ve siyasal sistemi etkileme ve doğrudan şekillendirme gücü dikkate alındığında, bu metinler üzerinde çok sık değişikliğe gitmek, sistemin sürdürülebilirliğini ve hukuki devamlılığı sekteye uğratabilecek riskler ihtiva etmektedir. Ancak tam da bu noktada gerek anayasaların değişikliği gerekse yeni baştan yapılabilmesi için alelade kanunların aksine nitelikli çoğunluk şartı aranmaktadır ve aranmalıdır. Çalışmamızın, yeni anayasa fikrinin “çirkin” yönünü oluşturan “Katılımcı ve Müzakereci Demokrasi Teorisi Bağlamında Anayasa Yapımı Önündeki Engeller” başlıklı bölümünde, bu mesele kapsamlı olarak ele alınacaktır. Ancak bundan da önce, takip eden bölümde yeni anayasa fikrinin “kötü” tarafları irdelenecektir.

Ancak, yeni anayasa fikrinin “kötü” yanlarını ele aldığımız anayasal norm ve anayasal gerçeklik uyumsuzluğu başlıklı bölüme geçmeden de önce önemli bir hususa dikkat çekmekte fayda görüyoruz. Anayasanın meclis tarafından yapılabileceği argümanı savunulurken, bu düşünceye meşruluk sağlamak amacıyla mevcut anayasanın darbe ürünü olduğunun dile getirilmesi iki sebeple doğru bir yaklaşım değildir. Birincisi, mevcut anayasa, sistematik bütünlüğünü kaybettiği için yahut demokratik olmayan yapılış usulü nedeniyle pekâlâ eleştirilebilir. Ve yine bu özellikleri nedeniyle yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulduğu da pekâlâ ileri sürülebilir. Ancak yapıldığı tarihten itibaren toplamda 19 kez kapsamlı değişikliğe uğramış ve yaklaşık dörtte üçü değişmiş bir metnin, halen darbe ürünü olduğunu iddia etmek artık pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. İkinci ve daha önemli husus ise; mevcut anayasanın darbe ürünü olması nedeniyle

değiştirilmesi gerektiğine ilişkin argüman, darbe anayasasının meşru bir anayasa olmadığı ve bu nedenle bu anayasanın bağlayıcılığının da olmadığı ve yine dolayısıyla mevcut anayasaya uyma mecburiyetinin olmadığı yönünde bir yaklaşımı da beraberinde getirme riskini taşımaktadır.

Burada benimsenmesi gereken yaklaşım, milletin temsilcileri eliyle yeni bir anayasa yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır şeklinde olmalıdır. Yeni anayasa ihtiyacını bu şekilde gerekçelendirme ile mevcut anayasanın darbe ürünü olması nedeniyle yeni bir anayasaya ihtiyaç olduğu şeklindeki gerekçelendirme arasında pratik açıdan önemli bir fark bulunmaktadır. Bu fark belki netice (yeni bir anayasa metni ortaya çıkması) açısından mevcut olmasa da, mevcut anayasanın meşruluğu ve bağlayıcılığı üzerine gölge düşürme riski ihtiva etmesi bakımından önemlidir. Özetle, anayasayı ihlal etmek amacıyla fırsat kollayanlara, bu fırsat altın tepside sunulmamalıdır.

3) Kötü: Anayasal Norm- Anayasal Gerçeklik Uyuşmazlığı⁴¹

Eski bir Sovyet şakasında anlatıldığına göre, bir Sovyet vatandaşı restorana gider ve bir süre menüyü inceledikten sonra siparişini verir. Garson ürünün mevcut olmadığını söyler. Müşteri başka bir ürün sipariş etmek istediğinde aynı cevabı alır. Bu diyalog bir süre bu şekilde devam eder. Sipariş etmek istediği hiçbir ürünün restoranda bulunmadığını öğrenen müşteri, “ben bunun bir menü olduğunu zannediyordum, meğer siz bana anayasa getirmişsiniz” der.⁴² Gerçekten de bazı anayasalar, hak ve hürriyetleri garanti altına alma konusunda oldukça cömert olmalarına rağmen bunları vatandaşlarına gerçek anlamıyla sağlamakta oldukça cimridirler.

Voigt, anayasaların bir çoğunun vatandaşlarına dünyada cenneti vadederken, yalnızca çok azının bunu gerçekleştirebildiğine dikkat çekmektedir.⁴³ Voigt, anayasal metinler ile anayasal gerçeklik arasındaki ilişkiyi ele aldığı çalışmasında, bir ülkenin anayasasını inceleyerek o ülkedeki gerçeklik hakkında fikir sahibi olabilmenin ne ölçüde mümkün

⁴¹ Stefan Voigt, “Mind the Gap: Analyzing the Divergence Between Constitutional Text and Constitutional Reality,” *International Journal of Constitutional Law* Cilt 19, Sayı 5 (2021): 1778-1809.

⁴² Alberto Simpser ve Tom Ginsburg, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes,” içinde *Constitutions in Authoritarian Regimes*, editörler, Alberto Simpser ve Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Law and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 1.

⁴³ Voigt, “Mind the Gap,” 2.

olduğunu sorgulamakta ve anayasal normlar ile anayasal gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun bir ülkenin anayasasına bakarak o ülkedeki gerçekliği tespit etmekte yetersiz kaldığı sonucuna varmaktadır.⁴⁴ Gerçekten de anayasalar, çağdaş demokrasilerin üzerine inşa edildiği başta temel hak ve hürriyetlerin teminatı ve kuvvetler ayrılığı gibi ilke ve prensipleri kaleme alma konusunda oldukça cömerttirler. Kuzey Kore anayasası; ifade, toplantı, gösteri ve yürüyüş hürriyetini garanti altına alırken, İnsani Gelişim Endeksinde 182 ülke arasında son sırada yer alan Nijer anayasasına göre, tüm Nijer vatandaşlarının ücretsiz eğitim ve sağlık hakkına sahip olmaları oldukça ironiktir.⁴⁵

Yukarıda verilen örnekler derecesinde olmasa da, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da Türkiye Cumhuriyeti devletinin demokratik, laik, sosyal ve hukuk devleti olarak tanımlanması, basının hür ve sansür edilemezliği, yargının bağımsız ve tarafsızlığı, tüm kişi ve kurumların yargı kararlarına uyma yükümlülüğü bu perspektifle değerlendirilebilir. Özetle, Anayasanın metni ile gerçekliği arasındaki uyumsuzluk, dünya anayasalarının sorunu olduğu gibi bizim de sorunumuzdur. Öyle ki bu tartışmalar 1982 anayasası öncesine dayanmaktadır. Özbudun'un ifadesiyle "82 anayasasına nazaran adeta zemzemle yıkanmış olan 61 anayasası"⁴⁶, devleti yönetilemez hale getirdiği yönünde eleştirilerin hedefinde yer almıştır. Öyle ki, Evren "O anayasa bize bol geldi; içinde oynamaya başladık"⁴⁷ diyerek 1961 anayasasının topluma birkaç beden büyük geldiğini dahi iddia etmiştir.⁴⁸

Anayasal norm ile gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun iki farklı ama birbirleriyle ilintili yönü vardır. Bunlardan ilki, anayasal normların toplumun değerleriyle örtüşmemesidir. İkincisi ise, bu uyumsuzluğun fiili uyumsuzluğa dönüşmesidir. Bir başka deyişle, normun bilinçli olarak görmezden gelinmesi ve ihlal edilmesidir. Gerçeklik ile kastedilen toplumun sosyal, siyasal, ekonomik ve/veya dini inanca yönelik sahip olduğu

⁴⁴ Voigt, "Mind the Gap," 2.

⁴⁵ Zachary Elkins ve James Melton, "The Content of Authoritarian Constitutions," içinde *Constitutions. İçinde Authoritarian Regimes*, editörler, Alberto Simpser ve Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Law and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013): 141-64.

⁴⁶ Hamit Emrah Beriş, "Prof. Dr. Ergun Özbudun'la Röportaj," *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 58 (2010): 19.

⁴⁷ Burhan Kuzu, "Yeni Bir Anayasaya Doğru," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* Cilt 47, Sayı 03 (1992).

⁴⁸ Abbas Güçlü, "61 Anayasası Türkiye'ye Büyük Geldi," *Milliyet*, 26 Eylül 2007, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/abbas-guclu/61-anayasasi-turkiyeye-buyuk-geldi-215394>.

değerlerinin ve önceliklerinin, anayasa normu ile örtüşmemesi ve hatta bazı durumlarda anayasa metni ile çelişmesidir. Örneğin, Güney Afrika halkının yaklaşık yüzde 90'i eşcinselliğe sıcak bakmazken, Güney Afrika Anayasası vatandaşlarının cinsel tercihlerine ve yönelimlerine bakmaksızın eşitlik prensibini anayasal norm haline getirmiştir. Tam tersi örnekte, Hollanda nüfusunun yaklaşık yüzde 80'i eşcinsellikle alakalı herhangi bir problemi olmadığını dile getirirken, Hollanda Anayasası bu durumu anayasal norm haline getirme ihtiyacı duymamıştır. Fas Anayasası, grev hakkını en temel haklardan biri olarak düzenlerken, vatandaşların çok büyük bir kısmı bu hakka sıcak bakmadıklarını ve grev hakkını asla kullanmayacaklarını ifade etmektedir. Dominik Cumhuriyeti'nde halkın yaklaşık yüzde 90'i, çevrenin korunmasının en öncelikli meseleler arasında yer alması gerektiği ve bu uğurda yüksek vergi ödemeye razı olduklarını belirtmelerine rağmen, Dominik Anayasası çevre hassasiyeti konusunda bir düzenleme içermemektedir. Tam aksi bir örnekte, Litvanya Anayasasında sağlıklı çevre hakkı anayasal düzeyde garanti altına alınmış olmasına rağmen, Litvanya vatandaşlarının yaklaşık dörtte üçü, bu konuda vergi ödemeye gönüllü olmadıklarını belirtmektedir.⁴⁹

Versteeg, anayasada koruma altına alınan değerler ile toplumun değerleri uyumlu olduğu ölçüde, bu değerleri garanti altına alan normun ihlal edilmesi durumunda toplumun tepki gösterme ve anayasal norma sahip çıkma ihtimalinin artacağını iddia etmektedir.⁵⁰ Benzer şekilde, anayasal değerler ile toplum değerlerinin örtüşmediği durumda, anayasanın bağlayıcılığı zarar görecektir ve anayasal norm ihlal edildiğinde, toplumda bu ihlalin tepki görme ihtimali azalacak, hatta aksine bu ihlal toplum tarafından destek görecektir. Gösteri ve yürüyüş hakkını kullananların “anarşist” olarak nitelendirildiği toplumlarda, bu hakkın anayasada koruma altına alınması, gerçek hayatta da bu korunmanın sağlanacağını garanti etmemektedir. Ve yine benzer şekilde, dini hassasiyetleri yüksek olan bir toplumda, katı ve baskıcı laiklik anlayışının uygulanmaya çalışılması da, anayasal koruma altına alınan laiklik ilkesinin tartışılmasına ve varlığının dahi sorgulanmasına sebebiyet verecektir. Başörtüsü yasağı özelinde Türkiye’de yaklaşık son 30 yıldır yaşanan çatışma, bu çatışmanın sebep olduğu

⁴⁹ Şafak Evran Topuzkanamış, “Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 16, Özel Sayı (2014): 4999. Benzer örnekler için bkz. Mila Versteeg, “Unpopular Constitutionalism,” *Indiana Law Journal* Cilt 89, Sayı 3 (2014): 1133-90.

⁵⁰ Versteeg, “Unpopular Constitutionalism,” 1133-90.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

kutuplaşma iklimi ve bunun da neticesinde laiklik ilkesinin, yapılacak olan yeni anayasada yer alıp almayacağına, yahut yer alacaksa ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine ilişkin tartışmaların alevlenmesi, bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Ancak bu demek değildir ki önce toplum belli başlı değerleri edinmeli ve akabinde bu değerler anayasal norma dönüştürülmelidir. Amerikan Anayasası'nda tüm yurttaşların din, dil, ırk ve renk gözetilmeksizin eşit olduğunu açıkça belirten normun hayata geçirilmesi için Amerika, bir asrı aşkın bir süre beklemek zorunda kalmıştır. Normun kısa ve orta vadede uygulanabilir olmaması, onun ilanihaye toplumda karşılık bulmayacağı anlamına gelmemelidir. İdeal norm konulmalı ve bu ideale ulaşmak amacıyla gayret gösterilmelidir anlayışı da bu yönüyle kendi içerisinde tutarlıdır. Ancak bu yaklaşımın da bazı dezavantajlara sahip olduğunun bilincinde olmak gerekir. Şöyle ki, toplumun değerleriyle ve/veya öncelikleriyle örtüşmeyen ideal normun anayasa seviyesinde düzenlenmesi, bu norm ile gerçeklik arasındaki farkın açılmasına neden olabilir. Norm ile gerçeklik arasındaki uyumsuzluk ne kadar büyük olursa, anayasanın ihlal edilmesi de o ölçüde kolaylaşır. İhlal edilen metin de saygınlığını ve dolayısıyla meşruluğunu yitirir. Bu riski alıp almamak ise toplumun ve siyasi elitlerin ölçüp tartması gereken bir meseledir.

Mevcut iktidarın anayasal normlara saygı duyma ve onları uygulama noktasında ortaya koyduğu performans dikkate alındığında, yapılması planlanan anayasanın da benzer akıbetle karşılaşma ihtimali, yeni ve sivil anayasa fikrinin “kötü” yanına tekabül etmektedir. Bu aşamada, yeni anayasa fikrinin neden kötü bir fikir olduğunu ortaya koymak amacıyla, mevcut iktidarın anayasa ihlallerine, bir başka deyişle ve Erdoğan'ın tabiriyle, iktidarın “cemaziyülevveline” kısaca bakmak gerekir. Anayasanın, mahkemelerin bağımsızlığı başlıklı 138. Maddesinin son fıkrası, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ve bu organların mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceğini ve yerine getirilmesini geciktiremeyeceğini düzenlemekte ve yargı bağımsızlığını ve mahkeme kararlarının herkes için bağlayıcılığını garanti altına almaktadır. Cumhurbaşkanı ve Ak Parti Genel Başkanı Erdoğan, Anayasa Mahkemesi'nin 2017 yılında birtakım sanıklar hakkında vermiş olduğu hak ihlali neticesinde, AYM'nin bu kararına saygı duymadığını ve bu karara uymayacağını dile getirmiştir.⁵¹ 2017 yılında yapılan anayasa

⁵¹ “T.C. Cumhurbaşkanlığı: ‘Anayasa Mahkemesi’nin Kararına Uymuyorum, Saygı da Duymuyorum,’” erişim 28 Temmuz 2023, YUHFD Vol. XXII No.1 (2025)

değişiklikleri öncesinde anayasa, Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını öngörürken, Cumhurbaşkanı bir parti lideri gibi mitinglere katılmakta beis görmemiştir. Anayasa'da basın hür olduğu ve sansür edilemeyeceği garanti altına alınmışken, iktidarı eleştiren gazetecilerin hali ortadadır.

Anayasa'nın "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" başlıklı 34. maddesine göre "herkes önceden izin almadan silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir." Kamuoyunda Cumartesi Anneleri olarak bilinen gruba, emniyet güçlerinin uyguladığı orantısız kuvvet, Yüksek Mahkeme tarafından hak ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁵² Ancak mahkeme kararına rağmen, kolluk kuvvetleri, kararı uygulamaya yanaşmamakta ve anayasal haklarını kullanan ve gözaltı sırasında kaybolan ya da işkence gören yakınları adına mücadele veren gruba yönelik orantısız kuvvet kullanmaya ve kötü muamelede bulunmaya devam etmektedir. Eklemek gerekir ki, anayasa ihlalleri olağanlaştıkça, bu ihlaller diğer kurumlara da sirayet etmektedir. AYM'nin ihlal olduğu gerekçesiyle tahliye kararı verdiği bir dosyada ilk derece mahkemesi, uymakla yükümlü olduğu yüksek mahkeme kararını görmezden gelmiş ve kararın gereğini yerine getirmemek üzere direnmeyi tercih etmiştir.⁵³ "Anayasayı bir kez delmekle bir şey olmaz" sözü Özal'a atfedilir.⁵⁴ Özal, gerçekten böyle bir beyanda bulunmuş mudur bilinmez ancak, belirtmek gerekir ki anayasalar bir yönüyle metallere benzerler. Yeterince eğip bükerseniz bir gün muhakkak kırılırlar. Kırılgan bir anayasa ise bağlayıcılık gücünü kaybettiği ölçüde saygınlığını ve meşruluğunu yitirir. Böyle bir durumda anayasalar, alelade kanunlar kadar bile saygı görmemekle kalmaz, aynı zamanda kronik sorunların da müsebbibi olarak gösterilir ve günah keçisi ilan edilirler.

Bu aşamada sorulması gereken sorular şunlardır. Mevcut 1982 anayasası, gerçekten de günah keçisi olmayı hak eden bir metin midir? Mevcut iktidar, mevcut anayasa kötü olduğu için mi anayasayı ihlal etmektedir? Anayasanın yargı kararlarının tüm kişi ve kurumları bağladığına ilişkin 138. Maddesi,

<https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/39955/anayasa-mahkemesinin-kararina-uyumuyorum-saygi-da-duymuyorum.html>.

⁵² *Anayasa Mahkemesi*, 2020/7092, 29.3.2023

⁵³ Edanur Tanış, "Can Atalay Hâlâ Tahliye Edilmedi: İstanbul Barosu, AYM Kararını Uygulamayan Mahkeme Başkanını HSK'ya Şikâyet Etti," *Medyascope*, 02 Kasım 2023, <https://medyascope.tv/2023/11/02/can-atalay-hala-tahliye-edilmedi-istanbul-barosu-aym-kararini-uygulamayan-13-agir-ceza-mahkemesi-baskanini-hskya-sikayet-etti/>.

⁵⁴ Can Ataklı, "Aaahh Özal Aaah 'Anayasa Bir Kere Delinmekle Bir Şey Olmaz' Demeyecektin Yıllar Öncesinde," *Sözcü*, 13 Ocak 2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/can-atakli/aaahh-ozal-aaah-anayasa-bir-kere-delinmekle-bir-sey-olmaz-demeyecektin-yillari-oncesinde-3103972/>.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

yeni ve sivil bir anayasada nasıl bir görünüme sahip olmalıdır ki/ olacaktır ki, mahkeme kararları herkes tarafından saygı görebilsin ve bağlayıcı olabilsin? Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin mevcut anayasa metni, hangi yönleriyle yetersizdir ki, anayasal haklarını kullanmak isteyen yurttaş, anayasal normun yetersizliği nedeniyle polis coplarının muhatabı olmaktadır? Yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemeler aracılığıyla kullanılabilmesini garanti altına alan Anayasa'nın 9. Maddesi, neyi yanlış ya da eksik düzenlemiştir ki, Türk yargısı, uluslararası bağımsız derecelendirme endekslerinde, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kriterleri açısından Afrika kıtasındaki kabile devletleri ile mukayese edilir hale gelmiştir? Anayasal norm ile anayasal gerçeklik arasındaki farkın bu kadar açılmış olmasının müsebbibi, anayasanın kendisi midir? Yeni ve sivil bir anayasa, Türk demokrasisinin kronik sorunlarına çözüm üretebilecek midir? Başka bir ifadeyle, yeni anayasa her derde deva olabilecek midir?

Bu sorulara doğru yanıt verebilmek için iktidarın mevcut 1982 anayasası üzerinde yaptığı değişikliklere ne ölçüde uyup uymadığına bakılmalıdır. Bir başka ifadeyle, bu aşamada yapılması gereken, iktidarın kendi yaptığı anayasa değişiklikleri sonucunda ortaya çıkan metne sadık kalıp kalamadığını tespit etmektir. İktidarın, kötü olduğu gerekçesiyle değişiklik yaptığı anayasa normlarına, değişiklik sonrası saygı duyduğu ve bu normların gereğini yerine getirdiği senaryoda, gerçekten de ihlallerin müsebbibi olarak “darbe anayasası” gösterilebilir. Ancak durum gerçekten de böyle midir?

Kamuoyunda 367 krizi olarak bilinen ve Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin ortaya çıkan anayasal kriz neticesinde AK Parti, 2007 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine yönelik anayasa değişikliğini halkoylamasına sunarak, Cumhurbaşkanının bir defaya mahsus yedi yıl süre ile seçilebileceğine ilişkin eski düzenlemenin yerine, Cumhurbaşkanına en fazla iki kez ve beşer yıllığına seçilebilme imkânı sunan anayasa değişikliğini seçmenin desteğiyle sistemimize dahil etmeyi başarmıştır. 2023 Cumhurbaşkanlığı ve parlamento seçimleri öncesi adaylığını açıklayan Erdoğan, yeniden aday olup olamayacağına ilişkin tartışmaların da fitilini ateşlemiştir. Cumhurbaşkanının adaylığını destekleyenler, 2017 yılında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'ne geçilmiş olması nedeniyle “saatin sıfırlandığını” ve bu nedenle Erdoğan'ın bir kez daha aday olmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığını iddia ederken, karşıt ve çoğunluktaki görüşe sahip anayasa hukukçuları, sistemin değişmiş olmasının Erdoğan'ın anayasada öngörülen iki dönem kotasını

doldurduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini ifade etmişlerdir.⁵⁵ Gerçekten de mevcut anayasanın 116. Maddesine göre, Cumhurbaşkanının yeniden aday olabilmesinin tek yolu, ikinci dönem sona ermeden, meclisin erken seçim kararı almasıdır. Bu ihtimal gerçekleşmediğine göre, 2023 seçimleri için Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığı adaylığını açıklaması, anayasanın açık ve amir normlarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu sistem, darbeci generaller tarafından değil bizzat mevcut iktidar tarafından getirilen bir sistemdir. Dolayısıyla, mevcut iktidar 2007 yılında bizzat kendi yaptıkları anayasa değişikliği neticesinde ortaya çıkan sistemi görmezden gelmekte ve ihlal etmektedir.

Bir diğer örnek, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkindir. Bilindiği üzere 2017 yılında seçmenin önüne konulan kapsamlı anayasa değişikliği paketi içerisinde, Anayasanın 9. Maddesinde yargının bağımsızlığını düzenleyen norma "tarafsızlık" ibaresi eklenmiştir. Ne yazık ki bu değişiklik, yargının performansına olumlu bir katkı sunmadığı gibi, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda Türk demokrasisi, değişiklik sonrası daha da geriye gitmiştir. Şöyle ki, Dünya Adalet Projesi verilerine göre, 2022 Hukukun Üstünlüğü Endeksi'nde Türkiye, 0,42 puanla 140 ülke arasından 116. sırada kendisine yer bulabilmiştir.⁵⁶ Türkiye, hukukun üstünlüğü bakımından Ruanda, Senegal ve Gana gibi ülkelerin çok gerisinde kalmıştır. Araştırma kapsamında, iktidarların hukuka ne ölçüde bağlı oldukları da mercek altına alınmıştır. Bu konuda tablo çok daha vahimdir. Türkiye, yönetenlerin kendilerini hukukla bağlı hissedip hissetmedikleri ve yargı kararlarını uygulayıp uygulamadıkları kriterine göre, 140 ülke arasından 135. sırada yer almaktadır.⁵⁷ Doğu Avrupa ve Asya ülkeleri kategorisinde değerlendirilen Türkiye, bulunduğu bölge içerisinde sonuncu sıradadır.⁵⁸

2022 tarihli bu raporda, Ceza Mahkemelerinde Adalet kriteri açısından Türkiye, 0,34 puanla 140 ülke arasından 106. sırada yer almaktadır.

⁵⁵ Cumhurbaşkanının 2023 seçimlerinde yeniden aday olamayacağına ilişkin görüşü savunanlar arasında Ergun Özbudun, Sabih Kanadoğlu, Levent Köker ve Metin Günday bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Can Uğur, "Prof. Dr. Ergun Özbudun, Erdoğan'ın Adaylığı Tartışmalarını Değerlendirdi: Madde Açık, Aday Olamaz!," *Cumhuriyet*, 28 Ocak 2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/prof-dr-ergun-ozbudun-erdoganin-adayligi-tartismalarini-degerlendirdi-madde-acik-aday-olamaz-2025871>.

⁵⁶ Deutsche Welle, "WJP: Türkiye'de Hukukun Üstünlüğü Geriliyor," 26 Ekim 2022, <https://www.dw.com/tr/wjp-t%C3%BCrkiyede-hukukun-%C3%BCst%C3%BCnl%C3%BC%C4%9F%C3%BC-geriliyor/a-63564239>.

⁵⁷ Deutsche Welle, "WJP: Türkiye'de,"

⁵⁸ Deutsche Welle, "WJP: Türkiye'de,"

Enteresan olan nokta ise yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kriterleri baz alınarak yapılan bu sıralamada, yargının “tarafsız” olduğuna ilişkin ibare anayasamıza eklendiği yıl 0.40 puanla 74. sırada yer alan Türkiye, bu ibare eklendikten beş sene sonra Ceza Mahkemelerinde Adalet bölümünde gözle görülebilir bir düşüş yaşayarak, 0.34 puan ortalamasıyla 106. sıraya gerilemiştir.⁵⁹ Demek ki halihazırda mevcut olan anayasal norm ile anayasal gerçeklik uyumsuzluğu, bu süre içerisinde daha da belirgin hale gelmiştir. Özetle, iktidar tarafından, Cumhurbaşkanının en fazla iki dönem aday olabileceğine yönelik kuralın getirilmesi ve anayasal güvence altına alınan yargının tarafsızlığı ilkesi, anayasa metni olarak kalmış ve gerçek hayatta karşılık bulmayı başaramamıştır. Bu da sorunumuzun anayasa kaynaklı olmadığını, aksine anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına ilişkin bir sorunun mevcudiyetini kanıtlamaktadır. Bu sorunun çözümü ise yeni bir anayasa yapmak değildir. Eğer çözüm, anayasa yapmak yahut mevcut anayasa üzerinde kapsamlı bir revizyona gitmek olsaydı, bundan önce yapılan değişikliklerin bu anlamda olumlu bir sonuç vermesi gerekirdi. Tam da bu nedenle, yeni anayasa fikrinin “kötü” tarafı ile karşı karşıyayız. Gerçekten de, yeni bir anayasa yapılmasının, anayasanın bağlayıcılık gücünü artıracığına yönelik herhangi bir veri hatta emare dahi ne yazık ki mevcut değildir.

Yeni anayasa fikrinin bir diğer “kötü” yanı, iktidarın demokratikleşme hedefinden günden güne uzaklaşmasıdır. Çünkü demokratikleşme hedefinden uzaklaşan bir iktidarın yapacağı yeni anayasanın da demokratik nitelikler barındırması pek olası değildir. Türk demokrasisi, ne yazık ki çağdaş demokrasi seviyesine hiçbir zaman ulaşamamıştır. Ancak Ak Parti iktidarı öncesi dönemde “sıfatlı demokrasi” olarak nitelendirilen ve bu yönüyle kusurlu dahi olsa demokrasi niteliği ağır basan bir demokrasiden bahsedilmektedir. Sahip olduğu hibrit özellikleri nedeniyle Türk demokrasisi, literatürde artık sıfatlı dahi olsa bir demokrasi olarak kabul görmemekte ve “yarışmacı otoriter rejim” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁰

Levitsky ve Way tarafından ortaya atılan bu tür rejimlerde, girilen seçimler açısından yarışma gerçektir ancak adil değildir.⁶¹ Oyun alanı

⁵⁹ World Justice Project, “WJP Rule of Law Index in 2022,” erişim 19 Mart 2023, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>.

⁶⁰ Steven Levitsky ve Lucan A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, Problems of International Politics (Cambridge: Cambridge University Press, 2010); Berk Esen ve Şebnem Gümüşçü, “Rising Competitive Authoritarianism in Turkey,” *Third World Quarterly* Cilt 37, Sayı 9 (2016): 1581-1606.

⁶¹ Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 5.

iktidar lehine kurulmuştur. Medyaya, hukuka ve finans kaynaklarına erişim noktasında iktidar, muhalefete nazaran oldukça avantajlı konumdadır.⁶² Ancak, muhalefetin seçimleri kazanma ihtimalinin mevcut olması, bu rejimleri tam otoriter rejimlerden ayıran en önemli faktördür. Castenada, yarışmacı otoriter rejimleri futbol müsabakasına benzetmektedir.⁶³ Ancak bu müsabakada, iktidarın takımı tam kadro sahada iken, muhalefet eksik oyuncu kadrosuyla mücadele etmek zorundadır.⁶⁴ Hakem -Yüksek Seçim Kurulu- iktidardan yanadır. Ancak oyun alanının eşitsizliğine rağmen, bu müsabakanın/seçimin muhalefet tarafından kazanılma ihtimali mevcut olduğundan iktidar partisi, seçim akşamı tam otoriter rejimlerin aksine, “arkasına yaslanıp rahat bir şekilde seçim sonuçlarını takip etme lüksüne” sahip değildir.⁶⁵ Kısaca iktidar, sahip olduğu tüm avantajlarına rağmen, seçimi kazanabilmek için mücadele etmek ve “ter dökmek” zorundadırlar.⁶⁶

Türk demokrasisi, sıfatlı demokrasiler arasında yer alan delegasyoncu ve askeri vesayet demokrasisi kategorisinden yarışmacı otoriter rejim kategorisine geçiş yaparken, iktidarın anayasa değişikliklerinin de bu dönüşümde önemli bir rol oynadığı gerçeği yadsınamaz.⁶⁷ 2007, 2010 ve bilhassa 2017 anayasa değişiklikleri ile iktidar, yasama, yürütme ve yargı arasında dengeyi yürütme lehine bozmuştur. Voigt, kuvvetler ayrılığının garanti altına alındığı, iyi işleyen başkanlık sistemlerinde dahi, parlamenter sisteme nazaran anayasal normların ihlal edilme ihtimalinin daha yüksek olduğunu ifade etmektedir.⁶⁸ Benzer şekilde Svolic, yapılan araştırmalar neticesinde, “parlamenter rejimlere nazaran başkanlık sistemine sahip ülkelerin anayasayı ihlal etmeye daha fazla meyilli” olduklarını belirtmektedir.⁶⁹ Amerika Birleşik Devletleri tipi orijinal başkanlık sisteminin katı kuvvetler ayrılığına dayandığı ve tüm kuvvetlerin birbirlerini denetleme ve dengeleme fonksiyonlarını etkili bir şekilde yerine getirebildikleri göz önünde bulundurulduğunda, Svolic’in tezinin, orijinal

⁶² Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 10.

⁶³ Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 10.

⁶⁴ Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 11.

⁶⁵ Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 12.

⁶⁶ Levitsky ve Way, *Competitive Authoritarianism*, 12.

⁶⁷ Muhammet Derviş Mete, “Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme; Türk Demokrasisinin ‘Sıfatlı Demokrasiler’ ve ‘Sıfatlı Otoriter Rejimler’ Arasındaki Yeri,” *Ankara Barosu Dergisi* Cilt 80, Sayı 3 (2022): 103-39.

⁶⁸ Voigt, “Mind the Gap,” 34.

⁶⁹ Milan W. Svolic, “Which Democracies Will Last? Coups, Incumbent Takeovers, and the Dynamic of Democratic Consolidation,” *British Journal of Political Science* Cilt 45, Sayı 4 (2015): 715-38.

başkanlık sisteminden sapan ve sadece ismen ve görünürde başkanlık sistemi olarak adlandırılabilen sistemler için geçerli olduğu da iddia edilebilir. Bu nedenle, 2017 yılında geçiş yaptığımız Türk-Tipi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile beraber, kuvvetler ayrılığı yerine bir nevi kuvvetler birliği sisteminin benimsendiği dikkate alındığında, anayasanın ihlalinin kolaylaştığı iddia edilebilir. Dolayısıyla anayasal norm ile gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun daha da belirgin hale gelmesi, bu veriler ışığında şaşırtıcı olmamalıdır.

Yapılacak olan yeni anayasada, iktidarın bu çizgisini sürdürmemesi için hiçbir geçerli sebep yoktur. Mevcut yönetimin bugüne kadar sergilediği performans dikkate alındığında, geri dönüşü olmayacak şekilde başkanlık sisteminin perçinleştirilmesini teminat altına almak amacıyla yeni anayasa yapma çabaları ile, bu ve benzeri gizli ajandaların hedeflenebileceği ileri sürülebilir. Corrales, Latin Amerika ülkeleri özelinde yapmış olduğu ampirik çalışmalar neticesinde, devlet başkanının oy oranının yüzde 42’yi geçtiği durumlarda, anayasa değişiklikleri yahut yeni anayasa girişimleri ile, mevcut anayasada başkanın adaylığını belli bir dönem sayısı ile sınırlandıran normu değiştirme yahut doğrudan kaldırma eğiliminde olduklarını, ve bu amaçlarına ulaşmalarını engellemeye yönelik muhalefet tarafından gösterilen direncin çoğu zaman yetersiz kaldığı sonucuna varmaktadır.⁷⁰

Devlet başkanını kim durdurabilir? isimli bir başka çalışmada Corrales, başkanın yüksek halk desteğine sahip olduğu durumlarda, başkan ile diğer kurumlar arasında bir güç asimetrisi oluşması nedeniyle, başkanın adaylığını sınırlandıran anayasa metinlerinin yeterli bir koruma sağlayamayacağını iddia etmektedir.⁷¹ Başkanın yeniden ve hatta süresiz bir şekilde adaylığının önünü açan anayasa değişiklikleri yahut yeni anayasa yapılması durumunda, asimetrik güç nedeniyle muhalefetin başkana direnme şansının olmadığını ve başkanın hedefine ulaşmasında, zannedilenin aksine ideolojik faktörlerin yahut meclis aritmetiğinin değil, doğrudan bu asimetrik gücün varlığının önemli bir rol oynadığını iddia etmektedir. Yazar, başkanın ancak “gücünü ve tarafsızlığını henüz kaybetmemiş”, bir başka ifadeyle, iktidar tarafından henüz ele geçirilmemiş

⁷⁰ Javier Corrales, *Fixing Democracy: How Power Asymmetries Help Explain Presidential Powers in New Constitutions, Evidence from Latin America* (New York: Oxford University Press, 2018), 192.

⁷¹ Javier Corrales, “Can Anyone Stop the President? Power Asymmetries and Term Limits in Latin America, 1984–2016,” *Latin American Politics and Society* Cilt 58, Sayı 2 (2016): 3-25.

yüksek mahkeme eliyle durdurulabileceğine işaret etmektedir.⁷² Ortaya çıkan güç asimetrisinden istifade eden popülist liderlerin, seçilmeden önce sözünü verdikleri sosyal ve ekonomik reformlara girişmeleri genellikle vaki değildir. Carrión, bu gerçeğe işaret ederken, popülist liderlerin daha ziyade politik reformlara giriştiklerini ve bu reformlar ile – çift kamaralı kongrenin ilga edilmesi, başkanın kararname çıkarma yetkilerinin artırılması, anayasalara başkanın yeniden seçilebilmesine yönelik garantör maddelerin eklenmesi ve seçim kanunlarının iktidar lehine değiştirilmesi gibi önlemler ile- gerek iktidarlarının ömrünü uzatmayı gerekse yürütmenin gücünü artırmayı amaçladıklarını dile getirmektedir.⁷³

Bu bölümde, özellikle Latin Amerika ülkeleri özelinde yapılan çalışmalara değinmemizin sebebi, Türkiye ile Latin Amerika ülkelerinin yarışmacı otoriter rejime dönüşmeleri sürecinde attıkları adımlar ve benimsedikleri yöntemler açısından birçok ortak noktalarının bulunmasıdır. Diamond, popülist otokratların demokrasiyi hedef alırken benzer yöntemlere başvurduğunu ifade etmekte ve otokratların bu yöntemleri, yazarın “Otokratların 12 Adımlık El Kitabı” adını verdiği bir program dahilinde kullandıklarını dile getirmektedir.⁷⁴ Yazara göre Chavez, Maduro, Orban ve Erdoğan gibi liderler, ilk olarak rakiplerinin halk nezdindeki itibarlarını sarsmakta ve onları vatansever olmamakla ve ihanetle suçlamaktadırlar. Devamında, yargı ve medyanın ele geçirilmesi bu liderler için olmazsa olmaz aşamadır. Ortaya konulan hedef/dava doğrultusunda mücadelesini yürüten iktidar sahibi için halk desteği oldukça önemlidir. Halkın desteğini almanın en önemli yolu, lidere koşulsuz itaat edecek ve lideri her koşulda destekleyecek sadık bir medya imparatorluğu yaratmaktır. Liderin hamlelerinin hukuk tarafından sekteye uğratılmaması da oldukça önemlidir. Bu nedenle lidere ve “davasına” ayak bağı olacak ve liderin hedefe ulaşmasına mâni olabilme potansiyeline sahip bağımsız bir yargı yerine, lidere sadık yargıçların mahkemelere atanmaları oldukça ehemmiyetlidir.⁷⁵

Bu hamlelerin yanı sıra, yine lidere sadık ve onun projelerini hayata geçirmesinde ona yardımcı olacak bir alternatif iş dünyasına ihtiyaç vardır.

⁷² Corrales, "Can Anyone," 21.

⁷³ Julio Carrión, “Democracy and Populism in the Andes: A Problematic Coexistence,” içinde *Latin American Democracy: Emerging Reality or Endangered Species?*, editörler, Richard L. Millett, Jennifer S. Holmes, ve Orlando J. Pérez (Routledge, 2015), 169.

⁷⁴ Larry Diamond, “When Does Populism Become a Threat to Democracy?” (FSI Conference on Global Populisms, Stanford University, 2017), 4.

⁷⁵ Diamond, "When Does," 4.

Diamond'a göre popülist lider, muhalefet partilerine destek veren iş adamlarına karşı hukuku uygularken, kamu ihalelerini kendi yarattığı alternatif sermaye sahipleri arasında paylaştırarak onları ödüllendirmeyi bilir.⁷⁶ Lider için kamu çalışanlarını hizaya getirmek zor değildir ancak kamu ile irtibatı olmayan ancak etki kapasiteleri yüksek sivil toplum örgütlerinin de itibarları zedelenmelidir. Bu nedenle özellikle kâr amacı gütmeyen hükümet dışı örgütler, yabancı güçlerle iş birliği yaptıkları gerekçesiyle hain ilan edilirler ve itibarsızlaştırılırlar.

Lider kendisine sadık bir medya, yargı ve iş dünyası yaratma aşamasını tamamladıktan sonra üniversiteleri de hizaya getirmelidir. İktidarı eleştiren akademiye alternatif olarak iktidar destekçisi akademisyenler desteklenir ve teşvik edilir. Aslında lider bir noktadan sonra çoğu zaman kendisini eleştirenlere yaptırım uygulamaya gerek bile duymaz. Tıpkı muhalif medya gibi akademi de otosansür yoluyla eleştirilerinin dozuna dikkat etmek zorunda kalır. Son olarak lider için belirlenen hedefe ulaşmanın en önemli yolu, seçimleri kazanmaya devam etmektir. Ülke yönetimi, bir avuç "çapulcuya" bırakılamayacak kadar değerlidir. Bu nedenle, seçimlerden sorumlu üst kurullara da, lidere sadık kişilerin atanmaları elzemdir.⁷⁷ Diamond, popülist ve otoriter liderlerin bu 12 adımı sürekli olarak tekrarladıklarını ve liderlerin bu adımları başarıyla tamamlamalarının, ülkelerini yarışmacı otoriter rejime dönüştürdükleri anlamına geldiğini ifade etmektedir.⁷⁸

Bu adımları "başarılı" bir şekilde hayata geçiren Chavez Venezuela'da, Morales Bolivya'da, Correa ise Ekvator'da yarışmacı otoriter rejimin temellerini atan liderler olarak tarihe geçmişlerdir. Ancak Diamond'ın ileri sürdüğü "otokratların 12 adımlık el kitabı", gerek Türkiye gerekse Latin Amerika ülkeleri açısından, iki önemli enstrümanı ıskalamaktadır: anayasa değişikliği ve referandumlar. Zikredilen Latin Amerika ülkelerinde, iktidara gelen mezkûr liderlerin tamamı, ilk iş olarak önce anayasa yapmakla görevli bir kurucu meclis oluşturmuşlardır. Yaptıkları bu anayasaları önce halkoylamasına sunmuşlar, halkın da desteğini alarak yürütmenin gücünü artırmışlar ve yaptıkları bu yeni anayasalar ile başkanın yeniden seçilebilmesini sınırlandıran yahut yasaklayan anayasa normlarını ya gevşetmişler yahut komple ortadan kaldırmışlardır. Dolayısıyla zikrettiğimiz

⁷⁶ Diamond, "When Does," 5.

⁷⁷ Diamond, "When Does," 4.

⁷⁸ Diamond, "When Does," 4.

Latin Amerika ülkelerinde yapılan yeni anayasalar, bu ülkelerin birer otoriter rejime dönüşmelerinde oldukça hayati rol oynamıştır.⁷⁹

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, Türkiye ile Latin Amerika ülkeleri arasındaki en önemli fark, otoriterleşme yolunda atılan adımların sıralamasına ilişkindir. Latin Amerika ülkelerinin aksine AK Parti, 22 yıllık iktidarına rağmen yeni bir anayasa yapmayı başaramamıştır. Dolayısıyla, Latin Amerika ülkeleri önce anayasayı değiştirip ardından diğer adımları atarak ülkelerini, yarışmacı otoriter rejime dönüştürmüşken, Ak Parti iktidarı önce Diamond'ın ileri sürdüğü adımlar ile yarışmacı otoriter rejimi ihdas etmiş, son aşama olarak da yeni anayasa ile iktidarını taçlandırmayı hedeflemektedir. Gerek mevcut iktidarın özellikle üçüncü döneminden itibaren (2011-) ortaya koyduğu performans, gerekse Latin Amerika ülkeleri ile olan benzerlikleri dikkate alındığında, yapılacak olan yeni anayasanın, demokrasinin tabutuna çakılacak son çivi olma ihtimali ne yazık ki oldukça yüksektir. Landau'nun "suistimalci anayasacılık"⁸⁰ olarak tanımladığı bu şartlar altında önerilen yeni anayasa fikri, tam olarak bu yüzden "kötü" bir fikirdir. Dolayısıyla, Türkiye'de yeni anayasa vasıtasıyla, ülkenin demokrasi karnesinin iyileştirilmesinin amaçlandığı söylemlerine itibar etmek oldukça naif bir yaklaşım olur. Yeni anayasa ile iktidarın, gücünü daha da artırmayı ve kendisine ayak bağı olarak gördüğü kurumları ortadan kaldırmayı yahut bu kurumların yetkilerini önemli ölçüde azaltmayı amaçlaması şaşırtıcı olmayacaktır.

4) Çirkin: Katılımcı ve Müzakereci Demokrasi Teorisi Bağlamında Anayasa Yapımı Önündeki Engeller

Çalışmamızın bu son bölümünde, yeni ve sivil anayasa fikrinin zamanlama açısından problemlili olduğunu ortaya koymayı amaçlamaktayız. Şöyle ki, 21. Yüzyılda temsili demokrasinin krizine işaret eden temel faktörlerin başında popülizm yer almaktadır. Gerçekten de bir önceki yüzyılın aksine çağımızda demokrasi, darbeciler ve darbecilerin tankları tarafından değil, başta seçimler olmak üzere demokrasinin meşru enstrümanlarını kullanarak iktidara gelen popülist liderler tarafından erozyona uğramaktadır. Vatansever-hain, kahraman-korkak, dost-düşman

⁷⁹ Latin Amerika'daki anayasa yapım sürecinin, kıtadaki ülkelerin otoriter rejime dönüşmelerindeki rolüne ilişkin kapsamlı çalışmalar için bkz. Allan R. Brewer-Carías, *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chávez Authoritarian Experiment*, (Cambridge University Press, 2010).

⁸⁰ David Landau, "Abusive Constitutionalism," *U.C. Davis Law Review* Cilt 47, Sayı 1 (2013):189-260.

dikotomileri ile toplumu iki uç noktaya iten popülist liderler, kendi grubunu konsolide edebildiği ölçüde iktidarını sağlamlaştırmakta ve Huntington ve O'Donnell'in tabiriyle "demokrasinin yavaş ölümüne"⁸¹ sebep olmaktadır. Popülizm ile polarizasyon, birbirinden beslenen ve demokrasi açısından bertaraf edilmesi kolay olmayan iki büyük tehlikedir. Bu ikisinin hâkim olduğu bir politik iklimde toplumsal mutabakattan, uzlaşmadan, ortak paydada buluşabilmek amacıyla karşılıklı tavizlerden bahsetmek mümkün değildir. Ne yazık ki Türk toplumu, özellikle son birkaç yılda hiç olmadığı kadar kutuplaşmıştır. Böyle bir atmosferde ise çağdaş demokrasi standartlarında ve sosyal sözleşme niteliğinde bir anayasa yapmak mümkün görülmemektedir. Popülizmin ve bunun neticesinde atmosferi esir alan kutuplaş(tır)ma ikliminin hakim olduğu bir coğrafyada ve zamanda yapılacak olan anayasa, olsa olsa "fırsatçı anayasa" olabilir.⁸² Bu nedenle, popülizm ve kutuplaşma, yeni bir anayasa yapma fikrinin "çirkin" tarafını oluşturmaktadır.

Müzakereci ve katılımcı demokrasi ve anayasa yapma usulü önündeki bu iki spesifik engele -popülizm ve kutuplaşma- geçmeden önce, dillere pelesenk olmuş ancak tam olarak unsurlarına pek aşına olunmayan müzakereci, katılımcı ve toplumsal mutabakata dayalı demokrasi ve anayasa yapım usulüne kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Müzakereci demokrasi teorisi, Habermas'ın çabalarıyla anayasa teorisinin vazgeçilmez parçalarından birisi haline gelmiştir.⁸³ Tierney, müzakereci demokrasiyi, alınan bir karardan etkilenenlerin bu kararın alınması aşamasına katılma ve ortaya çıkacak olan kararı şekillendirme hak ve fırsatının kendilerine sunulduğu demokrasi anlayışı olarak tanımlamaktadır.⁸⁴ Müzakereci demokrasi teorisinin amacı, karardan etkilenen yahut etkilenme ihtimali olan bireylerin ve tüm çıkar gruplarının, bu kararın alınmasında aktif rol oynayabilecekleri imkanların kendilerine sunulmasıdır. Teorinin başka bir yönü de karar alma sürecinin, katılımcılar arasında argümanların ve gerekçelerin değişik tokuşunu içermesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Karar

⁸¹Guillermo O'Donnell, "Democracy's Future: Do Economists Know Best?," *Journal of Democracy* Cilt 6, Sayı 1 (1995): 27.; Samuel P. Huntington, "Democracy for the Long Haul," *Journal of Democracy* Cilt 7, Sayı 2 (1996): 9.

⁸² Kim Lane Scheppele, "The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism," *German Law Journal* Cilt 20, Sayı 3 (2019): 314-31.

⁸³Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms (Studies in Contemporary German Social Thought): Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1998).

⁸⁴ Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation* (Oxford University Press, 2012), 46.

alma sürecinde, bu sürece katılan bireyler arasında müzakere yürütülmesi elzemdir. Habermas'a göre bireyler, müzakere boyunca, sahip oldukları "daha iyi argümanların onlara sağladığı güç" sayesinde birbirlerini ikna edebileceklerdir.⁸⁵ Karar alma sürecinde bireylerin daha güçlü olan argüman vesilesiyle ikna olmaları, şüphesiz müzakerenin bir diğer amacı olan kararın meşruluğuna hizmet edecektir. Müzakereci demokrasi teorisinin önde gelen savunucularından Gutmann ve Thompson'a göre iyi yürütülen müzakerelerin, ortaya çıkan kararın meşruluğunu artırdığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.⁸⁶

Müzakereci demokrasi konusu özelinde literatürde takip edilmesi güç sayıda ve nitelikte bir külliyat oluşmuştur. Ancak, görüş farklılıklarına rağmen bu teoriyi savunan ve eleştirenlerin hepsinin hemfikir olduğu husus şudur: müzakere şeffaf yürütüldüğü ölçüde ve katılımcıların sadece konuşmak yerine muhataplarını dinledikleri durumda ve daha da önemlisi, müzakere neticesinde başlangıçtaki düşünce ve pozisyonlarını değiştirme konusunda açık fikirli olabildikleri ölçüde, müzakereye katılanların tamamının rıza gösterebileceği bir karar üzerinde uzlaşa sağlanabilir.⁸⁷ Buradan da anlaşılacağı üzere, müzakereci demokrasi teorisi, vatandaşlara çok ciddi ahlaki ve etik sorumluluklar yüklemekte ve yine onlardan "ahlaki taleplerde" bulunmaktadır.⁸⁸ Levy ve Kong'a göre, tüm vatandaşların diğer görüşlere açık olduğu, karşı tarafı yalnızca tartışmayı kazanmak için değil, gerçekten anlamak amacıyla dikkatle dinledikleri ve bu sayede onları doğru anladıkları bir senaryoda, müzakere süreci başarılı bir şekilde işleyecektir. Bu durumda, taraflar müzakereden edindikleri çıkarımlar sonucunda güçlü ve mantıklı argümanlara karşı direnmek yerine ikna olmaya daha yatkın olacak ve önceden sahip oldukları pozisyonları değiştirmeye istekli olacaklardır.⁸⁹

Ancak itiraf etmek gerekir ki, kulağa oldukça hoş ve ikna edici gelen bu teoriyi uygulamak oldukça güçtür. Bu teorisinin en katı destekçileri dahi, müzakerelerin zikredilen standartlar düzeyinde yürütülmesinin her toplumda

⁸⁵Jurgen Habermas, "Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism," *The Journal of Philosophy* Cilt 92, Sayı 3 (1995): 124.

⁸⁶ Amy Gutmann ve Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?*, STU-Student edition (Princeton University Press, 2004), 7.

⁸⁷ Tierney, *Constitutional Referendums*, 4.

⁸⁸ Ron Levy ve Hoi Kong, "Introduction: Fusion and Creation," içinde *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, editörler, Graeme Orr vd. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 1.

⁸⁹ Levy ve Kong, "Introduction," 1.

ve en azından aynı derecede mümkün olmadığını itiraf etmektedirler. Toplumların sahip oldukları demokrasi standartları ve politik kültürleri, yürütülen müzakerelerin başarıya ulaşip ulaşmamasını etkileyen önemli unsurlardır. Son olarak, müzakereci demokrasi ile anayasal reformlar arasındaki ilişkiye bakıldığında, anayasa değişikliklerinin hem oldukça karmaşık meselelere hem de hayati öneme sahip konulara ilişkin olması, bilhassa anayasa değişiklikleri ya da yeni anayasa yapım süreçlerinde müzakerenin ayrı bir ehemmiyet kazanmasına neden olmaktadır. Levy, pragmatik açıdan meseleye yaklaşmakta ve anayasal meselelerin, “müzakereci olmayan tercihlerin belirsizliklerine bırakılamayacak kadar değerli” olduklarını ifade etmektedir.⁹⁰ Ancak ne yazık ki, Türkiye bağlamında müzakereci demokrasi teorisinin kulağa hoş gelen bu şartlarının sağlanmasını fevkalade güçleştirecek ve belki de imkansızlaştıracak iki büyük engel ile karşı karşıyayız; Popülizm ve siyasal ve toplumsal kutuplaşma.

4.1. Popülizm

Winston Churchill, “diğer denenen sistemleri hariç tutarsak, demokrasi en kötü yönetim biçimidir” tespitiyle, demokrasinin tüm sorunlarına rağmen denenmiş sistemler içerisinde en makul yönetim biçimi olduğunu iddia etmiştir.⁹¹ Temsili demokrasi taraftarlarına göre, ortalama bir vatandaşın, devlet yönetimine ilişkin karmaşık ve teknik detay bilgisi gerektiren kararların alınması sürecinde aktif rol alması mümkün ve gerçekçi değildir.⁹² Bu nedenle bu sorumluluğun, seçmenin çıkarları ve tercihleri doğrultusunda karmaşık kararları almaya ehil temsilcilere bırakılması elzemdir. Schmitter ve Karl, bu görevi yerine getiren elitlerin olmadığı bir senaryoda, toplumların hayatta kalmalarının mümkün olmadığını dahi ileri sürmüşlerdir.⁹³ Bu nedenle, sorulması gereken soru, yönetime talip olan bu

⁹⁰ Ron Levy, “‘Deliberative Voting’: Realising Constitutional Referendum Democracy,” *Public Law*, Sayı 3 (2013): 560.

⁹¹ Peter Millett, “The Worst Form of Government | Foreign, Commonwealth & Development Office Blogs,” 05 Mart 2014, <https://blogs.fcdo.gov.uk/petermillett/2014/03/05/the-worst-form-of-government/>.

⁹² Jonathan Day, “Representative Democracy and Government: Definition & Future,” *Liberties.Eu*, 04 Mayıs 2021, <https://www.liberties.eu/en/stories/representative-democracy/43508>.

⁹³ Philippe C Schmitter ve Terry Lynn Karl, “What Democracy Is. . . and Is Not,” *Journal of Democracy* Cilt 2, Sayı 3 (1991): 80.

elitlere ihtiyaç olup olmadığı değil, onların nasıl seçileceği ve eylemleri nedeniyle nasıl sorumlu tutulabilecekleridir.⁹⁴

Zikredilen avantajlarına rağmen temsili demokrasi, kusurlardan arı değildir. Temsilciler, doğrudan seçmen tarafından yetkilendirildiklerinden, kanun yapma ve uygulama yetkilerini haizdirler.⁹⁵ Kendilerine yetkinin halk tarafından verildiğini ve kendilerinin vekil, seçmenin ise asıl olduğunu bazen unuttukları vakidir. Temsili demokrasinin sorunları bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Seçmenin, temsilcisine sadece bir vekil olduğunu hatırlatma mekanizmaları, çoğunlukla birkaç yılda bir yapılan seçimlerden ibarettir. Temsilcilerinden memnun olmayan seçmenin, temsil yetkisini sonlandırmak ve bu yetkiyi başka bir kişiye ya da gruba vermek için bir sonraki seçimi beklemesi gerekmektedir. Ne yazık ki, temsili demokrasinin krizleri bunlarla sınırlı değildir.

Literatürde temsili demokrasinin krizde olduğuna ilişkin bir konsensüs olmakla birlikte, bu krizin parametreleri üzerinde fikir birliği sağlanmış değildir.⁹⁶ Buna rağmen, temsili demokrasinin 21. yüzyılda karşılaştığı en önemli krizin popülizm olduğu konusunda da hemen hemen fikir birliğine varılmıştır. Bunun belki de en önemli nedeni, temsili demokrasiler, tecrübe ettikleri krizlere çözüm üretme noktasında acziyet gösterdiği ölçüde zayıflamakta, zayıfladıkları ölçüde seçmenin taleplerine cevap vermekte zorlanmakta ve seçmenin taleplerini cevapsız bıraktıkları kertede de alternatif popülist ve radikal yaklaşımların seçmen nazarında destek bulmasına sebep olmaktadır. Bunun doğal neticesi olarak, yapılan bir çalışmaya göre, ana akım partiler gittikçe küçülmekte, aşırı sağcı popülist partiler global ölçekte güç kazanmakta, kutuplaşma ve parçalanma seviyesi artmakta ve bu nedenle “yönetmek artık çok daha güç bir hale gelmektedir.”⁹⁷

Bu aşamaya kadar temsili demokrasinin, seçmenin taleplerine ve beklentilerine “yetersiz yanıt verme” problemlerine değindik. Ancak Alonso, Keane, ve Merkel temsili demokrasinin aynı anda iki farklı saldırı

⁹⁴ Schmitter ve Karl, “What Democracy Is,” 80.

⁹⁵ Day, “Representative Democracy,”

⁹⁶ Steven Levitsky ve Daniel Ziblatt, *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future* (UK USA Canada Ireland Australia India New Zealand South Africa: Viking, 2018).; Boris Vormann ve Christian Lammert, *Democracy in Crisis: The Neoliberal Roots of Popular Unrest*, çev. Susan H. Gillespie, Translation edition (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2019).

⁹⁷ Manuel Funke, Moritz Schularick, ve Christoph Trebesch, “Going to Extremes: Politics After Financial Crises, 1870–2014,” *European Economic Review* Cilt 88, Sayı (2016): 227. *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

altında olduğunu, klasik ve kronik “yetersiz yanıt verme” probleminin yanı sıra “aşırı yanıt verme” sorununun 21. yüzyılda çok daha ciddi ve üzerinde düşünülmesi gereken bir mesele olduğunu altını çizmektedir.⁹⁸ Yazarlara göre neo-popülist demokrasiler, nüfusun çoğunluğunun çıkarlarını aşırı derece temsil etme gayreti içerisindedir. Ancak bunu yaparken, temsili demokrasinin kurumlarını, bağımsız medyayı ve hukukun üstünlüğünü yok saymakta veya bunlar üzerinde baskı oluşturarak, seçmenin desteğini alabilme pahasına demokrasiyi rafa kaldırmayı göze almaktadırlar.⁹⁹

Dahrendorf, popülizmin basit bir konsept olduğunu, asıl kompleks olanın ise demokrasi olduğunu iddia etmektedir.¹⁰⁰ Demokrasinin oldukça karmaşık olduğu aşıkardır ancak yazarın popülizmin basit olduğuna yönelik görüşüne katılmak pek mümkün değildir. Nitekim Barr, popülizmin açıklanması belki de en zor kavramlardan biri olduğunu altını çizmektedir.¹⁰¹ Literatürde popülizmin tam olarak ne anlama geldiği konusunda bir görüş birliği yoksa da, popülizmin sahip olduğu birtakım özellikler üzerinde fikir birliği hakimdir. Örneğin, Müller’e göre popülizm, elit karşıtlığı ve çoğulculuk karşıtlığı gibi iki önemli faktörü bünyesinde barındıran politik bir dünya görüşüdür.¹⁰² Anti-elitizm, toplumu iki homojen ve karşıt gruba ayırma anlamına gelmektedir. Ahlaki açıdan saf ve temiz sıradan insanlar ile yozlaşmış ve kendi çıkarlarından başka hiçbir şeyi düşünmeyen elitler arasındaki ayrıma dayanır.¹⁰³ İlk grup; masum, erdemli ve çalışkan insanları simgelerken yozlaşmış elitler, ahlaki değerlerden yoksun ve bencil insanları temsil eder.¹⁰⁴ Elbette, bu yaklaşım oldukça problemlidir çünkü toplumu iki uç ve düşman gruba bölmek, bu gruplardan

⁹⁸ Sonia Alonso, John Keane, ve Wolfgang Merkel, “Editors’ Introduction: Rethinking The Future of Representative Democracy,” içinde *The Future of Representative Democracy*, editörler, John Keane, Sonia Alonso, ve Wolfgang Merkel (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 12.

⁹⁹ Alonso, Keane, ve Merkel, “Editors’ Introduction,” 12.

¹⁰⁰ Ralf Dahrendorf, “Acht Anmerkungen zum Populismus Transit,” *Europäische Revue* Cilt 25, Sayı 1 (2003): 156–63 cited in Jan-Werner Müller, *What Is Populism?* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016).

¹⁰¹ Robert R. Barr, “Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics,” *Party Politics* Cilt 15, Sayı 1 (2009): 29.

¹⁰² Müller, *What Is Populism?*, 19.

¹⁰³ Cas Mudde, “The Populist Zeitgeist,” *Government and Opposition* Cilt 39, Sayı 4 (2004): 543.

¹⁰⁴ Örneğin, Donald Trump’a göre, beyaz, Allah’tan korkan, çalışkan ve silah sahibi insanlar gerçek Amerikalılardır. Bkz. Jan-Werner Müller, “Populism and Constitutionalism,” içinde *The Oxford Handbook of Populism*, editörler, Cristóbal Rovira Kaltwasser vd., (Oxford University Press, 2017), 592.

birinin eşit vatandaşlık haklarını hak etmediği sonucuna götürebilir.¹⁰⁵ Bu da demokrasinin kapsayıcılık ilkesine aykırılık teşkil eder.

Anti-elitist olmasının yanı sıra popülizm doğası gereği çoğulculuk karşıtıdır. Popülistlere göre dünya, siyah ve beyazdan ibarettir ve griye ya da grinin farklı tonlarına tahammül söz konusu değildir. Bu ayrımda siyahı temsil edenler, siyaset arenasında meşru rakipler olarak görülmezler. Aksine bunlar sadece ihanet içerisinde olabilirler.¹⁰⁶ Bu nedenle, iyi ile kötünün bu savaşında ahlaken temiz ve pak olan vatandaşların tarafsız kalmaları mümkün değildir. Bu savaşta bitaraf olan bertaraf olur.¹⁰⁷ Popülist liderler, grup-içi ve grup-dışı aktörleri tanımlamak için *Manik* dünya görüşünü yansıtan -her şeyi iyi ve şeytani olarak gruplandıran düalist yaklaşım-ifadeler kullanmaktan çekinmezler.¹⁰⁸ Türkiye bağlamında bakmak gerekirse, toplumda değer görmeyi hak edenler; “15 Temmuz’da sokağa çıkan vatanseverler”¹⁰⁹, “dindar nesil”¹¹⁰ ve “sessiz çoğunluk” iken, “ayyaşlar ve alkolikler”¹¹¹, “Cehape zihniyeti”, “darbeciler”, “çürükler ve sürtükler”¹¹² grubun dışında olanlar ve kendi çıkarlarını bu ülkenin çıkarları üstünde tutan “hainlerdir.”

Ancak hakkını teslim etmek gerekir ki, bu geleneği başlatan Erdoğan değildir. “Sıkmaşaşları”¹¹³, “göbeğini kaşıyan kılılıları”¹¹⁴, “bidon

¹⁰⁵ William A. Galston, “The Populist Challenge to Liberal Democracy,” *Journal of Democracy* Cilt 29, Sayı 2 (2018): 5-19.

¹⁰⁶ Bojan Bugarič, “Central Europe’s Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism,” *International Journal of Constitutional Law* Cilt 17, Sayı 2 (2019): 598.

¹⁰⁷ “Erdoğan: Bitaraf Olan Bertaraf Olur,” *Milliyet*, 18 Ağustos 2010, <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/erdogan-bitaraf-olan-bertaraf-olur-1277904>.

¹⁰⁸ Orçun Selçuk, “Strong Presidents and Weak Institutions: Populism in Turkey, Venezuela and Ecuador,” *Southeast European and Black Sea Studies* Cilt 16, Sayı 4 (2016): 578.

¹⁰⁹ Selçuk Candansayar, “Türk Usulü Darbe: Sokağa Çıkanlar, Çıkmayanlar,” *Ayrıntı Dergi*, 15 Ekim 2016, <https://ayrintidergi.com.tr/turk-usulu-darbe-sokaga-cikanlar-cikmayanlar/>.

¹¹⁰ Rifat Yeniay, *Dindar Nesil Yetiştirme Projesi* (Gece Kitaplığı Yayınları, 2022).

¹¹¹ “Oran: Çapulcu, Ayyaş, Alkolik, Demek Yerine...,” *Cumhuriyet*, 06 Haziran 2013, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/oran-capulcu-ayyas-alkolik-demek-yerine-426212>.

¹¹² “Çürük, Sürtük, Sefil! İşte Erdoğan’ın Milyonlara Ettiği Hakaretlerin Tam Listesi,” *Cumhuriyet*, 05 Şubat 2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/curuk-surtuk-sefil-iste-erdoganin-milyonlara-ettiği-hakaretlerin-tam-listesi-2048274>.

¹¹³ Oktay Ekşi, “Sıkmaşaşlar...,” *Hürriyet*, 09 Mayıs 1999, blm. oktay-eksi, <https://www.hurriyet.com.tr/oktay-eksi-sikmabaslar-39078375>.

¹¹⁴ Bekir Coşkun, “Göbeğini Kaşıyan Adam...,” *Hürriyet*, 03 Mayıs 2007, blm. bekir-coskun, <https://www.hurriyet.com.tr/gobegini-kasiyan-adam-6449176>.

kafalıları”¹¹⁵, mecliste “had bildirilmesi gereken kadınları”¹¹⁶, kısaca “ayakların baş olmasını”¹¹⁷ sindiremeyen bir ideolojik körlüğün, bugünkü popülist ve kutuplaştırıcı iktidarın 22 yıldır kesintisiz bir şekilde iktidar koltuğunda oturmasındaki payı, ayrıca ve detaylı bir şekilde incelenmeyi hak eden bir çalışmanın konusudur. Özetle, popülist ideoloji, çoğulcu bir toplumun varlığını reddetmekte ve toplumu bölerek ve parçalara ayırarak yönetmeyi tercih etmektedir. Seçmenin safları sıklaştırması, iktidarın gücünün pekişmesi anlamına geldiğine göre, başarıyı seçim kazanmaktan ibaret görenlerin perspektifi ile bakıldığında, bu yöntemin en azından bugüne kadar “başarı” getirdiği iddia edilebilir. Ancak Liddiard’ın da işaret ettiği üzere, bu seviyedeki bir kutuplaşmanın, “politik istikrarsızlık ve demokrasinin çöküşü ile son bulması kaçınılmazdır.”¹¹⁸

4.2. Kutuplaşma

Popülizmin doğası gereği dışlayıcı olduğunu ve bunun da kutuplaşmayı beraberinde getirdiğini önceki bölümde ifade etmiştik. Bu iki mesele, Türkiye’de mevcut konjonktürde katılımcı, müzakereci ve toplumsal mutabakata dayalı bir anayasa yapma ihtimalinin mümkün olup olmadığını tespit edebilmek için, ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken ve bu yönüyle oldukça ehemmiyet arz eden konulardır. Bu bölümde, Türkiye’de kutuplaşma seviyesini tespit edebilmek amacıyla, KONDA’nın *Türkiye’de Kutuplaşma*¹¹⁹ ve BAYETAV’ın *Kutuplaşan Toplumda Bir Arada Yaşama Kapasitesi*¹²⁰ isimli çalışmalarından istifade edeceğiz. Kutuplaşma, “toplumun siyasi, ekonomik ve/veya kültürel alanlarda ortaya çıkan bir veya birkaç boyutun şekillendirdiği eksenlerin iki ucu arasında bölünme sürecine işaret eder.”¹²¹ Buradan, çok farklı etnik dini ve ideolojik kümelenmelerin mevcudiyeti kutuplaşma için yeterlidir sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü bu

¹¹⁵ Yılmaz Özdil, “Bidon Kafa...,” *Hürriyet*, 13 Ağustos 2007, blm. yilmaz-ozdil, <https://www.hurriyet.com.tr/bidon-kafa-7074842>.

¹¹⁶ Abdulkadir Selvi, “Devir Değişmiş Ama Kafa Değişmemiş,” *Hürriyet*, 21 Kasım 2019, blm. abdulcadir-selvi, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/devir-degismis-ama-kafa-degismemis-41378793>.

¹¹⁷ Mehmet Türker, “Ayaklar Baş Oldu!..,” *Sözcü*, 27 Haziran 2013, <https://www.sozcu.com.tr/2013/yazarlar/mehmet-turker/ayaklar-bas-oldu-323324/>.

¹¹⁸ Patrick Liddiard, “Is Populism Really a Problem for Democracy,” *Wilson Center*, 2019.

¹¹⁹ KONDA, “Türkiye’de Kutuplaşma,” 2019, <https://konda.com.tr/rapor/13/turkiyede-kutuplasma?l=en>.

¹²⁰ Ferhat Kentel, “Türkiye’de Bir Arada Yaşarız Araştırması: Kutuplaşan Toplumda Bir Arada Yaşama Kapasitesi,” *İstanbul: Bayetav Yayınları*, 2022.

¹²¹ KONDA, “Türkiye’de Kutuplaşma,”

sonuç bizi, homojen olmayan tüm toplumlar kutuplaşmak zorundadır gibi yanlış bir çıkarıma götürür. Her toplum farklı derecelerde olsa da, çok farklı grupları ve kümelenmeleri bünyesinde barındırırlar. Kutuplaşma, bu grupların birbirlerine olan mesafesi ve bir arada yaşama(ma) arzusu ile alakalıdır. Bölünmüş/kutuplaşmış toplum ise, etnik, kültürel, dini değerler başta olmak üzere tüm ayrıştırıcı değerler ve kimlikler üzerinden çatışan toplumu ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.¹²²

Global ölçekte kutuplaşmanın en belirgin olduğu yer siyaset alanıdır. Kutuplaşma ekseninde siyaset üreten elitler, halihazırda mevcut olan ayrımları kaşımakta ve tetiklemektedirler. Siyaset ve toplum düzeyinde karşımıza çıkan kutuplaşma, hem birbirinden beslenmekte hem de birbirini şekillendirmektedir. Siyasetin kutuplaştırıcı dili, toplum nazarında etkili olduğu ölçüde siyasi elitler tabanını sağlamlaştırmayı başarmış demektir. Ayrıca, kutuplaşmanın derecesi arttıkça, kutuplaşmaya sebebiyet veren değerler de çeşitlenmektedir. Ve çeşitlenen bu değerler/parametreler, elitler için kullanılmaya müsait değerli enstrümanlardır. Klasik kutuplaşma değerlerimiz olan Türk-Kürt, Alevi-Sünni, laik-muhafazakâr artık bize yetmemekte, bunlara; geziciler, 15 Temmuz'da sokağa çıkanlar/evde saklananlar/ATM den para çekenler gibi yeni kutuplaştırıcı unsurlar eklenmiştir.

Farklı kutuplara itilen gruplar, diğer grup üyelerini ötekileştirmekte beis görmemektedirler. Türkiye'de kamusal ve özel alanda etnik, ideolojik ve mezhepsel kutuplaşma üzerine yapılan bir çalışmada, araştırmacılar, Kürtlerin, AKP destekçilerinin, muhaliflerin, Alevilerin ve Sünnilerin birbirlerini nasıl ve neden "öteki" olarak gördüğünü ve bu ötekileştirmenin dozajının sosyal irtibatın zayıf olduğu ve tehdit algısının yüksek olduğu durumda arttığını ve bunun da genel anlamda kutuplaşmayı tetiklediğini ve kutuplaşma seviyesini artırdığını gözlemlemişlerdir.¹²³ Araştırmaya göre, Türkiye'de en fazla ötekileştirilenler; Kürtler, komünistler, kadınlar, göçmenler, gayrimüslim azınlıklar, Aleviler, Kemalistler, yabancılar ve homoseksüellerdir.¹²⁴ KONDA'nın verilerine göre, iktidar partisi seçmenleri, eşcinselleri kendilerine en uzak küme olarak görmektedir. Benzer şekilde, ateistlere, alkol kullananlara, HDP seçmenine, Gezi Parkı

¹²² Sevtap Yokuş, "Bölünmüş Toplumlarda Anayasa Yapımı: Güney Afrika Deneyimi," *Aurum Journal of Social Sciences* Cilt 7, Sayı 1 (2022): 14.

¹²³ Ayşe Betül Çelik, Rezarta Bilali, ve Yeshim Iqbal, "Patterns of 'Othering' in Turkey: A Study of Ethnic, Ideological, and Sectarian Polarisation," *South European Society and Politics* Cilt 22, Sayı 2 (2017): 217-38.

¹²⁴ Çelik, Bilali, ve Iqbal, "Patterns of 'Othering'," 218.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

protestolarına katılanlara, CHP seçmenine, Alevilere Türkiye ortalaması ile mukayese edildiğinde çok daha mesafeli yaklaşmaktadırlar.¹²⁵

Diğer yandan, CHP ve HDP seçmenlerinin kendilerini asla birlikte konumlandırmak istemedikleri grup, AK Parti seçmenleridir. MHP seçmenleri ise yakınlık ve uzaklık tarifinde, Türkiye ortalamasını yansıtmaktadırlar. Bu grup en çok Türklere, Sünnilere ve 15 Temmuz'da sokağa çıkan vatandaşlara sempati beslerken; eşcinsellere, ateistlere, HDP ve CHP seçmenine, Alevilere ve Kürtlere Türkiye ortalamasından daha uzak hissetmektedirler. Diğer yandan araştırma bulguları dikkatli incelendiğinde, dışlananların ittifakı göze çarpmaktadır. Gezi Parkı protestolarına katılanlar, ateistler ve Aleviler birbirlerine yakın hisseden kümelerdir.¹²⁶ BAYETAV'ın, kutuplaşmanın her zaman mevcut olduğu ancak özellikle son dönemde kutuplaşmaya çözüm üretme noktasında, değerlerimizin de erozyona uğraması nedeniyle artık işlevselliğini yitirdiği ve bu değerlerin eskiye nazaran çözüm sunmakta güçlük çektiği ve iklimi yumuşatmada etkisiz kaldığı tespiti oldukça değerlidir.

Kuşkusuz, farklı düzeylerde çeşitlilik her zaman var oldu ve var olmaya devam ediyor. Ancak bu çeşitliliği bir arada tutan din, ulus, milliyetçilik, sekülerlik, demokrasi, sosyalizm gibi kapsayıcı formüller de çok yıpranmış durumda. Geçmişte var olan nispeten uyum ya da harmoni yaratan formüller de, toplum değiştikçe ciddi bir erozyon yaşıyorlar.¹²⁷

Kutuplaşma iklimini yumuşatma potansiyeli olan bu değerlerin de yıpranması ve erozyona uğraması, kutuplaşma sorununu içinden çıkılmaz bir hale dönüştürmüştür. Şöyle ki, kutuplaşmanın tarafları, erozyona uğrayan bu değerleri çözüm olarak karşı tarafa sunma gayreti içerisindedirler. Bu değerler “bazen Atatürk ilkeleri, bazen altı ok, bazen de İslami ve milli değerler olmaktadır.”¹²⁸ Kısır döngü tam da burada karşımıza çıkmaktadır. Tam olarak kutuplaşmaya sebebiyet veren değerlerin, kutuplaşmaya çözüm olarak sunulması, çözüm seçenekleri üzerinde de ayrıca fikir ayrılığına yol açmakta ve her grup/küme kendi değerlerini ilaç olarak sunma gayreti içerisine girmektedir.

Grupların kendi çözüm yollarına kutsallık atfettikleri durumda ise, mesele daha da karmaşık hale gelmektedir.¹²⁹ Grupların kutsallarının

¹²⁵ KONDA, “Türkiye’de Kutuplaşma,” 67.

¹²⁶ KONDA, “Türkiye’de Kutuplaşma,” 67-71.

¹²⁷ Kentel, “Türkiye’de,” 196.

¹²⁸ Kentel, “Türkiye’de,” 144.

¹²⁹ Kentel, “Türkiye’de,” 141-142.

değişkenlik ve çeşitlilik göstermesinde anormallik bulunmamakla birlikte, kutsallar üzerinde kutuplaşma derinleştikçe farklı grup üyeleri, birbirinin kutsalına hakaret etme şeklinde reaksiyon geliştirmektedirler. Dahası, bu incitici eylem yahut söylemler neticesinde, kutsalın “büyüklüğüne” göre yargının gerekli aksiyonu alması yahut almaması ayrı bir kutuplaşma sebebi ve konusu olarak tezahür etmektedir. Bir grubun kutsalına hakaret edilmesi, halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeye yeterken, başka bir grubun kutsalı, yargının korumasından mahrum kalabilmektedir.

Türk toplumunda kutuplaşma o kadar derinleşmiştir ki, sadece gruplar arası çatışma değil aynı grup üyeleri arasında da tahammülsüzlük hakimdir. “Sadece aykırı fikirlere sahip bir Kürt’e ya da mülteci bir Suriyeli’ye karşı değil, insanların kendilerinden saydıklarına bile düşmanlaşmaları söz konusudur.”¹³⁰ Yapılan kamuoyu anketlerinde, *basit bir haber ile bizden saydığımız insanlara bile düşmanlaşılabiliyor* önermesine katılanların oranı, yüzde 80’in üzerindedir.¹³¹ Araştırmaya katılanların çok büyük bir çoğunluğu, halihazırda mevcut olan kutuplaşma seviyesinin “hiç olmadığı kadar yüksek” olduğunu iddia etmektedirler.¹³² Aynı grup içerisindeki üyelerin herhangi bir olay/haber karşısında grubun genelinin yaklaşımı ile örtüşmeyen bir reaksiyon göstermesi halinde gruptan afroz edilme tehlikesi yaşadığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, katılımcıların bu tespitine hak vermemek güç.

Araştırma sonuçlarının ortaya koyduğu dikkate değer bir diğer husus ise sosyal medyanın kutuplaştırıcı etkisinin düşünülenenden daha tehlikeli boyutlarda olmasıdır. Sosyal medya kullananların yüzde 67’si, sorunların müsebbibi olarak gördüğü gruplara karşı tahammülü olmadığını söylerken, bu oran sosyal medya kullanmayanlar arasında yüzde 56’ya kadar düşmektedir.¹³³ Sosyal medyanın kutuplaştırma konusunda tek zararlı yanı tahammül eşiğini düşürmesi değildir şüphesiz. Sosyal medyanın yapay kutuplaşma değerleri üretmesi, kutuplaşmayı derinleştiren faktörler arasında yer almaktadır. Şöyle ki, “bize ait değerler” üzerinde yeterince kutuplaş(tır)ılmıyormuşçasına, en azından şu an için bu ülkeye ait olmayan kutuplaştırıcı faktörlerin/değerlerin ihraç edilmeye çalışılması, toplumumuzun kutuplaşma bağımlısı olduğunu göstermektedir.

Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanan siyahi/zenci tartışmalarına yahut Hollanda’daki cinsiyetsiz tuvaletler tartışmalarına dahil

¹³⁰ Kentel, “Türkiye’de,” 132.

¹³¹ Kentel, “Türkiye’de,” 132.

¹³² Kentel, “Türkiye’de,” 127-130.

¹³³ Kentel, “Türkiye’de,” 129.

olma ve bu konuda taraf tutma derecesinde bir görüşü savunma ve diğer görüş taraftarlarına hakaret etme derecesinde sosyal medyada gruplara ayrılma çabamız, gerçekten de kutuplaşma bağımlısı bir topluluğa dönüştüğümüzün göstergesidir. Türk toplumunun kutuplaşmasına sebebiyet veren fay hatlarını iyileştirmeyi başardığımız senaryoda, toplumumuza ait olmayan -en azından şimdilik- kutuplaştırıcı faktörlerin ihraç çabasını anlamlandırmak bir nebze mümkün olabilirdi. Ancak Cumhuriyet tarihi boyunca, çözme noktasında acziyet gösterdiğimiz meseleler ortadayken ve bu fay hatları üzerinde yeterince enerji harcarken, bu alternatif kutuplaşma enstrümanlarının ihraç çabasını anlamlandırmak mevcut şartlarda oldukça güç. Bu meseleler, ilk bakışta anayasa yapım süreci ile çok ilgili görünmese de, aslında tam da yeni ve sivil anayasanın böyle kutuplaşma bağımlısı haline gelmiş bir toplumda yapılma ihtimalini değerlendirebilmek adına, bu tartışmaların yeni anayasa fikri ile doğrudan ilgili olduğu kanaatindeyiz.

Türk toplumunda kutuplaşma derecesini ölçmek amacıyla yapılan araştırmaların ümit vadeden tarafları da mevcuttur. Örneğin, kutuplaşmaya sebep olan nefret söyleminin suç sayılıp sayılmaması gerektiğine yönelik sorulan soruya, katılanların yaklaşık üçte ikisi olumlu yanıt vermiştir. Daha ümit verici olan husus ise, bu oranın gençler arasında çok daha yüksek olmasıdır. Ankete katılan öğrencilerin yüzde 74'ü, nefret söyleminin müeyyideye tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedirler.¹³⁴ Tek başına bu veri bile, apolitik oldukları gerekçesiyle eleştirilen genç kuşağın, siyasette ve tabi ki yeni anayasa yapım sürecinde aktif rol almaları gerektiği gerçeğini ortaya koymaktadır. Kutuplaşma siyasetine daha temkinli yaklaşan yeni neslin sayıca çoğunlukta olacağı bir zaman diliminde yapılacak olan yeni anayasanın, kucaklayıcı ve katılımcı olması daha olasıdır. Tek başına bu sebeple bile, yeni anayasa için doğru bir zamanlama olmadığı sonucu çıkarılabilir. Yokuş'un da ifade ettiği üzere, bölünmüş toplumlarda gerçek anlamda bir mutabakat sağlanma ihtimalinin düşüklüğü nedeniyle ortaya çıkacak metin, hem süreç hem de sonuç açısından tatmin edici olmayacaktır.¹³⁵

Süreç açısından, katılıma ve müzakereye dayanmayan bir metin, tıpkı 1961 ve 1982 anayasa yapım aşamasında olduğu gibi tepeden inmece olacaktır. Tepeden inmece anlayışla topluma dayatılan anayasanın, toplumsal barışa hizmet etmesi ve uzun ömürlü olması da ihtimal dahilinde değildir. Nitekim, 2012 yılında TESEV tarafından yapılan *Anayasaya Dair*

¹³⁴ Kentel, "Türkiye'de," 136.

¹³⁵ Yokuş, "Bölünmüş Toplumlar," 13-27.

Tanım ve Beklentiler isimli araştırmada, toplumun kahir ekseriyetinin beklentisinin de bu yönde olduğu ortaya konulmuştur.¹³⁶ Seçmen, hem anayasa yapım sürecinde aktif rol alma talebinde bulunmakta, hem de bunun neticesinde ortaya çıkan metin ile, (i) hukukun üstünlüğünün teminat altına alınmasını, (ii) Cumhurbaşkanı da dahil olmak üzere tüm kişi ve kurumların yargı tarafından denetlenebilmesi ve yargı kararı ile bağlı olmasının öngörülmesini, (iii) bireylerin dini ve cinsel kimliklerine devletin müdahil olmamasının sağlanmasını, (iv) kamuda istihdam söz konusu olduğunda liyakatin esas alınmasını, (v) kuvvetler ayrılığı prensibinin benimsemesini ve meclisin, diğer kuvvetlere nazaran daha fazla güce ve yetkiye sahip olmasının garanti altına alınmasını ve son olarak (vi) Türkiye'nin imzaladığı uluslararası anlaşmalar ve evrensel ilkelerle uyum içinde olmasını, beklemektedir.¹³⁷ Çağdaş demokrasilerdeki anayasa yapılış usulü ve anayasanın içeriği ile büyük ölçüde örtüşen bu talep ve beklentilerin, kutuplaşma düzeyinin bugüne kıyasla çok daha düşük olduğu bir atmosferde ve dönemde (2012 yılında) ortaya çıktığı gerçeği dahi, mevcut politik ve sosyolojik konjonktürde neden yeni bir anayasa yapılmaması gerektiği yönündeki tezimizi kuvvetlendirmektedir.

Literatürde, alınan kararların meşruluğunu, bu kararların halkın çıkarlarına hizmet edip etmemesi ve karardan etkilenen tüm grupların sürece katılımıyla ilişkilendiren önemli görüşler bulunmaktadır. Örneğin, Scharpf'in meşruiyet anlayışı, iki temel kavram etrafında şekillenir: girdi (input) ve çıktı (output) meşruiyeti.¹³⁸ Girdi meşruiyeti, Scharpf'a göre "halk tarafından yönetim" anlamına gelir ve kararların geniş katılımlı süreçlerle halkın genel iradesini yansıtmaları gerektiğini vurgular. Bu yaklaşımda, çoğunluğun kararının herkesin çıkarlarının eşit biçimde dikkate alındığına dair bir güven ortamı oluşturması önemlidir. Bu da, azınlıkların yalnızca sonucu kabul etmek yerine çoğunluğun meşru bir yetkiyle hareket ettiğini kabul etmelerini sağlar. Bu tür bir girdi meşruiyeti, ortak bir kimlik, tarih, anayasa veya ulus kavramıyla desteklenen bir güven ve aidiyet duygusuna dayanır.¹³⁹

Çıktı meşruiyeti ise "halk için yönetim" anlayışını benimser ve halkın iradesi yerine kamu yararına odaklanır. Bu anlayış, toplumun ortak sorunlarının çözülmesi ve çıkarlarının korunmasını hedefler. Çıktı

¹³⁶ TESEV, "Anayasaya Dair,"

¹³⁷ TESEV, "Anayasaya Dair," 8-10.

¹³⁸ Fritz W. Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Legitimate?* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 7-10

¹³⁹ Scharpf, *Governing in Europe*, 8-10.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

meşruiyetinde güçlü bir kimlik bağı veya yoğun bir dayanışma gerekmede de, kamu yararına hizmet etme koşulu önemlidir. Scharpf'e göre bu tür bir meşruiyet daha kırılıgandır çünkü temel dayanağı halkın ortak çıkarlarının gözetilmesidir.¹⁴⁰ Sonuç olarak, çıktı meşruiyeti için temel soru, izlenen politikaların kimin yararına olduğudur; kamu yararına hizmet eden bir çıktı, süreçten bağımsız olarak meşru kabul edilir.

Görüldüğü üzere alınan karara meşruluk sağlayan etkenler arasında ya doğrudan halkın dahil olduğu bir süreçten ya da halkın menfaatlerinin gözetildiği bir sonuçtan bahsedilmektedir. Dolayısıyla yeni anayasa yapımında halkın anayasa yapım sürecine dahil olması yahut süreçten bağımsız olarak ortaya çıkan metnin kamu yararına hizmet etmesi, ortaya çıkan metnin meşruluğunu sağlayacak unsurlardır. Ancak, bu bölümde ele aldığımız tüm bu kutuplaşma verileri ve değerlerinin ve bu değerler üzerinde yaşanan çatışmaların, uzlaşa ve müzakereyi temel alarak yapılacağı iddia edilen yeni anayasa yapım sürecinde karşılaşılabilecek temel sorunlar olduğu unutulmamalıdır.

Mevcut kutuplaşma iklimi, anayasada özellikle milliyetçilik, din, anadilde eğitim, laiklik gibi hassas konularda uzlaşa ve ortak paydada buluşmayı zorlaştıracak, diğer bir ifadeyle ortaya çıkan metnin yani “çıkıntının” meşruluğunu sağlamakta yetersiz kalacaktır. Başka bir ifadeyle, çağdaş demokrasi standartlarında bir anayasa yapıp, onu hayata geçirebilmek için hem demokrasi standartlarının hem de sosyal ve siyasal zeminin, bu amacı gerçekleştirmeye uygun olması gerekmektedir. Özellikle kutuplaşmanın derinleştiği zaman dilimlerinde, siyasal elitlerin kolaylıkla ağızlarından çıkan toplumsal mutabakat ve uzlaşa gibi kavramları hayata geçirmek hiç de kolay değildir. Dolayısıyla, popülist bir yönetim altında, kutuplaşmış bir toplumda ve yarışmacı otoriter rejim olarak adlandırılan bir rejim tarafından yapılacak olan anayasanın, çağdaş demokrasi standartlarını yakalaması pek olası değildir.

5) Sonuç

Bu çalışmamızda, gündemi uzun zamandır meşgul eden ve daha da meşgul edeceği aşikâr olan yeni anayasa fikrinin doğru bir fikir olup olmadığı sorusuna, ülkenin mevcut politik ve sosyolojik şartları çerçevesinde cevap bulmayı amaçladık. Anayasalar, kutsal metinler olmadıkları için değişen ve dönüşen şartlara uyarlanabilen metinlerdir. Ayrıca, bu metinler topyekûn yeni bir metin kaleme alma ihtiyacı doğması

¹⁴⁰ Scharpf, *Governing in Europe*, 10.

nedeniyle pekâlâ ilga edilebilirler. Anayasalar, her ne kadar normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alsalar da anayasaların bu hiyerarşik konumu, onları millet egemenliğinin üstünde bir noktaya yerleştirmez. Dolayısıyla, milletin egemenliğini tahakkuk ettirmekle görevli millet meclislerinin, yine milletin iradesi ve talebi doğrultusunda yeni bir sosyal sözleşme yapmasının önünde hiçbir engel yoktur ve olmamalıdır.

Milletin temsilcilerinin, yeni bir toplumsal sözleşme ortaya koyma girişimlerinin önünde engel olmaması ve her ne kadar bir öncelik meselesi olarak görülmesi de yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulmasına ilişkin toplumda ve siyasi elitler düzeyinde oluşan uzlaş, yeni anayasa yapma fikrinin “iyi” taraflarını oluşturmaktadır. Hemen hemen tüm konularda görüş ayrılığı yaşayan bir toplumun, bu konuda fikir birliğine varmayı başaramış olması, fırsat olarak görülmeli ve bu fırsat kaçırılmamalıdır. Ancak ne yazık ki tablo zannedildiği kadar parlak değildir. Türk siyasetinin, Ak Parti iktidarı dönemi ile sınırlı olmamak üzere ancak özellikle Ak Parti iktidarının son iki döneminde varlığını fazlasıyla hissettiren, “anayasal norm - anayasal gerçeklik uyumsuzluğu” sorunu, ve bu sorunun doğrudan yansıması olan Ak Parti iktidarının anayasal norm ihlalleri, yapılacak olan metnin (i) 2017 anayasa değişikliklerinde tecrübe edildiği üzere, erkler arasındaki dengeyi bozarak yürütmeyi daha fazla güçlendirecek bir şekilde bürünmesi, (ii) çağdaş demokrasi standartlarında bir metnin ezkaza ortaya çıkması ihtimalinde de, metin ile gerçeklik arası uyumsuzluğun daha da belirginleşerek uçurum seviyesine ulaşma ihtimali, yeni ve sivil anayasa yapma fikrinin “kötü” yanlarına tekabül etmektedir.

Müzakereci ve toplumsal mutabakata dayalı anayasa yapma ideali, ne yazık ki zikretmesi kolay ancak gerçekleştirilmesi oldukça meşakkatli bir yoldur. Tarafların birbirlerini anlamak üzere bir araya geldiği, yine birbirlerini sabırla dinledikleri, tartışmayı kazanmak ve kaybetmekten ibaret görmeyip sunulan güçlü argümanlar neticesinde başlangıçtaki pozisyonlarını değiştirebilecek kadar açık fikirli oldukları ve her şeyden önce anlamlı diyalog ve iletişim kanallarının açık tutulmasının teşvik edildiği bir iletişim ve karar alma mekanizması olan müzakereci demokrasi, ne yazık ki her toplumun sahip olmadığı bazı özel iklim koşulları gerektirmektedir. Buradan, bu iklim koşullarına asla sahip olmadığımız yahut olamayacağımız sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak, popülizm ve onunla beraber gelen kutuplaşma sorununun bu iklime zarar verdiğini ve mevcut şartlarda en azından bu iki problem çözülene kadar yeni anayasa yapma fikrinin iyi bir fikir olmadığı sonucu çıkarılmalıdır.

Yeni ve sivil anayasa fikrinin “çirkin” yanlarını oluşturan bu iki temel problem -popülizm ve kutuplaşma- Türk toplumunu ve siyasetini kuşatmış durumdadır. Bu iki problemi birbirinden ayrı düşünmek pek mümkün değildir. Toplumda, iyi/kötü, kahraman/hain, biz/onlar dikotomilerini kullanarak dışlayıcı bir dil ekenlerin, bunun neticesinde kutuplaşma bağımlısı bir toplum biçmemeleri mümkün değildir. Kutuplaşmış toplumlarda ise uzlaş, mutabakat ve müzakereye dayanan bir anayasa ortaya konulması mümkün değildir. Usulün esası etkilememe ihtimali mevcut olmadığına göre, yapılacak olan anayasanın da dışlayıcı olmama ihtimali oldukça düşüktür. Toplumsal mutabakata varmayan, suistimalci ve fırsatçı anayasacılığın bizi götüreceği yer *anayasal devlet* değil, *anayasalı devlettir*.¹⁴¹ Anayasalı devletlerin, isimlerinden de anlaşılacağı üzere bir anayasası vardır. Ancak bu, onları anayasal devlet yapmaz.

Yeni anayasaya gerek olup olmadığı sorusuna cevap ararken, özellikle son 20 yılda yapılan anayasa değişikliklerine dönüp tekrar bakmak ve bu değişiklikler, *öncesinde bize ne vadetmişti, sonrasında ne verdi*, ve *bizden (demokrasimizden) ne götürdü* sorularını sormak, bundan sonra atılacak adımlara yeşil ışık yakılıp yakılmaması konusunda bizlere yol gösterici olacaktır. 1982 anayasasında oldukça kapsamlı revizyona sebep olan 2007, 2010 ve 2017 anayasa değişikliklerinin getirilerinin götürülerinden az olduğu kanaatinde olanların, yeni anayasaya en azından mevcut politik ve sosyolojik zeminde onay vermeleri pek rasyonel bir tercih olmasa gerektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki anayasalar her derde deva metinler değildir. Böyle bir misyonları da yoktur. Yapılması planlanan anayasanın hayata geçmesi durumunda, kuvvetle muhtemel yeni anayasanın sorunlarımızı çöz(e)mediği, ilk fark edeceğimiz gerçeklerden birisi olacaktır. Bu durum ise toplumda çok büyük bir hayal kırıklığı yaratma riskini taşımaktadır. Bu büyüklükteki bir hayal kırıklığı, anayasaya olan güvenin komple yitirilmesine sebebiyet verebilir. Saygınlığını, meşruluğunu ve toplumun güvenini yitiren bir anayasanın ihlal edilmesinin ise haber değeri yoktur. Mevcut 1982 anayasası, özellikle karar alıcı mercilerin eleştiri oklarına maruz kalarak, bugüne kadar bir nevi paratoner görevi ifa etmiştir. 40 yılı aşkın süredir, bu ülkenin ekonomik, sosyal, siyasal ve daha birçok sorununun müsebbibi olarak 1982 anayasası gösterilmiştir. Ancak bu ülkenin birçok sorunu hukuktan/anayasadan kaynaklanmadığı gibi, çözümü

¹⁴¹ Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, “Hukuk Devletinin Kanun Devletine Anayasal Devletin Anayasalı Devlete Evrilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 70, Sayı 3 (2021): 1147-1206.

de hukukta/anayasada değildir. Bu ülkenin, başta Kürt sorunu ve başörtüsü sorunu olmak üzere tecrübe etmek zorunda kaldığı problemlerin çoğu, siyasetin ve sosyolojinin sorunudur. Bu sorunların bir kısmı da yine siyaset ve sosyoloji ile çözülmüştür. Sorunun tek başına kaynağı olmayan hukukun/anayasanın, çözümün tek başına parçası olmasını beklemek ise, bu kurumlara ve metinlere yapılabilecek belki de en büyük haksızlıktır.

KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi, 2008/116, 5.6.2008.

Anayasa Mahkemesi, 2020/7092, 29.3.2023.

Alonso, Sonia, John Keane, ve Wolfgang Merkel. “Editors’ introduction: Rethinking the future of representative democracy.” İçinde *The Future of Representative Democracy*, editörler, John Keane, Sonia Alonso, ve Wolfgang Merkel, 1-22. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Ataklı, Can. “Aaahh Özal Aaah ‘Anayasa Bir Kere Delinmekle Bir Şey Olmaz’ Demeyecektin Yıllar Öncesinde.” *Sözcü*, 13 Ocak 2019. <https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/can-atakli/aaahh-ozal-aaah-anayasa-bir-kere-delinmekle-bir-sey-olmaz-demeyecektin-yillar-oncesinde-3103972/>.

Banerjee, Subhabrata Bobby. “Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly.” *Critical Sociology* Cilt 34, Sayı 1 (2008): 51-79.

Barr, Robert R. “Populists, Outsiders, and Anti-Establishment Politics.” *Party Politics* Cilt 15, Sayı 1 (2009): 29-48.

Beriş, Hamit Emrah. “Prof. Dr. Ergun Özbudun’la Röportaj.” *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 58 (2010).

Bilir, Faruk. *Yeni Anayasa Yeni Mutabakat: Anayasanın Güncel Sorunları ve Çözüm Önerileri*. Sıhhiye, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Bugariç, Bojan. “Central Europe’s Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism.” *International Journal of Constitutional Law* Cilt 17, Sayı 2 (2019): 597-616.

Can, Osman. *Kurucu İktidar*, (İstanbul Alfa Yayıncılık, 2013)

Can, Osman. “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62 Sayı 3 (2007): 101-139.

Candansayar, Selçuk. “Türk Usulü Darbe: Sokağa Çıkanlar, Çıkmayanlar.” *Ayrıntı Dergi*, 15 Ekim 2016. <https://ayrintidergi.com.tr/turk-usulu-darbe-sokaga-cikanlar-cikmayanlar/>.

Carrión, Julio. “Democracy and Populism in the Andes: A Problematic Coexistence.” İçinde *Latin American Democracy: Emerging Reality or YÜHFD* Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

Endangered Species?, editörler, Richard L. Millett, Jennifer S. Holmes, ve Orlando J. Pérez. Routledge, 2015.

Corrales, Javier. “Can Anyone Stop the President? Power Asymmetries and Term Limits in Latin America, 1984–2016.” *Latin American Politics and Society* Cilt 58, Sayı 2 (2016): 3-25.

———. *Fixing Democracy: How Power Asymmetries Help Explain Presidential Powers in New Constitutions, Evidence from Latin America*. New York: Oxford University Press, 2018.

Coşkun, Bekir. “Göbeğini Kaşıyan Adam...” *Hürriyet*, 03 Mayıs 2007, blm. bekir-coskun. <https://www.hurriyet.com.tr/gobegini-kasiyan-adam-6449176>.

Cowburn, Ashley. “Theresa May Clarifies Her Stance on Attempts to Remain Inside EU.” *The Independent*, 11 Temmuz 2016, blm. News. <https://www.independent.co.uk/news/uk/politics/theresa-may-brexite-means-brexite-conservative-leadership-no-attempt-remain-inside-eu-leave-europe-second-referendum-a7130596.html>.

Cumhuriyet. “Çürük, Sürtük, Sefil! İşte Erdoğan’ın Milyonlara Ettiği Hakaretlerin Tam Listesi.” 05 Şubat 2023. <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/curuk-surtuk-sefil-iste-erdoganin-milyonlara-ettigi-hakaretlerin-tam-listesi-2048274>.

Cumhuriyet. “Oran: Çapulcu, Ayyaş, Alkolik, Demek Yerine...” 06 Haziran 2013. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/oran-capulcu-ayyas-alkolik-demek-yerine-426212>.

Çelik, Ayşe Betül, Rezarta Bilali, ve Yeshim Iqbal. “Patterns of ‘Othering’ in Turkey: A Study of Ethnic, Ideological, and Sectarian Polarisation.” *South European Society and Politics* Cilt 22, Sayı 2 (2017): 217-38.

Day, Jonathan. “Representative Democracy and Government: Definition & Future.” *Liberties.Eu*, 04 Mayıs 2021. <https://www.liberties.eu/en/stories/representative-democracy/43508>.

Deutsche Welle. “WJP: Türkiye’de Hukukun Üstünlüğü Geriliyor.” 26 Ekim 2022. <https://www.dw.com/tr/wjp-t%C3%BCrkiyede-hukukun-%C3%BCst%C3%BCnl%C3%BC%C4%9F%C3%BC-geriliyor/a-63564239>.

Diamond, Larry. “When Does Populism Become a Threat to Democracy?” (FSI Conference on Global Populisms, Stanford University), 2017.

Ekşi, Oktay. “Sıkmabaşlar...” *Hürriyet*, 09 Mayıs 1999, blm. oktay-eksi. <https://www.hurriyet.com.tr/oktay-eksi-sikmabaslar-39078375>.

Elkins, Zachary, ve James Melton. "The Content of Authoritarian Constitutions." İçinde *Constitutions in Authoritarian Regimes*, edit6rler, Alberto Simpser ve Tom Ginsburg, 141-64. Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Eroğul, Cem. *Anayasayı Değiştirme Sorunu* (Ankara: AÜSBF Yay, 1974)

Esen, Berk, ve şebnem Gümüşü. "Rising Competitive Authoritarianism İn Turkey." *Third World Quarterly* Cilt 37, Sayı 9 (2016): 1581-1606.

Funke, Manuel, Moritz Schularick, ve Christoph Trebesch. "Going to Extremes: Politics After Financial Crises, 1870–2014." *European Economic Review* Cilt 88, Sayı (2016): 227-60.

Galston, William A. "The Populist Challenge To Liberal Democracy." *Journal of Democracy* Cilt 29, Sayı 2 (2018): 5-19.

Ginsburg, Tom, Zachary Elkins, ve James Melton. "The Lifespan of Written Constitutions." *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, 11 Ocak 2008. <https://escholarship.org/uc/item/6jw9d0mf>.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, (Bursa, Ekin Yayınevi 2. Baskı, 1999)

Gözler, Kemal. "Asli ve Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?." içinde *Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler* edit6rler, Ece Göztepe ve Aykut Çelebi , 2012, 45-61.

Gutmann, Amy, ve Dennis Thompson. *Why Deliberative Democracy?* STU-Student edition. Princeton University Press, 2004.

Güçlü, Abbas. "61 Anayasası Türkiye'ye büyük geldi." *Milliyet*, 26 Eylül 2007. <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/abbas-guclu/61-anayasasi-turkiyeye-buyuk-geldi-215394>.

Gülener, Serdar. "Anayasa Yapımında Yeni Bir Paradigma: Kapsayıcı, Katılımcı Uzlaşmacı Anayasa Yapım Süreçleri ve Çeşitli Örnekler." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 15, Sayı 3 (2011): 199-224.

Habermas, Jürgen. "Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism." *The Journal of Philosophy* Cilt 92, Sayı 3 (1995): 109-31.

Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms (Studies in Contemporary German Social Thought): Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1998.

Halk TV. "Erdoğan'dan Yeni Anayasa Çağrısı: Anayasa Yamalı Bohçaya Döndü!" 01 Ekim 2023. <https://halktv.com.tr/siyaset/erdogandan-yeni-anayasa-cagrиси-anayasa-yamali-bohcaya-dondu-773354h>.

Huntington, Samuel P. “Democracy for the Long Haul.” *Journal of Democracy* Cilt 7, Sayı 2 (1996): 3.

Hürriyet. “Anayasa değil ‘AMA-YASA’.” 26 Eylül 2000, blm. gundem. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/anayasa-degil-ama-yasa-39184566>.

Il buono, il brutto, il cattivo. Adventure, Western. Produzioni Europee Associate (PEA), Arturo González Producciones Cinematográficas, Constantin Film, 1969.

Kaboğlu, İbrahim Ö, ve Eric Sales. *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*. Çeviren İrem Berksoy. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

Kentel, Ferhat. “Türkiye’de Bir Arada Yaşarız Araştırması: Kutuplaşan Toplumda Bir Arada Yaşama Kapasitesi.” *İstanbul: Bayetav Yayınları*, 2022.

Keskinsoy, Ömer, ve Semih Batur Kaya. “Hukuk Devletinin Kanun Devletine Anayasal Devletin Anayasalı Devlete Evrilmesi.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 70, Sayı 3 (2021): 1147-1206.

KONDA. “Türkiye’de Kutuplaşma.” 2019. <https://konda.com.tr/rapor/13/turkiyede-kutuplasma?l=en>.

Kuzu, Burhan. “Yeni Bir Anayasaya Doğru.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* Cilt 47, Sayı 03 (1992).

Levinson, Sanford, *Responding to Imperfection-The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1995.

Levitsky, Steven, ve Lucan A. Way. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Problems of International Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Levitsky, Steven, ve Daniel Ziblatt. *How Democracies Die: What History Reveals About Our Future*. UK USA Canada Ireland Australia India New Zealand South Africa: Viking, 2018.

Levy, Ron. “‘Deliberative Voting’: Realising Constitutional Referendum Democracy.” *Public Law* 2013 (2013): 555-74.

Levy, Ron, ve Hoi Kong. “Introduction: Fusion and Creation.” İçinde *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, editörler, Graeme Orr, Hoi Kong, Jeff King, ve Ron Levy, 1-14. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Liddiard, Patrick. “Is Populism Really a Problem for Democracy.” *Wilson Center*, 2019.

Lolme, Jean Louis de. *The Constitution of England*. Baldwin & Company, 1821.

Melike Aktaş, ‘ASAL Araştırma: Türkiye’nin En Büyük Sorunu Ekonomi’ (27.07.2024) <https://abcgazetesi.com/asal-arastirma-turkiyenin-en-buyuk-sorunu-ekonomi-758448>

Mete, Muhammet Derviş. “Delegasyoncu Demokrasiden Yarışmacı Otoriterizme; Türk Demokrasisinin ‘Sıfatlı Demokrasiler’ ve ‘Sıfatlı Otoriter Rejimler’ Arasındaki Yeri.” *Ankara Barosu Dergisi* Cilt 80, Sayı 3 (2022): 103-39.

Millett, Peter. “The Worst Form of Government | Foreign, Commonwealth & Development Office Blogs,” 05 Mart 2014. <https://blogs.fcdo.gov.uk/petermillett/2014/03/05/the-worst-form-of-government/>.

Milliyet. “Erdoğan: Bitaraf Olan Bertaraf Olur.” 18 Ağustos 2010. <https://www.milliyet.com.tr/siyaset/erdogan-bitaraf-olan-bertaraf-olur-1277904>.

Mudde, Cas. “The populist zeitgeist.” *Government and Opposition* Cilt 39, Sayı4 (2004): 541-63.

Mufson, Steven. “Obama: If I Were Able to Run Again, I Could Win.” *Washington Post*, 26 Kasım 2021. <https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/07/28/obama-if-i-could-run-again-i-bet-id-win/>.

Müller, Jan-Werner. “Populism and Constitutionalism.” İçinde *The Oxford Handbook of Populism*, editörler, Cristóbal Rovira Kaltwasser, Paul Taggart, Paulina Ochoa Espejo, ve Pierre Ostiguy, C. 1. Oxford University Press, 2017.

———. *What Is Populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016.

O’Donnell, Guillermo. “Democracy’s Future: Do Economists Know Best?” *Journal of Democracy* Cilt 6, Sayı 1 (1995): 23-28.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları.” *Anayasa Hukuku Dergisi* Cilt 1, Sayı 1 (2012): 109-44.

———. *Anayasalcılık ve Demokrasi*. 2. bs. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.

Özgül, Yılmaz. “Bidon Kafa...” *Hürriyet*, 13 Ağustos 2007, blm. yilmaz-ozgul. <https://www.hurriyet.com.tr/bidon-kafa-7074842>.

Phillips, D. C. “The Good, the Bad, and the Ugly: The Many Faces of Constructivism.” *Educational Researcher* Cilt 24, Sayı 7 (1995): 5-12.

Scheppele, Kim Lane. “The Opportunism of Populists and the Defense of Constitutional Liberalism.” *German Law Journal* Cilt 20, Sayı 3 (2019): 314-31.

Schmitter, Philippe C, ve Terry Lynn Karl. “What Democracy Is. . . and Is Not.” *Journal of Democracy* Cilt 2, Sayı 3 (1991): 75-88.

Selçuk, Orçun. “Strong Presidents and Weak Institutions: Populism in Turkey, Venezuela and Ecuador.” *Southeast European and Black Sea Studies* Cilt 16, Sayı 4 (2016): 571-89.

Selvi, Abdulkadir. “Devir Değişmiş Ama Kafa Değişmemiş.” *Hürriyet*, 21 Kasım 2019, blm. abdulkadir-selvi. <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/abdulkadir-selvi/devir-degismis-ama-kafa-degismemis-41378793>.

Simpser, Alberto, ve Tom Ginsburg, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes.” İçinde *Constitutions in Authoritarian Regimes*, editörler, Alberto Simpser ve Tom Ginsburg 1-18. *Comparative Constitutional Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Svolik, Milan W. “Which Democracies Will Last? Coups, Incumbent Takeovers, and the Dynamic of Democratic Consolidation.” *British Journal of Political Science* Cilt 45, Sayı 4 (2015): 715-38.

Tangney, June P. “Moral Affect: The Good, the Bad, and the Ugly.” *Journal of Personality and Social Psychology* Cilt 61, Sayı 4 (1991): 598-607.

Taniş, Edanur. “Can Atalay Hâlâ Tahliye Edilmedi | İstanbul Barosu, AYM Kararını Uygulamayan Mahkeme Başkanını HSK’ya Şikâyet Etti.” *Medyascope*, 02 Kasım 2023. <https://medyascope.tv/2023/11/02/can-atalay-hala-tahliye-edilmedi-istanbul-barosu-aym-kararini-uygulamayan-13-agir-ceza-mahkemesi-baskanini-hskya-sikayet-etti/>.

“T.C.Cumhurbaşkanlığı : ‘Anayasa Mahkemesi’nin Kararına Uymuyorum, Saygı da Duymuyorum’.” Erişim 28 Temmuz 2023. <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/39955/anayasa-mahkemesinin-kararına-uyumuyorum-saygi-da-duymuyorum.html>.

TESEV. “Anayasaya Dair Tanım ve Beklentiler Saha Araştırması | TESEV.” 21 Kasım 2012. <https://www.tesev.org.tr/tr/research/anayasaya-dair-tanim-ve-beklentiler-saha-arastirmasi/>.

Tierney, Stephen. *Constitutional referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Oxford University Press, 2012.

Topuzkanamış, Şafak Evran. “Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı Ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri Ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 16, Özel Sayı (2014): 4989-5010.

Türker, Mehmet. “Ayaklar Baş Oldu!..” *Sözcü*, 27 Haziran 2013. <https://www.sozcu.com.tr/2013/yazarlar/mehmet-turker/ayaklar-bas-oldu-323324/>.

Uğur, Can. “Prof. Dr. Ergun Özbudun, Erdoğan’ın Adaylığı Tartışmalarını Değerlendirdi: Madde Açık, Aday Olamaz!” *Cumhuriyet*, 28 Ocak 2023. <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/prof-dr-ergun-ozbudun-erdoganin-adayligi-tartismalarini-degerlendirdi-madde-acik-aday-olamaz-2025871>.

Varol, Ozan. *The Democratic Coup d'État*, (Oxford University Press, 2017)

Versteeg, Mila. “Unpopular Constitutionalism.” *Indiana Law Journal* Cilt 89, Sayı 3 (2014): 1133-90.

Voigt, Stefan. “Mind the Gap: Analyzing the Divergence Between Constitutional Text and Constitutional Reality.” *International Journal of Constitutional Law* Cilt 19, Sayı 5 (2021): 1778-1809.

Vormann, Boris, ve Christian Lammert. *Democracy in Crisis: The Neoliberal Roots of Popular Unrest*. Çeviren Susan H. Gillespie. Translation edition. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2019.

Watson A, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Second Edition (The University of Georgia Press, 1993)

World Justice Project. “WJP Rule of Law Index in 2022.” Erişim 19 Mart 2023. <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>.

Yazıcı, Serap. *Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*. Şişli, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Yeniay, Rifat. *Dindar Nesil Yetiştirme Projesi*. Gece Kitaplığı Yayınları, 2022.

Yokuş, Sevtap. “Bölünmüş Toplumlarda Anayasa Yapımı: Güney Afrika Deneyimi.” *Aurum Journal of Social Sciences* Cilt 7, Sayı 1 (2022): 13-27.

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI IV

(THE DEBATES ON THE INFLUENCE OF ISLAMIC LAW
ON ENGLISH COMMON LAW IV)

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER * **

ÖZ¹

İslam hukuku ile common law arasında kimi alanlardaki benzeşim, bu hukuk sistemlerinin karşılıklı etkileşimini akla getiriyordu. Yapılan bilimsel çalışmalar bu etkileşimin karşılıklı olmaktan daha ziyade tek taraflı olduğunu destekler mahiyette idi. Bu alandaki ilk kıvılcımın “trust” kurumunun kökeni araştırılırken ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür. Bu yüzyılın ortalarında Henry Cattan bu etkiyi en yüksek perdeden dillendirdi. Aynı alanda çalışmalar ardı ardına devam etti. Monica M. Gaudiosi, kendisinden önceki araştırmacının iddialarını teyit etmekle kalmamış, İngiliz medeniyetinin eşsiz eğitim kurumu Oxford’un kurumsal yapısını İslami vakıf kurumuna borçlu olduğunu iddia etmiştir.

Akademik çalışmalar etki alanlarını genişlettikçe bu etkinin kısmi değil genel olduğuna dair kanaatleri doğruluyordu. Ancak genel bir etkiden bahsedebilmek için çok daha fazla veriye ihtiyaç vardı. Aksi takdirde bu iddia, akademik anlamda temelsiz bir iddia olarak bilimsellik düzeyine ulaşmamış olacak ve bir temenniden hatta vehimden ibaret kalacaktı. George Makdisi İslami eğitim kurumları, bu arada medrese eğitiminin İngiliz kültürü üzerindeki etkisine dair son derece ciddi araştırmalar yaptı ve bu alana ilişkin iki eser ortaya koydu.

Konu ikinci kuşak araştırmacıların da ilgi alanı içinde olmayı sürdürdü. Baba Makdisi’nin araştırmalarına oğul Makdisi yenileriyle katkı sağladı. Araştırma verileri kısmi etkiden genel ve tümel bir etkiye işaret ediyordu.

¹ Eserin Dergimize geliş tarihi: 22.08.2024. İlk hakem raporu tarihi: 15.10.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 16.10.2024. Onaylanma Tarihi: 17.10.2024.

* Profesör Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7204-5609.

Esere Atf Şekli: Şahban Yıldırım, “İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları IV”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.403-428.

¹ Seri makalelerin dördüncüsü olarak bu çalışmanın ortak gerekçesi aynı olduğu için ilk makalenin özeti aynen burada da kullanılmıştır.

Nihayet J. Makdisi, kendisinden önceki tüm akademik ve bilimsel araştırmaları da arkasına alarak en güçlü ifadeyle şu iddiayı dillendirdi: Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel tüm hukuk sistemleri, bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir, o da İslam hukukudur.

İslam hukukunun İngiliz Common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde araştırmalar yapan St.Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kışkırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Makdisi'nin bu etkileşim için makul bir güzergâh çizebilmiş olmasını tezin en güçlü yanı olarak zikreder. Görev yaptığı hukuk fakültesinde Mülkiyet Hukuku Derslerine giren Gonzalez kendi payına ve kendi dersi açısından etkileşim alanının belki küçük olduğunu ama böyle bir kültürel etkileşimin kaynağını bilmenin son derece önemli olduğunu vurgular. Gonzalez, Makdisi'nin bu iddiasının bilimsel mahfillerde yeterli ilgi ve desteği görememesinin temel nedeni olarak Oryantalizmin ideolojik gücüne işaret eder. İslam düşmanlığı/karşıtlığının yaygınlık kazandığı bir döneme denk gelmesinin bireysel kanaatleri etkilemiş olabileceği gerçeğini de göz ardı etmez, ancak asıl baskının Oryantalizmin ideolojik gücünden kaynaklandığını vurgular.

Bu iddia ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını belirtmemiz gerekir. Ayrıca bu tez, ideolojik bir yaklaşımı barındırdığı kuşkusuz bir yana bu alandaki araştırmacıların da ifade ettiği gibi iddianın çok kışkırtıcı olduğunun da farkındayız. Bu alanda seri halde yayımlayacağımız çalışmaların ilki olarak bu makalede, genel bir değerlendirme yapacağız. Kurumsal ve kuramsal benzerlikleri sonraki makalelerde geniş olarak ele alacağız.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İngiliz Hukuku, Ortak Hukuk, Vakıf, Sicilya.

ABSTRACT

The similarities between Islamic law and common law in certain areas suggest the possibility of mutual interaction between these legal systems. However, scientific studies indicate that this interaction is more one-sided than reciprocal. It can be said that the first spark in this area emerged while researching the origins of the "trust" institution. In the mid-20th century, Henry Cattán expressed this influence most prominently. Subsequent studies in this area continued in succession. Monica M. Gaudiosi not only

confirmed the claims of previous researchers but also argued that the unique educational institution of English civilization, Oxford, owes its institutional structure to the Islamic waqf system.

As academic studies expanded their scope, they confirmed the belief that this influence was not partial but general. However, much more data was needed to speak of a general influence. Otherwise, this claim would remain unscientific and be considered a mere wishful thought or even a delusion. George Makdisi conducted serious research on the influence of Islamic educational institutions, particularly the madrasa system, on English culture, and produced two works in this field.

The subject continued to interest second-generation researchers. The younger Makdisi contributed new findings to the research of the elder Makdisi. The research data indicated a shift from partial to general and universal influence. Finally, J. Makdisi, building on all previous academic and scientific research, boldly asserted that all legal systems that could possibly influence the common law system have structural differences with this legal understanding. Therefore, only one legal system can be mentioned as having an influence, and that is Islamic law.

Professor Dr. Gonzalez, a faculty member at St. Thomas University School of Law, who conducts research on the thesis that Islamic law influenced and even shaped English common law both institutionally and theoretically, found Makdisi's views extremely provocative yet convincing. He noted that Makdisi's ability to outline a plausible path for this interaction was the strongest aspect of the thesis. Gonzalez, who teaches Property Law at the law school where he works, emphasizes that while the area of interaction may be small for his course, knowing the source of such cultural interaction is extremely important. Gonzalez points to the ideological power of Orientalism as the main reason why Makdisi's claim did not receive sufficient attention and support in scientific circles. He acknowledges that the prevalence of Islamophobia and anti-Islam sentiment might have influenced individual opinions during that period, but he stresses that the primary pressure stemmed from the ideological power of Orientalism.

We acknowledge that this claim is not something that those hearing it for the first time can easily accept. Furthermore, aside from the suspicion of an ideological approach, as expressed by researchers in this field, we are aware that the claim is very provocative. As the first in a series of articles we will publish, this article will provide a general assessment. We will

extensively examine institutional and theoretical similarities in subsequent articles.

Keywords: *Islamic Law, English Law, Common Law, Trust, Sicily.*

A. İNGİLİZ CASE LAW'IN İSLAM HUKUKUNDAKİ "İÇTİHAT" İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İngiliz hukukunun en esaslı kaynağı mahkeme kararları, yani *case*'lerdir. İngiltere'de yüksek mahkemelerin her kararı hukuk yaratır. Zira mahkemeler bir kararın ihtiva ettiği prensibi (*ratio decidendi*) gelecekte bu ilkenin daire-i şümulüne girebilen bütün hallerde tatbik ile mükelleftirler. Buna "*mahkemenin bağlayıcı kudreti veya otoritesi*" (the binding force-authority-of decided case) denilmiştir. İngiliz hukukunun esası hâkim tarafından tatbik olunan yazılı olmayan hukuktur. Hukuk kaidelerinin büyük bir ekseriyeti, parlamento tarafından kabul edilmiş kanunlar vasıtasıyla yahut kralların veya bakanların emir nameleriyle değil, mahkemeler ve hâkimler tarafından ihdas edilmiştir. *Zira İngiliz hukuk kaidelerinin büyük bir ekseriyeti, Parlamentoca kabul edilmiş kanunlar vasıtasıyla yahut Kralların veya Nazırların emirnameleriyle değil, mahkemeler ve hâkimler tarafından ihdas edilmiştir. İngiliz hukuk kaideleri hâkimler tarafından vaz' edilmiştir, içtihada dayanır.*² Hâkim, örf ve âdete göre daha önceki bir olay dolayısıyla verilmiş olan bir kararı daha sonra meydana gelmiş olan bir olaya tatbik etmek mecburiyetindedir. Böylece önceki karar hukuku yaratmış olmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan hukuka "Case Law" (İçtihat) ismi verilmektedir. Burada şu ayrıntıyı gözden kaçırmamak gerekir. "*Bir mahkemenin verdiği karar yalnız taalluk ettiği davadaki tarafları bağlamakla kalmaz. Aynı zamanda ilerideki bütün davalarda da ona riayet edilmesi mecburidir. Ancak riayet edilmesi gereken husus, o hükmün dayandığı sebepler, onun istinat ettiği prensiplerdir.*"³ Başka bir ifadeyle her mahkeme kendinden yüksek derecedeki hatta bazen kendi derecesindeki bir mahkemeden sadır olmuş bir kararda mündemiç ilkeye, benzer olaylarda uymakla mükelleftir. Bu konuda bağlayıcı olan eski bir mesele hakkındaki mahkeme kararının ihtiva ettiği prensiptir.⁴

İngiliz hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerin kararları diğer yargıçları bağlamaktadır. Çünkü yargı kararlarının tümünün birleşiminden

² Bay Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fadıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3, s. 445.

³ Parry, s. 449.

⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Ayır Basım s. 157. YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

oluşan örf ve adet, bağlayıcı bir hukuki kural olarak kabul edilmektedir. İlk derece yargı kararlarının üst yargı kurumu için bağlayıcı olması karşılaşılan bir durum değildir. Buna rağmen bu kararların zamanla üst mahkemenin ihmal edemeyeceği bir hüküm ve kuvvet iktisap etmeleri de mümkündür. Ancak İngiliz Yüksek Mahkemesi *her mesele hakkında yeni bir karar vererek eski kararlarından hiç birisini tatbik etmemeyi kendisi için bir mecburiyet olarak kabul etmiştir.*⁵ İngiltere’de mahkeme kararlarının bağlayıcı kudreti prensibi caridir. Her mahkeme kararı sadece kazıyye i muhkeme kuvvetini değil, kanun kuvvetini haizdir. Her mahkeme kararı objektif bir hukuk kaynağıdır. Emsal teşkil eder ve bu kararla konulan prensip, aynı prensip içine giren hususlar için bütün mahkemeleri bağlar.⁶

İslam hukuku ve bu hukuktan mühlhem olduğu kabul edilen Osmanlı uygulamaları ile İngiliz hukuk sistemini karşılaştıranlar en esaslı karşılaştırmayı “içtihat” kavramı üzerinden yapmaktadırlar. Oysa İngiliz hukuk sisteminde bu kavrama yüklenen anlam ile İslam hukukunda bu kavramla ifade edilen anlam tamamen farklıdır. İslam hukukunda hâkim bir başka hâkimin kararına karşı kendini bağımlı görmediği gibi kendisine ait benzer konudaki bir önceki kararına karşı dahi bağımlı görmez. Çünkü içtihat neticesinde verilen tüm kararlar aynı düzeyde zan ifade ederler bu nedenle birinin diğeri üzerine üstünlüğü yoktur.⁷Bunun ifadesi olarak “İçtihat ile içtihat nakz olunmaz.” ifadesi bir kaide olarak yerleşmiştir.

İngiliz common law doktrininin içtihadı dayalı oluşu İslam hukukunun dinamizmini sağlayan temel unsurun içtihat oluşu iki hukuk sisteminin en belirgin ortak alanıdır. Ancak emsal kararın yargılama istemi içindeki normatif gücü konusunda her iki hukuk sistemi açısından temel farklar mevcuttur.Öncelikle yargı kararlarının hâkimi bağlayıcı yönde bir normatif gücünün oluşu bu İngiliz hukukunun esnek oluşuna engel teşkil etmektedir.

İngiliz “emsal öğretisi”, bu hukukunun büyük ölçüde içtihadı temel alması nedeniyle doğası gereği zorlayıcı bir özelliğe sahiptir. Sonraki davalarda hâkimler önceki kararları dikkate almalıdır. Bir hâkimin kararı belirli bir durumda bir "emsal" teşkil eder. Daha sonraki bir davada hâkim dikkate alınması gereken farklı emsal türleri vardır ve daha önceki bir karar sadece kendi kararını

⁵ Arthur Curti, “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”,(Çev. A. Necdet Azak), (İ.Ü.H.F.M.) Yıl: III, Sayı: 11, İstanbul 1937, s. 304.

⁶ Andreas B. Schwarz,“İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk” (Çev. Hıfzı Veldet), (İ.Ü.H.F.M.) Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937, s. 225.

⁷ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Örnek Matbaası, Ankara 1955, s. 141.

*dayandıracağı malzemenin bir parçası olabilir. Önceki davanın karara bağlandığı şekilde, davanın önündeki davaya karar vermek zorunda olduğunu düşünüyorsanız, emsal bağlayıcı olarak kabul edilir. Eğer bir emsal karar daha sonraki kararın sadece önemli bir parçasıysa, ikna edici olarak kabul edilir. Emsal fikri tamamen İslam'a yabancıdır.*⁸

İslam hukukunda yargı bağımsızlığı ya da yargıç bağımsızlığı incelenirken hâkimin eski kararları karşısındaki tutumu da incelenmiştir. Hâkimin bir önceki kararının kendisini bağlamaması gerektiği, Halife Ömer'in Ebu Musa el- Eşâ'rî'ye yazdığı talimatnamede şu şekilde geçmektedir: “Daha önce verdiğin bir hükmün yanlışlığını anlar ve doğru bir hal çaresi bulur isen hiçbir şey seni hakka dönmekten alıkoymasın ve aynı konuda yeni bir karar vermene engel olmasın. Şunu bil ki; hakka dönmek batılda ısrar etmekten daha iyidir.”⁹

Nitekim Halife Ömer'in kendisi de zaman zaman önceki içtihatlarından dönmüştür. Bu durum kendisine hatırlatılınca da şu karşılığı vermiştir: “ O zaman öyle hükmetmiştik şimdi ise böyle hükmediyoruz.”¹⁰ Böylece önceki kararı yeni kararı üzerinde etkili olmamış ve her iki içtihadında da müstakil olarak bir karar vermiştir.¹¹ Her olay kendine özgüdür. Dışarıdan bakan birisi iki olayı benzer zannedebilir. Ancak yargıç her olayı kendi bağlamı içinde yeniden kurgular ve yeni bir karar verir. Başkalarının gözüyle benzer olduğu sanılan hukuki olaylar hâkimin gözüyle çok farklı olabilir. Bundan dolayı farklı sonuçların çıkması da doğaldır.

Bu hususta meşhur olarak bilinen örneklerden biri de İmam Şafii ile ilgilidir. Mısır'a gelmeden önce kendisine ait eski görüşleri vardı. Ancak Mısır'a gelip yerleşince şartların değişmesiyle bu yeni duruma uygun hukuki görüşler ortaya koymuştur.¹²

⁸ Herbert Liebesny, *English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization*, 34 Clev. St. L. Rev. 19 (1985-1986), s. 20.

⁹ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986, c. XVI, s. 61,67.

¹⁰ Serahsî, c. XVI, s. 84.

¹¹ Şemsuddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr İbn Kayyım el-Cevziyye, *I'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l- Âlemin*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût 1993, c. I, s. 86-87.

¹² Süleyman Muhammed et- Temmâvî, *Hiz. Ömer ve Modern Sistemler*, (Çev. Muhammed Vesim Taylan) Bayrak Matbaası, İstanbul 2004, s. 304.

1. İngiliz Hukuk Sistemindeki Mahkeme Kararlarının İslam Hukukundaki Örf ile Karşılaştırılması

İngiliz hukuk sisteminde, hukuka kaynaklık etmesi bakımından “örf”ün etkisi konusunda hukukçular farklı yaklaşım içinde olmuşlardır. Schwartz ve onun gibi düşünen hukukçulara göre bu etki yok denecek kadar azdır. Çünkü “*Common Law ve Case Law köklerini kısmen çok eski örf ve âdet hukukuna salmış olmakla beraber hakikatte İngiliz hukuku asırlar zarfında ağır ağır hâkim tarafından meydana getirilmiş bir hukuktur. Her mahkeme kararı bu muazzam ve muhteşem binaya yeni bir yapı taşı koymaktadır. Bu hukuk örf ve âdet hukuku değil, mahkeme içtihadı hukuku, yani hâkim tarafından meydana getirilmiş olan hukuktur. Başka bir ifadeyle; Customary Law değil, Judge-made law’dır.*”¹³

Edward Jenks ve onun gibi düşünen hukukçulara göre ise, *Common law* hâkimler tarafından ve onların otoriteleri sayesinde meydana getirilmiş olduğu için, bu bakımdan “hâkimler tarafından imal edilmiş” (*judge-made law*) bir hukuktur. Fakat teşekkülündeki unsurlar ve malzemesi halkın örf ve adetlerinden alındığından, bu bakımdan da yerli ve halkın mahsulü (*popular growth*) dür. Meşhur İngiliz hukukçularından Henry of Bratton’un (veya Bracton) “İngiltere’nin Kanunları ve Teamülleri Hakkında” (*Concerning the Laws and Customs of England*) adlı eserinin başlığındaki “teamül” ifadesi bile, hukukun ilham kaynaklarından birinin örf olduğunu gösterir niteliktedir. Ayrıca *Common law*’un çok eski zamanlardan beri “ülkenin umumi teamülü” (*the universal custom of the realm*) tarif edile gelmesi de aynı bakış açısının gayri ihtiyari bir ifadesidir.¹⁴

Bu konuda Jenks ve onun gibi düşünen hukukçuların görüşü İslam hukukçuları arasında yaygınlık kazanmış ya da kabul görmüş olmalı ki İslam hukukunda hukukun tali kaynaklarından biri olarak kabul edilen “Örf” üzerinden hareketle şöyle bir karşılaştırma yapılmaktadır: *İslam ve İngiliz hukuk sistemlerinde geleneklerin önemli bir yeri ve rolü vardır. Bu tür hukuk uygulamalarına ‘gelenekçi hukuk sistemleri’ denilmektedir. İslam hukukunda temel hukuk metinlerine ters düşmeyen, mesela nasslarla (ayet ve hadisler) yasaklanmış bir şeyi serbest hale getirmeyen, yasak kılınmayanları da engellemeyen her gelenek, görenek ve adetler nass gibi*

¹³ Schwarz, *İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk*, s. 226.

¹⁴ Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev. Mukbil Özyörük), (A.Ü.H.F.D.) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950, s. 49.

*kabul edilmiştir. Böylece “Hukuk toplumdaki sosyal ihtiyaçlara cevap verir.” ilkesinin gerçekleşmesine imkân tanınmış olmaktadır.*¹⁵

2. İslam Hukukundaki Fetva Kurumu ile İngiliz Hukuk Sistemindeki Mahkeme Kararlarının Karşılaştırılması

İslam hukuku üzerinde araştırma yapanlar genellikle bu hukukunun ilk bin yıldaki gelişim evresinin son derece verimli olduğunu iddia ederler. Common law’ın on dokuzuncu yüzyıl öncesi döneminin gelişim evresini İslam hukukunun gelişim evresine benzeten hukukçular, özellikle literatür oluşumundaki benzerliğe vurgu yaparlar. Dava koleksiyonları, mahkeme kayıtlarının tutulması, özet olarak muhafaza edilmesi ve bunların analiz edilmesi, İslam hukukundaki fetva kitapları, muhtasar, şerh ve haşiye türü eserlerin yazılması ve aktarılmasına benzetilmiştir.¹⁶

Bilindiği gibi, İngiliz hukuk sisteminde ‘Case Law’ denilen davalar hukuku vardır. İslam hukukunda da fetvalar adı ile anılan ve olaylara dayanan bir hukuk vardır.¹⁷ İngiliz hukuk sistemindeki hukuku yaratan *mahkeme kararları* ile İslam hukukundaki *fetva sistemi* arasında benzerlik ve ortak noktalar oluşturmaya yönelik bu çabalar Ö. L. Barkan tarafından da tetkik edilmeden acelelikle verilmiş yargılar olarak eleştirilmiştir. Ona göre;

*Anglo-Saxon memleketlerindeki kanunlaştırma hareketlerinden bahsedilirken İngiliz hukukuna has olan bazı vasıfların Tanzimat’tan önceki Osmanlı hukukunda mevcut bulunduğu iddiaları son derece önemlidir. Ancak bu fikirler tahkike, işlenmeye ve tavzihe muhtaçtır. Fikrimizce fıkıh ve fetva kitapları bu bakımdan tetkik edilerek İslam hukukunun fetva sistemi ile olan münasebeti ve bu sistemin mevzubahis hukukun fetva sistemi ile inkişafının muhtelif merhalelerinde ne şekilde müessir olmuş bulunduğunu göstermek ve İngilizlerin mesele hukuku yahut mahkeme hukuku dedikleri hukuk nev’ile fetva sistemi arasındaki müşabehetin yalnız şekle ait olup olmadığının tayini mümkündür.*¹⁸

¹⁵ Ali Şafak, “Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle’ye Bir Bakış”, *Ahmet Cevdet Paşa Sempozyum’u(9-11 Haziran 1995) İkinci Baskı*, Ankara 2009, s. 268.

¹⁶ John Makdisi, "A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning" (2002) 2:1 *UCLA J Islamic & Near E L* 99, s. 100-101.

¹⁷ Şafak, s. 263-264.

¹⁸ Ömer Lütfi Barkan, “Eser Tahlil ve Tenkidleri”, -“Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”- (*İ.Ü.H.F.M.*) c. VII, s. 2-3, İstanbul 1941, s. 707.

Barkan bu konudaki benzeşimin İslam hukuk literatürüne ait fetva kitaplar yerine kanunnameler üzerinden yapılmasını da eleştirir. Nitekim Velidedeoğlu'nun hukuk ve fetva kitaplarından değil de Kanunnameleri referans göstermesini doğru bulmaz. Bunun gerekçesini şöyle açıklar: “Müellifin etüdünde bu sistemi, asıl tesiri mevzubahis olan hukuk sahasında ve fetva kitaplarında değil, bilakis eski Osmanlı kanunnamelerinde tetkik etmiş olması pek yerinde değildir. Ona göre bu kanunnameler, bünye ve inkişaf itibariyle asıl İslami denilen hukuktan büsbütün ayrı bir mahiyet arz etmektedir. Emirnamelerle daha evvel tayin edilmiş bulunan bazı prensiplerin nasıl tatbik edileceğini göstermek için prensipleri müşahhas bir mesele haline sokan ve tahsillerini medresede yapmış olan kadılar için munis olan *fetva tarzındaki* meseleler, bazı nüshalara sonradan ilâve edilmiştir. Filhakika, bu kanunnamelerin muhtelif kısımları padişah fermanları ile mütemadiyen değiştirilmiştir. Şüphe yoktur ki, eğer bugün Türk arşivleri tam bir şekilde muhafaza edilmiş olsaydı, hangi maddelerin ne gibi siyasi ve idari maksatlarla hazırlanıp verilmiş olan hangi eski hükümlerin neticelerini ihtiva ettiğini göstermek bizim için mümkün olacaktı. Bu sebepten diyebiliriz ki, bu kanunnamelerin meydana gelmesinde ve muayyen istikametlerde tadil ve tebdil edilmiş olmalarında *fetva sisteminin tesiri mevzubahis olamaz*. Birçoklarında mevcut olup Şeyhülislâm Ebüssuud Efendiye atfedilen hükümler de, Ebüssuud Efendinin şeyhülislâm sıfatına değil, belki de onun vilâyet muharriri olarak Selânik, Üsküp ve Budin sancakları ahvalini tetkik ederek nizamlar koyduğu zamanlara aittir.

3. Mahkeme Kararlarının Hukuk Yaratmasına Yönelik Tenkitler

Mahkeme kararlarının bir hukuk kaynağı sayılıp sayılmayacağı yolundaki kuşkunun bir nedeni de, bu kararların, yalnızca doğumunu gerektirmiş olan belli olay ve kişiler için bir norm niteliğini taşıması, gelecek olaylar için de geçerli, objektif ve genel bir kural kimliğine sahip bulunmayışıdır. Hatta bu kararlar, bizzat o kararları vermiş bulunan mahkemeleri bile bağlamaktan uzak bulunmaktadır. Oysa bilindiği gibi, hukuk objektif normlardan ibarettir. Bu bakımdan, mahkeme kararlarının objektif hukukun bir kaynağı olarak kabulündeki kuşkunun ciddiyetini kabul etmek gerekir.¹⁹

¹⁹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, (İkinci Bası) s. 109.

Yüksek dereceli mahkemelerin kararları prensip olarak aşağı dereceli mahkemeleri bağlamamakla beraber, uygulamada durum tamamen aksine görünmektedir. Yüksek dereceli mahkeme, aşağı dereceli mahkeme kararlarının, hukuki uygulamada birliği sağlamak amacı ile kanunlara uygunluğunu kontrol eder ve bu yüzden bu kararı gerekçe göstererek onaylar ya da bozar. Böylece yüksek mahkemece verilmiş, gelecekteki benzer olaylara da uygulanmaya elverişli, kapsamı geniş bir takım prensip kararları ortaya çıkar ki, işte bunlar aşağı dereceli mahkemelerce dikkate alınacak bir örnek niteliğini kazanmakla objektif hukukun bir kaynağı rolünü oynar.²⁰

Gilyom, Anglosakson devrinde geniş yetkilere sahip olan Witanegemot meclisini ilga etti. Onun yerine Normanlardan oluşan Magnum concilium adıyla bir şûrâ meclisi tertip etti. Bu bir istişare meclisi idi. Kralın daveti üzerine toplanırdı. Bundan başka curia regis (kral divanı) adıyla bir yüksek daimi hususi şûrâ tesis etti. ²¹Bu iki kurum ayrıntılı incelemeyi gerektiriyorsa da benzer ikili şûra meclisi olarak Hz. Ömer döneminde dar çerçeveli şûra ve geniş katılımlı bir şûradan bahsedilir. Ayrıca ‘kral divanı’ Osmanlı devletindeki Divan-ı Hümayun’u çağrıştırmaktadır.

Tüm bunlara rağmen İngiliz hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerinin kararları ya da üst mahkemenin kararlarından hangisinin hukuk yarattığı belirsizliğini korumaktadır. Kimi hukukçular ilk mahkeme kararlarının her biri bir kanun kuvvetini haiz olduğunu iddia ederler. Kimileri de üst yargı kurumunun kararlarının bu kuvvette olduğu izlenimi vermektedirler. Hatta mahkeme kararlarının kendisi mi yoksa kararların dayandığı ilke mi kanun kuvvetinde olduğu konusu da belirsizdir.

Mahkemelerin yetki alanı ile ilgili şu üç soru sürekli canlılığını korumuştur.

1. Mahkemeler yeni suçlar oluşturma ya da mevcut suçların etki alanlarını aşırı bir şekilde genişletme hakkına sahip midirler?
2. Mahkeme kararlarının geçmişe uygulanabilir etkisinden dolayı içtihadın suçların kapsamını genişletebildiği common law sistemlerinde kanunilik ilkesi, ceza içtihadının geçmişe uygulanmasına uyarlanabilir mi?
3. Common law sistemlerinde içtihat bazen ceza hukuku kurallarının gelişiminde baskın bir rol oynar. Yargılanan kişilerin, yargıcın önemli bir yer tuttuğu bir sistemde ceza hukukunun tam durumunu keşfetmeye

²⁰ Aral, s. 109.

²¹ Sadri Maksudi Arsal, “İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları”, (İ.Ü.H.F.M.), c: VI, s: 1, İstanbul 1940, s. 14.

çalıştıklarında hissettikleri güçlülere eklenen bu belirlilik eksikliği kanunilik ilkesine yeterince uygun düşmekte midir?²²

B. İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE “İSTİHSAN” İLKESİNİN COMMON LAW’DAKİ “EQUITY” İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Equity, XV ve XVI. yüzyıllarda, şansölye mahkemelerinde, yetersizlikleri ve yanlışlıkları ortaya çıkmaya başlamış olan Common law sistemini tamamlamak ve yeniden gözden geçirmek amacıyla ortaya konan formüllerin bütünüdür. İngiliz hukukunda Equity kurallarının içerisinde geliştikleri şartlara kısaca göz atmak gerekir. Common law sistemi kötü işlediğinde, kraliyet mahkemelerine başvurulmadığı, mahkemeler tarafların aradığı çözümü veremediklerinde ya da bir muhakemeyi doğru yönlendiremediklerinde, hakkaniyete aykırı bir çözüme ulaştıklarında taraflar, orta çağın zihniyetine uygun olarak krala, olaya müdahil olması için başvurabiliyorlardı. Kral da, vicdanının buyruklarına uyararak, adaletin uygulanmasını kolaylaştıracak ya da adaletin emrettiği çözümleri kabul ettirecek bir karar veriyordu. Hukuk bir fetiş değildi. Kral adil bir hükümdar olarak, vatandaşlarına adaleti sağlamalıydı. Onun müdahaleleri, hukuk tekniğinin yetersiz kaldığı tüm durumlarda meşru oluyordu.²³

Equity, hukuk sahasını vücuda getiren “Court of Chancery” denilen şansölye mahkemesinin kararlarıdır.²⁴ Şansölye Mahkemesi ilk asırlarda

²² Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi” (Çev. Zeynel T. Kangal), (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 448.

²³ Rene David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Çev. Argun Köteli) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty) s. 313-314.

²⁴ Kimi hukukçular Equity’i Osmanlı Devleti’ndeki *Arz Odasına* benzetmişlerdir. Bu benzetme Parry’nin daha önce atıf yaptığımız *İngiliz Hukuk Sistemi* isimli makalesinde paranteze alınarak yapılmıştır. Parry, s. 455. Ancak o, bu fikrin müellife mi yoksa bu görüşlerin mütercime mi ait olduğu belirsizdir. Ancak Osmanlı kurumları tarihinde ne zaman ortaya çıktığı tam olarak tespit edilemeyen Cuma Divanı’nda sadece davalara bakılırdı. Cuma günleri veziriazam konağında toplanan Cuma Divanı’nda veziriazamın başkanlığında yalnız kazaskerler bulunurdu. Dâvâlar vezîriâzam huzurunda dinlenip çözüldüğü için bu Divana “Huzur Murafaası” denir; ayrıca “Arz Odası Murafaaları” diye anıldığı da olurdu. Huzur Murafaalarına davaların Divan-ı Hümayundan, İkinci Divanı’ndan gönderilebileceği gibi padişahın da kendisine gelen dava dilekçesi mahiyetindeki arzı halleri de *Arz Odası’nda şer’le görüle* üst yazısıyla buraya havale ettiği görülmektedir. Muhtemelen taraflar Arz Odası’na doğrudan da başvurabiliyordu. Bir dava ilkten Arz Odasına götürülebildiği gibi, mahallinde görülüp de taraflardan birinin hükme kanaat etmediği davalar da istinafen buraya arz edilebilirdi. Her iki halde de davalara bizzat bakılabileceği gibi başka bir mahkemeye de gönderilebilirdi. Bu mahkeme genellikle

dini bir mahkeme idi. Şansölyenin kendisi de uzun süre bir piskopos idi. Bu piskoposun hukuki yardımı, vicdanın emirlerini yerine getirmek temayülünden ileri geliyordu. Bundan dolayı Kralın şansölyesi, mahkemeler tarafından verilen şiddetli kararları hafifletiyordu.²⁵

Equity'den doğan hukuki esaslar yalnız Chancery mahkemesinde tatbik edilirdi. Law da yalnız Common Law mahkemelerinde tatbik olunurdu. *Eğer şansölye mahkemesi, Common Law mahkemesi tarafından verilen bir hükmü kendi telakkisince vicdanın evamir ve icabatına mugayir bulursa, bazen tarafları bu ilâmın icrasından ağır ceza tehdidi ile menedebilirdi. Hukuki açıdan bu çarpık durum ancak XIX. asrın ikinci yarısında giderildi.*²⁶ 1873 tarihli (Judicature Act)tesis etmiş olduğu mahkemelerin kanun ve nasfeti aynı zamanda tatbik edeceğini belirlemiştir.²⁷ Bu tarihten itibaren adli örgütlenmede yeni bir dönem başlamış Common law ve Equity mahkemeleri birleştirilmiştir. Bundan böyle İngiliz mahkemeleri, Common law kurallarını olduğu kadar Equity kurallarını uygulamakta da aynı derecede yetkili olacaklardı. Oysa daha önce Common law'un uygulanması istendiğinde Common law mahkemelerine, Equity'nin uygulanması istendiğinde ise, Şansölye mahkemelerine gitmek gerekiyordu.²⁸ Court of common law ile court of Chancery'nin birleştirilmesiyle Londra'da High Court of Justice meydana geldi. Gerçi Common law ve Equity'e ait işleri bu mahkemenin ayrı ayrı iki dairesi tarafından görülmekte ise de, bu uygulama

tarafların buldukları yer mahkemesi veya istinaf taleplerinde ilk hükmü veren mahkemeydi. Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul 1986, s.147-148.

²⁵ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 88. Common law katı bir hukuk sistemi özelliğini taşıyordu. Common law yoluna giderek hakkını elde edemeyenler bir dilekçe ile krala başvuruyorlardı. Bu dilekçeler krallık divanı üyeliği görevini ifa eden Lord Chancellor'a kral tarafından gönderiliyordu. O da adaletin gereği olarak yapılması uygun olan işlemi tespit ediyordu. Yargısal kararlarında ona rehberlik eden yüksek fikir vicdan (conscience) idi.(Adnan Güriz, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, Adalet Kavramı, (Ed. Adnan Güriz), (m. y.) Ankara 1994, s. 19). Equity çareleri 1875 yılına kadar, yalnızca, özel bir mahkeme, şansölye mahkemesinin gene özel durumlar dolayısıyla uygulanabildiği çarelerdi. Ancak bu çarelere başvurma, asırlar içerisinde öylesine katı ve hukuksal nitelikler kazandı ki, adına rağmen bu çarelerdeki hakkaniyet unsurunun yoğunluğu, Common law kurallarının içerdiği hakkaniyet düsturundan daha fazla olmamaya başladı. (David, s. 302.)

²⁶ Andreas B. Schwarz,*Medeni Hukuka Giriş*,(Çev. Hıfzı Veldet) Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942, s. 88

²⁷ Hawley King Joseph Edward- "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", (Çev. İlhan Lütem), (A.Ü.H.F.D.) c. XVI, sayı:1-4, s. 181.Kimi hukukçular bu tarihi 1875 olarak belirtmişlerdir. "1875 yılında common law ve equity davalarına bakan mahkemeler birleştirilmiştir." Güriz, s. 19.

²⁸ David, s. 304.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

ile iki mahkeme içtihatları arasındaki rekabet son bulmuştur.²⁹ Buna rağmen Common Law ile Equity arasındaki bu rekabet İngiliz hukuk doktrinlerinde olduğu gibi İngiliz usul hukukunda da büyük izler bırakmıştır.³⁰ Equity, common law'ın eksik yönlerini tamamladığı gibi kurallarının sertliğini gideriyordu. Böylece nasfet kaideleriyle örf ve âdete dayanan hukuk kaideleri paralellik arz etmiştir. Bundan dolayı Common law uzun yaşamını Equity'e borçludur, denilebilir.³¹

Chancellor'lar, Equity'i uygularken taraflardan hangisinin haklı olduğu konusunda şahsi görüş ve vicdani kanaatlerinin dışında başvurdukları objektif kriterler olduğu sürekli iddia edilmişse de halkın bu konudaki kuşkuları asla izale edilememiştir. Bu durum halk arasında şu şekilde yaygınlık kazanmıştır. “*Equity, her Chancellor'un ayak ölçüsüne göre uzar veya kısılır.*” Equity mahkemesinin bir “Vicdan mahkemesi” (Court of Conscience) olduğu yönündeki yerleşik kural bu kanaatlerin sürekli beslendiği kaynak olmuştur.³²

İslam hukuku ve İngiliz hukuk sistemlerinde formalizmin aşılmasında yönetsel benzerliklere işaret eden hukukçular bu alanda istihsan ve equity arasında karşılaştırma yaparlar. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi metodolojik olarak İslam hukukunda salt kıyasa dayalı mekanik bir analojinin olmaması hukuk dinamizmi açısından son derece özgün bir yaklaşımdır. Buna göre “daha güçlü bir delil ya da daha güçlü bir gerekçe nedeniyle bir konuda benzerlerinin hükmünden başka bir hükme dönmek” olarak tanımlanan istihsan, formalizmin aşılmasını sağlayan önemli bir yöntem olarak kabul edilmiştir. İslam hukuku ve kurumları tarihi üzerine ciddi çalışmaları bulunan Tyan, istihsan yorumunun equity temelinde bir akıl yürütme biçimi olduğunu öne sürer. İslam hukuku alanında yeni yasal düzenlemelerin yapılmasında veya zaruret, ihtiyaç, yarar (maslahat) ve kolaylık gibi pratik sosyal değerlendirmeler temelinde, var olan hukuk kurallarının yorumunu daraltan ya da genişleten bir yöntem olarak nitelendirir. Ona göre, İslam hukukunda zamanla katı ve literal bir yorumlama yöntemi olarak varlık kazanan kıyas karşısında, istihsanın hukukun ruhu, gayesi ve temel sosyal amacı doğrultusunda yorumlanmasının yöntemi olarak gelişmiştir.³³

²⁹ Schwarz, *İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk*, s. 231.

³⁰ Jenks, s. 69.

³¹ Parry s. 454-455.

³² Jenks, s. 70.

³³ John A. Makdisi, “Legal Logic and Equity in Islamic Law”, 33, *American Journal of Comparative Law*, 1985, s. 68.

İslam hukukunun usule (metodoloji) ilişkin gelişim evrelerine baktığımızda Tyan'ın bu anlayışını tümüyle destekleyecek bir anlayışı bulmak kolay değildir. Zira kıyas ve istihsan bir diğ erinin alternatifi ya da usul açısından tıkanmış bir kıyas sistemine bir açılım meydana getirmek için ihdas edilmiş değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi istihsanın ilk uygulamalarının “kıyas-ı hafi” olarak tanımlanması³⁴, yine kıyas ile ilişkilendirilmesi de bunu teyit etmektedir.

Hukuk ile hayat arasındaki dinamik yapıyı muhafaza etmek başka bir ifadeyle hayatın reel gerçekleri ile hukukun düzenleyici normları arasındaki uyumu devam ettirebilmek son derece önemlidir. Hukuka bu dinamizmi kazandıracak ya da bu esnekliği sağlayacak ilke ve metotların varlığı önemlidir. İslam hukuku açısından bu dinamizmi sağlayan ilkelerden biri de “istihsan”dır. İlahi ve beşeri unsurun bir arada bulunması, İslam hukukunun eşsiz özelliklerinden biridir. Hukukun kaynağı olarak Allah'ın Şari' olarak kabulü, bu hukukun insan aklı tarafından kavranacağı, yorumlanacağı ve uygulanacağını kabulünü dışlamamıştır. Dolayısıyla İslam hukuku, kökeni itibariyle ilahidir ve yine de bazı durumlarda insan aklı tarafından şekillendirilmekte, biçimlendirilmekte ve değiştirilmektedir. Ancak vurgulamak gerekir ki bu alanda değişen, ilahi olan değil ondan üretilen beşeri çabanın ürünleridir. Benzer fonksiyonun İngiliz common law sisteminde “equity” tarafından karşılandığı ifade edilmiştir. Özellikle modern toplumsal değişimlere uyum sağlamada bu iki kurumun benzer fonksiyonları icra ettiği iddia edilmiştir.³⁵

Bu (istihsan-equity) benzeşimi, “evrensel ve nesnel değerlere dayalı bakış açısının varlığına” dayandıran³⁶ kimi hukukçular, aynı coğrafyadaki diğ er hukuk sistemlerinin bu anlayışa neden ulaşamadığı sorusuna bu iddiaları çerçevesinde tatmin edici bir cevap bulmaları kolay olmayacaktır. Ayrıca bu konudaki benzerliği “doğal hukuk” ilkeleri çerçevesine dâhil etmeleri³⁷ ise pozitivist bir anlayışı çağrıştırmaktadır. Onlara göre; “*hukuk kavramının anlam ve içeriğinin bütün toplumlar için temelde özdeş bir*

³⁴ Ahmed Hamdi Şirvânî, *Levâmi'u'd-Dekâik fi Tercemeti Mecâmi'i'l-Hakâik*, İmak Ofset, İstanbul 2017, s. 34, 80.

³⁵ Sulaiman Lebbe Rifai, “General Philosophy of Islamic Law (Maqâsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences” (February 21, 2021). s. 3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>. (Erişim tarihi: 22.08.2024)

³⁶ Muharrem Kılıç, “Karşılaştırılmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003, s. 158.

³⁷ Kılıç, s. 160.

kavramsal çerçeveye karşılık gelişinde gizli”dir.³⁸ Bu durumda “genel geçer bu durumun diğer hukuk sistemleri arasında neden vuku bulmadığı” sorusu da cevapsız kalacaktır.

J. Makdisi, ise istihsan ile equity arasında hukuk felsefesi perspektifinde ince bir zeminde derin bir ayrışmaya işaret eder. Ona göre, İslam hukukunda Batılı hukuk geleneğindeki benzer bir içerikte *equity* kavramına rastlanmadığını iddia eder. Ona göre, pozitif hukuktan ayrı ve onun ötesinde vicdani ilkeler bütünü olarak varlık kazanan ve meşruiyetini doğal hak ve adalet inancından alan equity'nin, hukukun temel kaynaklarının vahiy temeline dayandığı İslam hukuku ile çeliştiğini iddia eder. Felsefi olarak incelendiğinde equity doğal hak ve adalet kaynaklı olmakla akli bir zemine sahiptir. Oysa İslam hukuku vahiy kaynaklı bir adalet ve hakkaniyet anlayışına sahiptir. Ona göre “equity meşruiyetini, doğal hak kuramından veya pozitif hukuku aşan bir -ide olarak- adaletten alır. Bu kavram, İslam hukukunun Kur'an ve sünnette tecelli etmiş olan Allah'ın vahyine dayanması ilkesi ile çelişmektedir. Ayrıca istihsan hiçbir zaman İslam hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetten bağımsız olacak şekilde equity temeline dayalı akıl yürütme faaliyeti olarak kabul edilmemiştir.”³⁹

Konuyu tabii hukuk odaklı analiz eden bir başka araştırmacı Chehata ise İslam hukukunun felsefi olarak doğal hukuk anlayışından farklılaştığını bu nedenle bu teorinin iç bünyesindeki bir kurumsal veya kuramsal yapı olan equity ile istihsanın benzerliğinden bahsetmenin mümkün olamayacağını iddia eder.⁴⁰

³⁸ Kılıç, s. 148.

³⁹ Makdisi, J., “Legal Logic and Equity in Islamic Law” s. 67.

⁴⁰ Chafik Chehata, “Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku”, (Çev İbrahim Kâfi Dönmez) *İslâm Tetkikleri Dergisi*, c. VIII, Sayı: 1-4, İstanbul 1984, s. 70-88.

İslam hukuku ile tabii hukuk kuramını felsefi açıdan karşılaştırdığımız (İslam Hukuk Felsefesi Açısından Tabii Hukuk Teorisi ve İslam Hukuku) çalışmamızdan konu ile ilgili şu alıntıyı yapabiliriz. İslâm hukuku ile tabii hukuk arasındaki yakınlığın kaynağı; her iki hukuk sisteminde de adalet idesinin aşkın (transandantal) bir boyuta sahip olmasıdır. İslâm hukukunda ilâhî irade, Kur'an'da normatif düzenlemeler olarak belirlemekte ve ilâhî elçinin yaşam kodlarında pozitiviteye dönüşmektedir. Böylece İslâm değer felsefesi, hukuk alanına aktarılmıştır. Ancak tabii hukuk teorisinde adalet idesi aşkın boyutunu sürekli muhafaza etmekte ve pozitif hukuk olarak asla tümüyle uygulandığı iddia edilmemektedir. Bu durum adalet idesinin belirsiz ve tanımsız bir çerçevede gizemli bir halde kalmasına sebep olmaktadır. Tabii hukuk teorisi, kuram olarak adaletin muhteva kazanmış şekli olarak tanımlanmıştır. Bu kuramda da adalet, pozitif hukukun dışında ve üstünde bir değer olarak algılanmıştır. Adalet idesi aşkın âlemde var olan ve bu idenin gerçekleşebileceği sonsuz imkânları barındıran bir yapı sergiler. Bu idenin somut hale dönüşmesi ya da pozitif olarak uygulama alanı bulması kendisini sınırlayacağı için, tabii hukuk doktrininde adalet idesinin

Common law'daki equity ile İslam hukukundaki istihsanı karşılaştırmalı olarak doktora tezinde inceleyen Razik temel bir ayrılığa işaret eder. Ona göre istihsan, metodolojik ilke olarak yazılı olmasa da İslam'ın ilk döneminde hatta Hz. Peygamber döneminden itibaren var olan bir hukuk kaynağı idi. Oysa equity common law sisteminde hukukun tıkanıdığı anda ortaya çıkmış bir ilkedir. Ancak bu durum tespitiyle, equity ilkesinin dış kaynaklı olabileceğine dair bir iddiayı ima etmemektedir.⁴¹

Sonuç olarak farklılaştığı alanlar değil benzeştiği alanlar dikkate alındığında ortak alanların çok daha belirgin olduğu görülecektir. Bu ilkeler hem İslam hukukunda kıyasa dayalı sonuçlara ulaşırken hem de common law'daki analojiye dayalı çıkarımlarda bulunurken katı bir formalizm yerine daha esnek bir şekilde bu hukukun olaylara ve gelişmelere uyumunu sağlamada önemli bir yöntem olarak kullanılmıştır.

C. İLKE-KURAL AYRIMI VE “İLKE”NİN İSLAM HUKUKU VE COMMON LAW HUKUK DÜŞÜNCESİ AÇISINDAN ÖNEMİ

Bu bölümde common law düşüncesinde “ilke” olarak nitelendirilen, İslam hukuk literatüründe ise benzer bir içeriğe sahip ancak “kaide” olarak tanımlanan evrensel etik/hukuk ilkesi üzerinden her iki hukuk sistemlerinin benzeşen bir diğer yönü üzerinde duracağız. Temel atflarımız ünlü Alman hukuk felsefecisi Dworkin'in yaklaşımları odağında olacaktır. Dworkin'in “ilke”⁴² olarak tanımladığı çerçeve ile İslam hukukundaki “maqsad” 1

pozitif hukuk olarak hiçbir zaman bir bütün halinde uygulandığı iddia edilememiştir. Bu kuramı savunanlara göre adalet, sürekli bir ide ve ideal olarak pozitif hukukun kontrolörü konumunda kalmalıdır. Adalet idesi, metafizik âlemden fizik âleme asla inmemelidir. Pozitif hukuk, bu ideyi sonsuza kadar araştırmalı, bu ideale ulaşmak için sürekli bir arayış içinde olmalıdır. İlâhî kaynaklı olan İslam hukukunun soyut bir ide olarak kalmak gibi bir hedefi asla olmamıştır. Bu hukukun pozitif olarak uygulanması ilahi iradenin tüm peygamberlere yüklediği en temel görevlerdendi. Bu hukukun sosyolojik mer'iyeti, ilahi iradenin kontrolünde Hz. Peygamber döneminde şekillenmiştir. Kur'an ve Sünnet'in temsil ettiği değerler bütünü, aynı zamanda hukukun pozitif düzeyde yürürlük kaynağını teşkil ettiği Hz. Peygamber dönemi sonrasında yapılacak düzenlemeler bakımından, ulaşılması gereken nihaî bir amaç ve kendisine göre şer'î geçerliliğin belirleneceği temel bir kriter niteliğindedir. Böylece Sünnet olarak tanımlanan Hz. Peygambere ait uygulama ve pratikler bu hukukun sonsuza kadar şekillenmesinde temel referans kaynaklarından ikincisi olarak göz önünde bulundurulmuştur.

⁴¹ Mohamed Haniffa Mohamed Razik, *A Perspective on Islamic Methodology in Terms of Objectives of Law: (A Comparative Analysis with Special Reference to English Equity and İstihsân)*, 2010, s. 264.

⁴² Dworkin'e göre, medeni ve siyasi haklar *ilkeyi* oluşturan en önemli unsurlardan biridir. (Hasan Tuna Göksu, “Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

(tümel değerler) karşılaştıran bilimsel makalelere literatürde rastladık. Bilindiği üzere “maqsad” çok daha üst bir çerçevedir. Belki uygun olan İslam hukukundaki “kaide”, “dabit”, “asl”, vb. bir kavram çerçevesi ile karşılaştırmak olacaktır. Nitekim aşağıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere Mecelle’nin külli kaidelerinden biri olarak zikredilen bir ifade ile anlatılmak istenen içeriğin Dworkin’in “ilke” kavramı ile ifade ettiği içerikle örtüştüğünü görmek mümkündür.

Dworkin “ilke” denilen ve “yasa/kanun” nu aşan ancak aynı zamanda yasaya ilham veren ve bünyesinde hukuk etiği taşıyan normları hukuk felsefecileri ve hukukun uygulayıcıları olan yargıçlar için son derece önemli görür. Hatta “zor davalar” olarak nitelendirdiği bu davaların çözümü için ilkelere başvuruyu son derece önemser. Bu zor davalar nadir olarak karşımıza çıksa da bu davaların hukuk sistemi içinde çözülmesi gerekir. Çünkü bu davalar çözüme kavuşturulmadığında tüm hukuk sistemini tehdit edebilecek nitelikte bir eksiklik olarak tanımlanacaktır. Aslında bu davalar uygulanan hukuk sisteminin bir yönüyle adil oluşunun garantörü olmaktadır. Başka bir yönüyle bu davalar mevcut sistemin temelinde yer alan siyasal ahlaki ilkelerin geçerliliğinin ve işlevselliğinin test edildiği davalardır. Bu ilkesel yaklaşımlar hâkimlerin, karşılaştıkları davaları çözüme kavuştururken hukuki standartlar olarak aktif bir veri olarak devrede olmaktadır. Burada şu önemli tespiti vurgulamak gerekir bu ilkeler kanuni boşluğun hukuki boşluğa dönüşmesine engel olmaktadır. Burada kanun boşluğunun hukuk boşluğuna dönüşmemesi ifadesi ve bunun “ilke”ler aracılığı ile giderilmesi son derece önemli bir tespittir.

Dworkin’e göre; “hukukun nihai amacı adaleti gerçekleştirmektir. Ancak kimi zaman yasa, ahlaki bir değer olan adaleti gerçekleştirmek için yeterli olmayabilir. Bu durumda, bir anlamda belki de yasanın dışına çıkılacak, ama hukukun genel ilkelerinden hareketle etik bir değer olan adalete ulaşılabilecektir. Burada; “teleolojik” bir bakış açısıyla hareket edilecek ve istenilen sonuca ulaşılabilecektir. Bu nedenle adalet denilen değer gerçekleştirilebilmesinin tek yolunun pozitif hukuk normları çerçevesinde mümkün olabileceğini iddia eden pozitivist anlayışa eleştiriler yönelir. Ona göre hukuk, yasaya indirgenildiğinde bireyin doğal haklarını korumak, adil ve demokratik bir toplumda yaşamak daha da zorlaşacaktır. Adalet denilen değer gerçekleştirilebilmesi sadece pozitif hukuk normları ile sınırlı değildir. Başka bir ifadeyle, “adalet” denilen değer sadece yazılı kurullarla

İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 121-122).

değil aynı zamanda hukukun bir parçası olan *ilkelerle* sağlanmaktadır. Bundan dolayı adalet, hukuktan farklı olarak, temelde ahlaki haklara ilişkin en iyi teoriyi bulma meselesidir. İlkeler temel hakları içeren, insan onurunu koruyan, özgürlük ve eşitlik sağlamaya çalışan kavramları kapsamaktadır. Batı ülkelerinde bunlar artık pozitif hukuk normları haline de gelmiştir.

Dworkin, Hart'ın hukuk ile kanunu özdeş kabul eden anlayışı üzerine yoğunlaşmış, onun bu ayrımı görmezden geldiğini belirtmiştir. Oysa bu eksiklikler ve hatalar nedeniyle pozitivist teori adaletin ahlaki yönünü görmezden gelerek bizzat adaletsiz sonuçlara sebebiyet vermektedir.⁴³

Yargıç adaleti gerçekleştirmek için bazen karşılaştığı nadir olaylarda yasanın amir olduğu hükmü uygulamak yerine hukuken meşru görülebilecek daha üst bir anlayışa dayanarak kararlar verebilmektedir. Bunu yaparken hukukun evrensel ilkelerini kullanması ve bu alanda hukuki bir gerekçe göstermesi hâkimin yetkinliği açısından son derece önemlidir. Common Law kültüründe ister “metafizik” olarak, ister “hukuk ötesi” olarak tanımlansın hâkime çözümde yardımcı olan bu ilkelere başvurmak ve adalet denilen değere bu ilkeler aracılığı ile ulaşmak iftihar edilecek bir durum olarak ifade edilmiştir. Hâkimin yasal alanın dışına çıkarak, ancak hukuk içinde kalarak davaları çözerken yöneldiği bu alan common law hukuk düşüncesinde “hukuk ötesi” olarak nitelendirilirken, İslam hukukunda yargıçlık görevini ifa eden “kâdî” nin hükmünü inşa ederken tanımlanmamış mülahazalara yönelmesi “hukuk-üstü” alan olarak nitelendirilmesi ilginç bir benzerliktir.

İslam hukukunun uygulandığı Mağrib bölgesindeki davaları inceleyen David S. Powers bu davalardan birinde kâdî'nin yargı faaliyetindeki tutumunu şu şekilde tasvir eder. “*Kadı işini yaparken yerleşik hukuk doktrinine başvurmuş, önceki davalara atıflar yapmış ve davanın verilerini analiz etmek ve çelişen delilleri değerlendirmek için karmaşık yorumlama ve dilbilgisi araçlarını kullanmıştır. Bu davanın yakından incelenmesi, kadının belirgin fakat tanımlanmamış olan bazı hukuk-üstü mülahazalardan da kesinlikle etkilendiğini akla getirmektedir.*”⁴⁴

Bir başka davayı inceleyen Powers, İslam hukukunda yargılama faaliyetinin mekanik bir yapıda olmadığını her olayın kendi bağlamı içinde değerlendirildiğini bu nedenle davaların sonuçlarının önceden kestirilmesinin mümkün olmadığını iddia eder. Bunun en temel nedeni de

⁴³ Göksu, s. 117.

⁴⁴ David Stephen Powers, *Hukuk, Toplum ve Kültür*, (Çev. İsmail Eriş) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2014, s. 40.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

hâkimlerin hükmü inşa ederken kurgularını hukuk ötesi ya da hukuk üstü mülahazalara dayandırmış olması dolayısıyladır. “*Bu hükümlerin önceden kestirilemez oluşları kadının hükmünün ve müftünün görüşünün aslında zikredilmeyen “hukuk-ötesi mülahazalardan etkilendiğini akla getirmektedir.*”⁴⁵ Aslında Common law hukuk düşüncesi de zaman zaman metafizik kaynağı işaret eder. Örneğin, Common law’da mevcudiyeti mündemiç bir akıl olduğu ve bu aklın Tanrı’nın aklından türediği sıklıkla iddia edildi. Kişi ne kadar akıllı ve zeki olursa olsun bu Tanrısal nitelikli akıl kişilerin akıllarını aşmaktadır.⁴⁶

Şimdi de pozitivistlerin ilke eleştirisine kısaca değinelim. “Kimse Kendi Suçundan Kazanç Sağlayamaz İlkesi’nin İslam Hukukundaki Karşılığı İslam hukuk düşüncesine hâkim kimi ilkelere farklı kavramlarla ama aynı içerikle İngiliz hukuk sisteminde de benzer örnekler üzerinden yapılan yorumlarda görülmektedir.⁴⁷ Örneğin Mecelle’nin ilk yüz maddesi arasında külli bir kaide olarak yer alan “*kim ki bir şeyi vaktinden evvel isticâl eylesen ise mahrumiyetiyle cezalandırılır.*” ifadesi, common law hukuk kültüründe “*kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. İlginç olan her iki hukuk sisteminde bu kaideler açıklanırken, “varisin mirasa bir an önce sahip olmak için murisi öldürmesi” örneğinin verilmesidir. Common law için bir övünç vesilesi olarak sunulan ve “zor davalar” için kurtarıcı gibi gösterilen bu ilkenin Mecelle’de daha teknik ve daha belirgin bir çerçevede ifade bulmasına rağmen hukuk tarihimizde yeterli ilgi ve övgüyü bulamamış olması üzücü olsa da yine de bu gayreti takdir eden hukukçular büsbütün yok değildir. Nitekim Mecelle’nin külli kaidelerini Türk hukuk sistemi perspektifinden değerlendiren Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay örneklediğimiz 99. madde için “*bu kaide bir hayat felsefesidir*”⁴⁸ ifadesi ile önemine işaret etmiştir. Burada sevindirici olan husus, evrensel hukuk düşüncesinin farklı kültürlerde farklı ifade kalıpları ile de olsa aynı düşünce birliğini taşıdıkları ifade edilebilir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki Mecelle’nin bu ilke için başvurduğu kaynak el-Eşbah ve’n-nezâir isimli eser 1563 tarihinde

⁴⁵ Powers, s. 266.

⁴⁶ Roger Cotterrell, Hukukbilimin Politikası, (Çev. Saim Üye) Yaylacık Matbaacılık, İstanbul 2018, s. 66.

⁴⁷ “Hukuk Kültürü” kavramı için bakınız: Mehmet Yüksel, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *HFSA* 26, s. 491-508.

⁴⁸ Mustafa Reşit Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c. XII, s: 2-3, İstanbul 1946, s. 573.

vefat eden İbn Nüceym⁴⁹ tarafından yazılmıştır. Hatta bu kaide İbn Nüceym'den önce Suyûti'nin (ö.911/1505) el-Eşbah ve'n-nezâirinde aynı şekilde geçmektedir.

New York Temyiz Mahkemesinin 1889 tarihli ünlü *Riggs v. Palmer* davasında Mahkemenin “kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz” ilkesi üzerinden adil bir çözüme nasıl ulaşıldığı açıklanır. Bu davada Mahkemenin çözmesi gereken sorun kısaca şu şekildedir; “söz konusu dava bir ceza davasıdır ve bu davada yargılanan şahıs, oldukça varlıklı büyükbabasıyla yaşamaktadır ve büyükbabasının yapmış olduğu vasiyetnamede tek varisidir. Ancak daha sonra büyükbabasını öldürmüştür”. Bu davada Mahkeme öncelikle şu kabulden hareket etmiştir: “Eyaletin mirasa ilişkin yasaları ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen kuralları, bu yasa ve kuralların sonuçları common law'un temel ilkeleri ile test edilmeksizin sadece lafzıyla yorumlanır ve uygulanırsa katil suçlu olmasına rağmen mirası almalıdır. Zira o dönemde New York Eyalet yasalarında katilin mirasçı olmasını engelleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır”. Burada ilgili mahkeme lafzi yorumu aşan bir hukuk mantığı ile katilin hiçbir şekilde öldürdüğü kişinin mirasçısı olamayacağına karar vermiştir.⁵⁰

Her iki davada bu mahkemeler tarafından alınan kararlara bakıldığında; ilke denilen standartların davaya bakan yargıcın iki açıdan sınırlanmış olduğu fark edilir. İlki; davaya uygulanacak kuralın bulunmadığı durumda yargıç takdir yetkisini kullanmakta böylelikle ilke, kural yokluğunda hâkimin yasama organı gibi hareket etmesini engelleyerek onu güçlü bir biçimde sınırlamaktadır. İkinci aşamada ise yargıç davaya uygulanacak ilkeyi seçerken de sınırsız bir takdir hakkına sahip değildir.⁵¹ Aslında hâkimler önlerine gelen davalara uygulayacakları ilkeleri belirlerken geçmişte benzer davalara uygulanan ilkeleri, dolayısıyla emsal kararları gözetmek zorundadır. Böylelikle ilke, mevcut davaya uygulanacak normların seçiminde hâkimleri sınırlamakta, hatta böylece yerleşik hukuk kültüründen sapmasına da bir yönüyle engel olmaktadır.

⁴⁹ Ahmet Özel, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym (1520-1563). (DİA), c. X. S. 236 vd.

⁵⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts, 1977, s. 23.

⁵¹ Dworkin'in ilkeleri yok sayan hukuki pozitivizm anlayışına yönelttiği eleştirilerden biri de uygulanacak kural yokluğunda yargıçlara geniş bir takdir yetkisinin verilmesidir. (Ahmet Ulvi Türkbâğ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s. 80-81).

Bir başka örnek olarak şunu da zikredebiliriz. *Chancery mahkemeleri İngiltere’de equity law’ın uygulanması için pek çok temel hukuki ve adil prensipler ihdas etmiş ve düzenlemişlerdir. Bir açıdan baktığımız İslam hukukundaki külli kaidelere çok benzeyen bir durumu söz konusudur. Hatta “equity şekilden ziyade niyetleri dikkate alır” (equity looks to the intent rather than the form) prensibi Mecelle madde 2 “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” veya madde 3 “ukudda itibar makasid ve meaniyedir, elfaz ve mabaniye değildir” kurallar ile çok benzeşmektedir.⁵² Equity maximleri ile İslam hukuku külli kaidelerinin benzeşimi önemli bir araştırma alanı olarak durmaktadır.*

Pozitivistlerin hukuku yasa/kanuna indirgeyen perspektifleri çokça eleştirilmişse de onlar kendi paradigmaları açısından “ilke” kavramı ile ifade edilen çerçeveye yönelik eleştirilerde bulunmuşlardır. Temel eleştiri odağını ise “ilke” nin yorumlanmasında hâkime “sınırsız” takdir yetkisinin verilmiş olmasıdır. Başta Dworkin olmak üzere onun fikirlerini savunanlarca bu eleştirilere geniş bir literatürle cevap verilmiştir. İslam hukuku perspektifi ile konu ilkesel zeminde daha net olarak çözümlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı çalışma yapan Necmeddin Kızılkaya bu konudaki çekinceleri şu şekilde ifade etmiştir: “*Fıkhî kâideler doğrudan mükellefleri ilgilendiren birer hüküm olmaktan ziyade, altlarında değişik hükümlerin toplandığı birer asıl olmaları itibariyle doğrudan mükelleflerle ilgili fer’î meselelere uygulanamazlar. Buna karşılık, bizzat bir hüküm olan her fıkhî ifadenin ilgili olduğu mükellefleri bağlayacağı açıktır. Kâide ile hüküm arasındaki bu nüans sebebiyle Mecelle Cemiyeti’nin hazırladığı Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası’nda, hakimlerin şer’î bir delil olmaksızın sadece kavâide dayanarak hüküm veremeyeceği belirtilmiştir.*”⁵³

Bu İslam hukukçularının “maqsad” olarak tanımladıkları hukukun gerçekleştirme istediği temel değerler hesaba katılarak “teleolojik” bir yaklaşımla adalet denilen etik değere ulaşılabilir. Hukuku norma indirgeyen pozitivist hukuk anlayışı bu ısrar nedeniyle adaleti ikincil düzeyde bir hedef olarak değersizleştirmektedir.

⁵² Haluk Songur, *İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku*, Nokta Dijital Yayınları, Isparta 2015, s. 71.

⁵³ Necmeddin Kızılkaya, *İslam Hukukunda Külli Kâideler*, Alemdar Ofset Matbaacılık, İstanbul 2013, s. 53.

D. İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE “İSTİHSAN” İLKESİNİN COMMON LAW'DAKİ “EMSALDEN GEREKÇELİ AYRILIŞ” İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İslam hukukunda kıyasa dayalı çıkarımda katı bir formalizmi daha esnek bir şekilde bu hukukun olaylara ve gelişmelere uyumunu sağlamada “istihsan” önemli bir yöntem olarak kullanılmıştır. Common law hukukundaki “*emsalden gerekçeli ayrılış*” ya da “*otoriteden gerekçeli ayrılış*”⁵⁴ yaklaşımı ile İslam hukukundaki “istihsan”ın benzerliğinden hareket eden araştırmacılar İslam hukukunun common law’ı etkilemiş olduğu/olabileceği tezine bu benzerliği de bir destek olarak zikretmişlerdir.⁵⁵ İstihsan’ın farklı uygulanış çeşitliliği bu kavramın farklı tanımlarını da beraberinde getirmiştir. Bu yöntemi kıyasın bir çeşidi olarak gören hukuk ekollerinin bunu, “gizli kıyas” olarak nitelendirmelerinde⁵⁶ özel bir yetkinlikle bu derinliğe ya da farklılığa nüfuz edebileceği iddiasını da barındırmaktadır. Metodolojik olarak İslam hukukunda salt kıyasa dayalı mekanik bir analojinin olmaması hukuk dinamizmi açısından son derece özgün bir yaklaşımdır. Emsalin emsale kıyas edilmesi her zaman mekanik olarak “hukukilik” sonucunu doğurmayabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Buradaki temel yaklaşım hukukun temel referans kaynaklarında gömülü “değerler” üzerinden hukuki bir çıkarım yapmaktır. Bu durum hukukun sanıldığı gibi basit “mekanik” bir analogi olmadığını da göstermektedir. “*Common law’daki emsalden gerekçeli ayrılış ile İslami hukuktaki genel analogiden ayrılmanın ifadesi olan “istihsan” ilkeleri farklı bir muhakeme ile hatalı kararların önüne geçmek için düzeltici cihazlardır. Bu manada istihsan, temel ilkesel yaklaşımdan farklılaşarak ya da genel doktrin dısına çıkararak ama yine hukuk içinde kalarak belki farklı bir korelasyonla hukuki bir sonuca ulaşmaktadır.*”⁵⁷ Zira mekanik olarak bir davadaki bir kararı bir başka davaya uzatmak için kullanılan insan muhakemesi hatalı sonuçlara ulaşabilir. Başka bir ifadeyle bir davadaki kurguyu bir başka davaya aynen uygulamaya çalışmak bazen hatalı olabilir Çünkü her olayın kendisi özeldir. Bu şekilde eşitlemek üzerinden bir sonuca varmak bazen yanıltıcı olabilir. İşte bu nedenle “emsalinden gerekçeli ayrılış” derken görünüşte birbirine benzeyen iki olay var ancak daha güçlü bir delil bizi genel kuralın dısına çıkarır ancak yine hukuk içinde kalarak daha sağlıklı bir karar veririz.

⁵⁴ Makdisi, J., A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning, s. 100.

⁵⁵ John A. Makdisi, “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, 2, *Indiana International & Comparative Law Review*, 1991, s. 191-219.

⁵⁶ Şirvânî, s. 34, 80.

⁵⁷ Makdisi, J., Hard Cases and Human Judgement and Common Law, s. 202.

Netice olarak, İslam hukukundaki “istihsan” ve common law’daki “emsalinden gerekçeli ayrılış” ilkelerinin her ikisi de muhakemenin hatalı işlememesi için konulmuş düzeltici araçlar olarak nitelendirilmiştir.⁵⁸

Burada önemli olan bir husus da, “common law”un (ortak hukuk) belirli yönergelerindeki bir boşluk genellikle kamu politikası kavramına başvurulması, toplumda düzen ve uyum için neyin doğru, adil, uygun veya elverişli olduğuna dayanan bir tespit ile doldurulmasıdır. Kamu politikası kararının alındığı ilkeler, kültüre ve bu nedenle common law dokusunda gömülüdür. İslam hukuk metodolojisinde benzer bir ifade istislah (maslahat/fayda) kavramıdır. İslam hukukunda da genel ilkeleri hukukun temel kaynakları olan Kur’an ve Sünnette gömülü olarak bulunur.⁵⁹

Sonuç Yerine

İslam hukuku ile İngiliz common law hukuk düşüncesi arasındaki etkileşim durumlarını incelediğimiz çalışmalarımızda birçok alanda benzerliklerin olduğu kolaylıkla fark edilir. Bu benzerlik zemini elbette hukuk aklının evrenselliği ile izah edilemeyecek düzeydedir. Common law hukuk düşüncesindeki “kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz” ilkesinin yapısal benzerliği bir yana bu ilke için verilen örneğin tümüyle aynı oluşu dikkat çekicidir.

İslam hukukunda içtihat faaliyeti son derece dinamiktir. Ancak mekanik değildir. Başka bir ifadeyle non-ergodiktir. Hukukçular ilkesel bir paradigma içinde içtihadi faaliyette bulunurlar. Bazen hukuk içinde kalarak ama paradigma dışına çıkarak içtihatla bulunmuşlardır. Ama böyle bir durumda çok daha güçlü bir gerekçe olması gerekir. Buna istihsan adı verilmiştir. Bu durum benzer şekilde common law’da emsallerinden gerekçeli ayrılış olarak uygulamıştır. Bu ve benzeri birçok alanda benzerlikler görülmektedir. İslam hukuk tarihinde yeni meydana gelen ve hukuki çözüm gerektiren konularda bazı hukukçuların, metodolojisini benimsediği bir mezhebin yöntem bilimine bağlı kalmalarında ısrarcı olmaları yadırganacak bir durum değildir. Bu durumun “ıctihat kapısının kapanması” şeklinde nitelendirilmesi kanaatimizce maksadını aşan bir yorum olmuştur.

⁵⁸ Kılıç, s. 158.

⁵⁹ Makdisi, J., *Hard Cases and Human Judgement and Common Law*, s. 203.

Kaynakça

Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975,(İkinci Bası).

Arsal, Sadri Maksudi, “İngiliz Âmme Hukukunun İnkışafı Safhaları”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c: VI, s: 1, İstanbul 1940.

Barkan, Ömer Lütfi, “Eser Tahlil ve Tenkidleri”, -“Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”- (*İ.Ü.H.F.M.*) c. VII, s. 2-3, İstanbul 1941.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c. XII,s: 2-3, İstanbul 1946.

Berki, Ali Himmet, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Örnek Matbaası, Ankara 1955.

Chehata,Chafik,“Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku”, (Çev İbrahim Kâfi Dönmez) *İslâm Tetkikleri Dergisi*, c. VIII, Sayı: 1-4, İstanbul 1984.

Cotterrell Roger,Hukukbilimin Politikası, (Çev. Saim Üye) Yaylacık Matbaacılık, İstanbul 2018.

Curti, Arthur, “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”,(Çev. A. Necdet Azak), (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl: III, Sayı: 11, İstanbul 1937.

David, Rene,Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, (Çev. Argun Köteli) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty).

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts, 1977.

Göksu, Hasan Tuna, “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2014.

Güriz, Adnan, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, Adalet Kavramı, (Ed. Adnan Güriz), (m. y.) Ankara 1994.

İbnu'l- Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddin Ebu Abdillah Muhammed b. Ebi Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l- Â'lemîn*, Dâru'l-Kutubi'l-İ'lmiyye, Beyrût 1993.

Jenks, Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev. Mukbil Özyörük), (*A.Ü.H.F.D.*) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950.

Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırılmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003.

Kızılkaya, Necmeddin, *İslam Hukukunda Külli Kâideler*, Alemdar Ofset Matbaacılık, İstanbul 2013.

King- Hawley, Edward- Joseph, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, (Çev. İlhan Lütem), (*A.Ü.H.F.D.*) c. XVI, sayı:1-4.

Liebesny, Herbert, *English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization*, 34 Clev. St. L. Rev. 19 (1985-1986).

Makdisi, John A., "A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning" (2002) 2:1 *UCLA J Islamic & Near E L* 99.

Makdisi, John A., "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", 2, *Indiana International & Comparative Law Review*, 1991.

Makdisi, John A., "Legal Logic and Equity in Islamic Law", 33, *American Journal of Comparative Law*, 1985.

Mumcu, Ahmet, *Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul 1986.

Munday, Roderick, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi" (Çev. Zeynel T. Kangal), (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2.

Özel, Ahmet, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym, (DİA).

Parry, Bay Clive, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fadıl H. Sur) , (*A.Ü.H.F.D.*) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3.

Powers, David Stephen, *Hukuk, Toplum ve Kültür*, (Çev. İsmail Eriş) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2014.

Razik, Mohamed Haniffa Mohamed, *A Perspective on Islamic Methodology in Terms of Objectives of Law: (A Comparative Analysis with Special Reference to English Equity and İstihsân)*, 2010.

Rifai, Sulaiman Lebbe, "General Philosophy of Islamic Law (Maqāsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences" (February 21, 2021). Available at

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>

Schwarz, Andreas B., "İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk" (Çev. Hıfzı Veldet), (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937.

Schwarz, Andreas B., *Medeni Hukuka Giriş*, (Çev. Hıfzı Veldet) Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942.

Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986.

Songur, Haluk, *İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku*, Nokta Dijital Yayınları, Isparta 2015.

Şafak, Ali, "Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle'ye Bir Bakış", *Ahmet Cevdet Paşa Sempozyum'u (9-11 Haziran 1995)* İkinci Baskı, Ankara 2009.

Şirvânî, Ahmed Hamdi, *Levâmi'ü'd-Dekâik fî Tercemeti Mecâmi'i'l-Hakâik*, İmak Ofset, İstanbul 2017.

Temmâvî, Süleyman Muhammed, *Hız. Ömer ve Modern Sistemler*, (Çev. Muhammed Vesim Taylan) Bayrak Matbaası, İstanbul 2004.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2010.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, (Ayrı Basım).

Yüksel, Mehmet, "Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış", *HFSA* 26.

